

الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

مجله حقوقی

دوره هشتاد و پنجم / شماره یکصد و پانزدهم / پاییز ۱۴۰۰

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

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

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

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

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

آدرس سامانه مجله: www.jlj.ir



صاحب امتیاز: قوه قضائیه
مدیر مسئول: علیرضا امینی
سر دبیر: محمدحسن صادقی مقدم
مدیر اجرایی: رسول احمدزاده

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

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

ویراستار فارسی و صفحه‌آرا: زهرا مشایخی

مترجم و ویراستار انگلیسی: مهدی ابراهیمی

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

مشاوران و ارزیابان علمی مقالات شماره ۱۱۵ مجله حقوقی دادگستری

(به ترتیب حروف الفبا)

حسین آقابابایی (دانشیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان)، مهدی آقائی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، لیلا سادات اسدی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، مینا اکبری (پژوهشگر پژوهشگاه قوة قضائیه)، مصطفی السان (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، علیرضا باریک‌لو (استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (پردیس فارابی))، حمید بهره‌مند (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، بتول پاکزاد (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال))، محمد هادی جواهرکلام (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، محمدجعفر حبیب‌زاده (استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس)، محمد حسنوند (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، سکینه خانعلی‌پور واجارگاه (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره))، سیدمهدی دادمرزی (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم)، حامد رحمانیان (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، اسمعیل رحیمی‌نژاد (دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تبریز)، هادی رستمی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا)، فریده شکری (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، افروز صمدی (وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه)، جواد طهماسبی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، زهرا عامری (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بجنورد)، مریم عباچی (استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد بندر انزلی))، سیدمحسن قائم‌فرد (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان)، عبدالحمید مرتضوی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، حسن محسنی (دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، سیددردید موسوی مجاب (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس)، آیت مولایی (استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز)، محمد مولودی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا)، عباس میرشکاری (استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، اقبال‌علی میرزایی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان)، ابوالقاسم نقیعی (دانشیار گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری)، امیرحسین نیازپور (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، محمدرضا ویژه (استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)

منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری

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

۱. تکالیف سردبیر و اعضای هیأت تحریریه

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

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

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

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

۲. تکالیف داوران

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

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

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

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

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

۳. تکالیف نویسندگان

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

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

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

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

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

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

شیوه‌نامه نگارش مقالات مجله حقوقی دادگستری

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

۱. راهنمای نگارش مقاله

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

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

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

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

ت) فهرست تمام منابع مورد استفاده.

• حجم مقاله کمتر از ۱۰ هزار واژه باشد.

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

• روش تحقیق، موضوع تحقیق، اهداف تحقیق، فرضیه‌ها و سؤالات تحقیق، پیشینه، نوآوری و

ادبیات موضوع به صورت مختصر ولی روشن و در حد امکان در مقدمه مقاله ارائه شود.

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

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

راست به چپ تنظیم شود:

مقدمه

۱. ساختار حقوقی کنوانسیون برن

۱-۱. چپستی معاهده

۱-۱-۱. تعهدات ناشی از معاهده

۱-۱-۲. اقسام نقض در معاهده

۱-۲. اقسام معاهده

۲. اصول حاکم بر معاهده

۲-۱. موضوعات مورد حمایت

۲-۲. مصادیق مورد حمایت

نتیجه

۲. راهنمای روش ارجاع‌دهی

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

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

داخل پراونت ذکر می‌گردد:

نمونه: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)

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

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

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

نمونه: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳)

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

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲/۲: ۱۴۲)

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

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۲)

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

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

۳. راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

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

۴. راهنمای تنظیم فهرست منابع

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

۵. راهنمای ارسال مقالات

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

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

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

فهرست مقالات

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

- رأی وحدت رویه ۷۹۲ مورخ ۹۹/۴/۲۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و تأثیر آن بر صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی ۱
کوروش استوارسنگری
- تصمیم‌گیری مجرمان از منظر اقتصاد رفتاری و دلالت‌های آن در سیاست‌گذاری کیفری ۲۱
حمید بهره‌مند، زهرا ساکیانی
- تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ۴۵
زهرا بیدار، ابراهیم عبدی‌پورفرد
- تعزیرات منصوص شرعی در سایه حکم حکومتی ۶۵
علی رضائزاد، محمد محسنی دهکلانی
- کاربست تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز در پرتو ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری؛ راهکارها و ضرورت‌ها ۸۳
افسانه زمانی جباری، محمود صابر، محمد فرجیها
- حکم اکراه در حدود؛ تحلیلی بر قسمت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی ... ۱۰۹
معجد صادق‌نژاد نائینی، سکینه خانعلی‌پور واجارگاه
- حواله کیفری به مجازات حدی در تعزیرات با تأکید بر انجام اعمالی به قصد براندازی نظام ۱۳۱
افشین عبداللهی
- تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرایم ۱۵۷
علی صفاری، زینب لکی، راضیه صابری
- بازپژوهی و اعتبارسنجی روایت «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» ۱۸۹
مریم‌السادات محقق
- ضرورت تأسیس دادگاه زیست‌محیطی با نگاهی به وضعیت ایران ۲۱۵
زهرا محمودی کردی، زهراسادات شارق، حسین رضازاده

- نشوز زوج و آثار آن در نظام حقوقی ایران ۲۴۱
- خدیجه مظفری، زینب حسینی
- جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر
رویه قضایی ۲۶۵
- عیسی مقدم
- مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی و حقوق ایران با
مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا ۲۸۵
- محمدکاظم مهتاب‌پور
- اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی ۳۰۷
- علی‌اکبر فرحزادی، سیدرسول میرنژاد
- پاسخ‌گویی پارلمانی قوه قضائیه به‌مثابه چالش استقلال قضایی ۳۲۷
- مزگان نعمتی، محمدجعفر حبیب‌زاده، سیددردید موسوی مجاب
- شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران
..... ۳۴۹
- محمود خادم‌ان، ابوطالب کوشا، فاطمه نوری

رأی وحدت رویه ۷۹۲ مورخ ۹۹/۴/۲۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و تأثیر آن بر صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی

کوروش استوارسنگری*

چکیده

یکی از موضوعات مطروحه پس از تشکیل دیوان عدالت اداری این بود که چه اشخاصی می‌توانند در دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی حضور پیدا کنند و آیا دستگاه‌های دولتی می‌توانند در شعب دیوان عدالت اداری طرح دعوا کنند. طبق رأی شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۶۸ دستگاه‌های دولتی به هیچ نحو نمی‌توانند در شعب دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی حضور پیدا کنند. این رأی با صدور رأی شماره ۶۰۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۴ تأیید شد ولی این مسئله مطرح شد که تکلیف دعاوی دستگاه دولتی نسبت به موضوعاتی که در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، چه می‌شود؟ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۸۶ در رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ تلاش کرد که به‌نحوی این بن‌بست را باز کند و راه حلی برای حل این مشکل بیابد. اما خود این آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور مشکلات دیگری را به وجود آورد، به همین خاطر رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ تیر ماه ۱۳۹۹ صادر و به نوعی آراء شماره ۶۰۲ و ۶۹۹ را لغو کرده است. نویسنده معتقد است رأی ۷۹۲ تحولی مثبت در تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی است، ازجمله اینکه از تعارض آراء دادگاه‌های عمومی و شعب دیوان عدالت اداری در خصوص موضوع واحد جلوگیری می‌کند.

واژگان کلیدی: رأی وحدت رویه، صلاحیت، دیوان عدالت اداری، دادگاه عمومی، دولت

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شیراز)، شیراز، ایران
kourosh_ostovar_s@yahoo.com

مقدمه

پس از تشکیل دیوان عدالت اداری یکی از مسائل محل مناقشه در حقوق ایران و به‌ویژه از جنبهٔ مباحث آیین دادرسی، تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری از محاکم عمومی است. این مسئله از نظر موضوعاتی که در این دو مرجع قابل‌رسیدگی است و اشخاصی که می‌توانند به‌عنوان شاکی یا خواهان در این مراجع طرح دعوا نمایند دارای اهمیت است. اختلاف‌نظر درخصوص اینکه چه موضوعاتی قابل طرح در دیوان عدالت اداری و چه موضوعاتی قابل طرح در دادگاه‌های عمومی است، هنوز نیز محل مناقشه است، اما درخصوص اینکه چه اشخاصی می‌توانند در دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی حضور پیدا کنند و اینکه آیا دستگاه‌های دولتی می‌توانند در دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی طرح دعوی کنند چندان محل مناقشه میان دادگاه‌های عمومی و دیوان عدالت اداری نبود. رأی شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۶۸ باب تازه‌ای را در این خصوص باز کرد. طبق این رأی دستگاه‌های دولتی به هیچ‌نحو نمی‌توانند در شعب دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی حضور پیدا کنند. رأی سال ۶۸ دیوان عدالت اداری توسط رأی شماره ۶۰۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۴ تأیید شد، ولی این مسئله و یا این مشکل مطرح شد که تکلیف دعاوی دستگاه دولتی نسبت به موضوعاتی که در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، چه می‌شود؟ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۸۶ در رأی وحدت‌رویه شماره ۶۹۹ تلاش کرد که به‌نحوی این بن‌بست را باز کند و راه حلی برای حل این مشکل بیابد، اما خود این آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور مشکلات دیگری را به وجود آورد و ظاهراً ذهن حقوقی قضات کشور و به‌ویژه قضات دیوان عالی کشور را اقناع نکرده بود. به همین خاطر رأی وحدت‌رویه شماره ۷۹۲ تیر ماه ۱۳۹۹ جهت اصلاح تفسیر هیئت عمومی دیوان عالی در آراء شماره ۶۰۲ و ۶۹۹ صادر شده است. رأی اخیر از ابعاد مختلف قابل‌توجه است که در این مقاله به آن پرداخته می‌شود.

۱. تفسیر هیئت عمومی دیوان عالی و دیوان عدالت اداری از مفهوم دولت

کلمات و اصطلاحات در علم حقوق از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند، چون در اسناد حقوقی به‌ویژه در متون قانونی باید کلمات معنی و مفهوم منجز و مشخصی داشته باشند تا در برداشت از آنجا معنی حقوقی به‌ویژه از جانب مجریان قانون اعم از مقامات قضایی یا مأمورین اجرایی دچار پراکندگی و تشتت نگردد. هر اصطلاح حقوقی دارای مفهوم و بار معنای خاص خود است و لذا آثار و حقوقی خاصی نیز در پی یک مفهوم قابل‌تصور است، البته برخی کلمات دارای مفهوم خاص و برخی دارای مفاهیم متعدد و چندوجهی هستند. برای نمونه کلمهٔ «بیع» در حقوق به مفهوم یک عقد معین است که دارای شرایط و آثار خاصی است، ولی کلمهٔ «واگذاری» مفهومی متفاوت از آن و لذا

آثاری متفاوت از بیع دارد؛ هرچند ممکن است که در مواردی کلمه واگذاری جهت بیع نیز به کار گرفته شود. دولت از جمله اصطلاحات و مفاهیم حقوقی است که دارای وجوه و مفاهیم مختلف است که برای جلوگیری از تفاوت در برداشت باید به هنگام به کارگیری آن مشخص شود که کدام وجه از این مفهوم مورد نظر است (استوارسنگری، ۱۳۹۸: ۹۳). عدم توجه به چندوجهی بودن مفهوم دولت در حقوق ایران و به ویژه در رویه قضایی چالش هایی را ایجاد کرده است که موجب صرف وقت و هزینه مردم و مراجع قضایی شده است. در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دیوان عدالت اداری به منظور رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم علیه واحدهای دولتی تأسیس شده است، ظاهر متن و همچنین کلماتی که در قوانین عادی در خصوص دیوان عدالت اداری به کار گرفته شده است، این است که دیوان عدالت اداری مرجع رسیدگی به دعاوی مردم علیه دولت و نه دولت علیه دولت یا (دیگران آن) است. اما اینکه در این اصل و قوانین عادی ناظر بر صلاحیت دیوان عدالت اداری دولت به کدام مفهوم مورد نظر بوده است، در رویه قضایی و آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور چندان مورد توجه قرار نگرفته است و این امر موجب ایجاد چالش های موضوع این مقاله گردیده است که سیر این چالش ها تا صدور رأی وحدت رویه ۷۹۲ بررسی می شود. یکی از موضوعاتی که بعد از تشکیل دیوان عدالت اداری در حقوق ایران به ویژه در بحث دادرسی مطرح شد تفکیک صلاحیت آن از سایر مراجع قضایی به طور خاص دادگاه های عمومی بود. این تفکیک بیشتر در خصوص موضوعاتی که در صلاحیت هر کدام از مراجع قرار دارد، مطرح بود، ولی در دهه اول تشکیل دیوان عدالت اداری در بین قضات دیوان در خصوص اشخاصی که می توانند به عنوان شاکی در شعب آن طرح دعوی کنند، اختلاف نظر وجود داشت. تفسیری که قضات دیوان عدالت اداری از اشخاصی که می توانند در این مرجع به عنوان شاکی حضور پیدا کنند موجب شد که در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی به اعتبار اشخاص نیز چالش جدیدی ایجاد بشود. این چالش از رأی وحدت رویه شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۶۸ در خصوص عدم امکان طرح دعوی توسط دستگاه های دولتی در شعب دیوان عدالت اداری شروع شد.

۱-۱. عدم امکان طرح دعوای دستگاه های دولتی در شعب دیوان عدالت اداری (رأی وحدت رویه ۳۷، ۳۸ و ۳۹ - ۱۳۶۸/۷/۱۰)

این رأی پس از بروز اختلاف میان شعب دیوان در خصوص اینکه آیا همه اشخاص حقیقی و حقوقی می توانند در شعب دیوان طرح دعوا نمایند، صادر شد. در میان شعب دیوان برخی معتقد بودند که همه اشخاص می توانند در دیوان طرح دعوا کنند، اما شعب دیگری معتقد بودند که دستگاه دولتی حق طرح دعوا در شعبه دیوان را ندارد. نهایتاً هیئت عمومی دیوان عدالت در این خصوص

چنین استدلال کرد: «نظر به اینکه در اصل یکصد و هفتاد و سوم جمهوری اسلامی ایران منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی تصریح گردیده و با توجه به معنی لغوی و عرفی کلمه مردم، واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود و مستفاد از بند ۱ ماده ۱۱ (قانون) دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌باشند، علیهذا شکایات اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد...» بنابراین طبق این رأی دستگاه‌های دولتی نمی‌توانند در شعب دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی حضور یابند و شعب دیوان عدالت شکایت آن‌ها را نمی‌پذیرند، طبق این استدلال صلاحیت دیوان عدالت اداری به اعتبار و از جهتی مقید به نوع شخصیت شاکی یعنی مردم است و دیوان عدالت صرفاً به شکایت اشخاصی رسیدگی می‌کند که در شمار و جزیی از مردم تلقی محسوب می‌شوند و به تعبیری دولت یا مرجع دولتی محسوب نگردند (نهرینی، ۱۳۹۳: ۲۵۵). بعد از این رأی در سال ۱۳۷۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه شماره ۶۰۲ با الهام از رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۶۸ در همین جهت استدلال نمود که دستگاه‌های دولتی نمی‌توانند در شعب دیوان طرح دعوی نمایند.

۱-۲. شایستگی دادگاه عمومی در رسیدگی به شکایت واحد دولتی علیه رأی هیئت حل اختلاف کار (رأی وحدت‌رویه ۶۰۲ مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۶ دیوان عالی کشور)

موضوعی که باعث صدور رأی وحدت‌رویه مذکور گردید از این قرار بود که افرادی در بانک ملی ایران واقع در شهر بروجرد شاغل بودند. بانک ملی آن‌ها را اخراج نمود و افراد مذکور علیه بانک ملی در هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف موضوع قانون کار طرح دعوا نمودند و حکم علیه بانک صادر شد. بانک ملی نسبت به رأی هیئت حل اختلاف اداره کار در دیوان عدالت طرح دعوا نمود. شعبه دیوان به استناد رأی ۳۷، ۳۸ و ۳۹ سال ۶۸ و با این استدلال که بانک ملی دولتی است، شکایت بانک ملی را نپذیرفت. بانک ملی بار دیگر علیه هیئت حل اختلاف اداره کار در دادگاه عمومی طرح دعوی کرد ولی دادگاه عمومی نیز قرار عدم صلاحیت به شایستگی دیوان عدالت اداری صادر کرد، چون طبق ماده ۲۲ قانون دیوان عدالت اداری زمان رسیدگی به پرونده (قانون سال ۱۳۶۰) مرجع حل اختلاف در صلاحیت میان دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی، دیوان عالی کشور تعیین شده بود، موضوع به دیوان عالی کشور ارجاع شد. ظاهراً درخصوص این موضوع میان شعب دیوان عالی کشور نیز اختلاف نظر وجود داشت. بر این اساس موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردید و هیئت عمومی دیوان عالی در رأی وحدت‌رویه ۶۰۲ مورخ ۷۴/۱۰/۲۶ این‌گونه استدلال

کرد: «حدود صلاحیت اختیارات دیوان عدالت اداری بر اساس اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تشکیل گردیده در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ معین و مشخص شده و مبتنی بر رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکتهای دولتی و نیز تصمیمات اقدامات واحدهای مذکور در امور راجع به وظایف آن‌ها است و به‌صراحت مواد ۴ و ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۱۳۶۶ به‌تبصره ذیل ماده ۵ قانون مزبور و قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی مصوبه ۱۳۷۳/۴/۸۹ و قانون ملی شدن بانک‌ها و نحوه اداره امور بانک‌ها و متمم آن مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران، بانک ملی شرکت دولتی محسوب و واجد شخصیت حقوقی مستقل است و با این وضع شکایت آن نسبت به آراء صادره از هیئت‌های حل اختلاف مستقر در وزارت کار و امور اجتماعی موضوع ماده ۱۵۹ قانون کار مصوبه سال ۱۳۶۹ قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست.»

رأی ۶۰۲ دیوان عالی کشور درخصوص اعتراض واحد دولتی علیه رأی هیئت حل اختلاف اداره کار موضوع را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دانسته است و بدین‌سان در میان شعب دیوان عالی کشور رفع اختلاف نمود. اما مشکل درخصوص اعتراض دستگاه دولتی به سایر مراجع شبه‌قضایی نیز به قوت خود باقی بود و دیوان عدالت اداری به استناد رأی سال ۱۳۶۸ اعتراض و شکایت واحدهای دولتی نسبت به آراء مراجع شبه‌قضایی را نمی‌پذیرد. درخصوص اعتراض واحدهای دولتی به رأی کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری نیز همین مشکل پیش آمد. این امر باعث شد که رأی شماره ۶۹۹ در ۲۲ خرداد ۸۶ توسط هیئت عمومی دیوان عالی کشور صادر شود.

۳-۱. پذیرش صلاحیت دادگاه‌های دادگستری به‌عنوان مرجع عام تظلمات در صورت عدم امکان طرح دعوی در دیوان عدالت اداری (رأی وحدت رویه ۶۹۹ دیوان عالی کشور)

این رأی پس از حدوث اختلاف بین شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران که یکی (شعبه ششم) معتقد به اینکه آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها تنها در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است و نصی دایر بر رسیدگی در دادگاه‌های عمومی به آراء کمیسیون مذکور وجود ندارد و لذا دعوی شرکت دخانیات ایران (به‌عنوان یک واحد دولتی) را غیرقابل استماع تشخیص داده است و دیگری (شعبه سی و پنجم) به دعوی شرکت مذکور رسیدگی کرده است، صادر شد. طبق این رأی هیئت عمومی استدلال کرده است: «قانون‌گذار برای آراء صادره از مراجع غیردادگستری نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اشتباهات احتمالی تعیین نموده است، در حالیکه برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید چنین مرجعی پیش‌بینی نشده

است، بنا به مراتب همان طور که به موجب اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مردم می توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان های دولتی نیز می توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون در صدور آراء کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آنها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است مراجعه نمایند و به نظر اکثریت اعضا هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر تطابق داشته باشد صحیح تشخیص داده می شود.»

بدین سان هیئت عمومی دیوان عالی کشور استدلال کرد که چون دستگاه های دولتی نمی توانند علیه آراء مراجع شبه قضایی به دیوان عدالت اداری مراجعه و شکایت کنند و از طرف دیگر محاکم دادگستری مرجع عام تظلمات هستند، لذا در این موارد دستگاه دولتی علیه آراء مراجع شبه قضایی و در اینجا به شکل خاص کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری می توانند به محاکم دادگستری مراجعه نمایند. برخی حقوق دانان با این استدلال هم نظر هستند (شمس، ۱۳۸۰: ۱۴۰). البته اینکه آراء وحدت رویه ۶۰۲ و ۶۹۹ را می توان به موارد مشابه تسری داد و آیا در تمام موارد یک دستگاه دولتی جهت اعتراض به رأی یک مرجع شبه قضایی می تواند در دادگاه های عمومی طرح دعوی کند، محل اختلاف بود. برخی از حقوق دانان استدلال کرده اند هر چند رأی وحدت رویه فقط نشانه تفسیر منتخب هیئت عمومی دیوان عالی کشور از احکام مختلف با استنباط متفاوت از قوانین در یک موضوع توسط قضات است و لذا رأی وحدت رویه نه قانون است و نه در حکم قانون، و بر این اساس آراء مذکور قابل تسری به موارد مشابه نیست؛ ولی دستگاه های دولتی بر اساس اصل دسترسی به عدالت و قاعده عمومیت دادگستری به منزله مرجع رسمی تظلمات، می توانند در موارد مشابه به دادگاه های عمومی مراجعه کنند (محسنی، ۱۳۹۵: ۵۴۸).

آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری در سال ۶۸ و همچنین رأی وحدت رویه ۶۰۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که در آنها استدلال شده است، دیوان عدالت مرجع رسیدگی به تظلمات مردم علیه دولت است در نتیجه دستگاه های دولتی از شمول مفهوم مردم خارج هستند و نمی توانند در دیوان عدالت اداری به عنوان شاکی حضور پیدا کنند از ابعاد مختلف مورد نقد قرار گرفت، از جمله اینکه اساساً هر نهادی که عنوان دولتی دارد ماهیت آن دولت محسوب نمی شود و اساساً دولت هم به مانند هر شخص دیگری در جایگاه های مختلف حقوقی قرار می گیرد و نمی توان برای همه وضعیت های دستگاه های دولتی حکم واحد صادر کرد و همیشه بر مبنای جایگاه اصلی دولت به عنوان نهاد حاکمیتی استدلال نمود و دولت را صرفاً از این زاویه دید، بلکه دولت متناسب با جایگاه حقوقی خود در وضعیت های متفاوت حقوقی و آثار حقوقی متفاوتی ظاهر می شود. در خصوص

مواردی که دستگاه دولتی نسبت به موضوعات بند یک ماده ۱۰ قانون دیوان (ماده ۱۱ قانون سال ۱۳۶۰) یعنی نسبت به تصمیمات و اقدامات اداری، بخواهند به عنوان شاکی حضور پیدا کنند، استدلال دیوان مبنی بر عدم امکان طرح دعوا توسط دستگاه دولتی صحیح است، اما در خصوص مواردی که یک شخص حقوقی عمومی (دولت) نسبت به موارد بند ۲ ماده ۱۱ قدیم و ماده ۱۰ فعلی بخواهد به عنوان شاکی حضور پیدا کند، این امر متفاوت است. بند ۲ ناظر بر شکایت نسبت به آراء مراجع شبه قضایی است و در این مراجع اصولاً دولتی بودن یا نبودن شخص تأثیری در جایگاه آن ندارد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۶: ۱۵۸). به عنوان مثال دولت یا دستگاه دولتی در هیئت های تشخیص و حل اختلاف اداره کار به عنوان کارفرما حضور پیدا می کند در اینجا شأن دولتی بودن هیچ جایگاه ویژه ای به شأن کارفرمایی اعطا نمی کند (استوارسنگری، ۱۳۹۰: ۲۶) و کارفرمای دولتی هم همانند هر کارفرمای دیگری که مشمول قانون کار است، مشمول احکام و مقررات مربوط به روابط کار و همچنین مشمول مقررات مربوط به مراجع حل اختلاف کار از جمله شیوه و مرجع اعتراض نسبت به آراء هیئت های تشخیص و حل اختلاف است. لذا اساساً دستگاه دولتی زمانی که به عنوان کارفرما در این مراجع حضور پیدا می کند شأن ویژه ای به عنوان دولت ندارد و باید بتواند به مانند هر کارفرمایی نسبت به آراء هیئت های تشخیص و حل اختلاف در دیوان عدالت اداری شکایت نماید. در نتیجه دستگاه دولتی نیز باید بتواند نسبت به موضوعات بند ۲ (آراء مراجع شبه قضایی) به عنوان شاکی در دیوان حضور پیدا کنند (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۶: ۱۶۲) و طرح دعوا نمایند. اینکه به طور مطلق گفته شود دستگاه های دولتی به هیچ عنوان نمی توانند در شعب دیوان به عنوان شاکی حضور پیدا کنند، محل اشکال است و باید جایگاه حقوقی دستگاه دولتی را متناسب با هر وضعیت متفاوت حقوقی در نظر گرفت و نمی توان به شکل مطلق گفت دستگاه دولتی به هیچ وجه حق شکایت در دیوان عدالت اداری را ندارند. تفسیر دیوان عدالت اداری در آراء ۳۸، ۳۷ و ۳۹ سال ۱۳۶۸ از مفهوم دولت، یک تفسیر شکلی است و همه ابعاد دولت را در بر ندارد (استوارسنگری، ۱۳۹۰: ۲۸) و اشکالاتی که گفته شد بر آن وارد است. برخی از حقوق دانان قبل از آراء دیوان عالی کشور نظر داده بودند که هدف قانون گذار از بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری (۱۳۶۰) جلوگیری از نقض قانون به وسیله مراجع اداری اختصاصی بوده است و برای نیل به این مقصود خصوصیات شاکی، مطرح نیست، در حالی که شکایت کارفرما در بخش خصوصی از آراء مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما بر اساس این بند قابل طرح و رسیدگی در دیوان است، دلیلی ندارد که کارفرمای دولتی از این حق محروم گردد (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۱۱۰).

در خصوص رأی شماره ۶۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز از این نظر محل نقد است

که، این رأی موجب تشمت آرا می‌شود و هیئت عمومی برخلاف فلسفه وجودی خود در ایجاد وحدت رویه عمل کرده است، چون طبق رأی ۶۹۹ دیوان عالی کشور برای رسیدگی به اعتراضات اشخاص نسبت به مراجع شبه قضایی دو مرجع جداگانه خلق شده است، بدین شکل که طبق این رای، آراء مراجع شبه قضایی قابل اعتراض هستند، اما اینکه شاکی رأی چه شخصی باشد مرجع رسیدگی به این اعتراض متفاوت است. در صورتی که شاکی یا معترض مردم یا اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی باشند، طبق استدلال دیوان عالی کشور در اینجا مرجع رسیدگی دیوان عدالت اداری است و اگر شاکی یا معترض شخص حقوقی عمومی یا دستگاه دولتی باشد مرجع رسیدگی به اعتراض دادگاه‌های عمومی است. این رأی موجب تشمت آراء می‌شود (آقایی طوق و لطفی، ۱۳۹۸: ۳۳۹) چون برای رسیدگی به شکایت نسبت به یک مرجع، دو مرجع پیش‌بینی شده است (مولایی، ۱۳۹۳: ۲۳). در فرضی که دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در خصوص شکایتی که علیه رأی مراجع شبه قضایی مطرح شده است، آراء متعارضی صادر کنند؛ در نظام حقوقی ایران هیچ مرجعی برای رفع این تعارض پیش‌بینی نشده است. از سوی دیگر باید توجه داشت که رسیدگی در دیوان عدالت اداری نسبت به رأی مرجع شبه قضایی شکلی است و رسیدگی در دادگاه‌های عمومی اصولاً ماهوی است. به‌طور مثال اگر در هیئت حل اختلاف کار یک رأی درخصوص اختلاف کارگر و یک دستگاه دولتی صادر شود و کارگر به دیوان عدالت شکایت کند و کارفرما در دادگاه عمومی طرح دعوی کند و این دو مرجع دو رأی متعارض صادر کنند، تکلیف چیست. لذا رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ به جای ایجاد رویه، موجب تشمت می‌شود و حتی در مواردی به یک بن‌بست غیرقابل حلی منجر خواهد شد. از سوی دیگر دیوان عالی کشور برخلاف صراحت قانون عمل کرده است، طبق بند ۲ ماده ۱۱ قانون سابق دیوان عدالت اداری و ماده ۱۰ فعلی، مرجع رسیدگی به اعتراضات اشخاص نسبت به آراء مراجع قضایی، دیوان عدالت اداری بیان شده است. مشخص نیست چگونه دیوان عالی کشور برخلاف این صراحت قانونی برای رسیدگی به اعتراضات دستگاه دولتی نسبت به آراء مراجع قضایی، مرجع دیگری نظر گرفته است (استوارسنگری، ۱۳۹۲: ۶۶۶) و به نظر می‌رسد که این امر برخلاف صراحت قانون دیوان عدالت اداری است.

رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۶۸ و به‌ویژه آراء وحدت رویه شماره ۶۰۲ و ۶۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور اشکالات بنیادین داشت. به همین دلیل به نظر می‌رسد که قضات محاکم عمومی و دیوان عالی کشور را اقناع نکرد و بر این اساس در مواردی قضات محاکم عمومی اعم از بدوی و تجدیدنظر برخلاف آراء مذکور رأی می‌دادند. در سال اخیر اختلاف نظری درخصوص رسیدگی به اعتراض دستگاه دولتی نسبت به کمیسیون آب‌های زیرزمینی در شعب دادگاه تجدیدنظر

استان یزد پیش آمد، این اختلاف نهایتاً به هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع و منجر به صدور رأی وحدت رویه ۷۹۲ شد، علاوه بر آن تنظیم کنندگان طرح اصلاح قانون دیوان عدالت اداری (اعلام وصول در جلسه ۱۲ آذر ۹۷) نیز پیشنهاد اصلاح ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری و پیش بینی امکان شکایت دستگاه های دولتی نسبت به رأی مراجع شبه قضایی دادند^۱. اصلاح قانون و تصریح به امکان شکایت دستگاه های دولتی از آراء مراجع شبه قضایی، مجریان قانون را از ابهام در فهم قوانین خارج می سازد و مراد قانون گذار از قانون بهتر مشخص می شود و در نتیجه محتوای قانون اجرشدنی تر خواهد بود (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۷۴) ولی تا اصلاح قانون نیاز به رویه قضایی متکی به تفسیر صحیح از قوانین وجود دارد.

۲. بازگشت به صلاحیت عام دیوان عدالت در رسیدگی به شکایت از آراء مراجع شبه قضایی

۲-۱. زمینه صدور و پیام رأی ۷۹۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

گردش کار رأی وحدت رویه ۷۹۲ نشان می دهد که اساساً قضات محاکم عمومی و دیوان عالی کشور آراء نسب به رأی وحدت رویه قبلی در خصوص قابل اعتراض بودن آراء مراجع شبه قضایی در محاکم عمومی و اینکه دستگاه دولتی می تواند نسبت به آراء مراجع شبه قضایی در محاکم عمومی طرح دعوا نمایند، نظر مساعدی نداشتند و منتظر فرصتی جهت اصلاح روندی بوده اند که با رأی وحدت رویه شماره ۶۰۲ و ۶۹۹ شکل گرفته است. اساساً در آرای که به عنوان آراء متعارض در هیئت عمومی مطرح شده است، اختلاف اصلی بر سر صلاحیت محاکم عمومی و دیوان عدالت اداری در خصوص رسیدگی به اعتراض دستگاه های دولتی (در اینجا به شکل خاص شرکت سهامی آب منطقه ای نسبت به رأی کمیسیون آب های زیرزمینی^۲) نبوده است؛ بلکه از گردش کار این گونه استنباط

۱. در طرح اصلاح قانون دیوان عدالت اداری سال ۹۷ این متن به عنوان تبصره ۲ ماده ۳ پیشنهاد شده است: «شکایات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از عمومی و خصوصی از آراء و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری موضوع بند ۲ ماده ۱۰ این قانون مستقیماً در شعب تجدیدنظر مطرح و مورد رسیدگی قرار می گیرد. رأی صادره قطعی است.»

۲. قانون تعیین تکلیف چاه های آب فاقد پروانه بهره برداری به صورت ماده واحده مصوب تیر ۱۳۸۹ است. طبق این ماده واحده: «وزارت نیرو موظف است ضمن اطلاع رسانی فراگیر و مؤثر به ذی نفعان، طی دو سال تمام پس از ابلاغ این قانون، برای کلیه چاه های آب کشاورزی فعال فاقد پروانه واقع در کلیه دشت های کشور که قبل از پایان سال ۱۳۸۵ هجری شمسی حفر و توسط وزارت نیرو و دستگاه های تابعه استانی شناسایی شده باشند و براساس ظرفیت آبی دشت مرتبط، و با رعایت حریم چاه های مجاز و عدم اضرار به دیگران و عموم مشروط به اجراء آبیاری تحت فشار توسط متقاضی پروانه بهره برداری صادر نماید.»

طبق تبصره ۵ قانون: «جهت رسیدگی به اختلافات ناشی از اجراء این قانون و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱،

شده است، که نخست در سال ۱۳۹۳ قاضی کمیسیون آب‌های زیرزمینی استان یزد درخصوص چاهی رأی صادر می‌کند (به‌طور منطقی به نفع شخص متقاضی)، که شرکت سهامی آب منطقه‌ای استان نسبت به آن معترض بوده است. این شرکت نخست به دیوان عدالت اداری شکایت می‌کند و شعبه هفتم دیوان عدالت اداری طی دادنامه‌ای با این استدلال که دیوان عدالت صلاحیت رسیدگی به شکایات دستگاه‌های دولتی را ندارد، قرار عدم صلاحیت به صلاحیت محاکم عمومی صادر می‌کند و شعبه سوم تجدیدنظر دیوان عدالت نیز آن را تأیید می‌کند. سپس پرونده به شعبه دهم دادگاه عمومی یزد ارسال می‌شود، این شعبه معتقد به عدم صلاحیت خود بوده و پرونده را جهت رفع اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال می‌کند. دیوان عالی کشور با تشخیص صلاحیت دادگاه عمومی یزد، پرونده را اعاده می‌کند. در اینجا شعبه دهم دادگاه یزد پس از رسیدگی رأی صادره از کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی را ابطال نموده است. ذی‌نفع نسبت به این رأی اعتراض می‌کند و پرونده به شعبه هشتم تجدیدنظر استان یزد ارجاع می‌شود. شعبه هشتم تجدیدنظر یزد رأی بدوی را نقض و رأی کمیسیون آب‌های زیرزمینی را تأیید می‌نماید.

پرونده دیگری به همین شکل در استان یزد تشکیل می‌شود، شعبه اول دادگاه حقوقی مهریز درخصوص اعتراض شرکت آب منطقه‌ای استان یزد رسیدگی و قرار عدم استماع دعوی شرکت آب منطقه‌ای صادر می‌کند. پس از اعتراض شرکت سهامی آب پرونده به شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان یزد ارجاع می‌شود. این شعبه تجدیدنظر با التفات به نظریه مشورتی ۹۸/۱/۲۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه^۱ استدلال می‌کند که اساساً آراء کمیسیون مذکور از سوی شرکت آب منطقه‌ای نه در دیوان

در هر استان کمیسیونی تحت عنوان «کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی» مرکب از یک نفر قاضی با حکم رئیس قوه قضائیه، یک نفر نماینده سازمان جهاد کشاورزی استان با حکم رئیس سازمان و یک نفر نماینده شرکت آب منطقه‌ای استان با حکم مدیرعامل شرکت تشکیل دهد و نسبت به بررسی پرونده‌های شکایات اشخاص علیه دولت اقدام نماید. رأی لازم توسط قاضی عضو کمیسیون صادر می‌گردد. احکام صادره مذکور ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری می‌باشد.»

۱. نظریه مشورتی ۱۶۴۷/۹۷/۷-۲۶/۱/۱۳۹۸: «با توجه به عبارت «احکام صادره مذکور ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری است» مندرج در ذیل تبصره ۵ قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری و لحاظ اینکه دیوان عدالت اداری مرجع تظلم‌خواهی اشخاص غیردولتی علیه دولت است و نه بالعکس و نیز توجه به اینکه نماینده شرکت آب منطقه‌ای هر استان یکی از اعضای کمیسیون رسیدگی به آب‌های زیرزمینی می‌باشد و عنایت به این‌که مفروض آن است قانونگذار با علم به حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری، این مرجع را به عنوان مرجع تجدیدنظر از آراء کمیسیون مقرر کرده است، بنابراین احکام صادره از کمیسیون مذکور از سوی شرکت آب منطقه‌ای نه در دیوان عدالت اداری و نه در دادگاه‌های عمومی قابل تجدیدنظر نمی‌باشد.»

عدالت اداری و نه در دادگاه عمومی قابل تجدیدنظر نمی باشد و دادنامه بدوی را تأیید می کند. ملاحظه می شود که شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر یزد اعتراض شرکت دولتی نسبت به آراء کمیسیون رسیدگی به آب زیرزمینی را قابل رسیدگی می داند، ولی دعوی شرکت آب منطقه ای را رد می کند، ولی شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان یزد با استناد به تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه های آب فاقد پروانه که در آن اعتراض به آرای کمیسیون مذکور را قابل طرح در دیوان عدالت اداری دانسته است، اما چون دستگاه دولتی نمی تواند در دیوان به عنوان شاکی حضور یابد در نتیجه آرای کمیسیون را نسبت به دستگاه دولتی، غیر قابل اعتراض و قابل رسیدگی در محاکم عمومی نمی داند. به این ترتیب تعارض آرای شعب اول و هشتم دادگاه تجدیدنظر استان یزد در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و به بحث گذاشته می شود.

استدلال نماینده دادستان کل کشور در جلسه هیئت عمومی درخصوص موضوع نیز قابل توجه است. نظرات نماینده دادستان کل در ۲ بند (که بند دوم اولاً تا رابعاً دارد) بیان شده است. در بند ۲ دلایل نماینده دادستان مبنی بر اینکه موضوع در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، بدین شرح است: «اولاً، به موجب نص صریح تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه های آب فاقد پروانه بهره برداری مصوب ۸۹/۴/۸۳، احکام صادره از ناحیه قاضی کمیسیون مذکور، ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری می باشد. این مقرره آمره در تعیین صلاحیت، اطلاق دارد که رأی قاضی کمیسیون هم غیر قطعی و قابل تجدیدنظر است و هم مرجع رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از آن دیوان عدالت اداری است و اجتهاد در مقابل نص و رجوع به اصل جایز نیست. ثانیاً، اصل برابری و تساوی سلاح ها به منظور نیل به یک دادرسی منصفانه ایجاب می کند که علاوه بر پذیرش حق برابر تجدیدنظرخواهی برای شرکت آب منطقه ای، به تجدیدنظرخواهی طرفین در مرجع واحد که همان دیوان عدالت اداری است رسیدگی شود. مضافاً پیش بینی دو مرجع تجدیدنظر برای حکم واحد به اقتضاء هویت تجدیدنظرخواه با منطق حقوقی سازگاری ندارد؛ زیرا با فرض پذیرش دو مرجع صالح برای رسیدگی به موضوع واحد، در صورت اعتراض هر دو طرف ایراد در تقدم و تأخر رسیدگی و حتی صدور آراء مغایر متصور است.

ثالثاً، رسیدگی در محاکم دادگستری نسبت به موضوع علاوه بر مغایرت با سیاست قضازدایی، با هدف و غرض مقنن در ماده واحده مذکور که محاکم را مکلف به احاله پرونده های مطروحه به کمیسیون مذکور نموده نیز ناسازگار است. مضافاً استدلال به اینکه به موجب اصل ۱۵۹ قانون اساسی دادگستری مرجع تظلمات عمومی بوده و تکلیف عام به رسیدگی موضوع آن هم در مرحله تجدیدنظر دارد استدلال اصولی و منطبق بر همان اصل نمی باشد، چراکه به موجب بخش اخیر اصل مذکور

تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است و در موضوع مطروحه به موجب نص صریح مصرح در تبصره ۵ ماده واحده مذکور، رسیدگی به موضوع در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گرفته است.

رابعاً، استدلال به اینکه به موجب اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، آن دیوان صلاحیت رسیدگی به تجدیدنظرخواهی شرکت دولتی را ندارد، وارد نیست؛ چراکه هیچ‌کدام از مقررات مذکور در مقام بیان موارد نفی نیستند و تنها در تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون مذکور مقنن در مقام بیان موارد نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد که موضوع مطروحه با هیچ‌کدام از موارد مذکور انطباق ندارد. مضافاً اینکه بند ۲ ماده ۱۰ قانون مذکور همچون رأی وحدت‌رویه شماره ۶۶۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور ناظر بر آراء و تصمیمات قطعی هیئت‌ها و کمیسیون‌ها است و با پیش‌بینی حق تجدیدنظرخواهی به آراء غیر قطعی قاضی کمیسیون برای مراجع دولتی در دیوان عدالت اداری مغایرتی ندارد.»

با توجه به این گردشکار هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی ۷۹۲ را چنین صادر کرده است: «با توجه به اینکه برابر تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب ۱۳۸۹/۴/۸۳ آراء کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی به طور مطلق قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری دانسته شده است و با عنایت به اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، دولتی بودن شرکت سهامی آب منطقه‌ای، نافی لزوم رسیدگی به تجدیدنظرخواهی به عمل آمده از سوی این شرکت نسبت به آراء کمیسیون مذکور در دیوان عدالت اداری نیست؛ بنابراین رأی شماره ۱۰۷۶ مورخ ۱۳۹۵/۸/۸۹ شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان یزد که از لحاظ قابل اعتراض دانستن آراء کمیسیون یادشده از سوی شرکت آب منطقه‌ای (در حد مذکور) با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»

قضات دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه ۷۹۲ استدلال کرده‌اند که چون در بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری آراء کمیسیون آب‌های زیرزمینی به طور مطلق قابل اعتراض در دیوان عدالت است، لذا این اطلاق شامل شرکت آب منطقه‌ای استان یزد به عنوان یک واحد دولتی هم می‌شود و به بیان دیگر از نظر قضات دیوان این بند از ماده ۱۰ قانون دیوان ناظر به اینکه چه شخصی شاکی باشد، نیست و لذا هر شخص معترضی نسبت به آراء مراجع مذکور می‌تواند در دیوان عدالت اداری طرح دعوی کند. اما قضات دیوان در این رأی استدلالی مبنی بر اینکه برچه اساس از رأی

وحدت رویه ۶۰۲ عدول کرده‌اند، بیان نداشته‌اند. در مجموع پیام رأی این است که برخلاف رأی وحدت رویه ۶۹۹ دستگاه‌های دولت می‌توانند در خصوص آراء مراجع شبه قضایی موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری طرح دعوی کنند. البته ابعاد مختلف رأی و رویکردی که باید پس از آن پیگیری شود باید مورد بحث قرار گیرد.

۲-۲. آثار رأی وحدت رویه ۷۹۲ بر صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی

با توجه به سوابق بحث می‌توان گفت رأی ۷۹۲ دیوان عالی کشور آثار ذیل را در بر دارد:

۱. گفته شد که طبق این رأی دستگاه‌های دولتی می‌توانند در خصوص آرای مراجع شبه قضایی موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری طرح دعوی کنند. هرچند رأی در خصوص یک دستگاه دولتی خاص (شرکت آب منطقه‌ای) است ولی در ماهیت ناظر بر همه دستگاه‌های دولتی است. لذا بعد از این رأی، شعب دیوان عدالت اداری باید شکایت شرکت‌های آب منطقه‌ای استان‌ها را به خواسته اعتراض به آراء کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی بپذیرند و دادگاه‌های عمومی در خصوص این نوع از دعاوی صلاحیت رسیدگی ندارند و در فرض وقوع باید قرار عدم صلاحیت به شایستگی دیوان عدالت اداری (شعب) صادر نمایند.

۲. به لحاظ تعیین مرجع واحد جهت رسیدگی به شکایات هر طرف موضوع (شرکت آب منطقه‌ای و یا اشخاص طرف مقابل) از تعارض آراء مراجع متعدد جلوگیری می‌شود و در فرض تعارض آراء شعب دیوان عدالت اداری در این خصوص، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری وجود دارد.

۳. رأی وحدت رویه ۷۹۲ باعث می‌شود که برداشت از مفهوم دولت و واحد دولتی موضوع اصل ۱۷۳ و بند ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری دچار تغییر شود و به چندوجهی بودن دولت توجه شود.

۲-۳. ارزیابی رأی وحدت رویه ۷۹۲

رأی ۷۹۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور می‌تواند تأثیر زیادی در ادبیات مربوط به آیین دادرسی، مفهوم دولت و تفکیک عملی صلاحیت دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی داشته باشد؛ اما این رأی از جنبه‌های زیر نیز قابل نقد و ارزیابی است.

۱. اساساً اختلاف آراء مطروحه در هیئت عمومی دیوان عالی یعنی آراء شعب اول و هشتم تجدیدنظر استان یزد در خصوص اختلاف در صلاحیت مرجع رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون آب‌های زیرزمینی نبوده است، بلکه در حقیقت اختلاف در خصوص امکان و یا عدم امکان اعتراض نسبت به آراء کمیسیون مذکور توسط شرکت سهامی آب منطقه‌ای بوده است. از این نظر استناد هیئت عمومی به رأی شعبه ۸ در استان صحیح است، چون شعبه ۸ معتقد به قابل اعتراض بودن رأی کمیسیون توسط شرکت آب منطقه‌ای بوده است، ولی در مقابل شعبه اول معتقد است که

هرچند دیوان عدالت اداری مرجع صالح برای رسیدگی به اعتراض اشخاص نسبت به رأی کمیسیون امور آب‌های زیرزمینی است، ولی چون شرکت سهامی آب منطقه‌ای دولتی است و امکان شکایت آن در این خصوص در دیوان وجود ندارد، در نتیجه آراء کمیسیون نسبت مرجع دولتی قطعی است و شرکت آب منطقه‌ای نمی‌تواند در هیچ مرجعی اعتراض کند و دادگاه عمومی نیز نمی‌تواند به این اعتراض رسیدگی کند. نکته جالب این است که پس از طرح اختلاف در خصوص امکان اعتراض شرکت سهامی آب منطقه‌ای، بحث به سمت اختلاف در صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی هدایت شده است و از این نظر استناد به رأی شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان یزد موضوعیت ندارد و رأی این شعبه این مفهوم را نمی‌رساند.

۲. برخی از استدلال‌های معاونت نماینده دادستان کل کشور به‌خصوص استناد به اصل برابری سلاح‌ها، لزوم توجه به نص قانون در تعیین صلاحیت و عدم امکان استناد به اصول کلی در صورت وجود نص، بسیار قابل‌توجه و مستحکم است و می‌توان گفت که رأی وحدت‌رویه ۷۹۲ تحت تأثیر استدلال‌های نماینده دادستان کل کشور صادر شده است.^۱ اما استدلال و استناد نماینده دادستان به رأی شماره ۶۶۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای تقویت استدلال خود با مفاد رأی ۶۹۹ متعارض است، این استدلال با محتوای رأی ۶۹۹ هم‌خوانی ندارد، چون در رأی ۶۹۹ هیئت عمومی استدلال کرده بود که هرچند مردم می‌توانند اعتراض خود را در خصوص آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری در دیوان مطرح کنند، ولی از آنجا که سازمان‌های دولتی نمی‌توانند در این خصوص به دیوان شکایت کنند، لذا سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قوانین در صدور آرای کمیسیون ماده ۷۷ به مراجع دادگستری که مرجع تظلمات عمومی هستند، مراجعه کنند. بنابراین استناد به رأی ۶۹۹ برای توجیه استدلال نماینده دادستان که مبنای صدور رأی ۷۹۲ قرار گرفت، موجه نیست.

۳. در استدلال نماینده دادستان و همچنین در متن رأی ۷۹۲ به نص تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب‌های فاقد پروانه استناد شده است که احکام صادره از ناحیه قاضی کمیسیون مذکور قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری است و استدلال شده است که این تبصره اطلاق دارد؛ چون مرجع رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از رأی کمیسیون صراحتاً دیوان عدالت اداری اعلام شده و لذا اجتهاد در مقابل نص و رجوع به اصل جایز نیست. منظور از اصل در رأی ۷۹۲ این است که باید اصل بر مرجعیت عام تظلم‌خواهی دادگاه‌های عمومی یا محاکم دادگستری باشد. این استدلال در صدور آرای ۶۰۲ و ۶۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز وجود داشت، مشخص

۱. سابقه دادستان کل کشور در ریاست دیوان عدالت اداری نیز می‌تواند از عوامل مؤثر و مثبت در این خصوص باشد.

نیست چگونه از این استدلال و از این صراحت در زمان صدور آرای ۶۰۲ و ۶۹۹ غفلت شده است. در زمان صدور رأی وحدت رویه ۶۰۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ حاکم بود، بند ۲ این ماده صراحتاً یکی از صلاحیت‌های دیوان عدالت را رسیدگی به اعتراضات به شکایت از آرا و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری، هیئت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری بیان کرده بود. در سال ۱۳۸۶ یعنی زمان صدور رأی وحدت رویه ۶۹۹ نیز ماده ۱۳ قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵ وجود داشت که در بند ۲ این ماده نیز صراحتاً هیئت‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها بیان شده بود که کمیسیون ماده ۷۷ نیز در این راستا قرار دارد. اگر ملاک نص بود، که اصولاً می‌باید باشد، این نص در زمان آراء وحدت رویه ۶۰۲ و ۶۹۹ نیز وجود داشت، به همین خاطر مناسب بود که برای استحکام مبانی رأی ۷۹۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور توجیهات خود را برای عدول از استدلال‌های مذکور در آراء وحدت رویه شماره ۶۰۲ و ۶۹۹ بیان می‌کرد، این امر از نظر علمی ارزشمندتر بود.

۴. در استدلال نماینده کل کشور به اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری استناد شده و گفته شده است که هیچ‌کدام از مقررات مذکور در مقام بیان موارد نفی نیست، علاوه بر آن در رأی نیز استدلال شده است که دولتی بودن شرکت سهامی آب منطقه‌ای نافی لزوم رسیدگی به تجدیدنظرخواهی به عمل آمده از سوی این شرکت نسبت به آراء کمیسیون امور آب‌های زیرزمینی در دیوان عدالت اداری نیست. این استدلال که اصل ۱۷۳ و ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری که در آن‌ها به تأسیس چنین نهادی برای رسیدگی شکایات علیه دولت تصریح شده است، در مقام بیان نفی نیست محل تأمل است، چون اگر اصل بر عدم صلاحیت مراجع و مقامات عمومی باشد، استناد به عدم نفی قانون‌گذار نمی‌تواند دلیلی بر صلاحیت باشد؛ بلکه عدم بیان به منزله عدم و نفی صلاحیت است.

لازمه پذیرش صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی دستگاه‌های دولتی این است که ما از مفهوم شکلی دولت در اصل یکصد و هفتاد و سه و همچنین ماده ۱۰ قانون دیوان عبور کنیم. این است که در تفسیر حقوقی و قضایی از مفهوم دولت، باید پذیرفته شود که دولت یک مفهوم حقوقی چندوجهی است و دارای یک وجه واحد و اثر حقوقی واحد نیست؛ بلکه دولت نیز به مانند هر شخص دیگری متناسب با وضعیت حقوقی خود در جایگاه‌های حقوقی متفاوت قرار می‌گیرد و این جایگاه آثار حقوقی خاص خود را نیز دارد. در نتیجه باید گفته شود که اساساً دولت و دستگاه دولتی در موارد بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، معترض رأی یک مرجع شبه قضایی است

و به منزله دولت (به مفهومی که در اصل ۱۷۳ یعنی نهادی که مردم می‌توانند علیه آن در دیوان تظلم خواهی کنند) نیست، بلکه در موارد بند ۲ ماده ۲ دستگاه دولتی، شخصی است که ادعا می‌کند توسط مراجع مذکور در بند ۲ مورد ظلم واقع شده است و لذا حق تظلم خواهی دارد.

۵. نص و ظاهر رأی وحدت‌رویه ۷۹۲ ناظر بر امکان طرح دعوا توسط شرکت سهامی آب منطقه‌ای به عنوان یک دستگاه دولتی و صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به چنین دعوایی است. تسری این رأی به سایر دستگاه‌های دولتی و سایر مراجع شبه قضایی و استقرار به عنوان یک قاعده کلی در خصوص بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری با مقاومت‌هایی روبه‌رو خواهد شد. بنابراین گام‌های بعدی در خصوص اینکه رأی ۷۹۲ یک قاعده کلی در خصوص دعوای مربوط به بند ۲ ماده ۱۰ است یا نه، نیاز به همراهی و پیگیری در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری دارد، در غیر این صورت این رأی به عنوان یک امر موردی و ناظر بر دستگاه دولتی مندرج در رأی یعنی شرکت آب منطقه‌ای و کمیسیون رسیدگی به آب‌های زیرزمینی محسوب می‌گردد. البته چنانچه اصلاحیه قانون دیوان عدالت اداری به سرانجام رسد و متن پیشنهادی مبنی بر امکان طرح دعوی توسط دستگاه‌های دولتی علیه آراء مراجع شبه قضایی به صورت قانون درآید، این فرایند سریع‌تر و مستحکم‌تر خواهد بود.

در وضع موجود، به استناد جهات قانونی رأی وحدت‌رویه ۷۹۲، می‌توان حکم آن را به دیگر دستگاه‌های دولتی و مراجع شبه قضایی تسری داد؛ بدین شرح که یک رأی دارای جهات موضوعی و جهات قانونی و نهایتاً منطوق حکم است (شمس، ۱۳۸۰: ۴۷۸). اصلی‌ترین جهات قانونی رأی وحدت‌رویه استناد به اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری است. هیئت عمومی به استناد اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری نتیجه گرفته است که چون دیوان عدالت اداری به طور مطلق صالح به رسیدگی به آراء مراجع شبه قضایی و در اینجا کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی است و رسیدگی به اعتراض دستگاه دولتی به رأی کمیسیون در صلاحیت دادگاه عمومی نیست، لذا شرکت آب منطقه‌ای نیز می‌تواند علیه رأی این کمیسیون در دیوان عدالت اداری طرح دعوی کند. بنابراین به استناد جهات قانونی رأی می‌توان استدلال کرد که هر موضوعی که جهات قانونی رأی در آن وجود داشته باشد نیز تابع حکم رأی وحدت‌رویه ۷۹۲ است و بدین سان حکم رأی وحدت‌رویه قابل تسری به دیگر دستگاه‌های دولتی و دیگر مراجع شبه قضایی است که رسیدگی به شکایت علیه آراء آن‌ها در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. ضمن اینکه شرکت آب منطقه‌ای در اینجا خصوصیتی نداشته است که رأی صرفاً ناظر بر آن بوده باشد، بلکه به عنوان یک دستگاه دولتی در جایگاه شاکی (خواهان) قرار داشته است و رأی وحدت‌رویه در مقام تعیین تکلیف نسبت به این مسئله است.

۶. در آراء وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور که در این مقاله مورد بحث و ارزیابی قرار گرفتند، چندوجهی بودن مفهوم دولت مورد توجه قرار نگرفته است و به همین لحاظ ممکن است تعارض رأی ۷۹۲ با آراء قبلی دیده نشود و چه بسا ممکن است در آینده رأی معارض با رأی ۷۹۲ صادر شود. باید توجه داشت که دولت یک مفهوم کلی و واحد ندارد، لذا باید مفهوم دولت را با توجه به جایگاه حقوقی هر واحد یا دستگاهی که عنوان دولتی دارد، برداشت نمود و صرف قید دولتی داشتن یک واحد یا مقام آن را در جایگاه دولت و سازمان حقوقی دولت قرار نمی‌دهد. این مسئله از جنبه عملی و رسیدگی محاکم اهمیت دارد (استوارسنگری، ۱۳۹۸: ۱۲۰). هیئت عمومی دیوان عالی کشور در برخی از آراء وحدت‌رویه خود به‌ویژه در رأی وحدت‌رویه ۱۳ مورخ ۱۳۶۱/۳/۲۴ چندوجهی بودن مفهوم دولت را پذیرفته بود و استدلال کرد بانک‌های دولتی چون اعمال تجاری انجام می‌دهند و جنبه انتفاعی و تخصصی دارند، مشمول مفهوم دولت در ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ نمی‌گردند (استوارسنگری، ۱۳۹۲: ۶۵۱) و لذا بر اساس این استدلال هر دستگاهی که دولتی است، شامل همه احکام ناظر بر دولت نمی‌شود. اما در رأی وحدت‌رویه ۷۹۲ به این مطلب توجه نشده است و استدلالی در این خصوص دیده نمی‌شود.

نتیجه

رأی ۷۹۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور یک تحول مثبت در رویه قضایی مربوط به صلاحیت دیوان عدالت اداری و مفهوم دولت است. با توجه به اینکه در این رأی برای اعتراض به رأی مرجع شبه قضایی صرف‌نظر از اینکه شاکی چه شخصی است، مرجع واحد را تعیین کرده است؛ این رأی می‌تواند از تشکیک و تعارض آراء مراجع قضایی و دیوان عدالت اداری درخصوص رسیدگی به آراء مراجع شبه قضایی جلوگیری کند و لذا این رأی اثر مثبتی در ساماندهی رویه قضایی دارد.

رأی ۷۹۲ می‌تواند عاملی شود تا برداشت از مفهوم دولت و واحد دولتی موضوع اصل ۱۷۳ و بند ۱ و ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری دچار تغییر شود و به چندوجهی بودن دولت توجه شود. بدین شرح که دولت را نباید یک پدیده حقوقی یک‌وجهی تلقی کرد که در هر نوع دعوی برای آن یک مفهوم و جایگاه حقوقی واحد در نظر گرفت، بلکه مفهوم دولت را باید در هر جایگاه حقوقی متفاوت و متناسب با آن در نظر گرفت. در مقدمات منجر به رأی مذکور و در بیان استدلال‌های آن، فرصت نظریه‌پردازی و طرح استدلال مبنایی فراهم بود، ولی به این مطلب توجه نشده است. لذا به دلیل ضعف در توجیه مبنایی استدلالی رأی، باز هم احتمال صدور آراء معارض با آن در آینده وجود دارد. در تکمیل جهت‌گیری صحیح دیوان عالی کشور در رأی ۷۹۲ و برای قطع جدل‌های حقوقی در بین قضات دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی پیشنهاد می‌شود که:

اولاً تبصره پیشنهادی در طرح اصلاح قانون دیوان عدالت اداری به عنوان تبصره ۲ ماده ۳ مبنی اینکه شکایات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از عمومی و خصوصی از آراء و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری موضوع بند ۲ ماده ۱۰ این قانون مستقیماً در شعب دیوان مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، سریع‌تر به سرانجام برسد و تکلیف قضات در این خصوص مشخص گردد و زمینه چالش در این خصوص از بین برود.

ثانیاً مسئولین و قضات دیوان عدالت اداری نیز با استفاده از ظرفیت ماده ۹۱ قانون دیوان عدالت اداری، رأی وحدت‌رویه شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیئت عمومی را با توجه به رأی ۷۹۲ دیوان عالی کشور بازنگری کنند.

به استناد جهات قانونی رأی وحدت‌رویه ۷۹۲ می‌توان حکم آن را به دیگر دستگاه‌های دولتی و مراجع شبه‌قضایی تسری داد. بر اساس استدلال هیئت عمومی به استناد اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون، دیوان عدالت اداری به طور مطلق صالح به رسیدگی به آراء مراجع شبه‌قضایی است، لذا دستگاه‌های دولتی نیز می‌توانند علیه آراء این مراجع در دیوان عدالت اداری طرح دعوی کنند.

منابع

- استوارسنگری، کورش (۱۳۹۲)، «مفهوم دولت در آرای وحدت‌رویه دیوان عالی کشور»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۶۲.
- استوارسنگری، کورش (۱۳۹۰)، «مفهوم دولت در آرای وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره سوم، شماره ۴.
- استوارسنگری، کورش (۱۳۹۸)، *دولت حقوقی*، تهران: نشر میزان.
- آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی (۱۳۹۸)، *حقوق اداری (۱)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- امامی محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۸۶)، *حقوق اداری*، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- امامی، محمد، سیدمجتبی واعظی و مهستی سلیمانی (۱۳۹۱)، *ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری*، تهران: نشر میزان.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۰)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- صدرالحفاظی، سید نصرالله (۱۳۷۲)، *نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، تهران: نشر شهریار.
- محسنی، حسن (۱۳۹۵)، «اصل دسترسی به عدالت و حق دادخواهی دولت»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۷، شماره ۳.
- مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۳)، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، تهران: نشر جنگل.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۳)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.

تصمیم‌گیری مجرمان از منظر اقتصاد رفتاری و دلالت‌های آن در سیاست‌گذاری کیفری^۱

حمید بهره‌مند*، زهرا ساکیانی**

چکیده

اقتصاد رفتاری، شاخه‌ای در علم اقتصاد است که به دنبال تعدیل فرضیات اقتصاد نئوکلاسیک با استفاده از یافته‌های سایر علوم و به‌ویژه روان‌شناسی است. اقتصاد رفتاری تأکید می‌کند که انسان‌ها برای پردازش اطلاعات از فرایندهایی استفاده می‌کنند که سبب می‌شود تصمیم‌های اتخاذی آن‌ها چنان‌که در اقتصاد متعارف فرض می‌شود همواره در راستای حداکثرسازی منافع مورد انتظار و حداقل‌سازی هزینه‌های مورد انتظار نباشند. نتایج این مقاله که به روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است نشان می‌دهند که از منظر اقتصاد رفتاری، عواملی بر تصمیم‌گیری مجرمان برای ارتکاب جرم مؤثر هستند که هر یک به‌نحوی با جمع‌آوری اطلاعات برای ارتکاب جرم و ارزیابی مجرمان از قطعیت و شدت مجازات‌ها مرتبط هستند. به علت وجود همین عوامل است که نمی‌توان همواره قائل به صحت این فرض بود که افزایش شدت و قطعیت مجازات‌ها سبب کاهش میزان جرایم می‌شود. فرایند تصمیم‌گیری و انتخاب مجرمان و ادراک آن‌ها از شدت و قطعیت مجازات از منظر اقتصاد رفتاری، نیازمند توجه به جزئیاتی است که عموماً مورد توجه سیاست‌گذاران کیفری قرار نمی‌گیرند. به نظر می‌رسد مدنظر قرار دادن این موارد می‌تواند به افزایش کارایی سیاست‌های اتخاذی

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده دوم تحت عنوان «تحلیل اقتصادی جرم و مجازات از منظر اقتصاد رفتاری» با راهنمایی نویسنده مسئول و مشاوره آقای دکتر فیروز محمودی جانکی و آقای دکتر میثم امیری در دانشگاه تهران است.

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
bahrmand@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
zahrasakiani@yahoo.com

برای مقابله با جرم کمک کند و در توضیح مواردی که سیاست‌های اتخاذی در مقابله با جرایم مؤثر نبوده یا تأثیرگذاری کمتری داشته‌اند، مفید باشد.

واژگان کلیدی: اقتصاد رفتاری، تصمیم‌گیری مجرمان، قواعد اکتشافی، سوگیری‌های شناختی، ادراک شدت و قطعیت مجازات

مقدمه

در مکتب اقتصادی نئوکلاسیک، انسان اقتصادی، انسانی است که تصمیم‌هایی را اتخاذ می‌کند که بیشترین مطلوبیت مورد انتظار را برای وی به بار آورد. بر همین اساس، گفته می‌شود انسان‌ها برای ارتکاب جرم نیز مانند هر اقدام دیگری، دست به تحلیل هزینه-فایده می‌زنند و مطلوبیت مورد انتظار را می‌سنجند و تنها در صورتی مرتکب جرم می‌شوند که مطلوبیت مورد انتظار بیش از هزینه‌های مورد انتظار باشد. با توجه به اینکه مجازات، یکی از بزرگ‌ترین هزینه‌های جرم تلقی می‌گردد، عاملی مهم در تحلیل هزینه-فایده به شمار می‌رود و مجازات مورد انتظار، حاصل ضرب قطعیت (احتمال دستگیری و محکومیت) و شدت مجازات است.

برخلاف فرض اقتصاد نئوکلاسیک مبنی بر اینکه انسان‌ها از عقلانیت نامحدود، نیروی اراده نامحدود و نفع شخصی نامحدود، برخوردار و دارای آزادی در انتخاب و بهره‌مند از اطلاعات کامل هستند (امیری، ۱۳۹۶: ۱۰۱)، در رویکرد اقتصاد رفتاری گفته می‌شود انسان‌ها برای تصمیم‌گیری، به اطلاعات کامل دسترسی ندارند. همچنین برای تصمیم‌گیری، علاوه بر سیستم منطقی و استدلالی، از سیستم شهودی^۱ نیز بهره می‌برند. سیستم شهودی به صورت خودکار و سریع، بدون نیاز به تلاش زیاد یا کنترل خودخواسته عمل می‌کند، وابسته به بستر^۲ و محیط تصمیم‌گیری است و معمولاً احساسات و عادات در آن تأثیرگذار هستند، فلذا کنترل کردن یا تغییر دادن آن دشوار است. این سیستم از میانبرهای ذهنی^۳ یا اکتشافاتی^۴ استفاده می‌کند که انسان‌ها از طریق تجربه شخصی آن‌ها را می‌آموزند یا به صورت طبیعی در ذات انسان‌ها وجود دارند. در مقابل، عملکرد سیستم استدلالی آهسته‌تر، تحلیل‌گرانه، نیازمند تلاش و به صورت آگاهانه قابل کنترل است (Kahneman, 2003: 1451).

یک قاعده اکتشافی^۵، قاعده یا راهبردی ساده و اغلب صرفاً تقریبی برای حل یک مسئله است (Camerer and Loewenstein, 2004: 10) و در مقابل عملکرد سیستم دو قرار می‌گیرد که در آن

1. intuitive
2. context- dependent
3. mental shortcuts
4. heuristics
5. heuristic rule

با گردآوری و ارزیابی هرچه بیشتر اطلاعات و بررسی تفصیلی پیامدهای راه‌حل‌های گوناگون می‌توان درخصوص یک موضوع، تصمیم‌گیری کرد. یک قاعدهٔ اکتشافی، میانبری ذهنی است که به انسان‌ها کمک می‌کند به سرعت و بدون نیاز به صرف زمان طولانی برای جمع‌آوری و تحلیل اطلاعات، تصمیم‌گیری و قضاوت کنند.

اگرچه به کارگیری قواعد اکتشافی می‌تواند فرایند تصمیم‌گیری را سرعت بخشد، اما ممکن است منجر به خطاها و سوگیری‌هایی شود (Dale 2015: 95) که به آن‌ها سوگیری‌های شناختی^۱ اطلاق می‌شود. در واقع استفاده از اکتشاف‌ها توسط سیستم شهودی گاه سبب می‌شود افراد در تحلیل و به‌کارگیری اطلاعات موجود و در دسترس نیز دچار اشتباهاتی شوند.

در این مقاله برخی از اکتشاف‌ها و سوگیری‌های شناختی مؤثر در تصمیم‌گیری مجرمان برای ارتکاب جرم بررسی می‌شوند و نحوهٔ استفاده از آن‌ها برای تغییر رفتار مورد اشاره قرار می‌گیرند. سوگیری‌های قابل‌تصور در تصمیم‌گیری مجرمان تحت سه عنوان کلی سوگیری‌های محتمل در جمع‌آوری اطلاعات که بر محوریت نقش «خود» در تصمیم‌گیری برای ارتکاب جرم تأکید می‌کنند و می‌توانند مانع از تحلیل هزینه-فایدهٔ صحیح شوند، و نیز سوگیری‌های محتمل در ارزیابی احتمالات مربوط به دستگیری و محکومیت و نیز شدت مجازات بررسی می‌شوند و ادراک مجرمان احتمالی از قطعیت و شدت مجازات بر اساس اقتصاد رفتاری تبیین خواهد شد. البته این مسئله باید مورد توجه قرار گیرد که بسیاری از مواردی که بیان خواهند شد به‌صورت خاص در تصمیم‌گیری‌های مجرمان مورد آزمون قرار نگرفته‌اند، بلکه به‌صورت عام و در میان بسیاری از انسان‌ها وجود دارند و با توجه به اینکه به‌کارگیری یافته‌هایی که در بستری غیر از ارتکاب جرم به دست آمده‌اند ممکن است نتایجی داشته باشد که عیناً در بستر ارتکاب جرم قابل‌تسری نباشند، به نظر می‌رسد انجام پژوهش‌های تجربی برای سنجش این موارد در تصمیم‌گیری برای ارتکاب جرم به‌صورت خاص بتواند بر دقت این یافته‌ها بیفزاید. به هر روی، به نظر می‌رسد توجه به این موارد در سیاست‌گذاری‌های مقابله با جرم، می‌تواند در افزایش بازدارندگی، مؤثر و در تبیین مواردی که سیاست‌های اتخاذی در مقابله با جرایم مؤثر نبوده یا تأثیرگذاری کمتری داشته‌اند، مفید باشد.

۱. سوگیری‌ها در جمع‌آوری اطلاعات

برخلاف این فرض در اقتصاد نئوکلاسیک که انسان‌ها به اطلاعات کامل دسترسی دارند و برای تصمیم‌گیری گزینه‌های مختلف را در نظر می‌گیرند، برخی مطالعات تجربی نشان داده‌اند که افراد

در جمع‌آوری اطلاعات دچار برخی سوگیری‌ها می‌شوند. سوگیری‌های خودمدارانه^۱ از مهم‌ترین سوگیری‌ها در جمع‌آوری اطلاعات به حساب می‌آیند. سوگیری‌های خودمدارانه را می‌توان تمایل به تکیه کردن بیش از حد بر دیدگاه‌ها و نظرات خود بیان کرد (Sreenivas and Rao 2019: 286). سوگیری‌های تأیید و اجماع کاذب در این معنا از جمله مهم‌ترین سوگیری‌های خودمدارانه به شمار می‌روند. همچنین سوگیری خدمت به خود به‌ویژه زمانی که در کنار سوگیری تأیید^۲ قرار گیرد، می‌تواند در تصمیم‌گیری برای ارتکاب جرم مؤثر باشد که این تأثیر نیز بیان می‌شود.

۱-۱. سوگیری تأیید

سوگیری تأیید به این معنا است که افراد غالباً تمایل دارند شواهدی را جست‌وجو کنند که نظرات، باورها و اعتقادهای آن‌ها را تأیید می‌کنند و شواهد مخالف با باورهای خود را نادیده بگیرند یا حداقل وزن کمتری به این شواهد بدهند. زمانی که افراد با مطالبی مواجه شوند که با اعتقادات آن‌ها ناهماهنگ است به‌صورت خودکار، زمان بیشتری را برای بررسی آن‌ها اختصاص می‌دهند و نسبت به آن‌ها بیشتر انتقاد می‌کنند و در نهایت نیز این‌گونه قضاوت می‌کنند که این مطالب به اندازه مطالب هماهنگ با باورهای آن‌ها قوت ندارند (Zamir and Teichman 2018: 59). برای مثال، لرد و همکارانش دریافتند زمانی که ادله واقعی درباره تأثیرات مجازات اعدام به آزمایش‌شوندگان داده شد، افرادی که به‌عنوان موافقین اعدام شناخته می‌شدند اظهار داشتند این ادله، اعتقادات سابق آن‌ها را تقویت می‌کند و افرادی که مخالف اعدام بودند نیز همین اعتقاد را داشتند و قرار گرفتن این دو گروه در معرض اطلاعات یکسان سبب شد فاصله میان نظرات آن‌ها بیشتر شود (Lord et al, 1979: 2105). خطای تأیید، تمایل به تفسیر اطلاعات جدید، به‌گونه‌ای است که با نظرات موجود، باورها و اعتقادات فرد هماهنگ باشند. به این ترتیب، فرد شواهد تأییدآمیز زیادی در راستای تأیید تصمیم‌گیری خود می‌بیند، در حالی که نشانه‌های خلاف آن یا دیده نشده و یا خیلی سریع به‌عنوان استثنائات یا موارد خاص رد می‌شوند. این سوگیری در زمان تصمیم‌گیری مجرمان به ارتکاب جرم نیز وجود دارد. لذا اگرچه در اقتصاد نئوکلاسیک، فرض بر این است که انسان عقلانی در زمان تصمیم‌گیری، تمام منافع و هزینه‌های تصمیم خود را مورد سنجش قرار داده و در صورت غلبه منافع بر هزینه‌ها، تصمیم خود را عملی می‌کند، اما این رویکرد، وجود سوگیری تأیید را نادیده می‌گیرد؛ سوگیری‌ای که بر اساس آن، فرد مجرم، شواهدی را که در راستای تأیید تصمیم‌گیری او برای ارتکاب جرم هستند، در نظر می‌گیرد، اما شواهد خلاف آن را نادیده می‌گیرد یا وزن کمتری به آن‌ها می‌دهد.

1. egocentric biases

2. confirmation bias

برخلاف آنچه غالباً تصور می‌شود افزایش میزان اطلاعات در دسترس تصمیم‌گیرنده می‌تواند این سوگیری را تقویت کند، زیرا افزایش میزان اطلاعات، معمولاً تعداد تفاسیر ممکن بالقوه از آن اطلاعات را افزایش می‌دهد، اما احتمالاً در پیشگیری یا کاهش سوگیری تأیید مؤثر نیست، زیرا افراد از شواهد اضافی، بیشتر برای یکپارچه کردن و تأیید دیدگاه‌های خود استفاده می‌کنند تا تغییر دادن آن‌ها (Williams, 2014: 338).

۲-۱. سوگیری خدمت به خود

سوگیری خدمت به خود^۱، به گرایشی اطلاق می‌شود که افراد در رابطه با موفقیت‌های خود، اسنادهای مبتنی بر ویژگی‌های پایدار و برای شکست‌های خود، اسنادهای موقعیتی به کار می‌برند. در واقع، زمانی که نتایج منفی به دست می‌آیند، انسان‌ها توضیحات موقعیتی^۲ مانند بدشانسی، مداخله دیگران، دشوار بودن کار و غیره را به عنوان علت بیان می‌کنند. اما زمانی که نتایج به دست آمده، مطلوب باشند، عوامل درونی مانند شخصیت، توانایی و خرد و دانش خودشان را به عنوان علت بیان می‌کنند (Shtudiner, Klein and Kantor, 2017: 340). پژوهشگران، شواهد بسیاری را جمع‌آوری کرده‌اند که نشان می‌دهد انسان‌ها برای کارهای خوب به خود امتیاز می‌دهند و کارهای بد خود را انکار می‌کنند. مثلاً^۱. دانش‌آموزانی که در امتحان خوب عمل می‌کنند، عملکرد خوب خود را به توانایی و تلاش خود نسبت می‌دهند و کسانی که ضعیف عمل می‌کنند آن را به امتحان غیرمنصفانه یا بدشانسی نسبت می‌دهند،^۲. قماربازان موفقیت خود را به مهارت و شکست خود را به بدشانسی نسبت می‌دهند،^۳. گروه‌های دونفره‌ای که به انجام وظیفه‌ای ماهرانه می‌پردازند هر کدام برای بردها به خود امتیاز می‌دهند در حالی که سرزنش باخت‌ها را بیشتر متوجه یار خود می‌دانند،^۴. هنگامی که از دانشجویان خواسته شد تا علت این موضوع را تبیین کنند که چرا دیگری علاقه‌ای به آن‌ها ندارد، مسئولیت اندکی را متوجه خود ساختند (یعنی شخص دیگر باید مشکلی داشته باشد)، اما هنگامی که به آنان گفته شد دیگری به آن‌ها علاقه‌مند است، آن را به شخصیت خودشان نسبت دادند (ارونسون، ۱۳۸۵: ۱۹۷-۱۹۶). سوگیری خدمت به خود یعنی انسان‌ها معمولاً اوضاع خوب را به خود و اوضاع بد را به دیگران و موقعیت نسبت می‌دهند. این سوگیری تا حد زیادی به حفظ شادمانی کمک می‌کند (هالپرن، ۱۳۹۸: ۳۳۸).

با توجه به وجود این سوگیری باید گفت مجرمانی که با موفقیت مرتکب جرم می‌شوند و دستگیر نمی‌شوند یا در صورت دستگیری، حکم به محکومیت آن‌ها صادر نمی‌شود، ارتکاب موفقیت‌آمیز

1. self-serving bias
2. Situational explanations

جرم را به خود و مهارت‌ها و ویژگی‌های درونی خود نسبت می‌دهند که عواملی پایدار و باثبات هستند. اما مجرمانی که دستگیر و محکوم می‌شوند دستگیری و محکومیت را به عوامل موقعیتی مانند بدشانسی، حضور اتفاقی شهود در محل، دخالت‌های ناگهانی دیگران و اموری از این دست نسبت می‌دهند که اموری غیرپایدار هستند و ممکن است تصور فرد بر این باشد که می‌تواند در زمان ارتکاب مجدد جرم، آن‌ها را بررسی و کنترل نماید تا از دستگیری و محکومیت خود جلوگیری کند. لذا با توجه به وجود سوگیری خدمت به خود، ممکن است مجرمانی که دستگیر و محکوم می‌شوند برآورد خود از احتمال دستگیری و محکومیت را در آینده چندان افزایش ندهند. در حالی که فرض بر این است که دستگیری و محکومیت باید قطعیت مجازات را در ذهن مجرم افزایش دهد.

به نظر می‌رسد حداقل در عالم نظریه، وجود سوگیری تأیید در کنار سوگیری خدمت به خود، رویکرد اقتصاد متعارف نسبت به تصمیم‌گیری مجرمان را با مشکل مواجه سازد، زیرا مجرمان نه تنها به علت وجود سوگیری تأیید، گزینه‌های احتمالی را به صورت کامل بررسی نمی‌کنند، بلکه به علت وجود سوگیری خدمت به خود، در صورت ارتکاب موفق جرم و عدم دستگیری و محکومیت، این نتیجه خوب را به علل ثابتی مانند توانایی و مهارت و ارزیابی‌های دقیق خود نسبت می‌دهند، اما در صورت دستگیر و محکوم شدن، این نتیجه را به علل پیرامونی مانند بدشانسی، دخالت‌های نابه‌جای دیگران و امور متغیر دیگر نسبت می‌دهند.

۳-۱. واقع‌گرایی خام‌اندیشانه و تأثیر اجماع کاذب^۱

افراد واقعیت را به شیوه‌های مختلفی ادراک و تفسیر می‌کنند. در یک مطالعه مشهور، دانشجویان دو دانشگاه، فیلمی از یک بازی فوتبال خشن را میان تیم‌های فوتبال دانشگاه‌های خود مشاهده کردند. سپس از آن‌ها خواسته شد که موارد تخلف از قواعد توسط تیم‌ها را مشخص و بیان کنند که خطاها شدید بوده‌اند یا خیر. در حالی که حدود نُه دهم دانشجویان استنفورد بیان کردند که تیم دارتموث، بازی خشن را ایجاد کرده است، بیشتر دانشجویان دارتموث معتقد بودند که هر دو تیم مقصر بوده‌اند. این مثال، واقع‌گرایی خام‌اندیشانه را نشان می‌دهد به این معنا که انسان‌ها باور دارند نگاه آن‌ها به جهان پیرامون، عینی^۲ است و کسانی که دیدگاه مخالف آن‌ها دارند یا دچار سوگیری هستند و یا اطلاعات کافی ندارند. افراد تصور می‌کنند واقعیت را «آن گونه که هست» می‌بینند و اعتقادات و نگرش‌های آن‌ها از فهم بدون سوگیری شواهد موجود در دسترس آن‌ها ناشی می‌شود. این تصور این اعتقاد را به دنبال دارد که سایر انسان‌های عقلانی نیز که به اطلاعات مشابه دسترسی دارند باید به

1. naïve realism and false-consensus effect

2. objective

نتیجه مشابهی برسند و اگر به نتایج مشابهی نرسند به این خاطر است که اطلاعات درستی نداشته‌اند یا عقلانی نیستند یا به‌سوی منافع خود یا ایدئولوژی یا سایر تأثیرات منحرف‌کننده سوگیری داشته‌اند. این سوگیری مبنای تأثیر اجماع کاذب است (Zamir and Teichman, 2018: 66-67).

اجماع کاذب، تمایل افراد برای بیش از حد تخمین زدن میزان اشتراک نظرات آن‌ها با سایرین را بیان می‌کند. وجود این سوگیری سبب می‌شود افراد، میزان اتفاق نظر بر روی اعتقادات، نظرات و افعال خود را بیش از واقع ارزیابی کنند (Gilovich and Ross, 2015: 22). در واقع انسان‌ها تصور می‌کنند دیگران نیز همان گونه به دنیا می‌نگرند که آن‌ها فکر می‌کنند. به این ترتیب ممکن است شخص با توجه به تفسیر شخصی خود از قوانین، تصور کند که دیگران و از جمله مقامات نظام عدالت کیفری، مشابه وی به موضوع می‌نگرند. لذا اگر وی، عمل خود را مصداق ماده قانونی نداند یا اعمال آن را در حق خود ناعادلانه بداند، احتمال محکومیت خود را کمتر برآورد می‌نماید. زمانی که یک موقعیت یا انتخاب، مستعد پذیرش تفسیرهای مختلف باشد، تأثیر اجماع کاذب، بیشتر خواهد بود، چراکه فرصت تفسیرهای شخصی از موقعیت وجود دارد (Zamir and Teichman, 2018: 67). بر این اساس، تأثیر اجماع کاذب به‌ویژه زمانی که قوانین و مقررات به‌صورت دقیق بیان نشده و دچار ابهام باشند، می‌تواند سبب اشتباه در محاسبات افراد شود. برای مثال می‌توان گفت قوانینی مانند قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور و عنوان مجرمانه افساد فی الارض با توجه به ابهامی که دارند راه را برای تفسیرهای شخصی متعدد باز نموده و امکان شکل‌گیری اجماع کاذب را افزایش می‌دهند و به این ترتیب می‌توانند سبب کاهش بازدارندگی شوند. برای مثال اینکه اساساً مفهوم اخلاص در نظام اقتصادی کشور چیست و اخلاص در نظام پولی، ارزی، تولیدی یا صادراتی کشور و اخلاص در توزیع مایحتاج عمومی با چه میزانی و از چه طرقی (با توجه به تمثیلی بودن مصداق مذکور در ماده ۱ قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی) باید صورت گیرد و ملاک عمده یا کلان یا فراوان بودن اخلاص که سبب تفاوت‌های بسیار زیاد در مجازات‌ها می‌شود، چیست، موارد بسیار مبهمی هستند که فرصت را برای شکل‌گیری اجماع کاذب بیشتر فراهم می‌کنند و سبب می‌شوند چنانچه شخص خود را مصداق این موارد نداند، تصور کند از نظر دیگران نیز همین گونه است. برای مثال ممکن است شخصی به طرق نامشروع اقدام به تحصیل وام‌های کلان بنماید و آن را در غیر از موارد تعیین شده به مصرف برساند. مثلاً با توجه به خلأهای نظارتی، سکه، ارز یا ملک خریداری کند و با توجه به شرایط تورمی موجود در کشور به سودهای کلان دست یابد (و حتی مبالغ وام‌گرفته شده را نیز با جریمه‌های مرتبط پرداخت کند) و خود را نیز فردی کارآفرین بداند که در جهت توسعه اقتصادی کشور عمل می‌کند. در این صورت ممکن است با توجه به تأثیر اجماع کاذب، وی صادقانه تصور کند که نظر

دیگران نیز همین است. اما در دادگاه به دلیل ابهام و تفسیرهای احتمالی از قوانین محکوم شود. برای مثال ممکن است با توجه به عبارت «امثال آن» در انتهای بند الف، فرد به دلیل اخلال در نظام پولی و بانکی کشور از مجرای تحصیل وجوه کلان از شبکه بانکی از طرق نامشروع و به استناد بند الف ماده ۱ قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور محکوم شود، در حالی که چنین برداشتی را از بند مذکور نداشته و تصور نمی کرده دیگران نیز چنین برداشتی داشته باشند.

۲. اکتشافها و سوگیریهای شناختی در ارزیابی قطعیت مجازات

هرچند برخی مواردی که در قسمت قبل بیان شد می توانند به صورت غیرمستقیم بر ارزیابی احتمالات تأثیرگذار باشند اما تمرکز در آن موارد بر محوریت نقش «خود» در تصمیم گیری بود. در این بخش، سوگیری هایی بررسی می شوند که مستقیماً بر ارزیابی افراد از احتمالات تأثیرگذار هستند.

۲-۱. دسترس پذیری^۱

تأثیر شدت و قطعیت ضمانت اجراها بر بازدارندگی از جرم، در مرکزیت مطالعات مربوط به تحلیل اقتصادی جرم قرار دارد و عموماً گفته می شود با افزایش شدت و قطعیت مجازات، میزان جرایم کاهش خواهد یافت. نکته ای که در این خصوص باید مورد توجه قرار گیرد این است که بازدارندگی، محصول میزان واقعی یک ضمانت اجرا یا احتمال دستگیری و محکومیت نیست، بلکه محصول اعتقادات و باورهای افراد از میزان ضمانت اجرا و احتمال دستگیری است و قطعیت و شدت مجازات به صورت عینی لزوماً با شدت و قطعیت ذهنی منطبق نیست.

برای مثال، بسیاری از افراد در طول زندگی خود با این موقعیت تصمیم گیری مواجه شده اند که از سرعت مجاز تجاوز کنند یا اتومبیل خود را به صورت غیرقانونی پارک کنند. در این موارد به خطرات احتمالی رفتار خود نظیر جریمه شدن نیز اندیشیده اند. اما احتمالاً از ضمانت اجرای دقیق این تخلف و نیز میزان احتمال جریمه شدن مطلع نبوده اند. در این حالت فرد چگونه تصمیم گیری می کند؟ یک عامل احتمالاً به شدت بر تصمیم گیری مؤثر خواهد بود. اگر شب قبل، یکی از دوستان فرد درباره جریمه شدن به خاطر سرعت غیرمجاز برای وی خاطره ای گفته باشد یا در روزنامه، خبری درباره اقدامات پلیس برای مقابله با سرعت غیرمجاز خوانده باشد، بیشتر محتمل است که قانون را رعایت کند. روان شناسان این پدیده را دسترس پذیری می نامند. یعنی اشخاص اعتقادات خود را بر مبنای اطلاعات روایت شده، شکل می دهند که به آسانی می توانند به ذهن بیاورند (Harel, 2014: 575).

دسترس پذیری سبب می شود یک شخص، سرعت و روانی در به یاد آوردن یک نتیجه را با احتمال

1. availability heuristic

بالا تر وقوع آن (مثلاً دستگیری) ترکیب کند. زمانی که افراد، احتمال وقایع برجسته یا به‌یادماندنی را بیشتر از حد تخمین می‌زنند، اما وقایع با اهمیتی را که چندان به‌یادماندنی نیستند، نادیده می‌گیرند، دچار سوگیری دسترس‌پذیری شده‌اند. حوادث به یاد ماندنی به این علت که افراد نسبت به آن‌ها دقت می‌کنند، ممکن است به دلایلی که هیچ ارتباطی با میزان شیوع و رواج کلی آن‌ها ندارد، بیشتر به یاد آورده شوند. برای مثال، به این علت که وقایعی روشن و شفاف هستند یا به خوبی اطلاع‌رسانی شده‌اند یا در میان دوستان و آشنایان یک شخص خاص رایج‌تر بوده‌اند، شخص احتمال وقوع آن‌ها را بیشتر تخمین می‌زند. در نتیجه، به کارگیری قاعده اکتشافی دسترس‌پذیری، گاه آنچه آسان‌تر یادآوری می‌شود، نمونه‌ای واقعی از تصویر کلی نیست (ارونسون، ۱۳۸۵: ۱۶۱). با استفاده از همین سوگیری است که پیشنهاد شده قبض‌های جریمه روی کاغذهایی به رنگ نارنجی چاپ شود و روی اتومبیل‌ها قرار گیرد تا به دلیل جلب توجه بیشتر افراد، احتمال جریمه شدن را در ذهن آن‌ها افزایش دهد (Harel 2014: 575).

در خصوص ادراک افراد از قطعیت مجازات می‌توان از این سوگیری بهره برد. به این ترتیب که با اطلاع‌رسانی گسترده و پوشش رسانه‌ای موارد برجسته جرایم و مجازات‌ها برای افزایش ادراک افراد از احتمال دستگیری و محکومیت و در نتیجه افزایش بازدارندگی استفاده کرد. با توجه به این سوگیری به نظر می‌رسد انجام تحقیقاتی مبنی بر اینکه کدام یک از اقدامات اجرایی و قضایی در مرکز توجه عموم قرار می‌گیرد و نسبت به کدام دسته از اقدامات، جلب توجه عمومی صورت نمی‌گیرد، واجد اهمیت باشد. شاید بتوان گفت یکی از توجیهاتی که می‌توان برای آنچه در بند ۳ استیجازه رئیس قوه قضائیه وقت از رهبری در مرداد ماه ۹۷ در خصوص اقدامات ویژه برای برخورد قاطع و سریع با اخلاص‌گران و مفسدان اقتصادی پیش‌بینی شد، اکتشاف دسترس‌پذیری بوده است. این بند مقرر می‌داشت «به تشخیص رئیس دادگاه جلسات علنی و قابل انتشار در رسانه‌ها می‌باشد». به نظر می‌رسد علنی بودن جلسات دادگاه و به‌ویژه قابلیت انتشار آن‌ها در رسانه‌ها را بتوان به‌عنوان ابزاری برای افزایش ادراک افراد از قطعیت مجازات در نظر گرفت. البته با توجه به اینکه مقنن و همچنین اجراکننده قانون باید بازخورد اجتماعی مجازات را مورد توجه قرار دهند (رشادتی و رضایی، ۱۳۹۹: ۱۰۱) باید این مسئله را نیز مدنظر قرار داد که رسانه‌ای شدن بیش از حد دادگاه‌ها از جنبه‌های دیگر می‌تواند نتایج متفاوتی از حیث میزان بازدارندگی داشته باشد که ذیلاً به آن‌ها اشاره می‌شود.

پوشش رسانه‌ای بیش از حد جلسات دادگاه می‌تواند برجستگی این موارد را در ذهن مشاهده‌کننده کاهش دهد. توضیح اینکه اگرچه گفته شد که بر اساس اکتشاف دسترس‌پذیری، برجستگی یک واقعه می‌تواند سبب تخمین بالاتر از احتمال وقوع آن شود و انتشار جلسات دادگاه از طریق رسانه‌ها می‌تواند به این امر کمک کند، اما در صورت گسترده شدن موارد انتشار جلسات

دادگاه در رسانه‌ها و تبدیل شدن آن به موضوع روزمره اخبار تلویزیونی، این برجستگی از بین خواهد رفت و لذا تأثیر آن در افزایش بازدارندگی کاهش می‌یابد. همین مسئله درخصوص نوع مجازات‌ها نیز قابل طرح است. برای مثال، درخصوص مجازات شدیدی مانند اعدام، صرف‌نظر از نتایج متفاوت تحقیقات تجربی درخصوص آنکه بعضی بازدارنده بودن اعدام را تأیید می‌کنند و بعضی آن را بازدارنده نمی‌دانند و با توجه به طبیعت کارهای تجربی به‌خصوص در علوم اجتماعی ممکن است هیچ گاه پاسخی قطعی برای آن پیدا نشود (وینتر، ۱۳۹۴: ۸۸۵) اما به نظر می‌رسد که میزان دسترس‌پذیری به آن می‌تواند در ادراک قطعیت (و نه شدت) مجازات مؤثر و از این حیث قابل توجه باشد. لذا در صورتی که موارد خاص مجازات اعدام از طریق پوشش رسانه‌ای برجسته‌سازی شوند می‌توانند در افزایش ادراک افراد از قطعیت اعدام مؤثر باشند، اما در صورت تعدد موارد صدور حکم به این مجازات و رسانه‌ای کردن آن‌ها می‌توان گفت با عادی شدن و کاهش برجستگی آن، اثرات بازدارندگی این مجازات کاهش خواهد یافت.

افزایش اعتماد عمومی نسبت به عملکرد دستگاه عدالت کیفری به‌عنوان یکی از ادله موافقان رسانه‌ای شدن جلسات دادگاه مطرح شده (مرادی حسن‌آباد، ۱۳۹۳: ۱۵۱) و گفته می‌شود که اطلاع‌رسانی اقدامات نظام عدالت کیفری می‌تواند سبب بازسازی اعتماد مردم نسبت به حاکمیت شود. اما رسانه‌ای شدن بیش از حد از جنبه بازدارندگی عام می‌تواند آثاری را به دنبال داشته باشد. بسیاری از مطالعات در اقتصاد رفتاری نشان می‌دهد که ترجیحات افراد ممکن است تحت تأثیر رفتارهای دیگران و هنجارهای اجتماعی شکل بگیرد. افراد معمولاً از یک قاعده ساده تبعیت می‌کنند: اگر دیگران این کار را انجام می‌دهند پس من نیز انجام می‌دهم. برای مثال، در یک مطالعه نشان داده شد افرادی که باور دارند هم‌کلاسی‌هایشان در امتحانات تقلب می‌کنند بیشتر احتمال دارد در آزمون‌ها تقلب کنند و در پژوهشی دیگر مشخص شد دانستن میزان فرار مالیاتی بر تمایل مردم برای تبعیت از قوانین مالیاتی مؤثر است (Zamir and Teichman, 2018: 448). با توجه به این مطالعات می‌توان گفت چنانچه نمایش رسانه‌ای گسترده دادگاه‌های مجرمان در رسانه‌ها، ایجاد نوعی هنجار عدم تبعیت از قوانین را به مردم القا کند، می‌تواند بازدارندگی را تضعیف کند.

۲-۲. تأثیر قطعیت و امکان^۱

برخلاف رویکرد تحلیل اقتصادی نئوکلاسیک که در آن گفته می‌شود افزایش احتمال دستگیری و محکومیت می‌تواند بر برآوردهای مجرمان از خطر تأثیرگذار باشد و بازدارندگی را افزایش دهد،

1. certainty and possibility effect

رویکردهای رفتاری موضوع را به شکل دیگری مطرح کرده‌اند. دنیل کانمن در کتاب تفکر سریع و کند، موضوع را بدین شرح توضیح می‌دهد:

مثال زیر را در نظر بگیرید که بر اساس آن در هر چهار گزینه ارائه شده، احتمال برنده شدن شما در یک شرط‌بندی به میزان ۵ درصد افزایش می‌یابد:

الف) از ۰ به ۵ درصد

ب) از ۵ به ۱۰ درصد

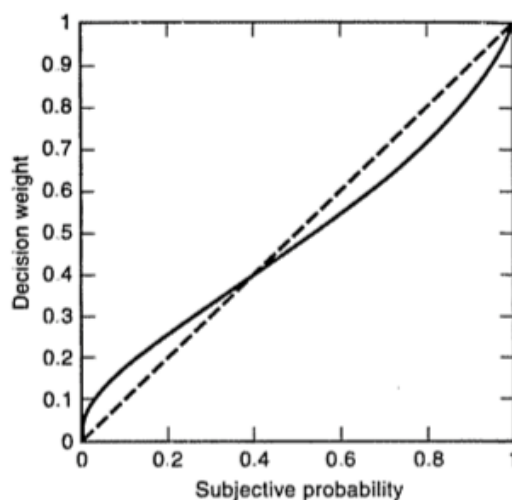
پ) از ۶۰ به ۶۵ درصد

ت) از ۹۵ به ۱۰۰ درصد

اگرچه در تمام موارد بالا، به میزان پنج درصد به احتمال برد افزوده شده است اما این موارد، تجربه و احساس واقعی انسان‌ها را توضیح نمی‌دهند. به نظر می‌رسد میان انسان‌های واقعی بر سر این مسئله توافق وجود دارد که افزایش احتمال از ۰ به ۵ درصد و از ۹۵ به ۱۰۰ درصد تأثیرگذارتر از افزایش احتمال از ۵ به ۱۰ یا از ۶۰ به ۶۵ درصد باشد. افزایش احتمال از ۰ به ۵ درصد سبب می‌شود امری غیرممکن به امری ممکن تبدیل شود. همچنین افزایش احتمال از ۹۵ به ۱۰۰ درصد، امری احتمالی را به امری قطعی مبدل می‌کند. لذا این موارد تنها تغییرات کمی در احتمالات نیستند بلکه می‌توان آن‌ها را تغییری کیفیتی دانست (کانمن، ۱۳۹۶: ۴۶۸-۴۶۷). از این منظر، نمی‌توان گفت افزایش ۵ درصدی در احتمال دستگیری یا محکومیت در سطوح مختلف احتمالات، تأثیرات یکسانی دارد. زیرا سیستم شهودی، نسبت به تغییر در احتمالات واکنش نشان نمی‌دهد و تنها به این مسئله توجه می‌کند که آیا تحقق یک پیامد و نتیجه، ممکن است یا خیر. به عبارت دیگر، سیستم یک یا همان سیستم شهودی تنها به این امر واکنش نشان می‌دهد که یک امر، امکان تحقق دارد و نسبت به احتمال وقوع آن، حساسیت چندانی ندارد (Elffers and Van Gelder, 2017: 127). در واقع از منظر اقتصاد رفتاری، ارزشی که افراد به یک پیامد می‌دهند بر اساس احتمال وقوع آن نیست بلکه به شیوه دیگری انجام می‌شود.

توضیح اینکه برخلاف نظریه مطلوبیت مورد انتظار که فرض می‌کند افراد، نتایج غیرقطعی را بر اساس احتمال وقوع آن‌ها، ارزش‌گذاری می‌کنند، نظریه چشم‌انداز در اقتصاد رفتاری که توسط کانمن و تورسکی ارائه شد، بیان می‌کند وزنی که افراد به پیامدهای احتمالی مختلف تصمیم می‌دهند به صورت مستقیم با احتمال وقوع آن پیامدها تناسب ندارد. مطالعات مختلفی نشان داده‌اند که تابع ارزش احتمالات به صورت غیرخطی، به شکل بهتری رفتارها را توصیف می‌کند. تابعی که در شکل زیر نمایش داده شده از سه فرض تشکیل شده است:

- (۱) اینکه انسان‌ها احتمالات کوچک را بیش از حد ارزش‌گذاری می‌کنند.
 (۲) اینکه انسان‌ها به تغییرات در احتمالات در میانه طیف حساس نیستند.
 (۳) اینکه انسان‌ها احتمالات زیاد را کمتر ارزش‌گذاری می‌کنند (Loewenstein and Lerner, 2003: 624).

Probability weighting function^۱

نظریه چشم‌انداز بیان می‌کند که تصمیم‌گیرندگان معمولاً احتمالات زیر ۱ درصد را نادیده می‌گیرند و با آن مانند ۰ درصد رفتار می‌کنند. طبق برخی پژوهش‌های تجربی موجود، زمانی که خطر دستگیری از زیر ۱ درصد به حدود ۵ درصد افزایش یافت، کاهشی شدید در جذابیت فرصت‌های مجرمانه ایجاد شد در حالی که همین میزان افزایش خطر دستگیری در احتمالات بالاتر مانند رسیدن ۵ درصد به ۱۰ درصد یا ۱۰ درصد به ۱۵ درصد وجود نداشت. این مسئله می‌تواند به توضیح نتایج تحقیقات تجربی درباره اینکه افزایش نیروهای پلیس بر نرخ جرم مؤثر است یا خیر کمک کند. بر اساس دیدگاه اقتصاد متعارف، وجود پلیس‌های بیشتر از طریق افزایش قطعیت دستگیری منجر به افزایش بازدارندگی خواهد شد. با این حال برخی پژوهش‌های تجربی به این نتیجه رسیده‌اند که صرف افزایش نیروهای پلیس، تأثیری در کاهش جرم ندارد و برخی دیگر به این نتیجه رسیده‌اند که قرار دادن پلیس‌های بیشتر در خیابان، تأثیر بازدارنده زیادی بر جرایم شدید دارد (Pickett et al, 2020: 1167).
 با توجه به وجود تأثیر امکان به نظر می‌رسد اگر کاهشی سریع و شدید در میزان نیروهای پلیس سبب

۱. شکل مذکور از مقاله ذیل اقتباس شده است: (Loewenstein and Lerner, 2003).

شود که خطر دستگیری ادراک شده توسط مجرمان احتمالی برای جرمی خاص به زیر ۱ درصد کاهش یابد، جذابیت آن جرایم به شدت افزایش می‌یابد چراکه بر اساس نظریه چشم‌انداز، اشخاص با احتمالات زیر یک درصد دستگیری به‌گونه‌ای رفتار می‌کنند که گویی آن احتمال، صفر درصد و لذا دستگیری و محکومیت غیرممکن است. اما در صورتی که استخدام نیروهای پلیس بیشتر، تنها موجب افزایش خطر دستگیری نسبت به قبل شود، مثلاً از ۲۰ درصد به ۲۵ درصد افزایش یابد. به نظر می‌رسد که تأثیر چندانی در کاهش جرم نداشته باشد چراکه بر اساس نظریه چشم‌انداز انسان‌ها نسبت به تغییرات در احتمالات متوسط، حساسیت چندانی ندارند و این امر با پیش‌بینی اقتصاد متعارف درخصوص مجرمان عقلانی سازگار نیست که بیان می‌دارد هر میزان افزایش در احتمال دستگیری و محکومیت سبب افزایش ادراک مجرم از مجازات مورد انتظار و در نتیجه کاهش ارتکاب جرایم می‌شود.

۲-۳. سوگیری بیش‌اطمینانی و خوش‌بینی زیاد

یکی از رایج‌ترین سوگیری‌ها در ادبیات اقتصاد رفتاری، بیش‌اطمینانی و خوش‌بینی بیش از حد^۱ است که بر قضاوت افراد از احتمالات و ارزیابی آن‌ها از خطر نیز تأثیرگذار خواهد بود. این اعتقاد را که احتمال رخداد وقایع خوب برای یک شخص بیش از متوسط و احتمال رخداد وقایع بد کمتر از متوسط است، سوگیری بیش‌اطمینانی می‌نامند. حتی زمانی که افراد، احتمالات واقعی وقوع یک حادثه خاص را می‌دانند، پیش‌بینی‌های آن‌ها درباره احتمال اینکه آن واقعه برای آنان اتفاق بیفتد تحت تأثیر سوگیری بیش‌اطمینانی و خوش‌بینی زیاد است^۲ (Korobkin and Ulen, 1091: 2000). ازجمله پژوهش‌هایی که سوگیری بیش‌اطمینانی را مستندسازی کرده توسط نیل وینشتاین انجام شد (Weinstein and Klein, 1996) که از یک نمونه از دانشجویان دانشگاه راتگرز^۳ خواست تخمین بزنند کدام یک از مجموعه حوادث ذکر شده در پژوهش، بیشتر احتمال دارد در مورد آن‌ها نسبت به هم‌کلاسی‌هایشان اتفاق بیفتد و کدام یک کمتر احتمال دارد و میزان احتمال چقدر است. از میان ۱۸ اتفاق خوب، که طیفی از خانه‌دار شدن تا بستری نشدن در بیمارستان طی ۵ سال آینده را در برمی‌گرفت، در ۱۵ اتفاق، پاسخ‌دهندگان شانس خود را بیش از متوسط تخمین زدند. برعکس، افراد به‌صورت متوسط اعتقاد داشتند که ۲۲ مورد از ۲۴ مورد واقعه بد، شامل طیفی از طلاق گرفتن تا از دست دادن شغل و ابتلای به سرطان ریه، نسبت به سایر هم‌کلاسی‌هایشان کمتر احتمال دارد در مورد

1. overconfidence and overoptimism

۲. کروبکین و یولن در مقاله فوق به نقل از کریستین جولز اشاره کرده‌اند که قریب به دویست مطالعه، شواهدی را در حمایت از وجود این سوگیری ارائه کرده‌اند. نک: Jolls, 1998.

3. Rutgers University

آن‌ها اتفاق بیفتد. همچنین در پژوهشی دیگر در یک نظرسنجی از ساکنان ویرجینیا که می‌خواستند ازدواج کنند، این نتیجه به دست آمد که اگرچه بیشتر پاسخ‌دهندگان می‌دانستند که نزدیک به نیمی از تمام ازدواج‌ها به طلاق منتهی می‌شوند، زمانی که از آنان پرسیده شد احتمال اینکه ازدواج‌شان منتهی به طلاق شود چقدر است، پاسخ افراد نزدیک به صفر بود (Korobkin and Ulen, 2000: 1091).

سوگیری بیش‌اطمینانی و خوش‌بینی زیاد، نتایج یکسانی را به دنبال دارند با این تفاوت که سوگیری خوش‌بینی زیاد، معطوف به پدیده‌های خارج از کنترل فرد است اما بیش‌اطمینانی معطوف به مهارت‌های شخصی است و سبب می‌شود افراد مهارت‌ها و توانایی‌های خود را بهتر و بالاتر از متوسط مردم ارزیابی نمایند که به آن، تأثیر بهتر از متوسط^۱ نیز گفته می‌شود. برای مثال، نتایج یک پژوهش مشهور نشان داد که حدود نود درصد از رانندگان اعتقاد داشتند رانندگی آن‌ها بهتر از متوسط رانندگان است. در پژوهشی دیگر نشان داده شد که ۹۷ درصد از مصاحبه‌کنندگان معتقد بودند در تصادف نکردن، عملکرد بهتری نسبت به متوسط افراد دارند (Ma, 2020: 21). همچنین در مطالعه‌ای دیگر، شرکت‌کنندگانی که در آزمون‌های مهارت‌های مختلف فکری، جزء ۲۵ درصدی بودند که کمترین نمرات را گرفتند باور داشتند بهتر از متوسط شرکت‌کنندگان عمل کرده‌اند (Zamir and Teichman, 2018: 62). شواهد موجود نشان می‌دهند که این تأثیر بهتر از متوسط بودن در موارد قابل کنترل بیشتر از موارد غیرقابل کنترل و در موارد مبهم بیشتر از موارد متعین و مشخص وجود دارد. همچنین بیان شده است زمانی که افراد، اطلاعاتی را دریافت می‌کنند که نشان می‌دهد تخمین اولیه آن‌ها بیش از حد بدبینانه بوده است در تخمین‌های خود بیشتر تجدیدنظر می‌کنند تا زمانی که اطلاعاتی را دریافت می‌کنند که نشان می‌دهد تخمین‌های اولیه آن‌ها بیش از حد خوش‌بینانه بوده است. این به‌روزرسانی گزینشی^۲ به افراد اجازه می‌دهد علی‌رغم وجود شواهدی که خلاف باورهای آن‌ها را نشان می‌دهد، همچنان خوش‌بین باشند (Zamir and Teichman, 2018: 62). لازم به ذکر است یکی دیگر از نمودهای سوگیری بیش‌اطمینانی این است که میزان اطمینان افراد نسبت به دقت ارزیابی‌ها و قضاوت‌های خود بیش از واقعیت است.

این اعتقاد که احتمال اینکه چیزهای خوب برای ما اتفاق بیفتند بیش از متوسط است و احتمال اینکه چیزهای بد در مورد ما اتفاق بیفتند کمتر از متوسط است، می‌تواند بر ادراک مجرمان از خطر دستگیری و مجازات مؤثر باشد. این مسئله به‌لحاظ تأثیری که بر بازدارندگی دارد قابل توجه است زیرا بر اساس آن، مجرمان به‌صورت نظام‌مندی، از یک‌سو، احتمال دستگیری و محکومیت خود را کمتر از واقع تخمین

1. "better than average" effect

2. selective updating

می‌زنند و لذا ادراک آنان از هزینه‌های ارتکاب جرم کاهش می‌یابد و از سوی دیگر، منافع حاصل از ارتکاب جرم را زیاد برآورد می‌کنند. در نتیجه احتمال ارتکاب جرم توسط آن‌ها می‌تواند بیشتر از میزانی باشد که یک انسان عقلانی طبق پیش‌بینی‌های نظریات نئوکلاسیک مرتکب می‌شود. باید به این نکته توجه داشت که اگرچه بیش‌اطمینانی و خوش‌بینی زیاد به دلایل پیش‌گفته می‌تواند سبب کاهش میزان بازدارندگی شوند اما درک تأثیر آن بر کنترل جرم، نیازمند در نظر گرفتن موارد دیگر نیز هست. توضیح اینکه با توجه به این سوگیری، انتظار می‌رود که مجرمان خوش‌بین، اقدامات احتیاطی کمتری را در زمان ارتکاب جرم انجام دهند زیرا ادراک پایین‌تری از احتمال دستگیری خود دارند (Garoupa, 2003: 9) و نسبت به شهود، دوربین‌های نظارتی و سایر عواملی که می‌توانند خطر دستگیری‌شان را افزایش دهد، کمتر توجه کنند. در نتیجه احتمال دستگیری آن‌ها افزایش می‌یابد. همچنین این سوگیری سبب می‌شود اقدامات احتیاطی قربانیان احتمالی جرم نیز کاهش یابد و لذا ارتکاب جرم تسهیل شود.

۳. سوگیری‌های شناختی در ادراک شدت مجازات

رفاه از منظر اقتصاد متعارف، در نتیجه دستیابی به ترجیحات به دست می‌آید یعنی دستیابی به چیزهایی که انسان‌های دارای اطلاعات کامل، عقلانی و خودمنفعت عموماً آن‌ها را ترجیح می‌دهند. از این منظر، درآمد یکی از اصلی‌ترین عوامل در افزایش رفاه به شمار می‌رود. اما اقتصاددانان رفتاری تأکید کرده‌اند که رفاه ذهنی نیز یک عنصر اساسی است که باید نقش آن را در تحلیل‌ها مشخص کرد. برای اینکه نقش رفاه ذهنی در تحلیل مجازات‌ها مشخص شود باید به این نکته توجه داشت که مجازات‌ها چگونه به اشخاصی که آن‌ها را دریافت می‌کنند آسیب می‌زنند. در تحلیل اقتصادی متعارف مجازات‌ها فرض می‌شود که هرچه میزان مجازات، برای مثال تعداد روزهایی که شخص در زندان است، بیشتر باشد، رنج ناشی از آن و شدت مجازات نیز بیشتر خواهد بود. اما اقتصاد رفتاری شواهدی را ارائه داده که نیاز به بررسی‌های بیشتر در این زمینه را ایجاد کرده است.

۳-۱. سازگاری روانی

سازگاری روانی به گرایش افراد برای سازگاری با شرایط جدید اشاره دارد به گونه‌ای که حتی تغییرات شدید در زندگی انسان‌ها تغییرات نسبتاً کوچکی را در رفاه ذهنی آن‌ها ایجاد می‌کند (Zamir and Teichman, 2018: 452). توضیح اینکه هر انسانی از لحاظ عاطفی و روانی، نسبت به اوضاع و احوال پیرامون خود یک نقطه استقرار دارد، یعنی وضعیتی که در آن، وضعیت وی «معمولی» است: نه خوشحال است و نه ناراحت. زمانی که رخداد یا تغییری در زندگی انسان حادث می‌شود که وی را خوشحال یا ناراحت می‌کند، از این نقطه استقرار فاصله می‌گیرد و سطح رفاه ذهنی وی افزایش یا کاهش می‌یابد. اما نکته قابل توجه این است که چنین وضعیتی، موقتی است. برای مثال، نتایج برخی تحقیقات

درخصوص انسان‌هایی که برنده بخت آزمایی و یا دچار فلج جسمی شده بودند نشان داده است که پس گذشت مدت زمانی نه‌چندان طولانی، خوشحالی یا ناراحتی اولیه از بین می‌رود و شخص مجدداً به همان نقطه استقرار روانی و عاطفی سابق خود بازمی‌گردد (آشوری و صبورپور، ۱۳۹۴: ۸).

در مورد مجازات حبس نیز می‌توان گفت افراد به شکل قابل توجهی به بودن در زندان سازگار می‌شوند. در ابتدا شادی آن‌ها به پایین ترین سطح می‌رسد، اما زمانی که به محیط جدیدشان سازگار شوند و برای مثال ارتباطات اجتماعی جدیدی را در محیط زندان شکل دهند یا به شرایط زندگی در زندان عادت کنند، شادی آن‌ها افزایش می‌یابد. اینکه مدت زمان لازم برای سازگاری با محیط زندان چقدر است نیازمند انجام بررسی‌های تجربی می‌باشد.^۱ نکته قابل توجهی که پدیده سازگاری روانی می‌تواند به مطالعات مربوط به بازدارندگی اضافه کند این است که در بازدارندگی خاص، در کنار سایر عوامل در نظر گرفته شود.^۲

لازم به ذکر است که این مسئله از لحاظ بازدارندگی عام مؤثر نیست. زیرا انسان‌ها توانایی خود را در سازگاری با حوادث خوب و بد، کمتر از واقع تخمین می‌زنند. این مسئله که انسان‌ها در پیش‌بینی احساسی^۳ ضعیف هستند به این معنا است که برای پیش‌بینی حالات احساسی خود در آینده یعنی لذت یا رنجی که یک حادثه خوب یا بد تجربه نشده به آن‌ها می‌دهد با مشکل مواجه هستند (Ulen, 2014: 101). لذا اشخاصی که مجازات را تجربه نکرده‌اند تصور می‌کنند در صورت محکومیت، رنج ناشی از مجازات به شدت آن‌ها را آزرده خاطر خواهد کرد و از این‌رو گفته شد که سازگاری روانی، تأثیری از حیث بازدارندگی عام ندارد. همچنین پدیده سازگاری روانی به لحاظ ناتوان‌سازی شخص مجرم نیز تأثیری ندارد و بدیهی است که فرد به میزانی که در زندان باشد توانایی ارتکاب جرم را نخواهد داشت.

۱. لازم به ذکر است که بسیاری از تحقیقات مربوط به رفاه ذهنی و پیش‌بینی‌های احساسی از مقیاس‌های خودگزارشی (self-report scales) استفاده می‌کنند مانند این که از اشخاص پرسیده شود که در حال حاضر چقدر خوشحال هستند یا به صورت کلی در چند وقت اخیر چقدر احساس شادی کرده‌اند یا در آینده چقدر خوشحال خواهند بود (Wilson and Gilbert 2003: 352). لذا انجام مطالعات تجربی در خصوص سازگاری می‌تواند با پرسش از افراد زندانی در مقاطع مختلف زمانی پس از ورود آنها به زندان درباره احساس آن‌ها صورت گیرد.

۲. بدیهی است مدت زمان بیشتر حبس، برای مثال، می‌تواند سبب محرومیت زندانیان شاغل از درآمد بیشتری شود که به لحاظ عینی، عامل مهمی در کاهش رفاه به شمار می‌رود. اما نکته قابل توجه این است که پدیده سازگاری روانی نیز باید در سیاست‌گذاری‌ها مد نظر قرار گیرد. این مطلب در ادامه بیشتر تبیین می‌شود.

3. affective forecasting

۳-۲. غفلت از طول زمان^۱ و اکتشاف اوج - انتها^۲

شواهدی وجود دارد که انسان‌ها در به یاد آوردن تجربیات گذشته، دچار «غفلت از طول زمان»^۳ هستند، به این معنا که به‌صورت دقیق، طول مدت تجربیات خوب یا بد خود را به خاطر نمی‌آورند. کانمن و تورسکی از بیمارانی که در معرض یک معالجه ناخوشایند قرار داشتند تقاضا کردند که میزان رنج خود در کل معالجه را بیان کنند. بعدها از همان بیماران خواسته شد میزان ناخوشایندی آن معالجه را رتبه‌بندی کنند. نتیجه این بود که آنچه از تجربه خوب یا بد یک رویداد در ذهن‌ها باقی می‌ماند مرتبط با میانگین یا سطح کلی درد و رنج در طول زمان نیست. بلکه به تجارب اوج یعنی بدترین لحظات تجربه شده، و میزان رنج انتهایی رویداد بستگی دارد (کانمن، ۱۳۹۶: ۵۶۹).

نتایج تحقیقات نشان داده است آنچه افراد از یک واقعه به یاد می‌آورند، برابندی از جمع دو نقطه زمانی از آن تجربه است: نقطه اوج (زمانی از آن تجربه که شدیدترین اثر روانی مطلوب یا نامطلوب را بر شخص داشته است) و نقطه پایان (وضعیت عاطفی و روانی که در پایان تجربه احساس می‌شود). همین موارد در خصوص یادآوری تجربه زندان توسط مجرمان نیز مصداق دارند (صبوری‌پور، ۱۳۹۰: ۱۷۴)^۴. نقطه اوج در تجربه حبس را می‌توان زمان ورود مجرم به حبس دانست که وی بیشترین فشار روانی را احساس می‌کند و نقطه انتهایی نیز زمان آزادی از زندان است.

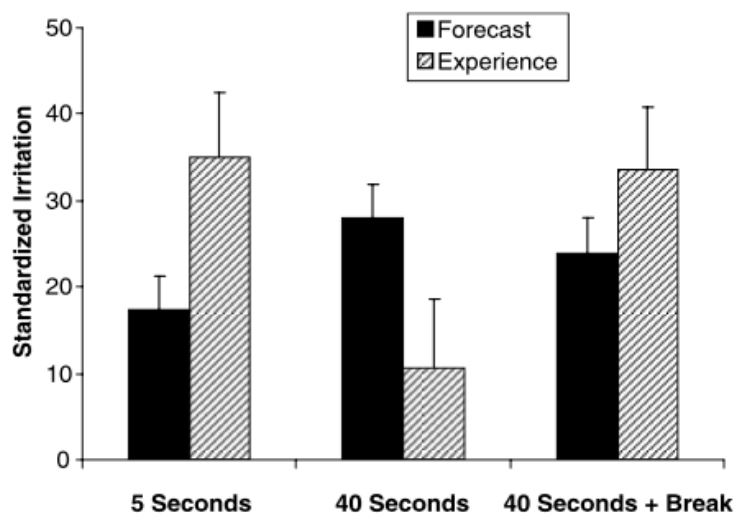
۳-۳. وقفه در سازگاری

یکی از راهکارهای تغییر دادن فرایند سازگاری، متوقف ساختن آن است. افراد وقتی در رخدادهای ناراحت‌کننده، وقفه ایجاد نمی‌کنند رنج کمتری می‌برند و زمانی که در رخدادهای خوشایند، گسستگی به وجود می‌آورند لذت بیشتری نصیبشان می‌شود. هر وقفه‌ای، افراد را از سازگاری با رخداد دور می‌کند و این یعنی آنکه ایجاد وقفه در رخدادهای ناراحت‌کننده، بدولی در رخدادهای خوشایند، خوب است. شاید عموم مردم تصور کنند که ایجاد وقفه در رخدادی ناراحت‌کننده یا خسته‌کننده، مطلوب است، اما همان وقفه قابلیت افراد را در سازگاری کاهش می‌دهد و باعث می‌شود وقتی مجبور هستند دوباره همان کار را تکرار کنند وضع برایشان بدتر شود (آریلی، ۱۳۹۶: ۲۵۳).

1. duration neglect
2. Peak-End heuristic
3. duration neglect

۴. برای مشاهده مثال‌های دیگر بنگرید به آشوری و صبوری‌پور، ۱۳۹۴: ۱۲.

لیف نلسون و تام میویس در مجموعه‌ای از آزمایش‌ها به بررسی این مسئله پرداختند که ایجاد وقفه‌های کوچک در لذت و ناراحتی کلی حاصل از رخدادهای خوشایند یا ناخوشایند چه تأثیری دارد؟ در این آزمایش از ۱۴۰ نفر دانشجوی خواسته شد که با یک هدفون به صدای یک جاروبرقی گوش بدهند که امری آزاردهنده بود. آزمایش‌شوندگان به سه گروه تقسیم شدند. گروه اول ۵ ثانیه به صدا گوش داد. گروه دوم ۴۰ ثانیه و گروه سوم ابتدا برای ۴۰ ثانیه و پس از وقفه‌ای ۵ ثانیه‌ای، مجدداً به مدت ۵ ثانیه به این صدا گوش دادند. سپس از آن‌ها خواسته شد ۵ ثانیه انتهایی را ارزیابی کنند. نتایج نشان داد شرکت‌کنندگان گروه دوم به صدا عادت کردند و گروهی که ۴۰ ثانیه به صدا گوش داده بودند نسبت به گروه اول و گروه سوم، آن را کمتر آزاردهنده می‌دانستند (Nelson and Meyvis, 2008: 657). در حالی که پیش‌بینی آن‌ها این بود که گروه دوم، سختی بیشتری را متحمل شود و ایجاد وقفه در گوش کردن به صدا سبب بهبود وضعیت شود؛ ایجاد وقفه در گوش دادن به صدای آزاردهنده، تجربه را ناخوشایندتر نمود.



بر این اساس می‌توان گفت از ایجاد وقفه در مدت حبس، برای مثال، از طریق اعطای مرخصی به زندانیان نیز می‌توان به‌عنوان راهکاری برای جلوگیری از سازگاری افراد با محیط زندان استفاده کرد. لذا اگرچه در تحلیل اقتصادی متعارف، فرض می‌شود که اعطای مرخصی به زندانیان با کاهش تعداد روزهایی که شخص در زندان است از شدت مجازات و میزان بازدارندگی می‌کاهد، اما با توجه به بحث سازگاری روانی، می‌توان گفت اعطای مرخصی (به‌طور حساب‌شده و با شناسایی مدت زمان لازم برای سازگاری) با ایجاد وقفه در فرایند سازگاری شخص با محیط زندان در جهت افزایش

بازدارندگی قابل استفاده است. به‌ویژه اینکه با هر بار بازگشت فرد از مرخصی به زندان، وی یک نقطهٔ اوج جدید را بر اساس قاعدهٔ اوج - انتها تجربه خواهد کرد و به این ترتیب تجربهٔ زندان را با سختی بیشتری به خاطر خواهد آورد.

دلالت دیگری که بحث سازگاری روانی و اکتشاف اوج - انتها در خصوص بازدارندگی می‌تواند داشته باشد این است که مرخصی‌های زندانیان، مرخصی منتهی به آزادی نباشند. زیرا در این صورت، سختی نقطهٔ انتهایی تجربهٔ حبس کاهش یافته و خاطرهٔ مثبت‌تری در ذهن مجرم باقی می‌ماند. همچنین در صورتی که بتوان با انجام اقداماتی که با موانع اخلاقی مواجه نیستند، سختی دورهٔ انتهایی حبس را افزایش داد؛ می‌توان نقطهٔ انتهایی را به‌گونه‌ای رقم زد که بیشتر در ذهن مجرم باقی بماند و یادآوری شود. برای مثال، چنانچه بتوان با تغییر محل نگهداری شخص در انتهای حبس، در فرایند سازگاری او با محیط، وقفه ایجاد کرد و با تغییر دادن اطرافیان وی، تعاملات اجتماعی شخص را با دشواری مواجه کرد می‌توان توقع داشت که سختی انتهای حبس بیشتر در ذهن مجرم باقی‌مانده و در کاهش تکرار جرم مؤثر باشد.

۳-۴. وابستگی به نقطهٔ مرجع

تحقیقات تجربی در روان‌شناسی و اقتصاد رفتاری مکرر نشان داده‌اند مطلوبیتی که یک شخص برای پیامدی خاص قائل است، بستگی به ارتباط آن پیامد با سایر پیامدهایی دارد که شخص انتظار وقوع آن‌ها را دارد. این پدیده با نام ترجیحات وابسته به مرجع^۱ شناخته می‌شود. یک مثال سنتی برای توضیح این پدیده، مثالی است که تالر (۱۹۸۰) آن را بیان کرده است. وی توضیح می‌دهد شخصی که به دنبال خرید یک ماشین حساب ۲۵ دلاری است به احتمال زیاد در صورتی که بداند در نقطهٔ دیگری از شهر می‌تواند این ماشین حساب را به قیمت ۲۰ دلار خریداری کند مسافت میان محل سکونت تا فروشگاه مذکور را طی می‌کند تا ۵ دلار صرفه‌جویی کند، اما اگر شخصی بخواهد یک کت به قیمت ۱۲۵ دلار بخرد احتمالاً برای گرفتن تخفیف ۵ دلاری حاضر نیست مسافت مشابه را تا مغازه‌ای که آن کت را ۱۲۰ دلار می‌فروشد طی کند. زیرا با مقایسهٔ تخفیف ۵ دلاری با قیمت کامل کت و ماشین حساب که نقاط مرجع به حساب می‌آیند صرفه‌جویی ۵ دلاری برای خرید کت، کمتر از ماشین حساب به نظر می‌رسد (Bushway and Owens, 2013: 302).

با توجه به وابسته بودن ترجیحات افراد نسبت به نقطهٔ مرجع می‌توان گفت اینکه آیا تجربهٔ مجازات، ادراک فرد نسبت به شدت، سرعت و قطعیت مجازات را افزایش یا کاهش می‌دهد مستقیماً

به انتظارات قبلی مجازات‌شونده بستگی دارد و اگر یک ضمانت اجرا از نظر شدت و قطعیت، کمتر از چیزی باشد که مورد انتظار مجرم بوده است، مجازات، ادراک شدت و قطعیت را کاهش می‌دهد. تشبیه این مسئله به تجربیات روزمره می‌تواند برای توضیح کمک‌کننده باشد. تصور این مسئله سخت نیست که انسان‌ها از یک فیلم در سطح متوسط لذت ببرند، اگر انتظار داشته باشند که یک فیلم افتضاح باشد، اما در صورتی که انتظار داشته باشند که یک فیلم برنده اسکار را ببینند از همین فیلم در سطح متوسط خوششان نخواهد آمد. بر این اساس تجربه شدت مجازات به دو عامل بستگی دارد. اول، میزان مجازاتی که قاضی به آن حکم می‌دهد نسبت به میزان مجازات قانونی که مجرم تصور اعمال آن را داشته است. دوم، میزان مجازاتی که در عمل در مورد مجرم به اجرا در می‌آید نسبت به مجازاتی که در حکم صادره آمده است. لذا چنانچه مجازاتی که مجرم تجربه می‌کند نسبت به مجازات قانونی و یا مجازات مندرج در حکم، خفیف‌تر باشد، مجرم این تجربه را ملاک تصمیم‌گیری برای ارتکاب مجدد جرم قرار می‌دهد.

درک نقش انتظارات در ارتباط میان مجازات و رفتار مجرمانه در آینده، در برخی کشورها مبنای تصویب برخی قوانین قرار گرفته است. برای مثال، می‌توان گفت برای نزدیک کردن تصور مجرم از مجازات مورد انتظار به مجازات‌های قانونی، شاخص‌های تعیین مجازات^۱ از سال ۱۹۸۰ در ۲۲ ایالت و حوزه قضایی فدرال ایالات متحده تعیین شده‌اند و در ۱۹ ایالت همچنان این شاخص‌ها وجود دارند هرچند که هیچ‌یک از آن‌ها شبیه به هم نیستند (Frase, 2019: 79). همچنین می‌توان گفت قوانینی که با عنوان واقع‌گرایی در تعیین مجازات^۲ شناخته می‌شوند برای نزدیک کردن تجربه مجازات توسط مجرم و مجازات تعیین شده در حکم تصویب شده‌اند. با توجه به اینکه تفاوت زیاد میان مجازات تعیین شده و میزان واقعی مجازات تحمل شده، کارآیی تهدید به مجازات را کاهش می‌دهد، قوانین واقع‌گرایی در تعیین مجازات، آزاد شدن شخص زندانی قبل از اینکه نسبت زیادی از مدت محکومیت خود را طی کرده باشد، ممنوع کرده‌اند (Bushway and Owens, 2013: 303).

با توجه به وابستگی به نقطه مرجع به نظر می‌رسد هماهنگی و سازگاری میان تهدید و عملکرد واقعی نظام عدالت کیفری می‌تواند در کاهش جرم مؤثر باشد و امکان افزایش بازدارندگی خاص با نزدیک کردن مجازات‌های احتمالی مورد انتظار با آنچه نظام عدالت کیفری در واقع اعمال می‌کند وجود داشته باشد.

1. sentencing guidelines

2. truth in sentencing

نتیجه

استفاده از سیستم‌های دوگانه پردازش اطلاعات (منطقی و شهودی) در کنار هم سبب می‌شود که انسان‌ها همیشه انتخاب‌هایی را انجام ندهند که در راستای حداکثرسازی منافع مورد انتظار و حداقل‌سازی هزینه‌های مورد انتظار آن‌ها باشد. در این مقاله، برخی از قواعد اکتشافی و سوگیری‌های شناختی (به‌عنوان بخشی از کارکرد سیستم شهودی پردازش اطلاعات) که مجرمان ممکن است در تصمیم به ارتکاب جرم از آن‌ها استفاده کنند بررسی شد که بعضی از آن‌ها مربوط به جمع‌آوری اطلاعات برای ارتکاب جرم و بعضی مربوط به ادراک قطعیت و شدت مجازات‌ها است.

سوگیری‌هایی که تحت عنوان سوگیری‌های محتمل در جمع‌آوری اطلاعات برای ارتکاب جرم بیان شدند هریک به‌نحوی نشان می‌دهند فرض وجود اطلاعات کامل و بررسی تمام گزینه‌های محتمل برای تصمیم‌گیری، امر دقیقی نیست. چراکه بر اساس سوگیری تأیید، مجرمان به شواهدی که در جهت تأیید تصمیم آن‌ها است وزن بیشتری می‌دهند و به‌دلیل وجود سوگیری خدمت به خود، دستگیری و محکومیت را به عوامل ناپایدار بیرونی نسبت می‌دهند که احتمال بررسی بیشتر و کنترل آن‌ها در زمان ارتکاب مجدد جرم وجود دارد. همچنین بر اساس تأثیر اجماع کاذب، به‌ویژه در خصوص قوانین مبهم تصور می‌کنند نگاه دیگران نیز به وقایع مانند آن‌ها است و چنانچه آن‌ها خود را مصداق ماده قانونی ندانند تصور می‌کنند نگاه مقامات قضایی نیز این‌گونه است.

اکتشاف‌ها و سوگیری‌های شناختی مؤثر در قطعیت مجازات‌ها هریک به‌نحوی می‌توانند موجبات اشتباه در ادراک احتمالات دستگیری و محکومیت را فراهم کنند. در اکتشاف دسترس‌پذیری گفته شد که احتمالات عینی دستگیری و محکومیت، عامل اصلی در ادراک قطعیت مجازات نیستند که با تغییر دادن آن‌ها در عالم واقع لزوماً تغییری در رفتار افراد ایجاد شود. آنچه از منظر بازدارندگی واجد اهمیت است، احتمالات ذهنی افراد در خصوص دستگیری و محکومیت است و هرچه سرعت و سهولت به‌یادآوری مصادیق یک واقعه بیشتر باشد، افراد احتمال وقوع آن را بالاتر تخمین می‌زنند. مطالعات تجربی در خصوص تأثیر قطعیت و امکان این نتیجه را به دست دادند که ایجاد هر گونه تغییر در احتمالات دستگیری و محکومیت، تأثیرات مشابهی نخواهد داشت و افراد نسبت به تغییر در احتمالات متوسط واکنش چندانی نشان نمی‌دهند. در نهایت اینکه وجود سوگیری‌های بیش‌اطمینانی و خوش‌بینی زیاد سبب می‌شوند اشخاص احتمالات دستگیری و محکومیت خود را کمتر و منافع جرم را بیشتر از حد تخمین بزنند.

در بخش اکتشاف‌ها و سوگیری‌های شناختی مرتبط با ادراک شدت مجازات‌ها نیز بیان شد که باید نقش رفاه ذهنی را در محاسبات مربوط به مجازات حبس به حساب آورد. با توجه به اینکه افراد

پس از مدتی با شرایط زندان سازگار می‌شوند و بر اساس اکتشاف اوج - انتها، تنها نقاط اوج و انتهایی تجربه زندان را به خاطر می‌آورند و نه طول مدت حبس را، می‌توان با راهکارهایی مانند اعطای مرخصی‌های حساب‌شده به زندانیان از سازگاری آن‌ها با محیط کاست و با اقداماتی نظیر تغییر دادن محل نگهداری زندانیان و تعاملات اجتماعی آن‌ها در انتهای مدت حبس، تجربه تلخ‌تری از زندان را ایجاد و به این ترتیب، احتمال تکرار جرم را کاهش داد. همچنین گفته شد با توجه به اینکه مجرمان، تجربه مجازات را ملاک محاسبات خود قرار می‌دهند و نه مجازات قانونی یا مجازات مقرر در حکم را، پس به‌منظور تأثیرگذاری تغییرات قانونی بر رفتار مجرمان، باید تجربیات واقعی مجرمان را به مجازات‌های قانونی نزدیک کرد. به نظر می‌رسد که توجه به موارد فوق‌الذکر می‌تواند در توضیح علل عدم موفقیت برخی سیاست‌های مقابله با جرم مفید باشند و راهکارهای جدیدی را برای افزایش بازدارندگی ارائه دهند.

منابع

فارسی

- ارونسون، الیوت (۱۳۸۵)، روان‌شناسی اجتماعی، ترجمه حسین شکرکن، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات رشد.
- امیری، میثم (۱۳۹۶)، «اقتصاد رفتاری و فرار مالیاتی»، پژوهشنامه اقتصادی، سال ۱۷، شماره ۱.
- آریلی، دن (۱۳۹۶)، جنبه مثبت بی‌منطق بودن، ترجمه اصغر اندرودی، چاپ دوم، تهران: نشر دایره.
- آشوری، محمد، صبوری‌پور، مهدی (۱۳۹۴)، «مقایسه اثر شدت و قطعیت حبس بر بازدارندگی آن»، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، شماره ۳.
- رشادتی، جعفر، رضایی، علی (۱۳۹۹)، «کیفرشناسی تشهیر و امکان‌سنجی نشر تصویر، حکم محکومیت و رسواسازی قضات متخلف»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- صبوری‌پور، مهدی (۱۳۹۰)، تبیین جزایی جرم‌شناسی عقلانیت در بزهکاری، رساله برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- کانمن، دنیل (۱۳۹۶)، تفکر سریع و کند، ترجمه فروغ تالو صمدی، چاپ چهارم، کرج: نشر در دانش بهمن.
- مرادی حسن‌آباد، محسن (۱۳۹۳)، «پوشش تلویزیونی فرایند رسیدگی در دادگاه‌های کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۸، شماره ۸۷.
- وینتر، هارولد (۱۳۹۴)، اقتصاد جرم، ترجمه حمید بهره‌مند و زهرا ساکیانی، تهران: نشر دادگستر.
- هالپرن، دیوید (۱۳۹۸)، تلنگرچی در واحد تلنگر، ترجمه بهنام شهانی، تهران: مؤسسه کتاب مهربان نشر.

انگلیسی

- Bushway, Shawn, Owens, Emily (2013), Framing Punishment: Incarceration, Recommended Sentences, and Recidivism, **Journal of Law and Economics**, 56 (2).
- Camerer, Colin, Loewenstein, George (2004), Behavioral Economics: Past, Present, Future, **Advances in Behavioral Economics**.
- Dale, Stephen (2015), Heuristics and Biases: The Science of Decision-Making, **Business Information Review**, 32 (2).
- Elffers, Henk, Van Gelder, Jean-Louis (2017), Criminal Decision Making: Time to Reject the Rational Choice Theory and Go on with the Dual Process Theory?, **Liber Amicorum Gerben Bruinsma**.
- Frase, Richard (2019). Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned? **Crime and Justice**, 48 (1).
- Garoupa, Nuno (2003), Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review, **European Journal of Law and Economics** 15 (1).
- Gilovich, Thomas, Ross, Lee (2016), The Wisest One in the Room: How You Can Benefit from Social Psychology's Most Powerful Insights, Simon and Schuster.
- Harel, Alon (2014), Behavioral analysis of criminal law a survey, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, edited by Zamir, Eyal, teichman, Doron, Oxford University Press.

- Jolls, Christine (1998), Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules, **Vand. L. Rev**, 51.
- Kahneman, Daniel (2003), Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics, **The American Economic Review**, 93 (5).
- Korobkin, Russell, Thomas, Ulen (2000), Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, **California Law Review**, 88 (4).
- Lee, YongJei, Eck, John, Corsaro, Nicholas (2016), Conclusions from the History of Research into the Effects of Police Force Size on Crime—1968 through 2013: A Historical Systematic Review, **Journal of Experimental Criminology**, 12 (3).
- Loewenstein, George, Lerner, Jennifer (2003), The Role of Affect in Decision Making.
- Lord, Charles, Ross, Lee, Lepper, Mark (1979), Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence, **Journal of Personality and Social Psychology**, 37 (11).
- Ma, Jingyuan (2020), The Enforcement of Competition Law—A Behavioral Law and Economics Perspective. In *Competition Law in China*, Springer, Singapore.
- Nagin, Daniel (2012), Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists, **Annual Review of Economics**, 5 (1).
- Nelson, Leif, Meyvis, Tom (2008), Interrupted Consumption: Disrupting Adaptation to Hedonic Experiences, **Journal of Marketing Research**, 45 (6).
- Pickett, Justin, Barnes, Wilson, Theodore, Roche, Patrick (2020), Prospect Theory and Criminal Choice: Experiments Testing Framing, Reference Dependence, and Decision Weights, **Justice Quarterly**, 37 (6).
- Shtudiner, Ze'ev, Klein, Galit, Kantor, Jeffrey (2017), Who Is Responsible for Economic Failures? Self-Serving Bias and Fundamental Attribution Error in Political Context, **Quality & Quantity**, 51 (1).
- Sreenivas, Nanda, Rao, Shrisha (2019), Egocentric Bias and Doubt in Cognitive Agents, arXiv preprint arXiv:1903.03443.
- Wilson, Timothy, Gilbert, Daniel (2003), Affective forecasting. In M. P. Zanna (Ed.), **Advances in experimental social psychology**, Vol. 35, Elsevier Academic Press.
- Ulen, Thomas (2014), the importance of behavioral law, the oxford handbook of behavioral economics and the law.
- Weinstein, Neil, Klein, William (1996), Unrealistic Optimism: Present and Future, **Journal of Social and Clinical Psychology**, 15 (1).
- Williams, Sean Hannon (2014), Probability Errors: Overoptimism, Ambiguity Aversion, and the Certainty Effect, **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, edited by Zamir, Eyal, teichman, Doron, Oxford University Press.
- Zamir, Eyal, Teichman, Doron (2018), *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press.

تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

زهرا بیدار*، ابراهیم عبدی پور فرد**

چکیده

اصول و قواعد عام حقوق عمومی اقتصادی بیانگر نحوه مداخله دولت در اقتصاد و تحول آن به سوی بازتعریف نقش تنظیم‌گری دولت است. مطالعه شاخص‌های نظارت قضایی در حوزه تنظیم‌گری اقتصادی دولت، مستلزم بررسی رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و استخراج اصول یاد شده است. هدف از پژوهش حاضر که به صورت توصیفی - تحلیلی انجام شده است، دستیابی به این نتیجه است که اصول مورد پذیرش دیوان عدالت اداری در این حوزه چیست و به چه نحوی در رویه این نهاد متبلور می‌شوند. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد اصل حمایت از مالکیت خصوصی، اصل آزادی تجارت و صنعت، اصل برابری، اصل رقابت و اصل تناسب از جمله اصولی هستند که به اتکای مبانی قانونی خود در حقوق ایران، به نحو صریح و ضمنی، مستند ابطال مقررات دولتی توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق عمومی اقتصادی قرار گرفته‌اند. **واژگان کلیدی:** حقوق عمومی اقتصادی، نظارت قضایی، اصول حقوقی، دیوان عدالت اداری

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

zb.zahrabidar@gmail.com

drabdipour@yahoo.com

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

مقدمه

مداخله دولت در عرصه اقتصاد به عنوان موضوع اصلی حقوق عمومی اقتصادی مطرح شده است که از این رهگذر می توان به تعریف این گرایش از حقوق عمومی ورود پیدا کرد. اغلب نویسندگان در منابع فرانسوی، حقوق عمومی اقتصادی را شاخه ای از حقوق می دانند که روابط اشخاص حقوق عمومی شامل دولت، نهادهای محلی و مؤسسات عمومی با یکدیگر و با اشخاص حقوق خصوصی مثل شرکت ها در حوزه خصوصی را تنظیم می نمایند (زارعی و مؤذنی، ۱۳۹۱: ۴۲۹). در تعریف یاد شده از یک سو با بازیگران حقوق عمومی اقتصادی و از سوی دیگر با تنظیم روبه رو هستیم. یکی از بازیگرانی که نقش مهمی در عرصه حقوق عمومی اقتصادی بازی می کند، دولت است. ابزار دولت برای تنظیم این عرصه از حقوق همان ابزارهای کلاسیکی است که در حوزه های دیگر از آن استفاده می کند؛ یعنی وضع قانون، اجرای قانون با تصمیمات و اعمال اداری و حل اختلافات در روابط اقتصادی. دولت از طریق وضع قانون در معنای اعم خود اهداف و سیاست های اقتصادی خود را مشخص می کند، زمینه مداخله یا نظارت دولت در بازار را فراهم می کند، نهادهای اداری برای تنظیم بازار تأسیس می کند، شرایط ایجاد و انحلال واحدهای اقتصادی را مشخص می کند و به طور کلی چهارچوب فعالیت حوزه اقتصادی را تعیین می کند.

در اصل لزوم نظارت و دخالت دولت در عرصه اقتصاد به منظور تنظیم بازار تردیدی به نظر نمی رسد؛ اما شیوه اجرای این رسالت و وضع قواعد مربوط به آن از اهمیت بسزایی برخوردار است. به طوری که دخالت زیاد نهادهای عمومی و تصویب مقررات دولتی حجیم و دست و پاگیر می تواند به افزایش بوروکراسی و مخاطبان آن منجر شود و فعالان اقتصادی را از تولید و سرمایه گذاری دل سرد کند. این در حالی است که اگر نوع و کیفیت این ضوابط با مقتضیات جامعه سازگار و هماهنگ نباشد، لطمات فراوانی به اقتصاد کشور وارد خواهد شد (عطریان، ۱۳۹۶: ۲۸۲).

در نظام حقوقی ایران، نظارت بر آن بخش از قوانین و مقررات موضوعه که تحت عنوان «مقررات» توسط قوه مجریه وضع می شود، به دیوان عدالت اداری سپرده شده است. این صلاحیت به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی^۱ و بند یک ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به این نهاد قضایی داده شده است. بر اساس بند یک ماده ۱۲ قانون فوق الذکر این نهاد وظیفه رسیدگی به شکایات،

۱. به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آن ها، دیوانی به نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می کند.

تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در موارد مغایرت با شرع یا قانون یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود را دارد.

بنابراین یکی از معیارهای دیوان عدالت اداری در نظارت بر آیین‌نامه‌ها، مقررات و نظامات دولتی چه در حوزه حقوق عمومی اقتصادی و چه در حوزه‌های دیگر «قانون» است. بدیهی است که قانون به‌عنوان ابزار ممیزی قضات همیشه کامل نبوده و خلأهایی در آن وجود دارد؛ لذا تمسک به «اصول حقوقی»^۱ تنها راه گریز از این خلأ و تضمین حقوق بنیادین مردم است. اصول حقوقی، گزاره‌های راهبر حاکم بر حقوق موضوعه و هادی شرح و بسط آن شناخته شده‌اند و قواعد حقوقی از جمله موارد استعمال اصول برشمرده شده‌اند (بولانژه، ۱۳۷۶: ۸۰). فلسفه اتکای قضات به اصول، در واقع استخراج حکم هر قضیه و رفع کاستی‌های قواعد حقوقی است؛ کاستی‌هایی که در نتیجه دریافت ظاهری از آن‌ها پدید می‌آید؛ اما با رویکرد باطنی به این قواعد، می‌توان این کاستی‌ها را برطرف ساخت. در واقع می‌توان گفت به نوعی راه حل در درون خود قواعد موجود است. قضات در زمان کاستی قانون، به اصل یا همان هسته بنیادین قواعد حقوقی رجوع می‌کنند که مستلزم تعمق بسیار در این قواعد و درک ارتباط منطقی میان آن‌هاست (پتفت و مالمیری، ۱۳۹۷: ۱۴).

اصول حقوقی در گرایش‌های مختلف حقوق در عین قرابت؛ تمایزهایی نیز با هم دارند (مشهدی و هداوند، ۱۳۹۵: ۲۰)، از سوی دیگر نظام‌های حقوقی متفاوت مثل نظام سوسیالیستی و سرمایه‌داری در اساس یعنی در اصول با یکدیگر اختلاف دارند (بولانژه، ۱۳۷۶: ۷۶). لذا می‌توان چنین نتیجه گرفت که اصول حقوق عمومی اقتصادی اولاً متمایز از اصول حقوقی دیگر هستند و ثانیاً متناسب با نظام حقوقی و اقتصادی حاکم بر جامعه، این اصول با یکدیگر تفاوت پیدا می‌کنند.

از آنجا که دستیابی به قواعد حقوق عمومی اقتصادی از طریق تمسک به منابع و اصول این زیرشاخه از حقوق ممکن است (Talapina, 2011: 61) و از سوی دیگر به‌عنوان معیار و مبنایی برای قضات در فرایند قضایی است؛ هدف از این پژوهش استخراج و بررسی آن دسته از اصول و قواعد عام حقوق عمومی اقتصادی است که قضات دیوان عدالت اداری با استناد به آن‌ها به ابطال مصوبات، مقررات و تصمیمات اداری، می‌پردازند. اهمیت و ضرورت پژوهش ناشی از این واقعیت است که از یک سوی اصول حقوق عمومی اقتصادی اساس این زیرشاخه از حقوق عمومی را تشکیل می‌دهند و از سوی دیگر، اصول حقوق عمومی اقتصادی همانند سایر اصول کلی حقوقی، هنجارهای رویه‌ای

هستند که توسط قضات بر اساس برداشت‌های ایدئولوژیک از وجدان عمومی، قانون اساسی، اسناد بالادستی، قانون عادی و سایر مقررات موضوعه، ایجاد شده‌اند. همان طور که بر اساس نظر برخی از حقوق‌دانان برخلاف عرف که در اثر استفاده ایجاد می‌شود، اصول کلی حقوقی توسط قضات تدوین می‌شوند (Talapina, 2011: 264).

متخصصان در زمینه حقوق عمومی اقتصادی، اصول حقوق عمومی اقتصادی را به دو دسته اصول لیبرال و مداخله‌گر تقسیم‌بندی می‌کنند (Talapina, 2011: 258). این یک معیار برای تقسیم‌بندی اصول حقوق عمومی اقتصادی است که مبتنی بر نحوه و میزان مداخله دولت در اقتصاد است. اصول لیبرال که محدودکننده صلاحیت قوای عمومی در اعمال اختیاراتشان در حوزه اقتصادی است و برای نمونه می‌توان به اصولی مانند اصل دفاع از حق مالکیت خصوصی، اصل آزادی تجارت و صنعت، اصل برابری و اصل تخصصی بودن عاملان اقتصادی اشاره کرد (مؤذنی، ۱۳۳۹: ۱۴۹). از سوی دیگر اصولی وجود دارد که مربوط به مداخله‌گرایی قوای عمومی بوده و بر اساس این اصول زمینه مداخله بیشتر در حوزه اقتصاد برای دولت فراهم می‌شود؛ ازجمله این اصول نیز می‌توان از اصل مردمی کردن اقتصاد، ملی‌سازی، اصل تناسب، خدمات عمومی و اصل استقلال در مدیریت شرکت‌های دولتی نام برد (گرچی، ۱۳۸۹: ۲۱۴-۲۱۳).

معیار دیگری که برای تقسیم‌بندی اصول حقوق عمومی اقتصادی می‌توان از آن استفاده کرد معیار تخصصی بودن است. از آنجا که حقوق عمومی اقتصادی شاخه‌ای از علم حقوق است لذا اصول کلی حقوقی در این گرایش از حقوق نیز کاربرد دارند اگرچه اختصاص به آن ندارند اما جنبه‌هایی از این اصول به حقوق عمومی اقتصادی مربوط می‌شوند مانند اصل امنیت حقوقی در قبال اعمال اداری، اصل برابری و مجموعه‌ای از اصول مربوط به حیات اجتماعی مانند اصل استمرار خدمات عمومی. در کنار این اصول، اصول دیگری هم هستند که اختصاصاً به حقوق عمومی اقتصادی مربوط هستند و اصول هادی این گرایش از حقوق به شمار می‌روند، مانند اصل آزادی تجارت و صنعت و اصل دفاع از مالکیت خصوصی (مؤذنی، ۱۳۹۸: ۱۵۱).

در کنار این دو معیار می‌توان از معیارهای دیگری نیز برای تقسیم‌بندی اصول حقوق عمومی اقتصادی استفاده کرد، یکی از این معیارها، معیار تاریخی است که بر اساس تقدم و تأخر پیدایش این اصول به تقسیم‌بندی آن‌ها می‌پردازد. از سوی دیگر بسته به اینکه این اصول در قانون اساسی آمده باشند یا نه، می‌توان تقسیم‌بندی دیگری ارائه کرد که بر اساس آن اصول به دو دسته اصول دارای ارزش اساسی و اصول دارای ارزش عادی تقسیم می‌گردند. لازم به توضیح است که تنها بر اساس معیار اول یعنی معیار تقسیم‌بندی بر اساس میزان مداخله دولت است که می‌توان نوع نظام اقتصادی کشور را تعیین کرد.

مسئله و سؤال اصلی ما در این مقاله آن است که از میان اصول و قواعد کلی حقوق عمومی اقتصادی در نظام‌های مختلف حقوقی، کدامیک در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده‌اند و قلمرو و اهداف آن اصول در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری چیست؟ پژوهش ما بر این فرضیه استوار است که اصول حقوق عمومی اقتصادی در رویه دیوان عدالت اداری برگرفته از اصول قانون اساسی و ارزش‌های بنیادین منعکس در قانون اساسی و سایر اسناد بالادستی همانند سیاست‌های کلی ابلاغی اصل ۴۴ و قانون اجرای آن و مبانی اقتصاد اسلامی است و قلمرو این اصول بر اساس آن‌ها تبیین و تعریف شده است.

۱. اصل حمایت از مالکیت خصوصی

در رابطه میان افراد و اموال، مالکیت حد اعلای رابطه‌ای است که هر شخص نسبت به اموال دارد (آگاه، ۱۳۸۹: ۸۹)؛ حقی که هر مالکی را مجاز می‌دارد نسبت به مالکیت خود، همه‌گونه تصرف و انتفاعی جز در موارد استثنای قانونی داشته باشد.^۱ شاید بتوان گفت مهم‌ترین و اساسی‌ترین حق از حقوق بنیادی که از دیرباز بشر به آن توجه کرده است، حق مالکیت است (ویژه، ۱۳۸۹: ۴۴۴). مهم‌ترین و اساسی‌ترین پیش‌نیاز فعالیت اقتصادی بخش خصوصی، حق مالکیت فردی است؛ به عبارت دیگر، بدون مالکیت فردی، فعالیت‌ها و مبادلات اقتصادی قابل‌تصور نیست. اگر مبادله‌ای صورت نگیرد، حقوق عمومی اقتصادی موضوعیت ندارد. مبادله، ناظر بر آن چیزی است که در تملک و تصرف افراد است. اگر مالکیت جمعی باشد، تصور مبادله به‌خصوص مبادله در سطح گسترده‌ای که مدنظر ما است، تقریباً محال است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که تأسیس بازار بدون حق مالکیت فردی قابل‌تصور نیست. اقتصاد مدرن بر اساس مالکیت فردی است و اگر این اصل حذف شود، دیگر اقتصاد مدرن وجود ندارد (غنی‌نژاد، ۱۳۸۶: ۴).

اصل مالکیت از آن جمله اصولی است که در قانون اساسی بدان پرداخته شده است؛ نخستین اصلی که به این مالکیت پرداخته است؛ اصل ۲۲ است که اظهار می‌دارد: «حیثیت، جان، حقوق... اشخاص از تعرض مصون است. مگر در مواردی که قانون تجویز کند.» واژه حقوق در این اصل به معنای حق‌هاست که علی‌الاطلاق همه آن‌ها از جمله حقوق اقتصادی را دربرمی‌گیرد (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۱۵۹) که حق مالکیت یکی از این حقوق است. اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی از جمله اصولی هستند که حق مالکیت فردی را به رسمیت شناخته و آن‌ها را محترم شده‌اند. علی‌رغم وجود این اصول اما اصل ۴۴ قانون اساسی در مقام بیان میزان و نحوه مالکیت سه

بخش دولتی، تعاونی و خصوصی به گونه‌ای تدوین شده است که کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانک‌داری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آب‌رسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه آهن و مانند این‌ها را متعلق به بخش دولتی دانسته است. در کنار بخش دولتی، بخش تعاونی وجود دارد که شامل شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است که در شهر و روستا بر طبق ضوابط اسلامی تشکیل می‌شود. بخش خصوصی نیز شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات می‌شود که مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی است.

بنابراین بر اساس این اصل ما شاهد اقتصاد دولتی هستیم، یک دولت مداخله‌گرا در اقتصاد که تمامی امور سودآور و مهم را به عنوان مالکیت عمومی در اختیار خود قرار داده است. با تصویب برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مبانی حقوقی سیاست خصوصی‌سازی در اقتصاد ایران پایه‌گذاری شد و با تصویب قوانین و مصوبات بعدی به اجرا درآمد (کریمی پتانلار، ۱۳۸۳: ۱۰۸). این روند در پی تصویب برنامه‌های بعدی توسعه نیز پیگیری شد. تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، نقطه عطفی در گشایش بسترهای لازم برای فعالیت بخش خصوصی و کاهش نقش تصدی‌گری دولت و مداخله نابازاری او در اقتصاد کشور شد. اگرچه، ضعف مدیریت دولت‌ها در اجرای صحیح و روش‌مند این قانون، تحقق اهداف آن را با کندی مواجه ساخته است. با توجه به مبانی حقوقی حمایت از مالکیت فردی که در اینجا به آن‌ها اشاره شد، مشخص گردید که این اصل می‌تواند از اصول پذیرفته‌شده حقوق عمومی اقتصادی ایران باشد. با وجود این، حوزه انحصاری فعالیت‌های بخش دولتی و بخش خصوصی تا قبل از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ تبیین نشده بود. دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض به مصوبات و آیین‌نامه هر دو اصل مالکیت دولتی و مالکیت خصوصی را مورد شناسایی قرار داده و در رویه خود به آن‌ها استناد می‌نماید؛ که در ادامه به برخی از این آراء اشاره می‌نماییم:

الف) دادنامه شماره ۱۷۸ الی ۱۸۰ مورخ ۱۳۸۲/۰۵/۰۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص اختصاص بیمه به بخش دولتی: در این دادنامه دیوان عدالت اداری، تصویب‌نامه هیئت وزیران را از آن جهت که شرکت‌های بیمه ایران، البرز، آسیا و دانا را از موارد و مصادیق واحدهای اختصاصی بخش اقتصاد دولتی مستثنا نموده و سهام آن‌ها را قابل واگذاری اعلام داشته و همچنین مصوبه نمایندگان ویژه ریاست جمهوری که متضمن جواز واگذاری ۵۵٪ سهام و سایر حقوق و امتیازات شرکت سهامی بیمه ایران به صندوق بازنشستگی کشوری و سازمان تأمین اجتماعی و

صندوق ذخیره فرهنگیان است، مغایر اصل ۴۴ قانون اساسی دانسته و ابطال نموده است.^۱

ب) دادنامه شماره ۱۸۲ مورخ ۱۳۸۲/۰۵/۰۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص اختصاص بانکداری به بخش دولتی: قضات دیوان عدالت اداری با این استدلال که به صراحت اصل ۴۴ قانون اساسی، در نظام اقتصادی امر بانکداری اختصاص به بخش دولتی یافته و احکام مقرر در مواد ۹، ۱۰ و ۱۱ فصل سوم قانون برنامه سوم توسعه منحصرأ مفید جواز انتقال سهام شرکت های دولتی می باشد و چون حکم عام و کلی مقرر در بند (ک) تبصره ۵ قانون بودجه سال ۱۳۸۱ کل کشور منحصر و ناسخ و نافی احکام خاص مقنن در باب اختصاص امر بانکداری به بخش دولتی و عدم جواز واگذاری سهام بانک های دولتی نمی باشد، تصمیم نمایندگان ویژه ریاست جمهوری که متضمن واگذاری مالکیت دولت نسبت به ۶۰٪ سهام و سایر حقوق و امتیازات بانک صادرات به صندوق بازنشستگی کشوری و سازمان تأمین اجتماعی بوده مغایر اصل ۴۴ قانون اساسی است و ابطال کردند.^۲

پ) دادنامه شماره ۱۶۵ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص غیرقانونی بودن سلب مالکیت اشخاص حقیقی: در این دادنامه قضات دیوان عدالت اداری با استناد به اصل ۲۲ قانون اساسی درخصوص مصون بودن حقوق اشخاص از تعرض، بخش نامه معاونت امنیت سیستم های ارتباطی وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات در حدی که فروش یا فعال کردن سیم کارت های قبلی فروخته شده به اشخاص حقیقی که دارای بیش از ۹ سیم کارت فعال می باشند به هر طریق و تحت هر عنوان ممنوع اعلام شده است، از این جهت که فعال سازی سیم کارت که از حقوق دارندگان سیم کارت بوده است سلب می کند را مغایر حکم قانونی صدرالذکر دانسته و آن را ابطال نموده است.^۳

ت) دادنامه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص احترام به حق مالکیت خصوصی: در ضوابط طرح تفصیلی شهر تبریز، حکم به عقب نشینی از ملک به طور رایگان جهت بهره برداری عمومی پیش بینی گردیده بود، این مصوبه از سوی فقهای شورای نگهبان خلاف موازین شرع دانسته شد و در نهایت در دیوان عدالت اداری در راستای حمایت از حق

۱. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه کنید به: مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶-۱۳۶۱): ۳۸۶-۳۸۴.

۲. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه کنید به: مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶-۱۳۶۱): ۳۸۸-۳۸۶.

۳. برای مشاهده متن کامل رأی نک: مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۴: ۹۰-۸۳.

مالکیت خصوصی ابطال گردید.^۱

دو رأی ابتدایی اشاره شده پیش از وضع قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی صادر شده‌اند، لذا نگاه اقتصاد دولتی بر آن‌ها حاکم بوده است. احترام به مالکیت خصوصی در آراء بعدی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به‌طور واضحی تبلور یافته است. به‌گونه‌ای که حتی زمانی که سلب حق مالکیت خصوصی ضرورت داشته است، بر اساس رأی هیئت عمومی (دادنامه شماره ۷۲۲)، این سلب مالکیت به‌صورت رایگان نباید انجام پذیرد.

۲. اصل آزادی تجارت و صنعت

محتوای اصل آزادی تجارت و صنعت بسیار وسیع است به ترتیبی که هر کدام از اصول آزاد - بنیاد در حقوق عمومی اقتصادی، مستقیماً مربوط به اصل آزادی تجارت و صنعت می‌شوند (مؤذنی، ۱۳۹۸: ۲۱۰) که شامل آزادی انتخاب حرفه، آزادی معاملات، آزادی قیمت‌گذاری کالا و خدمات، مدیریت آزاد بنگاه تجاری و غیره می‌باشد. اگرچه این موارد و آزادی‌های گفته شده مطلق نیستند و بر اساس نوع نظام اقتصادی، محدودیت‌ها یا چهارچوب‌هایی برای آن‌ها تعریف شده است.

اصل ۲۸ قانون اساسی، به‌گونه‌ای به این اصل اشاره دارد و اظهار می‌دارد: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.» ابتدای این اصل به آزادی انتخاب اشاره دارد اما بلافاصله این آزادی با سه قید ۱. عدم مخالفت با اسلام، ۲. عدم مخالفت با مصالح عمومی و ۳. عدم مخالفت با حقوق دیگران محدود و مشروط گردیده است.

نگاهی به مشروح مذاکرات قانون اساسی در زمان تصویب این اصل نشان می‌دهد درخصوص قیدهای محدودکننده این آزادی مباحثی وجود داشت و همچنین به عقیده برخی جمله ابتدایی اصل «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است ... برگزیند ...» با جمله دوم آن «دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون ... شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.» تعارض دارد؛ چراکه در ابتدا حق شغل را در صورت تمایل برای افراد آزاد گذاشته و در انتها دولت را موظف کرده که با رعایت نیاز جامعه آن را تأمین کند که این دو با هم تناقض دارند (مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۷۳۲). همچنین به‌زعم برخی از افراد در بعضی از موارد نیازهای اجتماعی جزء واجبات کفایه است که حاکم می‌تواند اجبار کند؛ بنابراین در همه‌جا نمی‌توان رعایت میل افراد

۱. برای مشاهده متن کامل رأی نک: مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۵: ۶۳۱-۶۲۷.

را نمود (مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۷۳۴).

همچنین درخصوص توضیح اصطلاحات «مخالف اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران» تنها به یک مثال اکتفا شده است^۱ و معیار و محکی برای این قید که با تفسیر موسع و حداکثری می‌تواند دایره این آزادی را بسیار محدود نماید، ارائه نشده است. از سوی دیگر درخصوص مباحث مربوط به قید رعایت «حقوق دیگران» که به عقیده برخی می‌تواند منجر به انحصار شود، پاسخی داده نشده است (مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۷۳۵).

موارد گفته شده در این قسمت تنها به بخشی از آزادی تجارت و صنعت اشاره دارد؛ درخصوص دیگر جنبه‌های این اصل مثلاً آزادی معاملات، آزادی قیمت‌گذاری، مدیریت بنگاه‌ها، دولت به موجب قوانین و مقررات مختلف محدودیت‌ها و چهارچوب‌هایی برای افراد ایجاد کرده است. قضات دیوان عدالت اداری، در رسیدگی به ابطال مصوبات و آیین‌نامه‌هایی که به گونه‌ای به حقوق عمومی اقتصادی مرتبط می‌شوند این اصل و قیود مربوط به آن را مدنظر قرار داده که از آن جمله دادنامه‌های ذیل قابل ملاحظه می‌باشند:

الف) دادنامه شماره ۸۵۷ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع محدود بودن آزادی انتخاب شغل به قید عدم مغایرت با شرع: در این دادنامه شاکی که از پیروان اقلیت مسیحی بوده است، درصدد تأسیس یک واحد پرورش خوک برآمده و قبل از اقدام به این امر با پیگیری‌های لازم و استعلام از مراجع مذهبی اسلامی، نظریه نماینده محترم ولی فقیه در وزارت جهاد کشاورزی را اخذ نموده و طی نامه شماره ۲۸۳۳۱ مورخ ۸/۹/۱۳۷۹ معظم له نظر فرمودند که «... در صورتی که جهت مصرف بین خودشان خرید و فروش شود بی اشکال است ...» پس از اعلام این نظریه، موافقت اصولی جهت تأسیس مرکز پرورش خوک برای شاکی صادر گردید و ایشان اقدام به تهیه محل و صرف هزینه‌های دیگر نمودند. اما پس از مدتی نماینده ولی فقیه نظریه قبلی خود را دایر بر بلامانع بودن پرورش خوک توسط اقلیت‌های مذهبی جهت مصرف شخصی و خرید و فروش بین خودشان تغییر داده‌اند و نامه شماره ۳۲۰۳۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۰ کمیسیون مرکزی صدور پروانه در این خصوص صادر شده است که در آن قید شده بر اساس نظریه جدید نماینده ولی فقیه در وزارت جهاد کشاورزی، صدور مجوز پروانه خوک جهت متقاضیان اقلیت دینی به دلایل مختلف به صلاح کشور نمی‌باشد و از صدور هرگونه مجوز خودداری شود. در پی شکایت شاکی از این نامه در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و استعلام نظر فقهای شورای نگهبان، ممنوعیت صدور

۱. برای مشاهده متن مثال مراجعه کنید به پاسخ نائب رئیس مجلس، مشروح مذاکرات قانون اساسی، جلد اول: ۷۳۴.

مجوز مغایر شرع تشخیص داده نشد.^۱

ب) دادنامه شماره ۱۲۱ مورخ ۱۳۶۹/۰۴/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر آزادی انتخاب شغل: در این دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مصوبه کمیته نظارت بر امور صنفی شهرستان مبنی بر ابطال جواز کسب بانوانی که همسر آنها شاغل هستند با استناد به قانون نظام صنفی و اصول ۳، ۲۲ و ۲۸ قانون اساسی در راستای حمایت از حق آزادی انتخاب شغل ابطال نموده است.^۲

عدم موافقت با تأسیس واحد پرورش خوک و محدود کردن آزادی افراد در انتخاب شغل به دلیل مخالفت با شرع و مصالح عمومی کشور در دادنامه شماره ۸۵۷ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۳ توسط دیوان عدالت اداری مورد تأیید قرار گرفته است این در حالی است که این نهاد قضایی، ممنوعیت صدور مجوز کسب برای بانوان را به بهانه شاغل بودن همسر آنان، مورد پذیرش قرار نداده است.

۳. اصل برابری

برابری از فراخنای گستره‌های فلسفی و سیاسی به قلمرو حقوق گام نهاده است. در حوزه حقوق عمومی، که اعمال برابری در آن جلوه‌ای ویژه می‌یابد، تلاش بر آن بوده تا برابری از مفهومی مجرد به مفهومی عینی و دارای بار حقوقی تبدیل شود (ویژه، ۱۳۸۳: ۲۵۲). برابری یکی از مبانی حقوق عمومی به شمار می‌رود و در تعریف وجود انسانی نقش اساسی ایفا می‌کند (ویژه، ۱۳۸۳: ۲۲۸). در قبال اعمال عمومی اقتصادی، اصل برابری بیشتر محل مناقشه است. بنیان حقوق عمومی اقتصادی در مداخلاتی است که معمولاً همراه با ایجاد شرایط متفاوت به منظور تحقق نتایج خاص و مفروض است. چنین راهکارهایی حداقل در سطوح اولیه دقیقاً به معنای نقض اصل برابری است. اگرچه این برداشت از آزادی امروزه چندان صحیح نیست؛ چراکه اگر در سده‌های پیش تا اوایل قرن ۲۰ فقط به جنبه‌های سیاسی و مدنی اصل برابری توجه می‌شد، امروزه برابری اجتماعی و اقتصادی که به برابری دسترسی به مشاغل و فرصت‌ها تعبیر می‌شود، اساسی‌ترین وجه اصل برابری است (مؤذنی، ۱۳۹۸: ۲۳۴).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آزادی به‌عنوان یک مبنای مهم در مقدمه و در اصول مختلف تبلور یافته است. در مقدمه قانون اساسی، در موارد متعدد به نفی انحصار، استبداد و استثمار

۱. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه نمایید به سایت دیوان به آدرس:

<https://divan-edalat.ir/aho-detail/3637>

۲. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه کنید به: مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶-۱۳۶۱): ۹۲.

اشاره شده است. به طور طبیعی طرد انحصار به برابری تمامی شهروندان در بهره‌گیری از امکانات می‌انجامد. بند ۹ اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اشعار می‌دارد: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ... ۹. رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی». از طرف دیگر بند ۱۴ همین اصل، به تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد و تساوی عموم در برابر قانون اشاره دارد. اصل بیستم نیز بیان می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.»

برخی این اصول و عبارات اصل برابری را به صورت کلی و برخی دیگر به طور خاص در حوزه اقتصادی مورد تأکید قرار داده‌اند؛ قضات دیوان عدالت اداری با استناد به اصل برابری و روی دیگر آن یعنی منع تبعیض، اقدام به ابطال آیین‌نامه‌ها و مصوباتی نموده‌اند که برای نمونه می‌توان به دادنامه‌های زیر اشاره نمود:

الف) دادنامه شماره ۳۶۸ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع لزوم انتشار آگهی یا برگزاری مزایده برای واگذاری معدن به بخش خصوصی: به صراحت ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی، کلیه معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش باید از طریق مناقصه یا مزایده و با رعایت تشریفات و شرایط قانونی مربوط انجام شود. این حکم قانونی علاوه بر اینکه موجب شفافیت می‌گردد فرصتی را فراهم می‌نماید تا بخش خصوصی در شرایط یکسان در جریان روند معاملات قرار گیرد و به صورت برابر از طریق راه‌های پیش‌بینی شده بتواند در مناقصه یا مزایده شرکت کند. در این دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مصوبه شورای اقتصاد مبنی بر واگذاری معدن سرب و روی انگوران به بخش خصوصی بدون انتشار آگهی یا برگزاری مزایده را مغایر ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی دانسته و ابطال نموده است.^۱

ب) دادنامه شماره ۲۶۷ و ۲۶۸ مورخ ۱۳۷۸/۰۶/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ممنوعیت ایجاد هرگونه امتیاز یا اولویت برای اشخاص در معاملات دولتی: در این دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با این استدلال که وضع قواعد مربوط به کیفیت انجام معاملات دولتی و جواز تخصیص هرگونه امتیاز یا اولویت برای اشخاص در این زمینه با قانون‌گذار است و قانون‌گذار در

۱. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه کنید به: مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶-۱۳۶۱): ۳۶۱.

بخش سوم از فصل دوم قانون محاسبات عمومی ضوابط و شرایط نحوه انجام معاملات دولتی را تعیین و مشخص کرده است؛ لذا بخشنامه‌های مصوب وزارت جهاد سازندگی که متضمن تخصیص اولویت و تسهیلات ویژه درخصوص واگذاری اجرای طرح‌های عمرانی و خدماتی به جهاد تعاون استان‌ها می‌باشد، مغایر ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی تشخیص داده و ابطال نموده است.^۱

در دو دادنامه پیش‌گفته و موارد مشابه دیگر، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به علت عدم رعایت اصل برابری و عدم رعایت تشریفات قانونی که موجبات ایجاد تبعیض را در معاملات دولتی فراهم می‌نمودند، اقدام به ابطال مصوبات دولتی نموده است.

۴. اصل رقابت

رقابت مبنای عملکرد نظام بازار است و به حالتی اطلاق می‌شود که در آن تعداد زیادی خریدار و فروشنده مستقل برای به دست آوردن و یا فروختن کالاهای مشابه تلاش می‌کنند (دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۳۸۴: ۲۸). از نظر تئوری اقتصاد، رقابت خود هدف نبوده بلکه سازوکاری به‌منظور سازمان دادن به فعالیت‌های اقتصادی برای نیل به اهداف خاص است (صالحی، ۱۳۷۷: ۱۸۸). البته اعتقاد بر این است که رشد و رفاه صرفاً در گرو تحقق بازار رقابت کامل است. در این بازار عرضه‌کنندگان و تقاضاکنندگان اجزاء کوچکی از بازار هستند که اراده انفرادی آن‌ها تأثیری در قیمت بازار ندارد. در چنین حالتی انبوه عرضه‌کنندگان در مقابل انبوه تقاضاکنندگان قرار می‌گیرند و عرضه و تقاضا به شکل سیال به وجود می‌آید و در صورت تحقق آن تخصیص بهینه منابع صورت پذیرفته و نیازی به مداخله دولت در اقتصاد نمی‌باشد (وکیلی مقدم، ۱۳۸۹: ۲۳).

رقابت موجب می‌شود تا فعالان عرصه تولید و توزیع کالاها و خدمات پیوسته به فکر حفظ بقای خود در بازار بوده و برای ارتقای خود در بازار و پیشی گرفتن از رقبا یا حداقل عقب نماندن از قافله آنان طراحی و برنامه‌ریزی کنند. منطق اقتصادی حکم می‌کند که بقا و افزایش سهم بازار محقق نخواهد شد مگر آنکه با حداقل منابع به کمترین هزینه بیشترین تولید ممکن را داشته باشند (کارآیی تولیدی). همچنین در مقایسه با رقبا کمترین قیمت ممکن را تعیین نموده و برای جلوگیری از هدر رفتن منابع دقیقاً به میزانی که تقاضا در بازار وجود دارد تولید کنند (کارآیی تخصیصی). افزون بر این همواره برای جلب نظر مشتریان بیشتر در اندیشه تولید محصولات جدید و برتر بوده و در این راه دست به ابداع و ابتکار زنند این چنین رقابتی برای مصرف‌کنندگان سراسر سود است چراکه در میان

۱. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه کنید به: مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶-۱۳۶۱): ۳۶۰.

محصولات از یک نوع که توسط تولیدکنندگان مختلف به بازار عرضه شده‌اند حق انتخاب داشته و قادرند تا با صرف کمترین هزینه بهترین محصول را برگزینند؛ بدین ترتیب رقابت رفاه تولیدکننده و همچنین رفاه مصرف‌کننده و در نتیجه رفاه کل را ارتقا می‌بخشد. از همین رو است که رقابت را خون جاری در رگ‌های اقتصادی کشور می‌دانند (صادقی مقدم و غفاری فارسانی، ۱۳۹۰: ۱۱۵).

قبل از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، هرچند در پاره‌ای از قوانین از واژه رقابت استفاده می‌شد اما هیچ‌گاه تبدیل به رویه اقتصادی و دارای ضمانت اجرای لازم نشد (منوری، ۱۳۸۴: ۲). جریان محدود اصل رقابت قبل از انقلاب با ملی سازی گسترده بخش‌های اقتصادی بعد از انقلاب و مواضع پیش‌بینی شده در اصول قانون اساسی، دولت عملاً اداره امور اقتصاد را به دست گرفت و این وضعیت با شروع جنگ تحمیلی تشدید شد. با پایان جنگ و آغاز سیاست‌های تعدیل اقتصادی، ناکارآمدی بخش دولتی اقتصاد آشکار شد. با اعمال سیاست آزادسازی قیمت‌ها بسیاری از اتحادیه‌های صنفی و تعاونی‌ها قدرت کنترل بازاری خود را از دست دادند ولی بخش خصوصی نیز توسعه پیدا نکرد، چون انحصارات دولتی همچنان پابرجا بود و در مواردی رقابت غیرمنصفانه در اقتصاد به چشم می‌خورد (دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۳۸۵: ۲۵). این روند تا برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی استمرار داشت. در این قانون و در فصل چهارم مقرر شده بود انحصارات قانونی اعطاشده ظرف یک سال لغو و دولت اقدامات لازم را برای جلوگیری از فعالیت‌های انحصارگرایانه انجام دهد. با وجود تأکیدات قانونی اما تا پایان برنامه چهارم به علت مغایرت‌هایی که شورای نگهبان بر قوانین موضوعه برای انحصارزدایی اعلام کرده بود فضا برای ورود بخش خصوصی در بیشتر بخش‌های اقتصادی فراهم نگردید؛ تا اینکه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی بر کوچک شدن دولت و تقویت بخش خصوصی و خروج دولت از فعالیت‌های اقتصادی غیرضروری تأکید کرد. با تصویب این قانون برای اولین بار قواعد حقوق رقابت در ایران شناسایی شد. فصل نهم قانون مذکور درخصوص تسهیل رقابت و منع انحصار مواردی را پیش‌بینی کرده است. در بند ۱۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، رقابت چنین تعریف شده است: «وضعیتی در بازار که در آن تعدادی تولیدکننده، خریدار و فروشنده مستقل برای تولید، خرید و یا فروش کالا یا خدمت فعالیت می‌کنند، به طوری که هیچ‌یک از تولیدکنندگان، خریداران و فروشندگان قدرت تعیین قیمت را در بازار نداشته باشند یا برای ورود بنگاه‌ها به بازار یا خروج از آن محدودیتی وجود نداشته باشد.» بررسی رویه دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد استناد به اصل رقابت در ابطال برخی از مصوبات مرتبط مورد استفاده قرار گرفته است که ذیلاً به برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد:

الف) دادنامه شماره ۹۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع

ابطال مصوبه شورای رقابت که در آن دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی به عنوان کالای انحصاری تصویب شده است: به موجب تبصره ۱ بند د ماده ۱۰۱ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۹ دولت مکلف شده است ضوابط تعیین کالاهای اساسی، انحصاری و خدمات عمومی و نیز فهرست و ضوابط تعیین قیمت این کالاها و خدمات را ظرف سه ماه پس از تصویب این قانون با پیشنهاد کارگروهی متشکل از نمایندگان وزارت بازرگانی معاونت و وزارتخانه‌های ذی ربط به تصویب شورای اقتصاد برساند. شورای اقتصاد نیز در اجرای تکلیف قانونی مزبور دستورالعمل شماره ۱۶۹۶۵/۴۸۰۰-۳/۲/۱۳۹۱ را تهیه و در ماده ۶ آن کالاهای انحصاری مشمول قیمت گذاری را انواع خودروی سواری، دخانیات، انواع سوخت، آب، برق، گاز طبیعی، خدمات جمع آوری و دفع فاضلاب، خدمات پستی، خدمات تلفن تعیین کرده است. از طرفی مطابق تعریف انحصار موضوع بند ۱۲ ماده ۱ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، محصولات پتروشیمی واجد شرایط تعریف مذکور نمی‌باشد. نظر به مراتب مذکور و اینکه محصولات پتروشیمی دارای بازار انحصاری نیست، بنابراین مصوبه دویست و شصت و سومین جلسه مورخ ۲۹/۶/۱۳۹۵ شورای رقابت که در آن دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی به عنوان کالای انحصاری تصویب شده، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات مذکور در بندهای ۳ و ۵ ماده ۵۸ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است و به استناد بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، دستورالعمل یاد شده ابطال می‌شود.

ب) دادنامه شماره ۸۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع غیرقانونی ایجاد محدودیت برای ورود بنگاه‌های اقتصادی به بهانه اشباع بودن بازار: مطابق تبصره ۲ ماده ۷ اصلاح قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۳/۰۴/۰۱ مقرر شده است که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرح در پایگاه اطلاع رسانی مجوزهای کسب و کار دریافت و بررسی کنند و صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند. نظر به اینکه در بخشنامه شماره ۱۳۰/۲۱۷۱۳۰-۶۰/۲۰-۱۳۹۳/۱۰ معاون توسعه بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت از صدور مجوز برای نانوایی‌های جدید

خودداری شده است، این بخشنامه مغایر صریح حکم قانونی فوق‌الذکر است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود. (پ) دادنامه شماره ۲۰۴۷ و ۲۰۴۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال تبصره ۱ ماده ۲ و ماده ۱۵ آیین‌نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۵ و ماده ۶ و تبصره ۴ بند ۴ ماده ۴ ضوابط تأسیس و اداره داروخانه‌ها مصوب ۱۳۹۴/۴/۳۱ به دلیل داشتن رویه‌های ضدرقابتی: موکول نمودن تأسیس داروخانه به نیاز منطقه و رعایت فاصله داروخانه‌ها از یکدیگر و محل مدنظر مرجع صدور مجوز و تحمیل این شرایط با رویه‌های ضدرقابتی مورد نظر مقنن منافات دارد و از طرفی استناد به اشباع بودن بازار برای عدم صدور مجوز کسب‌وکار توجیه قانونی ندارد، بنابراین مقررات یاد شده مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

(ت) دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۰۵۲ مورخ ۱۳۹۸/۶/۰۵ با موضوع ابطال جدول الف ماده چهارم شاخص جمعیت آیین‌نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها: از آنجا که عموم و اطلاق تعریف مندرج در ماده ۱ قانون اصلاح مواد ۱، ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۹۳ لفظ «مجوز کسب‌وکار»، شامل پروانه‌های تأسیس داروخانه‌ها می‌شود، از طرفی طبق تبصره ۲ ذیل ماده ۷ قانون اخیرالذکر صادرکنندگان مجوز کسب‌وکار اجازه ندارد به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب‌وکار امتناع کنند، بنابراین جدول (الف) ماده ۴ آیین‌نامه مورد اعتراض به لحاظ تحمیل شرایطی مغایر با رویه‌های ضدرقابتی مورد نظر مقنن، خلاف قانون است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

در تمامی موارد یادشده، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، با استناد به رویه‌های رقابتی و و جلوگیری از ایجاد انحصار، مقررات دولتی را ابطال نموده است.

۵. اصل تناسب

اصل تناسب ناظر بر ارتباط میان اهداف عمل عمومی و ابزار مورد استفاده برای دستیابی به آن اهداف است. در واقع، اصل تناسب در موجزترین و قابل فهم‌ترین برداشت، مستلزم آن است که عمل یا اقدام اتخاذی با اهداف مورد نظر سازوار باشد (مرادی برلیان و زارعی، ۱۳۹۳: ۱۴۹). اصل تناسب به دنبال ایجاد رابطه منطقی میان تصمیم متخذه و اهدافی است که قوای عمومی بر اساس آن تصمیم می‌گیرند، لذا باید رابطه معقولی بین نتایج حاصله و ابزار مورد استفاده و تصمیم اتخاذی وجود داشته باشد (مؤذنی، ۱۳۹۸: ۲۹۰). بنابراین در صورتی که عمل متخذه با اهداف مدنظر هماهنگی نداشته

باشد یا برای رسیدن به هدف مورد نظر راه‌های دیگری نیز وجود داشته باشد می‌توان گفت اصل تناسب رعایت نشده است. اصل تناسب در حقوق آلمان شکل گرفته و توسعه یافته است بدین ترتیب که ریشه آن به «دولت قانونی» در امپراتوری پروس باز می‌گردد. مفهوم دولت قانونی به حکومت اجازه می‌دهد حق‌های افراد را محدود کند اما تنها زمانی که چنین اختیاری آشکارا توسط قانون مجاز شمرده شود. این در حالی است که اعمال چنین اختیاری منوط به رعایت اصل تناسب است یعنی حکومت اجازه انجام اقداماتی را دارد که برای دستیابی به اهداف مشروع ضروری باشند.

کاربرد اصل تناسب در حقوق جزا در قالب اصل تناسب جرم و مجازات سابقه طولانی دارد، همچنین در حقوق اداری اصل تناسب به‌عنوان یکی از اصول نوین این گرایش حقوقی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در حقوق عمومی اقتصادی نیز اصل تناسب قابل استفاده است؛ چراکه موضوع حقوق عمومی اقتصادی تصمیمات و اقداماتی است که در چهارچوب هنجاری خاص جهت تحقق اهداف سیاسی و اقتصادی قوای عمومی است؛ لذا ارتباط مستقیمی بین این اصل تناسب و کنترل اعمال عمومی اقتصادی برقرار است (مؤذنی، ۱۳۹۸: ۲۹۱). در تنظیم‌گری اقتصادی دولت باید حتماً اصل تناسب را مدنظر قرار دهد؛ بدین معنی که اولاً، میان حق‌های خصوصی شهروندان و منفعت عمومی تناسب معقولی برقرار گردد و ثانیاً، ابزار اتخاذی (مقررات وضع شده) متناسب با هدفی باشند که دولت از وضع آن‌ها انتظار دارد. اگرچه این اصل در بحث رسیدگی به تخلفات انضباطی و اداری در رویه دیوان عدالت اداری تا حدود بسیاری جا افتاده است اما در حوزه اقتصادی، قضات دیوان به‌طور صریح با استناد به این اصل هیچ مصوبه‌ای را ابطال نکرده‌اند، حال آراء زیر از جمله مواردی هستند که به‌طور مفهومی به این اصل اشاره دارد:

الف) دادنامه شماره ۱۱۴ مورخ ۱۳۸۰/۰۴/۱۰ با موضوع ابطال دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده قاچاق کالا و ارز: یکی از حوزه‌های مورد دخالت دولت در عرصه اقتصادی، قاچاق کالا و ارز می‌باشد. در این زمینه قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی در جهت مبارزه با قاچاق کالا و ارز مبین ضرورت تسریع در رسیدگی و تعیین تکلیف قطعی کالا و ارز قاچاق و مرتکبین جرایم مذکور در مدت معین است و مستنبط از مواد مختلف این قانون مبنی بر عدم شمول تشریفات آیین دادرسی و مرحله تجدیدنظر، این است که مراجع قضایی ذیصلاح مکلفند فارغ از قواعد مربوط به تشریفات دادرسی و مرحله تجدیدنظر ظرف یک ماه از وصول شکایت به موضوع رسیدگی و اقدام به تعیین تکلیف نمایند. لذا هدف از این قانون رسیدگی سریع به قاچاق کالا و ارز می‌باشد لذا هیئت عمومی دیوان عدالت اداری دستورالعمل مذکور را به دلیل اینکه احکام صادره را از لحاظ قطعیت و عدم قطعیت و قابلیت یا عدم قابلیت تجدیدنظر و مرجع تجدیدنظر مانند سایر احکام جزایی دانسته ابطال

کرده است چراکه با هدف تسریع در رسیدگی قانون تناسب ندارد.^۱

ب) یکی دیگر از حوزه‌هایی که دولت در اقتصاد مداخله می‌کند و از موضوعات مهم حقوق عمومی اقتصادی می‌باشد بحث مالیات می‌باشد. در ماده ۱۳۲ قانون‌گذار با شرایطی درآمد برخی از فعالیت‌های تولیدی و معدنی را از مالیات معاف کرده است. هدف قانون‌گذار از وضع این ماده کمک به فعالیت‌های تولیدی و معدنی به‌ویژه در مناطق کمتر توسعه‌یافته بوده است؛ لذا هیئت عمومی دیوان عدالت اداری آن دسته از مصوباتی را که با هدف این ماده قانونی تناسب نداشته‌اند مانند مصوبه هیئت وزیران که در آن برخورداری واحدهای صنعتی و معدنی از معافیت مالیاتی را مقید به بهره‌برداری تا تیر ۱۳۸۱ نموده است (موضوع دادنامه شماره ۹۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری)، بخشنامه سازمان امور مالیاتی که در آن بهره‌مندی واحدهای صنعتی و معدنی از معافیت مالیاتی موکول به صدور گواهی از سوی معاون عملیاتی شده است (موضوع دادنامه شماره ۶۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری) و همچنین اعمال محدودیت در رابطه با برخورداری تعدادی از واحدهای صنعتی و معدنی در مناطق کمتر توسعه‌یافته از معافیت مالیاتی (موضوع دادنامه شماره ۱۲۸۷ و ۱۲۸۸ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری) را ابطال نموده است. اگرچه در هیچ یک از دادنامه‌ها و دادنامه‌های مشابه صحبتی از اصل تناسب به میان نیامده است اما در واقع این ابطال به علت عدم تناسب و هماهنگ نبودن مفاد مصوبات با هدف مدنظر قانون‌گذار می‌باشد.

نتیجه

حقوق عمومی اقتصادی عرصه نظارت و مداخله دولت است و دولت برای انجام این رسالت از ابزار مقررگذاری استفاده می‌کند. همین امر سبب گردیده است مداخلات دولت در این حوزه موضوع نظارت قضایی قرار گیرند. بررسی رویه دیوان عدالت اداری به‌عنوان نهاد ناظر قضایی، شکل‌گیری پاره‌ای از اصول و قواعد کلی را در خلال رسیدگی به دعوی این حوزه نشان می‌دهد که از جمله آن‌ها می‌توان به اصل حمایت از مالکیت خصوصی، اصل آزادی تجارت و صنعت، اصل برابری، اصل تناسب و اصل رقابت اشاره نمود.

بر اساس یافته‌های این پژوهش، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در استناد به اصل حمایت از مالکیت خصوصی در طی سالیان، رویه‌ای دوگانه داشته است؛ این دوگانگی از لحاظ زمانی به دوره

۱. برای مشاهده متن کامل رأی مراجعه کنید به: مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶-۱۳۶۱): ۲۲۹ و ۲۳۰.

قبل و بعد از تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تقسیم می‌شود. قبل از تصویب این قانون، دولت به‌عنوان مالک بزرگ شناسایی می‌شده است اما پس از تصویب قانون پیش‌گفته این رویه تغییر یافته است. استناد به اصل آزادی تجارت و صنعت در قالب حق آزادی انتخاب شغل با رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی شده در قانون اساسی در ابطال مصوبات دولتی توسط نهاد قضایی دیوان عدالت اداری تبلور یافته است. اصل رقابت به‌عنوان یکی از اصول شناخته‌شده حقوق عمومی اقتصادی مستند ابطال مصوبات بسیار زیادی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار گرفته است. استناد به اصل تناسب به‌عنوان یکی از اصول نوین مورد استفاده در حقوق عمومی اقتصادی به‌طور صریح در رویه این نهاد وجود ندارد اما به‌طور ضمنی از برخی از آرای هیئت عمومی قابل استنباط است. ضعف یادشده مستلزم آشنایی هر چه بیشتر قضات این نهاد قضایی با اصول نوین این حوزه از حقوق عمومی و استناد به آن‌ها در هنگام ارزیابی مقررات دولتی است.

منابع

فارسی

- آگاه، وحید (۱۳۹۱)، حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری (۱۳۸۸ - ۱۳۶۱)، تهران: انتشارات جنگل.
- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی.
- ایمانی، عباس، قطمیری، امیررضا (۱۳۸۸)، قانون اساسی در نظام حقوقی ایران: پیشینه‌ها، آموزه‌ها، قوانین، تهران: نشر نوین.
- بولانژه، ژان (۱۳۷۶)، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، مترجم علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶.
- پتفت، آرین، مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۷)، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- دفتر مطالعات اقتصادی معاونت برنامه‌ریزی و بررسی‌های اقتصادی وزارت بازرگانی (۱۳۸۴)، لایحه قانون رقابت: مبانی و تجربه کشورها، چاپ اول، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- زارعی، محمدحسین، مؤذنی، روح‌الله (۱۳۹۱)، «مفهوم حقوق عمومی اقتصادی در رویکرد فرانسوی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۱۱۰.
- زارعی، محمدحسین و مهدی مرادی برلیان (۱۳۹۳)، «مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاهی ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۷، شماره ۵۵۶.
- سودمندی، عبدالمجید (۱۳۹۸)، «تحلیل مصادیق مستدل و مستندنبودن آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و پیامدهای حقوقی آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۳.
- صادقی مقدم، محمدصادق و بهنام غفاری فارسانی (۱۳۹۰)، «روح رقابت (مطالعه تطبیقی در اهداف حقوق رقابت)»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۵، شماره ۷۳.
- صالحی، حسین (۱۳۹۰)، «رقابت، انحصار و تمرکز در صنایع ایران: تحلیل‌ها و پیشنهادها»، مجله برنامه و بودجه، شماره ۳۴ و ۳۵.
- عطریان، فرامرز (۱۳۹۶)، «اصل امنیت حقوقی و مداخله دولت در عرصه اقتصاد»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۷، شماره ۲.
- کریمی پتانلار، سعید (۱۳۸۳)، «خصوصی سازی، اندازه دولت و اشتغال در جمهوری اسلامی ایران»، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، سال چهارم، شماره ۱۳.
- گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۸۹)، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
- مؤذنی، روح‌الله (۱۳۹۸)، حقوق عمومی اقتصادی (مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه)، تهران: انتشارات مجد.
- معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۶)، مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۴، تهران: انتشارات جنگل.
- معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۷)، مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان

عدالت اداری سال ۱۳۹۵، تهران: انتشارات جنگل.

- معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۸)، مجموعه موضوعی آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه اقتصادی، مالی، اراضی و صنایع (۱۳۹۶ - ۱۳۶۱)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۳۸۹)، *توافقات ضد رقابت تجاری*، تهران: انتشارات کتاب همگان.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۳)، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۲.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۹)، «مراجع صیانت از قانون اساسی و حمایت از مالکیت: نگرشی تطبیقی بر عملکرد مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه»، *مجله حقوق سیاست*، شماره ۲۹.
- هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۵)، *اصول حقوق اداری در پرتو آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.

غیرفارسی

- Arancibia, Jaime (2011), *judicial review of commercial regulation*, oxford university press.
- Benezit, Valentin, Pocreau, Francois, Guissou, Floriane (2015), *Actualite du Droit public economique*, Association du Master de droit public des Affaires de la Sorbonne.
- Parker, D, economic regulation (2003): "a review of issues", *annals of public and cooperative economics*, vol 73, issue 4
- Stigler, George (1971), "the theory of economic regulation", *the bell journal of economics and management*, vol 2, no 1
- Talapina, Elvira (2011), *Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe*, Université de la Réunion, Organisme de soutenance, École doctorale Lettres et sciences humaines, Droit économie gestion, Sciences politiques (Saint-Denis, La Réunion), Ecole doctorale associée à la these
- Mescheriakoff, Alain- Serge (1996), *Droit Public Economique*, press universitaires de France.
- Morgan, Bronwen, Yeung, Karen (2007), *an introduction to law and regulation*, cambridge university press
- Zhou, Han - Ru (2019), "legal principles, constitutional principles, and judicial review", *the American journal of comparative law*, vol 67.

تعزیرات منصوص شرعی در سایه حکم حکومتی

علی رضائزاد*، محمد محسنی دهکلانی**

چکیده

یکی از مقولاتی که با نظر شورای نگهبان وارد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شده است، بحث تعزیرات منصوص شرعی است. تعزیرات منصوص شرعی به واسطه عدم تبیین ماهیت و احصای مصادیق آن توسط قانونگذار با ابهامات و سؤالات زیادی همراه می‌باشد. یکی از سؤالات آن است که مجازات‌های تعیین شده در شرع برای تعزیرات منصوص شرعی، حکم شرعی هستند یا حکم حکومتی؟ به عبارت ساده‌تر آیا قاعده التعزیر بمایراه الحاکم که از مصادیق حکم حکومتی است، شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود یا خیر؟ لذا نوشتار حاضر با روشی تحلیلی توصیفی، سعی در پاسخ‌گویی به سؤال فوق دارد. از این‌رو، با نگاهی بر موازین فقهی برخلاف رویکرد قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، به نظر می‌رسد قاعده التعزیر بمایراه الحاکم شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود؛ لذا مجازات‌های مقدر شرعی از جنس حکم حکومتی هستند؛ زیرا عمومیت قاعده التعزیر، انطباق ویژگی‌های حکم حکومتی با قاعده التعزیر و اختلاف در تعبیر روایات و کلام فقها چنین اقتضایی دارد.

واژگان کلیدی: تعزیرات منصوص شرعی، حکم حکومتی، حکم شرعی، قانون مجازات اسلامی

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
(نویسنده مسئول)
alirezanezhad7030@yahoo.com

** دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
mmdehkalany@yahoo.com

مقدمه

در لایحه ابتدایی قانون مجازات اسلامی که در سال ۱۳۸۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، تعزیرات به طور کلی از آثار یکسانی برخوردار بود و فرقی میان گونه‌های مختلف آن نبود. اما پس از ارسال لایحه به شورای نگهبان جهت تطبیق آن با موازین شرعی و قانون اساسی کشور، یکی از مقولاتی که با ایراد شورا مواجه شد همین بحث اطلاق تعزیرات بود. ایراد شورا به این نکته بود که اطلاق تعزیرات در این لایحه، تعزیرات منصوص شرعی را نیز در بر می‌گرفت از این‌رو شمول بسیاری از مقررات قانونی همچون تخفیف مجازات، تعلیق اجرای آن، شمول عفو و... نسبت به تعزیرات منصوص شرعی خلاف موازین شرعی تشخیص داده و جهت رفع اشکال به مجلس عودت داده شد. لذا، کمیسیون قضایی مجلس با تصویب تبصره ۲ ماده ۱۱۵ در سال ۱۳۹۰ به نوعی درصدد تأمین نظر شورا برآمد (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۵۸). نهایتاً در سال ۱۳۹۲ با تصویب نهایی قانون، نهاد جدیدی به نام تعزیرات منصوص شرعی وارد قانون مجازات اسلامی شد که محل بحث و انتقادات زیادی از سوی حقوق‌دانان گردید؛ زیرا نهاد مزبور به دلیل عدم تعریف دقیق آن، عدم ذکر مصادیق ولو به طور تمثیلی و عدم وجود پیشینه تقنینی بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، کاملاً مبهم و پیچیده ماند؛ لذا از جهات مختلف جای تأمل و دقت نظر دارد.

از زمان تصویب این قانون تاکنون پژوهش‌هایی نیز در زمینه تعزیرات منصوص شرعی به رشته تحریر درآمده است که نویسندگان آن‌ها سعی کرده‌اند به برخی از اشکالات و سؤالات آن پاسخ بدهند. در یک مورد از این تحقیقات، نویسندگان با جست‌وجو در آرای فقها، به این نتیجه دست یافته‌اند که: رویکرد فقها در خصوص مصادیق تعزیرات منصوص شرعی را می‌توان در چهار دسته تقسیم‌بندی کرد: برخی از فقها مصادیق تعزیرات منصوص را در دو مورد، برخی در سه مورد و برخی در چهار و برخی همچون آیت‌الله مکارم شیرازی در پانزده مورد می‌دانند (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴) یا در پژوهشی دیگر، نویسندگان ضمن کنکاش در روایات، به بررسی مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در فقه امامیه پرداخته‌اند و اختلاف اقوال فقها در این خصوص را بازگو کرده‌اند (اکبری و هاشمی، ۱۳۹۵) و برخی نیز به همین ترتیب عمل نموده و نگاهی به فقه مقارن داشته‌اند (آهنگران و دیگران، ۱۳۹۵) یا در تحقیق دیگر، نویسندگان ضمن ارائه معیار برای شناخت تعزیرات منصوص شرعی، به تفکیک دقیق آن از حدود غیرمذکور در قانون مجازات (موضوع ماده ۲۲۰) پرداخته‌اند (رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲).

اما آنچه در این نوشتار با روشی تحلیلی توصیفی مورد بررسی قرار می‌گیرد پاسخ به این سؤال است: مجازات‌هایی که در روایات برای تعزیرات منصوص شرعی وضع شده است حکم شرعی

هستند یا حکم حکومتی؟ به عبارت ساده‌تر آیا قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود یا خیر؟ ثمره‌ی عملی بحث در این است که چنانچه مجازات‌های موجود در روایات، شرعی باشند یا به عبارت دیگر قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم شامل تعزیرات منصوص شرعی نشود، امکان هرگونه دخل و تصرف در آن همانند حدود وجود ندارد و حاکم فقط مأمور به اجرای حکم شرعی است. حال چنانچه مجازات‌های مقدر شده در روایات از باب حکم حکومتی باشند یا به تعبیر دیگر قاعده‌ی مذکور شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز شود، دست حاکم در آن‌ها باز است و امکان تغییر و تبدل یا عدم اعمال آن‌ها وجود دارد.

برای پاسخ به این سؤال اساسی ابتدا باید با قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم آشنایی اجمالی صورت بگیرد، سپس تعزیرات منصوص شرعی تبیین شود تا مشخص گردد منظور قانون‌گذار از آن چیست؟ و در نهایت نتیجه گرفت که آیا قاعده‌ی مزبور شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود یا خیر؟

۱. قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم

۱-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی تعزیر

از لحاظ لغوی، تعزیر به تعابیر مختلفی همچون النصرة (یاری کردن)، التعظیم (احترام کردن)، التادیب (ادب کردن)، ضرب مادون الحد (زدن کمتر از حد)، سرزنش کردن معنا شده است که در اصل همه این معانی به «منع و بازداشتن» باز می‌گردند. در وجه تسمیه آن نیز نوشته‌اند: تعزیر، تأدیب همراه با نصرت و یاری است که فرد گناهکار را پاک می‌گرداند و او را به کمال می‌رساند چراکه نوعی نصرت و یاری برای عدم بازگشت به گناه و معصیت سابق به حساب می‌آید (جزری، بی تا/۳: ۲۲۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۷۴۴؛ فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۵۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴/۵۶۲).^۱

در اصطلاح نیز تعزیر نقطه‌ی مقابل مجازات‌های حدی است و به معنای کیفر گناهان یا جرایمی می‌باشد که در شریعت حدی برای آن‌ها تعیین نشده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۸/۶۹؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۴۳۵؛ عاملی، بی تا/۱۴: ۳۲۵؛ حلبی، ۱۴۰۸: ۴/۱۳۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۷/۲) فی الواقع بارزترین تفاوت میان حد و تعزیر هم، در معین بودن و نامعین بودن موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای مجازات در شرع است که این مطلب به‌طور واضح در کلام فقها و مواد ۱۵ و ۱۸ قانون مجازات اسلامی نمایان است. علاوه بر این، در حدود الهی تعطیلی راه ندارد و مجازات حدی موضوع حکم باید اجرا گردد؛

۱. مرحوم راغب اصفهانی در این خصوص، به روایتی از پیامبر اکرم اشاره می‌کند که از این قرار است: «قال صلی الله علیه و سلم: انصر أخاک ظالماً أو مظلوماً، قال: أنصره مظلوماً، فكيف أنصره ظالماً؟ فقال: كفّه عن الظلم» لذا به خوبی در این روایت وجه تسمیه تعزیر قابل مشاهده است (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴).

حال آنکه در مجازات‌های تعزیری با توجه به شرایط جامعه، شخصیت متهم، علت و انگیزه ارتکاب جرم، مجازات تعیین می‌شود و در اجرای آن نیز امکان تخفیف، تعلیق و یا عفو وجود دارد.

۱-۲. مرجع تعیین تعزیرات

قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» اختیار تعیین تعزیرات را به حاکم سپرده است اما باید دید امروزه منظور از حاکم چه کسی است؟ سابقاً فقهای عضو شورای نگهبان منظور از حاکم را، قاضی دادگاه می‌دانستند. به همین دلیل در لایحه قانون تعزیرات که در سال ۱۳۶۲ به تصویب کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی رسید و اختیار تعیین تعزیرات را از قضات دادگاه‌ها سلب می‌کرد، طی نامه‌نگاری‌هایی که بین رئیس جمهور وقت و مرحوم امام (ره) و فقهای شورای نگهبان صورت گرفت، تعیین مقدار تعزیر در قانون از سوی شورای نگهبان مخالف با موازین شرعی تشخیص داده و در نامه‌ای مشتمل بر چهار صفحه و ۴۲ بند در تاریخ ۶۲/۱۰/۲۱ جهت رفع ایراد به مجلس عودت داده شد که در بند ۴۲ آن مجلس مکلف به اصلاح لایحه از این حیث گردید (مهرپور، ۱۳۶۸: ۳۸-۳۲).

البته این نظر در مقام عمل اشکالات زیادی داشت؛ زیرا تعداد قضات مجتهد در محاکم برای واگذاری تعیین تعزیر به آن‌ها بسیار کم بود و فقط بنا به ضروریات موجود قضات، مأذون بودند (کما اینکه در حال حاضر نیز چنین است) لذا واگذاری اختیار تعیین تعزیر به چنین قضاتی سبب عدم وحدت رویه قضایی و تفاوت محسوس در آراء صادره می‌گردید. از این رو، پس از اعلام نظر شورای نگهبان، اقدام عملی در راستای اصلاح لایحه تعزیرات صورت نگرفت و مشکل مرجع تعیین تعزیر برای مدتی لاینحل ماند. اما در سال ۱۳۶۴ کمیسیون قضایی مجلس طی نامه‌ای خطاب به حضرت امام اشکالات مزبور را خاطرنشان کرد و از ایشان راهنمایی خواست. معظم‌له نیز در پاسخ به این نامه حق تعیین حدود تعزیرات را از قضات مأذون سلب نمود (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱-۴۰).^۱

برخی دیگر معتقد بوده و هستند که اختیار تعیین تعزیرات به حکومت اسلامی و ولی امر اختصاص دارد نه قضات محاکم. زیرا آنچه در متون حدیثی و فقهی^۲ در بیان قاعده مورد بحث آمده است، عبارت «التعزیر الی الامام» یا «الی الوالی» و نظایر آن است و در هیچ‌یک از متون روایی معتبر، عبارت «الی الحاکم» آن هم به معنای قاضی محکمه نیامده است. این عبارت نشانگر آن است که به طور کلی اجرای

۱. حضرت امام (ره) در این نامه تعیین حدود تعزیرات را به صورت موقتی و اضطراری تا زمان رفع مشکل کمبود قضات مجتهد بر عهده هیأتی مرکب از آیت‌الله یزدی رئیس وقت کمیسیون قضایی مجلس، حجت الاسلام اردبیلی و دو نفر از فقهای شورای نگهبان به انتخاب اعضای آن شورا قرار داده بود.

۲. به عنوان نمونه (نک: بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۹۵؛ حلی، ۱۴۰۸: ۴/۱۳۶؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۷/۲۴۱؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۹/۳۷۵).

مجازات از مناصب و مسئولیت‌های ولایت مسلمین و رهبری به معنای مدیریت جامعه اسلامی است نه قضات محاکم (محقق داماد، ۴/۱۴۰۶: ۲۳۲؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۰۹: ۲۰۶).

اما در حال حاضر این وظیفه بر عهده حاکم و ولی مسلمین است. لیکن اعمال این وظیفه به موجب اصول مختلف قانون اساسی،^۱ به وسیله مجلس و با همکاری و نظارت شورای نگهبان انجام می‌گیرد. لذا تعیین تعزیرات برای یک رفتار بر عهده قوه مقننه می‌باشد و قضات محاکم که پیش‌تر هم گفته شد صرفاً مأذون هستند نه مجتهد، تنها می‌توانند در حدود قانون مصوب به جرایم رسیدگی نمایند و خودشان رأساً حق تعیین تعزیر ندارند (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷).

۳-۱. قلمرو قاعده

حال که مرجع تعیین تعزیرات مشخص گردید باید دید این مرجع (قوه مقننه) در چه جرایم یا گناہانی می‌تواند مجازات تعزیری تعیین کند؟ اکثر فقها معتقدند که ارتکاب هر کار حرام و اجتناب از هر کار واجبی تعزیر دارد (ابن ادریس، ۳/۱۴۱۰ و ۵۳۴ و ۵۳۵؛ حلی، ۵/۱۴۲۰: ۳۹۸؛ اصفهانی، ۱۰/۱۴۱۶: ۵۴۳؛ حلی، ۵/۱۴۰۷: ۷۶؛ حلی، ۱۴۰۳: ۴۱۶)، حتی برخی از فقها این نظر را به اکثریت نسبت داده‌اند و به نوعی ادعای اجماع کرده‌اند. برای مثال فقیه معاصر آیت‌الله مکارم در این خصوص می‌فرماید: «اکثریت متخصصان مسائل فقهی شیعی و همچنین اهل سنت، معتقدند که: ترک هر یک از واجبات الهی، و ارتکاب هر کدام از گناہان تعزیر دارد؛ مشروط بر اینکه حد شرعی نداشته باشد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۷).^۲

لذا این دسته از فقها در تعزیرات، قاعده دیگری با عنوان «التعزیر لکل محرم» را مطرح و دایره شمول تعزیرات را مطلق و بدون قید و بند ذکر کرده‌اند. اما بعضی از فقها در مقام اشکال به این نظر اذعان داشته‌اند: از روایاتی که برای ارتکاب هر امر حرام و اجتناب از هر امر واجبی تعزیر در نظر گرفته‌اند و به نوعی مستند قاعده التعزیر لکل محرم هستند، چیزی که دلالت بر این مطلب نماید، مستفاد نمی‌شود از این رو دلالت آن‌ها بر قاعده التعزیر لکل محرم ناتمام است (خوانساری، ۷/۱۴۰۵: ۹۸-۹۶؛ موسوی اردبیلی، ۱/۱۴۲۷: ۳۴). مضافاً اینکه از حیث کیفری نیز امکان وضع مجازات تعزیری برای کلیه محرمات شرعی وجود ندارد چراکه بسیاری از این محرمات همچون ترک روزه ماه رمضان، دروغ گفتن یا غیبت کردن و... مربوط به امور شخصی و حقوق‌الله هستند و

۱. نک: اصول ۳۶، ۵۷، ۵۸، ۹۱، ۹۳ و ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ با اصلاحات ۱۳۶۸

۲. فقیه معاصر دیگر، مرحوم آیت‌الله خویی (ره) نیز صراحتاً بر این مطلب ادعای شهرت می‌نماید (موسوی خویی، ۴۱/۱۴۲۲: ۴۰۷).

لطمه‌ای به اجتماع وارد نمی‌کنند. از این رو هیچ‌گاه قانون‌گذار به این صورت اقدام به جرم‌انگاری و وضع مجازات نمی‌کند، زیرا لازمه پذیرش این نظر، وضع کیفر برای تمامی گناهان است.

در مقابل، برخی از فقها همچون صاحب جواهر و مرحوم امام (ره) ثبوت تعزیر بر کلیه محرمات شرعی را به صورت مطلق نپذیرفته‌اند بلکه آن را مقید به کبیره بودن کرده‌اند و می‌فرمایند: «چنانچه کسی مرتکب کار حرامی یا ترک کار واجبی شود مشروط به اینکه از کبائر باشد امام و یا نائب امام می‌تواند وی را تعزیر نماید» (نجفی، ۴۱/۱۴۰۴: ۴۴۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۴۷۷). ادله صاحب جواهر بر این رویکرد آن است که اولاً در سیره عملی ائمه معصومین و کلام فقها دیده نشده است که ارتکاب گناهان صغیره تعزیر در پی داشته باشد و ثانیاً به استناد آیه ۳۱ سوره نسا که خداوند در آن می‌فرماید: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا» گناهان صغیره مورد بخشش قرار می‌گیرند و اعمال تعزیر نسبت به آن‌ها وجهی ندارد. اما فارغ از پاسخ‌هایی که بعضی از فقها به این ادله داده‌اند،^۱ این نظریه نیز نمی‌تواند در امر قانون‌گذاری راهگشا باشد زیرا کبیره بودن امری نسبی است و تعیین دقیق جرم یا گناه کبیره برای اعمال تعزیر نسبت به آن، در عمل ممکن نیست.

اما ایراد مشترکی که می‌توان به هر دو نظر وارد کرد این است که طبق هر دو نظر، تعزیر فقط در قبال ارتکاب محرمات شرعی در نظر گرفته شده است؛ حال آنکه در جامعه امروزی، رفتارهایی بروز پیدا می‌کنند که نص شرعی دال بر حرمت آن‌ها وجود ندارد ولی برخی ضروریات و ملاحظات مربوط به حفظ نظم و امنیت عمومی، برخورد با مرتکبین آن‌ها را اقتضا می‌نماید. بنابراین نمی‌توان تعزیر را صرفاً منحصر به ارتکاب محرمات شرعی، خواه به نحو مطلق و یا مقید به وصف کبیره بودن، دانست. به همین دلیل قانون‌گذار به درستی در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر را به صورت مطلق هم در قبال محرمات شرعی و هم در قبال نقض مقررات حکومتی قرار داده است.^۲

۱. آیت‌الله مکارم شیرازی به دلیل اول مرحوم صاحب جواهر چنین پاسخ می‌دهند: «تعزیر منحصر به ضرب نیست، بلکه مراتب مختلفی دارد که ضرب، یک مرحله آن است؛ اعراض، قهر، ترک رفت و آمد، توبیخ و سرزنش و مانند آن، مراحل دیگر آن محسوب می‌شود، و اجرای این مراحل در گناهان صغیره متصور است.» همچنین به دلیل دوم ایشان این‌طور پاسخ می‌دهند: «این دلیل کوتاه و اخص از مدعی است، و شامل تمام مصادیق آن نمی‌شود؛ زیرا آنان که هم آلوده به کبائر هستند، و هم مرتکب صغائر می‌شوند، مشمول آیه مذکور نیستند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۵۶).

۲. قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ بر مبنای استفتائی که در سال ۱۳۶۴ آیت‌الله موسوی اردبیلی رییس وقت دیوان عالی کشور از حضرت امام (ره) داشته‌اند (نک: موسوی خمینی، ۱۹/۱۳۸۹: ۴۷۲) دسته دیگری از مجازات‌ها را در کنار تعزیرات تحت عنوان مجازات‌های بازدارنده وضع کرد که این مجازات‌ها برای تخلف از مقررات و نظامات حکومتی و تعزیرات مخصوص ارتکاب محرمات شرعی بودند؛ اما قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی

حال با این تفاسیر اگر گفته شود حاکم (قانون‌گذار اسلامی) در جرایم مستوجب تعزیر، همان طوری که می‌تواند مرتکب را تعزیر نماید، این اختیار را دارد که نهادهای ارفاقی (مثل عفو، معافیت از کیفر، پذیرش توبه، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و...) را نسبت به مرتکب اعمال نماید، سخن گزافی نیست. زیرا به موجب قاعده‌التعزیر بمایراه الحاکم همان گونه که اختیار اجرای مجازات و تعیین نوع و میزان دقیق آن بر عهده حاکم گذاشته شده است، اختیار اعمال سیاست‌های ارفاقی مقرر در قانون نسبت به مرتکب نیز به وی سپرده شده است. بعضی از فقهای معاصر نیز قائل به حق عفو حاکم در تعزیرات به صورت مطلق هستند^۱ و در مقام تعلیل اذعان می‌دارند: «چون هدف از تعزیر تنبیه و منع مجرم از تکرار جرم است و هنگامی که امید آن برود مجرم مجدداً مرتکب آن نخواهد شد، دلیلی برای ادامه تعزیر وجود ندارد، و حاکم می‌تواند در صورت مشاهده آثار اصلاح او را عفو کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۲۹).

۲. ماهیت تعزیرات منصوص شرعی

گفته شد که در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با ایراد شورای نگهبان قانون اساسی نهاد تعزیرات منصوص شرعی به قانون راه پیدا کرد. با نگاهی به تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ملاحظه می‌شود که بسیاری از مقررات کیفری که عموماً مساعد به حال مرتکب هستند، همانند منع محاکمه و مجازات مضاعف در تعزیرات منصوص راه نیافته است. حبس ناشی از این تعزیرات قابل تبدیل به جزای نقدی نمی‌باشد. مضافاً اینکه تعزیرات منصوص شرعی مشمول تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، مرور زمان تعقیب، سقوط مجازات در اثر توبه، معافیت از کیفر در صورت رعایت شرایط در مدت تعویق صدور حکم و نهادهای دیگر مذکور در این تبصره نمی‌شوند. حال آنکه قانون‌گذار نه تعزیرات منصوص شرعی را تعریف کرده و نه اینکه متذکر مصادیق آن ولو به صورت تمثیلی شده است؛ بنابراین تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات مبهم مانده است و برای تبیین مفهوم آن باید به موازین فقهی رجوع کرد.

با نگاهی ساده به موجب، نوع و میزان جرایم مستوجب حد، مشخص می‌شود همه آن‌ها اولاً

۱۳۹۲ چنین رویه‌ای در پیش نگرفته و برای ارتکاب محرمات شرعی و نقض مقررات حکومتی تعزیر وضع کرده است.
 ۱. دسته‌ای از فقها معتقدند که حاکم فقط در حقوق‌الله حق عفو مرتکب را دارد و در حقوق‌الناس چنین حقی ندارد. (طباطبائی حائری، بی‌تا/۲: ۴۶۳) دسته‌ای دیگری قائل هستند اگر جرم مرتکب با اقرار ثابت شود حاکم حق عفو دارد ولی اگر با بینه ثابت شود چنین حقی برای حاکم وجود ندارد. (عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸/۴۰) اما حق مطلب این است که ادله آن‌ها مخدوش است و ثبوت حق عفو به طور مطلق برای حاکم صحیح است. (برای مشاهده ادله کامل طرفین نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۳۰-۱۲۳).

مقدر شرعی هستند و ثانیاً هم از جانب اقل و هم از جانب اکثر مضبوط و معین می‌باشند و این فرق اساسی و ریشه‌ای میان حد و تعزیر است (که در مفهوم تعزیر به آن اشاره‌ای هم شد) مثلاً شارع برای زنای محصنه حد رجم و برای زنای غیر محصنه ۱۰۰ ضربه شلاق در نظر گرفته است به طوری که هیچ زیادت و نقصانی در آن وجود ندارد؛ همین طور در سرقت، شرب خمر یا قذف و... لذا هر جرمی که کیفر آن در شرع، مقدر و از جانب اقل و اکثر مضبوط باشد جزء حدود قرار می‌گیرد؛^۱ حال اگر موجب، نوع و میزان آن مجازات در شرع مشخص نشده باشد از نوع تعزیر است. اما در کتب فقهی به تبع روایات وارده دسته‌ای از جرایم یا گناهان ذکر شده‌اند که شارع برای آن‌ها مجازات تعیین کرده است ولی فقها آن‌ها را در زمره تعزیرات قرار داده‌اند یا به تعبیری بهتر در ردیف حدود قرار نداده‌اند. مثل وطی بهائم، بدعت، سحر، اجتماع دو شخص زیر لحاف، مقاربت با همسر در روز ماه رمضان، ازاله بکارت با انگشت، بیع انسان آزاد و...

وجه اشتراک مجازات‌هایی که برای این جرایم ذکر شد آن است که همانند حدود الهی موجب، نوع و میزان کیفر آن‌ها در شرع مشخص و مقدر شده است؛ لیکن وجه افتراق آن‌ها با حدود در این نکته است که میزان کیفرشان همانند حدود مضبوط و معین نیست بلکه تعیین دقیق آن به حاکم سپرده شده است. به عنوان مثال برای مضاجعه تحت ازار واحد، شهیدثانی در مسالک و فاضل هندی در کشف اللثام سی تا نود و نه ضربه (عاملی، ۱۴/۱۴۱۳: ۳۲۶؛ اصفهانی، ۱۰/۱۴۱۶: ۴۹۹) ولی ابوصلاح حلبی و ابن زهره حلبی ده تا نود و نه ضربه شلاق را (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۷؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۴۳۵) در نظر گرفته‌اند؛ لذا اختیار اینکه مرتکب دقیقاً به چه میزان مجازات می‌شود با حاکم است. بنابراین منظور از تعزیرات منصوص شرعی آن جرایم یا گناهایی است که در شرع مقدس اسلام، نوع و میزان مجازات آن معین شده است ولی میزان آن مضبوط و معین نیست بلکه محدود به حداقل و حداکثر است و تعیین دقیق آن بر اساس تناسب میان جرم و مجازات بر عهده حاکم (قانون‌گذار

۱. در روایت صحیح‌های از حضرت امیرالمومنین علی (ع) در خصوص حکم کسی سوال شد که علیه خودش اقرار به حدی نمود ولی نوع حد را مشخص نکرد. حضرت هم در پاسخ فرمودند: تا جایی که حد را از خودش نهی کند او را بزنند. «فِي رَجُلٍ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِحَدٍّ وَلَمْ يَسْمَعْ أَيَّ حَدٍّ هُوَ - قَالَ أَمَرَ أَنْ يُجْلَدَ - حَتَّى يَكُونَ هُوَ الَّذِي يَنْهَى عَنْ نَفْسِهِ فِي الْحَدِّ.» (عاملی، ۲۵: ۲۸/۱۴۰۹) ممکن است اشکال شود که وجود این روایت را چگونه توجیه می‌کنید؟ در پاسخ به این اشکال مقدر می‌توان حد را در اینجا به معنای لغوی آن یعنی اعم از حد و تعزیر گرفت کما اینکه بعضی از فقها متذکر این نکته شده‌اند و همچنین می‌فرمایند: «حدود خداوند عزوجل از حیث کمیت و کیفیت و جمیع جهات و خصوصیات محدود است» (سبزواری، ۲۷/۱۴۱۳: ۲۲۶-۲۲۵؛ سیوری، ۴/۱۴۰۴: ۳۲۷؛ طباطبائی حائری، بی‌تا/۲: ۴۵۹) از این رو کلام ایشان می‌تواند موید مطلب فوق باشد.

اسلامی) می‌باشد. نظریه مشورتی شماره ۱۳۰۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز که در تاریخ ۹۲/۷/۳ صادر شده است به نوعی مؤید و دلیل بر همین نکته می‌باشد. این نظریه مقرر می‌دارد: «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام، برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است، بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر گردیده است، ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود...». با این معیار مطرح شده پر واضح است که منظور از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیرات شرعی که در پاسخ به ارتکاب کلیه محرمات شرعی اعمال می‌شود، نیست.

۳. شمول قاعده التعزیر بمایراه الحاکم نسبت به تعزیرات منصوص شرعی

پیش‌تر گفته شد که به موجب قاعده مذکور مرجع تعیین تعزیرات می‌تواند تأسیسات ارفاقی را نسبت به مرتکب اعمال نماید؛ مثلاً او را از کیفر عفو نماید، صدور حکم او را با رعایت شرایط مقرر در قانون برای مدتی به تعویق اندازد، اجرای مجازات او را تعلیق نماید، در مجازات او تخفیف قائل شود یا آن را تبدیل کند، توبه او را بپذیرد و ... اعمال این سیاست‌های مساعد به حال مجرم نسبت به نقض‌کنندگان مقررات حکومتی مثل قاچاقچیان کالا و ارز، صیادان غیرمجاز و مواردی از این قبیل جای بحث و تردید ندارد؛ زیرا همان‌گونه که مرجع تعیین تعزیرات می‌تواند جهت حفظ نظام مادی در این موارد کیفر تعیین کند، می‌تواند در صورت وجود مصلحت، نهادهای ارفاقی را هم برای افراد خاطی در نظر بگیرد. حال سؤال این است که آیا به موجب این قاعده، مرجع تعیین تعزیر می‌تواند نهادهای ارفاقی را برای مرتکب یکی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی (مثل اجتماع تحت ازار واحد) نیز در نظر بگیرد یا اینکه چنین اختیاری ندارد و به واسطه منصوص بودن کیفر در ادله شرعی باید آن مجازات مقدر شرعی را همانند حدود اجرا کند؟ به عبارت دقیق‌تر آیا تعیین میزان مجازات در این موارد، حکم شرعی است یا حکومتی؟

از منظر قانون مجازات اسلامی امکان چنین امری وجود ندارد، زیرا مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون‌گذار اجازه اجرای مقررات مزبور نسبت به تعزیرات منصوص شرعی را نداده است. به نوعی قانون‌گذار درصدد بوده که همانند حدود الهی، قطعیت اجرای مجازات‌های تعزیری معین در نصوص شرعی را تضمین نماید، به عبارت ساده‌تر قانون‌گذار سعی کرده است آثار حدود را بر تعزیرات منصوص شرعی مترتب نماید و از هرگونه دخل و تصرف و تغییر و تبدل در آن‌ها جلوگیری کند. از این رو نظریه حکم شرعی بودن به رویکرد قانون مجازات اسلامی نزدیک است.

اما حق مطلب آن است که امکان اعمال مقررات ارفاقی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ نسبت به تعزیرات منصوص شرعی وجود دارد. از این رو، به نظر می‌رسد مجازات‌های مقدر شرعی برای این

جرائم از جنس حکم حکومتی هستند و با تغییر زمان و مکان و مصالح و مفاسد مقتضی، قابل تغییر می‌باشند. اما چه دلایلی بر این ادعا وجود دارد؟

۳-۱. عمومیت قاعده‌ی تعزیر

اولین دلیل عمومیت قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم است. این قاعده می‌گوید: تعزیر به دست حاکم است. لذا گاهی اوقات حاکم خودش یک رفتاری را جرم‌انگاری می‌کند و برای آن مجازاتی با کمیت و کیفیت مشخص در نظر می‌گیرد. گاهی اوقات هم خود رفتار در شریعت و روایات جرم‌انگاری شده است و فقط حاکم کمیت و یا کیفیت اجرای مجازات را تعیین می‌نماید. از این‌رو هر دو فرض تحت شمول عمومیت قاعده قرار می‌گیرد. زیرا لفظ تعزیر در این قاعده به صورت عام می‌باشد و تخصیصی از این حیث نخورده است تا منحصر به قسم خاصی از تعزیرات شود. لذا در هر دو مورد رأی و نظر حاکم (قانون‌گذار اسلامی) ملاک عمل قرار می‌گیرد. تنها تفاوت این دو فرض در وسعت شمول آن است؛ در فرض اول اختیار تعیین موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای تعزیرات به دست حاکم است ولی در فرض دوم نوع، میزان و کیفیت اجرا به دست حاکم می‌باشد. بنابراین می‌توان ادعا نمود این قاعده شامل تعزیرات منصوص شرعی، به آن معنایی که گفته شد، می‌شود حال که تعزیرات منصوص شرعی هم تحت شمول قاعده‌ی تعزیر قرار می‌گیرد به نظر می‌رسد اشکالی در اعمال مقررات ارفاقی کیفری برای آن‌ها از سوی حاکم نباشد؛ مضافاً اینکه ادله‌ی دیگری هم به تقویت این ادعا می‌افزاید.

۳-۲. انطباق ویژگی‌های حکم حکومتی با قاعده‌ی تعزیر و تعزیرات منصوص شرعی

منظور از احکام حکومتی قوانین و تصمیمات است که ولی امر مسلمین بر حسب مصلحت زمان در سایه‌ی قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها اتخاذ می‌نماید. قوانین وضع شده به واسطه‌ی مرجع تعیین آن که ولی امر مسلمین است، همانند احکام شریعت معتبر و لازم‌الاجرا هستند. نقطه‌ی افتراق آن‌ها با قوانین شریعت در این است که احکام شرعی ثابت و غیرقابل تغییر می‌باشند ولی قوانین وضع شده توسط حکومت بر حسب مصلحت و مفسده‌ی مقتضی تغییرپذیر هستند. بنابراین، مصلحت‌مداری بر اساس مقتضیات زمان و مکان، تغییر و تبدل‌پذیری را می‌توان از ویژگی‌های احکام حکومتی دانست (طباطبایی، ۱۳۵۴: ۶۴).^۱

۱. مرحوم امام (ره) نیز در دی ماه سال ۱۳۶۶ طی نامه‌ای خطاب به آیت‌الله خامنه‌ای رئیس جمهور وقت در خصوص اختیارات ولی امر می‌فرماید: «باید عرض کنم حکومت، که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است؛ و مقدم بر تمام احکام فرعی، حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل

این خصایص را می‌توان در قاعده‌ی التعزیر بمایراه الحاکم نیز مشاهده کرد؛^۱ اینکه شرعاً تعیین تعزیرات، مقدار و کیفیت اجرای آن به حاکم یا امام واگذار شده است، می‌تواند مؤید این نکته باشد که قاعده‌ی التعزیر یکی از مصادیق حکم حکومتی است. از طرفی با استناد به عمومیت و شمولیت این قاعده نسبت به تعزیرات منصوص شرعی می‌توان گفت ویژگی‌های مذکور بر تعزیرات منصوص شرعی نیز مطابقت دارد فلذا می‌توان چنین گفت: مجازات‌های تعیین شده در تعزیرات منصوص حکم حکومتی هستند.

۳-۳. اختلاف در روایات و کلام فقها

احکام شرعی همانند حدود الهی به واسطه‌ی اینکه از جانب شارع مقدس وضع شده‌اند کلی هستند و مخصوص همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها می‌باشند و منحصر به عصر یا قلمرو خاصی نیستند تا با اختلاف مصالح و مفاسد تغییر کنند. از این رو بین روایات و کلام فقها اختلافی در این دسته از احکام وجود ندارد مگر در جزئیات ناچیز؛ اما احکام حکومتی همان گونه که گفته شد چون تابع مصالح و مفاسد هستند، تغییرپذیر می‌باشند. لذا اختلاف تعبیر و احکام، بین روایات و کلام فقها می‌تواند یکی از نشانه‌های حکم حکومتی باشد. اختلافات فقها و روایات وارده که میزان مجازات را در مصادیق تعزیرات منصوص شرعی معین می‌کنند خود دلیلی بر این مطلب است که مجازات تعیین شده در تعزیرات منصوص شرعی از جنس احکام شرعی نیست، بلکه حکومتی است. برای مثال اگر به اقوال فقها در خصوص ازاله بکارت با انگشت، به عنوان یکی از مصادیق تعزیرات

کند؛ و مسجدی که ضراب باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند. حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یکجانبه لغو کند. و می‌تواند هر امری را، چه عبادی و یا غیر عبادی است که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج، که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند.» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹/۲۰: ۴۵۱) از کلام امام خمینی استنباط می‌شود که ولی امر در دایره مصالح جامعه دارای اختیارات مطلقه است و در صورتی که مصلحت اسلام و مسلمین ایجاب کند، می‌تواند برخلاف احکام شرعی، فرمان صادر نماید و مقرراتی وضع کند.

۱. بسیاری از فقها نیز ذیل بررسی قاعده‌ی التعزیر بمایراه الحاکم متذکر مصلحت‌مداری در تعزیرات بر حسب مقتضیات زمان و مکان شده‌اند مثلاً آیت‌الله صافی از فقهای معاصر معتقدند: چنانچه حاکم مصلحت را در ترک تعزیر ببیند اشکالی در ترک آن نیست و ترک آن جایز است (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۷). مرحوم سبزواری نیز معتقدند تعزیر جایی اعمال می‌شود که مصلحت اقتضا نماید (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۵). فقهای دیگری نیز به نوعی مصلحت‌مداری را از ویژگی‌های تعزیرات می‌دانند و ابتکار عمل در اعمال آن را به دست حاکم می‌دهند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۰).

منصوص شرعی دقت شود اختلافات زیادی ملاحظه می‌گردد که این اختلافات دلیلی بر ادعای فوق است. مثلاً شیخ طوسی در نهاییه و ابن ادریس در سرائر می‌فرمایند: سی تا نود و نه ضربه (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۹؛ ابن ادریس، ۳/۱۴۱۰: ۴۴۹) مرحوم ابن براج می‌فرمایند: سی تا هفتاد و نه ضربه (طرابلسی، ۲/۱۴۰۶: ۵۲۳) ولی شیخ مفید معتقدند سی تا هشتاد ضربه شلاق (بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۸۵) بر مرتکب جاری می‌شود. یا پیش‌تر از این به اختلافاتی که فقها در خصوص جرم اجتماع تحت ازار واحد نیز داشته‌اند، اشاره گردید که این اختلافات به وضوح گواه بر مطلب است. یا در مثالی دیگر در خصوص وطی بهائم، برخی معتقدند بر فاعل چنین عملی، ۲۵ ضربه شلاق به‌عنوان تعزیر زده می‌شود (حلی، ۴/۱۴۰۸: ۱۷۴؛ عاملی، ۱۵/۱۴۱۳: ۴۱). بعضی دیگر به‌طور مطلق حکم به تعزیر نموده‌اند و تعیین میزان آن را به حاکم سپرده‌اند که وی باید بنا بر مصلحت موجود آن را معین کند (موسوی خویی، ۴۱/۱۴۲۲: ۴۱۵؛ نجفی، ۴۱/۱۴۰۴: ۶۳۷). در میان روایات نیز همین طور است. برخی از روایات حکم به ۲۵ ضربه شلاق از باب تعزیر کرده‌اند. بعضی دیگر به‌طور مطلق حکم به تعزیر داده‌اند و میزانی مشخص نکرده‌اند و حتی بعضی دیگر حکم به قتل فاعل داده‌اند (طوسی، ۱۰/۱۴۰۷: ۶۲-۶۰؛ کلینی، ۷/۱۴۰۷: ۲۰۴؛ قمی، ۴/۱۴۱۳: ۴۷).^۱

۴. نقدی بر نظر قانون‌گذار

با عنایت به ایرادات شورای نگهبان که منجر به ورود نهاد تازه تأسیس تعزیرات منصوص شرعی به قانون مجازات اسلامی شده است، ملاحظه می‌شود که قوه قانون‌گذاری کشور سعی بر آن داشته که مجوز تغییر و تبدیل مجازات‌های را که در نصوص شرعی مقدر و منصوص هستند، صادر نکند؛ بدون اینکه توجه به ماهیت جرایم مزبور داشته باشد. برخی بر این باور هستند فقهای شورای نگهبان به نوعی احتیاط کرده‌اند و به دلیل جلوگیری از عدم اجرا یا تغییر در مجازات شرعی که سابقه تجریم دارند، موضوع تعزیرات منصوص شرعی را به قانون مجازات اسلامی وارد نموده‌اند و آن را از شمول برخی نهادهای این قانون، استثنا کرده‌اند (ساریخانی و توکل‌پور، ۱۳۹۵: ۱۰۵).

۱. ممکن است به این مثال اشکال شود: مجازات جرم مذکور معین است و محدود به حداقل و حداکثر نیست پس فرق آن با حدود در چیست؟ در پاسخ باید گفت: اولاً این نمی‌تواند مثال نقضی بر ضابطه معرفی شده برای تعزیرات منصوص شرعی باشد زیرا فقهای امامیه و حتی اهل سنت همچون غزالی در مقام تفریق بین حدود و تعزیرات، متذکر این نکته شده‌اند که وجود حداقل و حداکثر در مجازات‌های مقدر شرعی برخی جرایم دلیلی بر تعزیری بودن است. (عاملی، بی‌تا/۲: ۱۴۲؛ سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۲) ثانیاً با وجود این تعدد و اختلاف اقوال چگونه می‌توان چنین جرایمی را در کنار حدودی قرار داد که اختلافی در کلیات احکام آنها نیست؟ لذا فرق این مصداق و مصادیق مشابه با تعزیرات در مقدر بودن میزان مجازات است ولی فرق آنها با حدود در کلیت محدود بودن تعزیرات به اقل و اکثر است.

اما این مطلب محل اشکال است؛ زیرا در جرایمی که شبهات و ابهامات زیادی در مورد آنها وجود دارد نزدیک‌تر به احتیاط این است که از الحاق آنها به مجازات‌های حدی جلوگیری شود نه اینکه احکام سخت و غیرقابل دخل و تصرف حدود بر آنها مترتب گردد. زیرا اولاً مجازات این جرایم همان طوری که قانون‌گذار قبول دارد تعزیری هستند نه حدی؛ لذا بار کردن احکام و ثمرات حدود بر چنین جرایمی وجهی ندارد؛ ثانیاً بر فرض که حدی باشند، در خود حدود الهی خداوند طریق توسعه و تخفیف به حال مرتکب را در پیش گرفته است؛^۱ آنگاه چگونه در چنین جرایمی نمی‌توان راه توسعه و تخفیف به حال مرتکب را اتخاذ کرد؟

از سویی دیگر، اصولاً در اسلام مجازات‌ها ابزاری برای اصلاح مرتکب رفتارهای مجرمانه هستند نه اینکه فی‌نفسه هدف باشند؛ لذا اگر گاهی شرایط و اوضاع و احوال به‌گونه‌ای باشد که مرتکب جرایم مستوجب تعزیرات منصوص بدون مجازات شدن و با اعمال مقررات ارفاقی مثل عفو یا تخفیف مجازات اصلاح شود، اصرار بر اجرای مجازات جایز نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۱۵). از این‌رو نظر برگزیده قانون‌گذار با این هدف مجازات در اسلام نیز چندان سازگاری ندارد. مضافاً اینکه از حیث شکلی نیز قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ از بین مرور زمان‌های چهارگانه، فقط مرور زمان تعقیب و صدور حکم را در تعزیرات منصوص شرعی ممنوع کرده است و به مرور زمان شکایت (ماده ۱۰۶) و اجرای مجازات (ماده ۱۰۷) اشاره‌ای نکرده است، استثنایی بودن حکم تبصره فوق مستلزم تفسیر محدود آن است از این‌رو بعید به نظر می‌رسد که مقصود قانون‌گذار و شورای نگهبان پذیرش شمول مرور زمان شکایت و اجرای مجازات نسبت به تعزیرات منصوص شرعی باشد (خالقی، ۱/۱۳۹۷: ۱۴۶). حال سؤال اینجاست چرا قانون‌گذار فقط مرور زمان تعقیب و صدور حکم را در تعزیرات منصوص ممنوع می‌داند؟ این دو نوع از مرور زمان چه امتیازی دارند که قانون‌گذار به آنها اشاره می‌کند ولی مرور زمان شکایت و اجرای مجازات را بیان نمی‌کند؟

علاوه بر این مطالب، عدم تبیین ماهیت و احصای مصادیق تعزیر منصوص شرعی توسط قانون‌گذار خود منشأ اشکال است که دیگران نیز به آن اشاره کرده‌اند و به حق اشکال درستی می‌باشد. توضیح اینکه تعزیر منصوص شرعی بدون تردید یک اصطلاح فقهی است که توسط قانون‌گذار وارد قانون گردیده است و با توجه به ابهام قانون و به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای تعریف و شناخت تعداد آن ناگزیر باید به موازین فقهی مراجعه کرد. اما اشکالی که باقی می‌ماند عبارت است

۱. برای مثال تعدد اقرار و تعدد شهود برای اثبات حدود، پذیرش انکار بعد از اقرار به موجب حد رجم، سقوط حد به محض حصول شبهه و... همگی به نوعی می‌توانند از قرائن دال بر تخفیف و توسعه در حدود باشد.

از اینکه با توجه به اختلافات زیادی که بین فقها و روایات وارد وجود دارد، به کدام دیدگاه فقهی باید رجوع کرد و از کدام رویکرد فقهی باید تبعیت نمود؟ (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۰۶) به عبارت دیگر مراد از منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر که در اصل ۱۶۷ آمده مشخص نیست.

نتیجه

وجود روایات ناظر بر تعزیرات منصوص شرعی در شریعت سبب گردید شورای نگهبان نهاد تعزیرات منصوص شرعی را در قانون مجازات اسلامی تأسیس نماید و از شمول مقررات ارفاقی کیفری خارج کند؛ بدون اینکه تعریفی از آن کند یا مصادیق آن را احصا نماید. لذا این نهاد با ابهامات، پیچیدگی‌ها و سؤالات زیادی همراه است. با عنایت به مجازات‌های تعزیرات منصوص در شرع کشف می‌گردد که منظور از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیرات شرعی که در قبال ارتکاب محرمات شرعی اعمال می‌شود نیست؛ بلکه جرایم یا گناهانی است که در شرع مقدس اسلام نوع و میزان مجازات آن معین شده است ولی میزان آن معین نیست بلکه محدود به حداقل و حداکثر است و تعیین دقیق آن بر عهده حاکم (قوة مقننه) می‌باشد.

از سویی دیگر قاعده التعزیر بمایراه الحاکم که یکی از مصادیق احکام حکومتی است علاوه بر اینکه شامل تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی (همان تعزیراتی که در قبال نقض مقررات حکومتی اعمال می‌شوند) می‌گردد، شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود. لذا همان گونه که قوة مقننه به عنوان مرجع تعیین تعزیرات می‌تواند نسبت به نقض مقررات حکومتی نهادهای ارفاقی را اعمال نماید نسبت به تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌تواند این مقررات ارفاقی را در نظر بگیرد.

دلیل بر این مطلب اولاً عمومیت التعزیر در قاعده التعزیر بمایراه الحاکم است. این عمومیت هم شامل آن فرضی می‌شود که خود حاکم رفتاری را جرم‌انگاری می‌کند و برای آن مجازات تعیین می‌نماید و هم شامل آن فرضی که اصل رفتار در شریعت جرم‌انگاری شده ولی حاکم برای آن مجازات معین می‌کند. ثانیاً مصلحت‌مداری بر اساس مقتضیات زمان و مکان و تغییر و تبدل‌پذیری که از ویژگی‌های احکام حکومتی است قابل انطباق با قاعده التعزیر است و قاعده التعزیر نیز شامل تعزیرات منصوص شرعی می‌شود. ثالثاً برخلاف احکام شرعی، اختلاف در تعبیر و اختلاف در احکام بین روایات و اقوال فقها که یکی از نشانه‌های حکم حکومتی است در آراء فقها و روایات ناظر بر تعزیرات منصوص شرعی به چشم می‌خورد.

بنابراین، اینکه قانون‌گذار بر تعزیرات منصوص شرعی به نوعی احکام غیرقابل دخل و تصرف حدود را مترتب کرده و سعی در تضمین اجرای آن‌ها را داشته است، اشکالاتی به رویکرد او وارد می‌باشد. یکی از اشکالات این است که رویکرد قانون‌گذار برخلاف احتیاط است. زیرا در جرایمی که شبهات

زیادی درخصوص آنها وجود دارد نزدیک تر به احتیاط آن است که از الحاق آنها به مجازات های حدی جلوگیری شود. اشکال دیگر این است که اگر مرتکب یکی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در شرایطی با اعمال مقررات های ارفاقی مثل عفو یا تخفیف مجازات و... اصلاح می شود اصرار بر اعمال مجازات توجیهی ندارد. زیرا یکی از اهداف اصلی مجازات ها به خصوص تعزیرات در اسلام اصلاح مرتکب است. از این رو رویکرد قانون گذار با این هدف مجازات در اسلام مطابقت ندارد. علاوه بر این، از حیث شکلی نیز قانون گذار از بین مرور زمان های چهارگانه فقط مرور زمان تعقیب و صدور حکم را در تعزیرات منصوص شرعی ممنوع کرده است و به مرور زمان شکایت و اجرای مجازات اشاره ای نکرده است لذا از این جهت نیز سیاست یکپارچه ای را اتخاذ نکرده است.

منابع

فارسی

- آهنگران، محمدرَسُول، مهرداد سعیدی و رضا اورسجی (۱۳۹۵)، «بررسی حدود غیر موضوعه (ماده ۲۲۰ ق.م.ا) با رویکرد فقه مقارن»، فصلنامه حقوق جزا و سیاست جنایی، دوره ۱، شماره ۲.
- احمدزاده، رسول و غلامحسین الهام (۱۳۹۷)، «قبض و بسط اصل (۱۶۷) قانون اساسی در قلمرو کیفری»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۵، شماره ۹۵.
- اکبری، محمدجواد و سیدحسین هاشمی (۱۳۹۵)، «درنگی در مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه (تبیین تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا سال ۹۲)»، مجله جستارهای فقهی و اصولی، سال دوم، شماره پیاپی چهارم.
- برهانی، محسن و مریم نادری فرد (۱۳۹۴)، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی مصادیق قانونی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۰.
- پایگاه اینترنتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، به نشانی (<https://edarehoquqy.eadl.ir>) آخرین بازدید در تاریخ ۱۸ شهریور ۱۳۹۹
- پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۵)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، چاپ اول، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان
- خالقی، علی، (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی و ششم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش
- رحمانیان، حامد و محمدجعفر حبیب‌زاده (۱۳۹۲)، «معیار تفکیک حدود غیر مذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۴.
- ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل‌پور (۱۳۹۵)، «مفهوم‌شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۵۴)، معنویت تشیع، چاپ اول، قم: نشر اندیشه.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، تعزیر و گستره آن، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانون‌گذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران)»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸ - ۱۴۹.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۹)، بایسته‌های فقه جزا، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

عربی

- ابن‌ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.

- اصفهانی، حسین بن محمد راغب (۱۴۱۲)، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة.
- اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳)، المقنعة (للشیخ المفید)، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا)، النهاية فی غریب الحديث و الأثر، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین.
- حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی (۱۴۱۷)، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
- حلی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، مذهب الأحكام (للسبزواری)، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله مرعشی نجفی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳)، نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (بی تا)، التعزیر، أحكامه و حدوده، بی جا.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، ریاض المسائل (ط - الحديثة)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبدالعزيز (۱۴۰۶)، المذهب (لاین البراج)، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، تهذیب الأحكام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۰)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الكتاب العربی.
- عاملی، حر، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- عاملی، (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم: کتابفروشی مفید.
- عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰)، کتاب العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت.
- قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی (ط - الإسلامية)، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسيلة، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲)، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲)، الدر المنضود فی أحكام، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

کاربست تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز در پرتو ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری؛ راهکارها و ضرورت‌ها^۱

افسانه زمانی جباری*، محمود صابر**، محمد فرجیها***

چکیده

کاربست تدابیر پیشگیرانه در برابر فعالیت‌های متضمن وقوع نتیجه مجرمانه و مضر به منافع عمومی به استناد به ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری با چالش‌های اساسی در سه مقوله تقنینی، قضایی و اجرایی مواجه است. هدف تحقیق حاضر، ارائه راهکارها و بیان ضرورت‌هایی در راستای برون‌رفت از این چالش‌ها است. رویکرد این تحقیق، کیفی - اکتشافی است. مقاله نتیجه می‌گیرد پذیرش دادرسی فوری و دستور موقت در امور کیفری، پیش‌بینی نظارت استصوابی دادستان، تصریح به شمول تدابیر بر مرحله قبل از وقوع جرم و الزام به بازبینی‌های دوره‌ای می‌تواند جبران‌گر کاستی‌های دادرسی عادلانه در ماده مذکور باشد. تعیین ملاک به‌جای تعریف مفاهیم، احراز خطر بر مبنای پیش‌شرط‌های مقرر، شناسایی اصل حسن‌نیت، رعایت معیارهای تناسب و ضرورت، برقراری تعادل بین تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز و توسعه اقتصادی نیز از جمله راهکارها و ضرورت‌هایی است که برای رفع سایر چالش‌ها ارائه می‌گردد. همچنین در راستای غنای نتایج، در برخی موارد از تجربه دیگر نظام‌های کیفری استفاده شده است.

واژگان کلیدی: ماده ۱۱۴، تدابیر پیش‌گیرانه قهرآمیز، منافع عمومی، نظام تعقیب کیفری

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری تخصصی افسانه زمانی جباری با راهنمایی آقای دکتر صابر و مشاوره آقای دکتر فرجیها و آقای دکتر موسوی مجاب در دانشگاه تربیت مدرس است.

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
A.zamani@modares.ac.ir

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
M.saber@modares.ac.ir

*** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
farajihay@modares.ac.ir

مقدمه

تضمین پاسداشت منافع عمومی، قبل از هر چیز مستلزم مهار خطر وقوع جرم و پیشگیری از وقوع هرگونه تجاوز و آسیب است. صدمه و خسارت‌هایی که از رهگذر فعالیت‌های مخاطره‌آمیز و مضر به منافع عمومی جامعه وارد می‌شود، در برخی موارد به قدری گزاف و غیرقابل تحمل است که واکنش دستگاه عدالت کیفری در قالب اعمال مجازات و دیگر ضمانت‌اجراها، بسیار دیر و اساساً بی‌فایده خواهد بود (آشورث و زدئر^۱، ۲۰۱۴). ضروری است دولت‌ها به دلیل مسئولیت اساسی‌ای که در زمینه حفظ حقوق و منافع عمومی جامعه بر عهده دارند، با کاربست تدابیری عادلانه و قانونمند از ایراد آسیب و ورود خسارت به منافع عمومی، جلوگیری به عمل آورده، خطر آن را مهار نموده یا تا حد امکان کاهش دهند. شکل‌گیری این اندیشه که زمینه‌های آن در بسترهای حقوقی مختلف (به‌ویژه با تکیه بر مفهوم خطر، بیم ارتکاب جرم، تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع) از قبل وجود داشته، با مطرح شدن موضوع افزایش فعالیت‌های مخاطره‌آمیز در دهه‌های اخیر به‌طور جدی‌تری مورد توجه قانون‌گذاران قرار گرفته است. در حقوق کشورهای مختلف، بسته به ساختار نظام حقوقی و الگوهای متنوع اجرای عدالت، تدابیر جنایی و غیرجنایی گوناگونی برای پیشگیری مستقیم از ارتکاب اعمال زیان‌بار و نیز جلوگیری از وقوع و استمرار فعالیت‌های متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه در قالب «تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز»^۲ پیش‌بینی شده است. «تدابیر پیشگیرنده»^۳ در نظام حقوقی کامن‌لا، تقریباً معادل «اقدامات تأمینی»^۴ در نظام حقوقی رومی-ژرمنی است. وجه مشترک همه آن‌ها، پیشگیری از وضعیت‌های آسیب‌زا و فعالیت‌های مخاطره‌آمیزی است که بیم تحقق آن‌ها در آینده از یک‌سو و غیرقابل جبران بودن صدمات و خسارات ناشی از آن‌ها از سوی دیگر، ضرورت کاربست تدابیر پیشگیرانه را ایجاب می‌نماید. برخی از حقوق‌دانان، تدابیر مذکور را نوعی اقدام «پیش‌دستانه»^۵ برای حفظ منافع عمومی تلقی می‌نمایند و معتقدند در این اقدام، حقوق کیفری با

1. Ashworth, Andrew and Lucia Zedner

۲. در تعریف تدابیر پیشگیرانه قهری گفته شده است: «یک تدبیر یا اقدام، زمانی پیشگیرنده است که به منظور دفع یا کاستن از فراوانی یا تأثیر بر رفتارهایی اتخاذ شود که احتمال خطر غیرقابل قبول وقوع آسیب را در پی دارد و زمانی قهرآمیز است که مشتمل بر محدودیت‌های تحمیلی دولت بر آزادی عمل افراد بوده و به پشتوانه واکنش قهرآمیز یا تهدید به واکنش قهرآمیز در قبال فرد موضوع محدودیت صورت گیرد. این تعریف نسبتاً ساده از اقدام پیشگیرنده قهری را می‌توان برای اقداماتی اتخاذ کرد که در راستای تأمین امنیت عمومی، حفاظت عمومی، ایمنی، دفاع اجتماعی و سایر اهداف مشابه به کار می‌روند.» (آشورث و زدئر، ۲۰۱۴: ۲۰).

3. Preventive measures

4. Les Mesures de sureté

5. Pre-emptive

فاصله گرفتن از رویکرد سزادهی، رویکردی آینده‌نگر می‌یابد و بر مرحله پیش از ارتکاب جرم اعمال می‌شود (ابراوندآبادی و رضوانی، ۱۳۹۴).

در حقوق ایران، کاربست تدابیر پیش‌گیرانه در برابر فعالیت‌های مخاطره‌آمیز به منافع عمومی، به دو صورت در قوانین و مقررات مختلف، در نظر گرفته شده است: تدابیر موردی^۱ و تدابیر کلی^۲. تأسیس حقوقی موضوع این ماده را باید تدابیری پیشگیرانه دانست که با اتکاء به قرائن معقول و شواهد و دلایل مثبت حاکمی از احتمال و ظن قوی بر ارتکاب جرم و به‌منظور جلوگیری از فعالیت‌های متضمن وقوع نتیجه مجرمانه و مضر به منافع عمومی اتخاذ می‌شود (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۱۴). عهده‌دار این کارکرد پیشگیرانه (که به شیوه قهرآمیز و از طریق دستورات قضایی تحقق می‌یابد) بر اساس بند ۲ و ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم و اصل ۶۱ قانون اساسی، قوه قضائیه است. قانون اساسی این ظرفیت را در بطن خود مقرر داشته تا قوه قضائیه با اهرم توانمندی که در اختیار دارد، از منافع و حقوق عمومی صیانت نماید و به‌ویژه از طریق کاربست تدابیر پیشگیرانه، ضامن پایایی و مانایی منافع عمومی باشد.

با نگاهی به مجموعه قوانین و مقررات کشور و با توجه به این نکته مهم که این وظیفه در قوه قضائیه فاقد متولی خاص قانونی است (تنگستانی و دیگران، ۱۳۹۷)، به نظر می‌رسد مرجع قضایی ذی‌صلاح (که هم ابزار کار و هم تخصص لازم در ورود به مقوله پیشگیری از فعالیت‌های مضر به منافع عمومی را داراست)، نظام تعقیب کیفری باشد (نقره‌کار، ۱۳۹۱) ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری که در

۱. هم‌چون صدور قرار تعطیلی تمام یا قسمتی از کارگاه در صورت احتمال وقوع حادثه و یا بروز خطر (ماده ۱۰۵ قانون کار مصوب ۲۹ آبان ۶۹ و تبصره ۱ آن)، جلوگیری از ادامه فعالیت تمامی مراکز و واحدهای صنعتی، تولیدی، عملیات معدنی، خدماتی، عمومی و کارگاهی که آلودگی آن‌ها بیش از حد مجاز مصوب است (ماده ۱۲ قانون هوای پاک و تبصره‌های آن)، جلوگیری از نشر و پخش و عرضه آثار مورد شکایت (ماده ۲۹ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸)، توقیف داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی (ماده ۶۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری) و امثالهم. لازم به توضیح است در سال ۱۳۹۷، دستورالعملی تحت عنوان «دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه» از سوی ریاست وقت قوه قضائیه صادر گردید که در آن کاربست تدابیر پیشگیرانه در برابر وضعیت‌های خطرناک در راستای صیانت از حقوق عامه پیش‌بینی شده است.

۲. ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی از قبیل امور تجارتي، کشاورزی، فعالیت کارگاه‌ها، کارخانه‌ها و شرکت‌های تجارتي و تعاونی‌ها و مانند آن ممنوع است، مگر در مواردی که حسب قرائن معقول و ادله مثبت، ادامه این فعالیت متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای باشد که مضر به سلامت، محل امنیت جامعه و یا نظم عمومی باشد که در این صورت، بازپرس مکلف است با اطلاع دادستان، حسب مورد از آن بخش از فعالیت مذکور جلوگیری و ادله یادشده را در تصمیم خود قید کند. این تصمیم ظرف پنج روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه کیفری است».

واگذاری تکلیف حفظ حقوق عمومی به دادسرا (نظام تعقیب کیفری) صراحت دارد، این نظر را تقویت می‌کند.^۱ انجام این تکلیف مهم، به سادگی امکان‌پذیر نیست. مشکلی که همواره در ارتباط با پیشگیری وجود دارد، در هدف نیست، بلکه در وسیله و اجرای آن است. ضرورت پیشگیری یا حداقل کاستن از احتمال آسیب‌های جدی به منافع عمومی بر مبنای تجویز ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، با چالش‌های متعددی روبه‌رو است. از جمله آنکه ماهیت تدابیر مبهم است، نظارت قضایی مؤثر وجود ندارد، دایره شمول تدابیر، تصریح نشده است و الزامی به بازبینی‌های دوره‌ای مشاهده نمی‌شود. از مفاهیم کلی و تفسیرپذیر نظیر «سلامت»، «امنیت جامعه» و «نظم عمومی» در ماده مذکور استفاده شده، همچنین شاخصه‌ها و ملاک‌های احراز خطرناکی فعالیت‌های آسیب‌زا به منافع عمومی از سوی قانون‌گذار ارائه نشده است. برداشت‌های حداقلی و حداکثری از تدابیر پیشگیرانه، تعارض حقوق و آزادی فعالیت‌ها با منافع عمومی، عدم پیش‌بینی راهکارهای اجرایی مؤثر و تبعات اقتصادی (زمانی جباری، صابر و موسوی معجاب، ۱۴۰۰) از دیگر چالش‌ها و موانعی است که مقامات قضایی نظام تعقیب کیفری^۲ را با دشواری مواجه نموده است. هرچند کشف و استخراج چالش‌های مذکور، فی‌نفسه اقدام مثبت و در عین حال ضروری بوده است، اما چنانچه راهکارهای برون‌رفت از آن‌ها کشف و ارائه نگردد، در معنای واقعی نمی‌تواند در تحقق کامل پاسداشت از منافع عمومی، مؤثر باشد. بنابراین سؤالی که نگارندگان در پی پاسخ به آن هستند، این است که راهکارها و ضرورت‌ها برای برون‌رفت از چالش‌هایی که در کاربست تدابیر پیش‌گیرانه در برابر فعالیت‌های مضر به منافع عمومی وجود دارد، کدام است؟ به این منظور مقاله حاضر، ابتدا روش‌شناسی تحقیق را بیان نموده و سپس با تحلیل داده‌ها، یافته‌های مستخرج در این تحقیق را به‌عنوان پاسخ به پرسش مذکور ارائه می‌دهد.

۱. روش‌شناسی تحقیق

رویکرد این تحقیق، کیفی-اکتشافی است. از آن رو که نبود تحقیقات بومی در کشف راهکارهای برون‌رفت از چالش‌های موجود و ضرورت‌هایی که فقدان یا کاستی آن‌ها احساس می‌شود، کاملاً

۱. «به منظور کشف جرم، تعقیب متهم، انجام تحقیقات، حفظ حقوق عمومی و اقامه دعوی لازم در این مورد، ... در حوزه قضایی هر شهرستان و در معیت دادگاه‌های آن حوزه، دادرسی عمومی و انقلاب و هم چنین در معیت دادگاه‌های نظامی استان، دادرسی نظامی تشکیل می‌شود».

۲. در نظام تعقیب کیفری ایران، دادستان‌ها (دادستان کل کشور، دادستان مرکز استان و دادستان شهرستان)، معاونین دادستان (به‌ویژه معاونین دادستان در حوزه حقوق عامه)، روسای حوزه قضایی (در مواردی که به جانشینی از دادستان عمل می‌کنند)، دادیاران اظهارنظر (که به جانشینی از دادستان اقدام می‌کنند) و نیز بازپرسان (در مواردی که در راستای ماده ۱۱۴ عمل می‌کنند)، را شامل می‌شود.

مشهود است. نگارندگان بر آن شدند تا این موضوع را در قالب تحقیق کیفی (که امکان بررسی غنی و عمیق از موضوع بحث را فراهم می‌کند) مطالعه نمایند. از نظریه داده‌بنیاد به عنوان روش تحقیق و از ابزار مصاحبه عمیق و نیمه ساخت‌یافته برای گردآوری داده‌ها استفاده شد.^۱ سؤال‌های مصاحبه، تدوین و در چند جلسه با حضور محققان و صاحب‌نظران این حوزه، صحت محتوا و کفایت آن‌ها بررسی شد. جامعه نظری تحقیق (با توجه به قلمرو موضوعی بحث)، دادستان‌ها، معاونین دادستان (به‌ویژه معاونین دادستان در حوزه حقوق عامه)، دایاران اظهارنظر (که به جانشینی از دادستان اقدام می‌کنند) رؤسای حوزه‌های قضایی (در مواردی که وفق ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری، وظایف دادستان را برعهده دارند) و نیز بازپرسانی که در راستای ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری عمل می‌کنند، برخی وکلای دادگستری و نمایندگان حقوقی که تجربه پیگیری حقوق موکل خود (شخص حقوقی حقوق عمومی یا خصوصی) در زمینه مرتبط را بر عهده داشته است. نیز استادان دانشگاه و محققانی که انتشار مقاله، کتاب و یا راهنمایی رساله یا پایان‌نامه‌ای را در این زمینه بر عهده داشته‌اند تعیین گردید.^۲ متعاقب سؤالاتی که در جهت کشف چالش‌های ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری از جامعه نظری پیش‌گفته پرسیده شد (که اساس و پایه مقاله جداگانه‌ای گردید) (زمانی جباری، صابر و موسوی مجاب، ۱۴۰۰: ۲۰۵-۱۸۵)، در ادامه مصاحبه، به صورت قیاسی، یک سؤال کلی پرسیده می‌شد، بدین صورت که بهترین و مناسب‌ترین راهکارها برای برون‌رفت از چالش‌هایی که در کاربست تدابیر پیشگیرانه در پاسداشت منافع عمومی وجود دارد، کدام است و از نظر ایشان (مصاحبه‌شونده)، چه ضرورت‌هایی باید لحاظ گردد؟ سؤالات بعدی بر اساس روند مصاحبه پرسیده می‌شد. برای رسیدن به معیار قابلیت اعتماد، از سه روش متعارف استفاده شد: روش کنترل یا اعتباریابی در حین مصاحبه (نگارندگان، صحت برداشت خود از پاسخ‌های مصاحبه‌شوندگان را کنترل کرده و سپس از آن‌ها درخواست می‌نمودند تا برداشت وی را ارزیابی صحت نمایند)؛ بازبینی توسط صاحب‌نظران (نگارندگان پس از تحلیل محتوایی مصاحبه‌ها، نتایج آن را در اختیار صاحب‌نظران قرار دادند تا نظر تخصصی و کارشناسی خود را در زمینه تحلیل داده‌ها ارائه دهند)؛ و مقایسه تحلیلی (رجوع به پیشینه نظری برای مقایسه و ارزیابی). پس از حدود ۴۳ مصاحبه عمیق،

۱. دلیل استفاده از این نوع مصاحبه آن بود که محققان با طرح سؤال باز، قادر باشند بدون محدود کردن عقاید و نگرش مصاحبه‌شونده، از دیدگاه‌ها، نظرات و به‌ویژه تجربیات وی مطلع شوند.

۲. لازم به توضیح است، مصاحبه‌های فوق در ادامه مصاحبه‌هایی بود که در جهت کشف چالش‌های ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری انجام گرفته بود.

اشباع نظری حاصل گردید. بررسی پایایی بخش کیفی نیز با بهره‌مندی از روش درصد توافق بین دو کدگذار (نگارندگان) انجام گرفت که رقم ۸۰ درصد توافق، بیان‌کننده پایایی بخش کیفی بود.

۲. تحلیل داده‌ها

پس از تنظیم و سازماندهی داده‌ها، به تحلیل آن‌ها پرداخته و فرایند بیرون کشیدن معنا از داده به روش کدگذاری آغاز شد. نگارندگان برای کدگذاری مصاحبه‌ها، ابتدا فایل‌های صوتی را به متن برگردانده و سپس با استفاده از روش تحلیل محتوای استقرایی، به شناسایی کدها (به صورت باز و بدون محدودیت) اقدام نمودند. در مرحله کدگذاری باز، ۴۳۸ کد از مصاحبه‌ها استخراج و سپس کدهای استخراج شده با یکدیگر مقایسه و کدهای تکراری حذف گردید. در نهایت تعداد کدها به ۲۱۵ رسید. سپس، نگارندگان با توجه به ماهیت و ارتباط مفهومی این ۲۱۵ کد، به مقوله‌بندی آن‌ها در مرحله اول کدگذاری محوری پرداختند. با توجه به اینکه کشف راهکارها و ضرورت‌های برون‌رفت از چالش‌های ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مدنظر این تحقیق بود، زیرمقوله‌های این تحقیق (راهکارها و ضرورت‌ها) بر اساس زیرمقوله‌های تحقیق قبلی (چالش‌ها) و نظیر به نظیر آن‌ها در ۷ زیرمقوله استخراج شده است. نمونه‌ای از کدهای باز و زیرمقوله‌ها در جدول شماره ۱ ارائه شده است.

جدول شماره ۱. نمونه‌ای از کدگذاری و استخراج زیرمقوله‌ها

زیرمقوله‌ها	کدهای باز
رفع کاستی‌های اصول دادرسی عادلانه	- پذیرش دستور موقت در حقوق کیفری - پیش‌بینی نظارت استصوابی دادستان - تصریح به شمول تدابیر بر مرحله قبل از وقوع جرم - الزام به بازبینی‌های دوره‌ای
تعیین ملاک به‌جای تعریف مفاهیم	- عدم امکان تعریف از مفاهیم و عدم ضرورت آن - پیشنهاد تعریف به مصداق (تمثیلی) - پیشنهاد ارایه ملاک‌هایی برای بازشناسی مفاهیم - پیشنهاد تبیین معنای الفاظ و مفاهیم - پیشنهاد واگذاری تعیین مصداق منافع عمومی به تفسیر قضایی
احراز خطر بر مبنای پیش شرط‌های مقرر	- احراز خطرناکی با بررسی امکان عواقب مضر و منفی یک فعالیت بر سلامتی، امنیت یا سایر منافع عمومی جامعه - احراز خطرناکی مبتنی بر فرضیات جدی علمی در رابطه علی و معلولی - احراز خطرناکی بر مبنای ارزیابی و اطمینان از اطلاعات در دسترس - ارجاع امر به کارشناسان و متخصصین (با لحاظ طریقت داشتن نظریات

	آن‌ها)
شناسایی اصل حسن‌نیت	■ عدم توجه کافی به اصل حسن‌نیت در حقوق کیفری ■ جهل به عیب حقوقی مشابه جهل بازپرسان و دادستان‌ها به وقوع یا عدم وقوع خطرات ■ ضرورت شناساندن حسن‌نیت قضات و انجام تکلیف ایشان در راستای هدف مشروع پاسداشت منافع عمومی ■ نیاز به به نقش والای حسن‌نیت در حقوق کیفری
رعایت معیارهای تناسب و ضرورت	■ ترجیح هرکدام از حقوق و آزادی‌ها یا منافع عمومی با وزن و اهمیت بیشتر ■ به‌کارگیری تدابیر پیشگیرانه در مواقع ضروری ■ مرجع دانستن منفعت واقعی تمام اعضای جامعه ■ الزام‌آور بودن و مجاب‌کنندگی کافی برای کاربست تدابیر پیشگیرانه ■ احراز ضرورت بر مبنای یک نیاز مبرم اجتماعی ■ وجود معیارهای تناسب و ضرورت در ساختار متن ماده ۱۱۴ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲
پیش‌بینی راهکارهای اجرایی مؤثر	■ جرم‌انگاری عدم اجرای تدابیر پیشگیرانه از سوی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی ■ ضرورت تعیین نحوه اقدام مقامات قضایی در مواجهه با تعهد ذی‌نفعان در رفع خطر ■ مشروط نمودن رفع اثر از تدابیر پیشگیرانه به انجام اقداماتی نظیر الزام به رفع خطر و برطرف نمودن ایرادات و نواقص یا الزام به تمهید مقدماتی که باعث حصول اطمینان از غیرمعجرمانه بودن ادامه فعالیت‌هاست، یا اخذ تعهد یا تضامین مشخص.
برقراری تعادل بین تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز و توسعه اقتصادی	■ ضرورت برقراری تعادل به شیوه‌ای منطقی ■ فدا نشدن هیچ‌یک از منافع عمومی و اقتصاد به‌لحاظ رسالت مهم هر دوی آنها ■ ضرورت برآورد خطرها و هزینه‌های اقتصادی و تصمیم‌گیری حسب آن ■ مکلف نمودن بنگاه‌های اقتصادی، مراکز تجاری، کارخانجات تولیدی و امور خدماتی به پیشگیری از ایراد ضرر و ورود خسارت ■ انتخاب تدابیر پیشگیرانه متناسب با شرایط عادی و شرایط فورس‌ماژور

۳. یافته‌ها

یافته‌های حاصل از تحلیل محتوای استقرایی مصاحبه‌ها نشان می‌دهد، پذیرش دستور موقت در

امور کیفری، پیش‌بینی نظارت استصوابی دادستان، تصریح به شمول تدابیر بر مرحله قبل از وقوع جرم، الزام به بازبینی‌های دوره‌ای می‌تواند جبران‌گر کاستی‌های دادرسی عادلانه در ماده مذکور باشد. تعیین ملاک به جای تعریف مفاهیم، احراز خطر بر مبنای پیش شرط‌های مقرر، شناسایی اصل حسن نیت، رعایت معیارهای تناسب و ضرورت، برقراری تعادل بین برقراری تعادل بین تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز و توسعه اقتصادی از جمله راهکارها و ضرورت‌هایی است که نظام تعقیب کیفری را در برون‌رفت از چالش‌ها یاری می‌رساند.

۳-۱. راهکارها و ضرورت‌های تقنینی

کاستی‌های اصول دادرسی عادلانه، به کارگیری مفاهیم انتزاعی مبهم، نبود شاخصه‌های اساسی در احراز خطرناکی از چالش‌های موجود در قلمرو تقنینی است. راهکارها و ضرورت‌های زیر در راستای برون‌رفت از هرکدام از چالش‌های مذکور به شرح ذیل معرفی و ارائه می‌گردد.

۳-۱-۱. رفع کاستی‌های اصول دادرسی عادلانه

۳-۱-۱-۱. پذیرش دادرسی فوری و دستور موقت در امور کیفری

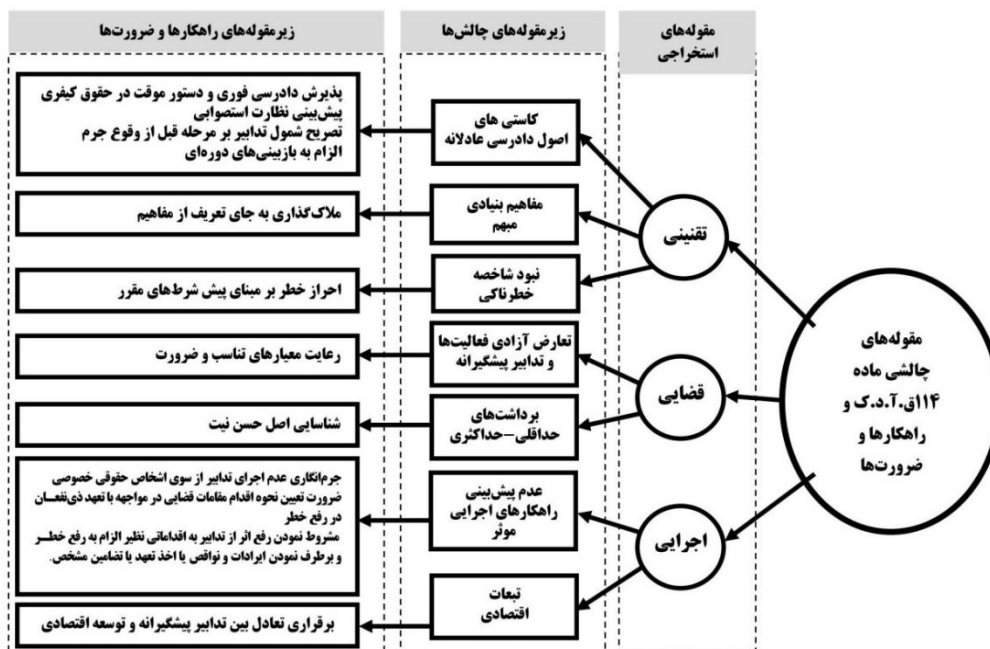
تدابیر پیشگیرانه‌ای که در پاسداشت منافع عمومی اتخاذ می‌شود، در ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، به عنوان «تصمیم» معرفی شده است. در برخی قوانین و مقررات، به عنوان «قرار»^۱، «تدابیر» و یا «دستور» نام برده شده است.^۲ در تعدادی از موارد، هرگونه تعبیری به کار گرفته نشده است.^۳ چالش و دشواری، تنها به تفاوت در تعبیر محدود نمی‌شود، بلکه خلأ یک شیوه رسیدگی خاص احساس می‌گردد.

۱. تبصره ماده ۱۰۵ قانون کار

۲. در بند ۴ ماده ۲ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه به «تدابیر پیشگیرانه» تصریح و در بند ۵ آن، از صدور «دستور» توقف اقدامات در چارچوب ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری نام برده است.

۳. از جمله ماده ۶۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری، صرفاً از عنوان «توقیف» نام برده است، بدون آنکه مشخص کند، ماهیت آن «تصمیم» است یا «دستور» یا «قرار».

شکل ۱. مدل مفهومی آسیب‌شناسی ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و راهکارها و ضرورت‌ها



پذیرش «دادرسی فوری» و اعطای اختیار صدور «دستور موقت» به کنشگران نظام تعقیب کیفری در پیشگیری از فعالیت‌های مخاطره‌آمیز نسبت به منافع عمومی، می‌تواند در رفع این چالش و جبران خلأ پیش‌گفته مؤثر باشد. نظیر دادرسی فوری و دستور موقت در امور حقوقی^۱، در رسیدگی‌های کیفری نیز ضرورت دارد، در صورتی که حسب قرائن معقول و ادله مثبته احراز گردد که ادامه یک فعالیت، متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای است که مضر به سلامت، محل امنیت جامعه و یا نظم عمومی باشد، تدابیری فوری به منظور متوقف نمودن تمام یا بخشی از فعالیت موردنظر اتخاذ گردد. غالب حقوق‌دانان و قضات مصاحبه‌شونده، به‌طور صریح یا ضمنی، بر لزوم فوریت در رسیدگی در این موارد تأکید داشتند و به‌ویژه، اهمیت آن را در فرایند متوقف ساختن فعالیت‌های متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه و مضر به منافع عمومی (به‌لحاظ احتمال ورود آسیب‌های سنگین و خسارات

۱. ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی به دادگاه اجازه داده است در اموری که تعیین تکلیف آنها فوریت دارد به درخواست ذی‌نفع، «دستور موقت» صادر کند. مطابق ماده ۳۱۶ قانون یادشده، دستور موقت ممکن است دایر بر توقیف مال یا انجام عمل یا منع از امری باشد

غیرقابل جبران)، دوچندان دانستند^۱. با توجه به مراتب فوق، پذیرش فوریت در صورت وجود دلایل کافی حاکی از احتمال مجرمانه بودن اعمال ارتكابی و به رسمیت شناختن «دستور موقت» در امور کیفری ضروری به نظر می‌رسد. همچنین نام‌گذاری این تأسیس حقوقی بر تمامی تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز کیفری (تدابیر موردی و عام) چالش اختلاف در تعابیر را برطرف می‌نماید.

۳-۱-۱-۲. پیش‌بینی نظارت استصوابی دادستان

دادستان در ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، صرفاً از تدابیر اتخاذی بازپرس، مطلع می‌گردد و در نفس عمل دخالتی ندارد. در چندین مصاحبه (به‌طور مشخص، مصاحبه‌های انجام‌گرفته با برخی دادستان‌ها و بازپرسان)، با مضامینی مشابه اظهار داشتند که صرف اطلاع‌رسانی به دادستان از سوی بازپرس، اثرگذار نیست. دادستان باید بتواند موافقت یا مخالفت خود را اعلام کند. یک حقوقدان و استاد دانشگاه هم اظهار داشت: «... به عقیده اینجانب، نظارت در معنای واقعی کلمه و واجد اثر، نظارت استصوابی است، حتی می‌توان با وجود استقلال مقام بازپرس، در این مورد خاص، تشخیص دادستان برای بازپرس، الزامی در نظر گرفته شود و فرض حدوث اختلاف عقیده بین دادستان و بازپرس منتفی گردد؛ نظیر برخی موارد مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری مثل ماده ۲۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری^۲».

۳-۱-۱-۳. تصریح به شمول تدابیر بر مرحله قبل از وقوع جرم

در این موضوع که ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، تنها ناظر به جلوگیری از تداوم جرمی است که به طور کامل ارتکاب یافته یا فعالیت‌هایی را که هنوز از آن‌ها جرم تامی، منتج نشده است شامل می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. یکی از روسای حوزه قضایی شهرستان... در مصاحبه بیان داشته است: «... مشخص نبودن دایره شمول ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و عدم تصریح قانون‌گذار، ما را ناگزیر به تفسیر موسع در کاربست این تدابیر می‌کند. ضروری است با تصریح قانون‌گذار بر شمول ماده مذکور به مرحله قبل از وقوع جرم، این اختلاف نظر پایان یابد» طبق نظر یکی از حقوق‌دانان در مصاحبه انجام‌گرفته: «ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، اقدامی پیش‌دستانه برای حفظ منافع عمومی است و اساساً فلسفه وضع ماده مذکور، کاربست آن در مرحله

۱. پیشنهاد به رسمیت شناختن دستور موقت در امور کیفری، هم‌چنین از سوی آقای محمد اسماعیلی در رساله دکتری ایشان با عنوان «عدالت پیشگیرنده» ارائه شده است.

۲. «کفالت شخصی پذیرفته می‌شود که ملالت او به تشخیص بازپرس برای پرداخت وجه الکفاله محل تردید نباشد. چنانچه بازپرس ملالت کفیل را احراز نکند، مراتب را فوری به نظر دادستان می‌رساند. دادستان موظف است در همان روز، رسیدگی و در این باره اظهار نظر کند. تشخیص دادستان برای بازپرس الزامی است...».

پیش از ارتکاب جرم است. عبارت «ادامه این فعالیت، متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای باشد...» در ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تعبیر «قریب الوقوع بودن» در ماده ۲ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه مصوب ۱۳۹۷ و «وضعیت‌های خطرناک» در ماده ۱۵ آن، این عقیده را تقویت می‌کند. با توجه به اینکه اختلاف نظرها در این موضوع، منجر به رویه‌های عملی و قضایی متفاوت و متعارض می‌گردد، ضرورت دارد، قانون‌گذار به این مهم توجه نموده و بر شمول این تدابیر به مرحله قبل از وقوع جرم تصریح کند.

۴-۱-۱-۳. الزام به بازبینی‌های دوره‌ای

حقوق دانانی که با آن‌ها مصاحبه انجام گرفته، بر ضرورت بازبینی دوره‌ای تأکید داشته و معتقد بودند از آنجایی که تدابیر پیشگیرانه مصرح در ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، قهرآمیز و محدودیت‌زا می‌باشند، باید موقتی بوده و در فواصل زمانی مشخص بازبینی شود، عقیده مذکور از سوی دادستان‌ها و بازپرسان مصاحبه‌شونده نیز (با وجودی که این الزام، تکلیف مضاعفی را بر آنان تحمیل می‌کند) بازگو شده و به اتفاق، معتقد بودند، این امر باید از یک سو به عنوان حقی در مطالبه بازبینی از سوی ذی‌نفع و هم به عنوان تکلیفی برای مقام اتخاذکننده این تدابیر پیش‌بینی شود. ابقای تدابیر مذکور باید مستند به ادله، مستندات و بیان ضرورت‌ها بوده و به متضرر از این تدابیر، ابلاغ و حق اعتراض به وی اعطا گردد. ضرورت بیان ادله و مستندات (چه در زمان کاربست تدابیر و چه در زمان بازبینی؛ خواه منجر به رفع اثر از تدابیر شود یا ابقا گردد) بر معیار شفافیت مبتنی است. شفافیت پیش از آنکه معیاری ماهوی باشد، معیاری شکلی است که نقش تضمینی را در عالم حقوق کیفری ایفا می‌کند. به تعبیر پروفیسور دیویس: «شفافیت، دشمن طبیعی خودسری‌ها است و به گونه‌ای طبیعی علیه عدالتی مبارزه می‌کند»^۲ (دیویس^۳، ۱۹۶۹: ۹۹). بر اساس معیار شفافیت، مقام تصمیم‌گیرنده باید دلیل قانع‌کننده‌ای برای تصمیم خود داشته باشد تا مشخص گردد بر اساس چه

۱. ماده ۲: «دادستان هر حوزه قضایی مکلف است در صورت عدم اجرا یا نقض حقوق عامه یا قریب الوقوع بودن آن، حسب مورد اقدامات زیر را انجام دهد...».

ماده ۵: «در صورت اطلاع دادستان شهرستان یا مرکز استان از وضعیت‌های خطرناک از قبیل نگاهداری و توزیع کالای فاسد یا تاریخ گذشته، عدم توجه به بهداشت و سلامت عمومی، آسیب‌های وارده به محیط زیست، گودبرداری‌های فاقد ایمنی در معابر و جاده‌ها و بناهای فرسوده، عدم رعایت مقررات ایمنی در امور حمل و نقل و اجرای طرح‌ها و پروژه‌های عمرانی، موظف است به دستگاه‌ها یا اشخاص مسئول جهت انجام وظایف قانونی آن‌ها برای رفع خطر، در صورت اقتضا تذکر و اخطار دهد یا اقدام لازم قانونی به عمل آورد».

2. Openness is the natural enemy of arbitrariness

3. Davis

دلایل و مستندات، تصمیم مورد بحث را اتخاذ نموده است (مشهدی و دیگران، ۱۳۹۸). طبق مفاد ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، بازپرس مکلف است ادله یادشده را در تصمیم خود قید کند. منظور از ادله یادشده، ادله مثبت‌ای است که بازپرس بر اساس آن‌ها و سایر قراین معقول، احراز می‌کند که ادامه فعالیت یک شرکت تجاری یا امور خدماتی یا تولیدی و... متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای است که مضر به سلامت، مخل امنیت جامعه یا نظم عمومی است. ذکر ادله و مستندات در زمان بازبینی تدابیر پیشگیرانه نیز ضرورت دارد.

۳-۱-۲. سایر راهکارها و ضرورت‌های تقنینی

۳-۱-۲-۱. تعیین ملاک به جای تعریف مفاهیم

عدم وجود معیار تشخیص و تعریفی دقیق از منافع عمومی باعث شده است تا در قوانین کیفری اغلب کشورها برای تعیین جرایم علیه منافع عمومی و مصادیق آن فصل جداگانه و مجزایی اختصاص داده نشود (صابر و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۱۹) در تحقیقی که از سوی پژوهشگاه قوه قضائیه انجام گرفته است، در مجموع، وضعیت پانزده کشور (که عمدتاً عضو اتحادیه اروپایی هستند) و نیز کشورهای همچون آمریکا، ترکیه، مجارستان، عراق، استرالیا و... مورد بررسی قرار گرفته است. مطالعات انجام‌شده حاکی از آن است که وضعیت کشور مجارستان، متفاوت از سایر کشورها است. در نظام حقوقی مجارستان، چند مصداق مشخص از منافع عمومی نام برده شده است. سایر کشورها، این مفهوم را تعریف نکرده و مصادیقی نیز برای آن تعیین نکرده‌اند. با استقراء از بررسی‌های انجام شده، چنین نتیجه گرفته شده است که در بیشتر کشورها، مفهوم و مصادیق منافع عمومی مشخص نشده است. در مصاحبه‌های انجام گرفته، عقاید و نظرات مختلفی ارائه شد که پس از جمع‌بندی در چهار گروه تقسیم گردید. نظر تعدادی از مصاحبه‌شوندگان بر آن بود که اساساً ضرورتی به ارائه تعریف از این مفاهیم وجود ندارد، برخی دیگر از صاحب‌نظران نیز با تأکید بر عدم ضرورت تعریف و اساساً عدم امکان این امر، تعریف به مصداق (تمثیلی) و نیز ارائه ملاک‌هایی برای بازشناسی اصطلاح‌های مذکور از مفاهیم مشابه را امکان‌پذیر دانستند. گروه سوم، با اذعان به دشواری‌های امر، تبیین معنای الفاظ و مفاهیم را لازمه فهم و اجرای تکلیف ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری دانستند. گروه چهارم، بر واگذاری تعیین مصادیق منافع عمومی به تفسیر قضایی، عقیده داشتند. بدین ترتیب، از آنجایی که مفهوم منافع عمومی قابل تعریف نیست (زیرا از یک جامعه و زمان به جامعه و زمان دیگر متفاوت است) و همچنین از اساس، چهارچوب‌پذیر نیست (زیرا عناصر مادی مشخصی در یک زمان و مکان مشخص ندارد)، در نتیجه نمی‌توان تعریف جامعی از منافع عمومی ارائه کرد، اما ارائه و تعیین ملاک‌ها و معیارهایی برای تشخیص منافع عمومی و مصادیق آن در قلمرو حقوق کیفری،

راهکار مؤثری برای برون‌رفت از این چالش بوده و مانع از تفاسیر مختلف و متعارض خواهد گردید. با این توضیح که منافع عمومی در قلمرو حقوق کیفری شامل منافع باشد که از طریق جرم‌انگاری و اعمال مجازات مورد حمایت مقنن کیفری قرار باشد. هر چند تمام مواردی که در حوزه حقوق عمومی، منافع عمومی محسوب می‌شوند، در حقوق کیفری نیز به‌عنوان منفعت عمومی شناخته می‌شوند، لیکن آنچه دایره شمول این مفهوم را در حقوق کیفری مقید و محدود می‌کند، تعیین ضمانت‌اجرای کیفری توسط قانون‌گذار است. از این‌رو می‌توان گفت در حقوق کیفری آن دسته از منافع عمومی مدنظر هستند که هر گونه تجاوز و تعرض به آن‌ها موجب ایجاد خطر بالقوه و یا بالفعل برای عموم افراد جامعه و حقوق و منافع آن‌ها می‌گردد و عکس‌العمل نظام کیفری، در مرحله قبل از وقوع جرم از طریق کاربست تدابیر کنشی (نظیر تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز مندرج در ماده ۱۱۴) و در صورت وقوع جرم با واکنش کیفری و تعیین مجازات همراه خواهد بود.

۳-۱-۲-۲. احراز خطر بر مبنای پیش‌شرط‌های مقرر

معیارهای واحد و تثبیت‌شده‌ای در قوانین و مقررات ایران در احراز آسیب‌زایی وضعیت‌ها و خطرناکی فعالیت‌ها نسبت به منافع عمومی، به چشم نمی‌خورد؛ تخصصی بودن این تشخیص و ارجاع امر به کارشناسان و متخصصان مربوطه نیز بر دشواری‌های آن افزوده است. برخی از مصاحبه‌شوندگان به بیان تعاریفی از خطر پرداخته و سعی بر آن داشتند تا از این تعاریف، به معیارها و شاخصه‌هایی دست یابند^۱. بنا به اظهار یکی از صاحب‌نظران در مصاحبه انجام گرفته با وی: «... تعریف خطر هر چه باشد، احراز خطرناکی مستلزم آن است که بتوانیم به خطر احتمالی اشاره نماییم. یعنی به امکان عواقب مضر و منفی آن برای سلامتی یا امنیت یا سایر منافع عمومی جامعه. به‌عنوان مثال محصول غذایی حاوی موجودات تغییر ژن‌یافته (تراریخته) تا زمانی که نتوان از امکان تاثیر مضر آن بر سلامتی سخن گفت، نمی‌تواند خطرناک تلقی گردد^۲. همچنین در مورد رابطه علت و معلولی

۱. خطر، شرایطی است که دارای پتانسیل صدمه به افراد، آسیب‌رسانی به تجهیزات، از بین بردن مواد یا کاهش کارایی در انجام یک عمل از پیش تعیین‌شده باشد؛ خطر، واقعه‌ای ناگوار است که با تهدید تمامیت جسمانی یا دارایی، خارج از حیطه اقتدار و پیش‌بینی افراد رخ می‌دهد. بند الف ماده ۳ قانون مدیریت بحران ۹۸/۶/۴، «مخاطره» را پدیده طبیعی یا کنش انسانی (به جز موارد نظامی - امنیتی و اجتماعی) تعریف می‌کند که در صورت وقوع در محیط یا جامعه آسیب‌پذیر می‌تواند تبدیل به یک بحران و حادثه خسارت‌بار شود و طبق بند ت ماده پیش‌گفته، «خطر»، مقدار یا اندازه خسارات انسانی و مادی احتمالی، در صورت وقوع یک مخاطره در جامعه آسیب‌پذیر است.

۲. به همین دلیل در خصوص خطر مصرف محصولات تراریخته و دستکاری شده ژنتیکی، اختلاف‌نظرهای زیادی وجود دارد و اعتقاد غالب بر این است که چون هنوز به‌طور صد درصد خطراتش تأیید شده نیست، بی‌ضرر است.

نصب دکل‌های مخابراتی و ابتلا به سرطان (که هم اکنون در بین مردم جامعه، متصور است)، تا زمانی که وجود این رابطه علی و معلولی بر فرضیات جدی علمی مبتنی نگردد، نمی‌تواند به‌عنوان یک اقدام یا فعالیت خطرناک از سوی مخابرات، تلقی شده و محدودیت یا موانعی در نصب دکل‌ها ایجاد کند.» یکی از مصاحبه‌شوندگان ضمن اشاره به حادثه آتش‌سوزی ساختمان پلاسکو، معتقد بود، هرچند ارائه ملاک‌ها و شاخصه‌های احراز خطرناکی از طرف قانون‌گذار ضرورت دارد، ولی در برخی موارد، اطلاعات دریافتی به وضوح بر وجود خطر دلالت می‌کند: «... با ملاحظه مفاد مکاتبه سازمان آتش‌نشانی و خدمات ایمنی وقت تهران^۱، آنچه مخاطب را شگفت‌زده و متعجب می‌کند، این است که آیا عباراتی واضح‌تر از تعابیر مندرج در این مکاتبه، در وصف خطرناکی یک وضعیت می‌تواند وجود داشته باشد، در حالی که هیچ تدبیر پیشگیرانه‌ای اتخاذ نشد.^۲ در مورد برج میلاد هم این هم دل‌نگرانی وجود دارد.^۳»

در پاسخ‌های دریافتی از مصاحبه‌شوندگان درخصوص این سؤال که کنشگران نظام تعقیب کیفی

۱. سازمان آتش‌نشانی و خدمات ایمنی وقت تهران در بخشی از مکاتبه شماره ۵۰۲-۱۱-۹-۸۱ مورخ ۱۳۸۱/۹/۱۷ خطاب به بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی چنین آورده است: «... با توجه به بررسی‌های به عمل آمده، بسیاری از ساختمان‌های تحت تملک آن بنیاد محترم از لحاظ پتانسیل‌های ایمنی در وضعیتی بسیار نابسامان و بس خطرناک می‌باشند که در صورت عدم اقدامی عاجل در رفع نایمنی‌های آنها، این نگرانی وجود دارد که خدا ناکرده فاجعه‌ای تأسف بار به وقوع بپیوندد. نمونه بارز آن ساختمان‌های پلاسکو و آلومینیوم می‌باشند که با توجه به شرایط بسیار حساس آنها با توجه به قدمت ساختمان، تعداد طبقات، تعداد واحدها، متصرفین و مراجعین، عدم رعایت مسایل ایمنی و فقدان تجهیزات تدافعی، هر آن در معرض خطر آتش‌سوزی قرار دارند.»

۲. فاجعه هولناک آتش‌سوزی و فروریزی ساختمان پلاسکو به عنوان یکی از غم‌انگیزترین حوادث در ۳۰ دی‌ماه ۱۳۹۵ رخ داد و با مرگ دلخراش آتش‌نشانان و شماری دیگر از هم‌وطنان به همراه خسارات مالی سنگین، رویدادی تلخ را در تاریخ کشور ثبت کرد.

۳. برج میلاد به عنوان ششمین برج بلند مخابراتی جهان است که مواردی نظیر قرار گرفتن روی گسل، تجمع آب در پی این برج، آن را تهدید می‌کند. اصل کاربری این سازه با هدف رفع نیازهای مخابراتی و تلویزیونی تهران بوده که بعدها با ایجاد امکانات و فضاهای گردشگری، تجارتي و فرهنگی رستوران، موزه، واحدهای تجاری و نمایشگاهی به جاذبه گردشگری تبدیل شده است، این در حالی است که موضوع تعمیر و نگهداری آن جدی گرفته نشده است، در حالی که می‌تواند تبعات گسترده اقتصادی، جانی و ... به همراه داشته باشد. در مصاحبه با سیدرضا میرصادقی، مجری پروژه برج میلاد با تأیید این موضوع اظهار داشت: «متأسفانه سال‌هاست بهره‌برداری و نگهداری از برج به شکل غیرتخصصی درحال انجام است. از سال گذشته هشدار داده‌ام باید نگاه تخصصی‌تری به این مسئله شود و حوزه بهره‌برداری توسط کارگروه تخصصی و فنی صورت بگیرد. می‌توانم بگویم که سال‌هاست تقریباً از هیچ تیم فنی و تخصصی به همکاری جدی دعوت نشده است.»

در احراز و تشخیص خطر چگونه باید اقدام کنند؟، چند پیش شرط دریافت و استخراج گردید: اول آنکه مقامات قضایی باید از اطلاعاتی که در دسترس آن‌ها قرار می‌گیرد، اطمینان حاصل کنند. بنا به تعبیر یکی از مصاحبه‌شوندگان: «... به محض انتشار یک خبر و یا گزارش راجع به هم‌زمانی یک حادثه مربوط به سلامتی و مصرف یک ماده غذایی، بلافاصله نمی‌توان بر خطرناکی ماده غذایی نظر داد و تبعاً در این شرایط، نباید در اتخاذ تدابیر پیشگیرانه عجله کرد» دوم، ارجاع امر به کارشناسان و متخصصین با توجه به اینکه نظریات ایشان برای قاضی طریقت دارد نه موضوعیت، فی‌نفسه مفید و حتی در برخی موارد ضروری خواهد بود. زیرا در قوانین و مقررات متعددی، تشخیص و احراز خطر وقوع جرم یا خطر فعالیت‌های تهدیدکننده منافع عمومی به کارشناسان و مأموران همان حوزه واگذار شده است. به‌عنوان نمونه در تبصره ۱ ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات، تشخیص اینکه اقدام یا فعالیتی، تهدید علیه بهداشت عمومی و آلودگی محیط‌زیست شناخته شود، حسب مورد بر عهده وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان محیط‌زیست قرار گرفته است. در تقویت نظرات دریافتی فوق و راهکارهای ارائه شده، اشاره به دستورالعمل آیین‌نامه اتحادیه اروپا^۱ خالی از فایده نخواهد بود. ماده ۷ آیین‌نامه مورد اشاره، احراز خطرناکی فعالیت‌ها را به «ارزیابی اطلاعات در دسترس» منوط می‌نماید. به عبارت دیگر، به ارزیابی موثق بودن اطلاعات^۲ مذکور توسط مرجعی علمی می‌پردازد. از نظر این آیین‌نامه یک ریسک شناخته‌شده را می‌توان به‌عنوان امری تعریف نمود که قابلیت تولید خطری را دارد که پیشامد آن خطر توسط یک فرضیه جدی، ارزیابی و توسط اطلاعات موثقی (که اگرچه هنوز از لحاظ علمی ثابت نشده‌اند)، حمایت می‌گردند. نحوه دسترسی به این اطلاعات می‌تواند از طریق ارجاع به کارشناس و متخصص صورت گیرد^۳. با توجه به مراتب اعلامی و از آنجایی که هدف از

۱. کمیسیون اروپا «پیشنهاد آیین‌نامه‌ای را به پارلمان و شورای اروپایی ارائه داد که این آیین‌نامه اصول کلی در خصوص قانون‌گذاری مواد غذایی را ایجاد نموده، یک نهاد اروپایی مواد غذایی تأسیس کرده و نیز آیین مربوط به امنیت محصولات غذایی را مشخص می‌نماید. نتیجه‌ی حاصله تصویب نهایی یک متن است: آیین‌نامه‌ی اتحادیه اروپا شماره ۱۷۸/۲۰۰۲ مربوط به پارلمان و شورای اروپا به تاریخ ۲۸ ژانویه ۲۰۰۲ (محمد زاده وادقانی و دیگران، ۱۳۹۵).

۲. متون حقوقی اتحادیه‌ای و بین‌المللی، واژه‌های گوناگونی را در خصوص مفهوم «اطلاعات موثق» به کار بسته‌اند: «شواهدی که این تلقی را می‌رساند که آثار محتمل بر سلامتی ... ممکن است خطرناک باشند ...»، «اطلاعات موثق موجود»، «اخبار در دسترس» که این موارد حکایت از کلیتی مشترک دارد.

۳. تبصره ۲ ماده دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه در این زمینه مقرر می‌دارد: «در مواردی که طریق خاصی در قانون جهت احراز وضعیت‌های فوق (وضعیت‌های خطرناک) مقرر گردیده، به همان صورت عمل می‌شود والا دادستان عندالاقضاء با ارجاع امر به کارشناس ذیصلاح، اقدام مقتضی را معمول می‌دارد».

کاربست تدابیر پیشگیرانه، کاهش یا دفع خطرها است و در این راستا هر گونه اقدام، منوط به احراز خطرها خواهد بود، ضرورت دارد تا کنشگران نظام تعقیب کیفری ابتدا تلاش و اهتمام جدی در کسب اطلاع، جمع‌آوری و دریافت گزارش‌های موارد منجر به تجاوز به حقوق و منافع عمومی یا قریب‌الوقوع بودن آن داشته باشند.^۱ در مرحله بعد، نسبت به بررسی و ارزیابی صحت یا سقم گزارش‌های واصله و میزان وثوق آن‌ها اقدام نمایند. سپس موضوع را به کارشناس و متخصصان امر ارجاع داده و در صورتی که نظرات ایشان با اوضاع و احوال محقق و معلوم قضیه منطبق باشد، مورد پذیرش قرار داده و در مرحله سوم، به تحلیل، ارزیابی و درجه‌بندی دقیق خطر اقدام نمایند.

۲-۳. راهکارها و ضرورت‌های قضایی

برداشت‌های حداکثری و حداقلی در کاربری تدابیر پیشگیرانه و تعارض اقتضائات پاسداشت منافع عمومی با حقوق و آزادی‌ها از مهم‌ترین چالش‌های پیش‌روی کنشگران نظام تعقیب کیفری است. در مقابل، راهکارها و ضرورت‌های زیر بیان می‌گردد.

۱-۲-۳. شناسایی اصل حسن‌نیت

فشارهای دو سویه جامعه ناشی از عدم قبول خطرها از یک‌سو و عدم پذیرش محدودیت‌ها از سوی دیگر، منجر به افراط و تفریط در کاربری تدابیر پیشگیرانه شده است. از مصاحبه‌شوندگان پرسیده شد که از نظر ایشان راهکارهایی از فشارها چیست، به اتفاق، بر این نکته تأکید داشتند که مقامات قضایی، صادقانه و در کمال حسن‌نیت به وظیفه قانونی خود عمل کرده و هیچ نفع شخصی را دنبال نمی‌کنند. بنا به اظهار یکی از ایشان: «شناساندن این نیت صادقانه به عموم جامعه ضرورت دارد.» دیگری به مقایسه حسن‌نیت در امور حقوقی و خلاص آن در امور کیفری پرداخته و اظهار داشته: «حسن‌نیت، مترادف جهل به عیب حقوقی است که شخص با جهل به آن، عملی را انجام می‌دهد. بازپرسان و دادستان‌ها نیز به نوعی جاهل به وقوع یا عدم وقوع خطراتی هستند که درخصوص آن‌ها تدابیر پیشگیرانه را اتخاذ می‌کنند، اما در کمال حسن‌نیت و در راستای هدف مشروع پاسداشت منافع عمومی به تکلیف خود عمل می‌نمایند.» یکی از حقوق‌دانان مصاحبه‌شونده به ضرورت شناسایی

۱. اعلام گزارش یا طرح شکایت و اقامه دعوا از سوی مقامات، کارکنان و مأموران نهادهای عمومی مربوطه، گزارش‌های ضابطین، اخبار و اطلاعات مردمی، موارد اعلامی از سوی سازمان‌های مردم‌نهاد (که اساسنامه آن‌ها در زمینه محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و سایر منافع عمومی جامعه است)، از جمله منابع کسب اطلاع نظام تعقیب کیفری در خصوص وضعیت‌های آسیب‌زا یا فعالیت‌های مخاطره‌آمیز به منافع عمومی است. تسهیل این امر از طریق تقویت سامانه‌هایی با قابلیت دسترسی سراسر کشور نظیر سامانه سجام و نیز استفاده بیشتر از ظرفیت‌های قانونی ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری میسر خواهد بود.

بیشتر اصل حسن نیت توجه نشان داده است: «... هرچند به اصل حسن نیت در حقوق کیفری توجه کافی نشده است، اما این رویه نمی تواند تداوم یابد؛ زیرا امروزه بیش از پیش به نقش والای حسن نیت در حقوق کیفری، احتیاج است» صاحب نظر دیگری اظهار داشته است: «... حتی با فرض حسن نیت مقامات قضایی و تلاش برای اتخاذ تصمیم منصفانه، بسیار محتمل است که مثلاً دو دادستان در یک شهر یا دادستان های شهرهای مختلف، تصمیمات متفاوتی اتخاذ کرده باشند. در عین حال، در سیاست های کیفری باید وحدت رویه وجود داشته باشد». با توجه به فحوای کلام مصاحبه شوندگان، به نظر می رسد برای رهایی کنشگران نظام تعقیب کیفری از فشارهای دوسویه، شناسایی «اصل حسن نیت»^۱ در این حوزه راه گشا باشد؛ حسن نیت^۲، شامل اعتقاد درست و مشروع، فقد طرح فریب یا دنبال نمودن یک امتیاز نامشروع است. حسن نیت، بیانگر رفتار صادقانه و شرافتمندانه است که با معیار اخلاقی ارزیابی می شود (گستن^۳، ۱۹۹۳: ۲۲۸) همچنین حسن نیت مبین حالت ذهنی دلالت کننده بر آرمان صحیح نسبت به وظیفه یا تعهد در یک شخص است (Law Dictionary: 693). برای تحقق حسن نیت، چهار شرط احراز شده است؛ صداقت، پی گیری یک هدف مشروع، وجود تناسب و رعایت احتیاط^۴. بر طبق راهنمای سیاست گذاری نماینده دادستان، دادستان باید از اختیارات خود منصفانه، بی طرفانه، با حسن نیت و با توجه به بالاترین استانداردهای اخلاقی استفاده کند^۵. در سیستم های حقوقی مختلف از اصول و معیارهای متعددی جهت سنجش میزان قانونی بودن تصمیماتی که مقامات در حیطه صلاحیت و اختیارات خود اتخاذ می کنند، استفاده می شود. یکی از مهم ترین این معیارها، حسن نیت است^۶ (مشهدی و دیگران، ۱۳۹۸). دادگاه اروپایی حقوق بشر، در آراء خود به کرات بر حسن نیت تأکید نموده و احراز آن را بر معیار مشروع بودن هدف

1. Good will principle

۲. حُسن در زبان عربی، ضِدُّ قُبْح و نقیض آن است. احسان ضِدُّ إِسَاءَة است و حَسَنَة، ضِدُّ سَيِّئَة است. حُسن در لغت به معنای زیبایی است. نیت - از ریشه نَوی بنوی - در لغت به معنای قصد و عزم بر انجام کاری است و ناظر بر جهت دهی نفس به انجام رفتار است. در این زمینه بنگرید: ابن منظور، ۱۳/۱۹۶۸: ۱۱۴؛ الطُّریحی، بی تا/۱: ۴۲۳.

3. Ghestin

۴. از خلال آرای کیفری دیوان تمیز فرانسه، چهار شرط برای تحقق حسن نیت احراز شده است: ۱- حسن نیت پیش از هر چیز مستلزم صداقت است. ۲- وجود حسن نیت معمولاً پی گیری یک هدف مشروع را ایجاب می کند. ۳- برای تحقق حسن نیت باید بین هدف مورد نظر و لطمات و خسارات وارده شده به زیان دیدگان تناسب وجود داشته باشد.

۴- حسن نیت متضمن رعایت نوعی احتیاط است (حبیب زاده و موسوی مجاب، ۱۳۸۴: ۷۴-۷۳).

۵. تاریخ اجرا: یکم مارس ۲۰۱۸.

۶. سایر معیارها مشتمل است بر تناسب، برابری، نفی جانبداری، شفافیت، بیان دلایل و عمل بر اساس خط مشی.

مورد پیگیری، مبتنی دانسته و از آن به عنوان شروط موجه بودن مداخله یاد کرده است. نظارت دادگاه اروپایی حقوق بشر به تعیین این موضوع محدود نمی شود که آیا دولت مورد نظر، صلاحیت خویش را به نحو معقول و با دقت اعمال نموده است یا خیر، بلکه باید مشخص کند که آیا مداخله مزبور در راستای تحقق یکی از اهداف مشروع مندرج در مواد مختلف کنوانسیون (شامل حفظ نظم عمومی، امنیت ملی، رفاه همگانی و...) بوده است یا خیر؟ در انجام این مهم، دادگاه متذکر گردیده که مقامات ملی، تصمیم خود را بر یک ارزیابی معقول و منطقی از واقعیات مربوطه و در راستای پیگیری اهداف مشروع بنا کرده باشند (بیات کمیتی و دیگران، ۱۳۹۵).

۲-۳-۲. رعایت معیارهای ضرورت و تناسب

شاید بتوان گفت، مهم ترین چالش در کاربست تدابیر پیشگیرانه، تعارض اقتضانات پاسداشت منافع عمومی با اصول بنیادین حقوقی است. اصولی که پیش و بیش از هر چیز عهده دار صیانت از حق بر آزادی فعالیت های تولیدی، تجارتی، خدماتی و... بوده و دخالت قوای عمومی در راستای پیشگیری و دفع خطرات احتمالی، لطماتی اساسی به آن وارد خواهد نمود. تعارض مذکور و چالش چگونگی رفع آن، کنشگران نظام تعقیب کیفری را با سردرگمی مواجه ساخته است. یک باز پرس (در مصاحبه انجام گرفته و در پاسخ به این سؤال که ایشان در این موارد، چگونه اقدام می کنند)، چنین پاسخ داده است: «در این شرایط بهتر است بررسی شود کدام یک، با توجه به واقعیات موجود، از وزن و اهمیت بیشتری برخوردارند. تنها، زمانی که منفعت واقعی تمام اعضای جامعه در میان باشد و به کارگیری تدابیر پیشگیرانه به قدر کافی الزام آور و مجاب کننده باشد، می تواند ترازو را به نفع منافع عمومی سنگین تر کند». در مصاحبه دیگر، حقوق دانی اظهار داشت: «... مجریان قانون، در پیشگیری از ضرر و آسیب، ناگزیر باید از برخی اختیارات با صبغه قهرآمیز و البته محدودکننده استفاده کنند. اما از آنجایی که اعمال این اختیارات، به محدود نمودن یا سلب آزادی منجر می شود، باید در مواقع ضروری از آن ها استفاده شود» در پاسخ تعدادی از دیگر مصاحبه شوندگان، این قید قابل استنباط بود که فعالیت هایی که متضمن تهدیدی جدی و ضرری غیرقابل جبران برای منافع اساسی جامعه از قبیل سلامت، امنیت و... به شمار آید، باید موضوع تدابیر پیشگیرانه قرار گیرند و تنها در این گونه موارد است که کاربست تدابیر مذکور ضرورت می یابد». یکی از اساتید دانشگاه و صاحب نظر در موضوع، اظهار داشت: «ساختار ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به گونه ای تنظیم شده است که راه حل رفع تعارض را به خوبی نشان می دهد. ماده مذکور، متضمن یک اصل و یک استثناء است: اصل ممنوعیت متوقف کردن فعالیت های خدماتی و تولیدی و استثنای مشتمل بودن فعالیت های مزبور بر ارتکاب اعمال مجرمانه مضر به سلامت و مخل به امنیت جامعه

و یا نظم عمومی. معیار «ضرورت» در استثنای مذکور، تصریح گردیده است؛ زیرا تمسک به استثنای مقرر در این ماده تنها در صورت تحقق دو شرط قابل توجیه خواهد بود: نخست اینکه به دلالت ادله مثبت و یا دست کم به حسب قراین معقول، ادامه فعالیت های تولیدی یا خدماتی، متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه باشد؛ دوم اینکه اعمال مجرمانه توأم با آن فعالیت ها، مضر به سلامت، مخل به امنیت جامعه و یا نظم عمومی باشد.»

از فحواى اظهارات مصاحبه شوندگان، علاوه بر تأکید بر احراز ضرورت و رعایت این معیار در کاربست تدابیر پیشگیرانه این نکته قابل استنباط بود که در کنار معیار ضرورت، رعایت تناسب نیز حائز اهمیت است. بنا بر عقیده غالب مصاحبه شوندگان، تدابیر پیشگیرانه و اقدامات مقامات قضایی نباید منجر به محدودیتی شود که با نتیجه مورد نظر تناسب ندارد. باید مناسب ترین تدابیر برگزیده و از هرگونه اقدام سخت گیرانه و خارج از ضرورت اجتناب شود. هر قسم خروج از حد ضرورت به عدم تناسب تعبیر خواهد شد. از این رو تدابیر پیشگیرانه نخست باید متناسب با اهداف بوده و دستیابی به آن ها را تسهیل نماید و دوم، کاربست آن ها ضرورت داشته و منجر به محدودیت حداقلی بر حقوق و آزادی ها شود.

رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در این خصوص درخور توجه است. بدین صورت که در پرونده های خود بررسی می نماید که مداخله دولت ها در یکی از حقوق مندرج در کنوانسیون^۱، با هدف تحقق یکی از اهداف مشروع مندرج در آن^۲ متناسب بوده و ضروری به حساب آید. به دیگر سخن، مسئله اساسی آن است که آیا به راستی برای پاسداشت منافع عمومی، مداخله در حقوق و آزادی ها متناسب و ضروری بوده و آیا طرق کمتر محدودکننده ای در دسترس نبوده است. از نظر دادگاه اروپایی، برای احراز این دو معیار، باید مشخص شود که آیا مداخله در حقوق و آزادی ها، به دنبال پاسخ به یک نیاز اجتماعی مبرم صورت پذیرفته است یا خیر (بیات کمیتی و دیگران، ۱۳۹۵). این شیوه برخورد قضات دادگاه اروپایی حقوق بشر می تواند چشم انداز نوینی را فراروی کنشگران نظام تعقیب کیفری و اندیشه ورزان حوزه حقوق کیفری بگشاید. این مقامات، در مواجهه با موارد تعارض بین الزام رعایت حقوق و آزادی فعالیت ها با اقتضائات پاسداشت منافع عمومی، باید بررسی و حصول اطمینان نمایند، کاربست تدابیر پیشگیرانه با هدف مشروع پاسداشت منافع عمومی، متناسب

۱. حق بر احترام به خلوت، زندگی خانوادگی، خانه و مکاتبات؛ حق بر آزادی اندیشه، مذهب و وجدان؛ حق بر آزادی بیان و سخنرانی؛ و حق بر تجمع و گرد همایی
 ۲. شامل حفظ نظم عمومی، امنیت ملی، رفاه همگانی و ...

بوده و از ضرورت کافی برخوردار باشد. معیارهای مذکور در زمان رسیدگی به اعتراض وارده بر تدابیر پیشگیرانه‌ای که با استناد به ماده ۱۱۴ اتخاذ می‌شود نیز کاربرد دارد. در رسیدگی به اعتراض، باید دو مورد مد نظر قرار گیرد: اول آنکه آیا که تدبیر پیشگیرانه صادره، متناسب بوده است؟ دوم، آیا اتخاذ آن ضرورت داشته است یا خیر؟ لازم به توضیح است، معیارهای تناسب و ضرورت، در نظام حقوقی ایران بیگانه نبوده و حتی می‌توان آن‌ها را مبنای بسیاری از مقررات دانست.^۱ با وجود این، معطوف نمودن نگاه قانون‌گذار و کنشگران نظام تعقیب کیفری به این دو معیار، بیش از پیش اهمیت دارد.

۳-۳. چالش‌های اجرایی

جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی از قبیل امور تجاری، کشاورزی، فعالیت کارخانه‌ها، شرکت‌های تجاری و تعاونی‌ها از طریق کاربست تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز دشواری و چالش‌هایی را در مرحله اجرا به بار می‌آورد. پیش‌بینی راهکارهای اجرایی مؤثر از سوی قانون‌گذار و ایجاد تعادل بین محدودیت‌های ناشی از تدابیر پیشگیرانه و توسعه اقتصادی از جمله ضرورت‌ها و راهکارهای ارائه شده است.

۳-۳-۱. پیش‌بینی راهکارهای اجرایی مؤثر

راهکارهای اجرایی ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، چندان روشن نیست. اول آنکه ضمانت اجرای تخلف از تدابیر صادره در این ماده (به‌ویژه در مورد اشخاص حقوقی حقوق خصوصی) مشخص نشده است. دوم، معلوم نیست اگر ادامه فعالیت (تحت شرایط حفاظتی کافی و بدون ارتکاب جرم) امکان‌پذیر باشد، آیا می‌توان از بازپرس درخواست رفع اثر از تدابیر پیشگیرانه را نمود و در صورت رد این تقاضا، تکلیف چیست؟ تمامی مصاحبه‌شوندگان، بر ضرورت پیش‌بینی راهکارهایی که اجرای مؤثر ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را هموارتر کند، تأکید داشتند. از جمله راهکارهای پیشنهادی استخراج شده از متن این مصاحبه‌ها آن بود که همان گونه که در ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) در مورد اشخاص دولتی و مقامات عمومی، ضمانت اجرای قانونی مشخصی در صورت تخلف یا عدم اجرا یا ممانعت از اجرای دستورات مقامات قضایی پیش‌بینی شده است، در مورد اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نیز جرم‌انگاری شود. در مورد نحوه اقدام کنشگران نظام تعقیب کیفری در مواجهه با تعهد ذی‌نفعان در رفع خطر، دادن اجازه ادامه فعالیت به اشخاص و رفع اثر از تدابیر پیشگیرانه می‌تواند مشروط به اقداماتی از قبیل الزام به رفع

۱. اصل ۱۷۱ قانون اساسی؛ ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی؛ تبصره ماده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری و قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسوولیت مدنی.

خطر و برطرف نمودن ایرادات و نواقص یا الزام به تمهید مقدماتی که باعث حصول اطمینان از غیرمجرمانه بودن ادامه فعالیت‌هاست، یا اخذ تعهد یا تضامین مشخص باشد.

۲-۳-۳. برقراری تعادل بین تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز و توسعه اقتصادی

دغدغه رکود فعالیت‌های تولیدی، تجارتي و خدماتی ناشی از محدودیت‌های تدابیر پیشگیرانه قهرآمیز، ازجمله چالش‌هایی است که در مرحله اجرا دیده می‌شود. در پاسخ به این سؤال که راهکار پیشنهادی در رفع این دغدغه چیست، یکی از مصاحبه‌شوندگان اظهار داشته است: «... به نظر می‌رسد، باید به شیوه‌ای منطقی میان آن‌ها تعادل برقرار نمود.» حقوق‌دانی پاسخ داده است: «... نباید هیچ‌یک از این دو مهم، به‌نحو مطلق فدای دیگری شود. زیرا، هر کدام، رسالتی مهم و اساسی را به دوش می‌کشد.» تعدادی از مصاحبه‌شوندگان، بر این اعتقاد بودند که در این زمینه باید خطرها و هزینه‌های اقتصادی آن‌ها برآورد و حسب آن تصمیم‌گیری شود. تحمیل هزینه‌های هنگفت که باعث رکود اقتصادی می‌شود، توجیه‌کننده این تدابیر نخواهد بود. به تعبیر یکی دیگر از مصاحبه‌شوندگان: «... جلوگیری از یک فعالیت اقتصادی ناچیز که مربوط به بخشی کوچک از جامعه است، پاسداشت منافع عمومی محسوب نمی‌گردد تا تبعات منفی حاصل از آن را توجیه نماید» و نیز: «... قضات باید در اعمال صلاحیت خود تدابیری را انتخاب نمایند که کمترین زحمت (کمترین اثر منفی)^۱ را در پی داشته باشد. یکی از استادان صاحب‌نظر، ازجمله راهکارهایی که در کاهش تبعات منفی اقتصادی تاثیر خواهد داشت، را مسئولیت‌پذیری خود بنگاه‌های اقتصادی، مراکز تجارتي، کارخانجات تولیدی و امور خدماتی بر می‌شمرد: «... هرچند تکلیف پیشگیری و کاربست تدابیر در جلوگیری از خطرات احتمالی بر عهده قوای عمومی است، اما وظیفه پیشگیری را باید به تمامی تصمیم‌گیرندگان توسعه داد. منظور از اشخاص اخیر، کلیه کسانی است که قدرت به راه انداختن یا متوقف کردن فعالیتی را دارند که می‌تواند خطری را متوجه دیگران کند. اینجاست که می‌توان وظیفه پیشگیری از تحقق خسارت را متوجه تصمیم‌گیرندگان بخش خصوصی نیز دانست که به‌عنوان مثال در صورت تردید در ایمنی یک فرآورده ملزم باشند آن را از بازار خارج کنند یا پس از عرضه یک کالا، آزمایش‌ها و بررسی‌های متعاقب آن را جهت اطمینان از سلامت تولید، استمرار ببخشند.»

از جمع‌بندی پاسخ‌های مصاحبه‌شوندگان، این نتیجه به دست آمد که برقراری تعادل بین تدابیر پیشگیرانه و اقتصاد، راهکاری است که پیش‌شرط آن مستلزم دو امر است: اول آنکه تکلیف به پیشگیری از خطر، علاوه بر قوای عمومی، برعهده فعالان حوزه اقتصادی نیز

باشد تا نسبت به انجام پروژه‌های اقتصادی دارای خطر خود، احساس مسئولیت کنند. مقررات آیین‌نامه اتحادیه اروپا درخصوص مسئولیت فعالان و بنگاه‌های اقتصادی در پیشگیری از خطر، سه تکلیف را بر می‌شمارد: هوشیاری در برابر خطرهای ناشی از فعالیت‌ها و تولیدات خود^۱؛ اطلاع‌رسانی به مقامات در زمان مظنون شدن به احتمال خطر^۲؛ و به‌کارگیری موازین مناسب در صورت تردید نسبت به یک خطر^۳.

دوم؛ کاربست مرحله‌ای تدابیر پیشگیرانه: انجام این تکلیف بر عهده کنشگران نظام تعقیب کیفری است. تدابیر پیشگیرانه، دارای محتوای مشخص و ثابت نیستند، در پاسخ به یک وضعیت خطرساز، طیفی از اقدامات و تدابیر را دربرگرفته و می‌توانند جنبه فوری یا عادی داشته باشند. تدابیر پیشگیرانه در شرایط عادی و غیرفوری مازور، شامل موازنه تدابیر گوناگون ممکن در مشورت با طرف‌های ذی‌نفع، با احتساب ارزیابی خطر و سایر عوامل قانونی (امکان‌پذیر بودن کنترل خطر، مؤثرترین اقدامات کاهش خطر) و در صورت نیاز، انتخاب تدابیر پیشگیرانه و نظارتی مناسب خواهد بود. در روند مدیریت خطر، همچنین داده‌های اقتصادی و اجتماعی را نیز باید احتساب نمود. به‌عنوان نمونه درخصوص احتمال خطر مصرف یک محصول غذایی باید به فاکتورهایی مثل فایده محصول، اهمیت اقتصادی، امکان حق شخصی مصرف‌کننده و... توجه داشت. در برخی موارد می‌توان صرفاً به مصرف‌کننده هشدار داد و درخصوص احتمال خطر این محصول با حفظ حق آزادی در انتخاب مصرف‌کننده، اطلاع‌رسانی نمود.^۴ چند معیار اساسی، تدابیر ساده اطلاع‌رسانی یا هشدار

۱. هوشیاری در رابطه با خطرناظر به این است که بنگاه‌های اقتصادی در موقعیت تردید نسبت به خطرهای ناشی از استفاده از محصولاتشان قرار گیرند.

۲. بند ۳ ماده ۱۹ آیین‌نامه: «هر فعال بخش مواد غذایی هنگامی که ملاحظه کند یا دلایلی داشته باشد که ماده اولیه غذایی که آن فعال در چرخه بازار قرار داده است ممکن است برای سلامتی انسان مضر باشد، بی‌درنگ مقامات صلاحیت دار را مطلع می‌نماید.»

۳. این موازین می‌توانند جنبه درونی داشته باشند (تغییر فرایند تولید، تغییر طرز تهیه، تغییر ترکیبات و...) یا جنبه بیرونی (اطلاع‌رسانی به عموم، جمع‌آوری یا فراخوانی (مرجوع نمودن) محصولات مورد بحث و...).

۴. در سال ۲۰۰۳ میلادی قانون شماره ۱۸۳۰/۲۰۰۳ Regulation EC N1830/2003 به نام ردیابی و برجسب گذاری ارگانسیم‌های تغییر ژنتیک‌یافته به تصویب اتحادیه اروپا رسید و در سال ۲۰۰۴ میلادی اجرای آن اجباری شد. اطلاع‌رسانی به مصرف‌کننده از طریق برجسب گذاری اجباری و ایجاد یک سیستم ایمنی براساس ردیابی محصولات تراریخته در کلیه مراحل تولید تا مصرف از اهداف مصوبه ی ۱۸۳۰ می باشد. این مصوبه چندین هدف را دنبال می‌کند: ۱- حفظ سلامت انسان، حیوان و محیط زیست ۲- قانونمندسازی و نظارت بر مواد غذایی تراریخته ۳-

را توجیه می نمایند:

۱. خطر مورد نظر قابلیت ایجاد یک زیان شدید یا غیرقابل برگشت را نداشته باشد؛
 ۲. امکان واقعی انتخاب برای مخاطب وجود داشته باشد؛
 ۳. هزینه اقتصادی تدابیر پیشگیرانه در مقایسه با منافع مورد انتظار، غیرمتناسب باشد. (لازم به ذکر است، تدابیر مشتمل بر اطلاع رسانی یا هشدار می تواند همواره در جهت جایگزین شدن با تدابیری که احتمالا الزام بیشتری دارند، تغییر کرده یا اصلاح شود).^۱
- تدابیر پیشگیرانه در شرایط فورس ماژور و فوری، شامل دستور ممنوعیت فعالیت یا توقف ادامه فعالیت بنگاه اقتصادی یا صدور قرار تعطیلی تمام یا قسمتی از کارگاه یا جلوگیری از کار و فعالیت کارخانه و امثالهم خواهد بود.

نتیجه

به دلیل اهمیت منافع عمومی و رشد روزافزون فعالیت های مخاطره آمیز که مهم ترین سرمایه ها و منافع جامعه را مورد هدف قرار می دهند، پاسداشت منافع عمومی بیش از پیش ضروری است. به رغم اهمیت این ضرورت، انجام این وظیفه خطیر، با چالش های اساسی مواجه است. راهکارها و ضرورت های ارائه شده در این تحقیق، مستخرج از مصاحبه های عمیق با صاحب نظران، حقوق دانان و کنشگران نظام تعقیب کیفری (دادستان ها، بازپرسان، دادیاران اظهار نظر، معاونین دادستان و روسای حوزه قضایی)، بوده که اعتبار این راهکارها و ضرورت ها علاوه بر این مصاحبه ها، در برخی از موارد، با تجربیات، رویه و عملکرد سایر نظام های کیفری و سایر اصول حقوقی و قوانین موجود تقویت شده است. به کارگیری این راهکارها و انجام ضرورت ها، می تواند ضمن رفع چالش های موجود، موجبات اصلاح متن ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را فراهم نماید. از این رو پیشنهاد

برچسب گذاری مواد غذایی تراریخته انسان و دام (مهدیزاده و دیگران، ۱۳۹۰) وزارت بهداشت در ایران، تولید کنندگان محصولات را مکلف نموده است تا مصرف کننده را از محصولی که تراریخته شده است، مطلع کنند. همچنین وزارت بهداشت پیگیری می کند که تولید کنندگان برچسپ تراریختگی بر روی محصولات خود را درج نموده باشند.

۱. ماده ۱۰ آیین نامه اتحادیه اروپا: «هنگامی که دلیل موجه برای تردید نسبت به یک ماده ی غذایی یا خوراک حیوانی وجود دارد که دربردارنده ریسک برای سلامتی انسان یا حیوان باشد، مقامات عمومی با توجه به ماهیت، شدت و گستره ریسک، موازین مناسبی را، برای اطلاع مردم از ریسک تهدیدکننده سلامتی شان یا برای شناسایی حتی الامکان کامل تر ماده غذایی انسانی یا خوراک حیوانی یا نوع ماده غذایی یا خوراک حیوانی، اتخاذ خواهند نمود. هم چنین، مقامات عمومی به مردم در خصوص ریسک احتمالی آن مواد و موازین اتخاذی یا در شرف اتخاذ برای پیشگیری، کاهش یا حذف آن ریسک اطلاع رسانی می نمایند».

می‌گردد: در مقوله تقنینی، تدابیر ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، تحت عنوان «دستور موقت» نام‌گذاری گردد، مشروط به آنکه همراه با برطرف کردن کاستی‌های دادرسی عادلانه در این ماده باشد. در این خصوص ضروری است، نظارت مقام قضایی بالاتر (نه صرفاً اطلاع) بر دستور موقت صادره در نظر گرفته شود، شمول ماده ۱۱۴ بر فعالیت‌هایی که هنوز از آن‌ها جرم تامی منتج نشده، اما بیم آن می‌رود که ادامه آنها منجر به ارتکاب جرم شود، نیز تصریح گردد و دستورهای موقت صادره، در فواصل زمانی مشخص، بازبینی و در صورت مرتفع شدن خطر، از آن‌ها رفع اثر شود. ابقای دستور موقت نیز مستند به ادله، مستندات و بیان ضرورت‌ها بوده و به متضرر از این تدابیر، ابلاغ و حق اعتراض به وی اعطا گردد. همچنین ذی‌نفعان نیز چنانچه موجبات رفع اثر از دستور موقت را احراز کنند، بتوانند به مرجع قضایی، اعلام و رفع آن را خواستار شوند. در مقوله قضایی، بر بازشناسی اصل حسن‌نیت و به‌کارگیری معیارهای تناسب و ضرورت تأکید گردد. در مقوله اجرایی، تهیه و تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، برای برون‌رفت از چالش‌های اجرایی، پیشنهاد می‌گردد. در این آیین‌نامه، معنای اصطلاحات، الفاظ و عبارات مذکور در ماده قانونی مذکور، توضیح داده شود. شاخصه‌ها و ملاک‌های احراز آسیب‌زایی فعالیت‌ها، وضعیت‌های خطرناک و مصادیق آن‌ها مشخص گردد. همچنین پیشنهاد می‌گردد، مفاد دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه، (که دربرگیرنده راهکارهایی مؤثر و قابل توجه در نحوه اقدام دادستان‌ها در کاربست تدابیر پیشگیرانه در برابر وضعیت‌های خطرناک به حقوق عامه است)، در قالب قانون درج شود و از حالت دستورالعمل صرف، خارج گردد.

متن پیشنهادی ماده ۱۱۴: «جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی از قبیل امور تجارتي، کشاورزی، فعالیت کارگاه‌ها، کارخانه‌ها و شرکت‌های تجارتي و تعاونی‌ها و مانند آن ممنوع است، مگر در مواردی که حسب قرائن معقول و ادله مثبت، ادامه این فعالیت متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای باشد که مضر به سلامت، مخل امنیت جامعه و یا نظم عمومی باشد یا موجبات وقوع جرم را مهیا یا امکان وقوع آن را تسهیل نماید که در این صورت، مقام قضایی مکلف است، حسب مورد، با قید ادله یادشده، دستور موقت مبنی بر جلوگیری از ادامه آن بخش از فعالیت مذکور را صادر نماید. دستور موقت صادره باید فوری نزد دادستان ارسال شود. دادستان مکلف است حداکثر ظرف ۲۴ ساعت نظر خود را به‌طور کتبی اعلام کند. دستور موقت صادره ظرف ۱۰ روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه کیفری است».

تبصره ۱: «هرگاه علت دستور موقت، مرتفع شود و موجب دیگری برای ادامه آن نباشد، مقام قضایی مکلف است فوری از دستور موقت رفع اثر کند. چنانچه متضرر از دستور موقت صادره نیز

موجبات دستور موقت را مرتفع بداند، می تواند رفع اثر از آن را درخواست نماید. این درخواست باید فوری و حداکثر ظرف پنج روز به طور مستدل، اظهار نظر شود. همچنین در صورتی که متضرران، تعهد به رفع خطر دهند یا به تمهید مقدماتی که باعث حصول اطمینان از غیر مجرمانه بودن ادامه فعالیت شان می گردد، متعهد شوند، مقام قضایی می تواند ضمن بررسی و در صورت لزوم با اخذ ضمانت معتبر و تعیین مهلت متناسب، درخواست را بپذیرد».

تبصره ۲: «آیین نامه اجرایی این ماده قانون توسط وزیر دادگستری تهیه و پس از تأیید رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت وزیران برسد.»

اصلاح ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری به شرح پیشنهادی فوق، در رفع چالش های پیش گفته مؤثر خواهد بود.

منابع

فارسی

- اسماعیلی، محمد (۱۳۹۶)، «عدالت پیشگیرنده: مهار جرم در بستر نظام حقوقی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، شماره ۲.
- بیات کمیتیکی، مهناز و مهدی بالوی (۱۳۹۵)، «روش حل تعارض حقوق فردی و منافع جمعی در رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۷.
- تنگستانی، محمد قاسم و مهدی مرادی برلیان، پرهام مهرآرام (۱۳۹۷)، گفتارهایی در باب نهاد داستانی و احیای حقوق عامه، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
- زمانی جباری، افسانه، محمود صابر و سیددردید موسوی مجاب (۱۴۰۰)، «طراحی مدل مفهومی آسیب‌شناسی ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- صابر، محمود و محمدجعفر حبیب‌زاده، امین آقایی (۱۳۹۷)، «حمایت از منافع عمومی در حقوق کیفری؛ مطالعه تطبیق ایران و برخی کشورها»، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره بیست و چهارم.
- علیرضا محمدزاده وادقانی و حسنا حاج نجفی، سمیرا سلیمان زاده (۱۳۹۵)، «اصل احتیاط در آیین‌نامه اتحادیه اروپا مصوب ۲۸ ژانویه ۲۰۰۲»، از کتاب حقوق، جانمایه بقای اجتماع (گفتارهایی در نکوداشت استاد سید عزت الله عراقی)، تهران: انتشارات سمت.
- مشهدی، علی. جلیلی مراد، آیت اله. (۱۳۹۸)، «معیارهای نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری در حقوق ایران، فرانسه و آلمان»، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸.
- مهدیزاده، مهرانگیز و مریم ربیعی، محمود آل بویه، حسین رستگار (۱۳۹۰)، «برچسب‌گذاری مواد غذایی تراریخته و حقوق مصرف‌کنندگان»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال پنجم، شماره شانزدهم.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۴)، «سلب آزادی پیشگیری محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۴، شماره ۱۲.
- نقره‌کار، محمد صالح (۱۳۹۱)، دادستان در ترازوی حقوق بشر و شهروندی، چاپ اول، انتشارات جاودانه، تهران.
- حبیب، سعید و زهرا شوشتری (۱۳۹۹)، «نظم عمومی و داوری‌پذیری دعاوی مالکیت فکری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.

انگلیسی

- Ashworth, Andrew and Lucia Zedner, (2014), **Preventive Justice**, First Edition, London, Oxford University Press.
- Campbell Black, Henry; **Black's Law Dictionary**, 6th ed., U.S.A, West Publishing Co., 1990, p. 693.
- Davis, KC, (1969), **Discretionary Justice; a Preliminary Inquiry**, Chicago, Illinois: Chicago UP.

حکم اکراه در حدود؛ تحلیلی بر قسمت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی

مجید صادق نژاد نائینی*، سکینه خانعلی پور واجارگاه**

چکیده

اکراه به عنوان یکی از موانع مسئولیت کیفری در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است. مطابق این ماده، در جرایم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می شود. در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می شود. با اینکه این ماده حکم اکراه در حدود را به مقررات مربوطه ارجاع داده است اما در جایی از قانون مجازات اسلامی به این فرض اشاره نشده است و در واقع قانون در این زمینه ساکت است. پرسش اصلی این تحقیق عبارت است از این امر که مجازات فرد اکراه کننده در جرایم حدی (برای نمونه، اکراه دیگری به شرب مسکر) چیست؟ در این نوشتار با روش تحلیلی - تفسیری به بررسی نظرات حقوق دانان و فتاوی فقها در این خصوص می پردازیم. نتایج تحقیق حاکی از این است که به دلیل سکوت قانون گذار در این خصوص و همچنین فقدان نص یا فتوای صریح فقهی در این مورد، رهیافت های مختلف برای مجازات فرد مکروه قابل تصور خواهد بود و در نهایت رهیافت معاون تلقی نمودن فرد مکروه و مجازات وی بر اساس ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی پذیرفته و تقویت می گردد.

واژگان کلیدی: جرم حدی، معاونت، اکراه، تعزیر، مسئولیت کیفری

* استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران (نویسنده مسئول)
m.sadeghnejad@hsu.ac.ir

** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران
khanalipour@soc.ikiu.ac.ir

مقدمه

برای آنکه شخصی در قبال رفتارهایی که از وی سر می‌زند، مسئول تلقی شود باید دارای شرایطی باشد. در نظام‌های کیفری مختلف وجود این شرایط افراد را در معرض پاسخ‌گویی قرار می‌دهد. یکی از این شرایط، وجود اختیار است. یعنی فرد باید با میل خود و فارغ از هرگونه تهدید یا ارباب یا کوچک‌ترین فشاری جرم را مرتکب شود. درواقع، شخص باید آزادانه این مسیر را برگزیند. بنابراین، موانعی که آن را با ایراد مواجه کنند یا سلامت آن را از بین ببرند، مانع از ایجاد مسئولیت در شخص خواهند شد. یکی از این موانع اکراه است.

در واقع، برای آنکه بتوان شخصی را از منظر کیفری مسئول شناخت، باید علاوه بر تحقق اراده ارتکاب و سوءنیت و یا تقصیر جزایی، از اراده آزاد (اختیار) یعنی رضایت و میل باطنی برای انجام رفتار برخوردار باشد. نقطه مقابل این وضعیت را اصطلاحاً اکراه می‌خوانند (حاجی تبار فیروزجانی و فلاح، ۱۳۹۶: ۷۲؛ قهرمانی، ۱۳۸۴: ۱). اکراه عبارت است از وادار کردن فرد بر انجام کاری که اگر بیم از زیان مادی، معنوی و یا جسمی ناشی از تهدید اکراه کننده نبود، آن را انجام نمی‌داد. (تاتاری بله‌سور، ۱۳۹۹: ۱۱۷)؛ تحقق اکراه منوط به چهار شرط است: یک، تهدید اکراه کننده (مکره) نسبت به مال، جان یا آبروی اکراه شونده (مکره) یا بستگان او. دو، باور مکره به توانایی مکره بر عملی ساختن تهدید خود. سه، عارض شدن بیم بر مکره از ناحیه مکره. چهار، عدم سلب قصد فعل از مکره (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۶: ۵۶۸). نکته قابل ذکر درخصوص مطلب اخیرالذکر این است که اکراه علاوه بر موارد مذکور منوط به تحقق شرایط دیگری نیز هست. یکی دیگر از نویسندگان (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۷۵ به نقل از: رضایی و برنازاده، ۱۳۹۵: ۶۴) این شرایط را به‌نحو کامل‌تری به شرح ذیل بیان نموده است:

۱. تهدید مکره از سوی اکراه کننده که باید شرایط و اوصاف تهدید مانند ملجی بودن و... را به‌طور نوعی دارا باشد.

۲. فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن تهدید

۳. قدرت و توانایی مکره بر عملی کردن تهدیدات خود

۴. غلبه ظن مکره درخصوص اینکه در صورت امتناع، تهدیدات اکراه کننده علیه وی عملی خواهد شد. اگر دفع تهدید مکره از طریق دیگری غیر از انجام عمل مورد درخواست وی مقدور باشد دیگر اکراه به معنای آن تحقق نیافته است.

۵. عدم توانایی مکره در دفع تهدیدات اکراه کننده. یعنی مکره باید ناچار از ارتکاب فعل حرام بوده تا اکراه صورت گیرد.

۶. عدم مشروعیت تهدید: آنچه مکره به آن تهدید می‌شود باید در حق وی نامشروع باشد. وضعیت دیگری که از جهاتی مشابهت‌هایی با اکراه دارد، اجبار است. با این حال، باید گفت که اکراه با اجبار فرق دارد. مکره هرچند از عمل مورد اکراه ناخشنود است، لیکن آن را با اراده و قصد انجام می‌دهد؛ بدین معنا که برای دفع ضرر، دست به عمل اکراهی می‌زند؛ هرچند اختیار به مفهوم خشنودی از عمل، از وی سلب شده و به تعبیری در رضای فرد محدودیت ایجاد شده است (امیدی و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۹؛ غلامی، ۱۳۹۱: ۵۳)، در حالی که در اجبار، اراده و قصد نیز از فرد مجبور سلب می‌گردد. مانند ریختن شراب در حلق کسی یا فرو بردن سر روزه‌دار در آب با قهر و غلبه. افزون بر این، تحقق اکراه منوط به تهدید و حصول خوف است، برخلاف اجبار (حاجی تبار فیروزجانی و فلاح، ۱۳۹۶: ۷۴؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام؛ ۱/۱۳۹۵: ۶۳۰).^۱

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانون‌گذار مقررات مربوط به اکراه را در ماده ۱۵۱ به صورت کلی بیان نموده و حکم اکراه در جرایم تعزیری را در خود ماده بیان کرده و درخصوص حدود و قصاص به «مقررات مربوط» ارجاع داده است. درمورد اکراه در قصاص، فصل هفتم از بخش اول کتاب قصاص، حکم قضیه و چگونگی برخورد با مکره و مکره را ذکر کرده است. اما در مورد حدود، نه در کتاب حدود و نه در سایر ابواب در قالب یک قاعده مشخص، واکنشی در قبال رفتار مکره در جرایم حدی، مقرر نگردیده است. برای مثال، چنانچه فرد الف دیگری را به شرب مسکر اکراه نماید یا فرد ثانی را به زنا با دختری اکراه نماید، مجازات مکره مشخص نیست. بدین ترتیب، برخلاف اکراه در جرایم موجب قصاص که قانون‌گذار به تفصیل و در مواد قانونی مختلف (مواد ۳۷۵ تا ۳۸۰ قانون مجازات اسلامی) به نتایج آن اشاره نموده است، در جرایم موجب حد علی‌رغم آنکه ذیل ماده ۱۵۱ قانون‌گذار توصیه نموده که باید طبق مقررات مربوطه رفتار شود، در قانون مجازات اسلامی هیچ حکم صریحی جهت تعیین تکلیف اکراه در جرایم موجب حد وجود ندارد.

از منظر فقهی، شارع مقدس درخصوص اجبار و اکراه بر برخی جرایم، مجازات‌های خاصی قرار داده است، مانند اینکه اگر کسی با عنف و اکراه با زنی زنا کند، مجازات مرگ برای او مقرر شده است. فقیهان بر این فتوا اجماع دارند (النجفی، ۴/۱۴۰۴: ۳۱۵).^۲ مستند این فتوا، روایات بسیار است (الحرّ

۱. در این خصوص برخی حقوق‌دانان معتقدند که اکراه موضوع قانون مجازات اسلامی، اکراهی است که به حد الجاء رسیده باشد و اختیار را از فاعل سلب کند. بنابراین، اکراه و اجبار در مقررات کیفری از نظر آثاری که در شخص پدید می‌آورند برابر ولی در صورت متفاوت هستند (نک: اردبیلی، ۱۳۹۳: ۱۷۳).

۲. و کذا یقتل من زنی بامرأة مکرها لها بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض

العاملی، ۱۴۰۴/۲۸: ۱۰۸). همچنین اگر کسی دیگری را اکراه بر قتل کند - چنان که در ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی آمده است^۱ - محکوم به حبس ابد خواهد بود (الموسوی الخویی، ۱۴۲۲/۴۲: ۱۳). اما درباره اجبار یا اکراه بر برخی جرایم حدی مانند اجبار یا اکراه بر شرب مسکر مجازات خاصی در شریعت قرار داده نشده است. فقها پس از بیان احکام کلی راجع به اکراه و رفع مجازات از فرد مکروه، به رغم بیان احکام مبسوط در حوزه اکراه در جنایات (اعم از نفس و مادون نفس)، در خصوص حکم اکراه در جرایم حدی خاصی را بیان نکرده اند. البته، می توان این گونه نیز تفسیر کرد که این مورد مشمول عمومات قرار می گیرد. باتوجه به اینکه مشمول هیچ یک از عناوین حدی موجود نمی شود، می بایست به سراغ عمومات تعزیر رفت. زیرا، مجازات حدی باید از نظر کمیت و کیفیت در شرع تعیین شده باشد. اما، از آنجا که فرد مکروه مرتکب عمل حرام دارای مفسده شده است، به نظر می رسد که تعزیر وی بلا اشکال باشد. درواقع، تنها مجازات قابل اعمال بر وی مجازات تعزیری بیدالحاکم خواهد بود. پس اگر قرار باشد مجازاتی برای اکراه بر جرایم حدی از جمله اکراه بر شرب مسکر ثابت باشد باید از سنخ مجازات های تعزیری باشد، زیرا تعزیر مجازاتی است که کمیت و کیفیت آن در شرع تعیین نشده و تعیین آن به قاضی سپرده شده است (المحقق ابی القاسم، ۱۴۰۸/۴: ۱۳۶؛ احمد بن محمد بن فهد الحلّی، ۱۴۰۷/۵: ۵؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۹۵/۳: ۲۵۱)^۲.

در همین راستا، ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی بیان می دارد: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود...». بر این اساس، بر آنکه بتوان برای اکراه در حدود پاسخ مناسبی یافت باید به مجموعه قوانین موجود مراجعه کرد؛ زیرا، مطابق این ماده

کالنصوص المعتبرة.

۱. ماده ۳۷۵: «اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می شود و اکراه کننده، به حبس ابد محکوم می گردد. تبصره ۱- اگر اکراه شونده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد فقط اکراه کننده محکوم به قصاص است. تبصره ۲- اگر اکراه شونده طفل ممیز باشد عاقله او دیه مقتول را می پردازد و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می شود.»
۲. حدود جمع حد، در اصطلاح به مجازات هایی اطلاق می شود که شارع مقدس برای برخی جرایم با تعیین کم و کیف آن در همه مصادیق آن جرم تشریع کرده است. گاهی نیز در معنای اعم، یعنی مطلق کیفر - که تعزیر (تعزیر) را نیز در بر می گیرد - به کار رفته است. در اینکه کاربرد واژه حد در روایات معنای خاص آن است یا معنای عام، دو احتمال مطرح است. تفاوت حد به معنای خاص با تعزیر آن است که در تعزیر بر خلاف حد کم و کیف آن بستگی به نظر حاکم دارد و از سوی شارع مشخص نشده است.

موجب و کیفر جرایم تعزیری باید در قانون مشخص شود. اما، در بادی امر قوانین در این حوزه ساکت‌اند و پس از ارجاع کلی در ماده ۱۵۱، در جای دیگری از قانون مجازات اسلامی نمی‌توان حکمی در این خصوص پیدا کرد.

از این رو، این سؤال مطرح می‌گردد که حکم اکراه در حدود از لحاظ حقوقی چیست و مجازات فردی که دیگری را به ارتکاب جرم حدی اکراه می‌کند چه می‌باشد؟ آیا چنین فردی مستوجب مجازات است یا به دلیل سکوت قانون‌گذار باید وی را رها کرد؟ برای تبیین این وضعیت و یافتن پاسخ مناسب، رهیافت‌های مختلفی که در دکتترین به چشم می‌خورد بیان و ارزیابی می‌شود و در انتها نظر مختار ذکر خواهد شد.

۱. بررسی دکتترین حقوقی و رهیافت‌های قابل‌ارائه در خصوص مجازات فرد مکروه

در نظرات حقوق‌دانان، رهیافت‌های شش‌گانه‌ای برای مجازات فرد اکراه کننده ارائه شده است که در این مبحث بیان می‌شود. شایان ذکر است که با تتبعی که در کتب حقوق‌دانان سرشناس صورت گرفت، این نتیجه حاصل شد که برخی از حقوق‌دانان اساساً وارد بررسی و تحلیل موضوع نشده‌اند و برخی دیگر هم به ذکر مطلب و ایراد قانون‌گذار در این خصوص اکتفا کرده‌اند (توجهی، ۱۳۹۴: ۲۱۲) و حکم نهایی مقرر نکرده‌اند. تنها تعداد معدودی از حقوق‌دانان به تحلیل مسئله مزبور پرداخته و اظهار نظر کرده‌اند که در ادامه به این رهیافت‌ها می‌پردازیم.

۱-۱. مستوجب تعزیر بودن فرد مکروه در پرتو اصل ۱۶۷ قانون اساسی

یکی از رهیافت‌های قابل‌ارائه در این خصوص، مراجعه به اصل ۱۶۷ برای تعیین کیفر برای مرتکب است. از این منظر مکروه مستوجب تعزیر است اما چون مقنن به نوع و میزان تعزیر اشاره نکرده است لذا خلأ قانونی در این خصوص را باید با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مراجعه به منابع معتبر و فتاوی‌ای فقهی رفع کرد. بدین صورت که در این حالت، فرد مکروه به دلیل ارتکاب عمل حرام دارای مفسده، مستوجب تعزیر است اما، چون نوع و میزان آن مشخص نیست، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به منابع و فتاوی‌ای فقهی مراجعه کرد. در تأیید این امر می‌توان به استفتائاتی که از مراجع تقلید معاصر به دست آمده است، اشاره کرد. در این استفتائات که البته موضوع آن اکراه بر زنا بوده، مراجع قائل به تعزیر شده‌اند (نرم‌افزار گنجینه استفتانات قضائی: سؤال‌های ۴۵۹ و ۵۷۸۹ و ۵۸۱۱؛ مجموعه استفتانات جدید، ۱/۱۳۷۵: ۳۵۱). هرچند موضوع استفتاء اکراه بر زنا بوده است اما به نظر این امر خصوصیتی ندارد و در سایر حدود نیز می‌توان به کار بست.

به این رهیافت می‌توان این ایراد مهم را وارد کرد که مقنن در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی به صراحت بیان داشته است که نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و

سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. بنابراین، تعزیرات باید به صراحت در قوانین موجود جرم‌انگاری و کیفرانگاری شود و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بر آن حاکم است (نک: اردبیلی، ۱۳۹۳: ۱۸۲). حتی مفاد ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی خود می‌تواند قرینه‌ای بر این باشد که ارجاع به اصل ۱۶۷ تنها در خصوص حدود پذیرفته شده است. بنابراین، در تعزیرات نمی‌توان به مواردی غیر از موارد مذکور در قانون مراجعه کرد. زیرا در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار سه بار از واژه قانون استفاده و تأکید کرده است که تعزیرات باید به موجب قانون باشد. قانون ظهور در قانون موضوعه دارد و در نتیجه در تعزیرات نمی‌توان به فقه مراجعه نمود و برای اعمال حرامی که در فقه به تعزیر پذیر بودن آن‌ها اشاره شده است، اما در قانون برای آن‌ها مجازات تعیین نشده است باید حکم برائت صادر نمود. در مقابل، برخی معتقدند که اگر ماده ۱۸ مانع رجوع به فقه در تعزیرات باشد، اصل ۳۶ قانون اساسی، بهتر مانع رجوع به فقه در کل حقوق کیفری اعم از حدود، قصاص و تعزیرات است و دیگر نباید بین حدد و تعزیرات تفاوت گذاشت زیرا اصل مزبور هم بر الزام و هم بر انحصار دلالت دارد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۷۷). لذا ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مانع از رجوع به فقه در تعزیرات نیست. با وجود حاکمیت اصل ۴ قانون اساسی بر همه قوانین و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، جایی برای این اشعار باقی نمی‌ماند (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۷).

جالب آنکه شورای نگهبان در مقام تطبیق قانون مجازات اسلامی با قانون اساسی و شرع مقدس انحصار جرایم تعزیری غیرمنصوص به موارد مندرج در قانون را پذیرفته که اساساً به دست حاکم است اما در خصوص حدود که طبعاً ماهیت مشخصی در فقه دارند و در عین اختلاف نظر فقها از تعداد مشخصی خارج نیستند به قضات اجازه رجوع به منابع و فتاوی معتبر شرعی را داده است که طبیعی است این‌گونه قانون‌گذاری مشکلات جدی را به دنبال خواهد داشت. بنابراین همان طور که برخی نویسندگان (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۶۹) نیز بیان داشته‌اند، قانون‌گذار باید تلاش کند با اصلاح ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی سیاست جنایی تقنینی یکپارچه‌ای در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی کشورمان در خصوص حدود و تعزیرات اختیار کند.

۱-۲. مستوجب مجازات نبودن فرد مکروه (عدم مسئولیت کیفری فرد مکروه)

دسته دوم، نویسندگانی هستند که معتقدند فرد مکروه در جرایم حدی دارای مسئولیت کیفری نیست و مستوجب مجازات نمی‌باشد! آنچه طرفداران این رهیافت را به این نظر می‌رساند، توجه به اصل اباحه، برائت و قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. در واقع، از نظر آنان، با سکوت قانون‌گذار در تعیین حکم مشخصی در این خصوص، اصول پیش‌گفته اقتضاء می‌کند که در اکراه به جرایم حدی، مکروه مسئولیتی نداشته و مجازاتی در مورد وی اعمال نشود (منصورآبادی، ۱۳۹۶: ۲۶۸).

اگرچه، با نگاه به ظاهر مسئله کلام درستی است و تعزیرات باید به دقت در قوانین جرم‌انگاری و کیفرانگاری شوند، اما این نظر کاملاً بزه‌دیده را نادیده انگاشته و بدون توجه به آثاری که از ارتکاب جرم به بار نشسته است، صورت مسئله را پاک می‌کند. زیرا، در این فرض، مکره نیز به دلیل نبود شرایط مسئولیت کیفری در قبال رفتار مادی خود پاسخ‌گو نیست (نک: منجمی، ۱۳۹۴: ۸۶). از این جهت، بزه‌دیده با دو نفر (مکره و مکره) مواجه است که اولی به دلیل نبود یکی از شرایط مسئولیت کیفری (اختیار) ملزم به پاسخ‌گویی نیست و نفر دوم نیز به دلیل سکوت قانون‌گذار از کیفر رهایی می‌یابد. از این رو، به نظر می‌رسد که این رهیافت قابل پذیرش نباشد؛ زیرا به طور قطع، فرد مکره مرتکب عمل حرامی شده است که دارای تبعات و آثار زیادی است و این امر سرزنش وی را قابل توجیه می‌کند. اگرچه این نظر با اصل عدم ایذاء مردم و ایجاد محدودیت در اعمال کیفر در اسلام هم‌سو است، با این حال، به دلیل اینکه رفتارهایی که از مکره سر زده است، بی‌شک موجب آزار مردم، اختلال در نظام، هتک حیثیت، فساد امور، اختلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود (نک: حسینی، ۱۳۸۳: ۱۴۸-۱۴۷)، مجرای اعمال تعزیر بر فرد در فرض مورد بررسی فراهم است. در واقع، مبنای تعزیر چنین شخصی با توجه به تبعات منفی و مفسدوی که از رفتار وی بر جامعه عارض می‌شود، موجود است و رهایی وی بدون هیچ پاسخی می‌تواند بر این مفسد دامن زند. بنابراین، کفه ترازو به سمت تعزیر فرد سنگینی می‌کند یا حداقل نمی‌توان به راحتی وی را رها کرد و قاطعانه حکم به برائت وی صادر نمود.

۳-۱. معاون تلقی شدن فرد اکراه‌کننده

یکی از رهیافتهایی که در پی تعقیب و به کیفررسانی مکره می‌باشد، بر آن است تا احکام معاونت در جرم را بر وی بار کند. بر این اساس، فرد مکره در جرایم حدی، از باب معاونت در جرم قابل تعقیب و مجازات است. از این منظر با توجه به اینکه در حدودی نظیر شرب خمر و زنا نمی‌توان مکره را به مجازات مباشر جرم محکوم کرد و کیفر تنها بر خود مرتکب تحمیل می‌شود، وی را می‌توان به استناد ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی، حداقل به مجازات معاونت در ارتکاب جرم حدی محکوم نمود؛ زیرا قانون‌گذار با عبارت (طبق مقررات مربوطه رفتار می‌شود) وجود مقررات مربوطه را مفروض دانسته است و تنها مقرره‌ای که برای مجازات اکراه‌کننده به جرایم حدی می‌توان به آن تمسک کرد، استناد به ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی است. به باور طرفداران این رهیافت، استناد به ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی برای مجازات اکراه‌کننده به جرم مستوجب حد از باب قیاس اولویت نیز قابل قبول است؛ چراکه، وقتی معاونت در این جرایم دارای مجازات‌های مندرج در ماده ۱۲۷ است به طریق اولی اکراه به جرایم مستوجب حد نیز حداقل مجازات معاون در جرایم مستوجب

حد را خواهد داشت. در همین راستا اگر شخصی، نابالغی را به ارتکاب جرم مستوجب حد اکراه نماید، به نظر می‌رسد برای مجازات مکره باید به ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی استناد نمود (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۸۵-۲۸۴).

از این منظر، چون در اکراه نوعی تهدید به چشم می‌خورد و در بند الف ماده ۱۲۶ نیز تهدید یکی از رفتارهای مادی معاونت می‌باشد، می‌توان وی را حداقل معاون در جرم ارتكابی تلقی کرد. زیرا اکراه کننده با «تهدید» موجب وقوع جرم از سوی تهدیدشونده می‌شود و در بند الف این ماده نیز هرکس که دیگری را «تهدید» به ارتکاب جرم کند، معاون جرم می‌داند. با پذیرش این رهیافت، فرد اکراه کننده را باید از مصادیق معاون در جرم محسوب و مطابق مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی با او رفتار و وی را مجازات کرد.^۱

بر اساس بند پ ماده ۱۲۷^۲ قانون مجازات اسلامی، در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات خاصی برای معاون تعیین نشده باشد و مجازات قانونی جرم ارتكابی، شلاق حدی باشد، معاون به

۱. ماده ۱۲۶: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند:

الف- هرکس، دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد.

ب- هرکس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ- هرکس وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره- برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است. چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف تر محکوم می‌شود.»

۲. ماده ۱۲۷: «در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است:

الف- در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه

ب- در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش

پ- در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی است سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش

ت- در جرائم موجب تعزیر یک تا دو درجه پایین تر از مجازات جرم ارتكابی

تبصره ۱- در مورد بند (ت) این ماده مجازات معاون از نوع مجازات قانونی جرم ارتكابی است مگر در مورد مصادره اموال، انفصال دائم و انتشار حکم محکومیت که مجازات معاون به ترتیب جزای نقدی درجه چهار، شش و هفت است.

تبصره ۲- در صورتی که به هر علت قصاص نفس یا عضو اجراء نشود، مجازات معاون بر اساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم، مطابق بند (ت) این ماده اعمال می‌شود.»

سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می شود. از آنجا که تعداد زیادی از حدود مستوجب شلاق هستند لذا در بسیاری از موارد، معاون مشمول همین بند می گردد. برای نمونه، اکراه کننده بر مصرف مسکر مصداق این بند است، زیرا مجازات مصرف مسکر - همچنان که در ماده ۲۵۶ قانون مجازات اسلامی آمده است^۱ - شلاق حدی است. در سایر حدود هم باید به همین ترتیب عمل نمود.

نکته مثبت این دیدگاه آن است که به صراحت تعیین تکلیف نموده است و رهیافت مجازات مکره به عنوان معاون را برای برون رفت از این مشکل ارائه نموده است و از این حیث قابل تقدیر است. اما ایرادی که در خصوص این نظریه وجود دارد و برخی اساتید (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵) نیز به آن تصریح نموده اند آن است که منظور اکراه در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی اکراه غیر قابل تحمل است و مانع مسئولیت کیفری می گردد. حال آنکه تهدید مندرج در ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی که از مصادیق معاونت تلقی شده است به نوعی اکراه قابل تحمل است. در غیر این صورت، نمی تواند مصداق معاونت باشد. در نظریه فوق به این نکته توجه نشده است. در واقع، وجه تمایز تهدید تشکیل دهنده اکراه (موضوع ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی) و تهدید به عنوان معاونت (بند الف ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی) آن است که اکراه و تهدید قابل تحمل، معاونت است و اکراه غیر قابل تحمل، موضوع ماده ۱۵۱ است. در نظریه فوق، اکراه غیر قابل تحمل، مصداق معاونت تلقی شده است در حالی که تهدید موضوع معاونت، تهدید قابل تحمل است نه تهدید غیر قابل تحمل. بنابراین، از نظر برخی از نویسندگان نمی توان مکره در حدود را معاون جرم تلقی کرده و مطابق ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی او را مجازات کرد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۱۶۵-۱۶۴). از این منظر، اجرای حکم واحد بر دو وضعیت متفاوت امری ناصواب است.

۴-۱. شمول ماده ۶۶۹ قانون تعزیرات (تهدید) بر عمل فرد مکره

از دیگر راهکارهایی که برای مجازات فرد اکراه کننده می توان در نظر گرفت این است که عمل فرد را مشمول تهدید موضوع ماده ۶۶۹ قانون تعزیرات تلقی نمود و مطابق ماده مزبور فرد را مجازات کرد. مطابق این ماده: «هر گاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی و یا به افشاء سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد به مجازات شلاق تا (۷۴) ضربه یا زندان از دوماه تا دو سال محکوم خواهد شد». رفتار مرتکب در این ماده، تهدید نمودن به هر نحو

۱. ماده ۲۶۵: «حد مصرف مسکر، هشتاد ضربه شلاق است.»

است و با توجه به قید اخیر، قانون‌گذار عملاً تمامی مصادیق اعم از تهدید مادی و معنوی را در شمول این عنوان قرار داده است. مضافاً بر اینکه وسیله نیز نقشی ندارد (آقائی نیا، ۱۳۹۲: ۱۹۴). از این رو، برخی تهدید مندرج در این ماده را مصداق اکراه معنوی دانسته‌اند؛ زیرا، موضوع آن آبرو و حیثیت مکره است (غلامی، ۱۳۹۱: ۶۲).

با این حال به این رهیافت نیز ایراداتی وارد است؛ نخست آنکه، جرم تهدید موضوع ماده ۶۶۹ معمولاً هنگامی مطرح می‌شود که آنچه به آن تهدید شده است، عملی نشده باشد. در واقع، در صورت عملی شدن تهدید، دیگر نمی‌توان آن را تهدید دانست و ذیل عنوان مجرم‌انه دیگری قابل تعقیب است. در واقع، تهدید موضوع ماده ۶۶۹ مطلق است و مقنن در مواردی که تهدید عملی شود به همان نتیجه نظر داشته است مانند ماده ۶۶۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)^۱ که مقنن تهدیدی را که منجر به نتیجه یعنی دادن سند یا نوشته شده است را بیان کرده و همان طور که روشن است در این مورد فقط با یک اتهام مواجه هستیم آن هم تهدید عملی شده (اخذ نوشته یا سند). در غیر این صورت در اغلب موارد، در کنار جرایم علیه اشخاص، تهدید نیز وجود دارد و در هر پرونده باید قائل به تعدد مادی میان تهدید و جرایم رخ داده شد. حال آنکه این امر با فلسفه جرم‌انگاری جرایم ناقصی نظیر تهدید منافات دارد. در واقع، ممکن است اصلاً رفتاری ارتکاب نیابد یا اقدامی که انجام می‌شود مجرمانه نباشد.

به علاوه، آنچه از منظر قانون مجازات اسلامی عاملی برای رفع مسئولیت کیفری خوانده شده است، اکراه غیرقابل تحمل است که معادل اجبار می‌باشد. بنابراین، سخن از اکراه در قانون مجازات اسلامی به عنوان رافع مسئولیت کیفری، اکراه عادی نیست تا بتوان در فرض سکوت، احکام تهدید را بر آن بار نمود. باید توجه داشت که بر همین اساس، در نظام‌های حقوقی همه کشورها دو اصطلاح تهدید و اکراه و به‌ویژه اکراه غیرقابل تحمل (اجبار) مجزا از تهدید قرار گرفته است و قانون‌گذاران از بنا گذاشتن آن‌ها در پی مقاصدی بودند. از این رو، قرار دادن حکم اکراه کننده به اکراه غیرقابل تحمل ذیل احکام و مقررات تهدید این تقسیم را نادیده می‌گیرد و حکم را بسیار تقلیل می‌دهد و مشخص است که اگر بنا بود تهدید برای چنین وضعیتی کافی باشد، قانون‌گذار به همان اکتفا می‌کرد و دیگر نیازی به تقنین درخصوص اکراه نبود.

۱. ماده ۶۶۸: «هر کس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضاء و یا مهر نماید و یا سند و نوشته‌ای که متعلق به او یا سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

همچنین، محدود کردن فرد به کیفر جرم تهدید افزون بر ایرادات مطرح شده، موجب رهایی مرتکب از تبعات رفتاری می شود که واقع شده است. به ویژه آنکه به سبب اکراهی بودن رفتار مکره وی نیز فاقد مسئولیت کیفری است و می تواند بزه دیده را در مقام طرح شکایت با مانع مواجه کند. زیرا، اگر مخاطب تهدید خود بزه دیده نباشد، در عمل امکان شکایت از کسی را نخواهد داشت و در این فرض تنها مکره به استناد تهدیدی که از سوی مکره تحمل کرده، می تواند از وی شکایت کند. بنابراین، تمامی مسیرهای کیفری پیش روی بزه دیده بسته است.

۱-۵. اعمال مجازات مباشرت در جرم حدی برای فرد مکره

یکی دیگر از راهکارهای قابل ارائه در این خصوص آن است که در صورت انتساب عرفی، مجازات مباشر جرم حدی بر فرد مکره اعمال شود. در این خصوص دو نوع تفسیر را می توان ارائه نمود. یکی، عدم ثبوت مجازات حدی بر اکراه کننده است. بدین توضیح که مجازات های حدی فقط برای مرتکب جرم حدی ثابت است و احکام مجازات های حدی شامل اکراه کننده بر جرم حدی نمی شود. به بیان دیگر، موضوع مجازات های حدی، فرد مرتکب یا مباشر است که در عملیات اجرایی آن جرم شرکت داشته است و جرم بدون تردید به او مستند است و مباشر مادی جرم تلقی می گردد (نک: شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۷۸). از این رو، موضوع مسئولیت کیفری در جرایم حدی در ماده ۲۱۷، «مرتکب» قرار داده شده است و اکراه کننده، مرتکب نیست. بر اساس این ماده: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد». بنابراین، چون فرد اکراه کننده، مباشر مادی جرم حدی محسوب نمی گردد، لذا مجازات حدی بر او بار نمی شود؛ زیرا موضوع مجازات های حدی، فرد مرتکب یا مباشر مادی است و بر فرد اکراه کننده چنین اطلاقی نمی توان کرد. گرچه، به این نظر ایراد وارد شده است که محدود کردن کیفر جرایم حدی بر مباشر جرم تنها از باب اجماع است (نک: کلاتری و دیگران، ۱۳۹۸) و دلیل دیگری در این خصوص وجود ندارد و اگر این تحلیل در حدود پذیرفته شود، باید به تعزیرات نیز تسری پیدا کند و حکم قانون گذار در قسمت نخست ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی مبنی بر اینکه مکره به جرایم تعزیری، کیفر فاعل جرم را تحمل می کند، دارای ایراد می شود.

تفسیر بعدی آن است که در جرایم حدی که قابلیت انتساب جرم حدی به فرد اکراه کننده وجود دارد مانند سرقت یا قوادی، می توان مجازات جرم حدی را بر اکراه کننده اعمال کرد. این رویکرد در واقع، معیار را امکان سنجی انتساب بزه ارتكابی به مکره قرار داده است. بر این اساس، در صورت استناد عرفی عمل به اکراه کننده، وی مستوجب مجازات حدی است. مؤیدی که بر این دیدگاه می توان ارائه

نمود، استناد به ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خصوص مجازات سردستگی است. مطابق این ماده، هر کس سردستگی یک گروه مجرمانه را برعهده گیرد به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شوند، محکوم می‌گردد مگر آنکه جرم ارتكابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود. در محاربه و افساد فی الارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فی الارض بر سر دسته گروه مجرمانه صدق کند حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می‌گردد. به موجب قسمت اخیر این ماده، فرد سر دسته که ممکن است در عملیات اجرایی شرکت نکرده باشد، به دلیل صدق عنوان محارب یا مفسد بر وی، حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می‌گردد. یعنی در اینجا، فرد سر دسته با اینکه در عملیات اجرایی جرم یعنی در تجرید السلاح لاخافة الناس شرکت نکرده است اما به دلیل انتساب عرفی عمل محاربه به وی، به عنوان مرتکب تلقی و مجازات می‌گردد. این امر می‌تواند قرینه‌ای بر صحت برداشت دوم باشد.

بنابراین، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در مواردی به رغم وجود این نظر که مباشرت در ارتکاب جرم حدی شرط است، مجازات مباشر جرم حدی را بر افرادی که در رفتار مادی جرم دخالت نداشتند، جاری می‌داند. بدین ترتیب، می‌توان میان وضعیت مکره در جرایم مختلف قائل به تفصیل شد و در جرایمی که امکان استناد عمل به مرتکب وجود دارد، کیفر را بر مکره بار نمود و در مواردی مانند جرایم جنسی که این امکان منتفی است، از شیوه دیگری برای به کیفر رساندن مکره استفاده کرد. در واقع، حکم ماده ۱۳۰ را قرینه‌ای بر جواز قانون‌گذار برای برخورد متفاوت در جرایم حدی مختلف دانست.

البته، این نظر هم ایراداتی دارد. برای اجرای این رهیافت نیاز است تا قانون‌گذار به مانند ماده ۱۳۰ حکم مجزایی در خصوص هر یک از حدود را بیان کند. در غیر این صورت موجب تشبیه آرا و نظرات خواهد بود و با توجه به سنگین بودن کیفر برخی از حدود، از احتیاط به دور است. به علاوه، اجرای ملاک ماده ۱۳۰ بر مورد اکراه، نوعی قیاس خواهد بود که قابل پذیرش نیست.

۶-۱. تعیین مجازات جایگزین حبس برای فرد مکره به استناد ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

رهیافت دیگر این است که چه بسا بتوان فرد اکراه کننده در جرایم حدی را بر طبق ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی محکوم و مجازات نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند». توضیح آنکه، تردیدی نیست که فرد اکراه کننده مرتکب فعل حرام مفسده آمیزی شده است که

مستوجب تعزیر است و چون نوع و میزان تعزیر او در قانون مشخص نشده است لذا باید مطابق ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی برای او جایگزین حبس تعیین نمود.

این نظر هم ایرادات خود را دارد؛ نخست، کلمه (مرتکب) در ماده منصرف به مباشر مادی جرم است و فرد اکراه کننده مباشر محسوب نمی شود. از سوی دیگر، تعیین مجازات جایگزین حبس که نوعاً خفیف و ملایم است برای فرد اکراه کننده منطقی و بازدارنده نیست و خلاف اصل تناسب میان جرم و کیفر است. اگرچه، مواردی نیز وجود دارد که قانون گذار تناسب را رعایت نکرده است، اما، در جایی که قطع و یقین وجود نداشته باشد و در مقام تفسیر لازم است که اصل تناسب رعایت شود و به این استناد رویکرد مورد بحث قابل رد است. سوم، در جرایم جایگزین در وهله نخست باید نوع مجازات مشخص باشد تا بتوان احکام مجازات جایگزین مناسب را بر آن بار کرد. در این فرض کیفری وجود ندارد تا بتوان مطابق با آن کیفر جایگزین را تعیین نمود. بنابراین، به دلیل آنکه نوع و میزان تعزیر مشخص نیست، چگونگی تعیین مجازات های جایگزین حبس و به ویژه تخلف محکوم از انجام آن ها چالش های بعدی است که قاضی هم در مرحله تعیین مجازات و هم در مرحله اجرای مجازات با آن ها مواجه خواهد بود. هر چند می توان این نظر را نیز مطرح کرد که ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی به منظور فائق آمدن بر این مشکلات و نقص قوانین موجود در خصوص میزان تعزیر وضع شده است. با این حال به این نظر می توان این ایراد را وارد کرد که معمولاً قانون گذار به منظور برخورد با رفتارهای مجرمانه سنگین، کیفر مورد نظر را ذکر می کند و کمتر از این امر غفلت ورزیده است. این مورد معمولاً نسبت به رفتارهایی که چندان اهمیت ندارند یا به تعبیری چندان سنگین نباشند، بیشتر محتمل است که در خصوص آن ها می توان این نظر را وارد دانست و به این استناد این نقص را برطرف نمود. اما، در خصوص کیفر اکراه در جرایم حدی باید گفت که شیوه مقنن در به کیفر رساندن مرتکب اکراه در جرایم تعزیری، خود اماره ای بر این است که بنای مقنن بر شدت عمل نسبت به این افراد است؛ زیرا، در جرایم تعزیری مطابق ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی، کیفر مکره، مجازات فاعل جرم است. بنابراین، سیاست قانون گذار بر شدت عمل کیفری نسبت به اکراه کنندگان است. بنابراین، چگونه کیفر مکره به جرایم حدی با توجه به اهمیت این جرایم تنها کیفر جرم تهدید باشد. لذا این رهیافت، نیز از منظر منطقی قابل پذیرش نمی باشد.

۲. نظریه مختار

به منظور بررسی رهیافت های مختلف و تعیین مناسب ترین مورد باید پیش از هر چیز به وضعیت مکره توجه کرد. در واقع، مسئولیت مکره و چگونگی تعیین کیفر برای وی به وضعیت مکره مربوط می شود؛ زیرا، رفتار مادی از سوی مکره انجام شده است. بنابراین، ارزیابی موقعیت کسی که وی را

به این رفتار سوق داده است، در گرو تعیین حکم قانونی برای اوست.

مطابق عمومات حقوق کیفری و به استناد ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی، مکره در این خصوص هیچ گونه مسئولیت کیفری ندارد. مطابق ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی: «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد به جز در مورد اکراه بر قتل که حکم آن در کتاب سوم «قصاص» آمده است». بر این اساس یکی از شرایط مسئولیت کیفری در جرایم حدی از جمله شرب مسکر، اختیار است و اکراه شونده چون فاقد این شرط است، هیچ گونه مجازاتی اعم از حد و غیرحد متوجه او نیست. با وجود این ماده و صراحتی که در آن وجود دارد، قانون‌گذار مجدداً در فصل مربوط به حدود و در مقررات عمومی آن به این امر پرداخته و بار دیگر بر آن تأکید نموده است. مواد ۲۱۷ (به‌طور خاص) و ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارند:

«ماده ۲۱۷: در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد. ماده ۲۱۸: در جرایم موجب حد هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعاء کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود.»

از این رو، قانون‌گذار همچنان که در فصل مربوط به شرایط مسئولیت کیفری و همچنین در مقررات عمومی مربوط به حدود، اکراه شونده را به جهت فقدان شرط اختیار، فاقد مسئولیت کیفری دانسته است در فصل مربوط به موانع مسئولیت کیفری نیز، بار دیگر طی ماده ۱۵۱ تصریح می‌کند که اکراه مانع مسئولیت کیفری است و اکراه شونده مجازات نمی‌گردد. بنابراین، چون یکی از شرایط مسئولیت کیفری در همه جرایم و از جمله حدود، داشتن اختیار است و فرد اکراه شونده فاقد این شرط است، پس هیچ گونه مجازاتی اعم از حد و غیرحد متوجه او نیست.

اما در خصوص مجازات فرد اکراه‌کننده به جرم حدی، قانون‌گذار، جرم‌انگاری خاص و جداگانه‌ای ننموده و بالتبع برای آن مجازات خاصی نیز مقرر نکرده است. از طرفی هم نمی‌توان جمله ابتدایی ماده ۱۵۱ را در مورد حدود و قصاص جاری دانست و مجازات اکراه‌کننده بر جرایم موجب حد و قصاص را مجازات فاعل جرم دانست. چراکه، اگر مقصود قانون‌گذار این چنین بود دیگر نیازی به تفکیک این دو جمله و بیان آن‌ها در دو حکم جداگانه نبود. از این رو، باید دارای مقررات دیگری باشد که از دیگر مواد قانون فهمیده می‌شود. در واقع، مفهوم مخالف این قسمت از ماده این تفسیر را ایجاب می‌کند.

نکته دیگری که در تفسیر این ماده و تعیین قانون مقرر برای تعیین حکم اکراه در جرایم حدی باید از نظر گذراند این است که مقصود از عبارت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی این نیست که درباره اکراه کننده بر جرم حدی، طبق مقررات کتاب حدود رفتار می شود و سپس اشکال کنیم که در کتاب حدود، مقرراتی برای اکراه کننده ذکر نشده است. اگر در عبارت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی دقت کنیم ملاحظه می کنیم که بیان شده است: «در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط عمل می شود» نه «طبق مقررات مربوط در کتاب حدود». از این رو نباید انتظار داشت ضرورتاً مقررات مربوط به اکراه کننده بر جرم حدی در کتاب حدود بیان شده باشد، بلکه ممکن است این مقررات در سایر بخش های قانون مجازات اسلامی مانند کتاب کلیات ذکر شده باشد.

اما، پیش از آنکه بتوان مقررات مناسب برای به کیفر رساندن مرتکب را یافت، باید در ابتدا مشخص کرد که آیا رفتار وی قابلیت پاسخ را دارد؟ و اگر این چنین است این پاسخ در چه قالبی می گنجد؟ به نظر می رسد کسی که زمینه ارتکاب یک گناه یا جرمی را فراهم می کند یا دیگری را به ارتکاب آن سوق می دهد یا برای ارتکاب تهدید و در یک وضعیت خاص قرار می دهد، اگر بیشتر از مباشر رفتار قابل سرزنش نباشد، کمتر از وی نیست. در اکراه به جرایم حدی که در زمره گناهان مهم و سنگین هستند نیز به نظر می رسد که فرد اکراه کننده به جرم حدی، از منظر فقهی مرتکب فعل دارای مفسده شده است و از این باب، مستوجب تعزیر است. فرد مکروه هم علی القاعده مسئولیتی اعم از حد و غیر آن ندارد. افزون بر این، مجازات حدی را هم نمی توان بر فرد مکروه اعمال نمود؛ زیرا فرد مکروه مباشر محسوب نمی شود و مجازات های حدی صرفاً بر مباشر مادی جرم قابل اعمال هستند و شیوه تقریر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی و تفکیک میان جرایم تعزیری از یک سو و حد و قصاص از سوی دیگر نیز بیانگر این است که قانون گذار بر آن بوده که حکم اکراه در حدود و قصاص متفاوت از تعزیر باشد. بنابراین، نمی توان قاعده مربوط به کیفرهای تعزیری را بر مکروه جرایم حدی بار نمود و وی را به کیفر فاعل جرم رساند. لذا فرد اکراه کننده از باب ارتکاب فعل حرام قابل کیفر است ولی با توجه به مبانی موجود می توان وی را به تعزیر رساند. اگرچه فقهای متقدم در خصوص مجازات فرد مکروه در جرایم حدی مطلب خاصی را بیان نکرده اند اما، پاسخ مراجع معاصر در استفتائاتی که از ایشان شده است تأکیدی بر قابل تعزیر دانستن مکروه در جرایم حدی است. در این استفتائات بر این نکته تصریح شده است که مجازات تعزیری بر اکراه کننده بر جرم حدی زنا ثابت است و از جهت ثبوت مجازات تعزیری فرقی میان اکراه بر زنا با اکراه بر شرب مسکر وجود ندارد.

در استفتایی که از مراجع تقلید به عمل آمد، در پاسخ به این پرسش «مجازات فردی که دیگران را به زنا اکراه می کند چیست؟»، تمامی آنان به تعزیر اکراه کننده قائل بودند و حتی برخی در پاسخ

آن را مستوجب تعزیر شدید می دانستند.^۱

در پرسش دیگری دال بر اینکه اگر زنی، مردی را با اسلحه یا به نحوی دیگر تهدید کند که اگر با وی زنا نکند چنین و چنان می کند و مرد واقعاً مکروه واقع شود، آیا حکم مکروه در اینجا نیز ثابت است؟ آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ فرموده اند: «در فرض مسئله، حکم زنای به عنف که اعدام است در مورد زن جاری نمی شود، فقط حد دارد (رجم یا جلد به اختلاف موارد)» (مجموعه استفتائات جدید، ۱/۱۳۷۵: ۳۵۱). در واقع، در این مورد نیز مکروه فاقد مسئولیت، اما مکروه با توجه به وضعیت ارتکاب جرم به کیفر مناسب می رسد.

همچنین در این خصوص سؤالی مطرح شده است که هرچند موضوع نوشتار حاضر نیست اما از مناط آن می توان استفاده نمود. سؤال بدین شرح است: چنانچه کسی دیگری را اکراه یا امر به امساک و یا نظارت بر قتل کند حکم هر کدام از امر و اکراه کننده بر امساک و نظارت و حکم ممسک و ناظر در این فرض چیست؟

آیت الله صافی گلپایگانی: حکم تعزیر است. والله العالم. (۱۳ رمضان المبارک ۱۴۲۷ هـ ق) (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۵۹).

آیت الله فاضل لنکرانی: امر و اکراه کننده بر امساک را، به مقداری که حاکم شرع صلاح بداند

۱. آیت الله محمد تقی بهجت: به نظر حاکم تعزیر می شود مگر این که داخل در عنوان محارب بشود (۱۳۸۱/۰۲/۲۶). آیت الله سید علی سیستانی: تعزیر می شود مگر آن که جمع کند بین زانی و زانیه که حدّ قیادت دارد (۲۶ ربیع الاول ۱۴۲۵ ق).

آیت الله لطف الله صافی گلپایگانی: در فرض سؤال تعزیر می شود به مقداری که حاکم شرع صلاح بداند (۱۳۸۰/۱۲/۰۷).

آیت الله ناصر مکارم شیرازی: تعزیر شدید دارد (۱۳۸۰/۱۲/۰۸).

آیت الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: تعزیر می شود (۱۳۸۳/۰۴/۱۴).

آیت الله حسین نوری همدانی: تعزیر می شود (۱۳۸۰/۱۱/۱۴).

نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۵۷۸۹.

آیت الله محمد تقی بهجت: مربوط به حاکم شرع می شود (۱۳۸۱/۰۵/۰۱).

آیت الله لطف الله صافی گلپایگانی: تعزیر می شود به مقداری که حاکم شرع مصلحت بداند و دون الحد باشد والله العالم (۱۳۸۰/۱۲/۰۷).

آیت الله ناصر مکارم شیرازی: تعزیر شدید دارد (۱۳۸۱/۰۱/۱۷).

آیت الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: به حسب مصلحت و مورد، باید تعزیر شود (۱۳۸۱/۰۱/۲۱).

آیت الله حسین نوری همدانی: بر اساس نظر حاکم شرع وی را تعزیر می کنند (۱۳۸۰/۱۲/۲۵).

تعزیر می کنند و حکم حبس ابد نسبت به آنان محل اشکال است. ممسک زندان ابد می شود تا در زندان بمیرد. و ناظر را نابینا می کنند (۱۳۸۵/۰۹/۱۷) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).
آیت الله مکارم: حکم هر سه حبس است (۱۳۸۵/۰۷/۲۹) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).

آیت الله موسوی اردبیلی: به نظر اینجانب بعید نیست آمر و مکره بر امساک که لولا الامساک مباشر قادر بر قتل نباشد مشمول حکم حبس ابد شود. ولی آمر و مکره بر نظارت تعزیر مناسب می شود (۱۳۸۵/۰۷/۲۹) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).

از مجموع پاسخ ها می توان دریافت که در این مورد هم مجازات اصلی (کور کردن چشم یا حبس ابد) بر فرد مکره اعمال نمی گردد و مستوجب تعزیر خواهد بود. بنابراین، از مجموع ادله وارده و استفتانات صورت گرفته در این خصوص، تعزیر مکره وارد است و شرعاً اکراه کننده بر جرم حدی تعزیر می شود. اما، این پرسش در اینجا قابل طرح است که با توجه به عدم ذکر حکمی در این خصوص چه کیفری برای وی مقرر می شود و به عبارتی از کدام مقررات می توان برای به کیفر رساندن مرتکب بهره برد. زیرا، از سویی نمی توان کیفر مباشر جرم را بر او اعمال کرد و از سوی دیگر با توجه به تبعات منفی رفتار ارتكابی نمی توان وی را رها کرد. از منظر حقوقی، هیچ یک از رهیافت های موجود کامل و بدون ایراد نیستند. اما، به منظور فائق آمدن بر این مشکل باید یک رویکرد را برگزید. در نهایت با توجه به جمیع جهات، به نظر رهیافت معاون تلقی کردن فرد اکراه کننده بر جرایم حدی با ایراد و اشکال کمتری مواجه است و تا زمانی که مقنن به طور صریح در این خصوص تعیین تکلیف نکند، استناد به مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی برای مجازات فرد اکراه کننده، به عنوان معاون در جرم، با اشکال و ایراد کمتری مواجه خواهد بود. البته، برای تقویت این دیدگاه می توان به قرائنی که در قانون مجازات اسلامی وجود دارد نیز اشاره کرد. حکم ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی برای به کیفر رساندن سردهسته در جرایم موجب حد یا قصاص یا دیه که حداکثر مجازات معاونت در همان جرم است، می تواند قرینه ای برای پذیرش این دیدگاه از سوی مقنن باشد و به تعبیری با سیاست قانون گذار در قانون مجازات اسلامی هماهنگ تر به نظر می رسد.

به علاوه، تسری احکام معاونت بر این وضعیت می تواند فایده دیگری را برای مجریان به همراه داشته باشد و آن ها را با نظام نسبتاً کاملی مواجه کند؛ زیرا، علاوه بر اینکه ایراد اصل قانونی بودن را مرتفع می کند، احکام فرعی موجود ذیل فصل معاونت در جرم، امکانات بیشتری برای اجرای این رهیافت در اختیار مجریان امر قرار می دهد. برای مثال، وجود قسمت انتهایی تبصره ماده ۱۲۶ مبنی بر اینکه اگر فاعل اصلی جرم، مرتکب رفتاری شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده شود، کیفر معاون

مطابق آنچه مقصود وی بوده تعیین می‌گردد، می‌تواند عدالت را برقرار کند و مکروه نمی‌تواند به ادعای اکراه، مرتکب هر رفتاری شود. از سوی دیگر، معاون تلقی کردن مکروه ویژگی دیگری نیز دارد و آنکه چون اکراه از جهات شخصی محسوب می‌شود، عدم تعقیب مکروه به استناد این جهت مانع از تعقیب مکروه نخواهد بود. در این خصوص مقررات ماده ۱۲۹ قانون مجازات اسلامی قابل توجه است. اگرچه، همان گونه که پیش از این گفته شد، این رهیافت نیز مشکلات خود را دارد.

نتیجه

اکراه به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی بیان شده است. اگر شرایط اکراه وجود داشته باشد، بدون تردید فرد مکروه مسئولیت کیفری ندارد و در جرایم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. البته در مورد اکراه به قتل، مطابق نظر مشهور فقها و همچنین ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی مجوز ارتکاب قتل نیست و مرتکب قصاص می‌شود و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد. حکم مربوط به سایر جرایم موجب قصاص نیز در کتاب قصاص و مواد ۳۷۶ تا ۳۸۰ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است. اما، حکم اکراه در جرایم حدی مشخص نیست و به جز مواردی که به صورت پراکنده در قانون مجازات اسلامی ذکر شده است مانند اکراه فردی به زنا یا لواط با وی، در سایر موارد، حکم اکراه به ارتکاب جرایم حدی ساکت است. در این خصوص رجوع به عموماً نیز مشکل را حل نمی‌کند.

حکم عمومی اکراه در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی بیان شده، اما، در این ماده ابهامی وجود دارد. در حالی که، قانون‌گذار در خصوص اکراه در حدود، تکلیف نوع و میزان مجازات شخص مکروه را بیان ننموده است، آن را به مقررات مربوطه ارجاع داده است در حالی که در هیچ جای قانون مجازات اسلامی در این خصوص حکم صریح و مشخصی وجود ندارد. این امر محمل نظرات گوناگونی در این خصوص شده است که هر یک از این نظرات از جهتی دارای ایراد است و نمی‌توان نظر کامل و بدون نقصی را یافت. با این حال، به دلیل نوع رفتار ارتكابی از سوی مکروه در جرایم حدی که اغلب جرایم مهم و سنگینی هستند، نمی‌توان نسبت به این امر سکوت کرد و با نادیده گرفتن پیامدهای سوء رفتار وی به موضوع بی‌توجهی کرد. بنابراین، باید به ناگزیر یک رهیافت را برگزید. از مجموع نظرات بیان شده در نوشتار حاضر به نظر می‌رسد که دیدگاه مبنی بر معاون تلقی کردن مکروه با ایراد کمتری مواجه است.

به ویژه آنکه دقت در مقررات موجود در قانون مجازات اسلامی، می‌تواند این نظر را تقویت و آن را هم‌سو با سیاست‌های مقتن در سایر موارد مانند سردستگی قرار دهد. افزون بر این، با توجه به اینکه معاونت از مقررات خاصی برخوردار است و نظام حاکم بر آن مشخص شده است، قرار دادن

این وضعیت ذیل عنوان معاونت می‌تواند مجریان را با یک نظام نسبتاً کاملی که کم‌ترین ابهام در آن وجود دارد، مواجه کند و از این جهت مجریان بهتر تجهیز می‌شوند.

اما، با توجه به ایراداتی که بر این دیدگاه وارد است، لازم است که قانون‌گذار به‌صراحت حکم اکراه در حدود را حتی در قالب چند ماده بیان کند. در واقع، اگرچه فقها در این خصوص سکوت کرده و حکم خاصی را مگر در برخی از انواع حدود بیان نکرده‌اند، اما، با توجه به وجود مبانی محکم برای تعزیر این رفتار، لازم است قانون‌گذار کیفر یا قاعده مناسبی برای مکره در جرایم تعزیری بیان کند و تمسک به رهیافت معاون تلقی کردن مکره نظر تنها از باب رفع محذور است و باید در این خصوص قانون‌گذار به‌صراحت حکم قضیه را مشخص کند.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ سی و هفتم، تهران: انتشارات میزان.
- احمدزاده، رسول و غلامحسین الهام (۱۳۹۷)، «قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال ۲۵، شماره ۹۵.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۴)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد اول، تهران: انتشارات میزان.
- امیدی، جلیل، مرتضی جوانمردی صاحب و ژیلاد مرادپور (۱۳۹۸)، «نقش علم قاضی در احراز عنف و اکراه در جرایم منافی عفت: بررسی‌های نظری و تجربه‌های عملی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۱۱، شماره ۲۰.
- تاتاری بله‌سور، اسماعیل و افسانه تاتاری بله‌سور (۱۳۹۹)، «بررسی اکراه و اجبار در قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه دانش انتظامی کردستان*، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۴۲).
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۴)، *آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- حاجی تبار فیروزجانی، حسن و امین فلاح (۱۳۹۶)، «حکم اکراه به قتل و مستندات آن در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۴۷.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «نقد کتاب درآمدی بر حقوق جزای عمومی تألیف دکتر الهام و دکتر برهانی»، *فصلنامه فقه و حقوق*، سال دوم، شماره ۵.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۱)، *سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات سمت.
- شمس‌ناتری، محمدابراهیم، حمیدرضا کلانتری، ابراهیم زارع و زینب ریاضت (۱۳۹۳)، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
- غلامی، علی (۱۳۹۱)، «اضطرار، اجبار و اکراه: از ترادف تا تفاوت»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، شماره اول (پیاپی ۳۵).
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *مجله پژوهش‌های فقهی*، دوره ۱۲، شماره ۲.
- جمعی از محققان (۱۳۸۲-۱۳۹۵)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.
- قهرمانی، رضا (۱۳۸۴)، *مسئولیت کیفری مکره در حقوق جزای ایران*، کارشناسی‌ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی.
- کلانتری، حمیدرضا، محمدابراهیم شمس‌ناتری و احمد حاجی ده‌آبادی (۱۳۹۸)، «مجازات مکره ثالث در جرایم مستوجب حد»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۲۰.
- مجموعه استفتائات جدید (۱۳۷۵)، جلد اول، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (ع).

- منجمی، سیدمحمدعلی (۱۳۹۴)، اصل تناسب در اکراه رافع مسئولیت کیفری، پایان نامه برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۵)، قواعد فقه، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- رضایی، جمال و پژمان برنازاده (۱۳۹۵)، «بررسی اکراه و اجبار از دیدگاه فقه و حقوق»، مجله فقه و حقوق، شماره ۴.
- منصورآبادی، عباس (۱۳۹۶)، حقوق جزای عمومی ۲، تهران: انتشارات میزان.
- نرم افزار گنجینه استفتائات قضائی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، قوه قضائیه، سؤال های ۵۷۸۹ و ۵۸۱۱.

عربی

- احمد بن محمد بن فهد الحلّی (۱۴۰۷ق)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- الحرّ العاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۴ق)، وسائل الشیعة [تفصیل وسائل الشیعة]، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
- المحقق ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلّی (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
- الموسوی الخوئی، السید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، موسوعة الخوئی (مبانی تکملة المنهاج)، قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی.
- النجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

حواله کیفری به مجازات حدی در تعزیرات با تأکید بر انجام اعمالی به قصد براندازی نظام

افشین عبداللہی *

چکیده

برای اینکه عملی جرم شناخته شود لازم است جرم‌انگاری و مجازات آن عمل در یک ماده قانونی به صراحت ذکر شود تا تکلیف تابعان حقوق کیفری مشخص باشد. با وجود این، گاه قانون‌گذار بنا به برخی ملاحظات از حواله کیفری استفاده می‌کند؛ به این معنی که عمل را در یک ماده جرم‌انگاری می‌کند و برای تعیین مجازات، آن را به مجازات جرم دیگری حواله می‌دهد. این شیوه تعیین مجازات هر چند در تعزیرات به دلیل مقتضیات حکومتی تا حدودی قابل پذیرش است، اما در حواله به مجازات جرایم حدی که در شرع مقدس تعیین شده‌اند، ذهن مخاطبین قانون کیفری را با تردید مواجه می‌کند که موضوع این مقاله است. در این راستا، این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی (انتقادی)، امکان احاله برخی اعمال «با قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت» را که هیچ سابقه‌ای در شرع مقدس به عنوان جرم حدی ندارند، به مجازات جرایم حدی مورد بررسی قرار داده است و در پایان این نتیجه به دست آمد که حواله کیفری به مجازات جرایم حدی خلاف مبانی جرم‌انگاری جرایم حدی، قواعد فقهی و اصول مسلم حقوق کیفری است. از این رو، ضرورت دارد قانون‌گذار جداگانه این اعمال را در قالب جرایم تعزیری پیش‌بینی نماید.

واژگان کلیدی: حواله کیفری، قصد براندازی نظام، مجازات حدی، شفافیت قوانین

مقدمه

حقوق کیفری ابزاری برای حفاظت از جان، ناموس، مال، آزادی و آبروی شهروندان است و به همین دلیل جایگاهی مهم در میان سایر شاخه‌های حقوق دارد. این جایگاه ایجاب می‌کند که قوانین مربوطه آن در نهایت دقت و صراحت وضع شوند و اختیارات دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به‌طور دقیق تعیین شود تا جایی برای برداشت‌ها و تفسیرهای متفاوت از مواد آن وجود نداشته باشد و حقوق شهروندان در پرتو آن تضییع نشود. برای این منظور، تحت تأثیر آموزه‌های مکاتب مختلف کیفری اصولی مانند اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شفافیت قوانین، قاعده درء و... پدیدار و به تدریج وارد قوانین کیفری شدند. بارزترین هدف اصول مذکور، تعیین تکلیف شهروندان در خصوص اعمال ممنوعه و مباح، جلوگیری از سرگردانی آنان و خودکامگی حکومت‌ها است تا سرخود کسی را محاکمه و مجازات نکنند. برای نمونه، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، حاکمان را مقید می‌کند تا فقط در خصوص اعمالی مردم را مجازات کنند که قبلاً در قانون جرم‌انگاری و برای آن تعیین مجازات شده باشد و یا اینکه اگر در مورد عمل ارتكابی از سوی شهروندی، شک وجود داشته باشد که آیا مشمول فلان قانون کیفری است یا خیر، به استناد اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و قاعده درء، باید از مجازات عمل مزبور خودداری کرد.

به‌رغم اصول فوق، قانون‌گذاران برخی کشورها در امور جزایی از حواله کیفری استفاده می‌کنند. بدین معنی که گاه قانون‌گذار، پاره‌ای مقررات را که پیش‌تر وضع کرده است به موارد و موضوعات مشابه سرایت می‌دهد و به‌جهت اینکه تکرار آن مقررات ملال‌آور نباشد، طی عبارتی کوتاه به مقررات پیشین ارجاع می‌دهد و بدین منظور اعلام می‌کند ترتیب مقرر در فلان قانون و یا حکم ماده‌های آن قانون در این موارد نیز لازم‌الرعايه است (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۲۴) یا اینکه عملی را جرم‌انگاری نموده و برای تعیین مجازات آن به ماده‌ای دیگر ارجاع می‌دهد. مصداق بارز مورد اخیر که به قوانین قبل از انقلاب برمی‌گردد، ماده یک قانون راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ است. مطابق این ماده «کسی که مال دیگری را با علم به اینکه مال غیر است به‌نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند، کلاهبردار محسوب» و به مجازات کلاهبرداری مقرر در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ محکوم می‌شود.^۱ در این‌گونه موارد

۱. مصادیق مختلف دیگری از حواله کیفری در تعزیرات را می‌توان قبل و بعد از انقلاب ذکر کرد. برای نمونه، مطابق ماده ۹ قانون تصدیق انحصار وراثت «هر کس با علم به عدم وراثت خود تحصیل تصدیق وراثت نموده و یا با علم به وجود وارثی غیر از خود تحصیل تصدیق بر خلاف حقیقت کند، به مجازات کلاهبرداری محکوم می‌شود.» همچنین

که می‌تواند مشکل‌زا باشد و به تشتت آرا بیانجامد، قانون‌گذار ضمانت اجرا را به قانون دیگری ارجاع نموده و در واقع کیفر را حواله داده است (بشیری، ۱۳۸۹: ۶-۷). به‌رغم انتقادات وارده، حواله کیفری در مقررات جزایی بعد از انقلاب، نه‌تنها در جرایم تعزیری نیز پیش‌بینی شده است، بلکه وارد حوزه جرایم حدی نیز شده است. قانون‌گذار در مواردی کیفرهای شرعی را که دارای تعریف و شرایط خاصی هستند، به اعمالی که خارج از تعریف فقهی است، تسری داده است. یکی از عناوینی که به‌صورت وسیع و گسترده توسط قانون‌گذار ایران استعمال شده است عنوان محاربه است، در حالی که برخی جرایمی که با مجازات محاربه پاسخ داده می‌شوند از نظر عناصر تشکیل‌دهنده و شرایط و اوضاع و احوال، ارتباطی با جرم محاربه ندارند (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۱۹). برای مثال، مطابق ماده ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۷۵) چنانچه تحریک مؤثر نیروهای رزمنده به فرار، عصیان، تسلیم یا عدم اجرای وظایف نظامی به قصد براندازی نظام یا شکست نیروهای خودی در مقابل دشمن^۱ باشد، مرتکب به مجازات محارب محکوم می‌شود ولو اینکه این قصد در عمل محقق نشود. همچنین مطابق ماده ۶۷۵ این قانون، اگر آتش زدن کشتی، هواپیما، کارخانه، محل مسکونی و غیره با قصد مقابله با حکومت اسلامی باشد، مجازات محاربه اعمال خواهد شد. حواله کیفری به جرایم حدی به‌ویژه در جرم محاربه به میزان گسترده‌تری در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۱ پذیرفته شده

در ماده ۱۱ قانون مذکور برای متصرفین مال متعلق به اشخاص مجهول‌الوارث و یا مدیونین به اشخاص مزبور تحت شرایطی به مجازات خیانت در امانت احاله داده است. نمونه دیگر مواد ۳۴۹ و ۵۵۵ قانون تجارت است که در صورت سوءنیت دلال یا تخلف مدیر تصفیه، به مجازات خیانت در امانت حواله داده شده است. مورد دیگر، کارشناسان رسمی دادگستری است که هرگاه با سوءنیت ضمن اظهار عقیده در امر کارشناسی برخلاف واقع چیزی بنویسند و یا در اظهار عقیده کتبی خود راجع به امر کیفری و یا حقوقی تمام مآلوق را ذکر نکنند و یا برخلاف واقع چیزی ذکر کرده باشند جاعل در اسناد رسمی محسوب می‌گردند که در ماده ۳۷ قانون کارشناسان به مجازات جعل در اسناد رسمی حواله داده است. جالب آنکه حواله کیفری در قوانین یک دهه اخیر (دهه نود) نیز مشهود است؛ برای مثال، مطابق ماده ۶۰ قانون بیمه اجباری ... مصوب ۱۳۹۵ فروش هر نوع بیمه‌نامه یا مبادرت به عملیات بیمه‌گری یا نمایندگی بیمه بدون مجوز قانونی، در حکم کلاهبرداری و مستوجب مجازات آن است. برای دیدن نمونه‌های دیگری از حواله کیفری در تعزیرات به ویژه جرایم در حکم کلاهبرداری و خیانت در امانت (نک: حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۷۹-۱۶۷ و ۲۸۹-۲۸۵ و میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۵۳-۱۳۹).

۱. قانون‌گذار در این زمینه از عبارات متعددی مانند براندازی نظام، مقابله با حکومت، شکست نیروهای خودی مقابل دشمن، اقدام برای جدا کردن قسمتی از قلمرو حاکمیت ایران، برهم زدن امنیت کشور برای افراد نظامی استفاده کرده است که جهت اطاله کلام و رعایت اختصار در این تحقیق از عبارت «قصد براندازی نظام» استفاده می‌شود و مطالبی که گفته می‌شود در مورد سایر عبارات نیز صدق می‌کند.

است. به عنوان مثال، مطابق ماده ۱۷ این قانون «هر نظامی که برنامه براندازی به مفهوم تغییر و نابودی اساس نظام جمهوری اسلامی ایران را طراحی یا بدان اقدام نموده و به این منظور جمعیتی تشکیل دهد یا اداره نماید یا در چنین جمعیتی شرکت یا معاونت مؤثر داشته باشد محارب محسوب می شود.»^۱ این در حالی است که حواله کیفری قواعد خاصی دارد و به ویژه در جرایم حدی باید با احتیاط بیشتری عمل کرد؛ زیرا با توجه به مقررات شرعی، عملی را می توان به عنوان جرم حدی پیش بینی نمود که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای مجازات آن در شرع مقدس مقرر شده باشد، اما در حواله کیفری انجام یک عمل به قصد براندازی نظام به مجازات حدی چنین مواردی با تردید جدی مواجه است. چنین تردیدی، به ویژه با توجه به اهمیت جرایم حدی مانند محاربه که مجازات آن در بیشتر موارد اعدام است، اهمیت انجام پژوهش را نشان می دهد. از این رو، ضرورت دارد که بررسی شود آیا حواله به مجازات حدی در جرایم مشابه با اصول حاکم بر احاله و حقوق کیفری امروزی مانند اصل شفافیت و تفسیر مضیق قوانین کیفری مطابقت دارد؟ بر این مبنا در تحقیق پیش رو، نظر به اینکه جهت اعمال حواله کیفری باید شرایطی وجود داشته باشد، ابتدا امکان حواله به مجازات حدی در پرتو اصول حاکم بر احاله بررسی می شود که در آن به طور مصداقی جرایم محاربه، افساد فی الارض و بغی با توجه به انعکاس آن ها در قوانین و همچنین سایر جرایم حدی تحلیل شده است (قسمت اول). در ادامه با توجه به اینکه امروزه یکی از اصول نوین حقوق کیفری، شفافیت و قابل فهم بودن قوانین است، در قسمت دوم به میزان شفافیت قوانین و احتمال نقض آن در موارد مربوط به حواله کیفری به مجازات حدی پرداخته شده است. سپس از آنجا که در حواله کیفری به مجازات حدی، به مواردی اشاره شده است که سابقه تقنین در شرع ندارند، لذا احتمال نقض تفسیر مضیق قوانین کیفری و به تبع آن توسل به قیاس یا عدم توجه به قاعده در وجود دارد، از این رو، در قسمت سوم، استفاده از حواله کیفری و امکان نقض تفسیر مضیق قوانین کیفری مورد بحث قرار می گیرد و در پایان با توجه ایرادات مطروحه، ضرورت جرم انگاری برخی اعمال به قصد براندازی نظام پیشنهاد شده است (قسمت چهارم) که حاکی از هدف این تحقیق نیز است؛ زیرا در تحدید حقوق و آزادی شهروندان و همچنین حفظ خون آن ها باید محتاطانه تر عمل کرد و در مواردی که سابقه یقینی در شرع موجود نیست و یا اینکه قانون، صراحت کامل در مصداق و مفهوم ندارد، نباید قاعده در نقض شود و راه را برای تفسیر موسع قوانین کیفری هموار نمود.^۲

۱. همچنین رجوع کنید به مواد ۱۹ الی ۲۴ قانون فوق الذکر.

۲. در خصوص پیشینه تحقیق به طور کلی نوشته هایی در مورد ارجاع به قانون دیگر، حواله کیفری، ارجاع کیفری و از این قبیل وجود دارد، اما هیچ یک مشابهتی با موضوع این تحقیق ندارند؛ به ویژه آنکه موضوع مقاله، حواله به مجازات

۱. اعمال مجازات حدی در پرتو اصول حاکم بر احاله

با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، احکام دادگاه کیفری برای محکوم کردن بزهکاران باید مستند به مواد قانونی باشد که از بدیهیات حقوق کیفری است. در برخی موارد جرم و مجازات در یک ماده قانونی پیش‌بینی شده است و جهت محکوم کردن مرتکب، استناد به همان ماده کفایت می‌کند. برای مثال، برای محکوم کردن شخصی به اتهام کلاهبرداری، استناد به ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ کفایت می‌کند که در آن ماده هم عمل جرم‌انگاری شده است و هم مجازات وجود دارد. اما برای محکوم کردن به اتهام سرقت حدی، حداقل باید به سه ماده ۲۶۷، ۲۶۸ و ۲۷۸ از قانون مجازات اسلامی استناد کرد؛ زیرا تعریف این جرم در ماده ۲۶۷ و شرایط آن در ماده ۲۶۸ و ضمانت اجرای آن در ماده ۲۷۸ بیان شده است. به سخن دیگر، در جرم کلاهبرداری، عنصر قانونی بسیط است و در مورد دوم، عنصر قانونی مرکب است. در قسمت دوم گاه اتفاق می‌افتد که مواد در یک متن و در جوار هم وضع می‌شوند که ایراد خاصی نمی‌تواند داشته باشد زیرا مواد در کنار هم وجود دارد و شهروندان به راحتی از مضمون آن آگاه می‌شوند، اما گاه مواد مورد بحث در متون قانونی پراکنده تصویب می‌گردند. همان طور که گفته شد این شیوه که قانون‌گذار در یک ماده قانونی خاص، جرم‌انگاری و در ماده دیگر، کیفرگذاری می‌کند، حواله کیفری می‌گویند (شاکری و فتحی، ۱۳۹۲: ۱۵۴). این شیوه قانون‌گذاری تا حدودی در جرایم تعزیری با توجه به ماهیت آن در مقررات شرعی و قانونی امروزی پذیرفته شده است، اما سؤال قابل طرح اینکه می‌توان این شیوه را در خصوص جرایم حدی نیز اعمال نمود؟ یعنی عملی را که سابقه‌ای به عنوان جرم حدی در شرع ندارد، جرم‌انگاری کرد و به مجازات حدی حواله داد. جرایم حدی شرایط و اقتضائات خاص خود را دارد که نیازمند بررسی بیشتر است.

حدی در اعمالی است که به قصد براندازی نظام ارتکاب یافته است. برای نمونه، در مقاله ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن، بیشتر به مباحث حقوق مدنی این موضوع پرداخته شده است (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۲۳). مقاله‌ای دیگر تحت عنوان حواله کیفری؛ بررسی کیفر جرم موضوع ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی، ماده مذکور تحلیل شده است (بشیریه، ۱۳۸۹: ۳). مقاله دیگری نیز در خصوص رویکردی نوین بر ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف‌گذاری منصفانه نگاشته شده است که ضمن بررسی مفهوم ارجاع کیفری به عنوان یکی از شیوه‌های پرکاربرد در فرآیند تقنین، این تکنیک در پرتو اصل وصف‌گذاری منصفانه مورد ارزیابی و تحلیل قرار گرفته است (میرمحمدصادقی و لکی، ۱۳۹۸: ۲۵۵).

۱-۱. امکان احاله به مجازات محاربه و شرایط آن

هرچند در مواد متعدد قانونی بیشتر به مجازات محاربه ارجاع شده است، اما با توجه به اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جرم بغی به عنوان یک جرم جدید حدی پیش بینی شده است و از جرم افساد فی الارض نیز تعریفی نو ارائه گردیده، ممکن است شباهت هایی بین جرایم مذکور با «اعمال به قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت» وجود داشته باشد، از این رو، امکان حواله کیفری در هر سه جرم حدی مورد بررسی قرار می گیرد. لازم به ذکر است چون در بیشتر مواد قانونی از جمله قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ بیشتر به مجازات محاربه احاله داده شده است، اصول و آثار حاکم بر احاله با توضیحات بیشتری در خصوص جرم محاربه ارائه می شود که در مورد سایر جرایم حدی نیز صدق می کند.

۱-۱-۱. وحدت در عناصر هر یک از دو جرم

برای احاله مجازات یک فعل یا ترک فعل به جرم دیگر، باید شباهت هایی بین آن دو وجود داشته باشد که از جمله آن، یکسانی در عناصر آن هاست. وقتی قانون گذار عملی را جرم انگاری می نماید برای تحقق آن شرایطی پیش بینی می کند که با احراز آن ها، جرم را واقع شده تلقی و مطابق آن، مجازات را اعمال می کند. برای مثال، شروط لازم در عنصر مادی برای تحقق کلاهبرداری استفاده از مانور متقلبانه، اغفال و فریب بزه دیده و بردن مال دیگری است. در جرم انتقال مال غیر که به مجازات کلاهبرداری حواله داده شده است تا حدودی این شرایط یکسان است. در این جرم نیز، هم مرتکب باید از نوعی تقلب، استفاده و مال دیگری را به عنوان مال خود قلمداد کند و از این طریق وی را فریب داده و مالش را ببرد. عنصر معنوی جرایم مذکور نیز تا حدی مشابه به نظر می رسد؛ سوءنیت عام در هر دو جرم، عمد و آگاهی در اعمال ارتكابی یعنی استفاده از مانور متقلبانه است و سوءنیت خاص همان قصد بردن مال دیگری و محروم کردن دائمی بزه دیده از مال متعلق به خود است.

اما این عناصر، در جرم حدی محاربه و افعال با قصد براندازی نظام متفاوت است. عنصر مادی در جرم محاربه کشیدن عمدی سلاح به مقاصد جان، مال، ناموس مردم یا ارباب آن هاست که با توجه به مقررات فقهی، از شرایط لازم و ضروری تحقق آن است (محقق حلی، ۱۴۰۹/۴: ۹۸۶ و خویی، بی تا/۱: ۳۱۸)؛ به گونه ای که اگر در نتیجه وقوع جرایمی مانند درگیری و حمله به شهروندان، امنیت، جان، مال و ناموس مردم به خطر بیافتد بدون اینکه از سلاح استفاده شده باشد، مقام قضایی نمی تواند جرم محاربه را به متهم تفهیم یا بررسی نماید. به ویژه اینکه محاربه یک جرم حدی است و کمترین شبهه در آن باعث انتفاء تحقق جرم و اعمال مجازات می شود. علی رغم این حساسیت در وقوع جرایم حدی در شرع مقدس اسلام، مواد متعددی در بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی

مصوب ۱۳۷۵ و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲، ارتکاب برخی اعمال را در حکم جرم محاربه دانسته است و به مجازات آن حواله داده است. تحریک نیروهای رزمنده به قصد براندازی حکومت یا شکست نیروهای خودی در مقابل دشمن در ماده ۵۰۴، آتش زدن کشتی، هواپیما، منازل مسکونی، انبار یا جنگل و غیره به قصد مقابله با حکومت اسلامی در ماده ۶۷۵ یا خرابکاری در وسایل و تأسیسات مورد استفاده عمومی به منظور اخلال در نظم و امنیت جامعه و مقابله با حکومت اسلامی (ماده ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی) و یا مشارکت نظامیان در جمعیت به منظور نابودی نظام (ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح) نمونه‌های بارزی هستند که مرتکب در صورت انجام آن‌ها به مجازات محارب محکوم خواهد شد. در حالی که ارکان و شرایط موارد مذکور هیچ مشابهت و یکسانی‌ای با جرم محاربه ندارد. برای مثال، در جرم آتش زدن منازل مسکونی یا عمارت یا بنا به قصد مقابله با حکومت اسلامی، عنصر مادی جرم، آتش زدن اموال است که با یک کبریت هم واقع می‌شود و نیازی به استفاده از سلاح ندارد و لزوماً هم منتهی به رعب و وحشت نمی‌شود، اما همان طور که اشاره شد، شرط تحقق محاربه کشیدن سلاح است.

در مورد جرم تحریک مؤثر نیروهای رزمنده به فرار نیز چنین حالتی وجود دارد. مطابق ماده ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) صرف تحریک مؤثر نیروها به قصد براندازی حکومت یا شکست در مقابل دشمن، موجب حواله به مجازات محاربه و اعمال مجازات آن خواهد بود. در حالی که عنصر مادی این جرم، تحریک است که معمولاً با بیان الفاظ یا نوشته و نهایتاً ایما و اشاره واقع می‌شود و نیازی به استفاده از سلاح ندارد. همچنین شرط آن، تحریک به شیوه مؤثر به نافرمانی، فرار، تسلیم یا عدم اجرای وظایف نظامی است و قصد جان و... لازم نیست. در جرم اقدام برای جدا کردن قسمتی از خاک ایران در ماده ۱۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح نیز حالت مشابهی وجود دارد؛ این جرم می‌تواند مسلحانه یا بدون حمل سلاح باشد. اگر بدون حمل سلاح ارتکاب یابد مشابهتی با جرم محاربه ندارد. اگر هم مسلحانه باشد قصد جان و غیره وجود ندارد تا بتوان محاربه را تفهیم کرد. همچنین جرم موضوع ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح بدین شرح که هر نظامی که برنامه براندازی به مفهوم تغییر و نابودی اساس نظام جمهوری اسلامی ایران را طراحی یا بدان اقدام نموده و به این منظور جمعیتی تشکیل دهد یا اداره نماید یا در چنین جمعیتی شرکت یا معاونت مؤثر داشته باشد محارب محسوب می‌شود. در این حالت نیز، صرف تشکیل گروه، هیچ‌یک از شرایط و ارکان جرم محاربه را ندارد.

همچنین در عنصر معنوی نیز متفاوت هستند. سوءنیت خاص در موارد «قصد مقابله با حکومت اسلامی» یا «قصد براندازی نظام» از بین بردن حکومت است که با سوءنیت خاص جرم محاربه یعنی

قصد مال، جان ناموس و ارباب مردم متفاوت است. این دو عمل حتی در سوءنیت عام هم با هم تفاوت دارند؛ بدین شرح که در جرم محاربه، سوءنیت عام، عمد و آگاهی در کشیدن سلاح است، یعنی مرتکب بداند که توسل به سلاح کرده است. اما در جرم آتش زدن، عمد و آگاهی در حریق است که با هر وسیله‌ای ممکن است انجام شود. یا در جرم اقدام برای جدا کردن قسمتی از خاک ایران توسط یک نظامی، سوءنیت خاص می‌تواند استقلال طلبی یا ضربه به تمامیت ارضی کشور باشد.

۲-۱. وحدت در آثار هر یک از دوم جرم

از دیگر شروط احاله اینکه نتیجه جرمی که به مجازات آن احاله شده و جرم موضوع احاله باید یکسان باشد و گرنه حواله کیفری بی‌مورد خواهد بود. برای نمونه، نتیجه در جرایم کلاهبرداری و انتقال مال غیر، بردن مال دیگری و محروم کردن دائمی مالک از مالش است. با وجود این، در جرم محاربه و ارتکاب اعمالی با قصد براندازی حکومت، به نظر نمی‌رسد آثار و نتایج مشابهی داشته باشند. مطابق ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی نتیجه محاربه، ایجاد ناامنی در محیط است. به دیگر سخن، محاربه یک جرم مقید به نتیجه است و تا وقتی که نتیجه مذکور یعنی ناامنی واقع نشده است، وقوع آن، منتفی خواهد بود و این نتیجه باید در اثر کشیدن سلاح تحقق یابد. اما، عمل تحریک مؤثر به قصد براندازی حکومت یا اقدام برای جدا کردن قسمتی از خاک ایران، یک جرم مطلق است و اساساً نیازی به تحقق نتیجه ندارد. مطابق ماده ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی ظاهراً مرتکب به صرف داشتن چنین قصدی باید به مجازات محاربه محکوم شود و نیازی به تحقق نتایجی مانند وقوع ناامنی یا براندازی نظام یا شکست نیروهای خودی نیست. چنین احاله‌ای خلاف مقررات شرعی در خصوص جرایم حدی، اصول حاکم بر احاله و نیز اصول اولیه و بدیهی حقوق کیفری (که در ادامه به آن اشاره می‌شود) است. همچنین است اعمالی مانند ایجاد حریق در بنا و عمارت و غیره یا خرابکاری در تأسیسات مورد استفاده عمومی به قصد مقابله با حکومت اسلامی که نیازی به مقابله کردن با حکومت یا وقوع ناامنی ندارد، بلکه صرف اینکه اعمال مذکور با این قصد واقع شود، موجب محکومیت مرتکبین به مجازات محاربه خواهد بود، هرچند در عمل ناامنی ایجاد نشود. در جرایم نیروهای مسلح، حتی موضع سخت‌گیرانه‌تری اتخاذ شده است؛ بدین شرح که صرف اینکه یک نظامی برنامه براندازی نظام و نابودی آن را طراحی کند به مجازات محاربه محکوم می‌شود هرچند اقدام خاصی انجام ندهد.

موضوع مهم دیگر در خصوص آثار جرایم ارتكابی است. برای نمونه، در جرایم کلاهبرداری و انتقال مال غیر، سبیل مرتکب، مال است. اما در جرم محاربه و قصد براندازی نظام، سبیل متفاوت است. از یک سو در اثر جرم محاربه، همان طور که اشاره شد با کشیدن سلاح، در محیط، ناامنی ایجاد می‌شود و منظور از آن، محیط اجتماعی است؛ یعنی بزه‌دیده این جرم، مردم آن جامعه هستند

و هدف از جرم‌انگاری آن، حمایت از شهروندان یک جامعه است. قانون‌گذار با جرم‌انگاری محاربه درصدد است امنیت را تأمین یا آن را به جامعه برگرداند. به‌طور خلاصه، محاربه یک جرم ضداجتماعی است. از سوی دیگر، ارتکاب رفتاری به قصد براندازی نظام یک اقدام علیه حکومت است و بزه‌دیده آن حاکمیت اسلامی است و لزوماً مردم، بزه‌دیده واقع نمی‌شوند. از این‌رو، محاربه و قصد براندازی نظام، هم از نظر ارکان و شرایط و هم از نظر آثار با هم تفاوت اساسی دارند، لذا حواله کیفری به مجازات محاربه جهت تعیین حکم قصد براندازی نظام با اصول حاکم بر احاله مطابقت و هم‌خوانی ندارد و نیازمند بازنگری جامع و دقیق‌تری است.

لازم به ذکر است قانون مجازات اسلامی به‌عنوان یک قانون مادر بعد از چندین دوره قانون‌گذاری درخصوص تعریف و مصادیق جرایم حدی، سرانجام در سال ۱۳۹۲ سعی نمود که تعریف جامعی از جرم محاربه ارائه نماید که این مهم در ماده ۲۷۹ محقق شده است. در چنین مواردی تمامی جرایم مشابه یا جرایم در حکم آن، چه در این قانون و چه در سایر قوانین باید با تعریف مزبور مطابقت داشته باشد، در غیر این صورت نقض غرض خواهد بود و نه‌تنها برداشت‌ها و تفاسیر متعددی به وجود می‌آید، بلکه آراء متعارض و متفاوتی درخصوص موضوع واحد صادر خواهد شد که چنین رویه‌ای درخصوص جرایم حدی که اصل بر تعیین موجب، نوع و میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس است، مطابقت ندارد.^۱ به بیان دیگر، اگر تعریف محاربه را در قانون مجازات اسلامی و در بحث حدود که متخذ از تعریف فقهی است، مبنای محاربه بشناسیم باید تمامی مصادیق را به آن ارجاع دهیم و در واقع عناصر این تعریف را در عموم این موارد، ملاک قرار دهیم؛ در حالی که بسیاری از مصادیق با این تعریف منطبق نیست (الهام، ۱۳۷۳: ۶۱). بنابراین، اگر در همان قانون مانند ماده ۲۸۱ یا در هر قانون دیگری، عملی به‌عنوان محاربه پیش‌بینی شود، باید شرایط خاص تعریف ماده ۲۷۹ را داشته باشد. مضافاً مطابق ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجراء آن در شرع مقدس پیش‌بینی شده است. پس اگر انجام عملی با «قصد براندازی نظام» یک جرم حدی است باید به کیفیت ماده ۱۵ مذکور در شرع مقدس تعیین شده باشد نه اینکه به مجازات جرمی دیگر، حواله داده شود.

نکته قابل‌توجه دیگر اینکه فقها حتی در حواله به مجازات محاربه در جرم بغی تردید کرده‌اند؛ با این استدلال که معتقدند ظاهر آیه محاربه این است که جرم مذکور، از نوع جرم‌های انفرادی است

۱. مطابق ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی، حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجراء آن در شرع مقدس پیش‌بینی شده است.

که گاهی ممکن است یک شخص آن را انجام دهد و این برخلاف محاربه باغیان است. در این محاربه (بغی)، مناسب آن است که خطاب متوجه جماعت و طایفه و گروه باشد. زیرا چنان محاربه‌ای در حقیقت میان دو گروه انجام می‌گیرد. این بیان، صریح است در اینکه معنای محارب شامل باغی نمی‌شود، بلکه اختصاص دارد به کسی که برای گرفتن مال یا جان مردم سلاح بکشد. اما در چنین جرمی، آنچه از مجرم (باغی) خواسته می‌شود فقط این است که از در طاعت درآمد و به مسیر جماعت بازگردد. بدین ترتیب روشن می‌شود که عنوان محارب در آیه مبارکه، اختصاص دارد به کسی که به قصد افساد در زمین، سلاح می‌کشد و معنای افساد در زمین نیز عبارت است از اخلاف در امنیت مردم و ترساندن آن‌ها و تجاوز به مال و جان و ناموسشان، و این معنا، شامل باغی یا کافری که به جنگ با دولت اسلامی و قیام در برابر آن برخاسته است، مادام که مرتکب محاربه به معنای مذکور نشده باشد نمی‌شود (هاشمی، ۱۳۷۶).^۱

علی‌رغم ایرادات فوق درخصوص احاله به قانون یا ماده‌ای دیگر جهت تعیین مجازات یک جرم حدی، قانون مجازات اسلامی پا را از این فراتر نهاده و احاله به فقه (منابع و فتاوی معتبر فقهی) را برای جرم‌انگاری و تعیین مجازات حدودی که در قانون ذکر نگردیده، به‌عنوان یک الزام قانونی تصویب کرده است.^۲ استخراج مجازات جرایم حدی از منابع متعدد فقهی، احاله دادن موضوع به منبعی نامعین و مبهم است که موضع قانون‌گذار را دوچندان قابل انتقاد می‌کند و نیز خلاف اصل شفافیت است که در ادامه بدان پرداخته می‌شود.

۱-۲. امکان احاله به مجازات بغی یا افساد فی الارض

جرایم بغی و افساد فی الارض مانند محاربه در زمره جرایم حدی هستند که تعاریف خاص خود را در فقه و به تبع آن در قانون مجازات اسلامی دارند. هرچند در اعمال به «قصد براندازی نظام» به مجازات محاربه احاله داده شده است، اما از آنجا که مبنای جرم‌انگاری هر سه جرم، مقررات اسلامی است و اعمال فوق به مجازات محاربه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ احاله داده شده بود و مضافاً اینکه در آن زمان بغی جرم‌انگاری نشده بود که در عمل اگر چنین جرمی واقع می‌شد مجازات محاربه یا افساد فی الارض مورد حکم قرار می‌گرفت و نیز اینکه برخی عقیده داشتند که عناوین محاربه و افساد فی الارض جدا از هم نیستند، بلکه با هم یک جرم واحد را تشکیل می‌دهند

۱. قابل دسترسی در: <http://ensani.ir/fa/article/75074>

۲. ماده ۲۲۰ در اینخصوص مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

(امام خمینی، ۱/۱۴۲۱: ۸۹۰ و میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۵۹-۵۸) این شائبه مطرح می‌شود که چون در زمان تصویب قانون مذکور این جرایم مشابه بوده‌اند، لذا در صورت عدم امکان اعمال مجازات محاربه باید مجازات جرایم بغی یا افساد فی الارض مورد حکم قرار گیرد.

۱-۲-۱. بغی

بغی در فقه عنوانی است که همواره در کتاب جهاد بحث بوده است و اصطلاحاً به قیام علیه امام عادل گفته می‌شود (میرخلیلی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۴۶) اما، مطابق ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی بغی وقتی واقع می‌شود که یک گروه در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کنند و اگر از سلاح استفاده کنند، اعضای گروه به اعدام محکوم می‌شوند. بدیهی است مطابق این ماده شرط محکومیت به اعدام، تعدد مجرمین بیش از دو نفر و استفاده از سلاح علیه اساس حکومت است. قیام مسلحانه در برابر اساس حکومت یعنی اینکه باغیان درصدد باشند با در دست گرفتن سلاح نظام اسلامی برانداخته شود (رحیمی‌نژاد و صفرخانی، ۱۳۹۳: ۱۱۷). پس، صرف قصد براندازی نظام بدون اینکه همراه با عنصر مادی قیام مسلحانه باشد، نمی‌تواند مستحق مجازات بغی یا احاله به مجازات آن باشد. به بیان دیگر، عنصر روانی جرم بغی، قصد براندازی نظام اسلامی به وسیله قیام مسلحانه است (جعفری و قهرمانی، ۱۳۹۳: ۶۸)، اما این جرم بدون وجود عنصر مادی تحقق نمی‌یابد؛ یعنی اگر گروهی صرفاً قصد براندازی نظام به طور مسلحانه داشته باشند و قبل از انجام هر گونه علمی دستگیر شوند، حتی شروع به بغی هم محقق نمی‌شود، نهایتاً مطابق ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) جرم تبانی برای ارتکاب جرایم علیه امنیت واقع می‌گردد. از این رو، وقتی یک گروه مسلحانه که قصد براندازی نظام دارند و بدون انجام عملی به مجازات اعدام محکوم نمی‌شوند، منطقی نیست که انجام اعمالی به صرف قصد براندازی نظام موجب مجازات اعدام باشد، بدون اینکه شرایطی مانند تعدد مجرمین یا حمله مسلحانه وجود داشته باشد. نکته قابل ذکر اینکه هرچند در اعمال به قصد براندازی نظام به مجازات محاربه احاله داده شده است، اما این اعمال از لحاظ عنصر معنوی بیشتر به جرم بغی نزدیک‌تر است. زیرا قصد بغات از قیام مسلحانه برابر اساس نظام به نوعی همان قصد براندازی است که همین قصد در اعمال تحریک نیروهای رزمنده به فرار یا آتش زدن انبار و منازل نیز وجود دارد. با این تفاوت که در موارد اخیر تعدد مجرمین یا قیام مسلحانه‌ای وجود ندارد یا اینکه شرط وقوع آن نیست. به بیان دیگر، هرچند مقاصد فوق از لحاظ عنصر معنوی تا حدودی مشابه جرم بغی هستند، اما چون در عنصر مادی و شرایط وقوع آن با هم تفاوت دارند، لذا احاله به مجازات بغی نیز امکان‌پذیر نیست.

لازم به ذکر است اگر اعمال آتش زدن بنا و غیره به قصد مقابله با حکومت از سوی یک گروه

به صورت مسلحانه صورت گیرد، با احراز سایر شرایط می تواند جرم بغی و مستوجب مجازات اعدام باشد. هرچند در خصوص حدی بودن جرم بغی و نحوه تحقق آن در مطابقت قانون مجازات اسلامی با مقررات شرعی تفاوت زیادی وجود دارد (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۲۹-۲۶)؛ به گونه ای که برخی حقوق دانان طرح براندازی (بغی) را هم از جهت طبیعت رفتار که علیه دولت و نظام سیاسی حاکم و هم از جهت قصد و انگیزه مرتکبان که به منظور سرنگونی نظام سیاسی مستقر انجام می شود، از مصادیق قطعی جرایم سیاسی تلقی کرده اند (آقابابایی، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴: ۱۵۰) و آن را جرم حدی نمی دانند. برخی فقها نیز اساساً بغی را یک جرم حدی محسوب نمی کنند، بلکه بغات را عده ای از مؤمنین می دانند که برای آن ها شبهه ای به وجود آمده است و ابتدا باید برای آنان روشننگری صورت گیرد و اگر علی رغم روشننگری، بغات شروع به قیام مسلحانه نمودند در حین درگیری می توان آنان را کشت. اما بعد از اتمام درگیری و غلبه حاکم اسلامی، نمی توان بغات را به قتل رساند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴۱) بلکه حاکم می تواند آنان را به تعزیر محکوم کند و بحثی از تحمیل مجازات حدی به میان نیاورده اند.^۱

۲-۱-۲. افساد فی الارض

با توجه به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی عنصر مادی جرم افساد فی الارض مواردی مانند مباشرت یا معاونت در جنایات علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی، نشر اکاذیب، احراق و تخریب و غیره است. اگرچه ارتکاب این اقدامات در حالت عادی فی نفسه جرم بوده و مجازات خاص خود را در پی خواهد داشت، لکن هنگامی که این جرایم به نحو گسترده و با نتایج زیان بار وسیع اتفاق بیافتد، رکن مادی جرم مذکور را تشکیل می دهد (رهبرپور و نورمحمدی، ۱۳۹۷: ۲۱۴). از لحاظ عنصر معنوی نیز، مرتکب باید قصد اخلاص گسترده^۲ در موارد فوق را داشته باشد؛ در صورت احراز این دو رکن مرتکب یا مرتکبین به مجازات اعدام محکوم می شوند. سؤال این است که آیا

۱. فقهای دیگری نیز چنین عقیده ای دارند: «باغی کسی است که با امامی که مسلمانان با او بیعت کرده اند بیعت نکنند، یا بیعت خود را با او بشکنند. هر کس را که امام برای جنگ با باغیان فراخواند، بر او واجب است که همراه امام شد و چون جنگ با باغی آغاز شود به پایان نمی رسد تا اینکه یا او از در اطاعت درآید و به جرگه مسلمانان بپیوندد و یا کشته شود. اگر باغی گروهی داشته باشد و نزد گروه خود باز گردد، باز باید جنگ را با او ادامه داد چه روبه رو با او و چه در تعقیب او و زخمیان آنها را نیز باید کشت، اما در غیر این صورت نباید به تعقیب او پرداخته شود» (هاشمی، ۱۳۷۶، قابل دسترسی در: <http://ensani.ir/fa/article/75074>).

۲. چنین عباراتی «مقول به تشکیک است و احراز موضوع را برای قاضی دچار قبض و بسط می کند. در حالی که در گزاره های کیفری موضوع، باید مرزبندی دقیق داشته باشد. چنین مواردی باعث سردرگمی قاضی می شود» (سالارزائی و افروشته، ۱۳۹۸: ۱۸۳).

آتش زدن بنا و غیره به قصد مقابله با حکومت یا تشکیل گروه توسط نظامیان به منظور تغییر و براندازی نظام می‌تواند مصداقی از افساد فی الارض باشد؟ در پاسخ می‌توان گفت اگر آتش زدن بنا به طور گسترده و شدید ایجاد شود (عنصر مادی) و مرتکب نیز قصد اخلال گسترده داشته باشد (عنصر روانی) جرم افساد فی الارض واقع شده است. اما نکته قابل ذکر اینکه در اعمال مواد ۶۷۵ یا ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) یا مواد ۱۷ و ۲۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مرتکب قصد براندازی یا مقابله با نظام دارد و در این موارد قصد اخلال گسترده مطرح نیست یا اصلاً چنین قصدی ندارد. یعنی هرچند ممکن است اعمال مواد مذکور به قصد اخلال شدید در نظم عمومی یا ناامنی ارتکاب یابند، اما قصد اخلال گسترده با قصد براندازی نظام یکی نیست. پس عنصر روانی این دو جرم با هم تفاوت دارد، لذا نمی‌توان به مجازات افساد فی الارض احاله داد. همچنین از لحاظ عنصر مادی نیز ممکن است مرتکب تنها یک یا دو بار مصداق جرایم مندرج در مواد مذکور را انجام دهد و نتوان شروط گسترده بودن و نتایج زیان‌بار را احراز کرد که در نهایت عنصر مادی این دو جرم نیز مشابه نخواهد بود. از این رو، ارتکاب برخی اعمال با مقاصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت از لحاظ عنصر مادی و معنوی به ترتیب شباهت‌هایی با جرایم افساد فی الارض و بغی دارد اما به طور کامل به هم شبیه نیستند، لذا نه تنها احاله به این مجازات‌ها امکان ندارد، بلکه خلاف مقررات مهم شرعی مانند قاعده درء و منع توسل به قیاس نیز است.

۳-۱. امکان احاله مجازات در سایر حدود

هرچند ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی تنها مجازات جرم حدی را تعریف کرده است، اما به این معنی نیست جرمی که مستوجب مجازات حدی است، ضابطه‌ای ندارد و قانون‌گذار به طور مطلق می‌تواند هر جرمی را به مجازات حدی حسب مورد احاله دهد. منابع معتبر فقهی از جمله احادیث، روایات و کتب فقهی ابتدا ارکان جرم حدی را به طور کامل تشریح، سپس مجازات آن را بیان کرده‌اند. برای نمونه، شهید ثانی در باب جرم حدی شرب خمر، ابتدا تعریف و شروط آن را بیان و در ادامه به میزان مجازات آن اشاره کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۴۶۸). واژه «موجب» در ماده ۱۵ قانون مذکور نیز چنین مفهومی را به ذهن متبادر می‌کند؛ یعنی جرم ارتكابی یا همان موجب و علت چنین مجازاتی باید در شرع تعیین شده باشد. پس احاله به مجازات حدی برای یک جرم دیگر غیر ممکن و خلاف شرع است. به همین دلیل است در خصوص مصرف مواد مخدر که مانند مشروبات الکلی اثر مستی و بیهوش‌کننده و غیره دارد، قانون‌گذار حد شرب خمر تعیین نکرده یا اینکه به مجازات آن احاله نداده است. زیرا موجب و میزان آن در شرع تعیین نشده است، هرچند این دو جرم از نظر آثار مشابه هستند. جالب آنکه ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی جهت رفع مسئولیت کیفری و مساعدت

به نفع مرتکب اثری مانند شرب خمر بر مصرف مواد مخدر روان گردان بار نموده است، اما در جهت تشدید مجازات به دلیل حدی بودن مسکرات، در خصوص مصرف مواد مخدر به حواله کیفری توجهی نکرده است.^۱ چنین برخوردی در سرقت‌های تعزیری نیز قابل مشاهده است. برخی سرقت‌های تعزیری مانند سرقت مقرون به پنج شرط ماده ۶۵۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) با وجود آنکه از نظر شرایط و آثار جرم ارتكابی بسیار شدیدتر از سرقت حدی هستند، اما به مجازات سرقت حدی حواله داده نشده است.^۲ از این رو، در هیچ‌یک از سایر جرایم حدی نمی‌توان موردی از حواله کیفری به مجازات آن‌ها در منابع فقهی یافت، چون تعریف حد در شرع و به تبع آن در قانون مجازات اسلامی مشخص است. در حالی که جرم محاربه و انجام اعمالی با قصد براندازی نظام حتی با وجود آنکه آثار و نتیجه مشابهی نیز ندارند، اما قانون‌گذار برای آن‌ها مجازات مشابه مقرر نموده و از حواله کیفری استفاده کرده است.

لازم به ذکر است در پاره‌ای موارد در جرایم تعزیری منصوص شرعی به قسمتی از مجازات حدی به عنوان تعزیر احاله داده شده است. برای نمونه، «اگر شخصی کنیزی را به عقد خود در آورده و قبل از کسب اذن از همسر مسلمانش با او نزدیکی کند به میزان یک هشتم حد زانی (دوازده و نصف) تعزیر خواهد شد» (محقق حلی، ۱/۱۴۱۸: ۲۱۸). از جمله روایاتی که مستند این نظر قرار گرفته می‌توان به روایت حذیفه بن منصور از امام صادق (ع) اشاره کرد که در آن راوی بیان می‌کند از امام در موردی پرسیدم که بدون اذن گرفتن از همسر مسلمانش با کنیزی ازدواج کرده است. امام فرمودند باید جدا شوند. راوی پرسید که آیا این عمل مجازاتی هم دارد یا خیر؟ امام پاسخ می‌دهند که مرد یک هشتم حد زانی، مجازات می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۵۱۱). به نظر می‌رسد این نوع احاله، بیشتر در راستای تخفیف و مساعدت نسبت به مرتکب است تا تشدید مجازات. به بیان دیگر، برخی فقها جهت پرهیز از اینکه چنین جرمی حد محسوب نشود به قسمتی از مجازات حد زنا احاله داده‌اند که در نهایت مساعدت و به نفع مرتکب است.

۲. حواله کیفری به مجازات حدی در پرتو اصل شفافیت

اصل شفافیت قانون با توجه به اهمیت آن در کشورهای اروپایی جایگاه بالایی دارد به گونه‌ای که معمولاً این اصل نه در قوانین عادی، بلکه در قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود. اما در حقوق ایران، این

۱. مستی و بی‌ارادگی حاصل از مصرف اختیاری مسکرات، مواد مخدر و روان گردان و نظایر آن‌ها، مانع مجازات نیست مگر اینکه ثابت شود مرتکب حین ارتکاب جرم به طور کلی مسلوب‌الاختیار بوده است.

۲. همچنین است در جرایم سب‌النبی و قذف

اصل نه تنها در قانون اساسی به آن اشاره نشده است بلکه در قوانین عادی نیز جایگاهی ندارد که موضع حقوق ایران را از این نظر قابل انتقاد می‌کند. بدیهی است نقض چنین اصلی در فرایند قانون‌گذاری و در رویه قضایی نیز ضمانت‌اجرائی ندارد. با وجود این، اقتضات سیاسی و اهمیت جرایم اقتصادی بر آن شده مقنن و دولتمردان به ناچار به اصل مذکور روی بیاورند و حتی در پرونده‌های کیفری به استناد برخی مواد قانونی در پاره‌ای موارد حریم خصوصی شهروندان را نقض کرده‌اند. برای مثال، در سال‌های ۱۳۹۷ و ۱۳۹۸ در مجلس شورای اسلامی موضوع اصل شفافیت آراء نمایندگان به صحن علنی مجلس آمد و در خصوص قانونی کردن آن رأی‌گیری شد. همچنین اصل شفافیت دارایی‌های مقامات، باعث شده که در این خصوص قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۹۴ تصویب شود و مسئولان رده‌بالای کشوری مکلف شوند که لیست دارایی‌های خود را در سامانه خاصی ثبت کنند. همچنین اصل شفافیت در معاملات اقتصادی ایجاب می‌کند که مطابق ماده ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم بتوان حساب‌های افراد مظنون را مورد بررسی قرار داد. توجه به موارد فوق نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران نیز اهمیت اصل شفافیت درک کرده است و بعید نیست در سال‌های آینده، این اصل در امور مختلف حقوقی پیش‌بینی شود.

آنچه از دیدگاه حقوق کیفری مهم است اینکه با توجه به اصل مذکور، متن قانون باید شفاف و گویا باشد به گونه‌ای که عموم شهروندان با خواندن آن، مقصود قانون‌گذار را درک کنند. این اصل که در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر اروپا استخراج شده است بدین معنی است که قانون باید دارای کیفیت باشد تا از صدور آراء متعارض و ناعادلانه پرهیز شود. از منظر دیوان اروپایی حقوق بشر تنها مقرره‌ای را می‌توان قانون دانست که با وضوح و دقت کافی تدوین شده باشد، به شکلی که شهروندان را قادر سازد علاوه بر فهم کامل آن، رفتار خود را تا حد امکان بر اساس موازین قانونی تنظیم نموده و به عبارتی زندگی خود را قانونمند سازند (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۰۶). این اصل سه نتیجه مهم در پی دارد. نخست، قابلیت دسترسی قانون است؛ قوانین باید در دسترس مردم باشند تا بتوانند به مناسبت عملی که انجام داده‌اند یا در اوضاع و احوال مربوط به پرونده خود با مراجعه به ماده قانونی مربوطه، اطلاعات کافی را در مورد آن عمل کسب کنند (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۱: ۱۱۴۱). این مورد بیشتر ناظر به اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که باید به سهولت در دسترس شهروندان باشد. با وجود این، در حواله برخی اعمال به مجازات محاربه چنین کیفیتی وجود ندارد و قانون در دسترس نیست. وقتی که قانون‌گذار در قسمت مربوط به جرایم تعزیری به مجازات یک جرم از جنس و نوع دیگر احاله می‌دهد نمی‌توان گفت که مرتکب اطلاعات مربوط به جرم محاربه یا حتی بغی را از ماده موردنظر کسب می‌کند و حتی با مراجعه به ماده مربوط به محاربه

نیز در قسمت جرایم حدی این اطلاعات وجود ندارد، زیرا عمل انجام شده (به قصد براندازی نظام) با تعریف این جرم در قسمت جرایم حدی مطابقت ندارد. به‌ویژه اینکه در جرایم حدی، عدم دسترسی به قانون موجب ایجاد شبهه می‌شود. دوم، صراحت قانون است که بیشتر ناظر به عناصر مادی و معنوی می‌باشد؛ بدین شرح که وقتی قانون‌گذار عملی را جرم‌انگاری می‌کند باید به‌گونه‌ای شفاف و گویا، شرایط تحقق عنصر مادی و نحوه احراز عنصر معنوی با هم در یک ماده قانونی بیان شود. اما، با احاله به مجازات محاربه در یک جرم شبه‌تعزیری نه تنها این به این عناصر به‌طور شفاف اشاره نشده است، بلکه اساساً در ماده مربوطه وجود ندارد. برای نمونه، در هیچ‌یک از مواد ۶۷۵ و ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی یا مواد ۱۷ الی ۲۴ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح عناصر مادی یا معنوی تشریح نشده است، بلکه صرفاً مجازات محاربه مورد حکم قرار گرفته است. این مواد صراحتی ندارند بلکه عملی را با توجه به مقتضیات حکومتی جرم‌انگاری کرده‌اند، اما جهت تشدید برخورد به مجازات محاربه حواله داده است. به نظر می‌رسد آنچه مدنظر قانون‌گذار بوده شدت در برخورد و نشان دادن قبح چنین مقاصدی است که سبب نادیده گرفتن صراحت در قانون شده است. سوم، آثار قانون قابل‌پیش‌بینی باشد. افرادی که درصدد ارتکاب عملی مجرمانه هستند باید مجازات و تبعات عمل خود را بدانند. وقتی که جرم‌انگاری در یک ماده و عناصر مادی، معنوی و مجازات در ماده‌ای دیگر ذکر می‌شود، قابلیت پیش‌بینی آثار عمل منتفی است و مضافاً اینکه تفاسیر و برداشت‌های متعددی از نحوه مجازات می‌شود. به‌عنوان مثال، شهروندان در صورت ارتکاب عملی به قصد براندازی نظام با این برداشت که عمل ارتكابی آن‌ها شرایط محاربه یا بغی را ندارد، تصور می‌کنند که به مجازات چنین جرایمی محکوم نخواهند شد، اما در عمل خلاف این تصور واقع می‌شود که در متن قانون به صراحت قابل‌پیش‌بینی نیست. مضافاً اینکه ممکن است یک قاضی چنین اعمالی را در حکم محاربه بداند و دیگری چنین عقیده‌ای نداشته باشد.

نتیجه اینکه عدم پیش‌بینی اصل شفافیت قوانین به‌ویژه در جرایم حدی، منجر به نوعی استبداد قانونی خواهد شد که حقوق شهروندان را در پرتو برداشت‌های شخصی به مخاطره می‌اندازد. اتخاذ چنین سیاستی در مجازات‌های احاله‌ای از تعزیرات به حدود عوامل متعددی می‌تواند داشته باشد. یکی از این موارد، عدم انسجام درون قانونی است. بدین معنی که فصول و مواد متعدد قانون مجازات اسلامی در چندین مرحله نوشته شده است به‌گونه‌ای که مقنن نتوانسته ارتباط منطقی بین آن‌ها برقرار کند یا از برقراری آن غافل مانده است. به‌عنوان مثال، بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی که برخی جرایم در حکم محاربه در آن پیش‌بینی شده، در سال ۱۳۷۵ به تصویب رسیده است؛ در حالی که قسمت حدود، قصاص و دیات این قانون در سال ۱۳۹۲ وضع شده است و اتفاقاً قانون‌گذار

در این قسمت سعی نموده تعریف جامعی از جرم محاربه یا بغی بنماید تا ملاک عمل قرار گیرد، اما ظاهراً از جرایم در حکم محاربه در قسمت تعزیرات غافل مانده است یا اینکه واقعاً خواسته است جرایم مذکور با همان کیفیت در بخش تعزیرات باقی بماند که کاملاً در تعارض با اصل شفافیت قرار دارد. مثال دیگر، در این رابطه قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح ۱۳۸۲ به عنوان یک قانون تعزیری است که در آن جرایم بسیاری تحت عنوانین حدی محاربه یا افساد فی الارض وضع شده است؛ در حالی که در قانون مزبور نیازی نبود جرایم حدی پیش‌بینی شود، زیرا تعریف و ملاک وقوع جرم حدی در شرع و قانون مجازات اسلامی مشخص شده است.

مورد دیگر، سازماندهی نامطلوب جرایم در قانون مجازات اسلامی است. بدین شرح که وقتی قانون‌گذار عنوان بخش پنجم را «جرایم تعزیری» قرار داده است، تمامی جرایم مندرج در آن باید تعزیری باشد. اما قانون‌گذار جرایم حدی متعددی را در قسمت تعزیرات پیش‌بینی کرده است که به این بی‌سامانی دامن زده است. در قوانین تعزیری متعدد دیگری نیز مانند قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری ۱۳۶۷ و قانون اخلاف در نظام اقتصادی کشور ۱۳۶۹ و غیره ارتکاب برخی اعمال مجرمانه، محارب یا در حکم محارب و یا تحت عنوان جرم حدی «مفسد فی الارض» وضع شده است که شماره آن‌ها از ۷۰ مورد فراتر می‌رود. بدیهی است این‌گونه قانون‌گذاری مبهم خصوصاً در مسائل جزایی صحیح نبوده و جز مشکل عملی، ثمری ندارد (الهام، ۱۳۷۳: ۵۱-۶۱).

چنین وضعیتی در نهایت باعث سردرگمی شهروندان و خدشه به اصل شفافیت قانون خواهد شد.

برای رفع این مشکل مهم‌ترین راه، ساده‌نویسی قوانین به نحوی است که هم برای شهروندان قابل فهم و درک باشد و هم از بار حقوقی و علمی قانون کاسته نشود. از این نظر قانون باید به شکلی نگارش یابد که به طور صریح بر نظر مقنن دلالت کند. قانون باید به زبان و ساختاری نوشته شود که برای همه مردم قابل فهم و در دسترس بوده و در مرحله اجرا نیز قاضی را با سرگردانی مواجه نسازد. در قانون‌نویسی از هر چیزی که سبب اجمال و ابهام معنای قانون باشد باید پرهیز نمود (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۰۰؛ بکاریا، ۱۳۹۷: ۴۷).

۳. حواله کیفری و تفسیر مضیق قوانین کیفری

با توجه به اینکه نقض قوانین کیفری، تعرض به نفس، جان، عرض، مال و آزادی‌های شهروندان را در پی دارد، تفسیر موسع این قوانین خطراتی مانند استبداد، گسترش دامنه شمول قوانین کیفری، نقض آزادی‌های مشروع و در نهایت توسل به قیاس را در پی دارد. از این رو، گفته شده که با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات که از اصول برجسته و مسلم حقوق جزا است، قوانین جزایی را باید به طور مضیق و محدود تفسیر نمود. در این معنا تفسیر مضیق، تفسیری است که منحصر در

چهارچوب الفاظ قانون بوده و از منطق صریح آن تجاوز نمی‌کند (رحیمی نژاد، ۱۳۷۶: ۳۷). پس این تفسیر مانع از توسل به قیاس و تسری دادن حکم قانون‌گذار به مواردی است که در زبان قانون‌گذار یا در جرایم حدی در شرع صریحاً پیش‌بینی نشده است. با این توضیح سؤال این است آیا احاله به مجازات محاربه یا حدود مشابه (که در شرع تعریف معین و محدودی دارد) در قسمت تعزیرات، نقض اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و نوعی توسل به قیاس نیست؟ همچنین بیان شد که مطابق قاعده درء، حدود به معنای عام مجازات و به معنای خاص آن یعنی جرایم حدی به‌ویژه در کلام فقها با کمترین شبهه رفع می‌شود، آیا حواله مجازات به ترتیب فوق به نوعی نقض قاعده درء نیست؟

۳-۱. توسل به قیاس در احاله مجازات

قیاس عبارت است از سرایت دادن حکمی مصرح در قانون به موضوعی مسکوت‌الحکم به دستاویز علتی مشترک (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۷۵۲). مطابق نظری دیگر، قیاس مبتنی بر مشابهت میان رفتارهای مخاطره‌آمیز است. بدین معنی که رفتارهای ضداجتماعی پیش‌بینی نشده در قانون با جرایم پیش‌بینی شده در آن مقایسه می‌شوند و پس از احراز مشابهت میان آن‌ها، اوصاف قانونی و آثار جزایی یکی به دیگری تعمیم داده شود (امیدی، ۱۳۷۷: ۲۳). به‌عنوان مثال، شرب خمر به علت مسکر بودن، جرم و مستوجب حد است. اما، مصرف مواد مخدر که آن نیز موجب مستی و بی‌ارادگی می‌شود (ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی) به‌عنوان یک جرم حدی مسکوت است. تفسیر قیاسی به استناد مشابهت اثر و نتیجه این رفتارها، مصرف مواد مخدر را نیز مستوجب حد می‌داند. علی‌رغم اینکه فقه امامیه توسل به قیاس را به استناد احادیث،^۱ در متون فقهی و به طریق اولی در تفسیر قوانین، به‌ویژه حقوق جزا مردود می‌دانند، اما به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی در احاله به مجازات محاربه قیاس را قبول کرده است. زیرا ارتکاب اعمالی با قصد «براندازی نظام» را مانند عناصر مادی و معنوی در جرم محاربه (یا بغی) فرض کرده و چون عقیده داشته که مقاصد فوق مانند جرم

۱. برای نمونه، فقهای امامیه به حدیثی از امام صادق (ع) استناد می‌کنند بدین شرح که ابان از امام صادق (ع) می‌پرسد: نظر شما درباره مردی که یکی از انگشتان زنی را قطع کند چیست و چه مقدار دیه بر او واجب است؟ امام فرمود: ده شتر، ابان می‌گوید: پرسیدم چنانچه دو انگشت او را قطع کند؟ فرمود: بیست شتر، سه انگشت: فرمود: سی شتر و اگر چهار انگشت؟ فرمود: بیست شتر. گفتم سبحان الله! چگونه است که سه انگشت سی شتر دیه دارد ولی چهار انگشت بیست شتر وقتی در عراق بودیم این حکم را شنیدیم و از گوینده آن دوری می‌جستیم و می‌پنداشتیم کسی که این گفتار را آورده شیطان بوده است، امام فرمود: آرام باش ای ابان! این حکم رسول خدا (ص) می‌باشد که زن تا یک سوم دیه مانند مرد است اما همین که دیه‌اش به یک سوم رسید به نصف کاهش می‌یابد، ای ابان تو مرا به قیاس گرفتی و بدان اگر سنت مورد قیاس واقع شود دین محو می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۴۶۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۴۱).

محاربه و بغی نتیجه مشابه دارند، مجازات محاربه را برای آن‌ها مقرر کرده است. در حالی که حتی اگر قیاس هم پذیرفته شود گفته شد که باید علت آن‌ها مشترک باشد تا بتوان قیاس کرد. در اینجا، علت همان حکمی است که سبب تشریع حکم شده است (اردبیلی، ۱۳۹۸: ۲۲۹). علت جرم‌انگاری محاربه و تعیین مجازات‌های اعدام و غیره کشیدن سلاح به مقاصد جان، مال، ناموس مردم یا ارباب و در نهایت وقوع ناامنی در محیط است؛ همچنین علت جرم‌انگاری بغی، قیام مسلحانه توسط یک گروه علیه اساس نظام است. اما، در انجام یک عمل به «قصد براندازی نظام» توسل به سلاح یا ایجاد ناامنی یا قیام مسلحانه گروهی شرط وقوع آن نیست، بلکه صرف قصد مرتکب برای مقنن مهم است. پس هیچ علت مشترکی بین این دو وجود ندارد تا بتوان قیاس کرد. جالب آنکه قانون‌گذار در موارد مذکور نه به مجازات قانونی، بلکه به مجازات محاربه به‌عنوان یک مجازات شرعی احاله داده است، زیرا گفته شد که مطابق ماده ۱۵ مجازات حد در شرع مقدس تعیین شده است؛ در حالی که در شرع چنین قیاسی اساساً از سوی فقها صورت نگرفته و مطلقاً وجود ندارد و باطل است. لازم به ذکر است که فقهای شیعه از بین انواع قیاس، قیاس منصوص‌العله را حجت و قابل استناد می‌دانند (محقق‌داماد، ۱۳۹۴: ۱۶۸-۱۶۹) یعنی قیاسی که علت حکم به‌صراحت در اصل بیان شده است. زیرا این نوع قیاس موجب قطع و یقین است (اردبیلی، ۱۳۹۸: ۲۳۰). البته درخصوص احاله به مجازات محاربه وقتی که در قیاس عادی، علت مشترکی وجود ندارد، طبیعی است مطرح کردن آن درخصوص قیاس منصوص‌العله سالبه به انتفای موضوع است.^۱ به بیان دیگر، هرچند قانون‌گذار مجازات و کیفر برخی اعمال را ملحق به حد محاربه کرده است، اما به دلیل توقیفی بودن حدود، چنین الحاق‌هایی محتاج نص و تصریح شارع است که در محل مورد بحث چنین نصی وجود ندارد (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۲۹) و نمی‌توان با قیاس مشکل را حل نمود.

۳-۲. نقض قاعده درء

به استناد قاعده درء، حدود با شبهه برداشته می‌شوند و مجازات حدی تنها در صورتی جاری

۱. لازم به ذکر است حقوق‌دانان کیفری در پذیرش قیاسی که به نفع متهم باشد و نتایج مساعدی برای وی در بر داشته باشد، تردید نکرده‌اند. برای مثال، با توسل به قیاس، موارد مساعدتی مانند علل رافع مسئولیت، یا کیفیات مخففه و ... که در برخی جرایم وجود داد را به جرایمی که در قانون برای آنها پیش‌بینی نشده است، می‌تواند تسری داد (امیدی، ۱۳۷۷: ۳۰). اتفاقاً در اینجا در خصوص اعمال فوق می‌توان به قیاس استناد کرد و اعلام نمود که چون بین این اعمال و جرم محاربه علت مشترکی وجود ندارد، لذا باید به نفع متهم تفسیر کرد و گفت که مجازات محاربه در این خصوص قابل اعمال نیست. همچنین نگاه کنید به ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی که سیاست مشابهی را در خصوص رفع مسئولیت کیفری به علل شرب خمر و استعمال مواد مخدر و روان‌گردان اتخاذ کرده است.

می‌شود که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در میان نباشد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۴: ۳۴). در توضیح قاعده دره گفته شده که «مفاد اجمالی قاعده دره، آن است در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد، به موجب این قاعده باید جرم و مجازات را منتفی دانست (محقق‌داماد، ۱۳۹۱: ۴۳). قانون مجازات اسلامی با اندکی تغییرات همین دیدگاه را مورد پذیرش قرار داده و آن را در ماده ۱۲۰ منعکس کرده است که مطابق آن، قاعده دره علاوه بر سقوط مجازات، موجب عدم تحقق جرم یا برخی شرایط آن می‌شود. آن طور که از این ماده استنباط می‌شود واژه «جرم» به صورت مطلق ذکر شده که شامل تمامی جرایم مستوجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر می‌شود. با وجود این، سؤال قابل طرح اینکه آیا با وجود قاعده دره در قانون مجازات اسلامی و اینکه مجازات‌ها به‌ویژه از نوع حدی، با کمترین شبهه برداشته می‌شود، می‌توان جهت تعیین مجازات یک عمل که سابقه‌ای در شرع ندارد، به مجازات حدی احاله داد و آن را قابل اجرا دانست؟ آنچه مشخص است با توجه به ماده ۱۲۰ قانون مذکور قاعده دره هم شامل وقوع جرم (عنصر مادی) و شرایط و اوضاع و احوال این جرم و هم شامل عنصر معنوی می‌شود. برای نمونه شخصی به قصد براندازی نظام، یک منزل مسکونی را آتش می‌زند؛ در عمل مزبور، آتش زدن عنصر مادی جرم است و نیازی نیست حتماً با سلاح انجام شود، یا اینکه یک نظامی مطابق ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح گروهی را به منظور تغییر و نابودی اساس حکومت تشکیل می‌دهد که عنصر مادی آن، صرفاً تشکیل گروه است. در حالی که عنصر مادی در جرم محاربه، کشیدن سلاح است. همچنین در تطبیق شرایط آن‌ها نیز شبهه ایجاد می‌شود که ایجاد ناامنی در یکی لازم نیست ولی در دیگری شرط است. یک قاضی نوعی اگر بخواهد فعل «آتش زدن محل مسکونی به قصد براندازی نظام» را با تعریف محاربه در ماده ۲۷۹ یا بغی در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مطابقت دهد این شبهه در ذهنش ایجاد می‌شود که این جرایم به وقوع نپیوسته است، زیرا عنصر مادی آن‌ها با هم متفاوت است، لذا ملزم کردن وی به صدور حکم به مجازات محاربه یا بغی خلاف ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی است. مضافاً همان طور که بیان شد، وقوع ناامنی به دلیل کشیدن سلاح یا قیام مسلحانه به ترتیب مهم‌ترین شرط وقوع جرم محاربه یا بغی است. اما وقوع این شرط در فعل مذکور که هیچ سلاحی در آن به کار نرفته است، به‌طور جدی محل تردید و شبهه است. از این رو، در حواله کیفری به مجازات محاربه یا بغی هم در وقوع جرم و هم در شرایط آن تردید و شبهه وجود دارد، به‌ویژه آنکه پیش‌تر گفته شد که در عناصر مادی، شرایط و آثار این دو فعل هیچ تشابهی وجود ندارد.

در خصوص عنصر روانی نکته قابل ذکر اینکه مطابق ماده ۱۲۰ و تبصره ۱ ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی در جرم محاربه، صرف ادعا در فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری در

زمان ارتکاب جرم، مسقط حد نیست. وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری که موضوع بحث نیست، اما درخصوص فقدان علم باید گفت در اینجا منظور قانونگذار این نیست که قاعده درء جاری نمی‌شود، بلکه اگر در عنصر روانی جرم محاربه (یا افساد فی الارض) شبهه ایجاد شود، چون این جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی هستند، دادگاه باید تحقیق و بررسی کند که آیا مرتکب عنصر روانی در ارتکاب این جرایم داشته است یا خیر؟ یعنی آیا در عمل قصد خاص ایجاد ناامنی یا اخلال گسترده را داشته است؟ و اگر بعد از تحقیق و بررسی وجود سوءنیت مرتکب یا عدم آن مشخص نشد، باید قاعده درء جاری شود. اما در سایر جرایم حدی مانند شرب خمر، زنا و غیره ادعای متهم به فقدان علم یا قصد در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود، پذیرفته می‌شود. جالب آنکه در مانحن‌فیه نیز (یعنی انجام اعمالی با قصد براندازی نظام) شبهه در تحقق عنصر روانی محاربه به‌طور کامل وجود دارد؛ زیرا در انجام اعمالی مانند تشکیل گروه توسط یک نظامی یا آتش زدن اماکن به مقاصد براندازی نظام، این شبهه به وجود می‌آید که آیا وی از انجام این اعمال، قصد ایجاد ناامنی و ارتکاب جرمی مانند محاربه را داشته است یا اینکه به دنبال تحقق اهداف دیگری بوده است؟ همچنین آیا وی با انجام اعمال مذکور، آگاه و عالم بوده که اعمالش منتهی به ناامنی می‌شود یا وی با این قصد آن را انجام داده که عملش جنبه عمومی ندارد و در عمل منتهی به ناامنی نخواهد شد. همچنین حتی ممکن است در وجود قصد براندازی نظام شبهه وجود داشته باشد، چون غیر از خود مرتکب، شخص دیگری از قصد و نیت او خبر ندارد. به همین دلیل گفته شده که در صورتی که شبهه مربوط به قصد و اراده مرتکب جرم باشد، مجازات ساقط می‌شود، زیرا مجازات برای کیفر دادن افرادی است که حالت خطرناک داشته و این حالت خطرناک را بروز می‌دهند و در اصطلاح، دارای سوءنیت هستند (ساداتی، ۱۳۹۵: ۱۳۵). با این توضیح که سوءنیت عام و خاص در جرم محاربه به ترتیب علم و آگاهی در کشیدن سلاح و قصد جان و غیره و در بغی علم به قیام مسلحانه به قصد خاص علیه اساس نظام است. اما سوءنیت عام در عمل به قصد براندازی نظام، علم و آگاهی در آتش زدن یا غیره است که نه تنها با محاربه بلکه با سوءنیت عام در بغی نیز مطابقت ندارد. سوءنیت خاص نیز قصد تغییر حکومت است که هرچند با بغی مشابه است، اما هیچ مطابقتی با قصد جان و غیره یا ارباب ندارد. از این‌رو، در علم و اراده مرتکب به انجام اعمالی مانند محاربه یا جرایم مشابه شبهه وجود دارد و به استناد مواد ۱۲۰ و ۲۱۸ نباید مجازات محاربه یا بغی اعمال شود و محل اجرای قاعده درء است.

۴. ضرورت جرم‌انگاری مستقل

با توجه به مطالب پیش‌گفته مشخص شد که ارتکاب برخی اعمال به قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت، ویژگی‌های هیچ‌یک از جرایم محاربه، بغی و افساد فی الارض را ندارد و نمی‌توان به

مجازات این جرایم احاله داد. همچنین از آنجا که جرایم حدی در شرع مشخص هستند، نمی‌توان آن را به‌عنوان یک جرم حدی دیگر پیش‌بینی کرد. به بیان دیگر، مجازات مجرمین که برای آن‌ها حد شرعی در نظر گرفته شده است، لازم است همان حدود در باره آن‌ها اجرا گردد و با توهمات بی‌اساس و تخیلات بی‌ارزش نمی‌توان احکام الهی را تغییر داد و مجازات‌های دیگری تحت عنوان محاربه یا افساد فی الارض برای آن‌ها در نظر گرفت، زیرا این نوع طرز تفکر موجب تغییر در احکام الهی و قوانین اسلامی است و از مصادیق «حکم بغیر ما انزل الله» می‌باشد. اما مجازات آن دسته از مجرمینی که برای آن‌ها کیفر خاصی در نظر گرفته نشده است تعزیراً باید آنان را مجازات کرد (مرعشی ۱۳۷۰: ۵۵). از این رو، با توجه به آثار و خطرات ارتکاب چنین اعمالی، ضرورت دارد این اعمال به‌طور جداگانه به‌عنوان یک جرم تعزیری جرم‌انگاری شود. برای مثال، مطابق ماده ۶۷۵ قانون مجازات اسلامی آتش زدن بنا و غیره در حالت عادی دو تا پنج سال حبس دارد. مقنن به‌جای وضع تبصره یک می‌تواند مقرر نماید که «اگر اعمال ماده به قصد مقابله با حکومت اسلامی یا براندازی نظام باشد به حداکثر مجازات یا به مجازات تعزیری دیگری محکوم خواهد شد.»

لازم به ذکر است ماده ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی تا حدودی اعمال مشابهی را جرم‌انگاری کرده است؛ با این بیان که هر گاه گروهی قصد قیام مسلحانه در برابر اساس نظام را داشته باشند اما قبل از درگیری و استفاده از سلاح دستگیر شوند، اگر سازمان و مرکزیت گروه وجود داشته باشد حبس تعزیری درجه سه و اگر از بین رفته باشد حبس درجه ۵ اعمال می‌شود. این ماده صرف‌نظر از اینکه مبهم است و معلوم نیست شامل کدام مرحله قبل از قیام مسلحانه می‌شود، با ارتکاب اعمالی به قصد براندازی نظام منطبق نیست. زیرا مصداق ماده ۲۸۸ گروه مسلحانه‌ای است که قبل از اقدام دستگیر می‌شوند، اما مصداق ارتکاب برخی اعمال به قصد براندازی نظام، قصد مجرمانه صرف نیست، بلکه اعمالی انجام شده است با سوءنیت خاص براندازی نظام که لزوماً هم مسلحانه نیستند. مضافاً همان طور که گفته شد اگر منظور، دستگیری گروه قبل از اقدام به قیام مسلحانه باشد، چنین عملی در ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) جرم‌انگاری شده است و نیازی به ماده ۲۸۸ نبود. برخی نیز معتقدند اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۸۸ در دو فرض بقای سازمان و مرکزیت گروه باغی یا از بین رفتن آن، مجازات‌های تعزیری متفاوتی را پیشنهاد کرده است، با این اشکال مواجه است که در حقوق اسلامی معمولاً مجازات‌های حدی، مجازات جایگزین ندارند. یعنی در صورت انجام مقدمات و عدم ارتکاب آن، مجازات نمی‌شوند، پس چگونه در بغی و برای کسانی که اقدامات مقدماتی انجام داده‌اند ولی هنوز دست به اسلحه نبرده‌اند، تعزیر تعیین شده است (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۲۸). باید توجه داشت که صرف قصد براندازی نظام را نمی‌توان به تنهایی جرم‌انگاری کرد، زیرا به منزله مجازات اندیشه مجرمانه صرف

است و در عمل ممکن است به تفتیش عقاید منجر شود.

نتیجه

نخستین یافته حاصل از انجام پژوهش آنکه پس از بررسی شرایط حاکم بر احاله مشخص شد که در حواله انجام یک عمل به قصد براندازی نظام به مجازات حدی محاربه، بغی یا افساد فی الارض هیچ یک از شروط وحدت در عناصر جرم (مادی و معنوی) و همچنین آثار آن وجود ندارد و نمی توان به مجازات این جرایم احاله داد. همچنین از آنجا که جرایم حدی در شرع مشخص هستند، نمی توان آن را به عنوان یک جرم حدی دیگر پیش بینی کرد. یافته دوم، با توجه به تحلیل اصل شفافیت به دست آمد. بدیهی است یکی از نتایج مهم اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شفافیت قوانین است. به موجب اصل شفافیت، جرم انگاری اعمال و مجازات آن ها باید به طور صریح و به دور از هر گونه ابهام در قوانین موضوعه قید شوند، به گونه ای که عموم شهروندان بتوانند بدون دانش حقوقی با خواندن مواد قانونی مقصود قانون گذار را درک کنند. این اصل حکم می کند که جرم و مجازات در کنار هم و در یک ماده قانونی ذکر شود تا برداشت ها و تفاسیر متعددی از یک عمل جرم انگاری شده نگردد و حقوق شهروندان در معرض تضییع قرار نگیرد. اما حواله مجازات دقیقاً خلاف این اصل بدیهی است و در اثر آن از شهروندان عادی انتظار می رود علاوه بر درک حالت احاله، مجازات جرم ارتكابی را در قانون دیگری جست و جو کنند که خود مستلزم فهم آن قانون و تطبیق عمل ارتكابی با عناصر جرم دیگری در قانون احاله داده شده است. نکته قابل توجه آنکه در احاله به مجازات حدی، موضوع از این هم پیچیده تر به نظر می رسد؛ زیرا مرتکب باید پس از انجام یک عمل عادی که سابقه ای در مقررات شرعی ندارد به دنبال مجازات آن در مقررات شرعی باشد که باعث می شود ابهامات و سؤالات بیشتری در ذهن وی ایجاد شود. بدین شرح که هر شهروند مکلفی بعد از بالغ شدن و کمال عقل، فرض بر این است که اجمالاً جرایم شرعی (جرایم مستوجب حد و قصاص و دیات) و مجازات آن ها را می داند و بر این امر نیز واقف است که جرایم شرعی و میزان مجازات آن ها در شرع مقدس تعیین شده و غیر قابل افزایش یا کاهش است. از این رو، دلیلی نمی بینید در عملی که سابقه ای در شرع ندارد به مجازات یک جرم حدی در شرع حواله داده شود. یافته سوم امکان توسل به قیاس و نقض قاعده در صورت احاله به مجازات حدی است. از آنجا که جرایم حدی در شرع مقدس تعیین شده و تقریباً مورد اتفاق فقهای امامیه و عامه است، احاله به مجازات جرایم حدی در خصوص عملی که سابقه ای در مقررات شرعی ندارد، یکی از مصادیق بارز قیاس و خلاف قاعده درء نیز است. در حالت احاله به مجازات حدی، این سؤال مطرح می شود چگونه با وجود قاعده فقهی «تدرئوا الحدود بالشبهات»، در عملی که با هیچ یک از جرایم حدی مشابهتی در عناصر مادی

و روانی ندارد، می‌توان مجازات جرایمی مانند محاربه یا بغی را اعمال نمود؟ آنچه از سیره ائمه و مقررات اسلامی استنباط می‌شود این است که فقها درخصوص خود جرم حدی با کمترین شبهه، مجازات حدی را مرتفع دانسته‌اند، چه رسد به اینکه بخواهند با قیاس عمل دیگری را جرم‌انگاری نموده و به مجازات جرم حدی احاله دهند. لازم به ذکر است همان طور که اشاره شد معمولاً قانون‌گذاران کشورها تحت شرایطی مانند مشابهت در عناصر و ارکان و آثار یک جرم، از حواله کیفری استفاده می‌کنند که هرچند در جای خود قابل انتقاد است، اما با توجه به اینکه تعزیر به نظر حاکم اسلامی واگذار شده است، شاید بتوان آن را در جرایم تعزیری قبول کرد، اما جرایم حدی و مجازات آن به نظر حاکم واگذار نشده است تا بتوان احاله را در آن قبول کرد. مضافاً برای حواله مجازات اعمال به قصد براندازی نظام به مجازات محاربه یا سایر حدود شرط وحدت در عناصر و ارکان وجود ندارد. در نهایت همان گونه که بیان شد هدف از انجام این تحقیق، احتیاط بیشتر در تعیین جرایم با مجازات حدی است و حتی‌الامکان با در نظر گرفتن منابع معتبر فقهی از توسعه این جرایم به استناد حواله کیفری خودداری شود و ارائه پیشنهاداتی در این زمینه است. از این رو، با توجه به عدم امکان احاله به مجازات محاربه یا سایر حدود و نظر به اینکه قصد براندازی نظام سوءنیت خاص و قسمتی از عنصر روانی در اعمال ارتكابی است و جدا از جرایمی مانند آتش زدن بنا، عمارت و غیره می‌باشند، لذا ضرورت دارد قانون‌گذار چنین اعمالی یا ارتكاب هر عمل دیگری با قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت را با توجه به آثار و خطرات آن، جداگانه جرم‌انگاری نماید. در هر صورت باید این نکته را در نظر داشت که صرف قصد براندازی نظام یا قصد مقابله با حکومت اسلامی یا قصد شکست نیروهای خودی بدون هیچ اقدامی نمی‌تواند جرم‌انگاری یا مجازات شود، حتی اگر مرتکب به آن اقرار نماید، زیرا قصد مجرمانه صرف قابل مجازات نیست.

منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۸)، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ پنجاه و هشتم، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین (۱۳۷۳)، «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین موضوعه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره دهم.
- امیدی، جلیل (۱۳۷۷)، «قواعد تفسیر قوانین جزایی»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره چهل و یکم.
- آقابابایی، حسین (۱۳۸۳ و ۱۳۸۴)، «طرح براندازی در حقوق کیفری ایران، مصر و انگلستان»، مجله رهنمون، شماره‌های نهم و دهم.
- آقابابایی، حسین (۱۳۸۵)، «تحلیل جرم براندازی در حقوق کیفری ایران»، مجله فقه و حقوق، سال سوم، شماره دهم، ۱۱۳-۱۳۷.
- آقابابایی، حسین (۱۳۹۵)، «دکترین مقابله با بغی در اسلامی و نحوه انعکاس آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵.
- بشیری، تهمورث (۱۳۸۹)، «حواله کیفری؛ بررسی جرم ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳.
- بکاریا، سزار (۱۳۹۷)، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ نهم، تهران: نشر میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴)، دائره المعارف علوم اسلامی، جلد سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری، فریدون و مسعود قهرمانی (۱۳۹۳)، تحلیل جرم بغی در سیره علوی و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، فصلنامه پژوهشنامه نهج البلاغه، سال دوم، شماره ۸، صص ۷۸-۶۳.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۴)، «قاعده درأ در فقه و حقوق امامیه»، مجله حقوق اسلامی (فقه و حقوق)، شماره ۴.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۵)، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اموال)، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل (۱۳۷۶)، «روش تفسیر در قوانین کیفری»، مجله نامه مفید، شماره دوازدهم.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل و محدثه صفرخانی (۱۳۹۳)، بررسی جرم بغی در فقه امامیه و حقوق ایران، مجله حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۰.
- رهبرپور، محمدرضا و حسین نورمحمدی (۱۳۹۷)، «چالش‌های حقوقی-قضایی جرم افساد فی الارض در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۲.
- ساداتی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۵)، «شرایط اعمال قاعده درأ در فقه و قانون مجازات اسلامی»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۴.
- سالارزانی، امیرحمزه و جمیله افروشته (۱۳۹۸)، «تحلیل تفکیک بین محاربه و افساد فی الارض در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران با تکیه بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله جستارهای فقهی و اصولی، سال پنجم، شماره ۱۴.
- شاکری، ابوالحسن و مرتضی فتحی (۱۳۹۲)، «از اصل قانونمندی کیفری تا آیین‌نامه‌ای شدن آن؛ بررسی آیین‌نامه

- اجرائی قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۸۸» فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۴.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱)، قواعد فقه؛ بخش جزایی، جلد چهارم، چاپ بیست و پنجم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
 - محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۴)، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، چاپ هفدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
 - مرعشی، سید محمد حسن (۱۳۷۰)، «افساد فی الارض از دیدگاه قرآن و روایات عقل»، مجله حقوقی دادگستری، شماره دوم.
 - مؤذن زادگان، حسنعلی و حامد رهدارپور (۱۳۹۷)، «اصل شفافیت و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۸۱.
 - میرزایی، اقبال‌علی (۱۳۹۳)، «ارجاع به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۶۵.
 - میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۹)، حقوق جزای اختصاصی؛ جرایم علیه اموال و مالکیت، چاپ پنجاه و هفتم، تهران: انتشارات میزان.
 - میر محمد صادقی، حسین و زینب لکی (۱۳۹۸)، «رویکردی نوین بر ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف گذاری منصفانه»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۷.
 - میرخلیلی، سید احمد، عباس کلانتری خلیل‌آباد و محمد نظری ندوشن (۱۳۹۵)، «چالش‌های میان بغی فقهی و قانونی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۶ و ۷۵.
 - نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، تقریرات درس جرم‌شناسی، ویرایش ۶، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
 - هاشمی، سید محمود (۱۳۷۶)، «محارب کیست؟ و محاربه چیست؟ (بحثی در شناخت موضوع حد محارب)»، مجله فقه اهل بیت، شماره یازدهم و دوازدهم.

عربی

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البیت، چاپ اول.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق)، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- خویی، ابوالقاسم (بی‌تا)، مبانی تکملة المنهاج، نجف، مطبعة الآداب.
- شهید ثانی (۱۴۱۹)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد پانزدهم، چاپ دوم، قم: انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی (۱۴۱۹)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهاردهم، چاپ دوم، قم: انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، جلد دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق حلی، محمد بن حسن (۱۴۱۸)، مختصر المنافع، جلد اول، بیروت: مؤسسه مطبوعات الدینیّه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام، چاپ دوم، تهران: نشر استقلال.

تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرایم

علی صفاری*، زینب لکی**، راضیه صابری***

چکیده

قطعیت و شفافیت قانون کیفری از الزامات اصل قانونمندی بوده و مستلزم تعریف بزه با حداکثر صراحت و دقت توسط مقام تقنین است. با این حال، جرم‌انگاری بازبافت و دامنه‌دار و کیفری-اداری شدن پیکره بزه، دلالت بر روی‌گردانی از پابندی به الزامات اصل قانونمندی دارد. با وجود اساسی‌سازی اصل قانونمندی جرم و مجازات در غالب نظام‌های حقوقی، جرم‌انگاری‌های باتلاقی و آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری، علاوه بر اینکه سیاست‌گذاران جنایی را از منظر پابندی به الزامات حاکمیت قانون به چالش می‌کشد، فهم شهروندان از متون جرم‌انگار و همچنین نحوه اعمال قوانین کیفری را نیز تحت تاثیر قرار می‌دهد. پژوهش حاضر با اتکا بر روش توصیفی تحلیلی، به دنبال پاسخ به این پرسش‌ها است که بسترهای تنزل جایگاه اصل قانونمندی و تمایل قانون‌گذاران به ابهام‌گرایی تقنینی و اشتراک قانون و مصوبات اداری-اجرایی در تبیین مؤلفه‌های جرم چیست؟ این تدابیر چگونه پیش‌بینی‌پذیری آثار قانون را متأثر می‌سازند؟ یافته تحقیق نشان می‌دهد که امروزه به تاسی از اندیشه‌های نفی مطلق‌گرایی مانند فرانکوگرایی و عمل‌گرایی، حقوق کیفری به سمت نسبی‌گرایی، انعطاف‌پذیری و اجتماعی‌شدن پیش می‌رود. همچنین پیش‌آمدهای نوین مانند گسترش قلمرو حقوق کیفری در پرتو ظهور جرایم خارج از هسته مرکزی حقوق کیفری مانند جرایم پیشگیرنده و فنی، با ویژگی‌هایی نظیر عدم قطعیت، تخصصی و فنی بودن، زمینه‌ساز باتلاقی شدن قانون و

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

alisaffary@gmail.com

** دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

lakizeynab@gmail.com

*** دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

razihsaberi@gmail.com

آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری شده است. تحولی که بیش‌ازپیش به موازی‌سازی تقنینی، نقض شفافیت و قطعیت قانون و نیز هشدار منصفانه به شهروندان، منتهی می‌شود. در نهایت، جهت ایجاد توازن میان پویایی حقوق کیفری و حاکمیت قانون، رعایت ضابطه‌هایی مانند تعریف اصطلاحات (ترمینولوژی تقنینی) در متن قانون در راستای تعیین خط‌مشی مقامات اداری و نیز تعیین مدت اعتبار تفویض اختیار تعریف جرم به متون اداری-اجرایی، می‌تواند در کاهش چالش‌های انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی مؤثر باشد.

واژگان کلیدی: آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی، قانون بافت‌باز، باتلاق قانون، اداری شدن تعریف جرم، هشدار منصفانه

مقدمه

رکن قانونی، جرم را ایجاد و ارکان و شرایط متشکله آن را اعلام می‌نماید. رکن قانونی از گذر ایجاد محدودیت برای کارگزاران حکومتی، تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های شهروندان است (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱۸۵). در نتیجه از یک‌سو، فقط قانون می‌تواند عناصر متشکله جرم را تعیین نماید و از سوی دیگر، حق قانون‌گذاری کیفری فقط از آن قانون‌گذار است. عنصرمادی (پیکره جرم) در یک تقسیم‌بندی کلاسیک به سه بخش، رفتار مرتکب، اوضاع و احوال جرم و نتیجه مجرمانه تقسیم می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۷۶-۲۶)؛ اما در یک تحلیل جزئی‌تر شامل هشت مؤلفه؛ رفتار مرتکب، موضوع جرم، نتیجه مجرمانه، وسیله و نحوه ارتکاب جرم، زمان ارتکاب جرم، مکان ارتکاب، کنشگر و کنش‌پذیر جزایی و شخصیت آن‌ها است.^۱ (الهام و برهانی، ۱۳۹۷: ۲۳۹-۲۱۷). مطابق اصل قانونمندی و تفکیک قوا، مرجع تقنینی صالح باید تعیین‌کننده این مؤلفه‌های هشت‌گانه باشد و تفویض تعیین هر یک از این مؤلفه‌ها به غیر از مقام قانون‌گذار در قالب آیین‌نامه، مصوبات اداری و منابع فقهی و غیره، پراکندگی و تجزیه رکن قانونی را به همراه خواهد داشت. مسئله اصلی این است که با وجود اساسی‌سازی اصل قانونمندی جرم و مجازات در غالب نظام‌های حقوقی، جرم‌انگاری‌هایی انجام می‌گیرد که نه تنها سیاست‌گذاران جنایی را از حیث پابندی به حاکمیت قانون به چالش می‌کشد، بلکه نحوه تفسیر و اعمال قوانین کیفری را در مرحله قضایی تحت تأثیر قرار می‌دهد. جرم‌انگاری دامنه‌دار و

۱. لازم به ذکر است که تقسیم‌بندی فوق مانع و جامع نبوده و با جزئی‌نگری در تعریف جرایم مؤلفه‌های دیگری نیز قابل شناسایی است؛ مانند مؤلفه «طرف یا اطرافیان جرم» در تعریف جرم فاعیت تبلیغی «به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام». رفتار مرتکب و موضوع جرم در همه جرایم وجود دارد؛ اما شش بخش دیگر یا در تعریف یک جرم مداخلیتی ندارند، یا جزو ارکان جرم هستند و یا علل مشدده محسوب می‌شوند.

بازبافت یکی از جرم‌انگاری‌های چالش‌برانگیز است که بر اساس آن متن جرم‌انگار به دلیل کاربست واژگان مبهم، موسع بیش از حد تفسیرپذیر بوده و آزادی عمل دادرسان را در کیفری تلقی کردن رفتارهای گوناگون، افزایش می‌دهد. دیگری، جرم‌انگاری‌هایی است که از رهگذر اعطای اختیار تقنین به نهادهای غیرتقنینی و ورود متون اداری-اجرایی به قلمرو هنجارگذاری کیفری منجر به تقنینی-اداری شدن متن جرم‌انگار می‌شود. به جهت هم‌نشینی این دو مقوله از منظر بسترها و پیامدهای آن‌ها بر نقض اصول مختلف حقوق کیفری و نادیده‌انگاری حقوق و آزادی تابعان حقوق کیفری، در این پژوهش باتلاقی شدن (انعطاف) رکن قانونی و آیین‌نامه‌ای شدن آن توأمان مورد بررسی قرار می‌گیرد. آیین‌نامه‌ها و مصوبه‌ها بر پایهٔ تکلیف مقرر در قانون، مؤلفه‌های یک عمل مجرمانه را تعیین می‌کنند و مخاطبان حقوق کیفری، در دو یا چندین متن جداگانه، توصیف جرم را درمی‌یابند. در «ارجاع آیین‌نامه‌ای»، رکن قانونی بزه، تلفیقی از متن تقنینی و اداری است؛ به عنوان نمونه، در قانون مدیریت پسماند مصوب ۱۳۸۳، جرم دفع پسماند به شکل منسجم توصیف نشده و باید این‌گونه تعریف شود: «هر گونه رهاسازی پسماندها بدون کسب مجوز لازم در زمان و مکان غیرمجاز» (فریادی، ۱۳۹۶: ۴۴۳). از آنجایی که زمان و مکان ارتکاب در جرم دفع پسماند، بخشی از عنصر مادی محسوب می‌شود؛ این مؤلفه‌ها توسط نهادی غیرتقنینی و در متنی اداری پیش‌بینی شده است.

همچنین، مقنن در بسیاری از موارد به جای تبیین دقیق جرم و عنوان مجرمانه در متن قانون، از گذر به کارگیری مفاهیم بافت‌باز هرگونه تبیین مفهوم و تعیین مصداق را به مقام قضایی واگذار می‌کند. انعطاف‌پذیری رکن قانونی پیرو به کارگیری عبارات موسع و تفسیرپذیر، باتلاقی شدن^۱ قانون کیفری را به دنبال دارد. وجود عمق^۲ در قانون کیفری به مقامات قضایی این جایگاه را اعطا می‌کند که گستره وسیعی از رفتارها را مجرمانه تلقی کرده و افراد را تحت تعقیب کیفری قرار دهند؛ جایی که کنشگران عدالت کیفری در دادرسی و دادگاه قادر هستند تا خوانش‌های مختلفی از یک مفهوم مبهم ارائه دهند. بدین‌سان، دادرسان به جای «اعمال» قانون، اقدام به قاعده‌سازی و «خلق و ابداع» جرم می‌کنند. در این موارد برخلاف اصل قانونمندی و تفکیک قوا، فهم شهروندان از قانون و دریافت پیام قطعی مقنن از گذر مطالعه متن جرم‌انگار میسر نیست. از این‌رو ضروری است که اصول‌گرایی و لزوم پیش‌بینی عناصر جرم به شکل قطعی و در متن قانون، مورد بازبینی قرار گیرد. پرسش‌های پژوهش حاضر این است که زمینه‌های تنزل اعتبار اصل قانونمندی و تمایل قانون‌گذاران به ابهام‌گرایی تقنینی و آیین‌نامه‌ای شدن عنصر مادی جرایم کدام است؟ ابهام‌گرایی تقنینی و آیین‌نامه‌ای شدن، چگونه

1. Legal Swamp

2. depth

پیش‌بینی‌پذیری آثار قانون را متأثر می‌سازند؟

با اتکا بر روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه منابع نظری و پژوهشی مرتبط با موضوع، ابتدا زمینه‌ها و دلایل پراکندگی متن جرم‌انگار و کلی‌گویی تقنینی به‌عنوان دو مقوله مبین افول جایگاه اصل قانونمندی در جرم‌انگاری بررسی شد، سپس چالش‌ها و ایرادات آن تبیین می‌گردد. در نهایت از براینده‌ها و چالش‌ها، ضابطه‌هایی در جهت ایجاد توازن میان حاکمیت قانون و تحولات حقوق کیفری، ارائه می‌شود.

۱. بسترهای نظری تحول در رکن قانونی جرایم

اصل‌گرایی در حقوق به معنای پایبندی به قواعد بنیادین آن است. اصل‌گرایی کیفری همان التزام به اصولی کلی است که شاکله حقوق کیفری بر آن بنا نهاده شده و منحصر به یک یا چند جرم خاص نیستند.^۱ در پناه اصول‌باوری کلاسیک، حقوق و آزادی‌های افراد در سایه هشدار پیش از ارتکاب جرم، تعریف جرایم و ضمانت‌اجراها، چارچوب‌بندی منطقه مجاز و غیرمجاز رفتاری، پیشگیری از سوءاستفاده مقامات حکومتی از قدرت علیه مردم با اتکا بر اصل قانونمندی، تضمین شد. اصل‌گرایی مطلق در وجود قوانین ثابت، غیرقابل تفسیر و قطعی متبلور شد. قانون باید مبتنی بر سادگی، انسجام^۲ و تمامیت^۳ (Damiano, C, 2009: 136-137)، تمامی فروضی که ممکن است نزد دادگاه مطرح شود را پیش‌بینی نماید. از این‌رو، راه حل بحران و مشکلات اجتماعی التزام به یک قانون از پیش موجودی است که قابل فهم، منسجم و صریح بوده و وظایف شهروندان را مشخص کرده باشد (Ashworth, 2006: 24) و عقلانیت پشتوانه انسجام و صراحت قوانین است.

تأکید افراطی بر ضرورت پایبندی به اصول موجب شد هرگونه تحول فکری و اندیشه‌های نوین پس زده شده و حقوق کیفری جنبه پویایی خود را از دست بدهد و رکود و افراط در سنت‌گرایی را تجربه نماید (پاک‌نیت، ۱۳۹۲: ۲۹-۲۷). التزام مطلق به قاعده حقوقی و تفسیر منطبق بر متن قانون، دادرسان را به افرادی فاقد اختیار تبدیل نموده بود که از انطباق قانون با واقعیات جامعه منع شده بودند. با این حال، تحولات گوناگونی در پهنه حقوق کیفری به وقوع پیوست و دیدگاه‌های نظری ظهور کرد که به جای چهارچوب‌باوری و اصل‌محوری، کارآیی و کارآمدی را دنبال می‌کنند. ظهور چنین اندیشه‌هایی، تعدیل اصل‌گرایی را به همراه داشت و اعتبار و قداست سنتی حاکمیت قانون تنزل یافت.

۱. اگرچه مفهوم «اصل‌گرایی» در نوشتگان اندیشمندانی نظیر بکاریا، مونتسکیو و غیره وجود نداشت؛ اما بازخوانی افکار آنان اصولی ثابت و غیرمنعطف مانند قانونمندی و تفکیک قوا را نمایان می‌سازد.

2. Coherence

3. Complete

در ادامه به نگرش‌های مؤثر در تعدیل اصل‌گرایی و نفی مطلق‌گرایی پرداخته می‌شود.

۱-۱. تنزل جایگاه اصل‌گرایی در پرتو نگرش فرانوکرا

از نقطه نظر تاریخی، مکتب تحقیقی از اولین مکاتبی است که بر مطلق‌اندیشی کلاسیک و اصل قانونمندی جرم و مجازات (رکن قانونی) تاخته و آن را مانعی برای مبارزه مقتضی با بزهکاری معرفی می‌کند. جرم‌شناسان مکتب تحقیقی معتقدند که رکن قانونی جرم باعث می‌شود که حقوق کیفری از تحول بزهکاری و رفتار بزهکاران همواره عقب بماند و در نتیجه عدالت کیفری نتواند بعضی حالت‌های خطرناک جرم‌شناختی را که هنوز توسط قانون‌گذار، جرم‌انگاری نشده است؛ اما برای جامعه خطرناک است، مجازات نماید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۸۶۳).

متعاقباً، مکتب دفاع اجتماعی به فراتر از اصول غیرمنعطف کلاسیک می‌اندیشد (پرادل، ۱۳۹۴: ۱۱۷). این جنبش کنارگذاری بعضی قواعد یا ممنوعیت‌ها و یا دست‌کم میزانی انعطاف در قواعد به رسمیت شناخته شده را خواستار شد (آنسل، ۱۳۹۵: ۵۰). با وجود پذیرش اصل قانونمندی و حاکمیت قانون، نرمش در این اصول ضروری قلمداد می‌شود. مکاتب فوق، نقطه پایان تحولات اندیشه‌های کیفری و افول اقتدار اصولی همچون قانونمندی و تفکیک قوا نیستند. اندیشه‌های نفی مطلق‌گرایی و لزوم توجه به واقعیات و کارآیی، ساختار ساده و یک‌دست حقوق کیفری را به سمت پیچیدگی و کثرت‌گرایی سوق داد.

از حدود دهه ۷۰ قرن بیستم میلادی جریان‌های انتقادی مختلفی در تئوری حقوقی پدید آمد و آموزه‌های حقوق کیفری مدرن و پایبندی به الزامات حاکمیت قانون، مورد تردید جدی قرار گرفت.^۱ نظریه‌های منتسب به فرانوگرایی^۲ به‌رغم پراکندگی و تنوع دیدگاه‌ها و حتی تعارض‌ها، بستر نوینی فراهم نمودند که رویکرد آن، کاربردی کردن علوم در عرصه‌های مختلف از جمله حقوق است (شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۲۰). انگاره‌های فرانوگرایانه به‌عنوان تفکری چارچوب‌ستیز و نسبی‌گرا در عرصه حقوق کیفری پایه‌های اصول بنیادین کیفری را متزلزل کرده و مسیر ترقیق این اصول را هموار ساخته است.

عدم قطعیت، انکار فراروایت‌ها، فقدان مرکز و مرجع، پراکندگی و نگاه نسبی‌گرا و تکثرسالاری از ویژگی‌های نگرش فوق است. انکار فراروایت‌ها از شاخص‌ترین خصیصه‌های فرانوگرایی است. بدین معنا که برخلاف نوگرایی (مدرنیته) که در پی ارائه تحلیل‌ها و آموزه‌های کلان و جهان‌شمول است، فرانوگرایی در پی تحلیل‌های جزئی و موردی است. فرانوگرایی از گذر نفی حقیقت مطلق، نفی

۱. آغاز تفکر انتقادی به دهه ۱۹۶۰ در فرانسه و به فیلسوفانی چون «ژاک دریدا»، «میشل فوکو» و «ژان فرانسوا لیوتار» منتسب است. (نک: رحیمی‌نژاد و صادقی، ۱۳۹۶: ۶۱).

عقلانیت نوگرا (مرجعیت عقل) و انگاره‌های مطلق جزو نگرش‌های نسبی‌گرا - تکثرگرا محسوب می‌شود (Harno, 1951: 428) و این نسبی‌گرایی پیامد ناگزیر ناباوری به فراروایت‌هایی مانند عقل، قانون و غیره است. این نگرش چهارچوب‌ستیز، ضمن مخالفت با مرکزیت‌باوری و مرجع‌گرایی، هرگونه تنوع، انشعاب و پراکندگی را تأیید می‌کند (وارد، ۱۳۸۹: ۳۶). در این رویکرد ارزش‌های ثابت اعتبار ندارد و مقتضیات و تحولات زمانی و مکانی در تبیین مفاهیم حقوقی و اجتماعی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد. از این‌رو، حقوق کیفری معاصر نسبت به دوره‌های ابتدایی شکل‌گیری، در قلمروهای مختلف تقنینی و اجرایی بیانگر تحولاتی در حوزه اصول حقوق کیفری است. نهادهای کاربردی، جای اصول و قواعد ثابت را می‌گیرد. نتیجه اینکه بدیهیاتی مانند اصل قانونمندی که منبع الهام‌بخش تنظیم و تفسیر قوانین بود، و نیز نگاه مطلق‌انگارانه به حاکمیت قانون، تعدیل گشته و از اعتبار سنتی آن کاسته شده است (شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۲۱). قانون‌گذاری مبتنی بر فرانوَگرایی با دغدغه کارآیی و انطباق با واقعیت‌های اجتماعی، پایبندی کامل به اصول و ارزش‌های غیرقابل انعطاف ندارد. بدین ترتیب، حقوق مدرن حقوقی انعطاف‌ناپذیر^۱ و حقوق فرانوَگرا حقوقی نرم^۲ و انعطاف‌پذیر تلقی می‌شود. حقوق فرانوَگرا با تأکید بر کارکردگرایی، قصد دارد که خود را در مسیر تحولات اجتماعی قرار دهد (شهابی، ۱۳۹۲: ۶۵۷). اجتماعی‌شدن حقوق تحت تأثیر رویکردهای واقع‌گرا، حقوق مدرن را از یک امر متافیزیکی به حقوق کارکردگرا سوق داده است و رد و نفی اصل‌گرایی و چهارچوب‌باوری، کارکردگرایی را میسر می‌سازد. طرح نظریاتی در مبانی جرم‌انگاری مانند «دکترین مصالح حقوقی»، «یک بیان نظام‌مند از حقوق قابل دفاع و منافع مشروع حمایت‌پذیر است که از این حیث وجه کارکردی دارد؛ همه جوانب و شعب حیات اجتماعی از طریق جرم‌انگاری قابل حمایت‌اند» (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۲). برخی از نویسندگان بر این باور هستند که این حرکت از سزاگرایی مبتنی بر نقض حق به پیشگیری از جرم و حمایت از منافع، نشان‌دهنده یک حرکت به سوی مفهومی عمیقاً اجتماعی و نسبی‌گرا از حقوق کیفری است (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۲ به نقل از: Nuotio, 2010: 246).

در نگرش فرانوَگرا، حقوق برخاسته از مناسبات اجتماعی و تحولات جامعه است و بر این اساس، تغییر آن هم‌پای تحولات اجتماعی ضروری است. از این‌رو، می‌توان تحول حقوق کیفری از اصل‌گرایی به کارآیی و تحول در عناصر متشکله جرایم و به‌طور کلی زوال فراروایت‌های کیفری را از جلوه‌های فرانوَگرایی و انعطاف‌پذیری در حقوق کیفری دانست. گزاره‌هایی چون «لزوم رکن قانونی صریح و شفاف

1. Hard law

2. Soft law

و تفکیک مطلق قوا»، واقعیات اجتماعی و تحولات روزافزون را نادیده می‌گیرد، در حالی که مفاهیم فرد، قرارداد اجتماعی، حق و غیره در آموزه‌های فرانگرا زیر سؤال رفته تا واقعیات و منافع اجتماع دیده شود (Grossi, 2010: 85-86). از این رو، تأکید مطلق بر اصولی چون قانونمندی، لزوم صراحت و قطعیت قانون و تفکیک قوا، غیرقابل اعتنا انگاشته می‌شود. رکن قانونی از نگاه فرانگرا، قانونی باز است، باز به روی تغییر و دور از دگم و جزمیت (نجفی ابرندآبادی و گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۲۱).

اگرچه نظریه‌های فرانگرایانه نتوانسته‌اند یک نظام حقوقی جدید ارائه نمایند؛ اما در چهارچوب نظام‌های حقوقی مبتنی بر انگاره‌های مدرنیته، زمینه اصلاح، تعدیل و بازنگری در معیارها و منطق حقوقی مدرن را ایجاد نموده است. کما اینکه گفته شده است: «تحلیل فلسفی و جامعه‌شناختی، نشان می‌دهد که آموزه‌های پست مدرن مبنی بر نفی مطلق‌گرایی بر تحولات اندیشه‌های کیفری تأثیر گذاشته و زمینه فاصله‌گیری از اصول حقوق کیفری مدرن را فراهم آورده است» (جعفری، ۱۳۹۵: ۲۶). بافت باز قوانین بر مبنای آموزه‌های فرانگرا و نقد ساختار شکنانه قوانین، نمایانگر صحت ادعای این رویکردها در ناکافی بودن اصل قانونمندی، عدم امکان تعریف دقیق جرم و روی گردانی از اصول مطلق کلاسیک توسط نظام‌های مبتنی بر آموزه‌های مدرنیته است. افزون بر این، دومین نگرش مؤثر بر افول جایگاه اصل گرایی و تنزل اعتبار اصل قانونمندی، نگرش عمل‌گرا است.

۱-۲. تنزل جایگاه اصل گرایی در پرتو نگرش عمل‌گرا

مکتب فلسفی موسوم به عمل‌گرایی^۱ (پراگماتیسم) در اواخر قرن نوزدهم در آمریکا توسط اندیشمندانی چون ویلیام جیمز^۲، جان دیویی^۳ و چارلز سندرس پیرس^۴ مطرح گردید. محور اندیشه این مکتب، فایده‌مندی و کارایی محتوای اندیشه است. پراگماتیسم یا عمل‌گرایی در لغت به معنای مصلحت‌گرایی، عمل‌گرایی، پیامد و نتیجه‌گرایی است (بابایی، ۱۳۹۰: ۲۸). در این رویکرد، هرگونه مطلق‌گرایی در باب نظریه‌ها انکار می‌شود و عقاید و نظریه‌ها ابزاری برای رسیدن به هدف است که کارایی آن در جریان تجربه مشخص می‌شود. در برخی نوشته‌ها، مصلحت‌جویی ترجمان دیگری از عمل‌گرایی است (بريجانين، ۱۳۷۳: ۶۶۷-۶۶۶).

با توجه به مفهوم عمل‌گرایی، چندین شاخص برای آن قابل شناسایی است. نخست، واقع‌بینی: بر این اساس، تأکید اصلی بر دنیای واقع و واقعیت‌های جامعه است نه بر آنچه باید در یک دنیای آرمانی انجام پذیرد. دوم، نسبی‌گرایی: یکی از مهم‌ترین پیامدهای واقع‌بینی، نسبی‌گرایی است. در

1. pragmatism

2. William James

3. John Dewey

4. Charles Sanders Peirce

این رویکرد، قطعیت به عنوان یک هدف عقلانی طرد می شود و همین امر نگرشی نسبی به اصول می بخشد (آهی و مهربانی ممدوح، ۱۳۹۳: ۶۷). بر این مبنا، هیچ اصل خاصی را نمی توان بدون توجه به اوضاع و احوالی که به آن اصل عمل شده است، برای همه اعصار و زمان ها الزام آور دانست. سوم، مصلحت گرایی. چهارم، ابزارانگاری: این شاخص تلقی کارکردی از مفاهیم، شیوه ها و نظریه ها است. عقاید به مثابه ابزار حل مسائل و مشکلات بشر هستند. یک نظریه ممکن است مدت های مدیدی کارا بوده در شرایط دیگری آن کارایی را نداشته باشد.

نگرش عمل گرایانه در تقابل با دیدگاه های ناظر به حاکمیت قانون و قانونمندی، قرار می گیرد. در عمل گرایی به جای توجه به ارزش ها و آرمان های سیاسی و اخلاقی، بر کارآمدی و مصلحت سنجی تأکید می شود (مشکات، ۱۳۹۰: ۷۴) و اینکه چه چیزی در عمل موفق است (بیکس، ۱۳۸۹: ۲۴۹) بیش از پایبندی به اصول کلاسیک مورد توجه است. در این چشم انداز، رکن قانونی جرم، می تواند به شکلی منعطف و تجزیه شده به تصویب برسد و ارجاع به آیین نامه ها چنانچه در رسیدن به اهداف قانون گذار مؤثر باشد توجیه پذیر است؛ زیرا در نگرش عمل گرایی، وظیفه اصلی حقوق حل مسائل بشر است و اصول حقوق کیفری چنانچه به عنوان مانعی برای حل مشکلات باشد، منعطف می گردد. به عنوان نمونه، در جدال امنیت و حاکمیت قانون، امنیت و کارایی در رویکردی عمل گرا، موجب زیر سؤال بردن بسیاری از اصول حقوق کیفری است. در این چشم انداز، خاستگاه انعطاف رکن قانونی و ترقیق اصل قانونمندی، تطبیق سیاست جنایی عمل گرا - امنیت مدار بر متن قوانین است که در فرایند قانون گذاری، رکن قانونی را با انعطاف بیشتری همراه می سازد.

یکی از راهبردهای مهم در جهت عینیت بخشی به اندیشه عمل گرایانه، انعطاف پذیری در تعریف جرایم است. از گذر طفره رفتن در خصوص انشای دقیق تعریف جرایم، به کارگیری اصطلاحات نسبتاً مبهم و کاستن از شفافیت و صراحت قوانین کیفری، می تواند به سیاست جنایی امنیت مدار جلوه عینی ببخشد. در واقع رویکرد امنیت مدار با تعاریف کیفری مبهم، به صورتی زیرکانه عینیت می یابد. بدین سان در نگاه عمل گرایانه، اصل گرایی حقوق کیفری، قضاوت قاعده محور، قواعد منبعث از قانون کنار گذاشته می شود و در انطباق اعمال ارتكابی با متن قانون، اختیارات گسترده ای به مقامات قضایی اعطا می شود. تعریف انعطاف پذیر افساد فی الارض در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نمونه ای از اصل گریزی قانون گذار در جهت اعمال کیفر مرگ بر مصادیق متنوع است. عباراتی مانند «گسترده»، «اخلال شدید»، «ناامنی»، «خسارت عمده»، «در حد وسیع»، ذیل عنوان مجرمانه کلی افساد، با نگرشی عمل گرایانه همراه است؛ جایی که قصد قانون گذار برای ساده کردن عنوان های مجرمانه با هدف انطباق آن ها با اشکال مدرن بزهکاری و هم زمان دربرگرفتن تمام رفتارهایی که باید

مجرمانه تلقی شوند، مخفی نمی‌ماند.

از نظر کارآیی سیاست جنایی که پیش از هر چیز داعیه «سرکوب‌گری» دارد، پیش‌بینی جرایم ابهام‌آمیز و منعطف معقول است؛ اما از نظر رعایت اصل قانونمندی قابل‌اعتراض است (لازرژ، ۱۳۹۲: ۱۲۵)؛ زیرا موجب خودکامگی متن قانون می‌شود. علاوه بر تأثیر نگرش‌های نفی مطلق‌گرایی بر تنزل جایگاه اصل قانونمندی، گسترش قلمرو حقوق کیفری نیز موجب تشدید این تنزل شده است که در قسمت بعد بررسی می‌گردد.

۲. بسترهای عملی تحول در رکن قانونی جرایم

تشخص سنتی اصل قانونمندی در پرتو پیشامد مهم «گسترش قلمرو حقوق کیفری»، تنزل یافته است. رکن قانونی جرم، پیرو رشد حقوق کیفری و توسعه جرم‌انگاری در حاشیه جرایم مرکزی، جهت تطبیق با تحولات حقوق کیفری، با عدم قطعیت و صراحت همراه گشته و آیین‌نامه‌ها بیش از پیش تبیین جرم را برعهده گرفته‌اند.

۲-۱. گسترش قلمرو حقوق کیفری متأثر از ظهور جرایم پیرامونی

زمانی که اندیشمندان حقوق کیفری کلاسیک از لزوم پایبندی جزم‌اندیشانه و مطلق به قواعد ثابت سخن می‌گفتند، حقوق کیفری به‌طور عمده در حال تضمین ارزش‌های بنیادین بود و رکن قانونی حول‌محور جرایم مرکزی یا هسته‌ای تبیین می‌گردید. غالب مباحث و نظریه‌پردازی‌ها بر بخشی از حقوق کیفری است که سابقه طولانی دارد؛ اما پیرو پویایی جوامع، تحولات اجتماعی، صنعتی، فناوری و غیره و در نتیجه ورود حقوق کیفری به قلمروهای گوناگون، زمینه پیدایش جرایم پیرامونی (حاشیه‌ای) و جرم‌انگاری‌های متنوع ایجاد شده است. جرم‌انگاری‌هایی که کاملاً قابل تطبیق با اصول سنتی حقوق کیفری نیستند.

جورج فلچر^۱ با ادعای مرکزیت حقوق کیفری، اعلام کرد «حقوق کیفری دارای یک هسته مرکزی است (Fletcher, 2000: 135). در همین رابطه، ویلیام اشتونتنز^۲ معتقد است: «حقوق کیفری از دو بخش تشکیل شده است. نخستین بخش از چندین جرم مرکزی شکل می‌گیرد. بخش دوم شامل هر چیز دیگری است. داده‌های مربوط به حقوق کیفری، ادبیات حقوق کیفری و مباحث عامه‌پسند درباره جرم، به شدت بر بخش نخست تمرکز دارند» (Stuntz, 2001: 505-512).

جرایم مرکزی، هر ویژگی مهم از دیدگاه برقراری عدالت را به همراه دارد. به‌عنوان مثال، در حقوق کیفری تحمیل مجازات به مرتکب مستلزم عنصر مادی و «لزوم قصد مجرمانه» است. در این

1. George P. Fletcher

2. William Stuntz

چشم‌انداز، جرم‌انگاری هر رفتاری که از «قصد مجرمانه» ناشی نمی‌شود، ناعادلانه محسوب می‌شود. بدین ترتیب، جرایمی که قصد مجرمانه را با تحلیل مسئولیت مطلق کنار می‌گذارند، باید به حاشیه رانده شوند، حتی اگر ریشه تاریخی مستحکمی داشته یا انباشتگی کار نظام عدالت کیفری را به خود اختصاص دهد. در واقع طبق این معیار، جرایم خارج از محور یا پیرامونی، جرایمی هستند که از لحاظ اصولی مورد شک واقع شده‌اند؛ زیرا فاقد مشخصه یا ویژگی‌هایی هستند که بیشتر نظریه‌پردازان آن‌ها را ضروری می‌دانند (هوساک، ۱۳۹۰: ۵۷). بر این اساس، بزه‌های متعلق به هسته مرکزی حقوق کیفری همواره با خصیصه مجرمانه قرابت و پیوند داشته است. جرایمی مانند قتل، سرقت، تجاوز جنسی، رفتارهای مزورانه و غیره متعلق به هسته حقوق کیفری هستند و قانون‌گذاران امروزی تمایل کمی به جرم‌زدایی از این جرایم تاریخی دارند. در مقابل جرایم ساختگی یا پیرامونی، بر مبنای مصالح حقوقی و منافع اجتماعی به حقوق کیفری اختصاصی اضافه شده است که همواره می‌توانند موضوع جرم‌زدایی و کیفرزدایی باشند. «هسته مرکزی حقوق کیفری در صدد است که شمار مصالح حقوقی را در سطح پایینی نگه دارد و آن‌ها را به‌طور جزئی مشخص کند» (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۵، به نقل از؛ Hassemer, 2014: 195-196)؛ اما «در حال حاضر زنجیره مصالح حقوقی جدید خارج از هسته اصلی حقوق کیفری طولانی شده و در این میان نقش صیانت از مصالح جمعی در این زمینه اساسی است. حلقه‌های این زنجیره انتزاعی، پیچیده، مبهم و از حیث محتوا فربه می‌باشند (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۵، به نقل از؛ Hassemer, 2014: 195-196). توسعه جرایم پیرامونی با اقتضائات نوینی مانند مسئولیت اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری بدون تقصیر، اعطای اختیار تقنین به نهادهای اداری، جرم‌انگاری‌های کلی و دامنه‌دار و غیره همراه است.

جرایم پیرامونی شامل جرایم هم‌سان یا هم‌پوشان، جرایم تبعی (فرعی) و جرایم پیشگیرنده یا مانع است که هر یک از این جرایم در پیرامون جرایم کلاسیک ایجاد و رو به فزونی هستند (Husak, 2004: 755) و سهم زیادی در گسترش قلمرو حقوق کیفری داشته‌اند. ظهور جرایم پیرامونی، اصول جرم‌انگاری را متفاوت نموده است.

جرایم هم‌پوشان^۱، جرم‌انگاری دوباره و مکرر رفتارهای مشابه است (Margaret Prebble, 2018: 54) و پویایی اجتماعی منشأ افزایش شمار این جرایم است. در شکل غالب این جرم‌انگاری‌ها، جرم اصلی قبلاً جرم‌انگاری شده و جرم جدید صرفاً رفتار مجرمانه را با ویژگی‌های دقیق‌تر و جزئی‌تری، توصیف کرده و در نهایت یا کیفر شدیدتری را پیش‌بینی می‌کند یا به جرم اصلی

ارجاع داده می‌شود. به‌عنوان نمونه جرم کلاهبرداری به شکل عام تصویب می‌شود و در ادامه اشکال و گونه‌های مختلف کلاهبرداری مجدد جرم‌انگاری شده و به کلاهبرداری عام الحاق می‌گردد. جرایم پیشگیرانه بدون آنکه ابتدا به ساکن آسیب‌زا و ذاتاً مضر باشند، برای کاستن از خسارات جدی، جرم‌انگاری می‌شوند. این دسته از جرایم پیرامونی مانند جرایم با موضوع سلامت، حوزه مصرف، محیط‌زیست، امنیت و غیره از نظر اصول جرم‌انگاری مورد تردید قرار می‌گیرند؛ زیرا عمدتاً فاقد پیامد آسیب‌زا یا نتیجه قطعی هستند و برای پیشگیری از آسیب‌های قریب الوقوع طراحی می‌شوند. بهره‌گیری از این منطق جرم‌انگاری در جامعه مخاطره‌آمیز به سرعت در حال فزونی است و افول حاکمیت قانون و اصل‌گرایی کیفری را به دنبال دارد که در ادامه به تفصیل به این موضوع پرداخته خواهد شد.

جرایم تبعی یا فرعی به جرایم اصلی وابسته بوده و از نظر کارکردی، جایگزین تعقیب جرایم اصلی می‌شوند. جایی که افراد مرتکب جرم اصلی شده‌اند؛ اما امکان تعقیب موفقیت‌آمیز آن کم است یا دولت نمی‌تواند ارتکاب جرم را ثابت کند یا شواهد جرم اصلی به طریق غیرقانونی به دست آمده و قابل قبول نیست؛ این موقعیت‌ها منتهی به تصویب شمار قابل توجهی از جرایم تبعی شده است که جرایم اصلی را محاصره کرده‌اند. به‌عنوان نمونه در جرم پولشویی جرم‌انگاری موسع و ارجاعات آیین‌نامه‌ای، اصولی بنیادین مانند اصل قانونی بودن و تفکیک قوا را منعطف می‌کند. از آنجایی که غالب این جرایم در میان عموم مردم نیز معنی قابل فهمی ندارند، قانون‌گذاران اختیارات گسترده‌ای دارند تا آن‌ها را به شکل توسعه‌طلبانه‌ای که می‌خواهند، تعریف کنند.^۱

در هر یک از اقسام جرایم پیرامونی، تنزل اصل قانونمندی و تفکیک قوا به‌عنوان بخشی از اقتضائات این قبیل جرایم قابل مشاهده است.

۲-۲. جلوه‌های تنزل اصل قانونمندی در پرتو ماهیت و اقتضائات جرایم پیرامونی

با ظهور جرایم مختلف در حاشیه جرایم محوری، الزامات اصل قانونمندی بیش‌ازپیش در تقابل با اقتضائات و ماهیت جرایم پیرامونی قرار گرفته است. رفتارهای مخاطره‌آمیز و فنی - تخصصی، هریک به‌نوبه خود سهم چشمگیری در تنزل جایگاه اصل قانونمندی در هنجارگذاری کیفری دارند.

۲-۲-۱. انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی در جرایم مخاطره‌آمیز

خطرهای گوناگونی که به نقض سلامت و امنیت شهروندان دامن می‌زنند، جهت‌گیری ویژه به علوم

۱. در هر یک از تقسیم‌بندی‌های فوق نمی‌توان مدعی جامعیت و مانعیت بود، ای بسا جرایمی که در هیچ یک از دسته‌بندی‌های فوق قرار نگیرد و یا جرایمی که هم‌زمان در هر سه تقسیم‌بندی باشد.

مختلف از جمله حقوق کیفری بخشیده است. طبق نظریه جامعه مخاطره‌آمیز اولریش بک^۱ ریسک‌ها به دغدغه اصلی و تعمیم‌یافته‌ای تبدیل شده است تا آنجا که به نهادها و مؤلفه‌های معاصر سامان می‌دهد. مقابله با خطرات در پهنه حقوق کیفری به یکی از دغدغه‌های قانون‌گذاران تبدیل شده است. متأثر از منطق مخاطره‌آمیز و انتزاعی و کلی بودن موضوعات مورد حمایت، در تعریف مخاطره و ریسک همواره آشفتگی وجود دارد (صیقل، ۱۳۹۷: ۲). جرایم مخاطره‌آمیز بیش از گذشته شامل مفاهیم انتزاعی، دامنه‌دار و غیرشفاف هستند. کما اینکه به نظر هاسمر «با مدرن شدن حقوق کیفری مفاهیم جدیدی برای ورود به نظام حقوق کیفری یافتند و بر پیچیدگی آن افزودند که همین امر سبب کاهش شفافیت آن شده است» (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۹ به نقل از: Hassemer, 2014: 196). چنین مقرراتی با تغییر در اصول حقوق کیفری سنتی، در پرتو دو مقوله جرم‌انگاری بازبافت (کلی‌گویی تقنینی) و اشتراک قانون و آیین‌نامه، به شدت از اقتدار سنتی اصل قانونمندی کاسته است.

۱-۲-۲. قانون‌گذاری بافت‌باز در پهنه جرایم مخاطره‌آمیز

در جوامع حاضر مشخصه ریسک‌ها، عدم قطعیت، نامشخص بودن و دانش اتفاقی ما نسبت به آن‌ها است. منظور از عدم قطعیت، عدم امکان پیش‌بینی ریسک و مطمئن نبودن از وقوع قطعی ریسک می‌باشد. نتیجه عدم قطعیت ریسک، قوت گرفتن احتیاط‌گرایی در تصمیم‌ها است، تا از گذر آن علاوه بر رقم زدن سیاست جنایی کارا، عملکرد کنشگران قضایی - اجرایی را در مقابله با ریسک بهبود بخشد (صیقل، ۱۳۹۷: ۱۹۲).

ویژگی عدم قطعیت مخاطرات، به کارگیری قواعد مرتبط با آن را ضروری می‌سازد. قانون‌گذاران در تبیین رکن قانونی جرایم مخاطره‌آمیز در راستای تأمین سلامت و ایمنی افراد جامعه در پرتو ریسک، دچار مشکلات فراوان هستند. در واقع از یک‌سو، تمایل قانون‌گذاران به نگارش کلی و ابهام‌آمیز متن قانون است تا امکان آزادی تفسیر و شمول حداکثری وضعیت‌ها را فراهم سازد. از سوی دیگر، عدم گستردگی متون قانونی، احتمال عدم شمول وضعیت‌های ریسک‌زا و فرار بزه‌کاران را از شمول پاسخ کیفری فراهم می‌سازد (Geer & Jean, 2002: 357). بنابراین تقابل عدم قطعیت جرایم مخاطره‌آمیز و لزوم قطعیت قانونی مطرح می‌شود. اصل قطعیت قانونی به معنای این است که شهروندان بدانند چه نوع رفتاری جرم و مشمول تعقیب کیفری خواهد بود (بکاریا، ۱۳۹۵: ۲۳-۴۵). در حقوق کیفری سنتی حمایت از حقوق فردی مقتضی تعریف دقیق جرم و پیش‌بینی آثار قانون توسط شهروندان است؛ اما از نظر عملی حقوق کیفری سنتی به این جهت مناسب نیست که

پاسخ به بزه بسیار دیر داده می‌شود و پاسخ‌دهی زمانی است که خسارت وارد شده است (دل‌ماس - مارتی، ۱۳۹۳: ۳۹۵)، در حالی که در جرم‌انگاری رفتارهای مخاطره‌آمیز با کارکرد پیشگیری از خطر، احتمالات غیرقطعی موضوع جرم‌انگاری است. به تعبیر دیگر، رویکردهای نوین در جهت مقابله با مجرمین بیش از آنکه سرکوبگرانه باشد، دارای جنبه پیشگیرانه به معنای عام و مدیریت و کنترل است (آقابابایی، ۱۳۹۰: ۷۷). دشواری ارائه تعریف از مفهوم جرم باعث می‌گردد که ابهام ویژگی مهم سیاست جنایی و سیاست کیفری در مفهوم خاص گردد. بنابراین، می‌توان شاهد بود که مفهوم جرم، آن هم با هدف شمول مصادیق مختلف نوین، انعطاف‌پذیر گردد؛ زیرا اگرچه تلاش بر این است که مصادیق ذیل مفهوم جرم مشخص شوند، اما مشخص کردن این محدوده دشوار می‌باشد.

در تقابل اصل عدم قطعیت در جوامع مخاطره‌آمیز با قطعیت حقوق کیفری، از گذر برتری دفاع از جامعه در مقابل حقوق فردی، نوعی ابهام در متون قانونی و انعطاف‌پذیری در پیش‌بینی ارکان جرایم شناسایی می‌شود. بدین‌سان، پیش‌بینی جرایم مخاطره‌آمیز، قانون‌گذاری بازبافت و ابهام‌گویی تقنینی را به دنبال دارد. پیش‌بینی مخاطراتی چون «پخش مواد خطرناکی چون سمی، میکروبی و...» دامنه‌دار بودن مصادیق مواد خطرناک، قصد اخلاص گسترده در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، نمونه‌ای از تأثیر منطق مخاطره‌آمیز بر کلی‌گرایی تقنینی است.

۲-۲-۱-۲. اشتراک قانون و آیین‌نامه در راستای حمایت حداکثری از اجتماع

رکن قانونی جرم در جامعه مخاطره‌آمیز به دلیل متکثر شدن موضوعات مورد حمایت دچار تحول شده است. لزوم توجه به این مقوله‌های متکثر، اعطای جایگاه ویژه به آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و پروتکل‌ها در حقوق کیفری را به دنبال داشته که به تنزل جایگاه اصل قانونمندی جرم منتهی می‌شود.

۲-۲-۱-۲-۱. پاسخ‌دهی سریع به جرایم مخاطره‌آمیز

تحولات عمده قرن جدید و پیچیدگی مسائل اقتصادی، فرهنگی، زیستی و... زمان و حجم زیادی از فعالیت‌های مجالس قانون‌گذاری را به خود اختصاص داده‌اند. مدیریت این امور که روزبه‌روز در حال دگرگونی است، مستلزم سرعت، فوریت و قابلیت‌های تخصصی و علمی قانون‌گذاران است تا همگام با این تحولات، قوانین را با چنین تغییراتی منطبق سازند. با این وجود، فرایند کند و ایستای پارلمانی و نیز ساختار و تشکیلات نامناسب داخلی آن، یارای پاسخ‌گویی به موقع و مقتضی به خواست‌ها و نیازهای اجتماعی، کیفری، حقوقی و... را ندارند. بدین‌سان، تفویض اختیار تعیین مؤلفه‌های عنصرمادی به آیین‌نامه‌ها، به دلیل عدم امکان پیش‌بینی تمامی ابعاد و مصادیق جرایم مخاطره‌آمیز در قانون و فرایند کند پاسخ‌دهی مقنن به مسائلی که مستلزم پاسخ و واکنش سریع است، توجه می‌شود. گسترش مصادیق نوین رفتارهای مجرمانه مخاطره‌آمیز و پیچیدگی برخاسته از ماهیت

غیرقطعی این جرایم، بیان ویژگی‌ها و جزئیات و شناسایی جامع این جرایم را در قانون دشوار می‌نماید (صیقل، ۱۳۹۷: ۲۶۶). قانون‌گذاران کیفری در راستای کارآمدسازی و تقویت ابزارهای کنترلی خود، با محدودیت‌های بسیاری در فرایند تعریف دقیق عناصر متشکله بزه در مبارزه با خطرهای مختلف مواجه هستند. در راستای تقویت کارکرد نظام عدالت مبارزه با رفتارهای مخاطره‌آمیز، با عدول از تلقی سنتی از رکن قانونی و تفکیک قوا، شاهد اشتراک قانون و آیین‌نامه در تعیین عناصر متشکله این جرایم هستیم و در تقابل منافع اجتماعی و حقوق فردی، اصول کلاسیک به شکل منعطف و نه مطلق مورد توجه است. با این توضیح که، معیار جرم‌انگاری بسیاری از جرایم مخاطره‌آمیز به‌ویژه جرایم حوزه بهداشت، مصرف و زیست‌محیطی، ضرری است که به منفعت عمومی وارد می‌شود (روستایی و رحمانیان، ۱۳۹۶: ۲۷۳-۲۷۲)، با پابندی سخت به اصل قانونمندی و پیش‌بینی دقیق، صریح و قطعی جرایم مخاطره‌آمیز، منفعت عمومی تأمین نمی‌گردد؛ زیرا عدم امکان پیش‌بینی تمامی مخاطرات در مرحله تقنین و تشریفات زمان‌بر تصویب قانون، موجبات فرار بزه‌کارانی را که در خلأ قانونی از حاشیه امنی برخوردارند، فراهم می‌آورد. بدین‌سان، ضرورت پاسخ‌گذاری به موقع، تخصصی و کارشناسانه به برخی امور و جلوگیری از فرار بزه‌کارانی که برخلاف مصالح و منافع اجتماع عمل می‌کنند؛ اما در پناه خلأ قانونی زیست می‌کنند، آیین‌نامه‌ای شدن مؤلفه‌های عنصر مادی را تبیین می‌نماید. بنابراین، یکی از راهبردهای پیش‌بینی سریع آسیب‌ها، اشتراک مساعی قانون و آیین‌نامه در تبیین رکن قانونی در راستای به‌روزرسانی سریع رفتارهای مجرمانه و گذر از خلأهای تقنین مانند تشریفات زمان‌بر قانون‌گذاری، عدم امکان پیش‌بینی تمامی مخاطرات، تخصصی بودن تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی جرایم مخاطره‌آمیز و... است.

۲-۲-۱-۲. همگامی با تحول در استانداردهای پویا

در حقوق کیفری سنتی، قطعی بودن، دقیق بودن عنصر مادی جرم را ضروری می‌نماید. در حالی که در جرایم پیشگیرنده، شرایط و اوضاع و احوال جرم به‌عنوان بخشی از عنصر مادی، به سادگی جرایم مرکزی نیست؛ بلکه پیچیده، گوناگون و به سرعت تغییرپذیر بوده و این امر، پیش‌بینی رفتار مجرمانه را در متن قانون با دشواری همراه می‌سازد. به‌جای استفاده از قواعد خاص و مشخص در قوانین، استفاده از استانداردهایی که در نگارش آن‌ها ابهام وجود دارد، افزایش می‌یابد. لزوم رعایت استانداردهای مختلف، خط‌مشی قانون‌گذاران را در مرحله جرم‌انگاری ترسیم می‌کند. استانداردهای مختلفی که در حوزه‌های گوناگون به رسمیت شناخته شده‌است و قانون‌گذاران در جرم‌انگاری در حوزه مخاطرات، نقض این استانداردها را واجد وصف مجرمانه می‌کنند. این استانداردها ممکن است به‌صورت مداوم تغییر کند و قانون‌گذاران این استانداردها را در متن قوانین

مورد اشاره قرار نداده و به اسناد و آیین‌نامه‌ها ارجاع می‌دهد. این اسناد غیرتقنینی هستند که توضیح‌دهنده و نمایانگر اصلاحات نوین و شرایط مخاطره‌آمیز هستند. ارجاع رکن قانونی به متون اداری-اجرایی، در واقع پویایی استانداردها و احتمالی بودن نتیجه مخاطرات را تحت پوشش قرار می‌دهد. از این رو آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری از جمله پیامدهای جرم‌انگاری‌های نوین در جوامع حاضر است؛ به نوعی که تعریف برخی جرایم، وجه کیفری-اداری به خود گرفته است. بر همین اساس در تعریف جرایم زیست‌محیطی گفته می‌شود: «جرایم زیست‌محیطی، به رفتارهایی اطلاق می‌شود که ناقض قوانین و اساسنامه‌های زیست‌محیطی باشد و الزام و اجبار حقوقی به دنبال داشته باشد» (Clifford, 1998: 10). این جرایم غالباً از گذر عدم رعایت (ترک فعل) استانداردهای یکپارچه‌ای که در متون اداری و اساسنامه‌ها تعریف شده است، به وقوع می‌پیوندد. به عنوان نمونه، تبصره ۳ ماده ۱۲۰ قانون هوای پاک ۱۳۹۶، مقرر می‌دارد که میزان مجاز و استاندارد انتشار آلاینده هوا، توسط سازمان پیشنهاد و به تصویب هیئت وزرا می‌رسد. با تعیین میزان انباشت مجاز هر یک از آلاینده‌ها در آیین‌نامه، هرگونه عبور از مقادیر مقدر می‌تواند اشخاص را به چرخه عدالت کیفری وارد سازد.

۲-۲-۲. انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی در قلمرو جرایم مربوط به نقض هنجارگذاری‌های فنی-تخصصی

با مدرن‌سازی سیاست جنایی پیرو صنعتی شدن و پیشرفت جوامع و ظهور اشکال جدید بزهکاری که اغلب مرتبط با فناوری‌های نوین در حوزه فناوری‌های جدید هستند، حقوق کیفری به جای یکپارچگی، تجزیه شده است. تکنیک‌های جرم‌انگاری نیز متأثر از «خدماتی شدن حقوق کیفری» و «فنی شدن» جرایم متحول شده است. با ظهور ارزش‌های نوپدید که غالباً واجد ویژگی فنی-تخصصی هستند، حقوق کیفری از کارکردهای سنتی فاصله گرفته و به جای حفظ ارزش‌های بنیادین، از گذر تسری ضمانت‌اجرای خود به حمایت از ارزش‌ها و دستاوردهای دیگر رشته‌ها مانند حقوق بانکی، حقوق محیط‌زیست، بورس و اوراق بهادار و غیره، به ابزار خدماتی تقلیل یافته است. در واقع، حقوق کیفری ضمانت‌اجرای خود را به رشته‌های مختلف اعطا کرده و نقش خدماتی حقوق کیفری به نام حمایت از ارزش‌های جدید، گسترش یافته است. خدماتی شدن موجب می‌شود که حقوق کیفری با اخذ مؤلفه‌ها و شرایط بزه از سایر رشته‌ها، ضمانت‌اجرای کیفری را جهت تضمین آن مؤلفه‌ها و ضوابط اعطا نماید. به عنوان مثال با اعطای ضمانت‌اجرای کیفری به حقوق گمرک و حمایت از درآمدهای دولت در عرصه ورود و خروج کالا، اقسام مختلفی از جرایم مرتبط با قاچاق کالا و ارز که ناشی از نقض تشریفات گمرکی و عدم اخذ مجوزهای اداری است، جرم‌انگاری شده است.

ورود رفتارهای کیفری مرتبط با فنون جدید که دارای ماهیت تخصصی هستند، در تقابل با ابزار

حقوق کیفری سنتی، پابندی ماهوی و شکلی به اصول حقوق کیفری را با دشواری همراه ساخته است. خلاقیت جنایی بزهکاران و روش‌های نوشونده ارتکاب جرم، همواره تدبیر قانون‌گذاران را در مبارزه با تمامی رفتارهای آسیب‌زا، ناکارآمد جلوه می‌دهد. با توجه به پویایی و نوشوندگی سریع جرایم پیرامونی، گردآوری تمامی روش‌ها و تکنیک‌های ارتکاب جرم در حوزه جرایم فنی به سختی امکان‌پذیر است و این امر، عجز قانون‌گذاران را در تعریف جرایم فنی - تخصصی، به دنبال دارد. از این رو مقنن اقدام به جرم‌انگاری موسع و تعریف باز جرایم با عبارات مبهم و کشدار می‌نماید تا میزان بیشتری از اعمال ارتكابی را در تعریف قانونی جرم، جای دهند. به عنوان نمونه، در تعریف جرایم حوزه بازار بورس انعطاف و ابهام در تعاریف کیفری مانند بزه «دستکاری در بازار بورس»، قابل مشاهده است. قانون‌گذار در رابطه با جرم مذکور، در بند ۳ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار با عبارات کلی در صدد جرم‌انگاری تمامی اشکال مختلف متصور برای این جرم است. در رابطه با عدم امکان تعریف این جرم در پرتو توسعه خلاقیت جنایی و تکنیک‌های روزافزون ارتکاب این جرم، گفته شده است: «روش‌ها و تکنیک‌های دستکاری صرفاً به وسیله نبوغ انسان‌ها قابل شمار و محدودند... بنابراین، به تعداد روش‌هایی که به ذهن مبتکر مجرمین می‌رسد، انواع مختلفی از جرم دستکاری وجود دارد» (Pirrong, 2010: 3). این آشفتگی و ابهام در تعریف جرم دستکاری، در غالب نظام‌های حقوقی وجود دارد و حتی برخی مقامات قانون‌گذاری از تصویب قوانین شفاف در این حوزه ابراز ناتوانی کرده‌اند (دریانورد و صفاری، ۱۳۹۲: ۲۳۵).

بدین سان متغیر بودن و تخصصی بودن مصادیق جرایم پیرامونی، سهم بسزایی در افول تشخیص اصل قانونمندی دارد. از آنجایی که، در بسیاری از جرایم نوین، تعیین دقیق موضوع بزه و صراحت در جرم‌انگاری، آسان نیست، این امر به مصوباتی دیگر ارجاع داده می‌شود. آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرم عموماً در جرایم فنی مشاهده می‌شود و تخصص‌گرایی قانون‌گذاری به مؤلفه‌ای تبدیل شده است که ضمن تبیین جایگاه ویژه برای آیین‌نامه، بیانگر ورود متخصصان به مقوله تبیین مصادیق جرایم است. از آنجایی که این آیین‌نامه‌ها و مصوبه‌ها حاوی قواعد کلی حقوق کیفری است، باید یکی از جلوه‌های حقوق جزا محسوب شده (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱۹۹-۱۹۸) و مورد استناد قرار گیرند. ماده ۲۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، از مصادیق جزیره‌ای شدن متن جرم‌انگار و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی است؛ جایی که کیفر بزه اقدام به صدور حیوانات وحشی عادی، در معرض نابودی و کمیاب و... «بدون اخذ مجوز قانونی از سازمان محیط‌زیست» و «عدم رعایت ترتیبات پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات» به مجازات قاچاق کالای ممنوع احاله شده است و مقرر می‌دارد: «تعیین مصادیق این حیوانات بر عهده سازمان حفاظت محیط‌زیست است». در خصوص حمایت کیفری

از جانوران باید گفت ویژگی جانوران، تحول آنان است (جعفری و احمدی، ۱۳۹۷: ۱۱۳). از این رو ممکن است گونه جانوری در یک دوره‌ای «در معرض انقراض» محسوب شود و در دوره‌ای جزو «جانوران عادی» محسوب گردد و بالعکس. بنابراین، تشریک مساعی اسناد فروتقنینی می‌تواند سبب یکپارچگی سیاست کیفری در حمایت از حیوانات شود.

در نهایت علل آیین‌نامه‌ای - اداری شدن حقوق کیفری در ایران و روند روزافزون آن، در چند محور قابل طرح است. نخست، در برخی موارد، تعجیل در تصویب یک قانون باعث می‌شود در صحن قانون‌گذاری صرفاً به طرح و وضع کلیات یک قانون پرداخته شود و در جهت سرعت بخشی در تصویب آن، مؤلفه‌های جزئی به آیین‌نامه‌ها واگذار می‌شود. دوم، عدم تخصص نمایندگان مجلس در پیش‌بینی ابعاد مختلف موضوع و اعطای اختیار تعیین جزئیات جرم به نهادها و مراجع تخصصی. سوم، در پاره‌ای از موارد، مقنن از تطبیق قانون‌گذاری با مصادیق و موضوعات پویا و در حال تحول عاجز است. به عنوان نمونه در تصویب قانون جرایم رایانه‌ای، زایش روزافزون و متنوع رفتارهای مجرمانه در بستر فناوری و فضای مجازی، قانون‌گذار را از ورود به مقوله تعیین مؤلفه‌های جزئی و موردی مصادیق مجرمانه بازداشت و این امر به کمیته تعیین مصادیق مجرمانه واگذار شد.

پس از تبیین عوامل و بسترهایی که باعث تنزل جایگاه اصل قانونمندی در نظام کیفری می‌شوند، در قسمت بعد چالش‌های این تنزل بررسی می‌شود.

۳. چالش‌های جرم‌انگاری بازبافت و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرم

اگرچه اصول حقوق کیفری در پرتو تحولات و پویایی اجتماع دستخوش تغییر شده است؛ اما پایداری اصل قانونمندی، همچنان مقتضی برقراری موازنه میان تحولات حقوق کیفری و آزادی‌های فردی است. هرگونه گشاده دستی در جرم‌انگاری بازبافت و اعطای اختیار تقنین به مقامات اداری، حاکمیت قانون را بی اعتبار جلوه می‌دهد. با قراردادن قانون‌گذاری بازبافت و آیین‌نامه‌ای در سنجۀ حاکمیت قانون و قواعد هنجارگذاری، تقابل میان تحولات حقوق کیفری و اصول حاکم بر جرم‌انگاری مشخص می‌گردد. مراجعه به اصول و قواعد قانون کیفری، ناشی از این باور است که ایده‌ال‌ها و اهدافی وجود دارند که اساس قواعد ماهوی را تشکیل می‌دهند. چنین اصولی عمدتاً به عنوان ابزارهای ارزیابی مورد استفاده قرار می‌گیرند (Child & Ormerod, 2019: 25-26) و می‌توانند به سنجۀ برای تقدیر از هنجارگذاری کیفری منعطف و آیین‌نامه‌ای شدن یا نقد آن تبدیل شوند. از آنجایی که وضع قوانین کاملاً شفاف، صریح و بدون هیچ ابهامی (به گستردگی مصادیق و عدم امکان تشخیص تمام مصادیق یک مقررۀ قانونی) خود منتهی به کاهش کارآمدی قانون کیفری می‌شود، انعطاف‌پذیری عنصر قانونی می‌تواند عجز متن تقنینی در پیش‌بینی همه فروض قابل طرح را کم‌رنگ کند. از رهگذر متن منعطف،

دادرسان در تطبیق قانون با تحولات جامعه به کنشگری بپردازند و خلأهای قانون در پرتو عملکرد دادرسان و تفسیر متون منعطف تقنینی مرتفع شود. با وجود این، پیامدهای نامطلوب جرم‌انگاری باتلاقی و انعطاف‌پذیری عنصر قانونی جرم امکان پیش‌بینی‌پذیری آثار اعمال تابعان قانون را دشوار می‌سازد. به گونه‌ای که افراد علاوه بر تکلیف تبعیت از امر و نهی قانون‌گذار، تکلیف به تطبیق مصداق بر قاعده و تشخیص غیرقانونی بودن آن رفتار را نیز دارند.

۳-۱. نقض اصول ناظر بر پیش‌بینی‌پذیری قانون

طبق اصل قانونمندی، باید از پیش، خطوط ممنوعه و غیرمجاز برای افراد ترسیم گردد. تنها در این صورت است که شهروندان می‌توانند خارج از آن خطوط به استیفای حق و آزادی عمل بپردازند. این اصل صرفاً ناظر به ترسیم این خطوط نیست، بلکه این ترسیم باید از ویژگی‌هایی برخوردار باشد که امکان پیش‌بینی‌پذیری آثار عبور از خطوط را به صراحت و وضوح نمایان کند؛ زیرا «هیچ چیز مهم‌تر از آن نیست که مخاطبان قانون‌گذار به درستی تکلیف خود را بدانند تا بتوانند آن را دقیقاً ادا نمایند» (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۰۸). کما اینکه از نظر جرم‌شناسان صرفاً جرم بودن عمل در قانون کافی نیست، بلکه «برای اینکه یک عمل از نظر جرم‌شناسی نیز جرم باشد، باید مرتکب آن، عمل خود را مجرمانه (و جرم بودن آن را نیز) بداند و حس نماید» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۸۶۴). به عبارت دیگر بزه‌کار عمل خود را به عنوان یک جرم درک نماید. درک یک رفتار به عنوان جرم مستلزم صراحت و دقت در جرم‌انگاری و به عبارت دقیق‌تر کیفی بودن قانون است. در نوشتگان حقوقی در بیان کیفیت قانون به مؤلفه‌هایی نظیر صراحت و دقت، شفافیت، در دسترس بودن و پیش‌بینی‌پذیری اشاره شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۱۴-۱۳). به نظر می‌رسد غایت تمامی این مؤلفه‌ها، پیش‌بینی‌پذیر نمودن متون کیفری، به معنای قابلیت پیش‌بینی عواقب و پیامدهای ناشی از یک عمل (حسینی، ۱۳۹۴: ۳۶) برای تابعان حقوق کیفری است. پیش‌بینی‌پذیری قانون در گرو دو اصل شفافیت و هشدار منصفانه است.

۳-۱-۱. شفافیت

یکی از لوازم اساسی اصل قانونمندی که زمینه پیش‌بینی‌پذیری و فهم قانون را فراهم می‌نماید، اصل شفافیت مقرر قانونی است که متضمن قطعیت، صراحت، وضوح و دقت در هنجارگذاری می‌باشد. بر این اساس، قاعده حقوقی باید از محتوایی کاملاً روشن و واضح برخوردار باشد تا همه اعضا جامعه بتوانند موارد اجرای آن را پیش‌بینی کنند. در این راستا، قانون‌گذاران مکلف به نگارش متون حقوقی با حداکثر وضوح متن و تعیین عناصر جرایم هستند (Desportes & Francis, 2008: 128-129). درواقع، شرایط قانونی باید به‌طور کافی شفاف باشد تا به شخص اجازه دهد که اثرات این قانون را پیش‌بینی کند. اصل شفافیت یکی از شاخص‌های کیفی قانون و زمینه‌ساز فهم و درک آن

است. قوانین باید تا حد امکان رسا، جامع، صریح و قابل فهم برای عموم باشند (فلاحی، ۱۳۹۵: ۴۰۴-۴۰۳) و عبارات قانونگذار باید متضمن تعریف کاملی از رفتار مادی و عنصر روانی جرم باشد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۰۸). هرگاه عملی ممنوع باشد، باید قانونگذار آن را صریح و واضح^۱ بیان کند و نتیجه منطقی این سخن آن است که هرگاه در مورد عملی شک شود که جایز است یا ممنوع، حکم به جواز عمل شود؛ زیرا آزادی ها نیاز به تذکر ندارد؛ بلکه ممنوعیت ها و جرم ها است که باید بیان شود. بدون امکان پیش بینی پذیری آثار عمل مجرمانه توسط شهروندان، اساساً غرض اصل قانونمندی در تضمین حقوق و آزادی افراد، دچار تردید خواهد شد.

اصل قطعیت قانون از آثار نظریه حاکمیت قانون و از دلایل توجیهی لزوم شفافیت قانون است (موزن زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷ [الف]: ۱۹۶). نتیجه مستقیم این اصل، لزوم وضع قوانین شفاف و دقیق است؛ به گونه ای که قانون باید در دلالتش قطعی و ثابت باشد و موضوعات قانون کاملاً مشخص و مسلم الصدور باشد تا حقوق و آزادی های افراد در برابر اقدامات خودسرانه تضمین شود. چنین تضمینی جهت تعیین دقیق مرز آزادی و محدودیت مستلزم تبیین و تعریف دقیق، صریح و شفاف جرم و کیفر است. شخصی که مفاد قانون ابهام آمیز و موسع را می خواند، اطلاع رسانی مؤثری از نوع رفتاری که مجرمانه تلقی شده یا خواهد شد را ندارد. در این موارد احتمالاً افراد مجبور شوند که حدس بزنند در مورد اینکه آیا رفتار آن ها منع شده است یا خیر (Margaret Prebble, 2018: 56). پیچیدگی و عدم شفافیت قوانین ابهام آمیز و باتلاقی، به نحو فزاینده ای نحوه اعمال قوانین کیفری را در فرایند قضایی متأثر ساخته و از رهگذر تعیین ناپذیر کردن و تفسیر پذیری مضاعف قانون، گستره آزادی عمل دادرسان را در خوانش از این قوانین، افزایش می دهد.

جرم انگاری بازبافت و آیین نامه ای شدن جرم، اگرچه ظاهراً پایبندی مقنن به حاکمیت قانون را نمایان می سازد؛ اما شفافیت و پیش بینی پذیری قانون را مورد خدشه قرار می دهد.

۲-۱-۳. هشدار منصفانه^۲

یک کارکرد مهم قانون کیفری، بازداشتن افراد از برخی فعالیت های زیان بار و خلاف، با مجازات

۱. تفکیک میان اصل وضوح (clarity) و اصل شفافیت (transparency) بسیار دشوار است و گاهی مترادف یکدیگر به کار می رود. با این حال گفته شده است: اصل وضوح مغایر با پیچیدگی بیش از حد قانون و عدم درک متن قانون در مقیاسی کلان و اصل شفافیت به ابهام نداشتن جز به جز قانون داشته و هر ماده ای در پرتو اصل شفافیت باید بررسی شود. به نظر می رسد تحقق شفافیت قانون در گرو وضوح و صراحت است و نقض وضوح و پیچیدگی بیش از حد عبارات قانونی به نقض اصل شفافیت می انجامد.

2. Fair warning

کردن مرتکبانی است که اهداف زیان‌بار را بدون توجه به قانون دنبال می‌کنند. تحقق این کارکرد مهم بر این فرض ضمنی استوار است که عموم در وهله اول از چنین سرنوشتی مطلع هستند. اصل هشدار منصفانه برای تبیین و ارزیابی همین فرض است تا اطمینان حاصل شود که جرایم تا چه اندازه به‌طور مؤثر به اطلاع عموم رسانده می‌شوند.^۱ اصطلاحاتی که یک جرم را تعریف می‌کنند هر اندازه کلی و غیردقیق باشند، به همان اندازه راه برای سوءتعبیر از قانون کیفری و گستره شمول و دامنه آن برای مخاطبان آن و به‌ویژه اعمال صلاح‌دید دادستان بازتر خواهد بود. برای جلوگیری از وجود ابهام، اصل هشدار منصفانه به‌عنوان یکی از اصول تحدید مداخله کیفری و جرم‌انگاری مطرح است. مطابق این اصل، تعریف جرم باید بقدری مشخص، معین و دقیق باشد تا بتواند هشدار منصفانه را فراهم کند. این اصل با بیان اینکه، جرایم باید به‌طور شفاف معین شده و آگاهی‌رسانی شوند تا راهنمای عمل افراد جامعه قرار گیرند (Rush, 2017: 6)، خواهان انتقال شفاف قانون به عموم می‌باشد.

بر این اساس، «آن‌هایی که مشمول قانونند باید قادر باشند با اطمینان بدانند قانون چیست و بنابراین بتوانند پیش‌بینی کنند پیامدهای اعمالشان چیست، نه اینکه بعد از رخداد با تعجب متوجه این پیامدها شوند» (Card, 2014: 93). به تعبیر دیگر: «افراد نباید به حال خود رها شوند تا حدس بزنند چه کاری می‌توانند بکنند یا نکنند بدون اینکه از قانون کیفری تخطی کرده باشند یا خود را مشمول مجازات کرده باشند» (Morrison, 2001: 74). هر قانون کیفری «باید به همه و به زبانی که همه می‌فهمند در رابطه با اینکه در صورت عبور از خط خاصی قانون چه خواهد کرد، هشدار منصفانه بدهد» (Morrison, 2001: 74).

اصل هشدار منصفانه چندین حوزه بحث و جدل را شامل می‌شود. نخست: اصل هشدار منصفانه در این استدلال که جرایم موجود در یک نظام حقوقی - سیاسی باید در قانون موضوعه و به‌طور ایده‌آل در قانون کیفری مدون شوند، نقشی کلیدی دارد. در این صورت دسترسی عموم به قانون بهبود خواهد یافت. دسترسی به قانون کیفری یکی از شاخص‌های مهم پیش‌بینی‌پذیری قانون است. در دسترس بودن قانون کیفری به معنای دسترسی فیزیکی به قوانین و نیز درک پیام و مفاد آن توسط سوژه‌های حقوق کیفری است. بدین‌سان، قانون باید روشن و بدون ابهام خلق گردد؛ به‌گونه‌ای که مدلول آن با کمترین تلاش قابل درک و فهم باشد (موذن زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۵). در این

۱. اگرچه بر مبنای اصل حاکمیت قانون و در راستای آگاهی از حق‌ها و تکالیف، قوانین باید در دسترس عموم قرار گیرد؛ اما صرف انتشار قانون مردم را از حق‌ها و تکالیف مقرر در قانون آگاه نخواهد کرد مگر اینکه محتوای قانون نیز برای مردم قابل فهم باشد. نک: خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹.

راستا، وجود زبان تعریف‌کننده برای هشدار منصفانه در این موارد ضروری است (Rush, 2017: 6). از این رو، توصیف جرایم و کیفرها در متن قوانین مدون از الزامات این اصل محسوب می‌شود و ارجاع به رویه، عرف، منابع غیرتقنینی مانند آیین‌نامه‌ها یا منابع شرعی در تقابل با هشدار منصفانه است. از گذر هنجارگذاری آیین‌نامه‌ای نه تنها دسترسی فیزیکی و ملموس به مقرره‌های مختلف که عناصر جرم را تعیین نموده‌اند، دشوار می‌گردد، بلکه امکان درک و توجه تابعان حقوق کیفری نسبت به منظور و مراد قانون‌گذار نیز با ابهام همراه بوده و پیش‌بینی جرم را مشکل می‌نماید.

دوم، هشدار منصفانه مشخص می‌کند که جرایم چگونه باید مدون شوند. از یک طرف، جرایم و تهیه پیش‌نویس قانون باید به اندازه کافی مفصل و حاوی جزئیات باشد تا به عموم اجازه دهد بدانند دقیقاً چه چیزی جرم انگاشته می‌شود و اجازه دهند آن‌ها بر این اساس رفتارشان را تعدیل کنند. برای مثال، چنانچه جرمی تحت عنوان «تماس غیرقانونی با شخصی دیگر»^۱ جرم‌انگاری شود. چنین جرمی برای شخص الف این معنا را دارد که لگد زدن به شخص ب مجرمانه است؛ اما بدون تعریف اصطلاح «غیرقانونی» اساساً مفهوم و گستره تماس غیرقانونی بسیار مبهم است و این نمی‌تواند پیام ایده‌آلی باشد. از طرف دیگر، جرایم و تهیه پیش‌نویس مربوط به قانون نباید بیش از حد پیچیده باشند. برای مثال، در حقوق انگلستان چند جرم جنسی (مانند چشم‌چرانی) به طرز بسیار پیچیده‌ای تعریف شده‌اند. ماهیت پیچیده تهیه پیش‌نویس قانون کمک‌چندانی به هشدار منصفانه دادن به یک متخصص حقوق نمی‌کند چه برسد به عموم مردم. در نتیجه، این اصطلاحات، به صورت منفرد یا ترکیبی، آن قدر مبهم و نامعلوم هستند که نمی‌توانند هشدار منصفانه بدهند و بنابراین، باعث خطر اعمال ناموجه قانون از طرف مقامات دادسرا و دادگاه می‌شوند. عناوینی مانند «تشویش اذهان عمومی»، «اخلال در نظام اقتصادی»، «تبانی برای اقدام علیه امنیت»، «تظاهر به عمل حرام»، «رابطه نامشروع»^۲ که فاقد مقیاس مشخص و قابل سنجش در متن قانون بوده و تعیین مصادیق آن‌ها

1. It is a crime to make unlawful contact With another

۲. در اعمال جرایم تظاهر به عمل حرام و رابطه نامشروع که ابهام‌آمیزی جرم، منجر به آزادی عمل بالای دادرسان در تعیین مصادیق این جرایم می‌شود، سردرگمی رویه قضایی، زمینه «عدالت سلیقه‌ای» را فراهم آورده است. این امر ریشه در ابهام گفتمان تقنینی و مشخص نبودن گستره مصداقی این جرایم دارد. در یک دادنامه، حضور مرد غریبه در منزل متهمه مصداق عمل حرام دانسته شد (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۱۰۰۹۱۲ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در مجموعه آرای قضایی شعب تجدیدنظر استان تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲) و متهم به تحمل ۹۹ ضربه شلاق محکوم شد اما در دادنامه دیگر (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۲۴۶ صادره از شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) دادگاه بدوی آن را بزه ندانسته و تبرئه

به شکلی منعطف و قابل تفسیر، بر عهده دادرس گذاشته شده، برخلاف هشدار منصفانه است. آیین‌نامه‌ای شدن مؤلفه‌های بزه اگرچه از رهگذر تسریع هنجارگذاری کیفری، کارآیی سیاست کیفری در مبارزه با جرم را بهبود می‌بخشد؛ اما تغییرات مکرر و با فاصله زمانی کوتاه در مصوبه‌های اداری خود منجر به عدم هشدار منصفانه نسبت مقرره‌ها می‌شود. رویه قضایی نیز بیانگر سردرگمی تابعان حقوق کیفری از تغییرات زود هنگام و متعدد مصوبات اداری است. به عنوان نمونه، در رابطه با جرم گران‌فروشی، به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۱۴۰۰۲۳۳۰۱۳۹۹۰۰۲۳۳ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۸ صادره از شعبه چهارم عالی تعزیرات حکومتی، صدور دو مصوبه مختلف در بازه زمانی کوتاه دو ماهه در خصوص قیمت خودرو، توسط کمیته تعیین قیمت خودرو سازمان حمایت - که از آثار اعطای تقنین در خصوص شرایط جرم گران‌فروشی به نهادهای غیر تقنینی اداری است - را مورد توجه قرار داده است و در راستای حفظ عدالت، قسمتی از جزای نقدی مورد حکم را تعلیق نموده است.^۱

۲-۳. نقض اصل عدم تفویض قانون‌گذاری

اصل تفکیک قوا به عنوان یکی از مبانی اصل قانونمندی، بیانگر اعطای نمایندگی از طرف جامعه به نهاد تقنین جهت قانون‌گذاری و ایجاد محدودیت در حقوق و آزادی افراد است. نتیجه بدیهی این اصل اجتناب سایر قوا از جرم‌انگاری است. در حالی که ارجاع تشخیص برخی مفاهیم یا مصادیق به آیین‌نامه، کمیته‌های تخصصی، مقام تعقیب و غیره، در بعد نظری و اجرا، آسیب‌هایی را به دنبال دارد.

می‌کند ولی دادگاه تجدیدنظر آن را رابطه نامشروع دانسته به ۹۹ ضربه شلاق محکوم می‌نماید. در دادنامه‌های دیگر خلوت کردن زن و مرد نامحرم مصداق فعل حرام دانسته نشده (دادنامه شماره ۱۳۷۴/۰۲۲۴۱۰۲۲۹۷۰۲۲۹۷ صادره از شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) و مرجع قضایی با این استدلال که «تا زمانی که خلوت، موجبات رابطه نامشروع همانند مصادیق تمثیلی ماده ۶۳۷ یاد شده را فراهم نسازد، قابل مجازات نخواهد بود» (دادنامه شماره ۱۳۹۲/۶/۲۴ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۴ صادره از شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور، در مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور، پژوهشگاه قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲) در نتیجه عمل ارتكابی را جرم و قابل پاسخ کیفری نمی‌داند.

۱. طبق دادنامه فوق، شرکت تجدیدنظرخواه با مونتاژ و پیش فروش دو هزار دستگاه خودرو، براساس قیمت تعیین شده در تاریخ ۹۷/۸/۳۰ به موجب مصوبه شماره ۶۰/۲۲۶۰۴۷ پنجمین جلسه کمیته تعیین قیمت خودرو سازمان حمایت، به قیمت نهایی ۲/۲۶۴/۵۰۰/۰۰۰ ریال به تعدادی از مشتریان که ثبت نام کرده بوده‌اند، اقدام می‌نماید. کمیته مذکور در جلسه دیگری به تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۹ قیمت همین خودرو را حدود پنجاه و دو میلیون تومان کاهش داده است. بدین‌سان، تعریف جرم گران‌فروشی و شرایط آن توسط متن اداری دچار تغییر زود هنگام و مکرر شده و موجبات سردرگمی شرکت خودروسازی را فراهم آورده است.

۳-۲-۱. موازی‌سازی تقنینی

در غالب موارد، قانون به این بسنده می‌کند که قواعد کلی را مشخص و جرایم را تعریف کند؛ اما تبیین دقیق‌تر و تعیین مصادیق را یا به مجموعه مقرراتی ارجاع می‌دهد که در آینده مقامات اداری وضع خواهند کرد که معمولاً هدف آن‌ها تعیین دقیق و سریع عناصر سازنده جرایم خواهد بود، یا اساساً از گذر تعریف دامنه‌دار و عمیق جرم، مقامات قضایی مانند دادستان و دادرس را واجد اختیارات وسیعی در جرم دانستن طیف وسیعی از اعمال و رفتارها می‌نمایند. بدین‌سان، برخلاف اصل جدایی قوا، چندین نهاد به موازات یکدیگر در تبیین رکن قانونی جرم نقش‌آفرین بوده که مصداق بارز پدیده «قانون‌گذاری موازی» است. موازی‌سازی تقنینی، ارجاع تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی به نهادهای غیرتقنینی اعم از اجرایی و قضایی است.

اگر اختیار تعریف جرم به قوه مجریه، کمیته‌های مختلف تعیین مصادیق و یا حتی از طریق تفسیرپذیری و تعرف عمیق و دامنه‌دار بزه، بر عهده مقامات قضایی گذاشته شود، یک عنصر اساسی از حاکمیت قانون، یعنی اصل تفکیک قوا، مفقود شده است. رخداد چنین امری و قانون‌گذاری کیفری آیین‌نامه‌ای و واگذاری‌های نامحسوس و تدریجی اختیارات قانون‌گذاری کیفری به قوه مجریه یا قضائیه، حاکمیت قانون وجه‌المصالحه قرار می‌گیرد، بی‌آنکه وجه‌المصالحه قرار گرفتنش در هر مرحله از این سیر مشهود باشد.

در حقوق ایران چنین تفویضی به آیین‌نامه در قانون اساسی پیش‌بینی نشده است. بر اساس اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی حق وضع قانون دارد. مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی نیز اصل بر این است که مجلس حق تفویض اختیار قانون‌گذاری به دولت یا هر مرجع دیگری را ندارد. به‌همین دلیل شورای نگهبان در موارد متعدد با این استدلال که تفویض موارد نیازمند تقنین مجلس به دولت، خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است، مصوبات مجلس را مورد ایراد قرار داده است.^۱ با وجود این، در امور کیفری و تفویض تعیین مؤلفه‌ها و مصادیق رکن قانونی جرم در قالب آیین‌نامه اجرایی، مخالفت صورت نگرفته است و روزه‌روز بر ارجاعات آیین‌نامه‌ای افزوده می‌شود.^۲

۱. ازجمله بند آخر ماده ۱۰۱ لایحه تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ که در آن شرایط و ضوابط سازمان‌های بخش خصوصی و غیره در مقابل تسهیلات دریافتی از دولت به آیین‌نامه محول شده بود، توسط شورای نگهبان مستلزم تقنین دانسته شد (نک: مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۲۴۷).

۲. در وادی عمل آیین‌نامه‌ها و نیز بخشنامه‌های صادره از رئیس قوه قضائیه از اعتبار متن تقنینی کاسته و هدف مقنن را

علاوه بر مغایرت واگذاری تفویض قانون‌گذاری به مقامات اداری و قضایی با اصل عدم تفویض، قوه مجریه اصولاً ظرفیت و قابلیت تقنین را ندارد؛ زیرا برخلاف قوه مقننه که برای تقنین بنا شده و سازوکار متناسب با آن را دارد، قوه مجریه صرفاً برای اجرا و اعمال قانون و نه وضع و خلق آن ایجاد شده است. سازوکار قانون‌گذاری در مجلس به شکلی بسیار مفصل و با جزئیات تمام برای دستیابی به اهداف و اغراضی مشخص طراحی و سامان‌دهی شده است و دارای ساختار پیچیده‌ای جهت بحث و بررسی قوانین است و همگی به گونه‌ای است که کیفیت حاکمیت قانون را بهبود ببخشد (لو، ۱۳۹۵: ۶۷-۶۶). محیط فیزیکی و ساختمان مجلس و سالن جلسات علنی به دقت بنا شده است و کمیسیون‌های متعدد و متنوعی را دربرمی‌گیرد. درحالی‌که نیز ماهیت وجودی کار مقامات اداری از اساس برای تصدی وظایف قوه مقننه نامناسب است. قوای اجرایی در راستای به اجرا درآوردن قوانین به کار گماشته می‌شوند و توان علمی و اجرایی تقنین را ندارند و همین امر می‌تواند خدشه جدی به حاکمیت قانون وارد نماید.

۲-۳. فرارفتن از اختیارات و نقض حقوق و آزادی‌های فردی

انعطاف‌پذیری رکن قانونی و واگذاری تعیین جزئیات و مصادیق جرایم به نهادها، کمیته‌ها و آیین‌نامه‌ها، می‌تواند حاکمیت قانون را به انحراف کشانده و امکان سوءاستفاده از اختیار را بالا ببرد. به‌عنوان نمونه، مطابق ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مدیریت پسماند، شاهد تشدید مجازات توسط آیین‌نامه هستیم که بر اساس آن، تخلیه‌کنندگان پسماندهای ویژه در اماکن غیرمجاز و همچنین خودروهای تخلیه‌کننده پسماندهای ویژه، به حداکثر مجازات‌های تعیین‌شده در قانون محکوم خواهند شد. در این موارد آیین‌نامه به جای تعیین سازوکار اجرایی قانون، از تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی که توسط مقنن مورد تفویض قرار گرفته است فراتر رفته و با ورود به قلمرو کیفرگذاری، ضوابط ناظر به تعیین کیفر را تغییر داده است.

همچنین در قانون جرایم رایانه‌ای، ارجاع امر تعیین مصادیق به کمیته^۱ تعیین مصادیق مجرمانه نیز یکی از چالش‌های اساسی احتمال سوءاستفاده از اختیارات اعطایی به کمیته است. ارجاع مندرج

به حاشیه رانده است. یکی از مهم‌ترین جلوه‌های این موازی‌سازی تقنینی و تنزل اعتبار قانون را در رابطه با مقرره‌ای تحت عنوان استجازه یا استیذان می‌توان مشاهده کرد. بدین سان، درخواست رئیس قوه قضاییه از رهبری جهت برخورد سریع و قاطع در مقابله با اخلاط‌الگران و مفسدان اقتصادی در تاریخ ۹۷/۵/۱۹ تحت عنوان «استجازه از رهبری»، بسیاری از مقررات مربوط به آیین دادرسی کیفری و تأمین حقوق دفاعی متهم را بی اعتبار نمود.

۱. کمیته مکلف است به طور دوره ای تشکیل و مصادیق سایت‌ها و داده‌های مجرمانه را تعیین و به سرورها برای فیلتر کردن اعلام کند.

در ماده ۲۲ قانون مذکور به دلیل عدم تعیین خط مشی کمیته دارای تالی فاسد است. کمیته تعیین مصادیق به دلیل سیاستی که در برخورد با فضای مجازی وجود دارد و ویژگی های این فضا که می تواند هر روزه شاهد زایش میلیون ها مصداق مجرمانه باشد، انجام گرفته است. اگر چه کارکرد کمیته تعیین مصادیق، جزئی نگری و تعیین دقیق محتوای مجرمانه است؛ اما در لیست ارائه شده از سوی کارگروه در سال ۱۳۹۰، مفاهیم کلی و انتزاعی به عنوان محتوای مجرمانه ذکر گردیده است که اساساً فاقد ویژگی بیانگری است و ارائه دهنده خدمات دسترسی، خود باید اقدام به تطبیق محتوا با مفهوم ارائه شده توسط کمیته نمایند. به عنوان مثال در بند (ب) مواردی چون محتوای الحادی! و مخالف موازین اسلامی، تبلیغ تشریفات و تجملات نامشروع و غیرقانونی، به عنوان مصداق محتوای مجرمانه و مستلزم پالایش، ذکر شده است. ابهام گویی توسط مرجعی که مکلف است مصداق یابی نماید، نه تنها ارائه کنندگان خدمات دسترسی را همواره به جهت عدم پالایش محتوای مجرمانه در معرض بزهکاری قرار می دهد، بلکه با اعطای اختیار عمل به ارائه کنندگان خدمات دسترسی در شناسایی محتوای الحادی و خلاف موازین شرع، تضییع حقوق و آزادی های شهروندان، امری بدیهی است. با این وجود، بخشی از اختیار گسترده این کمیته در تعیین مصادیق مجرمانه و لزوم پالایش آن توسط خدمات میزبانی، به عناوین و مفاهیم انتزاعی مجرمانه ای بازمی گردد که در متن قوانین کیفری پیش بینی شده است و ید مبسوطی برای مصداق زایی توسط کمیته ایجاد نموده است که موجبات نادیده گرفتن حقوق و آزادی افراد را فراهم آورده است.

نتیجه

اهمیت انسجام در نظام جزایی، عدم پراکندگی رکن قانونی جرم و کیفر، تعیین دقیق رفتارهای مجرمانه در متن قانون و به طور کلی کیفی بودن قانون، از بایسته های قانون گذاری و قانون نویسی است. با این وجود، جرم انگاری های بازبافت و باتالاقی و اعطای اختیار تعریف جرم و مؤلفه های آن به مقامات اداری-اجرایی در نظام های حقوقی مختلف از جمله ایران، دلالت بر کنارگذاری اصل قانونمندی و تفکیک قوا است. با بررسی زمینه های دو مقوله انعطاف پذیری رکن قانونی و آیین نامه ای شدن آن در دوبرستر نظری و عملی دریافتیم که ظهور دیدگاه های نظری و پیش آمدهای نوین در پرتو تحولات ناشی از پویایی حقوق کیفری، بستر تنزل جایگاه اصول حقوق کیفری به ویژه اصل قانونمندی و تفکیک قوا را فراهم نموده است. در بعد نظری، انگاره های فرانگرایانه و عمل گرا به عنوان تفکری چارچوب ستیز و نسبی گرا در عرصه حقوق کیفری، مسیر ترقیق اصول را هموار ساخته است. بدیهیات عقلی مانند اصل قانونمندی که منشأ تنظیم و تفسیر قوانین کیفری است و نیز رویکرد مطلق و افراط گونه به حاکمیت قانون به تدریج تعدیل گشته است و «کارآیی» بیش از اصل گرایی مورد توجه قرار گرفته است.

همگام با رویدادهای نظری، نوآوری در جرم‌انگاری و کیفری‌سازی رفتارهای مختلف، منتج به پدیده «گسترش قلمرو حقوق کیفری» شده است. اقتضائات و ماهیت ویژه جرایم نوین مانند جرایم مخاطره‌آمیز و فناورانه، گونه‌های پیچیده و متنوعی از جرایم را رقم زده‌اند که با پابندی مطلق به اصولی نظیر قانونمندی و تفکیک قوا، قابل پاسخ‌گویی نمی‌باشد. عدم قطعیت، فنی شدن و تخصصی شدن ویژگی‌های نوینی برای جرایم به شمار می‌آید و با تخصصی شدن قانون‌گذاری از گذر اعطای جایگاه ویژه به آیین‌نامه‌ها و مصوبات اداری، ورود متخصصان به مقوله تبیین مصادیق جرایم را نظاره‌گر هستیم.

جرم‌انگاری‌های افراطی و اعطای ضمانت اجرای کیفری برای تضمین دستاوردهای رشته‌های گوناگون، موجب شده است از لحاظ وسعت و عمق به میزان قابل ملاحظه‌ای از حقوق کیفری دچار شویم. افزون بر افزایش تعداد قوانین کیفری (وسیع شدن حقوق کیفری)، تعاریف قانونی به شکل انعطاف‌پذیر و بازبافت، عمق یا باتلاق قانون را ایجاد نموده‌اند. در نتیجه، افزایش کمیت (در وسعت و عمق) حقوق کیفری، کیفیت قانون را تحدیش نموده است. پیامد نامطلوب باتلاق قانون کیفری، کاهش پیش‌بینی‌پذیری آثار قانون و ناتوانی قانون کیفری در هدایت رفتارهای شهروندان و هشدار منصفانه به آن‌ها در پیش‌بینی محدوده‌های غیرمجاز رفتاری است. همچنین پراکندگی متن جرم‌انگار، موازی‌سازی تقنینی و افزایش نقض حقوق و آزادی‌های فردی از گذر فرا رفتن از حدود اختیارات مقامات اداری و اقدام به جرم‌انگاری و کیفرگذاری در آیین‌نامه‌ها، از پیامدهای آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری است.

با امعان نظر به زمینه‌های انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری، راهبرد اساسی توجه به ضرورت‌های جرم‌انگاری اعمال و کیفری‌سازی حداقلی رفتارها است.

همچنین ضروری است هنگام تهیه پیش‌نویس هر جرم، قانون‌گذاران تعادل قابل دفاعی بین مشخص و جزئی بودن تعریف جرم موضوع قانون و کلی و عمومیت داشتن قانون ایجاد کنند. توصیف جرایم و تهیه پیش‌نویس مربوط به قانون باید به اندازه کافی مفصل و حاوی جزئیات باشد. به بیان روشن‌تر، لازم است قانون‌گذار در مراحل تصویب قانون با استخدام مستشاران متخصص و فنی، جزئیات عنصر مادی هر جرم را معین نماید تا نیازی به مصوبات اداری مانند آیین‌نامه نباشد. با این حال، در موارد خاص مانند حوزه جرایم فناورانه - تخصصی و پیشگیری از مخاطره، که تعیین جزئیات در قانون میسر یا هم‌سو با اهداف جرم‌انگاری آن جرایم نباشد، قاعده‌مندسازی تعریف این جرایم ضروری است تا مقامات اداری که تبیین جزئیات و مؤلفه‌های بزه به آنان واگذار شده است، از قلمرو قانون خارج نشوند. در این خصوص، تأکید بر استانداردهایی در قالب آیین‌نامه که توسط

کارشناسان و متخصصان مربوطه تنظیم گردد، خود نوعی قاعده‌گذاری است. در گامی اساسی‌تر، در قانون باید مقرر شود که این مقررات اداری به‌نحو مطلوب اطلاع‌رسانی گشته و به‌نحو مقتضی در دسترس شهروندان قرار گیرد.

برای اعطای قانون‌گذاری به نهاد غیرتقنینی، بایسته است که خط‌مشی آیین‌نامه‌ها و حوزه اختیار تقنین به شکل موردی و مشخص تعیین شود. به‌عنوان مثال، میزان آلاینده غیرمجاز، زمان و محل و گونه‌های صید غیرمجاز... تعیین شود. استفاده از تعابیر در متون قانونی و تعریف اصطلاحات (ترمینولوژی تقنینی) یکی از روش‌های تعیین خط‌مشی مقامات اداری در تعیین جزئیات عنصر مادی است. بنابراین لازم است مؤلفه‌های عنصر مادی، در چهارچوب تعاریف قانونی ارائه گردد به نوعی که با توضیح عبارات در متن قانون، سازوکار آزادی عمل مقامات اداری در گفتمان تقنینی، پیش‌بینی و مشخص شود.

تعیین مدت اعتبار ارجاع تعریف جرم به متون اداری - اجرایی و امکان ابطال آیین‌نامه و مصوبه‌های اداری در صورت عبور از حدود اختیارات، ضابطه‌های دیگری است که می‌تواند چالش‌های موجود را کاهش دهد. با این توضیح که یک مدت معمولاً چندساله (۵ یا ۷ سال) به‌عنوان مدت زمان قانونی تفویض اختیار با قابلیت تمدید در نظر گرفته شود. در قوانین ایران غالباً مدت تصویب آیین‌نامه (شش ماه) تعیین می‌گردد؛ اما مدت تفویض، مغفول باقی می‌ماند و سال‌ها، مرجع اداری به تعیین مؤلفه‌های جرم می‌پردازد. همچنین آیین‌نامه‌ها و مصوبات کمیته‌هایی مانند کمیته تعیین مصادیق مجرمانه (ماده ۷۵۰ قانون مجازات اسلامی)، به جهات مختلفی مانند کلی‌گویی، ابهام، عدم شفافیت، خروج از هدف قانون‌گذار، جانب‌دارانه بودن و غیره، قابل ابطال باشند. اگرچه طبق اصل ۱۷۰ قانون اساسی، آیین‌نامه‌های دولتی که خارج از حدود اختیارات قوه مجریه باشد، قابل ابطال است؛ اما مصوبات کمیته تعیین مصادیق و کارگروه‌های تخصصی، فاقد چنین ضمانت اجرای صریحی هستند.^۱

۱. اگرچه طبق بند یک ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری یکی از وظایف دیوان «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و...» است؛ اما به نظر می‌رسد مصوبات کمیته تعیین مصادیق به دلیل اینکه اساساً آیین‌نامه نبوده و توسط هیئت وزیران به تصویب نمی‌رسد، بلکه به ریاست دادستانی کل و طبق ماده ۷۵۰ قانون مجازات اسلامی (جرایم رایانه‌ای) «قوة قضاییه موظف است ظرف یک ماه از تاریخ تصویب این قانون کارگروه (کمیته) تعیین مصادیق محتوای مجرمانه را در محل دادستانی کل کشور تشکیل دهد»، از وظایف قوه قضاییه است، تحت شمول عنوان «نظامات و

در نهایت لازم به ذکر است که کمیسیون‌های اصلی و فرعی و نیز مرکز پژوهش‌های مجلس که طبق ماده ۱۴۱ آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب مهرماه ۱۳۹۷ موظف هستند درخصوص طرح‌ها و لوایح، اظهارنظر کارشناسی نمایند، نسبت به گستره و عمق تعریف جرایم و نیز ضرورت ارجاع تعیین مؤلفه‌های عناصر متشکله جرم به نهادهای غیرتقنینی اعم از آیین‌نامه‌ها، کمیته‌ها و نیز منابع فقهی، دغدغه‌مندی حداکثری داشته باشند.

مقررات دولتی» قرار نمی‌گیرد. ضروری است امکان ابطال مصوبات چنین کمیته و کارگروه‌هایی به صراحت پیش‌بینی گردد.

منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، چاپ پنجاهم، تهران: نشر میزان.
- آقابابایی، حسین (۱۳۹۰)، «امنیت، آزادی شخصی و مدیریت خطر جرایم امنیتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه دکتر رضا نوربها)، ضمیمه ۵۶.
- آنسل، مارک (۱۳۹۵)، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران: نشر گنج دانش.
- آهی، محمد و فاطمه مهربانی ممدوح (۱۳۹۳)، «عمل‌گرایی در کلیله و دمنه»، متن پژوهی ادبی، سال ۱۸، شماره ۶۱.
- بابایی، پرویز (۱۳۹۰)، فرهنگ اصطلاحات فلسفه، چاپ سوم، تهران: نشر نگاه.
- بریجانیان، ماری (۱۳۷۳)، فرهنگ اصطلاحات فلسفه و علوم اجتماعی، چاپ دوم، تهران: مؤسسه علوم انسانی و مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
- بکاریا، سزار (۱۳۹۵)، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه: محمدعلی اردبیلی، چاپ هشتم، تهران: نشر میزان.
- بیکن، برایان (۱۳۸۹)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۲)، مبانی و آثار افتراقی شدن دادرسی کیفری، رساله برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- پرادل، ژان (۱۳۹۴)، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دهم، تهران: نشر سمت.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری حق‌مدار؛ با تأکید بر نظریه آلمانی مصالح حقوقی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم.
- جعفری، امین و اصغر احمدی (۱۳۹۷)، «نقد سیاست کیفری تقنینی و قضایی ایران در جرم‌انگاری و تعیین کیفرشکار و صید گونه‌های جانوری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال نهم، شماره دوم، شماره ۱۸.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۵)، «چالش‌های فرانوگرایانه اصول بنیادین حقوق کیفری»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۶.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۴)، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چاپ چهارم، تهران: نشر دانشگاه تهران.
- دریانورد، سیده وحیده و علی صفاری (۱۳۹۲)، «بررسی جرم دستکاری در بازار بورس»، مقاله در: دایره‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات علوم جنایی کتاب دوم)، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- دلماس-مارتی، می‌ری (۱۳۹۳)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل و سالار صادقی (۱۳۹۶)، «حقوق کیفری در سنجه جرم‌شناسی پست‌مدرن»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هشتم، شماره اول.

- رهدارپور، حامد و حسنعلی موزن‌زادگان (۱۳۹۷)، «ارجاع‌دهی قانون کیفری به شرع و تأثیر آن بر کیفیت قانون»، در: چکیده مقالات همایش تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و قانون، تهران: نشر میزان.
- روستایی، مهرانگیز و حامد رحمانیان (۱۳۹۶)، «جرم‌های زیست‌محیطی»، در دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، چاپ اول، نشر میزان.
- شاملو، باقر (۱۳۹۲)، «تحول در اصولگرایی علم حقوق در پرتو پست مدرنیسم»، در دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات علوم جنایی)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، کتاب دوم، تهران: نشر میزان.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۲)، «از حقوق مدرن تا حقوق پست مدرن: تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۱۵۲.
- صدرتوحیدخانه، محمد (۱۳۸۸)، «حقوق در چنبره دشمن»، در تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان.
- صیقل، یزدان (۱۳۹۷)، تحلیل حقوقی-جرم‌شناختی جرم در جامعه مخاطره‌آمیز، رساله برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- فلاحی، احمد (۱۳۹۵)، اصل ضرورت در جرم‌انگاری، چاپ نخست، تهران: نشر دادگستر.
- لازرژ، کریستین (۱۳۹۲)، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
- لو، لئون (۱۳۹۵)، حاکمیت قانون چیست؟، ترجمه: بردیا گرشاسبی، چاپ نخست، تهران: انتشارات سارگل.
- مشکات، عبدالرسول (۱۳۹۰)، درآمدی بر مکاتب و اندیشه‌های معاصر، چاپ دوم، تهران: نشر سمت.
- موزن‌زادگان، حسنعلی و حامد راهدارپور (۱۳۹۷)، «اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۱.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرایم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۲)، «جرم‌شناسی حقوقی (درآمدی بر جرم‌شناسی حقوق کیفری عمومی)»، در: دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات علوم جنایی کتاب دوم)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۲)، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها»، در: مجموعه مقالات بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حسین گلدوزیان (۱۳۹۷)، «جرم‌شناسی پست مدرن و رویکرد آن به علت‌شناسی جنایی»، پژوهش حقوق کیفری، سال ۶، شماره ۲۳.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۷)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- هوساک، داگلاس (۱۳۹۰)، جرم‌انگاری افراطی، ترجمه محمد تقی نوری، چاپ نخست، تهران: انتشارات معجد.

انگلیسی

- Ashworth, A. (2006). **Principles of Criminal Law**, (5th edition). Oxford University Press, 88.
- Card, R. (2014). **Card, Cross & Jones Criminal law** (21th ed). Oxford University Press.
- Child, J., & Ormerod, D., (2019). **Smith & Hogan's Essentials of Criminal Law**. Oxford University Press, 25-26.
- Clifford, M. (1998). **Environmental Crime, Enforcement, policy and Social Responsibility**. Gaithersburg, Md.: Aspen Publishers, 10.
- Damiano, C. (2009), *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, Published in: D.
- Desportes, F., & Francis, L. G. (2008). **Droit Pénal Général**. Economica, 128-129.
- Fletcher, G. P. (2000), **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press ,135.
- Geer. C, Jean, P. (2002) *European Criminal Law*, Cluwer Law International, 357
- Grossi, P. (2010). **The Foundations of the modern legal system. A History of European Law**. Willey-Blackwell, 85-86.
- Harno, A. J. (1951). **Some Significant Developments in Criminal law and Procedure in the Last Century**. *Journal of Criminal of Criminal Law and Criminology*, 42 (4), 428.
- Hassemer, W. (2014). *The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): German perspective*. In Simester A. P. et al (eds), *Liberal criminal theory, essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 196.
- Husak, D. (2004). *Crimes Outside the Core*. **Tulsa Law Review**, Issue 4 Twenty-Five Years of George P. Fletcher's Rethinking Criminal Law, Volume 39, 756,768.
- Margaret Prebble, Z. (2018). *Overlapping criminal offences and gendered violence: what is overlap and when is it part of the problem of overcriminalisation?*, *University of British Columbia*, 53-70
- Morrison, T. W. (2001). *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*.
- Nuotio, K. (2010). *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*. In R.A.
- Pirrong, C, (2010) *Energy Market Manipulation; Definition, Diagnosis & Deterrence*; **Energy Law Journal**, Vol. 31, No.1, 3
- Rush, J. (2017) *Section 7 of the United Kingdom Bribery Act 2010; A, Fair Warning, Perlustration*, **The Yale Journal of International Law Online**, vol 43;1. 6.

بازپژوهی و اعتبارسنجی روایت «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»^۱

مریم السادات محقق*

چکیده

روایت «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، که در پژوهش‌های حقوق اسلامی، از آن به‌عنوان «حدیث نبوی»، «ضابط فقهی» و «قاعده فقهی» بحث شده است، یکی از مهم‌ترین مستندات مدعیان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح به‌شمار می‌آید. همچنین رویه قضایی ایران که متأثر از فقه اسلامی و اندیشه فقه‌های امامیه است، نیز از آن متأثر بوده و در آرای محاکم تالی و عالی ایران، فراوان بدان استناد می‌شود. از این‌رو، پرسش اصلی ما این است که آیا روایت مذکور از مبانی و پیش‌توانه محکم سندی و محتوایی برخوردار است؟ بررسی به روش تاریخی نشان می‌دهد که نزد فقه‌های متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریع (ابن بابویه، شیخ صدوق و سیدمرتضی)، انحلال نکاح حق انحصاری مردان نبوده است. همچنین از بازپژوهی روایت الطلاق با استفاده از روش‌های حدیث‌شناسی، معناشناسی، اصولی و فقهی این نتیجه حاصل می‌شود که روایت «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، از اعتبار لازم سندی برخوردار نبوده و محتوای آن نیز نمی‌تواند به‌عنوان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح مورد استناد محاکم قضایی ایران و کشورهای اسلامی قرار بگیرد، مگر آنکه مدعیان انحصاریون از طریق ادله دیگر ثابت باشد.

واژگان کلیدی: حدیث نبوی، ضابط فقهی، قاعده فقهی، حدیث الطلاق، ضعف سند حدیث

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده، تحت عنوان «نظریه خلع یک‌جانبه در فقه با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی» با راهنمایی آقای دکتر سیدحسین صفایی و مشاوره آقایان دکتر نجادعلی الماسی و دکتر سیدابوالقاسم نقیبی در دانشگاه شهید مطهری (ره) است.

* استادیار گروه حقوق، پردیس خاوران، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

مقدمه

یکی از ادله‌ای که فقها بر اساس آن در فتاوی خود، اختیار طلاق را به طور انحصاری از ناحیه مرد فهمیده‌اند، روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» است؛ بر اساس دیدگاه فقهای امامیه که در قانون مدنی و کتب حقوقی هم بازتاب یافته (برای نمونه، نک: نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۵؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۷: ش ۱۱۶۶؛ امامی، ۵/۱۳۶۸: ۸؛ قانون مدنی ایران: ماده ۱۱۳۳؛ موحدی محب، ۱۳۹۳: ۱۷۷؛ صالحی و بچاری، ۱۳۹۸)، برای انحلال عقد نکاح، تنها اراده و انشای یک جانبه زوج کافی است.

دین اسلام نیز خود مبدأ نظام حقوق خانواده نیست. پیش از ظهور اسلام نیز قواعدی بر روابط خانوادگی حاکم بوده است (وحیدی فردوسی و نعیمی، ۱۳۹۹: ۲۷۰). بررسی‌های تاریخی حاکی از آن است که در عربستان عصر جاهلیت، گونه‌های مختلفی از جدایی زوجین چون: «سه طلاقه»، «ظهار»، «ایلاء»، «خلع معوض» (توافقی) و... وجود داشته است؛ همچنین رسوم جاهلی‌ای چون «عضل» و «طلاق‌های نامحدود و پی‌درپی» متداول بوده است (جوادعلی، ۵/۱۳۱۴: ۵۴۸ به بعد) که با ظهور اسلام به تدریج از میان برداشته شد. در بین اقوام جاهلی، به طور غالب اختیار طلاق به دست زوج بود (جوادعلی، ۵/۱۴۱۳: ۵۵۴). شاید نتوان بر پایه برخی از گزارش‌ها مثل آنچه نعمت‌الله بن عبدالله جزایری در کتاب زهر الربیع (بی‌تا: ۱۴۵) در داستان جدایی همسر حاتم طایی آورده، به انحلال نکاح به اراده زوج در عصر جاهلی نظر داد، ولیکن جدایی به درخواست زن در شرایط خاص و در بعضی قبایل امکان داشته است (جوادعلی، ۵/۱۴۱۳: ۵۵۲). بعد از اسلام، برخی از فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریع همچون ابن بابویه، شیخ صدوق و سیدمرتضی، خلع را یک ایقاع از ناحیه زوج و آن را برای جدایی و بینونت کافی می‌دانستند که این دیدگاه به تدریج در ادوار بعد، دستخوش تغییر اساسی شد و از ماهیت آن چیزی باقی نماند.

از سویی دیگر، روایتی از خلیفه دوم عمر بن خطاب با این عبارت که: «... وَعَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا الطَّلَاقُ بِيَدِ الَّذِي يَحْلُلُ لَهُ الْفَرْجُ» که ابومحمد موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه در المغنی (۷/۱۳۸۸: ۳۵۵)، و برادرزاده‌اش شمس‌الدین ابوالفرج عبدالرحمن بن محمد بن احمد بن محمد بن قدامه که قاضی القضاات حنبلیان دمشق بوده، در شرح الکبیر (بی‌تا/ ۸: ۱۸۰)، که به دنبال حدیث الطلاق نقل کرده‌اند، و شباهت سیاق هر دو روایت به یکدیگر که از کانون توجه اهل فن

۱. «و روى إنَّ الطَّلَاقَ فى الجاهلية كان إلى النساء و كان طلاقهنَّ للرجال أن یغیرن أبواب البیوت من المشرق إلى المغرب، فقال ابن عم لزوجہ حاتم طلقى حاتما فانه یترك اولادک عالة فقراء فغیرت باب الخباء و لما أتى حاتم علم أنها طلقتہ...».

تاکنون مغفول مانده و معلوم نیست با وجود شهرتی که برای حدیث نبوی الطلاق گفته‌اند، بیان روایتی مشابه با همان مضمون از سوی خلیفه دوم چه وجهی داشته، حساسیت و تردید نگارنده را به موضوع دوچندان ساخت و مصمم نمود تا روایت الطلاق را با روش‌های حدیث‌شناسی، معناشناسی، اصولی و فقهی مورد بررسی و بازپژوهی قرار داده و در چند محور اعتبار روایت مذکور را از حیث سند و نیز دلالت آن بر حق انحصاری مردان در انحلال نکاح بکاود و در خاتمه، برابندی از این پژوهش را به دست دهد و ثابت نماید که روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، از اعتبار لازم سندی برخوردار نبوده و محتوای آن نیز نمی‌تواند به‌عنوان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح مورد استناد محاکم قضایی ایران و کشورهای اسلامی قرار بگیرد، مگر آنکه مدعای انحصاریون از طریق ادله دیگر ثابت باشد! (برای دیدن روایاتی نزدیک به مضمون حدیث الطلاق، نک: کلینی، ۵/۱۳۶۷: ۴۰۴، ۴۰۳؛ شیخ صدوق، ۳/۱۴۰۵: ۴۲۵؛ شیخ طوسی، ۷/۱۹۵۸: ۳۷۰-۳۶۹).

۱. مفاهیم تحقیق

پیش از ورود به موضوع اصلی، نخست بایسته است معنای لغوی و اصطلاحی واژگانی که ارتباط موضوعی با بحث مورد نظر ما دارند، روشن و واضح گردد تا زمینه ورود به مباحث بعدی فراهم آید.

۱-۱. حدیث

واژه حدیث صفت مشبیه و برگرفته از ماده «ح د ث» که در لغت عربی اصلاً به معنای «جدید» است. ماده «حدث» با نظیرهای آن، ریشه‌ای مشترک با زبان‌های سامی، به معنای نوی و تازگی دارد و نظیرهای آن در زبان‌های سامی شمال حاشیه‌ای چون اکدی و آشوری، شمال مرکزی چون اوگاریتی، عبری و آرامی و جنوب حاشیه‌ای چون سبایی و گعزی دیده می‌شود (پاکتچی، ۲۰/۱۳۹۱: ۲۳۴) و معنای این حد از اشتراک آن است که هزاران سال قبل از اسلام این ماده بدین معنا کاربرد داشته و این واژه به معنای جدید کاربرد خود را تا امروز در زبان عربی حفظ کرده است. حدیث در اصطلاح فرهنگ اسلامی و علوم دینی، ناظر به سخنان منقول از زبان پیامبر (ص) و دیگر معصومین (ع) یا حاکی از رفتار و سلوک ایشان است. «حدیث» که گاه «روایت» یا «خبر» نیز بدان گفته می‌شود، در کنار قرآن، در طی یک و نیم هزاره تاریخ اسلام، نقشی محوری در برداشت شریعت توسط فقیهان ایفا کرده و ضبط احادیث معصومین، ارزیابی اعتبار آن‌ها و کوشش برای فهم آن‌ها در طول تاریخ زمینه شکل‌گیری طیفی از علوم دینی را فراهم آورده که «علوم حدیث» نام گرفته است (پاکتچی، ۲۰/۱۳۹۱: ۲۳۴). بنابر عقیده مسلمانان، قرآن به مثابه قانون اساسی اسلام، بیشتر کلیات را بیان نموده و توضیح و تبیین جزئیات را به احادیث واگذار کرده است، لذا احادیث (سنت) پس از قرآن (کتاب) مهم‌ترین منبع شناخت احکام اسلامی و نزد شیعیان احادیث نبوی و علوی دومین منبع

استخراج فقه اسلامی است (محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۴۵). در تقسیمی کلی، حدیث به آحاد (واحد) و متواتر تقسیم می‌شود (حسنی، ۱۹۷۸: ۳۳).

حدیث متواتر: حدیثی است که عده بسیار زیادی از محدثان آن را نقل کرده‌اند، به گونه‌ای که معمولاً هماهنگی پیشین راویان بر دروغ‌گویی محال است (حسنی، ۱۹۷۸: ۳۳؛ صدوق، ۱/۱۴۰۵: ۸۲؛ مظفر، ۱۴۰۳: ۴۵۳؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۳). حدیث آحاد (واحد): حدیثی است که به حدّ تواتر نرسیده است؛ چه راویان بسیاری آن را نقل کرده باشند و چه تنها یک نفر آن را نقل کرده باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۰؛ مظفر، ۱۴۰۳: ۴۵۴-۴۵۳؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۳).

از دیگر تقسیمات حدیث می‌توان به تقسیم آن به حسن، صحیح، مؤثق و ضعیف اشاره کرد: خبر صحیح عبارت است از خبری که سندش به معصوم متصل بوده و همه راویان آن در سلسله سند، عادل، ضابط و امامی‌اند و به عدالت آنان تصریح شده باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۴؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۳). خبر حسن خبری است که سندش به معصوم متصل بوده و همه راویان آن امامی و ممدوح باشند، ولی به عدالت همه یا برخی از ایشان تصریح نشده باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۵؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۴). خبر مؤثق خبری است که در عین اتصال سلسله سند به معصوم، برخی از راویان آن امامی نیستند، ولی توثیق شده‌اند (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۵-۴۶؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۴). خبر ضعیف خبری است که با فسق یا سایر اوصاف ناپسند، راوی مورد مذمت قرار گرفته یا مجهول‌الحال باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۶؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۲).

روایت «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، از دیرباز مورد توجه و پژوهش فقها و نویسندگان بوده است؛ برای نمونه، ملامحمد اسماعیل بن محمد حسین خاجوئی مازندرانی، حکیم، فقیه و متکلم شیعی قرن دوازدهم، رساله‌ای موجز تحت عنوان «رسالة فی شرح حدیث الطلاق بید من أخذ بالساق» دارد که در سلسله آثار محقق خاجوئی با عنوان الرسائل الفقهية به کوشش سیدمهدی رجایی به چاپ رسیده است.

۲-۱. قاعده فقهی

قاعده فقهی که به طور جمع، به آن قواعد فقهی گفته می‌شود، فرمول‌های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند، بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند. به یک اعتبار، قواعد فقه بخشی از مسائل فقه و به اعتباری دیگر، از مسائل علم اصول فقه هستند که با یکدیگر وجوه اشتراک و افتراق دارند. برای نمونه، قواعد فقهی چنان نیستند که فقط واسطه و وسیله استنباط و کشف احکام گردند، چراکه قواعد فقهی به یک اعتبار خودشان «احکام» هستند، نه واسطه‌ای برای کشف، در حالی که مسائل علم اصول چنین وصفی

دارند. از طرفی، قواعد فقه با مسائل فقه این تفاوت را دارند که عام و شامل هستند، نه خاص و موردی (محقق داماد، ۱/۱۳۸۵: ۲-۳).

هرچند که اندک نویسندگانی از روایت الطلاق تحت عنوان قاعدة فقهی بحث کرده‌اند (بکر اسماعیل، بی‌تا: ۲۳۳-۲۳۲)، با این حال در شماری از آراء محاکم قضایی به عنوان قاعدة فقهی مورد استناد قرار می‌گیرد (برای نمونه، نک: رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۵۴، مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۷، شعبه ۸ دیوان عالی کشور؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۱۰۹۰، مورخ ۱۳۹۳/۷/۵، شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۳-۱. ضابط فقهی

در برخی کتب قواعد فقهی، هنگام بحث از قاعدة فقهی از عنوانی دیگر با نام «ضابط فقهی» نام برده شده است. در تفاوت دو عنوان یاد شده گفته‌اند: قاعدة فقهی از نظر گستره اعم از ضابط فقهی است؛ بدین معنا که ضابط فقهی اختصاص به یک باب دارد، اما قاعدة فقهی ابواب متعدد را پوشش می‌دهد (ابن نجیم، ۱۴۱۹: ۱۳۷؛ سیوطی، بی‌تا/۱: ۱۳؛ تهانوی، بی‌تا/۲: ۱۱۱۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲/۲۳). برخی دیگر ضابط فقهی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: قضیه‌ای است که ملاک و شرایط موضوع را بیان می‌کند، مانند آنکه در صحت شرط ضمن عقد گفته‌اند: ضابطه صحت شرط، عدم مخالفت آن با کتاب و سنت است (فاضل، ۱۳۸۳: ۱۰)؛ مقصود از ضابط در این مثال، معیار و ملاک است نه قاعدة فقهی (فاضل، ۱۳۸۳: ۱۰). برخی از پژوهندگان روایت الطلاق، را به عنوان ضابط فقهی در نظر گرفته‌اند (نقیبی، ۱۳۸۳: ۱).

۴-۱. مفهوم دو اصطلاح «طلاق» و «خلع»

از آنجا که در ادامه بحث با دو اصطلاح «طلاق» و «خلع» سرو کار خواهیم داشت، ضروری است مفهوم این دو اصطلاح را ابتدا روشن سازیم. «طلاق» در لغت در دو معنا به کار رفته است؛ در معنای حقیقی، ترک کردن، جدایی و آزادی است (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۰/۲۲۶). در معنای مجازی، به انحلال عقد نکاح توسط زوج، بدون دریافت عوض به کار رفته است: «طلق الرجل امراته»: مرد زن خود را طلاق داد (طریحی، ۱۴۱۶: ۵۷؛ جوهری، ۱۹۵۶: ۴/۱۵۱۹)؛ همچنین در معنای مجازی دیگری نیز آمده است: «طلقت المرأة من زوجها»: زن از همسر خود طلاق گرفت و جدا شد (زبیدی، بی‌تا/۱۳: ۳۰۱)؛ در این معنا، عمل طلاق برای زن هم به طور مجاز استفاده شده،

۱. «وَالْفَرْقُ بَيْنَ الضَّابِطِ وَالْقَاعِدَةِ أَنَّ الْقَاعِدَةَ تَجْمَعُ فُرُوعًا مِنْ أَبْوَابٍ شَتَّى، وَالضَّابِطُ يَجْمَعُهَا مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ».

یعنی گسست پیوند زناشویی توسط زوج به طور مجازی به زوجه نیز نسبت داده شده است. واژه «طلاق» در اصطلاح، گاه به معنای مطلق و گاه به معنای خاص استعمال شده است. در متون فقهی مستند به احادیث، انواع جدایی، با سه عنوان زیر از یکدیگر متمایز شده‌اند:

الف) در موردی که مرد فقط پایان عقد نکاح را بخواهد، عنوان «طلاق» آمده است؛ ب) در موردی که زن خواهان جدایی باشد، از عنوان «خلع» استفاده شده است؛ ج) هنگامی که هر دو نفر جدایی را بخواهند، عنوان «مبارات» به کار رفته است (محقق، ۱۳۹۲: ۹-۶). «طلاق»، به معنای عام، یعنی جدایی، در هر سه مورد یاد شده است؛ طلاق در معنای خاص «جدا شدن یک‌جانبه مرد از همسر دائمی خویش» است (محقق، ۱۳۹۲: ۹-۶).

«خلع» در لغت در معنای حقیقی به، در آوردن و بیرون انداختن لباس یا هر پوشیدنی دیگر از جمله کفش و رداء آمده است. خلع در کتب لغت، در معنای مجازی هم با عبارت «خلعت امراته و خالعهها» آمده (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۸؛ ۷۶؛ طریحی، ۱/۱۴۱۶: ۶۸۲-۶۸۴؛ زبیدی، بی‌تا/۱۱: ۹۹-۱۰۰) و هم با عبارت «خالعت المرأة بعلها» (جوهری، ۳/۱۹۵۶: ۱۲۰۶-۱۲۰۵) آمده است. بنابراین خلع هم به مرد نسبت داده شده است و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی بوده و وقتی انجام می‌شود، هم زن خالع است و هم مرد.

فقه‌ها تعریف اصطلاحی روشنی از خلع ارائه نداده‌اند؛ برخی از فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریع همچون ابن بابویه در فقه‌الرضا (۱۴۰۶: ۲۴۴)^۱، شیخ صدوق در المقنع (۱۴۱۵: ۳۴۸) و سیدمرتضی در المسائل الناصریات (۱۴۱۷: ۳۵۱)، خلع را یک ایقاع از ناحیه زوجه و آن را برای جدایی و بینونت کافی می‌دانستند و بدان به دیده یک «مصطلح شرعی» یا «حقیقت شرعی»^۲ می‌نگریستند که این دیدگاه به تدریج در ادوار بعد، دستخوش تغییر اساسی شد و تغییر ماهیت داد و نزد فقهای بعدی خلع نوعی طلاق شمرده شد (شیخ طوسی، ۴/۱۴۰۷: ۴۲۱ به بعد؛ خمینی، بی‌تا/۲: ۳۴۹؛ محقق، ۱۳۹۵: ۱۶۰ به بعد).

۱. «وأما الخلع: فلا يكون إلا من قبل المرأة، وهو أن تقول لزوجها: لا أبر لك قصدا، ولا أطيع لك أمرا، ولأوطئن فراشك ما تكرهه، فإذا قالت هذه المقالة فقد حل لزوجها ما يأخذ منها وإن كان أكثر مما أعطاه من الصداق وقد بانت منه، وحلت للأزواج بعد انقضاء عدتها منه، فحل له أن يتزوج أختها من ساعة» (ابن بابویه، ۱۴۰۶: ۲۴۴).
۲. شارع مقدس بعد از اسلام، بعضی از الفاظ را برای مقاصد خاص شرعی خود، در غیر آنچه که تا آن موقع استعمال می‌شده، به کار گرفته است که به آن «مصطلح شرعی» یا «حقیقت شرعی» اطلاق می‌شود (نک: محقق داماد، ۱/۱۳۸۳: ۴۹-۵۰). کاربرد خلع برای عمل انحلال نکاح، برگرفته از آیه ۱۸۷ سوره بقره است و نشان می‌دهد که قبل از اسلام در این معنا به کار نمی‌رفته است.

۲. بررسی سند حدیث الطلاق

چنانکه بیان شد روایت الطلاق به عنوان حدیث نبوی یا قاعده فقهی و یا ضابط فقهی، همواره مورد توجه و استناد محافل فقهی، حقوقی و قضایی بوده است. لذا در این بخش به بررسی و نقد سند این حدیث می‌پردازیم.

۲-۱. سابقه و روش نقل حدیث الطلاق در کتب اهل سنت

محدثان اهل سنت، به چهار روش حدیث فوق را نقل کرده‌اند:

نقل نخست از کتاب سنن ابن ماجه^۱ بوده که تاکنون کهن ترین منبع شناسایی شده از اهل سنت در جست‌وجوهای نگارنده است. ابوعبدالله محمد بن یزید ربیع قزوینی، از محدثان بزرگ اهل سنت ایرانی و گردآورنده سنن، ششمین کتاب از صحاح سته در حدیث است. در مقایسه محتوایی بین سنن ابن ماجه، با دیگر صحاح، همواره این کتاب از نظر اعتبار احادیث در رتبه ششم قرار داشته و بیش از دیگران احادیث آن مورد نقد قرار گرفته است. ابوزرعه رازی از محدثان بزرگ ری، ضمن ستودن کتاب، یادآور شده که در آن شماری احادیث ضعیف یافته است (ابن قیسرانی، ۱۴۰۸: ۲۱؛ ابن عساکر، بی‌تا/۱۶: ۱۲۶-۱۲۵؛ ابن حجر، ۱۳۲۶/۹: ۵۳۲).

نقل حدیث الطلاق در سنن ابن ماجه (بی‌تا/۱: ۶۷۲) این چنین است: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى قَالَ: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ لَهْيَعَةَ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَيُّوبَ الْغَافِقِيِّ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ سَيِّدِي زَوْجَنِي أَمَتَهُ، وَهُوَ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا، قَالَ: فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَنْبَرَ، فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يَزْوَجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ، ثُمَّ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ».

سه نقل دیگر از کتاب سنن دارقطنی است. ابوالحسن علی بن عمر دارقطنی، محدث بزرگ بغدادی و از آخرین نویسندگان سنن است. سنن دارقطنی به‌رغم تأخیر آن در تدوین، در طول تاریخ به‌عنوان یکی از مهم‌ترین کتب حدیثی اهل سنت، مورد توجه بوده است؛ برای نمونه، ابن حجر در بلوغ المرام (۱۴۲۴: ۸۴، ۸۹ و جاهای مختلف)، در ابواب و مسائل فقهی از این کتاب به‌عنوان یکی از منابع اصلی خود بهره جسته است. با این حال کتاب‌هایی در نقد سنن دارقطنی نوشته شده است. ناصرالدین ابن زریق اثری با عنوان من تکلم فیہ الدارقطنی فی کتاب السنن من الضعفاء والمتروکین و المجهولین دارد که در آن، سنن دارقطنی را به‌لحاظ گزینش احادیث ضعیف، متروک و مجهول

۱. به‌رغم اینکه برخی نویسندگان ادعا کرده‌اند که این روایت، در صحاح سته اهل سنت نیامده و صرفاً در کتاب مجمع الزوائد هبشی ذکر شده است (ربانی، ۱۳۸۷: ۲۹۸).

مورد نقد و بررسی قرار داده است (ابن زریق، ۱۴۲۵: ۱۷۳ به بعد). همچنين جمال الدين ابومحمد غسانی هم کتابی با عنوان تخريج الاحاديث الضعاف من سنن الدارقطني نوشته است. هم اينک به سه نقل ديگر از حديث الطلاق در اين کتاب می پردازيم:

نقل دوم: «حَدَّثَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ سُلَيْمَانَ التُّعْمَانِي، قَالَا: حَدَّثَنَا أَبُو عَثْبَةَ أَحْمَدُ بْنُ الْفَرَجِ، حَدَّثَنَا بَقِيَّةُ بْنُ الْوَلِيدِ، حَدَّثَنَا أَبُو الْحَجَّاجِ الْمَهْرِيُّ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَيُّوبَ الْغَافِقِيِّ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَشْكُو أَنَّ مَوْلَاهُ رَوَّجَهُ وَهُوَ يَرِيدُ أَنْ يَفَرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، فَحَمِدَ اللَّهُ تَعَالَى وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: «مَا بَالُ قَوْمٍ يَزَوِّجُونَ عِبِيدَهُمْ إِمَاءَهُمْ ثُمَّ يَرِيدُونَ أَنْ يَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ، أَلَا إِنَّمَا يَمْلِكُ الطَّلَاقُ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (دارقطني، ۱۴۲۴: ۵/۶۷).

نقل سوم: «حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ النِّسَابُورِيُّ، حَدَّثَنَا يَوْسُفُ بْنُ سَعِيدٍ، حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ دَاوُدَ، حَدَّثَنَا ابْنُ لَهْيَعَةَ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَيُّوبَ، عَنْ عِكْرِمَةَ أَنَّ مَمْلُوكًا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ نَحْوَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» وَلَمْ يَذْكُرِ ابْنُ عَبَّاسٍ» (دارقطني، ۱۴۲۴: ۵/۶۷).

نقل چهارم: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَخْلَدٍ، حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ دَاوُدَ بْنِ عِيسَى الْمُرَوَّرِيُّ، حَدَّثَنَا خَالِدُ بْنُ عَبْدِ السَّلَامِ الصَّدْفِيُّ، حَدَّثَنَا الْفَضْلُ بْنُ الْمُخْتَارِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَوْهَبٍ، عَنْ عِصْمَةَ بْنِ مَالِكٍ، قَالَ: جَاءَ مَمْلُوكٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: إِنَّ مَوْلَايَ رَوَّجَنِي وَهُوَ يَرِيدُ أَنْ يَفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَ امْرَأَتِي، قَالَ: فَصَعِدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (دارقطني، ۱۴۲۴: ۵/۶۸).

نقد سند حديث: در روش اول و سوم، ابن لهيعة در سند آن حضور دارد. وی به تصريح ابن ماجه در ادامه نقل روايت، ضعيف است: «في الزوائد: في إسناد ابن لهيعة وهو ضعيف». ساير علمای رجال، همچون ابانی در کتاب ضعيف سنن الترمذی (۱۴۱۱: ۲)، ابن لهيعة را از جمله راویان ضعيف به شمار آورده اند؛ در کتاب طبقات الكبرى نیز آمده که ابن لهيعة ضعيف است (ابن سعد، بی تا/۷: ۵۱۶).^۱

در روش چهارم نیز نام فضل ابن مختار در سلسله روايت دیده می شود که در کتاب میزان الاعتدال ضمن نقل همین حديث به عنوان حدیثی ضعيف، در مورد فضل آمده است: «ابوحاتم در مورد وی می گوید که احادیثی که وی نقل می کند غیر صحیح بوده و احادیث باطلی را نقل کرده است. از وی نیز در موردش آورده که احادیث او به شدت ضعيف هستند. ابن عدی نیز چنین نظری را در مورد وی قائل است و احادیثش را انکار می کند» (ذهبی، ۱۳۸۲/۳: ۳۵۸) و در ادامه نیز همین حديث نبوی

۱. «عبدالله بن عقیبة بن لهيعة و یکتی ابا عبدالرحمان و کان ضعيفا».

به عنوان نمونه ای از احادیث ضعیف منقول از وی، بیان شده است (ذهبی، ۱۳۸۲/۳: ۳۵۸). در شیوة دوم حدیث، أبوالحجاج المهری حضور دارد که در کتب رجالی به نام «رشدین بن سعد المهری المصری» شناخته می شود. نظرات در مورد وی مختلف است که آیا فرد درستکاری بوده یا از جمله راویان فاسق به شمار می آید؛ ولی آن گونه که در میزان الاعتدال نقل شده، ابوزرعة او را ضعیف شمرده و جورجانی احادیث او را غیرقابل اعتماد دانسته است (ذهبی، ۱۳۸۲/۲: ۴۹). ذهبی نیز وی را شخصی صالح دانسته، لکن حفظ وی در حدیث را مخدوش دانسته و احادیث او را غیرقابل استناد شمرده است (ذهبی، ۱۳۸۲/۲: ۴۹). نسائی نیز احادیثی را که او در سلسله آن ها حضور دارد متروک می شمارد (ذهبی، ۱۳۸۲/۲: ۴۹). لذا سند این نقل از روایت مخدوش و غیرقابل اعتماد است.

۲-۲. سابقه و روش نقل حدیث الطلاق در کتب امامیه

حدیث امامیه که دربردارنده حجم وسیعی از احادیث نبوی و علوی بود، پس از گذر از دورۀ حدیثی متقدمان امامیه، در سده ۴ قمری به بعد، به تدوین آثار عظیمی انجامید که به کتب اربعه امامیه مشهور شد؛ مجموعه مهم الکافی از محمد بن یعقوب کلینی، کتاب من لایحضره الفقیه از ابوجعفر محمد بن محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی، معروف به «شیخ صدوق»، تهذیب الاحکام و الاستبصار هر دو اثر از ابوجعفر محمد بن حسن طوسی معروف به «شیخ الطائفه» یا «شیخ طوسی»، جملگی کتب اربعه امامیه محسوب می شوند. نگارنده پس از جست و جوی حدیث الطلاق در کتب اربعه که مهم ترین و معتبرترین منابع حدیثی امامیه اند، به این نتیجه رسید که حدیث مذکور در هیچ یک از کتب اربعه مزبور نیامده است. همچنین کهن ترین ردی که از حدیث مذکور در جست و جوی این نوشتار در کتب امامیه یافت می شود، کتاب الخلاف شیخ طوسی است. از آنجا که شیخ طوسی خود از محدثان بزرگ و صاحب دو اثر از کتب اربعه است، لذا باید با تدقیق بیشتری به این موضوع نگریست.

شیخ طوسی در کتاب الخلاف (۴/۱۴۰۷: ۵۱۶) این طور بیان کرده است: «و روی عن النبی (صلی الله علیه و آله) أنه قال: «الطلاق لمن أخذ بالساق» و علیه إجماع الفرقه و أخبارهم». کتاب الخلاف، اثری فقهی و در مسائل اختلافی و فقه مقارن بین مذاهب اسلامی است. شیخ طوسی در این اثر، آراء فقهی مذاهب مختلف اسلامی را مطرح و سپس با استدلال به نقد آراء مخالف و بیان نظر صحیح پرداخته است. از تاریخ تألیف الخلاف اطلاع دقیقی در دست نیست. لیکن بنابر قول خود مؤلف این اثر بعد از دو کتاب التهذیب الاحکام و الاستبصار نوشته شده است (طوسی، ۱/۱۴۰۷: ۴۶-۴۵). در اینجا چند نکته قابل ملاحظه است: اولاً، با توجه به اینکه دو کتاب التهذیب الاحکام و الاستبصار پیش از الخلاف تألیف شده اند، چرا حدیث الطلاق در زمره احادیث مورد وثوق امامیه در

این دو کتاب گردآوری نشده است؟! ثانیاً، سلسله راویان حدیث الطلاق در کتاب الخلاف مشخص نیست که بتوان سند آن را بررسی کرد! ثالثاً، در بین آثار محدثان متقدم شیعی پیش از شیخ طوسی، یعنی در فاصله زمانی بین حیات پیامبر (ص) تا تألیف الخلاف شیخ طوسی، ردی از حدیث الطلاق در زمره احادیث شیعی دیده نمی‌شود. بنابراین با توجه به عنوان و محتوای کتاب الخلاف که درخصوص مسائل اختلافی و فقه مقارن بین مذاهب اسلامی است و مقایسه سیاق حدیث الطلاق در این کتاب با چهار روش ذکر شده در کتب اهل سنت، که قدر مشترک همه آنها است، احتمال راهیابی این حدیث از مصادر اهل سنت به امامیه از طریق کتاب الخلاف قوت گرفته و احتمالاً از آنجا به دیگر آثار متأخر شیعی چون، عوالی اللآلی ابن ابی جمهور احسائی (۱/۱۴۰۳: ۲۳۴) و از کتاب درر اللآلی همین نویسنده به مستدرک الوسائل محدث نوری (بی تا/ ۱۵: ۳۰۶)^۱ منتقل شده است. همچنین متعلق اجماع شیخ طوسی، حکم فقهی مسئله است نه سندیت روایت الطلاق!

بنابراین از مجموع آنچه بیان شد روشن می‌گردد که این روایت در هیچ کدام از کتب معتبر^۲ روایی شیعی وجود ندارد و نقل آن تنها در کتب عامه بوده و از طریق ایشان بیان شده است. حتی اگر نگاهی به این مسئله که نقل این حدیث به طریق عامه است، نداشته باشیم، این حدیث در میان عامه نیز سندی مخدوش داشته و از درجه اعتبار ساقط است که آن را فاقد قابلیت برای استناد حکم فقهی می‌کند. از این رو، این حدیث از جمله احادیث ضعیف به شمار می‌رود (برای دیدن ضعف‌های این حدیث، نک: معرفت، ۱۳۸۰).

۳. بررسی دلالت حدیث الطلاق

اکنون پس از بررسی سند حدیث و بیان ضعف آن، به بررسی مفاد و مضمون آن و دلالتش بر حق انحصاری مردان در انحلال نکاح می‌پردازیم. در این آزمون، ما فرض را بر سلامت سند حدیث گذاشته، آن را صحیح قلمداد می‌کنیم. بر دلالت این حدیث مبنی بر حصر حق طلاق برای زوج نکته‌ای وارد است که آن را متذکر می‌شویم:

احتمال دارد حصر موجود در حدیث، حصری حقیقی نبوده، بلکه حصری اضافی باشد. برای

۱. «ابن ابی جمهور فی درر اللآلی: عن النبی (صلی الله علیه وآله)، أنه قال: الطلاق بید من أخذ بالساق».

۲. به جز کتب اربعه شیعه، در دیگر کتب حدیثی چون وافی ملافیض کاشانی، وسایل الشیعه حرعاملی و بحار الانوار مجلسی نیز این روایت وجود ندارد. محدث نوری هم از قول ابن ابی جمهور احسائی در کتاب درر اللآلی این حدیث را نقل کرده است. محمدبن ابی جمهور احسائی، از علمای قرن نهم است و از آنجا که وی از احادیث اهل سنت بسیار نقل کرده و محدث صوفی بوده، مورد انتقاد برخی فقهای شیعه، از جمله بحرانی قرار داشته است و کتاب روایی او معتبر شناخته نمی‌شود (موحد، ۲/۱۳۷۴: ۶۳۵).

روشن شدن بحث به توضیحی مختصر در مورد مفهوم حصر و اقسام آن می‌پردازیم.

۳-۱. مفهوم حصر

حصر بر دو گونه است: «بالمعنی الاعم» و «بالمعنی الاخص». حصر بالمعنی الاخص عبارت است از قصر که در لغت به معنای حبس است؛ همچون سخن پروردگار که می‌فرماید: «خُورْ مَقْصُورَاتُ فِی الْخِيَامِ» (الرحمن ۵۵/ ۷۲)، و در اصطلاح عبارت است از اینکه چیزی را به شی‌دومی به وسیله کلام خاصی اختصاص دهیم. حصر بالمعنی الاعم عبارت است از اموری که مستقیم یا غیر مستقیم (بالملازمه یا بالمفهوم) دلالت بر اختصاص و حصر می‌کنند (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۳۶). حصر را می‌توان به حصر اضافی و حقیقی نیز تقسیم کرد:

حصر اضافی در جایی است که حکمی خاص از بعضی از امور دیگر نفی می‌گردد؛ بدین معنا که صرفاً نفی حکم مورد نظر در حصر واقع می‌شود و حصر نسبت به سایر احکام واقع نمی‌شود. مثلاً خدا در آیه ۱۴۴ سوره آل عمران: «وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ...» که مربوط به اعتقاد مؤمنان درباره پیامبر (ص) مبنی بر جاودانگی ایشان است، می‌فرماید: «پیامبر جز رسول نیست...»، و او نیز همچون تمامی رسولان پیش از خود خواهد مرد. در این آیه، نفی حکم تنها از خلود و جاودانگی شده است، نه نفی سایر صفات؛ یعنی پیامبر (ص) ممکن است صفات بسیار دیگری هم داشته باشد، نه اینکه فقط مخلد نیست.

حصر حقیقی در جایی است که نفی حکم از تمامی امور دیگر می‌گردد، مثل «ما واجب الوجود لذاته الا الله تبارک و تعالی» که حکم وجوب وجود از تمامی امور دیگر و سایر موجودات به صورت کامل نفی گردیده و این حکم منحصر در پروردگار گشته است (مظفر، ۱۴۰۳: ۲۷۲-۲۷۱).

۳-۲. مفهوم حصر در حدیث الساق

در حدیث الساق، از کلمه «انما» استفاده شده که به تصریح مشهور علمای علم اصول، به لزوم بین بالمعنی الاخص، دلالت بر حصر حکم بر آن موضوع دارد (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۳۸)؛ که در مورد این بحث، دلالت بر انحصار حق طلاق برای زوج دارد و چنین حقی را از غیر منتفی می‌کند. اقوال دیگری نیز در مورد «انما» وجود دارد که حصر آن را به اختلاف موارد دانسته‌اند و ظهور حصر را قطعی قلمداد نکرده‌اند (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۳۸).

در صورت پذیرش قول مشهور هم می‌توان در حدیث مذکور احتمال داد که حصر مورد، بیان حصری حقیقی نبوده، بلکه اضافی است؛ یعنی حق طلاق در مورد خاصی، حقی انحصاری در دست زوج است که باعث نفی این حکم از غیر زوج که زوجه باشد، نمی‌شود.

قراینی برای احتمال فوق ذکر می‌گردد:

(۱) قرینه اول: ظهور حدیث در حصر اضافی به قرینه کلام پیامبر (ص) در خصوص ازدواج عبد و توصیه ایشان مبنی بر اینکه مبادا کسی بنده خود را به ازدواج زنی درآورد، سپس قصد جدایی ایشان را بنماید، واضح و آشکار است و به خوبی از عبارات: «مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يَزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ، ثُمَّ يَرِيدُ أَنْ يَفَرِّقَ بَيْنَهُمَا» (ابن ماجه، سنن، بی تا/۱: ۶۷۲) و «مَا بَالُ قَوْمٍ يَزَوِّجُونَ عِبِيدَهُمْ إِمَاءَهُمْ ثُمَّ يَرِيدُونَ أَنْ يَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ» (دارقطنی، ۵/۱۴۲۴: ۶۷) فهمیده می شود؛ چون جمله «أَتَمَّا الطَّلَاقُ يَبِيدُ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» در تمامی نقل ها یا به صورت خبر صرف از ابن عباس نقل گردیده و یا بعد از تحذیر پیامبر (ص) آمده که چنین بیانی از پیامبر (ص) و شأن بیان حدیث، به خصوص تحذیرهای پیش از بیان قاعده مذکور، همگی بیانگر این هستند که با این جمله نمی توان بر حقیقی بودن حصر موجود در حدیث تمسک جست و حتی اگر آن را حصری اضافی قلمداد نکنیم، بروز احتمال اضافی بودن حصر در ناتمام گذاشتن استدلال مخالفان بر حقیقی بودن آن، کفایت می کند (صانعی، ۸/۱۳۸۶: ۵۱-۴۹).

(۲) قرینه دوم، بیشتر بر پاسخی مبنایی استوار است؛ بدین شکل که اگر خلع را از اقسام طلاق قلمداد نکنیم و قسمی از جدایی در برابر طلاق بدانیم، با توجه به اینکه برخی از علما برای جدایی بین زوج و زوجه نیازی برای بیان صیغه طلاق ندانسته اند (نجفی، ۴/۱۳۶۲: ۳۳)، حدیث فوق دلالت بر حصر اضافی مبنی بر حق انحصاری جدایی در دست زوج دارد؛ زیرا با این بیان شیوه ای از جدایی وجود دارد که در دست زوج نبوده و حتی نیازی به صیغه طلاق هم ندارد. ناگفته نماند که این پاسخ فقط بر اساس مبنای کسانی است که خلع را غیر از طلاق می دانند، و آلا بر اساس نظر شیخ طوسی، ابن زهره و ابن ادریس مبنی بر لزوم تبعیت صیغه طلاق توسط زوج پس از بیان خلع از جانب زوجه (نجفی، ۶/۱۳۶۲: ۳۳)، این پاسخ، احتمالی را در حدیث فوق داخل نکرده، حصر آن همچنان حقیقی باقی می ماند.

(۳) قرینه سوم: این حدیث در سنن ابن ماجه در باب «طلاق عبد»، ولی در سنن دارقطنی در باب «الطلاق و الخلع و الایلاء و غیره» آورده شده است. لذا حتی می توان به استناد سنن ابن ماجه، این احتمال را وارد دانست که حتی خود عامه نیز مفاد این حدیث را در زمره احادیث باب عبد و مولا دانسته اند، نه عموم باب طلاق.

(۴) قرینه چهارم: حتی اگر باب روایت را بر اساس مبنای سنن ترمذی بپذیریم و باب آن را مطلق طلاق بدانیم، نه خصوص طلاق عبد، باز هم نص روایت دلالت بر آن دارد که این حدیث در خصوص طلاق عبد توسط مولایش است؛ زیرا بیان روایت و مورد آن به وضوح گویای این مطلب است. احتمالاً دلیل آن، وجود برخی اختیارات زندگی عبد در دست مولا بوده که در آن زمان صاحب آن عبد چنین می پنداشته است که حتی طلاق عبدش نیز به دست و در گرو اراده و اختیار اوست و

این روایت سلب‌کننده این اراده از مولا است، نه اینکه بخواهد قاعده‌ای کلی در باب طلاق به دست دهد، بلکه قاعده‌ای است کلی در باب طلاق عبد توسط مولا. از این رو، حصر آن، حتی اگر بخواهد حصری حقیقی دانسته شود، حصری در باب طلاق عبد توسط مولا نیست و مضمون حصر، نفی حکم اختیار طلاق عبد توسط مولا و انحصار حق طلاق عبد در دستان خود اوست، نه اینکه بخواهد حق طلاق را منحصر در زمره اختیارات زوج سازد.

۴. متفرعات بحث

بعد از بررسی سند و دلالت حدیث «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» و بیان ضعف سند و عدم دلالت حدیث بر مطلوب انحصاریون، ممکن است شبهه‌ای در ذهن شکل بگیرد که می‌توان ضعف سند حدیث مزبور را به وسیله شهرت از بین برد^۱ و حجیت آن را بدین وسیله تقویت کنیم. در پاسخ به این شبهه، لازم است در آغاز بیان مختصری درخصوص شهرت و اقسام آن داشته باشیم و سپس به بررسی این ادعا بپردازیم.

۴-۱. مفهوم شهرت

واژه «شهرت» در لغت، عبارت است از باز شدن، شایع شدن و ظاهر شدن شیئی (معلوف، بی تا: ذیل واژه؛ مظفر، ۱۴۰۳: ۵۵۷). کلمه شهرت و در اصطلاح محدثان، عبارت است از هر خبری که تعداد راویان آن زیاد است، ولی این تعداد به حدی نیست که خبر را متواتر بدانیم. واژه شهرت در اصطلاح فقها، عبارت است از هر فتوایی که مدعیان فراوانی دارد، ولی تعدادشان به حدی نیست که آن قول را مورد اجماع فقها به‌شمار بیاوریم، که در این هنگام فتوای مقابل قول مشهور را نادر یا شاذ نامند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲/۱۴۶-۱۴۵).

۴-۲. اقسام شهرت

(۱) شهرت در روایت: نقل روایتی از عده زیادی از راویان به حدی که به تواتر نرسد.
(۲) شهرت در فتوا: فتوا به حکمی شرعی توسط عده کثیری از فقها به حدی که به اجماع نرسد. شهرت در فتوا بر دوگونه است: (۱) شهرت عملی: مستند فتوا (روایت) در دست بوده و ضمن فتوا بیان گردیده است. (۲) شهرت فتوایی: فتوا به‌صورت مشهور رایج گشته و مستند فتوا مشخص نیست، همانند شهرت در روایت (مظفر، ۱۴۰۳: ۵۵۸-۵۵۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲/۱۴۶-۱۴۵).
برای نیل به دفع اشکال فوق، بهتر است چند پرسش را طرح کنیم و ضمن پاسخ آن‌ها به نتیجه

۱. برخی از نویسندگان این حدیث را مرسل دانسته، ولی ادعا نموده‌اند که با شهرت و اجماع عملی قابل جبران است (ربانی، ۱۳۸۷: ۲۹۸).

مطلوب برسیم.

۴-۳. پرسش اول: آیا این روایت شهرت عملی دارد؟

در این قسمت، بر آن خواهیم بود ضمن جست و جو در آراء برخی فقهای بزرگوار، نشان دهیم که ایشان در چه موارد و ابوابی از فقه اقدام به استناد به متن این روایت و نقل آن در کتب خود کرده‌اند. در ادامه و پایان نقل قول‌ها، نتیجه‌ای که از استنباط آن‌ها به دست می‌آید را به داوری خواهیم گذاشت.

۴-۳-۱. نظر علامه حلی در تذکرة الفقهاء

ایشان، ضمن بحث تزویج و طلاق عبد، از ابن‌ادریس نقل می‌فرماید: اگر مولا، عبد و امه خود را به تزویج یکدیگر درآورد و عبد نیز بدین کار راضی باشد، این ازدواج مجازاً ازدواج نامیده خواهد شد. همچنین است اگر مولا با رضایت عبد میان ایشان فراق افکند که باز هم طلاق حقیقی نبوده، بلکه مجازاً طلاق خوانده می‌شود، چون طلاق حقیقی دارای شرایط و لواحق است و جز با لفظ خاص حاصل نمی‌شود، و این لفظ نیز حتماً باید توسط خود زوج ادا گردد. وی مستند سخن ابن‌ادریس را همین حدیث نبوی می‌شمارد (علامه حلی، بی تا/۲: ۵۹۰).

۴-۳-۲. نظر علامه حلی در مختلف الشیعة

در چند مکان مختلف به این حدیث تمسک بسته است. وی نخست در بحث ازدواج عبد، نقل پیشین از ابن‌ادریس را مجدداً تکرار کرده، ولی سخن ابن‌ادریس در باب مجاز بودن نکاح فوق را صحیح ندانسته و نظر به حقیقی بودن نکاح دارند (علامه حلی، ۷/۱۴۱۱: ۲۵۸).

وی در ادامه از شیخ طوسی نقل می‌کند که ایشان در الخلاف می‌گویند: ولی به هیچ وجه نمی‌تواند از جانب مولی علیه خود طلاق دهد، چه با عوض و چه بدون عوض. دلایل وی عبارت است از: اجماع فرقه، اصل بقاء عقد، حدیث نبوی مذکور و اینکه صحت طلاق ولی محتاج دلیل است و در این مورد دلیلی وجود ندارد (علامه حلی، ۷/۱۴۱۱: ۳۳۱؛ طوسی، ۴/۱۴۰۷: ۴۴۲). ابن‌ادریس نیز بر همین عقیده بوده و این حدیث نبوی را مستند قول خود دانسته است (ابن‌ادریس حلی، ۲/۱۴۱۰: ۶۰۰). علامه در باب طلاق عبد نیز با تمسک به این حدیث معتقد است که طلاق عبد، بدون شک در اختیار وی بوده و مولا حق دخالت و اجرای طلاق از سوی عبد را ندارد (علامه حلی، ۷/۱۴۱۱: ۳۷۸).

۴-۳-۳. نظر مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان

مقدس اردبیلی نیز با تمسک به این روایت، حق طلاق را تنها از آن عبد دانسته و مولی را در این مسئله ذی حق ندانسته است (مقدس اردبیلی، ۹/۱۴۱۲: ۴۹۳).

۴-۳-۴. نظر شهید ثانی در شرح لمعه

شهید ثانی نیز در شرح لمعه با تمسک به همین روایت بر این قول است که عبد در طلاق حره یا امه‌ای که متعلق به مولایش نیست، اختیار تام دارد (شهید ثانی، بی‌تا/۵: ۳۳۲). او در ادامه در بحث شرایط مطلق می‌فرماید: زن مجاز است با اخذ وکالت از سوی زوج، خود را مطلقه کند. شهید ثانی تمسک به روایت مزبور را برای دفع چنین حقی از زن، تمام ندانسته و معتقد است که روایت منافاتی با وکالت زن ندارد؛ چون مرد چنین حقی را از خود به زن منتقل می‌کند: «لأنّ يدها مستفاد من يده». وی دلالت روایت بر حصری که باعث این باشد که وکالت مرد به زن در مطلقه ساختن خود را محدود کند، ناتمام می‌انگارد (شهید ثانی، بی‌تا/۶: ۲۴).

۴-۳-۵. نظر شهید ثانی در مسالک الافهام

وی نیز ضمن بحث اختیارات عبد، با تمسک به روایت، به اختیار او در طلاق به‌رغم عدم رضایت مولی اشاره دارد (شهید ثانی، ۴/۱۴۱۳: ۱۵۵). او در ادامه در بحث طلاق عبد نیز، با تمسک به روایت، قایل به اختیار عبد در طلاق خویش است (شهید ثانی، ۸/۱۴۱۳: ۶۳). شهید ثانی در بحث نشوز دو طرفه زن و شوهر نیز، پس از بررسی حالات مختلف از حضور وکلای طرفین یا دو حکم، بیان می‌دارد که وکلا می‌توانند در صورت توافق بر طلاق، آن را اجرا کنند، اما حکم‌ها قادر به این کار نیستند و دلیلش، روایت مزبور است و طلاق در دست زوج است (شهید ثانی، ۶/۱۴۱۳: ۳۶۸).

وی در بحث وکالت زن برای مطلقه ساختن خود نیز، ضمن بیان نظر مخالف شیخ طوسی مبنی بر بطلان چنین طلاقی و تمسک شیخ طوسی به این حدیث، دلالت حدیث را بر مراد شیخ طوسی ضعیف دانسته و تغایر اعتباری قابل و فاعل را در صحت طلاق کافی می‌شمرد و افزون بر آن حدیث را، حتی با پذیرشش، مستلزم حصر نمی‌داند (شهید ثانی، ۹/۱۴۱۳: ۲۹).

۴-۳-۶. نظر محمدحسن نجفی در جواهر الکلام

صاحب جواهر ابتدا در باب وکالت، ضمن بحث از وکالت برای طلاق، آن را جایز شمرده و حتی از قول ابن‌ادریس، ادعای عدم وجود حکم مخالف میان مسلمانان کرده است؛ اما در ادامه، از شیخ طوسی، حکم خلاف و عدم جواز وکالت در طلاق را نقل و یکی از مستندات وی را همین حدیث نبوی ذکر می‌کند. صاحب جواهر نیز با مشهور همراه شده و معتقد است که وکالت در طلاق جایز است (نجفی، ۷/۱۳۶۲: ۳۹۱-۳۹۰). او در ادامه، ضمن بحث طلاق عبد، می‌فرماید: عبدی که با اجازه مولای خود با حره یا امه غیر مولایش ازدواج کرده است، در طلاق خود کاملاً آزاد بوده و مولا حق جلوگیری از اجرا یا اجبار وی به طلاق را ندارد. مستند این قول، احادیث بسیاری از جمله: حدیث

«الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، خبر لیث المرادی، خبر کنانی، خبر عبداللّه بن سنان و خبر ابی بصیر است (نجفی، ۳۰/۱۳۶۲: ۲۷۵).

وی در بحث شروط ضمن عقد در نکاح و اینکه آیا می‌توان عدم نزدیکی را ضمن عقد نکاح دائم یا موقت شرط نمود، معتقد است که اگر کسی بخواهد به عدم امکان واگذاری حقّ نزدیکی یا طلاق، را به زن، مستمسک قول به یکسانی این مسئله با شرط عدم نزدیکی کند، دچار خطا گشته است؛ چون تفاوت آشکاری میان وکالت در طلاق و حقّ نزدیکی، با شرط کردن عدم نزدیکی ضمن عقد وجود دارد. ایشان در این قسمت، دلیل قول مخالفان مبنی بر عدم امکان واگذاری حقّ طلاق و نزدیکی به زن در نکاح را آیه «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» و حدیث نبوی «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، عنوان می‌دارد و در ادامه به تفاوت آشکار این دو مسئله با شرط عدم نزدیکی ضمن عقد اشاره می‌کند (نجفی، ۳۱/۱۳۶۲: ۱۰۰-۹۹).

وی در باب طلاق و بحث شرایط مطلق می‌گوید: طلاق ولی از جانب صبیّ صحیح نیست و مستند این قول، حدیث مقبول نبوی «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» است. ایشان در ادامه نیز وکالت در طلاق را غیر از ولایت ولی دانسته و آن را از دایره عموم این حدیث خارج می‌داند (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۶)؛ اما در ادامه بحث، معتقد است که طلاق ولی زائل العقل به دلیل اخباری که در این باب وارد گشته، بلامانع است و طلاق واقع می‌گردد. ایشان قول شیخ طوسی و ابن ادریس مبنی بر عدم جواز این گونه از طلاق را که به آیه «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ» (بقره ۲/۲۳۲)، اجماع و این حدیث نبوی تمسک بسته‌اند، ناتمام دانسته و دلالت خبر را، حتی در صورت پذیرش آن، بر مراد شیخ ضعیف دانسته و دلالت آیه را نیز از خبر ضعیف‌تر شمرده است. به نظر وی، احادیث صحیحیه در این باب، همچون صحیحہ ابی‌الخالد القمّاط، مبنی بر صحت طلاق ولیّ در این موارد، حاکم بر حدیث فوق است و جواز آن را اثبات می‌کند (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۸-۶). نحوه استدلال صاحب جواهر در این مورد، شباهت بسیاری دارد با آنچه بعداً توسط نگارنده این کتاب در بحث حکومت احادیث باب خلع بر احادیث باب طلاق، به خصوص حدیث نبوی، بیان می‌گردد.

ایشان در ادامه، ضمن بحث جواز وکالت زن در مطلقه ساختن خویش، قول شیخ طوسی مبنی بر عدم جواز و تمسک او به این حدیث نبوی و همچنین لزوم تغایر فاعل و قابل در عقود، ابتدا دلالت حدیث را مخدوش شمرده و آن را قابل سرایت به وکیل ندانسته است و از سوی دیگر، تغایر اعتباری در عقود را برای صحت آن کافی می‌شمارد، چه رسد به اینکه طلاق یک ایقاع بوده و تنها احتیاج به یک طرف دارد (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۲۴).

وی در بحث تفویض حقّ طلاق به زوجه، پس از ذکر احادیثی، برای جمع میان آن‌ها و احادیثی

همچون همین حدیث نبوی، با ایجاد تمایز میان تخییر وکالتی و غیر آن، قائل به جواز در تخییر وکالتی می‌شود (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۷۴).

صاحب جواهر در بحث ایلاء، می‌نویسد: بعد از انقضای چهار ماه از ایراد ایلاء از سوی زوج، حاکم نمی‌تواند از سوی زوج طلاق دهد؛ بلکه تنها می‌تواند او را مجبور به طلاق یا الفت با زوجه‌اش سازد. یکی از مستندات وی، حدیث نبوی مزبور است (نجفی، ۳۳/۱۳۶۲: ۳۱۴).

بنابراین غالب فقهای بزرگوار، ظهور حدیث فوق را در حصر طلاق از سوی مرد، مخدوش می‌دانند و معتقدند که این حق قابل‌واگذاری به غیر نیز هست. همچنین عمده استناد فقها به این حدیث، در همان مورد خاصی است که مورد پرسش قرار گرفته، یعنی «طلاق عبد» و موارد دیگر؛ در بحث جواز وکالت در طلاق و طلاق ولی به این حدیث اشاره شده که جز اندکی از فقها، از جمله شیخ طوسی، بقیه به دید انتقادی به این استناد نگریسته‌اند.

۴-۴. پرسش دوم: آیا روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» با روایات دیگر تعارض دارد؟

پاسخ این پرسش را از سه زاویه بیان می‌کنیم:

۱) با توجه به ضعف سند روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، دیگر محلی برای تعارض دو روایت نیست.

اینک برای رفع شبهه تعارض و ترجیح حدیث مذکور بر روایت باب خلع، باید گفت: بر اساس معیار مورد اتفاق نظر اصولیان در مبحث تعادل و ترجیح (مظفر، ۲/۱۴۰۳: ۲۳۵)، آنچه باعث ترجیح یکی از دو روایت متعارض می‌گردد، شهرت روایی است، نه شهرت عملی و فتوایی؛ زیرا - چنانچه اشاره گردید - موضوع شهرت فتوایی، روایتی است که دچار ضعف سند شده است؛ در حالی که موضوع شهرت روایی چنین نیست. از سوی دیگر، طبق ضوابط مطرح در باب تعارض ادله (هاشمی شاهرودی، بی‌تا: ۳۵۱) می‌بایست دو روایت متعارض از نظر سند دچار مشکل نباشند، وگرنه نوبت به مرحله تعارض نخواهد رسید؛ چون روایت ضعیف قابلیت رویارویی و تعارض با روایت صحیح را ندارد تا تعارضی به وجود آید!

۲) طبق مرجحات باب تعارض، هنگامی که دو روایت از جهت سند و دلالت، از همه جهت غیرقابل‌خدشه باشند (در حالی که روایت مورد بحث چنین نیست)، یکی از مرجحات که باعث ترجیح یکی از دو روایت متعارض می‌گردد، نقل روایت از طریق امامیه است و روایتی که از طرق عامه و اهل سنت نقل گردید مرجوح قرار می‌گیرد و روایت منقول امامیه بر آن ترجیح می‌یابد^۱.

۱. «فانظروا الی ما یخاف منهما العامة فخذوه، و انظروا الی ما یوافق اخبارهم فدعوه» (حرعاملی، ۱۸/۱۳۷۶: ۸۵).

حدیث الطلاق - که به تفصیل گذشت - در کتب روایی عامه و اهل سنت مطرح گردیده است و از منظر سندی نیز مورد خدشه قرار گرفته است، بنابراین جایی برای عرض وجود نخواهد داشت. (۳) حتی اگر حدیث مزبور، توان معارضه با روایات دیگر داشته باشد، در مورد ادعای بیان شده از سوی مخالفان مبنی بر جبران ضعف سند به وسیله شهرت، اگر بپذیریم که حدیث فوق به حد شهرت رسیده است، از نمونه‌های شهرت عملی محسوب می‌گردد که از منظر فقها، باعث جبران ضعف سند این روایت می‌شود و حجیت آن تنها در باب تعادل و ترجیح بین خبرین متعارضین کاربرد دارد. باید دقت داشت که بین حدیث فوق و احادیث صحیح شیعی تعارض وجود ندارد. در اینجا نیز لازم است تا مختصری درخصوص تعارض اخبار توضیح داده شود تا مدعای ذکر شده به روشنی دریافت گردد.

مفهوم تعارض ادله: واژه «تعارض» در لغت، عبارت است از: اظهار و ابراز است (معلوف، بی‌تا: ذیل واژه). برخی از علمای علم اصول، تعاریف دیگری جز تعریف مشهور درباره تعارض را انتخاب نکرده‌اند؛ همچون شیخ انصاری که در رسائل، تعارض را ناسازگاری دو دلیل و جلوگیری هر کدام از ادله نسبت به دیگری به اعتبار مدلول دو دلیل دانسته است (انصاری، ۱۴۱۹: ۴). یا آخوند خراسانی که در کفایة الاصول می‌نویسد: تعارض، ناسازگاری دو دلیل یا بیش از دو دلیل با یکدیگر، به‌خاطر دلالتشان و در مقام اثبات (نه ثبوت) است و این ناسازگاری به شکل تناقض یا تضاد حقیقی یا عرضی است؛ به شکلی که اجمالاً علم به کذب یکی وجود دارد و در ضمن، جمع دو دلیل نیز امکان ندارد (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۴۹۶) تعریف مشهور نیز به خوبی بیانگر اصطلاح تعارض می‌باشد که عبارت است از ناسازگاری مدلول دو دلیل به شکل تناقض یا تضاد (انصاری، ۱۴۱۹: ۴).

آنچه علامه مظفر در اصول فقه خود عنوان داشته است، شاید به‌نحو دقیق‌تری این اصطلاح را روشن سازد: معنای معارضه چنین است که هر کدام از دو دلیل - اگر مقومات حجیتشان کامل باشد و هر دو خبر حجت به‌شمار آیند - دیگری را باطل و تکذیب می‌کند. این ابطال و تکذیب یا در تمام مدلول دو دلیل و اموری است که آن‌ها دلالت دارند یا در برخی از قسمت‌های مورد دلالت دو خبر است؛ اما به‌گونه‌ای است که نمی‌توانیم هیچ‌کدام از دو خبر را با فرض حجیت دیگری، حجت فرض کنیم یا این‌که به هر دو خبر عمل کنیم. پس مرجع تعارض بین دو خبر، بازگشت به این نکته دارد که هر کدام دیگری را نفی می‌کنند و اجتماع آن‌ها بر صدق، امکان‌ناپذیر است (مظفر، ۱۴۰۳: ۲/۶۰۴).

شرایط تحقق تعارض عبارتند از: ۱. هیچ‌کدام از دو دلیل متعارض، قطعی نباشند؛ ۲. ظن فعلی در حجیت آن دو معتبر نباشد؛ ۳. بین مدلول و معنای آن دو، گرچه به‌صورت عرضی و در بعضی از نواحی، تنافی وجود داشته باشد؛ ۴. هر کدام از دو دلیل، واجد شرایط حجیت باشند؛ ۵. دو دلیل

متزاحم یکدیگر نباشند؛ ۶. یکی از دو دلیل حاکم بر دیگری نباشد؛ ۷. رابطه بین آن‌ها، ورود نباشد (مظفر، ۱۴۰۳: ۶۰۷-۶۰۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۳/۱۳۲-۱۲۵).

از آنجا که مدعای نگارنده در ارتباط با مفاهیم حکومت و تخصیص است، لازم است اندکی درخصوص این دو مفهوم توضیح داده شود.

مفهوم حکومت: حکومت، عبارت است از تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دیگر به نحو توسعه و تعمیم یا تضییق و تخصیص. به عبارت دیگر، حکومت یعنی یکی از دو دلیل به نحوی متعرض جهتی از جهات دلیل دیگر شود (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۳/۱۲۹).

مفهوم تخصیص: تخصیص، عبارت است از خارج ساختن بعضی از افراد موضوع از شمول حکم با حفظ موضوع (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۳/۱۳۱). در جایی که دلیل حاکم، دایره دلیل محکوم را محدود می‌سازد، شباهت بسیاری به تخصیص دارد، اما تفاوت اصلی آن دو در نحوه بیان دلیل یا اصطلاحاً لسان دلیل است که در حکومت به نحو تفسیری است، ولی در تخصیص موردی از شمول حکم عام خارج می‌شود.

اکنون احادیث صحیحی که شاید در ظاهر با روایت فوق در تعارض باشند، ذکر می‌گردد تا وجه تعارض آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد:

(۱) «حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن جعفر بن سماعة أن جمیلاً شهد بعض أصحابنا وقد أراد أن یخلع ابنته من بعض أصحابنا فقال جمیل للرجل: ما تقول رضیت بهذا الذی أخذت و ترکتها؟ فقال: نعم، فقال لهم جمیل: قوموا فقالوا: یا أبا علی لیس ترید یتبعها الطلاق؟ قال: لا» (کلینی، ۱۳۶۷/۶: ۱۴۱).

(۲) «و عن علی، عن أبیه، عن ابن أبی عمیر، عن أبی آیوب، عن محمد بن مسلم، عن أبی عبد الله (ع) فی حدیث قال: فإذا قالت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها، و كانت تطلیقة بغیر طلاق یتبعها، و كانت بائناً بذلک، و کان خاطباً من الخطاب» (حرعاملی، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۴).

(۳) «محمد بن علی بن الحسن باسناده عن حماد، عن الحلبي، عن أبی عبد الله (ع) قال: عدة المختلعة عدة المطلقة، و خلعها طلاقها من غیر أن یسمى طلاقاً. الحدیث» (حرعاملی، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۵).

(۴) «و باسناده عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن ابن أبی عمیر، عن سلیمان ابن خالد قال: قلت: رأیت إن هو طلقها بعد ما خلعها أيجوز علیها؟ قال: و لم یطلقها و قد كفاه الخلع، و لو کان الامر إلینا لم نجز طلاقاً» (حرعاملی، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۶).

(۵) «و عنه، عن محمد بن إسماعیل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن المرأة تباری

زوجها او تختلعت منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك، (أو تكون) امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه وإن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت، فقلت: فإنه قد روى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلع، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم» (حرعاملی، ۲۲/۱۳۷۶: ۲۸۶).

۶) و عنه، عن محمد بن إسماعيل، عن صفوان، عن موسى بن بكر، عن زرارة، عن أبي جعفر (ع) قال: لا يكون الخلع حتى تقول: لا أطيع لك أمراً - إلى أن قال: - ولا يكون ذلك إلا عند سلطان، فإذا فعلت ذلك فهي أملك بنفسها من غير أن يسمي طلاقاً (حرعاملی، ۲۲/۱۳۷۶: ۲۸۷-۲۸۶).

نمونه‌های دیگری از این احادیث با اسناد صحیح وجود دارد که در همگی عنوان شده است که پس از اینکه زن از شوهر خود اظهار نفرت کرد (چه در حضور قاضی و چه میان خود زوجین)، زوج می‌تواند مال مورد توافقش با زوجه را دریافت کند و زوجه تنها با بیان پیشنهاد خلع و بیان نفرت خود از زوج، مطلقه محسوب می‌شود و دیگر احتیاجی به ایراد صیغه طلاق پس از خلع نیست. در این زمینه حتی مرحوم صاحب جواهر نیز در تفسیر روایت صحیحه ابن‌بزیع قایل به این است که به دنبال آمدن صیغه طلاق پس از خلع، منافات با خلع دارد؛ چون خلع خود گونه‌ای از جدایی است و طلاق پس از خلع، لغو است (نجفی، ۶/۱۳۶۲: ۳۳).

آنچه از ظاهر این روایات به دست می‌آید، این است که در اسلام جدایی بر گونه‌های مختلفی است که یکی از اقسام آن طلاقی است که در دست مرد است. که این نوع در طلاق در جایی است که مرد خواهان جدایی و زن خواستار ادامه زندگی است. گونه دیگری از طلاق نیز وجود دارد که در جایی جریان دارد که زن خواستار پایان بخشیدن به زندگی است، ولی مرد همچنان خواهان ادامه آن است که آن را اصطلاحاً خلع می‌نامند.

از این رو، میان احادیث فوق و حدیث «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» حتی اگر از وجه دلالت آن چشم‌پوشیم و عمومیت آن را مسلم فرض کنیم، با کنار هم قرار دادن این دو دسته از ادله، می‌توان به این رهیافت رسید که شاید در اولین نگاه میان ادله تعارض وجود دارد؛ ولی پس از اندک تأملی، به رابطه حکومت میان آن‌ها پی خواهیم برد؛ بدین شکل که ادله خلع مبنی بر اینکه گونه‌ای از جدایی است و احتیاجی به صیغه طلاق ندارد، حاکم بر حدیث الطلاق است که بیانگر عمومیت و انحصار حق جدایی برای مردان است. بنابراین، وقتی رابطه ادله با یکدیگر، حکومت باشد، دو دلیل نمی‌توانند شرایط تعارض را استیفا کنند؛ چون همان گونه که در شرط ششم گذشت - نباید رابطه دو دلیل با یکدیگر به‌نحو حکومت باشد.

وجه رابطه حکومت نیز چنین است که حدیث «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» دارای عمومیت

است و احادیث صحیح دیگر محدودکننده چنین عمومیتی هستند؛ چون برای زن نیز شرایطی جهت جدایی، آن هم بدون ایراد صیغه طلاق قائل شده‌اند. با توجه به نحوه بیان دلیل مبنی بر شیوه تفسیری آن، رابطه، حکومت خواهد بود، نه تخصیص. لذا وقتی که تعارضی میان ادله وجود نداشته باشد، دیگر نمی‌توان به شهرت عملی جهت جبران ضعف سند تمسک نمود؛ چون شهرت عملی تنها در باب تعارض ادله می‌تواند یکی از مرجحات واقع شود و به وسیله آن ضعف سند را جبران کرد.

نتیجه

بررسی‌های تاریخی حاکی از آن است که در بین اقوام جاهلی، گونه‌های مختلف جدایی مرسوم و به‌طور غالب اختیار طلاق به دست زوج بوده و بعد از اسلام، برخی از فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریع همچون ابن بابویه، شیخ صدوق و سیدمرتضی، خلع را یک ایقاع از ناحیه زوج و آن را برای جدایی و بینونت کافی می‌دانستند که این دیدگاه به تدریج در ادوار بعد، دستخوش تغییر اساسی شد و از ماهیت آن چیزی باقی نماند.

روایت «الطَّلَاقُ بِإِدِّ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، که در محافل فقهی، حقوقی و قضایی تحت عناوین «حدیث نبوی» یا «قاعده فقهی» یا «ضابط فقهی» بحث می‌شود، نمی‌تواند به‌عنوان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح مورد استناد محاکم قضایی ایران و کشورهای اسلامی قرار بگیرد، زیرا روایت «الطَّلَاقُ بِإِدِّ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» برخلاف شهرتش از ضعف سندی و محتوایی جدی برخوردار است؛ به‌ویژه، روایت دیگری با سیاق مشابه به نقل از خلیفه دوم، ضرورت بازپژوهی و مذاقه در روایت الطلاق را ایجاب می‌کند!

روایت الطلاق از نظر سند، مخدوش است؛ زیرا روایت مذکور در هیچ‌کدام از کتب اربعه شیعی وجود ندارد، از این رو نقل آن تنها در کتب عامه بوده و از طریق ایشان بیان شده است و به احتمال زیاد از مصادر اهل سنت به کتب امامیه و احتمالاً از کتاب الخلاف شیخ طوسی و سپس از آنجا به دیگر آثار متأخر شیعی چون، عوالی اللآلی و درر اللآلی هر دوازده ابی جمهور احسانی و مستدرک الوسائل محدث نوری راه یافته باشد. حتی اگر نگاهی به این مسئله که نقل این حدیث به طریق عامه است، نداشته باشیم، این حدیث در میان عامه نیز سندی مخدوش داشته و از درجه اعتبار ساقط است که آن را فاقد قابلیت برای استناد حکم فقهی می‌کند. در نتیجه، این حدیث از جمله احادیث ضعیف به‌شمار می‌رود.

اما از حیث دلالت؛ از یک دیدگاه، کلمه «اتّما» استفاده شده که به تصریح مشهور علمای علم اصول، به لزوم بین بالمعنی الاخص، دلالت بر حصر حکم بر آن موضوع دارد که در مورد این بحث، دلالت بر انحصار حق طلاق برای زوج دارد و چنین حقی را از غیر منتفی می‌کند و از دیدگاهی

دیگر، در مورد «اتّما» حصر آن را به اختلاف موارد دانسته‌اند و ظهور حصر را قطعی قلمداد نשמوده‌اند. در صورت پذیرش قول مشهور هم می‌توان در حدیث مذکور احتمال داد که حصر مورد، بیان حصری حقیقی نبوده، بلکه اضافی است؛ یعنی حق طلاق در مورد خاصی، حقی انحصاری در دست زوج است که باعث نفی این حکم از غیر زوج که زوجه باشد، نمی‌شود. به عبارت دیگر، حدیث الطلاق، حق طلاق اصطلاحی، یعنی طلاق به معنی اخص را برای زوج اثبات می‌کنند، نه اینکه به طور عام و مطلق حق جدایی را برای شوهر به اثبات برسانند. به دیگر سخن، این روایت ناظر به موارد طلاق به اختیار زوج است.

نیز نمی‌توان ضعف سند روایت الطلاق را با شهرت جبران کرد، زیرا شهرت عملی تنها در باب تعارض ادله می‌تواند یکی از مرجحات واقع شود و به وسیله آن ضعف سند را جبران کرد.

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸ش)، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران: انتشارات اسلامی.
- پاکتچی، احمد (۱۳۹۱ش)، «حدیث»، دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، جلد بیستم، تهران.
- ربانی، محمدحسن (۱۳۸۷ش)، آسیب شناسی حدیث، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۳۸۷ش)، استفتاء، شماره ۱۱۶۶، تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲ش.
- صالحی، عباسعلی و بچاری، اسما (۱۳۹۸)، «حق طلاق زوج و حقوق زوجه در فقه و حقوق موضوعه»، دومین کنفرانس بین المللی پژوهش های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام، سایت: <https://civilica.com/doc/924961> (تاریخ مراجعه به سایت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۲).
- صانعی، یوسف (۱۳۸۶ش)، فقه و زندگی، جلد هشتم، قم: انتشارات ثقلین.
- محقق، مریم السادات (۱۳۹۲ش)، نظریه خلع یک جانبه (افتدائی) در فقه با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی، پایان نامه دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید مطهری، تهران.
- محقق، مریم السادات (۱۳۹۵)، «سیر تکوین نظریه خلع در فقه امامیه»، مجله مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۸، شماره پیاپی ۱۰۴.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳)، مباحثی از: اصول فقه، جلد دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵)، قواعد فقه بخش مدنی، جلد اول و دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۸۰ش)، «زن در نگاه قرآن و در فرهنگ زمان نزول ۲» (ترجمه حسن حکیم باشی)، فصلنامه پژوهش های قرآنی، شماره ۲۷ و ۲۸ (ویژه زن در قرآن).
- موحدی محب، مهدی (۱۳۹۳)، «تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۶، شماره ۹۹.
- نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۳ش)، «قواعد عام فقه و کاربرد آن در حقوق خانواده»، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، سال ۱۵، شماره ۵۳.
- وحیدی فردوسی، عبدالهادی و زکیه نعیمی (۱۳۹۹)، «نقدی بر سیر تکوین حقوق خانواده ایران در دوران معاصر»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.

عربی

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (بی تا)، کفاية الاصول، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- ابانی، محمدناصر (۱۴۱۱ق)، ضعیف سنن الترمذی، بیروت: المکتب الاسلامی.
- ابن ابی جمهور، محمد (۱۴۰۳ق)، عوالی اللثالی، جلد اول، قم: مطبعة سیدالشهدا.
- ابن ادريس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی التحریر الفتاوی، جلد دوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- ابن بابویه قمی، علی (۱۴۰۶ق)، فقه الرضا، مشهد: المؤتمر العالمی للإمام الرضا (ع).
- ابن زریق، محمد (۱۴۲۵ق)، «من تكلم فيه الدارقطني في كتاب السنن من الضعفاء والمتروكين والمجهولين»، ضمن ثلاث رسائل في علم الجرح والتعديل، به كوشش عامر حسن صبری، بیروت.

- ابن سعد، محمد (بی تا)، طبقات الكبير، ترجمة دامغانی، جلد هفتم، تهران: فرهنگ و اندیشه.
- ابن حجر عسقلانی، احمد (۱۴۲۴ق)، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، به کوشش سمیر بن امین الزهری، ریاض.
- ابن حجر عسقلانی، احمد (۱۳۲۶ق)، تهذیب التهذیب، جلد نهم، حیدرآباد دکن.
- ابن قدامه، عبدالله (۱۳۸۸ق)، المغنی، جلد هفتم، قاهره: مكتبة القاهرة.
- ابن قدامه، عبدالرحمن (بی تا)، الشرح الكبير، جلد هشتم، بی جا: دارالکتب العربی
- ابن قیسرانی، محمد بن طاهر مقدسی (۱۴۰۸ق/۱۹۹۸م)، شروط الأئمة الستة، به کوشش طارق سعود، بیروت.
- ابن عساکر، علی (بی تا)، تاریخ مدینة دمشق، جلد شانزدهم، عمان: دارالبشیر.
- ابن ماجه، محمد (بی تا)، سنن، به کوشش عیسی البابی الحلبي و فؤاد عبدالباقی، جلد اول، بی جا.
- ابن منظور، محمد (۱۴۰۵)، لسان العرب، جلد هشتم و دهم، قم: نشر ادب الحوزه.
- ابن نجیم، زین الدین (۱۴۱۹ق/۱۹۹۹م)، الاشباه و النظائر علی مذهب أبی حنیفة النعمان، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق)، فرائد الاصول، جلد چهارم، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- بکراسماعیل، محمد (بی تا)، القواعد الفقهية بین الاصله و التوجيه، دارالمنار.
- تهانوی، محمد علی (بی تا)، کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، جلد دوم، لبنان: مكتبة لبنان ناشرون.
- جزایری، نعمت الله بن عبدالله (بی تا)، زهر الربیع، بیروت: مؤسسة العالمية للتجلید.
- جواد علی (۱۴۱۳ق/۱۹۹۳م)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، جلد پنجم، بیروت.
- جوهری، اسماعیل (۱۹۵۶م)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، جلد سوم و چهارم، بیروت: دارالعلم للملایین.
- حرعاملی، محمد (۱۳۷۶ق)، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، جلد هجدهم و بیست و دوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسنی، هاشم معروف (۱۹۷۸م)، دراسات فی الحديث و المحدثین، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- خمینی، روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: مؤسسه دارالعلم.
- خواجهنوی مازندرانی، محمد اسماعیل (۱۴۱۱ق)، «رسالة فی شرح حدیث الطلاق بید من أخذ بالساق»، الرسائل الفقهیة، به کوشش سید مهدی رجایی، دار الکتب الاسلامی.
- دارقطنی، علی بن عمر (۱۴۲۴ق)، سنن، جلد پنجم و شصت و هفتم، بیروت: مؤسسة الرسالة.
- ذهبی، محمد (۱۳۸۲ق)، میزان الاعتدال فی نقد الرجال، جلد دوم و سوم، به کوشش علی محمد بجای، بیروت.
- زبیدی، مرتضی (بی تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد یازدهم و سیزدهم، بیروت، دارالفکر.
- سیدمرتضی (۱۴۱۷ق)، المسائل الناصریات، تهران: مرکز پژوهش و تحقیقات علمی.
- سیوطی، عبدالرحمن (بی تا)، الاشباه و النظائر فی النحو، جلد اول، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام، جلد چهارم، ششم، هشتم و نهم، قم: بهمن.
- شهید ثانی، زین الدین (بی تا)، شرح لمعه، جلد پنجم و ششم، نجف: منشورات جامعة التجف الدینیة.
- شیخ صدوق، محمد (۱۴۱۵ش)، المقنع، مؤسسة الامام الهادی علیه السلام.

- شیخ صدوق، محمد (۱۴۰۵ش)، من لایحضره الفقیه، جلد اول و سوم، بیروت: دارالاذباء.
- شیخ طوسی، محمد (۱۳۶۳ش)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، قم: دارالکتب الاسلامیه.
- شیخ طوسی، محمد (۱۴۰۷ق)، الخلاف، جلد اول و چهارم، قم: مطبعة مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شیخ طوسی، محمد (۱۹۵۸م)، تهذیب الاحکام، به تصحیح حسن موسوی خراسان، جلد هفتم، نجف.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، جلد اول و دوم، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت.
- علاقه حلّی، حسن (بی تا)، تذکرة الفقهاء، جلد دوم، قم: چاپ سنگی.
- علاقه حلّی، حسن (۱۴۱۱ق)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، جلد هفتم، مرکز احیاء التراث الاسلامی.
- غسانی، عبدالله (۱۴۱۱ق/۱۹۹۱م)، تخریج الاحادیث الضعاف من سنن الدارقطنی، ریاض.
- فاضل موحّدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۳ش)، القواعد الفقهیة، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع).
- قانون مدنی ایران.
- کلینی، محمد (۱۳۶۷)، الفروع من الکافی، جلد پنجم و ششم، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
- محدث نوری، حسین (بی تا)، مستدرک الوسائل، جلد پانزدهم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ق)، اصول الفقه، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۲ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان، جلد نهم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- معلوف، لوئیس (بی تا)، المنجد فی اللغة، بیروت: الطبعة الجديدة.
- موحّد، صمد (۱۳۷۴ش)، «ابن ابی جمهور»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، جلد دوم، تهران.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲ش)، جواهر الکلام، جلد چهارم، ششم، هفتم، سی ام، سی و یکم، سی و دوم و سی و سوم، به کوشش محمود قوچانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سیّد محمود (بی تا)، تعارض الأدلة الشرعیة (تقریرات درس سیّد محمداقصر صدر)، نجف: المكتبة الاسلامية الكبرى.

ضرورت تأسیس دادگاه زیست محیطی با نگاهی به وضعیت ایران

زهره محمودی کردی*، زهراسادات شارق**، حسین رضازاده***

چکیده

بر اساس اسناد بین‌المللی تحقق دموکراسی زیست محیطی مبتنی بر سه عنصر دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیمات و دسترسی به مراجع قضایی و شبه قضایی در موضوعات زیست محیطی است. با توجه به اینکه خسارات زیست محیطی آسیب‌های انسانی را نیز به دنبال دارد، بسیاری از دولت‌ها در نظام داخلی خود اقدام به ایجاد مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی نموده‌اند تا از این طریق، حق دسترسی به مراجع مذکور در موضوعات زیست محیطی را تضمین نمایند. با توجه به تنوع زیستی بالا اما شکننده در کشور ایران و تهدیدات زیست محیطی از جمله وجود گونه‌های گیاهی و جانوری در معرض انقراض، آلودگی‌های زیست محیطی، ریزگردها، بیابان‌زایی و... خلأ چنین نهادی در نظام حقوقی کشور محسوس است. مقاله حاضر به روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی اسناد، رویه قضایی بین‌المللی و مراجع موجود در حقوق داخلی برخی دولت‌ها پرداخته و سپس وضعیت نظام حقوقی ایران را ارزیابی می‌نماید و در پاسخ به این سؤال که کدام مدل از دادگاه‌های زیست محیطی برای ایران مناسب‌تر است به این نتیجه می‌رسد که با توجه به پیشینه وجود دادگاه‌های اختصاصی در نظام حقوقی ایران، تأسیس یک دادگاه اختصاصی زیست محیطی در نظام حقوقی ایران می‌تواند زمینه‌های تحقق دموکراسی زیست محیطی و متعاقباً توسعه پایدار را فراهم سازد.

واژگان کلیدی: محیط زیست، دموکراسی زیست محیطی، دادگاه زیست محیطی، رویه قضایی

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)
z.mahmoudi@umz.ac.ir

** دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
miss.sharegh71@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
h.rezazadeh69@yahoo.com

مقدمه

بر اساس دکترین حقوقی و رویه قضایی بین المللی، حقوقی که به محیط زیست مربوط می شود را می توان به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول حقوق ماهوی هستند که تخریب محیط زیست بهره مندی از آن ها را به طور مستقیم تحت الشعاع قرار می دهد، مانند حق حیات، حق بر سلامت و...؛ دسته دوم حقوق آیینی است که شامل حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم گیری ها و دسترسی به مراجع قضایی می شود. (3-2: IACHR, 2017; 90: Dinah Shelton, 2010) دسته اخیر در چهارچوب دموکراسی زیست محیطی مورد توجه قرار می گیرد. دموکراسی زیست محیطی، مفهومی فراتر از رابطه فرد با دولت است. این مفهوم به نیازهای بشری در مشترکات زیست محیطی^۱ اشاره دارد. منظور از مشترکات، خیر و نفع عامه در موضوعات زیست محیطی است که فقط محدود به سهم افراد در مواد و کالاها نمی شود بلکه رویکردی اجتماعی است که ایجاد، استفاده و حفاظت از منابع طبیعی را سازمان دهی می کند؛ در این معنی تنوع زیستی، آب، هوا، معادن، اقلیم، نظام های بوم شناسی و... همگی از مشترکات زیست محیطی محسوب می شوند. (The Australian Panel of Experts on Environmental Law, 2017: 10) برای بهره مندی از مشترکات مذکور، حقوق آیینی زیست محیطی^۲ شامل حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم گیری ها و دسترسی به مراجع قضایی به شهروندان اعطا می گردد تا در برابر پروژه های صنعتی یا آثار سیاست ها و تصمیم گیری های زیست محیطی بر جامعه اقدامات مناسبی را اتخاذ نمایند. حقوق آیینی زیست محیطی به دنبال توانمندسازی شهروندان در واکنش به پروژه ها و فعالیت های زیست محیطی است.

از اسناد مهمی که در این زمینه می توان به آن اشاره کرد، کنوانسیون منطقه ای آرهوس^۳ است. کنوانسیون آرهوس که نماد یا سمبل دموکراسی زیست محیطی محسوب می شود دربردارنده حقوقی آیینی است که به افراد در موضوعات زیست محیطی اعطا می گردد. ماده ۱ کنوانسیون آرهوس^۴ مقرر

1. the Environmental commons

2. Environmental procedural rights

3. Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (1998)

۴. کنوانسیون آرهوس در ۲۵ ژوئن ۱۹۹۸ توسط کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا امضا شده و در ۳۰ اکتبر

۲۰۰۱ لازم الاجرا گردید. از جهتی ممکن است کنوانسیون آرهوس را بتوان کنوانسیون جهانی دانست زیرا طبق بند ۳

ماده ۱۹ کنوانسیون عضویت نه تنها به روی دولت های عضو کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا باز می باشد بلکه

هر دولتی که عضو سازمان ملل متحد باشد به شرط تصویب مجمع اعضای کنوانسیون، می تواند به عضویت کنوانسیون

آرهوس درآید.

می‌دارد: «به‌منظور حمایت از حق هر فرد از نسل حاضر و نسل‌های آینده برای زندگی در محیطی که متناسب با سلامت و رفاهشان باشد هر دولت عضو می‌بایست حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری و دسترسی به مراجع قضایی در موضوعات زیست‌محیطی را تضمین نماید.» از این ماده به روشنی مبین سه ستون تحقق دموکراسی زیست‌محیطی است.

بر اساس آنچه بیان شد، سومین حقی که پازل دموکراسی زیست‌محیطی را کامل می‌کند، حق دسترسی به مرجع قضایی صالح در مسائل زیست‌محیطی است که از سه جهت حائز اهمیت می‌باشد: اولاً منجر به افزایش حمایت از منافع زیست‌محیطی می‌شود، ثانیاً قوانین زیست‌محیطی موجود با کارآمدی بیشتری اعمال می‌شوند و ثالثاً با به چالش کشیدن تصمیمات زیست‌محیطی نزد مراجع قضایی و شبه‌قضایی، علاوه بر پذیرش عمومی، مشروعیت آن تصمیمات را افزایش می‌دهد (Hjalmarsson, 2014: 8). به تعبیری، مشروعیت قانون بستگی به رویه و دخالت عموم در انطباق و نیز کاربرد هنجارهای قانونی دارد (Ebbesson, 2002: 7).

ضرورت تشکیل دادگاه زیست‌محیطی به‌صراحت در اسناد بین‌المللی دیگر نیز بیان شده و رویه قضایی نیز با تفسیر این اسناد آن را تأیید نموده است. با این حال، تشکیل دادگاه مذکور در یک کشور ممکن است با چالش‌هایی مواجه باشد. با توجه به اینکه رسیدگی به پرونده‌ها در دادگاه‌های عمومی معمولاً طولانی و با بوروکراسی اداری همراه است، دولت‌ها در حوزه محیط‌زیست به دنبال ایجاد مراجعی (اعم از قضایی و شبه‌قضایی) هستند که معایب مذکور را نداشته و در عین حال با اقتضانات مسائل زیست‌محیطی نیز هم‌گام باشد. در همین راستا دولت‌ها با توجه به نظام حقوقی خود، که متأثر از نظام سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و... آن‌هاست، از بین گونه‌های مختلف مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی، مدلی را که مناسب ساختار خود می‌دانند را اجرایی می‌کنند. مقاله حاضر، ضمن بررسی جایگاه دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی به‌عنوان یک حق بشری در نظام بین‌المللی به دنبال پاسخ به این سؤال است که در نظام حقوقی ایران، کدام مدل از دادگاه‌های زیست‌محیطی مناسب‌تر است. به‌منظور پاسخ به این سؤال، مقاله در چهار بخش تنظیم گردیده، در بخش‌های اول و دوم، حق دسترسی به دادگاه‌های زیست‌محیطی در اسناد و رویه قضایی بین‌المللی مرتبط بررسی شده، سپس در بخش سوم رایج‌ترین مدل‌های مراجع قضایی و شبه‌قضایی در نظام‌های داخلی مطالعه و در نهایت در بخش چهارم، وضعیت نظام حقوقی کشورمان مطمح نظر قرار گرفته است.

۱. حق دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی در اسناد بین‌المللی

دسترسی مؤثر به مراجع قضایی صالح از جمله حقوقی است که در اسناد متعدد حقوق بشری مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و ماده

۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ازجمله اسنادی هستند که دسترسی به دادگاه صالح را حق هر انسان می‌دانند. از این گذشته، دسترسی به دادگاه‌های زیست‌محیطی نیز در برخی اسناد بین‌المللی ذکر شده است. بیست سال پس از صدور اعلامیه استکهلم، کنفرانس محیط‌زیست و توسعه ملل متحد موسوم به اجلاس زمین در سال ۱۹۹۲ در ریودوژانیرو برگزار شده و یکی از نتایج آن اعلامیه ریو در مورد محیط‌زیست و توسعه^۱ است. ماده ۱۰ این اعلامیه مقرر می‌دارد: «مسائل مربوط به محیط‌زیست هنگامی به بهترین نحو حل و فصل می‌شوند که کلیه شهروندان در سطوح مناسب در آن مشارکت نمایند... دسترسی مؤثر به رسیدگی‌های اداری و قضایی، ازجمله تصمیمات مربوط به اصلاح و جبران خسارت، باید تأمین گردد.»

بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس نیز مقرر می‌دارد: «... هر طرف معاهده تضمین می‌نماید که اعضای جامعه بتوانند با دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی، فعل و ترک فعل‌هایی که برخلاف قوانین ملی، توسط اشخاص خصوصی و مراجع عمومی و علیه محیط‌زیست انجام شده است را به چالش بکشند.»

ماده ۱۱ پیش‌نویس طرح میثاق بین‌المللی حقوق بشر بر محیط‌زیست (۲۰۱۵)^۲ نیز با عباراتی مشابه، مراجعه به مراجع قضایی صالح و نهادهای اداری مستقل و بی‌طرف را، نسبت به اقداماتی که منجر به نقض حقوق داخلی و بین‌المللی محیط‌زیست شده را حق هر فرد می‌داند.

از دیگر اسناد منطقه‌ای که مبین حق دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی است، «موافقت‌نامه دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی و دسترسی به عدالت در موضوعات زیست‌محیطی در آمریکای لاتین و منطقه کارائیب»^۳ معروف به کنوانسیون اسکازو ۲۰۱۸ است.^۴ ماده اول این موافقت‌نامه مانند کنوانسیون آرهوس هدف انعقاد آن را تضمین دسترسی به اطلاعات، مشارکت عامه و دسترسی دادگاه می‌داند. البته این کنوانسیون با جزئیات بیشتری دسترسی به دادگاه در موضوعات زیست‌محیطی را مورد توجه قرار داده است. طبق ماده ۸ دسترسی مؤثر، به موقع، شفاف، بی‌طرفانه

1. The RIO declaration on environment and development (1992)

2. Draft of the International Covenant on the Human Right to the Environment (2015)

3. Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean

۴. موافقت‌نامه اسکازو در ۴ مارس بعد از ۶ هفته مذاکرات مداوم توسط ۲۴ دولت منعقد گردید. طبق بند اول ماده

۲۲ آن، نوزده روز پس از تقدیم یازدهمین سند تصویب لازم‌الاجرا می‌گردد. که این شرایط تاکنون محقق نشده است.

تاکنون ۲۴ دولت این موافقت‌نامه را امضا و ۹ دولت بدان ملحق شده‌اند.

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en

و بدون هزینه گزاف به دادگاه در موضوعات زیست‌محیطی می‌بایست تضمین گردد. (Giada, Ferrucci, 2019: 12).

۲. انعکاس حق دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی در رویه قضایی

حق دسترسی به مراجع قضایی در نتیجه مخاطرات زیست‌محیطی در رویه قضایی تأکید قرار گرفته است ضمن آنکه نقش رویه در شفاف‌سازی این حق و تبیین ابعاد آن نیز قابل توجه است. از این رو در مطالب پیش رو ضمن بررسی چند پرونده مهم، رویکرد مراجع قضایی نسبت به حق دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی نیز بیان خواهد شد.

از جمله پرونده‌های مطروح در این زمینه، دعوی ریموند دلا پرادل علیه فرانسه در دیوان اروپایی حقوق بشر است. خواهان، مالک زمینی به مساحت ۲۵۰ هکتار بود که وزارت محیط‌زیست و کیفیت زندگی فرانسه، با یک دستور اجرایی زمین‌های منطقه‌ای که زمین‌های خواهان هم بخشی از آن بود را به‌عنوان زمین‌های برخوردار از زیبایی‌های شاخص و مناسب برای منافع عامه در نظر می‌گیرد (ECtHR, 1992: para.7). خواهان، پس از گذشت دو ماه از تصمیم وزارت محیط‌زیست و کیفیت زندگی فرانسه به آن اعتراض می‌کند.^۱ اما دادگاه فرانسه با استناد به دستورالعمل مصوب جولای ۱۹۴۵^۲ ارائه دادخواست را خارج از موعد زمانی اعلام و به نفع خواننده رأی می‌دهد. در پی آن، خواهان با استناد به ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به این دلیل که از دسترسی به یک دادگاه منصفانه محروم شده در دیوان اروپایی حقوق بشر اقامه دعوی می‌کند. استدلال خواهان این بود که افراد مستحق دسترسی به یک نظام منسجم هستند که میان منافع دولتی و منافع آن‌ها تعادلی منصفانه ایجاد نماید. به‌خصوص وی می‌بایست از فرصت مؤثر و عملی برخوردار باشد تا بتواند دستورالعملی که در حق مالکیت وی مداخله نموده را به چالش بکشد. دیوان، با ملاحظه شرایط فوق اعلام داشت که خواهان به‌صورت عملی و مؤثر از حق دسترسی به دادگاه برخوردار نبوده لذا دولت فرانسه بند اول ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را نقض نموده است. (ECtHR, 1993: paras.8-35).

از موارد قابل توجه دیگر در دیوان اروپایی حقوق بشر می‌توان به اختلاف یک سازمان مردم نهاد

۱. خواهان معتقد بود چگونه در دعاوی اشخاص حقیقی در نظام فرانسه خواننده دو ماه از تاریخ اطلاع حق اعتراض دارد اما در زمانی که تصمیم از طرف مراجع دولتی باشد شخص دو ماه از زمان انتشار از چنین حقی برخوردار است، این موضوع با اصل برابری مغایرت دارد.

۲. طبق ماده ۴۹ دستورالعمل مصوب جولای ۱۹۴۵ زمانی که تصمیمی توسط مراجع دولتی اتخاذ می‌شود مراجع قضایی تا دو ماه از زمان انتشار تصمیم، از صلاحیت قضایی برای رسیدگی به آن تصمیم برخوردارند.

علیه دولت بلژیک اشاره نمود. خواهان یک مؤسسه غیرانتفاعی^۱ بوده که هدفش حمایت از محیط زیست منطقه مارکه-ناسون^۲ بلژیک است. محدوده کاری مؤسسه، شامل هر فعالیتی می شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم به کیفیت و تنوع زیست بوم، چشم اندازهای طبیعی یا نیمه طبیعی، زمین، آب، هوا و سایر عناصر حیاتی برای انسان مربوط باشد. این مؤسسه نسبت به اعطای مجوز برای گسترش یک سایت جمع آوری زباله به شورای دولتی بلژیک شکایت نمود. اما شکایت با این استدلال که فاقد بیان واقعیت هایی (فکت هایی) است که زمینه اختلاف را شرح دهد، رد شد. خواهان با این ادعا که عدم پذیرش دعوا توسط شورای دولتی بلژیک، منجر به نقض حق دسترسی به دادگاه شده است و با استناد به بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در دیوان اقامه دعوی نمود (ECtHR, 2009: paras.5-16). دیوان در این رأی ابتدا شرایط استناد به ماده ۶ کنوانسیون را تبیین می نماید از جمله اینکه، «اختلاف» باید در مورد «حقی» باشد که در قانون داخلی شناسایی شده است. اختلاف، باید واقعی و جدی باشد؛ این مسئله نه تنها نسبت به وجود حق، بلکه به دامنه و نوع اعمال آن نیز مربوط می شود. همچنین، نتیجه رسیدگی باید مستقیماً برای حق مورد نظر تعیین کننده باشد. به بیان دیگر، ارتباط ضعیف و بعید برای استناد به ماده ۶ کفایت نمی کند. (ECtHR, 2009: para.24). بنابراین، صرف وجود قانون یا تأثیر حکم دادگاه بر شخص ثالث، طرح دعوا از طرف وی را توجیه نمی کند.^۳ سپس به انطباق شرایط گفته شده به خواهان پرداخته و اعلام می دارد، خواهان (مؤسسه غیرانتفاعی) علاوه بر دفاع از منافع عامه، به طور خاص مدافع منافع اعضای مؤسسه نیز می باشد و در این پرونده، افزایش ظرفیت سایت جمع آوری زباله، به طور مستقیم زندگی شخصی اعضا را تحت تأثیر قرار داده است. دیوان در نهایت با توجه به احراز ارتباط میان اختلاف مطروحه با حق مورد استناد، نقض بند ۱ ماده ۶ را می پذیرد (ECtHR, 2009: paras.25-30).

از جمله پرونده های جدید مطروحه در دیوان آفریقایی حقوق بشر و خلق ها پرونده اُگیگ^۴ است که در سال ۲۰۱۷ طرح گردید. بعد از طرح دعوا در کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و خلق ها، به دلیل نقض های شدید و گسترده حقوق بشر و عدم تبعیت دولت کنیا از اقدامات موقت، کمیسیون پرونده را به دیوان مزبور ارجاع داد. (John H. Knox, Ramin Pejani, 2018: 78). این پرونده مربوط به اقلیت های قومی بومی ساکن در جنگل مائو کنیا است. دولت کنیا با استناد به اینکه جنگل مائو

1. L'Erablière A.S.B.L.

2. Marche-Nassogne

3. Actio Popularis

4. Ogiek case

(حوزه آبریز منطقه حفاظت شده) محسوب و متعلق به این دولت است، بدون مشورت قبلی و لحاظ اهمیت جنگل مانو برای اقلیت مذکور، اقدام به اخراج آن‌ها نمود. (ACtHPR, 2017: para.3). خواهان با استناد به قانون اساسی کنیا بیان می‌دارد که اقلیت بومی بودن نباید مانع بهره‌مندی از حقوق مذکور گردد. دیوان ابتدا با بررسی عوامل متعدد از جمله ارتباط گروه آگیک با طبیعت، زمین و محیط‌زیست طبیعی تصدیق می‌کند که این گروه یک جمعیت بومی است که بقایش بستگی به دسترسی پیوسته و استفاده از زمین و منابع طبیعی منطقه دارد. (ACtHPR, 2017: para.105-112) و در این راستا از حق تصرف، استفاده و بهره‌مندی از سرزمین اجدادیشان برخوردارند (ACtHPR, 2017: para.128) و لذا دولت کنیا در برابر تخریب جنگل مسئول بوده و اخراج اقلیت بومی آگیک اقدامی مناسب برای حفظ محیط‌زیست جنگل محسوب نمی‌شود. (ACtHPR, 2017: para.130-131) نکته مهم در رأی دیوان، تأیید ادعای خواران مبنی بر حق دسترسی به دادگاه است. بنا بر نظر دیوان، همه کنیایی‌ها می‌بایست در بهره‌مندی از حقوق از جمله دسترسی به عدالت از فرصت‌های برابر برخوردار باشند و از این حیث نباید هیچ‌گونه تبعیضی میان شهروندان و قبایل مختلف، از جمله آگیک وجود داشته باشد (ACtHPR, 2017: para.143).

دیوان آمریکایی حقوق بشر نیز در پی سؤال دولت کلمبیا در مورد تعهدات زیست‌محیطی دولت‌های آمریکایی، نظریه‌ای مشورتی صادر نمود که در این رابطه قابل استناد است. در این نظریه مشورتی دیوان آمریکایی برای اولین بار حق بر محیط‌زیست سالم را به عنوان یک حق مستقل شناسایی کرده و آن را مبنا و اساس بقای بشریت توصیف می‌نماید (IACHR, 2017: 2-3). دیوان ضمن اشاره به تقسیم‌بندی حقوق زیست‌محیطی به ماهوی (حقوقی که تخریب محیط‌زیست به طور مستقیم بهره‌مندی از آن‌ها را تحت الشعاع قرار می‌دهد مانند حق حیات، حق بر سلامت و...) و حقوق آیینی (که به سیاست‌های زیست‌محیطی مربوط بوده و شامل حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها و دسترسی به مراجع قضایی در موضوعات زیست‌محیطی می‌شود). اعلام می‌دارد که تأمین حقوق زیست‌محیطی جز با فراهم ساختن بسترهای لازم برای دسترسی به دادگاه صالح امکان‌پذیر نیست.^۱

۱. باید توجه داشت که نظر مشورتی دیوان آمریکایی حقوق بشر برای تمام دولت‌هایی که صلاحیت آن را پذیرفتند لازم‌الاتباع می‌باشد.

Felix Pinto-Bazurco, "The inter-american court of human rights recognizes a right to a healthy environment in recent advisory opinion", 2018, available at: <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2018/02/23/the-inter-american-court-of-human-rights-recognizes-a-right-to-a-healthy-environment-in-recent-advisory-opinion/>

دیوان دادگستری اتحادیه اروپا نیز، در پرونده‌های متعددی بر بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس در مورد دسترسی به دادگاه در موضوعات زیست محیطی صحنه گذاشته است. بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس، صراحتاً به «ملاک‌های مقرر در قوانین ملی» اشاره دارد و طرح دعوا را منوط به احراز شرایط مزبور می‌داند. به عبارت دیگر، امکان قانون‌گذاری و تعیین شرایط طرح دعوا در موضوعات زیست محیطی برای دولت‌های عضو فراهم شده است. مسئله مهم این است که آیا دولت‌های عضو می‌توانند در حقوق داخلی خود محدودیت‌هایی بر بند ۳ ماده ۹ وارد نمایند و در صورتی که پاسخ مثبت باشد، اعمال محدودیت‌ها تا کجا می‌تواند ادامه داشته باشد. این موضوع در پرونده اختلاف میان سازمان مردم نهاد دورگاردن لیلاوالتانس^۱ علیه سوئد مطرح گردید.

قوانین داخلی دولت سوئد به آن دسته از سازمان‌های مردم نهاد اجازه طرح دعوا در موضوعات زیست محیطی را می‌دهد که تعداد اعضای آن‌ها از ۲۰۰۰ نفر بیشتر باشد. بر اساس همین مقرر و عدم احراز شرط مندرج در قانون سوئد، دعوی سازمان مردم نهاد دورگاردن لیلاوالتانس در مرحله بدوی و مرحله تجدیدنظر رد شد. لذا سازمان مذکور مسئله را نزد دیوان عالی سوئد طرح نمود و دیوان عالی برای رسیدگی، موضوع انطباق یا عدم انطباق قانون سوئد با کنوانسیون آرهوس را از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا استفسار نمود. دیوان در پاسخ، ابتدا اذعان می‌دارد که اولاً با توجه به اینکه قوانین با مشارکت (مستقیم یا غیرمستقیم) مردم وضع می‌شود، بالطبع دسترسی به مراجع قضایی و احقاق حق مردم، نباید مشروط به شرایط خاصی باشد. (CJEU, 2009: para.39) ثانیاً، قوانین داخلی دولت‌های عضو باید در راستای قوانین اتحادیه و کنوانسیون آرهوس، بیشترین دسترسی به مراجع قضایی و شبه قضایی را در موضوعات زیست محیطی تضمین نمایند و قوانین داخلی دولت‌ها نباید مبطل مقررات اتحادیه در مورد دسترسی افراد واجد صلاحیت به این مراجع باشد. (CJEU, 2009: para.45). ثالثاً، با توجه به اینکه تنها دو سازمان غیردولتی زیست محیطی در سوئد جمعیتی بالغ بر ۲۰۰۰ نفر عضو دارند، لذا قانون این کشور در عمل کلیه سازمان‌های غیردولتی کوچک و محلی را از دسترسی به دادگاه، محروم نموده است. (CJEU, 2009: para.50) دیوان در نهایت اعلام می‌کند که قانون داخلی سوئد در مغایرت با موضوع و هدف کنوانسیون آرهوس است.

دیوان دادگستری اتحادیه در پرونده سازمان غیردولتی دوستان زمین^۲ علیه آلمان، مقرر داخلی دولت آلمان را به چالش می‌کشد. این دولت طی مقرره‌ای اجازه تأسیس و بهره‌برداری از نیروگاه زغال سنگ را در ۸ کیلومتری مناطق حافظت شده صادر می‌کند. سازمان غیردولتی دوستان زمین برای ابطال

1. The NGO Djurgården-Lilla Värtans Miljöförening

2. The NGO Friends of the Earth

مجوز مذکور اقامه دعوا می‌کند اما دادگاه آلمان اعلام می‌دارد «تا زمانی که حقوق افراد به‌طور مستقیم نقض نشده باشد هیچ فرد یا سازمانی نمی‌تواند درخواست ابطال مجوز را داشته باشد». دیوان دادگستری اتحادیه اروپا بار دیگر این نظر عنوان می‌دارد که «در پرتو اهداف کنوانسیون آرهوس، سازمان‌های غیردولتی زیست‌محیطی برای حراست از اعمال مؤثر قوانین زیست‌محیطی، می‌بایست حق گسترده‌ای در زمینه طرح دعوا داشته باشند» (CJEU, 2011: paras.41-48). بنابراین، در پروژه‌هایی که ممکن است اثرات مهمی بر محیط‌زیست داشته باشند سازمان‌های غیردولتی زیست‌محیطی می‌بایست این حق را داشته باشند تا تصمیمات دولتی را نزد مراجع قضایی و شبه‌قضایی به چالش بکشند. از این رو قانون آلمان بسیار مضیق بوده و با اهداف کنوانسیون آرهوس انطباق ندارد.

همچنین در پرونده معروف به خرس‌های قهوه‌ای اسلواک^۱ که توسط سازمان غیردولتی^۲ علیه دولت اسلواکی طرح گردید دیوان دادگستری اتحادیه اروپا عنوان می‌دارد تا جایی که به‌گونه‌ای مورد حمایت مربوط می‌شود دادگاه‌های دولتی‌های عضو متعهدند برای تضمین حمایت قضایی مؤثر در چهارچوب قوانین زیست‌محیطی اتحادیه، قوانین ملی خود را تا جای ممکن به‌گونه‌ای تفسیر نمایند تا با اهداف مقرر در بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس و بیشترین دسترسی به دادگاه، انطباق داشته باشد. (CJEU, 2011: para.50)

کلیه پرونده‌های یادشده نشان می‌دهد که دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی برای احقاق حق در مسائل زیست‌محیطی چه به‌عنوان یک حق بشری و چه در قالب دموکراسی زیست‌محیطی، مورد تأیید رویه قضایی قرار گرفته است.

۳. مدل‌های مختلف مراجع زیست‌محیطی موفق در نظام‌های داخلی

آمارها نشان می‌دهد که در سال‌های اخیر در حوزه ایجاد مراجع قضایی زیست‌محیطی، نظام‌های داخلی شاهد فعالیت‌های مهمی بوده‌اند. برنامه محیط‌زیست ملل متحد (یونپ) در گزارشی تحت عنوان «دادگاه‌ها و دیوان‌های زیست‌محیطی: راهنمایی برای سیاست‌گذاران» به تفصیل این موضوع را بررسی نموده است. طبق این گزارش، بررسی‌های صورت گرفته در ۴۴ کشور نشان می‌دهد بیش از ۱۲۰۰ مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی در سراسر جهان مشغول فعالیت‌اند. همچنین، تأسیس دادگاه‌های اختصاصی پاسخی مناسب به هدف شانزدهم توسعه پایدار مندرج در سند «تحول دنیای ما: دستور کار ۲۰۳۰ برای اقدام جهانی» است (Pring, Pring, 2016: 1). در واقع تعدد مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی از تحولات قرن ۲۱ عنوان شده است (Smith, 2018: 138).

1. Slovak Brown Bears (2011)
2. Lesoochránárske zoskupenie VLK

مراجع زیست محیطی از جهاتی از دادگاه‌های عمومی متفاوت و مجزا هستند زیرا نه تنها به طور خاص بر موضوعات زیست محیطی متمرکز هستند، بلکه قضات و دادرسان و حتی در مواردی وکلا و کارشناسان این مراجع، افرادی هستند که به طور خاص در حقوق محیط زیست آموزش دیده و متبحر هستند (Pring, Pring, 2016: IV, V). در واقع بدون یک نظام قضایی مستقل، قدرتمند و متخصص امکان پیگیری منافع عامه غیرممکن است (Robinson, 2012: 379). همان طور که آنتونیو بنجامین قاضی دیوان عالی برزیل عنوان می‌دارد: «چالش‌های زیست محیطی مستلزم پاسخ و واکنش سریع است که با فرایند کند نظام قضایی، به دلیل بوروکراسی اداری و سایر تشریفات، سازگار نبوده و حتی در نهایت خود مانعی برای حمایت مؤثر از محیط زیست است» (Pring, 2016: 1).

در مورد نمونه‌های مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی در ابتدا باید عنوان داشت که مناسب‌ترین روش حل و فصل اختلافات به نحوی که برای تمام افراد ذی‌نفع حق دسترسی به دادگاه وجود داشته باشد بستگی به مؤلفه‌های گوناگونی دارد. هر نمونه از این مراجع در نظام‌های داخلی، به نوعی منعکس کننده نظام حقوقی و فرهنگی دولت متبوع آن دادگاه می‌باشد. به این معنا که یک مرجع قضایی یا شبه قضایی زیست محیطی در یک دولت می‌بایست با توجه به تاریخ، نظام حقوقی، نظام قضایی، اقتصاد، فرهنگ، مذهب و سیاست‌های زیست محیطی آن دولت باشد. با این توضیح، در ادامه انواع مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی در کشورهای مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرند (Pring, 2016: 1). در کل، مراجع زیست محیطی یا در ساختار قضایی یا در ساختار نهادهای شبه قضایی مانند نهادهای اداری، آمبودزمان و... تعبیه شده‌اند.

۳-۱. مراجع قضایی زیست محیطی

مراجع قضایی زیست محیطی به پنج دسته قابل تقسیم بندی هستند:

طبق الگوی نخست، دادگاه اختصاصی محیط زیست مستقل از دادگاه‌های عمومی تاسیس می‌شود. این مدل دادگاه‌ها که عالی‌ترین نمونه از روش‌های حل و فصل قضایی موضوعات زیست محیطی محسوب می‌شوند دارای صلاحیت گسترده‌ای بوده و عموماً بهترین رویه‌های زیست محیطی از آن‌ها نشئت می‌گیرد. از نمونه‌های عملی می‌توان به دادگاه موضوعات ارضی و زیست محیطی برزیل و دادگاه محیط زیست نیوزیلند اشاره نمود. دسته دوم، دادگاه‌های تخصصی زیست محیطی بخشی از بدنه دادگاه عمومی را تشکیل می‌دهد. به این معنی که از حیث بودجه، کارکنان و مدیریت زیر نظر دادگاه عمومی بوده اما از حیث قواعد شکلی و ماهوی در تصمیم‌گیری مستقل عمل می‌کنند. دادگاه ایالت کوئینزلند استرالیا، شعبه محیط زیست دادگاه عالی ایالت ورمونت آمریکا از جمله دادگاه‌های زیست محیطی هستند که در این دسته جای می‌گیرند.

دسته سوم، شامل مراجع قضایی زیست‌محیطی است که نه تنها مسائل زیست‌محیطی توسط قضات متخصص و متبحر در حقوق محیط‌زیست در آن‌ها بررسی می‌شود، بلکه به موازات رسیدگی‌های حقوقی، متخصصان علمی و فنی نیز پرونده را مورد بررسی قرار می‌دهند تا ابعاد مختلف قضیه آشکار شده و حکم صادره عادلانه‌تر باشد. مشخصه اصلی این قسم از مراجع زیست‌محیطی، همکاری میان زمانی محقق می‌گردد که در دادگاه اختصاصی یا تخصصی در کنار قضات حقوق‌دان، متخصصین علمی قضات (حقوق‌دان) با متخصصین علمی و فنی زیست‌محیطی است والا همکاری متخصصین فنی و علمی در دسته اول (دادگاهی مجزای از دادگاه عمومی) و دسته دوم (شعبه‌ای در بدنه دادگاه عمومی) نیز متصور است. به بیان دیگر در دسته اول و دوم لزوماً از متخصصین علمی و فنی استفاده نمی‌شود، در حالی که دسته سوم و فنی نیز مشارکت داشته باشند. برای مثال، طبق قانون محیط‌زیست شوند، دادگاه ارضی و زیست‌محیطی این کشور، هینتی مشکل از یک قاضی (حقوق‌دان)، یک کارشناس فنی و دو کارشناس علمی است. همچنین دادگاه محیط‌زیست شیلی نیز بر اساس همین الگو از سه عضو اصلی شامل دو قاضی (حقوق‌دان) و یک کارشناس علمی (که از میان مهندسين و اقتصاددان‌ها انتخاب می‌شود) و دو عضو جایگزین (یک حقوق‌دان و یک کارشناس علمی) تشکیل شده است و حکم نهایی نیز می‌بایست محصول همکاری حقوقی و فنی میان اعضای مذکور باشد.

الگوی چهارم از رسیدگی‌های زیست‌محیطی می‌تواند شامل حالت‌های مختلفی باشد که در سه الگوی پیشین قرار نمی‌گیرد اما به نوعی مبین توجه خاص به پرونده‌های زیست‌محیطی است، اقداماتی همچون اختصاص زمان‌های مشخص برای رسیدگی‌های زیست‌محیطی یا تخصیص شعبی از دادگاه‌های عمومی به این امر یا آموزش زیست‌محیطی قضات دادگاه عمومی از مصادیق شناخته شده این الگو است. برای روشن شدن بهتر شیوه کار این دسته، دادگاه ایالت هاوایی در آمریکا را مثال می‌زنیم. دادگاه مذکور روزهای مشخصی را در هر ماه به رسیدگی پرونده‌های زیست‌محیطی اختصاص می‌دهد اگرچه قضات رسیدگی‌کننده لزوماً افراد متخصص محیط‌زیست نیستند. یا کشور فیلیپین که شعبی از دادگاه‌های عمومی را به رسیدگی‌های زیست‌محیطی اختصاص داده است؛ به این معنا که شعب مذکور به پرونده‌های حقوقی، کیفری و... رسیدگی می‌نمایند، در کنار آن‌ها تمام پرونده‌های زیست‌محیطی نیز به این شعب انتقال داده می‌شود. مثال دیگر این الگو، حالتی است که برخی قضات منتخب دادگاه عمومی به صورت ادواری مورد آموزش‌های زیست‌محیطی قرار می‌گیرند. کشورهای اندونزی و آرژانتین این روش را برگزیده‌اند. دیوان عالی اندونزی دلیل انتخاب این روش را حفظ استقلال قوه قضائیه می‌داند. دیوان عالی آرژانتین نیز در

مراحل ابتدایی تأسیس دادگاه زیست محیطی، در سال ۲۰۱۴ اقدام به تأسیس یک دفتر زیست محیطی^۱ نمود. گرچه دفتر مذکور حکم قضایی صادر نمی‌کند و از این رو نمی‌توان آن را یک دادگاه زیست محیطی دانست اما یکی از فعالیت‌های این دفتر، ارائه آموزش‌های زیست محیطی به کارکنان قوه قضائیه است (Pring, 2016: 22-32).

۲-۳. مراجع شبه قضایی زیست محیطی

مراجع شبه قضایی زیست محیطی را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم نمود. دسته اول شامل مراجع شبه قضایی می‌شود که منفک از نهادهای عمومی کشور به فعالیت می‌پردازند، به این ترتیب که در تعیین قواعد حاکم بر رسیدگی از اختیار تام برخوردارند. مثال این مورد، دیوان ملی محیط زیست کنیا^۲ است. وظیفه این نهاد، رسیدگی به اعتراضات وارده به تصمیمات آژانس ملی محیط زیست کنیا است. از جمله وظایف آژانس ملی محیط زیست کنیا، صدور مجوز برای ساخت جاده، تأسیس کارخانه، ارائه تسهیلات گردشگری و... است. فعالیت‌های یادشده نیازمند اخذ مجوز و ارزیابی آثار زیست محیطی است. اعتراض نسبت به مجوز مذکور در دیوان ملی محیط زیست کنیا قابل بررسی است و مدت زمان و هزینه رسیدگی در این دیوان بسیار کمتر از مراجع قضایی تعیین شده است. کمیسیون هماهنگی اختلافات زیست محیطی ژاپن^۳ نیز نمونه دیگری از این قبیل مراجع شبه قضایی است. این کمیسیون، نهاد تخصصی مستقلی است که از اختیار لازم برای بازنگری یا لغو تصمیمات دولتی برخوردار نبوده و صرفاً نظرات مشورتی ارائه می‌دهد؛ با این حال، به دلیل فرایند عادلانه، سریع و ارزانی که دارد سالانه پرونده‌های زیادی را بررسی می‌نماید. (Pring, 2016: 32-34).

و اما دسته دوم، مراجعی هستند که به عنوان جزئی از ساختار و بدنه سازمان‌های دولتی عمل نموده و از حیث بودجه و فعالیت‌های اداری تحت نظارت آن‌ها هستند. دیوان ملی سبز هند^۴ از جمله این مراجع است. دیوان مزبور به عنوان بخشی از وزارت دادگستری کشور هندوستان و در استقلال کامل از وزارت محیط زیست این کشور فعالیت می‌کند و همچون نهادهای قضایی از اختیارات گسترده‌ای مانند احضار شهود، دستور موقت، توقیف اموال و... برخوردار است. مرجع بازنگری تصمیمات این نهاد، دیوان عالی کشور هندوستان است. دیوان ملی سبز هند تاکنون رسیدگی به پرونده‌های بسیار مهم زیست محیطی مانند آلودگی رود گنگ، آلودگی هوا در دهلی نو و... را در کارنامه خود دارد (Rengarajan and others, 2018: 11313-11318).

1. Environmental Office

2. Kenya – National Environment Tribunal

3. Environmental Dispute Coordination Commission of Japan

4. India – National Green Tribunal

و سومین دسته از نهادهای شبه‌قضایی، نهادهایی هستند که از حیث مالی، اداری و سیاست‌گذاری تحت کنترل نهاد مافوق خود هستند که تصمیمات آن‌ها را نیز مورد بازنگری قرار می‌دهد و لذا فرض بر این است دسته اخیر برخلاف مدل پیش‌گفته، در تصمیم‌گیری‌ها از استقلال کافی برخوردار نیستند. با وجود این برخی از این نهادها توانسته‌اند با جلب اعتماد عمومی، رویه‌های خوبی از خود به‌جای بگذارند. در این مورد می‌توان سازمان حفاظت از محیط‌زیست ایالات متحده^۱ را مثال زد. در این سازمان، مرجع رسیدگی به پرونده‌های اداری مرتبط با محیط‌زیست، دفتر دادرسان حقوق اداری^۲ است. تصمیمات این دفتر توسط هیئت استیناف محیط‌زیست^۳ (با ۴ قاضی مجرب و ۸ وکیل باتجربه به‌عنوان مشاور) مورد بازنگری قرار می‌گیرد. بازنگری انجام شده به‌عنوان یک گزارش مستقیماً به دفتر دادرسان حقوق اداری ارسال می‌شود. تصمیمات هیئت استیناف برای سازمان محیط‌زیست قطعی بوده و تنها در برخی موارد نزد دادگاه فدرال قابل اعتراض است. (Pring, Pring, 2016: 38-39).

۴. دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران

از بدو تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مسئله محیط‌زیست مورد توجه قانون‌گذار بوده است. اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط‌زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این‌رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آنکه با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است» اصل مزبور که ۶ سال پس از اعلامیه استکهلم، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درج گردید نقطه عطفی در شکل‌گیری مبانی حفاظت از محیط‌زیست در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شود (رمضانی قوام آبادی، ۱۳۹۲: ۹۴). با وجود این مقررۀ اساسی و نیز وجود قوانینی هرچند پراکنده در نظام حقوقی ایران، محیط‌زیست کشور به‌ویژه در دو دهه اخیر با چالش‌های زیست‌محیطی فراوانی مواجه گردیده مواردی همچون کم‌آبی و خشکسالی، ریزگردها، آلودگی هوای کلانشهرها، بالا بودن مصرف انرژی، خشک شدن تالاب‌ها، فرسایش و فرونشست زمین، از بین رفتن جنگل‌ها، بیابان‌زایی، فرسایش خاک، آلودگی دریاها، انقراض گونه‌های جانوری بومی، شکار غیرقانونی، از بین رفتن تنوع زیستی، از عمده‌ترین مشکلات زیست‌محیطی ایران است که افزون بر به خطر انداختن جان انسان‌ها، محیط‌زیست کشور را به‌سوی شرایط بحرانی سوق داده است.

1. U.S. Environmental Protection Agency
2. Office of Administrative Law Judges
3. The Environmental Appeals Board

شدت دامنه آلودگی و تخریب محیط زیست در ایران به حدی است که دیگر نمی توان بر آن سرپوش نهاد، به طوری که مقوله توسعه با تخریب محیط زیست هم زاد شده است. برای مثال، ایران جزو ۱۰ کشور اول جهان در آلودگی هواست و در مسائلی همچون فرونشست زمین، نابودی تالاب ها و بیابان زایی رتبه اول را به خود اختصاص داده است (کاویانی راد، ۱۳۸۹: ۳۵-۳۴). در مدیریت بحران های زیست محیطی و مقابله با آن ها، عوامل مختلفی دخیل هستند از جدیت در اعمال قانون و سازوکارهای حقوقی و قضایی و ضمانت اجرای مؤثر، برخورداری از قوانین هم سو با زمان تا نگرش عمومی نسبت به محیط زیست، دخالت جامعه مدنی و مانند آن. از عوامل یادشده مقوله مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی به عنوان بخشی از سازوکارهای حقوقی و قضایی مدنظر این مقاله است. در مطالب پیش رو ابتدا وضعیت کنونی نظام حقوقی برای طرح دعاوی زیست محیطی و سپس آنچه بایسته است را بررسی خواهیم کرد.

۴-۱. طرح دعاوی زیست محیطی در ساختار کنونی

هرچند قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اشاره ای به مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی ندارد اما در برخی از مقررات و قوانین عادی، امکان طرح دعاوی و جبران خسارات زیست محیطی پیش بینی شده است. در حال حاضر برای رسیدگی به پاره ای از اختلافات که جنبه های زیست محیطی نیز دارند، مراجع شبه قضایی توسط برخی قوانین و آیین نامه های اجرایی تشکیل شده است. بر اساس ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب، استفاده از منابع آب زیرزمینی (به استثنای موارد مذکور در ماده ۵) از طریق حفر هر نوع چاه، قنات و چشمه می بایست با موافقت وزارت نیرو و صدور پروانه حفر و بهره برداری توسط این وزارتخانه انجام گیرد. با توجه به ماده ۱ آیین نامه اجرایی فصل دوم قانون فوق، مصوب ۱۳۶۳ هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی بخواهد از آب های زیرزمینی... استفاده کنند باید تقاضای کتبی خود را به سازمان یا شرکت های آب تابعه وزارت نیرو یا شعب آن ها تسلیم نمایند. در مواد ۳ و ۴ آیین نامه مقرر شده پس از تکمیل پرونده متقاضی، رسیدگی به آن جهت صدور پروانه با (کمیسیون رسیدگی به امور پروانه ها) خواهد بود. علاوه بر این مورد، صدور پروانه مصرف بهینه آب برای مصرف کنندگان کشاورزی (طبق ماده ۷ آیین نامه اجرایی بهینه سازی مصرف آب کشاورزی مصوب ۱۳۷۵) و صدور پروانه کلیه چاه های آب کشاورزی فعال فاقد پروانه (به استناد ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه های آب فاقد پروانه بهره برداری مصوب ۱۳۸۹) از اختیارات کمیسیون است (جعفری ندوشن و شیرزاد، ۱۳۹۸: ۴۶-۲۷). البته کمیسیون در برخی مسائل مانند حل اختلاف فی مابین صاحبان چاه یا قنات جدیدالاحداث با صاحبان منابع آبی مجاور (تبصره ۲ ماده ۵ و تبصره ۱ ماده ۱۴ و ماده ۶ آیین نامه اجرایی) صلاحیت حل اختلاف

نیز دارد. بنابراین می‌توان کمیسیون را مرجع شبه‌قضایی دانست که علاوه بر صدور مجوزهای لازم برای حفر و بهره‌برداری از منابع آب‌های زیرزمینی، از صلاحیت حل اختلاف نیز برخوردار است. همچنین، بر اساس تبصره ۵ ماده‌واحد قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب ۱۳۸۹ به منظور حل اختلافات ناشی از این قانون و نیز قانون توزیع عادلانه آب، در هر استانی، کمیسینی با عنوان کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی متشکل از یک نفر قاضی (با حکم رئیس دادگستری)، یک نفر نماینده سازمان جهاد کشاورزی استان (با حکم رئیس سازمان) و یک نفر نماینده شرکت آب منطقه‌ای استان (با حکم مدیرعامل شرکت) تشکیل و نسبت به بررسی شکایات واصله اقدام می‌کند. البته رأی نهائی توسط قاضی صادر می‌گردد. طبق این قانون، کلیه دعاوی اشخاص علیه دولت مطروحه در دادگاه عمومی، برای اتخاذ تصمیم به این کمیسیون ارسال خواهد شد.

از دیگر مراجع شبه‌قضایی در حوزه محیط‌زیست باید به هیئت تعیین تکلیف اراضی موضوع ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع اشاره نمود. طبق ماده‌واحد این قانون صاحبان اراضی زراعی، باغات و تأسیسات واقع در خارج از محدوده قانونی شهرها و حریم روستاها... که به اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور مصوب ۱۳۴۶ و اصلاحیه‌های بعدی آن اعتراض داشته باشند می‌توانند به هیئتی مرکب از مسئول اداره کشاورزی، مسئول اداره جنگل‌داری، عضو جهاد سازندگی، عضو هیئت واگذاری زمین، یک نفر قاضی دادگستری و بر حسب مورد دو نفر از اعضای شورای اسلامی روستا یا عشایر محل مربوطه، مراجعه نمایند. این هیئت در هر شهرستان زیر نظر وزارت کشاورزی و با حضور حداقل ۵ نفر (از هفت نفر) رسمیت یافته و پس از اعلام نظر کارشناسی هیئت، رأی قاضی لازم‌الاجرا خواهد بود.

در مورد طرح دعاوی زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) امکان اعتراض به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آن را مقرر نموده است. همچنین تبصره اول همین ماده، بیان می‌دارد: «تعیین میزان خسارات وارده... پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف، با دادگاه عمومی است» بنابراین بر اساس ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، اشخاص حقیقی می‌توانند رأساً علیه تصمیمات و اقدامات سازمان‌های دولتی که به تخریب محیط‌زیست می‌انجامد و حقوق اشخاص خصوصی را نیز تضییع می‌کند در دیوان طرح دعوا نموده و در صورت استحقاق، حقوق زیان‌دیدگان در دادگاه‌های عمومی قابل مطالبه خواهد بود (همتی، ۱۳۹۷: ۲۴۳-۲۴۲). بنابراین، در صورتی که خسارت به محیط‌زیست از جانب دستگاه‌های اجرایی به حقوق اشخاص خصوصی هم لطمه بزند یا تصمیمات زیست‌محیطی دستگاه‌های مذکور، موجب ورود خسارت به اشخاص شود، این

اشخاص می‌توانند نزد دیوان طرح دعوی نمایند. همچنین، طبق تبصره ۲ ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور گزارش‌های بازرسی سازمان بازرسی در ارتباط با آیین‌نامه و تصویب‌نامه و بخشنامه و دستورالعمل‌های صادره و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی که حاکی از تشخیص تخلف در موارد فوق‌الذکر باشد جهت رسیدگی و صدور رأی به دیوان عدالت اداری ارسال می‌گردد. رسیدگی به این‌گونه موارد به‌طور فوق‌العاده و خارج از نوبت خواهد بود. همچنین، به‌موجب مواد ۹، ۱۱ و ۱۲ قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست و بند ج ماده ۱۲ و بند الف ماده ۱۳ قانون شکار و صید و اصلاحیه آن، سازمان محیط‌زیست دارای اختیارات لازم برای جلوگیری از آلودگی است. از آنجایی که این سازمان، زیر نظر قوه مجریه است، دعاوی که از سوی آن طرح می‌شود، دعوای دولت محسوب می‌گردد و اگر طرف دعوا نیز واحد دولتی باشد، رسیدگی به پرونده در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است (بهرامی احمدی و علم خانی، ۱۳۹۲: ۹۱).

اگرچه قوانین و مقررات مصوب در حوزه محیط‌زیست از جمله قانون شکار و صید، قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، آیین‌نامه اخذ ورودیه از پارک‌ها و موزه‌ها، قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی، قانون مناطق دریایی، قانون مجازات صید غیرمجاز در دریا و... هیچ اشاره‌ای به حق اقامه دعوی توسط اشخاص خصوصی و یا سازمان‌هایی که متصدی امر حفاظت محیط‌زیست هستند، ننموده، اما «آیین‌نامه اجرایی هیئت وزیران درخصوص تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی» مورخ ۸۱/۱۱/۹ و اصلاحیه ۸۲/۱۰/۲۳ به سازمان‌های غیردولتی حق می‌دهد تا متناسب با موضوع فعالیت خود با رعایت این آیین‌نامه و سایر قوانین و مقررات مربوطه فعالیت نموده و از جمله نسبت به دادخواهی در مراجع قضایی و شبه‌قضایی اقدام نمایند.

از دیگر ظرفیت‌های نظام حقوقی برای طرح دعوی زیست‌محیطی، ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۴) است. طبق این ماده «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها در زمینه ... محیط‌زیست است، می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق‌الاعلام جرم نموده و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند.» مطرح نمودن سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن) در قانون آیین دادرسی کیفری یکی از جلوه‌های سیاست جنایی مشارکتی است که نه تنها جنبه حمایتی از بزه‌دیده دارد بلکه نقش مهمی در تحقق حقوق شهروندی و پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانوی ایفا می‌نماید (وروایی، ۱۳۹۵: ۳۲-۳۰). در اغلب سیستم‌های حقوقی، چنانچه زیانی مستقیم به اشخاص وارد نشود و فقط محیط‌زیست موضوع جرم قرار گیرد، در نظر اول، تنها فردی که می‌تواند اقامه دعوی کند دادستان است (رمضانی قوام آبادی و جوادمنش، ۱۳۹۵: ۹۸۷). بنابراین، پیش‌بینی این ماده در قوانین کیفری ما علاوه بر اینکه تضمین تحقق مبانی توسعه پایدار و مبین مسئولیت همگانی مندرج در اصل ۵۰ قانون

اساسی است، سبب می‌گردد در حوزه‌هایی که ورود و تعقیب مدعی‌العموم با مشکلاتی مواجه باشد سازمان‌های مردم‌نهاد - که امروزه برخی آنان را (دادستان خصوصی یا شبه‌دادستان) می‌نامند - در تعامل با دادستان حامی حقوق افراد و جامعه باشند (چکنی، ۱۳۹۷: ۳۴۶).

می‌توان گفت، تا قبل از تصویب ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد کنشی^۱ بوده اما پس از تصویب آن واکنشی^۲ شده است. به عبارت دیگر در حوزه سیاست جنایی ایران، نقش سازمان‌های غیردولتی صرفاً، پیشگیرانه بوده حال آنکه امروزه آن‌ها از نقش‌های متعددی در فرایند کیفری برخوردار هستند از جمله حضور به‌عنوان شاکی یا اعلام‌کننده جرم، یاور دادگاه و مشاور قربانی (چکنی، ۱۳۹۷: ۳۴۹) البته لازم به ذکر است که سمن‌ها قبل از اصلاح نهایی قانون آیین دادرسی کیفری از حقوق گسترده‌تری شامل حق اعلام جرم، معرفی نماینده جهت حضور در دادرسی، دادگاه و دریافت احضارنامه، اظهارنظر، اقامه دلیل و اعتراض به رأی صادره برخوردار بودند. اما در متن نهایی مداخله آن‌ها به اعلام جرم و مشارکت محدود گشت.

بنابراین، ماده مذکور از کاستی‌هایی رنج می‌برد و همین سبب شده تا مورد اقبال سازمان‌های مردم‌نهاد قرار نگیرد. از جمله ایرادات مهم ماده ۶۶ این است که شرایط لازم برای احراز سمن‌هایی که می‌توانند نسبت به جرایم زیست‌محیطی اعلام جرم نمایند مشخص نشده است. طبعاً، این مسئله حاکمیت قانون را به چالش کشیده و باب اعمال سلیقه احتمالی را باز می‌گذارد. البته، قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (۱۳۹۵) به سمن‌هایی اجازه استفاده از حق مذکور در ماده ۶۶ را می‌دهد که از مراجع قانونی ذی‌ربط کسب مجوز نموده و اگر سه بار به‌صورت متوالی اعلان جرم یک سمن به‌طور قطعی رد شود تا یک‌سال نمی‌تواند از حق خود برای اقامه دعوی استفاده نماید. (چکنی، ۱۳۹۷: ۳۵۸) این قانون نه تنها به رفع ابهام کمکی نموده بلکه محدودیت مندرج در آن، چنانچه اشاره شد حق دسترسی به دادگاه را به‌عنوان یک حق بشری مخدوش می‌نماید. همچنین منوط کردن اعلام اسامی سمن‌های موضوع ماده ۶۶ از سوی وزیر دادگستری و کشور و تصویب رئیس قوه قضائیه که همه از مسئولان دولتی هستند ضمن آنکه با خصیصه غیردولتی بودن این نهادها در مغایرت است، محدودیتی بر احقاق حق توسط آن‌ها محسوب می‌شود.^۳ ضمناً با توجه به اینکه ماده ۶۶ جنبه حمایتی دارد و به نظر، با صرف اعلام جرم و شرکت در جلسات حمایت محقق

1. proactive

2. reactive

۳. یادآور می‌شود که در زمینه دعاوی مدنی کماکان سازمان‌های غیردولتی نمی‌توانند به عنوان خواهان در دعاوی زیست‌محیطی طرح دعوی کنند.

نمی‌گردد و بهتر آن بود که از حقوق گسترده‌تری برخوردار باشند (وروایی، ۱۳۹۵: ۴۱).

به ظرفیت‌های فوق می‌توان معافیت‌هایی که در نظام حقوقی ایران برای طرح دعاوی زیست‌محیطی توسط برخی نهادها در نظر گرفته شده را اضافه کرد. در همین راستا، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۱۱۵۸ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۰۸ عنوان داشته است: «با عنایت به ماده ۲۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۸/۱۰ که مقرر می‌دارد به منظور رفع تصرف از اراضی دولتی، ملی و وقفی، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور، سازمان امور اراضی و سازمان حفاظت محیط‌زیست.... حسب مورد پس از تأیید بالاترین مقام دستگاه اجرایی مربوط، از پرداخت هزینه‌های دادرسی معاف می‌باشند.» چنانچه دستگاه اجرایی ذی‌ربط به منظور رفع تصرف از اراضی مذکور در این قانون هرگونه دعوائی طرح یا اعتراض نماید، با رعایت مقررات این ماده از پرداخت هزینه دادرسی معاف است. اداره کل حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۳۱۹۸ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ نیز اعلام نموده است «دعاوی که سازمان محیط‌زیست در اجرای قانون حفاظت و احیاء و مدیریت تالاب‌های کشور مصوب ۱۳۹۶ اقامه می‌نماید (اعم از دعاوی کیفری و یا حقوقی نظیر ضرر و زیان ناشی از جرم) - با عنایت به اطلاق تبصره ۲ ماده ۴ این قانون - از پرداخت هزینه دادرسی معاف است.» نظرات اداره حقوقی، نشان‌دهنده درک حساسیت موضوعات زیست‌محیطی و گام‌های مثبت جهت تسهیل طرح دعاوی زیست‌محیطی است.

۴-۲. خلأهای نظام حقوقی ایران

اقداماتی که در بند پیشین به آن اشاره شد، به طور قطع گام‌های مهمی در جهت تحقق عدالت و دموکراسی زیست‌محیطی به حساب می‌آید. با این حال نکات ضعف بیان‌شده در قوانین، فقدان قانونی منسجم به عنوان قانون محیط‌زیست و به‌ویژه خلأ نهاد متمرکزی که در آن افراد متخصص به دعاوی زیست‌محیطی رسیدگی نمایند، کماکان محسوس است. به بیان دیگر، در وهله نخست، اعطای سمت به شهروندان و به‌ویژه سازمان‌های غیردولتی، در طرح دعاوی زیست‌محیطی از جلوه‌های تحقق دموکراسی زیست‌محیطی و یکی از کارآمدترین شیوه‌های مشارکت مردمی در سطوح مختلف تصمیم‌گیری و اجرای کارآمد حقوق محیط‌زیست و تحقق محیط‌زیست سالم است. از این رو، بسیاری از کشورها، با بهره‌گیری از تمام ظرفیت‌های حقوقی، اعم از قوانین موضوعه و تفسیر قضایی مناسب، راه را برای طرح این دعاوی هموار کرده‌اند (جم، ۱۳۸۷: ۸۱). یکی از جدیدترین ابتکارات موجود، اعطای شخصیت حقوقی به عناصر طبیعی محیط‌زیست و تعیین قیم و نماینده قانونی جهت اقامه دعاوی از سوی عنصر طبیعی است. برای مثال، در قانون اساسی اکوادور (۲۰۰۸) اعلام شده طبیعت به مثابه شخص حقوقی است. مواد ۱۰ و ۷۱ تا ۷۴ قانون اساسی این

کشور حقوق ذاتی اکوسیستم را شناسایی نموده و به افراد اجازه می‌دهد که در صورت وقوع خسارت، از طرف اکوسیستم اقامه دعوا کنند (Dinah Shelton, 2015: para.24). همچنین در سال ۲۰۱۴ دولت نیوزیلند برای پارک ملی تی‌ارورا^۱ که بخشی از جنگل‌های طبیعی است قائل به شخصیت حقوقی شد (Catherine J. Iorns Magallanes, 2015, para.34) و بار دیگر در سال ۲۰۱۷ برای رودخانه وانگانی^۲ این موضوع تکرار گردید. در این راستا، قیم‌هایی^۳ برای رودخانه تعیین گردید تا در صورت ایراد خسارت به رودخانه، اقدام به طرح دعوا کرده و مطالبه جبران خسارت نمایند (Renata Colwell, Savannah Carr-Wilson, 2017: 5-6).

در سال ۲۰۱۶ نیز دادگاه قانون اساسی کلمبیا در مورد رودخانه آتراتو عنوان داشت این رودخانه و حوزه‌های آبریز آن از حقوق حمایت، حفاظت و بازسازی توسط دولت و گروه‌های قومی برخوردار هستند (Colombia Constitutional Court, 2018: 159). در واقع به اعتقاد دادگاه، میان منابع طبیعی با فرهنگ گروه‌های محلی و مردمان بومی ارتباط متقابل وجود دارد و لذا بومیان منطقه به لحاظ حقوقی، قیم رودخانه محسوب می‌شوند (ABColumbia, 2017). از موارد مشابه دیگر، رود گنگ و جنگل آمازون است. ورود زباله‌های صنعتی و فاضلاب‌های تصفیه نشده موجبات آلودگی رود گنگ شده و از این رو دادگاه عالی ایالت اوتاراکنده^۴ در هندوستان در سال ۲۰۱۷ و در راستای مبارزه با آلودگی این رود، شخصیت حقوقی مستقل آن را احراز می‌نماید. طبق نظر دادگاه، مدیر پروژه گنگ، دبیرکل ایالت اوتاراکنده و دادستان نمایندگان قانونی گنگ محسوب شده و می‌توانند از طرف آن، به استیفای حقوقش از جمله طرح دعوا در دادگاه بپردازند (Trivedi and Jagati, 2017). در رابطه با جنگل آمازون نیز در سال ۲۰۱۸ یک سازمان مردم‌نهاد دعوایی را علیه دولت کلمبیا طرح نمود. در این پرونده، نماینده خواهان در لوایح خود به حق جنگل آمازون تأکید نمود. دادگاه با تأکید بر اهمیت جنگل‌ها در حفظ اکوسیستم از رئیس‌جمهور و وزرای محیط‌زیست و کشاورزی می‌خواهد تا به طراحی یک برنامه اقدام که مستلزم همکاری با گروه‌های بومی است مبادرت نمایند (Stephen Schmidt, 2018). بنابراین، اعطای شخصیت حقوقی به عناصر طبیعی در کنار دادن سمت به شهروندان و به‌ویژه نهادهای متشکل از آن‌ها که سازمان‌های غیردولتی نامیده می‌شوند توانسته موجبات حفاظت از محیط‌زیست را به‌طور کلی و عناصر طبیعی ارزشمند را به‌طور

1. Te Urewera

2. Whanganui River

3. Guardians

4. Uttarakhand High Court

خاص فراهم سازد. مشارکت این سازمان‌ها زمانی بیشتر آشکار می‌شود که به وجود جرایم بدون بزه‌دیده عینی جهت تعقیب دعوای عمومی در حقوق کیفری کشور توجه نماییم. لذا صرف پیش‌بینی حضور سازمان‌های غیردولتی در فرایند کیفری در نظام حقوقی ایران که به آن اشاره شد، کافی نبوده و ضروری است برای این نهادها همانند بسیاری از کشورها حق حضور به‌عنوان شاکی قائل گردید. ضمن آنکه برای نهادینه شدن مشارکت سازمان‌های غیردولتی باید مقررات مشخصی در باب اداره، شرایط و نحوه حضور آن‌ها در فرایند کیفری تنظیم شود. در کنار این با توجه به وجود مواهب طبیعی بی‌نظیر و کم‌نظیر در کشورمان مثل کوه دماوند، جنگل‌های هیرکانی، کویر لوت، زاینده‌رود و... ایده اعطای شخصیت حقوقی به این عناصر در کنار ایجاد حق دسترسی به محاکم برای سازمان‌های غیردولتی می‌تواند گامی مؤثر در حفاظت از این مواهب طبیعی باشد.

در وهله بعدی، طرح دعوای زیست‌محیطی زمانی به‌صورت کامل تحقق می‌یابد که مراجعی با ماهیت قضایی یا شبه‌قضایی جهت رسیدگی به مسائل زیست‌محیطی پیش‌بینی شود. وجود مراجع قضایی خاص محیط‌زیست با صلاحیت مدنی و کیفری، به‌منظور تحقق دموکراسی زیست‌محیطی و پاسخ مؤثر به جرایم زیست‌محیطی ضروری می‌نماید، زیرا تعیین قربانی، تحلیل مفهوم خسارت به محیط‌زیست و... وظایف پیچیده و به‌هم‌پیوسته‌ای هستند که بهتر است به دادگاه‌های اختصاصی یا تخصصی با دادرسان متخصص واگذار شوند (همتی، ۱۳۹۷: ۲۴۱). به‌علاوه، اختلافات زیست‌محیطی نیاز به اقدام متناسب و سریع دارد، که با سرعت پایین حاکم بر دادگاه‌های عمومی سازگار نیست، زیرا تشریفات اداری، مانعی برای حفاظت مؤثر از محیط‌زیست و تحقق توسعه پایدار هستند (Pring, Pring, 2016: 2).

چنانچه بیان شد، قوانینی که در راستای تحقق حق دسترسی به دادگاه برای موضوعات زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران وضع گردیده، علاوه بر پراکندگی و تنوع زیاد، نواقصی دارد که احقاق حق را مشکل می‌سازد.

مراجع رسیدگی‌کننده به این قسم دعوای در صورتی که خوانده، نهاد دولتی یا شهرداری‌ها یا سازمان تأمین اجتماعی و نهادهای وابسته به آن‌ها و خواهان اشخاص خصوصی باشند، دیوان عدالت اداری و در صورتی که خواهان و خوانده، اشخاص حقوقی عمومی باشند دادگاه‌های دادگستری مرجع صالح رسیدگی خواهند بود و مرجع صالح رسیدگی به جرایم زیست‌محیطی نیز دادگاه‌های کیفری است. این در حالی است که تشکیل دادگاه‌های اختصاصی و تخصصی در نظام حقوقی ایران موضوع جدیدی نبوده و امری مسبوق به سابقه موفق است. برای نمونه دادگاه اطفال و نوجوانان به‌عنوان یکی از شعب دادگاه عمومی، دادگاهی تخصصی و دادگاه خانواده به‌عنوان یک

دادگاه اختصاصی در حال فعالیت هستند^۱ و قانون‌گذار با توجه به صلاحیت‌های خاص آن‌ها، شرایط خاصی را مقرر داشته است. در حوزه محیط‌زیست نیز می‌توان از این الگوهای مطلوب که امتحان خود را به خوبی پس داده‌اند استفاده نمود و با تأسیس دادگاه زیست‌محیطی ضمن تحقق یکی از ارکان دموکراسی زیست‌محیطی مسیر دستیابی به اهداف توسعه پایدار را هموار و با تخریب و آلودگی‌های زیست‌محیطی مقابله جدی نموده و با استفاده از فناوری‌های نوین و نهادهای ساختن مدیریت سبز در راستای کاهش هزینه‌های سازمانی، افزایش سرعت و کیفیت در رسیدگی گام‌های مثبتی بردارند (باقری، ۱۳۹۹: ۴۸).

از طرف دیگر با توجه حساسیت مسائل زیست‌محیطی در ایران و توجه به اینکه نهادهای قضایی از حق صدور رأی و امکانات لازم برای اجرای آن (توسط اجرای احکام) بهره‌مند هستند به نظر می‌رسد ایجاد مراجع قضایی به‌ویژه الگوهای یک تا چهار گفته شده برای کشور ما مناسب‌تر از مدل‌های شبه قضایی است. به نظر، اولاً دادگاه مذکور می‌بایست از صلاحیت گسترده چه در حوزه کیفری و چه حقوقی برخوردار باشد. به این صورت که نه تنها بتواند در راستای جبران خسارت حکم صادر نماید بلکه با صدور احکام کیفری خاطیان را مجازات نموده و به این صورت جنبه پیشگیری از بروز آسیب‌های بیشتر به محیط‌زیست را تقویت نماید. ثانیاً همان‌طور که در نمونه‌های فوق اشاره شد ترکیب این دادگاه می‌بایست متشکل از قضات حقوق دان (که البته در حوزه حقوق محیط‌زیست آموزش‌های لازم به آن‌ها ارائه شده) و متخصصین علمی و فنی در حوزه محیط‌زیست باشد. در مورد متخصصین نیز دو فرض قابل تصور است یا بتوانند نظرات خود را به صورت مشورتی ارائه دهند و یا به عنوان کارشناس و عضو دادگاه دارای حق رأی باشند. البته از آنجایی که انشای رأی در تخصص قضات حقوق دان است، بهتر است رأی نهایی توسط آن‌ها صادر شود اما در عین حال برای روشن شدن ابعاد پرونده مورد بررسی، ارائه نظر مشورتی توسط کارشناسان - با تعیین فرجه زمانی - الزامی باشد. ثالثاً از طرفی به جهت جلب اقبال عمومی و از طرف دیگر به جهت اقتضائات خسارات زیست‌محیطی فرایند رسیدگی در این دادگاه باید سریع و هزینه دادرسی تا حد امکان کاهش یابد. با

۱. البته در نظام حقوقی ایران دادگاه اختصاصی متفاوت از دادگاه تخصصی است. دادگاه اختصاصی دادگاهی است که فقط صلاحیت رسیدگی به جرایم خاصی را داشته و نمی‌تواند به جرایم دیگری خارج از چهارچوب تعیین شده در قانون رسیدگی نماید مانند دادگاه نظامی. اما دادگاه تخصصی در حقیقت یکی از شعب دادگاه عمومی است که به نوع خاصی از جرایم یا دعاوی رسیدگی می‌کند مانند دادگاه اطفال و نوجوانان. طبق تبصره ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) تخصصی بودن این شعب، مانع از ارجاع سایر پرونده‌ها به آن نمی‌شود.

توجه به نکات مذکور، از میان مدل‌های مطلوب مراجع قضایی به نظر ایجاد دادگاه اختصاصی زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران مناسب‌ترین گزینه باشد.

نتیجه

امروزه با توجه به چندپارگی نظام حقوق بین‌الملل، تلاقی نظام‌های مختلف حقوقی امری اجتناب‌ناپذیر است. حقوق بشر و حقوق محیط‌زیست از جمله نظام‌های حقوقی هستند که با یکدیگر ارتباط متقابل دارند و دموکراسی زیست‌محیطی از جمله نتایج هم‌کنشی نظام‌های حقوقی مذکور می‌باشد. در واقع، دموکراسی زیست‌محیطی از جمله حقوق آیینی زیست‌محیطی و شامل حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی، مشارکت در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی و دسترسی به نظام قضایی می‌شود. این حق به شهروندان اعطا می‌گردد تا در برابر پروژه‌های صنعتی یا آثار سیاست‌ها و تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی بر جامعه بتوانند اقدامات مناسبی را اتخاذ نمایند. حق دسترسی به دادگاه اگرچه به‌عنوان حق بشری در اسناد این حوزه و رویه قضایی مرتبط با آن منعکس شده است اما با تصویب کنوانسیون‌هایی در سطوح منطقه‌ای و در رأس آن‌ها کنوانسیون آرهوس، ابعاد تخصصی به خود گرفته است و رویه قضایی به‌ویژه رویه دیوان دادگستری اتحادیه اروپا، از این حق تفسیر حداکثری نموده و وجود هرگونه مانع در نظام‌های داخلی را نقض شاخصه دسترسی به دادگاه دموکراسی زیست‌محیطی اعلام داشته است. از سوی دیگر برخی دولت‌ها با توجه به نظام حقوقی خود، اقدام به ایجاد مراجع قضایی و شبه‌قضایی برای رسیدگی به مسائل و پرونده‌های زیست‌محیطی نموده‌اند. این مراجع از دادگاه‌های اختصاصی زیست‌محیطی به‌عنوان عالی‌ترین نمونه تا ایجاد مراجع شبه‌قضایی در بدنه دستگاه‌های اجرایی متولی محیط‌زیست متغیر است. نکته مشترک در همه این مراجع، استفاده از افراد متخصص و آموزش‌دیده در حوزه محیط‌زیست است. همچنین با توجه به سرعت رسیدگی و هزینه کمتر، مورد اقبال شهروندان و سازمان‌های غیردولتی قرار گرفته‌اند. در نظام حقوقی ایران اگرچه قوانین معدودی در راستای طرح دعاوی در موضوعات زیست‌محیطی وضع گردیده اما کافی نیست ضمن آنکه مراجع صلاحیت‌دار دادگاه عمومی هستند نه اختصاصی. با توجه به حساسیت مسائل زیست‌محیطی در کشور ایران از جمله آلودگی هوا، بیابان‌زایی، آلودگی دریاها، خشک شدن تالاب‌ها و... دولت ایران را ناگزیر می‌نماید تا توجه ویژه‌ای به مسائل زیست‌محیطی، پیشگیری از بروز آسیب‌های بیشتر و جبران خسارات ناشی از آن بنماید. با توجه به تجربه مثبت سایر کشورها و پیشینه دادگاه اختصاصی در موضوعاتی همچون خانواده، در حقوق ایران از جمله اقدامات تأثیرگذار ایجاد دادگاه اختصاصی زیست‌محیطی است.

منابع

- باقری، پرویز (۱۳۹۹)، «مطالعه تطبیقی کاربریست آیین دادرسی سبز در محاکم ایران و مالزی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- بهرامی احمدی، حمید و اعظم علم‌خوانی (۱۳۹۲)، «تأملی بر جنبه‌های کاربردی دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت در قبال خسارت‌های زیست‌محیطی»، *دانش حقوق عمومی*، سال دوم، شماره ۵.
- جعفری ندوشن، علی اکبر و امید شیرزاد (۱۳۹۸)، «ساختار و صلاحیت مراجع شبه قضایی حقوق آب ایران»، *فصلنامه حقوق اداری*، سال ششم، شماره ۱.
- جم، فرهاد (۱۳۸۷)، «دسترسی به عدالت زیست‌محیطی: کاوشی در نظریه سمت و طرح دعاوی منفعت عمومی در ایالت متحده آمریکا»، *نشریه حقوق اساسی*، سال هفتم، شماره ۹.
- چکنی، مصطفی و محمدحسن حسنی (۱۳۹۷)، «راهبردهای مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند کیفری (نقد و تحلیل ماده (۶۶) قانون آیین دادرسی کیفری)»، *مجلس و راهبرد*، سال ۲۵، شماره ۹۴.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ ۳۳، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش.
- رمضان‌قوام آبادی، محمدحسین و جواد جوادمنش (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی گستره مفهوم ذی‌نفع در اقامه دعوی زیست‌محیطی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۴.
- رمضان‌قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۹۲)، «حفاظت از محیط‌زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۳.
- کاویانی‌راد، مراد (۱۳۸۹)، «تحلیل فضایی مخاطرات محیطی و بحران‌های بوم‌شناسی در ایران»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، سال سیزدهم، شماره ۲.
- وروایی، اکبر و همت محمدی و ایوب نوریان (۱۳۹۵)، «مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند کیفری»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، شماره ۲۸.
- همتی، مجتبی (۱۳۹۷)، «اقامه دعوی جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوق ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۸۱.

انگلیسی

- ABColombia, Colombian Constitutional Court sets a Global Precedent, available at: <https://www.abcolombia.org.uk/constitutional-court-sets-global-precedent/> (last visited on 10 November 2020)
- Ebbesson J, (2002.), *Access to justice in environmental matters in the EU*, Kluwer, The Hague.
- Hjalmarsson, Karin, (2014), *Access to Justice in Environmental Matters in The EU Member States, A Study of the case law from the European Court of Justice On access to national courts for non---governmental organizations and the costs of environmental proceedings*, JURM02 Graduate Thesis. Available at: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/4451220>
- Colwell, Renata, Savannah Carr-Wilson (2017) "Legal Personality of Natural

Features: Recent International Developments and Applicability in Canada”, **Environmental law center**. Available at:

http://www.elc.uvic.ca/wordpress/wp-content/uploads/2018/05/2017-02-03-LegalPersonalityNatural-Features_web-version.pdf

- Chenwi, Lilian, The Right to a Satisfactory, Healthy, and Sustainable Environment in the African Regional Human Rights System, in John H. Knox, Ramin Pejan, The Human Right to a Healthy Environment, Cambridge University Press, first published 2018.
- Ferrucci, Giada (2019), “A pioneering Platform: strengthening Environmental Democracy and justice in Latin America and the Caribbean”, **journal of management policy and practice**, vol.20.
- J. Iorns Magallanes, Catherine (2015), “Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand”, VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], iss. 22.
- Moloney, Anastasia, Colombia’s top court orders government to protect amazon forest in landmark, available at: <https://www.reuters.com/article/us-colombia-deforestation-amazon/colombias-top-court-orders-government-to-protect-amazon-forest-in-landmark-case-idUSKCN1HD21Y> (last visited on 10 November 2020).
- Pring, George, & Catherine Pring, (2016), United Nations Environment Programme, Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers, Published by UN Environment.
- Rengarajan, Sridhar, Dhivya Palaniyappan, Purvaja Ramachandran, Ramesh Ramachandran, (2018), National Green Tribunal of India—an observation from environmental judgments, Environmental Science and Pollution Research, vol.25.
- Robinson, Nicholas, (2012), Ensuring Access to Jus tice Through Environmental Courts, **Pace Environmental Law Review**, Vol. 29, Iss. 2.
- Schmidt, Stephen, Colombian high court grants personhood to Amazon rainforest in case against country’s government, available at: <https://www.pri.org/stories/2018-05-06/colombian-high-court-grants-personhood-amazon-rainforest-case-against-country-s> (last visited on 10 November 2020)
- Shelton, Dinah (2010), “Developing Substantive Environmental Rights”, **Journal of Human Rights and the Environment**, vol. 1, no. 1.
- Shelton, Dinah (2015), “Nature as a legal person”, VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], iss. 22.
- Smith, Don (2018), Environmental courts and tribunals: changing environmental and natural resources law around the globe, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, vol. 36, no. 2.
- Trivedi and Jagati, Uttarakhand HC declares Ganga, Yamuna living entities, gives them legal rights, available at: <https://www.hindustantimes.com/india-news/uttarakhand-hc-says-ganga-is-india-s-first-living-entity-grants-it-rights-equal-to-humans/storyVoI6DOG71fyMDihg5BuGCL.html> (last visited on 22

September 2019).

Cases

- African Court on Human and Peoples' Rights, African commission on human and peoples' rights v. republic of Kenya, Application no. 006/2012, 2017.
- Colombia Constitutional Court, Ruling T-622, 2016, Expediente T-5.016.242, 2018.
- Court of Justice of the European Union, Case C-115/09 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV v Bezirksregierung Arnsberg Trianel Kohlekraftwerk Lünen, I-03673, 2011.
- Court of Justice of the European Union, Case C-263/08 Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v Stockholms kommun genom dess marknämnd, ECR I-9967, 2009.
- Court of Justice of the European Union, Case C-240/09 Lesoochránárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, ECR I-01255, 2011.
- European court of human rights court, Case of de geouffre de la Pradelle v. France, (Application no. 12964/87), 16 December 1992.
- European court of human rights court, Case of L'ERABLIÈRE A.S.B.L. v. Belgium, application no. 49230/07, 2009.
- IACHR, Environment and human rights, official summary advisory opinion oc-23/17, requested by the republic of Colombia, 15 November 2017. Available at:
https://aidaamericas.org/sites/default/files/resources_files/resumen_seriea_OC23_eng.pdf

Documents

- Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (1998).
- Draft of the International Covenant on the Human Right to the Environment (2015).
- Law of Mother Earth (2010).
- The Australian Panel of Experts on Environmental Law (APEEL), Democracy and the Environment, 2017. Available at:
http://apeel.org.au/s/APEEL_democracy_and_environment.pdf
- The RIO declaration on environment and development (1992).
- Transforming our world: the 2030 agenda for global action (2015).
- Universal Declaration of Animal Rights (2014).

Thesis

- Johanna Velásquez Serna, (2015), Operationalization of sustainable development in the international legal instruments, LL.M in Natural Resources Law and International Environmental Law, University of Iceland.

نشوز زوج و آثار آن در نظام حقوقی ایران

خدیجه مظفری*، زینب حسینی**

چکیده

عدم ایفای برخی وظایف زوج مانند انفاق یا برقراری روابط جنسی (نشوز زوج)، سبب تزلزل رابطه زناشویی شده و موجبات اضرار زوجه را فراهم می‌آورد. با وجود اشارات قرآن، روایات و فقه امامیه، این امر در قوانین موضوعه و رویه قضایی ایران چندان شناخته شده نیست. در صورتی که زوج به موجب عقد نکاح تعهدی در برابر زوجه داشته باشد و با وجود توانایی بر انجام آن از این کار خودداری ورزد، می‌توان او را ناشز دانست. ترک انفاق، خودداری از برقراری رابطه جنسی، سوءمقاربت، بداخلاقی و... مصادیقی از نشوز زوج هستند. در قوانین فعلی برخلاف تعهدات مالی که تخلف از آنها ضمانت‌اجراهای مؤثر و حتی مجازات را در پی دارد، در خصوص تعهدات غیرمالی مانند ترک رابطه جنسی با وجود توانایی زوج، ضمانت‌اجرای مؤثری پیش‌بینی نگردیده است. با تکیه بر مقررات فعلی می‌توان نشوز زوج را از موجبات عسر و حرج زوجه تلقی کرد و حتی پا را فراتر نهاد و زوج ناشز را به دلیل نقض تعهد کلی حسن معاشرت الزام به انجام تکالیف یا طلاق نمود و از بلا تکلیفی زوجه پیشگیری نمود. با شناسایی نهاد نشوز زوج در قانون و تعیین مصادیق و ضمانت‌اجرای آن می‌توان این نهاد را در حقوق موضوعه نیز به رسمیت شناخت.

واژگان کلیدی: نشوز زوج، عسر و حرج، حسن معاشرت، رابطه زناشویی

* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
kh.mozafari@alzahra.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
maede.hosseini74@gmail.com

مقدمه

خانواده در بستری واقعی و اجتماعی شکل می‌گیرد و جهانی مستقل از اعتبارات حقوقی دارد. قالب‌های حقوقی، بر ساخت‌های رسمی‌اند که بر واقعیت‌های اجتماعی بار می‌شوند (وحیدی فردوسی و نعیمی، ۱۳۹۹: ۲۸۰). از این رو تحولات جامعه در تغییر رویکردهای حقوقی مؤثرند. نهاد خانواده نیز متأثر از تحولات مختلف در طول زمان بوده است. در عین حال بخش عمده‌ای از احکام شرع مقدس و متون فقهی به خانواده اختصاص یافته و برای هر یک از اعضای تشکیل‌دهنده این نهاد، حقوق و تکالیفی در نظر گرفته شده است. لیکن نگاه جامعه امروز به این حقوق و تکالیف تحول یافته است. در پرتو این تحولات، مفهوم نشوز زوج نیز قابلیت طرح و اندیشه‌ورزی می‌یابد. هر گاه برخی از اعضای خانواده از انجام وظایف خود امتناع کنند، موجب بروز مشکلات و تضییع حقوق طرف مقابل را فراهم می‌آورد. اصطلاح کلی نشوز برای هر یک از زوجین که از ایفای وظایف همسری خویش امتناع نماید به کار می‌رود؛ لیکن در حقوق ایران بیشتر در خصوص زوجه‌ای که به وظایف خود عمل ننماید از این عبارت استفاده می‌شود. از سوی دیگر گویا قضات و قانون‌گذاران نیز بیشتر به نشوز زوجه و کمتر به نشوز زوج توجه کرده‌اند. در نتیجه با وجود زمینه فقهی بحث نشوز زوج، توجه به این موضوع در قانون و رویه عملی دادگاه‌ها ضروری است. در این پژوهش، مفهوم نشوز زوج مورد بررسی قرار گرفته است. در ادامه به شرایط اثبات و مصادیق آن پرداخته شده و در نهایت تحقق عسر و حرج زوجه بر اثر نشوز زوج و ضمانت‌اجراهای دیگر قابل‌پیش‌بینی برای آن مورد مطالعه واقع شده است.

۱. مفهوم نشوز زوج

واژه نشوز در لغت به معنای برتری، برآمدگی و ارتفاع است. (فراهیدی، ۱۳۸۳: ۲۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۲) فقهای عظام، نشوز زوجه را به «خروج از طاعت» یا امتناع وی از عمل به وظایف همسری معنا کرده‌اند ولی درباره مفهوم «نشوز زوج» میان آنان اتفاق نظر وجود ندارد. بعضی از فقها نشوز زوج را مانند نشوز زوجه به «خروج از طاعت» معنا کرده‌اند (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۲۸۲). نشوز حالت ناشز بودن زوج یا ناشزه بودن زوجه را گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۷۱۴). ناشز شوهری است که حقوق ناشی از نکاح را که برای زوجه حاصل شده ایفا نکند. این حقوق عبارت است از دادن نفقه و کسوه و حسن سلوک (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۷۰۶). بسیاری از فقها بدون اینکه تفاوتی میان نشوز زوجین قائل شوند^۱، نوشته‌اند: «نشوز خروج از طاعت است» (محقق

۱. وقد يكون من الزوج كما يكون من الزوجه

حلی، ۱۳۴۶: ۲۸۲)^۱ و نیز نوشته‌اند: «نشوز یعنی بیرون رفتن یکی از زن و شوهر از اطاعت آن دیگر در آنچه واجب است بر او» (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۶۶۴). برخی نیز با وجود پذیرش خروج هر یک از زوجین از وظیفه‌اش عدم اطاعت را برای مرد ندانسته‌اند و بیان کرده‌اند که مرد نسبت به زن حقوقی بر گردن دارد که آن غیر از طاعت مرد است و مرد باید آن‌ها را ادا کند^۲ (شوشتری، ۱۴۰۶: ۱۳۴). اگر مقصود از «اطاعت»، اطاعت و فرمانبری شوهر از همسر باشد، این اشکال وارد است ولی برای دفع اشکال می‌توان گفت مقصود از آن، عمل به وظایف شرعی در روابط همسر است و طبیعتاً نشوز به معنای خروج از اطاعت پروردگار در عمل به احکامی است که در روابط زوجین تشریع کرده است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۶).

البته باید توجه داشت که این فقها مفهوم نشوز زوج را به‌طور کلی نفی نمی‌کنند زیرا قرآن کریم صراحتاً کلمه نشوز را برای زوج استعمال نموده است. به نظر می‌رسد مقصود آنان این است که نقض حقوق زوجه توسط زوج نشوز نیست، بلکه نشوز زوج، کراهت وی از زوجه و اعراض از اوست (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۷). البته باید توجه داشت که کراهت زوج از زوجه موجب بی‌اعتنایی به وی و در نهایت نقض حقوق او خواهد شد پس نتیجه نشوز و کراهت و اعراض در واقع چندان تفاوتی نخواهد داشت. برخی از فقها نیز این‌گونه بیان کرده‌اند که اگر نشوز از جانب مرد باشد به این قسم که بر زن تعدی کند و او را از پاره‌ای از حقوق واجبه‌اش منع کند مانند نفقه، حق بر هم‌خوابی، کج‌خلقی با زن و اذیت او، زن می‌تواند حقوقش را مطالبه نماید و در صورت امتناع مرد، به حاکم مراجعه نماید (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۶۶۹).

با این وجود اداره حقوقی قوه قضائیه به‌طور کلی مفهوم نشوز زوج را نپذیرفته است و با این استدلال که صدور حکم مبنی بر نشوز زوج اثر مستقیم نظیر سقوط حق نفقه (در صورت نشوز زوجه) ندارد و مقایسه این دو قیاس مع الفارق است و نیز از این جهت که دعوی الزام به طلاق از سوی زوجه بدون حکم مربوط به تمکین زوج نیز قابل طرح است، دعوی الزام به تمکین عام و خاص از سوی زوجه را غیرقابل پذیرش دانسته است. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۱۷۰۷ مورخ ۹۹/۲/۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه (نظریه مذکور از حیث تفاوت قائل شدن میان وضعیت زوج و زوجه و نیز تفاوت آثار دعوی الزام به تمکین به‌درستی استدلال نموده است اما نکته‌ای که مورد توجه قرار

۱. و هو خروج عن طاعته

۲. از میان فقهای معاصر، آیه الله موسوی اردبیلی در پاسخ استفتائی در این زمینه چنین گفته‌اند: «...مرد متجاوز ناشز نیست، چنان‌که زن ناشزه می‌شود».

نگرفته است اثر حکم الزام زوج به انجام تکالیف ناشی از نکاح است. نمی‌توان چنین حکمی را بر فرض صدور فاقد هرگونه اثری دانست زیرا این حکم می‌تواند مانند حکم تمکین زوجه قابلیت اجرایی داشته باشد و نیز می‌تواند در دعوای الزام زوج به طلاق به‌عنوان مستند مورد توجه دادگاه قرار گیرد. از سوی دیگر این پرسش نیز مطرح می‌شود که چگونه می‌توان متصور بود که قانون‌گذار تکلیفی را به‌عهده کسی گذارد و نتوان الزام به انجام آن را از دادگاه درخواست نمود؟

به‌عنوان نتیجه می‌توان نشوز زوج را عدم انجام تکالیف مقرر در شرع و قانون از سوی زوج نسبت به زوجه تعریف نمود صرف‌نظر از اینکه مفهوم طاعت یا عدم طاعت مورد توجه قرار گیرد. در ادامه به بررسی دلایل فقهی که مؤید وجود مفهوم نشوز زوج هستند پرداخته می‌شود.

۲. ادله فقهی شناسایی نشوز زوج

از آنجا که شناسایی مفهوم نشوز زوج محل اختلاف فقها و حقوق‌دانان است در ابتدا به بررسی ادله‌ای که دلالت بر امکان ناشز دانستن زوج دارند، پرداخته می‌شود. دلایلی از قرآن، روایات و عقل در این قسمت مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرند.

۲-۱. قرآن

آیه ۱۲۸ سوره مبارکه نساء بیان می‌دارد: «وإن امراه خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح علیهما أن یصلحا بینهما صلحا...» (اگر زنی از طغیان و سرکشی یا اعراض شوهرش بیم داشته باشد، مانعی ندارد با هم صلح کنند). این آیه ترس از نشوز و اعراض را معتبر دانسته نه محقق شدن آن را، زیرا موضوع صلح از همان هنگامی محقق می‌شود که علائم و آثاری که ترس در پی دارد، به ظهور رسد. سیاق این آیه دلالت دارد که مراد از صلح این است که زن از پاره یا همه حقوق زناشویی چشم‌پوشد تا انس و الفت و موافقت مرد را جلب کند و نگذارد که کار به جدایی بکشد. بدین ترتیب صلح کند که صلح بهتر است (طباطبائی، ۱۳۴۸: ۱۵۹).

در شأن نزول این آیه نقل شده است که «رافع بن خدیج» دو همسر داشت؛ یکی مسن و دیگری جوان. بر اثر اختلافاتی، همسر مسن خود را طلاق داد و هنوز مدت عده تمام نشده بود که به او گفت: اگر مایل باشی، با تو آشتی می‌کنم؛ ولی اگر همسر دیگر را بر تو مقدم داشتم باید صبر کنی و از بخشی از حق خود صرف‌نظر کنی، اگر هم می‌خواهی صبر کنم تا عده تمام شود و از هم جدا شویم. زن پیشنهاد یکم را پذیرفت و با هم آشتی کردند. این آیه شریفه نازل شد و حکم این کار را بیان داشت. شأن نزول این آیه در بسیاری از کتب فقهی موجود است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۱۴۹). با توجه به اشاره آیه مذکور به دو مفهوم نشوز و اعراض؛ برخی در تفاوت نشوز و اعراض بیان کرده‌اند که نشوز آرام ناگرفتن و ترفع و استعلاست و از جهت مرد می‌باشد و آنچه از جهت زن است

خلع می‌باشد و اعراض را عدول و برگردیدن دانسته‌اند (ابوالفتوح رازی، ۱۳۶۵: ۱۳۲) و نیز گفته شده است نشوز آن است که مرد خود را از زن برتر بداند به دلیل کینه یا کراهتی که نسبت به زن دارد به خاطر تمیزی یا پیری و سن یا نظایر آن و اعراض به معنای برگرداندن صورت یا روی گردانی از برخی منافعی است که زن از شوهر می‌برد و در صورت ترس از تحقق این دو (علم به وقوع آن‌ها) خرجی نیست بر آن دو که صلح نمایند مبنی بر اینکه زن از روزش صرف نظر نماید یا از برخی حقوق واجبش که به عهده مرد است مانند نفقه و لباس و... (طوسی، ۱۴۱۳: ۳۴۶). در نتیجه باید گفت در اصطلاح شرعی، نشوز زوج به خروج وی از ادای حقوق واجب زوجه و اعراضش، به ابراز کراهت و انزجار از زوجه اطلاق می‌شود (شاکری، ۱۳۹۳: ۱۶۰).

در تفسیر این آیه گفته شده است: از این آیه و شأن نزول آن و روایاتی که در ذیل آن نقل شده، فهمیده می‌شود که اگر مردی سر ناسازگاری در مسائل زناشویی را داشته باشد، زن می‌تواند از برخی از حقوق خود صرف نظر کند و جلوی طلاق و جدایی را بگیرد. این صلح و آشتی، به خاطر مصالح خانوادگی، بهتر از جدایی است. البته زن می‌تواند به حاکم شرع نیز مراجعه کرده، از همسرش شکایت کند و حاکم شرع به وضعیت آن‌ها رسیدگی نماید. همچنین در تفسیر ادامه آیه بیان می‌دارد اگر قرار است زندگی زن و شوهر منجر به طلاق و جدایی شود، بهتر است که آشتی کنند و از بعضی حقوق خود - به خاطر پایداری ازدواج - صرف نظر نمایند و بخل خود را زیر پا نهند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۹۹). فقهای بسیاری این‌گونه به تفسیر آیه پرداخته‌اند. (ابوالفتوح رازی، ۱۳۶۵: ۱۳۲؛ طوسی، ۱۴۱۳: ۳۴۶؛ طباطبائی، ۱۳۴۸: ۱۵۹).

بر اساس نظرات پیش گفته می‌توان در صورت نشوز و اعراض زوج دو فرض را تصور نمود:
الف) صلح: در خود آیه نیز اشاره گردیده که مانعی ندارد با هم صلح کنند و صلح بهتر است. منظور از صلح، گذشتن زن از پاره یا همه حقوق خود است به منظور جلب انس و الفت تا مرد او را طلاق ندهد، همان طور که در شأن نزول آیه نیز به آن اشاره گردید. در ادامه خداوند می‌فرماید: «و احضرت الانفس شح» اگرچه مردم (طبق غریزه حب ذات، در این گونه موارد) بخل می‌ورزند. «شح» با نفس سرشته شده و انسان به وسیله آن منافع خودش را حفظ می‌کند و بخل می‌ورزد. با اینکه برخی قائل به تفکیک میان شح و بخل هستند^۱ (طوسی، ۱۴۱۳: ۳۴۷) ولی می‌توان از این دو یک معنی را برداشت نمود. علامه طباطبائی در تفسیر المیزان بیان می‌دارد: زن از حقوقی که در زناشویی دارد مانند لباس و خرجی و هم خوابگی و اعمال زناشویی بخل می‌کند و مرد هم اگر میل

۱. والشح افراط حرص علی شیء و یكون بالمال و بغيره من الاعراض و البخل یكون بالمال خاصه

جدایی و معاشرت را دوست ندارد و از موافقت و میل به زن بخل می‌ورزد و در چنین حالتی چه اشکالی دارد که بین خودشان صلح برقرار سازند یعنی یک یا هر دو نفر از پاره‌ای از حقوق خود اغماض کنند. ابوالفتوح رازی نیز با بیان نظر مفسران درباره اینکه منظور نفس زن است یا مرد بیان می‌دارد که نفس هر دو چراکه عام‌تر است و فایده بیشتری دارد.

ب) طلاق: در فرض عدم صلح مرد باید با رضایت او را طلاق دهد. چنانچه خداوند در آیه ۲۲۹ سوره بقره می‌فرماید: «امساک بمعروف او تسریح باحسان» به‌طور شایسته از او نگهداری کن یا به نیکویی او را رها کن. معلق نگه‌داشتن زن مورد مذمت قرار گرفته است. آیه ۱۲۹ سوره نسا نیز مؤید همین فرض است.^۱ لازم به ذکر است که طلاق مرتبه بعد از عدم امکان صلح است و اگر بتوان صلح را برقرار نمود نوبت به طلاق نخواهد رسید.

لذا گفته شده است «و بالجمله بین زوج و زوجه چهار مرتبه است: مرتبه یک، اینکه نشوزی در بین نباشد و مراعات حقوق یکی دیگر را بکنند، دو، اگر نشوز پیدا شد تصالح کنند، چنانچه گفته شد سه، اگر نشوز باشد و تصالح هم نکردند طلاق، چهار، نشوز و عدم تصالح و عدم طلاق که حرام است و آن معصیت است» (طیب، ۱۳۸۳: ۲۲۷).

۲-۲. روایات

در روایتی که از امام صادق (ص) درباره آیه ۱۲۸ سوره نساء پرسیده شد، امام فرمودند: مقصود زنی است که شوهرش از وی کراهت دارد و تصمیم دارد وی را طلاق دهد. او می‌گوید مرا نگهدار و طلاق نده! من در مقابل از حقوق خود می‌گذرم و از مال خود هدیه‌ای تقدیم می‌کنم و از ارتباط جنسی هم می‌گذرم. یا در موارد دیگر آمده حق شب و روز را بر مرد بخشیده تا او را طلاق ندهد و حتی چیزهایی به مرد بخشیده است (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۹۰). همچنین روایات متعدد دیگری در این باب در تفسیر این آیه آمده است (حویزی، ۱۴۱۵: ۵۵۸؛ قمی مشهدی، ۱۳۶۸: ۵۵۶).

با وجود سفارش‌ها و تأکیدهای شرع مقدس مبنی بر تمکین زن، باید توجه داشت به همان اندازه هم شارع مقدس سوءاستفاده از این حق را که موجبات آزار و اذیت زن فراهم می‌کند، نهی نموده و برخی روایات وارده از معصومین (ع) مبنی بر منع سوءاستفاده از این حق، گواه این مطلب می‌باشد (کلینی رازی، ۱۳۸۸: ۵۹۷).

۱. وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا

۲-۳. عقل

عقل نیز یکی از ادله‌ای است که در مقام شناسایی مفهوم نشوز زوج می‌تواند به کار گرفته شود. روشن است که هرگاه برای طرفین یک رابطه حقوقی، تکالیفی در نظر گرفته شود، تخطی و سر باز زدن از انجام آن تکالیف نیز باید مورد توجه قرار گیرد. منطقی نخواهد بود که نشوز زوج صرفاً به دلیل آنکه مرد تحت فرمان زن نیست مورد بی‌توجهی و غفلت قرار گیرد. در واقع در رابطه بین زوجین هرگاه تکلیفی باشد که از آن سرپیچی شود می‌توان از عنوان نشوز بهره برد خواه این تکلیف به عهده مرد باشد یا زن. با این تفاوت که سبب نشوز زن عدم تمکین اوست ولی نشوز زوج سبب‌های مختلفی دارد. با توجه به دوره‌های مختلف فقهی معانی متعددی برای نشوز زوج در نظر گرفته شده بود که ابتدا به کراهت زوج از زوجه گفته می‌شد سپس عدم نفقه و ترک فراش با زن مطرح گردید و در نهایت در کلام برخی به سوء معاشرت با زوجه نیز گفته شد (احمدیه، ۱۳۹۵: ۱۰۷). در تعریف نهایی از نشوز زوج می‌توان گفت نشوز، ترک وظایفی است که زوج با وجود توانایی انجام آن‌ها سر باز می‌زند که شامل هر دو دسته تکالیف مالی و غیرمالی می‌شود. پس از شناسایی مفهوم نشوز زوج، شرایط تحقق نشوز لازم است مورد مطالعه قرار گیرد.

۳. شرایط تحقق نشوز زوج

با توجه به این امر که برای تحقق نشوز در رابطه با زوجه وجود عنصر تکلیف یا وظیفه ناشی از عقد نکاح لازم است، در اینجا نیز برای اثبات تحقق نشوز در رابطه با زوج «ترک وظیفه» همراه با «توانایی بر انجام» آن لازم است. چراکه اگر عدم انجام وظیفه ناشی از ناتوانی باشد دیگر نشوز محقق نخواهد شد.

۱-۳. وجود تکلیف

به عقیده برخی از نویسندگان در قانون مدنی یک دسته حقوق برای زوج مقرر گردیده که زوجه مکلف به رعایت آن‌هاست؛ مانند حق ریاست زوج در خانواده که زوجه موظف به اطاعت و تبعیت از زوج است. دسته دیگر حقوقی است که برای زوجه قرار داده شده و زوج موظف به انجام آن‌هاست؛ مانند حق نفقه. این دسته از تکالیف با نکاح به میان آمده و با انحلال نکاح از بین می‌رود. امتناع از این «وظایف خاص» نشوز به شمار می‌آید. دسته‌ای دیگر در روابط کلی افراد و همه مسلمانان قابل تصور است. این «وظایف عام» شامل لزوم امانت‌داری، حسن معاشرت و... می‌باشد. این وظایف زائیده عقد نکاح نبوده و با انحلال آن نیز از بین نمی‌رود و امتناع از آن نشوز محسوب نمی‌شود (هدایت نیا، ۱۳۹۲: ۸۸). لیکن غالب حقوق‌دانان به سه دسته تکلیف زوجین اشاره کرده‌اند: (۱) وظایف زوجه در مقابل زوج مانند تبعیت زوجه از ریاست زوج در خانواده، (۲) وظایف

زوج در مقابل زوجه مثل پرداخت نفقه و مضاجعت با زوجه و ۳) تکالیف مشترک زوجین در مقابل یکدیگر مانند حسن معاشرت و تشییع و تقویت مبانی خانواده (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۸۳). عدم ایفای هر یک از این وظایف می‌تواند نشوز تلقی گردد. به نظر می‌رسد این دسته‌بندی با سیاق مواد قانون در خصوص تکالیف زوجین هم‌خوانی بیشتری داشته باشد.

همچنین باید توجه داشت که همه وظایف فوق‌الذکر ناشی از عقد نکاح هستند، لذا توافق‌های طرفین ضمن عقد نکاح در این دسته‌بندی قرار نمی‌گیرند و در صورت عدم ایفای این دسته از تعهدات، نشوز واقع نمی‌شود؛ مانند زمانی که زوج حق ادامه تحصیل را به زوجه می‌دهد و پس از عقد با ادامه تحصیل زوجه مخالفت می‌کند که در این صورت اگرچه پیمان‌شکنی آشکار است اما به دلیل قراردادی بودن نشوز محسوب نمی‌شود.

با توجه به تعدد تعهدات ناشی از عقد نکاح لازم است معیاری جهت تفکیک تعهداتی که نقض آن‌ها نشوز تلقی می‌شود از سایر تعهدات یافت شود. این موضوع به‌ویژه از این جهت اهمیت دارد که میان تکالیف مقرر در قانون و تکالیف شرعی بیان شده برای زوجین به‌رغم شباهت بسیار، تفاوت‌هایی وجود دارد. به‌عنوان مثال در قانون مدنی معاضدت و تشییع مبانی خانواده و تربیت فرزند از تکالیف زوجین محسوب می‌شود در حالی که به لحاظ شرعی چنین وظیفه‌ای برای زوجه پیش‌بینی نشده است. در نتیجه این پرسش مطرح می‌شود که تخطی از این وظیفه نشوز است یا خیر؟ با توجه به تصریح قانون بر موضوع نشوز زوجه و شکل‌گیری رویه قضایی در این زمینه مشکلات کمتری برای تشخیص نشوز وجود دارد، اما در خصوص نشوز زوج به دلیل فقدان نص قانونی و در نتیجه فقدان آرای متعدد، دشواری و ابهامات بیشتر است. لذا می‌توان بدو تعهدات شرعی زوج را به‌عنوان معیار در نظر داشت و تخطی از ایفای این تعهدات را نشوز دانست.

برای روشن‌تر شدن قلمرو نشوز زوج لازم است به‌صورت مختصر به این تکالیف اشاره شود. به‌صورت کلی می‌توان این تکالیف را به دو دسته مالی و غیرمالی تقسیم نمود.

۱-۳. تکالیف مالی زوج

نفقه: زن و شوهر باید در اداره خانواده یکدیگر را یاری کنند ولی چون اداره این گروه را مرد عهده‌دار است، قانون‌گذار او را موظف به تأمین معاش خانواده می‌داند: تکلیف زوج به دادن نفقه از توابع ریاست او بر خانواده است. در نکاح دائم این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد (ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی) و به همین دلیل نیز دو طرف نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷۰). در فاصله میان عقد و آغاز زندگی مشترک نیز امکان تحقق نشوز وجود دارد؛ زیرا پس از عقد نکاح، حقوق و تکالیف زوجیت

برقرار می‌گردد که از جمله آن تکلیف زوج به انفاق است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۹).
 مهریه: مهر مالی است که به مناسبت نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود الزام مربوط به
 تملیک مهر ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد و به همین دلیل سکوت دو طرف در
 عقد و حتی توافق بر اینکه زن مستحق مهر نباشد، تکلیف مرد را در این زمینه از بین نمی‌برد
 (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۱۴).

۲-۳. تکالیف غیرمالی زوج

حق مضاجعه و حق قسم: قسم در لغت به معنای نصیب و بهره است (ازهری، بی تا: ۳۱۹). حق
 قسم که در حقوق تعریفی از آن ارائه نشده و بیشتر مورد توجه فقیهان قرار گرفته است، در اصطلاح
 فقیهان و در باب نکاح، تکلیف شوهر به قسمت کردن شب‌ها نزد همسران (دایمی) خویش است.
 (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۴۶). به نظر می‌رسد هدف از ایجاد این حق، ایجاد عدالت بین همسران مرد و
 نزدیکی و الفت بیشتر بین آنان باشد.

مضاجعه در لغت به معنی هم‌بستر شدن است و به عقیده بسیاری از فقها مضاجعه بر زوجین
 واجب است. به دلیل نزدیکی مفهوم مضاجعه و قسم معمولاً این دو به جای یکدیگر به کار می‌رود
 درحالی‌که به نظر می‌رسد حق قسم بیشتر در صورت تعدد زوجات مورد توجه قرار می‌گیرد ولی
 مضاجعه در حالت وحدت زوجة نیز واجب است. به بیان دیگر تحقق حق قسم الزاماً منوط به
 مضاجعه است (ثمنی، ۱۳۹۷: ۱۱۱).

حق مواقعه: در لغت به معنی آمیزش کردن با زن است که شامل رابطه خاص جنسی می‌شود و
 دستور شرع این است که مرد نباید بیش از چهار ماه نزدیکی با همسرش را ترک کند. به موجب روایات،
 اگر شوهر بدون هیچ عذر موجهی، نزدیکی را ترک کند، گناه نموده و حق زوجة را ضایع کرده است و
 مصداق نشوز می‌باشد (حبیبی تبار، ۱۳۹۴: ۵۵). ذکر این چهار ماه از باب الزام مرد است و چه بسا
 زن پیش از این چهار ماه نیاز جنسی داشته باشد و با ترک رابطه موجب خوف ارتکاب معصیت زوجة
 باشد یا موجب ضرر و عسر و حرج وی گردد که برقراری رابطه بر مرد واجب می‌شود (شریعتی، ۱۳۹۶:
 ۶۲). لازم به ذکر است که در قوانین موضوعه، درخصوص این دو حق نصی دیده نمی‌شود.

حسن معاشرت: آیه ۱۹ سوره نسا که می‌فرماید: و عاشروهن بالمعروف؛ با همسرانتان با اخلاق
 نیکو معاشرت نمایید. همچنین با توجه به اهداف والای ازدواج که ایجاد سکون و آرامش و مهربانی
 و مودت است زوجین مکلف‌اند با یکدیگر حسن معاشرت داشته باشند.

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند.
 برای تأمین دوام خانواده سکونت مشترک زن و مرد کافی نیست. همسری زن و مرد باید همراه با

خوش خویی و مسالمت و مهربانی باشد. لوازم حسن معاشرت را به دقت نمی توان تعیین کرد زیرا وابسته به عرف و عادات هر قوم است ولی به طور کلی تمام اموری که از منظر اجتماعی توهین محسوب می شود (مانند توهین، تحقیر، ایراد ضرب) یا امور منافی با عشق به کانون خانواده (مانند بی اعتنائی به همسر و نیازهای او) از مصادیق سوء معاشرت است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۲). پس همان طور که اموری مانند توهین و ایراد ضرب مغایر با اهداف مقدس خانواده است، بی اعتنائی به نیازهای زوجه علی الخصوص ترک رابطه جنسی با او با وجود توانایی بر انجام آن مصداق بارز سوء معاشرت زوج است. حقوق دانان نیز وظیفه برقراری رابطه را فقط مخصوص زوجه ندانسته اند و این امر از جانب زوج نیز دال بر سوء معاشرت وی است (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۴۱).

معاضدت در تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزند: به موجب ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند. معاضدت مفهومی عرفی است و به این معنی است که زن و مرد در اداره خانواده با یکدیگر همکاری نمایند. حقوق از زن و شوهر توقع فداکاری ندارد ولی برای مثال اگر یکی از زوجین مبتلا به جنون یا بیماری مسری شد لازم نیست طرف دیگر خود را به خطر اندازد و از او پرستاری کند ولی لافل مانند دوشریک انتظار یاری و همدلی و اموری که عرف توقع دارد مانند دعوت پزشک یا بردن به بیمارستان از آن ها انتظار می رود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۳). به نظر برخی از نویسندگان ماده فوق صرفاً دستور اخلاقی نیست بلکه دارای ضمانت اجرای قانونی است و در صورت تخلف هریک، نشوز محسوب می گردد، اما برخی دیگر مخالف این نظر هستند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۸۶).

۳-۲. توانایی بر انجام

برای تحقق نشوز علاوه بر اینکه باید تکلیفی وجود داشته باشد، قدرت بر انجام تکلیف مذکور نیز شرط است؛ بنابراین در صورتی که زوج از نظر مالی قادر و متمکن باشد و با وجود این، از تأمین نفقه همسرش امتناع کند، ناشز است و آثار نشوز بر رفتار وی مترتب می شود؛ ولی اگر عاجز باشد، نشوز به وی قابل انتساب نخواهد بود.

علاوه بر این در خصوص تکالیف غیر مالی زمانی می توان گفت مرد ناشز است که توانایی انجام این تکالیف را داشته باشد وگرنه نشوز محقق نخواهد شد. ناتوانی یا اختلال جنسی وجود اشکال در عملکرد جنسی یا ناتوانی در مقاربت موفق با همسر است. اختلال جنسی اگر به کلی امکان رابطه جنسی را سلب کند یا آن را با ضرر و حرج مواجه نماید، مانع تحقق نشوز می گردد. ناتوانی جنسی گذرا و موقتی که از بیماری یا مصرف برخی داروها یا افسردگی و مانند آن ناشی می شود، در این تعریف قرار نمی گیرد (هدایت نیا، ۱۳۹۲: ۹۰-۸۹). در عین حال باید توجه داشت که چنین اختلالی

در هر صورت می‌تواند از موجبات تحقق عسر و حرج و درخواست طلاق از سوی زوجه قرار گیرد.

۴. مصادیق نشوز زوج

پس از تبیین تکالیف زوج و شرایط تحقق نشوز اینک می‌توان مصادیق نشوز زوج را به صورت خاص مورد بررسی قرار داد.

۴-۱. عدم پرداخت نفقه

ترک انفاق یا خودداری از انجام وظایف دیگری که مرد مکلف به ادای آن است می‌تواند از موجبات نشوز محسوب گردد. در این حالت زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه کرده و درخواست الزام به پرداخت نفقه را مطرح نماید. دادگاه بر اساس شئونات زوجه میزان نفقه را معین و حکم به پرداخت آن از سوی زوج را صادر خواهد کرد. علاوه بر این ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ برای خودداری از انفاق مجازات حبس تعزیری درجه شش در نظر گرفته است لذا می‌توان گفت قانون‌گذار به تفصیل و با جدیت درخصوص تکلیف انفاق به زوجه از سوی زوج اقدام به قانون‌گذاری نموده است اگرچه از عنوان نشوز برای تخلف از این تکلیف استفاده ننموده است.^۱

۴-۲. عدم پرداخت مهریه

باید توجه داشت درباره مهریه دو فرض قابل بررسی است؛ اگر مهر عین معین باشد پس از عقد، زوجه مالک آن خواهد شد و بحث امتناع از پرداخت آن منتفی است. در صورتی که مهریه مال کلی و بر ذمه زوج باشد، باید عندالمطالبه آن را تسلیم نماید. پرداخت مهریه مانند نفقه امری مستمر نیست و شاید به همین دلیل در مبحث «حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر» در قانون مدنی آورده نشده است. از سوی دیگر برای تضمین دریافت مهریه از سوی زن برای وی حق حبس قرار داده شده و او می‌تواند ابتدا مطالبه مهر کند و سپس تمکین نماید. لذا به نظر می‌رسد عدم پرداخت مهریه نمی‌تواند یکی از مصادیق نشوز زوج محسوب شود؛ هرچند قانون‌گذار ضمانت‌اجراهای مؤثری برای پرداخت مهریه در نظر گرفته است. ضمن آنکه یکی دیگر از تفاوت‌های مبنایی میان مهریه و نفقه، وابستگی گذران زندگی زوجه به نفقه است درحالی‌که مهریه چنین ویژگی‌ای ندارد و بیشتر از آن با عنوان یک هدیه یاد می‌شود لذا عدم پرداخت مهریه، نمی‌تواند اساس و ادامه زندگی زوجین را با خطر مواجه نماید.

۴-۳. عدم حسن معاشرت

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند. آیه

۱. مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۲۹ قانون مدنی

۱۹ سوره نساء نیز مؤید این تکلیف است. با توجه به منابع فقهی و مفاد ماده فوق می‌توان گفت کلیه رفتارهایی که با اصل حسن معاشرت مغایر است می‌تواند از مصادیق نشوز زوج محسوب شود. مثلاً چنانچه زوج برخلاف آیه شریفه «و عاشروهن بالمعروف» حسن معاشرت نداشته باشد، زوجه می‌تواند بر مبنای عسر و حرج از دادگاه تقاضای طلاق نماید از مصادیق بارز عدم انجام تکلیف حسن معاشرت می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱-۳-۴. عدم انجام وظایف خاص زن‌ناشویی

این وظایف خاص شامل حق قسم (هم‌خوابی حداقل هر چهار شب یک‌بار) و حق مواقعه (هم‌بستری هر حداقل هر چهار ماه یک‌بار) است. از آیه شریفه «ولهن مثل الذی علیهن بالمعروف»^۱ نیز استفاده می‌شود که در تنگنا قرار دادن زن با استفاده از ابزار جنسی که با توجه به حیا و عفاف زنان آنان را در حالت سختی و حرج قرار می‌دهد از مصادیق بارز زیر پا گذاشتن حقوق زن و پایمال کردن حسن معاشرت در محدوده خانواده است. «ترک نزدیکی با زوجه در بیشتر از چهار ماه جایز نیست مگر اینکه با اذن او باشد، حتی بنا بر اقوی اگر منقطعه باشد. این حکم اختصاص به نداشتن عذر دارد و اما با وجود عذر مادامی که موجود است، مطلقاً جایز می‌باشد، مانند اینکه ترس ضرر بر او یا بر زوجه باشد» (خمینی، ۱۳۹۲: ۲۵۹). مستند حکم مذکور روایتی است که ترک رابطه جنسی بیش از چهار ماه را جایز نمی‌داند.^۲ لیکن درخصوص این مدت گفته شده است به نظر می‌رسد آن چهار ماهی که در روایت ذکر شده است، مفهوم ندارد؛ چون موضوع آن در مورد شخص مصیبت‌زده‌ای است که قصد اضرار به زن هم نداشته، ولی چون این مشکل را داشت، حضرت می‌فرمایند این شخص حداقل تأخیری که می‌تواند در مباشرت بپردازد، چهار ماه است، ولی از این استفاده نمی‌شود که همه افراد می‌توانند تا چهار ماه ضرر به زن بزنند و تأخیر بپردازند، بدون هیچ دلیل موجهی به زن نیازمند ضرر وارد کنند (در روایت کلمه اضرار آمده است)؛ چون شارع مصالح و مفاسد را بر روی هم ملاحظه نموده است. از طرفی حیثیت مرد و مشکلات او و در فرض سؤال وارد شدن مصیبت به او و از طرف دیگر، نیاز زن ملاحظه شده، لذا گفته است حداکثر تا چهار ماه می‌توان تأخیر بپردازد، ولی از این استفاده نمی‌شود که شخص دیگری که تأخیرش بدون دلیلی موجب اضرار است (می‌تواند تا چهار ماه

۱. برای زنان همانند وظایفی که بر دوش آن‌هاست حقوق شایسته‌ای قرار داده شده.

۲. صفوان بن یحیی از حضرت رضا علیه السلام در مورد مردی سؤال کرد که دارای همسر جوانی است و هم‌بستری او را یک ماه یا یک سال ترک می‌کند و به او نزدیک نمی‌شود. البته نه برای اینکه او را آزار رساند، بلکه به دلیل آنکه مصیبتی دیده‌اند. آیا در این عمل گناهکار است؟ فرمود: اگر چهار ماه او را ترک کرده باشد نه. پس از آن اگر ترک کند، گناهکار خواهد بود، مگر اینکه با اذن و رضایت زوجه‌اش باشد.

به تأخیر بیندازد) و از ادله ضرر هم استفاده می‌شود که جایز نیست (شیری، ۱۴۱۹: ۱۴۸۳).

در نتیجه می‌توان گفت با توجه به پیشرفت علم پزشکی و تمدن بشری و همچنین عرف خاص هر جامعه ملاک‌های دیگری در این امر باید مورد عنایت باشد. چراکه زن صرفاً ابزاری نیست که بتوان در صورت احساس نیاز جنسی به او مراجعه کرد ولی نیاز جنسی او را هر چهار ماه یک‌بار تلقی کرد. پس این مورد نیز باید با توجه به اوضاع و احوال و شرایط و همچنین مراجعه به عرف مورد بازنگری قرار گیرد. شوهر نیز مکلف است در حدود متعارف با زن رابطه جنسی داشته باشد و در غیر این صورت برخلاف وظیفه حسن معاشرت رفتار کرده است (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۴۱). در واقع تحدید زمانی حق زوجه به هر چهار ماه یک‌بار (حق مواقعه) و حق هم‌خوابی در هر چهار شب یک‌بار (حق قسم) که در دیدگاه سنتی آمده، از احکامی نیست که نتوان در آن تردید کرد. به‌ویژه استواری قاعده لزوم معاشرت به معروف و گسترده‌ی دامنه اجرای آن، چنین امکانی را به‌خوبی فراهم می‌کند (نوبهار، ۱۳۹۴: ۷۷). علاوه بر این درخصوص زوجه‌ای که اصطلاحاً گرم‌مزاج بوده و نیاز جنسی بیشتری دارد می‌توان استدلال نمود که ترک رابطه جنسی بر اساس قواعدی نظیر قاعده لاضرر و قاعده عسر و حرج ممنوع بوده و مرد ملزم به تأمین نیاز همسر یا طلاق دادن او می‌شود (امیری، ۱۳۸۹: ۸۳). در غیر این صورت علاوه بر زیان‌های ناشی از ترک رابطه جنسی، خطراتی نظیر بروز انحرافات جنسی نیز محتمل است که پیشگیری از وقوع آن‌ها همواره مدنظر شارع بوده است.

بنابراین می‌توان با تعدیل نگاه سنتی، تکلیف زوج درخصوص برقراری رابطه زناشویی را بر اساس عرف به‌صورت نوعی و نیاز زوجه به‌صورت شخصی مشخص نمود. تخلف از این تکلیف نشوز محسوب شده و باید ضمانت اجرا در پی داشته باشد.

۲-۳-۴. سوءمقاربت

شوهر مکلف است در حدود متعارف رابطه جنسی با زن داشته باشد و در غیر این صورت برخلاف وظیفه حسن معاشرت رفتار کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۱). تمتع جنسی و نزدیکی با همسر از طریق نامتعارف از مصادیق بارز سوءمعاشرت محسوب می‌گردد. چراکه بحث تمتع جنسی از اموری نیست که فقط لذت و آرامش یکی از طرفین در آن اهمیت داشته باشد. پس علاوه بر برقراری رابطه جنسی در مدت متعارف و با توجه به وضعیت مزاجی زن، برقراری رابطه باکیفیت متعارف و بدون آزار طرف مقابل مدنظر قرار دارد. به‌عنوان مثال شخصی از امام صادق (ع) راجع به تمتع جنسی از زن سؤال نمود و حضرت اذیت و آزار مرد در اعمال این حق نسبت به زن را نهی نمودند (کلینی، ۱۳۸۸: ۵۹۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۳: ۱۰۱). در نتیجه هرچند از نظر حقوقی شوهر در کام‌جویی از همسر خویش محق است، هرگز در این مسیر حق توسل به خشونت را ندارد. خشونت و ایراد ضرب و تهدید از مصادیق

بارز سوء معاشرت زوج در برقراری رابطه جنسی با همسر است (نوبهار، ۱۳۹۷: ۶۶). یکی از مصادیق سوء مقاربت، نزدیکی از پشت (دبر) است که مشهور فقهای امامیه همچون علم الهدی، طوسی، حلبی و حلی با استناد به کتاب، سنت و اجماع حکم آن را کراهت می‌دانند و نه حرمت. در مقابل برخی از فقها همچون قمیین، ابن حمزه، ابی الفتوح، راوندی و ابی المکارم قائل به حرمت هستند^۱ (شکری و مومن، ۱۳۹۰: ۱۲۲). در برخی از آراء دیوان عالی کشور نیز الزام زوج به طلاق به دلیل انجام همین مصداق از سوء مقاربت دیده می‌شود.^۲

هرچند ارائه معیاری مشخص برای حدود متعارف روابط زناشویی از یک سو به دلیل مشخصه خصوصی و پنهانی بودن این روابط و از سوی دیگر به دلیل شخصی بودن تمایلات جنسی دشوار است، می‌توان از معیارهای تشخیصی پزشکی و روان‌شناختی در این زمینه سود برد. ضمن آنکه نارضایتی از روابط جنسی خود نشانه‌ای آشکار بر وجود نقیصی در برقراری این روابط مابین زوجین سالم و متعارف است.

۴-۴. عدم معاضدت در تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزند

پیش از این گفته شد که مطابق ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود، به یکدیگر معاضدت کنند به عقیده برخی از حقوق‌دانان امتناع زن از یاری کردن شوهر از موارد نشوز است و بی‌مبالاتی شوهر نیز در این زمینه ممکن است به عنوان سوء معاشرت و ایجاد عسر و حرج، مستند درخواست طلاق از طرف زن بشود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۰۳). گروهی دیگر تکلیف معاضدت را مانع مطالبه مزد برای انجام وظایف دانسته و بر هر دو جنبه حقوقی و اخلاقی این تکلیف تأکید دارند (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۳۳). از سوی دیگر این عقیده مطرح شده است که مصادیق نشوز به طور کامل در فقه مشخص گردیده و فقط اعمالی از قبیل عدم حسن رفتار و

۱. فقهای معاصر نیز در این خصوص نظرات مختلفی دارند:

آیات عظام امام خمینی، خامنه‌ای، صافی، مکارم و نوری: کراهت شدید دارد (آیت الله نوری، توضیح المسائل: م ۴۵۲؛ امام خمینی و آیت الله صافی، توضیح المسائل مراجع: م ۴۵۰؛ آیت الله مکارم، تعلیقات علی العروة، احکام الحيض، السابع و آیت الله خامنه‌ای، استفتاء: س ۴۲۵). آیات عظام سیستانی و فاضل: اگر زن راضی باشد، کراهت شدید دارد و اگر راضی نباشد، بنابر احتیاط واجب جایز نیست (آیت الله فاضل، تعلیقات علی العروة، احکام الحيض، السابع؛ آیت الله سیستانی، توضیح المسائل مراجع: م ۴۵۰). آیات عظام بهجت، تبریزی و وحید: بنابر احتیاط واجب، جایز نیست. (آیت الله وحید، منهاج الصالحین، ج ۲: م ۲۲۸؛ آیت الله بهجت، وسیلة النجاة، ج ۱: م ۲۶۸؛ آیت الله تبریزی، منهاج الصالحین، ج ۱: م ۲۲۸).

۲. رأی شعبه ۸ دیوان عالی کشور به شماره ۱۳۳۶/۹۰۶۸۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۷.

ارتکاب اعمال ناروا یا عدم اطاعت زن از شوهر در اموری که در محدوده حق شوهر است، نشوز به شمار می‌آید؛ لذا چنانچه زن از تربیت فرزند خویش امتناع ورزد ناشزه نیست و در نتیجه ماده جنبه اخلاقی را بیان کرده است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۸۶).

همان طور که مشاهده می‌شود مباحث مطرح شده در این زمینه بیشتر ناظر بر امتناع زوجه از انجام تکلیف معاضدت است و اشاره‌ای به امتناع زوج نشده است. حال آنکه با توجه به اهتمام بیشتر زنان به امور داخل خانه این احتمال بیشتر وجود دارد که مردان در انجام تکالیفی نظیر تربیت فرزند کوتاهی نمایند. اگرچه در هر صورت استدلال‌های مطرح شده در مورد هر یک از زوجین قابل استفاده است. به عقیده نگارندگان تفکیک تکالیف شرعی از قانونی می‌تواند در تشخیص و احراز نشوز مؤثر باشد؛ در واقع منشأ عقیده کسانی که عدم اهتمام به انجام تکلیف معاضدت را از سوی زوجه، نشوز نمی‌دانند در آن است که زوجه تکلیف شرعی نسبت به این امور ندارد. بر مبنای این استدلال و با توجه به تکلیف شرعی زوج در برخی از مصادیق معاضدت نظیر تربیت فرزند می‌توان چنین مصادیقی را نشوز تلقی کرد. با وجود این، تصریح ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی و تحمیل این تکلیف بر زوجین راه را بر هر نوع استنتاج دیگر می‌بندد و خودداری هر یک از زن و مرد از انجام این تکلیف را می‌توان از مصادیق نشوز دانست. به‌ویژه که خودداری از معاضدت امکان زندگی مشترک به معنای واقعی را از طرفین سلب می‌نماید.

۵. ضمانت اجرای نشوز زوج

پس از بررسی و شناخت مصادیقی که نشوز محسوب می‌شوند این سؤال مطرح می‌شود که اثر شناسایی این نهاد در نظام حقوقی و قضایی ایران چه خواهد بود؟ به عبارت دیگر الزام زوج به انجام تکالیف مورد اشاره چگونه ممکن خواهد شد.

اگر مطابق با آیه شریفه در صورت نشوز زوج صلح و سازشی صورت نگیرد، در این صورت زوجه می‌تواند همسرش را پند و اندرز دهد و اگر باز زوج امتناع نمود حق دارد به حاکم رجوع کند (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰۷). پند و اندرز به عنوان یکی از راهکارهای عالی اسلامی همواره جهت بازگرداندن انسان‌ها و مجموعه جامعه به مسیر حق و عدالت مورد توجه بوده است و تحت عنوان کلی امر به معروف و نهی از منکر شرایط و آثار آن مورد بررسی قرار گرفته است. در عین حال اگر این مرحله به نتیجه نرسید چاره‌ای جز برگزیدن راهکارهای دیگر نخواهد بود.

با توجه به ساختارهای موجود در نظام حقوق خانواده الزام زوج به انجام تکالیف به عنوان اقدام اولیه و در صورت عدم انجام تکلیف الزام وی به طلاق را مورد بررسی قرار می‌دهیم. لازم به ذکر است که قانون‌گذار در خصوص تکالیفی نظیر پرداخت نفقه که تخلف از آن از

مصادیق نشوز محسوب می‌شود، ضمانت‌اجراهای شدیدی را پیش‌بینی نموده است لیکن در خصوص مصادیق دیگر نشوز نظیر ترک رابطه جنسی، سوءمقاربت و... ضمانت‌اجرای خاصی دیده نمی‌شود. لذا در این بحث تمرکز بر روی مصادیقی است که توسط قانون‌گذار مورد توجه قرار نگرفته است و لازم است با توجه به قواعد عمومی مربوط به تخلف از تعهدات از یک‌سو و قواعد خاص جاری در حقوق خانواده از سوی دیگر تعیین تکلیف شوند.

بر این اساس در ادامه بحث، دو دسته ضمانت‌اجرای مدنی و کیفری به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. ضمانت‌اجرای مدنی

در صورتی که نشوز زوج محرز شود می‌توان ضمانت‌اجراهای حقوقی نظیر الزام به انجام تکلیف و نیز الزام به طلاق زوجه را در مواجهه با آن پیش‌بینی نمود. لازم به ذکر است که این دو ضمانت‌اجرا رابطه طولی با یکدیگر دارند و ابتدا می‌بایست الزام به انجام تکالیف از دادگاه مطالبه شود و در صورت خودداری از انجام، درخواست الزام به طلاق مطرح گردد.

۵-۱-۱. الزام به انجام تکالیف

بر اساس آیه ۱۲۸ سوره نساء، اولین اقدام در برابر نشوز زوج، تلاش برای صلح و سازش است که نمونه بارز این سازش، چشم‌پوشی زوجه از برخی حقوق جهت حفظ کیان خانواده است؛ ایجاد صلح و سازش مناسب‌ترین راهکاری است که برای بیشتر مشکلات زوجین توصیه می‌شود، زیرا آرامش را به آن‌ها بازمی‌گرداند و از ورود به فرایند طولانی و آزاردهنده دادرسی پیشگیری می‌کند. توصیه قرآن کریم به صلح در صورت نشوز زوج نیز بیانگر اهمیت بسیار زیاد این نهاد در حل مسائل خانواده است. هر یک از زوجین از بخشی از حقوق خود چشم‌پوشی می‌کنند تا بتوانند به زندگی مشترک ولو با محدودیت‌هایی بیشتر ادامه دهند. درعین حال از آسیب‌های ناشی از طلاق که بر خود زوجین، فرزندان و اطرافیان آن‌ها وارد می‌شود پیشگیری می‌کنند. لذا صلح به‌عنوان نمونه‌ای عالی برخورد اسلامی و انسانی با اجتناب زوج از انجام تکالیف قانونی توصیه می‌شود.

اما در صورتی که سازشی واقع نشد و زوج نیز اقدام به طی مراحل قانونی طلاق ننمود درواقع زوجه در موقعیت متزلزل و بلا تکلیفی قرار می‌گیرد. از یک‌سو زوج نسبت به او بی‌اعتناست و از سوی دیگر همسر قانونی وی محسوب می‌شود، در این حالت مراجعه به حاکم (مرجع صالح قضایی) و مطالبه حقوق نقض شده بر مبنای الحاکم ولی الممتنع اولین اقدام خواهد بود.

در این مرحله نیز قاضی ابتدا تلاش می‌کند با وعظ و نصیحت زوج را متوجه انجام تکالیف شرعی و قانونی خود بنماید. در صورت عدم تأثیر موعظه، قاضی می‌تواند مانند تخلف از هر تعهد

قانونی یا قراردادی، ابتدا خواننده را ملزم به انجام تعهد نماید. به عنوان مثال در زمینه الزام به برقراری روابط زناشویی گفته شده است: «بر شوهر واجب است ولو در هر چهار ماه یکبار با زنش نزدیکی کند، اگر از این کار امتناع ورزد زوجه حق دارد به حاکم شرع مراجعه کند تا او شوهر را بر ادای حق زوجه اجبار نماید.»^۱

بدیهی است که در بسیاری از روابط میان زوجین، الزام از سوی دادگاه به دلیل خصوصی بودن روابط زن و شوهر در عمل ممکن نیست، لیکن به عنوان مرحله ابتدایی و اثبات نقض حقوق از سوی طرف مقابل اهمیت پیدا می کند.

۲-۱-۵. الزام زوج به طلاق

در صورتی که الزام زوج به انجام تکالیف قانونی مقدور نباشد، نوبت به ضمانت اجرای دیگر یعنی الزام زوج به طلاق زوجه می رسد. از آنجا که درخواست طلاق از سوی زوجه در چهارچوب های مشخص قانونی امکان پذیر است، در ادامه به بررسی مبانی قابل اتکا برای این درخواست پرداخته می شود. دو مبنای استناد به عسر و حرج زوجه و استناد به سوء معاشرت زوج می توانند به عنوان مبنای الزام زوج ناشز به طلاق زوجه مورد توجه قرار گیرند.

قاعده عسر و حرج یا قاعده لاحرج از قواعد ثانویه فقهی است. قاعده اولیه درباره طلاق آن است که اختیار آن در دست شوهر است. لیکن هرگاه دوام زناشویی برای زن موجب مشقت شدید باشد و شوهر زن را طلاق ندهد به عنوان یک قاعده ثانوی زن می تواند از حاکم تقاضای طلاق نماید (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۳۵). مطابق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود. مطابق تبصره همین ماده عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد. با اینکه عسر و حرج ناشی از عدم ارتباط جنسی با زوجه در تبصره ذکر نشده ولی مطابق قسمت انتهایی تبصره، موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق نماید (الحاقی

۱. فتوای مذکور، پاسخ استفتای زیر از محضر آیت الله خامنه ای است که توسط نگارنده صورت پذیرفته است: به نظر حضرتعالی مردی که با ترک رابطه جنسی موجبات اضرار زوجه را فراهم می آورد و ناشز محسوب می شود از مصادیق عسر و حرج می باشد؟

گفتنی است که بند اول ماده ۱۱۳۰ پیش از اصلاحات کنونی^۱ بیان می‌داشت که در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفای آن ممکن نباشد زن حق مراجعه به حاکم برای طلاق را دارد. به‌زعم نویسندگان حقوقی سایر حقوق واجبه همان حقوق مربوط به رابطه جنسی بوده است.

بنابر فتاوی‌های معاصر نیز طلاق زوجه از سوی حاکم پس از الزام و تعزیر، در صورت نشوز زوج صورت می‌پذیرد.^۲ اگرچه در این فتوا به حق جنسی زن توجه گردیده ولی خود نیز بیانگر صبر زن تا مرحله عسر و حرج در زندگی مشترک است. در این صورت زن باید تا مرز عسر و حرج صبر کند؛ گویی حقوق زوجه هم‌سایه و هم‌مرز با عسر و حرج است. ضمن اینکه اثبات عسر و حرج دشواری‌های خاص خود را دارد (نوبهار، ۱۳۹۴: ۸۱). لذا داخل نمودن مسائلی نظیر ترک رابطه جنسی ذیل عنوان عسر و حرج با این ایراد روبه‌رو خواهد بود که زوجه به‌صرف محروم شدن از حقوق خود نمی‌تواند درخواست طلاق بدهد بلکه این محرومیت باید منجر به سختی و مضیقه برای او شده باشد. همین امر ضرورت پیش‌بینی عنوان مستقلاً برای نشوز زوج را بیش از پیش نمایان می‌کند. در واقع قانون‌گذار در مواردی نظیر عدم پرداخت نفقه بدون توجه به ایجاد عسر و حرج در زوجه و صرفاً

۱. در تاریخ ۱۳۹۹/۸/۵ مجلس شورای اسلامی ماده واحده‌ای تحت عنوان قانون فهرست قوانین و احکام نامعتبر در حوزه سلامت را به تصویب رساند که ماده ۱۱۳۰ مصوب سال ۱۳۱۴ نیز در ردیف هفتادم این فهرست به چشم می‌خورد. لذا این تردید به میان می‌آید که آیا ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی که در سال ۸۱ مورد اصلاح قرار گرفته است به قوت خود باقی است یا بر مبنای این قانون نسخ می‌شود؟ در پاسخ به نظر می‌رسد که منظور قانون‌گذار صرفاً نسخ ماده مصوب در سال ۱۳۱۴ است که البته با اصلاح انجام شده در سال ۸۱ پیش از این نسخ شده است. لیکن تأمل در سایر بندهای این فهرست طولانی نشان می‌دهد که قانون‌گذار صرفاً در صدد تجمیع و فهرست نمودن قوانین نسخ شده، بوده است و بندهای مکرر دیگری از این فهرست نیز به موجب قوانین بعدی قبلاً نسخ شده بودند. با توجه به اهمیت ماده ۱۱۳۰، عدم ورود مجلس شورای اسلامی به موضوع و بحث نشدن پیرامون آن در صحن مجلس قرینه دیگری است مبنی بر اینکه ماده واحده به ماده ۱۱۳۰ اصلاحی سال ۸۱ نظر ندارد. در واقع مجلس شورای اسلامی در راستای انجام تنقیح قوانین در گام نخست اقدام به جمع‌آوری کلیه مواد و قوانین منسوخ نموده است تا در نهایت بتواند مجموعه‌های قانونی تنقیح شده را به تصویب برساند.

۲. آیت‌الله مکارم شیرازی در استفتائی که از ایشان در رابطه با این سؤال: در صورتی که شوهر از انجام وظایف زوجیت سرباز زند به‌گونه‌ای که زوجه‌اش را معلق قرار دهد بفرمایید آیا ناشز است؟ چه آثاری دارد؟ و در این صورت زوجه می‌تواند درخواست طلاق نماید؟ بیان می‌دارند: «آری در این صورت زوج ناشز است و زوجه می‌تواند به حاکم شرع شکایت کند تا او را وادار به انجام وظیفه نماید و در صورت لزوم تعزیر کند. در صورتی که زوج به‌هیچ‌وجه حاضر نباشد امساک به معروف یا تسریح به احسان کند و زوجه در عسر و حرج قرار گیرد حاکم شرع می‌تواند او را طلاق دهد.»

به دلیل ترک انفاق امکان درخواست طلاق را پیش‌بینی نموده است لیکن در خصوص حقوق دیگری نظیر حقوق جنسی سکوت اختیار نموده است. در حالی که این دسته از حقوق شاید به مراتب اهمیت بیشتری در سلامت و شادابی روانی زوجه داشته باشد.

در حال حاضر به استناد قسمت اخیر ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی هر امری که از نظر دادگاه عسر و حرج زوجه را در پی داشته باشد می‌تواند مستمسک تقاضای الزام زوج به طلاق قرار گیرد لیکن قاضی نمی‌تواند از این مرحله پیش‌تر رفته و صرف نشوز زوج را بدون تحقق عسر و حرج دستاویز صدور حکم قرار دهد. لذا شناسایی نهاد نشوز زوج در حقوق موضوعه می‌تواند مبنایی برای رفع این ایراد ایجاد نماید. تا رفع این نقیصه می‌توان استناد به سوء معاشرت زوج را راهی برای درخواست طلاق از سوی زوجه در صورت نشوز زوج در نظر گرفت.

از مجموع امساک به معروف و تصریح به احسان این نتیجه حاصل می‌شود که احادی مجاز نیست همسرش را در شرایط غیرانسانی و توأم با سوء معاشرت نگه دارد. کما اینکه نمی‌تواند او را معلق و بلا تکلیف رها کند (توجهی، ۱۳۸۹: ۲۳۷). در حالی که قانون راجع به نشوز مردان و نیازهای جنسی زن سکوت کرده است، فقه اسلامی ارضای نیازهای جنسی را هم برای مردان و هم زنان در خانواده واجب می‌داند. تأمین نیازهای جنسی، علاوه بر انگیزه شخصی زوجین یکی از اهداف اصلی شارع مقدس در ترغیب به ازدواج به شمار می‌رود تا در سایه تأمین این نیاز از فحشا و منکرات جلوگیری شود. در متون اسلامی به حق زوجین در این زمینه توجه شده است ولی نمایان شدن بیشتر این حق در خصوص زوج، موجب غفلت از حقوق جنسی زوجه گردیده است؛ بنابراین طبق این حق، شوهر نمی‌تواند بدون هیچ‌گونه عذری از مبادرت به آمیزش در حدود یاد شده استتکاف کند حتی اگر از این منظر زوجه در ضرر و حرج قرار نگیرد (حبیبی تبار، ۱۳۹۴: ۵۵). در نتیجه بی‌اعتنایی شوهر به زن نیز به او حق می‌دهد که به عنوان سوء معاشرت یا عدم ایفای وظایف زناشویی از دادگاه طلاق بخواهد و استناد شوهر به شرط ضمن عقد این آثار قانونی را از بین نمی‌برد. در واقع با وجود منابع معتبر فقهی شناسایی مفهوم نشوز زوج در حقوق موضوعه چندان دشوار نیست و دادگاه‌ها می‌توانند با استناد به این منابع در این زمینه اقدام به صدور رأی نمایند. «در خصوص طرح دعوای نشوز از سوی زوجه، قضات دادگاه‌های خانواده می‌توانند چنین دعوایی را به استناد قاعده لزوم معاشرت به معروف (مصرح در ماده ۱۱۰۳) بپذیرند» (نوبهار، ۱۳۹۴: ۶۶). استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی منبعث از اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی در خصوص استناد به منابع معتبر اسلامی نیز می‌تواند مشکل فقدان نص صریح قانونی را در این زمینه رفع نماید. به بیان دیگر تا زمانی که نشوز زوج به معنی پیش‌گفته در قانون مورد تصریح قرار نگرفته است، قضات می‌توانند

با توجه به تکلیف حسن معاشرت، اقدام به صدور رأی به لزوم حسن معاشرت میان زوجین نمایند که از جمله لوازم آن برقراری رابطه جنسی متعارف و مورد رضایت طرفین است.

۲-۵. ضمانت اجرای کیفری نشوز زوج

پیش از این نیز گفته شد که برخی از مصادیق نشوز نظیر ترک انفاق واجد ضمانت اجرای متعدد حقوقی و کیفری^۱ هستند. درخصوص مصادیق دیگر نشوز از جمله ترک رابطه جنسی، با نگاهی به متون فقهی مشاهده می شود برخی از فقها قائل به تعزیر زوج در صورت تحقق نشوز از سوی وی می باشند. صاحب جواهر تعزیر نمودن زوج ناشز را توسط حاکم تأیید نموده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰۷). امام خمینی (ره) نیز ضمن امکان وقوع نشوز از سوی زوج حکم به تعزیر وی از سوی حاکم را داده است. شهید ثانی استمرار مرد ناشز بر این حالت را موجب تعزیر از سوی حاکم دانسته اند (توجهی، ۱۳۸۹: ۲۴۴).

برخی با توجه به حق زوجه برای مطالبه حقوقش در صورت نشوز زوج در گام اول وعظ زوج توسط زوجه سپس با توجه به مؤثر نبودن رجوع به حاکم و الزام زوج و در صورت عدم تأثیر تعزیر زوج توسط حاکم به دلیل ارتکاب معصیت و در نهایت الزام وی به طلاق توسط دادگاه را لازم می دانند (شاکری، ۱۳۹۳: ۱۹۶). همچنین علت جرم انگاری نشوز زوج را با وجود راه حلی چون طلاق، ایجاد جرم مانع و حفاظت از کانون خانواده و همچنین واکنش جامعه در مقابل سوء استفاده از حقوق توسط افراد می دانند (توجهی، ۱۳۸۹: ۲۴۸). این در حالی است که پیشنهاد جرم تلقی کردن نشوز زوج و تعیین مجازات برای آن اثری جز افزایش جرایم پیش بینی شده در قانون در حوزه روابط خانوادگی نخواهد داشت.

«واکاوی احکام فقهی ناظر به فقه خانواده نیز حاکی از اهتمام شریعت اسلام به حفظ خانواده و تحکیم بنیان آن است. از این رو در مسئله جرم انگاری رفتارهای سوء زوجین در نظام خانواده باید اصل را بر عدم جرم انگاری قرار داد چه آنکه جرم انگاری تخلفات خانوادگی، غالباً منتهی به فروپاشی خانواده و لااقل سرد شدن روابط زوجین و ایجاد بی اعتمادی و دشمنی و کینه توزی می شود. بر اساس

۱. ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می شود.

تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است.»

این دیدگاه اعتدالی و واقع‌بینانه در صورتی که تخلفات زوجین به گونه‌ای باشد که پایه‌های خانواده و بنیاد آن را مورد هدف قرار دهد اصل عدم جرم‌انگاری را تخصیص می‌زند و مسئولیت کیفری را برای متخلف رقم می‌زند. بررسی آموزه‌های فقهی نشان می‌دهد که فقیهان با استناد به نصوص قرآنی و روایی، در مسائل جنسی و روابط نامشروع، به جرم‌انگاری رفتارهای زوجین روی آورده‌اند و در سایر موارد، راهکارهایی چون معاشرت به معروف علی‌رغم ناخوشایندی زوج از زوجه، گذشت، مصالحه و نیکویی در فرض خوف از نشوز زوج، تسالم، وعظ و بی‌اعتنایی توسط زوج در فرض نشوز زوجه، تشکیل محاکم خانوادگی در فرض شقاق و ناسازگاری طرفینی و نهایتاً طلاق را به عنوان ابغض‌الحلال برگزیده‌اند.» (صادقی و دیگران، ۱۳۹۷: ۹۲).

در صورتی که هدف از تنبیه زوج، بازگرداندن او به مسیر آشتی و تمایل به همسر است، استفاده از مجازات می‌تواند اثر معکوس داشته باشد، ضمن آنکه به لحاظ اجتماعی این برخورد می‌تواند شأن و منزلت زن را تنزل دهد. لذا پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری توصیه نمی‌گردد. بلکه روی آوردن به ضمانت اجرای مؤثرتر و مفیدتر نظیر دریافت خسارت در صورت ورود ضرر مادی و معنوی به زوجه و نیز صدور حکم الزام به طلاق به صرف نشوز زوج و بدون تحقق عسر و حرج، مناسب به نظر می‌رسد. درعین حال ممکن است دریافت خسارت نیز در روابط میان زوجین ضمانت اجرای مؤثری به شمار نیاید، زیرا صرف نظر از استقلال مالی زوجه از یک سو در یک زندگی متعارف، اموال زن و شوهر مشترکاً به تأمین نیازهای خانواده اختصاص می‌یابد و از سوی دیگر ضمانت اجرای مالی ممکن است به عنوان اهرم فشار جهت دستیابی به اهداف دیگر نظیر طلاق مورد استفاده طرفین قرار گیرد. در نتیجه در پیش‌بینی و به کارگیری این ابزار لازم است نهایت احتیاط به عمل آید. علاوه بر این وعظ و نصیحت، الزام به شرکت در کلاس‌های آموزش خانواده و ارجاع به روان‌شناس می‌تواند در حل مسئله مفید فایده باشد.

در واقع صرف جرم‌انگاری بدون پیش‌بینی حمایت‌های لازم از بزه‌دیده نمی‌تواند اثرات مخرب یک عمل را کاهش داده یا از بین ببرد. به عنوان مثال تعزیر زوج اگر منجر به آشتی و سازش یا طلاق نشود اثرات مخربی بر ادامه زندگی خانوادگی خواهد داشت.

نتیجه

با توجه به آنچه بیان گردید روشن است هدف شارع مقدس در وضع حقوق و تکالیف زوجین، ایجاد آرامش و انسجام و مودت در کانون خانواده است. همان گونه که نشوز زوجه این آرامش و مودت را از بین می‌برد و قانون‌گذار برای رفع آن به چاره‌جویی و پیش‌بینی ضمانت اجرا برآمده است، نشوز زوج نیز می‌تواند سبب گسستگی بنیان خانواده و در تنگنا قرار گرفتن زن شود. با توجه به پذیرش

و شناسایی مفهوم نشوز زوج و تعیین مصادیق آن توسط فقها به استناد آیات قرآن کریم و روایات، امکان شناسایی این نهاد در حقوق موضوعه نیز وجود دارد؛ بلکه ضرورت آن احساس می‌شود. در عین حال ضروری است که تفاوت‌های زن و مرد از حیث جسمی و روحی که منشأ تفاوت در احکام و مقررات ناظر به آنهاست مورد توجه قرار گیرد.

تشخیص و تفکیک آن دسته از تعهدات ناشی از عقد ازدواج که تخطی از آنها، نشوز تلقی می‌شود، علاوه بر بررسی منابع روایی و یافتن حکم شرع در این خصوص، نیازمند توجه به اهمیت هر یک از تعهدات و آثار متعدد روانی، جسمی و اجتماعی ناشی از ترک این تکالیف است.

در حال حاضر قانون‌گذار تعهدات مالی زوج را بیش از تعهدات غیرمالی واجد اهمیت دانسته و برای آن ضمانت اجرا پیش‌بینی نموده است. ریشه این رویکرد هر چه که باشد به طریق اولی در تعهدات غیرمالی نیز می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. مبنای اصلی پیشگیری از قرار گرفتن زوج در موقعیت متزلزل و بلا تکلیفی است و بر این اساس می‌توان توجه به صلح و سازش و حفظ خانواده را محور اصلی قرار داد و پیرامون این محور انجام مشاوره‌های روانی، پزشکی، عاطفی و... را پیش‌بینی کرد. لیکن در نهایت هرگاه بازگرداندن زوج به مسیر زندگی مشترک متعارف، ممکن نشد، حسب مورد برای زوج ناشز، الزام به انجام تکالیف، الزام به طلاق، پرداخت خسارت و نظایر آن در نظر گرفت. تا هنگام اصلاح قوانین در این خصوص، استناد به تکلیف کلی حسن معاشرت و الزام زوج به انجام این تعهد می‌تواند راهی برای قضات دادگاه‌ها برای صدور آرای منصفانه در این زمینه باشد.

منابع

- احمدیه، مریم و محمد اسحاقی (۱۳۹۵)، «تطورات مفهوم نشوز در ادوار مختلف فقه شیعه»، *مجله مطالعات زن و خانواده*، دوره ۴، شماره ۱.
- اله مرادی، ام بنین و سیف‌الله احدی (۱۳۹۴)، «اختیار قاضی برای طلاق در صورت نشوز زوج و مشروط نبودن آن به عسر و حرج زوجه»، *مجله فقه و حقوق خانواده*، سال ۲۰، شماره ۶۲.
- امیری، حسین (۱۳۸۹)، «حقوق جنسی زن و شوهر در اسلام»، *ماهنامه معرفت*، سال ۱۹، شماره ۱۵۴.
- توحیدی، عبدالعلی (۱۳۸۹)، «لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج»، *مجله مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۲، شماره ۴۸.
- ثمنی، لیلا (۱۳۹۷)، «مضاجعه و چالش‌های آن در فقه امامیه»، *مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده*، سال ۱، شماره ۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: نشر بنیاد راستاد.
- حبیبی تبار، جواد و انسیه فراهانی (۱۳۹۴)، «قانون حمایت خانواده و ضمانت اجرای مؤثر در مورد نشوز زوج»، *مجله مطالعات اسلامی زنان و خانواده*، دوره ۲، شماره ۱.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲)، *ترجمه تحریرالوسیله (کتاب النکاح)*، جلد ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- شاکری گلپایگانی، طوبی، کاردوانی، راحله و وکیلی، وحید (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی-حقوقی گستره نشوز زوجین و شیوه مواجهه با آن»، *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان*، شماره ۶۴.
- شریعتی، الهام، ولی حصار، مرضیه (۱۳۹۶)، *حقوق جنسی زوجین در فقه و حقوق موضوعه*، تهران: انتشارات خورسندی.
- شکری، فریده و رقیه سادات مؤمن (۱۳۹۰)، «نقش قاعده لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص»، *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)*، شماره ۵۱.
- صادقی موحد، خدیجه، سیدمحمد صدری، احمد باقری و حیدر امیرپور (۱۳۹۷)، «امکان سنجی جرم‌انگاری در حوزه حقوق خانواده»، *مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵۴.
- صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۳)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: نشر میزان.
- طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۴۸)، *ترجمه تفسیر المیزان*، محمدجواد حجتی کرمانی، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۳.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران: نشر علوم اسلامی.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸)، *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده*، جلد ۹، تهران: انتشارات جنگل.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸)، *شرح آیات منتخب قرآن کریم*، تهران: انتشارات نشتا.
- مهدوی، حمید (۱۳۹۳)، *فرهنگ مبین*، تهران: نشر احسان.

- نوبهار، رحیم و ام‌البنین حسینی (۱۳۹۴)، «قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، دوره ۱۱، شماره ۱.
- نوبهار، رحیم و ام‌البنین حسینی (۱۳۹۷)، «حدود روابط جنسی زن و شوهر در چهارچوب قاعده معاشرت به معروف»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، دوره ۱۴، شماره ۱.
- هدایت نیا، فرج‌الله و سیدجواد سیدعلی‌زاده گنجی (۱۳۹۲)، «نشوز زوج در فقه و حقوق خانواده جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۷.
- وحیدی فردوسی، عبدالهادی و نعیمی، زکیه (۱۳۹۹)، «نقدی بر سیر تکوین حقوق خانواده ایران در دوران معاصر»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.

عربی

- ابوالفتح رازی، حسین ابن علی (۱۳۶۵)، **روض الجنان و روح الجنان**، جلد ۶، مشهد: آستان قدس رضوی (بنیاد پژوهش‌های اسلامی).
- ازهری، محمد ابن احمد (بی‌تا)، **تهذیب اللغة**، جلد ۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حر عاملی، محمد ابن الحسن (۱۴۰۳)، **وسائل الشیعه**، جلد ۱۴ و ۱۵، قم: المکتبه الاسلامیه.
- حویزی، عبدعلی بن جمعه (۱۴۱۵)، **تفسیر نور الثقلین**، جلد ۱، قم: نشر اسماعیلیان.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، **کتاب نکاح**، جلد ۵، قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
- شوشتری، محمدتقی (۱۴۰۶ه.ق)، **النجعه فی شرح المعه**، جلد ۹، تهران: مکتبه الصدوق.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۳ه.ق)، **التبیان فی تفسیر القرآن**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طیب، سید عبدالحسین (۱۳۷۸)، **اطیب البیان فی تفسیر القرآن**، جلد ۶، تهران: انتشارات اسلام.
- فراهیدی، خلیل ابن احمد (۱۳۸۳)، **العین**، جلد ۱ و ۶، قم: نشر هجرت.
- قمی مشهدی، محمدبن محمدرضا (۱۳۶۸)، **کنزالدقائق و بحر الغرائب**، جلد ۳، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- کلینی رازی، محمد ابن یعقوب بن اسحاق (۱۳۸۸)، **فروع کافی**، جلد ۶، تهران: نشر قدس.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۳۴۶)، **شرایع الاسلام**، ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران: دانش‌پژوه.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد ۳۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی

عیسی مقدم*

چکیده

مطابق قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت شخص مجاز نیست بدون سببی قانونی به زیان دیگری دارا شود. نخستین مسئله وجود و قلمرو قاعده در حقوق تجارت با توجه به اختلاف نظر موجود در این زمینه در حقوق ایران است. مسئله دیگر این است که با توجه به تبعیت موضوعات تجاری از اصول و موازین خاص، آیا از جهت ماهیت و مبنا و چگونگی داراشدن ناعادلانه تفاوتی بین تجارت و غیر تجارت وجود دارد یا نه؟ بررسی این موارد برای فراهم آمدن امکان تشخیص درست مصادیق داراشدن ناعادلانه در موضوعات تجاری ضرورت دارد. روش پژوهش توصیفی - تحلیلی است و برای جمع آوری داده‌های تحقیق از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. مهم‌ترین نتایج حاصله آن است که در مورد وجود آن در حقوق تجارت نباید تردید کرد، چون مواردی وجود دارد که تنها منطبق بر همین قاعده است. همچنین، قاعده در حقوق تجارت جنبه تکمیلی و فرعی دارد و نباید به گونه‌ای اعمال شود که باعث اخلاف در نظام حقوقی شود. از جهت ماهیت هر چند تفاوتی بین داراشدن ناعادلانه در تجارت با غیر آن دیده نمی‌شود، ولی از نظر چگونگی داراشدن در مواردی تفاوت وجود دارد که برای احراز آن باید مورد توجه قرار گیرد. مبنای قاعده در تجارت، علاوه بر جنبه جبران زیان از زیان‌دیده، حمایت از مصلحت کلان تجارت نیز است که بر اهمیت آن می‌افزاید. به علاوه، دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود، لذا از صلاحیت دادگاه‌های تجاری خارج است. با وجود این، به جهت دشواری که برای تشخیص آن در امور تجاری وجود دارد، بهتر است در مقررات مربوطه، این امر در صلاحیت این دادگاه‌ها گنجانده شود.

واژگان کلیدی: داراشدن ناعادلانه، رویه قضایی، اسناد تجاری، شرکت تجاری، ورشکستگی

* استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران

مقدمه

ساماندهی درست جابه‌جایی اموال بین اشخاص از موضوعات مهم حقوقی است، چون نظم اجتماع و امنیت روانی افراد به آن وابسته است. یکی از قواعد شناخته شده در این زمینه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت است. مطابق این قاعده، شخص مجاز نیست بدون سببی قانونی به زیان دیگری دارا شود.

در مورد این قاعده نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود وجود یا عدم وجود آن به‌عنوان یک قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران و از جمله حقوق تجارت است. در این زمینه هرچند نظر مشهور بر وجود آن است، ولی عقیده مخالف نیز وجود دارد (خندانی، ۱۳۹۰: ۱۱۶). مسئله دوم گستره آن است. آیا این قاعده باید به‌عنوان یک قاعده اصلی به رسمیت شناخته شود یا به‌عنوان یک قاعده تکمیلی و فرعی. بر فرض مثبت بودن پاسخ دو پرسش بالا، مسئله دیگری که مطرح می‌شود، چگونگی اعمال آن در قلمرو حقوق تجارت است. پیچیدگی‌های طبیعی دنیای تجارت که بخش اصلی آن ناشی از اصل سرعت در تجارت است، بر میزان و حتی در مواردی بر نحوه داراشدن ناعادلانه نیز تأثیر می‌گذارد که احراز آن را با دشواری‌هایی روبه‌رو می‌کند و دادگاه‌ها نیز در مورد آن گاه دچار اشتباه می‌شوند.

علت این امر آن است که مقررات تجاری ما به‌طور عمده از کشورهای اروپایی گرفته شده است و دارای مبانی متفاوتی است. برای مثال، شرکت تجاری برخلاف شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی است و این امر باعث می‌شود که مسائل متفاوتی را ایجاد کند. یا اسناد تجاری مانند چک و سفته و برات و اعتبارات اسنادی تفاوت‌های مهمی با عقود مانند حواله و ضمان دارند. ورشکستگی نیز به همین صورت. بنابراین لازم است قاعده داراشدن ناعادلانه در این موضوعات به‌طور جداگانه مورد واکاوی قرار گیرد. در مقررات ما نیز اصطلاح استفاده بلاجهت تنها در ماده ۳۱۹ قانون تجارت در مبحث برات و سفته و چک آمده است که می‌تواند دلیلی بر جایگاه خاص آن در حقوق تجارت باشد. در این پژوهش، ابتدا موضوعات کلی مربوط به آن شامل مفهوم، قلمرو و شرایط داراشدن ناعادلانه، وجود یا عدم وجود قاعده در فقه و حقوق مدنی و حقوق تجارت، چگونگی داراشدن ناعادلانه و جنبه تکمیلی و فرعی آن در حقوق تجارت بررسی می‌شود، و سپس برای شناخت بهتر آن، مصادیقی از آن در موضوعات مختلف تجاری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت

داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت دارای معنای عام و خاص است. «در معنای عام شامل ایفای ناروا، اداره مال غیر و استیفای از مال یا عمل غیر و همچنین استفاده بلاجهت به معنای خاص

است». در معنای خاص عبارت از این است که «شخصی بدون سبب به زیان دیگری دارا شود و شخصی که داراشدن به زیان اوست دعوای دیگری برای مطالبه جبران ضررش در اختیار نداشته باشد» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۴۹).

در داراشدن ناعادلانه، مبنای مسئولیت شخص انتفاع ناروایی است که از مال یا کار دیگری برده است و تنها به همین اندازه می‌توان به او رجوع کرد. برخلاف مسئولیت مدنی در معنای خاص که مبنای ورود ضرر به زیان‌دیده است و هدف جبران زیان از او است، خواه عامل ورود زیان از آن نفعی برده باشد یا نبرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۹). بنابراین عنصر اصلی در دعوای استفاده بدون جهت داراشدن شخص است و احیاناً اگر چنین امری تحقق نیافته باشد، داراشدن ناعادلانه نیز منتفی است.

۲. شرایط تحقق داراشدن ناعادلانه

این شرایط عبارت است از:

الف) داراشدن: منظور افزوده شدن به دارایی شخص است. داراشدن عبارت از بردن هرگونه نفعی است که قابل ارزیابی به پول باشد، خواه این نفع، مقداری پول و ارزش مالی باشد یا نفع معنوی و ناشی از کار دیگری (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۵).

ب) کاسته شدن از مال دیگری: برای تحقق اکل مال به باطل، صرف افزایش دارایی کافی نیست، بلکه در مقابل افزایش، باید از دارایی دیگری کاسته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۷). همچنین چون کلمه مال به طور مطلق آمده است، بنابراین هر آن چیزی که عرفاً مال محسوب شود، مشمول قاعده است. مال چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل ارزیابی به پول باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۹۵).

ج) وجود ارتباط میان افزایش و کاهش: «داراشدن شخص باید نتیجه مستقیم کاسته شدن دارایی دیگری باشد، یعنی بین افزوده شدن دارایی شخص و کاسته شدن دارایی دیگری رابطه علت و معلول موجود باشد و به همان مقدار که شخص مزبور دارا می‌شود از دارایی طرف دیگر کاسته شود» (امامی، ۱۳۵۳: ۳۵۴؛ خدانی، ۱۳۹۰: ۹۵؛ مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۴). در واقع، مدعی باید ثابت کند که غنای ایجاد شده از فقر او به دست آمده است یا به بیان دیگر، ارزشی که تحصیل شده به او تعلق دارد و به ناحق انتقال یافته است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۳۰).

د) فقدان سبب قانونی برای داراشدن: منظور از غیرعادلانه یا بدون جهت این است که داراشدن بدون سبب قانونی باشد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۵؛ شیرازی، ۱۳۶۴: ۱۱۴). چون به طور متعارف برای انتقال مال از یک شخص به شخص دیگر باید سبب قانونی وجود داشته باشد، و در صورت نبود سبب، دریافت‌کننده مکلف به بازگرداندن آن خواهد بود.

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که دعوای داراشدن ناعادلانه در امور تجاری یک دعوای مدنی است و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید اثبات شود.

۳. قلمرو اعمال قاعده

اعمال قاعده از دو زاویه می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. زاویه نخست مربوط به استنتاج حکم وضعی موضوعات است. پرسش این است که آیا برای اموری مانند صحت و بطلان می‌توان به آن استناد کرد؟ در این زمینه موضع قانون مشخص نیست و نظر حقوق‌دانان نیز متفاوت است. بیشتر حقوق‌دانان با فرعی دانستن قاعده و اختصاص قاعده به ضمان دریافت‌کننده مال به بازگرداندن مالی که به ناروا دریافت شده است ظاهراً آن را برای استنتاج حکم وضعی شایسته ندانسته‌اند (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۳-۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۹-۲۰۲)، ولی برخی در مواردی برای این منظور به آن استناد کرده‌اند. برای مثال، در فرضی که در شرکت‌های تجاری برای بعضی شرکا قرار باشد امتیازی مبنی بر دریافت سود به نسبتی بیش از آورده در نظر گرفته شود، سؤال این است که آیا ایجاد این امتیاز برای شریک باید مابازاء مشروع و معینی داشته باشد یا نه؟ به موجب یک نظر شرط مطالبه سود به نسبتی بیش از آورده باید مابازاء مشروع و معینی داشته باشد (کاویانی، ۱۳۸۹: ۲۳۹). البته ایشان مبنای حقوقی نظر خود را بیان نکرده است، ولی به نظر می‌رسد قاعده داراشدن ناعادلانه است، چون قواعد دیگر به آن ارتباط ندارد. خاطر نشان می‌گردد برخی چنین اعتقادی ندارند و ایجاد امتیاز را منوط به مابازا نمی‌دانند (اسکینی، ۱۳۸۰: ۳۲).

به نظر می‌رسد استناد به قاعده برای بیان حکم وضعی، به طور استثنایی و در صورتی که با قواعد دیگر تداخل پیدا نکند بدون اشکال است و دلیل موجهی برای عدم امکان استناد به آن وجود ندارد. چون اگر به این قاعده برای ضمان دریافت‌کننده مال به ناروا به دست آمده بتوان استناد کرد، منطقاً برای استنتاج حکم وضعی سببی که باعث این داراشدن می‌شود نیز باید بتوان تمسک کرد. در فقه گاه برای این منظور به منع اکل مال به باطل که تا اندازه‌ای مشابه داراشدن ناعادلانه است استناد شده است. برای مثال، شیخ انصاری برای اثبات حق فسخ برای شخصی که در معامله مغبون شده است به آن استناد کرده است (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۷۲-۳۷۱).

زاویه دوم، استناد به آن برای در نظر گرفتن مسئولیت به بازگردان مال برای شخصی است که بدون سبب مشروع و قانونی به زیان دیگری دارا شده است. به نظر می‌رسد آنچه در حقوق ما مورد توجه قرار گرفته است، استناد به آن برای این منظور و به عنوان یک قاعده تکمیلی است.

۴. بررسی وجود یا عدم وجود قاعده در فقه امامیه، حقوق مدنی و حقوق تجارت

۴-۱. در فقه امامیه

قاعده‌ای با عنوان داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در فقه وجود ندارد، ولی این امر به معنای آن نیست که فقه نسبت به این موضوع بی‌توجه باشد. در فقه قاعده حرمت اکل مال به باطل وجود دارد که اشخاص را از خوردن اموال یکدیگر به باطل نهی می‌کند و برای بیان حکم تکلیفی و وضعی موضوعات و همچنین ضمان دریافت‌کننده مال توسط فقها مورد استناد قرار گرفته است. مانند حرمت تصرف در مال دیگری بدون مجوز (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۴۱)، حرمت خرید و فروش آلات عبادات و صلیب و صنم و خرید فروش میته و اکل باطل در خیار عیب به (سلیمانی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۲-۴۰) و حرمت قمار (نجفی، ۱۴۰۵: ۱۰۹)، در نظر گرفتن حق فسخ برای شخصی که در معامله مغبون شده است (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۷۲-۳۷۱)، تکلیف مستأجر به پرداخت اجرت‌المثل در اجاره‌ای که باطل است و مستأجر از عین مستأجر استفاده کرده باشد (نجفی، ۱۴۰۵: ۲۴۷-۲۴۶). از نظر برخی قاعده حرمت اکل مال به باطل از قواعد عمومی باب معاملات است و حتی برای تعدیل قرارداد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۴۳-۱۴۱).

هرچند به نظر می‌رسد قاعده حرمت اکل مال به باطل و داراشدن ناعادلانه دارای منطق مشترکی هستند و از این رو مصادیق مشترک آن دو زیاد است، ولی به‌طور کامل آن دو را نمی‌توان یکی دانست، چون همان گونه که گفته شد، قاعده داراشدن ناعادلانه در حقوق از منابع مسئولیت مدنی و عمدتاً برای ضمان شخصی که به‌طور ناعادلانه به زیان دیگری داراشده است، به بازگرداندن مال مورد استناد قرار می‌گیرد، در حالی که قاعده اکل مال به باطل در زمینه‌های بسیاری مورد استناد است. علاوه بر این، مواردی وجود دارد که استفاده بلاجهت است ولی مشمول تعریف اکل مال به باطل نیست. برای مثال، در فرضی که مسافری برای نجات کشتی و مسافران، ناچار شود کالای خود را به دریا اندازد، اگر معتقد باشیم خسارت تلف کالا بر عهده تمام مسافران است که از آن استفاده برده‌اند، این امر استفاده بدون جهت است، ولی اکل مال به باطل نیست.

۴-۲. در حقوق مدنی

در مقررات مدنی از استفاده بدون جهت یا داراشدن ناعادلانه نام برده نشده است و به همین علت در مورد وجود آن اختلاف نظر وجود دارد. باید توجه کرد آنچه محل مناقشه است، وجود داراشدن ناعادلانه به عنوان یک قاعده حقوقی مکمل قواعد حقوقی دیگر است و نه جواز داراشدن ناعادلانه. در واقع آنانی که وجود قاعده را منکر هستند، معتقدند به جهت آنکه قواعد دیگر مانند ضمان ید، ید، و... به‌طور کامل قاعده داراشدن ناعادلانه را پوشش می‌دهد، لذا با وجود آن‌ها دیگر نیازی به این قاعده در

نظام حقوقی ایران وجود ندارد. برای مثال، قاعده ید بخش زیادی از آن را پوشش می‌دهد و همچنین قواعد دیگر. در واقع، اختلاف در پذیرش استفاده بدون جهت به عنوان یک قاعده تکمیلی است و در لزوم پذیرش آن به عنوان یک قاعده اخلاقی در شکل‌گیری نهادهای حقوقی یا نقد و اصلاح آن‌ها اختلافی نیست (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۵۴). به نظر می‌رسد در قانون مدنی نمونه‌هایی وجود دارد مانند مواد ۳۳ درباره زراعت با حبه غیر، ۱۷۲ در مورد هزینه‌های نگهداری حیوان گم شده، ۳۰۱ تا ۳۰۵ در مورد ایفای ناروا، ۳۰۶ درباره اداره مال غیر و ۳۶ و ۳۳۷ در خصوص استیفای از عمل یا مال غیر، که می‌توان آن‌ها را به معنای پذیرش آن در حقوق مدنی و حتی در نظام حقوقی ایران دانست، چون این موارد تحت پوشش قواعد دیگر نیست و تنها بر مبنای قاعده مورد بحث قابل توجیه است. همچنین، برخی امکان مراجعه اصیل به بایع فضولی برای دریافت بهای روز ملک را بر مبنای داراشدن ناعادلانه ممکن دانسته‌اند (بادینی و خاکباز، ۱۳۹۸: ۱۰۱).

باید افزود که در قانون مدنی مواردی وجود دارد که علی‌الظاهر قاعده پذیرفته نشده است. برای مثال، ماده ۳۱۴ قانون در مورد زیادتى حاصل از عمل متصرف با حسن نیت که در حکم غاصب است، یا بخش اول ماده ۳۰۶ درباره اداره مال غیر در حالتی که امکان تحصیل اجازه مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نباشد.

با وجود این، موارد یادشده به معنای نفی پذیرش قاعده توسط قانون‌گذار نیست. چون علت عدم تعلق زیادتى به متصرف، حمایت هر چند افراطی از مالکیت در برابر غصب است و علت اداره مال غیر محسوب نشدن موارد گفته شده جلوگیری از دخالت نابجای اشخاص در اموال دیگران است. (برای دیدن نظر مخالف نک: صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۵۴-۵۳). بنابراین، قاعده می‌تواند به عنوان یک قاعده تکمیلی در حقوق مدنی پذیرفته شود.

۳-۴. در حقوق تجارت

ماده ۳۱۹ قانون تجارت در ارتباط با برات و سفته و چک به صراحت از استفاده بلاجهت نام برده است. علت تصریح قانون‌گذار آن است که در این اسناد مواردی اتفاق می‌افتد که تنها بر اساس داراشدن ناعادلانه قابل توجیه است و منطبق بر قواعد دیگر نیست. برای مثال، در صورتی که صادرکننده چک، وجه آن را به بانک محال علیه رسانیده باشد و تا زمان مطالبه آن توسط دارنده، اقدام به بازگرداندن آن نکرده باشد، در این حالت اگر بانک از پرداخت آن به علت ناموجهی خودداری کند، از آنجا که بانک وجهی را دریافت کرده که در قبال آن عوضی پرداخت نکرده، لذا استفاده بدون جهت کرده است و دارنده سند حق مطالبه وجه آن را از او دارد (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۵). این مورد مشمول هیچ یک از قواعد حقوقی دیگر و حتی ایفای ناروا نیست و تنها بر مبنای استفاده بدون جهت

قابل توجیه است.

این ماده در مورد امکان اعمال قاعده یادشده حداقل در مورد برات و سفته و چک جای تردید باقی نمی‌گذارد. ولی در مورد بخش‌های دیگر حقوق تجارت امکان اعمال قاعده همچنان ممکن است تردید شود. به نظر می‌رسد چون برات و سفته و چک خصوصیتی ندارند که موضوع را ویژه آن‌ها بدانیم، از این‌رو در صورتی که در موضوعات تجاری دیگر و حتی غیرتجاری شرایط اعمال آن وجود داشته باشد، قابل اعمال خواهد بود.

۵. چگونگی داراشدن ناعادلانه در تجارت

از نظر ماهیتی تفاوتی بین داراشدن ناعادلانه در تجارت و غیر آن وجود ندارد، چون نفس عمل یکی است. ولی از نظر چگونگی آن به نظر می‌رسد این امر در تجارت در برخی موارد از پیچیدگی بیشتری برخوردار است و برای احراز آن باید بیشتر دقت کرد.

توضیح قضیه آن است که در مواردی استفاده بدون جهت در تجارت مشابه مواردی است که در امور مدنی دیده می‌شود، برای مثال، در فرضی که برای شریک شرکت تجاری امتیازی مبنی بر دریافت سود به نسبتی بیش از آورده در نظر گرفته شود، بدون آنکه مابازاء مشروع و معینی داشته باشد، ممکن است به جهت مغایرت با قاعده نادرست دانسته شود. چگونگی داراشدن ناعادلانه در اینجا تفاوتی با موارد دیگر نمی‌کند.

ولی در بعضی موارد دچار پیچیدگی می‌شود. برای مثال، در ازای معامله‌ای چکی از سوی شخص الف در وجه ب صادر می‌شود و او آن را به شخص ج منتقل می‌کند. معامله بین الف و ب فسخ می‌شود. ج با مراجعه صادرکننده (الف) و بر اساس اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت وجه چک را از او دریافت می‌کند. در این فرض، چون الف در واقع، بدهی ب به ج را پرداخت کرده است و ب به زیان الف دارا شده است، پس الف حق مراجعه به ب را خواهد داشت. همان گونه که در این مثال معلوم می‌شود، تشخیص داراشدن ناعادلانه آسان نیست و نیازمند تجزیه و تحلیل موضوع با توجه به ویژگی‌های اسناد تجاری است. علت دشوار بودن احراز داراشدن ناعادلانه در این موارد متعدد است. یکی از علت‌ها، تبعیت موضوعات تجاری از ویژگی‌های خاص است. برای مثال، برات و سفته و چک تابع ویژگی‌هایی مانند ویژگی عمل به ظاهر، وصف تجریدی، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت و... است که تحلیل مسائل مربوط به آن‌ها از جمله احراز استفاده بدون جهت را دشوار می‌کند.

علت دیگر به نظر این است که در امور تجاری ما با یک عمل صحیحی روبه‌رو هستیم که در ضمن آن استفاده بلاجهتی اتفاق افتاده است مانند مثال بالا، و می‌خواهیم با حفظ رابطه حقوقی، در

ضمن آن استفاده بلاجهت را پیدا کنیم. در حالی که در موارد غیرتجاری به طور معمول این گونه نیست. برای مثال، در معامله باطل، هر یک از طرفین باید مالی که دریافت کرده را بازگرداند، وگرنه مستلزم داراشدن ناعادلانه خواهد بود.

در واقع، در تجارت هدف این است که حتی المقدور از ابطال اعمال تجاری خودداری شود، چون به زیان تجارت است. در عوض، راهکار غیرمستقیم استفاده بدون جهت به عنوان وسیله جبرانی در اختیار زیان دیده قرار می گیرد. از سوی دیگر، طراحی سازوکارهای تجاری مانند اسناد تجاری، تصفیه و... برای این است که موضوعات تجاری را با رعایت اصل سرعت از لحاظ تجاری ساماندهی کند، که پایان یافتن یک عمل طبق این سازوکارها، لزوماً به معنای ذی حق نبودن اشخاص از نقطه نظر مدنی نیست. برای مثال، طراحی نهاد تصفیه برای این است که تکلیف بدهی ها و مطالبات و اموال شرکت منحل شده سریع تر مشخص شود، چون بلامتکلیف گذاشتن آن ها به ضرر تجارت است. ولی همواره این احتمال وجود دارد که تعدادی از طلبکاران در فرایند تصفیه شرکت نکرده باشند، یا بر فرض شرکت، موفق به دریافت تمام طلب خود نشده باشند. در این موارد بدون آنکه بتوان به اصل تصفیه خدشه وارد کرد - البته بر فرض اینکه با رعایت کامل شرایط قانونی صورت گرفته باشد - راهکار استناد به قاعده مورد بحث - در صورت وجود شرایط - در دسترس خواهد بود.

۶. جنبه تکمیلی و فرعی قاعده در حقوق تجارت

در نظام حقوقی ما و از جمله در حقوق تجارت این قاعده جنبه تکمیلی دارد و نباید به گونه ای اعمال شود که باعث به هم ریختن سازمان حقوقی کشور شود. «اندیشه جلوگیری از استفاده بی جهت محاط در نظام حقوقی است و بر سایر قواعد حکومت ندارد... و نمی توان کاری را که قاعده خاصی مباح شناخته است (مانند معامله مبتنی بر تراضی) به استناد این قاعده کلی ممنوع ساخت» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۵). بر این اساس، دعوای داراشدن ناعادلانه جنبه فرعی دارد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۷) و در مواردی قابل اعمال است که مدعی عنوان دیگری برای طرح دعوی نداشته باشد (خندانی، ۱۳۹۰: ۱۱۷). نحوه نگارش ماده ۳۱۹ قانون تجارت نیز نشان دهنده این امر است. طبق این ماده: «اگر وجه برات و فته طلب و چک را نتوان به واسطه حصول مرور زمان پنج سال مطالبه کرد، دارنده برات یا فته طلب یا چک می تواند تا حصول مرور زمان اموال منقول و وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید». بنابراین اولویت با طرح دعوی بر مبنای سند است و تنها در صورتی که امکان استناد به آن وجود نداشته باشد، می توان از راه استفاده بلاجهت اقدام کرد.

از مواردی که امکان استناد به قاعده وجود ندارد این است که قرارداد صحیحی بین طرفین وجود داشته باشد، که در این صورت باید بر اساس قرارداد به یکدیگر مراجعه کنند (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۶).

فرض می‌گیریم درخصوص خرید کالایی، اعتبار اسنادی توسط بانک به درخواست مشتری و به نفع فروشنده گشایش می‌یابد. یکی از اصول حاکم بر اعتبار اسنادی، استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد پایه صدور آن است (شهبازی‌نیا و گرونی، ۱۳۹۹: ۷۰۸؛ مقدم ابریشمی و بهنام، ۱۳۹۹: ۲۷۲). در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو سی پی) شماره ۶۰۰ آمده است: «اعتبار بنا به ماهیت خود معامله‌ای است جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار قرار می‌گیرند. قراردادهای مبنای اعتبار به‌هیچ‌وجه ارتباطی به بانکها نداشته و تعهدی برای آنها ایجاد نمی‌کند، حتی اگر در اعتبار هرگونه اشاره‌ای به این‌گونه قراردادها شده باشد...». بر این مبنا، این احتمال وجود دارد که ذی‌نفع آن بدون آنکه استحقاق داشته باشد، با ارائه اسناد پیش‌بینی شده در اعتبار، وجه آن را از بانک دریافت کند. مانند آنکه کالاهای ارسالی توسط فروشنده مطابق قرارداد نباشد و... در اینجا کوتاهی متوجه بانک نیست، ولی این پرسش مطرح می‌شود که آیا برای خریدار حق مراجعه به فروشنده برای بازگرداندن پول پرداختی بر مبنای قاعده وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که اگر از جهت قراردادی امکان مراجعه به فروشنده وجود داشته باشد، برای مثال، خریدار بتواند الزام فروشنده به اجرای قرارداد را درخواست کند، نوبت به قاعده نمی‌رسد، ولی اگر این امکان وجود نداشته باشد، استفاده بدون جهت تحقق یافته است. یا در موردی که خواهان بر مبنای چک بتواند اقامه دعوی کند، دیگر نمی‌تواند بر مبنای استفاده بدون جهت طرح دعوی کند (شیرازی، ۱۳۶۴: ۱۳۸).

در خارج از تعهدات قراردادی نیز هنگامی که زیان‌دیده دعوای دیگری در اختیار دارد، نمی‌تواند به آن متوسل شود (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۷). به‌طور کلی، «در حقوق ایران زمانی می‌توان به قاعده استناد کرد که هیچ عنوان حقوقی قراردادی مانند ضمان معوضی، فسخ قرارداد، تلف مبیع قبل از قبض و ضمان قهری مانند غصب، اتلاف، تسبیب یا استیفا قابل استناد نباشد» (مرتضوی و ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۲۳).

۷. بررسی مصادیقی از استفاده بدون جهت در امور تجاری

در ادامه، مصادیقی از داراشدن ناعادلانه در موضوعات تجاری آورده می‌شود.

۷-۱. در اسناد تجاری

هرچند تعداد اسناد تجاری زیاد است، ولی به‌جهت آنکه داراشدن ناعادلانه عمدتاً در اسنادی که برای پرداخت قیمت کالا و خدمات یا تضمین تعهدات مورد استفاده قرار می‌گیرد محقق می‌شود، لذا تنها همین اسناد مورد بررسی قرار می‌گیرد، که عبارتند از برات و سفته و چک و ضمانت‌نامه بانکی و اعتبارات اسنادی.

۷-۱-۱. در چک و سفته و برات

به‌جهت ویژگی‌هایی که این اسناد دارند، مانند ویژگی عمل به ظاهر، اصل غیرقابل استناد بودن

ایرادات در مقابل دارنده ثالث باحسن نیت، وصف تجریدی و...، استفاده بلاجهت در آن‌ها بیشتر از مباحث تجاری دیگر اتفاق می‌افتد و به همین علت قانون تجارت در ماده ۳۱۹ به‌طور خاص به این موضوع تصریح کرده است. ماده مورد بحث ناظر به موردی است که سند، مشمول مرور زمان پنج‌ساله شده است و مسئولیت متعهدان سند تجاری بر اساس سند منتفی شده است (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۳)، ولی قانون‌گذار برای دارنده سند این امکان را در نظر گرفته که بر مبنای داراشدن ناعادلانه به مسئولین آن مراجعه کند. «در حقوق فرانسه، مرور زمان فقط باعث می‌شود که حق دارنده به استفاده از حقوق ناشی از برات (و همچنین سفته و چک) سلب شود. بنابراین، روابط پیش از برات و نیز حقوق ناشی از این روابط، مشمول مرور زمان عام است که دعوی مربوط به آن بعد از سلب حق دارنده برات - به موجب مقررات قانون تجارت - قابل طرح است. قانون‌گذار ما در این مورد از حقوق آلمان تبعیت کرده است که در آنجا پس از گذشت مرور زمان پنج‌ساله، دعوی دارنده علیه مسئولان برات فقط در صورتی قابل قبول است که مسئول مزبور، برات را به ضرر صاحب سند، مالک شده باشد» (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۶).

در ماده یادشده به دارنده سند امکان استناد به قاعده را داده است، ولی در مورد اینکه استفاده‌کننده بلاجهت چه کسی است سکوت کرده است که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱-۷. صادرکننده

سند تجاری توسط صادرکننده به جریان می‌افتد. یکی از اشخاصی که استفاده بدون جهت ممکن است توسط او صورت گیرد صادرکننده است. در برات ممکن است برات‌گیر بدون اینکه محل برات توسط برات‌کش نزد او تأمین شده باشد، وجه آن را پرداخت کرده باشد. در این صورت برات‌کش به زیان برات‌گیر به‌طور ناعادلانه دارا شده است. در چک نیز این امر امکان‌پذیر است. چون در چک نیز محال‌علیه وجود دارد. البته در مقایسه با برات، داراشدن ناعادلانه در رابطه صادرکننده و محال‌علیه چک در حال حاضر کمتر اتفاق می‌افتد، چون طبق ماده ۳ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۸۲ «صادرکننده چک باید در تاریخ مندرج در آن معادل مبلغ مذکور در بانک محال‌علیه وجه نقد داشته باشد...»، و برخلاف گذشته اعتبار، محل صحیح به حساب نمی‌آید، از این رو اکنون وضعیت به این صورت است که بانک محال‌علیه پولی که توسط صادرکننده در حساب جاری گذاشته است نسبت به پرداخت چک اقدام می‌کند و تکلیفی به پرداخت آن در غیر این صورت ندارد. ولی استفاده بدون جهت در رابطه صادرکننده و دارنده می‌تواند محقق شود. برای مثال، اگر در ازای خرید کالایی چک صادر شده باشد و کالا هم تحویل شده باشد، اگر احياناً دارنده ظرف ۵ سال مبادرت به مطالبه وجه آن نکرده باشد و چک مشمول مرور زمان شده باشد، در این صورت دارنده بر اساس داراشدن

ناعادلانه خواهد توانست به صادرکننده مراجعه کند، چون به زیان دارنده داراشده است. در سفته نیز همین حالت قابل وقوع است. نکته‌ای که باید نظر داشت این است که نباید تصور شود که صادرکننده همواره استفاده‌کننده بلاجهت خواهد بود. بلکه این موضوع درباره او باید اثبات شود. البته در این زمینه نظرات مختلف است که در ادامه بررسی خواهد شد.

طبق یک نظر صادرکننده همواره استفاده‌کننده بلاجهت است، چون در سفته و چک، صادرکننده یا وجهی از دارنده گرفته است و بر این مبنا سند را به او داده است، یا اینکه بابت بدهی به دارنده برات یا سفته یا چک داده است. لذا اگر سند پرداخت نشود، او استفاده بدون جهت کرده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۰-۱۹۹). در رأی شماره ۴۱۷۳ مورخ ۱۳۳۸/۸/۲۶ شعبه ۸ دیوان کشور نیز بر همین مبنا صادرکننده سفته استفاده‌کننده بلاجهت شناخته شده است. طبق این رأی: «مطابق ماده ۳۱۹ قانون تجارت اگر وجه برات یا فته طلب یا چک به سبب حصول مرور زمان ۵ ساله قابل مطالبه نباشد، دارنده می‌تواند وجه آن را از کسی که استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید، و در سفته مورد بحث که فرجام خوانده متعهد سفته و طرف مستقیم قضیه بوده و ظهرنویس وجود نداشته، ظاهر این است که از وجه سفته مستفید بلاجهت کرده است و فرد بارز استفاده بدون جهت آنست که مدیون بدون جهت قانونی از ادای دین استنکاف نماید» (نقل از ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۰).

نظر دیگر این است که صادرکننده مانند سایر مسئولین الزاماً استفاده‌کننده بلاجهت محسوب نمی‌شود، بلکه باید این امر اثبات شود (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۷). در دعوی که دارنده چک پس از شمول مرور زمان، اقامه دعوی علیه صادرکننده برای مطالبه وجه آن کرده بود، دادگاه بدوی بر همین مبنا به شرح زیر قرار رد دعوی صادر کرده است.

«در خصوص دعوی آقای م.ح. به طرفیت آقای م.الف. به خواسته مطالبه ۹۰/۵۰۰/۰۰۰ ریال بابت سه فقره چک به شماره‌های ۰۳۶۱۲۱(۱) مورخ ۱۳۷۸/۴/۲۲ به مبلغ بیست و هشت میلیون و هفت صد و پنجاه هزار ریال ۰۲۶۱۲۲(۲) مورخ ۱۳۷۸/۵/۱۲ به مبلغ بیست و هشت میلیون و هفت صد و پنجاه هزار ریال هر دو عهده بانک ص. ۳) ۲۳۰۵۹۲ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۳ عهده بانک ت. به انضمام کلیه خسارات قانونی. نظر به محتویات پرونده و با توجه به اینکه چک‌های مستند دعوی در چهارچوب روابط تجاری (حسب اظهارات خواهان) فی مابین اصحاب دعوی رد و بدل گردیده و تاریخ صدور چک‌ها و گواهی‌های عدم پرداخت آن‌ها مربوط به سال ۱۳۷۸ می‌باشد موضوع مشمول ماده ۳۱۸ قانون تجارت و مرور زمان ۵ ساله بوده، در نتیجه دادگاه دعوی خواهان را قابل‌استماع

ندانسته و قرار رد آن را صادر می‌نماید».^۱ رأی یادشده پس از تجدیدنظرخواهی، با این استدلال که «برخلاف اظهارات تجدیدنظرخواهان وی به‌عنوان تاجر پارچه در بازار فعالیت می‌نماید و تاریخ چک‌ها نیز مربوط به بیش از پنج سال می‌باشد» به تأیید دادگاه تجدیدنظر رسید.

دیدگاه دوم درست است، چون در تجارت صدور یا قبول سند همواره برای پرداخت بدهی نیست، بلکه می‌تواند برای آن باشد که اعتباری در اختیار دارنده قرار داده شود. مانند حالتی که بانک براتی را که مشتری کشیده است قبول می‌کند. در این حالت بانک پولی در اختیار مشتری قرار نمی‌دهد، بلکه فقط امضای خود را در اختیار او قرار می‌دهد» (اسکینی، ۱۳۹۸: ۲۶). در نتیجه، سند همواره نشان‌دهنده یک بدهی در معنای مدنی آن نیست. از سوی دیگر، ظاهر ماده ۳۱۹ قانون تجارت نیز گویای آن است که استناد به استفاده بلاجهت جنبه استثنایی دارد و باید شرایط آن اثبات شود و خود سند به تنهایی مثبت آن نیست. در واقع، اگر هر صادرکننده‌ای استفاده‌کننده بدون جهت دانسته شود، ماده ۳۱۹ فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهد. در واقع، دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و نه تجاری، و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود.

۷-۱-۱-۲. محال‌علیه

استفاده بلاجهت در مورد محال‌علیه برات و چک نیز قابل تحقق است. در صورتی که صادرکننده وجه سند را به محال‌علیه رسانیده باشد و تا زمان مطالبه دارنده آن را مسترد نکرده باشد و سند مشمول مرور زمان شده باشد، دارنده از باب داراشدن ناعادلانه حق مراجعه به او را خواهد داشت. بنابراین، تحقق این امر در مورد محال‌علیه تنها در صورتی است که وجه را از صادرکننده دریافت کرده باشد (صقری، ۱۳۸۰: ۳۲۲؛ مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۵-۱۱۴).

۷-۱-۱-۳. ظهنویس

طبق قانون ظهنویس نیز یکی از مسئولین پرداخت آن است. در مورد اینکه آیا استفاده بلاجهت توسط ظهنویس هم می‌تواند صورت گیرد یا نه؟ اختلاف نظر است. طبق یک نظر ظهنویس این امر امکان‌پذیر است (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۸). ولی طبق نظر دیگر امکان‌پذیر نیست، چون ظهنویس از سویی زمانی که سند را از ید ماقبل خود دریافت می‌کند، مال یا پول به او پرداخته است و از سوی دیگر، در زمانی که آن را به دارنده بعدی انتقال می‌دهد از او پول یا مالی دریافت می‌دارد، لذا این امر در مورد او منتفی است (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۶).

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۶۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۲ شعبه ۱۲۳ دادگاه حقوقی تهران. این رأی از سامانه ملی آرای قضایی متعلق به پژوهشگاه قوه قضاییه گرفته شده است.

به نظر می‌رسد داراشدن ناعادلانه در مورد ظهنویس نیز قابل تحقق است. با توجه به ماده ۲۹۱ قانون تجارت در صورتی که وجهی که برای پرداخت برات به برات‌گیر داده شده بود، به طریق محاسبه یا عنوان دیگری به ظهنویس مسترد شده باشد، دارنده برات می‌تواند به او مراجعه کند و این مراجعه از باب داراشدن ناعادلانه است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۲).

۴-۱-۱-۷. ضامن

اگر ضامن وجه سند را پرداخت کند، می‌تواند به مضمون‌عنه خود از جهت داراشدن ناعادلانه مراجعه کند.

۵-۱-۱-۷. وکیل

در مورد وکیل صادرکننده استفاده بدون جهت موضوعیت ندارد، چون مال یا وجهی دریافت نکرده است، ولی وکیل در وصول اگر از بازگرداندن پول به موکل خودداری کند، این امر محقق می‌شود (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۶). البته این داراشدن از نوع مبتنی بر سند نیست، بلکه مربوط به روابط بین وکیل و موکل است. باید توجه کرد که استفاده بدون جهتی که در اسناد تجاری اتفاق می‌افتد محدود به موارد گفته‌شده نیست. برای مثال، اگر در مورد قرارداد بیع چکی صادر شده باشد و دارنده آن را به دیگری منتقل کند؛ اگر قرارداد بیع فسخ شود و دارنده چک با توجه به اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل اشخاص ثالث باحسن‌نیت، وجه آن را از صادرکننده دریافت کند، در این حالت چون دارنده نخست با انتقال، مالی از انتقال‌گیرنده دریافت کرده است و با فسخ قرارداد پایه صدور، صادرکننده در واقع بدهی انتقال‌گیرنده به انتقال‌گیرنده را پرداخت کرده است، لذا انتقال‌دهنده (دارنده نخست) به‌طور ناعادلانه به زیان صادرکننده دارا شده است.

در پایان این مبحث رأیی که از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر شده است نقل می‌شود.^۱ با این توضیح که موضوع پرونده به این شرح بوده است که به‌موجب قرارداد مشارکتی که در سال ۱۳۸۹ بین دو شخص منعقد می‌گردد، مقرر می‌شود که یکی از شرکا مبلغ یک میلیارد ریال مابه‌التفاوت زمین و ساخت را به‌موجب دو فقره چک به شریک دیگر پرداخت کند. علاوه بر آن، در قرارداد پیش‌بینی می‌شود که چنانچه چک‌ها به هر نحوی برگشت شود، خواننده علاوه بر پرداخت اصل چک، مبالغی نیز به‌عنوان خسارت مقطوع پرداخت کند. به علت برگشت چک، دارنده چک به طرفیت صادرکننده به خواسته مطالبه وجه چک و خسارات اقامه دعوی می‌کند و شعبه ۱۰۴ دادگاه

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۵۸۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۲۳ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. این رأی از سایت داده آرا متعلق به پژوهشگاه قوه قضائیه گرفته شده است.

عمومی حقوقی تهران خوانده را به پرداخت اصل وجه چک و خسارات محکوم می‌کند. محکوم‌علیه از این حکم تجدیدنظرخواهی می‌کند و شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخ ۹۱/۱۰/۳۰ رأی بدوی را تأیید می‌نماید. پس از آن خوانده دعوی مبادرت به فسخ قرارداد مشارکت کرده و دعوایی به خواسته تأیید فسخ مطرح می‌کند که بر اساس دادنامه قطعی شماره ۹۲...۲۷۲ مورخ ۹۲/۳/۲۱ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت صادر می‌شود. صادرکننده چک بر اساس این رأی و با استناد به بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و با اعلام اینکه با فسخ قرارداد مشارکت، محکومیت صادرکننده چک داراشدن ناعادلانه محسوب می‌شود، نسبت به دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخ ۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران درخواست اعاده دادرسی می‌کند که این شعبه به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می‌کند:

«راجع به دادخواست آقای الف.ع. با وکالت آقای ح.ب. به طرفیت ع.س. به‌خواسته اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ صادره از این دادگاه که طی آن با تأیید دادنامه ۳۲۷ مورخه ۹۱/۵/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت مبلغ ۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال وجه یک فقره چک و ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت و ۵۴۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت تأخیر در انجام تعهد مورد تأیید قرار گرفته است و متقاضی مذکور به استناد بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست نقض آن را نموده است. نظر به اینکه مستند خواهان مذکور ارائه و تسلیم دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۰۰۲۷۲ مورخ ۹۲/۳/۲۱ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد که طی آن حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت فی مابین صادر شده است، لذا محکومیت مذکور نوعی استیفاء ناعادلانه و همچنین برابر ماده ۴۲۶ قانون مدنی، خوانده دعوی مکلف به استرداد آن می‌باشد. دادگاه با التفات به اینکه اولاً خواهسته خواهان دعوی مستقلی بوده که نیاز به رسیدگی جداگانه، آن هم در محاکم بدوی داشته و طرح دعوی در قالب اعاده دادرسی فاقد توجیه قانونی می‌باشد. ثانیاً، ازجمله شروط موضوع بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون مارالذکر، وجود اسناد و مدارک در جریان دادرسی و مکث بودن آنکه دلیل حقانیت متقاضی مذکور می‌باشد است؛ در حالی که دادنامه صادره در جریان دادرسی، مکث نبوده، بلکه بعد از اصدار رأی از ناحیه این دادگاه صادر گردیده است. علی‌هذا این دادگاه موضوع را از شمول بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون مارالذکر خارج دانسته و مستنداً به تبصره ماده ۴۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد دادخواست اعاده دادرسی را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است».

در دعوای گفته شده از سویی قرار رد درخواست اعاده دادرسی به درستی صادر شده است. چون

اصل این است که دادگاه طبق ادله موجود در زمان دادرسی به دعوی رسیدگی و حکم صادر کند و بر این اساس بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر به اسناد و مدارکی است که در زمان دادرسی وجود داشته ولی مکتوم بوده است. از سوی دیگر، چون اثر فسخ نسبت به آینده است، پس به طور قاطع نمی‌توان گفت که با فسخ قرارداد مشارکت حتماً داراشدن ناعادلانه‌ای اتفاق افتاده است، بلکه این امر مستلزم رسیدگی جداگانه است.

۷-۱-۲. در ضمانت‌نامه بانکی و اعتبارات اسنادی

دو مورد از اسنادی که داراشدن ناعادلانه در آن‌ها قابل تحقق است ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی است. از ویژگی‌های این دو سند آن است که پرداخت آن توسط بانک صادرکننده تابع شرایط مندرج در ضمانت‌نامه بانکی و اعتبار اسنادی است و این اسناد مستقل از قرارداد منشأ صدور هستند (اخلاقی، ۱۳۷۰: ۸۴-۸۰؛ شیروی، ۱۳۹۳: ۲۶۴-۲۶۳). استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد منشأ در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو سی پی) شماره ۱۶۰۰ تنظیم شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی اعلام شده است. در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی عندالمطالبه نیز وضعیت به همین صورت است. در بند الف ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (یو آر دی جی) شماره ۲۷۵۸ تنظیم شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی به این امر تصریح شده است. بنابراین این احتمال وجود دارد که ذی‌نفع، وجه آن‌ها را بدون استحقاق دریافت کند که در این صورت داراشدن ناعادلانه واقع شده است (بهارلو و بلطاقی، ۱۳۹۸: ۲۶؛ سلطانی، ۱۳۹۷: ۲۵۲؛ مافی و فرزندگان، ۱۳۹۵: ۱۵۳).

۷-۲. در شرکت‌های تجاری

در شرکت‌های تجاری نیز این نوع داراشدن قابل تحقق است. مثالی که می‌توان آورد حالتی است که پس از انحلال شرکت تجاری، طلبکار به علت عدم اطلاع در مرحله تصفیه اموال شرکت نکند و پس از پرداخت بدهی‌های شرکت، باقیمانده اموال بین شرکا تقسیم می‌گردد، پرسش این است که آیا می‌توان برای طلبکار، حق مراجعه به شرکا را البته در حدی که از اموال شرکت دریافت کرده است در نظر گرفت؟ البته این بحث تنها در شرکت‌هایی مطرح می‌شود که مسئولیت شرکا محدود به سرمایه‌گذاری آن‌ها است (مانند شرکت‌های سهامی) و در شرکت‌های با مسئولیت نامحدود مانند تضامنی و نسبی مطرح نمی‌شود. به نظر پاسخ مثبت است، چون انحلال شرکت و حتی تصفیه نمی‌تواند سببی مشروع و قانونی برای این داراشدن باشد (کاوایی، ۱۳۹۴: ۱۴۷). این امر را این‌گونه

1. UCP 600

2. URDG 758

می‌توان توجیه کرد که شرکت هرچند دارای شخصیت حقوقی است، ولی در واقع متعلق به شرکا است و همان گونه که باقی ماندن طلب طلبکاران نزد شرکت درست نبوده است، تملک آن توسط شرکا هم نادرست است و مکلف ندانستن شرکا به بازگرداندن آن به طلبکاران به منزله داراشدن ناعادلانه است.

۷-۳. در ورشکستگی

در ورشکستگی استفاده بدون جهت در مواردی اتفاق می‌افتد. برای مثال، تاجر ورشکسته می‌شود و اموال او بین اشخاصی که خود را به‌عنوان طلبکار معرفی و طلب آن‌ها تصدیق می‌شود تقسیم می‌گردد. این احتمال وجود دارد که برخی از طلبکاران به هر علتی در فرایند تصفیه شرکت نکرده باشند. در مورد این اشخاص این سؤال قابل طرح است که آیا بعد از اعلام پایان تصفیه می‌توانند به ورشکسته برای دریافت طلب خود مراجعه کنند؟ پاسخ این پرسش مثبت است، چون تصفیه فرایندی است تجاری برای تقسیم اموال موجود ورشکسته بین طلبکاران او، و از آن نمی‌توان نتیجه‌گیری کرد که اگر طلبکاری در مرحله تصفیه حضور پیدا نکرده است طلب او از ورشکسته منتفی می‌شود. پس امکان اقامه دعوی مدنی برای او وجود خواهد داشت، «در قانون تجارت، هیچ حکمی که دلالت بر برائت کلی یا جزئی ذمه ورشکسته نسبت به دیون ادا نشده بنماید وجود ندارد، بلکه از مفهوم مخالف موادی چون ماده ۵۶۲ و ۵۶۵ قانون تجارت استنباط می‌گردد که برخلاف بعضی نظام‌های حقوقی، در حقوق ما بدهکار ورشکسته در مورد اصل بدهی، مشمول هیچ‌گونه ارفاقی نیست» (کاویانی، ۱۳۹۲: ۱۱). قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران در پاسخ به پرسشی که در این زمینه مطرح شده بود این‌گونه اظهار نظر می‌کنند:

«با توجه به مواد ۴۱۹ و ۴۲۰ و ۴۲۱ و ۴۷۳ قانون تجارت و ماده ۱۲ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۴۷ و تبصره ۲ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد تاجر ورشکسته مدیون، عدم مراجعه به مدیر تصفیه در موعد مقرر موجب انتفای حق و طلب دائن چه در مدت ورشکستگی و چه پس از اعاده اعتبار نخواهد بود و ضمانت اجرای عدم رجوع به مدیر تصفیه تنها سلب حق اعتراض طلبکار نسبت به نحوه تصفیه و تقسیم است و جز این محرومیت، ضمانت اجرای دیگری منجمله سقوط حق دائن برای همیشه از مقررات مربوط به ورشکستگی استنباط نمی‌شود و اصولاً پس از احراز وجود طلب دائن از ورشکسته، در مقام تردید راجع به بقا و یا عدم بقای طلب مذکور به علت مراجعه نکردن طلبکار به مدیر تصفیه، بقای طلب استصحاب می‌گردد. و در طول مدت ورشکستگی و نیز مادام که حکم به اعاده اعتبار ورشکسته از محکمه صادر نشده باشد، دعوی می‌بایست به طرفیت مدیر تصفیه که قائم مقام بدهکار است اقامه شود، زیرا ورشکسته در حکم محجور است لیکن پس از اعاده اعتبار طرح دعوی علیه شخص مدیون

صورت می گیرد...» (نوبخت، ۱۳۷۰: ۱۶۲-۱۶۱).

در این نظریه به درستی بر کارکرد تصفیه به عنوان سازوکاری تجاری برای تقسیم اموال موجود ورشکسته بین طلبکارانی که خود را به مدیر تصفیه معرفی می کنند توجه شده است. هرچند بهتر بود به قاعده داراشدن ناعادلانه نیز استناد می گردید. البته آنچه در قسمت پایانی نظریه آمده مبنی بر اینکه پس از پایان یافتن تصفیه و پیش از اعاده اعتبار ورشکسته نیز دعوی می بایست به طرفیت مرجع تصفیه انجام گیرد درست نیست، چون پایان یافتن تصفیه به منزله ختم ورشکستگی است (اسکینی، ۱۳۸۱: ۲۰۰) و قاعده منع مداخله تاجر در اموال خود و همچنین مأموریت مرجع تصفیه پایان می پذیرد و در نتیجه مرجع تصفیه در این زمینه صلاحیتی نخواهد داشت. در تأیید این مطلب می توان به ماده ۴۹ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ استناد کرد که می گوید: «پس از تقسیم اموال، خاتمه ورشکستگی اعلام خواهد شد. هرگاه پس از خاتمه ورشکستگی اموالی متعلق به متوقف کشف شود، اداره آن ها را به تصرف خود درآورده و حاصل فروش آن را بدون هیچ گونه تشریفات بین بستانکاران تقسیم می کند». در این ماده صرف نظر از اینکه تقسیم اموال به منزله خاتمه ورشکستگی دانسته شده است، امکان مداخله اداره تصفیه پس از پایان تصفیه با توجه به معنای واژه «کشف» تنها در مورد اموالی است که در زمان تصفیه وجود داشته و به هر علتی از چشم آن اداره پنهان مانده است، بنابراین در مورد اموالی که پس از پایان تصفیه به مالکیت ورشکسته وارد می شود، مرجع تصفیه حق دخالت نخواهد داشت و در مورد آن ها طلبکاران می توانند دعوی انفرادی طرح کنند.

نتیجه

داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت عبارت از این است که شخصی بدون سبب قانونی به زیان دیگری دارا شود. در داراشدن ناعادلانه، مبنای مسئولیت شخص انتفاع ناروایی است که از مال یا کار دیگری برده است و تنها به همین اندازه می توان به او رجوع کرد. هرچند از نظر اخلاقی یا حتی عقلی داراشدن ناعادلانه نمی تواند مجاز شمرده شود، ولی از آنجا که در نظام فقهی و حقوقی ما قواعد مختلفی مانند ضمان ید، ید و... وجود دارد که در بسیاری موارد - و به نظر برخی به طور کامل - این قاعده را پوشش می دهد، لذا ممکن است در مورد وجود آن در عرصه تجارت تردید شود، با وجود این، به علت آنکه موضوعات تجاری تابع ویژگی ها و موازین خاصی است، مواردی وجود دارد که تنها تحت پوشش قاعده مورد بحث است و مشمول قواعد دیگر نیست. از این رو در زمینه وجود آن در تجارت نباید تردید کرد. برای مثال، در صورتی که برات گیر بدون آنکه محل برات توسط برات کش نزد او تأمین شده باشد، وجه آن را به دارنده پرداخت کند، برات کش به زیان برات گیر دارا شده است و طبق قاعده، برات گیر حق مراجعه به او برای بازگرداندن پول پرداختی را پیدا می کند. این

مورد با هیچ یک از قواعد دیگر قابل تطبیق نیست و تنها مشمول همین قاعده است.

نکته دیگر جنبه تکمیلی و فرعی قاعده در حقوق تجارت است. این قاعده باید در امتداد اصول و قواعد دیگر مورد استناد قرار گیرد، نه اینکه باعث نقض آن‌ها شود. همچنین، دعوای استفاده بدون جهت تنها در موردی باید پذیرفته شود که دعوای دیگری در اختیار خواهان نباشد. بنابراین بر فرض اگر شخص بتواند بر مبنای چک طرح دعوی کند، نوبت به داراشدن ناعادلانه نمی‌رسد. در قانون تجارت نیز با توجه به مواد ۳۱۸ و ۳۱۹ تنها زمانی دارنده سند می‌تواند بر مبنای استفاده بدون جهت طرح دعوی کند که به علت شمول مرور زمان امکان استناد به سند برای او وجود نداشته باشد.

نکته‌ای که باید توجه کرد و گاه رویه قضایی در مورد آن دچار اشتباه می‌شود این است که دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و نه تجاری، و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود. برای مثال، اگر چک یا سفته‌ای مشمول مرور زمان شود، برخلاف پیش از آن، خود سند برای اثبات استفاده بدون جهت صادرکننده یا اشخاص دیگر کافی نیست، بلکه این امر به وسیله ادله اثبات دعوای مدنی باید اثبات گردد. از این رو از صلاحیت دادگاه‌های تخصصی تجاری خارج است. با وجود این، به جهت دشواری که برای تشخیص آن در امور تجاری وجود دارد، پیشنهاد می‌شود در مقررات مربوطه، داراشدن ناعادلانه در صلاحیت این دادگاه‌ها گنجانده شود.

همچنین، چون موضوعات تجاری تابع ویژگی‌های خاص است، از این رو احراز استفاده بدون جهت گاه آسان نیست و نیاز به دقت بیشتر دارد. برای مثال، برات و سفته و چک تابع ویژگی‌هایی مانند ویژگی عمل به ظاهر، وصف تجربیدی، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت و... است که این ویژگی‌ها چگونگی داراشدن ناعادلانه و به تبع آن تشخیص شخصی که استفاده بدون جهت کرده است را دشوارتر از موارد معمولی می‌کند.

در مجموع، این قاعده نقش مثبتی در تجارت دارد. چون در بسیاری موارد، قانون به جای آنکه عمل تجاری که طبق سازوکارهای تجاری صورت گرفته است را بی اعتبار اعلام کند، که این امر برخلاف مصلحت کلان تجارت و به زیان حقوق اشخاص ثالث است، قاعده استفاده بدون جهت را برای جبران زیان در دسترس زیان دیده قرار می‌دهد. برای مثال، اگر در مورد عقد بیعی چکی صادر شود و دارنده آن را به شخص ثالثی منتقل کند، اگر عقد بیع باطل اعلام شود، به طور منطقی تعهد صادرکننده به پرداخت وجه چک هم باید منتفی شود، اما قانون برای حمایت از شخص ثالث با حسن نیت و مصلحت کلان تجارت، او را موظف به پرداخت چک می‌داند، ولی پس از پرداخت، امکان مراجعه او به دارنده نخست را بر مبنای قاعده می‌دهد.

منابع

- احمدی واستانی، عبدالغنی (۱۳۴۰)، «مرور زمان برات و فته طلب و چک»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۷۵.
- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۰)، «بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۱)، *حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸)، *حقوق تجارت (برات، سفته، ...)*، چاپ بیست و هشتم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۰)، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، سیدحسن، (۱۳۵۳)، *حقوق مدنی*، جلد ۱، چاپ پنجم، تهران: انتشارات اسلامی.
- بادینی، حسن و محمد خاکباز (۱۳۹۸)، «تأملی در راهکارهای برقراری موازنه حقوق قرارداد طرفین قرارداد در حالت تورم»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
- بهارلو بلطاقی، جواد و سیدقاسم جعفرزاده (۱۳۹۸)، «مفهوم و دامنه تقلب در اعتبارات اسنادی: مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان، آمریکا، ایران و فقه»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۵۵.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۳)، *حقوق تجارت کاربردی*، چاپ اول، تهران: انتشارات نگاه بینه- بهنامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- خدانی، سید پدram (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی تأسیس حقوقی دارا شدن بدون علت (حقوق فرانسه، انگلستان و ایران)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۱۲.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸)، *حقوق تجارت*، جلد سوم، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات دادگستر.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۷)، «رجوع ضمانت خواه به ذی نفع و ضامن پس از پرداخت ضمانت نامه بانکی با تأکید بر حقوق فرانسه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۲.
- شیرازی، اکبر (۱۳۶۴)، «مروری اجمالی بر تنوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، آمریکا و بین‌الملل»، *مجله حقوقی*، شماره پنجم.
- شهبازی نیا، مرتضی و فرشته گرونی (۱۳۹۹)، «تأثیر عدم مشروعیت قرارداد پایه بر اعتبار اسنادی با تأکید بر رویکرد محاکم حقوقی ایران در پرونده سوءاستفاده کلان بانکی (معروف به اختلاس سه هزار میلیاردی)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره پنجاه، شماره ۴.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، *حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، سید حسین (۱۳۶۴)، «استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی»، *مجله حقوقی*، شماره دوم.
- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۹)، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- صقری، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق بازرگانی*، اسناد، جلد اول، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، *حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاویانی، کورش (۱۳۸۹)، *حقوق شرکت‌های تجاری*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.

- کاویانی، کورش (۱۳۹۴)، *مقدمه حقوق تجارت*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۲)، *حقوق ورشکستگی*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مافی، همایون و محمد فرزندگان (۱۳۹۵)، «پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال چهارم، شماره هفدهم.
- مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۹۲)، *قواعد عمومی اسناد تجاری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- مرتضوی، عبدالحمید و حسن ابراهیمی (۱۳۹۰)، «قاعده دارا شدن غیر عادلانه در حقوق ایران و کامن لا»، *نشریه وکیل مدافع*، شماره ۲.
- مقدم ابریشمی، علی و محمد بهنام (۱۳۹۹) «تلاقی اصل استقلال و منع پرداخت مرجع در اعتبارات اسنادی و ورشکستگی با تأکید بر حقوق آمریکا»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره دوازدهم، شماره چهارم.
- نویخت، یوسف (۱۳۷۰)، *اندیشه های قضائی*، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، «شرح و تفسیر فقهی آیه تجارت»، *ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۲.

عربی

- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۱ق)، *مکاسب*، جلد ۲، چاپ اول، قم: انتشارات دار الذخائر.
- عاملی، زین الدین مشهور به شهید ثانی (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه (شرح لمعه)*، جلد هفتم، چاپ اول، قم: انتشارات داورى.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۲، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء تراث العربی.

مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا

محمدکاظم مهتاب‌پور*

چکیده

تعیین مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای (نظیر پزشکی، وکالت و مهندسی) همواره یکی از دغدغه‌های نظام‌های حقوقی مختلف بوده است. مشکل در تعیین مبنای مسئولیت مدنی این اشخاص، از یک سو تفاوت‌هایی است که ارائه خدمات حرفه‌ای با تولید و عرضه کالا داشته و نمی‌توان مبنای مسئولیت مدنی کالاها را در خصوص این اشخاص توسعه و تعمیم داد و از طرفی مراجعین به این اشخاص به دلیل عدم برخورداری از دانش و مهارت تخصصی، یارای اثبات تقصیر در برابر آنان را ندارند. تعیین مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای به این دلیل دشوارتر است که این اشخاص عموماً یک رسالت اجتماعی را برعهده دارند. در هر یک از نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا، اگرچه مبنای اصلی مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای مبتنی بر تقصیر است، اما برای حمایت از مراجعین به این اشخاص، راهکارهایی برای اعمال مسئولیت محض در مواردی ارائه شده است که با استفاده از این راهکارها و با بومی‌سازی آن می‌توان قاعده عام مبنای مسئولیت مدنی این اشخاص در حقوق ایران را تبیین نمود. در حقوق ایران، برای حل مشکل پیش‌گفته و ایجاد توازن بین مسئولیت و رسالت اجتماعی اشخاص حرفه‌ای می‌توان در فرضی که ارائه خدمات منتهی به تولید کالا می‌گردد نظیر معمار یا پزشک داروساز، مبنای اتلاف و تسبیب را نظیر تولیدکننده کالاها اعمال نمود و در فرضی که خدمات به صورت صرف ارائه می‌گردد، در برابر طرف قرارداد و در خصوص تعهدات به نتیجه، مبنای مسئولیت بدون تقصیر و در خصوص تعهدات به وسیله و هم‌چنین در خصوص اشخاص ثالث که فاقد رابطه قراردادی هستند، مسئولیت مبتنی بر تقصیر را برقرار نمود.

واژگان کلیدی: اشخاص حرفه‌ای، مسئولیت مبتنی بر تقصیر، مسئولیت محض، مسئولیت قراردادی، ضمان قهری

مقدمه

از نظر لغوی، «حرفه‌ای» معادل فارسی واژه «Professional» است. در این معنا، حرفه‌ای در برابر «Amateur» به معنای «غیر حرفه‌ای» استفاده نمی‌شود؛ بلکه در واقع به عنوان یکی از اقسام «Occupation» به معنای «شغل» مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین «حرفه‌ای» وصفی برای خود اشخاص نیست، بلکه صفتی برای شغل و فعالیت‌های اشخاص است. توضیح آنکه وقتی از عبارت «معلم حرفه‌ای»، «راننده حرفه‌ای»، «وکیل حرفه‌ای» و امثال آن استفاده می‌شود، واژه حرفه‌ای بیانگر صفت شخصی است که به شغل معلمی، رانندگی و یا وکالت اشتغال دارد و هدف، تمیز این اشخاص از اشخاص تازه‌کار است. اما وقتی از «ارائه‌کننده خدمات حرفه‌ای» سخن می‌رود، مقصود اشخاصی است که به فعالیت‌های حرفه‌ای نظیر پزشکی و وکالت اشتغال دارند.

از طرف دیگر، از تعاریفی که از اشخاص حرفه‌ای ارائه می‌شود این نتیجه به دست می‌آید که وصف حرفه‌ای وصف شخصی است که ارائه خدمات خاص به دیگران را به عنوان شغل مداوم خود برگزیده است (Hurd, 1967: 77 & 78).

در خصوص اینکه چه اشخاصی حرفه‌ای به شمار می‌روند، وفاق نظری بین جوامع و اعصار مختلف وجود ندارد. با وجود این به نظر می‌رسد تردیدی در خصوص حرفه‌ای بودن پزشکان، وکلا و مهندسان وجود نداشته باشد. فعالیت یک پزشک، وکیل یا مهندس، اگرچه می‌تواند برتری اقتصادی را نیز برای وی به ارمغان آورد؛ اما بدو نظر به رسالت‌های اجتماعی نظیر سلامت، عدالت و توسعه و امنیت دارد و به همین دلیل است که ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای، با سایرین متفاوت بوده و مبنای مسئولیت ایشان نیز باید به صورت مجزا مورد بررسی قرار گیرد. چرا که این اشخاص از یک‌سو، رسالتی اجتماعی را بر عهده دارند و از طرفی از دانش و مهارتی برخوردارند که به سهولت و خارج از اجتماع خاص ایشان، برای سایر اشخاص قابل دسترسی نیست و همین موضوع اثبات تقصیر این اشخاص را برای مراجعین آن‌ها دشوار می‌سازد.

پژوهش‌هایی که در ادبیات حقوقی کشور در خصوص مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای صورت پذیرفته، بیش از هر چیز نظر بر نقد رویکرد موجود و با بهره‌گیری از تجربیات سایر نظام‌های حقوقی در تمایل به اعمال مسئولیت محض در خصوص ارائه‌دهندگان خدمات، تلاش در ارائه پیشنهاد برای نحوه قانون‌گذاری دارد و کمتر به تبیین مبنای مسئولیت در چهارچوب قوانین و مقررات موجود پرداخته شده است.

این در حالی است که هدف از پژوهش حاضر، تبیین مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در چارچوب قوانین و مقررات موجود و با بهره‌مندی از تجربیاتی است که پیش از این در فقه

اسلامی وجود داشته، است به نحوی که نه فقط رسالت‌های اجتماعی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای از واهمه مسئولیت ایشان معطل نماند، بلکه زیان‌دیده نیز در اثبات مسئولیت این اشخاص به دشواری نیافتد. به همین منظور در قسمت نخست مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا به صورت مجزا مورد بررسی قرار گرفته تا در صورت امکان بتوان از تجربه این نظام‌ها در این خصوص بهره برد و سپس ضمن بررسی رویکردهای موجود در فقه اسلامی، مبنای مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام حقوقی ایران تبیین گردیده است.

۱. مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا

در این مبحث، مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا مورد بررسی قرار می‌گیرد تا زمینه تطبیق آن با مبنای این مسئولیت در فقه اسلامی و حقوق ایران فراهم گردد.

۱-۱. مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام حقوقی فرانسه

از آنجا که در حقوق فرانسه، نظام خاص مسئولیت مدنی که قابل اعمال بر خدمات معیوب باشد وجود ندارد، مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر به عنوان قاعده عام مسئولیت مدنی در این کشور می‌تواند در مواردی که زیان ناشی از ارائه خدمات باشد، اعمال شود (Borghetti, 2016: 233). زمانی که رابطه قراردادی بین ارائه‌کننده خدمات و خواهان وجود داشته باشد، مسئولیت قراردادی خواهد بود و مسئولیت قراردادی در حقوق فرانسه به طور معمول، مسئولیت محض است. به این معنا که در صورت نقض قرارداد، متعهد تنها در صورتی می‌تواند از پرداخت خسارت خودداری نماید که اثبات نماید نقض تعهد ناشی از قوه قاهره بوده است. با وجود این، در عمل در قراردادهای ارائه خدمات، مسئولیت قراردادی شباهت زیادی به مسئولیت مبتنی بر تقصیر دارد؛ چرا که مدعی در غالب موارد باید اثبات نماید که متعهد، مانند یک شخص حرفه‌ای معقول عمل نکرده است، تا بتواند نقض تعهدات حرفه‌ای را نمایان سازد (Borghetti, 2016: 233). برای روشن شدن موضوع می‌توان به مسئولیت برخی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای نظیر پزشکان و مهندسين معمار در این نظام حقوقی اشاره کرد. در آغاز توسعه چشم‌گیر علم پزشکی در اروپا در قرون نوزدهم و بیستم میلادی، در فرانسه نیز مانند انگلستان، مسئولیت این ارائه‌کنندگان خدمات در خصوص حوادث پزشکی، به صورت معمول مبتنی بر تقصیر بود. از این رو حتی رأی بالاترین مرجع اداری کشور فرانسه^۱ در سال ۱۹۹۳ در خصوص عدم مداخلیت تقصیر در مسئولیت پزشک در دعاوی ناشی از

1. Conseil d'Etat

اقدامات پزشکی^۱ در دعاوی ناشی از وضعیت قبلی بیمار (Dyson, 2018: 305) مورد پذیرش دیوان عالی این کشور قرار نگرفت (Taylor, 2015: 25).

اما رفته رفته دادگاه‌های این کشور نسبت به توسعه موارد استثنا بر اصل تقصیر اقدام نمودند، تا از این طریق جبران خسارات ناشی از حوادث پزشکی را برای زیان‌دیدگان تسهیل کنند. (Taylor, 2015: 25) تجلی این موضوع در قوانین این کشور نیز هویدا است. بر اساس قانون سلامت عمومی فرانسه^۲ پزشک صرفاً در صورت تقصیر مسئولیت خواهد داشت. با وجود این در دو مورد استثنایی، مسئولیت محض پزشکان به رسمیت شناخته شده است: نخست؛ در خصوص عفونت‌های بیمارستانی^۳ که به بیمار مراجع طرف قرارداد، سرایت نماید و دوم؛ زیان‌های ناشی از نقص در وسایل پزشکی (Taylor, 2015: 27).

بند (۱) ماده ۱۱۴۲ قانون سلامت عمومی فرانسه نمونه‌ای از نظامی است که در سال ۱۹۸۵ میلادی براساس دستورالعمل اروپایی مسئولیت مدنی محصولات (کالاهای) معیوب^۴ بر مبنای مسئولیت محض شکل گرفته است (Taylor, 2015: 37).

رابطه بیمار و پزشک یا بیمارستان‌های خصوصی در حقوق فرانسه مبتنی بر قرارداد است. (Viny, 1995: 446) بنابراین در گذشته دعاوی بیمار بر پایه نقض تعهد قراردادی پزشک در خصوص به‌کارگیری مراقبت و مهارت معقول بر اساس ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی این کشور مطرح می‌شد. البته مواردی نظیر اینکه بیمار در وضعیت بیهوشی به پزشک مراجعه نماید یا خانواده بیمار نسبت به طرح دعوا اقدام نمایند، مشمول ضمان قهری بوده و از مسئولیت قراردادی خارج بود. ضمناً در گذشته مسئولیت پزشک در بیمارستان‌های دولتی، بر مبنای مسئولیت اداری و مبتنی بر تقصیر بود؛ اما بر اساس قانون سلامت عمومی فرانسه، جز در موارد استثنایی، مسئولیت پزشک فارغ از اینکه در بیمارستان خصوصی یا دولتی فعالیت نماید، مبتنی بر تقصیر است. (Viny, 1995: 30)

در نظام حقوقی فرانسه نیز مانند انگلستان، یک پزشک زمانی مرتکب تقصیر شده است که رفتار او با معیارهای مراقبت یک پزشک متعارف با تخصص و در وضعیت مشابه، تطبیق نداشته باشد. (Bacache-Gibeili, 2012: 899) رفتار پزشک بر اساس سطح دانشی که در زمان رفتار منتهی به

1. aléa thérapeutique

2. Code de la santé publique

3. Nosocomial Infection

4. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products

خسارت معمول و رایج است مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (Taylor, 2015: 31).

ارزیابی تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی به صورت نوعی انجام شده و رفتار شخص مطابق با رفتار پدر خوب خانواده ارزیابی می‌شود (Le Tourneau, 2005: 16). با وجود این، در حوزه ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای رفتار شخص، با رفتار شخص حرفه‌ای خوب، در حوزه مرتبط مورد سنجش قرار می‌گیرد (بادینی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۶). از طرفی از آنجا که ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای گستره وسیعی از دانش‌ها و مهارت‌ها را در بر می‌گیرد، مفهوم شخص حرفه‌ای نسبی و متغیر است. بنابراین رفتار یک پزشک عمومی با پزشک متخصص سنجیده نمی‌شود، بلکه رفتار وی با رفتار شخص هم‌تراز او و در موقعیتی که او در آن به سر می‌برد مورد مقایسه قرار خواهد گرفت (Le Tourneau, 2005: 16).

مهندس معمار نیز بر اساس قراردادی که با مشتری منعقد می‌نماید، تعهدات مختلفی را برعهده می‌گیرد که در صورت نقض این تعهدات، در برابر مشتری مسئولیت خواهد داشت و از آنجا که بسیاری از تعهدات مهندس معمار در نظام حقوقی فرانسه، از نوع تعهدات به نتیجه است، مسئولیت وی نیز مسئولیت محض به شمار می‌رود (Gulijk, 2009: 205). همچنین مهندس معمار در برابر سایر اشخاصی که از نقص در ساختار ساختمان زبانی را متحمل گردند، بر اساس قواعد ضمان قهری، ضامن است (Knapp, 1983: 62 & 63).

بنابراین می‌توان گفت در نظام حقوقی فرانسه، مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای می‌تواند مسئولیت قراردادی باشد که در این صورت طیفی از مسئولیت مبتنی بر تقصیر تا مسئولیت محض برای وی در نظر گرفته می‌شود و این موضوع ارتباط مستقیمی به نوع تعهد شخص حرفه‌ای دارد و ملاک آن رفتار شخص حرفه‌ای متعارف در وضعیتی مشابه است. از سوی دیگر ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در برابر سایر اشخاص نیز مسئول زیان ناشی از اعمال خویش هستند که به دلیل فقدان قرارداد، مسئولیت ایشان از نوع ضمان قهری بوده و مبنای مسئولیت ایشان مبتنی بر تقصیر خواهد بود.

۱-۲. مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام حقوقی کامن‌لا

در حقوق کامن‌لا در قرن نوزدهم میلادی، دادگاه‌ها به طور معمول از ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای حمایت کرده و صرفاً در موارد سهل‌انگاری سنگین^۱ آن‌ها را مسئول قلمداد می‌کردند (Rupert, 2015). به طور مثال دادگاه در دعوای پیکری به طرفیت چندلس^۲ این‌گونه مقرر داشته است: «وکیل، صرفاً مسئول سهل‌انگاری سنگین خویش است» (Senkler, 1916: 165).

1. Gross Negligence
2. Baikie v Chandless (1811)

بنابراین در بسیاری دعاوی در نظام حقوقی امریکا و انگلیس نظیر دعوای پوروس به طرفیت لندل^۱، وکیل در برابر موکل خود حتی در خصوص نادیده گرفتن قوانین و واقعیات پرونده مسئولیت نداشته است (Munson, 1894: 65). بنابراین بر اساس دیدگاه دادگاه‌ها در نظام حقوقی کامن‌لا، هر شخصی که عهده‌دار ارائه خدمات حرفه‌ای باشد، مکلف است سطح معقولی از مراقبت و مهارت را به کار بندد، لکن وکیل، مسئولیتی در خصوص پیروزی در دعوای مطروحه نداشته و پزشک نمی‌تواند درمان قطعی بیمار را تضمین کند؛ حتی هیچ شخصی حرفه‌ای مکلف نیست بالاترین سطح مراقبت را به کار بندد (Birks, 1996: 49). به بیان دیگر خدماتی که توسط ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای ارائه می‌شود، عمدتاً به نحوی است که نتیجه آن قابل تضمین نیست. به طور مثال وقتی یک وکیل، وظیفه دفاع از موکلی را برعهده می‌گیرد، نمی‌تواند نتیجه دعوای را به نحوی که به سود موکل خویش باشد، تضمین نماید. همچنین یک پزشک نمی‌تواند اطمینان دهد که در نهایت بیمار وی بهبودی حاصل خواهد کرد. بنابراین ممکن است موکل شکست بخورد، زیرا دعوای وی از اساس قابل دفاع نبوده است و یا بیمار فوت کند، زیرا بیماری وی ناشناخته بوده است.

اما وضع همیشه به این سادگی نیست. به طور مثال ممکن است موکل شکست بخورد، زیرا دعوای وی بسیار پیچیده بوده و وکیل وی به قدر کافی توانمند نبوده یا بیمار به دلیل یک بیماری مبهم فوت کند، چرا که پزشک وی به قدر کفایت سریع و صاحب تشخیص نبوده باشد (Rupert, 1988: 537). همچنان که دادگاه عالی ایالت مین در قضیه کومبز به طرفیت بیده^۲ در سال ۱۸۹۶ مقرر داشت برای هر شخصی که با ادعای برخورداری از مهارت خاصی، خدمات خاصی را به جامعه ارائه می‌کند، برخورداری از مهارت و توان لازم برای انجام خدمات مزبور به طور معمول و منطقی الزامی است. همچنین باید در انجام تعهدات خویش بدون سهل‌انگاری و با رعایت احتیاط عمل کند. لیکن هیچ تضمین ضمنی مبنی بر صحت کامل خدمات وجود ندارد. هیچ شرط ضمنی وجود ندارد که اشتباه در محاسبات رخ نخواهد داد. اشتباه در محاسبات نشانه فقدان مهارت نیست چرا که امکان اشتباه در هر کاری وجود دارد (Heisse, 2011: 4).

در اواسط قرن نوزدهم میلادی، در پاسخ به این پرسش که چه موضوعی می‌تواند خطای شخص حرفه‌ای تلقی شود، دادگاه‌ها نسبت به برگزاری آزمونی به نام «بلام»^۳ اقدام می‌کردند که میزان خطای

1. Lanphier v Phipos (1838)

2. Coombs v. Beede

۳. این تصمیم در سال ۱۹۵۷ پرونده آقای بلام (Bolam) به طرفیت بیمارستان فرین (Frein) اتخاذ شد و به همین دلیل به «آزمون بلام» شهرت یافت.

حرفه‌ای را به شرح ذیل توصیف می‌نمود: «این آزمون معیاری برای حد متعارف مهارت و توانایی و دانش برای برخورداری یک شخص از یک تخصص است. لازم نیست یک شخص از حداکثر تخصص حرفه‌ای برخوردار باشد بلکه کافی است، از میزان معمول و متعارفی از توانایی و مهارت در رشته خود بهره‌مند باشد» (Rastogi, 2007: 7).

موضوع در نظر گرفتن تعهد به مراقبت سخت‌گیرانه‌تر، برای ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در حوزه ساختمان از سال ۱۹۷۵ توسط دادگاه تجدیدنظر انگلستان مطرح شد (Birks, 1996: 50). در دعوی شرکت گریوز اند کمپانی به طرفیت بیهام میکِل و شرکا^۱ که به دلیل طراحی سقف کارخانه به نحوی که تاب مقاومت در برابر لرزش‌های ناشی از حرکت جرثقیل را نداشت، مطرح گردید، دادگاه این‌گونه تصمیم گرفت که نه تنها شرکت مهندسی، تعهد خود را مبنی بر به‌کار بستن حد معقولی از مراقبت و مهارت، نقض کرده است؛ بلکه شرکت موصوف باید این موضوع را مدنظر قرار می‌دارد که سقف کارخانه باید برای هدفی که مورد نظر کارخانه‌دار است، مناسب باشد.^۲

این موضوع قبلاً در دعوی سامونلز به طرفیت دیویس^۳ نیز این‌گونه مورد توجه دادگاه قرار گرفته بود که «زمانی که یک دندان‌پزشک تعهد می‌کند که برای بیمار خویش دندان مصنوعی بسازد، این تضمین ضمنی وجود دارد که دندان، متناسب با لثه بیمار ساخته شود».^۴

در دعوی شرکت پارکوی به طرفیت وودروف^۵ دادگاه این‌گونه اظهارنظر نمود: مشاغلی که درگیر علمی غیرمعین هستند، همواره باید برای مدیریت عوامل متغیر در آینده دست به قضاوت و پیش‌بینی بزنند. طبیعت نامعین این عوامل، پیش‌بینی حوادث آینده را به طور قطعی برای این‌گونه افراد حرفه‌ای غیرممکن می‌سازد... به دلیل عدم امکان اجتناب از خطا در ارائه این‌گونه خدمات، حقوق سنتی از این‌گونه افراد حصول نتیجه را مطالبه نمی‌کند، بلکه به‌کارگیری مهارت همراه با قضاوت منطقی مورد انتظار از افراد شاغل در آن حرفه را انتظار دارد.^۶

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در نظام حقوقی کامن‌لا با توجه به موارد گوناگون، مسئولیت

1. Greaves and Co (Contractors) Ltd v Bayham Meikle and Partners (1975)

2. Available at:

<https://swarb.co.uk/greaves-and-co-contractors-ltd-v-baynham-meikle-and-partners-ca-1975>, Last visited: 2020,02,23.

3. Samuels v. Davis (1943)

4. Available at:

<https://swarb.co.uk/samuels-v-davis-1943>, Last visited: 2020,02,23.

5. Parkway Co. v. Woodruff (1993)

6. Available at:

<https://casetext.com/case/parkway-co-v-woodruff-1>, Last visited: 2020,02,23.

ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای از نوع محض و یا مبتنی بر تقصیر است. مسئولیت محض با در نظر گرفتن شرط ضمنی در قرارداد ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در خصوص تعهد به تحقق نتیجه‌ای خاص علاوه بر تعهد به کارگیری مراقبت و مهارت توجیه می‌شود. همچنان که گفته شده است چنانچه معمار نقشه‌ای طراحی نماید که در آن از مصالح جدید و چه بسا آزمایش نشده استفاده شده باشد و علت امر نیز صرفه‌جویی در هزینه‌های تمام‌شده برای مالک و یا ارائه طرحی بهتر برای ساختمان باشد، در صورت شکست طرح و ورود زیان به افراد، معمار بر مبنای مسئولیت مطلق ضامن است (Greenstreet, 2015: 60) و در مواردی که معمار خود، پیمانکار نیز قرار می‌گیرد و هر دو وظیفه طراحی و ساخت را به عهده دارد می‌توان بر مبنای مسئولیت تولیدکنندگان، قائل به مسئولیت محض معمار بود (Miller, 1982: 116). با وجود این گاه، شرط ضمنی تضمین کیفیت و مناسب بودن خدمات در نظر گرفته نشده و کافی است که شخص حرفه‌ای وظیفه خود در مراقبت و به‌کار بستن مهارت معقول را انجام دهد (Birks, 1996: 52). لذا شخص حرفه‌ای در چنین فرضی در صورتی مسئول خواهد بود که اثبات شود به نحو معقولی وظیفه مراقبت و به‌کار بستن مهارت خویش را انجام نداده است. در مورد قراردادی یا خارج قراردادی بودن مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در نظام حقوقی کامن‌لا لازم به توضیح است که تا پایان دهه ۱۹۶۰ میلادی، دادگاه‌ها به طور غالب از در نظر گرفتن مسئولیت قهری برای ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای خودداری کرده و مسئولیت این اشخاص را صرفاً قراردادی تلقی می‌کردند. اما رفته‌رفته و به ویژه پس از سال ۱۹۷۰ میلادی، آرای از دادگاه‌ها صادر شد که نشان از پذیرش ضمان قهری به عنوان مبنای مسئولیت این اشخاص نیز بوده است. (Rupert, 1988) به طور مثال در دعوی اولیور جی به طرفیت هت و سایرین^۱ این‌گونه مقرر شد که وکیل علاوه بر مسئولیت قراردادی در برابر موکل خود از باب ضمان قهری نیز مسئول شناخته می‌شود (Sutherland, 1984: 471).

همچنین، در دعوی ناکتون به طرفیت اشبرتون^۲ دادگاه این‌گونه مقرر داشت که: «یک وکیل با موکل خود قرارداد می‌بندد تا مهارت و مراقبت خویش را در انجام امور به کار گیرد. برای نقض این تعهد، ممکن است وکیل بر مبنای قرارداد مسئول شناخته شود. هم‌چنین ممکن است وکیل بر مبنای ضمان قهری و به دلیل نقض وظایفی که برعهده وی گذاشته شده مسئولیت داشته باشد» (Symmons, 1975: 80).

بنابراین در نظام حقوقی کامن‌لا، افزون بر مسئولیت قراردادی، اعمال قواعد ضمان قهری نیز بر

1. Oliver J in Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs and Kemp (1979)

2. Nocton v. Ashburton (1914)

ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای امکان‌پذیر بوده و وظیفه مراقبت و به‌کارگیری مهارت علاوه بر اینکه یک تعهد قراردادی به شمار می‌رود، به عنوان یک الزام عمومی بر ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای حکم فرماست. خارج قراردادی بودن تعهد به مراقبت پزشک به عنوان یکی از نمونه‌های اشخاص حرفه‌ای، در رأی دادگاه لوییزیانا در دعوای کوزان علیه کومستاک^۱ مورد تأیید قرار گرفت (Scott v. Degan, 1982: 309).

۲. مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی و حقوق ایران

در این مبحث، مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی و حقوق ایران به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی

اگرچه در فقه اسلامی مبنای مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای به صورت مجزا مورد بررسی قرار نگرفته است، اما گاه به تناسب بحث در باب مسئولیت اجیر به مسئولیت مدنی پزشک، متصدی حمل و سایر مشاغل پرداخته شده است.^۲ بنابراین می‌توان از ملاک‌هایی که در باب مسئولیت پزشک یا «اجیر مشترک» ارائه شده است برای نیل به مقصود استفاده نمود.^۳

«اجیر مشترک» کسی است که کار خود را نه در برابر زمان معین، بلکه برای انجام کار مشخص اجاره می‌دهد. مثل آنکه لباس شخصی را بدوزد. به این دلیل به او اجیر مشترک گفته می‌شود که چنین کاری را برای هر کسی و در تمام اوقات انجام می‌دهد و هیچ یک از مستأجرین او مالک زمان مشخصی از کار وی نیست. (الشیخ الطوسی، ۱۳۸۷: ۲۴۱ و نیز ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۶۸) به بیان دیگر مقصود از اشتراک این است که اجیر انجام کاری را برعهده بگیرد و این امکان بر هر کسی وجود داشته باشد که او را اجیر نماید و اجیر منفرد به معنای انجام کار در مدت معلوم است که در آن مدت تمام منافع شخص متعلق به مستأجر می‌باشد. (علم‌الهدی، بی‌تا: ۴۴۶) بر اساس این تعریف می‌توان گفت، پزشک، وکیل دادگستری، معمار و سایر ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای که اوقات خود را صرف انجام امور مراجعین خود می‌نمایند، اما وقت معین ایشان به هیچ‌یک از

1. Kozan v. Comstock

۲. برای نمونه در کتاب الاجاره نوشته میرزا حبیب الله رشدی، مسئولیت پزشک ذیل باب اجاره مطرح شده است.

۳. شایان ذکر است بیشتر مباحث فقهی در این خصوص، به ضمان اجیر در برابر کالای در اختیار وی اختصاص دارد، اما ضمان اجیر در برابر کالا نسبت به سایر خساراتی که به مناسبت ارائه خدمت به بار می‌آید، خصوصیتی نداشته و می‌توان از ملاک آن، بهره‌برد. (صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۴: ۵۸).

مراجعین اختصاص ندارد، در یک مفهوم کلی، اجیر مشترک به شمار می‌روند.^۱ در خصوص ضمان اجیر مشترک و مبنای مسئولیت وی از دیدگاه فقها باید بین فرض تلف مال نزد اجیر و اتلاف یا تسبیب آن توسط اجیر قائل به تفکیک شد. در فرض تلف مال نزد اجیر چهار دیدگاه در خصوص مبنای مسئولیت اجیر وجود دارد.

دیدگاه نخست: اگر مالی که برای انجام کاری نزد سازنده‌ای (مانند بافنده، جامه‌شوی، رنگرز یا دوزنده) است، تلف شود، فارغ از اینکه مال، نزد اجیر باشد یا مستأجر، مادامی که اجیر تقصیر نکرده باشد، مسئولیتی ندارد. (الشیخ الطوسی، ۱۳۸۷: ۲۴۱). همچنین اگر شخصی برای حمل کالا اجیر شده باشد و حین حمل، کالا تلف شود، فارغ از این که صاحب کالا همراه متصدی باشد یا خیر، متصدی مسئولیتی ندارد، مگر در فرضی که تقصیر کرده باشد یا اینکه اگر ناوایی را برای پختن نان در تنور یا فر اجیر کرده باشد و نان را بسوزاند، در صورتی که سوختن نان به دلیل هرم یا شدت آتش باشد، ناوا به دلیل کوتاهی خویش، ضامن است (الشیخ الطوسی، ۱۳۸۷: ۲۴۳). همچنین گفته شده است متصدی حمل دریایی (ملوان) در خصوص غرق شدن کالایی که حمل می‌کند مسئولیت دارد، اگر کوتاهی نموده باشد و اگر کشتی به دلیل باد و بدون کوتاهی او غرق شود، مسئولیت نخواهد داشت. بنابراین اگر در خصوص کوتاهی وی اختلاف شود، ارائه دلیل بر عهده مدعی است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۶۸). همچنین اگر مال در دست صانع و بدون دخالت وی یا بدون کوتاهی یا بدون آنکه تعهدی داشته باشد، از بین برود، بر اساس اصل براءت و به این دلیل که ید او امانی است، ضامن نیست (الفیض الکاشانی، بی‌تا: ۱۱۴). در توجیه این دیدگاه گفته شده است: عدم ضمان اجیر در خصوص مالی که در اختیار اوست، نسبت به عدم ضمان مستأجر در خصوص مال الاجاره، اولی است؛ چرا که مال الاجاره برای مصلحت مستأجر نزد اوست؛ اما مال در اختیار اجیر، برای انجام عملی که به مصلحت مالک است در اختیار اوست (الرشیدی، بی‌تا: ۱۲۶). همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، بر اساس این دیدگاه مسئولیت، بر مبنای تقصیر در نظر گرفته شده و این دیدگاه می‌تواند قابل تطبیق با مسئولیت مبتنی بر تقصیر در سایر نظام‌های حقوقی باشد.

دیدگاه دوم: اجیر ضامن کالایی است که در اختیار او قرار گرفته و تنها در صورتی که ثابت نماید که تلف مال مستند به فعل او نبوده، مسئولیت نخواهد داشت. به طور مثال در خصوص صاحب

۱. از نظر فقهی، اجیر مشترک مترادف با «ارائه‌کنندگان خدمات» به طور کلی است، به همین دلیل است که فقها در این سرفصل به بررسی ضمان رنگرز، شوینده، متصدی حمل، خیاط، پزشک و غیره پرداخته‌اند. این در حالی است ارائه‌کنندگان خدمات لزوماً حرفه‌ای به شمار نمی‌روند.

شتری که توسط آن روغن حمل می‌نماید، در صورتی که روغن آتش بگیرد یا مورد سرقت قرار گیرد، اگر شهود عادل مبنی بر این موضوع ارائه نماید، مسئولیت ندارد، در غیر این صورت ضامن خواهد بود (الشیخ الصدوق، ۱۴۰۴: ۲۵۴). همچنین است در خصوص شوینده و زرگری که از ایشان سرقت شده باشد (الشیخ الصدوق، ۱۴۰۴: ۲۵۵). بر اساس این دیدگاه، اجیر تنها در صورتی مسئول نخواهد بود که بتواند عدم استناد زیان به فعل خود را اثبات نماید. بنابراین این دیدگاه می‌تواند با نظریه فرض تقصیر در سایر نظام‌های حقوقی قابل تطبیق باشد.

دیدگاه سوم: جامه‌شوی، خیاط و رن‌گرز و امثال آن‌ها ضامن زیانی هستند که به کالا وارد می‌کنند و نیز ضامن کالایی هستند که به ایشان سپرده می‌شود، مگر در فرضی که کالا ناگزیر از بین می‌رود و امکان جلوگیری از آن وجود ندارد (قوة قاهره) (الشیخ المفید، ۱۴۱۰: ۶۴۳ و نیز علم‌الهدی، بی‌تا: ۴۴۶). در توجیه این دیدگاه، این‌گونه استدلال شده است که استئمان عبارت است از اذن مالک یا شارع در قبض مال یا تصرف در آن در جهت مصلحت مالک، نه در راستای مصلحت قابض و نه ترکیبی از مصلحت مالک و قابض. ید امانی ناشی از قبض مال با اذن مالک یا شارع و برای مالک است، اعم از اینکه موجب دفع ضرر از او گردد یا منفعتی را برایش به ارمغان آورد. لذا این مفهوم خاص‌تر از مطلق اذن است. بنابراین هر مأذونی، امین نیست. ید ودعی، مرتهن، مستأجر، وکیل و مانند آن امانی است و ایشان جز با تعدی و تفریط ضامن نیستند چرا که قبض آن‌ها صرفاً برای مصلحت مالک است. اما در مثال‌هایی مانند صانع، طبیب، اجیر و مانند آن، این اشخاص مال را برای مصلحت خود قبض می‌کنند و این مصلحت مطالبه اجرت است. مالک نیز مال را به ایشان تسلیم می‌نماید در جهت اصلاح نه افساد و اگر این اشخاص تصرف بدون ضمان داشته باشند، این موضوع به مصلحت مالک نیست (الحسینی، ۱۴۱۷: ۴۸۴ و ۴۸۵). بر اساس این دیدگاه اجیر ضامن مال است مگر در فرضی که قوة قاهره را اثبات نماید. بنابراین این دیدگاه در فقه با نظریه مسئولیت محض در سایر نظام‌های حقوقی قابل تطبیق است.

دیدگاه چهارم: برخی بر این باورند که: «هر عاملی که به او اجرت پرداخت شود که اصلاحی نماید اما افساد کند، ضامن است» (الطباطبایی الیزدی، ۱۴۲۰: ۶۷). آنچه در این دیدگاه موجب ضمان است، تجاوز از حدود اذن و اراده مالک است که مبنای اجاره اجیر قرار گرفته است. همچنین در خصوص شخص حمل‌کننده‌ای که بار را شکسته بود، گفته شده است: اگر ید او امانی بوده مسئولیت ندارد؛ اما اگر ید او امانی نبوده ضامن بار خواهد بود (الرشیدی، بی‌تا: ۳۳۲) امانی یا غیرامانی بودن ید نیز عموماً به حدود اراده مبنای اجاره مربوط است. در خصوص پزشک نیز این‌گونه مسئولیت بر مبنای اراده در نظر گرفته شده است: پزشک، هرچند حاذق باشد، ضامن نقص یا تلفی

است که بیمار از فعل یا خطای او در انجام امور پزشکی متحمل گردد و ظاهر بر سقوط ضمان است در فرضی که بیمار یا ولی او با این موضوع موافقت نموده باشد (مشکینی، ۱۴۱۹: ۵۵۸). بنابراین، مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک تابعی است از اجازه بیمار یا ولی او که این موضوع نیز نمایانگر تبعیت مسئولیت از حدود اراده طرفین است. همچنین در خصوص اشیائی نظیر لباس‌ها که نزد صاحب حمام از بین برود، گفته شده است فارغ از اینکه کوتاهی کرده باشد یا خیر، مسئولیتی نخواهد داشت، مگر در فرضی که صاحب لباس از او درخواست مراقبت نموده یا برای مراقبت از لباس‌ها نیز اجرتی پرداخته باشد (مشکینی، ۱۴۱۹: ۴۷۰ و ۴۷۱). بنابر این دیدگاه، هر کس برای انجام کاری در خصوص مال دیگری اجیر شده باشد، در صورتی که آن مال را خراب کند، اگر از حدود اذن مالک تجاوز نموده باشد، ضامن خواهد بود.

این دیدگاه می‌تواند جمع سه دیدگاه پیش‌گفته نیز به شمار رود. توضیح آنکه در توجیه مسئولیت مبتنی بر تقصیر، فرض تقصیر و مسئولیت محض، اگرچه فقها با تمرکز بحث خود را به امانی یا غیر امانی بودن ید اجیر معطوف داشته‌اند و در نتیجه اختلاف نظری که در این خصوص وجود داشته، نتایج مختلفی را حاصل نموده‌اند. این در حالی است امانی یا غیر امانی بودن ید اجیر، از اراده طرفین در عقد اجاره منبعث می‌گردد. بنابراین «اراده» مبنایی است که می‌تواند حدود ضمان اجیر را در فقه روشن نماید. لذا آنچه در فرض تلف مال، موجب ضمان اجیر است، نقض تعهداتی است که به موجب قرارداد برعهده اجیر قرار گرفته است.

آنچه بیان شد، مبنی مسئولیت اجیر در فرض تلف مال بود؛ اما ضمان اجیر در فرض اتلاف و تسبیب با ضمان سایر اشخاص تفاوتی ندارد. بنابراین در صورتی انتساب زیان به فعل او، اجیر ضامن جبران خسارت وارده خواهد بود. بنابراین خدمتگذار مانند جامه‌شوی و خیاط بابت زیانی که به کالا می‌رسانند فارغ از اینکه تقصیر کرده باشند یا خیر، ضامن هستند. خواه اجیر مشترک باشد یا غیر مشترک (علم‌الهدی، بی‌تا: ۴۴۶ و نیز المحقق‌الحلی، ۱۴۰۹: ۱۴۲). همچنین اگر صانع مال را از بین ببرد، ضامن خواهد بود حتی اگر چیره‌دست بوده و تفریط نکرده باشد. به همین سبب روایت است: «هر اجیری که به او اجرتی پرداخت شود که اصلاح کند اما افساد کند، ضامن است» (الحرالعالمی، ۱۴۱۴: ۲۷۱).

۲-۲. مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در حقوق ایران

ارائه خدمات حرفه‌ای از این حیث که آیا نتیجه این خدمات، در نهایت نمود مادی و خارجی پیدا می‌نماید یا خیر، به دو نوع قابل تقسیم است: نخست؛ ارائه خدمات حرفه‌ای منتهی به تولید و عرضه کالا و دوم؛ ارائه خدمات حرفه‌ای صرف. از این نظر که هدف غایی ارائه خدمات حرفه‌ای در

نوع نخست، تولید و عرضه کالا است و کالای تولید شده به عنوان یک عامل بیرونی، نقش مهم و مؤثری در روابط اشخاص دارد می‌توان مبنای مسئولیت را در نوع نخست به صورت متفاوت از نوع دوم که در آن خدمات حرفه‌ای به صورت صرف و مجرد ارائه می‌گردد، مورد مطالعه قرار داد.^۱

۱-۲-۲. مبنای مسئولیت مدنی ناشی از ارائه خدمات منتهی به تولید و عرضه کالا

گاه ارائه خدمات از سوی ارائه‌کنندگان خدمات، در نهایت منجر به تولید و عرضه یک کالا می‌گردد. به طور مثال، دندان‌پزشکی که با قالب‌گیری از فک یک بیمار، دندانی مصنوعی برای وی می‌سازد، مهندسی که با به‌کارگیری از قواعد ریاضی، سازه‌ای را طراحی می‌کند، داروسازی که با استفاده از قواعد علم شیمی، دارویی را تولید و عرضه می‌کند، همگی خدمات خود را در نهایت به صورت کالا به جامعه عرضه می‌نمایند. بدیهی است در چنین فرضی حدود مسئولیت دندان‌پزشک، مهندس و داروساز، شباهت بسیاری با مسئولیت تولیدکننده کالا خواهد داشت که در دو فرض مورد بررسی قرار می‌گیرد:

اول؛ فرض مجرد بودن عامل زیان: توضیح آنکه عرف در استناد تلف به فعل یک شخص لزوماً به دنبال کشف حقیقت نیست. همچنان که در بحث تعدد اسباب، مسبب دانستن یک سبب از میان اسباب به منزله نفی سببیت سایر اسباب نیست، بلکه به دلیل تسهیل در رسیدگی قضایی به دعوای مسئولیت مدنی است (قربان‌پور، ۱۳۸۵: ۱۹). بنابراین، استناد زیان به فعل زیان‌بار جنبه اعتباری دارد و لزوماً کشفی و واقعی نیست. تا جایی که گفته می‌شود، کافی است بین فعل شخص و زیان،

۱. هرچند این تقسیم‌بندی به طور صریح در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه ارائه نشده است؛ با غور در برخی آراء صادره از دادگاه‌های سایر نظام‌های حقوقی، می‌توان پی به تفکیک بین مبنای مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای منتهی به تولید کالا با ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای صرف برد. به طور مثال همان‌طور که پیش از این بیان شد، در دعوای سامونلز به طرفیت دیویس دادگاه مقرر داشت «زمانی که یک دندان‌پزشک تعهد می‌کند که برای بیمار خویش دندان مصنوعی بسازد، این تضمین ضمنی وجود دارد که دندان، متناسب با لثه بیمار ساخته شود». (Available at: <https://swarb.co.uk/samuels-v-davis-1943>, Last visited: 2020,02,23. همچنین در دعوای شرکت گریوز اند کمپانی به طرفیت بیهام میکل و شرکا که به دلیل طراحی سقف کارخانه به نحوی که تاب مقاومت در برابر لرزش‌های ناشی از حرکت جرثقیل را نداشت، مطرح گردید، دادگاه این‌گونه تصمیم گرفت که نه تنها شرکت مهندسی، تعهد خود را مبنی بر به‌کار بستن حد معقولی از مراقبت و مهارت، نقض کرده است؛ بلکه شرکت موصوف باید این موضوع را مدنظر قرار می‌دارد که سقف کارخانه باید برای هدفی که مورد نظر کارخانه‌دار است، مناسب باشد. Available at: <https://swarb.co.uk/greaves-and-co-contractors-ltd-v-baynham-meikle-and-partners-ca-1975>, Last visited: 2020,02,23. وجه مشترک این چنین آرائی که مبنای مسئولیت را متفاوت از سایر ارائه‌دهندگان خدمات در نظر گرفته‌اند، منتهی شدن ارائه خدمات به تولید کالا بوده است.

رابطه سببیت عرفی احراز شود، هر چند که در فاصله میان فعل و زیان عوامل دیگری نیز زمینه اضرار را فراهم کند (میرشکاری، ۱۳۹۷: ۳۰۹). بنابراین، اگرچه گاه زیان با وجود واسطه و با استفاده از ابزار وارد می‌شود؛ اما عرف تردیدی در انتساب زیان به فعل آخرین شخص مختار نمی‌نماید. عدم تردید عرف، نقش واسطه‌ها را در ورود زیان به قدری کم‌رنگ می‌سازد که می‌توان وجود آن را نادیده گرفت و زیان را به صورت مستقیم به فعل شخص نسبت می‌دهد.

در خصوص زیان ناشی از کالاها نیز، در صورتی که اثبات شود زیان از عیب کالا نشأت گرفته است، عیب مستقیماً به تولید کالا مستند است و تولید بی‌هیچ واسطه به تولیدکننده استناد دارد. بنابراین عرف می‌تواند به سادگی وجود واسطه‌ها را نادیده انگارد و ارتباط مستقیم زیان به تولیدکننده را به صورت اعتباری برقرار سازد. بدین سان، در فرضی که زیان بدون استفاده زیان‌دیده یا دخالت سایر اشخاص، وارد شده و این زیان ناشی از کالا باشد، تولیدکننده به عنوان آخرین اراده‌ای که زیان می‌تواند مستند به فعل او (تولید کالا) باشد، مستند گردد، فارغ از اینکه کالا معیوب باشد یا خیر. بنابراین اگر وجود عیب در کالا، می‌تواند نمایانگر تقصیر تولیدکننده در فرآیند تولید باشد، در فرض ورود زیان از کالا بدون دخالت سایر اشخاص، احراز رابطه سببیت بدون در نظر گرفتن تقصیر (عیب تولید) نیز میسر است و همین که رابطه بین زیان و کالا اثبات شود، بدون نیاز به اثبات عیب یا تقصیر، مسئولیت در نتیجه اتلاف برقرار خواهد بود. فارغ از اینکه ایراد خسارت از سوی کالا، بدون آنکه عامل دیگری دخیل در بروز زیان باشد، خود ظهور بر وجود عیب در کالا دارد.^۱

دوم؛ فرض تعدد عوامل زیان: زمانی که چند عامل در ورود زیان مؤثر هستند، مانند آنکه پزشکی دارویی را برای بیمار خود تجویز می‌کند و بیمار بر اثر استفاده از دارو، زیانی را متحمل می‌گردد، انتساب زیان به یکی از عوامل که برخی مباشر و برخی مسبب هستند، یکی از دشوارترین مباحث در حقوق مسئولیت مدنی است که این موضوع ذیل عنوان اجتماع سبب و مباشر در فقه و حقوق مورد بررسی قرار گرفته است (نک: امینی، ۱۳۹۷: ۵۵-۴۷).

در چنین فرضی اثبات وجود عیب در کالا به منظور قوت سبب نسبت به مباشر و انتساب عیب به کالا و به تبع آن به تولیدکننده کالا، ضروری است. به همین سبب است که ماده (۵۱۷) قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در خصوص مبنای مسئولیت مهندسان ذی‌ربط ساختمان مقرر

۱. مانند آنکه دارویی، در حالت ثابت و بدون آنکه مورد استفاده قرار گیرد، به ناگاه مشتعل می‌گردد و این اشتعال منجر به انفجار شده و جان و مال اشخاص را دچار حریق کند. در این مثال، بدون آنکه نیازی به اثبات عیب دارو باشد، زیان ناشی از آن به داروساز منتسب است، اگرچه اشتعال ناگهانی دارو، خود ظهور بر عیب آن در زمان تولید دارد..

می‌دارد: «اگر ... کسی که عهده‌دار احداث ملکی است، بنایی را به‌نحو مجاز بسازد یا بالکن و مانند آن را با رعایت نکات ایمنی و ضوابط فنی که در استحکام بنا لازم است در محل مجاز احداث کند و اتفاقاً موجب آسیب یا خسارت گردد، ضامن نیست». همچنین ماده (۵۱۸) این قانون مقرر می‌دارد: «هر گاه شخصی بنا یا دیواری را برپایه محکم و با رعایت مقرراتی که در استحکام بنا و ایمنی لازم است احداث نماید، لکن به‌علت حوادث پیش‌بینی نشده، مانند زلزله یا سیل، سقوط کند و موجب آسیب گردد، ضامن نیست...».

بدین‌سان، زیان‌دیده برای انتساب زیان به شخص حرفه‌ای ناگزیر از اثبات تخلف شخص حرفه‌ای از حدود متعارف و الزاماتی است که قانون‌گذار برای تولید کالا در نظر گرفته است. با وجود این، همچنان که در مسئولیت قراردادی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای بیان شد، به منظور تسهیل در جبران زیان ناشی از اقدامات ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای محاکم می‌توانند با توسل به اصولی نظیر اصل عدم، اثبات انجام تعهد متعارف را بر عهده شخص حرفه‌ای گذاشته تقصیر او را مفروض تلقی نمایند. بنابراین، اگرچه ممکن است ارائه‌دهنده خدمات رابطه قراردادی با مصرف‌کننده داشته باشد؛ از آنجا که در هر دو فرض مجرد بودن عامل یا تعدد عوامل، زیان ناشی از کالایی است که در نتیجه ارائه خدمات تولید شده است، مبنای مسئولیت اتلاف و تسبیب است. همچنان که گاه به رغم وجود قرارداد، قواعد ضمان قهری بر طرفین حکومت کرده (ایزائلو، ۱۳۹۳: ۲۲۸) و به همین دلیل است که گفته می‌شود اگر نتیجه تخلف از تعهدات قراردادی تلف مال باشد، مسئولیت ایجاد شده بر مبنای اتلاف و تسبیب بوده و ارتباطی به قرارداد ندارد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۷۵).

۲-۲-۲. مبنای مسئولیت مدنی ناشی از ارائه خدمات صرف

در مواردی که زیان ناشی از ارائه خدمات صرف بوده و یا ارائه خدمات اساساً منتهی به تولید کالا نمی‌گردد، یا زیان ارتباطی به کالا ندارد، مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات، بسته به اینکه با طرف مقابل رابطه قراردادی داشته یا نداشته باشند، متفاوت خواهد بود.

۲-۲-۲-۱. در برابر طرف قرارداد

ماده (۲) قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵ مقرر می‌دارد: «کلیه عرضه‌کنندگان ... خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسؤول صحت و سلامت ... خدمات عرضه شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات هستند...». بنابراین می‌توان گفت ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای نیز به عنوان عرضه‌کنندگان خدمات حرفه‌ای، ضامن صحت و سلامت خدمات خویش هستند و نباید خدمات معیوبی را به مراجعین خود عرضه نمایند.

عیب نقصی است که از ارزش بکاهد یا انتفاع متعارف آن را از بین ببرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۳۲).^۱ تبصره ماده (۳) لایحه حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۷۲/۲/۸ هیأت وزیران که پس از مدت طولانی و با تغییراتی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید در تعریف عیب مقرر می‌داشت: «منظور از عیب در این قانون نقص یا تغییر حالتی است که مصرف‌کننده از آن آگاه نباشد و ... یا ... خدمت عرضه شده با مشخصات اعلام شده آن مطابقت نداشته باشد». بند (۴) ماده (۱) قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب سال ۱۳۸۸ در تعریف عیب مقرر می‌دارد: «منظور از عیب در این قانون زیاده، نقیصه یا تغییر حالتی است که موجب کاهش ارزش اقتصادی ... خدمات گردد».

همان طور که ملاحظه می‌شود تضمین سلامت و صحت خدمات به شرایط مندرج در قوانین، مندرجات قرارداد و عرف در معاملات احاله شده است (بادینی، ۱۳۹۱: ۵۲۶) و از طرفی ملاک دقیقی برای تشخیص خدمت سالم از معیوب ارائه نشده است و به نظر می‌رسد کاهش ارزش اقتصادی خدمت در نتیجه زیاده یا نقیصه نیز معیاری است که با مراجعه به عرف قابل تشخیص خواهد بود.

به عنوان یک ملاک عرفی می‌توان گفت خدمات ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای زمانی معیوب به شمار روند، که متضمن عدم انجام یا نقص در انجام یکی از تعهدات ایشان باشد. به بیان دیگر، ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای به عنوان یکی از عرضه‌کنندگان خدمات، زمانی خدمت سالم و صحیح را ارائه کرده‌اند که کلیه الزامات قانونی و تعهدات قراردادی خود را مانند یک شخص حرفه‌ای متعارف انجام داده باشند. تبصره ماده (۱۹) قانون حمایت از مصرف‌کنندگان در تأیید این ملاک مقرر می‌دارد: «در صورتی که عرضه‌کنندگان ... خدمات از ایفاء هر یک از تعهدات خود در قبال خریدار خودداری کرده و یا آن را به صورت ناقص و یا با تأخیر انجام دهند، مکلفند علاوه بر انجام کامل تعهد، خسارت وارده را جبران نمایند».

در خصوص تعهدات ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای نیز توجه به این مهم ضروری است که در غالب موارد تعهدات این اشخاص، از نوع تعهد «به وسیله» است. یکی از معیارهایی که برای تشخیص تعهد به وسیله ارائه شده است، «انجام یا عدم انجام تعهد مبتنی بر احتمال» است.^۲ بنابراین اگر حصول نتیجه مبتنی بر احتمال باشد، تعهد به وسیله خواهد بود. به طور مثال تعهد پزشک،

۱. در فقه نیز عیب به نقصان وصفی گفته می‌شود که کالا را از وضعیت متوسط متعارف نزد جامعه تنزل داده و باعث کاهش قیمت گردد (الانصاری، ۱۴۱۵: ۳۶۲).

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص معیارهای تمیز تعهدات به وسیله و به نتیجه از یکدیگر، نک: تفرشی و مرتضوی، ۱۳۸۸: ۲۰-۲۲.

به‌کارگیری وسایل مناسب و دانش و تخصص در حدود متعارف است و بهبودی بیمار بر ذمه پزشک نیست (کازمی، ۱۳۸۴: ۱۰۸). همچنین است تعهد وکیل که ناظر بر تحصیل حکم به نفع موکل نیست و کافی است وکیل تمام اقداماتی را که لازمه دفاع از حقوق موکل است، در حد یک وکیل متعارف انجام دهد (بادینی، ۱۳۹۱: ۵۲۹). در مقابل اگر نتیجه مورد نظر بدون دشواری قابل دستیابی باشد، تعهد «به نتیجه» خواهد بود. متعهد به نتیجه باید دقیقاً آنچه را که در قرارداد به عهده گرفته است، انجام دهد (تفرشی و مرتضوی، ۱۳۸۸: ۱۳). مانند مهندس معمار که با انجام دقیق محاسبات ریاضی می‌تواند تحمل یک سازه را محاسبه کند و از فروریزی آن جلوگیری نماید.

بنابراین در صورتی که تعهد ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای از نوع تعهدات به نتیجه باشد، همین که نتیجه مورد نظر محقق نگردد، شخص حرفه‌ای مسئول خواهد بود، مگر اینکه اثبات نماید قوه قاهره مانع از اجرای تعهد وی شده است. لذا در چنین فرضی مبنای مسئولیت ارائه‌کنندگان خدمات، مسئولیت محض خواهد بود.

اما در فرضی که تعهد هر یک از ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای صرفاً تعهد به وسیله باشد، مسئولیت وی مبتنی بر تقصیر خواهد بود و برای تحقق مسئولیت لازم است اثبات شود که یکی از تعهدات انجام نشده یا به صورت ناقص یا با تأخیر انجام شده است.^۱ در چنین فرضی نیز، از آنجا که اثبات انجام تعهدات از سوی مراجعین ارائه‌کنندگان خدمات، به دلیل عدم اشراف بر جزئیات تعهدات و همچنین میزان متعارف اقداماتی که باید توسط ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای صورت پذیرد، محاکم می‌توانند با توسل به اصولی نظیر اصل عدم، اثبات انجام تعهد متعارف را بر عهده شخص حرفه‌ای گذاشته و با در نظر گرفتن فرض تقصیر، جبران زیان‌های ناشی از ارائه خدمات حرفه‌ای را تسهیل نمایند.^۲

۱. توجه به این مهم ضروری است که گاه، نقض یک تعهد، می‌تواند منجر به اتلاف گردد که زیان‌دیده می‌تواند با استناد به مسئولیت ناشی از ضمان قهری، بدون اثبات تقصیر و بر مبنای اتلاف، از شخص حرفه‌ای مطالبه خسارت نماید. به طور مثال شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۲۵۴/۲۲ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۶ در خصوص دندان‌پزشکی که در راستای ترمیم و تعویض پنج عدد از دندان‌های خوانده به تعدادی دیگر از دندان‌های وی آسیب وارد کرده بود، دندان‌پزشک را به جبران خسارت بر مبنای اتلاف محکوم نمود.

۲. این دیدگاه می‌تواند با آنچه در فقه اسلامی در خصوص مسئولیت مدنی اجیر بیان شد نیز مطابق باشد، همچنان که عده‌ای در جمع‌بندی نظر فقها در خصوص مبنای مسئولیت مدنی اجیر، نظر بر «اماره تقصیر» دارند. (بادینی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۴: ۱۵).

۲-۲-۲-۲. در برابر سایر اشخاص

ورود زیان به اشخاص ثالث در نتیجه ارائه خدمات از سوی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای جز در فرضی که ارائه خدمات منتهی به تولید و عرضه کالا گردد، به ندرت قابل تصور است. با وجود این ممکن است در نتیجه اقدامات یک وکیل یا یک پزشک، اشخاص ثالثی که با وی رابطه قراردادی ندارند، زبانی را متحمل گردند. به طور مثال در صورتی که وکیل بدون رعایت حدود متعارف و به قصد اطالة دادرسی اشخاص ثالثی را به دادرسی جلب نماید و از این حیث به این اشخاص یا به طرف مقابل دعوا و حتی به نظام قضایی کشور زیانی وارد گردد، این زیان قابل جبران خواهد بود. یا در صورتی که یک روان‌پزشک، با تجویز دارویی نامناسب منجر به تشدید اختلالات بیمار شده و از این جهت به اطرافیان بیمار زیان‌های مادی یا معنوی وارد سازد، بی‌تردید ضمان قهری برعهده او مستقر خواهد شد.

ماده (۱۸) قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مقرر می‌دارد: «چنانچه ... خدمات عرضه شده توسط عرضه‌کنندگان ... خدمات معیوب باشد و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلف علاوه بر جبران خسارات به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد.»

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار از عبارت «مصرف‌کننده» استفاده کرده است. در خصوص معنای مصرف‌کننده در کشورهای مختلف، دیدگاه‌های مختلف و متفاوتی وجود دارد؛^۱ اما قانون‌گذار ایران در بند (۱) ماده (۱) همین قانون، مصرف‌کننده را این‌گونه تعریف می‌نماید: «هر شخص حقیقی یا حقوقی است که کالا یا خدمتی را خریداری می‌نماید». بنابراین ماده (۱۸) نیز صرفاً ناظر به مسئولیت قراردادی عرضه‌کننده خدمات است و نمی‌تواند مبنای مسئولیت وی در برابر سایر اشخاص تلقی گردد.

با وجود این، نباید پنداشت که عرضه‌کننده خدمات در برابر سایر اشخاص فاقد مسئولیت است؛ بلکه ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای بر اساس قواعد عام ضمان قهری مسئول جبران زیان‌های ناشی

۱. در معنای مضیق، مصرف‌کننده صرفاً طرف قرارداد است. اما این‌گونه نیست که همیشه شخصی که کالا یا خدمتی را تهیه می‌کند و طرف قرارداد عرضه‌کننده است از آن استفاده نماید. بنابراین در یک معنای وسیع‌تر و مبتنی بر لفظ، مصرف‌کننده هر کسی است که از کالا یا خدمت استفاده می‌نماید. لکن گاه اشخاصی هستند که بدون استفاده از کالا یا خدمت، متحمل زیان ناشی از آن می‌شوند. در این مفهوم مصرف‌کننده به معنای زیان‌دیده از کالا یا خدمات است. بدیهی است که پذیرش مفهوم اخیر، دامنه شمول قانون را گسترش داده و چتر حمایتی آن را بر تمامی زیان‌دیدگان خواهد گستراند. (بادینی، ۱۳۹۱: ۵۵۳).

از تقصیر خویش (نقض الزامات حرفه‌ای) در برابر اشخاص ثالث نیز هستند؛ چرا که احراز رابطه سببیت و استناد زیان به فعل این اشخاص، جز با اثبات تقصیر امکان‌پذیر نیست.

نتیجه

اگرچه مبنای مسئولیت مدنی در نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا، مبتنی بر تقصیر است، اما از آنجا که اثبات تقصیر ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای به دلیل عدم برخورداری مراجعین ایشان از دانش و مهارت تخصصی آنان دشوار است، در مواردی مسئولیت محض این اشخاص در نظر گرفته شده. در نظام حقوقی فرانسه، در مواردی که تعهدات به نتیجه، نقض گردد و در نظام حقوقی کامن‌لا، در فرضی که خدمات حرفه‌ای منجر به تولید کالا گردد، نیازی به اثبات تقصیر ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای نیست.

مبنای مسئولیت مدنی این اشخاص باید از یک سو با ملاحظه رسالت‌های اجتماعی که برعهده ایشان است و از سوی دیگر با لحاظ این موضوع که مراجعین این اشخاص عموماً به دلیل عدم بهره‌مندی از دانش و مهارت تخصصی ایشان از اثبات تقصیر آنان عاجز هستند، تبیین گردد. لذا ضمن پاسداشت نهادهای حقوقی کشور، با استفاده از راهکارهای ارائه شده در سایر نظام حقوقی و با بومی‌سازی آن می‌توان به قاعده عام مبنای مسئولیت مدنی این اشخاص در حقوق ایران دست یافت. برای ایجاد توازن بین مسئولیت و رسالت اجتماعی که برعهده ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای است، در فرضی که ارائه خدمات منجر به تولید کالا می‌گردد، مسئولیت این اشخاص نظیر تولیدکنندگان کالا، با بهره‌مندی از مبنای بومی اتلاف و تسبیب، بدون نیاز به اثبات تقصیر تبیین می‌گردد. همچنین است مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات صرف، در فرض نقض یکی از تعهدات به نتیجه در برابر طرف قرارداد.

اما در فرضی که ارائه‌دهندگان خدمات صرف، یکی از تعهدات به وسیله خود را نقض نموده باشد و یا در نتیجه ارائه خدمات ایشان و نقض یکی از الزامات قانونی، زیانی به اشخاص ثالث وارد گردد، مسئولیت در صورت اثبات تقصیر توسط زیان‌دیده، برقرار خواهد شد.

بدین‌سان مشخص می‌گردد که مسئولیت مدنی اشخاص حرفه‌ای از مبنای واحد تبعیت نکرده و بسته به نوع خدمات ارائه شده و روابط قراردادی یا خارج قراردادی، مسئولیت ایشان تابع مبنای متفاوتی خواهد بود.

منابع

فارسی

- امینی، منصور و رشید عنایت‌نبار (۱۳۹۷). «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی سبب و مباشر در حقوق ایران و عامل مداخله‌گر در حقوق انگلستان»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره ۱.
- ایزانلو، محسن (۱۳۹۳)، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادهای، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- بادینی، حسن (۱۳۹۱)، «نقدی بر مبنا و قلمرو مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸.
- بادینی، حسن و هادی شعبانی کندسری (۱۳۹۷)، «مطالعه تطبیقی مبنای مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان خدمات در فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه»، حقوق تطبیقی، شماره ۱۱۰.
- تفرشی، محمد عیسی و عبدالوحید مرتضوی (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی تعهد به وسیله و به نتیجه در فقه، حقوق فرانسه و ایران»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۵.
- جعفری‌تبار، حسن (۱۳۹۶)، مسئولیت مدنی کالاها، تهران: نگاه معاصر.
- صفایی، حسین و هادی شعبانی کندسری (۱۳۹۴)، «مبنای مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، اسلام، امریکا و اتحادیه اروپا»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۶.
- قربان‌پور، محمدمهدی (۱۳۸۵)، «تقصیر و رابطه سببیت در نظام مسئولیت مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، عقود معین، جلد اول، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، سید صادق (۱۳۹۶)، مسئولیت مدنی ناشی از طراحی در صنعت ساختمان، تهران: شهر دانش.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۴)، مسئولیت مدنی ناشی از اعمال پزشکی، پایان‌نامه برای اخذ مدرک دکترا، دانشکده حقوقی و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۷)، رساله عملی در مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- نعمتی، شادمان، علیا صابری و آبتین حیدرزاده (۱۳۸۹)، «پروفتنالیزم (حرفه‌ای‌گری) پزشکی و آموزش آن به دانشجویان»، پژوهش در آموزش علوم پزشکی.
- وحدتی‌شیری، حسن (۱۳۸۸)، «مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، پژوهش‌نامه فقه و اصول، شماره ۸۲.

عربی

- الانصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، المکاسب، جلد پنجم، قم: تراث الشيخ الاعظم.
- ابن ادریس حلی (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- الحرالعالمی، محمد (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه، جلد ۱۳، قم: مؤسسه آل‌البیت لاهیات التراث.
- الحسینی، میر عبد الفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة

- لجماعة المدرسين.
- الرشتی، المیرزا حبیب اله (بی‌تا)، کتاب الغصب، بی‌جا.
- الشیخ الصدوق (۱۴۰۴ق)، من لا یحضره الفقیه، جلد سوم، چاپ دوم، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه.
- الشیخ الطوسی (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد سوم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- الشیخ المفید (۱۴۱۰ق)، المقنعه، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه.
- الطباطبائی الیزدی، محمدکاظم (۱۴۲۰ق)، العروة الوثقی، جلد پنجم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- علم الهدی، مرتضی (بی‌تا)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، بی‌جا.
- الفیض الکاشانی (بی‌تا)، مفاتیح الشرایع فی فقه الامامیه، جلد دوم، قم: کتابخانه آیه اله مرعشی نجفی.
- المحقق الحلی (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الاحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: نشر استقلال.
- مشکینی، علی (۱۴۱۹ق)، مصطلحات الفقه و معظم عناوین الموضوعیه، جلد اول، قم: نشر الهادی.

انگلیسی و فرانسوی

- Bacache-Gibeili, Mireille. (2012). *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 2nd edn, Paris: Economica.
- Birks, Peter. (1996). *Wrongs and Remedies in the Twenty-first Century*, London: Society of Public Teachers of Law.
- Borghetti, Jean-Sebastien. (2016), *European Product Liability an Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Product Liability in France, UK: Intersentia.
- Dyson, Matthew. (2018). *Regulating Risk through Private Law*, UK: Intersentia.
- Taylor, Simon. (2015). *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, Cambridge University Press.
- Greenstreet, Bob; Greenstreet, Kaven; Schermer, Brian. (2015). *Law and practice for architects*, Architectural Press.
- Gulijk, Stéphanie van. (2009). *European Architect Law: Towards a New Design*, Maklu.
- Heisse, John R. (2011). "The Measure of Malpractice—A Rebuttal to the "Threshold Approach" to Evaluating Errors in Design", *Journal of the ACCL*.
- Hurd, Helen G. (1967), "who is a professional", *journal of cooperation extension*.
- Knapp, Viktor. (1983). *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume 11, Part 1, Martinus Nijhoff Publishers.
- Le Tourneau, Philippe. (2005). *Responsabilité Civile Professionnelle*, 2ème éd., Paris, Dalloz.
- Miller, Barry Josef. (1982). "Designing and building: the case for strict liability in tort", *Case Western Reserve Law Review*.

- Munson Prize. (1894). "The Liability of an Attorney for Erroneous Advice", **Yale Law Journal**.
- Rastogi, Prateek. (2007). **Bolam Test**, JIAFM ISSN: 0971-0973.
- Rupert, Jackson. (1988), "Professional Liability", **RSA Journal**, Vol: 136, No. 5384.
- Rupert, Jackson. (2015). **The Professions: Power, Privilege and Legal Liability**, Available at: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/04/pnbalecture-_2_.pdf, last visited: 2020,2,20.
- Scott Degan, Nancy (1982), "a prescription for doctors: avoid warranties", **Loyola law review**, Vol 28.
- Senkler, K.C. (1916). **British Columbia Reports**, The Law Society of British Columbia.
- Sutherland, Philip. (1984). "Solicitors' Liability for Negligence in Australia and the United Kingdom", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 33, No. 2.
- Symmons, Clive R. (1975). "The Problem of the Applicability of Tort Liability to Negligent Mis-statements in Contractual Situations: A Critique on the Nunes Diamonds and Sealand Cases", **McGill Law Journal**, Vol. 21.
- Taylor, Simon. (2015). **Medical Accident Liability and Redress in English and French Law**, Cambridge University Press.
- Viney, Genevieve. (1995). *Traite de droit civil introduction a la responsabilite*, Paris: librairie generale de droit et de jurisprudence.
- Greaves and Co (Contractors) Ltd V Bayham Meikle and Partners, 1975, Available at: <https://swarb.co.uk/greaves-and-co-contractors-ltd-v-baynham-meikle-and-partners-ca-1975>, Last visited: 2020,02,23.
- Parkway Co. v. Woodruff, 1993. Available at: <https://casetext.com/case/parkway-co-v-woodruff-1>, Last visited: 2020,02,23.
- Samuels v. Davis, 1943, Available at: <https://swarb.co.uk/samuels-v-davis-1943>, Last visited: 2020,02,23.

اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی

علی اکبر فرحزادی*، سیدرسول میرنژاد**

چکیده

فرایند رسیدگی به دعاوی حاوی قواعد و شرایطی است که از سوی قانون‌گذار مشخص شده و طرفین دادرسی باید جهت پایان دادن به اختلاف حقوقی و در نتیجه قلع دائمی نزاع حقوقی این قواعد را رعایت کنند. با این حال، این قواعد، وسیله احقاق حق محسوب می‌شوند و لذا باید به نحوی تفسیر شوند که مانع از ورود دادگاه در ماهیت دعوا و در نتیجه فصل خصومت نگردد. در این راستا و از آثار پذیرش این تحلیل، جلوگیری از طرح مجدد دعاوی از طریق ترمیم و اصلاح نواقص دعوای طرح شده می‌باشد. امری که موجب صرفه‌جویی در وقت و هزینه طرفین دادرسی و افزایش اعتماد به سیستم دادرسی خواهد شد. بر این بنیاد، اصل ترمیم دادرسی در جهت ایجاد و پذیرش قاعده‌ای عمومی مورد اشاره قرار گرفته است که بر اساس آن، دادگاه در کنار اصحاب دعوای حقوق باید اصل را بر قابل ترمیم بودن ایرادات دادرسی و در نتیجه حرکت آن به سمت کامل نمودن قرار دهند. با این حال محدوده و شرایط مربوط به اجرای اصل ترمیم دادرسی از موضوعات مهمی است که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: اصل ترمیم دادرسی، توانایی دادگاه، نقص اساسی، نقص غیراساسی

* دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

aliakbar.farahzadi@yahoo.com

** دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده)

rasoul.mirnejad@gmail.com

مسئول

مقدمه

بدون تردید، استماع دعاوی، فصل خصومت و در نتیجه قلع دائمی دعاوی حقوقی یکی از بنیادی‌ترین اهداف در تشکیل نهاد دادگاه محسوب می‌شود. در واقع، کابرن دادگستری، با این هدف به دادگاه مراجعه می‌کنند (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۱۸۵) و از این جهت تحلیل قصد و اراده ضمنی آنان بر این است که دعا در یک زمان معقول و متعارف با ورود دادگاه در ماهیت اختلاف حقوقی پایان یابد. بنابراین تمام تلاش دادگاه و اصحاب دعاوی حقوقی به‌عنوان بازیگران دادرسی تشکیل شده درباره اختلاف حقوقی باید بر این اساس تفسیر شود و اعمال صورت‌گرفته از زمان طرح دعاوی حقوقی تا پایان دادرسی بر این مبنا تحلیل شود.

یکی از مهم‌ترین مقدماتی که به استماع حداکثری دعاوی کمک می‌کند و بر اساس آن دعا از مرحله بررسی شکلی عبور و در مرحله ماهیتی مورد بازبینی و تحلیل قرار می‌گیرد، عبور از ایرادات و نقایصی است که ممکن است در جریان دادرسی به معنای عام و دعاوی طرح شده به معنای اخص مطرح شود. به عبارت دیگر، این نواقص گاه ممکن است مربوط به روند دادرسی باشد، مانند اینکه خواسته مالی مقوم نشده است و این موضوع مورد غفلت دفتر دادگاه قرار می‌گیرد و دادگاه بر اساس همین روند ختم دادرسی را اعلام می‌کند و پس از این مرحله متوجه این نقص می‌شود و یا حتی در مرحله تجدیدنظر این نقص هویدا می‌شود و یا سند مثبت سمت در دادخواست بدوی ارائه نمی‌شود و در مرحله تجدیدنظر این نقص آشکار می‌شود.

از سویی دیگر، گاه این نواقص مربوط به دعاوی طرح شده است. به عبارت دیگر، دادرسی فاقد ایراد است اما دعاوی طرح شده به جهت قواعد اختصاصی مربوط به هر دعا ناقص است. به عنوان مثال، یکی از مقدمات مربوط به دعاوی اعتراض به ملی اعلام کردن زمین مورد اختلاف، تهیه نقشه جغرافیایی مربوط به حدود زمین است که در اصطلاح به آن (U.T.M) گفته می‌شود. در این خصوص، دادرسی دارای نقصان نمی‌باشد ولی از منظر حقوق دعاوی، دعاوی طرح شده دارای نقص است (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۰۹) یا در مثال دیگر، در دعاوی اعلام بطلان سند و یا قرارداد، باید طرفین سند یا قرارداد طرف دعا قرار بگیرند و از این جهت اگر یکی از طرفین سند یا قرارداد طرف دعا قرار نگیرد، اگرچه دادرسی کامل است ولی دعا ناقص می‌باشد. این مسائل در عناصرشناسی هر دعا مورد توجه قرار می‌گیرد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۵؛ میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۸: ۱۱۲).

بنابراین در حقوق دادرسی مدنی و نیز حقوق دعاوی باید از ترمیم نواقص حمایت کرد. در واقع اجازه ترمیم نواقص به دادگاه امکان خواهد داد که قواعد دادرسی در راستای احقاق حق و ورود دادگاه در ماهیت اختلاف حقوقی تفسیر شود و در نتیجه از طرح مجدد دعاوی که از یک‌سو صدور آراء

متهافت و از سویی دیگر اتلاف وقت و هزینه اصحاب دعوی حقوقی را در پی دارد، جلوگیری می‌گردد. بر این بنیاد و در جهت دادن فرصت و امکان ترمیم نواقص دادرسی و دعوا اصل ترمیم دادرسی پیشنهاد می‌شود. برطبق این اصل، که به‌عنوان یک قاعده و ضابطه باید از سوی دادگاه و اصحاب دعوی حقوقی مورد توجه قرار گیرد، می‌بایست اجازه ترمیم نواقص موجود در دادرسی داده شود و بدین وسیله از تکرار عمل خودداری شود. در واقع چون اصل بر این است که دعوی باید به‌صورت حداکثری استماع شود، اصل ترمیم دادرسی یکی از مهم‌ترین ابزارهای است که بر اساس آن و در قالب همکاری بازیگران دادرسی (دادگاه و اصحاب دعوا) می‌توان به این هدف نزدیک شد (محسنی، ۱۳۸۹: ۱۲۶).

در واقع، روند دادرسی و دعوا به‌عنوان یک مجموعه، دارای اجزایی است که می‌بایست در موقعیت خود و به‌صورت کامل تحقق یابد تا امکان رسیدن به جزء بعدی وجود داشته باشد. به‌عنوان مثال، وجود نقص ابتدایی در دادخواست یا خوانده دعوا امکان حرکت دادرسی و دعوا به مرحله بعد را منتفی می‌کند. لذا اصل ترمیم دادرسی به‌عنوان یکی از اصول راهبردی این امکان را خواهد داد که حرکت قطار دادرسی و دعوا به مقصد ادامه یابد و در اصطلاح عقیم نماند و به‌جای بطلان و بی‌اعتباری دادرسی و دعوا از تکمیل آن حمایت کرد (مولودی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۵۸).

در حقوق دادرسی مدنی ایران، این اصل مورد تصریح قانون‌گذار قرار نگرفته است. با این حال، بحث ترمیم دادرسی و امکان عبور از ایرادات دارای پشتوانه فقهی بوده و حتی از برخی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی نیز به‌صورت غیرمستقیم قابل درک است. دکترین حقوق دادرسی نیز به تازگی مفاهیم مرتبط با اصل ترمیم دادرسی را مورد اشاره قرار داده‌اند و از این جهت مطالعات تطبیقی نیز در مقالات صورت گرفته است (خدابخشی، ۱۳۹۴: ۱۰۱؛ محسنی، ۱۳۹۴: ۷۹۳؛ شکوهی‌زاده و عربیان، ۱۳۹۷: ۱۴۵؛ مولودی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۶۰) و به‌صورت اجمالی بحث نقایص در دادرسی و امکان تصحیح آن مورد بررسی قرار گرفته است. با این حال، پذیرش و پیشنهاد اصل ترمیم دادرسی به‌عنوان یک قاعده و تبیین مفاهیم و مبنای آن و ارائه طریق در جهت محدوده ترمیم و ضوابط مربوط به آن از نوآوری‌هایی خواهد بود که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به بیان دیگر، رویکرد ترمیم با تصحیح از بعد مفهومی یکسان است؛ چه در هر دو، هدف، استمرار دادرسی خواهد بود. با این حال، در گفتمان ترمیم، دادرسی شبیه ساختمانی است که باید نواقص و ایرادات آن مرمت شود. بر این بنیاد، باید دیدگاهی ارائه کرد که این ساختمان سرپا بماند. افزون بر آن، با توجه به ضوابطی که در مقاله پیشنهاد شده است، دست دادگاه در به‌کاربردن این اصل بازتر خواهد بود. توضیح اینکه سعی شده است به موضوع ترمیم به‌جای ذکر مصادیق، در سطحی کلان و به شیوه‌ای روشنمند و فراگیر نگاه شود. رویکردی که موجب خواهد شد دادگاه با

استفاده از این روش‌ها در هر دعوا از انسداد آن جلوگیری و راه حلی را انتخاب کند که منجر به استمرار دادرسی شود.

پس، اگرچه درخصوص مبانی و فلسفه تصحیح نواقص پیش از این گفت‌وگو شده است، اما این مقاله ادامه این راه سخت و با هدف بومی‌سازی آن در حقوق دادرسی مدنی ایران نوشته شده است.

۱. مفهوم ترمیم در اصل ترمیم دادرسی

ترمیم در لغت به معنای درست کردن، صحیح کردن و غلط‌های نوشته‌ای را درست کردن، معنی شده است (معین، ۱۳۷۱: ۱۰۹۰). معنای حقوقی که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد نیز از معنای لغوی چندان دور نیست. به عبارت دیگر، منظور از ترمیم، برطرف کردن نقایص موجود در اقدامات و اعمالی است که در دادرسی موجود است.

بر این بنیاد، ترمیم اعمال در دادرسی و دعوای طرح شده این امکان را فراهم می‌سازد که اقدامات بدون اینکه تکرار شوند از تاریخ ترمیم دارای همه آثار مترتب بر عمل صحیح را به دست بیاورند. به‌عنوان مثال، شهادت‌نامه‌ای که درخصوص اعسار از پرداخت هزینه دادرسی تقدیم می‌شود، با تکمیل شرایط در جلسه دادرسی همان آثار شهادت‌نامه صحیح و کامل را دارد و نیازی به طرح دعوای مجدد اعسار از پرداخت هزینه دادرسی نیست.

با این حال، پرسش اساسی این است که وقتی از ترمیم نواقص و اعمال دادرسی صحبت می‌شود، کدام نواقص مدنظر است؟ علت طرح این پرسش از این جهت دارای اهمیت است که نواقص موجود در دادرسی از دو منظر متفاوت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. نواقص ماهوی در دعوا: در این حالت، دعوا از لحاظ استماع اولیه و اینکه امکان ورود در ماهیت دعوا وجود داشته باشد، مورد پذیرش قرار گرفته است ولی از لحاظ ماهوی به جهت نقص در دلایل و... امکان پیروزی اصحاب دعوا در ماهیت موضوع اختلاف وجود ندارد و از این جهت دادگاه به جهت نقصان در ماهیت، دعوا را با صدور حکم پایان می‌دهد. به عبارت دیگر، دعوا در این حالت با قرار عدم استماع یا رد دعوا روبه‌رو نمی‌شود و دادگاه در فرض نقصان، دعوا را از لحاظ ماهوی با حکم به بی‌حقی یا بطلان به پایان می‌رساند.

۲. نواقص شکلی: در مقابل نواقص ماهوی، باید از نواقص شکلی یاد کرد. در این نواقص، دادگاه در استماع اولیه و پذیرش دعوا به این معنا که امکان ورود در ماهیت دعوای طرح شده را داشته باشد، با مشکل روبه‌رو است. بنابراین در این حالت با انسداد دعوا مواجه می‌شویم و معمولاً دعوا با صدور قرارهایی مانند عدم استماع یا رد دعوا مواجه می‌شوند.

به‌عنوان مثال، دعوای اعلام بطلان یا فسخ قرارداد بدون اینکه همه تنظیم‌کنندگان قرارداد (طرفین

قرارداد) طرف دعوا قرار گیرند، مطرح می‌شود. در این حالت امکان ورود دادگاه در ماهیت دعوا وجود ندارد و در نتیجه دعوا به جهت نقصی که در بخش خواندگان وجود دارد و در جهت اصل حقوق دفاعی طرفین قرارداد با قرار عدم استماع روبه‌رو می‌شود.

بنابراین و در پاسخ به پرسش پیش گفته باید اعلام داریم که منظور از ترمیم نواقص در اصل ترمیم دادرسی، نواقص شکلی است. توضیح اینکه با اصلاح این نواقص است که از انسداد دعوا جلوگیری می‌شود و در نتیجه امکان استمرار دعوی فعلی به وجود می‌آید. به عبارت دیگر، ترمیم در این مفهوم اجازه خواهد داد که دادگاه دعوی طرح شده را مورد پذیرش ابتدایی قرار دهد و آماده رسیدگی ماهوی و پایان دادن به نزاع حقوقی در قالب صدور حکم باشد.

۲. مبانی اصل ترمیم دادرسی

پرسش مهمی که در خصوص اجرای اصل ترمیم دادرسی در رسیدگی دادگاه به دعوی در معنی اخص و در حقوق دادرسی مدنی به معنی عام، مطرح می‌شود، این است که اساساً علت کشف و ارائه پیشنهاد برای اجرای این اصل چیست؟ به عبارت دیگر، کدام منطق و مصلحت، اجرای این اصل در عدالت آیینی را توجیه می‌کند؟

در پاسخ به پرسش‌های پیش گفته باید اعلام داشت که از منظر فلسفی، نگاه به قوانین آیینی و دادرسی از دو منظر مورد توجه قرار می‌گیرد

۱. از منظر موضوعیت داشتن قوانین دادرسی: در این تحلیل، قواعد دادرسی فی‌نفسه دارای اهمیت است و دادگاه در مقام رسیدگی به دعوا باید همچون یک مجری که بدون اختیار است و یا در تعبیر دیگر، مانند سردفتری که فقط نقش تحریر آنچه طرفین سند اعلام می‌کنند، باید قواعد دادرسی را رعایت کند و بین دعوی مختلف و شرایط ویژه هیچ تفاوتی وجود ندارد. به عبارت دیگر، یک سری قالب‌هایی با مواد قانونی در اختیار دادگاه قرار داده می‌شود و از دادگاه درخواست می‌شود که اداره و مدیریت دادرسی و در نتیجه فصل خصومت و قلع نزاع حقوقی را در این قالب‌ها قرار دهد. تحلیل و پیروی از این قاعده در دکتترین حقوقی نیز نتایج مشابهی را به همراه دارد. بنابراین نگاه تبعیدی در تفسیر و تحلیل قوانین آیینی مورد توجه قرار می‌گیرد و اعتقاد راسخ بر این است که همه مواع و ضوابط در رسیدگی به دعوی مدنظر قرار گیرد و اساساً شرط ورود دادگاه در ماهیت موضوع و احقاق حق این است که ابتدا دادگاه از صحت و اجرای بی‌کم‌وکاست قواعد آیینی باید اطمینان حاصل کند. در مقام جمع بندی، در مکتب موضوعیت قواعد دادرسی، شکل و قالب بر محتوا مقدم است. بر این اساس قواعد دادرسی به صورت مستقل و در مقابل قواعد احقاق حق قرار می‌گیرند و نمی‌توان آن‌ها را وسیله اجرای حق دانست. بنابراین حق به معنای واقعی محسوب می‌شوند.

۲. از منظر طریقت داشتن قواعد دادرسی: در این مکتب، قواعد دادرسی راهی در جهت تحقق نظم در روند رسیدگی دادگاه محسوب می‌شوند. در واقع اگرچه اقامه دعوا و رسیدگی به آن امری دقیق و تخصصی محسوب می‌شود، ولی این موضوع نباید مانع از احقاق حق و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت شود (خدابخشی، ۱۳۹۴: ۱۰۱).

بر این بنیاد، قواعد دادرسی را نباید هم‌سنگ قواعد ماهوی تحلیل کرد. در واقع، هدف از وضع قوانین دادرسی تسهیل رسیدگی به دعاوی و درخواست‌های مراجعان به دادگستری می‌باشد. در این تحلیل قوانین دادرسی فی‌نفسه واجد خصوصیت نمی‌باشند و فقط وسیله‌ای در جهت احقاق حق محسوب می‌شوند. بنابراین نباید این قواعد را به‌نحوی تحلیل کرد که مانع از استماع دعوا و در نتیجه احقاق حق اصحاب دعوا شوند.

بر طبق تحلیل پیش‌گفته، دادگاه در مقام رسیدگی به دعاوی، برخلاف مکتب موضوعیت قوانین دادرسی، ویژگی‌های خاص هر دعوا را مورد توجه قرار می‌دهد و در کنار رسیدگی به دعاوی، مباحثی چون هزینه‌های دعوا و نیز اوقاتی که از اصحاب دعوا صرف می‌شود را مدنظر قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، دادرسی در چهارچوب عمومی و از پیش تعیین شده حرکت نمی‌کند و این امکان برای او وجود دارد که با انعطاف در تفسیر قواعد دادرسی اجازه ترمیم نواقص داده شود و در نتیجه حرکت دعوا به سمت قلع دائمی و احقاق حق تسهیل شود.

از منظر طریقت داشتن قواعد دادرسی، ماهیت بر قالب مقدم است و قواعد دادرسی، حق به معنای واقعی خودش محسوب نمی‌شود. بنابراین نگاه تعبدی و مقدس به اجرای قواعد دادرسی در این مکتب جایگاهی ندارد.

بر این بنیاد و پس از تحلیل مبانی مکاتب موضوع‌گرا و طریقت‌گرا در قوانین دادرسی، به نظر می‌رسد که تفسیر و اعمال اصل ترمیم دادرسی با مبانی مکتب طریقت‌گرایی در حقوق دادرسی مدنی نزدیک تر باشد. به عبارت دیگر، بر طبق اصل ترمیم دادرسی باید این امکان به اصحاب دعوا داده شود که نقایص و کاستی‌های صورت‌گرفته در روند دادرسی را تکمیل و تصحیح کنند. امری که باعث خواهد شد راه نیمه‌تمام دعوا ادامه یابد و دادرسی بدون اینکه نیاز به طرح مجدد داشته باشد، به سر منزل خود که فصل خصومت و ورود دادگاه در ماهیت است، حرکت کند. البته، پذیرش اصل ترمیم دادرسی در قالب مکتب طریقت‌گرا بودن قواعد دادرسی با رعایت شرایط خاص خود خواهد بود که در بخش شرایط اجرای اصل ترمیم دادرسی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. محدوده اجرای اصل ترمیم دادرسی

پس از شناخت مقدماتی نسبت به مبانی اعمال و اجرای اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی

مدنی، پرسش اساسی این است که محدوده یا مواردی که در آن امکان اجرای اصل ترمیم دادرسی وجود دارد چیست؟ به عبارت دیگر، در فرضی که دادگاه در مقام رسیدگی به دعوا بخواهد این اصل را اجرا کند، محدوده اعمال این اصل در چه حوزه هایی خواهد بود.

در واقع ارائه ضابطه درخصوص حوزه هایی که امکان ترمیم قواعد دادرسی در آن وجود دارد، اجرای این ضوابط توسط دادگاه را در رسیدگی به دعوی تسهیل می کند. بنابراین، تعیین این ضوابط به صورت مستقیم با حقوق اصحاب دعوا ارتباط دارد و صرفاً بر بنیان مباحث نظری در حوزه ترمیم دادرسی قرار داده نمی شود. توضیح اینکه در دکتترین حقوق دادرسی بیشتر تمرکز بر تحلیل نظام تکمیل نواقص در حقوق دادرسی مدنی و تفکیک بین نواقص شکلی و ماهوی در اعمال آیین دادرسی مدنی و تبیین ضمانت اجرای مربوط به آن بوده است (برای نمونه: محسنی، ۱۳۹۳: ۱۳۹؛ محسنی، ۱۳۹۴: ۷۹۳؛ مولودی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۲۹). بنابراین در این بخش سعی شده است با استنباط از ظرفیت های قانون آیین دادرسی مدنی، ضوابطی پیشنهاد شود که امکان اجرای آن در حقوق دادرسی مدنی ایران وجود دارد.

۳-۱. اجازه ترمیم در ارائه اسناد و مدارک دادرسی

بر طبق قواعد دادرسی، ارائه دلیل و مدرک در معنای عام از دو جهت مورد توجه قرار می گیرد.

۱. وفق بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی، طرفین دادرسی باید اسناد و مدارکی که دلالت بر حقایق آن ها دارد در رسیدگی به دعوا ارائه دهند
۲. بر طبق قانون، باید اسناد و مدارکی به دادگاه ارائه شود، تا امکان ادامه رسیدگی به ماهیت دعوا وجود داشته باشد. به عنوان مثال، ارائه دلیل مربوط به نقش تمبر مالیاتی که بر روی وکالت نامه وکلای دادگستری باید صورت بگیرد. یا ارائه سند مثبت سمت در طرح دعوی از سوی اشخاص حقوقی، از این موارد است.

بر این بنیاد، اجرای اصل ترمیم دادرسی در این خصوص ملازمه با این تحلیل خواهد داشت که اولاً، اصل بر این است که نقص در ارائه اسناد و مدارک، نباید موجب عدم استماع دعوا یا به عبارت دیگر انسداد دعوا شود. برای مثال، ضمانت اجرای نقص تمبر مالیاتی را نمی توان قرار رد دعوا دانست، بلکه بر اساس اصل ترمیم دادرسی باید با صدور اخطار رفع نقص اجازه استمرار دادرسی داده شود (خدابخشی، ۱۳۹۴: ۹۲؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۶: ۳۱). البته این قاعده باید در فرضی اعمال شود که اختلاف و تردید در عدم استماع دعوا و اخطار رفع نقص باشد.

ثانیاً، اجرای اصل ترمیم دادرسی این ظرفیت را خواهد داشت که حتی در فرض صدور اخطار رفع

نقص و پایان مهلت رفع نقص و صدور قرار رد دادخواست توسط دفتر دادگاه یا دادگاه، اگر نقص مورد نظر دادرسی رفع شود و مثلاً سند یا مدرک مورد نظر به دادگاه ارائه شود، باید از استمرار دادرسی حمایت کرد. بنابراین اگر به واسطه اخطار رفع نقص صورت گرفته توسط دفتر دادگاه، دلیل سمت مدیرعامل شرکت مانند آخرین تغییرات شرکت در روزنامه رسمی در مهلت ۱۰ روزه ارائه نشود و دفتر دادگاه نسبت به صدور قرار رد دادخواست اقدام کند، اگر در مهلت ۱۰ روزه اعتراض به این قرار، دلیل سمت به دادگاه ارائه شود، باید از استمرار دعوا دفاع کرد. در واقع این پذیرش هیچ ضرری برای اصحاب دعوا نخواهد داشت و ملاک ماده ۳۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز این موضوع را تأیید می‌کند.

ثالثاً، حتی می‌توان یک گام دیگر نیز به جلو حرکت کرد و اعتقاد داشت که در فرض عدم توجه دفتر دادگاه به نواقص در دادرسی و تشکیل جلسه استماع و ایراد اصحاب دعوا به عدم ارائه اسناد و مدارکی که موجب انسداد دعوا می‌شود (مانند عدم ارائه اسناد مربوط به سمت مدیریت شرکت و یا وکالت در طرح دعوا) و دفاع ماهوی در موضوع دعوا، امکان استمرار دادرسی وجود دارد. در واقع در این فرض، دادگاه بدون اینکه بخواهد به اقدامات گذشته بی‌توجه باشد و با توجه به اینکه عملاً دفاع در موضوع دعوا صورت گرفته است و پرونده معد ورود در ماهیت و قلع نزاع حقوقی است، می‌تواند با دادن مهلت قضایی (مثلاً یک هفته) امکان ارائه سند و مدرک مورد درخواست را ایجاد کند. ملاک مواد ۶۶ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی که در آن از عبارت «توانایی دادگاه» استفاده شده است، این استدلال را تأیید می‌کند. به عبارت دیگر، صدور اخطار رفع نقص منوط بر این است که دادگاه نتواند به دعوا رسیدگی کند.

لازم به ذکر است که در صورت عدم توجه به مهلت ارائه شده توسط دادگاه، باید از ورود دادگاه در ماهیت دعوا و قلع نزاع حقوقی دفاع کرد. این رویکرد در راستای توجه به دفاعیات خواننده دعوا و جلوگیری از سوءاستفاده خواهان از دادرسی است. توضیح اینکه اگر خواهان شکست خود در دعوا را با توجه به دفاعیات خواننده محتمل بداند، از رفع نقص خودداری می‌کند. بنابراین ترمیم در این فرض، بدون صدور اخطار رفع نقص تحقق می‌یابد (شمس، ۱۳۹۰: ۵۸).

۲-۳. اجازه ترمیم و تکمیل اسناد و ادله طرفین دعوا

گفته شد که وفق قانون، خواهان باید رونوشت اسناد، مدارک و ادله مربوط به اثبات ادعای خود را در دادخواست ذکر و معین کند (بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی). یکی از مبانی این الزام این است که امکان دفاع یا جرح و تعدیل ادله و اسناد برای خواننده دعوا وجود داشته باشد. با این حال، در برخی از موارد، اسناد و ادله‌ای که پیوست دادخواست به صورت ناقص تقدیم می‌شود. در واقع برخلاف حالت اول در این فرض اسناد و ادله ارائه می‌شود ولی این ارائه کامل نبوده

و دارای نقص است. به عنوان مثال، در دعوای مطالبه وجه که مستند به اسناد تجاری (چک و سفته) است خواهان سند را به صورت ناقص، پیوست دادخواست می کند. یا در فرضی دیگر، شهادت نامه ای که وفق ماده ۵۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ماده ۹ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی، باید با اسامی شهود و شرایط مواد پیش گفته مانند نحوه معاشرت با مدعی اعسار و... باشد، به صورت ناقص تقدیم می شود.

در واقع، بر طبق این تحلیل، نقص در اسناد و ادله به دو گروه تقسیم می شود: نخست، بر طبق مثال های بالا نقص در شکل اسناد و ادله است و دوم برخلاف حالت اول، نقص در ظاهر اسناد و ادله وجود ندارد، بلکه اسناد و ادله به صورت ماهیتی ناقص است. مانند حضور نیافتن یکی از شهود در دعوای حقوقی.

به هر روی، اجرای اصل ترمیم دادرسی در موارد پیش گفته این ظرفیت را خواهد داشت که اگر در زمان رسیدگی دادگاه به ادله و مدارک، این نقص برطرف شده باشد، دادگاه باید از انسداد دعوا و در نتیجه عدم استماع آن خودداری کند. تحلیلی که موجب ورود دادگاه در ماهیت دعوی خواهد شد.

۳-۳. اجازه ترمیم دادرسی با اضافه نمودن اشخاص به دادرسی

یکی از مهم ترین مباحث در حقوق دادرسی مدنی، تعیین خواننده و به عبارت دیگر مشخص کردن اشخاصی است که باید در دعوای حقوقی حضور داشته باشند (خدابخشی، ۱۳۹۴: ۲۱۸؛ کریمی، ۱۳۹۳: ۱۷۵). در واقع، دعوا باید به نحوی و بر علیه اشخاصی طرح شود که در تعارض مستقیم با حق خواهان باشند و از طرف دیگر آنچه خواهان از دادگاه درخواست دارد مربوط به خوانندگان باشد و توسط آنان قابلیت اجرایی را داشته باشد. به عنوان مثال، در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی، دارنده سند رسمی به جهت اجرایی کردن رأی دادگاه و اینکه اثر رأی متوجه او می شود باید طرف دعوا قرار گیرد.

با این حال، گاهی اوقات دعوای حقوقی از جهت تعیین خوانندگان و یا اشخاصی که باید در دعوا قرار گیرند، ناقص می باشد. این نقص از دو جهت قابل توجه خواهد بود.

۱. از جهت ماهوی: در این فرض، خواهان در طرف دعوا قرار دادن اشخاص لازم در دادرسی دقت لازم را نداشته و شخص یا اشخاصی که باید طرف دعوا قرار بگیرند تا بر اساس آن دعوا قابل استماع و در نتیجه امکان حرکت به سمت ماهیت داشته باشد را طرف دعوا قرار نداده است. مثلاً، دعوای اعلام بطلان قرارداد یا سند باید به طرفیت همه تنظیم کنندگان سند و قرارداد طرح شود. در این فرض، در صورتی که دعوا بدون در نظر گرفتن این قواعد باشد، دعوا ناقص خواهد بود.

۲. از جهت شکلی: در این فرض، دعوا از جهت طرف قرار دادن اشخاصی که در دادرسی باید

حضور داشته باشند کامل است. اما برخلاف حالت اول، نقص به صورت شکلی است. به عنوان مثال، خواهان، در دعوای ابطال قرارداد، طرفین قرارداد را به عنوان خواننده تعیین کرده است، اما در مشخصات فردی (مانند نام و نام خانوادگی) درگیر اشتباه شده است. مانند اینکه به جای احمد، احمد رضا نوشته شود یا به جای میر محمدی، محمدی قید شود. در این فروض کد ملی ذکر شده در دعوا با مشخصات شخصی که باید واقعاً در دعوی حضور داشته باشد، تطبیق دارد و فقط از لحاظ عبارتی نقص وجود دارد).

اجرای اصل ترمیم دادرسی در برخورد با نواقص پیش گفته با رویکردهای متفاوت قابل امکان است. توضیح اینکه در برخورد با نواقص شکلی باید با کمترین هزینه و تفسیر، راه ترمیم دادرسی فراهم شود. رویه قضایی در این مورد رویه واحدی ندارد و تردید در عدم استماع فوری و اصلاح از طریق لایحه و یا حتی جلب دادرسی وجود دارد (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۷۴۵). با این حال اجازه ترمیم دادرسی در این خصوص ایجاب می کند که اصحاب دعوا بتوانند با ارسال لایحه ای قبل از جلسه استماع یا حتی در جلسه رسیدگی این نقص را برطرف کنند. این تحلیل در رسیدگی پس از صدور رأی و در مرحله تجدیدنظر نیز قابل اعمال است.

اما در خصوص تکمیل و ترمیم نواقص ماهوی، باید از رویکردی دیگر استفاده کرد. به نظر می رسد که در این موارد امکان ترمیم دادرسی بر اساس قواعد نهاد جلب ثالث امکان پذیر باشد. در واقع، جلب ثالث امکان دخالت اشخاصی که در دعوا باید حضور داشته باشند را فراهم می کند. بنابراین در دعوای تخلیه عین مستأجره که علیه ورثه مستأجر مطرح می شود و یکی از ورثه طرف دعوا قرار نمی گیرد، با طرح دعوای جلب ثالث می توان شخص غایب را به دادرسی جلب کرد و بدین جهت از عدم استماع دعوا جلوگیری کرد (میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۸: ۳۲؛ فرحزادی و میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۹: ۱۸۱).

در واقع مسئولیت تعیین خواننده در مرحله اول بر عهده خواهان است که به صورت متعارف و با ارزیابی از شرایط موضوع دعوا در زمان تقدیم دادخواست صورت می گیرد اما تکلیف غیر منطقی (مالایطاق) به اینکه با هر تغییر در تعداد خواننده ها یا هویت آن ها، دادخواستی مستقل تقدیم شود، نه تنها خواهان را در حالت انفعال قرار می دهد و او را از ورود در ماهیت دعوا باز می دارد بلکه نظم دادرسی نیز به هم می خورد و دعوا تثبیت نمی شود. به عبارت دیگر بار تعیین خواننده به زمان تقدیم دادخواست، با آگاهی متعارف از خواننده یا خوانندگان مربوط می شود و تغییر خواننده باید در قالب دعوای جلب ثالث و یا قواعد قائم مقامی تحلیل و تفسیر شود.

بنابراین استدلال برخی از دادرسی دانان مبنی بر اینکه چون در این موارد، شخصی که به دادرسی

دعوت می‌شود، ثالث به معنای واقعی محسوب نمی‌شود، قابل اتکا نمی‌باشد و در هیچ جای قانون فرقی بین ثالث واقعی یا غیر واقعی وجود ندارد. بنابراین باید از ظرفیت‌های حداقلی که در قانون مورد اشاره قرار گرفته است، بهره‌برداری حداکثری داشت و از این رهگذر امکان استماع حداکثری دعاوی فراهم شود.

۳-۴. اجازه ترمیم دادرسی با امکان تغییر در دعوا

بدون شک، اصل تغییر ناپذیری یا تثبیت دعوا یکی از اصول راهبردی حاکم بر دعاوی محسوب می‌شود. بر طبق این اصل، اگرچه طرفین دعوا بر جهات موضوعی دعوا تسلط دارند، ولی هنگامی که خواهان دادخواست را تنظیم کرد، باید این موضوع را در نظر داشته باشد که تمامی آنچه را که می‌خواهد در دادخواست قید کند (السان و محمودی، ۱۳۹۷: ۴۷۳). هدف و فلسفه اجرای این اصل این است که حق دفاعی خوانده مورد احترام قرار گیرد و از این جهت خوانده با توجه به اصل حسن نیت در حقوق دادرسی، فرصت و امکان دفاع را داشته باشد. این قاعده در رویه قضایی سابق دیوان عالی کشور نیز رعایت گردیده است و برخی از دکترین حقوق دادرسی از مفهوم تثبیت دعوا استفاده کرده‌اند (محسنی و غمامی، ۱۳۸۶: ۱۲).

در نظام دادرسی ایران نیز علی‌رغم اینکه این اصل مورد پذیرش قرار گرفته است، اما مواردی را می‌توان یافت که به اصحاب دعاوی مدنی اجازه ترمیم دعوا از طریق تغییر در دعوا در آن داده شده است. از جمله این موارد اجرای ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی، امکان تغییر در دعوا با حصول شرایطی مورد اشاره قرار گرفته است. علاوه بر آن مقررات ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز از این موارد است. به عبارت دیگر با توجه به قواعد مندرج در مواد ۹۸ و نیز ۳۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان دریافت که با توجه به اصل ترمیم دادرسی، امکان پذیرش تغییرات در دعوا و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت دعوا وجود خواهد داشت (السان و محمودی، ۱۳۹۷: ۴۷۳؛ هرمزی، ۱۳۹۶: ۲۶؛ مولودی، ۱۳۸۱: ۲۸۷).

بر این بنیاد، به نظر می‌رسد که در اجرای اصل ترمیم دادرسی باید یک گام به جلو حرکت کنیم. در واقع با پذیرش این قاعده که قانون‌گذار در مواردی انعطاف و تعدیل در دعوا را مورد پذیرش قرار داده است، باید تحلیلی جدید ارائه کنیم تا فضا برای استماع حداکثری دعاوی و در نتیجه قلع دائمی نزاع حقوقی فراهم شود.

در این تحلیل معیار اصلی برای تغییر در دعوا را باید «توانایی دادگاه» دانست. توضیح اینکه ملاک اصلی در اجرای اصل ترمیم دادرسی را باید توانایی رسیدگی دادگاه به دعوا پس از اعمال تغییرات در دعوا دانست. در این تحلیل شروطی چون وحدت منشأ یا ارتباط کامل از اهمیتی که

دادرسی دانان مورد توجه قرار می‌دهند، برخورداری نیست. به عبارت دیگر با توجه به وحدت ملاک مواد قانون آیین دادرسی مدنی از جمله مواد ۶۶ و ۱۰۳ می‌توان استنباط کرد که اگر دادگاه بتواند با توجه به تغییرات صورت گرفته در دعوا توانایی بر رسیدگی را داشته باشد، پذیرش تغییر حتی اگر شرایط مقرر در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی وجود نداشته باشد، امکان‌پذیر است. این تحلیل البته نه با این دیدگاه بلکه از نظر نتیجه مورد تأیید برخی از دادرسی‌دانان قرار گرفته است. در تحلیلی مشابه اعلام شده است که در فرض تعارض خواسته اعلام شده در دادخواست و قسمت شرح دادخواست، دادگاه باید با صدور اخطار رفع نقص، منظور خواهان را معلوم کند (شمس، ۱۳۹۰: ۴۸).

بنابراین و در مقام جمع‌بندی باید اعلام داشت که اجرای اصل ترمیم دادرسی در این تحلیل این ظرفیت را خواهد داشت که دادگاه در اولین جلسه دادرسی به تغییرات توجه کند و ملاک اصلی، توانایی رسیدگی به دعوا پس از تغییرات باشد. لذا در فرضی که خواهان ابتدا دعوای خلع ید را بر علیه خوانده طرح کند، می‌توان با اجرای این اصل و با وحدت ملاک از مواد قانونی پیش‌گفته دعوا را به رفع تصرف تغییر دهد. همین وضع را درخصوص تغییر دعوای خلع ید و تخلیه ید خواهیم داشت (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۰۱). در این موارد اگرچه وحدت منشأ و یا ارتباط کامل بین خواسته‌های قبلی و بعدی وجود ندارد ولی با توجه به مباحثی چون وحدت موضوع نزاع (مثلاً زمین مورد اختلاف) می‌توان رسیدگی را ادامه داد. تحلیلی که از تکرار دعوای و در نتیجه تحمیل هزینه‌های مربوط به آن جلوگیری می‌کند.

۵-۳. اجازه ترمیم دادرسی با امکان اصلاح عبارات خواسته دعوی

بر طبق قانون، خواهان مکلف است آنچه را که از دادگاه درخواست دارد در دادخواست به‌صراحت اعلام کند. با این حال در برخی از موارد عبارات و اصطلاحاتی که در دادخواست قید می‌شود، از منظر عرف عمومی رویه قضایی قابل قبول نمی‌باشد. به‌عنوان مثال، خواهان به‌جای طرح خواسته اعلام تأیید فسخ قرارداد و یا اعلام بطلان قرارداد از خواسته‌های صدور حکم بر فسخ یا بطلان قرارداد استفاده می‌کند. در این حالات و بر اساس اصل ترمیم دادرسی می‌توان اصلاحی که در جلسه دادرسی توسط خواهان صورت می‌گیرد را مورد پذیرش قرار داد. یا در مثال شایع دیگر، خواهان به‌جای طرح خواسته اعلام بطلان قرارداد از ابطال قرارداد یا انفساخ آن یاد کرده است که در صورت اصلاح در جلسه دادرسی، نظر به اصل ترمیم دادرسی باید این اصلاح و تکمیل و در واقع تصحیح مورد پذیرش قرار گیرد و در نتیجه به‌جای عدم استماع دعوی و ارشاد به طرح دعوا با اصطلاح درست، با استماع دعوا زمینه‌سازی قلع دائمی دعوا فراهم می‌شود.

۴. شرایط اجرای اصل ترمیم دادرسی

اگرچه اصل ترمیم دادرسی باید در حقوق دادرسی مدنی مورد پذیرش قرار گیرد، اما این اصل و تحلیل آن بدون ضابطه نخواهد بود. بعضی از دادرسی‌دانان تعارض با اصول بنیادین دادرسی و برخورد با نظم عمومی را از محدودیت‌های ترمیم دادرسی دانسته‌اند (مولودی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۲۹) و برخی دیگر نیز به تبعیت از مقررات دادرسی حقوق فرانسه تفکیک نقص ماهوی و شکلی را مطرح کرده‌اند و وجود نقص ماهوی را از محدودیت‌های ترمیم دادرسی می‌دانند (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۳۹). با این حال آنچه در این مقاله در خصوص شرایط اجرای اصل ترمیم دادرسی مورد اشاره قرار می‌گیرد، عبارت است از اینکه ترمیم دادرسی با رعایت حقوق طرف دعوا صورت گیرد و دادگاه امکان رسیدگی به دعوا را پس از ترمیم داشته باشد.

۴-۱. ترمیم دادرسی با رعایت حقوق طرف دعوا

یکی از اصول راهبردی حاکم بر حقوق دادرسی مدنی، حاکم بودن اصحاب دعوی حقوقی بر دادرسی می‌باشد (شمس، ۱۳۹۰: ۲۵۸؛ محسنی، ۱۳۸۹: ۱۲۹). بر طبق این اصل که در قوانین دادرسی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است، دادرسی برای پایان دادن اختلاف حقوقی طرفین ایجاد می‌شود و در این خصوص اجرای ترمیم دادرسی باید با ملاحظه حقوق اصحاب دعوا باشد.

بر این بنیاد و در راستای اصل حاکمیت اصحاب دعوا باید اعلام شود که هرگاه ترمیم دادرسی در محدوده‌هایی که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، با حقوق هر یک از طرفین دادرسی تعارض داشته باشد، اعمال نمی‌شود. به عبارت دیگر، پذیرش و اعمال اصل ترمیم دادرسی نباید موجب برتری و ترجیح یکی از طرفین دادرسی بر طرف دیگر شود.

بنابراین در جهت تعادل در تحلیل و جمع مصلحت مربوط به ترمیم دادرسی که هدف آن عبور از ایرادات و نواقص دادرسی و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت دعوا خواهد بود و نیز حقوق طرف دعوا به عنوان یکی از پایه‌های تشکیل فرایند دادرسی و در راستای رعایت اصولی چون تقابلی بودن دادرسی می‌توان گفت که باید فرصت و امکان دفاع در برابر دعوی ترمیم شده، داده شود.

بر این بنیاد، بعد از آنکه دادرسی ترمیم شد و مثلاً به‌رغم عبور از جلسه نخست دادرسی اجازه تکمیل دلایل و یا مستندات به خواهان یا خوانده داده شد، در مقابل، این فرصت و امکان به طرف مقابل داده شود که در برابر دلایل جدید، امکان تقابلی بودن دادرسی رعایت شود. یا در مثال دیگر وقتی که دادگاه با توجه به «اصل ترمیم دادرسی» از حضور افراد ثالث در دادرسی حمایت می‌کند؛ مانند موردی که خواهان دعوی تخلیه عین مستأجره را مطرح و در آن با توجه به غیرقابل تجزیه بودن منافع، یکی از متصرفین یا ورثه یا مستأجرین را طرف دعوا قرار نمی‌دهد و با اجازه حاصل از «اصل

ترمیم دادرسی» و با طرح دعوای جلب ثالث، این نقص جبران شده است^۱، می‌بایست این حق به طرف مقابل داده شود که ایرادات و دفاعیات خود در برابر «ثالث» را نیز طرح کند.

با این حال ذکر این نکته ضروری است که رعایت و اجرای محدوده‌هایی که درخصوص اصل ترمیم دادرسی در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، لزوماً به معنای مخالفت یا متعارض با حقوق اصحاب دعوا نمی‌باشد و در این موارد، دادگاه بدون اینکه بخواهد فرصت و امکان دفاع به طرف مقابل ارائه کند در راستای تحلیل مبتنی بر توانایی رسیدگی به دعوا و اینکه مقررات دادرسی وسیله‌ای جهت احقاق حق محسوب می‌شوند امکان اجرای مقررات تعدیل را خواهد داشت. به‌عنوان مثال، ترمیم دادرسی از طریق اصلاح عبارت خواسته نیازی به رعایت حقوق طرف دعوا نداشته و در نتیجه ارائه فرصت و امکان دفاع در برابر اعمال اصلاحات در خواسته نیست.

۲-۴. امکان رسیدگی به دعوا پس از ترمیم توسط دادگاه

شرط دیگری که در خصوص اجرای اصل ترمیم دادرسی باید مورد توجه قرار گیرد، بحث توانایی دادگاه در احراز و امکان ترمیم دعوا است. این مفهوم آن‌چنان که باید و شایسته آن است در نظام دادرسی و دعاوی بسط و گسترش نیافته است و بنابراین تحلیل‌ها در این خصوص ناچیز است.

بر این اساس دادگاه باید ترمیم دادرسی را در قالب مفهوم توانایی تحلیل کند. این مفهوم در مواد قانونی مانند ماده ۶۴ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. در تحلیل منطقی از این عبارت باید گفت که «توانایی دادگاه» امری فراتر از رعایت اصول و قواعد آمره دادرسی است. به عبارت دیگر ممکن است که اصول و قواعد آمره دادرسی در موضوعی رعایت نشود و با این حال امکان ترمیم در دعوا وجود داشته باشد و از این جهت خللی در رسیدگی دادگاه به دعوا وجود نداشته باشد.

به‌عنوان مثال، تغییر دعوا از خلع ید به تخلیه ید با قواعد دادرسی مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی تعارض دارد. توضیح اینکه وفق ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی وجود شرایط وحدت منشأ و ارتباط کامل در این خصوص ضروری است ولی چون دادگاه امکان رسیدگی به تغییر دعوای خلع ید به تخلیه را دارد و از این جهت حقوق دفاعی خوانده نیز رعایت می‌گردد و از طرف دیگر موجودیت دعوا و روند رسیدگی منتفی نمی‌شود، امکان ترمیم در دادرسی وجود خواهد داشت. یا در مثال دیگر مقررات مربوط به اجازه رفع نقص در مهلتی علاوه بر ۱۰ روز مقرر در ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز از این موارد است که به‌رغم عبور از اصول دادرسی و قواعد قانونی، در ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی امکان رسیدگی مقدم بر آن‌ها قرار داده شده است.

به نظر می‌رسد که با ملاحظه و وحدت ملاک برخی از قوانین دادرسی بتوان این تحلیل را به‌عنوان قاعده‌ای عمومی در حقوق دادرسی مدنی ایران مورد پذیرش قرار داد و از این جهت زمینه را برای اجرای اصل ترمیم دادرسی فراهم کرد. برای نمونه در بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی در باب یکی از موارد نقض رأی در دیوان عالی کشور می‌خوانیم که: «عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا در صورتی که به درجه‌ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار بیاندازد». بر طبق این مقرر صرف عدم رعایت اصول و قواعد آمره دادرسی موجب نقض یا بطلان تصمیم دادگاه نخواهد شد و از این جهت دادگاه می‌تواند در راستای رسیدگی به دعوا حتی از این اصول عبور کند. بنابراین مفهوم «توانایی دادگاه» امری فراتر از رعایت اصول و قواعد آمره دادرسی است.

بر این بنیاد و به‌منظور منقح کردن مفهوم «توانایی دادگاه» باید اعلام کرد که:

۱. دعوا همان گونه که توسط برخی از دکترین حقوق دادرسی گفته شده است، ذاتاً قابلیت ترمیم را داشته باشد (مولودی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۲۹). به عبارت دیگر و با وحدت ملاک تحلیلی که در حوزه حقوق ماهوی مطرح می‌شود عمل قابلیت تنفیذ را داشته باشد و عمل باطل مانند این است که اساساً در عالم اعتباری ایجاد نشده است که قابلیت ترمیم را نخواهد داشت. مانند اینکه دعوای طلاق و تمکین بر علیه متوفی طرح شود و یا دعوای اعلام انحلال یا ورشکستگی شرکتی طرح شود که اساساً به‌عنوان شرکت تجاری ثبت نشده است و یا دعوای مطالبه وجه بر علیه شرکتی مطرح شود که با توجه به انحلال و تصفیه در عالم حقوقی وجود ندارد. یا طرح دعوا بر علیه مدیر شرکت به‌جای شرکت و یا دعوای خلع ید بر علیه خوانده‌ای که در ملک مورد ادعای خواهان تصرف ندارد و متصرف شخص دیگری است، از این قبیل موارد است و دعوا از همان ابتدا به‌صورت مرده تولد یافته است و از این جهت امکان احیا و ترمیم آن وجود ندارد (ذات نیافته از هستی‌بخش کی تواند که شود هستی‌بخش). در این موارد دادگاه توانایی رسیدگی ماهوی به دعوا را به این جهت که عمل قضایی وجود و تکوین نیافته است، ندارد.

۲. معنای دیگری که در ارتباط با مفهوم «توانایی دادگاه» قابل تحلیل است، ناظر به ارتباط رسیدگی با مبانی نظم عمومی در دادرسی است. در واقع، برخلاف حالت اول، علت عدم پذیرش ترمیم دادرسی مخالفت با هدف از استقرار نهاد دادگستری است. توضیح اینکه دادرسی برای پایان دادن به اختلافات و در نتیجه قلع دائمی آن تحقق یافته است و در صورتی که ترمیم دادرسی در تعارض با این هدف باشد غیرقابل اجرا است. به‌عنوان مثال، در صورتی که خواهان بخواهد از طریق تغییر در دعوا، دعوای الزام به تنظیم سند رسمی را به دعوای تنفیذ قرارداد یا اعلام صحت آن تغییر دهد، اگرچه برخلاف حالت اول از لحاظ ذاتی امکان ترمیم دعوا وجود دارد ولی از این منظر که

نتیجه ترمیم در این حالت با اصل توافقی بودن دعوا و اینکه دعوا باید حاوی نظم نوینی در روابط طرفین باشد و به عبارت دیگر اثر الزام‌آوری برای طرفین داشته باشد، قابل پذیرش نمی‌باشد.

۵. اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی فرانسه

نظام حقوقی فرانسه و دکترین آن که همواره به عنوان منبعی هم در تدوین قوانین و هم در تفسیر و تألیف مورد توجه دکترین حقوق دادرسی مدنی ایران بوده است، اصل پیشرفته ترمیم دادرسی را پذیرفته است. این رویکرد به شیوه‌ای روشمند و قانونمند در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه تجلی یافته است. برای نمونه، ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «اگر سبب بطلان در لحظه اعلام نظر دادرس از بین رفته باشد... بطلان اعمال نمی‌شود» یا در ماده ۱۱۴ از قانون پیش گفته با صراحتی شگفت‌آور می‌خوانیم که: هیچ عمل آیین دادرسی را نمی‌توان به دلیل نقص شکلی باطل اعلام کرد مادام که این بطلان صراحتاً در قانون پیش‌بینی نشده است، مگر در فرض عدم رعایت تشریفات اساسی و نظم عمومی...» (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۱۰).

بر این بنیاد، در دعوای مطالبه وجه مربوط به سند عادی مانند رسید پرداخت و یا سند تجاری مانند چک که در زمان تقدیم دادخواست هنوز زمان مطالبه آن فرانسیده است ولی در زمان تشکیل جلسه دادرسی که ممکن است ماه‌ها بعد باشد زمان استحقاق خواهان فرا رسیده باشد، بر اساس این مواد امکان ایراد خواننده دعوا به اینکه در زمان تقدیم دادخواست تشریفات طرح دعوا رعایت نشده است، پذیرفتنی نیست. چه هم در زمان اعلام نظر دادرس ایراد رفع شده است و اکنون با سندی مواجه هستیم که خواهان در آن نفع قطعی دارد و هم تشریفات اساسی و یا نظم عمومی دادرسی زیر پا گذاشته نشده است؛ خواننده حق دفاع ماهوی و بیان سایر ادله را دارد و از این بابت زبانی به او وارد نشده است؛ پس رسیدگی باید استمرار یابد.

افزون بر آن، در ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی به صورت مطلق از تصحیح و ترمیم نواقص دادرسی در هر شرایطی دفاع می‌کند و اساساً اصل را بر پذیرفتن ترمیم دانسته است. در این حکم آمده است که: «جهت بطلان با تصحیح بعدی عمل آیین دادرسی منتفی می‌شود...». بر این بنیاد، در دعوای تخلیه عین مستأجره که سند اجاره ارائه نشده است و یا اینکه گواهی حصر وراثت در پیوست دادخواست نیامده است و یا اینکه یکی از مستأجرین طرف دعوا قرار نگرفته باشد، موجبی برای صدور قرار عدم استماع دعوا و در نتیجه انسداد دعوا پیش نمی‌آورد. به بیان دیگر، در صورت ترمیم این نواقص با ظرفیت‌های قانونی همچون جلب ثالث و... می‌توان به استمرار دادرسی کمک کرد.

به هر روی، آنچه در بررسی نظام ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی فرانسه قابل توجه به نظر می‌رسد این است که تنها قید عدم استفاده از رویکرد ترمیم این است که با حقوق طرف مقابل

دادرسی مخالف و به عبارتی به زیان او باشد. توضیح اینکه اگرچه در ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه از رعایت تشریفات اساسی و نظم عمومی سخن به میان آمده است، اما این دو در مقابل اجرای اصل ترمیم دادرسی تاب مقاومت ندارند و رنگ می‌بازند. از این رو در انتهای ماده پیش‌گفته آمده است که: «... حتی اگر تشریفات اساسی یا نظم عمومی در میان باشد بطلان اعلام نمی‌شود مگر اینکه مدعی ورود زیان را ثابت کند».

این دیدگاه باید در حقوق دادرسی ایران نیز مورد توجه هم‌زمان دکترین حقوقی جهت تألیف و ارائه نظر و دادگاه جهت رسیدگی به دعاوی و تلاش در جهت استمرار دادرسی مورد توجه قرار گیرد.

نتیجه

قواعد و مقرراتی که در عدالت آیینی مورد اشاره قانون‌گذار قرار گرفته است، به معنای بیان مسیری است که بر اساس آن‌ها، دادگاه و طرفین دادرسی بتوانند دعوا را اداره کنند. بنابراین در مقام تحلیل و تفسیر نباید این قواعد هم‌سنگ قواعد مربوط به احقاق حق تفسیر شوند. تحلیلی که نه تنها در احقاق حق کمکی نمی‌کند، بلکه مانعی نیز در مسیر آن محسوب می‌شود.

بر این بنیاد، باید راهکاری اتخاذ شود که امکان ترمیم و اصلاح نواقصی که در روند دادرسی ایجاد می‌شود وجود داشته باشد؛ امری که موجب حرکت دعوا از پوسته دعوا و ورود در ماهیت دعوا می‌شود. این تحلیل در پایان دادن دائمی به اختلاف حقوقی و فصل خصومت بسیار مؤثر خواهد بود. در این راستا اصل ترمیم دادرسی به‌عنوان یک قاعده کلی موجب می‌شود که دادگاه و طرفین دادرسی در قالب همکاری از ایرادات و نواقص قابل ترمیم عدول کنند و دعوا به سمت استماع ماهوی حرکت کند.

بنابراین اصل ترمیم دادرسی یکی از مهم‌ترین رویکردهای سیستم دادرسی پیشرفته جهت رفع نواقص موجود در دادرسی و دعوای طرح شده است. البته پذیرش ترمیم به‌عنوان یک قاعده نیازی به ذکر در قوانین به‌صورت جزئی ندارد و مواردی که غیرقابل ترمیم است باید مورد اشاره قرار گیرد. البته ترمیم دادرسی باید با ملاحظه شرایط اجرای آن صورت بگیرد.

عدم تعارض با حقوق طرف مقابل و اجرای ترمیم دادرسی در محدوده توانایی دادگاه از شروط اجرای اصل ترمیم دادرسی می‌باشد. به عبارت دیگر، اجرای ترمیم دادرسی باید با رعایت حقوق طرف مقابل در دعوا باشد. در واقع هم باید از ترمیم دادرسی دفاع کرد و هم رعایت فرصت و امکان دفاع در برابر دعوای ترمیم شده.

از طرف دیگر، رعایت اصل ترمیم دادرسی باید در محدوده توانایی دادگاه باشد. مفهوم توانایی دادگاه از مواد قانونی مانند ۶۶ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی قابل استنباط است. بر اساس این

مفهوم، دادگاه باید امکان رسیدگی به دعوا را پس از اعمال ترمیم داشته باشد. توضیح اینکه در برخی از موارد اساساً امکان ترمیم در دعوا وجود ندارد، مانند طرح دعوا به طرفیت شرکتی که منحل شده است و تصفیۀ آن به پایان رسیده است و در برخی از موارد با اینکه ذاتاً امکان ترمیم وجود دارد به جهت تعارض با قواعد نظم عمومی امکان ترمیم وجود ندارد.

منابع

فارسی

- السان، مصطفی و نصیبه محمودی (۱۳۹۷)، «مطالعه اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی در حقوق ایران و آمریکا»، فصلنامه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۹، شماره ۲.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶)، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر (حقوقی) سال ۱۳۹۲، چاپ اول، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۵)، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر (حقوقی) سال ۱۳۹۱، چاپ اول، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، حقوق دعاوی: تحلیل فقهی و حقوقی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۴)، حقوق دعاوی: تحلیل و نقد رویه قضایی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۴)، حقوق دعاوی: قواعد عمومی دعاوی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد دوم، چاپ بیست و ششم، تهران: انتشارات دراک.
- شکوهی زاده، رضا و اصغر عربیان (۱۳۹۷)، «تمیز نقص شکلی دادخواست از سایر اسباب بی اعتباری دعوی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۵، صص ۱۴۵ الی ۱۷۱.
- کریمی، علی اصغر (۱۳۹۲)، «مشکلات تعیین خواننده در دادرسی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۶۱.
- محسنی، حسن (۱۳۸۹)، اداره جریان دادرسی مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن (۱۳۹۳)، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم.
- محسنی، حسن (۱۳۹۴)، «نقص اعمال آیین دادرسی مدنی در حقوق فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره دوم.
- محسنی، حسن و مجید غمامی (۱۳۹۶)، آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مولودی، محمد (۱۳۸۱)، «دعوی اضافی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۵۸.
- میرنژاد بروجنی، سیدرسول (۱۳۹۸)، مجموعه‌های حقوق عناصر شناسی دعاوی، دعوای تخلیه عین مستأجره به جهت انتقال به غیر، جلد چهارم، چاپ اول، تهران: انتشارات دادگران امید.
- فرحزادی، علی اکبر و رسول میرنژاد بروجنی (۱۳۹۹)، «اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق

- ایران» مجله دیدگاه‌های حقوقی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۸۹.
- معین، محمد (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی (متوسط)، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: انتشارات امیرکبیر
 - هرمزی، خیرالله (۱۳۹۵)، «تغییر نحوه دعوی در دادرسی مدنی، مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۴.

پاسخ‌گویی پارلمانی قوة قضائیه به مثابه چالش استقلال قضایی

مژگان نعمتی*، محمدجعفر حبیب‌زاده**، سیددرید موسوی مجاب***

چکیده

دستگاه قضایی نیز همچون سایر ارکان و نهادهای عمومی، باید در قبال عملکرد خود در سطوح مختلف به‌ویژه فرایندهای دادرسی، نحوه تصمیم‌گیری و اجرای آن پاسخ‌گو باشد. با وجود این، پاسخ‌گویی در نظام قضایی همواره به‌منظور حفظ استقلال و دیگر ملاحظات نظیر حساسیت و کارکرد ویژه این نظام، با دیدگاه‌های مخالف بسیاری روبه‌رو بوده است. در این پژوهش، با تأکید بر ضرورت برقراری توازن میان دو ارزش رقیب، یعنی «استقلال» و «پاسخ‌گویی»، ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی ایران، مشخصاً در مورد پاسخ‌گویی دستگاه قضا در مقابل قوة مقننه و نمایندگان ملت مورد بررسی قرار گرفته است. روش تحقیق، توصیفی-تحلیلی است و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، تلاش می‌شود ضمن تبیین چرایی پاسخ‌گویی دستگاه قضایی در برابر پارلمان و طرح دیدگاه‌های مخالف در این زمینه، راهبرد برقراری توازن و تعادل میان پاسخ‌گویی و استقلال در نظام قضایی شناسایی گردد. نتایج حاکی از آن است که اگرچه پاسخ‌گویی نظام قضایی، در مقایسه با دیگر نهادها، دارای برخی تفاوت‌ها و محدودیت‌هاست، اما استقلال قضایی به معنای مصونیت یا معافیت از پاسخ‌گویی نیست. بررسی ظرفیت‌های موجود در قانون اساسی، ازجمله حق اظهارنظر و تحقیق و تفحص نمایندگان و همچنین سازوکار رسیدگی به شکایات و گزارش‌های واصله به کمیسیون اصل نود، گویای این حقیقت است که در عین تضمین و رعایت استقلال قضایی، مراتبی از پاسخ‌گویی دستگاه قضایی در مقابل پارلمان را - به‌ویژه در خصوص فرایندهای قضایی - می‌توان پذیرفت.

واژگان کلیدی: پاسخ‌گویی، قوة قضائیه، استقلال قضایی، پارلمان، تحقیق و تفحص

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
mozhgan_nemati@modares.ac.ir

** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
habibzam@modares.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
d.mojab@modares.ac.ir

مقدمه

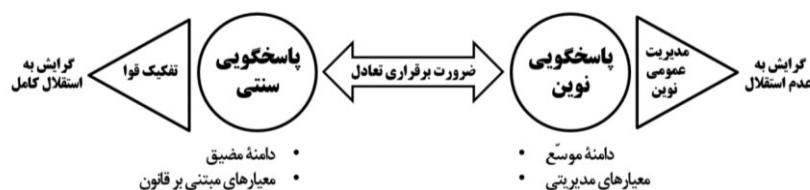
در سال‌های اخیر، تحت تأثیر مدیریت عمومی نوین، پاسخ‌گویی نهادهای دولتی و عمومی به مسئله‌ای کلیدی بدل شده است (Hernes, 2005: 5). بر این اساس، برخورداری مقام‌ها و نهادهای عمومی از قدرت، با پاسخ‌گویی آنان در قبال عملکرد و نحوه اعمال قدرت همراه است و این امر در یک نظام دموکراتیک، در برقراری تعادل بین انتظارات شهروندی، خدمات و فعالیت‌های دولت یا سازمان‌های تابعه، نقش محوری ایفا می‌کند^۱ (میرسپاسی و باقرزاده، ۱۳۸۵: ۲۳).

تعاریف بسیار متنوعی از پاسخ‌گویی ارائه شده است (نک: میرسپاسی و باقرزاده، ۱۳۸۵: ۲)، تا جایی که برخی آن را یک اصطلاح پیچیده و چندوجهی دانسته‌اند که اتفاق‌نظری در تعریف آن وجود ندارد (Mulgan, 2000: 555). با وجود این، جوهره این مفهوم در تمامی تعاریف ارائه شده یکسان است: پاسخ‌گویی، تعهد به ارائه گزارش عملکرد و توضیح و توجیه اقدامات و تصمیمات در ازای مسئولیت پذیرفته شده و بهره‌مندی از قدرت و اختیار است. در نتیجه، اصل اساسی آن است که مسئول بودن و برخورداری از قدرت و اختیار، پاسخ‌گو بودن را به دنبال دارد (نک: هیوز، ۱۳۹۷: ۲۸۳؛ دنهارت، ۱۳۹۷؛ ترنر و هیوم، ۱۳۸۴: ۱۶۰). دستگاه قضایی نیز که به‌عنوان متولی دادرسی و احقاق حق عموم جامعه و در راستای ایفای وظایف و کارکردهای خود، مسئولیت‌های خطیری را بر عهده دارد و در مقابل، از قدرت عمومی و اختیاراتی نیز برخوردار است، مطابق اصل پاسخ‌گویی و همانند سایر ارکان و نهادهای عمومی، باید در قبال عملکرد خود در سطوح مختلف به‌ویژه فرایندهای دادرسی، نحوه تصمیم‌گیری و اجرای آن، به نهادهای نظارتی، افکار عمومی و یا حداقل کنشگران عدالت پاسخ‌گو باشد.

مطابق مطالعات تجربی صورت گرفته (نک: نعمتی، ۱۳۹۸؛ Griffith, 1988)، تصور رایج در میان مقام‌های قضایی آن است که قضات به‌طور سنتی از طریق سازوکارهایی همچون رسیدگی استینافی به تصمیم‌ها و آراء قضایی، پذیرش اظهارات، دفاعیات و ایرادها از سوی هر یک از اصحاب دعوا و همچنین استدلال و توجیه ضمن رأی صادره پاسخ‌گو هستند. اما باید توجه داشت که سازوکارهای سنتی پیش‌گفته، با لحاظ محدودیت‌هایی نظیر عدم ارزیابی فرایند دادرسی و تمرکز بر رأی صادره، محدودیت در معیارهای ارزیابی (منحصر به ارزش‌های قانونی)، عدم قابلیت اعتراض به برخی آراء، فقد ضمانت اجرای مناسب (نهایتاً نقض رأی صادره) و عدم تمایل دادرسان به استدلال و توجیه

۱. اهمیت پاسخ‌گویی در یک نظام دموکراتیک تا حدی است که برخی، اساساً دموکراسی را به پاسخ‌گویی تعریف نموده‌اند. (نک: جلالی و اثر، ۱۳۹۵: ۲۳).

ضمن آراء صادره، کارآیی لازم را در تحقق پاسخ‌گویی قضایی و ارزیابی عملکرد دادرسان ندارند. بر این اساس، گفته شده است که پاسخ‌گویی قضایی به‌طور سنتی بر نظریه تفکیک قوا مبتنی است و بر استقلال قضایی تکیه دارد. لذا سازوکارهای پاسخ‌گویی سنتی، محدود و ناظر بر ارزش‌های قانونی است. در مقابل این رویکرد، مفهوم نوین پاسخ‌گویی ملاحظه می‌شود که ریشه در مدیریت عمومی نوین دارد و سازوکارهای آن، با تکیه بر مطالبات مدیریتی، از دامنه موسعی برخوردار است (See: NCSC, 2001).



نمودار شماره ۱: ساختار پاسخ‌گویی سنتی و نوین

اگرچه پاسخ‌گویی سنتی با توجه به محدودیت‌های پیش‌گفته و تکیه بیش از اندازه به استقلال قضایی، عملاً هرگونه پاسخ‌گویی را خدشه به استقلال قضایی تلقی می‌کند و در نتیجه، محدودترین نگاه را به سازوکارهای پاسخ‌گویی دارد (Sturgess & Chubb, 1988: 4)، اما رویکرد نوین نیز بیش از اندازه به دنبال خدمت‌محور کردن نظام عدالت و توسعه پاسخ‌گویی است که این نیز عملکرد نظام عدالت را با مشکل مواجه می‌سازد.^۱ از یک‌سو باید توجه نمود که پاسخ‌گویی قضایی، نمی‌تواند به رویکردهای مدیریتی نظیر سنجش بهره‌وری یا کارآیی محدود شود؛ بلکه شامل مجموعه گسترده‌تری از ارزش‌ها نظیر قانونمندی، برابری و بی‌طرفی است که نظام قضایی درصدد دستیابی به آن فرض می‌شود. بنابراین نظام پاسخ‌گویی قضایی باید به‌گونه‌ای طراحی شود که بتواند فرایند دموکراتیک احترام به آن ارزش‌ها - خواه کارآیی یا استقلال و خواه میزان دستیابی به اهداف و یا بی‌طرفی در مواجهه با شهروندان - را فراهم آورد (Contini & Mohr, 2008: 23). از سوی دیگر، باید توجه

۱. یکی از مهم‌ترین چالش‌های غلبه ارزش‌های مدیریتی در نظام پاسخ‌گویی، مختومه‌محور شدن نظام قضایی است. ژالکان، رئیس شعبه جزایی دادگاه استیناف مونپلیه در این زمینه اذعان داشته است: «امروز، قاضی بیش از آنکه نسبت به کیفیت قضاوت‌های خود در مقابل دادگاه استیناف پاسخگو باشد، نسبت به کمیت آن‌ها و در مقابل مقام مافوق خود پاسخگو است» (فرتی، ۱۳۸۸: ۱۴۸؛ به نقل از روزنامه لوموند یکم سپتامبر ۱۹۹۹).

داشت که کلیه سازوکارهای پاسخ‌گویی که در بخش خصوصی و یا در دیگر بخش‌های دولتی رایج و حتی کارآمد است، با نظام قضایی قابل انطباق نیست و باید کارکرد ویژه این نهاد را لحاظ نمود تا در عین پاسخ‌گویی، استقلال قضایی تضمین شود. بدین ترتیب، رویکرد سنتی و نوین به پاسخ‌گویی، هر یک نیازمند تعدیل است و نقطه تعادل میان این طیف، پذیرفتنی است. با این توصیف، باید دید در این طیف گسترده از ارزش‌های مورد مطالبه در نظام پاسخ‌گویی، کدام سازوکارها قابلیت انطباق با نظام قضایی را دارد؟ به‌نحوی که میان مطالبه و پاسخ‌خواهی حداکثری از نظام قضایی در رویکردهای نوین پاسخ‌گویی از یک‌سو و ضرورت حفظ استقلال قضایی در عین پاسخ‌گویی از سوی دیگر، بتوان تعادل و توازن برقرار نمود.

اهمیت بحث زمانی بیشتر می‌گردد که پاسخ‌گویی قضایی بعد فراقوه‌ای پیدا کند؛ در این صورت چالش استقلال قضایی بیش از پیش مجال طرح می‌یابد. با اینکه تفکیک و استقلال قوا، مورد پذیرش اکثر نظام‌های سیاسی و حقوقی قرار گرفته است، در قوانین اساسی بسیاری از کشورهای جهان، به‌ویژه کشورهای دارای نظام پارلمانی یا شبیه آن، قوای سه‌گانه در قالب اصول قانون اساسی تعامل‌ها و نظارت‌هایی را نسبت به یکدیگر انجام می‌دهند و در نتیجه سازوکارهایی برای مطالبه‌گری و پاسخ‌گویی میان آن‌ها پیش‌بینی شده است. بر این اساس، پاسخ‌گویی قوه قضائیه به مقامات و نهادهای سیاسی فراقوه‌ای یعنی مقامات قوای مجریه و مقننه و یا به تعبیری پاسخ‌گویی سیاسی نظام قضایی مطرح می‌گردد. (برای مطالعه بیشتر ن.ک: نعمتی، ۱۳۹۸: ۱۱۸-۹۵).

با توجه به اینکه مجلس قانون‌گذاری، به‌عنوان نماد حاکمیت مردمی در قالب برخی اصول قانون اساسی ایران، حق نظارت و مطالبه‌گری از دیگر دستگاه‌ها از جمله قوه قضائیه و اجزا و نهادهای زیرمجموعه آن را دارد، این پژوهش از میان ابعاد گوناگون پاسخ‌گویی قضایی، درصدد مذاقه در پاسخ‌گویی پارلمانی دستگاه قضایی است. اگرچه پژوهش‌های متعددی پیرامون استقلال قضایی صورت گرفته (کرامت، ۱۳۹۳؛ حبیب‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹؛ میرزاده و سهرابلو، ۱۳۹۳؛ صنیعی منفرد، ۱۳۸۰)، اما پاسخ‌گویی قضایی کمتر مورد توجه واقع شده و معدود مطالعات این حوزه نیز عمدتاً دایر مدار شناسایی ظرفیت‌ها و سازوکارهای قانونی موجود در کشور بوده است. (نک: یآوری و تنگستانی، ۱۳۹۵) این مقاله، با تمرکز بر سازوکارهای پارلمانی پاسخ‌گویی قضایی در حقوق ایران، نظیر حق تحقیق و تفحص نمایندگان ملت و همچنین رسیدگی به شکایات مردمی در قالب کمیسیون اصل نود، ضمن تبیین چرایی پاسخ‌گویی دستگاه قضایی در برابر نهاد پارلمان و طرح دیدگاه‌های مخالف در این زمینه، به دنبال شناسایی راهبرد برقراری توازن و تعادل میان دو ارزش رقیب پاسخ‌گویی و استقلال در نظام قضایی است.

۱. ظرفیت‌های پاسخ‌گویی پارلمانی قوه قضائیه در حقوق ایران

به‌رغم آنکه امروزه در اثر شکل‌گیری نهادهای موازی و آیین‌نامه‌ای شدن حقوق، صلاحیت قانون‌گذاری قوه مقننه کاهش یافته است و مشارکت نمایندگان در پیشبرد برنامه‌های تقنینی با محدودیت مواجه شده است، اما برتری صلاحیت نظارتی قوه مقننه از رهگذر ابزارهای متعدد نظارت پارلمانی بر رفتارهای اجرایی به قوت خود باقی مانده است. از بارزترین این سازوکارها، تحقیق پارلمان در مورد یک موضوع معین، حصول یقین از انجام مأموریت توسط یک نهاد، جلوگیری از استبداد و ممانعت از سرکشی آن است (Georges, 1990: 113). این مهم در نظام‌های پارلمانی و ریاستی جایگاه خود را یافته است و در ارتباط با ضرورت تحقیق پارلمانی، اجماع شکل یافته است (Duverge, 1970: 160; Grouzatier, 1975: 101). حق تحقیق و تفحص، از جمله حقوقی است که در نظام‌های نوین حقوقی برای پارلمان در نظر گرفته شده است تا نمایندگان از سوی موکلین خویش بر اجرای قوانین مصوب نظارت داشته باشند و به‌عنوان اهرمی علیه خاطیان و متمردين از قوانین به‌کار گیرند. از این رو، در زمان تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانون‌گذار مؤسس، اصل ۷۶ را بدان اختصاص داد تا مجلس در نظارت بر اجرای قوانین دارای جایگاهی رفیع و چشمگیر باشد (ویژه، ۱۳۸۴: ۶۳).

حق نظارت نمایندگان به‌ویژه در نظام‌های پارلمانی، به‌موجب اصول قانون اساسی، تعیین می‌یابد. البته انجام این مهم، مستلزم تصریح قانون اساسی نیست و به فلسفه وجودی نهاد پارلمان در وضع قوانین و نظارت بر کیفیت و نحوه اجرای آن‌ها برمی‌گردد. تحقیق پارلمانی اگرچه به منزله ابزار بازدارنده از تخلف‌ها، انحراف‌ها یا تعدی نهادهای اداری، حکومتی و قضایی است، اما این حق، یا به‌واقع تکلیف پارلمان در نظارت، نباید منجر به تعطیل یا توقف فعالیت‌ها یا ایراد خلل به آن‌ها شود. هدف تحقیق پارلمانی، توجه اتهام یا به جریان افکندن فرایند تحمیل مسئولیت جنایی، یا لزوماً اثبات جرم، تخلف یا تخطی نیست؛ شاید هدف از انجام تحقیق، کسب اطلاعات ضروری از اوضاع و احوال خاصی باشد. به هر رو، حق تحقیق و تفحص حقی برخاسته از قانون اساسی است و لذا امکان تقیید یا تحدید آن وجود ندارد (نجیب حسنی، ۱۹۹۲: ۱۱۲). این حق، برخاسته از حق استیضاح پارلمان است که برای نمونه، نسبت به وزیر دادگستری و عملکرد وی قابل‌اعمال است (القیسی، ۲۰۱۶: ۲۹-۲۷).

مطابق مواد ۱۹۸ الی ۲۰۱ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۷۹ و اصلاحات بعدی، در راستای تحقیق و تفحص، همه اشخاص - اعم از حقیقی و حقوقی - به درخواست کمیته یا هیئت تحقیق باید ضمن همکاری صحیح، اسناد یا مدارک ضروری را ارائه دهند.

پس از پایان تحقیق، گزارش یا پیشنهاد مربوط از سوی کمیته تحقیق تقدیم هیئت رئیسه می‌شود تا جهت اتخاذ تصمیم مقتضی در مجلس مطرح شود. نتیجه تحقیق، تا پیش از قطعیت و اثبات موضوع، اعلان نمی‌شود؛ در ضمن، طرح و بررسی نتیجه به تشخیص رئیس مجلس و حسب ضوابط خاص در جلسات علنی یا غیرعلنی خواهد بود. قانون‌گذار فرانسه، بر سری بودن جلسات تأکید نموده و آن را تضمینی برای بی‌طرفی اعضای کمیته تحقیق تلقی می‌کند. ماده ۲/۱۰۰ آیین‌نامه داخلی مجلس سنای این کشور - اصلاحی ۱۹۹۱ - در صورت نقض محرمانگی یا ایراد خلل به آن، کیفرهای تشدید شده‌ای را در نظر گرفته است. (برای مطالعه درخصوص رویه مشابه در کشورهای عربی و اروپایی و آمریکا، نک: محمدعمران، ۲۰۰۸: ۲۷۱-۲۶۸).

علاوه بر سازوکار تحقیق و تفحص به شرح پیش‌گفته، اصل ۹۰ قانون اساسی را شاید بتوان صریح‌ترین اصل قانونی ایران در تبیین جایگاه نظارتی مجلس و گام مهمی در جهت پاسخ‌گو کردن نهادهای حکومتی از جمله نهادهای قضایی در قبال مردم دانست. از سوی دیگر، با توجه به اهمیت و مسئولیت آحاد نمایندگان در برابر ملت، هر نماینده مطابق اصل ۸۴ قانون اساسی، حق دارد در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهارنظر نماید و در این زمینه، به استناد اصل ۸۶ قانون اساسی، در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزاد است. از جمله مسائل داخلی کشور، بررسی وضعیت احقاق حقوق مردم و تضمین آزادی‌های عمومی در محاکم دادگستری است که بدین ترتیب، نمایندگان مجلس می‌توانند قوه قضائیه را به پاسخ‌گویی وادار کنند. پاسخ‌گویی قوه قضائیه در نتیجه اظهارنظر نمایندگان جهت اقناع افکار عمومی می‌تواند خود یکی از مظاهر نظارت قوه مقننه بر قوه قضائیه محسوب شود (رفیعی، ۱۳۸۲: ۱۱۹). نظریه تفسیری شماره ۹۰۷۵ مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۶ شورای نگهبان نیز در پاسخ به استفسار رئیس مجلس نسبت به حدود حقوق نمایندگان مجلس در رابطه با سؤال از عملکرد دادگاه‌ها و مسئولان قضایی و حدود پاسخ‌گویی وزیر دادگستری در این خصوص، مؤید آن است که چون طبق اصل ۸۴ قانون اساسی هر نماینده می‌تواند در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهارنظر نماید، در امور قضایی نیز می‌تواند هرگونه نظری را لازم بداند در مجلس اظهار نماید و وزیر دادگستری نیز در حدود وظایفی که در اصل ۱۶۰ قانون اساسی برای او مقرر شده است، در مجلس پاسخ‌گو می‌باشد.

محل اختلاف نظر این است که آیا به استناد این اصول، مجلس می‌تواند بر قوه قضائیه و مشخصاً عملکرد دادگاه‌ها نظارت کرده و به تبع آن از این دستگاه پاسخ‌خواهی کند؟

در خصوص ظرفیت اصل ۷۶ قانون اساسی، از یک‌سو مجلس و نمایندگان، همواره بر این عقیده بوده و هستند که حق تحقیق و تفحص آنان به موجب قانون اساسی، عام و مطلق است و قوه قضائیه

و کلیه شئون آن را هم دربرمی‌گیرد (برای نمونه نک: رحمان‌دوست، ۱۳۹۳). از سوی دیگر، قوه قضائیه اعتقاد دارد که مجلس فقط در بخش‌های اداری، مالی، پشتیبانی و خدماتی قوه قضائیه می‌تواند تحقیق و تفحص کند و به عبارت دیگر حق تحقیق و تفحص در امور قضایی را ندارد. با این تعبیر مجلس حق نخواهد داشت از دعاوی و پرونده‌های مطروح و موجود در قوه قضائیه تحقیق و تفحص کند؛ ولو اینکه بررسی و تحقیق در این موارد را از جهت انجام وظایف قوه مقننه لازم بداند (کشاوری، ۱۳۸۳: ۳۰). از منظر حقوقی آنچه ملاک و فصل‌الخطاب است، اصول قانون اساسی و نظریات تفسیری شورای نگهبان در این زمینه است. با تفسیر اصولی از اصل ۷۶ قانون اساسی و عبارت «تمام امور کشور» باید گفت با توجه به عموم و اطلاق اصل اخیر و با توجه به اینکه بر حکم عام آن، مخصصی وارد نشده و با لحاظ اینکه امور قوه قضائیه، از هر قبیل، خارج از «امور کشور» نیست و تفاوتی میان امور قضایی و غیرقضایی قوه قضائیه از حیث امکان تحقیق و تفحص مجلس وجود ندارد، لذا اصل ۷۶ قانون اساسی در مورد حق تحقیق و تفحص مجلس نسبت به کلیه امور قوه قضائیه اعم از امور اداری و قضایی شمول اطلاق دارد و مجلس می‌تواند نسبت به همه مسائل این قوه بدون استثنا تحقیق و تفحص کند (کشاوری، ۱۳۸۳: ۳۳-۳۱). لازم به ذکر است که شورای نگهبان طی نظریه شماره ۳۳۴۴ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۷، در مقام تفسیر این اصل اعلام داشته است: «اصل ۷۶ قانون اساسی شامل مواردی از قبیل مقام معظم رهبری، مجلس خبرگان و شورای نگهبان که مافوق مجلس شورای اسلامی می‌باشند نمی‌شود». اگرچه این نظریه - فارغ از ایراد خدشه به موقعیت و رکنیت قوه مقننه در ساختار نظام^۱ - با استعمال عبارت «از قبیل...» باب مناقشه‌ای تازه را باز کرد و بر همین اساس در سال ۱۳۷۹ ماده ۱۹۸ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، تحقیق و تفحص از دستگاه‌های زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری و مجلس خبرگان رهبری و شورای نگهبان را از اصل ۷۶ قانون اساسی استثنا نمود؛ لیکن با اعتراض نمایندگان و اصلاح این ماده در مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۰، حق تحقیق و تفحص مجلس از نهادهای تحت امر مستقیم رهبری، به استیذان از ایشان مقید گردید و در نتیجه در صورت موافقت مقام معظم رهبری، امکان تحقیق و تفحص از قوه قضائیه در تمام شئون و سطوح آن از جمله عملکرد دادگاه‌ها و نهادهای زیرمجموعه قوه قضائیه، مجاز و میسر خواهد بود.

در خصوص کمیسیون اصل نود نیز، با توجه به تصریح این اصل به «قوه قضائیه»، مشکلی از

۱. در اهمیت این نهاد همین بس که به تعبیر مرحوم امام: «مجلس، در رأس همه امور واقع است» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۵۳۸).

حیث شمول صلاحیت کمیسیون مزبور در رسیدگی به تظلم خواهی مردم نسبت به اجزا و نهادهای زیر مجموعه دستگاه قضایی به ویژه عملکرد دادگاه‌ها وجود ندارد. اما ممکن است چنین به نظر برسد که مجلس و به تبع آن کمیسیون مزبور، نهادی سیاسی بوده و از این رو نمی‌تواند نسبت به کارکرد اصلی قوه قضائیه که کارکردی قضایی است نظارت نماید؛ بلکه صرفاً می‌تواند شکایات افراد نسبت به کارکرد فرعی این قوه را که کارکردی اداری است، مورد بررسی قرار دهد. در پاسخ به این ابهام باید گفت که مجلس و به تبع آن کمیسیون اصل ۹۰، علاوه بر نظارت بر کارکرد اداری قوه قضائیه، نسبت به بررسی شکایات مربوط به رسیدگی در مراجع قضایی نیز صلاحیت دارد.^۱ در تأیید این مدعا می‌توان به مشروح مذاکرات در جریان تصویب این اصل اشاره کرد که هدف از طرح موضوع پذیرش شکایات افراد از مجلس، قوه مجریه و نیز قوه قضائیه، را احقاق حقوق افراد و اطلاع نمایندگان ملت از اوضاع و عملکرد نهادهای مذکور دانسته است^۲؛ لذا رسیدگی به شکایات مربوط به آراء قضایی، در واقع اعمال نظارت اعلامی و اطلاعی مجلس بر حسن جریان قانون در قوه قضائیه است. رسیدگی به شکایات مذکور نیز به معنای نقض آرای قضایی و تجدیدنظر در آن‌ها نبوده و با اصل قاطع بودن حکم قاضی نسبت به دعاوی نیز منافاتی ندارد. همچنین، پس از اعلام نتایج بررسی‌های این کمیسیون پیرامون یکی از آرای قضایی، دادگاه‌ها و مراجع قضایی قوه قضائیه ملزم به تبعیت از نظر کمیسیون مزبور نیستند تا اشکالی از این حیث به آن‌ها وارد شود، بلکه مراجع قضایی مجاز خواهند بود که با صرف نظر از نتایجی که کمیسیون به آن‌ها دست پیدا نموده، به تحقیق و بررسی پیرامون رأی صادره پرداخته و آنگاه نظر خود را که ممکن است کاملاً مغایر با نظر کمیسیون باشد، اعلام نمایند. از آنچه گذشت روشن می‌شود که در نظام نظارت و تعادلی که بر روابط میان قوای سه‌گانه حاکم بوده و همین امر موجب شده تا نوعی نظارت شبکه‌ای و همگون در میان قوای سه‌گانه وجود داشته باشد، طرح شکایت از قوه‌ای نزد قوه‌ای دیگر مشکلی را ایجاد نمی‌نماید؛ چراکه ساختار قوای سه‌گانه ساختاری غیرهرمی است. با این وصف، روشن می‌شود که طرح شکایت نزد مجلس نسبت به اموری همچون سست و بی‌پایه بودن بسیاری از آرای قضایی چنان‌که موجب نقض آرای مذکور در مرحله تجدیدنظرخواهی شده، عدم صدور احکام قضایی مطابق قانون، اطاله روند رسیدگی به پرونده‌ها در

۱. برای مطالعه پیرامون تفسیر عبارت «طرز کار» در اصل ۹۰ قانون اساسی و شمول آن بر شئون مختلف دستگاه قضایی، بنگرید به: (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱ و ایمانی، ۱۳۸۵).

۲. در این رابطه نک: اظهارات آقای مکارم شیرازی در: (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۹۲۸).

محاکم، اعطای مرخصی‌های بی‌ضابطه و گسترده به زندانیان، خلأهای قانونی که موجب سوءاستفاده برخی قضات و یا مجرمان می‌شود و... فاقد ایراد خواهد بود (تقی‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۰).
به این ترتیب، ابزارهای پیش‌گفته، ظرفیت‌های نظارتی هستند که به‌واسطه آن‌ها، مجلس شورای اسلامی قادر است از رهگذر واری و رسیدگی خود یا کمیته‌ای متشکل از تعدادی از نمایندگان، پیرامون موضوع مشخصی که داخل در حوزه فعالیت یا صلاحیت قوه قضائیه است، ضمن گردآوری اطلاعات لازم، به حقیقت دست یابد و آنگاه تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید.

۲. پاسخ‌گویی و استقلال قضایی: «تعارض» یا «تعامل»؟

ظرفیت‌های نظارتی پیش‌گفته، که نمایندگان را مجاز و بلکه مکلف به نظارت و به‌تبع آن پاسخ‌خواهی از قوه قضائیه می‌نماید، صرف‌نظر از چالش‌هایی که طرح و البته پاسخ داده شد، ممکن است به‌مثابه نقض استقلال قضایی تلقی گردند. از آنجا که ماهیت کار قضایی، داوری، فصل خصومت و در یک کلام برقراری عدالت است و لازمه آن بی‌طرفی دستگاه قضایی و دادرسان است، لذا مسئله استقلال قضایی از حیث فردی و نهادی، در محور و مرکز مطالعات و نظریه‌های راجع به دستگاه قضایی قرار دارد و همین امر به نظام پاسخ‌گویی قضایی، خصوصیت ویژه‌ای می‌بخشد و آن را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد (نک: حبیب‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۱-۲۳).

در نظام‌های دموکراتیک قوای مجریه و مقننه به شیوه‌های مختلف در مقابل اختیاراتی که دارند، پاسخ‌گو هستند. رئیس‌جمهور به‌عنوان مدیر ارشد قوه مجریه در نظام‌های ریاستی به‌طور مستقیم در مقابل مردم و گاه در مقابل پارلمان پاسخ‌گو است. همچنین در نظام‌های پارلمانی نخست‌وزیر و کابینه، به‌نحو غیرمستقیم، یعنی در مقابل نمایندگان مردم پاسخ‌گو هستند. در قوه مقننه نیز علاوه بر سازوکارهای درون‌سازمانی، نمایندگان در نهایت در مقابل موکلان خود در جریان برگزاری انتخابات پاسخ‌گو هستند (وکیلان، بی‌تا: ۱۵). اما چنین سازوکارهای پاسخ‌گویی برای دستگاه قضایی، همواره از سوی منتقدان، مغایر با استقلال دستگاه قضایی تلقی شده است؛^۱ به عبارت دیگر، از آنجایی که قضات اغلب به‌نحو انتصابی به کار قضا منصوب می‌شوند، پاسخ‌گویی دموکراتیک در این دستگاه به سختی قابل‌تصور است. از سوی دیگر، دستگاه قضایی مانند سایر قوا از بودجه عمومی استفاده می‌کند، افرادی را اعم از قضات و کارمندان به خدمت می‌گیرد، واحدها، ابنیه و امکاناتی دارد و به‌طور کلی جهت انجام وظایف خاص خود اختیارات گسترده‌ای دارد و در اموال عمومی تصرف

۱. برای ملاحظه نظر مخالفان پاسخ‌گویی (استقلال‌گرایان)، موافقان پاسخ‌گویی (نوفهم‌گرایان) و مخالفان استقلال قضایی و حامیان صور افراطی پاسخ‌گویی قضایی (رادیکال‌ها) نک: (Le Sueu, 2004: 73-98)

می‌کند. از این رو این دستگاه نیز باید در مقابل نحوه هزینه‌کرد بودجه، برخورداری از قدرت گسترده و اعمال اختیارات خود، مانند سایر قوا پاسخ‌گو باشد. به این ترتیب، در دستگاه قضایی دو مطلوب رقیب خودنمایی می‌کنند: نخست، لزوم حفظ استقلال قضایی از یک سو و دیگری، لزوم پاسخ‌گویی قضایی (وکیلان، بی تا: ۱۵). بر این پایه، ذهنیت ریشه‌داری در میان مقام‌های قضایی وجود دارد که همواره برنامه‌های اصلاح و توسعه قضایی را نیز تحت تأثیر قرار داده است و آن، وجود تعارض میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی است (Contini & Mohr, 2008: 50).

برخی بر این باورند که حق نظارت و پاسخ‌خواهی پارلمان، به گستره اعمال دستگاه قضایی تسری داده نمی‌شود و مجلس نمایندگان نمی‌تواند به موضوعی که داخل در صلاحیت یا چهارچوب اقتدار قضایی است ورود کند؛^۱ چون مجلس فقط در ارتباط با مسائل اجرایی و در حوزه عملکرد قوه مجریه می‌تواند نظارت نماید (نصار، ۱۹۹۶: ۵۰۸). در این مورد گفته می‌شود اقتضای احترام به اصل تفکیک قوا، خودداری از مداخله یا اعمال هرگونه قدرت در شئون قوه دیگر است؛ بنابراین، قوه مقننه حق راهبری قوه قضائیه را ندارد و پاسخ‌خواهی مجلس اساساً در تعارض با استقلال قضایی محسوب می‌گردد (باهی یونس، ۲۰۰۲: ۱۱۵-۱۱۴).

اما تصور وجود این تعارض، عمدتاً ناشی از تفاوت رویکرد به فعالیت قضایی است؛ قضات، دادگاه را به مثابه معبدی برای قانون و عدالت می‌نگرند که به وسیله ارزش مقدسی به نام استقلال قضایی حمایت می‌شود و مدیران، دادگاه را به مثابه کارخانه تصمیم‌سازی می‌بینند که باید بر اساس روش‌های پاسخ‌گویی مدیریتی (نظیر کارآیی، کارآمدی و اثربخشی) اداره و ارزیابی شود. گروه نخست با توسل به لزوم استقلال قضایی، پاسخ‌گویی را مانع آن می‌پندارند و در نتیجه، آن را رد می‌کنند. گروه دوم، ویژگی خاص فعالیت دستگاه قضایی را مانع پاسخ‌گویی آن در استفاده از منابع مالی، انسانی و غیره نمی‌دانند (نک: یآوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۱۵۹).

به نظر می‌رسد حل تعارض ظاهری میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی، در گرو خوانش صحیح از تفکیک قوا و استقلال قضایی است. در یک دولت قانون‌مدار و مبتنی بر قانون اساسی، استقلال قضایی از تفکیک قوا نشئت می‌گیرد که هدف از آن کنترل و توازن میان قوا است و هیچ‌گاه نافی نظارت

۱. بر این پایه، ماده ۱۷۴ نظام‌نامه داخلی مجلس نمایندگان عراق، کمیته تحقیق مجلس را به صراحت از مداخله یا اختلال در مسائل قضایی ممنوع می‌کند. این مجلس، مداخله کمیته تحقیق در مسئله‌ای از مسائل قضایی را به مثابه تعدی قوه مقننه به حوزه عملکرد قوه قضائیه می‌انگارد. البته، چنین تصریحی در نظام‌نامه برخی کشورها - از جمله نظام‌نامه مجلس ملی کویت - مشاهده نمی‌شود (باهی یونس، ۲۰۰۲: ۱۱۵).

و هماهنگی قوا بر یکدیگر نیست؛ به عبارت دیگر، منظور از استقلال قوا، استقلال نسبی و متعادل است که در آن، قوا در عین استقلال و عدم مزاحمت و اخلاف در امور یکدیگر، از حق تعامل، کنترل و نظارت قانونی بر یکدیگر برخوردارند. اگر عملکرد یکی از قوا اخلافی در امور اداره کشور و یا امور قوای دیگر ایجاد نماید، سایر قوا حق اعتراض و انتقاد دارند و آن قوه باید پاسخ‌گو باشد و رفع اخلاف کند (هریسی، ۱۳۸۷: ۱۳ به بعد). بر این اساس، منظور از استقلال قضایی نیز این است که دستگاه قضایی به‌عنوان یک نهاد و قضات به‌عنوان تصمیم‌گیرندگان پرونده‌های قضایی، باید وظایف و مسئولیت‌های خود را بدون تأثیرپذیری منفی از قوای مجریه و مقننه و سایر عوامل فشار انجام دهند. این امر همواره مورد تأکید قرار گرفته است که اصل استقلال قضایی، به‌منظور برخوردار کردن شخصی قضات و اعطای امتیاز خاص به آن‌ها نیست، بلکه به دنبال تأمین هدفی عمومی است که کارکرد مطلوب حکومت و تأمین حقوق شهروندان یک جامعه بدان وابسته است (یاوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۱۵۴).

در واقع، استقلال قضایی به معنای مصونیت یا معافیت دستگاه قضایی از نظارت و به تبع آن، پاسخ‌گو نبودن نهادها و مقامات قضایی نیست (Langbroek & et al., 2017: 9; Pimentel, 2016: 19). قدرت نظارتی نهاد قانون‌گذاری، از مهم‌ترین مظاهر حاکمیت اراده ملت و نماینده به‌مثابه چشم بینای آن است. نهاد قانون‌گذاری، قوانین را وضع و آن‌ها را تعدیل یا ملغی می‌نماید؛ ضمن آنکه افزون بر صلاحیت تقنینی، صلاحیت نظارتی خود را اعمال می‌کند و این مهم، قوی‌تر از صلاحیت تقنینی است. وظیفه قانون‌گذاری برای پارلمان، وظیفه ذاتی آن است؛ اما صیانت از قانون موضوعه و نظارت بر نحوه اعمال آن، وظیفه بعدی و تبعی این نهاد است. در دولت‌های مدرن، تحقیق پارلمانی به‌مثابه ابزار نظارت پارلمانی است (Uinty, 1991: 393). اگر ایراد خدشه به اصل تفکیک قوا در اثر نظارت و تحقیق پارلمان در مورد عملکرد دستگاه قضایی مطرح است، همین اشکال به نظارت پارلمان بر عملکرد قوه مجریه، به‌عنوان یک قوه مستقل، نیز وارد است (Gicquel, 1993: 706). بر این اساس، باید اذعان نمود که تفکیک قوا به معنای نفی صلاحیت نظارتی مجلس قانون‌گذاری بر قانون‌مداری و رعایت حقوق و آزادی‌های افراد در دیگر قوا از جمله قوه قضائیه و یا به معنای مصونیت و معافیت نظام قضایی از نظارت‌پذیری، گزارش‌دهی، شفافیت و توجیه تصمیمات و اقدامات نبوده و نیست.

توجه به نسبت میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی نیز تصور تعارض میان آن‌ها را مرتفع می‌سازد. استقلال، سازوکار کنترل پیشینی برای تضمین بی‌طرفی دستگاه قضایی و قضات و جلوگیری از اعمال هرگونه فشار خارجی بر آن‌ها در تصمیم‌گیری قضایی است؛ در حالی که پاسخ‌گویی، سازوکار کنترل پسینی است که مقام‌ها و نهادهای قضایی را مکلف می‌سازد تا اقدام‌ها، تصمیم‌ها و فرایندهای قضایی خود را توجیه نمایند (یاوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۲۵۳).

از سوی دیگر، برخی اندیشمندان، نه تنها تعارضی میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی نمی‌بینند، بلکه برخورداری از استقلال قضایی را سبب پاسخ‌گویی دستگاه قضایی می‌دانند. این گروه، با تأکید بر منحصر به فرد بودن استقلال اعطاشده به رکن قضایی حکومت در مقایسه با دیگر ارکان، بر این باورند که نظام قضایی در ازای برخورداری از این استقلال، ملزم به پاسخ‌گویی است تا کارآمدی خود را تضمین نماید (Doogue et al., 2013: 3). برخی پژوهشگران نیز، سازوکارهای پاسخ‌گویی را سازگار با ضرورت حفظ استقلال قضایی و یا حتی حامی آن دانسته‌اند (عامری، ۱۳۹۴: ۱۳). به این ترتیب، نه تنها تعارض و تضادی میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی به واقع وجود ندارد، بلکه باید این دو نهاد را مکمل یکدیگر دانست؛ بدون شک، پیاده‌سازی یک نظام پاسخ‌گویی قضایی مناسب و کارآمد، با افزایش رضایت‌مندی شهروندان، اعتماد عمومی به دستگاه قضایی و در نتیجه افزایش مشروعیت آن، استقلال قضایی را تقویت می‌نماید.

۳. راهبرد برقراری تعادل میان پاسخ‌گویی پارلمانی و استقلال قضایی

به‌رغم پذیرش حق پارلمان در پاسخ‌خواهی یا نظارت بر عملکرد دستگاه قضایی، نمی‌توان انکار کرد که پاسخ‌گویی در نظام قضایی به دلیل استقلال و دیگر ملاحظات نظیر حساسیت و کارکرد ویژه این نظام، در مقایسه با دیگر عرصه‌های دولتی، دارای برخی تفاوت‌ها و محدودیت‌هاست؛ لذا، مناقشات و نظریه‌پردازی‌های متعددی برای شناسایی نظام پاسخ‌گویی مطلوب در عرصه قضایی صورت گرفته است. مشهورترین آن، الگوی سه‌گانه پاسخ‌گویی قضایی است که مائورو کاپلِتی^۱ ارائه نموده و عبارت است از: الگوی نخست که در آن، دستگاه قضایی تابعی از قوای سیاسی دولت است؛ الگوی دوم که در آن، دستگاه قضایی مطلقاً و کاملاً از دولت و جامعه مستقل عمل می‌کند؛ و الگوی سوم، که درجه‌ای معقول از پاسخ‌گویی را برای نظام قضایی قائل است؛ بدون اینکه آن را تابعی از دولت یا جامعه نماید و یا در حالت استقلال کامل بداند (Cappelletti, 1983: 1-62). الگوی سوم که مورد استقبال نظام‌های قضایی و اندیشمندان این حوزه قرار گرفته است (See: Piana, 2016; Griffith, 1998; Contini & Mohr, 2007)، برای برقراری توازن و تعادل میان استقلال و پاسخ‌گویی، راهبرد حذف سازوکارهای مبتنی بر روابط سلسله‌مراتبی را در پیش گرفته است. لذا سازوکارهای متعددی که برای پاسخ‌گویی در بخش دولتی ارائه شده است، تا جایی که نظام قضایی را به تابعی از دیگر ارکان دولت تبدیل نکند، پذیرفتنی و قابل اعمال است. ضمن اینکه «پاسخ‌گویی در عصر حاضر، صرفاً پاسخ‌گویی با مؤلفه‌های اصلی و غیرقابل تغییر

1. Mauro Cappelletti, Professor of Law at the University of Florence

نیست؛ بلکه باید از پاسخ‌گویی مرتبه‌ای سخن گفت که وجود یکی از مؤلفه‌های کلاسیک، آن را از طیف پاسخ‌گویی خارج نمی‌کند؛ بلکه آن را به شکلی ثانوی از پاسخ‌گویی که دارای مرتبه‌ای از پاسخ‌گویی است تبدیل می‌کند. بر این اساس، مفهوم پاسخ‌گویی، مفهومی مرتبه‌ای است و می‌توان از پاسخ‌گویی حداکثری و حداقلی سخن گفت» (جلالی و اثر، ۱۳۹۵: ۳۷).

بر این اساس، به نظر می‌رسد باید راهبرد برقراری تعادل میان رویکردهای سنتی و نوین به پاسخ‌گویی قضایی و در نتیجه پاسخ‌گو بودن نظام قضایی در عین حفظ استقلال آن را در رویکرد مرتبه‌ای به پاسخ‌گویی یافت. بدین ترتیب با تلفیق رویکرد مرتبه‌ای و الگوی سوم کاپلتي، می‌توان مراتبی از پاسخ‌گویی دستگاه قضایی را مورد پذیرش و اعمال قرار داد که این قوه را به تابعی از دیگر قوا از جمله پارلمان بدل نسازد. با در نظر گرفتن کارکرد دستگاه قضایی و انطباق دادن آن با رویکرد مرتبه‌ای به پاسخ‌گویی، می‌توان مراتب پاسخ‌گویی قضایی را شامل موارد ذیل دانست:

الف) بُعد اطلاعاتی: گزارش‌دهی و ارائه اطلاعات درخصوص نحوه عملکرد نهادها و مقامات قضایی؛ ب) بُعد استدلالی: ارائه توضیح و استدلال در قبال اقدامات و تصمیمات اتخاذ شده و در نتیجه توجیه آن؛ ج) بُعد ضمانت‌اجرا: مسئولیت‌پذیری و پذیرش آثار، نتایج و برایندهای اقدامات و تصمیمات.

اگرچه نظام مطلوب پاسخ‌گویی قضایی، با تحقق مجموع مراتب پیش‌گفته شکل خواهد گرفت، لیکن، عدم تحقق یکی از ابعاد، به معنای عدم پاسخ‌گویی نیست. لذا همواره باید مرز باریک میان استقلال و پاسخ‌گویی دستگاه قضا مدنظر قرار گیرد. در همین راستا، با الحاق تبصره ۷ به ماده ۱۹۸ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۷، تحقیق و تفحص مجلس از «پرونده‌های جریانی مراجع قضایی» و «امور ماهیتی قضایی» مستثنا شده است که این امر برای اجتناب از تحت فشار قرار گرفتن مقام قضایی در فرایند رسیدگی و صدور حکم شایسته در پرونده‌های جاری توجیه‌پذیر است. با این حال، ظرفیت اصل ۷۶ قانون اساسی برای نظارت بر دستگاه قضایی و به‌ویژه ارزیابی عملکرد دادگاه‌ها در قالب تحقیق و تفحص مجلس در پرونده‌های مختومه، می‌تواند یکی از کارآمدترین سازوکارهای پاسخ‌گویی در نظام قضایی ایران قلمداد شود.

با وجود این، ضعف این سازوکار در فقدان ضمانت‌اجرای مناسب است؛ به عبارت دیگر، به‌رغم آنکه تحقیق و تفحص از دیگر نهادها به‌ویژه وزارت‌خانه‌ها و نهادهای زیرمجموعه قوه مجریه، با امکان طرح سؤال و استیضاح از کابینه دولت و یا ارجاع پرونده به دستگاه قضایی از پشتوانه‌ای قوی برخوردار است، لیکن تحقیق و تفحص از نظام قضایی و اجزای آن، در این زمینه با چالش مواجه است؛ توضیح اینکه: اولاً، الزام قانونی به پاسخ‌گویی مراجع و مقام‌های قضایی مربوطه در مقابل

نمایندگان ملت وجود ندارد؛ همچنان که به رغم تصریح نصوص قانونی پیش گفته، مقامات قضایی همواره با اصل نظارت‌های فراقوه‌ای مخالفت می‌نمایند. در همین راستا، کشاکش میان مجلس و قوه قضائیه در دهه ۸۰ و در جریان تنها تحقیق و تفحص انجام شده در این قوه قابل تأمل است.^۱ در ابتدای اعلام تصمیم مجلس شورای اسلامی به انجام تحقیق و تفحص از قوه قضائیه، مقامات قضایی به صراحت با تأکید بر استقلال قوا، تحقیق و تفحص را تنها از بخش مالی و اداری این قوه امکان‌پذیر دانستند و حتی سخنگوی قوه قضائیه وقت، به کرات با تأکید بر آنکه استیضاح و سؤال از قوه قضائیه جایی ندارد، تفحص را در حوزه عملکرد دادگاه‌ها و رئیس قوه قضائیه غیر ممکن عنوان کرد.^۲ اما سرانجام اصولگرایان مجلس هفتم با این استناد که مجلس حق نظارت بر تمام امور را دارد، این طرح را به تصویب رساندند.^۳ این تحقیق و تفحص، سرانجام پس از پنج سال، به قرائت گزارشی

۱. برای مشاهده آمار و جزئیات تحقیق و تفحص‌های انجام شده در ده دوره مجلس شورای اسلامی بنگرید به: گزارش خبرگزاری تسنیم با عنوان «ضعف جدی مجلس در تحقیق و تفحص»، ۱۳۹۷، قابل دسترسی در: <https://tn.ai/1725791>. مطابق این گزارش، هیچ تحقیق و تفحصی غیر از آنچه ذکر شد در حوزه عملکرد قضایی انجام نشده است.

۲. «... در حال حاضر تعدادی از نمایندگان مجلس طرحی را آماده کرده‌اند که محور درخواست آن‌ها پیگیری در خصوص اقدامات قوه قضائیه در مورد نحوه رسیدگی به مفاسد اقتصادی است که نظر اکثر حقوقدانان بر این است که تحقیق و تفحص مجلس شامل مسائل قضایی نمی‌شود و اصل ۷۶ قانون اساسی جدا از حکم دادگاه یا کار قضایی است. طبق قانون اساسی کلیه امور اداری، قضایی و اجرایی قوه قضائیه با رئیس قوه قضائیه است، بنابراین در این خصوص نیز نظر اکثریت بر این است که مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند در اختیارات قانونی رئیس قوه قضائیه وارد تحقیق و تفحص شود. مجلس تنها در امور مربوط به بودجه می‌تواند وارد عمل شود تا چنانچه در پرداخت حقوق به قضات کوتاهی صورت گرفته رسیدگی لازم را انجام دهد و ما آمادگی لازم برای همکاری با مجلس در این خصوص را داریم». (نک: کریمی راد، ۱۳۸۳)

۳. در واپسین مراحل این اختلاف پس از گذشت چند سال، در تاریخ ۱۳۸۵/۱/۲۲ ریاست وقت قوه قضائیه طی نامه‌ای خطاب به ریاست وقت مجلس شورای اسلامی تصریح نمود: «بنابر قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی مجلس، وجود چنان اختیاری، محل تردید و تأمل می‌باشد. با این حال در جهت تعامل فی ما بین قوا و پیشگیری از بروز چالش‌های احتمالی از بحث قانونی اغماض می‌گردد و آمادگی این قوه را برای اجرای تحقیق و تفحص و بررسی عملکرد حوزه معاونت اداری و مالی و سازمان‌های تابع (غیر از سازمان قضایی نیروهای مسلح) اعلام می‌دارد...». در پاسخ به نامه مذکور ریاست وقت مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۵/۲/۲ طی نامه‌ای به آیت الله شاهرودی اعلام داشتند: «... از نظر مجلس شورای اسلامی، تحقیق و تفحص از قوه قضائیه امری منطبق با قانون اساسی و در حدود وظایف و اختیارات مجلس محسوب می‌شود و اگر تردید و تأملی در این مسئله وجود داشته باشد طبعاً تنها راه رفع تردید، تقاضای

در پنج محور «اداری، سازمان‌های وابسته، اقدامات حقوقی، عملکرد قضات و بررسی اقدامات حفاظت اطلاعات قوه قضائیه» در صحن علنی مجلس ختم شد که بیشترین حساسیت را در میان مسئولان قوه قضائیه وقت برانگیخته بود.^۱ به تبع این مخالفت‌ها، پس از انجام تحقیق و تفحص نیز در قبال نتایج و گزارش‌های اعلامی، پاسخی به مجلس و نمایندگان منعکس نمی‌گردد. تنها الزام قانونی موجود در این زمینه، تبصره ۱ ماده ۱۹۸ آیین‌نامه داخلی مجلس است که سازمان یا نهاد مورد تحقیق و تفحص را موظف نموده است کلیه مدارک و اطلاعات مورد نیاز را برای بررسی در اختیار کمیسیون‌های تحقیق قرار دهد^۲، اما الزامی درخصوص پاسخ‌گویی پس از انجام تحقیقات وجود ندارد. ثانیاً، علی‌القاعده پس از قرائت گزارش نهایی تحقیق و تفحص در صحن علنی مجلس، در صورت احراز تخلف در سازمان‌ها و نهادها، پرونده برای رسیدگی قضایی به قوه قضائیه ارجاع می‌شود. اما چنانچه خود دستگاه قضایی مورد تحقیق قرار گیرد، چندان نمی‌توان به رسیدگی مستقل و بی‌طرف به نتایج تحقیقات امیدوار بود؛ به‌ویژه در مواردی که تخلفات گزارش شده به اشخاص معینی منتسب نباشد و به ساختار یا فرایندهای رایج در دستگاه قضایی مرتبط باشد.

با این همه، به نظر می‌رسد چنانچه نتایج تحقیق و تفحص به‌نحو شایسته و شفاف به اطلاع عموم شهروندان برسد و یا حداقل تمامی نمایندگان ملت به جزئیات نتایج حاصله دسترسی یابند^۳، می‌توان به تحقق اهداف موردنظر از انجام چنین نظارت‌هایی امیدوار بود؛ ضمن آنکه در نهایت مجلس با برخورداری از قدرت قانون‌گذاری، امکان مداخله غیرمستقیم در حوزه‌های موردنظر را خواهد داشت. سازوکار پیش‌بینی شده در اصل ۹۰ قانون اساسی در مقایسه با سایر سازوکارهای پاسخ‌گویی

تفسیر از شورای نگهبان خواهد بود. که در این زمینه در تاریخ ۱۳۶۲/۴/۹، از جانب شورای نگهبان در پاسخ استفساریه شماره ۴۵۳۶ مجلس شورای اسلامی، تفسیری اعلام شده که دال بر وجود چنین اختیاری است...». به نقل از خبرگزاری خانه ملت، قابل دسترسی در: <http://yon.ir/Gfjqc>

۱. برای مطالعه گزارش اجمالی قرائت شده در صحن علنی مجلس در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۱ به لینک بالا مراجعه کنید. برای بررسی حواشی تقلیل گزارش ۳۰۰ صفحه‌ای به ۸۰ صفحه بنگرید به: (آذریک، ۱۳۸۶)

۲. جالب آن است که این تبصره در اصلاحات ماده ۱۹۸ و تبصره‌های آن در سال ۱۳۸۷ حذف شده است. شاید بتوان از تبصره سوم این ماده در متن اصلاحی، الزام به همکاری در ارائه اسناد و مدارک را (به طریق اولویت) استنباط کرد. این تبصره مقرر می‌دارد: «چنانچه وزیر یا بالاترین مقام دستگاه مورد تحقیق و تفحص تغییر کرده باشد و تحقیق و تفحص مربوط به عملکرد دوران مسئولیت آنان باشد، باید امکان دسترسی آن‌ها به اسناد و مدارک جهت پاسخ‌گویی فراهم گردد».

۳. همچنان که در تحقیق و تفحص صورت‌گرفته از قوه قضائیه در سال ۱۳۸۳ الی ۱۳۸۷، تقلیل حجم گزارش قرائت شده در صحن علنی از ۳۰۰ به ۸۰ صفحه مورد انتقاد بسیاری قرار گرفت. (نک: آذریک، ۱۳۸۶: ۶).

قضایی نظیر پاسخ‌گویی در قبال قوه مجریه از حیث نظارت رئیس جمهور بر اجرای قانون اساسی موضوع اصل ۱۱۳ قانون اساسی (برای اطلاع بیشتر در این خصوص نک: نعمتی، ۱۳۹۸)، به لحاظ قانونی صراحت و دلالت بیشتری بر امکان مطالبه‌گری از قوه قضائیه دارد؛ لذا می‌توان گفت سازوکار موضوع این اصل، در فرایند دو مرحله‌ای «پاسخ‌خواهی - پاسخ‌گویی»، پشتوانه قانونی نسبتاً محکمی در مرحله اول یعنی پاسخ‌خواهی دارد. حتی ماده واحده «قانون اجازه مکاتبه و تحقیق مستقیم به کمیسیون اصل ۹۰ با دستگاه‌های دولتی جهت رسیدگی به شکایات مردم» مصوب ۱۳۵۹ مجلس شورای اسلامی نیز تأکید می‌دارد که: «کمیسیون اصل ۹۰ می‌تواند با قوای سه‌گانه جمهوری اسلامی و تمام وزارتخانه‌ها و ادارات و سازمان‌های وابسته به آن‌ها و بنیادها و نهادهای انقلابی و مؤسساتی که به‌نحوی از انحاء به یکی از قوای فوق‌الذکر مربوط می‌باشند، مستقیماً مکاتبه یا به آن‌ها مراجعه نماید و برای رسیدگی به شکایاتی کتبی که از طرف مسئولین مربوطه بدون جواب مانده و یا جواب قانع‌کننده بدان‌ها داده نشده و رفع مشکلات توضیح بخواهد و آن‌ها مکلفند در اسرع وقت جواب کافی بدهند». همان گونه که ملاحظه می‌شود ذیل ماده واحده مزبور، تحقق مرحله دوم فرایند پاسخ‌گویی (به معنای اعم) یعنی پاسخ‌گویی مرجع قضایی در مقابل مطالبه‌گری کمیسیون را نیز با ایجاد تکلیف و الزام قانونی تضمین نموده است؛ علاوه بر این، در سال ۱۳۶۴ با الحاق یک تبصره به ماده واحده مزبور، مسئول مربوطه مکلف شده است ظرف مدت یک‌ماه از تاریخ وصول مکاتبه کمیسیون، پاسخ «کتبی»، «کافی» و «مستند» خود را به این مرجع اعلام نماید. پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری حبس و انفصال موقت در قبال استنکاف از پاسخ‌گویی نیز تضمین دیگری در تحقق هرچه کامل‌تر فرایند پاسخ‌گویی در قالب این سازوکار است که بدون شک اثربخشی آن را خواهد افزود. به موجب تبصره پیش‌گفته: «...تخلف از این قانون جرم محسوب و متخلف به مجازات حبس از سه ماه تا یک‌سال و انفصال از خدمات دولتی از شش ماه تا یک‌سال محکوم خواهد شد و موضوع تخلف در مراجع صالحه قضایی با درخواست کمیسیون قابل رسیدگی است...».

نتیجه

پاسخ‌گویی قضایی تحت تأثیر رویکردهای مدیریتی، در کشاکش میان رویکردهای سنتی و نوین قرار گرفته است که یکی میل به استقلال کامل دستگاه قضایی دارد و هرگونه پاسخ‌گویی را نقض استقلال تلقی می‌کند و دیگری، گرایش به عدم استقلال قضایی دارد و تمامی سازوکارهای رایج در دیگر بخش‌های عمومی را قابل اعمال در دستگاه قضایی می‌شمارد.

اگرچه دستیابی به آرمان عدالت، در گرو تحقق استقلال نظام قضایی است که در اصل ۱۵۶ قانون اساسی نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ لیکن استقلال قضایی به معنای معافیت یا مصونیت

از پاسخ‌گویی نیست. تحقق نظام پاسخ‌گویی مطلوب، در گرو ایفای کارکرد نظارتی قوا بر یکدیگر است. حق پارلمان در نظارت و پاسخ‌خواهی از دستگاه قضایی نیز، بر اساس خوانش صحیح از تفکیک قوا و استقلال قضایی توجیه‌پذیر است؛ استقلال قضایی در یک دولت قانون‌مدار باید به نفی تزامم و اخلال قوا در امور یکدیگر در عین تعامل و نظارت قانونی آن‌ها بر هم تعبیر شود.

راهبرد برقراری تعادل میان دو رویکرد پیش‌گفته و در نتیجه پاسخ‌گو بودن نظام قضایی در عین حفظ استقلال را، باید در دو نکته دانست: نخست آنکه برای تضمین استقلال قضایی، باید پاسخ‌گویی قضایی را منصرف از سازوکارهای پاسخ‌گویی دانست که مبتنی بر روابط سلسله‌مراتبی است و دستگاه قضایی را به تابعی از دولت یا جامعه تبدیل می‌کند. و نکته دوم، رویکرد مرتبه‌ای به پاسخ‌گویی است که به‌موجب آن، پاسخ‌گویی خود دارای درجات و مراتبی است که فقد یکی از عناصر و مؤلفه‌های رایج در پاسخ‌گویی، به معنای عدم تحقق پاسخ‌گویی نیست.

به این ترتیب، با خارج ساختن سازوکارهای سلسله‌مراتبی از دامنه پاسخ‌گویی قضایی و یا ایجاد محدودیت در برخی سازوکارهای دیگر، می‌توان در عین حفظ استقلال قضایی، درجاتی از پاسخ‌گویی را در دستگاه قضایی پیاده‌سازی نمود و از رهگذر افزایش رضایت‌مندی شهروندان، اعتماد عمومی به دستگاه قضایی و در نتیجه افزایش مشروعیت آن، استقلال نظام قضایی را تقویت نمود.

به نظر می‌رسد دستیابی به این آرمان، نیازمند نظام‌مندسازی پاسخ‌گویی قضایی در کشور با پیش‌بینی سازوکارهای اجرایی مشخص و بدون ابهام است تا از این رهگذر، باب تفسیرهای سیاسی و سلیقه‌ای از قانون یا شانه خالی کردن از بار مسئولیت مسدود گردد. به‌ویژه آنکه به‌رغم وجود ظرفیت‌های قانونی برای پاسخ‌خواهی مجلس شورای اسلامی از قوه قضائیه، الزام قانونی به ارائه پاسخ از سوی قوه قضائیه و شفاف‌سازی فرایندهای رایج در این قوه وجود ندارد. لذا به نظر می‌رسد پیش‌بینی سازوکار مشخص در قوه قضائیه و تعیین حدود مسئولیت مقامات و نهادهای قضایی برای پاسخ‌گویی فراقوه‌ای و همچنین پیش‌بینی ضمانت‌اجرای مشخص برای مسئولیت‌های پیش‌گفته، ازجمله مهم‌ترین راهبردهای این حوزه تلقی می‌گردد.

منابع

- ایمانی، عباس (۱۳۸۵)، «همگرایی حقوق و سیاست در اصل نود قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۹۴.
- آذریک، صبا (۱۳۸۶)، «گزارشی از سرنوشت تحقیق و تفحص مجلس از قوه قضائیه: تفحص ناتمام»، روزنامه اعتماد، شماره ۱۴۸۶. قابل دسترسی در:
<https://www.magiran.com/article/1478720>
- ترنر، مارک و هیوم، دیوید (۱۳۸۴)، حکومت‌داری، مدیریت و توسعه: چگونه دولت کارآمد داشته باشیم، ترجمه عباس منوریان، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی.
- تقی‌زاده، احمد (۱۳۹۶)، سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، بررسی اصل نودم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- جلالی، محمد و زهرا اثر (۱۳۹۵)، «پاسخ‌گویی دولت: جایگاه، ارکان و پیش‌شرط‌ها»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر، قاسم کرامت و مرتضی شهبازی‌نیا (۱۳۸۹)، «استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱.
- خبرگزاری تسنیم (۱۳۹۷)، «ضعف جدی مجلس در تحقیق و تفحص»، قابل دسترسی در:
<https://tn.ai/1725791>
- خبرگزاری خانه ملت (۱۳۸۷)، «گزارش تحقیق و تفحص از قوه قضائیه در صحن علنی مجلس قرائت شد»، قابل دسترسی در:
<https://www.icana.ir/Fa/News/11362>
- دنها، رابرت (۱۳۹۷)، نظریه‌های سازمان دولتی، ترجمه سید مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: انتشارات صفار.
- رحمان‌دوست، مجتبی (۱۳۹۳)، «مجلس حق نظارت بر قوه قضائیه را دارد»، گفت‌وگو با خبرگزاری ایسنا، قابل دسترسی در:
<https://www.isna.ir/news/93072916414>
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۲)، «پاسخ‌گویی قوه قضائیه در برابر مجلس»، پژوهش‌نامه علوم انسانی و اجتماعی، شماره ۹.
- صنیعی‌منفرد، محمدعلی (۱۳۸۰)، «استقلال قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، شماره ۲۲.
- عامری، فائزه (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی اصلاحات قضایی مبتنی بر حاکمیت قانون، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- علم‌الهدی، حجت‌اله و امیرحسین اصل‌زعیم (۱۳۹۲)، «بررسی ابعاد حقوقی مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی به‌موجب اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی»، مطالعات حقوقی دولت اسلامی، شماره ۴.
- فُرتیه، ونسان (۱۳۸۸)، «قابلیت اعمال استانداردهای ایزو ۹۰۰۱ در فعالیت‌های قضایی»، ترجمه حامد رحمانیان، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، شماره ۶۷.

- کریمی‌راد، جمال (۱۳۸۳)، «مجلس حق تحقیق و تفحص در امور قضایی را ندارد»، نشست خبری سخنگوی قوه قضائیه، به نقل از خبرگزاری مهر، قابل دسترسی در: <https://www.mehrnews.com/news/126689>
- کرامت، قاسم (۱۳۹۳)، استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی، تهران: نشر دادیار.
- کشاورز، بهمن (۱۳۸۳)، «آیا مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در کلیه امور قوه قضائیه را دارد؟»، فصل‌نامه وکالت، شماره ۲۳ و ۲۴.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، بررسی عبارت طرز کار قوای سه‌گانه مندرج در اصل نود قانون اساسی، گزارش پژوهشی.
- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، جلد ۲، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۸)، صحیفه امام، ج ۱۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- میرزاده، نادر و علی سهرابلو (۱۳۹۳)، «نسبت‌سنجی اصل ۱۱۳ قانون اساسی با اصل استقلال قوا»، اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۱.
- میرسپاسی، ناصر و محمدرضا باقرزاده (۱۳۸۵)، «آسیب‌شناسی نظام پاسخ‌گویی در سازمان‌های دولتی»، مجله پژوهشگر، شماره ۷.
- نعمتی، مژگان (۱۳۹۸)، کیفیت عدالت در دادگاه‌های کیفری ایران؛ با تأکید بر شاخص‌های پاسخ‌گویی و شفافیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس.
- وکیلان، حسن (بی‌تا)، نظام حقوقی مدیریت دستگاه قضایی: مطالعه تطبیقی، تهران: گزارش پژوهشی پژوهشگاه قوه قضائیه.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۴)، «تحلیل حق تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی از قوه قضائیه»، ماهنامه دادرسی، شماره ۴۹.
- هاشم‌زاده هریسی، هاشم (۱۳۸۷)، «موانع و راهکارهای تعامل میان قوای مجریه و مقننه»، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره ۱۴.
- هیوز، آون (۱۳۹۷)، مدیریت دولتی نوین: نگرشی راهبردی، ترجمه سید مهدی الوانی و دیگران، تهران: انتشارات مروارید.
- یوری، اسدا... و محمدقاسم تنگستانی (۱۳۹۵)، «نظام پاسخ‌گویی قوه قضائیه و نسبت آن با استقلال این قوه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۵.

عربی

- باهی‌یونس، محمد (۲۰۰۲)، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظامين المصري و الكويت، دار الجامعة للنشر.
- علی حمود القیسی، أعاد (۲۰۱۶)، النظام الإجرائی للتحقیق البرلمانی و أثره الدستوری فی النظامین العراقی و الكويتی، دون محل الطباعة.
- محمدعمران، فارس (۲۰۰۸)، التحقیق البرلمانی فی الدول العربیة و الامریکیة و الأروبیة، المركز القومي،

الإصدار.

- نجيب حسنى، محمود (١٩٩٢)، الدستور والقانون الجنائى، القاهرة: دار النهضة العربية.
- نصار، جابر (١٩٩٦)، الوسيط فى القانون الدستورى، الطبعة الأولى، القاهرة: دار النهضة العربية.

انگلیسی

- Cappelletti, Mauro (1983), "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility", **the American Journal of Comparative Law**, 31 (1).
- Contini, Francesco & Mohr, Richard (2008), "Judicial Evaluation Traditions, Innovation and Proposals for Measuring the Quality of Court Performance", VDM Verlag Dr. Muller, Saarbrücken.
- Contini, Francisco & Mohr, Richard (2007), "Reconciling Independence and Accountability in Judicial System", **Utrecht Law Review**, 3 (2).
- Doogue, Jan-Marie; Doherty, Colin & Jeff Simpson (2013), "Accountability for The Administration and Organization of The Judiciary", Paper presented to the Asia Pacific Courts Conference, Auckland, New Zealand.
- Griffith, Gareth (1998), "Judicial Accountability", Background Paper No 1/98, NSW Parliamentary Library Research Service.
- Griffith, Gareth (1998), **Judicial Accountability**, the NSW Parliamentary Library.
- Hernes, Tor (2005), "Four Ideal-Type Organizational Responses to New Public Management Reforms and Some Consequences", **International Review of Administrative Sciences**, 71 (1).
- Langbroek, Philip M. & Dijkstra, Rachel I. & others (2017), "Performance Management of Courts and Judges: Organizational and Professional Learning versus Political Accountabilities", in **Handle with Care: Assessing and Designing Methods for Evaluation and Development of the Quality of Justice**, IRSIG-CNR. Bologna.
- Le Sueu, Andrew (2004), "Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK", **Legal Studies**; 24 (1).
- Mohr, Richard & Contini, Francesco (2007), "Judicial Evaluation in Context: Principles, Practices and Promise in Nine European Countries", **Journal of Legal Studies**, 1 (2).
- Mulgan, Richard (2000), **Accountability: An ever-expanding concept?**, Blackwell Publishers Ltd.
- NCSC (2001), "Trial Court Performance Standard and Measurement System", Retrieved 6 June 2006, from: http://www.ncsconline.org/D_Research/tcps/index.html
- NCSC (2006), "Courtools", Retrieved 30 May 2006, from: http://www.ncsconline.org/D_Research/CourTools/tcmp_courttools.htm
- Piana, Daniela (2016), **Judicial Accountabilities in New Europe**, New York, Routledge.
- Pimentel, David (2016), "Balancing Judicial Independence and Accountability in a Transitional State: The Case of Thailand", **Pacific Basin Law Journal**; 33 (2)

- Sturgess, Garry & Chubb, Philip (1988), **Judging the World: Law and Politics in the World's Leading Courts**, Richmond, Butterworths.

فرانسه

- Duverge, Maurice (1970), **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**, Presses Universitaires de France, P.U.F. Thémis 7ed.
- Georges, Vallindas (1999), **Droit Public**, Paris, Edition Siri 7ed.
- Gicquel, Jean (1993), **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 120 ed., Montchresion Paris.
- Grouzatier, J. (1975), **Le rôle des Conmissions D'enquete du Congres des Etat - Unis**, R.D.P.
- Prelot, Marcel & Boloutus, Jean (1990), **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**, Paris, Daloz.

شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آنها در نظام حقوقی ایران^۱

محمود خادمان*، ابوطالب کوشا**، فاطمه نوری***

چکیده

رمزارزها گونه غیرمتمرکز از ارزهای دیجیتالی می‌باشند که با فناوری جدیدی ارائه شده‌اند. شناسایی ماهیت رمزارزها رابطه تنگاتنگی با بازشناسی ساختار فنی هریک از اقسام آن دارد. لذا ارائه ماهیتی واحد با وجود اقسام متنوع، امکان‌پذیر نبوده و قابل ایراد است. رمزارزها گونه‌ای از اموال غیرمادی و یا در صورت توسعه و تسری مفهوم عین به اموال ناملموس، از اعیان محسوب شده که دارای مالیت عرفی و شرعی نیز می‌باشند. رمزارزها اگرچه از لحاظ تئوریک و مبانی حقوقی و اقتصادی می‌توانند کارکردهای پول را ایفا نمایند و به‌عنوان واسطه مبادله در میان مردم جهان نیز پذیرفته شده‌اند لکن بر اساس قوانین پولی، جهت صدق عنوان پول، نیازمند شناسایی دولت‌ها نیز می‌باشند؛ برخی از انواع رمزارزها همچون رمزارزهای ملی به واسطه خلق توسط کشورها از این شناسایی برخوردار هستند لکن سایر اقسام آن، تا زمانی که در قوانین به رسمیت شناخته نشوند، پول تلقی نشده و صرفاً یک دارایی دیجیتال محسوب می‌شوند. گونه دیگری از انواع رمزارزها یعنی توکن‌های صادره در عرضه

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «امکان‌سنجی حقوقی استفاده از رمزارزها در مبادلات مالی و پولی بین‌المللی مشمول تحریم» با راهنمایی دکتر محمود خادمان و مشاوره دکتر ابوطالب کوشا در دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری است.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
mkhademan@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
Koosha1336@yahoo.com

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
fnouri67@yahoo.com (نویسنده مسئول)

اولیه سکه نیز با مفهوم اوراق بهادار تطبیق داده می‌شوند. در خصوص مسائل حقوقی مرتبط با رمزارزها از جمله ماهیت آن‌ها تاکنون چندین مصوبه و آیین‌نامه از ارگان‌های مختلف صادر شده لکن این متون قانونی غالباً ناقص بوده و خارج از حدود اختیارات تدوین شده است، لذا ورود مرجع رسمی قانون‌گذاری کشور به مسائل این حوزه و تدوین قانون جامع و کامل ضرورت دارد.

واژگان کلیدی: رمزارز، ارز مجازی، مالیت، اموال غیرمادی، اوراق بهادار

مقدمه

رمزارزها یا ارزهای مجازی نسل جدیدی از پول‌های دیجیتال، هستند؛ ایده این پول‌ها، در سال ۱۹۹۸ به‌منظور تسهیل انجام امور مالی و ایجاد پولی بدون حضور واسطه‌ها (بانک) توسط «وی‌دای»^۱ مطرح شد. وی پیشنهاد نوع جدیدی از پول الکترونیک را داد که از روش رمزگذاری رایانه‌ای برای کنترل تولید پول و انجام معاملات بدون واسطه و مرجع مرکزی استفاده می‌کرد. در طول سال‌های مختلف این ایده توسط متخصصین حوزه فناوری اطلاعات پیگیری شد؛ تا اینکه در سال ۲۰۰۹، بیت‌کوین^۲ به‌عنوان اولین واحد پول مجازی و نمونه موفق عملیاتی طرح‌های سابق توسط محقق یا محققین ناشناس با نام مستعار ساتوشی ناکاموتو^۳ معرفی شد. تجربه موفق بیت‌کوین و مزایایی که تکنولوژی آن با خود به ارمغان آورد همچون تسریع نقل و انتقال ارز در سراسر جهان، غیرقابل‌شناسایی بودن طرفین مبادله، ناتوانی دولت‌ها در مصادره و بلوکه کردن، خاصیت ضد تورمی داشتن، کارمزد پایین نقل و انتقالات و بسیاری از مزایای دیگر (Karl Hardle, 2019: 2)، موجب گردید در مدت‌زمان کوتاهی، به‌طور فزاینده‌ای رشد یافته و انواع و اقسام مختلفی از آن با اهداف متنوع خلق گردد. با گسترش این پدیده، حکومت‌ها درصدد تنظیم قوانین و مقررات این حوزه برآمدند، با توجه به نوظهور بودن این پدیده اولین موضوعی که لازم است بدان پرداخته شده و بررسی گردد شناسایی ماهیت آن است تا متناسب با ماهیت پذیرفته‌شده، قوانین و مقرراتی شایسته، تنظیم و تصویب گردد. در این زمینه در نظام حقوقی ایران هم پژوهش‌هایی همچون مقدمه‌ای بر تنظیم‌گری رمزینه‌ارزها در اقتصاد ایران، بیت‌کوین نخستین پول مجازی، بیت‌کوین و ماهیت مالی و فقهی پول مجازی، بررسی فقهی پول مجازی، بررسی وضعیت فقهی و حقوقی بیت‌کوین، تحلیل ارزهای مجازی در پرتو فقه و... به‌عمل آمده‌است؛ که با وجود مهم و کاربردی بودن این تحقیقات، دو موضوع در این رابطه قابل توجه است؛ اولاً عناوین بسیاری از این تحقیقات کلی بوده و کلیه مسائل

1. Wei Dai

2. Bitcoin

3. Satoshi Nakamoto

حقوقی منشعب از رمزارزها را دربرمی‌گیرد و بخش کوچکی از این پژوهش‌ها تخصصاً به بررسی ماهیت حقوقی رمزارزها پرداخته‌اند. ثانیاً در مبحث ماهیت نیز غالباً تنها به بررسی ماهیت و ابعاد حقوقی بیت‌کوین پرداخته شده و به سایر اقسام رمزارزها عنایتی نشده است. اگرچه بیت‌کوین سرمدمدار رمزارزها است، لکن بررسی ارکان آن به تنهایی نمی‌تواند مبین ارکان و عناصر انواع دیگر رمزارزها باشد. پژوهش حاضر با در نظر گرفتن دو نکته فوق‌الذکر در نظر دارد ماهیت رمزارزها را با توجه و اعتنای به اشکال متنوع آن از یک سو و مبانی موجود در نظام حقوقی ایران از سوی دیگر مورد تحلیل و بررسی قرار دهد. در این راستا ابتدا به موضوع‌شناسی پرداخته، مفهوم رمزارزها را تبیین نموده و اقسام آن را برمی‌شماریم. سپس مالیت آن را مورد واکاوی قرار داده و رمزارزها را به‌عنوان یک دارایی بررسی می‌کنیم. در مبحث بعد از آن، فرضیه پول بودن رمزارزها را تحلیل نموده و در آخر تطبیق ماهیت آن با اوراق بهادار را واکاوی می‌نماییم.

۱. تعریف رمزارزها و اقسام آن

کلماتی مانند ارز دیجیتال، ارز مجازی، رمزارز، ارز رمزپایه، ارز رمزنگاری‌شده، و یا حتی رمزپول، که در کتاب‌ها، سایت‌ها، مقالات و کلیه منابع مرتبط، به چشم می‌خورد در واقع برگردان انگلیسی یک کلمه است و یک مفهوم را می‌رساند، یعنی کریپتوکارنسی (cryptocurrency) است؛ کریپتوکارنسی از جمع دو لغت crypto به معنای رمزی، سری، پنهانی و currency به معنای پول رایج، ارز، ایجاد شده است و مجموع آن، یعنی پول یا ارزی که بر پایه علوم رمزنگاری شده ایجاد شده و می‌تواند با استفاده از علم ریاضیات، کدهای رمزنگاری شده‌ای را ایجاد کند تا اطلاعات پنهان بماند و کسی نتواند در روند تولید، انتشار و انجام مبادلات خللی وارد آورد. البته تعابیر فوق‌الذکر با یکدیگر تفاوت‌های ظریفی دارد و به کار بردن آن‌ها به جای هم کاربرد غلطی است؛ لکن غالباً در نوشته‌ها، تمام این عناوین و مصادیق در ذیل لغت کریپتوکارنسی به کار برده می‌شود. در تعبیر صحیح، ارزهای دیجیتال^۱ ارزهایی هستند که به صورت الکترونیکی ذخیره و منتقل می‌شوند. هرگونه پولی که بر مبنای صفر و یک باشد در این تعریف می‌گنجد؛ اعم از اینکه مبنای آن پول سنتی و بانکی باشد و یا ارزهای مجازی. لذا ارز دیجیتال مفهومی موسع دارد و کلیه ارزهایی را که غیرفیزیکی هستند دربرمی‌گیرد (Wagner, 2014: 3). ارز مجازی^۲ از این جهت که غیر ملموس است نوعی ارز دیجیتال محسوب می‌شود و وجه تمایز آن این است که پول دیجیتال، نماینده اسکناس‌های بانکی

1. Wikipedia: Digital currency (digital money, electronic money or electronic currency) is a type of currency available in digital form (in contrast to physical, such as banknotes and coins)

2. Virtual currency

است که فقط سازوکار آن غیرفیزیکی شده است در حالی که ارز مجازی هیچ گونه ارتباطی با پول بانکی نداشته و یک ارز جدید با سازوکار منحصر به فرد است (نواب پور و نوری، ۱۳۹۷: ۴). مطابق یک دسته بندی، می توان ارزهای مجازی را به غیر قابل تبدیل و قابل تبدیل، تقسیم نمود؛ ارزهای غیر قابل تبدیل به هیچ عنوان امکان تبدیل به پول های بانکی را ندارند مانند پول هایی که در بازی های رایانه ای یا موبایلی کسب می شود و اصطلاحاً به آن سکه بازی می گویند. این ارزها به صورت متمرکز هستند و یک نهاد مرکزی برای مثال سازنده بازی آن را منتشر کرده و دفتر کل را نزد خود نگاه می دارد. ارز مجازی قابل تبدیل، امکان تبدیل به پول های حقیقی و بالعکس را دارند و از آن برای خرید کالا و خدمات حقیقی و مجازی می توان بهره گرفت. این ارز به دو دسته متمرکز و غیر متمرکز تقسیم می شود. در متمرکزها، انتشار و کنترل ارز توسط یک نهاد مرکزی صورت می گیرد اما در ارز مجازی غیر متمرکز تمام فرایندها از جمله انتشار و تأیید تراکنش ها به جای اینکه توسط نهاد مرکزی انجام گیرد از طریق تمامی افراد با سازوکارهای علوم ریاضی رمزنگاری، صورت می پذیرد. الگوریتم های ریاضی رمزگذاری صحت معاملات را تأیید می کنند و هیچ کاربری نمی تواند در شبکه تغییر ایجاد نماید (نواب پور، ۱۳۹۷: ۵ و ۶). این دسته بندی قادر است تمام انواع ارزهای مجازی را که در حال ساخت است تحت پوشش قرار دهد و چنانچه بخواهیم ماهیت آن ها را شناسایی کنیم این تقسیم بندی به ما کمک خواهد نمود.

رمزارها در دسته ارزهای مجازی غیر متمرکز گنجانده می شوند؛ رمزارها در مصداق های مختلفی تجلی یافتند که شاید با نگاه فنی برخی از آن ها را نتوان رمزارز به معنای حقیقی دانست بلکه از جمله ارزهای مجازی متمرکز به شمار می روند لکن در مطالعات داخلی و خارجی تفاوتی میان آن ها نمی گذارند و مسامحتاً همه آن ها را ذیل دسته رمزارز مطالعه می نمایند لذا ما نیز در این نوشتار به مطالعه کلیه انواع آن خواهیم پرداخت که عبارت اند از کوین ها^۱، توکن ها^۲، رمزارز ملی، رمزارزهای با پشتوانه^۳. شناخت ساختار فنی هریک از انواع رمزارزها به جهت تأثیر در تفاوت ماهیت آنها، ضرورت دارد؛ لذا در ذیل، مختصراً این اقسام را توضیح می دهیم:

کوین ها که با نام های رمزارزهای بین المللی یا جهان روا نیز خوانده می شوند، نمونه اجزای ارزهای غیر متمرکز هستند. این رمزارزها توسط هیچ نهاد مرکزی ای صادر نشده و کنترل نمی شوند، بلکه عملیات صدور توسط اجماعی از دارندگان این ارز به عمل آمده و معاملات و تراکنش ها توسط همین

1. Coin
2. token
3. Stable coin

افراد تأیید و ثبت می‌شود. ثبت این معاملات در بلوک‌های نرم‌افزاری بدون امکان تغییر و قابل نظارت همگان انجام می‌شود که به این فناوری بلاکچین^۱ گفته می‌شود. (Shadab, Houman B, 2014: 14).

توکن هم نوعی ارز دیجیتال است با این تفاوت که بلاکچین جداگانه‌ای ندارد و از بلاکچین ارزهای دیگر استفاده می‌کند. در واقع یک توکن، نماد یک دارایی و یا کاربردی است که یک سازمان به سرمایه‌گذاران خود در مرحله عرضه اولیه سکه (ICO)^۲ می‌دهد. توکن‌ها معمولاً برای یک پروژه طراحی و تولید می‌شوند. طراح پروژه برای تدارک سرمایه لازم، توکنی را منتشر می‌کند و افراد می‌توانند با خرید این توکن در این پروژه سرمایه‌گذاری نمایند (Momtaz, 2018: 1-3). توکن‌ها، در مفهوم موسع به سه نوع توکن کاربردی^۳، توکن بهادار^۴ و توکن ارزی^۵ تقسیم می‌شود که بر این اساس حتی برخی کوین‌ها هم در مفهوم توکن گنجانده می‌شوند. گاه، به موجب یک ICO، توکن‌های ارزی منتشر می‌شوند که در این حالت توکن همانند یک کوین صرفاً به عنوان ابزار پرداخت و ذخیره ارزش عمل می‌کند و قابل مبادله با سایر ارزهاست؛ برخی اوقات در ICOها انتشار توکن کاربردی اتفاق می‌افتد، ناشر با انتشار این نوع توکن، به دارندگان اجازه استفاده از محصولات یا خدمات تعریف شده‌ای را می‌دهد. این توکن به هیچ عنوان حق مالکیتی در محصولات ایجاد نمی‌کند (Momtaz, 2018: 6-7).

توکن کاربردی علاوه بر اینکه ابزار پرداخت و ذخیره ارزش نیز می‌باشد، به دارنده خود اجازه استفاده از خدماتی که توکن برای ایجاد آن منتشر شده است را می‌دهد (Hacker, Philipp and Thomale, 2017: 12). دسته آخر یعنی توکن‌های بهادار نماینده سهام، اوراق بهادار و یا هر دارایی مالی دیگری می‌باشند (Karl Hardle, 2019: 9)، به عبارت دیگر توکن‌هایی که در یک عرضه اولیه، منتشر می‌شوند ممکن است جنبه سرمایه‌گذاری داشته باشد که در این حالت شرکت عرضه‌کننده توکن، دارندگان را در سود حاصل از فعالیت نوآورانه‌ای که خلق توکن و فروش آن به هدف تحقق این فعالیت

1. Block chain

بلاکچین یک دفتر کل توزیع شده مشترک است که فرایند ثبت تراکنش‌ها و رهگیری دارایی‌ها را در یک شبکه کسب‌وکار تسهیل می‌کند. دارایی می‌تواند هر چیز باارزشی باشد که در شبکه بلاکچین ردیابی و معامله شود؛ در حقیقت بلاکچین یک دفتر کل مجازی است که کلیه معاملات را در خود ثبت و ضبط می‌کند و برای تمام طرف‌های درگیر در معامله قابل رؤیت و پیگیری است بدون اینکه امکان تغییر و دستکاری در مطالب ذخیره شده وجود داشته باشد. اگرچه فناوری بلاکچین با ظهور بیت کوین خود را به جهان معرفی نمود لکن این فناوری منحصر در ثبت مبادلات مالی نبوده و قادر به ثبت و نگهداری هر معامله یا عمل بر روی دارایی‌ها می‌باشد (نک: عباسی، ۱۳۹۷).

2. Initial coin offering

3. Utility token

4. Security token

5. Crypto token

انجام شده است شریک می‌نماید (Hacker, Philipp and Thomale, Chris, 2017: 13). رمزارز ملی، به رمزارزی گفته می‌شود که توسط دولت‌ها تولید می‌شود بنابراین خاصیت غیرمتمرکز بودن را از دست داده است و لذا رمزارز به معنای حقیقی کلمه نباید شمرده شود. رمزارزهای صادره توسط دولت‌ها به رمزارزهای بانک مرکزی مشهور بوده و علامت اختصاری CBDC^۱ معرف این مدل از رمزارزهاست.

رمزارزهای بایستوانه یا استیبل‌کوین‌ها به نوعی از ارزهای دیجیتال گفته می‌شود که ارزش آن به یک دارایی یا کالای پایدار مانند دلار وابسته است و لذا از سرمایه‌گذاران در مقابل نوسانات بازار ارزهای دیجیتال محافظت می‌کند؛ ارزهای دیجیتال باثبات را به دو دسته متمرکز و غیرمتمرکز تقسیم می‌کنند (Karl Hardle, 2019: 9-10)؛ پشته‌ استیبل‌کوین متمرکز، یک ارز فیات^۲ یا کالا است. معمولاً این کوین‌ها توسط یک نهاد متمرکز مدیریت می‌شوند، به این صورت که آن نهاد متمرکز یک دارایی یا کالا را به عنوان وثیقه در صندوقی نگه می‌دارد. بنابراین CBDCها را می‌توان یک نوع استیبل‌کوین نیز دانست.

ارز دیجیتال «USDT» که توسط شرکت تتر اداره می‌شود، یک نمونه از ارزهای دیجیتال باثبات است که توسط دلار پشتیبانی می‌شود. ارز دیجیتال «پترو» نیز نمونه‌ای از ارزهای دیجیتال پشتیبانی شده با کالا است که توسط دولت ونزوئلا و برای مقابله با ابرتورم راه‌اندازی شده است. این ارز توسط نفت ونزوئلا پشتیبانی می‌شود. استیبل‌کوین غیرمتمرکز، ارزی است که توسط هیچ نهاد ثالثی کنترل نمی‌شود. برخلاف تصور رایج، این ارزها بدون پشته‌ استیبل‌کوین نیستند. بلکه توسط یک ارز دیجیتال غیرمتمرکز دیگر، پشتیبانی می‌شوند؛ نمونه آن رمز ارز «سای»^۳ است. (Karl Hardle, 2019: 10).

۲. شناسایی رمزارزها به عنوان قسمی از اموال

در فرایند تبیین ماهیت رمزارزها اولین بحث، تبیین نمودن این موضوع است که آیا اساساً می‌توان گونه‌های مختلف رمزارزها را نوعی مال تلقی نمود؟ و آیا برای آن‌ها می‌توان قائل به مالیت شد؟ در صورتی که پاسخ به این سؤالات مثبت باشد نوبت به مشخص نمودن نوع و گونه رمزارزها با عنایت به طبقه‌بندی اموال می‌رسد. موضوعات مذکور در این بخش از مقاله بررسی می‌گردد.

1. Central bank digital currency (CBDC)

۲. به پول‌های بدون پشته‌ استیبل‌کوین امروزی که توسط بانک‌های مرکزی و با نظارت سیستم‌های بانکی کشورها منتشر می‌شوند پول یا ارز فیات (یا واقعی) گفته می‌شود (Fiat Money).

3. Sai

۲-۱. تعریف مال

مال در لغت به معنای خواسته است، آنچه در ملک کسی باشد و ارزش مبادله داشته باشد (فرهنگ لغت عمید و دهخدا). تعریف حقوقی مال از تعریف لغوی آن دور نمانده است؛ اگرچه قانون مدنی در بحث از اموال، تعریفی از مال ارائه نداده و به بیان مصادیق آن اکتفا نموده است لکن معنای مال را می‌توان در نگاه اندیشمندان حقوق پیدا نمود. در این رابطه گفته شده مال چیزی است که ارزش معامله داشته و بتواند مورد دادوستد قرار گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۹۵؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۳؛ امامی، ۱۳۸۶: ۲۶؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۰).

دکتر کاتوزیان دو عنصر برای مال برمی‌شمرد اول آنکه مفید باشد و نیازی را اعم از نیاز مادی یا معنوی برآورد و دوم قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹). از فحوای کلام همگی برمی‌آید که اطلاق مال به یک شیء، وابسته به پذیرش اجتماعی آن به عنوان یک شیء با ارزش اقتصادی است به طوری که عرف برای تملک آن مابازاء اقتصادی را لازم می‌داند. به همین علت است که وجه تمایز اموال از اشیا، داشتن ارزش مبادله‌ای آن‌هاست (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۳). این ارزش مبادله‌ای خواه در شیء فیزیکی باشد خواه در یک ماهیت غیرمادی تفاوتی از حیث اطلاق عنوان مال نمی‌کند؛ حقوق‌دانان به اتفاق ماهیت‌های غیرفیزیکی را نیز در تعریف مال جای می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۷۳؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۳؛ امامی، ۱۳۸۶: ۲۶؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۲۸۴).

در فقه امامیه، مال عبارت است از: «ما یرغب به العقلاء» و یا «ما یبذل بازائه المال»؛ یعنی مال آن چیزی است که عقلا به آن رغبت دارند و یا آنچه در ازای آن مالی داده می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶: ۳۲۷) امام خمینی (ره) نیز در تعریف مال چنین نظر داده‌اند: «چیزی که تقاضا شود و عقلا بدان میل و رغبت کنند و در برابر آن بها پردازند» (خمینی، ۱۳۹۲: ۱۱). در نگاه فقهی نیر مال مفهومی عرفی است و منحصر در اشیاء مادی نمی‌شود همچنان که گفته شده: «ثمَّ إنَّه لا وجه لتخصیص المال بالأعیان كما يظهر من الطریحی فی مجمع البحرین بل المال فی اللغة و العرف یعمُ المنافع ایضاً و لعلَّ غرضه من التخصیص هو بیان الفرد الغالب» (موسوی خویی، ۱۳۷۸: ۳ و ۴). یعنی وجه معتبری برای اختصاص مال به اعیان وجود ندارد، چنان‌که عرف و لغت آن را اعم از عین و منفعت می‌داند. مؤلف (آیت‌الله خویی) گفته صاحب مجمع البحرین را درباره عینی بودن مال، بر بیان فرد غالب بار می‌کند.

نظرات علمای غیرشیعی نیز در این رابطه قابل تأمل است؛ برخی از علمای حنفی معتقدند، مال محدود به چیزهای لمس‌پذیر و فیزیکی است؛ لکن اکثر علمای مالکی، شافعی و حنبلی تعریف مال را به چیزهای لمس‌پذیر محدود نمی‌کنند. به عنوان مثال السووتی به نقل از امام شافعی، هر

چیزی که ارزش دارد، در خرید و فروش مورد سنجش قرار می‌گیرد، اگر نابود شود جبران می‌شود، مال است. شیخ نقی عثمانی: آداب و رسوم رایج و غالب (عرف) در فضای کسب و کار نقش مهمی در تعریف یک چیز به عنوان مال دارد. به همین دلیل حق مالکیت معنوی، ثبت اختراع، علائم تجاری و حسن نیت با وجود اینکه لمس‌پذیر نیستند مال محسوب می‌شوند زیرا این موارد در عرف کسب و کار و تجارت امروز، بسیار ارزشمند هستند (محمد ابوبکر، بی تا: ۱۵).

بنابراین عرف و عقلا و اکثریت علمای شیعه و غیر آن، لفظ و عنوان مال را برای اشاره به ذات شیئی که متصف به وصف مالیت یا ارزش مبادله‌ای شده است به کار می‌برند. فرقی نمی‌کند آن ذات و شیء عین خارجی و ملموس باشد یا غیر آن. لذا جهت تطبیق رمزارزها بر مفهوم مال، لازم است مالیت به عنوان عنصر جدایی‌ناپذیر از مفهوم مال، تبیین گردد.

۲-۲. مفهوم مالیت

میرزای نائینی با ظرافت شروط چهارگانه‌ای را برای مالیت بر شمرده است: اولاً شیء باید دارای یکی از دو ویژگی «منفعت» یا «خاصیت» باشد؛ مراد از «منفعت»، قابلیت انتفاع از شیء با بقای آن است؛ مانند سکونت در خانه؛ و مراد از «خاصیت» منافع است که بر شیء مترتب می‌شود و با از بین رفتن عین شیء همراه خواهد بود؛ مانند سیری که بر خوردن نان، به همراه از بین رفتن آن، مترتب می‌شود. ثانیاً عقلاً به حسب عادتشان، به خاطر منفعت یا خاصیت این شیء، آن را جمع‌آوری کنند؛ اشیایی که عقلاً آن را جمع‌آوری نمی‌کنند، هر چند منفعت و خاصیت داشته باشند، ولی به دلیلی همچون فراوانی، راغب به جمع کردن آن نباشند، مالیت ندارند. سنگ و خاک نمونه این مورد است. ثالثاً عقلاً در برابر این شیء مال پرداخت کنند. اگر عقلاً برای آن، مال پرداخت نکنند، مالیت ندارد؛ برای نمونه، عقلاً برای آب در کنار نهر در عین داشتن منفعت و خاصیت، مال پرداخت نمی‌کنند. این سه شرط تعبیر به مالیت عرفی می‌شود و شرط چهارم مالیت شرعی را بر می‌شمرد. رابعاً منفعت یا خاصیت مقوم مالیت شیء، مورد نهی شارع نباشد. برای نمونه، شراب به واسطه نهی شارع مالیت ندارد (نائینی، ۱۴۱۳/۲: ۳۶۵-۳۶۴).

یکی از حقوق دانان معاصر در این زمینه می‌نویسد: «... ارزش اقتصادی کالا وابسته به منافع آن است و آنچه نیازی را رفع نمی‌کند و سودی به بار نمی‌آورد مال نیست، در جهان حقوق منفعتی اعتبار دارد که نه تنها در دید عرف و نزد خردمندان فایده به شمار رود، بلکه قانون و اخلاق نیز آن را مباح بدانند اگرچه ممکن است در دیدگاه اقتصادی هر آنچه رغبتی را برانگیزد و در برابر آن پول پرداخته شود مال تلقی شود هر چند به ملکیت حقوقی در نیاید و معاملات آن ممنوع باشد مانند خرید و فروش مواد مخدر» (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۷۴)؛ لکن پیش‌تر اشاره شد که مال یک ذات است و مالیت وصف

عرضی آن، لذا ممکن است مالی این وصف عرضی را از دست بدهد یا در ارزش آن تغییری رخ دهد مانند مالیت یخ در تابستان. لکن این ذات و وصف آن، چنان درهم تنیده شده‌اند که بدون یکدیگر قابل تصور نیستند و به همین علت است که در تعاریف مال همه‌جا از ارزش اقتصادی یا همان مالیت مال سخن به میان آید لکن باید میان مالیت عرفی و حقوقی یا شرعی قائل به تفکیک بود. آنچه برای صدق عنوان مال در یک شیء کافی است مالیت عرفی آن است لذا نمی‌توان گفت اسلحه مال نیست چون در برخی معاملات ممنوع است. چنانچه اگر شخصی با مجوز اسلحه‌ای را تصاحب کند نمی‌توان معتقد بود عقدی محقق نشده است لذا مالیت لازم برای آنکه یک شیء مال تلقی شود صرفاً مفهوم عرفی آن است.

۳-۲. تطبیق رمزارزها با مفهوم مال و مالیت

اکنون ضرورت دارد مفاهیم پیش‌گفته با رمزارزها تطبیق داده شود تا مشخص گردد آیا می‌توان برای رمزارزها قائل به مالیت شد و آن‌ها را مال قلمداد نمود؟ درخصوص طبیعت غیرملموس، غیرعینی و غیرفیزیکی رمزارزها همان‌طور که در مطالب پیشین گفته شد، این موضوع موجب خروج رمزارزها از مفهوم مال نخواهد شد؛ اما درخصوص صدق شرایط مالیت ممکن است تردید وجود داشته باشد که تبیین آن ضرورت دارد. ممکن است گفته شود مفید بودن هر چیزی از این نظر است که نیازی از انسان، خواه مادی یا معنوی، را برآورده کند، حال آنکه رمزارزها، نیازی از انسان را برآورده نمی‌کنند. لکن در پاسخ باید گفت، برطرف شدن نیاز به دو شیوه انجام می‌شود: گاهی آن شیء به علت مرتفع کردن نیاز انسان، ارزش ذاتی دارد، مانند طلا، پوشاک و اتومبیل و گاهی آن شیء مستقیماً نیاز انسان را برطرف نکرده و ارزش ذاتی ندارد، مانند اسکناس که ذات آن، کاغذی بیش نیست و ارزشی ندارد، ولی از آنجا که به‌عنوان وسیله‌ای برای رفع نیازهای انسان استفاده می‌شود، ارزش و مالیت اعتباری دارد (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۲). اگرچه نمی‌توان برای ارزشهای مجازی ارزش ذاتی قائل شد چراکه مستقیماً نیازی را برطرف نمی‌نماید، لیکن از آنجا که این ارزش‌ها همچون اسکناس و پول‌های امروزی می‌توانند به‌عنوان وسیله‌ای برای رفع نیازهای انسان به‌کار روند، مفید و ارزشمند تلقی می‌شوند. از سوی دیگر عقلاً در برابر آن مال پرداخت می‌کنند و این به معنای ارزش اقتصادی آن در میان مردم است. امروزه طبق آمارهای موجود هر روز بر تعداد متقاضیان، استفاده‌کنندگان و پذیرندگان پول رمزنگاری شده افزوده می‌شود؛ لذا بر اساس ضوابط مالیت پیداکردن یک شیء نزد عرف و عقلاً، این مال، مالیت دارد؛ بدین معنا که هم بین عرف و عقلاً مطلوب است و هم برای تحصیل آن به رقابت با هم می‌پردازند (نواب پور و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۲۸).

برخی معتقدند که برای رمزارزها نمی‌توان مالیتی قائل شد چراکه عقلای جامعه به جهت فقدان

پشتوانه از منشأ، غیر متمرکز بودن و ابهاماتی که در مورد آن وجود دارد بدان تمایلی ندارند (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۲؛ میرزاخانی و سعدی، ۱۳۹۷: ۷۹) لکن این تفکر صحیح نیست زیرا رمزارزها، نزد آشنایان با این بازار، به سبب منافع که دارد مرغوب است. از این رو، در مالیت عرفی آن تردیدی نیست. مضافاً اینکه برخی از انواع رمزارزها همان طور که پیش تر اشاره گردید با پشتوانه صادر شده و حاکمیت‌ها نیز از آن‌ها حمایت می‌کنند. همچنین از آنجا که این قبیل ارزها قابلیت استفاده در جهات حلال، همچون پرداخت بهای کالاهای مباح خریداری شده را دارند و منفعت محلله نیز برای آن متصور است، مالیت شرعی آن نیز قابل پذیرش است. لذا با توجه به مفاهیم پیش گفته رمزارزها در هر نوع، شکل و قالب، گونه‌ای از اموال قلمداد شده و مالیت اعتباری دارد و این مالیت، نه از طرف حکومت بلکه از سوی اجتماع و استفاده‌کنندگان آن، اعتبار شده است.

۲-۴. جانمایی رمزارزها در طبقه‌بندی اموال

اکنون که رمزارز را به عنوان یک مال پذیرفتیم و برای آن مالیت قائل شدیم، باید به این موضوع بپردازیم که این مال از چه نوع و قسمی است. همان طور که می‌دانیم اموال به دو دسته اموال مادی و اموال غیر مادی یا حقوق مالی تقسیم می‌شوند. اموال مادی که همان اعیان اموال هستند، اموالی را گویند که دارای عینیت خارجی بوده و می‌توان آن‌ها را لمس کرد و از طرق حواس پنج‌گانه قابل ادراک هستند مانند خانه، اتومبیل و... اموال غیر مادی اموالی هستند که وجود مادی در خارج ندارند ولی جامعه وجود آن‌ها را اعتبار نموده و برای آن ارزش اقتصادی قائل است (امامی، ۱۳۸۶: ۲۶؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۷) اموال غیر مادی (حقوق مالی) به سه دسته حق عینی، حق دینی و حق معنوی (فکری) تقسیم می‌شوند. حق عینی حقی است که شخص به طور مستقیم و بی واسطه نسبت به چیزی پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴). حقوق عینی به اشیای مادی تعلق می‌گیرند مانند حق مالکیت منفعت نسبت به یک ملک؛ حق دینی حقی است که اشخاص بر ذمه دیگران دارند مانند حق طلبکار نسبت به بدهکار؛ حقوق فکری حقوقی هستند که موضوع آن‌ها شیء معین مادی نیست بلکه فعالیت فکری و معنوی دارند آن‌هاست (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۴). موضوع این حقوق ارزش ابتکارها و تراوش‌های ذهنی انسان است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳).

نظر به تعاریف فوق، رمزارزها به جهت ماهیت غیر فیزیکی که دارند در دسته اعیان گنجانده نخواهند شد. لکن در خصوص دسته حقوق مالی لازم است میان انواع مختلف رمزارزها قائل به تفکیک باشیم. برخی رمزارزها که صادرکننده و ناشر مشخصی دارند و محتوای صدور آن‌ها تعهد صادرکننده به تبدیل رمزارز معین با ارز یا ارزهای مشخص است مانند رمزارزهای صادره توسط بانک مرکزی کشورها، را باید نوعی حق دینی دارنده نسبت به صادرکننده در تبدیل به ارز رایج تلقی نمود.

لکن درخصوص سایر رمزارزها که صادرکننده‌ای نداشته و یا صدور آن‌ها از منبعی معین به معنای تعهد صادرکننده به تبدیل نیست باید بررسی نمود که در کدام نوع از دسته‌بندی سنتی فوق گنجانده می‌شوند. چنانچه مفهوم عین به معنای مال ملموس باشد و صرفاً این دسته از اموال، متعلق حقوق عینی قرار گیرند، رمزارزها را نمی‌توان در دسته حقوق عینی قرار داد. از سوی دیگر در این نوع از رمزارز، ذمه شخصی نیز مبنای مراجعه نیست تا از زمره حقوق دینی قرار گیرند. برخی رمزارزها را جزء حقوق معنوی (فکری) قرار داده و می‌نویسند: «باتوجه به ابداع الگوریتم ریاضی که در شبکه بیت‌کوین برای انتقال وجوه در فرایند نظیر به نظیر^۱ وجود دارد، می‌توان بیت‌کوین را نوعی دارایی فکری نیز دانست که مالیت و ارزش اقتصادی آن مورد قبول فقها نیز می‌باشد» (میرزاخانی، ۱۳۹۶: ۳۸). لکن این برداشت ناشی از خلط فکر و ایده اثر با خود اثر و محصول است؛ میان اثر و حامل اثر یعنی همان محصول، تفاوت وجود دارد. به‌عنوان مثال وقتی راجع به اعتبار مالیت و ارزش اقتصادی ایده و فکر ساخت مثلاً یک موبایل با قابلیت‌های مخصوص به خود صحبت می‌کنیم، حق صاحب اثر بر مجموعه فکر و ایده خود که در قالب این موبایل درآمده حق ملکیت معنوی است لکن وقتی راجع به مالیت خود آن موبایل به‌عنوان یک محصول سخن می‌رانیم، با این محصول کار داریم نه ایده ساخت آن. درحقیقت می‌خواهیم مشخص کنیم این محصول، مستقل از ایده ایجاد آن، چه نوع مالی است و حق دارنده آن (نه مبدع یا مخترع آن) از چه نوعی است. در مثال فوق محصول یک «موبایل» است که چون ملموس است از جمله اعیان محسوب شده و حق دارنده آن بر این مال حق عینی محسوب می‌شود. در خصوص رمزارزها نیز این مسئله صادق است. دارنده فکر و ایده ایجاد یک پول و ارز با مکانیزم خاص، قطعاً بر این ایده و فکر حق معنوی دارد، لکن اثر تولیدشده، که در بازار در حال خریدوفروش است چه نوع مالی است؟ بررسی مالیت در مقاله حاضر درخصوص مفهوم دوم (ماهیت حقوقی محصول تولیدشده) است زیرا در مورد مفهوم اول شبهه‌ای وجود ندارد. محصول تولیدشده نمی‌تواند از جمله اموال فکری باشد زیرا دارنده رمزارز بدون هیچ ایده و فکری مبادرت به دریافت و یا فروش آن می‌نماید و به رمزارز همچون سایر اموال می‌نگرد.

بنابر توضیحات فوق، رمزارزها را از کلیه مصادیق تقسیم‌بندی سنتی اموال خارج کردیم. در حالی که اگر رمزارز، گونه‌ای از اموال است بالتبع می‌بایست در یکی از گروه‌های اموال گنجانده شود. برای پاسخ لازم است از تقسیم‌بندی قدیمی، خارج شده و بنابر اقتضائات دنیای امروز دسته‌بندی را تغییر داده یا مفاهیم را گسترش دهیم. نتیجتاً دو نظریه قابل ارائه است. اول آنکه اموال را به دو دسته مادی

و غیرمادی تقسیم نموده و سپس در دسته اموال غیرمادی میان دو دسته اموال فکری و غیرفکری تفکیک گذاریم. بر طبق این دسته‌بندی رمزارزها از دسته اموال غیرمادی غیرفکری به‌شمار می‌روند، یعنی اموالی که اگرچه ماهیتی غیرمادی دارند لکن زائیده فکر و اندیشه نیستند. نمونه این نوع دسته‌بندی در موضوع تبیین «حق شریکان در شرکت‌های تجاری» در برخی نوشته‌های حقوقی آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۱ و ۲۲؛ محمدی، ۱۳۹۱: ۱۰۰) دوم آنکه قائل به تصویری موسع از مفهوم عین گردیم و آن را از مفهوم اشیاء ملموس به هر ماهیتی که فی‌نفسه ارزش دارد (عین در مقابل منفعت) توسعه دهیم. در این صورت عین عبارت است از هر مالی که به خودی‌خود ارزش دارد بدون آنکه به مال دیگر (همچون حقوق عینی مانند حق انتفاع) یا ذمه شخصی دیگر (همچون حقوق دینی مانند طلب) یا فکر و ایده یک فرد (همچون حقوق فکری مانند حق اختراع) وابستگی داشته باشد، اعم از آنکه این ذات و ماهیت مادی باشد یا غیرمادی و لذا حقوق وابسته به این ذات هم در زمره حقوق عینی قرار خواهد گرفت. توسعه مفهوم عین به اموال غیرمادی در برخی نوشته‌های حقوقی نیز دیده می‌شود: «... عین مفهومی عام است که ممکن است موضوع آن مانند اتومبیل مادی باشد؛ یا مانند برق و اموال فکری غیرمادی باشد. به نظر می‌رسد پیش‌بینی عقد اجاره اشیا و اموال در قانون مدنی خود مهر تأییدی بر پذیرش مالکیت به‌عنوان کامل‌ترین نوع حق عینی بر منفعت (به‌عنوان مال غیرمادی) است. همین‌طور استفاده از نهاد «اعراض» در مواد مختلف آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷ نیز دلیل دیگری بر عین بودن اموال فکری (به‌عنوان یکی از اموال با ماهیت غیرمادی) ...» (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۴). از سوی دیگر بنابر ماده ۲۹ قانون مدنی ارتباط افراد با اموال از سه حالت خارج نیست. مالکیت (اعم از عین یا منفعت)، انتفاع و ارتفاق؛ ارتباط و علاقه افراد با رمزارزها به‌عنوان یکی از مصادیق اموال هم باید در همین چهارچوب تفسیر شود. تنها احتساب رمزارزها به‌عنوان عین است که ارتباط با آن را توجیه نموده و در تقسیم قانونی گنجانده می‌شود. بنا بر این نظر، رمزارزها جزء اعیان بوده و کلیه امتیازات و حقوق ناشی از اعیان به آن‌ها نیز تسری پیدا می‌کند. بنابراین خرید و فروش آن‌ها تحت عنوان بیع مطالعه خواهد شد، قابلیت توقیف خواهند داشت، ائتلاف آن‌ها ضامن دارد و سایر قواعد حقوقی مختص به اعیان.

۳. شناسایی رمزارزها به‌عنوان پول

در میان گروهی از مردم‌شناسان رسم است که پول را در کنار آتش و چرخ از جمله اکتشافات و اختراعاتی به‌شمار آورند که سیر تبدیل انسان غارنشین به انسان متمدن را تکمیل کرده است؛ اما حقیقت این است که پیدایش پول به‌عنوان معیار سنجش و وسیله دادوستد به‌موازات گسترش مبادلات میان جوامع ابتدایی صورت گرفته و احتیاجات متعدد و متنوع انسان‌ها و عدم توانایی در تأمین آن‌ها

موجبات پیدایش این پدیده مهم در تاریخ بشر را فراهم نموده است. در زمان‌های بسیار دور و جوامع ابتدایی بشریت، معاملات و مبادلات با استفاده از روش پایاپای انجام می‌گرفتند، بدین معنا که کالاهای موجود در جامعه با یکدیگر مبادله می‌شدند، لکن این معاملات به جهت مشکلات بی‌شماری همچون غیرقابل تقسیم بودن برخی کالاها، ضرورت تناسب و هم‌زمانی نیازهای طرفین مبادله، لزوم اطلاع از نسبت‌های بسیار زیاد مبادله، هزینه حمل و نقل کالاها، فسادپذیری برخی کالاها و مشکلاتی از این قبیل، موجب گردید که بشر به فکر ایجاد وسیله‌ای برای تسهیل در دادوستد افتاده و این تفکر مبنای پیدایش پول گردید (حسن‌زاده و دیگران، ۱۳۹۶: ۷-۲).

در سیر تطور پیدایش پول ابتدا پول کالایی^۱ به وجود آمد و بعد از آن پول فلزی^۲، اسکناس^۳ ایجاد شد. سپس پول‌های الکترونیک پا به عرصه گذاشته و رفته‌رفته ارزشهای مجازی و رمزارزها نمایان شدند به طوری که گفته شده، آینده پول‌های جهان به شمار می‌روند.

بحث بر سر ماهیت پول از زمانی آغاز شد که پول‌ها از اموالی با ارزش ذاتی خارج شده و تبدیل به سکه‌ها و یا اسکناس‌هایی بدون ارزش ذاتی شدند. از آن پس، ماهیت پول با معیارهایی غیر از ارزش ذاتی یک مال تبیین گردید؛ یعنی با سه مبنای حقوقی، قانونی و اقتصادی. لذا ما نیز در این بخش برآنیم رمزارزها و تطبیق آن‌ها با مفهوم پول را از این سه منظر بررسی می‌نماییم.

۳-۱. بررسی ماهیت پولی رمزارزها از منظر حقوقی

در صدق عنوان پول بر رمزارزها با عنایت به مبانی حقوقی موجود، میان اندیشمندان این حوزه اختلاف نظر است. برخی ماهیت رمزارزها را به عنوان پول تأیید کرده‌اند (سیدحسینی و دعائی، ۱۳۹۳: ۸۸؛ امینی و میری، ۱۳۹۳: ۱۶۸؛ روشن و دیگران، ۱۳۹۸: ۷۳) اما برخی دیگر رمزارزها را پول به معنای واقعی نمی‌دانند و عنوان ارز در این موضوع را مبنی بر مسامحه گذاشته‌اند (میرزاخانی،

۱. پول کالایی به عنوان اولین گونه از پول به زمانی بازمی‌گردد که یک کالا به عنوان واسطه مبادله معرفی می‌شد. این کالا هر مال با ارزش ذاتی می‌توانست باشد و نقش واسطه‌گری آن از رغبت و پذیرش اجتماعی نشأت می‌گرفت.

۲. معایب پول کالایی همچون فسادپذیری و عدم قابلیت بخش‌پذیری موجب گردید فلزات گران‌بهای چون طلا و نقره به عنوان پول معرفی شوند.

۳. در دوران رواج پول‌های فلزی، افراد مورد اعتماد که بعدها در قالب صرافی‌ها و بانک‌ها به وجود آمدند فلزات اشخاص را به امانت گرفته و به آن‌ها رسید تحویل می‌دادند. هر برگ رسید نمایانگر مقدار فلز گران‌بهای بود که نزد صراف یا فرد امین باقی مانده بود این رسید دست‌به‌دست می‌چرخید و معاملات توسط آن انجام می‌شد. این رسید پول کاغذی نام گرفت و بعدها به نام اسکناس شهرت یافت. رفته‌رفته اسکناس‌ها پشتوانه طلا و نقره خود را از دست داده و صرفاً به پشتوانه اقتصاد دولت‌ها، توسط حاکمیت‌ها، صادر گردید.

۱۳۹۶: ۲۶). از منظر حقوقی دو ایراد و اشکال بر ماهیت پولی رمزارزها وارد شده است که هر دو اشکال قابل پاسخ‌گویی است. این اشکالات عبارت‌اند از:

۱. عدم وجود مالیت: برخی، رمزارزها را به‌عنوان مال به رسمیت نشناخته و برای آن مالیتی قائل نمی‌شوند و از این جهت پول بودن آن را به طریق اولی منتفی دانسته‌اند (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۳). این بحث مفصلاً در مباحث گذشته تبیین گردیده و ابهامات آن برطرف شد و نتیجتاً استنباط گردید که رمزارزها مال بوده و حائز مالیت عرفی و شرعی نیز می‌باشند. مضافاً آنکه مطابق برخی نظریات لزومی ندارد آنچه به‌عنوان پول در جریان است مال شمرده شود (امینی و میری، ۱۳۹۳: ۱۵۷).
۲. صرفاً یک حق دینی است: مطابق برخی نظرات پول الکترونیک به معنای عام خود (که شامل رمزارزها نیز می‌گردد) شکل جدید از پول نیست بلکه یک سند بدهی است (السان، ۱۳۸۶: ۱۱۷). ناشر پول الکترونیک اقدام به خلق و ایجاد پول نمی‌کند بلکه نشانه‌های دیجیتالی با وصف پول الکترونیکی را که نماینده میزان مشخصی از پول رایج فیزیکی است در اختیار متقاضی قرار می‌دهد. ناشران تعهد دارند که پول‌های الکترونیکی مبادله شده را مجدداً دریافت نموده و معادل آن، وجه رایج به دارندگان پول الکترونیک پرداخت کنند (سلطانی و اسدی، ۱۳۹۴: ۹۱). اولاً در تمامی انواع رمزارزها وجود تعهد دینی مصداق ندارد. دسته‌ای رمزارزها همچون بیت‌کوین اساساً توسط ناشر یا صادرکننده‌ای منتشر نمی‌شود که تعهدی وجود داشته باشد. این نوع از پول‌ها به‌خودی‌خود ارزش معاملاتی دارند. در بخش دیگری از رمزارزها مانند رمزارزهای ملی یا بایستوانه نیز باید در مکانیزم تولید و انتشار هر کدام به تفکیک ورود کرده و این مسئله را تبیین نمود؛ در مورد رمزارزهای ملی شاید بتوان آن را یک نوع تعهد دانست، لکن در مورد رمزارزهای بایستوانه به جهت تنوع مالی که به‌عنوان پشتوانه قرار می‌گیرد و امکان وجود پشتوانه مجازی برای آن، به قاطعیت نمی‌توان منشأ تمامی آن‌ها را یک تعهد دانست. ثانیاً پول بودن پول به قابل تبدیل بودن و نبودن آن نیست، بلکه به قابلیت مبادلاتی و پذیرش آن به‌عنوان ثمن معامله است. همچنان که اسکناس‌های اولیه با پشتوانه طلا و نقره اگرچه صرفاً یک تعهد دینی بودند و به‌خودی‌خود ارزش ذاتی نداشتند، لکن تردیدی در تلقی آن به‌عنوان پول وجود ندارد. درخصوص این اسکناس‌ها، بانک ناشر آن، به پشتوانه و بر مبنای طلا و نقره‌ای که ذخیره می‌نمود، اوراق اسکناس صادر می‌کرد و تعهد داشت در صورت درخواست دارنده، معادل آن را با طلا و نقره مبادله نماید. در این سیستم، اسکناس بیانگر یک حق مالی شخصی یا حق دینی با قابلیت انتقال بود. در نتیجه این اوراق اسکناس فی‌نفسه مال نبودند بلکه حاکی از مقداری مال بودند؛ آنچه مالیت داشت و مال محسوب می‌شد همان طلب دارنده و ورقه اسکناس از بانک ناشر بود (عبدی‌پور، ۱۳۸۹: ۶۰) این موضوع موجب عدم صدق عنوان پول به این اسکناس‌ها نمی‌شد. فلذا

حتی در خصوص مصادیقی از رمزارزها که نوعی تعهد به شمار می‌روند، این موضوع آسیبی به ماهیت پولی آن‌ها نخواهد زد.

بنابراین می‌توان گفت از منظر حقوقی اشکالی بر ماهیت پولی رمزارزها وارد نیست و در مقام نظری و تنوریک می‌توان آن‌ها را نوعی از پول‌های مدرن تلقی نمود اما این سؤال باقی است که آیا در مقام عمل و اجرا هم مانع قانونی برای این ماهیت وجود ندارد.

۲-۳. بررسی ماهیت پولی رمزارزها از منظر اقتصادی

شیئی که از لحاظ حقوقی بتواند در مقام پول ظاهر شود نیازمند جریان کارکردهای اقتصادی در میان مردم است مادامی که پذیرش اجتماعی در مورد پول بودن چیزی وجود نداشته باشد ولو اینکه از حیث مبانی بتواند نقش پول را ایفا کند نمی‌توان آن را پول به معنای واقعی کلمه دانست.

صرف‌نظر از مبنای حقوقی، وقتی می‌توان شیئی را پول تلقی کرد که به این عنوان در جوامع پذیرفته شده باشد و زمانی یک شیء پول خواهد بود که کارکردهای اقتصادی پول را داشته باشد؛ به درستی در این زمینه گفته‌اند: «پول به علت پول‌بودن مورد تقاضاست نه برای کالا بودن؛ ما نمی‌خواهیم پول را به‌طور مستقیم مصرف کنیم ما آن را مصرف می‌کنیم تا از دست آن خلاص شویم، لذا برای مردم برطرف‌شدن نیازهای پولی‌شان مهم است و هرچیزی که بتواند به شکل بهتری این وظیفه را به انجام برساند بیشتر مورد اقبال مردم واقع می‌شود» (ساموئلسون، ۱۳۴۸: ۱۱۸ و ۱۱۹). واحدهای پولی نیازمند یک وسیله‌ای هستند که به‌منظور ذخیره‌سازی و مبادله در آن گنجانده شود. این وسیله گاه به‌صورت سکه‌های فلزی و گاه به‌صورت ورق اسکناس نمایان می‌شود، گاهی هم تراشه‌های دیجیتالی مبین آن است که در تحلیل حقوقی سند پولی یا ابزار پولی نامیده می‌شود (سیفرز، ۱۹۹۷: ۷۰۸).

در علم اقتصاد برای پول سه کارکرد ویژه ترسیم می‌شود: وسیله مبادله^۱، واحد محاسبه یا سنجش ارزش^۲ و وسیله حفظ و ذخیره ارزش^۳ (حسن‌زاده و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۹-۱۵).

سه کارکرد فوق‌الذکر را درخصوص اقسام رمزارزها بررسی می‌نماییم:

۱. وسیله مبادله: اگرچه موضع کشورها درخصوص رمزارزها و پذیرش آن‌ها به‌عنوان وسیله مبادله

۱. مهم‌ترین کارکرد پول واسطه مبادلات بودن است. یعنی در دادوستد کالاها و خدمات، پول به عنوان واسطه عمل نموده و مابازاء دریافت کالا یا خدمات خواهد بود.

۲. پول وسیله اندازه‌گیری ارزش‌هاست همان طوری که فرسخ یا کیلومتر وسیله اندازه‌گیری فاصله است لذا با پول می‌توان ارزش کالاهای مختلف را بایکدیگر مقایسه نمود و ارزش‌گذاری کرد.

۳. پول علی‌القاعده وسیله حفظ ارزش‌های مادی است. می‌توان ارزش مادی پول را نگهداری نمود تا در آینده برای دریافت کالا یا خدمات از آن بهره برد.

و پرداخت، متفاوت بوده است؛ لکن در نگاه بین‌المللی درخصوص رمزارزهای بین‌المللی اعم از کوین‌ها و توکن‌ها همچون بیت‌کوین، اتریوم، ریپل و... پذیرش اجتماعی در واسطه‌گری آن‌ها در مبادلات پذیرفته شده و هم‌اکنون رمزارزها در صدها پلتفرم معاملاتی در دسترس هستند و بسیاری از شرکت‌های بزرگ این ارزها را در سیستم‌های پرداخت خود وارد نموده‌اند به‌عنوان مثال بیت‌کوین، تاکنون توسط مایکروسافت، آمازون، اپل، ویکی‌پدیا، دل و سایر برندهای بزرگ در بخش‌های متعدد بازار جهانی پذیرفته شده است.

در فضای حاکم در داخل کشور مسئله متفاوت است، اگرچه رغبت به مبادله رمزارزها فزونی یافته اما این تمایل، صرفاً از جهت سرمایه‌گذاری می‌باشد، نه به‌عنوان وسیله‌ای برای خرید کالا و خدمات. مراکز تجاری و غیرتجاری داخلی نیز تاکنون اقدام به اخذ رمزارز به‌عنوان مابازاء کالا یا خدمات ننموده‌اند، مضافاً اینکه خواهیم دید قانوناً ممنوعیت به کارگیری رمزارزها در مبادلات نیز اعلام شده است.

۲. سنجش ارزش: گفته شده که رمزارزها واحد سنجش ارزش نیستند، چراکه معمولاً ارزش آن با دلار سنجیده می‌شود. اما باید گفت رمزارزها اعتبار خود را از دلار اخذ نمی‌کنند، بلکه دلار مبنای سنجش ارزش آن است؛ به‌عنوان مثال بیت‌کوین چه دلار وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد تا زمانی که بین معامله‌گران خود اعتبار داشته باشد، پول تلقی شده و واسطه‌گری مالی خواهد داشت.

۳. ذخیره ارزش: وجود نوسان قیمت در رمزارزها به‌عنوان چالشی‌ترین کارکرد رمزارز در جایگاه پول معرفی شده است. نوسان قیمت موجب می‌شود تا رمزارزها کارکرد ذخیره ارزش را نداشته باشند. علت عمده نوسان قیمت، به وابستگی رمزارزها به عرضه و تقاضای صرف، عدم وجود پشتوانه و عدم دخالت دولت‌ها باز می‌گردد. ایراد نوسان قیمت اگرچه درخصوص برخی اقسام رمزارزها صادق است، لکن در مورد رمزارزهای ملی و با پشتوانه وجود ندارد لذا به‌طور کلی نمی‌توان رمزارزها را به‌جهت این ایراد از شمول مفهوم اقتصادی پول خارج نمود.

۳-۳. بررسی ماهیت پولی رمزارزها از منظر قانونی

برخی از حقوق‌دانان ادعان داشته‌اند که پول زاییده حاکمیت‌هاست، موجودی اعتباری است که حاکمیت این اعتبار را به آن اعطا می‌نماید لذا رمزارزها را نمی‌توان پول تلقی نمود چراکه حاکمیت دخالتی در پیدایش آن ندارد. لکن این برداشت در مبنا صحیح نیست چراکه در تلقی عنوان پول بودن کافی است مانعیت مبنایی برای تلقی پول بر یک شی وجود نداشته و اجتماع نیز آن را به‌عنوان وسیله مبادله پذیرفته باشد، همچنان که تمامی اقسام پول در ادوار مختلف این‌گونه بوده است و نقش حاکمیت‌ها تنها شناسایی این موجود خلق‌شده توسط جوامع بوده است. معیار اصلی پول در شریعت

نیز پذیرش آن توسط مردم است چه از طریق تحمیل آن به مردم به وسیله قوانین و چه از طریق پذیرش گسترده داوطلبانه مردم (کاشیان و دیگران، ۱۳۹۸: ۹۱).

بنابراین اگرچه رمزارزها مطابق با مبانی حقوقی ارائه شده منطبق با مفهوم پول هستند لکن در مرحله اجرا و برای آنکه بتوانند کارکردهای پول را قانوناً ایفا نمایند مستلزم شناسایی حاکمیت‌ها هستند. باید دید آیا این شناسایی درخصوص رمزارزها اتفاق افتاده است؟

بر اساس نظام‌های پولی و ارزی کشورها واحدهای پولی قابل مبادله توسط نهادهای مرکزی همچون بانک مرکزی و به دستور و مطابق با سیاست‌های پولی آن کشور تولید و منتشر می‌شوند. در قوانین کشورمان ایران نیز این موضوع صادق است. در بند «ب» ماده ۲ قانون پولی و بانکی آمده است: «فقط اسکناس و پول‌های فلزی که در تاریخ تصویب این قانون در جریان بوده و یا طبق این قانون انتشار یابند جریان قانونی و قوه ابراء دارند.» همچنین ماده ۳ همین قانون نیز بیان می‌دارد: «امتیاز انتشار پول رایج کشور در انحصار دولت است و این امتیاز با رعایت مقررات این قانون منحصرأ به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واگذار می‌شود.»

بنابراین مطابق با قوانین عام، برای اینکه مالی، خاصیت پولی داشته باشد می‌بایست توسط شورای عالی پول و اعتبار و بانک مرکزی به عنوان پول شناسایی گردد. آیا بر اساس قانون خاصی این شناسایی درخصوص رمزارزها صورت گرفته است؟ برای پاسخ به این سؤال مصوباتی که تاکنون در این زمینه تصویب و منتشر شده است را رصد می‌نماییم:

در دی ماه سال ۱۳۹۶ بانک مرکزی طی دستورالعملی ممنوعیت مبادله رمزارزها را اعلام نمود البته این دستور درون سازمانی بوده و صرفاً برای واحدهای تابعه بانک مرکزی لازم‌الاتباع بود. این دستورالعمل در سال ۹۸ تکمیل شد؛ این تکمله، نقش انحصاری بانک مرکزی در تولید، انتشار و مدیریت پول کشور را یادآوری نموده و به موجب آن، بانک مرکزی از آثار حقوقی ناشی از انجام معاملات با رمزارزها توسط مردم، برائت جست.

در بهمن ماه سال ۱۳۹۷ پیش‌نویس قانونی تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» توسط معاونت فناوری‌های نوین بانک مرکزی تهیه گردید به موجب این پیش‌نویس کلیه اقسام رمزارزها (کوین‌ها^۱، توکن‌ها، رمزارز ملی و بایستوانه) به تفکیک بررسی و تبیین شده و مقررات‌گذاری شده بود لکن هرگز به مرحله تصویب نهایی نرسید.

بنابراین با وجود فعالیت‌های حقوقی انجام شده تا سال ۹۸، هنوز تعیین تکلیف جدی حقوقی

۱. در این پیش‌نویس کوین‌ها تحت عنوان رمزارز جهان‌روا نام گذاری شدند.

برای مبادلات رمزارزها انجام نشده بود، اما مشخص بود که رویکرد حاکمیت به عدم پذیرش رمزارزها به عنوان پول داخلی بوده است.

تا اینکه هیئت وزیران در جلسه سیزدهم مرداد ماه سال ۱۳۹۸ آیین نامه ای را تحت عنوان آیین نامه «فرایند استخراج فراورده های پردازشی رمزنگاری شده رمزارزها و استفاده از رمزارز» به تصویب رساند که به موجب آن، رسماً استفاده پولی از رمزارزها ممنوع اعلام گردید.

بنابراین با وجود تلاش های صورت گرفته در پیش نویس بهمن ۹۷ که میان اقسام مختلف رمزارزها تفکیک به عمل آمده و وضعیت و ماهیت حقوقی هر کدام متفاوت بیان شده بود، مصوبه سال ۹۸ بدون در نظر گرفتن انواع رمزارزها، قاعده کلی ممنوعیت را اعلام نمود.

لذا در وضعیت فعلی قانون گذاری در فضای داخلی نمی توان برای رمزارزها ماهیت پولی قائل شد، اگر چه در مقام تئوریک و نظری، مانعیتی برای این موضوع وجود ندارد؛ لکن مادامی که حاکمیت این ابزار پولی را شناسایی نکند نمی توان به آن رسمیت قانونی اعطا نمود. البته پر واضح است در خصوص رمزارزهای ملی چون از طرف حاکمیت منتشر می شود و پذیرش قانونی آن در کنار پذیرش اجتماعی، اقتصادی و حقوقی وجود دارد به خوبی می تواند نقش پول را ایفا نماید.

۳-۴. جمع بندی ماهیت پولی رمزارزها در اقسام متنوع آن

با عنایت بررسی مبانی حقوقی، اقتصادی و قانونی نتیجه می گیریم اولاً، از لحاظ تئوری مانعی برای پول تلقی شدن رمزارزها وجود ندارد؛ چراکه نه مالیت این اموال مورد خدشه است، نه ملموس و عینی بودن پول ضرورتی دارد و نه سایر ایرادات بر آن مترتب است. ثانیاً اگرچه خلق پول وابسته به حاکمیت ها نبوده و با پذیرش جمعی مردم ایجاد می شود لکن رواج یک مال تحت عنوان پول بر اساس قوانین پولی کشور، وابسته به شناسایی قانونی است.

بنابراین برای پاسخ جامع و مانع به سؤال پول بودن یا نبودن رمزارزها، لازم است میان اقسام مختلف آن تفکیک نماییم: الف: رمزارزهای ملی و بایستوانه: این نوع رمزارزها به جهت وجود ثبات نسبی و حمایت حاکمیت ها می توانند پول به معنای حقیقی کلمه به شمار آیند.

ب: کوین های (رمزارزهای بین المللی و جهان روا) بایستوانه و بدون پشتوانه: اگرچه از لحاظ تئوریک پول تلقی می شوند لکن باید پذیرش اجتماعی آن ها در حد وسیع با جریان کارکردهای اقتصادی اتفاق افتد تا بتوان آن را پول دانست؛ کوین ها به عنوان واسطه معامله، تاکنون خوب عمل کرده اند و غالب جوامع امروزه از آن ها به عنوان واسطه معاملات خود در حد وسیع استفاده می نمایند و حتی در برخی کشورها دستگاه های خودپرداز برای برخی از این ارزها ایجاد شده است، اما در مورد کارکرد سنجش ارزش هنوز در سطح پایینی از انتظار است برای اینکه رمزارزها بتوانند به این

کارکرد پول در سطح قابل قبولی دست یابد، لازم است که مردم جوامع به آن‌ها فکر کنند. مثلاً از خود بپرسند که این کالا بر اساس واحد بیت کوین چقدر می‌شود؟ همچنین لازم است ارزش آن‌ها به ثبات نسبی برسد تا بتوانند به عنوان ابزار ذخیره ارزش به کار گرفته شوند (میرزاخانی، ۱۳۹۶: ۲۴ و ۲۵) که البته در خصوص رمزارزهای بایستوانه این ثبات نسبی برقرار گردیده است؛ جریان و عدم جریان کارکردهای پول بر کوین‌ها، در جوامع مختلف متفاوت است در برخی جوامع این کارکردها اتفاق افتاده است و بسیاری از شرکت‌های معتبر در سیستم‌های پرداخت خود رمزارزها را به عنوان یک نوع پول به رسمیت شناخته و ایفای تعهد توسط آن‌ها را قبول می‌کنند و در برخی جوامع همچون ایران هنوز این کارکردها به طور وسیع به وقوع نپیوسته و غالب افراد در این حوزه صرفاً به دید سرمایه‌گذاری و کسب درآمد می‌نگرند تا وسیله پرداخت و دادوستد؛ به جهت همین تفاوت رفتار است که برخی نظام‌های حقوقی رمزارزها را تحت عنوان دارایی شناسایی کرده و برخی تحت عنوان پول به آن رسمیت داده‌اند.^۱ موضع متفاوت در جوامع مختلف باعث می‌شود جریان این کارکردها و متعاقباً پول دانستن این نوع رمزارزها در سطح جهانی، در حال حاضر با تردید روبه‌رو باشد لکن با استفاده بیشتر افراد در سطح جوامع مختلف این پذیرش اجتماعی در آینده‌ای نه چندان دور قابل تحقق خواهد بود. در سطح حقوق داخلی نیز مادامی که رمزارزها به عنوان پول رایج قانونی در قوانین پولی به رسمیت شناخته نشوند ولو با جریان کارکردهای پول، پول قانونی تلقی نخواهند شد.

ج: توکن‌ها: توکن‌های کاربردی و بهادار را نمی‌توان پول دانست چراکه کارکرد پول را ندارند این توکن‌ها نماینده دارایی هستند با خرید توکن اشخاص فرصتی جهت سرمایه‌گذاری می‌یابند. در بخش بعد به ماهیت آن خواهیم پرداخت.

۴. شناسایی رمزارزها به عنوان اوراق بهادار

اوراق بهادار اسناد مثلی‌ای هستند که به وسیله شرکت‌ها، دولت‌ها، سازمان‌های خصوصی، عمومی و بین‌المللی به منظور تأمین مالی برای اجرایی شدن پروژه‌ها و یا تجارت منتشر می‌شوند. اوراق بهادار به کاهش هزینه تأمین مالی ناشران کمک می‌کند (Micheler, Eva: 2009: 31). مطابق تعریف قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، «اوراق بهادار هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک آن باشد.» منظور قانون‌گذار از مستند، اوراقی است که در مقابل ورقه کاغذی قرار گرفته و جنبه غیرکاغذی و الکترونیک دارد (تدینی و ایوبی، ۱۳۹۳: ۴۷).

۱. بعضی کشورها مانند آرژانتین ارزهای مجازی را پول می‌دانند. بعضی کشورها مانند آمریکا، استرالیا، کانادا هم این ارزها را کالا محسوب می‌کنند (Regulation of Cryptocurrency Around the World, 2018).

با این توصیفات ممکن است این ایده به ذهن برسد که رمزارزها را نوعی سند بهادار دیجیتال تلقی کرده و قانون‌گذاری آن را مستند به قانون فوق‌الذکر به شورای عالی بورس واگذار نماییم؛ لکن این نگاه در مورد همه اقسام رمزارزها صحیح نمی‌باشد. در حقیقت ارزهای دیجیتال مانند سهام بورس نیستند. دارنده ارز مالکیتی در شرکت ندارد و سود سهام دریافت نمی‌کند. این یعنی اگر شرکتی یک ارز دیجیتال صادر کند و سپس به سودآوری و مشارکت با شرکت‌های دیگر برسد برای دارنده آن منفعتی نخواهد داشت. در واقع یک شرکت می‌تواند به‌خوبی عمل کند و با این وجود قیمت کوین آن افت کند. در بازار سهام، دارنده بر روی یک کمپانی و در بازار ارزهای دیجیتال بر روی یک فناوری و یا یک ارز سرمایه‌گذاری می‌کند. لذا حتی اگر کسب‌وکار یک کمپانی بر روی ارزش آن نیز تاثیر بگذارد، دارنده ارز، هرگز مالک بخشی از این شرکت نخواهد بود (گروه مؤلفین نبض دانش، ۱۳۹۸: ۱۲۳). اگرچه به‌عنوان یک قاعده کلی نمی‌توان رمزارزها را اوراق بهادار تلقی نمود لکن یکی از اقسام آن‌ها یعنی توکن‌های صادره در عرضه اولیه از سوی شرکت‌ها و کسب‌وکارها در صورتی که از نوع توکن‌های بهادار باشد را می‌توان با مفهوم اوراق بهادار مطابقت دارد و از جمله آن محسوب نمود؛ همچنان که در پیش‌نویس دستورالعملی که بانک مرکزی در سال ۱۳۹۷ تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» منتشر نمود، این نوع از رمزارزها ورقه بهادار تلقی شده و تابع قوانین بورس گردیده است. درحقیقت خریدار این توکن‌ها در پروژه سرمایه‌گذاری می‌کنند و در سود حاصل از آن سهیم می‌شوند.

نتیجه

رمزارزها به‌عنوان پدیده‌های نوظهور کنونی در عرصه حقوقی، بیش از هرچیز دیگری نیازمند شناسایی هستند. شناخت دقیق ماهیت حقوقی آن‌ها ما را در تدوین قوانین متناسب و کاربردی رهنمون می‌سازد. در این راستا مشخص شد که با توجه به تعاریف حقوقی و فقهی، رمزارزها را می‌توان گونه‌ای از اموال دانست که ذاتی غیرمادی و ناملموس دارند و در اجتماع و اقشار مردم ارزش مبادله‌ای داشته، لذا در مال بودن آن‌ها تردیدی وجود ندارد. مالیت رمزارزها، هم در عرف و هم مطابق شرع مورد پذیرش است. این مال بسته به نوع و کارکردی که دارد می‌تواند به‌عنوان یک دارایی دیجیتال و یا پول و یا اوراق بهادار شناسایی شود. برای درک عمیق ماهیت رمزارزها شناخت اقسام و انواع آن ضرورت دارد. تفاوت در رویکردها و مکانیزم اقسام مختلف رمزارزها نشان می‌دهد که برای تمام آن‌ها نمی‌توان ماهیتی یکسان قائل بود و شناخت صحیح، مستلزم تفکیک رمزارزها و بررسی جداگانه آن‌ها است. رمزارزهای ملی به‌واسطه خلق و شناسایی توسط دولت‌ها می‌توانند نوعی پول تلقی شوند. در مورد سایر رمزارزها اگرچه مانع نظری بر سر راه پول بودن آن‌ها وجود ندارد، لکن رواج آن‌ها تحت این عنوان در جوامع، منوط به شناسایی آن توسط دولت‌هاست و مادام که این

شناسایی صورت نگرفته باشد حتی با وجود کارکرد پول‌گونه، پول رایج قانونی تلقی نخواهند شد. در نظام حقوقی ایران نیز مطابق قوانین پولی، پول رایج پولی است که توسط قانون به رسمیت شناخته شود و چون تاکنون این شناسایی صورت نگرفته است رمزارزها را نمی‌توان پول قانونی به‌شمار آورد. بنابراین می‌توان گفت رمزارزها از جهت مبنایی و نظری (تئوریک) قابلیت پول بودن را دارند و توسط مردم نیز به‌عنوان پول و واسطه مبادله پذیرفته شده‌اند اما برای آنکه قانوناً جریان یابند نیازمند شناسایی توسط دولت‌ها هستند. برخی از اقسام رمزارزها از جهت مکانیزم همانند اوراق بهادار عمل کرده و می‌توانند تحت عنوان ورقه بهادار دیجیتال معرفی شوند.

ارزهای دیجیتال پدیده نوینی است که درحال رشد فزاینده‌ای در جهان و ایران می‌باشد، لذا به‌عنوان یک موضوع مستحدثه نیازمند شناسایی حقوقی است. این شناسایی تاکنون در کشورمان به‌طور ناقص و بدون دخالت قانون‌گذار صورت گرفته و به انتشار چند اطلاعیه و مصوبه اکتفا شده است. ضرورت دارد مجلس شورای اسلامی به‌عنوان قانون‌گذار رسمی کشور، قانون جامع و کاملی را تدوین و تصویب نماید تا از یک‌سو وضعیت حقوقی مبادلات مشخص شده و از سوی دیگر فعالان این حوزه، با تکالیف و حقوق قانونی خود آشنا شوند. در این قانون می‌بایست اقسام مختلف رمزارزها از یکدیگر تفکیک شده و ماهیت و آثار حقوقی هر حوزه به تفکیک مشخص گردد، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها بیان شده، وظایف و مسئولیت‌های اطراف مبادلات تبیین گردد و بسیاری از موضوعات حقوقی دیگر احصا و روشن شود.

منابع

فارسی

- السان، مصطفی (۱۳۸۶)، «مفهوم و ماهیت حقوقی پول الکترونیکی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۹.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۶)، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ بیست و هفتم، تهران: انتشارات اسلامی.
- امینی، منصور و محمد میری (۱۳۹۳)، «داده‌های الکترونیکی به مانند پول»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۶.
- پیش‌نویس دستورالعمل بانک مرکزی تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» منتشر شده در سال ۱۳۹۷.
- تدینی، عباس و محمدعارف ایوبی (۱۳۹۳)، «قانون حاکم بر اوراق بهادار در مبادلات بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تجارت بین‌الملل*، سال یکم، شماره ۲.
- توسلی، محمداسماعیل (۱۳۸۴)، «بررسی و نقد نظریات برخی از اندیشه‌وران اسلامی درباره ماهیت پول»، *اقتصاد اسلامی*، شماره ۱۹.
- توسلی، محمداسماعیل (۱۳۹۱)، «تحلیل ماهیت پول»، *اقتصاد اسلامی*، شماره ۴۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ هجدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسن‌زاده، علی، احمد مجتهد، پویا بغدادی و فرهاد تقی‌زاده‌حصاری (۱۳۹۶)، *پول و بانکداری نوین*، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل (جاودانه).
- خردمند، محسن (۱۳۹۸)، «بررسی فقهی استخراج و مبادله رمزارزها با تمرکز بر شبکه بیت‌کوین»، *معرفت اقتصاد اسلامی*، شماره ۲۰.
- رجبی، ابوالقاسم (۱۳۹۷)، «ارز مجازی: قانون‌گذاری در کشورهای مختلف و پیشنهادها برای ایران»، *دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین*، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- روشن، محمد، مصطفی مظفری و هانیه میرزایی (۱۳۹۸)، «بررسی وضعیت فقهی و حقوقی بیت‌کوین»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۸۷.
- سامونلسن (۱۳۴۸)، *پول اقتصاد*، ترجمه: دکتر حسین پیرنیا، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- سبحانی، حسن و علی اصغر قائمی‌نیا (۱۳۹۷)، «تأملی در منشأ ارزش بیت‌کوین از منظر اعتباریات علامه طباطبایی (ره)»، *فصلنامه پژوهش‌نامه اقتصادی*، شماره ۷۰، سال هجدهم.
- سلطانی، محمد و حمید اسدی (۱۳۹۴)، «ماهیت حقوقی پرداخت در پول الکترونیک»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، شماره ۴۱.
- سلیمانی پور، محمد مهدی، حامد سلطانی‌نژاد و مهدی پورمطهر (۱۳۹۶)، «بررسی فقهی پول مجازی»، *دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی*، شماره ۱۲.
- سیدحسینی، میرمیشم و میثم دعائی (۱۳۹۳)، «بیت‌کوین نخستین پول مجازی»، *ماهنامه بورس*، شماره ۱۱۴ و ۱۱۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ هشتم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، *آثار قراردادها و تعهدات*، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، *حقوق مدنی ۳ (تعهدات)*، چاپ یازدهم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۹)، «تحلیل حقوقی ماهیت پول الکترونیکی»، حقوق خصوصی، شماره ۱۶.
- کاشیان، عبدالمحمد، زهرا بهرامی، فهیمه قلی‌پور و زهرا شهری (۱۳۹۸)، «درک ماهیت پول‌های رمزیابه و تعیین برخی از الزامات قانون‌گذاری آن در ایران از منظر اقتصاد اسلامی»، فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی، سال هفتم، شماره ۲۶.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۶)، مکاسب محرمه، محرر: محسن برهان‌مجرد، سلمان علوی و محسن بوالحسنی، جلد دوم، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، اموال و مالکیت، چاپ هفدهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- گروه مؤلفین نبض دانش (۱۳۹۸)، شناخت مفاهیم، شیوه سرمایه‌گذاری و کسب درآمد از ارزهای دیجیتال، چاپ اول، تهران: انتشارات نبض دانش.
- میرزاخانی، رضا (۱۳۹۶)، «بیت کوین و ماهیت مالی و فقهی پول مجازی»، گروه بازارها و ابزارهای مالی مرکز پژوهش، توسعه مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار.
- میرزاخانی، رضا و حسین‌علی سعدی (۱۳۹۷)، «بیت‌کوین و ماهیت مالی-فقهی پول مجازی»، دوفصلنامه جستارهای اقتصادی ایران، سال پانزدهم، شماره ۳۰.
- محمدی، پژمان و روح‌الله اسدی (۱۳۹۱)، «ماهیت انتقال مالکیت اموال غیرمادی غیرفکری»، نشریه دانش و پژوهش حقوقی، سال یکم، شماره ۱.
- محمودی، اصغر (۱۳۹۸)، «تحلیل ارزهای مجازی در پرتو فقه»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل‌ونهم، شماره ۳.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد و سیدعباس حسینی نیک (۱۳۹۴)، «ماهیت ملک و مالکیت در اموال فکری با رویکردی به نظر امام‌خمینی (ره)»، پژوهشنامه متین، سال هفدهم، شماره ۶۷.
- نواب پور، علیرضا، احمدعلی یوسفی و محمد طالبی (۱۳۹۷)، «تحلیل فقهی کارکردهای پول‌های رمزنگاری شده (مطالعه موردی بیت کوین)»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال هجدهم، شماره ۷۲.
- نوری، مهدی و علیرضا نواب‌پور (۱۳۹۷)، مقدمه‌ای بر تنظیم‌گری رمزینه ارزها در اقتصاد ایران، تهران: دفتر مطالعات اقتصادی مجلس شورای اسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۴)، «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، مجله فقه اهل بیت، شماره دو.

عربی

- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۲)، کتاب البیع، ج ۳، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره).
- صدر، سیدمحمدباقر (بی‌تا)، الاسلام یقود الحیاه، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- موسوی‌خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۸)، مصباح الفقاهة، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳)، المكاسب و البیع، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

انگلیسی

- Financial Action Task Force (2014). **Virtual Currencies – Key Definitions and Potential AML/CFT Risks**, 2014, available at: www.fatf-gafi.org.
- Wagner, Andrew. (2014). **Digital vs. Virtual Currencies**. <https://bitcoinmagazine.com/articles/digital-vs-virtual-currencies-1408735507>.
- Sifers, Randall (1997), “Regulating Electronic Money in Small-Value Payment Systems”, **49 Federal Communication Law Journal**, 701-728.
- **The Law Library of Congress, Global Legal Research Center** (2018), Regulation of Cryptocurrency Around the World, June.
- Karl Hardle, Wolfgang. R, Harvey, Campbell. C, G, Reule, Raphael. (2019). ‘Understanding Cryptocurrencies’. International Research Training Group 1792.
- P. Momtaz, Paul. (2018). **Initial Coin Offering**. Project from the Center for Global Management at UCLA.
- Hacker, Philipp and Thomale, Chris, **Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law** (November 22, 2017). **15 European Company and Financial Law Review**.
- Micheler, Eva (2009), **Legal Nature of Securities Inspirations from Comparative Law**, Cambridge university press.

The Recognition of Cryptocurrencies' Legal Essence by Structural Analysis in Iran's Legal System

Mahmud Khdeman

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Judicial Law,
University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

Abotaleb Koosha

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Judicial Law,
University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

Fatemeh Nouri*

*PhD Student in Private Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences
and Administrative Services, Tehran, Iran*

Abstract

Cryptocurrencies are a decentralized form of digital currency which are presented with new technology. Identifying the nature of cryptocurrencies is closely related to recognizing the technical structure of each of its types. Therefore, offering a unit nature in spite of various types is not possible and is objectionable. Cryptocurrencies or species of intangible property or in case of extending of this concept to intangible property, it's considered as property which has customary and juridical pecuniary. Although cryptocurrencies theoretically and fundamentally have the functions of money, but under monetary law, they need to be identified by governments as a currency. Some types of currency codes such as national cryptocurrencies which are created by countries have this identification but other types, as long as they aren't recognized in laws, aren't considered as money and are merely digital assets. Some types of currency codes known as Tokens are matched with the conception of securities. In this regard, several resolutions have been issued, but the majority of them are incomplete and out of bounds. Therefore, it's essential for the country's legislative authorities to enter this field and prepare a comprehensive law.

Keywords

Cryptocurrency, Virtual Currency, National Cryptocurrencies, Intangible Property, Digital Assets, Currency Securities

* Email: fnouri67@yahoo.com (Corresponding Author)

Parliamentary Accountability of the Judiciary as a Challenge of Judicial Independence

Mozhgan Nemati*

PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mohammadjafar Habibzadeh

Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Doraid Mousavi Mojab

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Abstract

In recent years, the necessity of the accountability of public institutions has become a key issue under the influence of New Public Management (NPM). The basic principle is that being responsible and possessing power makes the person accountable. Accordingly, the judiciary, as well as other public institutions, must be held accountable for its performance at various levels, in particular, the procedures, decision-making process and implementation of decisions. However, accountability in the judicial system has always been faced many opposite views to guarantee judicial independence and other considerations such as sensitivity and specific function of the judiciary. In this paper, emphasizing the necessity of creating a balance between the two competing values, namely 'independence' and 'accountability', the available capacities of the Iranian legal system are examined specifically regarding the accountability of the judiciary to the legislature and its members. The research method is descriptive-analytical and by utilizing library resources, this article while explaining why the judiciary is accountable to parliament, attempts to analyze and critique opposite views in this regard. The results of this study show that although the accountability of the judiciary has some differences and limitations compared to other institutions, undoubtedly judicial independence never means impunity or exemption from accountability. The examination of the available capacities in the constitution, including the right of parliament members to express comment and investigate, as well as the mechanism for dealing with complaints and reports submitted to the commission of the ninety principles, illustrates the fact that can be achieved to a degree of accountability of the judiciary to the parliament - especially with regard to judicial processes - while guaranteeing and respecting the judicial independence.

Keywords

Accountability, Judiciary, Judicial Independence, Parliament, Right of Investigation

* Email: mozhgan_nemati@modares.ac.ir (Corresponding Author)

The Principle of Amendment of Procedure in Civil Procedure Law

AliAkbar Farahzadi*

*Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Judicial Law,
University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

SeyedRasool Mirnejad

*PhD in Private Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and
Administrative Services, Tehran, Iran*

Abstract

The litigation process contains rules and conditions set by the legislature and the litigants must abide by these rules to end the legal dispute. However, these rules are the means of exercising the right and therefore must be interpreted in such a way as not to prevent the court from entering into the nature of the dispute and, consequently, the chapter on hostility. In this regard, one of the effects of accepting this analysis is to prevent re-litigation by amendment and correcting the shortcomings of the litigation. This will save time and money for the litigants and increase trust in the litigation system. On this basis, the principle of amendment of the proceedings has been mentioned in order to create and accept a general rule according to which the court, together with the litigants, should place the principle on the remediation of the defects of the proceedings and as a result move towards completion. However, the scope and conditions related to the implementation of the principle of judicial restoration are important issues that are mentioned in this article.

Keywords

Amendment of Proceedings, Court's Ability, Fundamental Defect, Non-fundamental Defect

* Email: rasoul.mirnejad@gmail.com (Corresponding Author)

**The Basis of Civil Liability of Professional Service Providers in
Islamic Jurisprudence and Iranian Law
With a Comparative Study of French and Common Law Legal
Systems**

Mohammadkazem Mahtabpoor*

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

Abstract

Determining the liability basis of professionals (such as doctors, lawyers and engineers), is one of the most important issues in different legal systems. The main challenge to determine the basis of liability of these people is, on one hand, the differences that exist between service-providing and product-manufacturing which makes it difficult to provide a general principle regarding civil liability for all of them. On the other hand, their clients, due to lack of science and skill, could not prove professionals' fault. The social responsibility of these people, make the determination of the basis of their liability, more difficult. Although in both French and Common law legal systems, the main theory regarding the professionals' liability is based on fault, but yet there are some ways to impose strict liability in some cases in order to protect their clients. Knowing this solution ways and localizing them, will lead us to the general principle of professionals' liability under the Iranian legal system. In order to solve the aforementioned problem in the Iranian legal system and for the purpose of balancing between professionals' liability and social responsibility, in case of service-providing and in product-manufacturing, such as architect and pharmacist, "Etlaf" and "Tasbib" shall be considered as the basis of the liability. In case of mere service-providing, where there is a breach of an "obligation by the result", no-fault liability and where there is a breach of an "obligation by means", fault base liability seems suitable. Any loss to third parties is included in the latter one.

Keywords

Professional Fault Based Liability, Strict Liability, Contractual Liability, Extra-Contractual Liability

* Email: mkmahtab@gmail.com

The Position of Unjust Enrichment or Illegal usage in Commercial Law Focusing on The Judicial Procedure

Issa Moghaddam*

Assistant Professor of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Gilan, Rasht, Iran

Abstract

According to the undue enrichment rule, a person is not entitled to be enriched by another detriment without a Legal cause. The first issue that arises is the existence and scope of the rule in commercial law due to the differences in this field of law in the Iranian legal system. Another issue is that due to the adherence of business issues to certain principles and standards, is there a difference between trade and non-trade in terms of nature and basis and undue enrichment? The analysis of these cases is necessary to enable the correct identification of instances of undue enrichment in business matters. The research method is descriptive-analytical and the library method has been used to collect the research data. The most important result is that there should be no doubt about its existence in commercial law because there are cases that only comply with this rule. Also, the rule in commercial law has a complementary and secondary aspect and it should not be applied in a way that disrupts the structure of the legal system. In terms of nature, although there is no difference between undue enrichment in trade with others, but in terms of how to enrich it, there are differences in the cases that must be considered in order to achieve it. The basis of the rule in commercial law, in addition to the aspect of compensation from the damaged party, is to protect the macro interest of commerce as well. Moreover, a lawsuit for undue enrichment in commercial affairs is a civil lawsuit and its conditions must be met according to the evidence of a civil lawsuit, so it is beyond the jurisdiction of commercial courts. Nevertheless, it is better to include these matters in the relevant regulations in the jurisdiction of these courts.

Keywords

Unjust Enrichment, Judicial Procedure, Company Negotiable Documents, Bankruptcy

* Email: iesa.moghadam@guilan.ac.ir

The Rule of “Husband’s Disobedience” in Iranian Law

Khadijeh Mozafari*

*Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social and Economic Sciences,
Al-Zahra University, Tehran, Iran*

Zeinab Hoseini

*LL.M. of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti
University, Tehran, Iran*

Abstract

Husbands who do not perform certain duties such as proper needed payments or least sexual relations, may cause marital maladjustment and ultimately cause damage to their wives. Despite the attention to this subject in Qur'an, traditions and Shia jurisprudence, it is not well known in Iran's laws and jurisprudence. When a husband does not perform his duties while he has the ability to do so, there is disobedience. Refusing to pay or to have sex, abusing sexuality, being indifferent etc. are examples of disobedience. In current laws, financial obligations have been guaranteed by effective performance and even punishment, but there is no guarantee for effective implementation of non-financial obligations such as having sex. On one hand, on the basis of the current rules, it can be considered that the husband's disobedience leads to distress and pressure over his wife. And on the other hand, this is the violation of the general obligation of Good companionship, so judges, to prevent uncertainty and suspension of wife's rights, can issue divorce, even without proof the distress and constriction. It is also possible to take a more fundamental step by identifying the disobedience in Iranian law, specifying the examples and guaranteeing its implementation.

Keywords

Disobedience, Divorce, Family Law, Distress and Constriction

* Email: kh.mozafari@alzahra.ac.ir (Corresponding Author)

The Necessity of Establishing Environmental Courts In Iran's Legal System

Zahra Mahmoudi Kordi*

*Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science,
Mazandaran University, Babolsar, Iran*

Zahra Sadat Sharegh

*PhD in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of
Tehran, Tehran, Iran*

Hossein Rezazadeh

*Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science,
Mazandaran University, Babolsar, Iran*

Abstract

According to the Aarhus Convention, the realization of environmental democracy is based on the three elements of access to information, participation in making decisions and access to court in environmental matters. Given that environmental damage also leads to human harm, some states, in order to achieve environmental democracy, have established environmental judicial and quasi-judicial authorities in their domestic system to provide the right of access to the courts in environmental issues. Due to the high but fragile biodiversity and environmental threats in Iran such as the existence of endangered plant and animal species, environmental pollution, dust, desertification, etc., the lack of such institution is felt in the country's legal system. The present article descriptively-analytically examines the documents, international jurisprudence and authorities in the domestic law of some states and then assesses the status of the Iranian legal system. In response to the question of which model of environmental courts is more appropriate for Iran, it is concluded that according to the history of specialized courts in the Iranian legal system, the establishment of a special environmental court in the Iranian legal system can provide the grounds for the realization of environmental democracy and consequently sustainable development.

Keywords

Environment, Environmental Democracy, Environmental Courts, Judicial procedure, Iran

* Email: z.mahmoudi@umz.ac.ir (Corresponding Author)

Revision & validation of Hadith of al-Talaq (Al-Talaq bi-ya-di man ‘akhadha bi-al-sak)

Maryam Sadat Mohaghegh Damad*

*Assistant Professor of Law, Sisters Campus, Imam Sadegh (AS) University, Tehran,
Iran*

Abstract

The hadith “Al-Talaq bi-ya-di man ‘akhadha bi-al sak”, renown as “Hadith Nabawi” (that contains the words that Prophet Muhammad spoke himself), “Jurisprudential Criterion” or “Jurisprudential Rule” is one of the most important reasons cited by those scholars who believe that the right to terminate the marriage contract is exclusively granted to men. This rule has been considerably influenced by Islamic rules and Shi’a scholars. Iranian case law also reflects the abovementioned approach on divorce so that a number of supreme court decisions refer to “al-Talaq”, as an authority that attributes the right of ending marriage contract entirely to the husbands. Now, given the significance of “al-Talaq”, the main questions are: “How compelling is the narrative of aforementioned hadith?” and “Is its evidential and substantive background sufficiently strong to make it as a ruling authority”? Studying valuable amount of historical resources shows that for pioneering Shi’a jurists who had lived immediately after the Islamic legislation era, the right to terminate marriage contract was not an exclusive power for husbands. Additionally, revising “al-Talaq” by means of chronology, Hadithology, semantics and jurisprudential principles demonstrate that “al-Talaq” is based on insufficient and weak evidence. Also, the context of this hadith cannot be adduced as an authority for men’s exclusive right of divorce in Iranian and Islamic courts.

Keywords

Hadith Nabawi, Rule of al-Talaq(divorce), Hadith Weakness

* Email: m.mohaghegh@isu.ac.ir

Degradation of The Principle of Criminal Law Status In The light of Regulationalizing The Legal Element of Crimes

Ali Saffary

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Zeynab Laki*

PhD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Razieh Saberi

PhD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

The certainty and clarity of the criminal law is one of the requirements of the principle of legality and requires the definition of the crime with maximum clarity and accuracy by the legislature. However, the open texture of criminalization and the widespread and criminal-administrative of the *actus reus* implies a shift away from adhering to the requirements of the principle of legality. Relying on a descriptive-analytical method, the present study seeks to answer the questions: "what are the contexts of degradation of the principle of legality and the tendency of legislators to legislative ambiguity and the sharing of law and administrative-executive approvals in explaining the components of crime"? Findings show that today, influenced by the ideas of the negation of absolutism such as postmodernism and pragmatism, criminal law moves toward relativism, flexibility, and socialization. Also, new developments such as the expansion of the realm of criminal law in the light of the emergence of crimes outside the core of criminal law, such as preventive and technical crimes, with features like uncertainty and specialization and technicality, It has paved the way for the swamping and the regulation of criminal law. A change that is increasingly leading to Legislative parallelism and violations of the transparency and certainty of the law, as well as a fair warning to citizens. Finally, in order to strike a balance between the dynamics of criminal law and the rule of law, observance of criteria such as the definition of terms (legislative terminology) in the text of the law in order to determine the policy of administrative officials and to regulate the legal element. Also, determining the validity period of delegating the authority to define crime to administrative-executive texts can be effective in reducing the challenges of flexibility and becoming a legal pillar.

Keywords

Regulation of the Legal Element, Open Context Law, Legal Swamp, Administrative Definition of Crime, Fair Warning

* Email: lakizeynab@gmail.com (Corresponding Author)

Criminal referral to Hodoud punishments in Ta'azirat By Emphasizing Actions to Overthrow the Government

Afshin Abdollahi*

*Assistant Professor in Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Kurdistan
University, Sanandaj, Iran*

Abstract

To recognize an act as a crime, it's necessary to be mentioned explicitly as a crime with a certain punishment in a legal article so that everyone is completely aware and informed about their activities. However, sometimes the legislature uses criminal referral (referring to the punishment of another crime) for certain reasons to determine the punishment. Although this method of determining punishment is somewhat acceptable, in Ta'azirat, due to government requirements, in remittance to the punishment of Hodoud brings up doubts that are the subject of this article. In this regard, this article with a descriptive-analytical method has examined the possibility of referring some actions to overthrow the regime or confront the government to Hodoud punishment and in the end, this result was achieved that criminal referral to Hodoud punishment is in some extent against the principle of "criminalization of Hodoud crimes", criminal law principles and jurisprudential rules. Therefore, it is necessary for the legislature to anticipate these acts in the form of Ta'azirat offences.

Keywords

Criminal referral, Intention to Overthrow the Government, Hodoud Punishment, Transparency of Codes, The Rule of Dar'a

* Email: afshin.abdollahi@yahoo.com

Duress in Hodoud An analysis of Article 151 of The Islamic Penal Code

Majid Sadeghnejad Naeiny*

*Assistant Professor of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Hakim
Sabzevari University, Sabzevar, Iran*

Sakineh Khanalipour Vajargah

*Assistant Professor of Law, Faculty of Social Sciences, Imam Khomeini
International University, Qazvin, Iran*

Abstract

Duress as one of the obstacles to criminal Liability is mentioned in Article 151 of the Islamic Penal Code. According to this article, for those crimes that are punished by Ta'zir, the duresser is sentenced to the punishment of the perpetrator. In Hodoud and Qesas, they are sentenced according to the relevant regulations. Although this article refers the duresser's sentence to the relevant regulations, but nowhere in the Islamic Penal Code is this presumption mentioned and in fact, the law is silent in this regard. The main question of this research is: "What is the punishment of a duresser in Hodoud (for example, duress another to drink intoxicants)?" In this article, we will analyze lawyers' opinions and jurists' Fatwas in this regard with an analytical-interpretive method. The results of the research indicate that due to the silence of the legislator in this regard and also the lack of an explicit jurisprudential text or fatwa, different approaches to punish the duresser will be conceivable. Finally, it can be considered as an accessory and be punished by article 127 of the Islamic Penal Code.

Keywords

Hodoud, Accessory, Duress, Ta' zir, Criminal Liability

* Email: m.sadeghnejad@hsu.ac.ir (Corresponding Author)

Application of Coercive Preventive Measures in The Light of Article 114 of The Code of Criminal Procedure; Solutions & Necessities

Afsaneh Zamani Jabbari*

Judge of Justice, PhD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mahmood Saber

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mohammad Farajiha

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Abstract

The application of preventive measures against activities involving the occurrence of criminal and harmful results in the public interest, in accordance with Article 114 of the Criminal procedure code, faces fundamental challenges in three categories: legislative, judicial, and executive. The purpose of this study is to provide solutions and express the necessities for overcoming these challenges. The approach of this research is qualitative-exploratory. The article concludes that the admission of an immediate trial and an interim injunction in criminal matters, the provision of an approving Supervision by the prosecutor, the inclusion of precautionary measures, and the need for periodic review can compensate for the deficiencies of a fair trial. Determining criteria instead of defining concepts, risk assessment based on prerequisites, identifying the principle of good faith, adhering to the criteria of fitness and necessity, balancing preventive measures, and economic development are among the solutions and necessities that are provided to address other challenges. Also, in order to enrich the results, in some cases, the experience of other criminal systems has been used.

Keywords

Article 114 of the Criminal Procedure Code, Coercive Preventive Measures, General Interests, Criminal Prosecution System

* Email: M.saber@modares.ac.ir (Corresponding Author)

Religious Ta'zir in The Shadow of The Government Decree

Ali Rezanezhad*

*PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of
Theology and Islamic Studies, Mazandaran University, Babolsar, Iran*

Mohammad Mohseni dehkalani

*Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic
Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Mazandaran University, Babolsar,
Iran*

Abstract

One of the issues that have been included in the Islamic Penal Code in 2013 by the opinion of the Guardian Council is the issue of Religious Ta'zir. Religious Ta'zir has many ambiguities and questions. This is because its nature and examples have not yet been explained by the legislator. One of the main questions that remain is: "Are the punishments prescribed in the Shari'a for the Religious Ta'zir a Shari'a decree or a governmental decree?" or "Does the rule that asserts: Ta'zir, is upon the ruler's decision and will, include both types of Ta'zir?" This article wants to answer this question analytically and descriptively. Looking at the jurisprudential standards, it seems - against the opinion of the legislator- the rule that says: Ta'zir, is upon the ruler's decision and will, include the Religious Ta'zir. So the penalties imposed are government decrees. Because it is a general rule and the characteristics of a government decree are consistent with the rule and the words of the jurists and the words of the narrators are different.

Keywords

Ta'zir, Government Decree, Shari'a Decree, Islamic Penal Code

* Email: alirezanezhad7030@yahoo.com (Corresponding Author)

**A Reflection on The Scope & Objectives of The Principles of
Public Economic Law
In The Light of The Votes of The Court of Administrative
Justice General Assembly**

Zahra Bidar*

*Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political
Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Ebrahim Abdipour

*PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh
Tabatabai University, Tehran, Iran*

Abstract

The general principles and rules of the public economic law indicate how the government intervenes in the economy and its evolution towards redefining the regulatory role of the government. Studying the indicators of judicial supervision in the field of economic regulation of the government requires reviewing the procedure of the General Assembly of the Court of Administrative Justice and extracting the mentioned principles. The purpose of this descriptive-analytical study is to reach the answer of this question: "What are the principles accepted by the Court of Administrative Justice in this area?" and "How they are crystallized in the practice of this institution?" The findings of this study show that the principle of protection of private property, the principle of freedom of trade and industry, the principle of equality, the principle of competition and the principle of proportionality are among the principles that are explicitly and implicitly documented based on their legal principles in Iranian law. The annulment of government regulations by the General Assembly of the Court of Administrative Justice falls within the scope of public economic law.

Keywords

Public Economic Law, Judicial Supervision, Legal Principles, Administrative Justice court

* Email: zb.zahrabidar@gmail.com (Corresponding Author)

Criminal Decision-Making From The Perspective of Behavioral Economics And its Implications for Criminal Policy Making

Hamid Bahrehmand*

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

Zahra Sakiani

PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Behavioural economics is a branch of economics that seeks to modify the hypotheses of neoclassical economics using the findings of other sciences, especially psychology. From the perspective of behavioural economics, this article examines what factors can be effective in criminals' decision to commit a crime. To this end, some cognitive biases and exploratory rules, each of which is somehow related to gathering information to commit a crime and assessing the certainty and severity of punishments are explained and their implications for policy-making are noted. Of course, it should be noted that many of the issues that will be addressed have not been specifically tested in the decisions of criminals, but they are discoveries and cognitive biases that exist in general and among many human beings. Given that the application of findings obtained in a context other than the commission of a crime may have results that are not directly applicable in the context of the commission of the crime, it seems that conducting empirical research to assess these cases in the decision to commit a crime, in particular, can increase the accuracy of these findings. As will be stated in the article, sometimes due to the existence of some biases and exploratory rules, it is not possible to believe in the economic analysis of criminal behaviour that increasing the severity and certainty of punishments reduces crime and sometimes other factors are needed to increase the severity and certainty of the punishments should be considered. It seems that considering these cases can help to increase the effectiveness of policies against crimes and be useful in explaining cases where policies against crimes have not been effective or less effective.

Keywords

Behavioural Economics, Criminal Decision-Making, Exploratory Rules, Cognitive Bias, Perception of Severity, Certainty of Punishment

* Email: bahrmand@ut.ac.ir (Corresponding Author)

Unanimous Decision of The Supreme Court, No. 792-14/7/2020, and its Effect on The Competence of Administrative Justice Court's Branches & Public Courts

Koorosh Ostovar Sangari*

Assistant Professor of Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University (Shiraz Branch), Shiraz, Iran

Abstract

One of the issues raised after the establishment of the Administrative Court of Justice was who can appear as a plaintiff in the Administrative Court of Justice and whether state agencies can appear as a plaintiff in this court. According to rulings No. 37, 38 and 39 of the Court of Administrative Justice in 1989, state agencies are forbidden in any way to attend in the branches of the Court of Administrative Justice as a plaintiff. This decision was approved by the General Assembly of the Supreme Court in rule No. 602 (1995), but the question was raised: "what is the task of the state apparatus in relation to matters within the jurisdiction of the Court of Administrative Justice?" In 2007, the General Assembly of the Supreme Court, Decision No. 699, tried to somehow open this deadlock and find a solution to this problem. However, these votes of the General Assembly of the Supreme Court brought up other problems. Hence, the vote of Unanimous Decision No. 792 was issued in July 2020 and has somehow annulled rulings No. 602 and 699. The author believes that vote No. 972 is a positive development in reaching the separation of powers between the Court of Administrative Justice and public courts.

Keywords

Procedural Unity Vote, Jurisdiction, Administrative Court of Justice, Public Court, State

* Email: kourosh_ostovar_s@yahoo.com

The Basis of Civil Liability of Professional Service Providers in Islamic Jurisprudence and Iranian Law with a Comparative Study of French and Common Law Legal Systems M

Mohammadkazem Mahtabpoor

The Principle of Amendment of Procedure in Civil Procedure Law N

AliAkbar Farahzadi, SeyedRasool Mirnejad

Parliamentary Accountability of the Judiciary as a Challenge of Judicial Independence O

Mozhgan Nemati, Mohammadjafar Habibzadeh, Doraid Mousavi Mojab

The Recognition of Cryptocurrencies' Legal Essence by Structural Analysis in Iran's Legal System P

Mahmud Khdeman, Abootaleb Koosha, Fatemeh Nouri

Contents

Unanimous Decision of The Supreme Court, No. 792-14/7/2020, and its Effect on The Competence of Administrative Justice Court's Branches & Public Courts	A
Koorosh Ostovar Sangari	
Criminal Decision-Making From The Perspective of Behavioral Economics And its Implications for Criminal Policy Making	B
Hamid Bahrehmand, Zahra Sakiani	
A Reflection on The Scope & Objectives of The Principles of Public Economic Law In The Light of The Votes of The Court of Administrative Justice General Assembly	C
Zahra Bidar, Ebrahim Abdipour	
Religious Ta'zir in The Shadow of The Government Decree	D
Ali Rezanezhad, Mohammad Mohseni dehkalani	
Application of Coercive Preventive Measures in The Light of Article 114 of The Code of Criminal Procedure; Solutions & Necessities	E
Afsaneh Zamani Jabbari, Mahmood Saber, Mohammad Farajiha	
Duress in Hodoud; An analysis of Article 151 of The Islamic Penal Code	F
Majid Sadeghnejad Naeiny, Sakineh Khanalipour Vajargah	
Criminal referral to Hodoud punishments in Ta'azirat by Emphasizing Actions to Overthrow the Government	G
Afshin Abdollahi	
Degradation of The Principle of Criminal Law Status in the light of Regulationalizing the Legal Element of Crimes	H
Ali Saffary, Zeynab Laki, Razieh Saberi	
Revision & validation of Hadith of al-Talaq (Al-Talaq bi-ya-di man 'akhadha bi-al-sak)	I
Maryam Sadat Mohaghegh Damad	
The Necessity of Establishing Environmental Courts in Iran's Legal System	J
Zahra Mahmoudi Kordi, Zahra Sadat Sharegh, Hossein Rezazadeh	
The Rule of "Husband's Disobedience" in Iranian Law	K
Khadijeh Mozafari, Zeinab Hoseini	
The Position of Unjust Enrichment or Illegal usage in Commercial Law Focusing on The Judicial Procedure	L
Issa Moghaddam	



The Judiciary's Law Journal

Volume 85 / Issue 115 / 2021 Autumn
(Scientific Quarterly)

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam

Executive Director: Rasool Ahmadzadeh

Editorial Board (in Alphabetical Order):

Rabiaa Eskini, Gholamhosseyn Elham, Kheirollah Parvin,
Mohammad Javad Javid, Vali Rostami, Jafar Kousha, Hasan
Rahpeyk, Mohammad Hadi Sadeghi, Mohammad Hasan
Sadeghi Moghadam, Abbas Ali Kadkhodaei, Fazlollah Mousavi,
Hossein Mirmohammad Sadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi

English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 1.200.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com