

الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

مجله حقوقی

دوره هشتاد و ششم / شماره یکصد و هجدهم / تابستان ۱۴۰۱

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

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

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

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

شاپا چاپی: ۱۷۳۵-۴۳۵۸ شاپا برخط: ۷۱۹۸-۲۶۷۶ قیمت: ۱۶۰۰۰۰۰ ریال
صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵ نشانی پست الکترونیک: Law.journal1316@gmail.com

آدرس سامانه مجله: www.jlj.ir



صاحب امتیاز: قوه قضائیه

مدیر مسئول: علیرضا امینی (مشاور رئیس قوه قضائیه)

سردبیر: محمدحسن صادقی مقدم (استاد دانشگاه تهران)

مدیر اجرایی: رسول احمدزاده (قاضی دادگستری)

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

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

ویراستار فارسی و صفحه‌آرا: زهرا مشایخی

مترجم و ویراستار انگلیسی: مهدی ابراهیمی

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

مشاوران و ارزیابان علمی مقالات شماره ۱۱۸ مجله حقوقی دادگستری

(به ترتیب حروف الفبا)

حسین آقابابایی (دانشیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان)، مهرزاد ابدالی (دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره))، رسول احمدزاده (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، مصطفی‌السان (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، حمید بهره‌مند (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، محمدرضا پاسبان (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، ابوالقاسم خدادادی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد)، سیدمحمدهادی راجی (استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع))، حامد رحمانیان (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، منصور رحمدل (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز)، حبیب‌رمضانی‌آکردی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره))، ابراهیم رهبری (استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، زینب ریاضت (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال)، رضا زهروی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، سیدحمید شاه‌چراغ (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، مجید صادق‌نژاد نائینی (استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه حکیم سبزواری)، محمد صادقی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، نسرین طباطبایی حصاری (استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، علی‌اکبر فرحزادی (دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)، روح‌الدین کردعلیوند (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس)، عبدالحمید مرتضوی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، حسن محسنی (دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، محمدامین ملکی (استادیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)، سیدعباس موسوی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، اعظم مهدوی‌پور (استادیار گروه حقوق جزا، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی)، مهدی مهدوی‌زاهد (استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، سیدحسن میرحسینی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، رحیم نوبهار (دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، محمد یکرنگی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)

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 داوری 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. رأی قضایی: شماره رأی، تاریخ صدور رأی، مرجع صادرکننده.

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

۵. راهنمای ارسال مقالات

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

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

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

فهرست مقالات

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

- قلمرو زمانی توبه در تعزیرات؛ با تأکید بر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور..... ۱
محسن برهانی، الهه لطفعلی زاده
- جایگاه اصل کرامت اجتماعی در حقوق قراردادی ۲۱
مرتضی ترابی، ایرج بابایی، عباس طوسی
- قاضی فضیلت مند؛ سهم فضیلت گرایی در نظریه قضاوت..... ۴۹
مهدی سمائی، محمدجعفر حبیب زاده، رحیم نوبهار
- بررسی تغییر پارادایم در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در چهارچوب پیش نویس قانون تجارت ۱۳۹۹..... ۷۵
سعید حقانی
- نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۸۸ دیوان عالی کشور در سایه نقض استقلال حقوق تجارت در برابر حقوق مدنی..... ۹۷
ام البنین رمضان زاده بادل، سیدحسن حسینی مقدم
- معیار تفکیک جرایم «مختلف» از جرایم «غیرمختلف» در اعمال قواعد تعدد مادی جرم ۱۱۵
مهرانگیز روستائی، حامد رحمانیان
- تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی..... ۱۳۷
هادی صادقی، محمدحسین ناظمی اشنی، زهرا نجارزادگان سربابی
- ارزیابی بیمه هزینه های دادرسی از منظر حقوق مصرف کنندگان ۱۶۳
ناهید صفری
- جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه ۱۸۵
سروش صفی زاده
- آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران..... ۲۰۷
محمدعلی فراهانی، مرتضی حاجی علی خمسه، هادی طحان نظیف

استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب کیفری در نظام حقوقی ایران و لبنان..... ۲۲۹

محمدعلی علی‌پور، سیددردید موسوی مجاب، سیدباسم موالی‌زاده

اختلاف محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط و چگونگی حل آن

..... ۲۵۳

امیرحسین علیزاده، جمشید زرگری

چالش‌های سیاست جنایی قضایی در کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان ۲۷۹

محمد متین‌پارسا، حسنعلی مؤذن‌زادگان

سیاست جنایی ناظر به ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی در حقوق ایران. ۳۱۳

محمدعلی اردبیلی، محمدعلی مهدوی ثابت، حجت نجارزاده اهری

ارزیابی و امکان‌سنجی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و

شکایات حقوق مالکیت صنعتی با تأکید بر حقوق ایران..... ۳۳۹

جعفر نظام‌الملکی

اهلیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه..... ۳۶۹

عباس نیازی، سعید جوهر

قلمرو زمانی توبه در تعزیرات؛ با تأکید بر رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

محسن برهانی*، الهه لطفعلی‌زاده**

چکیده

با توجه به ضرورت اهتمام به سیاست‌های قضازدایی و حبس‌زدایی در نظام حقوقی، نهاد توبه می‌تواند ابزاری کارآمد جهت کاهش جمعیت کیفری زندانیان باشد. قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ برای نخستین بار اقدام به قاعده‌گذاری عام در خصوص اثربخشی توبه در سقوط یا تخفیف مجازات‌ها نمود و به تبع آن تأثیرگذاری توبه در جرایم مستوجب تعزیر را مورد حکم قرار داد. با در نظر گرفتن تغییرات قانونی و تصویب ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، پرداختن به قلمرو زمانی توبه و مقاطعی که می‌توان از این نهاد استفاده کرد، حائز اهمیت است. در این مقاله با روشی توصیفی - تحلیلی و با رویکردی انتقادی به رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص زمان پذیرش توبه، این ادعا به اثبات می‌رسد که بر اساس مبانی فقهی و قانونی، نه تنها پیش از اثبات جرم، در همه جرایم تعزیری توبه متهم مستقط مجازات می‌باشد، بلکه پس از اثبات جرم و حتی در زمان تحمل کیفر نیز، می‌توان از این نهاد استفاده کرد و پذیرش نهاد توبه در تعزیرات مقید به محدودیت‌های موجود در جرایم مستوجب حد نمی‌باشد.

واژگان کلیدی: توبه، تعزیر، حد، اثبات جرم، محکومیت قطعی، اطلاق زمانی

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

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

مقدمه

توبه به معنای ندامت و پشیمانی از گذشته یکی از تأسیسات فقه اسلامی است که پس از انقلاب در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفت. در اصطلاح دینی، توبه کردن به معنای بازگشت از گناه است، به نحوی که مرتکب پشیمان شود و تصمیم بگیرد از این به بعد، مرتکب گناهی نشود (دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۸۷/۱۶: ۲۸۱).

بنا بر آیات و روایات، توبه موجب بخشش گناهان و چشم‌پوشی از عقوبت اخروی گناهکاران است، قرآن کریم در آیه ۸ سوره تحریم می‌فرماید: «تُوبُوا إِلَى اللَّهِ عَسَىٰ رَبُّكُمْ أَنْ يَكْفُرَ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ». به‌سوی خدا توبه کنید امید است خداوند گناهان شما را بپوشاند؛ ده‌ها آیه قرآن و صدها روایت، مؤمنان را به توبه تشویق می‌فرماید و آثار و برکات فراوانی را بر توبه مترتب می‌سازد. آثار توبه منحصر در بعد فردی نیست و ابعاد اجتماعی نیز دارد، چراکه توبه نه تنها شخص را اصلاح می‌کند، بلکه جامعه را در برابر تکرار جرم و بازگشت به گناه از سوی توبه‌کار ایمن می‌سازد (ابراهیمی، ۱۳۹۵: ۱۸۸).

مطابق با مقررات شرعی حتی شدیدترین گناهان با توبه ساقط می‌شود، از این رو، توبه واقعی در این دنیا نیز به طریق اولی باید پذیرفته شود و موجبی برای سقوط مجازات باشد (عبداللهی، ۱۳۹۸: ۳۲۵). بنابراین، تأثیرگذاری توبه تنها بر عقوبت اخروی منحصر نمی‌ماند، بلکه در فقه اسلامی به اثبات رسیده است که توبه در خصوص گناهانی که جنبه مجرمانه دارد و با عقوبت دنیوی همراه شده‌اند از علل سقوط مجازات محسوب می‌شود. فقها عمدتاً در کتاب الحدود به بررسی آثار توبه بر سقوط مجازات اشاره کرده‌اند.

از آنجایی که یکی از اهداف توجیه‌کننده کیفر، اصلاح مجرمین و بازگشت آن‌ها به جامعه است، اگر این هدف از طریق دیگری غیر از کیفر، فراهم شود مطلوب قانون‌گذار تحقق پیدا کرده است. بر همین اساس، توبه می‌تواند یکی از ابزارهایی باشد که در احراز اصلاح درونی مرتکب و تصمیم بر جبران گذشته از جانب او به مقامات قضایی یاری برساند. مطابق با مواد قانونی، نهاد توبه هم بر مجازات‌های حدی و هم بر مجازات‌های تعزیری اثرگذار است؛ با توجه به این امر که کیفرهای تعزیری در بدنه کیفرگذاری و کیفردهی نظام حقوقی ایران غلبه یافتند و سلب امکان بازگشت به جرم به‌عنوان هدف تعزیر در متون فقهی بیان گردیده^۱، تدقیق هرچه بیشتر در اثربخشی نهاد توبه نسبت به مجازات‌های تعزیری می‌تواند موجب کارایی بیشتر این نهاد و استفاده درست از آن در راستای

۱. التعزیر الی الامام بلا خلاف إلا أنه إذا علم أنه لا یردعه إلا التعزیر لم یجز له ترک (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۹۷).

منافع مرتکب‌بنی شود که دیگر اهداف مجرمانه در سر ندارند و از کرده خویش پشیمان بوده و تصمیم بر جبران مافات گرفته‌اند.

یکی از مسائلی که در استناد به توبه مورد بحث و توجه می‌باشد، قلمرو زمانی تأثیرگذاری توبه بر جرایم است که این مهم در حدود، به تبع منابع فقهی با تفصیل بیشتری مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است، اما در تعزیرات عامل توبه از نظر زمان تحقق و اثربخشی، دچار ابهاماتی است و منشأ اختلاف نظر و طرح این مسئله شده است که آیا اطلاق مقررات توبه در سقوط یا تخفیف مجازات تعزیری به مرحله پس از محکومیت قطعی سرایت دارد یا خیر؟ برخی با توجه به اطلاق زمانی ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی نسبت به ماده ۱۱۴ این قانون، احراز توبه مرتکب چه قبل از اثبات جرم و چه پس از اثبات آن را موجب تخفیف یا سقوط مجازات می‌دانند (رضایی و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۰۷)، برخی در راستای عدم سوءاستفاده از این قاعده عام، به ضابطه‌مند نمودن آن و تحدید زمان توبه به قبل از اثبات جرم تعزیری اعتقاد دارند (حاجی ده‌آبادی و رجبی، ۱۳۹۴: ۲۱) و برخی، به‌رغم اشاره به تأثیر توبه حین اجرای مجازات‌های حدی، درخصوص اثربخشی این نهاد پس از محکومیت تعزیری سکوت کرده‌اند. (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۳/۲۴۶).

توجه به زمان توبه و تأثیرگذاری آن بر مجازات‌های تعزیری، صرفاً جنبه نظری ندارد، بلکه آثار مهم حقوقی در مرحله قبل از اثبات و پس از اثبات بر آن مترتب می‌باشد. از یک‌سو، در مرحله قبل از اثبات، مسئله آن است که در صورت تحقق توبه میان مجازات‌های تعزیری مختلف تفاوت وجود دارد یا خیر، از سوی دیگر، یکی از مهم‌ترین آثاری که درخصوص زمان پذیرش توبه در تعزیرات قابل تأمل است، امکان استفاده از این نهاد درخصوص محکومانی است که به‌صورت بالفعل در حال تحمل مجازات حبس می‌باشند. در همین راستا، در بخشنامه اخیر رئیس قوه قضائیه تحت عنوان «بخشنامه پایش و غربالگری زندانیان» که هم‌سو با یکی از سیاست‌های کلی قضایی مبنی بر اتخاذ تدابیر لازم در استفاده از مجازات زندان با رویکرد حبس‌زدایی در تاریخ ۱۳۹۸/۸/۱۰ به کلیه واحدهای قضایی و سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور ابلاغ شده است، با اشاره به محکومان واجد شرایط پذیرش توبه ذیل بند نهم درخواست اقدامات لازم جهت اجرای مواد قانونی مربوطه به عمل آمده است. با توجه به وجود چنین بخشنامه‌ای و ابهامات محاکم قضایی درخصوص مشروعیت و قانونی بودن اجرا کردن این بخشنامه و نحوه اجرای آن، بحث درخصوص پذیرش توبه حتی پس از محکومیت و حین اجرای مجازات ضرورت بیشتری پیدا می‌کند.

به علت وجود ابهامات فوق و صدور آرای متعارض از سوی محاکم، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۹ مرداد ۱۴۰۰ اقدام به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۳ نموده است، مبنی بر

اینکه سقوط یا تخفیف مجازات تعزیری به دلیل توبه مرتکب، مستلزم توبه او قبل از قطعیت حکم دادگاه می‌باشد: «با عنایت به مواد ۱۱۵ و ۱۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هرگاه متهم قبل از قطعیت حکم، توبه کند و ندامت و اصلاح وی برای قاضی محرز شود، در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت مجازات ساقط می‌شود و در سایر جرایم موجب تعزیر، دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال کند اما بعد از قطعیت حکم، موضوع از شمول این مقررات خارج است. بدیهی است، بعد از قطعیت حکم، عفو یا تخفیف مجازات محکومان مطابق بند ۱۱ اصل یکصد و دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مشابه آنچه ذیل ماده ۱۱۴ و تبصره ۲ ماده ۲۷۸ قانون یادشده مقرر شده است)، امکان‌پذیر است...». در این مقاله با توجه به مبانی فقهی و قوانین موجود به این مسئله پرداخته خواهد شد که از لحاظ قلمرو زمانی، نهاد توبه چگونه بر موضع اتهام و محکومیت اثرگذار می‌باشد، به این معنا که آیا نهاد توبه برای اثربخشی درخصوص اتهام، محدود به قلمرو زمانی مشخصی است و در این مورد آیا میان مجازات‌های تعزیری مختلف، تفاوتی وجود دارد؛ همچنین، با نگاه انتقادی نسبت به رأی وحدت‌رویه فوق‌الذکر به این موضوع پرداخته خواهد شد که آیا نهاد توبه پس از محکومیت قطعی نیز می‌تواند در سقوط یا تخفیف مجازات محکومین به تعزیر اثرگذار باشد یا خیر؟

۱. مبانی فقهی پذیرش توبه در تعزیرات

با نگاه به آیات مربوط به توبه در قرآن کریم می‌توان دریافت که پذیرش توبه منحصر به گناه خاصی نشده و تمامی گناهان را در بر می‌گیرد و باعث آمرزش گناهکاران است، برای نمونه خداوند در آیه ۲۵ سوره شوری می‌فرماید: «وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ: و اوست خدایی که توبه بندگان را می‌پذیرد و گناهان را می‌بخشد و هر چه کنید می‌داند». این آیه و آیات مشابه به صورت مطلق درخصوص سیئات سخن به میان آورده‌اند و آن را منحصر به گناه خاصی نکرده‌اند. همچنین در تعاریف فقها از توبه به مثابه طریقی جهت رسیدن به مغفرت الهی، این طریق به گناهان مشخصی محدود نشده است.^۱ بنا بر تعریف علامه طباطبایی، توبه از جانب بنده به معنای پشیمانی، امتناع از سرپیچی و برگشت او به سوی پروردگارش است و از جانب خداوند متعال، توفیق

۱. یزول الإثم بالاستغفار، لقول نبینا الأعظم صلی الله علیه و آله: «لا کبيرة مع الاستغفار»، و «التائب من الذنب کمن لا ذنب له»، و لسانر العمومات و الإطلاقات فی الکتاب و السنة، الدالین علی أن الاستغفار یمحو الذنب: گناه با استغفار زائل می‌شود به دلیل سخن پیامبرمان که فرموده است «هیچ گناه کبیره‌ای با استغفار نمی‌ماند» و «تائب مانند کسی است که گناهی نکرده است» و به دلیل سایر عمومات و اطلاقات موجود در کتاب و سنت که دلالت بر محو گناه به واسطه استغفار دارند (سبزواری، ۱۳۸۴: ۲۸/۱۴۱۳ و ۱۵۳ و ۱۵۴)

بنده در توبه و آمرزش گناهان او را معنا می‌دهد (علامه طباطبایی، ۱۳۷۷: ۳۷۹).

فقه‌ها توبه را مفصلاً در خصوص مجازات‌های حدی مورد بررسی قرار داده‌اند، اما در باب تعزیرات احکام خاصی را در خصوص تأثیر توبه در سقوط کیفر بیان نکرده‌اند و تنها معدودی از فقها متعرض این موضوع شده‌اند، بنابراین ضروری است ضمن واکاوی درمبانی فقهی به امکان‌سنجی تأثیر توبه در جرایم تعزیری و حیطة زمانی این تأثیرگذاری پرداخته شود.

۱-۱. اطلاعات ادله توبه

در آیات و روایات فراوانی بر تأثیرگذاری توبه در بخشش گناهان و پاک شدن کارنامه عمل گناهکار تأکید شده است. موضوع تعزیر بر اساس قاعدة فقهی «التعزیر لكل عمل محرم»، فعل حرام است، بنابراین حکم جواز تعزیر بر ارتکاب فعل حرام مترتب می‌شود. از سوی دیگر، ادله توبه، بر این مطلب تأکید دارد که پس از توبه، نه تنها هیچ‌گناهی در صحیفه اعمال شخص گناهکار باقی نمی‌ماند (التائب من الذنب کمن لا ذنب له (وسائل الشیعة، ج ۱۶: ۷۴))، بلکه خداوند سیئات ایشان را به حسنات تبدیل می‌نماید (یبدل الله سیئاتهم حسنات (آیه ۷۰ سورة فرقان)). با مراجعه به ادله شرعی ملاحظه می‌شود که توبه اختصاصی به گناهان خاص ندارد، بلکه این ادله مطلق هستند و تمامی گناهان را در بر می‌گیرد و بر این اطلاق هیچ تقییدی وارد نشده است. بنابراین، بعد از توبه و امحای گناه از شخص، موضوعی برای تعزیر باقی نمی‌ماند.

مدعای اخیر با توجه به نسبت میان موضوع و حکم در دانش اصول روشن‌تر می‌شود، چراکه در دانش اصول به اثبات رسیده است که نسبت میان موضوع و حکم مانند نسبت میان علت و معلول است و با منتفی شدن موضوع (فعل حرام)، حکم (جواز تعزیر) نیز منتفی می‌گردد. در بیان برخی نویسندگان، صرفاً ادعا شده است که اطلاعات موجود در باب توبه، تعزیرات را نیز شامل می‌شود (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۵: ۲۶؛ رضایی و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۰۴) که با توجه به مطالب فوق، صحت این ادعا به اثبات می‌رسد.

روایات وارد شده در خصوص تأثیر توبه در مجازات‌های حدی، این اثربخشی را مقید به زمان‌های خاصی کرده است. علی‌رغم وجود این قیود در خصوص جرایم حدی، در جرایم تعزیری با چنین مقیدهایی مواجه نیستیم و ادله توبه از این لحاظ نیز دارای اطلاق است. نتیجه آنکه با بررسی ادله، از یک‌سو روایات دال بر تأثیرگذاری توبه بر گناهان دارای اطلاق بوده و شامل حدود و تعزیرات می‌شود؛ از سوی دیگر، تنها در خصوص حدود، تقیید زمانی وجود دارد، اما با عدم وجود چنین تقییدی، زمان توبه در جرایم مستوجب تعزیر، با اطلاق مواجه می‌باشد.

۱-۲. اختیارات حاکم در تعزیرات

یکی از قواعد مسلم فقهی، «قاعده التعزیر بما یراه الحاکم» است. بر اساس این قاعده، تعیین میزان تعزیر بر عهده حاکم می‌باشد که بنا بر صلاحدید خود نسبت به تعیین مجازات، به شرط آنکه کمتر از حد باشد، اقدام می‌نماید. قاعده مورد بحث، حاکم اسلامی را کاملاً مخیر می‌سازد که در قلمرو تعزیرات بنا بر صلاحدید خود و در راستای مصلحت مجرم و جامعه هرگونه اقدام صوابی را انجام دهد تا مجرم از ارتکاب بزه خود بازداشته شود و نظم جامعه دچار اختلال نگردد، فقط اقدامات او مقید به این است که میزان آن از حد بیشتر نباشد و تنها به ارتکاب محرمات شرعی اختصاص یابد.

از سوی دیگر، مشهور فقها اعتقاد دارند که اختیار حاکم حتی درخصوص اصل تعزیر هم جاری است، یعنی اجرای تعزیر برخلاف حدود واجب نیست و اگر حاکم تشخیص دهد، بدون اجرای تعزیر، مرتکب دست از ارتکاب مجدد جرم می‌کشد، ضرورتی بر اجرای تعزیر وجود ندارد. شیخ طوسی تصریح کرده است که تعزیر موقوف به نظر امام است، بر او اقامه تعزیر واجب نیست، اگر بخواهد آن را اجرا می‌کند و اگر ترک تعزیر را مصلحت ببیند آن را ترک می‌کند، خواه نزد او، مجرم تنها با اجرای تعزیر از ارتکاب مجدد، بازداشته شود خواه با غیر از تعزیر هم این بازدارندگی حاصل گردد، هرچند احوط است که اگر مجرم جز با تعزیر از ارتکاب مجدد گناه بازداشته نمی‌شود، اجرای آن را واجب بدانیم (شیخ طوسی، ۱۳۸۷/۸: ۶۹).

بنابراین، در حالی که در مورد حدود نگاه به بزه و کیفر نگاه غالبی است به طوری که عموماً فقها اجرای حد را پس از ثبوت، واجب می‌دانند (قاعده وجوب اجرای حد)، هرچند وجود نهادهایی مثل توبه به‌ویژه پیش از اثبات جرم و نقش آن در سقوط حد، رویکرد اصلاحی و تربیتی مبتنی بر تنبیه درونی و تصمیم به بازگشت را مقدم بر رویکرد کیفرگرایانه محض، می‌نمایاند، این هدف در بخش تعزیرات، قابل انعطاف است، به نحوی که در مقابل قاعده وجوب حد، قاعده جواز تعزیر مطرح است و اصولاً تعزیر را دایرمدار مصلحت و تأثیرگذاری بر اصلاح و تربیت قرار داده‌اند، چه بسا با این هدف ضرورت اجرای تعزیر منتفی شود و از این جهت تعزیر را باید در حد ضرورت و امری حداقلی توصیف نمود (الهام و برهانی، ۱۴۰۰/۲: ۳۲). با این نگاه به تعزیر، پر واضح است که وقتی مرتکبی پس از محکومیت قطعی، توبه می‌کند، پشیمان می‌شود و اصلاح او عیان می‌گردد، دیگر ضرورتی بر ادامه مجازات تعزیری و سخت‌گیری بر او وجود ندارد.

این اختیار حاکم درخصوص عفو مرتکب جرم تعزیری پس از تحقق توبه، مقید به قید زمان اثبات نمی‌باشد، بر این اساس، حاکم قبل از اثبات و یا بعد از اثبات هم در عدم اجرای تعزیر دارای اختیار است. یکی از فقهای معاصر بیان داشته است که «اگر مجرم بعد از قیام بینه توبه کند، عفو او

موکول به نظر امام است و در این مورد فرق است بین تعزیر و حد، چراکه در حدود بنا بر قول مشهور عفو مجرم در صورت توبه بعد از اقامه بینه، موکول به نظر امام نیست و اجرای حد بر او واجب است» (صافی، ۱۴۳۵: ۷۵). بنابراین چنانچه تعزیر با بینه اثبات گردد و بعد از آن مرتکب توبه کند، حاکم مخیر است بین تعزیر مجرم و عفو او و تعزیر یا عدم تعزیر مرتکب به دنبال توبه او پس از اثبات جرم، مطلقاً به نظر امام موکول شده است (صافی، ۱۴۰۴: ۸۰).

البته باید توجه داشت که اگر تعزیر به حق الناس تعلق گرفته باشد مثل فحاشی (شتم) یا ضرب، حاکم با عفو خود نمی تواند حق مشتم یا مضروب را ساقط کند و باید حق آن ها را به واسطه تعزیر مرتکب بستاند، مگر آنکه مجرم قبل از اثبات جرم و ارجاع امر به حاکم توبه کرده باشد، چراکه توبه گناهی که تائب تا قبل از آن انجام داده پاک می کند و او مانند کسی می شود که گناهی انجام نداده است (صافی، ۱۴۰۴: ۷۶ و ۷۷). بنابراین، در توبه قبل از اثبات جرم، فرقی نیست که متعلق تعزیر، حق الناس باشد یا حق الله و در صورت تحقق توبه در این مرحله، تعزیر، مطلقاً ساقط خواهد شد. وقتی «التعزیر موکول الی الامام» دارای اطلاق و سعه مفهومی باشد، به حکومت اسلامی این حق را می دهد که حسب مورد و با صلاح دید خویش انواع مجازات های مناسب با جرایم ارتكابی را تعیین و اعلام نماید و یا از تعزیر مرتکب صرف نظر نماید، اگر در تعزیر او مصلحتی نباشد.

لازم به ذکر است در خصوص معنای کلمه حاکم یک اختلاف نظر تاریخی وجود دارد؛ برخی فقها حاکم را قاضی صادرکننده رأی می دانند، اما برخی دیگر، منظور از حاکم را والی و حاکم اسلامی می دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴/۲۳۶). این اختلاف نظر در زمان تصویب لایحه تعزیرات محل مناقشه قرار گرفت^۱، اما با گذشت زمان، نظر دوم مورد پذیرش نظام تقنینی ایران قرار گرفت، بنابراین هم اکنون منظور از حاکم، کلیت حاکمیت اسلامی است که می تواند با استفاده از سازوکارهای احراز توبه متهمان و یا محکومان در هر مرحله چه پیش از صدور حکم و چه پس از آن، چنانچه ضرورت اعمال تعزیر در خصوص مجرمی را در مقام صدور حکم یا اجرای مجازات منتفی دانست، به معافیت او از کیفر یا تخفیف مجازاتش اقدام نماید. سازوکارهای مذکور به نحوی است که خصوصاً در مورد زندانیان، قضات اجرای احکام و یا دادرسان ناظر بر زندان ها می توانند راحت تر توبه، پشیمانی و اصلاح مرتکب زندانی را احراز نمایند و در راستای معافیت او از مجازات قدم بردارند.

۳-۱. قیاس اولویت

قیاس اولویت، قیاسی است میان اصل و فرع که در آن به دلیل قوی تر بودن علت حکم در

۱. برای اطلاع بیشتر در خصوص این مناقشه (نک: مهرپور، ۱۳۶۸).

فرع، حکم اصل به فرع سرایت داده می‌شود و حکم آن استنباط می‌گردد، به عبارت دیگر، در مواردی که علت حکم اصل در فرع به صورتی قوی‌تر از اصل موجود باشد، حکم اصل نیز به طریق اولی بر فرع بار شده و به آن سرایت می‌کند (مظفر، ۱۴۳۰: ۲/۲۰۴ و ۲۰۵). با توجه به تعریف قیاس اولویت می‌توان این ادعا را مطرح کرد که وقتی توبه می‌تواند مجازات‌های حدی را ساقط نماید، به طریق اولی قادر است مجازات‌های تعزیری را نیز از بین ببرد. وجه اولویت در این قیاس، آن است که ادله حدود با تأکید فراوان بر ضرورت اجرای حد تصریح داشته و به افراد اجازه سقوط آن را نمی‌دهد، حال وقتی با وجود چنین ادله‌ای باز هم توبه می‌تواند حد را ساقط نماید، به طریق اولی در خصوص تعزیراتی که ادله مشروعیت تعزیر بسیار کمتر و ضعیف‌تر از حد است نیز می‌تواند تأثیرگذار باشد. در این راستا، تعدادی از فقها با استناد به قیاس اولویت، مقررات حاکم بر توبه در سقوط مجازات‌های حدی را در مجازات‌های تعزیری حاکم دانسته‌اند. یکی از فقهای معاصر، با استناد به قیاس اولویت به مسئله توبه در تعزیرات توجه نموده است. با این بیان که برخی از احکام حدود به طریق اولی در تعزیر هم جریان می‌یابد، مانند مسئله عفو که اگر مجرم بعد از اثبات حد با اقرار توبه کرده باشد برای امام در حدود جایز است او را عفو نماید، در تعزیر نیز به طریق اولی، امام اختیار عفو خواهد داشت (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۷).

از جریان قیاس اولویت در تعزیرات دو برداشت به نظر می‌رسد: اول اینکه همان طور که توبه موجب سقوط حد است، به طریق اولی می‌تواند موجب سقوط تعزیر هم باشد و به عبارت دیگر، توبه به طور کلی می‌تواند ضرورت اجرای تعزیر را منتفی نماید. دوم اینکه منظور از جریان قیاس اولویت آن است که همان مقررات تفصیلی توبه که در حدود مقرر شده، در خصوص تعزیرات جاری است، یعنی همان احکام قبل و بعد از اثبات جرم و اثبات آن از طریق اقرار یا بینه و اختیار یا عدم اختیار حاکم در عفو مرتکب. با توجه به این امر که توبه در جرایم مستوجب تعزیر حتی بعد از اقامه بینه برای حاکم موجبی برای عفو فراهم می‌کند و در بند قبل بدان اشاره شد و با توجه به قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» که ضرورت اجرای تعزیر یا عدم آن بنا به صلاح‌دید حاکم تعیین خواهد شد، ظاهر آن است که برداشت اول صحیح‌تر می‌باشد و با صلاح‌دید حاکم، توبه مطلقاً و به هر نحوی که او اختیار کند، می‌تواند عاملی برای انتفای تعزیر باشد. بنابراین، از آنجایی که هدف از تعزیر تنبیه و منع مجرم از تکرار جرم است، هنگامی که امیدوار باشیم مجرم مجدداً مرتکب آن نخواهد شد، دلیلی برای ادامه تعزیر وجود ندارد و حاکم می‌تواند او را عفو کند، هرچند با بینه ثابت شده باشد، چراکه تفصیل بین اقرار و بینه مخصوص به حدود شرعی است و در تعزیرات حاکم شرع مطلقاً حق عفو و بخشش دارد، البته مشروط به اینکه مصلحت چنین اقتضا کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۲۹).

۲. مبانی قانونی مربوط به قلمرو زمانی توبه در تعزیرات

با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ احکام توبه در قالب قاعده‌ای عام ذیل مواد ۱۱۴ تا ۱۱۹ مبحث پنجم با عنوان «توبه مجرم» از فصل یازدهم قانون با عنوان «سقوط مجازات» مورد اشاره قرار گرفته است. قبل از بیان این قواعد عام، باید بدانیم در حال حاضر با توجه به مقررات جزایی حاکم، نهاد توبه از چهار طریق ذیل می‌تواند موجبی برای تخفیف یا معافیت از مجازات باشد:

چنانچه قرار بر تأثیر تخفیف‌دهنده توبه بر کیفر باشد یا در قالب یکی از معاذیر مخففه و یا در قالب یکی از علل قضایی تخفیف نقش خود را ایفا می‌نماید. معاذیر مخففه، عذرهایی مصرح در قانون هستند که در صورت تحقق، مجازات مرتکب الزاماً باید مورد تخفیف قرار بگیرد؛ در تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی توبه مرتکب زنا و لواط به عفو، مجازات حدی را به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دوی آن‌ها کاهش می‌دهد. علل قضایی تخفیف نیز موجباتی هستند که قاضی با توسل به آن‌ها اختیار دارد تا مجازات مرتکب را مشمول تخفیف قرار دهد که در ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، تحقق توبه در جرایم تعزیری درجه یک تا پنج دادگاه را مخیر ساخته تا مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.

از سوی دیگر، تأثیر توبه به‌عنوان عاملی جهت معافیت از کیفر یا در قالب معاذیر قانونی و یا به شکل معاذیر قضایی معاف‌کننده خواهد بود. معاذیر قانونی معافیت از کیفر، مجموعه عذرهایی هستند که بنا بر تصریح در قانون مقام قضایی را مکلف به معافیت مرتکب از کیفر می‌نمایند؛ توبه قبل از دستگیری یا دستیابی نظام ذیل مواد ۵۲۱ و تبصره ماده ۵۱۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی و یا توبه مرتکب مطابق با حکم صدر مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، عذری قانونی جهت سقوط مجازات به حساب می‌آید؛ اما معاذیر قضایی آن عواملی هستند که در صورت تحقق، الزامی جهت سقوط مجازات مرتکب برای مقام قضایی به دنبال ندارند و تنها منشأ این اختیار برای وی هستند که مرتکب را از تحمل کیفر، معاف سازد؛ ذیل ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی، توبه مرتکب پس از اثبات جرایم موجب حد از طریق اقرار، دادگاه را مخیر می‌کند تا عفو مرتکب را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

حال با توجه به مبحث پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که برای تأثیر توبه در تخفیف یا سقوط مجازات به‌صورت عام قاعده‌گذاری کرده است، قانون‌گذار در جرایم مستوجب حد به سه بازه زمانی اشاره کرده است: اول، قبل از دستگیری یا تسلط بر مرتکب (در جرم محاربه)، دوم، قبل از اثبات جرم و سوم، بعد از اثبات جرم.

از سوی دیگر، با مراجعه به مقررات قانونی توبه در جرایم تعزیری ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار

به بازه زمانی خاصی در خصوص توبه و تأثیرگذاری آن اشاره نکرده است و این سکوت آگاهانه و نحوه تفسیر آن بر اساس قواعد تفسیری، می‌تواند منشأ آثار و نتایج بسیار مهمی در نظام حقوقی باشد. مدعای این مقاله آن است که توبه مرتکب جرم تعزیری در تمامی مراحل تأثیرگذار می‌باشد و نباید آن را محدود به بازه زمانی خاصی نمود. بنابراین، بررسی شمول تأثیرگذاری توبه نسبت به دو مرحله نیازمند بررسی و اقامه دلیل است. الف) شمول قواعد توبه در جرایم تعزیری قبل از اثبات جرم، ب) شمول قواعد توبه در جرایم تعزیری بعد از اثبات جرم.

۲-۱. شمول قواعد توبه در جرایم تعزیری قبل از اثبات جرم

با وجود اینکه قانون‌گذار ضمن ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی برای جریان مقررات توبه در جرایم مستوجب حد قائل به تفکیک میان مرحله قبل و بعد از اثبات جرم شده است، لکن در ماده ۱۱۵ چنین تفکیکی مورد پیش‌بینی قانون‌گذار قرار نگرفته است. اما سؤال قابل تأمل آن است که نقطه اثبات جرم چه زمانی است که قبل و بعد از آن می‌تواند در ما نحن فیه مثر ثمر باشد؟ در خصوص زمان اثبات جرم دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول آنکه منظور از اثبات، صدور حکم قطعی لازم‌الاجراست که این قطعیت به دلیل آن است که زمان اعتراض به حکم بدوی گذشته یا به آن اعتراض نشده و یا حکم بدوی مورد اعتراض قرار گرفته و در مرجع صالح پس از رسیدگی به اعتراض، اتخاذ تصمیم شده است. احتمال دوم آنکه منظور از مرحله اثبات، اتمام دادرسی و صدور حکم در مرحله بدوی است. هرچند احتمال اول، منطبق بر تفسیر به نفع متهم می‌باشد، اما باید گفت با توجه به مبانی شرعی و عدم موضوعیت داشتن مرحله تجدیدنظر از لحاظ فقهی، احتمال دوم متعین است. در نظام قضای اسلامی تعویق در اجرای حکم صادر شده، سابقه ندارد و پس از حکم حاکم اول، شکایت بردن و ترافع به همان حاکم یا حاکم دیگر جایز نیست (خوئی، ۱/۱۴۱۸: ۳۲۹)، بنابراین با فقدان مفهوم تجدیدنظر از لحاظ فقهی، برای توجه به مرحله اثبات جرم جهت تأثیرگذاری در مقررات مربوط به توبه به عنوان یک تأسیس فقهی باید آن را ناظر به صدور حکم بدوی دانست. این رویکرد، برخلاف نظری است که دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۳ اتخاذ کرده است، چراکه در بخشی از رأی بیان شده است: «هرگاه متهم قبل از قطعیت حکم، توبه کند و ندامت و اصلاح وی برای قاضی محرز شود...»؛ استفاده از واژه «قطعیت» از سوی قضات هیئت عمومی دیوان عالی کشور و توجه به این امر که ممکن نیست دیوان عالی از این واژه معنایی غیر از معنای اصطلاحی و تخصصی رایج در ادبیات حقوقی را مدنظر قرار داده باشد، دلالت بر آن دارد که نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور بر محوریت قطعیت یا عدم قطعیت حکم مبتنی شده است. به نظر می‌رسد قضات دیوان با خلط دو

مفهوم اثبات و قطعیت، احکام اثبات را بر قطعیت بار نموده‌اند، در حالی که چنانچه گذشت، قطعیت دارای سابقه فقهی نیست و نباید امر غیرفقهی را بر تأسیسی فقهی تحمیل نمود.

با مقایسه مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ برخی بر این عقیده‌اند که در تعزیرات برخلاف حدود، توبه پیش از اثبات جرم، از جهت تأثیر در مجازات تفاوتی با توبه پس از اثبات جرم ندارد (صابر و رفیع زاده، ۱۳۹۴: ۸۲) رأی وحدت‌رویه صادره از سوی دیوان عالی کشور نیز با تحدید قلمرو زمانی پذیرش توبه در تعزیرات به مرحله قبل از قطعیت حکم، از لحاظ پیامدهای پذیرش یک نظریه، به‌نحوی هم‌سو با نظر اخیر می‌باشد، چراکه در نهایت، مقررات ماده ۱۱۵ نسبت به جرایم مستوجب تعزیر به‌طور یکسان و صرفاً با توجه به درجات جرم ارتكابی اعمال می‌گردد و تفکیک میان مرحله قبل از اثبات جرم و بعد از اثبات نمی‌تواند در اعمال مقررات این ماده اثرگذار باشد، اما در مقام تفسیر ماده ۱۱۵ با وجود اطلاق ظاهری ماده و تفکیکی که میان جرایم تعزیری درجه شش و هفت و هشت با سایر جرایم تعزیری به عمل آمده است، به نظر می‌رسد این تفکیک اختصاص به مرحله بعد از اثبات جرم و به عبارت دیگر مرحله رسیدگی جرم نزد قاضی دارد و نمی‌توان حکم این ماده را به مرحله قبل از اثبات جرم تسری داد چراکه:

اولاً، با رجوع به منابع فقهی شکی در سقوط مجازات در اثر توبه قبل از اثبات جرم نیست چه در حدود و چه در تعزیرات. این تصریح وجود دارد که در جرایم مستوجب تعزیر چنانچه مرتکب تا قبل از قیام بینه توبه نماید، تعزیر او مطلقاً جایز نیست و در تعبیری دیگر، اگر مجرم تا قبل از رفع امر نزد حاکم توبه کند چه تعزیر از نوع حق‌الله باشد و چه از نوع حق‌الناس، چیزی بر عهده او نیست و تائب در این مورد همانند کسی است که گناهی مرتکب نشده است (صافی، ۱۴۰۴: ۷۸). بنابراین با وجود مستندات فقهی، تمسک به اطلاق ماده در خصوص مرحله قبل از اثبات ممکن نیست و توبه پیش از اثبات جرم، بدون تفاوت میان جرایم تعزیری مختلف، موجب سقوط مجازات است.

ثانیاً، ماده ۱۱۴ با پیروی از منابع فقهی، توبه مرتکب جرم مستوجب حد را پیش از اثبات جرم به‌عنوان قاعده‌ای عام موجب سقوط حد دانسته است، از این‌رو وقتی در حدود، توبه پیش از اثبات جرم، مجازات را ساقط می‌کند، به طریق اولی در تعزیرات نیز چنین اثری خواهد داشت و منطقی به نظر نمی‌رسد که مقام قضایی با احراز توبه پیش از اثبات جرم، حد را ساقط کند اما تعزیر را نه! فلذا جهت پیروی از سیاست کیفری یکسان و منسجم هم در حدود و هم در تعزیرات توبه قبل از اثبات جرم، عاملی برای سقوط مجازات است.

ثالثاً، تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قاعده‌گذاری عام در خصوص تأثیر توبه در جرایم تعزیری با حکم ماده ۱۱۵، به‌صورت موردی در بخش تعزیرات قانون مصوب

۱۳۷۵ تصریح شده بود که توبه قبل از دستگیری و قبل از دستیابی نظام به مجرم، مجازات را منتفی می‌کند. در تبصره ماده ۵۱۲ و ماده ۵۲۱ بخش تعزیرات برخی از جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور و جرایم مربوط به تهیه و ترویج سکه قلب که از نظر میزان مجازات یکسان نیستند و برخی شدید و برخی خفیف هستند، با توبه پیش از اثبات جرم که مرحله‌ای از آن، توبه قبل از دستگیری و دستیابی است، معاف از کیفر تلقی شده‌اند و هنوز قابلیت اجرایی دارد. مواد مذکور نیز به مثابه قرینه و مؤیدی می‌باشد که بر سقوط تعزیر به دنبال توبه پیش از اثبات جرم دلالت دارند و کاشف از مراد پیشینی قانون‌گذار در این موضوع است، به نحوی که با بیان مؤخر وی نیز، نسخ نشده است.

با تأمل در دلایل فوق این نتیجه منطقی است که تفکیک قید شده در ماده ۱۱۵ برای تأثیر توبه در سقوط یا تخفیف مجازات‌های تعزیری، تنها به مرحله پس از اثبات جرم اختصاص دارد و توبه قبل از اثبات جرم چنانچه برای مقام قضایی محرز گردد، کیفر تعزیری را از هر نوع یا درجه‌ای که باشد، منتفی خواهد نمود. بر این اساس هرچند ظاهراً رویکرد قانون‌گذار در جرایم مستوجب تعزیر در مقایسه با جرایم مستوجب حد، ممکن است قابل نقد به نظر برسد، با این بیان که چگونه جرایم مستوجب شدیدترین مجازات‌ها یعنی حدودی که منجر به مرگ مرتکب می‌شوند، به واسطه توبه شخص به کلی ساقط می‌گردند، اما مجازات‌های تعزیری درجه یک تا پنج تنها امکان تخفیف (آن هم تخفیف قضایی و نه تخفیف قانونی) را پیدا می‌کنند؟ و این امر می‌تواند نشان‌دهنده عدم انسجام در سیاست کیفری درخصوص استفاده از نهاد توبه باشد (الهام و برهانی، ۱۴۰۰: ۲/۳۰۲)، اما با ملاحظه تفسیر فوق از قلمرو زمانی ماده ۱۱۵، چنین انتقادی وارد به نظر نمی‌رسد، چراکه نقش توبه قبل از اثبات جرم تعزیری از حکم مندرج در ماده ۱۱۵، خروج موضوعی دارد و اساساً ماده مذکور درخصوص تأثیرگذاری توبه قبل از اثبات جرم تعزیری، هیچ حکمی را بیان نکرده است.

۲-۲. شمول قواعد توبه در جرایم تعزیری بعد از اثبات جرم

همان طور که بیان شد در تفسیر اطلاق زمانی ماده ۱۱۵ دو نگاه محتمل است: نگاه اول، قلمرو زمانی را کاملاً مطلق می‌داند به نحوی که توبه پیش از اثبات جرم از جهت تأثیر در سقوط یا تخفیف مجازات تفاوتی با توبه پس از اثبات جرم ندارد، اما در نگاه دوم، تفکیک به عمل آمده میان جرایم تعزیری در ماده مذکور و اختصاص سقوط مجازات به جرایم خفیف‌تر و تخفیف مجازات به جرایم شدیدتر، مربوط به توبه پس از اثبات جرم است و توبه پیش از اثبات جرم، صرف‌نظر از نوع جرم و درجه آن، موجب معافیت از کیفر خواهد بود.

آنچه در هر دو رویکرد مشترک است و جای بحث دارد اطلاق مرحله پس از اثبات جرم است، به این معنا که اگر قرار بر اثربخشی توبه مجرم پس از اثبات جرم باشد، تا چه زمانی می‌توان با احراز

ندامت و اصلاح او، مجازاتش را منتفی نمود یا مورد تخفیف قرار داد؟ آیا پس از محکومیت قطعی مرتکب نیز توبه می‌تواند مجازات را از او بردارد یا موجبی برای تخفیف مجازاتش باشد؟ در ماده ۱۱۸ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است: «متهم می‌تواند تا قبل از قطعیت حکم، ادله مربوط به توبه خود را حسب مورد به مقام تعقیب یا رسیدگی ارائه نماید». فارغ از اینکه نحوه بیان قانون‌گذار در ماده مذکور، الزام‌آور و امری نیست و از لفظ «می‌تواند» در متن ماده استفاده شده است، برخلاف استدلال مذکور در رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۳ و استناد به عبارت «تا قبل از قطعیت حکم» در ماده ۱۱۸، به نظر می‌رسد با توجه به دلایلی که خواهد آمد، اطلاق ماده ۱۱۵ به نحوی است که ماده ۱۱۸ نمی‌تواند مقید آن باشد.

قانون‌گذار با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تصمیم بر قاعده‌گذاری عام در زمینه توبه گرفت و فصلی را به مقررات مربوط به آن اختصاص داد، از این رو با وجود آنکه ضمن ماده ۱۱۵ در مقام بیان شرایط تحقق توبه در جرایم مستوجب تعزیر بوده و باید ممنوعیت اثربخشی توبه پس از محکومیت قطعی را اعلام می‌نموده، اما سکوت کرده و ماده مذکور به نحو اطلاق تصویب شده است.^۱ همان طور که قانون‌گذار در ماده ۱۱۴ تأثیرگذاری توبه در حدود را به مرحله قبل از اثبات جرم و بعد از اثبات آن تفکیک نموده و سقوط مجازات در اثر توبه پس از اثبات جرم ناشی از اقرار را منوط به عفو رهبری کرده است، می‌توانست همین تفکیک مراحل و همین تقیید به عفو رهبری پس از اثبات جرم را در خصوص تعزیرات نیز ضمن ماده ۱۱۵ بیان نماید، اما ظاهراً با ترجیح سکوت به جای بیان، مهر تأییدی بر عدم موضوعیت زمان توبه در تعزیرات زده است.

در ماده ۱۱۴، صراحتاً توبه پس از اثبات جرم چنانچه اثبات از طریق اقرار مجرم باشد، موجبی برای درخواست عفو مرتکب از رهبری تلقی شده است، با توجه به ماده ۱۱۴، نمی‌توان ماده ۱۱۸ را دلیلی بر عدم پذیرش توبه پس از محکومیت قطعی چه در حدود و چه در تعزیرات دانست، چراکه اولاً چنانچه اثربخشی توبه در حدود پس از اثبات جرم و در مرحله پس از محکومیت قطعی ممکن باشد، به طریق اولی در تعزیرات هم چنین امکانی منتفی نیست؛ با توجه به مستندات فقهی مربوط

۱. اطلاق ماده به نحوی است که قانون‌گذار حتی تفکیکی میان جرائم حق الناسی و حق الهی قائل نشده و مطلقاً تحقق توبه را عاملی برای سقوط یا تخفیف مجازات قرار داده است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۹۵۲/۹۲/۷ در تاریخ ۹۲/۵/۲۶ در تفسیر این اطلاق چنین بیان داشته است: «با توجه به اطلاق ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مقررات این ماده شامل کلیه جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت اعم از قابل گذشت یا غیر قابل گذشت است که اگر مرتکب این جرائم توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود».

به توبه در جرایم مستوجب حد، ندامت و پشیمانی مرتکب پس از اثبات جرم از طریق اقرار، بدون محدودیت زمانی موجبی برای عفو مجرم است. ثانیاً در تبصره ۲ ماده ۲۷۸ این تصریح وجود دارد که در مورد حبس ابد ناشی از ارتکاب سرقت حدی در مرتبه سوم و سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست، هر گاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه نماید و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بداند با عفو ایشان از حبس آزاد می‌شود؛ همچنین مقام رهبری می‌تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری تبدیل نماید. با توجه به این تبصره صراحتاً تحقق توبه پس از محکومیت قطعی و حین اجرای مجازات منشأ اثر تلقی شده است و بازه زمانی پس از اثبات در ماده ۱۱۴ را نمی‌توان محدود به قبل از محکومیت قطعی دانست^۱، بنابراین همان طور که ماده ۱۱۸ نمی‌تواند مانعی بر عدم پذیرش توبه پس از محکومیت قطعی در حدود باشد، منطقی است که در جرایم مستوجب تعزیر نیز دلیل بر چنین ممنوعیتی محسوب نمی‌شود.

همچنین، با عنایت به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است در موارد سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، با مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را استنباط نماید. همان طور که در بخش مبانی فقهی پذیرش توبه بیان شد، تأثیرگذاری نهاد توبه بر سقوط مجازات‌های تعزیری مطابق با مقررات فقهی نمی‌تواند محدود به قلمرو زمانی خاصی باشد و با احراز توبه مرتکب در هر مرحله، مجازات او با صلاح‌دید حاکم قابل انتفاست، حتی در سخت‌گیرانه‌ترین نظریات فقهی که مورد قبول نگارندگان نمی‌باشد، همان مقررات مربوط به پذیرش توبه در حدود و تفکیک اثربخشی آن نسبت به مرحله قبل از اثبات و بعد از اثبات جرم، درخصوص تعزیرات نیز جریان می‌یابد، بنابراین هیچ مبنای فقهی برای تأیید این نظر که تأثیر نهاد توبه در تعزیر باید محدود به مرحله قبل از اثبات باشد، موجود نیست.

از سویی دیگر، مدت‌هاست مصلحت عدم تعزیر با توجه به تورم جمعیت کیفری زندانیان که قاطبه آن‌ها به علت ارتکاب جرایم تعزیری در حال گذران مدت محکومیت خود در زندان‌ها هستند و به تبع آن سیاست‌های حبس‌زدایانه، ضرورت بیشتری نسبت به گذشته پیدا کرده است، بنابراین برای قانون‌گذار و دستگاه قضا عذر موجهی است تا با توسل به ابزارهای کارآمد در راستای سیاست کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها قدم بردارند، یکی از این ابزارها، نهاد توبه و احراز تحقق آن در محکومین

۱. آیت الله بهجت در این زمینه به سوالی چنین پاسخ دادند: «در مواردی که جرم مستوجب حد با اقرار ثابت شده باشد، متهم می‌تواند حتی پس از قطعیت حکم نیز ادله توبه خود را ارائه نماید» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: سؤال ۹۱۸۴).

به حبس است. چنانچه محکومین در دوران تحمل حبس توبه نمایند، به نحوی که پشیمانی و اصلاح از رفتارشان مشخص باشد، ادامه گذران حبس برای این افراد فاقد ضرورت خواهد بود.

در همین راستا، رئیس قوه قضائیه اخیراً در تاریخ ۱۳۹۹/۸/۱۰ بخشنامه پایش و غربالگری زندانیان را با رویکرد حبس‌زدایی به کلیه واحدهای قضایی و زندان‌ها ابلاغ کرده است تا بر اساس برنامه زمان‌بندی تعیین‌شده نسبت به پایش زندانیان اقدام نمایند، در بند ۹ این بخشنامه مقرر شده است: «در خصوص محکومان واجد شرایط تعلیق اجرای مجازات، نظام نیمه آزادی، آزادی مشروط، آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی و پذیرش توبه که تقاضای آن‌ها از سوی شورای طبقه‌بندی زندان به مراجع مربوط ارسال و تاکنون نتیجه‌ای به زندان ابلاغ نشده و یا با درخواست آن‌ها مخالفت شده است، در راستای اجرای مواد ۴۶، ۵۶، ۵۸، ۶۲، ۱۱۴ تا ۱۱۹ قانون مجازات اسلامی و بند (ج) ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری اقدام گردد».

با تأمل در نکات فوق، جای تردیدی در اطلاق مرحله پس از اثبات جرم برای اثربخشی توبه در سقوط یا تخفیف مجازات تعزیری مطابق با ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی باقی نمی‌ماند و در صورت توبه محکوم پس از محکومیت قطعی به مجازات تعزیری، احکام ماده ۱۱۵ نسبت به وی قابل اعمال خواهد بود. اقتضای اصول تفسیری در تفسیر ماده ۱۱۵ نیز مؤید اطلاق ماده می‌باشد، چراکه در مقام شک میان اطلاق ماده یا تقیید آن به مرحله قبل از قطعیت حکم، اصل تفسیر به نفع متهم مقتضی آن است که اعمال مقررات توبه در تعزیرات به بعد از محکومیت قطعی نیز سرایت نماید.

نتیجه

توبه یکی از تأسیسات فقه اسلامی است که در قالب قاعده‌ای عام برای اثربخشی در جرایم مستوجب تعزیر، نخستین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفت. با توجه به مبانی فقهی و قانونی در استفاده از نهاد توبه برای سقوط یا تخفیف کیفر تعزیری و با بررسی دلایلی چند، برآمد این مقاله چنین است که توبه پیش از اثبات جرم مطلقاً چه در حدود و چه در تعزیرات موجب سقوط مجازات است، همچنین تحقق توبه پس از اثبات جرم در تعزیرات مطلقاً و بدون تقیید به مرحله زمانی خاصی (حتی پس از محکومیت قطعی) تابع مقررات ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

از نظر مبانی فقهی با استناد به اطلاق ادله مربوطه به توبه، قیاس اولویت و اختیار حاکم در تعیین تعزیر، می‌توان ادعا نمود که توبه علاوه بر حدود در تعزیرات نیز منشأ اثر می‌باشد و عفو مرتکب به تبع توبه او پس از اثبات جرم موکول به نظر امام یا حاکم اسلامی است.

با نگاه به مواد قانونی حاکم بر موضوع بحث، هیچ منعی به لحاظ قانونی جهت عفو یا تخفیف مجازات تعزیری مرتکبی که پس از محکومیت قطعی توبه کرده است، وجود ندارد و قانون‌گذار ضمن ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ توبه در تعزیرات را مطلقاً بدون محدودیت زمانی موجبی برای معافیت از کیفر یا تخفیف آن تعیین کرده است.

با وجود اطلاق زمانی ماده ۱۱۵، به نظر می‌رسد احکام مربوط به توبه در این ماده اختصاص به مرحله پس از اثبات جرم و به عبارت دیگر پس از صدور رأی بدوی در دادگاه دارد و چنانچه مرتکب قبل از این مرحله با ندامت از رفتار گذشته خود توبه کرده و اصلاح کرده باشد، اعمال مجازات تعزیری او از هر نوع و درجه‌ای که باشد، منتفی خواهد بود.

مرحله پس از اثبات جرم بدون هیچ منع شرعی و قانونی شامل دوران پس از محکومیت قطعی کیفری نیز می‌شود و از آنجایی که وجوب تعزیر منوط به عدم اصلاح مرتکب از طرق دیگر است و تعزیر بنا بر صلاحدید حاکم اسلامی قابل تعیین و اجرا می‌باشد، تحقق توبه پس از محکومیت قطعی و در دوران اجرای مجازات ضرورت ادامه تعزیر را از بین می‌برد و موجبی برای عمل به ماده ۱۱۵ فراهم می‌آورد.

با این نگاه که بزهکار، بیگانه از جامعه و غیرخودی فرض نمی‌شود، بلکه یکی از افراد همان جامعه است که دچار انحراف شده و امکان بازپروری دارد، مدیریت انحراف و بزهکاری او باید به‌نحوی باشد که حقوق اساسی او همچون مصونیت از مداخله غیرضروری دولت و دیگران و همچنین حقوق سایر شهروندان حفظ شود (لطفعلی زاده، ۱۳۹۵: ۴۵). با در نظر گرفتن حقوق بنیادینی نظیر حق بر مجازات نشدن و حق بر مجرم نبودن، دولت تنها در موارد ضروری می‌تواند در حقوق و آزادی‌های اشخاص مداخله کند. نباید فراموش کرد که ضمانت‌اجراهای کیفری، متضمن محرومیت بزهکار از منافع بنیادینی مانند حیات، آزادی، دارایی و... است و بنابراین برای موجه بودن این محرومیت، برقراری توازن میان آن محرومیت از منافع و نقض منفعتی که مجرم مرتکب شده است ضرورت دارد (روستایی، ۱۳۹۳: ۲۰۸)؛ بدین ترتیب حتی اگر قانون‌گذاری و تدوین مقررات در این زمینه توجیه گردد، اولاً باید به‌عنوان آخرین راهکار باشد و ثانیاً به قدر متیقن آن کفایت شود و در حداقل موارد به کار برود، از این‌رو هنگامی که مجرمی با پشیمانی از گذشته خود، توبه کرده و اصلاح شده، توجیهی برای ادامه مجازات او وجود ندارد و با انتفای ضرورت مجازات وی، معافیت از کیفر، موجه به نظر می‌رسد.

با در نظر گرفتن برایندهای این مقاله، انتقاداتی که بر ماده ۱۱۵ به لحاظ ضابطه‌مند نبودن قاعده‌گذاری عام توبه در تعزیرات در سال ۱۳۹۲ از سوی قانون‌گذار به عمل آمده، وارد به نظر

نمی‌رسد و قلمروی زمانی ماده مذکور نیازی به تحدید ندارد. منافع محکومین خصوصاً زندانیانی که پس از محکومیت قطعی، نادم گشته و اصلاح شده‌اند، اقتضای آن را دارد که ابزارهای کیفری در قانون این امکان را برای مقامات قضایی پیش‌بینی کرده باشد تا در مجازات این محکومین بازنگری کنند. بنابراین با احراز توبه مرتکب پس از محکومیت قطعی از طریق قضات اجرای احکام، دادپاران ناظر بر زندان‌ها و یا با درخواست خود مرتکب باید پیشنهاد تجدیدنظر در مجازات یا معافیت او از کیفر به دادگاه صادرکننده حکم جهت بررسی موضوع ارائه گردد.

با توجه به معضل جمعیت فزاینده زندانیان در سال‌های اخیر و هم‌سو با سیاست‌های حبس‌زدایی جهت کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها، مقرراتی از این دست که امکان بازنگری در مجازات را فراهم می‌آورد، نه تنها از جهت گستردگی قلمرو و رعایت حقوق و منافع متهمین و محکومین قابل انتقاد نیست، بلکه از جهتی دیگر، جای این انتقاد را دارد که چرا قانون‌گذار با بیان شفاف‌تری بر اطلاق این‌گونه احکام تأکید نمی‌نماید تا راه را برای بروز هرگونه اختلاف‌نظری در نحوه اعمال این مقررات سد کند و یا این‌گونه اختلاف‌نظرها را به حداقل برساند.

با عنایت به مطالب فوق مشخص شد که رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۳ مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۹ نه با مبانی فقهی سازگاری دارد و نه با ظواهر مواد قانونی، و نه منطبق بر اصول تفسیری متون کیفری می‌باشد، چراکه با بررسی مبانی فقهی، تبیین گردید هیچ منعی برای پذیرش توبه محکوم پس از اثبات جرم در جرایم تعزیری وجود ندارد و ظواهر قانونی از جمله اطلاق ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی و اصل تفسیر به نفع متهم، پذیرش توبه پس از اثبات را با منع قانونی نیز مواجه نمی‌سازد. در نهایت، مناسب است به جای اصرار ورزیدن بر کیفر رساندن مجرمان، در جست‌وجوی راهکاری برای رهایی آن دسته از محکومینی باشیم که شایسته عفو و بخشودگی هستند و در این مسیر اگر در عفو این افراد مرتکب خطا و اشتباهی شویم ترجیح دارد تا در مجازات کردن آن‌ها به خطا برویم.

منابع

- ابراهیمی، علیرضا (۱۳۹۵ و ۱۳۹۶)، «ماهیت توبه و شرایط آن در فقه امامیه و حقوق ایران و نقش آن در اسقاط حدود»، *مجله فقه و اجتهاد*، شماره ۶ و ۷.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی*، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۴۰۰)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- حاجی ده‌آبادی، احمد و محمد رجبی (۱۳۹۴)، «تأملی بر مقررات توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، *مجله حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۴۶.
- خطیبی و [دیگران] (۱۳۸۶)، *فرهنگ شیعه*، قم: انتشارات زمزم هدایت به تهیه کنندگی پژوهشکده تحقیقات اسلامی.
- *دائرة المعارف بزرگ اسلامی* (۱۳۸۷)، جلد ۱۶، چاپ اول، تهران: مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی.
- رضایی، محمد جلیل، جواد پنجه پور و هرمز اسدی کوه باد (۱۳۹۸)، «نگاه تحلیلی به نقش توبه در حدود (سرقت) و تعزیرات بر اساس فقه و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۲۳.
- روستایی، مهرانگیز (۱۳۹۳)، *مبانی و قلمرو اصل ضرر در توجیه مداخله کیفری*، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- صابر، محمود و علی رفیع‌زاده (۱۳۹۴)، «مقررات ماهوی و شکلی توبه در نظام قانون‌گذاری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۷۱.
- عبداللهی، افشین (۱۳۹۸)، «کیفیت احراز توبه با مطالعه موردی آرای دادگاه‌ها»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره شانزدهم، شماره ۱۸.
- علامه طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۷)، *تفسیر المیزان*، ترجمه سید محمدباقر موسوی، چاپ چهارم، قم: دارالکتب الاسلامیه.
- لطفعلی زاده، الهه (۱۳۹۵)، *مبانی اعطای حق انتخاب مجازات به مجرم و آثار آن در حقوق کیفری ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، *قواعد فقه*، جلد چهارم، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی شوشتری، محمدحسن (۱۳۷۵)، «توبه و نقش آن در سقوط مجازات از دیدگاه حقوق جزای اسلامی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی*، سال اول، شماره ۳.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، *تعزیر و گستره آن*، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰)، *گنجینه استفتائات قضایی*؛ نگارش ۲.
- مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «سرگذشت تعزیرات»، *کانون وکلا*، شماره ۱۴۷ و ۱۴۸.

عربی

- حر عاملی، محمدحسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، جلد ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

- خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸ ق)، موسوعة الإمام الخوئی، جلد ۱، چاپ اول، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
- سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۸، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۳۵ ق)، الرسائل الفقهيہ، چاپ اول، قم: وحده النشر العالمیہ آیہ الله العظمی الصافی گلپایگانی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۰۴ ق)، التعزیر أحكامه و حدوده، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق)، الخلاف، جلد پنجم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد هشتم، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ ق)، اصول الفقه، جلد دوم، چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳ ق)، المقنعه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ ق)، أنوار الفقاهة- کتاب الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.

جایگاه اصل کرامت اجتماعی در حقوق قراردادی^۱

مرتضی ترابی*، ایرج بابایی**، عباس طوسی***

چکیده

حقوق بنیادین بشری به طور سنتی در حقوق عمومی بحث شده و در روابط دولت - شهروند (رابطه عمودی) قابل اعمال است. با وجود این اعمال آن در روابط میان شهروندان (رابطه افقی) غیرقابل انکار است. در این مقاله ضمن بیان شیوه و مبانی اعمال حقوق بنیادین در روابط قراردادی بین افراد از طریق نظریه اقدام دولت، اساسی سازی و نظم عمومی، خواهیم دید اصل کرامت اجتماعی انسان سرمنشأ حق هایی من جمله آزادی تحصیل، اعتصاب، دسترسی به اطلاعات، آزادی اشتغال و آزادی مذهب بوده که لازمه زندگی اجتماعی در یک جامعه دموکراتیک است. سؤال اصلی این است که کرامت اجتماعی به عنوان یک اصل در حقوق قراردادی چگونه محترم و رعایت می شود و در صورت نقض، ضمانت اجرای آن بر وضعیت عمل حقوقی چیست؟ در پاسخ به این پرسش با روش تحلیلی و ابزار کتابخانه ای و ضمن تحلیل آرای مختلف از محاکم برخی نظام های حقوقی کشورهای اروپایی، می توان گفت در حقوق ایران حق های برآمده از اصل موصوف حق های کلی مدنی هستند که با قرارداد ولو به طور جزئی هم قابل اسقاط نمی باشند و ضمانت اجرای نقض حقوق مذکور بطلان تمام یا قسمتی از عمل حقوقی خواهد بود.

واژگان کلیدی: اساسی سازی حقوق بنیادین، کرامت انسانی، کرامت اجتماعی، اصل آزادی قراردادی، حقوق بشر دموکراتیک

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «جایگاه حقوق بشر در حقوق قراردادهای ایران» با راهنمایی دکتر ایرج بابایی و مشاوره دکتر عباس طوسی و دکتر پوریا عسگری در دانشگاه علامه طباطبائی است.
* دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) torabimorteza@atu.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران babaei.i@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران toosi.abbas49@gmail.com

مقدمه

به‌طور سنتی حقوق بنیادین بشری در سطح داخلی رابطه تنگاتنگی با حقوق عمومی و در سطح بین‌المللی با حقوق بین‌الملل بشری داشته است. رابطه آن‌ها با حقوق خصوصی به محدود حق‌هایی نظیر حق حیات یا آزادی اراده خلاصه می‌گردد. البته تأثیرگذاری حقوق بنیادین بشری در حقوق خصوصی به قدمت حقوق خصوصی است. زیرا بنیان حقوق خصوصی بر پایه آزادی بوده و از دیرباز احترام به آزادی‌های فردی ولو محدود نوعی احترام به حقوق بنیادین بشری محسوب می‌گردد. از طرف دیگر از زمان تصویب قوانین اساسی ملی مسئله احترام به حقوق ملت‌ها در روابط خصوصی مطرح بوده است.^۱ عمده‌تأ استناد به حق‌های بنیادین در مقابل تحدید قدرت دولت‌ها بوده است. اما بعد از جنگ جهانی دوم به‌ویژه با تصویب اسناد مختلف بین‌المللی در حوزه حقوق بشر، شاهد توسعه چشمگیر مفاهیم و اصول حقوق بشر در همه زمینه‌های حقوقی بوده‌ایم. قوانین اساسی مصوب کشورها و یا اصلاحیه‌های بعدی آن‌ها تأکید بیشتری بر حقوق بنیادین مورد اشاره در اسناد مزبور داشته‌اند.^۲ به همین سبب دیری نپایید تأثیر حقوق بشر در روابط افقی شهروندان که زمینه اصلی حقوق خصوصی است در پرونده‌های مختلفی در نظام‌های حقوقی متفاوت مورد تأیید دادگاه‌ها قرار گرفت. زیرا حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی صرفاً در مقابل حکومت (دولت) نیست. خطر نقض حقوق بنیادین در روابط افقی نیز به همان اندازه نقض توسط دولت است.

اعتقاد اکثر حقوق‌دانان این است که تأثیر قابل‌توجه حقوق بشر در روابط شهروندان در حوزه حقوق کار بوده و نتوانسته تأثیر جامعی بر حقوق خصوصی و قرارداد داشته باشد (Brownsword, 2001: 182).^۳ در این نظریه در حوزه قراردادها و مالکیت نقش حقوق بنیادین بسیار کم‌رنگ بیان شده است. در حالی که این اثر بسیار زیاد و قابل‌توجه است. به‌طور مثال آیا موضوع فروش بافت بدن

۱. یکی از قدیمی‌ترین قوانین اساسی کشورها قانون اساسی آمریکا است. (۲۱ ژوئن ۱۷۸۸) که تا کنون ۲۷ اصلاحیه خورده است. ده اصلاحیه اولیه این قانون راجع به حقوق شهروندی و حقوق ملت است.

۲. فصل سوم قانون اساسی ایران می‌توان ملاحظه نمود. همچنین برای نمونه قانون اساسی چک (۱۹۹۲)، قانون اساسی بلغارستان (۱۹۹۱)، قانون اساسی آلمان (۱۹۴۹) آلمان، قانون اساسی ایتالیا (۱۹۴۷)، قانون اساسی سوئیس (۱۹۹۹)، قانون اساسی پرتغال (۱۹۷۶)، قانون اساسی یونان (۱۹۷۵ اصلاح شده ۲۰۰۱) همگی بر حق‌های بنیادین نظیر آنچه که در اسناد بین‌المللی است، قابل ملاحظه است.

۳. این نویسنده در جای دیگر در مورد اعمال حقوق بشر در روابط قراردادی تأکید داشته است و بیان نموده است اساساً بدون اعمال حقوق بشر در روابط افقی قراردادی فلسفه حقوق بشر به ویژه در جاییکه یک طرف نیز شخص حقوق عمومی باشد، زیر سؤال می‌رود (Brownsword, 2001: 195).

انسان را موضوع قرارداد، قرار داد یا او را به بردگی کشید؟ در واقع آزادی قراردادی می‌تواند تا بدانجا پیش رود که منجر به استثمار یا سوءاستفاده از حق‌های بشری گردد.

کرامت انسانی به‌عنوان محور سایر حق‌ها و متناسب با ماهیت دوجبه‌ی فردی و اجتماعی انسان است که از منظری با الهام از حقوق طبیعی، ضامن حقوق فردی و از منظری دیگر زمینه‌ساز سلامت جمعی، آزادی سیاسی و پویایی اقتصاد می‌باشد. علی‌رغم اعتقاد برخی به مبهم بودن حق کرامت انسانی و با این باور که در روابط حقوقی راهکار مشخصی ارائه نمی‌دهد (Colombi Ciacchi, 157: 2008)، هم عقیده با برخی (عباسی لاهیجی، ۱۳۹۰: ۹۰ و Maria Marella, 129: 2008) در خصوص روشن بودن این حق پایه‌ای، باید گفت حق کرامت انسانی به فردی و اجتماعی تقسیم می‌گردد. از این رو کرامت فردی که حقوق مدنی نظیر حق مالکیت در آن جای می‌گیرد، تحقیق دیگری را می‌طلبد، اما کرامت اجتماعی مبین این امر است که در جامعه برادری اصلی بنیادین بوده و حفاظت از ابعاد دیگر شخصیت مثل شهرت، نمایش تصویر شخص، زندگی معنوی، ایده‌های خلاق، آزادی مذهب، که لازمه زندگی اجتماعی است، به مراتب گسترده‌تر از حقوقی نظیر مالکیت، مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

در نظر برخی حقوق بشر نسل اول در سه دسته قرار می‌گیرد: اول حقوق مدنی نظیر آزادی قراردادی، حق مالکیت و حقوق خانواده، دسته دوم حقوق عدم تبعیض و دسته سوم حقوق بنیادین دموکراتیک نظیر آزادی‌های بیان، اشتغال، مذهب و تشکیل انجمن (Rold, 2013: 1016). صرف‌نظر از ایرادات این تقسیم‌بندی از جمله اینکه معیار منطقی‌ای برای تفکیک حقوق عدم تبعیض از دیگر حقوق در دسته جداگانه ارائه نشده و همچنین سایر بخش‌های حقوق مدنی و سیاسی از جمله آزادی‌های سیاسی و امنیت قضایی را در خود جای نداده است؛ اما آنچه جالب می‌نماید جدا نمودن وجه اجتماعی کرامت تحت عنوان حقوق بنیادین دموکراتیک است.

در این مقاله تقسیم‌بندی اخیر در به‌کارگیری اصل کرامت اجتماعی ملاک عمل قرار گرفته شده است. تأثیر وجه اجتماعی کرامت مبتنی بر تأثیر هنجارهای اساسی در قرارداد بوده که فارغ از عوامل اجتماعی در قرارداد است. نظریه مد نظر ما با نظریه‌ای که مبین وجه اجتماعی قرارداد است و منشأ التزام قرارداد را اراده اجتماعی می‌داند،^۱ متفاوت است.

در بادی امر سؤال این است که شیوه و مبنای اعمال حقوق بشر در حقوق خصوصی و قراردادها

۱. در این وجه منشأ و گستره حقوق و تعهدات طرفین بر پایه عوامل اجتماعی نظیر دین، سیاست و دیگر عوامل تعیین و یا تفسیر می‌گردند.

چگونه صورت می‌پذیرد. حال در صورت انصراف یا نقض حقوق بنیادین با قرارداد، چه تأثیری بر وضعیت حقوق قرارداد دارد؟ در رویه قضایی ایران به نحو توسعه یافته‌ای، علی‌رغم امکان و مطلوبیت اعمال حق‌های اجتماعی در روابط افقی و قراردادی، آرای قضایی یافت نمی‌شود و با توجه به آرای مختلف از محاکم برخی کشورهای اروپایی، ضمن بیان مبنا و شیوه اعمال حقوق بنیادین در روابط افقی، تأثیر اعمال وجوه مختلف اصل کرامت اجتماعی از جمله حق‌های آزادی تحصیل، اعتصاب، دسترسی به اطلاعات آزاد و مذهب، در روابط قراردادی با تأکید برخی از آرا از آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. روش و مبانی اعمال حقوق بنیادین در حقوق قراردادها

حقوق بنیادین دارای ارزشی عینی است و در کل نظام حقوقی جاری است اما در حقوق خصوصی نیاز به توجه روش اعمال در حقوق قراردادها دارد. راه‌های مختلفی برای نفوذ حقوق بشر در حقوق خصوصی متصور است: روش اول حقوق بشر یا حقوق بنیادین شناخته شده در قانون اساسی به عنوان یک منبع و قواعد لازم‌الاجرا در حقوق خصوصی لحاظ گردد. روش دوم اینکه با تصویب قوانین خاص راجع به حقوق بشر (نظیر آنچه در حقوق انگلیس بروز یافته و در قوانین داخلی این کشور قانون حقوق بشر به تصویب رسیده است)، قواعد حقوق بشر بر حقوق خصوصی حکومت یافته و تأثیر نماید. روش سوم اینکه کنوانسیون‌های حقوق بشری و اعلامیه‌هایی که مورد پذیرش اغلب کشورهای دنیا بوده (نظیر لحاظ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در حقوق داخلی کشورهای عضو) به عنوان قانون داخلی و منبعی مهم در نظام داخلی مورد استفاده قرار گیرند. روش چهارم اینکه بسیاری از اصول و مفاهیم حقوق بشر که تأثیر بسزایی در تفسیرهای قضایی داشته و خود سبب توسعه حقوقی یک نظام حقوقی می‌گردند، به عنوان ارزش‌هایی بالا قلمداد گردد و بدین وسیله در حقوق خصوصی نفوذ یابند (Oliver & Fedtke, 2007: 15).

ایرادات و ملاحظات در مورد مطلوبیت هر یک از این روش‌ها وجود دارد: روش اول و چهارم عملاً یکسان هستند، با این تفاوت که بسیاری از ارزش‌های حقوق بشر لزوماً در قانون اساسی وجود ندارد. در روش دوم، بسیاری کشورها دارای قانون داخلی راجع به حقوق بشر نیستند و یا حتی اگر دارای قانون مزبور باشند، معمولاً محتوای آن قانون صرفاً معطوف به الزامات حکومت در برابر شهروندان است و لذا نفوذ حقوق بنیادین در حقوق خصوصی از این طریق صورت نخواهد گرفت. روش سوم نیز به عنوان یک روش قطعی قابل پذیرش نیست. زیرا به فرض هم‌ردیف دانستن مصوبات بین‌المللی با قوانین داخلی همان ایراد مورد اشاره در روش دوم بروز می‌نماید. برای اعمال حقوق بشر در روابط افقی (شهروند - شهروند) باید پذیرفته شود که وظیفه حمایت و مراقبت از حقوق بشر

فقط وظیفه دولت‌ها نیست و افراد نیز بر اساس قوانین داخلی و مصوبات بین‌المللی متعهد به اجرای اصول و قواعد حقوق بشر در روابط خود با دیگر افراد هستند و دولت‌ها نیز ملزمند شرایط اعمال حقوق و آزادی‌های بشر را در بین افراد فراهم سازند. بدین نحو از لحاظ لزوم رعایت حقوق بشر، تفاوتی میان حوزه حقوق خصوصی و حوزه حقوق عمومی نخواهد بود (Clapham, 1993: 93-94). با تغییر نگرش نسبت به وظیفه دولت‌ها در اعمال حقوق بنیادین در روابط خصوصی دو نظریه مرسوم در اعمال حقوق بنیادین در حقوق خصوصی تحت عنوان نظریه اقدام مثبت دولت و اساسی‌سازی حقوق بنیادین وجود دارد. از طرف دیگر مهم‌ترین ابزار حقوق خصوصی برای اعمال حقوق بنیادین در قراردادها از دریچه نظم عمومی است. با این وصف ابتدا نظریه اقدام دولت و اساسی‌سازی و سپس تحدید آزادی اراده بر مبنای حقوق بشر تشریح می‌گردد.

۱-۱. نظریه اقدام دولت و اساسی‌سازی حقوق بنیادین

در گذشته ماهیت تعهدات دولت نسبت به شهروندان معطوف به احترام به حقوق اساسی ایشان و عدم مداخله در آزادی‌ها بوده و خدمات عمومی نیز فقط محدود به یک دسته اقدامات خاص بود، اما با گسترش مفهوم اجتماعی حق، تکلیف دولت صرفاً احترام به آزادی‌های منفی و یا حمایت‌های جمع‌گرایانه از قبیل حق بر محیط‌زیست نبوده و حمایت از حقوق بنیادین در روابط افقی افراد با تعهد مثبت دولت تحت عنوان تئوری اقدام مثبت دولت^۱ صورت می‌پذیرد. در این نظریه فراهم ساختن شرایط تأثیرگذاری حقوق بنیادین در روابط خصوصی و جلوگیری از نقض آن‌ها ولو در روابط افقی افراد یکی از تکالیف دولت برشمرده شده است (Lytvynyuk, 2010: 259). در این خصوص دولت مفهومی عام معنا شده و قوه قضائیه به عنوان رکنی از ارکان دولت تلقی گشته که می‌تواند با مداخله در روابط خصوصی طرف‌ها از حقوق بنیادین بشری حمایت لازم را به عمل آورد (Oliver & Fedtke, 2007: 14). این تئوری زمینه‌ساز به کار گرفتن اساسی‌سازی حقوق بنیادین توسط قضات در روابط میان شهروندان است. این رویکرد در پرونده‌های مختلف مورد تأکید قرار گرفته شده است.^۲

1. State Action

۲. در پرونده شلی علیه کرامر در آمریکا (Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948)) در قراردادی یک طرف متعهد شده بود زمین خود را به سیاه‌پوستان نفروشد اما برخلاف شرط عمل شده بود. متعهدله با مراجعه به دادگاه مدنی خواستار الزام متعهد به اجرای تعهد و بطلان قرارداد واگذاری زمین به سیاه‌پوست شده و دادگاه نیز وفق اصل وفای به عهد حکم به نفع متعهدله داد اما دادگاه عالی آمریکا به استناد حق اساسی منع تبعیض نژادی و اینکه اقدام قوه قضائیه به تأیید این قرارداد، به منزله اقدام دولت به نقض حقوق اساسی در برابر شهروند است و قوه قضائیه نیز باید از حقوق بنیادین افراد در برابر یکدیگر محافظت نماید، رأی را نقض نمود (Ribeiro, 2017: 223). در پرونده نیویورک تایمز

نظریه اساسی سازی بر این پایه استوار است که حقوق بنیادین و اساسی دسته‌ای از ارزش‌های والا تلقی می‌گردند که گاه در روابط افقی (بین اشخاص خصوصی) و گاه در روابط عمودی (دولت - شهروند) به کار گرفته می‌شوند (Rold, 2013: 1017). اساسی سازی فراتر از ابتدای نظام حقوقی به قانون اساسی است. به عبارتی در تمامی شاخه‌های حقوقی از جمله حقوق عمومی و حقوق خصوصی قواعد بنیادین و اساسی، مورد شناسایی قرار گرفته و دارای ضمانت اجراست (رحمتی فر و دیگران، ۱۳۹۵: ۶۶). تفکر پیش‌زمینه این نظریه این است که سیستمی برای حفاظت و حمایت از ارزش‌ها و حقوق بنیادین با ابزارهای حقوق خصوصی ایجاد شود (Gutmann, 2013: 49).

از نظر برخی نظریه پردازان، اساسی سازی حقوق بشر در حقوق خصوصی با نادیده گرفتن مرزهای تفکیک حقوق خصوصی از حقوق عمومی امکان پذیر است (Clapham, 1993: 93-94). اما باید گفت نظریه عدم وجود مرز تفکیک میان آن‌ها بدون دلیل متقن قابل قبول نیست. زیرا آنچه در حقوق عمومی تضمین می‌گردد، آزادی‌های افراد در رابطه دولت و شهروند است اما حقوق خصوصی حق‌های بنیادین را تا جای ممکن از طریق ابزارهای حقوق خصوصی از سوی طرف‌های

علیه سالیوان در آمریکا (New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)) دادگاه توسعه، پیشرفت و نوآوری در انطباق قواعد حقوقی با مبانی و قواعد حقوق بشر را فقط توسط قوه قضائیه و در دادگاه‌های مدنی قلمداد نمود (Barak, 1996: 257). در انگلیس در پرونده ویلسون علیه شرکت فرست کانتیری تراست (Wilson v. First Country Trust Ltd, (2001), EWCA Civ, 633) در پرونده مزبور قرارداد وامی که اطلاعات کافی به شخص بدهکار داده نشده بود، بر اساس تئوری معامله/ناعادله باطل اعلام شد. در آلمان دادگاه قانون اساسی جهت حفاظت از حقوق بنیادین در پرونده‌های لوث (Luth (7B. Verf GE, 1958)، نماینده تجاری (Commercial Agent judgment of 1990-BVerfGE, 1990, BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter) و پارابولانتن (BVerfGE 90, 27/NJW, 1147-1148 (parabolantenne February 1994, BVerfGE 90, 27/NJW, 1147-1148) در کنار سایر مبانی از تئوری اقدام مثبت دولت توسط قوه قضائیه بهره برده است. دیوان دادگستری اروپا نیز در پرونده‌های مختلفی نظریه مزبور را مورد تأکید قرار داد. (در پرونده بوسمن (C-415/93 (known as the Bosman- 1995, ECR I-4921)) اذعان داشت رعایت حقوق بنیادین در روابط خصوصی افراد، توسط قوه قضائیه به عنوان بدنه دولت صورت می‌گیرد. همچنین در پرونده کمیسیون جامعه اروپا علیه دولت فرانسه (Case 265/95 Commission of European Communities V. France 1997 ECRI-6959-6999) دیوان مذکور عدم صدور حکم مقتضی در محاکم دادگستری فرانسه در حمایت از حقوق بنیادین را نقض حقوق بنیادین توسط دولت دانست. در این پرونده به ماده ۲۸ معاهده اروپا اشاره گردید که در آن دول عضو نه تنها ملزم به اقدامات مثبت در عدم نقض حقوق بنیادین با وضع مقرراتی برای این منظور شده‌اند بلکه بر اساس ماده ۵ همان معاهده، اقدامات باید هم در روابط عمودی و هم روابط افقی گسترش یابد (Leible, 2008: 81-83).

خصوصی و در جهت منافعشان بدون ملاحظه منافع عمومی به اجرا می‌گذارد (Cherednychenko, 2007 (b): 46). از طرفی مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در حقوق عمومی اراده دولتی و به نحو آمره بوده اما در حقوق خصوصی ابتکار عمل با اراده افراد است. در نتیجه اگرچه دو شاخه مزبور خلاهای یکدیگر را پر می‌کنند^۱ و یا در برخی شرایط اهداف مشترکی را دنبال می‌کنند^۲ اما به کارگیری اصول در هر شاخه با ماهیتی جدا مورد استفاده قرار می‌گیرد. از طرف دیگر حقوق خصوصی از ویژگی‌های سیاسی حقوق عمومی و زودگذر مبتنی بر بعضی سیاست‌های آنی و دوره‌ای دور است. در این میان تئوری اساسی سازی سبب تعامل دو رشته حقوقی می‌گردد.

به طور معمول برای اساسی سازی دو روش بیان شده است: اساسی سازی مستقیم و اساسی سازی غیرمستقیم. اعمال هر روش از حیث شیوه استناد محاکم و وضعیت عمل حقوقی متفاوت است. در تأثیرگذاری مستقیم هریک از طرفین می‌تواند نسبت به طرف دیگر به حقوق بنیادین خود مستقیماً استناد کند و دادگاه بدون ارجاع به قواعد حقوق خصوصی و بدون نیاز به ایجاد تعادل بین قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی حقوق بنیادین را مورد استناد قرار می‌دهد، اگر هم به موادی از قانون موضوعه ارجاع می‌دهد، فقط به عنوان یک پوشش رویه‌ای در رسیدن به نتایج مورد نظر است (Cherednychenko, 2007 (a): 2). در تأثیرگذاری غیرمستقیم، حقوق بشر به عنوان یک منبع الهام بخش نه تنها برای تفسیر قوانین و قواعد حقوق خصوصی مورد توجه قرار می‌گیرد بلکه هر یک از قواعد یا نظریه‌های غالب در حقوق خصوصی را که عمدتاً با حقوق بشر در ارتباط است برای دادگاه مشخص می‌نماید (Cirtautiene, 2013: 80). در این شیوه حق‌های اساسی برای تقویت موضع استناد کننده صرفاً به عنوان اصول راهنما و الهام بخش در پرتو تفسیر قانون توسط قاضی اعمال می‌گردد. در نتیجه دادگاه‌ها باید با ابزارهای حقوق خصوصی و تنها به شیوه نظام حقوق خصوصی، حقوق و آزادی‌های اساسی را مورد لحاظ قرار دهند (Vittoria Onufrio, 2007: 10). در این بین نباید فراموش کرد که تأثیرگذاری به روش مستقیم منجر به رابطه تابع و متبوعی میان حقوق بنیادین و حقوق خصوصی گردیده و سبب برتری حقوق خصوصی می‌گردد و یا اگر کرامت انسانی مبنایی برای

۱. حقوق عمومی در زمینه هنجارهای اساسی نظام حقوقی به مدد حقوق خصوصی آمده در مقابل اشخاص عمومی بی‌نیاز از به کارگیری قواعد و اصول حقوق خصوصی نیست. به طور مثال اصولی نظیر رفتار معقول و منصفانه، حسن نیت، وفای به عهد که در حقوق خصوصی است، در حقوق عمومی هم به کار می‌رود و از طرفی اصولی نظیر عدالت طبیعی و یا ممنوعیت تعارض منافع، در روابط خصوصی نیز افراد به کار می‌رود.

۲. مثلاً در حقوق عمومی، حفظ منافع فردی یکی از اهداف مهم است و در مقابل در حقوق خصوصی، منافع عمومی هیچ گاه نادیده انگاشته نمی‌شود.

نفوذ قواعد حقوق خصوصی باشد، سبب حاکمیت و نظارت حقوق بنیادین می‌شود. از این حیث تأثیرگذاری غیرمستقیم به رابطه مکملی منجر شده و برای حمایت از حقوق بنیادین همواره هم‌نهارهای حقوق خصوصی را مد نظر قرار می‌گیرد و هم‌وجه حمایتی از حقوق بنیادین مورد استناد قرار می‌گیرد. با پذیرش روش غیرمستقیم، بهترین مبنا در حقوق خصوصی به‌کارگیری نظم عمومی می‌باشد که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. تحدید اراده فرد بر مبنای حقوق بنیادین بشر (نظم عمومی)

تغییر و تحولات در عصر حاضر خصوصاً در مورد نگرش جامعه جهانی به انسان و توجه ذاتی و جوهری به او سبب شده است که حمایت از حقوق بشر به یکی از مهم‌ترین موضوعات عرصه داخلی و بین‌المللی تبدیل شود. از این رو می‌توان ادعا نمود، بزرگ‌ترین اجماع جهانی در قرن بیست و یکم اعتقاد راسخ به حمایت از حقوق بشر است.

آزادی یکی از عناصر ارزشمند و حیاتی انسان است که با آن به کمال می‌رسد. ترک آزادی به منزله ترک انسان بودن انسان است، اما برای جلوگیری از تراحم حقوق و ایجاد نظم چاره‌ای جز تحدید آن نیست. حقوق قراردادی بر اساس مفهوم احترام به اشخاص و ارزش‌گذاری به حقوق فردی است، از جمله آزادی قراردادی به‌عنوان حقی برای احترام به توافق اختیاری آنان است. در کنار این آزادی محدودیت‌های احترام به اراده آزاد طرف دیگر و آزادی او مهم‌ترین مبنای حقوق قراردادی معرفی شده است (Gutmann, 2013: 2). در واقع اگرچه انتخاب آزاد شرایط قراردادی و طرف‌ها حق بنیادین آزادی قراردادی است، یا به تعبیری هر کس بهترین داور در تشخیص منافع خودش است و عادلانه‌ترین و معقول‌ترین چیز برای هر کس آن چیزی است که خود او آن را خواسته است. اما آیا می‌توان موضوع فروش بافت بدن انسان را موضوع قرارداد، قرار داد یا او را به بردگی کشید؟ آیا این آزادی می‌تواند تا بدانجا پیش رود که منجر به استثمار یا سوءاستفاده از حق‌های بشری گردد؟

هدف حق‌ها، حمایت از کرامت انسانی و ارزش‌های پایه است (راسخ، ۱۳۸۴: ۲۱). اما موضوع آن‌ها نوعی امتیاز و اختیار است که زمانی تحقق می‌یابد که تکلیف هم‌زاد آن رعایت شود (کاتوزیان،

۱. در زبان لاتین از دو واژه Restriction و Limitation برای تحدید استفاده می‌شود و به‌عنوان مثال ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و همین‌طور ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از Limitation ولی در ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از Restriction استفاده شده که در هر حال دارای مترادف معنایی هستند. البته گاهی از واژه تعلیق (Suspension) نیز استفاده شده که این مربوط به شرایط اضطراری بوده و به‌منزله تعلیق در اجرای حق است.

۸۴: ۳/۱۳۸۱). تکلیف بیانگر الزامی قانونی است که خود به طور مستقیم اختیار و قدرتی را برای شخص مکلف به وجود نمی آورد (باقری، ۱۳۸۹: ۶۷). اما این حق است که زمینه ساز، الزام قانونی است. امروزه حقوق بنیادین بشری خود مبنایی است یا دلیلی بر رفتار با این ادعا که من این حق را دارم یا ندارم (Wellman, 2003: 51). مثلاً وقتی صحبت از آزادی بدون معنای حق می شود، تکلیفی از دیگران انتظار نمی رود اما وقتی از حق آزادی سخن به میان می آید، دیگران مکلف به رعایت آن هستند (موحد، ۱۳۸۴: ۶۵). حقوق بنیادین در این نگاه ممکن است به عنوان قواعد بالاتر حقوق خصوصی به کار رود و در تفسیر و تکمیل هنجارهای حقوق خصوصی به کار روند (Kenneth M., 1968: 571-572).

اعمال نظم عمومی از حیث حمایت از حقوق بنیادین می تواند از دو جنبه در حقوق قراردادها اعمال گردد. یکی اینکه حق های بنیادین با تفسیری که از ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ به عمل خواهد آمد، غیرقابل اسقاط تلقی گردند. دیگر اینکه ارزش ها و اصول مبتنی بر حقوق بنیادین مبنایی برای تحدید آزادی اراده تلقی گردند.

در حقوق ایران وفق ماده ۹۶۰ حریت انسانی ولو به طور جزئی، قابل انصراف نیست. به طور مثال تعهد بر عدم استفاده از آزادی در یک موضوع کلی نظیر تعهد بر عدم مراجعه به مقامات قضایی، خود محدودکننده آزادی است و مخالف حریت انسانی و در نتیجه مغایر با نظم عمومی است (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۴۹). اما در تفسیر ماده ۹۵۹، دو نظریه کلی با استدلال های مختلف وجود دارد: گروهی بدون تفکیک در نوع حقوق خاصه مندرج در ماده مزبور، سلب حق به طور جزئی را صحیح می دانند (صفائی و قاسم زاده، ۱۳۷۸: ۲۵-۲۴). گروه دیگر در نوع حقوق مورد نظر ماده تفکیک قائل شده اند. در نظر ایشان، حق های مدنی مورد اشاره در ماده، مترادف با حق تمتع و از جمله حقوق کلی مدنی بوده که مبنای آن ها فطرت سالم و وجدان نوع بشری است و در زمره حقوق مالی و اموال اشخاص به حساب نمی آید و در نتیجه ماده ۹۵۹ را دارای مفهوم مخالف نمی دانند (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۳۳ و ۱۳۵ و ۱۴۱ و ۱۴۴ و امیری قائم مقامی، ۱۳۹۲: ۱۵۹).

به نظر می رسد با توجه به بیان و جایگاه ماده قانونی که در مقام بیان حقوق مرتبط با شخصیت و حقوق انسانی است و نه بیان قواعد خاص، به ویژه اینکه در ماده ۹۵۸ راجع به تمتع از حقوق مدنی بحث شده و ماده ۹۶۰ نیز به وجه آزادی و حریت که از ویژگی های ذاتی انسان است، ماده ۹۵۹ نیز

از سنخ این نوع حقوق است.^۱ حقوق بشر نیز حقوق ذاتی و دارای وصف «به طور کلی» است. حتی از این حیث با نظری که تعهد به عدم استفاده از آزادی در مدت معین را صحیح می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱/۲۰۹ و ایمانیان و دیگران، ۱۳۸۲: ۲۸)، نیز نمی‌توان موافق بود. زیرا نتیجه تعهد به عدم آزادی، تفاوتی با سلب حق در معنای ذاتی آن ندارد.

گاهی بدو میان حقوق بنیادین دو طرف قرارداد تعادل وجود داشته اما در اعمال حق یک طرف، ممکن است حقوق بنیادین دیگری نقض گردد. نظریه سوءاستفاده از حق، مانع این تجاوز می‌گردد. خروج از غایت یا هدف حق مثل اینکه کسی به قصد اضرار حقی را اجرا نماید و یا از حدود نوعی و متعارف حق تجاوز نماید یا نفعی در اجرای حق و ضرورتی در اجرای آن وجود نداشته باشد و یا در اجرای حق تقصیری مرتکب شود با این وصف که در همه موارد ضرر نامتعارفی به دیگری وارد آید، مصداق سوءاستفاده از حق تلقی می‌گردد.

نقض حقوق بنیادین را می‌توان از زمره موارد محدودکننده قراردادها قرار داد. علل دخالت در قراردادها را در دو گروه عمده قرار داده‌اند: ۱. مداخله به منظور جلوگیری از استعمار که هدف این گروه جبران ناعادلانه بودن و عدم تساوی است: نظیر سوءاستفاده از قدرت یا اعتماد یا اشتباه طرف، اعمال نفوذ ناروا و بطلان شروط خلاف وجدان و غیرمعقول؛ ۲. هدف برای توزیع مجدد ثروت نظیر مقررات منع ربا یا مقررات مربوط به حقوق ورشکستگی و یا مقررات حقوق رقابت است (طبرلو، ۱۳۸۷: ۲۰۷-۲۰۴ و Zhou, 2014: 2).

اما امروزه این مداخله را می‌توان به موارد نقض حقوق بنیادین نیز بسط داد. از این نظر ذات و جوهره حقوق بنیادین بشری چنان خدشه‌ناپذیر است که ماهیت و جوهره وجودی انسان و هنجارهای قواعد فردی و اجتماعی بدون این ذات، قدرت الزام‌آوری خود را از دست می‌دهند. در نتیجه این حقوق از زمره تعهدات کلی جامعه جهانی بوده که استثنایناپذیرند. در روابط خصوصی نیز با تکیه بر نظم عمومی می‌توان آن‌ها را مورد حمایت قرار داد (Weber, 2013: 51-53 & Barak, 1996: 272-273).

در مورد آزادی‌های ذاتی بشری می‌توان این ادعا را نمود که اعتبار آن نزد همگان مورد قبول بوده و خدشه‌ای به آن وارد نیست و در واقع نسبت نظم عمومی در مورد حقوق بشر کنار گذاشته می‌شود و اعتبار آن نزد همه، اعتباری بدون مناقشه است. قانون اساسی کشورها خود تجلی‌گاه آرمان‌های

۱. در جهت تضمین حق‌های بشری و حقوق فردی و بنیادین افراد حق بر فهم قانون و در سطح عالی آن حقوق مندرج در قانون اساسی فهم بهتر زبان قانون عادی در انطباق با قانون اساسی است. از این نظر برای حاکمیت قانون حقی را برای همگان می‌توان تحت عنوان حق بر فهم قانون می‌توان قائل شد (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۸: ۸۴).

بشری در قوانین ملی است. از این نظر نه تنها معیارهایی را برای محدودیت در قوانین عادی ارائه می‌دهد بلکه تبیین‌کننده وجه آمره بودن قواعد حقوق بشری نیز هست (کیوان‌فر، ۱۳۹۰: ۲۷۸). در حقوق ایران نیز تلقی قانون اساسی در فصل سوم راجع به حقوق ملت که مبین حقوق شهروندی است، چون هم حقوق مرتبط با انسان است و هم به‌طور ضمنی به‌عنوان هدف نظام حقوق اسلامی مندرج در اصول ۲۰، ۲۴ و ۲۶ تا ۲۸ می‌باشد، باید گفت حقوق بشر نیز دربردارنده نقش نظم عمومی است.

۲. رویه قضایی برخی کشورهای اروپایی در اعمال اصل کرامت اجتماعی در قراردادها

قبل از ورود به بحث باید روشن گردد به کارگیری حقوق بنیادین در قالب اصول چگونه توجیه می‌شود؟ در این خصوص با توجه به تنوع و فراوانی حق‌های بنیادین بررسی اعمال یک به یک حق‌ها بدون اینکه بین آن‌ها رابطه منطقی وجود داشته باشد، در رسیدن به یک ضابطه مشخص راه‌حل مشخصی به دست نمی‌دهد. در نتیجه چرا و چطور به جای به کارگیری حق‌های خاص از اصول بنیادین بهره می‌بریم؟

به کارگیری اصول بنیادین در نظر نگارندگان دلایل متعددی دارد: اولاً اصل حقوقی، مفهومی فراتر از حق داشته و استناد به آن تنها به حق خاصی ارجاع نمی‌گردد. ثانیاً گاهی از حقوق بنیادین، به‌عنوان حق یاد می‌شود، گاهی به‌عنوان ارزش و گاهی نیز به‌عنوان اصل (Walkila, 2016: 54-55). اما به کارگیری اصل هم دربردارنده ارزش است و هم از حق خاص حمایت می‌کند. ثالثاً، اینکه در برخی آرای دادگاه‌ها، گاهی به حق‌های خاص بنیادین بشری استناد می‌شود، ارزش خاصی، مثل حریت انسانی و یا احترام به زندگی خصوصی مد نظر است و این بیشتر همان اهداف خاصی را دنبال می‌کند که اصل تلقی کردن آن‌ها در ساختار تفسیری مناسب‌تر خواهد بود. رابعاً، اصل حقوقی، مبتنی بر ارزش‌های اخلاقی و کلی یک نظام حقوقی است که خود نیز بیان‌کننده حق‌هاست. خامساً اجماعی در خصوصی مفهوم حقوق بنیادین وجود ندارد. از این حیث یک پلورالیسم مفهومی وجود دارد (Hesselink, 2008: 179). در نگاه پلورالیسمی این انتظار نمی‌رود که دولت یا مردم یک مبنا را بپذیرند. در نتیجه اصل قلمداد کردن حقوق بنیادین، ایده‌ای کلی، مرکب از مجموعه قواعد مشخص و دارای رابطه منطقی ارائه می‌دهد که تفسیر قرارداد و ارائه راه‌حل بر اساس آن‌ها امکان‌پذیر خواهد بود.

اصل کرامت اجتماعی نشان می‌دهد اجرای قصد و اراده طرف‌های قراردادی نباید منجر به خدشه دار شدن حقوق مرتبط با زندگی فرد در جامعه گردد. از این نظر قرارداد نه تنها خواست و اراده طرفین آن است بلکه اراده جامعه نیز دوشادوش طرف‌ها باید در نظر گرفته شود و قرارداد به‌عنوان وسیله‌ای جهت ارتباط با مردم و یک توافق الزام‌آور در جامعه شناخته شود. با این وصف قرارداد راهی

است برای ارتباط با مردم و در هر قراردادی باید کل جامعه در نظر گرفته شود. در این نظریه حقوق و ارزش‌های بنیادین اجتماعی به‌عنوان خواست زندگی اجتماعی در قرارداد در نظر گرفته می‌شود. بنابراین تمام آزادی‌های اجتماعی از جمله آزادی تفکر، آزادی ارائه اثر علمی و هنری، آزادی مذهب و برگزاری آزادانه مراسم مذهبی، آزادی اشتغال، آزادی تحصیل و آزادی بیان نباید با آزادی قراردادی مخلدوش گردد.

اصل کرامت اجتماعی مبتنی بر اصل اخلاقی نوع‌دوستی^۱ در قرارداد است. نوع دوستی به این معناست که یک فرد نباید منافع خود را به‌عنوان یک ترجیح فاحش، بر دیگران تحمیل سازد. نوع‌دوستی ما را به ایثار و از خودگذشتگی متصل می‌کند و شکرگزار بار می‌آورد. بر این اساس قرارداد صرفاً اجرای منفعت طرف‌ها نیست بلکه ارزش‌های اساسی و اجتماعی همگام با همبستگی میان آن‌ها، مورد حمایت قرار می‌گیرد و لذا باید منافع طرف مقابل را نیز مورد توجه قرار داد و نباید به‌طور افراطی منافع خود را بر منافع دیگری ترجیح داد.

یک نمونه معروف در این زمینه پرونده فیوجی در ایتالیا^۲ است. در این پرونده شرکت تولیدکننده آب معدنی با شهرداری فیوجی قراردادی منعقد کرده بود که به‌موجب آن شرکت تولیدکننده آب معدنی حق استفاده از چشمه آبی متعلق به شهرداری را دریافت کرده بود و در مقابل متعهد شده بود که درصدی از قیمت هر بطری آب را به شهرداری پرداخت کند. شرکت مزبور قیمت روی بطری‌های آب را کاهش داد و در نتیجه درآمد شهرداری نیز کاهش یافت اما قیمت ظرف بطری‌ها را افزایش داد. دیوان عالی ایتالیا در پرونده مزبور با توجه به اصل همبستگی اجتماعی مندرج در اصل دوم قانون اساسی ایتالیا، به‌عنوان اصلی بنیادین و تغییرناپذیر اقدام شرکت فیوجی را در افزایش قیمت ظرف بطری آب معدنی و کاهش قیمت آب اقدامی از روی سوءنیت قلمداد کرده و حکم به جبران خسارت داد.

در اتحادیه اروپا به‌واسطه وجود کنوانسیون حمایت از حقوق بشر^۳، منشور حقوق بنیادین^۴ و وجود دادگاه‌های قانون اساسی در برخی کشورها شاهد رویکرد به نسبت توسعه‌یافته‌ای در رویه قضایی کشورهای عضو در اعمال وجوه مختلف اصل کرامت اجتماعی در روابط افقی و قراردادی باشیم. صرف‌نظر از اینکه دادگاه اروپایی حقوق بشر^۵ خود به‌طور مستقیم می‌تواند به موارد نقض

1. Altruism

2. Fiuggi, Case. Civ20 April 1994 no. 377 5, Giyst, civ. 1994, 215 9-217 3

3. The European Convention for the Protection of Human Rights an Fundamental Freedoms(1950)

4. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000.

۵. دادگاه اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۵۹ تأسیس گردید و برابر پروتکل شماره ۱۱ سال ۱۹۹۸، کمیسیون اروپایی

حقوق بشر رسیدگی نماید. اما وجود کنوانسیون حقوق بشر امکان استناد به حقوق مزبور را در رویه قضایی کشورهای اروپایی داده است. منشور حقوق بنیادین نیز اگرچه هنوز قدرت اجرایی ندارد اما هدف مهم تصویب آن به کارگیری تفسیری آن در روابط افقی با قدرت دستگاه قضایی صورت می‌گیرد (Walkila, 2016: 81 & Wielsch, 2017: 279-283). از این رو در رویه قضایی کشورهای اروپایی اهمیت حقوق بشر در روابط افقی و به ویژه قراردادی مورد تأکید بوده و موارد استناد به حقوق بنیادین دموکراتیک به نحو مطلوبی قابل بررسی و ارزیابی است. ذیلاً به موارد استناد به حق آزادی‌های تحصیل، اعتصاب، دسترسی به اطلاعات، اشتغال، بیان و مذهب می‌پردازیم.

۲-۱. آزادی تحصیل

حق بر آموزش متضمن رشد شخصیت انسانی و تلاشی در جهت افزایش دانش و صلح جامعه بشری است.^۱ یکی از پرونده‌های معروف برای لحاظ نمودن این حق پرونده منسندیک^۲ در هلند است. در پرونده مزبور یک زن جوان برای آموزش در اتحادیه منسندیک هلند برای دریافت مدرک روش‌های خاص ورزشی - درمانی^۳، ثبت نام و شروع به کار نمود. در توافق نامه بین آموزشگاه و داوطلب شرط شده بود که چنانچه داوطلب در یک بازه زمانی مشخص موفق به قبولی در امتحانات و دریافت مدرک دیپلم آموزشی فیزیوتراپی نشود، تا آخر عمر از تحصیل در آموزشگاه و تدریس و به کارگیری روش مزبور محروم می‌گردد. سه سال بعد این خانم در امتحانات کتبی مردود می‌شود. اما با استفاده از روش‌های منسندیک شروع به درمان مادرش می‌کند. اتحادیه منسندیک یک دستور موقت علیه او مبنی بر ممنوعیت استفاده از این روش از دادگاه اخذ می‌نماید. اما این دستور توسط دادگاه تجدیدنظر نقض می‌گردد. دادگاه تجدیدنظر این قسمت از توافق نامه را به استناد اصل آزادی تحصیل خلاف نظم عمومی دانسته است.^۴ دادگاه حکم می‌دهد که زن جوان حق اساسی در آزادی تحصیل و تدریس^۵ را دارد و شروط قراردادی نمی‌تواند او را از دسترسی به این حق باز دارد

حقوق بشر منحل گردید.

۱. این حق در ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مواد ۱۳ و ۱۴ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و ماده ۱۴ منشور حقوق بنیادین اروپا مورد تأکید قرار گرفته شده است.

2. HR 31 October 1969, NJ 1970, 57 (Mensendieck).

۳. این روش راجع به هماهنگی و تناسب اندام بدنی است که به منظور وضعیت بهینه از طریق حرکات بدنی خاص صورت می‌گیرد. در این پرونده داوطلبین تحصیل، بعد از اخذ مدرک می‌توانند روش مرسوم را تدریس و یا به کار گیرند.

4. HR 31/10/1969 (Mensendieck) N. J. 1970-1971.

۵. اصل (۲) ۲۳ قانون اساسی هلند

(Trstenjak & Weingerl, 2016: 14-15). در واقع در این پرونده برای حمایت از حقوق بنیادین در روابط افقی قراردادی از طریق ابزار و روش‌های حقوق خصوصی یا همان اساسی‌سازی غیرمستقیم عمل شده است. این رأی قابل انتقاد است. زیرا آموزشگاه مزبور تنها آموزشگاه برای این روش تحصیلی نبوده است و اینکه موضوع از زمره آموزش‌های عمومی نبوده است تا مشمول محرومیت از حق تحصیل گردد.

در حقوق ایران آموزش و پرورش همواره از حقوق بدیهی و مهم در قانون اساسی بوده است.^۱ آنچه از آزادی تحصیل به‌عنوان یک حق کلی غیرقابل اسقاط می‌توان در نظر داشت، تحصیل در دوره ابتدایی و متوسطه و آموزش عالی به‌عنوان یک امر و خدمت عمومی است که از وظایف عمومی دولت و از زمره حقوق فرهنگی بشری است. اینکه یک آموزشگاه خصوصی در مسائلی غیر از تحصیلات ابتدایی یا متوسطه و یا آموزش عالی شرطی برای ممانعت از آموزش درج نماید نه تنها مخالف حق بر آزادی تحصیل نبوده بلکه ازجمله آزادی‌های قراردادی است. البته نباید فراموش نمود که با توجه به اصول یاد شده در قانون اساسی و نظر دکترین حقوقی (هاشمی، ۱۳۹۳: ۵۱۴ و طباطبایی مومنی، ۱۳۸۸: ۱۱۷)، آموزش در تمامی سطوح ابتدایی، متوسطه و عالی از حقوق عمومی ملت است که دولت باید رایگان برای همه ملت فراهم سازد، لذا مدارس یا دانشگاه غیردولتی امر عمومی را به‌عهده داشته، از درج شروط محدودکننده تحصیل نیز ممنوع‌اند.^۲

۲-۲. حق اعتصاب

اعتصاب در واقع اعتراض به شرایط نابسامان یا وضعیتی ناعادلانه است که در روابط کارگر و کارفرما و یا کارمندان در بخش عمومی و یا خصوصی یا صنف خاصی (نظیر رانندگان کامیون در مورد گرانی لاستیک و کم بودن دستمزدها) باشد.^۳ در رابطه میان مصونیت ناشی از اعتصاب و حق اعتصاب مناقشاتی وجود دارد. اگر اعتصاب حق تلقی گردد، این حق به‌عنوان عمل مشروعی است که جز سوءاستفاده از آن مسئولیتی برای اعمال‌کننده حق وجود نخواهد داشت.^۴

۱. بند ۲ اصل ۳ و اصل ۳۰.

۲. به نظر می‌رسد ملاک مهم در مجاز بودن ممنوعیت تحصیل در مراکز غیردولتی انحصاری بودن آن‌هاست.

۳. قسمت «د» از بند ۱ ماده ۸ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل متحد و ماده ۲۸ منشور حقوق بنیادین اروپا حق بر اعتصاب را مشروط به رعایت مقررات داخلی کشور، به رسمیت شناخته است.

۴. در حقوق ایران نیز برخی صاحب‌نظران این حق را مفروض دانسته‌اند؛ به اعتقاد ایشان حق اعتصاب به‌طور نهفته در آزادی تشکیل انجمن‌های صنفی و قانون کار وجود دارد (هاشمی، ۱۳۹۰: ۸۳).

پرونده لاوال^۱ در ارتباط با قانون کار در اتحادیه اروپا یکی از مواردی است که حق اعتصاب را در روابط افقی به رسمیت شناخته و محدود کردن آن را ممنوع می‌سازد. البته این حق منوط و مشروط به عدم نقض حق آزادی ارائه خدمات و شرایط کار شده که در ماده ۴۹ معاهده عملکرد اروپا درج شده است: لاوال یک شرکت لتونی است که قراردادی را با دولت سوئد در بازسازی مدارس منعقد می‌کند. کارگران لتونیایی شرکت لاوال، برای کار، به سوئد فرستاده می‌شوند. این کارگران دستمزد کمتری از کارگران سوئدی برای کار مشابه دریافت می‌کردند. از طرفی اتحادیه کارگری سوئد، قرارداد جمعی برای شرکت لاوال فرستاده بود که در این قرارداد نه تنها حق اعتصاب کارگران منع شده بود و در صورت اعتصاب حق جبران خسارت و اخراج کارگران برای کارفرما پیش‌بینی شده بود بلکه در آن قید شده بود که شرکت لاوال نمی‌تواند از قبل تعیین کند که دستمزد کارگزارانش چقدر است. کارگران شرکت لاوال از امضای قرارداد امتناع کردند و در عین حال تقاضای اعتصاب کردند، اما اعتصاب برایشان توسط دولت سوئد و اتحادیه کارگری به استناد قرارداد جمعی، ممنوع شد. ایشان به دلیل نقض آزادی برابر در دسترسی به خدمات و عدم امکان اعتصاب، شکایت کردند. دادگاه سوئد ادعای ایشان را رد کرد اما دیوان دادگستری اروپا اعلام نمود که امتناع از امضای قرارداد به دنبال عدم وجود شرایط برابر و دستمزد یکسان بوده است و نمی‌توان آن‌ها را بهانه‌ای برای عدم تعلق حق بنیادین ایشان قلمداد نمود و از طرفی درست است که کارگران از کشور دیگری در کشور میزبان مشغول به کار هستند، اما حقوق بنیادین اعتصاب و دسترسی به خدمات یکسان برای همه باید یکسان در نظر گرفته شود. لذا هرگونه توافقی بر محدود کردن این حق را مردود دانست.

در قانون اساسی ایران به صراحت این حق مورد شناسایی واقع نشده است.^۲ از طرفی برخی با انکار آن به عنوان یک حق و عمل مشروع، معتقدند که کارگران در صورت اعتصاب متعهد به جبران زیان در مقابل کارفرما هستند و اصل ۲۷ قانون اساسی را در این خصوص سبب مشروعیت عمل ندانسته‌اند (بادینی و داوودی بیرق، ۱۳۹۴: ۱۸۹).

به نظر می‌رسد با وجود مقررۀ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، امروزه باید آن را یک حق تلقی نمود.^۳ آنچه در خصوص محدود نمودن این حق در روابط افقی بیشتر متصور است در روابط کارگر

1. Case: C-341/05/Laval Un. Partneri v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet [2007] ECR.I-11767.

۲. البته در مقدمه آن بیان شده است که انقلاب اسلامی در نتیجه اعتصاب یکپارچه و شرکت در تظاهرات خیابانی پدید آمده است و در اصل ۲۷ تشکیل اجتماعات و راهپیمایی بدون حمل سلاح مجاز شناخته شده است.

۳. اعتصاب کردن خود نمودی از آزادی بیان با شیوه عملی است. لذا باید این حق را نه بطور لجام‌گسیخته بلکه تحت

و کارفرما یا استخدامی متصور خواهد بود. با توجه اینکه روابط ایشان ماهیتاً مبتنی بر قواعد حقوق خصوصی که از برخی جنبه‌های حمایتی در زمره حقوق عمومی قرار گرفته اما در هر حال هر نوع قراردادی که منجر به سلب این حق گردد، با توجه به اینکه حق کلی مدنی محسوب می‌گردد، ممنوع می‌باشد.

۲-۳. دسترسی به اطلاعات آزاد

حق دسترسی به اطلاعات زمینه‌ساز حق‌های دیگر از جمله آزادی اندیشه و بیان بوده که در صورت نقض، امکان آگاهی افراد به مسائل سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، حقوقی و تمامی زمینه‌های مختلف فراهم نبوده و حتی فرصت نقد به حکومت و پیشرفت علمی نیز فراهم نمی‌گردد.^۱ آزادی مورد نظر در این حق، دارای دو بعد است: یکی آزادی افراد به‌ویژه خبرنگاران و رسانه‌ها در جست‌وجو میان اطلاعات، دسترسی، انتقال و انتشار آن‌هاست و دیگری آزادی عموم مردم در دریافت این اطلاعات است.

در پرونده‌ای^۲ در ایتالیا، شخصی قراردادی با یک شرکت مخابراتی غیردولتی منعقد کرده بود تا برای خانه جدیدش خط تلفن کشیده شود. در قرارداد حق تأخیر در اجرای تعهدات بدون هیچ محدودیتی برای شرکت مخابرات وجود داشت. تا هشت ماه بعد از انعقاد قرارداد، هیچ جوابی از شرکت مخابرات برای متقاضی مزبور دریافت نشد. سرانجام بعد از هشت ماه، شرکت مخابراتی یک خط تلفن به شخص واگذار نمود که فقط سه ماه فعال بود و بعد از آن، غیرفعال گردید. شخص برای جبران خسارت به دادگاه مراجعه نمود. شرکت مخابراتی در دفاع بیان داشت اولاً برابر شرط قراردادی، حق تأخیر بدون اینکه مدت آن مشخص شده باشد تا پایان قرارداد وجود داشته است. ثانیاً خسارتی مالی به شخص وارد نیامده است. دیوان رسیدگی‌کننده به این موضوع^۳ به‌عنوان مرجع حل و فصل اختلافات، دفاعیات شرکت مخابراتی را نپذیرفت. این دیوان استدلال نمود، برابر اصول ۱۵ و ۲۱ قانون اساسی ایتالیا، حق آزادی در ارتباطات و حق آزادی دسترسی به رسانه‌های عمومی در این ارتباط نقض گردیده است و حکم به جبران خسارت معنوی، داده شد (Busch, 2011: 36).

شرایطی، به رسمیت شناختن انسان‌ها بتوانند در شرایط کار و زندگی مطلوب خود، شخصیت انسانی خود را رشد دهند. (درخصوص لوازم و شرایط قانونی اعمال حق اعتصاب نک: ابدی و تنگستانی، ۱۳۹۲: ۶۳۷-۶۰۹).

۱. ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند ۲ از ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی به حق مزبور به عنوان یک حق بنیادین صحه گذاشته است.

2. Italy, Tribunal of Montepulciano, 2009.

3. Montepulciano

در پرونده خورشید مصطفی^۱ در سوئد در سال ۲۰۰۸، در قرارداد اجاره‌ای موجر شرط کرده بود که استفاده از ماهواره ممنوع است و در صورت استفاده، حق فسخ و تخلیه خواهد داشت. مستأجر به نام خورشید مصطفی (عراقی الاصل)، مبادرت به نصب ماهواره در آپارتمان استیجاری نمود. دادگاه سوئد او را به دلیل نقض شرط قراردادی محکوم به تخلیه و نقل مکان به حومه شهر نمود. این رأی توسط دادگاه حقوق بشر اروپایی به استناد ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مبنی بر دسترسی آزاد به اطلاعات نقض گردید. در آلمان پرونده پارابولانتن^۲ در سال ۱۹۹۴ در قرارداد اجاره مستأجر متعهد به عدم نصب آنتن و ماهواره شده بود که دادگاه عالی فدرال قانون اساسی آلمان، موجر را ملزم به اجازه نصب نمود. دادگاه قانون اساسی آلمان به استناد حق دسترسی آزاد به اطلاعات ادعای مستأجر را پذیرفت. همچنین در پرونده‌ای که مستأجر خارجی نیازمند اجازه مالک برای نصب ماهواره بود، دیوان عالی آلمان نظر داد که برای نصب بر اساس حق دسترسی به اطلاعات مندرج در اصل ۴۴ و (۱) قانون اساسی، ضرورتی به اخذ اجازه نیست.^۳ قبلاً در پرونده مشابه که شرط خلاف شده بود و مستأجر از نصب ماهواره منع شده بود، دادگاه قانون اساسی استدلال نموده بود که اگر هیچ راه ارتباطی برای مستأجر وجود نداشته باشد و پهنای باند کشور امکان دسترسی مستأجر به اطلاعات هم‌زمان او را فراهم ن ساخته باشد، مستأجر می‌تواند برخلاف شرط عمل نماید.^۴ در این پرونده شرط مزبور مغایر با نظم عمومی شناخته می‌شود. استدلال دادگاه قانون اساسی در آرای صادره، در حمایت از حقوق بنیادین در روابط افقی حقوق خصوصی از طریق اساسی‌سازی به شیوه غیرمستقیم و در لوای قواعد و اصول حقوق خصوصی نظیر نظم عمومی صورت می‌پذیرد (Hager, 2008: 23-24). نمونه مشابه در هلند در آرای دیوانعالی آن^۵ قابل ملاحظه است (Busch, 2011: 48). در تمامی موارد یاد شده، هرگونه قرارداد یا شرطی که در روابط افقی افراد حق مزبور را منع کرده باشد بلااثر تلقی شده است.

حق دسترسی به اطلاعات در حقوق ایران مورد توجه قانون‌گذار اساسی و عادی بوده است.^۶ این حق با توجه به محدودیت‌های قانونی از جمله ممنوعیت استفاده از ماهواره برای عموم، یک حق کلی

1. Khurshid Mostafa and Tarzibachi V. Sweden, EC t HR 16 December 2008.

2. BVerfG 1994, BVerfGE 90, 27 = NJW 1994, 1147-1148 (parabolantenne).

3. Federal Court of Justice, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 1062-1063.

4. Federal Constitutional Court, Neue Juristische Wochenschrift 1994, 1232.

5. The Netherlands, Supreme Court (Hoge Raad), 1989, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1991, 168.

۶. بند ۲ اصل ۳ قانون اساسی ایران یکی از اهداف نظام، ارتقاء سطح آگاهی عمومی با استفاده از رسانه‌ها، بیان شده است. در ماده ۲ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ اینچنین بیان شده است: «هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد، مگر اینکه قانون جلوگیری کرده باشد.»

بنیادین مدنی و غیرقابل اسقاط تلقی می‌گردد. در نتیجه هر گونه شرطی که دسترسی به اینترنت یا رسانه‌ها را ممنوع سازد، بلااثر است.

۴-۲. آزادی اشتغال

حق آزادی اشتغال دارای دو جنبه است:^۱ جنبه سلبی این حق مبتنی بر آزادی در انتخاب شغل است که بر اساس آن نمی‌توان شخصی را در انجام کار مشروع منع نمود و جنبه ایجابی آن وظیفه دولت در فراهم ساختن شرایط ایجاد کار است. آزادی اقتصادی و رقابت آزاد و همچنین آزادی قراردادی در انتخاب شغل امروزه یکی از بنیان‌های مهم حقوق خصوصی اتحادیه اروپا است (Herres Thal, 2013: 90-91). در حقوق خصوصی و در روابط شهروند - شهروند، شرط عدم رقابت با متعهد می‌تواند خودبه‌خود منع از اشتغال به کار مورد دلخواه مشروط‌علیه را به‌دنبال داشته باشد. توافق عدم رقابت که از آن تحت عنوان قرارداد عدم تجارت نیز یاد می‌شود (شهیدی و باریکلو، ۱۳۸۱: ۵)، توافقی است که متعهد آن تعهد می‌کند که به تجارت خاصی در آینده مشغول نشود. یکی از معروف‌ترین پرونده‌ها در این مورد پرونده نماینده تجاری^۲ در سال ۱۹۹۰ در آلمان است. در این پرونده یک نماینده تجاری در یک قرارداد موقت^۳ در قالب فرم قراردادی، ملزم می‌گردد بعد از اتمام قرارداد با هیچ شرکت رقیبی تا ۲ سال همکاری نکند و الا ملزم به پرداخت خسارت است. نماینده تجاری از ابتدای ژانویه ۱۹۹۰ با یک شرکت رقیب وارد قرارداد همکاری می‌گردد. شرکت اول از نماینده تجاری شکایت نمود و تقاضای دستور موقت کرد. دادگاه بدوی^۴ درخواست دستور موقت مبنی بر منع ادامه کار را رد کرد اما دادگاه تجدیدنظر به دلیل وجود تعهد به منع همکاری با شرکت رقیب، دستور موقت صادر نمود و در ماهیت نیز حکم به نفع شرکت اول صادر نمود. نماینده به دادگاه فدرال قانون اساسی با این عنوان که حق آزادی اشتغال او مندرج در اصل ۱-۱۲- قانون اساسی آلمان، نقض شده است، شکایت کرد و دادگاه قانون اساسی، رأی دادگاه تجدیدنظر را نقض کرد و اذعان داشت: شرط منع همکاری با شرکت رقیب، حق آزادی اشتغال را ولو برای دو سال نقض می‌کند، لذا آزادی قراردادی نباید منجر به نقض ارزش‌های پایه‌ای در قرارداد گردد. دادگاه عالی قانون اساسی فدرال آلمان این شرط را برخلاف حق بنیادین آزادی انتخاب شغل دانست

۱. حق بر آزادی اشتغال در بند الف ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۱ ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ماده ۱۵ منشور حقوق بنیادین اروپا مورد شناسایی قرار گرفته است.

2. Commercial Agent judgment of 1990-BVerfG 1990, BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter).

3. 1 July to 31 Dece, 1979

4. Landgericht

است: در جایی که برابری در قدرت چانه‌زنی وجود ندارد، تعادل عادلانه منافع بین طرف‌های قرارداد صرفاً با قواعد حقوق قراردادی امکان‌پذیر نیست. لذا حقوق بنیادین مبنایی برای تحدید آزادی قراردادی، قرار می‌گیرد و در صورت نقض تحت عناوینی چون نظم عمومی یا حسن‌نیت، منجر به بی‌اعتباری شرط ناقض می‌شود و از این طریق میان قواعد حقوق خصوصی و حقوق عمومی تعادل برقرار می‌گردد (Colombi Giacchi, 2010: 98-99). در پرونده دیگری در آلمان یک راننده تاکسی به کارفرمای خود تعهد داده بود که پس از فسخ به هر دلیلی یا انقضای قرارداد کار، به مدت سه ماه در همان شهر برای هیچ شرکت تاکسیرانی دیگری، رانندگی نکند و در صورت نقض تعهد، باید به‌عنوان وجه التزام ۱۰۰ مارک بپردازد. دادگاه کار فدرال، این بند را از درجه اعتبار ساقط دانست. دادگاه اعلام کرد که اعتبار چنین بندهای محدودکننده‌ای بر اساس ماده ۱۳۸ قانون مدنی و اصل ۱۲ قانون اساسی آلمان، در نظر گرفته می‌شود.^۱

در مقابل در پرونده آقای کولمن^۲ در هلند، شخصی به نام کولمن یک دفتر بیمه در شهر مالدن به نام بیمه کولمن داشت که امتیاز دفتر را در تاریخ ۲۰ جولای ۱۹۹۴ به شخصی به نام کورنلیس،^۳ یکی از کارمندانش، واگذار می‌نماید. در قرارداد مزبور، کلیه دارایی و مسئولیت‌ها و همچنین نام شرکت نیز واگذار می‌شود. در یکی از شروط قرارداد واگذاری، آقای کولمن از مشاوره و کار برای شرکت‌های رقیب و انجام فعالیت‌های رقیب ممنوع می‌شود. بعد از مدتی آقای کولمن با نام خود، دفتر دیگر بیمه تأسیس کرده و فعالیت خود را آغاز می‌سازد. بعد از طرح شکایت در دادگاه، آقای کولمن از استفاده از نام خود برای فعالیت به نام دفتر بیمه ممنوع شده و همچنین از فعالیت به‌عنوان دفتر نمایندگی بیمه تا فاصله ۲۵ کیلومتری مرکز مالدن ممنوع می‌گردد.

دادگاه تجدیدنظر نیز در استدلال خود رأی را این‌گونه توجیه نمود که آقای کولمن نمی‌تواند با شرکت واگذار شده رقابت کند و این به‌عنوان اصل وفای به عهد مورد شناسایی قرار می‌گیرد. در دفاعیات آقای کولمن دو چیز، یکی شرط عدم رقابت که مخالف با آزادی اشتغال به‌عنوان یک حق بنیادین برآمده از اصل ۱۹-۳ قانون اساسی هلند و دیگری حق بر نام به‌عنوان وجه مهم شخصیتی او و مرتبط با کرامت ذاتی، مورد استناد قرار می‌گیرد. دادگاه دفاعیات را با این استدلال رد نمود که اولاً شخص با اختیار خود شرکت را با شرط مزبور واگذار کرده و به‌طور معقولی نیز از فعالیت دارای

1. BAG, 1966, 4 Juristische Schulung 925.

2. Kolkman v. Cone lisse -HR 1997, N.J.1997, 685.

3. Cornelisse

رقابت با شرکت واگذار شده ممنوع شده است و او می‌تواند در جای دیگر و با فعالیت دیگر بپردازد. ثانیاً یکی از حقوق واگذار شده که مربوط به شهرت تجاری است و دارای ارزش مالی است، نام دفتر است و همانند بسیاری حقوق مالکیت معنوی که دارای ارزش مالی هستند، واگذار شده است. لذا مسئله تأثیر حقوق بنیادین در روابط افقی در این پرونده راه ندارد (Mak, 2008: 93-96). آنچه در این پرونده موارد مشابه، متفاوت است، این است که منع از رقابت با شرکت واگذار شده همراه با واگذاری شهرت تجاری بوده است و آنچه سبب ممنوع شدن از اشتغال شده است، صرف نظر کردن از حقوق معنوی دارای ارزش مالی بوده است.

قانون اساسی ایران نیز حق مزبور را مورد حمایت قرار داده است. در حقوق ایران توافق عدم رقابت از نظر برخی تعهدی تبعی است به این معنا که در راستای منافع متعهدله در قرارداد خاصی متعهد به طور محدود (از لحاظ زمانی و مکانی) از فعالیت‌های متضمن رقابت با متعهدله خودداری می‌نماید (رهبری و کاظمی آهونی، ۱۳۹۱: ۴۷-۴۶). ولی این تعبیر جامع نیست، چراکه توافق عدم رقابت ممکن است تبعی نباشد و به طور مستقل تنظیم شود و برای محدوده مکانی یا زمانی خاصی نباشد و یا ممکن است فعالیت خاصی نظیر نوع تجارت متعهدله، ممنوع شده باشد. هرچند به طور معمول برای عدم تلقی سلب حقوق مدنی به طور کلی توافق عدم رقابت ناظر به فعالیت خاص در مدت محدود است. از نظر برخی شرط عدم رقابت از زمره حقوق مدنی است که اگر به تبع قرارداد اصلی منعقد شود و شرایط عمومی صحت معاملات در مورد آن رعایت گردد و به طور جزئی از حیث مدت، نوع کار، محدوده جغرافیایی محدود شود و دربردارنده عوض باشد، صحیح است (رهبری و کاظمی آهونی، ۱۳۹۱: ۴۸-۴۷). در مقابل عده‌ای دیگر شرط عدم رقابت را مغایر با حقوق بنیادین اشتغال مندرج در اصل ۲۸ قانون اساسی دانسته و معتقدند که حق آزادی اشتغال از زمره حقوق مدنی کلی و غیرقابل سلب ولو به طور جزئی است (شهیدی و باریکلو، ۱۳۸۱: ۹ و مولانی و شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۸۴). نظر اخیر با توجه به ضرورت حمایت حقوق بنیادین در روابط افقی و کلی بودن حق اشتغال با مبانی حقوقی ایران سازگار است.

۲-۵. آزادی مذهب

آزادی مذهب یکی از اشکال آزادی اندیشه است.^۱ جلوه‌های آزادی مذهب شامل آزادی در انتخاب مذهب یا آزادی بر بی‌مذهبی، حق تغییر مذهب، حق انجام مناسک مذهبی، آزادی ابراز

۱. این حق در ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۸ میثاق حقوق مدنی و ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و بند ۱ ماده ۱۰ منشور حقوق بنیادین اروپا مورد تأکید قرار گرفته شده است.

مذهب، عدم اجبار به پذیرش مذهب خاص، برابری افراد با وجود داشتن مذاهب می‌باشد. در حوزه قراردادهای این حق ممکن است در روابط افقی شهروندان با درج شرط یا قرارداد خاص محدود شده و تلاشی بر تغییر مذهب باشد. حتی ممکن است توافق راجع به عدم احترام به مراسم مذهبی یا عقاید مذهبی باشد. در پرونده انجمن پروتستان در هلند^۱ در قرارداد اجاره شرط شده بود که مستأجر در حمایت از کلیسای پروتستان فعال باشد و قید شده بود، اگر مستأجر اقدامات لازم و کافی را برای رسیدن به اهداف کلیسای پروتستان صورت ندهد و یا عقاید مذهبی خود را تغییر دهد و یا دین یهود را تبلیغ نماید، قرارداد اجاره پایان می‌یابد. بعد از مدتی مستأجر به فرقه دیگری از مسیحیت^۲ گرایش پیدا کرد و موجر در صدد انحلال قرارداد و تخلیه برآمد. دادگاه شرط مزبور را خلاف آزادی مذهب و باطل اعلام داشت و ادعای موجر را مردود اعلام نمود (Smits, 2006: 13 & Trstenjak & Weingerl, 2016: 14).

همچنین در پرونده دیگر، توافق مالکین یک مجتمع مسکونی، در ممنوعیت نصب یک کلبه مذهبی در مجتمع، مخالف با حق آزادی مذهب شناخته شده است. در فرانسه دو مالک یک منزل در مجتمع مسکونی که مسیحی ارتدوکسی بودند، یک کلبه نماد مذهبشان را در بالکن برای یادبود، نصب نمودند. بقیه ساکنین بنا به توافق میان مالکین با ایشان، رأی به خلع آن دادند و دادگاه بدوی و تجدیدنظر نیز ادعای دو مالک را رد نمود. اما دیوان عالی فرانسه در تعارض میان توافق مالکین مجتمع مبتنی بر آزادی قرارداد و حق آزادی مذهب، نهایتاً با این استدلال که با اصل تناسب میان این دو حق باید اصل آزادی مذهب را که در ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر وجود دارد، ترجیح داد (Busch, 2011: 49). در این آراء توافق مغایر با آزادی مذهب بلااثر شناخته شده است.

در یکی دیگر از پرونده‌ای به نام سوییکرفیست^۳ در هلند در سال ۱۹۸۴ یک کارگر زن ترکیه‌ای در قرارداد استخدام در یک شرکت خصوصی ملزم به رعایت مقررات رفت و آمد محل کار شده بود. کارگر به دلیل عدم حضور در محل کار در روز عید فطر ماه رمضان، توسط کارفرما اخراج گردید. این موضوع در شرایطی بود که کارفرما با مرخصی او در روز مزبور، مخالفت کرده بود. دادگاه تجدیدنظر هلند با این استدلال که گرفتن جشن در اعیاد مذهبی مبتنی بر ماده ۶ قانون اساسی و ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی مذهب است، اخراج را لغو کرد. این رأی در دیوان عالی

1. Protestant Association V. Hoogers, Court Appeal Arnhem 25 October 1948, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1949.

2. Jehovah's Witnesses

3. HR 30 maart 1984, N.J. 1985, 350 (Suikerfeest).

کشور بدون اینکه متعرض حقوق بنیادین یا تأثیر یا عدم تأثیر حقوق بنیادین در حقوق خصوصی گردد، با این استدلال که شرایط و روزهای تعطیل در قانون رسمی کشور مشخص است و تا مقررۀ ویژه‌ای برای امکان تعطیلی در مراسم مذهبی برای کارگران به تصویب نرسد، نقض گردید (Cherednychenko, 2007 (a): 12). در اظهارنظر دیوان عالی آمده است که شخص کارگر با امضای قرارداد استخدام، تعطیلات رسمی کشور و مشخصه مرخصی‌های خود را تعیین می‌نماید و نمی‌تواند به بهانه تعطیلات مذهبی خود سرکار نیاید ولی این نیز به معنی تبعیض نیست که او نباید در تعطیلات مذهبی مسیحیان که مصادف با تعطیلات رسمی کشوری است، تعطیل باشد، چراکه تعطیلی رسمی که منشأ آن مذهبی است، دلیل بر تبعیض بین مذاهب نمی‌باشد، اما احترام به عقاید مذهبی کارگر، کارفرما را باید مجاب سازد که به او مرخصی دهد و البته به این معنای توجیه سرکار نیامدن کارگر محسوب نمی‌گردد (Mak, 2008: 154). این رأی دیوان عالی منکر تأثیرگذاری حقوق بنیادین در حقوق خصوصی نیست و فقط در سیستم حقوقی هلند اجرای مقررات رسمی و اصل آزادی قراردادی بر حق آزادی در برگزاری مراسم مذهب ترجیح داده شده است. درخصوص این پرونده برخی اذعان داشته‌اند در تأثیرگذاری حقوق بنیادین در روابط افقی رابطۀ مکملی میان دو حق آزادی استقلال خصوصی از یک‌سو و آزادی مذهب از سوی دیگر، برقرار شده است (Cherednychenko, 2007 (a): 13). اما به نظر می‌رسد در این رأی ترجیح آزادی قراردادی منجر به نقض حق آزادی مذهب نبوده است، چراکه ندادن مرخصی و حضور کارگر در محل کار نه تلاشی برای تغییر مذهب بوده و نه مخالف با آزادی انتخاب مذهب بوده است. در رویکرد مشابه در پروندۀ احمد علیه انگلیس^۱ در سال ۱۹۸۲ در انگلیس، شکایت کارگر مبنی بر اینکه روزها و ساعات مربوط به مراسم مذهبی‌اش، نادیده گرفته شده است و در نتیجۀ حق آزادی مذهب او مخدوش شده است، رد شد. دادگاه در این پرونده استدلال کرد که کارگر زمان استخدام، شرایط کار و ساعات کار را پذیرفته است و این به منزله انصراف از حق خود می‌باشد (Collins, 2012: 36-37).

در نظام حقوقی ایران آزادی مذاهب خاصی مورد حمایت بوده است.^۲ در فقه بر مبنای سنت و

1. Ahmad v United Kingdom (1982)4 EHRR 126.

۲. اگرچه برابر اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی مذهب رسمی شیعه بوده و تنها برخی اقلیت‌های دینی به‌طور رسمی مورد تأیید قرار گرفته شده است، اما وفق اصل ۱۴ مردم و حکومت ملزم‌اند با عدالت، اخلاق حسنه و حقوق انسانی با سایر افراد غیرمسلمان با هر مذهبی رفتار نمایند. در قرآن نیز آزادی مزبور همواره مورد تأکید بوده است (لا اکراه فی الدین (بقره/۲۰۶)؛ انا هدینا السبیل اما شاکراً و اما کفوراً (انسان/۴)؛ و قل الحق من ربکم فمن شاء فلیؤمن و من شاء فلیکفر

روایات ارتداد دارای مجازات حد قتل است. در تعادل میان این دو، اینکه اجبار و اکراهی در رابطه قلبی میان فرد و خدا در قرآن مقرر نشده است و از طرفی برگشتن از دین دارای مجازات مرگ است، برخی اذعان داشته‌اند، مجازات مرگ مرتد منصرف به مرتدی است که دست به اقدام عملی علیه نظام و امنیت جامعه زده باشد (هاشمی، ۱۳۹۳: ۳۴۰). این استدلال در نظام حقوقی ایران، به‌ویژه با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و اصل ۲۳ قانون اساسی که هیچ کس را نمی‌توان به صرف عقیده، مورد مؤاخذه قرار داد، مورد قبول است. از این‌رو آزادی مذهب را می‌توان یک حق کلی غیرقابل اسقاط دانست که افراد در روابط افقی نمی‌توانند آن را محدود ساخته یا سعی در تغییر آن داشته و یا مانع برگزاری مراسم مذهبی گردند.

نتیجه

امروزه حقوق بنیادین بشری، هم در مقابل دولت (در سطح داخلی و بین‌المللی) قابل استناد است و هم به‌عنوان عنصری که توازن را در همه رشته‌های حقوق ایجاد می‌کند، قابل اعمال است. آنچه از حقوق بشر در حقوق قراردادهای باید مورد لحاظ قرار گیرد، اصول شناخته شده آن است که خود می‌تواند به‌عنوان اصولی هم‌سو با اصول سنتی در حقوق قراردادهای، نقش ایفا نمایند. در حقوق قراردادی یکی از وجوه اصل حیثیت انسانی، از دیرباز با احترام به خواست و اراده انسانی، تحت اصل حاکمیت اراده، مورد لحاظ قرار گرفته شده است.

برای تأثیر حقوق بنیادین در روابط قراردادی باید پذیرفت که اصول قانون اساسی دارای ویژگی هنجاری بوده و حتی بدون اتکا به قوانین عادی قابل استناد توسط محاکم است. وفق اصل ۷۲ قانون اساسی ایران حتی اگر قوانین عادی مغایر با قانون اساسی باشد، به نظر می‌رسد دادگاه‌ها باید قانون اساسی را بر آن ترجیح دهند. با این وصف حمایت از حق‌های اساسی فقط اختصاص به رابطه بین دولت و مردم نبوده و از این نظر در قصد مقنن حمایت از این حق‌ها در روابط خصوصی افراد نیز بوده است.

اعمال حقوق بنیادین بشری در حقوق خصوصی و به تبع آن در حقوق قراردادی، با این مبنا صورت می‌گیرد که اولاً حقوق بنیادین به‌عنوان یک ایده وحدت‌بخش، در سطح هنجاری بالایی قرار دارد و چه در نظام حقوقی عمومی و چه در نظام حقوق خصوصی غیرقابل نفی است. ثانیاً ضرورت

(کهن/ ۲۹) و حتی هر گونه اجبار به آوردن ایمان یا تحمیل عقیده به ایمان آوردن در آن (یونس/ ۹۹؛) منع شده است. در قرآن اگرچه ارتداد مذموم و دارای مجازات اخروی است (مائده/ ۲۱؛ محمد/ ۲۵؛ آل عمران/ ۱۰۰؛ بقره/ ۲۱۷). اما هیچ مجازاتی دنیوی برای آن مقرر نشده است.

حمایت از حقوق بنیادین توسط دولت، تکلیف ایجابی دولت در حمایت از آن‌ها را گسترده می‌سازد. این تکلیف در بدنه دولت در روابط افقی افراد از طریق قوه قضائیه و با مداخله دادگاه‌ها صورت می‌پذیرد. دادگاه‌ها در این وضعیت به‌عنوان رکنی از بدنه دولت بوده و دولت در معنای عام آن، شامل قوه قضائیه نیز می‌باشد.

در اعمال حقوق بنیادین توسط محاکم، روش مرسوم اساسی سازی حقوق بنیادین در حقوق خصوصی است. در این نگاه، نظریه اساسی سازی حقوق به معنای صرفاً انطباق مسائل و قواعد و قوانین عادی با قانون اساسی نیست بلکه نفوذ قواعد، اصول و هنجارهای بنیادین فراقانون اساسی است که در کل نظام حقوقی ساری است. تأثیر حقوق بنیادین بر اساس تئوری اساسی سازی، یک شبکه مستحکمی را برای پر کردن فضاهای خالی از سیستم حقوق خصوصی و حقوق قراردادها را پدیدار می‌آورد که تضمین‌کننده کرامت انسانی است. کرامت انسانی به‌عنوان محوری ترین حقوق بنیادین در حقوق قراردادی می‌تواند از دو منظر نگریسته شود: اعطاءکننده قدرت و ایجادکننده محدودیت. در منظر اول، به انسان توانایی اعطا می‌نماید که اراده خود را به‌نحو مستقل اعمال نماید. اما در منظر دوم، کرامت انسانی ورای اراده افراد است. در نتیجه قرارداد ولو ارادی منعقد شده است، اگر مخالف کرامت انسانی باشد محدود می‌گردد.

وجه کرامت اجتماعی انسان یکی از همین هنجارهای بنیادین محسوب می‌گردد. نادیده گرفتن حق‌های بنیادین بشری اجتماعی در یک جامعه دموکراتیک، ازجمله حق‌های آزادی تحصیل، اعتصاب، دسترسی به اطلاعات آزاد و آزادی مذهب در روابط قراردادی، به‌منزله عدم رعایت هنجارهای اساسی در حقوق قراردادی بوده که اثر آن‌ها بطلان و یا ضرورت جبران خسارت است. در حقوق ایران با اتکا به کرامت انسانی مندرج در قانون اساسی و با استفاده از اساسی سازی غیرمستقیم برای شناسایی اصل کرامت اجتماعی این‌گونه می‌توان استدلال نمود که اصل حاکمیت اراده، اصل عامی برای ایجاد ماهیت حقوقی است. اما صورت تعارض با اصول مبتنی بر حقوق بنیادین بشری، اصل عام مزبور تخصیص می‌خورد. از این نظر حقوق بنیادین بشری از زمره حقوق کلی مدنی بوده و به‌طور جزئی نیز غیرقابل اسقاطند و از دریچه نظم عمومی می‌توان نقض حقوق مزبور را ممنوع ساخت.

منابع

فارسی

- ابدی، سعیدرضا و محمد تنگستانی (۱۳۹۲)، «لوازم، ضرورت‌ها و شرایط حقوقی شناسایی و تنظیم حق اعتصاب کارمندان بخش عمومی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۲.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات: اعمال حقوقی-تشکیل قرارداد، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- ایمانیان، فریبرز، عبدالله شمس و محمدعیسی تفرشی (۱۳۸۲)، «تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی»، مجله مدرس علوم انسانی، دوره ۷، شماره ۱.
- بادینی، حسن و حسین داوودی بیرق (۱۳۹۴)، «مسئولیت مدنی کارگر در مقابل کارفرما»، مجله فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲.
- باقری، عباس (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی حق و تکلیف از منظر حقوق اسلامی و حقوق بشر موضوع»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸.
- خسروی احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، «تئوری حق و حقوق بشر بین الملل»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱.
- رحمتی فر، سمانه، مهدی شهابی و علی اکبر گرجی‌ازندریانی (۱۳۹۵)، «اساسی شدن حقوق به مثابه به دلیل مشروطه گرایی در دوران جهانی شدن»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۸، شماره ۴.
- رهبری، ابراهیم و نجمه کاظمی آهونی (۱۳۹۱)، «انحلال و تعدیل قرارداد عدم رقابت (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، آمریکا و کشورهای اتحادیه اروپا)»، مجله پژوهشهای حقوق تطبیقی، شماره ۶.
- شهیدی، مهدی و علیرضا باریکلو (۱۳۸۱)، «قرارداد عدم تجارت»، مجله دو ماه نامه مفید، دوره ۸، شماره ۲۹.
- شهیدی، مهدی (۱۳۶۹)، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۸.
- صفائی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده (۱۳۷۸)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، چاپ چهارم، تهران: نشر سمت.
- طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۸۸)، بررسی و تحلیل حقوق شهروندی و حقوق بشر آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، چاپ چهارم، تهران: نشر مؤسسه دانشگاه تهران.
- طحریلو، رضا (۱۳۸۷)، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳.
- عباسی‌لاهیجی، بیژن (۱۳۹۰)، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین سه نسل حقوق بشر در اسلام، ایران و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای، تهران: نشر دادگستر.
- عسکری، پوریا (۱۳۹۰)، حق شرط بر معاهدات حقوق بشری، تهران: نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، فلسفه حقوق: منطق حقوق، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰)، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۷)، «حقوق عمومی و حقوق خصوصی: دوگانگی یا یگانگی؟»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷.
- موحد، محمدعلی (۱۳۸۴)، در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، چاپ سوم، تهران: نشر کارنامه.
- مولانی، یوسف و ابراهیم شعاریان (۱۳۹۳)، «نفوذ حقوق بشر در حقوق قراردادها در پرتو رویه قضایی اروپایی»، مجله فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۵، شماره ۴۲.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه مقالات همایش دولت و تضمینات حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برگزار شده توسط مرکز مطالعات حقوق بشر و انجمن علمی دانشجویی دانشگاه تهران، تهران: نشر گرایش.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۳)، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.

انگلیسی

- Barak, Justice Aharon (1996), "Constitutional Human Rights and Private Law", *Yale Law School Faculty Scholarship Review of Constitutional Studies*, Vol. III, Review of Constitutional Studies, No.2.
- Brownsword, Roger (2001), *Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedman and Daphn Barak-Erez, Dr. Hart Pub, Oxford and Portland Orgeon
- Busch, Christophe (2011), *Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States*, in EU Compendium Fundamental Rights and Private Law: A Practical Tool for Judges, Munich: European Law Publisher, University of Osnabruck.
- Cherednychenko, Olha (2007) (a), "Fundamental Rights and Private Law: A Relation ship of Subordination or Complementarity?", *Utrecht Law Review: Pub. Igitur*, Vol. 3, Issue 2.
- Cherednychenko, Olha (2007) (b), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*, CRC-prepared by: G.J. Wiarda Institute, Utrecht University Institute for Legal Studies, Boothstraat 6, 3512 BW Utrecht, geboren op 14 mei 1978 (te Kiev, Oekraïne) ter verkrijging van de graad van-doctor-aan de Universiteit Utrecht-op gezag van de rector magnificus, prof. dr. W.H. Gispen,-ingevolge het besluit van het college voor promoties-in het openbaar te verdedigen-op woensdag 18 april 2007 des middags te 4.15 uur, (PhD thesis).
- Chrenkoff, Arthur (1996), "Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea", *Journal of Legal Philosophy, Australian*, vol. 21.
- Cirtautiene, Solveiga (2013), 'Impact of Human Rights on Private Law in Lithuania and Other European Countries: Problematic Aspects', *Jurisprudence*, No. 20 (1).
- Clapham, Andrew (1993), *Human Rights in the Private Sphere*, New York: Clarendon Press, Oxford.
- Collins, Hugh (2012), "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law", *LSE Law, Society and Economy Working Papers London School of Economics and Political Science Law Department*, vol. 7.
- Colombi Ciacchi, Aurelia (2008), *Social Rights, Human Dignity and European*

Contract Law, in Constitutional Values and European Contract Law, Netherlands: Pub. Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).

- Colombi Ciacchi, Aurelia (2010), "Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union", **European Review of Contract Law**, 6 ERCL, vol. 3.
- Dworkin, Ronald (1984), **Rights as Trumps: In Theories of Rights**, edited by Jeremy Waldron, Oxford: Oxford University Press.
- Gutmann, Thomas (2013), "Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract", **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76:39, No. 2.
- Hager, Johannes (2008), **Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law**, in Constitutional Values and European Contract Law, Netherlands: Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
- Herres Thal, Carsten (2013), **Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law**, in Current problems in The Protection of Human Rights, edited by Katjas Zieglen and Peter M Huber, Oregon and Oxford and Portland: (Hart Publishing Ltd in UK).
- Hesselink, Martijn (2008), **European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice?**, In Constitutional Values and European Contract Law, Pub. Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV), The Netherlands.
- Lewan, Kenneth M. (1968), "The Significance of Constitutional of Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany", **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 17.
- Leible, Stefan (2008), **Fundamental Freedoms and European Contract Law**, in Constitutional Values and European Contract Law, Netherlands: Pub. Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
- Lytvynyuk, Anna (2010), **Fundamental Rights Operation in Private Law**, Hamburg: Pub. Verlag, under the supervision of Dr. Kovac.
- Mak, Chantal (2008), **Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England**, Netherland: Pub: Kluwer Law International.
- Oliver & Fedtke, Dawn & Jorge (2007), **Human Rights and the Private Sphere- The Scope of the Project (Comparative Study)**, London and New York: pub. Roulledge-Cavendish Taylor & Francis Group.
- Ribeiro, Goncalo De Almeida (2017), **The Effects of Fundamental Rights in Private Disputes, in European Contract Law and Charter of Fundamental rights**, edited by Hugh Collins, Itersentia: Cambridge-Antwerp-Portland.
- Rold, Florian (2013), "Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: On the Logic of the So-Called Horizontal Effect", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 20:2.
- Smits, Jan (2006), **Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View, In Constitutionalisation of Private Law**, edited by Barkhuysen & Lindenbergh, Tom & Siewert, Martinus Nijhoff Publishers, Boston: pub. Leiden.
- Trstenjak & Weingerl, Verica & Petra (2016), **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Cham Heidelberg New York Dordrecht London: pub. Springer International Publishing Switzerland.
- Vittoria Onufrio, Maria (2007), "The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect?" **InDret University of Palermo**, October, Vol. 4.
- Weber, David P. (2013), "Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental

- Prohibition” **Yale Human Rights and Development Journal**, Vol. 16, Iss. 1.
- Wellman, Carl (2003), **The Universality of Human Rights**, In *Theoretical Foundations of Human Rights Collected Papers 17-18 May 2003*, Qom: Center for Human Rights Studies, Mofid University.
 - Zhou, Qi (2014), “Limits of Mandatory Rules in Contract Law: An Example in Agency Law” **Ir. Legal Q.** 357, N. 65.
 - Marella, Rosaria Maria (2008), **Human Dignity in a Different light: European Contract Law, Social Dignity and The Retreat of The Welfar State**, in *Constitutional Values and European Contract Law*, Netherlands: Pub. Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).
 - Walkila, Sonya (2016), **Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law**, (Amsterdam, Europa Law Publication.
 - Wielsch, Dan (2017), **Responsible Contracting: The Requirements of EU Fundamental Rights on Private Law Regimes**, in *European Contract Law and Charter of Fundamental rights*, edited by Hugh Collins, Vol. 2, Cambridge: United Kingdoms, Itersentia, Cambridge-Antwerp-Portland.

قاضی فضیلت‌مند؛ سهم فضیلت‌گرایی در نظریه قضاوت^۱

مهدی سمائی*، محمدجعفر حبیب‌زاده**، رحیم نوبهار***

چکیده

قاضیان هم از قدرتی چشمگیر برخوردارند و هم در اعمال آن در موارد مهمی از آزادی عمل بهره می‌برند. با توجه به این قدرت و آزادی عمل، شخصیت قاضی و منش اخلاقی او اهمیت دارد. به‌ویژه در پرونده‌های دشوار، «کیستی قاضی» از «چیستی قانون» کم‌اهمیت‌تر نیست. اگر قانون در دست قاضی فضیلت‌مند باشد، محتمل‌تر است که قدرت قضایی و آزادی عمل او به سمت عدالت و انصاف میل کند. به همین دلیل، رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت اهمیت می‌یابد و مهم است که سرنوشت مردم به دست قضات فضیلت‌مند سپرده شود. مهم‌ترین فضیلت‌های قضایی عبارتند از: قانون‌مندی، فهم و دانش حقوقی، عقل و ادراک قضایی، شجاعت، خویشتن‌داری، تواضع، بی‌طرفی، استقلال، فسادناپذیری، مهارت قضایی، عدالت و شفقت. رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت با سنت فقه شیعی هم سازگاری دارد و می‌توان گفت‌وگویی غنی میان فضیلت‌گرایی مدرن و سنت فقهی برقرار کرد. هرچند برخی از اوصاف قاضیان در فقه سنتی با ارزش‌های برابری طلبانه مدرن نمی‌خوانند و در نظام حقوقی مدرن کاربست‌پذیر نیستند. در مقاله پیش‌رو ضمن طرح مبانی نظری رویکرد فضیلت‌گرا، کاربرد آن در «گزینش و ارتقای قضات» سنجیده می‌شود. مقاله با روشی هنجاری نشان می‌دهد که استفاده از معیارهای کیفی فضیلت‌گرایانه به غنای نظریه گزینش قضایی می‌انجامد. با

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده اول تحت عنوان «جدال قانون‌گرایی و عدالت‌طلبی در تجربه زیسته قضات کیفری ایران» با راهنمایی آقای دکتر محمدجعفر حبیب‌زاده و مشاوره آقای دکتر رحیم نوبهار و آقای دکتر محمد فرجیها در دانشگاه تربیت مدرس است.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

mahdi.samaei@modares.ac.ir

** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

habibzam@modares.ac.ir

*** دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران r-nobahar@sbu.ac.ir

وجود این اگر ساختار و تشکیلات هیئت‌های گزینش قضایی غیردموکراتیک و اقتدارگرایانه باشد و داوطلبان بر اساس رویه‌های غیرشفاف و غیرمنصفانه گزینش شوند، معیارهای کیفی فضیلت‌گرایانه قضایی برای گزینش خودسرانه فراهم می‌کنند. در مقابل، اگر هیئت‌های گزینش قضایی از ساختار و تشکیلات دموکراتیک برخوردار باشند و طبق رویه‌های شفاف و منصفانه عمل کنند، از امکان سوءاستفاده به مراتب کاسته می‌شود.

واژگان کلیدی: نظریه قضاوت، فضیلت‌های قضایی، اجتهاد حقوقی، گزینش قضایی

مقدمه

قدرت قضاوت، به شمشیر دولبه شبیه است؛ از یک سو می‌تواند ستمگران را پاسخ‌گو سازد و دریچه‌ای به روی عدالت و انصاف بگشاید و از سوی دیگر ممکن است بر سر مظلومان فرود آید و به خودکامگی قضایی بینجامد. داستانی جذاب - اما ساختگی - که درباره فردریش کبیر نقل شده است، جلوه‌های عدالت‌طلبانه قدرت قضایی را به خوبی نشان می‌دهد. پادشاه که از صدای گوش‌خراش آسیاب بادی در نزدیکی اقامتگاه تابستانی خود رنجیده بود، خواست سهم آسیابان را بخرد. آسیابان به سرعت پیشنهاد پادشاه را رد کرد. فردریش کبیر به تهدید متوسل می‌شود: «نمی‌دانی که می‌توانم همه قدرت خود را به کار گیرم و آسیاب تو را به رایگان تصاحب کنم؟». آسیابان پاسخ می‌دهد: «با کمال احترام، اعلی‌حضرت می‌توانست چنین کند اگر قضاوت برلین نبودند» (Vanberg, 2008: 99). طبق این داستان، قدرت قاضیان چنان بود که می‌توانستند از آسیابان در برابر ظلم شاه محافظت کنند. در مقابل، می‌توان انبوهی از ماجراهای ناخوشایند - اما واقعی - را درباره سویه‌های سرکوبگرانه، خودسرانه و ظالمانه قدرت قضایی نیز روایت کرد.

بسته به شرایط، ممکن است قدرت قضایی به عدالت‌جویی یا استبداد و خودسری میل کند. امکان دارد در شرایط «الف»، افزایش قدرت قضاوت به افزایش خودکامگی قضایی بینجامد و در شرایط «ب»، قدرت قضایی به سمت عدالت و انصاف بگراید. پس باید فهمی زمینه‌مند از این شرایط به دست آورد. در نتیجه، این پرسش به‌طور طبیعی مطرح می‌شود که تحت چه شرایطی، افزایش قدرت قضایی بر خودکامگی و استبداد قضاوت می‌افزاید؟ در مقابل، تحت چه شرایطی، این قدرت بر موارد آرای قضایی عادلانه و منصفانه اضافه می‌کند؟ برای پاسخ به این پرسش‌های مهم می‌توان از مطالعات سیاسی، جامعه‌شناختی، تاریخی و حقوقی بهره گرفت. مقاله پیش‌رو صرفاً درباره یکی از شرایط ظهور «قدرت قضایی عادلانه» می‌اندیشد. مدعای مقاله این است که «کیستی قاضی» اهمیت دارد و حتی در مواردی از «چیستی قانون» کم اهمیت‌تر نیست. اگر قدرت قضایی به دست «قاضی فضیلت‌مند» بیافتد، محتمل‌تر است که به سمت عدالت و انصاف جهت بگیرد. همین نکته

باعث اهمیت رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت می‌شود. مقاله به تفصیل درباره امکان‌ها و قابلیت‌های این رویکرد تأمل می‌کند. امکان تصدی منصب قضا توسط قضات فضیلت‌مند به سرشت نظام سیاسی ربط دارد. نظام‌های اقتدارگرا، «وفاداری سیاسی» را از «فضیلت‌های قضایی» مهم‌تر می‌دانند و «قاضی وفادار» را بر «قاضی فضیلت‌مند» ترجیح می‌دهند. با وجود این، مقاله پیش‌رو جز در حد ضرورت به شرایط سیاسی نمی‌پردازد.^۱ از حیث روش‌شناختی مقاله در قلمرو پژوهش‌های هنجاری می‌گنجد و از روش فلسفی در اخلاق فضیلت‌گرا بهره می‌گیرد.

مقاله این مسیر را دنبال می‌کند: ابتدا ویژگی‌های «حقوق فضیلت‌گرا» معرفی می‌شود تا شرایط برای آشنایی با «رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت» مهیا شود. ضمن بحث از این رویکرد، فهرستی از «فضیلت‌های قضایی» به دست می‌دهیم و سازگاری فقه شیعه با فضیلت‌گرایی را می‌سنجیم. در پایان، کاربرست رویکرد فضیلت‌گرا در «گزینش قضایی» بررسی می‌شود.

۱. حقوق فضیلت‌گرا

برای آشنایی با «حقوق فضیلت‌گرا» لازم است ابتدا شناختی از اخلاق فضیلت‌گرا به دست آوریم، زیرا فضیلت‌گرایی در حقوق از فلسفه اخلاق الهام گرفته است. در اخلاق هنجاری^۲ سه مکتب مهم وجود دارد. این سه مکتب، بدون ترتیب تاریخی، عبارتند از: اخلاق پیامدگرا^۳، اخلاق وظیفه‌گرا^۴، و اخلاق فضیلت‌گرا^۵. مدعای اصلی اخلاق پیامدگرا این است که ویژگی‌های هنجاری، مانند خوبی و وظیفه، صرفاً به چگونگی پیامدها بستگی دارد و درستی یا نادرستی رفتار تنها به این وابسته است که در قیاس با هر رفتار دیگری که فرد می‌توانست صورت دهد، پیامدهای خوب داشته باشد (Wood, 2020: 69). یکی از مصادیق مهم اخلاق پیامدگرا، فایده‌گرایی^۶ است که نظریه‌پردازان مهمی مانند جرمی بنتام و جان استوارت میل دارد. به نظر فایده‌گرایان کلاسیک، رفتار ما تنها در صورتی درست است که در کل بیشترین میزان شادی را رقم بزند (Sinnott-Armstrong, 2019). وظیفه‌گرایان این مدعای پیامدگرایی را رد می‌کنند که رفتار درست از حیث اخلاقی بر اساس پیامدهای خوب سنجیده می‌شود. در عوض، به نظر آنان رفتار انسان‌ها وقتی درست است که خود آن رفتار مطابق با وظیفه اخلاقی^۷ باشد. طبق این رویکرد، درستی اخلاقی در گرو پیامدها نیست و

۱. در رساله‌ای که مقاله از آن برگرفته شده به تفصیل به این موضوع پرداخته شده است.

2. normative ethics
3. consequentialism
4. deontological ethics
5. virtue ethics
6. utilitarianism
7. ethical duty

به پیروی از اصول و قواعد اخلاقی - مانند وفای به عهد و صداقت - بستگی دارد (Alexander and Moore, 2016). ایمانوئل کانت، فیلسوف برجسته عصر روشنگری، چهره مهم وظیفه‌گرایی است. در اخلاق فضیلت‌گرا نه رعایت وظایف اخلاقی محوریست دارد و نه اخلاقی بودن بر اساس پیامدها سنجیده می‌شود. فضیلت‌گرایی بر شخصیت اخلاقی تمرکز می‌کند (اسلوت، ۱۳۹۲: ۱۶۴) و رفتاری را درست می‌شمرد که شخص فضیلت‌مند به آن مبادرت ورزیده باشد. برخی از فضیلت‌گرایان نیز ترجیح می‌دهند به جای تعبیر «رفتار درست» از تعبیر فضیلت‌مدار مانند رفتار صادقانه، عادلانه یا شجاعانه استفاده کنند و به جای «رفتار نادرست» از رفتار غیرصادقانه، نامنصفانه یا بزدلانه سخن بگویند (Van Zyl, 2019: 24).

در دوران مدرن، به‌ویژه از عصر روشنگری به این سو، دو مکتب وظیفه‌گرایی و پیامدگرایی بر فضای فکری سیطره داشتند تا اینکه در اواخر دهه ۱۹۵۰ مکتب فضیلت‌گرا ظهور کرد. در سال ۱۹۵۸ الیزابت آنسکوم مقاله دوران‌ساز «فلسفه اخلاق مدرن» را منتشر کرد (Anscombe, 1958: 1-19). او نشان داد که دو مکتب رایج در پرداختن به بسیاری از مسائل مهم - مانند فضیلت و رذیلت، انگیزه، شخصیت اخلاقی، آموزش اخلاق و دوستی - ناکام مانده‌اند. به این ترتیب، اخلاق فضیلت‌گرا به شکل رقیبی جدی برای دو مکتب دیگر درآمد (Van Zyl, 2019: 22-25). نکته مهم اینکه اخلاق فضیلت‌گرا در مشرق و همچنین یونان باستان تاریخی طولانی دارد و فلسفه اخلاق فیلسوفانی مانند افلاطون و ارسطو در قلمرو آن می‌گنجد (Besser-Jones and Slote, 2015: xxi). فضیلت‌گرایی در دوران میانه - برای مثال در آثار آکوئیناس - همچنان چیرگی داشت تا اینکه در دوران مدرن و به‌ویژه در عصر روشنگری کنار گذاشته شد. بنابراین کار آنسکوم و دیگر فیلسوفان فضیلت‌گرا در واقع بازکشف فضیلت‌گرایی است. با وجود این، خوانش مدرن از فضیلت‌گرایی، برابری طلبانه^۱ است و برای مثال این‌گونه نیست که همچون یونانیان باستان زنان را کمتر از مردان بشمرد.

فضیلت‌گرایی پس از طرح در قلمرو فلسفه اخلاق معاصر به دیگر حیطه‌ها راه یافت. در معرفت‌شناسی، با اقتباس از اخلاق فضیلت نظریه‌های فضیلت‌محور درباره شناخت پرورنده شد. در دهه‌های اخیر، فضیلت‌گرایی به اندیشه حقوقی نیز راه یافته است و در کنار اخلاق فضیلت‌گرا و معرفت‌شناسی فضیلت‌گرا^۲ اکنون می‌توانیم از حقوق فضیلت‌گرا نیز سخن بگوییم. حقوق فضیلت‌گرا یافته‌های اخلاق و معرفت‌شناسی فضیلت‌گرا را در قلمرو مسائل حقوقی به کار می‌برد و می‌کوشد هم مسائل جدیدی در حیطه حقوق طرح کند و هم بینش‌هایی نو درباره مسائل قدیمی پیش بگذارد. در

1. egalitarian

2. virtue epistemology

این مدت کوتاه حقوق فضیلت‌گرا چنان شکوفا شده که از «گشت فضیلت‌گرایانه»^۱ در معرفت حقوقی سخن گفته می‌شود (Farrelly and Solum; 2008:1-2). این شکوفایی از این نیز مایه می‌گیرد که رویکردهای سنتی وظیفه‌گرا و پیامدگرا نتوانسته‌اند به خوبی به طیف مهمی از مسائل بپردازند. نوشته‌های مهمی درباره رویکرد فضیلت‌گرایانه به مسائل مختلف حقوقی در دست است. برای مثال، یافته‌های رویکرد فضیلت‌گرا درباره نظریه تقنین و مسئولیت جنایی قابل توجه است. یکی از بحث‌های مهم فضیلت‌گرایانه درباره مسائل حقوقی به نظریه قضاوت ربط دارد که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

۲. رویکرد فضیلت‌گرا به نظریه قضاوت

گفتیم که اخلاق وظیفه‌گرا برای داوری اخلاقی به خود عمل توجه می‌کند، اخلاق پیامدگرا آثار و نتایج عمل را در مرکز توجه قرار می‌دهد و فضیلت‌گرایی اخلاقی فضیلت‌ها یا رذیلت‌های کننده عمل (عامل) را در نظر می‌گیرد. می‌توان همین سه موضع را به نظریه قضاوت منتقل کرد و از سه رویکرد وظیفه‌گرا، پیامدگرا و فضیلت‌گرا به قضاوت سخن گفت. در این صورت، سه رویکرد وظیفه‌گرایی قضایی، پیامدگرایی قضایی و فضیلت‌گرایی قضایی به دست می‌آید. رویکرد وظیفه‌گرا بر مطابقت رأی با قانون تمرکز می‌کند. برخی از مهم‌ترین فیلسوفان حقوق در قرن بیستم همچون هربرت هارت را در کل می‌توان هوادار وظیفه‌گرایی قضایی شمرد (Farrelly and Solum, 2008: 4). رویکرد پیامدگرا به آثار و نتایج رأی محوریت می‌دهد. رویکرد «حقوق و اقتصاد» یا «تحلیل اقتصادی حقوق» در مقوله پیامدگرایی حقوقی می‌گنجد و ریچارد پازنر چهره مهم این رویکرد است. در مقابل دورویکرد پیشین، رویکرد فضیلت‌گرا اهمیت فضیلت‌ها یا رذیلت‌های قضایی و منش اخلاقی قاضیان را برجسته می‌کند. لارنس سولوم و آمالیا آمایا از چهره‌های مطرح در فضیلت‌گرایی حقوقی‌اند.

رویکرد فضیلت‌گرا به نظریه قضاوت می‌تواند به سهم خود شرایط را برای قدرت قضایی عادلانه مهیا کند. در این قسمت به نفع این مدعا استدلال می‌کنیم. استدلال ما سه مقدمه دارد. از این سه مقدمه، نتیجه استدلال منطقاً به دست می‌آید.

مقدمه اول ناظر بر «قدرت قضایی»^۲ است. در دولت‌های مدرن، قاضیان قدرتی چشمگیر دارند. در سطح حقوق اساسی، اصولاً دموکراسی در دهه‌های اخیر از حاکمیت مجلس قانون‌گذاری به سمت حکمرانی قضایی^۳ حرکت کرده است و نوعی «قاضی‌سالاری»^۴ پدید آمده که در آن قاضیان

1. aretaic turn
2. judicial power
3. judicial governance
4. Juristocracy

در مواردی حتی قدرت دارند مصوبات نمایندگان مردم در مجلس را به دلیل مغایرت با قانون اساسی ابطال کنند (Hirschl, 2009: 129-165). این قدرت قضایی کمتر در تاریخ نظیر دارد. در قلمرو حقوق اداری، قضات می‌توانند سیاست‌گذاری دولتی را بی‌اثر سازند. در دعاوی خصوصی، قاضیان قادرند امور مالی و خانوادگی مردم را به‌طور الزام‌آور تنظیم کنند. شاید چشم‌گیرتر از همه، قدرت قضات کیفری است. برای فهم این قدرت، اشاره به نظریهٔ ماکس وبر دربارهٔ دولت مفید به نظر می‌رسد. از نظر وبر ویژگی اساسی «دولت» - به معنای عام - ادعای قدرت انحصاری در استفاده از خشونت مشروع فیزیکی در قلمروی معین است (Weber, 2019: 135-138). در دولت مدرن پذیرفته شده که اجرای خشونت دولتی اصولاً در صورتی موجه و مشروع است که توسط مقام قضایی اجازه داده شود. به عبارت دیگر، اصولاً نه رهبر سیاسی و نه رئیس دولت و نه هیچ مقام یا شخص دیگری مجاز نیستند بدون اجازهٔ قاضی به خشونت مبادرت ورزند.^۱ قضات کیفری «قدرت» دارند اعمال خشونت بر مردم را اجازه دهند. برای مثال، در ایران قاضی کیفری بسته به موارد می‌تواند اجازه دهد جان مردم را بستانند، آزادی آنان را برای مدتی حتی طولانی سلب کنند، بر آنان تازیانه بزنند، در مواردی اعضای بدن مردم را قطع کنند و اموال آن‌ها را به واسطهٔ مصادره یا جزای نقدی بگیرند. این «قدرت قانونی»، در مقامات دیگر نظیر ندارد. بنابراین مقدمهٔ اول این است که قاضیان از «قدرتی» چشمگیر برخوردارند.

مقدمهٔ دوم به «آزادی عمل»^۲ قاضیان ربط دارد. قاضی علاوه بر «قدرت»، در موارد مهمی، از آزادی عمل نیز بهره می‌برد. فارغ از بحث‌های نظری مفصل، مراد از آزادی عمل قاضی این است که دست‌کم دو گزینهٔ ممکن و معتبر پیش روی او باشد، قانون هیچ‌یک از گزینه‌ها را بر دیگری برتر نشمرد و انتخاب را به قاضی بسپرد (Etcheverry, 2018: 19). از نظر هربرت هارت نیز قاضی هنگامی از آزادی عمل بهره می‌برد که مجاز باشد انتخابی صورت دهد که محتوای آن پیش‌تر توسط قانون تعیین نشده است، اگرچه شاید مؤلفه‌هایی که در تصمیم‌گیری باید مدنظر قرار گیرد قابل‌شناسایی باشد (Hart, 2013).

۱. در مواردی، مثل جرایم مشهود، دیگر مقامات نیز مجازند تحت شرایطی به زور متوسل شوند. در این موارد نیز نظریهٔ مدرن می‌کوشد تا حد ممکن استفاده از زور را تحت نظارت قضایی درآورد.

۲. نویسندگان فارسی‌زبان تاکنون معادل‌های مختلفی برای واژهٔ انگلیسی «discretion» برگزیده‌اند. مهم‌ترین معادل‌ها عبارتند از: صلاحدید، صوابدید، صلاحیت اختیاری و آزادی عمل. از حیث ریشه‌شناسی، سه معادل اول دقیق‌تر به نظر می‌رسند. با وجود این، بحث ما دربارهٔ مفهومی است که رونالد دورکین آن را strong discretion می‌نامد، و اساس strong discretion عبارت است از «آزادی عمل» قاضی. لذا تعبیر «آزادی عمل» را به کار می‌بریم. برای بحث دورکین، نک: (Dworkin, 1977: 31-32).

661). گاهی این آزادی عمل را صراحتاً قانون‌گذار به قاضی داده است، برای مثال جایی که قاضی می‌تواند میان حداقل و حداکثر مجازات انتخاب کند. اما مورد مهم‌تر، آزادی عمل ضمنی یا پنهان قاضیان است (Hart, 2013: 655). در آزادی عمل ضمنی، قانون‌گذار به امکان انتخاب از میان چند گزینه بدیل توسط قاضی تصریح نمی‌کند، اما قاضی در عمل از آزادی تصمیم‌گیری بهره می‌برد. موارد آزادی عمل ضمنی را می‌توان در دو مقوله گنجانند. مقوله اول، به آزادی عمل قاضی در امور موضوعی و احراز واقعیت‌های پرونده ربط دارد. قاضی در ادله اثبات، از جمله در ارزیابی ادله، تعیین کفایت ادله، عدم استماع دلیل به دست آمده از شیوه غیرقانونی، در موارد مهمی میزان قابل توجهی آزادی عمل دارد (Gennaioli and Shleifer, 2006: 2). مقوله دوم به آزادی عمل ضمنی قاضی در تفسیر قانون مربوط است. در موارد مهمی یک قانون به شیوه‌های مختلف قابل تفسیر است و قاضی می‌تواند یکی از تفسیرها را برتری دهد. زبان قانون، به دلایل مختلف، تفسیرپذیر است و در موارد مهمی نامتعیین^۱ و غیرقطعی است یا به حد کافی تعین و قطعیت ندارد (Leiter, 1995: 481-492). فقدان تعین زبان قانون، تفسیر را ناگزیر می‌سازد. اما کدام تفسیر باید ترجیح داده شود؟ چطور می‌توان تفسیر معتبر را از تفسیر نامعتبر تفکیک کرد و تفسیر بهتر را از تفسیر بدتر بازشناخت؟ در یک کلام، معیار تفسیر خوب چیست؟ این احتمالاً مهم‌ترین پرسش نظریه تفسیر قانون است. مایکل روزنفلد در این مورد نوشته است: «تفسیر قانون در بحران به سر می‌برد». بحران ناشی از چیست؟ از اینکه باور به وجود «معیاری عینی برای نسبت دادن معانی واضح و متمایز به متن قانون» از دست رفته است (Rosenfeld, 1992: 152). واقعیت این است که قاضیان هم به دلیل عدم تعین زبان قانون و هم به دلیل عدم تعین روش تفسیر در موارد مهمی از آزادی عمل بهره می‌برند.

مقدمه سوم را می‌توان این‌گونه صورت‌بندی کرد: هر جا که با قدرت و آزادی عمل روبه‌رو می‌شویم، مهم است که این قدرت و آزادی عمل در دست چه کسی باشد. به‌ویژه در مواردی که قاضیان در اعمال قدرت از آزادی عمل بهره می‌برند، کیستی قاضی اهمیت کمتری از چیستی قانون ندارد. به عبارت دیگر، این نکته که «قانون در دست کیست؟» در مواردی بی‌اهمیت‌تر از این نیست که «قانون چیست؟». اگر قاضی فضیلت‌مند باشد، محتمل‌تر است که آزادی عمل و قدرت او به عدالت و انصاف بینجامد. اگر قاضی از فضیلت‌ها بهره نبرد، محتمل‌تر است که قدرت و آزادی عمل او به استبداد قضایی یا آرای خودسرانه میل کند. نظیر این استدلال در فقه نیز به چشم می‌خورد. فقیهان تصریح کرده‌اند که چون قاضی بر «حقوق و اموال و اعراض» مردم «سلطه» دارد باید اوصاف

خاصی از جمله عدالت در او محقق باشد (موسوی اردبیلی، ۱/۱۴۲۳: ۵۴). این توجه به اهمیت فضیلت‌های قضایی البته به هیچ روی به معنای بی‌توجهی به سازوکارهای نهادی مانند استقلال و شفافیت نیست.

از مقدمه‌های بالا این نتیجه به دست می‌آید: اهمیت دارد که قاضی از فضیلت‌های لازم برخوردار باشد. بنابراین، استدلال بالا ما را به اهمیت قاضی فضیلت‌مند می‌رساند. از آنجا که «قاضی فضیلت‌مند»^۱ همان قاضی بهره‌مند از فضیلت‌های قضایی است، برای مفهوم‌پردازی آن ناگزیریم تصویری دقیق از «فضیلت‌های قضایی»^۲ به دست آوریم.

۳. فضیلت‌های قضایی

فضیلت‌ها و ردیلت‌ها گرایش‌های تثبیت‌یافته به رفتار کردن به طریقی معین اند (Van Zyl, 2019: 23). چه بسا بتوانیم با استفاده از واژه‌های سنت خودمان به جای تعبیر «گرایش تثبیت‌یافته» از واژه «ملکه» بهره ببریم. مراد از ملکه «هیتی» است «که در جایگاه خود ثابت و راسخ باشد. بعبارة اخری، زوال آن هیئت از جایگاه خود دشوار بود و این لفظ در برابر حالت استعمال شود» (لغت‌نامه دهخدا، مدخل «ملکه»). برای ملاحظه بحثی تفصیلی پیرامون چیستی ملکه همچنین نک: انصاری، ۱۴۱۴: ۲۵). بنابراین، فضیلت‌ها و ردیلت‌ها به مثابه «ملکه»‌های اخلاقی، «صفات» اند که «در نفس رسوخ» یافته‌اند. ما اشخاص فضیلت‌مند (صادق، شجاع، منصف، مهربان، سخاوتمند و مانند این‌ها) را می‌ستاییم و اشخاص دروغ‌گو، خودخواه، نامهربان، مغرور، بزدل و مانند این‌ها را نکوهش می‌کنیم. نظیر همین درباره قاضیان نیز مصداق دارد.

بنا بر یک دسته‌بندی میان «فضیلت‌های فکری»^۳ و «فضیلت‌های اخلاقی»^۴ تمایز می‌گذارند. فضیلت‌های فکری، مانند استدلال‌گرایی، عدم تعصب و حقیقت‌طلبی، کیفیاتی ذهنی‌اند که شناخت واقعیت و شکوفایی فکری را ارتقا می‌دهند. فضیلت‌های اخلاقی، مانند خویش‌داری، صداقت و شجاعت، به شکوفایی اخلاقی ربط دارند. با وجود این، تمایز مذکور به‌رغم کارکردهای عملی‌اش در دهه‌های اخیر به شدت به چالش کشیده شده است (زگزبسکی، ۱۳۹۶: ۱۹۹). ما نیز در فهرست «فضیلت‌های قضایی» تمایزی میان جنبه‌های اخلاقی و معرفت‌شناختی قائل نمی‌شویم. در ادامه فهرستی از فضیلت‌های قضایی پیش می‌نهمیم و توضیحی اجمالی درباره هر کدام به دست می‌دهیم. آنگاه رویکرد فقهی به فضیلت‌های قضایی را بر می‌رسیم.

1. virtuous judge
2. judicial virtue
3. intellectual virtues
4. moral virtues

۳-۱. فهرست فضیلت‌های قضایی

در این قسمت به شرح برخی از فضیلت‌های مهم بسنده می‌کنیم. به هیچ روی ادعا نمی‌شود که این فهرست تام‌وتمام است. فضیلت‌های مهم دیگر که در کار قضایی اهمیت دارند عبارتند از: فهم قضایی^۱، شفقت، دانش حقوقی، بی‌طرفی^۲، استقلال^۳، فسادناپذیری^۴، تواضع قضایی و مهارت قضایی^۵ (Solum, 2005-A: 1368-1376).

۳-۱-۱. عقل قضایی، ادراک قضایی و انصاف

«عقل قضایی^۶» اشاره به فضیلت فرونسیس^۷ - یا همان عقل عملی^۸ - در نوشته‌های ارسطو دارد. در فلسفه ارسطو، عقل عملی با جزئیات سروکار دارد و «متضمن نوعی شناخت به آن چیزی است که باید اینجا و اکنون انجام گیرد؛ از این‌رو فرونسیس همواره با ... امر ... غیر ثابت متغیر نسبت دارد» (ناظمی اردکانی و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۷) و در نتیجه شخص را قادر می‌سازد در اوضاع و احوال خاص خوب قضاوت کند. بر همین اساس، عقل قضایی نیز ممکن می‌سازد قاضی با توجه به ویژگی‌های خاص پرونده تصمیم درست بگیرد و به ردیلت بد قضاوتی دچار نشود. به واسطه عقل قضایی، او قادر است غایات قضایی را دریابد و وسائل متناسب برای دستیابی به آن غایت‌ها را بفهمد. برای تطبیق حکم بر موضوع، قاضی باید از فضیلت عقل قضایی بهره‌برد. حتی اگر در سطح نظری قانون را بشناسد و در استدلال قوی باشد، بدون بهره‌مندی از عقل قضایی - به‌عنوان یکی از مصادق عقل عملی - قادر نیست جنبه‌های مهم پرونده را تشخیص دهد و خوب قضاوت کند (Solum, 2003: 192-194; Solum, 1988: 1752-1754).

در برخی متون به‌جای واژه فلسفی «عقل قضایی» از اصطلاح انضمامی‌تر «ادراک قضایی»^۹ استفاده شده است. همان‌طور که ما با ادراک حسی جزئیات واقعیت‌ها را در می‌یابیم، قاضی نیز با ادراک قضایی ویژگی‌های خاص پرونده را به‌چنگ می‌آورد. ویژگی‌های خاص پرونده از پیش تعیین‌پذیر نیستند و قاضی فضیلت‌مند در هر مورد آن‌ها را ادراک می‌کند. قاضی به واسطه ادراک قضایی سویه‌های مهم و مرتبط واقعیت را می‌فهمد و تشخیص می‌دهد که چه چیز از منظر عدالت

1. judicial intelligence
2. impartiality
3. Independence
4. Incorruptibility
5. judicial skill
6. judicial wisdom
7. phronesis
8. practical wisdom
9. judicial perception

اهمیت دارد. همان گونه که با ادراک حسی در می‌یابیم آن شیء واقعاً قرمز است، با ادراک قضایی نیز می‌فهمیم این رفتار واقعاً تبعیض‌آمیز یا ظالمانه است. در نتیجه، قاضی بهره‌مند از ادراک قضایی می‌تواند جنبه‌های مهم پرونده را به فهم آورد و به‌طور منصفانه پاسخ دهد (Van Domselaar, 27-31 و خدابخشی، ۱۴۰۰: ۱۲۹-۱۲۳).

۳-۱-۲. شجاعت قضایی

شجاعت^۱ یکی از فضیلت‌های اصلی هم برای زندگی خوب در سطح فردی و هم برای ایجاد جامعه عادلانه است. ارسطو شجاعت را به مثابه حد وسط در ذیلت ترسویی و بی‌باکی تعریف کرده است. شجاعت قضایی، یکی از مصادیق شجاعت مدنی^۲ است و ممکن می‌سازد قاضی برای دستیابی به عدالت بتواند شغل و شهرتش را به خطر بیندازد. قاضی شجاع وقتی عدالت اقتضا می‌کند از صدور رأیی که مردم‌پسند یا قدرت‌پسند نباشد نمی‌هراسد. او به اقتضای عدالت می‌تواند در برابر تهدیدها و فشارها بایستد و حتی در صورت لزوم فرصت‌های شغلی‌اش را به خطر اندازد و از نقدهای همکاران، مردم و نظام سیاسی نمی‌هراسد (Solum, 2005-A: 4-5; Solum, 2003: 190; Van Domselaar, 31-32). با استفاده از نظریه حد وسط ارسطو می‌توان گفت که قاضی شجاع علاوه بر ترسویی از ذیلت بی‌باکی مدنی نیز می‌پرهیزد و بی‌دلیل شهرتش را قربانی نمی‌کند. او به اعتدال می‌گراید و در ترس به افراط یا تفریط دچار نمی‌شود (Solum, 2003: 190).

۳-۱-۳. خویشتن‌داری قضایی

خویشتن‌داری قضایی^۳ فضیلتی است که قاضی را از پاسخ افراطی به رانه‌ها و نیازها و تمایلاتش باز می‌دارد و او را در مسیر درست حفظ می‌کند (Van Domselaar, 32). به‌ویژه محافظت در مقابل خشم و غضب مهم است. همان‌طور که شجاعت به کنترل عاطفه ترس مربوط است، خویشتن‌داری نیز به کنترل خشم ربط دارد (Solum, 2005-A: 5; Solum, 2003: 191). قاضی خویشتن‌دار نمی‌گذارد خشم افراطی بر او چیره شود. چیرگی خشم، مخل قضاوت خوب است. البته این‌گونه نیست که قاضی فضیلت‌مند خشم را تجربه نکند. خشمگین نشدن در مواجهه با ردیلت‌ها هم یک ردیلت است. قاضی خویشتن‌دار به‌گونه‌ای متناسب از دیدن سوءرفتار و بی‌عدالتی به خشم می‌آید. او در موقعیت مناسب و بنا بر دلایل مناسب خشمگین می‌شود و می‌تواند خشمش را به‌گونه‌ای عادلانه

1. Courage

2. Civic Courage

مراد از «شجاعت مدنی» آن جنبه از شجاعت است که نه ناظر بر مقابله با خطرات جسمانی - مثلاً در جنگ - بلکه مربوط به مخاطرات مدنی - مانند از دست دادن موقعیت شغلی - است.

3. judicial temperance

بروز دهد (Solum, 2005- A: 5). در این مورد نیز مانند اغلب موارد، رویکرد فضیلت‌گرا می‌تواند بسیار از روان‌شناسی بیاموزد. در روان‌شناسی شیوه‌های مهمی برای تنظیم عواطف، از جمله خشم، پرورنده شده که قاضی می‌تواند از آن‌ها برای تنظیم‌گری عواطفش بهره برد. این شیوه‌ها در بافتار قضاوت نیز بحث شده است (Maroney and Gross, 2014: 142-151).

۳-۱-۴. عدالت قاضی و قانون‌مندی

در سطح انتزاعی، کسی تردید ندارد که قاضی خوب «عادل» است. «قضاوت و عدالت دو هم‌زاد تاریخی‌اند؛ از روزی که بشر خود را شناخته در پی این بوده که بداند عدالت چیست و همان عدالت را در قضاوت رعایت کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۶۱). در آموزه‌های دینی و عرفی ایرانیان بر همبستگی عدالت و قضاوت تأکید می‌شود. در ایالات متحده نیز این دو مفهوم چنان به هم پیوسته‌اند که قضات دیوان عالی را «Justice» (به معنای تحت‌اللفظی «عدالت») می‌نامند. جالب اینکه احتمال داده شده واژه قرآنی «قسط» نیز با واژه «قاضی» هم‌ریشه باشد (اخوان طیبی و داوری، ۱۳۹۷: ۱۱۱-۱۱۲). به هر روی، دو مفهوم‌پردازی متفاوت از «عدالت» ممکن است. «عدالت در لوای قانون» یا justice under the law را می‌توان از «عدالت ماورای قانون» یا justice above the law تفکیک کرد (Wroblewski, 1992: 269). در «عدالت در لوای قانون» مسئله این است که رأی دادگاه مطابق با قانون باشد. در «عدالت ماورای قانون» عادلانه بودن خود قانون هم مسئله است. بنابراین، معنای اول عدالت به «قانون‌مندی» قاضی ربط دارد. رسالت مهم قاضی در جامعه این است که قانون را اعمال کند (Barak, 2006: x- xxi). در نتیجه، قانون‌مندی یکی از فضیلت‌های قاضی شمرده می‌شود. اهمیت قانون‌مندی از اهمیت «حکومت قانون» مایه می‌گیرد. قرار است «حکومت قانون» مانع شود که «اراده خودسرانه انسان‌ها» بر ما حکم براند (Sellers and Stead, 2014: 2-4). حکومت قانون یعنی سروری قانون و اینکه رفتار اشخاص از جمله مقامات و مأموران دولتی و قضایی، مبتنی بر قانون و تابع آن باشد (Murphy, 2005: 241).

با وجود این، فضیلت «قانون‌مندی» به ابهام دچار است. بسته به اینکه «قانون» را چگونه تعریف کنیم، روایت‌های متفاوتی از «قانون‌مندی» به دست می‌آید. ارسطو برای اشاره به مفهوم قانون از واژه «نوموس»^۱ استفاده می‌کند. «نوموس» دست‌کم از دو جهت مفهومی غنی‌تر از «قانون» نزد ماست. جهت اول اینکه وقتی ارسطو می‌گوید شخص عادل «قانون‌مند» (nominos) است، «به چنین شخصی رابطه‌ای معین با قوانین، هنجارها و عرف‌های عموماً پذیرفته‌شده توسط اجتماع موجود را

1. Νόμος, nomos.

نسبت می‌دهد. عدالت صرفاً به مصوبات نوشته‌شده قانون‌گذار اجتماع ربط ندارد، بلکه به مجموعه‌ای گسترده‌تر از هنجارها مربوط است که بر اعضای آن اجتماع حاکم است» (Kraut, 105-106: 2002). بنابراین، «قانون‌مندی» به این معنا از رعایت قوانین موضوعه فراتر می‌رود و عرف و هنجارهای اجتماع را نیز شامل می‌شود. در نتیجه قاضی قانون‌مند (به معنای ارسطویی *nominos*) علاوه بر قوانین نوشته به عرف‌ها و هنجارهای مردم نیز وفادار است. جهت دوم اینکه از نظر ارسطو در جامعه‌ای که به کژکاری مبتلاست و چنان بد است که قوانین آن به شکوفایی افراد نمی‌انجامد، قانون (به‌مثابه نوموس) وجود ندارد (Solum, 2005-B: 23). از این تحلیل چه بسا بتوان نتیجه گرفت که فرمان‌های حکمران شرور نیز قانون (نوموس) به شمار نمی‌آید. زیرا الزام و اعتبار نوموس بیش از آنکه از حجیت مرجعی که آن را صادر کرده ناشی شده باشد از این واقعیت نشئت می‌گیرد که ... افراد تحت سامان و نظم نوموس آن را ... معتبر می‌دانند» (آذرافزا و صفری، ۱۳۹۲: ۶۹). بنابراین، نوموس مورد پذیرش همگانی است نه آنکه فرمان زورآور حکمران باشد. این بینش، از جهاتی با یافته‌های فیلسوفان تحلیلی حقوق نیز سازگار است. فرمان‌های صادره از حکومت شرور، قسمی حکمرانی اقتدارگرایانه مانند رژیم هیتلر که سویه‌ای شرارت‌آمیز دارد، «حکومت قانون» نیست (Waldron, 2019: 1). به این معنا، قاضی گوش به فرمانی که در رژیم شرور و اقتدارگرا احکام حکمران را اعمال می‌کند، «قاضی قانون‌مند» نیست.

بسته به اینکه مفهوم «قانون‌مندی» را مضیق یا موسع بفهمیم، «عدالت و رای قانون» نیز معانی متفاوتی می‌یابد. عدالت و رای قانون از این حیث بحث‌انگیز است که افراد در جامعه تکثرگرا ایدئولوژی سیاسی و فلسفه قضایی^۱ متفاوتی دارند و طبیعتاً روایت‌های متنوعی از «عدالت» به چشم می‌خورد (Solum, 2005-B: 16). محافظه‌کاران آرای لیبرال را ناعادلانه می‌شمرند، و لیبرال‌ها آرای محافظه‌کارانه را ناعادلانه به حساب می‌آورند. از این رو، چه بسا به نظر برخی، فضیلتی در این نهفته باشد که به روایتی حداقلی از فضیلت‌های قضایی بسنده کنیم. با وجود این، اگر همچون لارنس سولوم، فیلسوف حقوق برجسته، به روایت ارسطویی از قانون‌مندی گرایش یابیم، به مفهومی معتدل از «عدالت به‌مثابه قانون‌مندی» می‌رسیم که عدالت را به تبعیت از فرمان حاکم فرو نمی‌کاهد. بر این اساس، تصدیق می‌کنیم که عدالت ناظر به رابطه میان قاضی و جامعه است و قاضی عادل دغدغه حقوق مردم دارد. در این مورد توسل به اصول حقوقی به قاضی کمک می‌کند عدالت را به فرمان حاکم فرو نکاهد (میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۱۲-۳۱۴).

۲-۳. فضیلت‌های قضایی در فقه

رویکرد فقهی به قضاوت، از یک سو وظیفه‌گرایانه است و به نظر فقیهان قاضی وظیفه دارد طبق حکم الهی به قضاوت بپردازد. بحث فقهی درباره آیات قرآن، از جمله آیه ۴۸ سوره مائده^۱، این وجه از نگاه فقهی به قضاوت را روشن می‌سازد (صادقی تهرانی، ۱۳۸۵). اما از سوی دیگر، اگر از منظر فضیلت‌گرا به فقه قضاوت بنگریم این نکته مهم به چشم می‌آید که نگاه فقیهان به قضاوت سویه‌های پررنگ فضیلت‌گرایانه نیز دارد. برای این نکته جالب، شواهد استواری به چشم می‌خورد. در کتاب‌های فقهی درباره قضاوت، همواره بر اهمیت «صفات قاضی» تأکید می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۰؛ حر عاملی، ۱۳۹۷: ۱۸؛ خونی، ۱۳۹۱؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: بخش سوم). برای فقیهان بسیار اهمیت دارد که چه کسی بر مسند قضاوت می‌نشیند و میان مردم داوری می‌کند. به همین دلیل، آنان در کتاب قضا به دقت درباره شرایط و صفات قاضی بحث می‌کنند و فضیلت‌های لازم را برمی‌شمرند. از آنجا که فضیلت‌گرایی در غرب و شرق تاریخی طولانی دارد، رویکرد فضیلت‌محور فقیهان به قضاوت عجیب نیست. با وجود این خواهیم دید که برخی «اوصاف قاضی» در فقه سنتی با روایت «مدرن» از فضیلت‌گرایی سازگار نیست.

فقیهان درباره شرایط و اوصاف قاضی اجماع ندارند. شرایط مهمی که در کتاب‌های فقهی به چشم می‌خورد عبارتند از: بلوغ، عقل، مرد بودن، اسلام، ایمان (شیعه بودن)، طهارت مولد، عدالت، رشد، اجتهاد، حافظه مناسب، بینایی، قدرت نوشتن، و آگاهی و بصیرت قضایی (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۴۶-۴۷؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: بخش سوم).^۲ علاوه بر این موارد، دلایل مهمی به نفع این مدعا می‌توان اقامه کرد که در فقه شیعه فضیلت‌های «بی‌طرفی»، «شجاعت» و «خویش‌داری» نیز مهم محسوب می‌شوند. برای مثال، درباره «فضیلت خویش‌داری» چند نص مهم در دست است. شیخ حر عاملی در بحث از «کراهت قضاوت در حالت غضب» با استناد به نصوص شرعی قضاوت هنگام خشم را نکوهش می‌کند (حر عاملی، ۱۳۹۷: ۱۸-۱۵۷). نظیر همین بحث در جواهر الکلام نیز به چشم می‌خورد (نجفی، ۱۹۸۱/۴۰: ۸۲-۸۱). محقق اردبیلی از این نصوص

۱. «فاحکم بینه‌م بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم».

۲. شهید ثانی به قدرت حافظه تصریح نکرده است. آیت‌الله خمینی شرط «حافظه» و «بینایی» و «اعلمیت» - تحت شرایطی - را «احوط» شمرده است. آیت‌الله خونی به «طهارت مولد» تصریح نکرده است، قدرت حافظه را «بنا به جهتی» شرط دانسته و قدرت نوشتن و بینایی را شرط نمی‌داند. در میان این فقیهان تنها آیت‌الله خونی به شرط «بصیرت قضایی» تصریح کرده است. درباره موارد بالا، نک: شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۶۷؛ موسوی خمینی: ۸۵-۸۴ و خونی، ۳۲-.

نتیجه گرفته است که قاضی نباید در حال «اشتغال نفس» قضاوت کند (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۸۳) و نباید چنان دچار «انقباض» باشد که طرفین را از استدلال و اقامه دلیل باز دارد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۸۴-۲۸۵). نرمی او نباید به ضعف برسد و محکم بودنش نباید به خشونت تبدیل شود و باید «متین»، «صبور» و «عفیف» باشد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۷). این نکته مهم فضا را برای استفاده از بحث‌های جدید درباره تنظیم عواطف مهیا می‌کند. در مورد «فسادناپذیری» نیز علاوه بر شرط عدالت، تصریح شده است که قاضی نباید «اهل طمع» باشد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۷). بحث‌های فقیهانه درباره حرمت اخذ رشوه نیز در این مورد راهگشا می‌تواند باشد (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۱۰۳-۹۵). در مورد بی‌طرفی قضایی، نصوص مهمی درباره «رعایت مساوات» در دست داریم (حرعاملی، ۱۸/۱۳۹۷: ۱۵۸-۱۵۹). بر اساس این نصوص، در فقه بحث‌های مهمی درباره بی‌طرفی در گرفته است (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۵؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: بخش سوم). در مورد شجاعت، فقیهان تصریح کرده‌اند که قاضی نباید از «سرزنش و مؤاخذه» بهراسد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۷). ابن ابی‌الحدید در شرح نهج‌البلاغه آورده که «سه چیز است که چون در قاضی باشد، قاضی نیست، اینکه نکوهش را خوش نداشته باشد و ستایش را خوش داشته باشد و از عزل خود بترسد» (ابن ابی‌الحدید، ۸/۱۳۸۵: ۱۲۷). به‌طور کلی می‌توانیم برای بسیاری از فضیلت‌های قضایی مدرن پشتوانه فقهی نیز بیابیم.

به‌رغم موارد بالا، برخی از «صفت‌هایی» که فقیهان برای قضاوت لازم می‌شمرند در مقایسه با روایت مدرن از فضیلت‌گرایی ناموجه است. به‌ویژه می‌توان چهار شرط «اسلام»، «ایمان»، «مرد بودن» و «طهارت مولد» را ذکر کرد. از نظر فضیلت‌گرایی مدرن، گرایش دینی و ویژگی‌های جنسیتی افراد «نامربوط» محسوب می‌شود و نباید ملاک شایستگی برای قضاوت قرار گیرد. دیدگاه مدرن بر برابری طلبی مبتنا دارد و به هیچ‌روی مجاز نیستیم روایتی شامل تبعیض جنسیتی یا دینی از فضیلت‌های قضایی پیش نهیم. البته در خود فقه نیز درباره این شروط خوانش‌های بدیل به چشم می‌خورد. برای مثال، «پلیدی ذاتی انسان متولد از زنا» به دقت مورد نقد و بازاندیشی قرار گرفته است (نوبهار و حسینی، ۱۳۹۸: ۷۹-۱۰۴). همچنین پیش‌بینی شرط ایمان به معنای شیعه دوازده امامی بودن بیشتر زمانی مناسب است که بحث قضاوت در یک جامعه کاملاً شیعی مطرح باشد؛ در جوامع متکثر و متنوع امروزی نمی‌توان از لزوم این شرط دفاع کرد. این خوانش‌های بدیل فقهی زمینه را برای نظریه‌ای غیرتبعیض‌آمیز درباره فضیلت‌های قضایی مهیا می‌کند.

روی دو شرط فقهی «اجتهاد» و «عدالت» بیشتر درنگ می‌کنیم. «اجتهاد» در فقه سنتی این‌گونه تعریف می‌شود: «قدرت استنباط احکام شرعی از ادله تفصیلی به شیوه‌های مألوف» (موسوی اردبیلی،

(۱۴۲۳: ۶۷). بنابراین، مسئله «اجتهاد» در فقه سنتی، استنباط «احکام شرعی» است. در دوران مدرن، قضاوت منوط به استنباط «حکم قانون» است و قاضی باید منابع حقوق ازجمله قوانین موضوعه را به خوبی بشناسد. شناخت فقهی برای قاضی مدرن لازم نیست و به هر روی فهم حقوقی اساس قضاوت را برمی‌سازد. در ایران نظر به اصول قانون اساسی (مانند اصل ۴ و اصل ۱۶۷) دانش فقهی قاضی می‌تواند راهگشا باشد. با وجود این، می‌توانیم از نظریه فقه سنتی درباره «اجتهاد» الهام بگیریم و نظریه‌ای مدرن و کارآمد درباره شرایط قضاوت پیورور کنیم. «انتقال» شرط «اجتهاد» از فقه سنتی به نظریه قضاوت، با مبانی نظری مدرن سازگار نیست. اما به جای «انتقال» می‌توانیم «اجتهاد سنتی» را به زبان مدرن «ترجمه» کنیم. همان طور که یک متن از زبانی به زبان دیگر ترجمه می‌شود، اجتهاد سنتی نیز می‌تواند از زبان فقه سنتی به زبان حقوق جدید ترجمه شود. در ترجمه متن‌ها، اگر مترجم قواعد دستوری زبان مبدأ را به زبان مقصد تحمیل کند، ترجمه‌اش بی‌معنا خواهد شد. ما نیز ناگزیریم متن اصلی (فقه سنتی) را بر اساس قواعد دستوری و مقتضیات زبان مقصد (حقوق مدرن) بازنویسی کنیم (فناپی، ۱۳۹۴). در این صورت، شرط فقهی «اجتهاد» را از روایت سنتی می‌رهانیم و درون روایتی مدرن از فضیلت‌گرایی می‌گنجانیم. نتیجه این ترجمه، تبدیل «اجتهاد فقهی» به «اجتهاد حقوقی» است. به جای اینکه شرط «اجتهاد» در فقه سنتی را کنار بگذاریم، می‌توانیم با بهره‌مندی از فقه نظریه‌ای قوی درباره «اجتهاد حقوقی» طرح کنیم. بیشتر توضیح می‌دهیم.

یکی از فضیلت‌های قاضی که باید در انتصاب قضات ملاک قرار گیرد، «اجتهاد حقوقی» است. با الهام از سنت نظری خود می‌توانیم با قوت تمام از این ایده دفاع کنیم که اصولاً «مجتهدان حقوقی» شایستگی قضاوت در دادگاه دارند. با اقتباس از سنت فکری شیعی، «اجتهاد حقوقی» این‌گونه قابل تعریف است: «قدرت استنباط حکم قانونی از منابع حقوق به شیوه‌های معتبر». کسی که از این قدرت بهره‌برد، واجد فضیلت فکری برجسته‌ای است که او را از این حیث شایسته قضاوت می‌سازد. در نظریه قضاوت غربی، چه بسا کمتر مفهومی وجود داشته باشد که از حیث غنای مفهومی با «اجتهاد حقوقی» برابری کند. می‌توانیم بگوییم که افراد برای دستیابی به «اجتهاد حقوقی» باید در مجموعه‌ای از علوم و معارف بشری مهارت یابند. با الهام از علامه حلی^۱، ازجمله می‌توان این موارد را ذکر کرد: دانستن قانون، رویه قضایی و آموزه‌های معتبر حقوقی، مهارت در منطق حقوق، استدلال

۱. متن مربوط به شرایط اجتهاد را از علامه حلی نقل می‌کنیم: «شرائط الاجتهاد المبيحة للقضاء والإفتاء في العلم، معرفة تسعة أشياء: الكتاب، والسنة، والإجماع، والخلاف، وأدلة العقل - من الاستصحاب والبراءة الأصلية وغيرهما - ولسان العرب، وأصول العقائد، وأصول الفقه، وشرائط البرهان». نک: علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۲۳.

قضایی و نظریه تفسیر قانون، و دانش لازم در زبان فارسی. برخی از فقیهان دانستن مباحث لازم از علم کلام را نیز برای اجتهاد لازم می‌شمردند (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۴۵). ترجمه این شرط به زبان حقوق مدرن به این معناست که قاضی باید در حد لازم (برای مثال در حد شناخت مبادی و اهداف قانون) با فلسفه حقوق آشنا باشد. بدین‌سان سپردن جان و مال و حق‌های مردم به کسی که از «اجتهاد حقوقی» بهره نمی‌برد با سنت فکری ما ناسازگار است.

در فقه سنتی «عدالت» به «ترک گناه کبیره و عدم اصرار بر گناه صغیره» تعریف می‌شود. این تعریف سنتی نیز به دلایل مختلف نمی‌تواند مبنایی برای تعریف عدالت در نظریه مدرن قضاوت قرار گیرد. بسیاری از گناهان فقهی، «ردیلت قضایی» به شمار نمی‌آیند و موجه نیست مانع دستیابی شغل قضاوت شوند. به علاوه، بسیاری از فقیهان مشهور فقط «شیعیان» را دارای قابلیت عدالت می‌دانند و غیرشیعیان را عادل نمی‌شمردند. به همین دلیل شهید ثانی ایمان (شیعه بودن) را یکی از مؤلفه‌های عدالت به حساب می‌آورد (العدالة و یدخل فیها الایمان) (شهید ثانی، ۵۵). این فتوا در مباحث فقهی معاصر نیز طرح می‌شود. برای مثال گفته شده «کسی که واجد ایمان نباشد، امکان ندارد دارای صفت عدالت باشد» (فاضل لنکرانی، ۱/۱۳۸۱: ۱۳۶). ایشان همان‌جا تصریح کرده‌اند که «ایمان» در باب قضاوت در مقابل کفر نیست بلکه به معنای قائل شدن به ولایت ائمه اطهار است. این معنای غیربرابری طلبانه از «عدالت» که در فقه سنتی رواج دارد به کار نظریه قضاوت مدرن نمی‌آید و نمی‌توان آن را برای نظریه پردازی درباره فضیلت‌های قضایی مبنا قرار داد. برخی از فقیهان معاصر احتمال داده‌اند که منظور از پیش‌بینی شرط ایمان این بوده است که قاضی آشنا به فقه شیعیان باشد تا بتواند بر پایه احکام فقه شیعی قضاوت کند (صانعی، ۱۳۸۰). گرچه این فقیه این احتمال را ضعیف دانسته است؛ اما احتمال به نظر قوی می‌رسد. با وجود این، در متون اسلامی آموزه‌هایی وجود دارد که برای نظریه‌ای مدرن و عقلانی درباره «عدالت قضایی» به کار می‌آید و عدالت را به رفتار مخالف فقه فرو نمی‌کاهد. به‌ویژه در قرآن کریم آیات مهمی بر اهمیت «عدل» و «قسط» در قضاوت صحه می‌گذارد که از جمله می‌توان به آیه ۵۸ سوره نساء («وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ») و آیه ۴۷ سوره یونس («فَإِذَا جَاءَ رَسُولُهُمْ قُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ وَهُمْ لَا يَظْلَمُونَ») اشاره کرد. در تفسیر المیزان «قسط» در مقابل «حق‌گشی» و «ستم» تعریف شده است (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۰۲). در تفسیر آیه ۹۰ سوره نحل («إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ») نیز «معنای اصلی عدالت، اقامه مساوات میان امور» دانسته شده به‌گونه‌ای که «به هر امری آنچه سزاوار است بدهی تا همه امور مساوی شود، و هر یک در جای واقعی خود که مستحق آن است قرار گیرد» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۴۷۸). به نظر می‌رسد معنای قرآنی «عدل» و «قسط» تناسب بیشتری با «عدالت قضایی» دارد و آن را نمی‌توان به «عدالت فقهی» تقلیل

داد. به علاوه، در بحث از «آداب قاضی» نصوص مهمی درباره «نفی ظلم» به چشم می‌خورد که برای نظریه مدرن نیز چه بسا جذابیت داشته باشد (حر عاملی، ۱۳۹۷/۱۸: ۱۵۵).

رویکرد فضیلت‌گرا کاربردهای متنوعی در نظریه قضاوت دارد و از جهات مختلف تأمل نظری درباره قضاوت را غنا بخشیده است. از جمله کاربرست رویکرد فضیلت‌گرا در قلمرو اخلاق قضاوت، آموزش قضات، ادله اثبات و ارزیابی قضات ثمربخش بوده است. در مبحث بعدی به کاربرست این رویکرد در «گزینش قضایی» می‌پردازیم.

۴. رویکرد فضیلت‌گرا به گزینش قضایی^۱

جوزف استوری،^۲ حقوق‌دان برجسته آمریکایی، در سال ۱۸۲۱ از یک قانون انگلیسی مصوب ۱۷۰۱ ستایش کرد؛ زیرا پیش از آن منصب قاضیان بسته به «پسند پادشاه» بود و قانون مذکور وضع را تغییر داد (Cover, 1975: 144). خواست اصلی رویکرد فضیلت‌گرا به گزینش قضایی نیز نظیر همین است: قاضیان نه بر اساس پسند سیاسی مقامات بلکه بر اساس فضیلت‌های قضایی انتخاب شوند و ارتقا یابند (Solum, 2005-B). در نظام‌هایی که قضات بر اساس انتخابات برگزیده می‌شوند نیز فضیلت‌گرایی به انتخاب‌کنندگان می‌آموزاند فضیلت‌های قضایی را مدنظر قرار دهند. با این همه، روایت مدرن از رویکرد فضیلت‌گرا تنها گزینش ایدئولوژیک را به چالش نمی‌کشد، بلکه طبق آن مؤلفه‌های تبعیض‌آمیز و غیرمرتبط با فضیلت‌های قضایی نباید ملاک گزینش قاضیان قرار گیرد. بنابراین، گزینش قضایی بر اساس جنسیت، نژاد، قومیت و دین نیز نارواست.

لارنس سولوم در نوشته‌های مختلف از رویکرد فضیلت‌گرا به استخدام قاضیان و ارتقای شغلی آنان دفاع کرده است (Solum, 1978: 1735-1740; Solum, 2005- A: 1-2; Solum, 2005-B: 2-). به نظر وی از آنجا که قضاوت خوب به فضیلت قضایی نیاز دارد، باید در پی گزینش قضایی فضیلت‌محور باشیم. طبق این رویکرد فقط داوطلبان واجد فضیلت‌های قضایی باید به منصب قضاوت گمارده شوند و معیارهای فضیلت‌گرایانه باید در ارزیابی عملکرد قاضیان مدنظر قرار گیرد. رویکرد ارسطویی به گزینش قضایی با برخی متون مهم اسلامی هم‌خوانی دارد. برای نمونه، در نامه امام اول شیعیان به مالک اشتر فهرستی از فضیلت‌های قضایی می‌یابیم. در این نامه هم فضیلت‌های فکری مانند عدم تعصب مهم شمرده شده‌اند و هم بر فضایل اخلاقی مانند فقدان طمع تأکید شده است. بر اساس نهج البلاغه قاضی باید از حیث فکری «در اشتباهاتش پافشاری نکند، و بازگشت به حق پس از آگاهی برای او دشوار نباشد. در شناخت مطالب با تحقیقی اندک رضایت ندهد،

1. judicial selection

2. Joseph Story (1779-1845)

و در شبهات از همه با احتیاط‌تر عمل کند، و در یافتن دلیل اصرار او از همه بیشتر باشد و... کسی [باشد] که ستایش فراوان او را فریب ندهد، و چرب‌زبانی او را منحرف نسازد». «مراجعة فراوان» نباید او را «به ستوه» آورد و «برخورد مخالفان با یکدیگر» نباید او را «خشمناک» سازد. همچنین قاضی باید «طمع را از دل ریشه‌کن کند» (سیدرضی، ۱۳۷۹: ۵۷۷؛ صادقی تهرانی، ۱۳۸۵).

تاکنون نقدهای مهمی بر گزینش فضیلت‌محور طرح شده که به یکی از موارد مهم می‌پردازیم. چه بسا رویکرد فضیلت‌محور به گزینش قضایی و ارتقای قضات از این جهت نقد شود که ناخواسته شرایط را برای گزینش خودسرانه مهیا می‌کند. ممکن است استدلال شود معیارهای فضیلت‌گرایانه، کیفی‌اند و به‌طور عینی نمی‌توان آن‌ها را سنجید (Solum, 2005-B: 23-27). در نتیجه، عملاً سنجش آن‌ها را به هیئت‌های گزینش قضایی سپرده‌ایم. بنابراین، از این حیث معیارهای فضیلت‌گرایانه شرایط را برای دخالت ترجیحات سیاسی در گزینش قاضیان مهیا می‌کنند. در نتیجه، فضیلت‌گرایی که قرار بود گزینش سیاسی را بی‌اثر سازد، اکنون خودش فضایی برای گزینش سیاسی به وجود می‌آورد.

نقد بالا مهم است، اما مسئله را دقیق‌تر صورت‌بندی نمی‌کند. معیارهای کیفی ممکن است در یک ساختار سیاسی - حقوقی به سوءاستفاده بیانجامند، و در ساختاری دیگر کیفیت گزینش قضایی را ارتقا دهند. اگر ساختار و تشکیلات هیئت‌های گزینش قضایی غیردموکراتیک و اقتدارگرایانه باشد و داوطلبان بر اساس رویه‌های غیرشفاف و غیرمنصفانه گزینش شوند، معیارهای کیفی - چه فضیلت‌گرایانه یا غیر آن - فضایی برای گزینش خودسرانه فراهم می‌کنند. در مقابل، اگر هیئت‌های گزینش قضایی از ساختار و تشکیلات دموکراتیک برخوردار باشند و طبق رویه‌های شفاف و منصفانه عمل کنند، از امکان سوءاستفاده به مراتب کاسته می‌شود. بنابراین برای پرهیز از گزینش خودسرانه باید در پی دموکراتیک کردن ساختارها و شفاف کردن رویه‌ها باشیم. کنار گذاشتن معیارهای کیفی و فضیلت‌گرایانه به خاطر ترس از سوءاستفاده، از کیفیت دستگاه قضا می‌کاهد. چه در گزینش اولیه و چه در ارتقای قضات، به هیچ روی نمی‌توان به معیارهای کمی بسنده کرد و هیچ روش معتبری در دست نیست که طبق آن ویژگی‌های «قاضی خوب» - یا قضاوت خوب - را به تمامی به زبان کمی درآوریم. قضاوت، اهمیت سیاسی و اجتماعی دارد و گزینش قضایی «مسابقه» ای نیست که معیار کمی برنده را معین کند (Solum, 2005-A: 13). بنابراین، هر نظام قضایی که به ارتقای کیفیت قاضیان می‌اندیشد ناگزیر است معیارهای کیفی را نیز لحاظ کند. برای کاستن از گزینش خودسرانه نه معیارهای فضیلت‌محور بلکه ساختارهای غیردموکراتیک و رویه‌های غیرشفاف و غیرمنصفانه را باید هدف نقد قرار دهیم. همواره باید خطر گزینش خودسرانه و ایدئولوژیک را جدی گرفت، اما مهم است جهت درست نقد را به خوبی دریابیم.

برای بیان دقیق‌تر، مقایسه‌ای میان سازوکار گزینش قضایی در ایران و بریتانیا صورت می‌دهیم. در بریتانیا، تا سال ۲۰۰۵ نقدهای جدی بر سازوکار گزینش قضایی وارد بود. در این سال «قانون اصلاح قانون اساسی»^۱ تصویب شد و گزینش قضایی را به «هیئت انتصاب قضایی»^۲ سپرد. قانون مذکور اصلاحاتی مهم از حیث ماهوی و شکلی صورت داد (Badó, 2014: 32-37). از حیث معیارهای ماهوی، طبق ماده ۶۳، «گزینش باید بر مبنای شایستگی باشد» و همچنین «هیچ شخصی گزینش نمی‌شود مگر اینکه هیئت گزینش‌کننده قانع شود او شخصیت خوبی دارد». تأکید بر «شایستگی»^۳ و «شخصیت خوب»^۴ به این معناست که معیارهای فضیلت‌گرایانه ملاک قرار گیرد. برای اینکه مفهوم «شایستگی» و «شخصیت خوب» تا حد ممکن شفاف شود، مجموعه‌ای از اسناد مشورتی و تفسیری صادر شده است. طبق یکی از اسناد صادره در سال ۲۰۱۱، مؤلفه‌های شایستگی عبارتند از: قابلیت فکری^۵ (مانند دانش حقوقی مناسب و توانایی تحلیل سریع اطلاعات)؛ کیفیت‌های شخصی (مانند درست‌کاری، استقلال ذهن، قضاوت صحیح، قاطعیت، عینی اندیشیدن، توانایی کار سازنده با دیگران)؛ توانایی در فهم و رفتار منصفانه (از جمله اینکه با هر کسی فارغ از جنس، دین، طبقه و مانند این‌ها محترمانه رفتار کند و حرف‌شان را بشنود)؛ مهارت‌های ارتباطی؛ و مهارت‌های مدیریتی (JAC Consultation paper CP 01/11, 2011).

در ایران نیز «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» (۱۳۶۱) و «آیین‌نامه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و استخدام قضات» (۱۳۹۲) شرایط ماهوی تصدی قضاوت را برشمرده‌اند. این شرایط عبارتند از: مرد بودن،^۶ ایمان، عدالت، اعتقاد و التزام عملی به دین مبین اسلام، التزام عملی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصل ولایت مطلقه فقیه، عدم وابستگی تشکیلاتی به احزاب، سازمان‌ها و گروه‌های غیرقانونی یا هواداری از آن‌ها، طهارت مولد، تابعیت ایران، انجام خدمت وظیفه یا دارا بودن معافیت قانونی، داشتن سلامت جسمی و روانی، توانایی انجام کار قضایی، عدم اعتیاد به دخانیات، مواد مخدر و روان‌گردان، نداشتن سابقه محکومیت کیفری مؤثر، حسن شهرت، اخلاق و امانت‌داری، شرایط سنی و دارا بودن دانش فقهی یا حقوقی

1. Constitutional Reform Act 2005

2. Judicial Appointments Commission (JAC)

3. merit

4. good character

5. Intellectual capacity

۶. در وضع فعلی، ممکن است برای زنان «ابلاغ قضایی» صادر شود و قاضی شمرده شوند. اما برای صدور حکم در دادگاه صالح شمرده نمی‌شوند.

لازم. این قانون و آیین‌نامه نکته‌های مهم زیاد دارند و از جهات مختلف قابل نقداند. شرایط تصدی منصب قضا در آیین‌نامه و قانون از یک‌سو شامل معیارهای ناروشن و غیرمربوط است، و از سوی دیگر از برخی از معیارهای مربوط و مهم غفلت شده است. قرائت مدرن رویکرد فضیلت‌گرا به استخدام قضات برخی معیارهای مندرج در مقررات مذکور را کنار می‌گذارد (مانند «مرد بودن» و «طهارت مولد»)، برخی را بازتفسیر می‌کند (مانند «عدالت»)، و معیارهای جدیدی را اضافه می‌کند (مانند استقلال ذهن، شجاعت و قابلیت بی‌طرفی). همچنین رویکرد فضیلت‌گرا به کار تنقیح برخی از معیارها می‌آید. اما حتی اگر متون قانونی به نحو مطلوب اصلاح شوند، باز اغلب معیارهای مهم کیفی خواهند بود. می‌توان تا حد ممکن از ابهام این معیارها کاست، اما ابهام حذف‌شدنی نیست. در نتیجه، چه در ایران، بریتانیا یا هر نظام حقوقی دیگر، ساختار و تشکیلات و تشریفات مربوط به گزینش قضایی اهمیت می‌یابد. اگر می‌خواهیم از گزینش خودسرانه بهره‌یزیم، باید از حیث ماهوی معیارهای فضیلت‌گرایانه را ملاک قرار دهیم و از حیث شکلی به سازوکارهای شفاف و دموکراتیک بیان‌دیشیم. در ادامه نگاهی تطبیقی به این سازوکارها می‌اندازیم.

در بریتانیا، هیئت انتصاب قضایی در گزینش قاضیان نقش محوری دارد و «داوطلبان را بر اساس شایستگی، از طریق رقابت منصفانه و شفاف برای منصب قضا برمی‌گزیند» (Badó, 2014: 35). تمهیدات مختلفی برای حفظ استقلال این هیئت صورت گرفته است. یکی از تمهیدات مهم، ترکیب هیئت است. هیئت انتصاب قضایی از ۱۵ عضو تشکیل شده است. رئیس هیئت و پنج نفر از اعضا، غیرحقوق‌دان‌اند. پنج قاضی حرفه‌ای از دادگاه‌های مختلف و دو قاضی غیرحرفه‌ای در هیئت عضویت دارند. دو نفر باقی‌مانده نیز از مشاغل وکالتی انتخاب می‌شوند (Badó, 2014: 34; Turenne, 2012: 158). ترکیب هیئت، شیوه گزینش اعضا، و شفافیت رویه‌ها تا حد مطلوبی نظام قضایی را از گزینش قضایی خودسرانه مصون می‌دارد. در مقابل، در ایران اداره کل گزینش قضات و هیئت‌های احراز صلاحیت در گزینش داوطلبان سهم تعیین‌کننده دارند (مواد ۱۴ تا ۲۱ آیین‌نامه). اداره کل گزینش قضات نهادی اداری است که ترکیب دموکراتیک ندارد. به علاوه، تمهیدی برای شفافیت رویه‌های این اداره پیش‌بینی نشده است. مرحله مهم «مصاحبه عقیدتی و سیاسی» توسط اداره مذکور صورت می‌گیرد (ماده ۱۴ آیین‌نامه). بدون شفافیت همواره این مخاطره وجود دارد که داوطلبانی با ترجیحات خاص سیاسی گزینش شوند و بی‌طرفی قضایی به مخاطره افتد. گزینش غیرشفاف و اداری می‌تواند قاضی را به مثابه وکیل استخدام‌کنندگان و حکمرانان سیاسی درآورد و فضیلت قضایی استقلال و بی‌طرفی را مخدوش کند (Turenne, 2015: 1-2). در نهایت، اداره کل پرونده را نزد هیئت احراز صلاحیت می‌فرستد. این هیئت از سه قاضی یا مسئول ستادی قوه قضائیه

تشکیل شده که توسط رئیس دستگاه قضا منصوب می‌شوند (مواد ۲۰ و ۲۱ آیین‌نامه). در این مورد نیز سازوکارهای دموکراتیک و رویه‌های شفاف به چشم نمی‌خورد.

در اغلب کشورهای برّ اروپا قوه قضائیه توسط شورای قضایی اداره می‌شود. هدف مهم اداره شورایی قوه قضائیه، تضمین استقلال قضایی است (Ortiz, 2017). شوراهای قضایی معمولاً در استخدام و ارتقای قاضیان سهم تعیین‌کننده دارند (Beers, 2012: 50-67).

در ایران، به‌رغم سابقه اداره شورایی دستگاه قضا، هم‌اکنون قوه قضائیه توسط مقام انتصابی اداره می‌شود. در چنین شرایطی، آموختن از تجربه بریتانیا مفید به نظر می‌رسد. بر این اساس، لازم است استخدام و ارتقای قاضیان به هیئتی دموکراتیک با رویه‌های شفاف و منصفانه سپرده شود. مهم است که علاوه بر قاضیان، وکلا، اعضای هیئت علمی دانشکده‌های حقوق و نمایندگان جامعه مدنی نیز در هیئت حضور داشته باشند. حضور دسته‌آخر از حیث موازین دموکراسی اهمیت ویژه دارد. در بریتانیا، تمهیداتی اندیشیده شده که اعضای هیئت با رقابت آزاد برگزیده شوند (Turenne, 2012: 158-159)، اگرچه در نهایت توسط ملکه و به پیشنهاد لرد چنسلر منصوب می‌شوند (Badó, 2014: 34). در ایران، برای اینکه وجه دموکراتیک هیئت‌گزینش قضایی صرفاً نمادین نباشد و در عمل تحقق یابد، لازم است اعضای قضایی توسط قضاات انتخاب شوند، و انتخاب اعضای وکیل، حقوق‌دان و غیرحقوقی نیز به ترتیب به کانون وکلا، دانشکده‌های حقوق و جامعه مدنی سپرده شود. علاوه بر تمهیدات مذکور، لازم است رویه‌ها شفاف و منصفانه باشد. با سازوکارهای دموکراتیک و رویه‌های شفاف و منصفانه، امکان سوءاستفاده از معیارهای کیفی و فضیلت‌گرایانه به کمترین حد ممکن می‌رسد.

نتیجه

بنجامین کاردوزو،^۱ حقوق‌دان برجسته آمریکایی در نیمه اول قرن بیستم، گفته است: «در نهایت، تضمینی برای عدالت نیست مگر شخصیت قاضیان» (Cardozo, 1921: 149). اکنون پس از یک قرن، نظریه قضاوت بیش از پیش بینش نهفته در گفته کاردوزو را جدی می‌گیرد و شخصیت قضایی را مهم می‌شمرد. در صد سال اخیر، مدام بیشتر فهمیده‌ایم که قضاوت «فعالیتی مکانیکی» نیست و قاضی به دستگاهی نمی‌ماند که حکم قانون و ادله موجود را به او بدهیم و به‌طور مکانیکی رأی را تولید کند. در قضاوت، مؤلفه‌ای «انسانی» وجود دارد که حذف‌شدنی نیست و قضاوت از شخصیت قاضی و منش اخلاقی او اثر می‌پذیرد. با توجه به قدرت و آزادی عمل چشمگیر قاضیان، شخصیت

قاضی اهمیت می‌یابد. اگر قانون در دست قاضی فضیلت‌مند باشد، محتمل‌تر است که قدرت قضایی به سمت عدالت و انصاف میل کند. قاضی فضیلت‌مند از استبداد قضایی و آرای خودسرانه می‌پرهیزد. به همین دلیل مهم است نظریه‌ای درباره فضیلت‌های قضایی بیورانیم. حکومت قانون وقتی به خوبی ثمر می‌دهد که قانون در دست «قاضی خوب» قرار گیرد. اما «قاضی خوب» به چه معناست؟ در دهه‌های اخیر، رویکرد فضیلت‌گرا به نظریه قضاوت، کوشیده است به این پرسش دشوار پاسخ دهد. بر اساس این رویکرد، قاضی خوب همان است که از فضیلت‌های قضایی بهره برد و دانا، خویشتن‌دار، شجاع، متواضع، قانونمند، عادل، بی‌طرف، مستقل و شفقت‌ورز باشد. قانون، هر چقدر هم عادلانه، اگر در دست قاضی فضیلت‌مند نباشد، تضمینی نیست که نتیجه عادلانه رقم بخورد. حکومت قانون، بدون فرهنگ فضیلت‌گرا در میان قاضیان، مأموران دولتی و شهروندان، به طور مطلوب به بار نمی‌نشیند. لازم است نظام قضایی قضات را بر اساس معیارهای فضیلت‌مدارانه‌گزینش و ارزیابی کند و همواره فضیلت قضایی را بر وفاداری به جریان سیاسی برتری دهد. در کنار این، برابر روایت مدرن از فضیلت‌گرایی، فضیلت‌های قضایی هرگز نباید از تبعیض‌های ناموجه و نابرابری سر در بیاورد. هنوز نقدهای مهمی بر رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت وجود دارد، اما حقوق فضیلت‌گرا رو به پیشرفت است و قابلیت‌های خود را نیز نشان داده است.

منابع

فارسی

- آذرخوا، ایرج و مهدی قوام صفری (۱۳۹۲)، «مفهوم قانون در اندیشه سیاسی یونان باستان در گذر از ثسموس (Θεσμός) به نوموس (νόμος)»، متافیزیک، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه اصفهان، سال ۴۹، دوره جدید، سال پنجم، شماره ۱۶.
- آخوندی، محمود (۱۳۷۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم: اندیشه‌ها، قم: انتشارات اشراق (دانشگاه قم).
- اخوان طبسی، محمدحسین و روح‌الله داوری (۱۳۹۷)، «صورت‌بندی مفهوم عدالت در قرآن کریم بر مبنای معناشناسی واژه «قسط»»، دوفصلنامه پژوهشنامه تفسیر و زبان قرآن، شماره ۱۳.
- اسلوت، مایکل (۱۳۹۲)، «اخلاق فضیلت»، هفت آسمان، سال ۱۵، شماره ۵۹.
- پویمن، لونیس پی (۱۳۸۷)، معرفت‌شناسی: مقدمه‌ای بر نظریه شناخت، ترجمه: رضا محمدزاده، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.
- خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۰)، «جستاری بر ماده ۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی؛ گریز از اطلاق‌گرایی و رسیدن به انصاف»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۳۹۱)، مبانی تکمله‌المنهاج، ترجمه: علیرضا سعید، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.
- زکریسکی، لیندا (۱۳۹۲)، معرفت‌شناسی، ترجمه: کاوه بهبهانی، تهران: نشر نی.
- زکریسکی، لیندا (۱۳۹۶)، فضایل ذهن: تحقیقی در ماهیت فضیلت و مبانی اخلاق معرفت، ترجمه: امیرحسین خداپرست، چاپ دوم، تهران: نشر کرگدن.
- سنگلجی، محمد (۱۳۸۴)، قضا در اسلام، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صادقی‌تهرانی، محمد (۱۳۸۵)، علم قضاوت در اسلام، تهران: انتشارات امید فردا.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۰)، مبانی تحریرالوسیله، ج ۱، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴)، تفسیر المیزان، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، جلد‌های ۱۰ و ۱۲، تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل لنگرانی، محمد (۱۳۸۱)، سیری کامل در خارج فقه معاصر، کتاب القضاء، تهیه و تنظیم محمد دادستان، جلد اول، انتشارات فیضیه.
- فنایی، ابوالقاسم (۱۳۹۴)، اخلاق دین‌شناسی: پژوهشی در باب مبانی اخلاقی و معرفت‌شناسانه فقه، تهران: نگاه معاصر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، «سهم عدالت در قضاوت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲.
- مقدسی، محمدباقر و محمد فرجیها (۱۳۹۰)، «رویکرد عوام‌گرایی کیفری به جرایم جنسی (مطالعه تطبیقی)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۲.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲)، تحریرالوسیله، ترجمه: علی اسلامی، جلد چهارم، چاپ ۲۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی (سیدرضی)، سیدمحمد (۱۳۷۹)، نهج‌البلاغه، گردآورنده: شریف الرضی، ترجمه: محمد دشتی، قم:

نشر مشهور.

- میرزایی، اقبال‌علی (۱۴۰۰)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین؛ مطالعه موردی قوانین کیفری و مدنی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- میرمجیدی، سپیده و جمشید غلاملو (۱۳۹۷)، «گستره مشروعیت آزادی عمل قضایی در پرتو اصل حاکمیت قانون (مطالعه موردی پرونده‌های رابطه نامشروع)»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴۸، شماره ۲.
- ناظمی اردکانی، علی، رضا داوری اردکانی و مالک حسینی (۱۳۹۸)، «جایگاه معرفت‌شناختی فرونیس و اهمیت آن در فلسفه اخلاق ارسطو»، *تاریخ فلسفه*، سال دهم، شماره ۱.
- نوبهار، رحیم و سیدجعفر حسینی (۱۳۹۸)، «بازاندیشی نظریه فقهی پلبیدی ذاتی انسان زاده شده از رابطه نامشروع»، *فصلنامه فقه*، سال ۲۶، شماره ۴.
- هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۵)، *شرایط قاضی: قاضی و قضاوت در اسلام*، تهران: مؤسسه فرهنگی خانه خرد.
- هولمز، رابرت ال (۱۳۸۵)، *مبانی فلسفه اخلاق*، ترجمه مسعود علیا، ویراست سوم، تهران: ققنوس.

عربی

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق)، *رسائل فقهیه*، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۳۹۷ق)، *وسائل الشیعه*، الجزء الثامن عشر، تحقیق و تعلیق محمد الرازی، تهران: مکتبه الاسلامیه.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- جعّی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰هـ.ق)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (۱۰ جلدی)، محقق محمد کلانتر، جلد ۳، قم: مکتبه الداوری.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق)، *فقه القضاء*، جلد اول، چاپ دوم، قم.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام*، ج ۴۰، تحقیق و تعلیق و تصحیح: محمود القوچانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

انگلیسی

- Amaya, Amalia (2013), The Role of Virtue in Legal Justification, in Amaya, Amalia and Ho Hock Lai (ed.) *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing.
- Anscombe, G. E. M (1958). Modern Moral Philosophy, *Philosophy*, Vol. 33, No. 124.
- Aristotle (2007); *On Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*, Second Edition, Oxford University Press.
- Badó, Attila (2014) 'Fair' Selection of Judges in a Modern Democracy, in Fair Trial and Judicial Independence, Springer, Chapter 2.
- Bandes, Susan and Jeremy A. Blumenthal (2012), Emotion and the Law, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 8:1.
- Bandes, Susan (2017), Compassion and the rule of law, *International Journal of Law in Context*, 13, 2.

- Besser-Jones, Lorraine and Michael Slote (2015); **The Routledge Companion to Virtue Ethics**, Routledge.
- Beers, Daniel J.; Judicial Self-Governance and the Rule of Law: Evidence from Romania and the Czech Republic, *Problems of Post-Communism*, 59:5, 50-67.
- Cardozo, Benjamin (1921), *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Dworkin, Ronald (1977); **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press.
- Etcheverry, Juan (2018), Rule of Law and Judicial Discretion Their Compatibility and Reciprocal Limitation, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Volume 104, Issue 1.
- Farrelly, Colin and Lawrence B. Solum (2008); **Virtue Jurisprudence**, Palgrave.
- Gennaioli, Nicola and Shleifer, Andrei (2006), Judicial Fact Discretion, **Journal of Legal Studies**, University of Chicago Press, vol. 37.
- Hart, H. L. A (2013). Discretion, **Harvard Law Review**, Vol. 127:652.
- Hirschl, Ran (2009), Juristocracy vs. Theocracy: Constitutional Courts and the Containment of Sacred Law, **Middle East Law and Governance**, Volume 1 Issue 2.
- Iglesias Vila, Marisa (2001), *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Springer.
- Kraut, Richard (2002) **Aristotle: Political Philosophy**, Oxford University Press.
- MacCormick, Neil (2005), *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press.
- Maroney, Terry and James J. Gross (2014), The Ideal of the Dispassionate Judge: An Emotion Regulation Perspective, **Emotion Review**, Vol. 6, No. 2.
- Ortiz, Pablo Jose ' Castillo; Councils of the Judiciary and Judges' Perceptions of Respect to Their Independence in Europe, *Hague J Rule Law*, 2017.
- Rosenfeld, M (1992), **Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and Temptations of the New Legal Formalism**, in Cornell et al (eds) *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge.
- Solum, Lawrence (1988), The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection, **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 61 S. Cal. L. Rev. 1735.
- Solum, Lawrence (2003), Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging, **Metaphilosophy**, Vol. 34, No. ½.
- Solum, Lawrence (2005- A), A Tournament of Virtue, **FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW**, Volume 32, Issue 4.
- Solum, Lawrence (2005-B). Judicial Selection: Ideology versus Character, **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 26 Cardozo L. Rev.
- Turenne, Sophie; Fair Reflection of Society in Judicial Systems, in Turenne, Sophie (ed.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems – A Comparative Study*, Springer, 2015.
- Turenne, Sophie (2012), Judicial Independence in England and Wales, in *Judicial Independence in Transition*, Springer, 147-185.f

- Vanberg, Georg (2008), Establishing and Maintaining Judicial Independence, in: Whittington, Keith, Daniel Klemen and Gregory Caldeira (ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**, Oxford University Press.
- Van Domselaar, Iris; Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship, 27-31.
- Van Zyl, Liezl (2019), **Virtue Ethics: A Contemporary Introduction**, Routledge.
- Waldron, Jeremy (2019), Rule by Law: A Much-Maligned Preposition, **NYU School of Law**, Public Law Research Paper No. 19-19.
- Weber, Max (2019), **Economy and Society; A New Translation**, Edited and translated by Keith Tribe, Harvard University Press.
- Wood, Nathan (2020), Deontology, Consequentialism and Virtue Ethics in the Contemporary Moral Landscape, **LEXINGTON BOOKS**.
- Wroblewski, Jerzy (1992); **The Judicial Application of Law**, Springer.

اینترنت

- Alexander, Larry and Michael Moore, **Deontological Ethics**, Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at: <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/#DeoFoiCon>. (last visited on 2020-10-120).
- JAC Consultation paper CP 01/11. 2011. Amending the JAC's merit criterion: 'An ability to understand and deal fairly'. available at: <https://www.yumpu.com/en/document/view/32481889/jac-merit-criterion-consultation-judicial-appointments>
- Sinnott-Armstrong, Walter, **Consequentialism**, Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> (last visited on 2020-10-120).

بررسی تغییر پارادایم در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در چهارچوب پیش نویس قانون تجارت ۱۳۹۹

سعید حقانی *

چکیده

حل تعارض بین المللی قوانین به سان سایر حوزه های حقوقی با پیروی از روش از پیش تعیین شده ای به عمل می آید. امروزه دو روش در دو سوی اقیانوس اطلس در برابر یکدیگر قد بر افراشته اند و هم زمان در حال دادوستد و تعدیل هستند. در روش شناسی دوجمله ای کشورهای اروپایی، اصولاً از ابتدا معلوم (یا قابل دانستن) است که چه قانونی بر قرارداد حکم فرما خواهد بود. در نقطه مقابل، در روشی همچون روش تحلیل منافع حاکمیتی که در ایالات متحده آمریکا پذیرفته شده، قانون حاکم اصولاً پس از ایجاد اختلاف با قطعیت قابل تشخیص خواهد بود. حقوق ایران از دیرباز با پیروی از روش اروپایی، امکان شناخت پیشینی قانون حاکم را فراهم آورده است. با این حال ماده ۳ پیش نویس ۱۳۹۹ قانون تجارت به گونه ای پسینی تنظیم شده است. بدین ترتیب، تنها پس از ایجاد اختلاف و توسط دادرسی است که قانون حاکم تعیین می شود. به نظر می رسد ماده ۳ یادشده در صورت تصویب نه تنها ویژگی پیش بینی پذیری را از طرفین قرارداد می گیرد و برای دادرسان نیز سردرگمی به بار می آورد، باعث درهم آمیختگی روش شناختی در زمینه حل تعارض قوانین نیز خواهد شد. بخش توصیفی این مقاله بر اساس روش پیشینه پژوهی تنظیم گردیده و نویسنده در ادامه با رویکرد آینده پژوهی - تحلیلی سعی در نشان دادن پیامدهای تصویب پیش نویس قانون تجارت داشته است.

واژگان کلیدی: قانون محل وقوع عقد، تحلیل منافع حاکمیتی، روش حل تعارض ساوینی، عامل ارتباط، پیش نویس قانون تجارت

مقدمه

شاید کمتر کسی در درستی این گزاره تردید داشته باشد که دادوستد میان اشخاص در دنیای امروز نموده‌ها و چهره‌های تازه‌ای گرفته است. بسامان‌سازی حقوقی این صورت‌های نوین دادوستد همان گونه که نیازمند کمک گرفتن از حقوق ماهوی است، به نوسازی و بسامان کردن قواعد حل تعارض قوانین نیز نیاز دارد. پیدایش یا پررنگ شدن برخی نهادهای حقوقی لاجرم قاعده‌گذاری در زمینه حل تعارض قوانین مربوطه را دوجندان کرده است (برای نمونه، نک: کاویانی و الماسی، ۱۳۹۹: ۱۲۵-۱۴۰؛ صادقی و ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۱۵۰-۱۲۵؛ فیضی چکاب و نوشادی، ۱۳۹۰: ۳۲۲-۳۲۷؛ Max Plank Group, 2011). به همین منوال، نیاز به روزآمد کردن قواعد حقوقی از پیش موجود نیز بحث تفسیر، قاعده‌گذاری و بازقاعده‌گذاری در زمینه حل تعارض قوانین را بیش از پیش پررنگ کرده است (برای نمونه، در زمینه تفسیر، نک: اسکینی، ۱۳۸۸: ۲۳-۵؛ حقانی، ۱۳۹۹: ۲۲۶-۲۵۰؛ Haghani, 2021: 171-192). نگاهی به تحولات در جریان در سیستم حقوقی ایران نشان از آن دارد که اولین گام‌ها در زمینه بازقاعده‌گذاری حل تعارض قوانین، در زمینه قراردادهای پدیدار گشته است.

قانون قابل‌اعمال بر قرارداد^۱ در چهارچوب سیستم حقوقی ایران به‌صورت اصلی در ماده ۹۶۸ قانون مدنی و به‌صورت جنبی در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مطرح شده است. اختلاف‌نظرها و پیچیدگی‌های خاصی در رابطه با قانون قابل‌اعمال بر قرارداد در پرتو دو نص قانونی یادشده وجود دارد. این پیچیدگی‌ها گاه ناشی از پیدایش مباحث نوین در رابطه با قانون حاکم بر قراردادهاست و گاه دیگر به مشکلات مربوط به نحوه نگارش این نصوص مربوط می‌شود. نگاهی تاریخمند نشان از آن دارد که هم حجم و هم تعداد اختلافات حقوقی در این رابطه افزایش یافته است. اتاق فکر قانون‌گذاری چاره‌گذار از این اختلافات حقوقی را در اصلاح قانون دید. با این حال این دست‌اندرکاران، این اصلاحات را نه در قانون مدنی، که در قانون تجارت جای دادند. می‌دانیم که قانون تجارت ایران دیرزمانی است که نیاز به بازبینی دارد. برای برآوردن این نیاز در طی دو دهه گذشته اقداماتی چند به عمل آمد که هر یک پس از دیگری بی‌نتیجه ماندند. در آخرین تلاش، پیش‌نویسی به مجلس شورای اسلامی ارائه شد که باب نخست آن به قراردادهای تجاری اختصاص یافته است. این باب ازجمله دربردارنده ماده سوم می‌باشد که درخصوص قانون حاکم بر قرارداد به شرح آتی وضع قاعده کرده است: «قرارداد تابع قانون محلی است که باتوجه به اوضاع و احوال

1. Lex contractus

مسلم قضیه بیشترین ارتباط را با آن قرارداد داشته باشد مگر آنکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرارداده باشند». ناگفته پیداست که این ماده در صورت تصویب جزئاً یا کلاً جایگزین قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی خواهد شد.^۱ مسئله وقتی با اهمیت تر خواهد شد که به یادآوریم این متن یک بار در سال ۱۳۹۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید ولی از سوی شورای نگهبان تأیید نشد^۲ و بدین ترتیب، همچنان در دستور کار مجلس قرار دارد.^۳

ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت را می‌توان از چندین منظر مورد بررسی قرار داد. اما به نظر می‌رسد آنچه بیش از همه درخور توجه است، تغییر کلانی است که این متن پیشنهادی در ارتباط با روش‌شناسی حل تعارض قوانین به همراه دارد. در واقع، پیش‌نویسندگان این متن عامل ارتباط را از «محل وقوع عقد» به کشوری که دارای بیشترین ارتباط با قرارداد باشد تغییر داده‌اند. این تغییر نه تنها از نقطه نظر قاعده حل تعارض قراردادهای، بلکه به لحاظ روش‌شناسی حل تعارض قوانین درخور توجه است. فهم تغییر پارادایم یادشده نیازمند آشنایی با پارادایم‌های جاری حل تعارض قوانین است. بدین ترتیب، در ابتدا به تشریح دو پارادایم حل تعارض قوانین پرداخته‌و در ادامه به بررسی تغییر پارادایم حل تعارض در ماده ۳ یادشده خواهیم پرداخت.

۱. دوگانگی پارادایم‌های حل تعارض قوانین قراردادی

حل تعارض قوانین، به‌سان سایر حوزه‌های حقوقی، نیازمند روشی است که بر اساس آن عملی شود. اگر از نقطه نظر زمان تعیین قانون حاکم به مسئله بنگریم، می‌توانیم تأیید کنیم که دو روش جاری حل تعارض قوانین در برابر یکدیگر قرار گرفته‌اند: از یک‌سو، کشورهای اروپایی از روش دومرحله‌ای حل تعارض ساوینی با پاره‌ای تعدیلات پیروی می‌کنند و از دیگر سو، ایالات متحده آمریکا عمدتاً از روش‌های ماهوی پسینی تبعیت کرده است. در حالی که اولی از پیش درخصوص نظام حقوقی حاکم تعیین تکلیف می‌کند، دومی تعیین تکلیف مسئله را به زمان وقوع اختلاف موکول می‌کند. این و آن نظر به ترتیب در ادامه بررسی می‌شوند.

۱. جزئی یا کلی بودن جایگزینی بستگی به تفسیری خواهد داشت که از جای دادن متن یادشده در «قانون تجارت» به دست داده خواهد شد. اگر به دلیل تصویب ماده یادشده در قانون تجارت، آن را صرفاً ناظر بر «قراردادهای تجاری» بدانیم، جایگزینی جزئی خواهد بود. در نقطه مقابل اگر محل قرار گرفتن متن جدید فاقد اهمیت دانسته شده و ماده جدید را شامل تمامی قراردادهای بدانیم، آن‌گاه جایگزینی کلی خواهد بود.

۲. برای ملاحظه اسناد مربوطه به صورت کامل، نک: < http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/971448 >

۳. اعلام وصول مجدد مورخ ۱۳۹۹/۵/۱، نک: < http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/1599854 >

۱-۱. پارادایم تعیین پیشینی قانون حاکم

می‌دانیم که حل تعارض قوانین اروپایی به صورت کلاسیک مبتنی بر روش‌شناسی دومرحله‌ای است. در واقع، در مرحله نخست باید به سراغ قاعده حل تعارض^۱ رفته و بر اساس آن تشخیص دهیم کدام سیستم حقوقی صالح به اعمال است. در مرحله دوم نوبت به اعمال قاعده ماهوی^۲ سیستم حقوقی مربوطه می‌رسد. صورت‌بندی منقح این روش را به فردریش کارل فون ساوینی^۳ (۱۷۷۹-۱۸۶۱) منتسب می‌کنند و از این رو، به روش ساوینی^۴ نامبردار است؛^۵ روشی که به رغم انتقادات وارد شده به آن، همچنان به عنوان روش اصولی حل تعارض قوانین اروپایی با برخی تعدیلات به حیات خود ادامه می‌دهد.

قواعد حل تعارض قوانین در روش یادشده قواعدی غیرمستقیم^۶، خنثی^۷ و دوسویه^۸ هستند (در این خصوص، نک: Deruppé, 2008: 79; Mélin, 2002: 98; Vignal, 2014: 41 et seq; Gothot, 1971/1: 1-36; Gothot, 1971/2: 209-243; Gothot, 1971/3: 415-450; Bucher, 1979: 37-55). به عبارت دیگر، قاعده حل تعارض، اولاً، مستقیم پاسخ مسئله پیش آمده در خصوص رابطه خصوصی فراملی را نمی‌دهد؛ ثانیاً، قاعده حل تعارض فاقد جهت‌گیری ارزشی در رابطه با موضوع مطرح شده است؛ و ثالثاً، قاعده حل تعارض همان گونه که ممکن است منتهی

1. Règle de conflit

2. Règle matérielle ou substantielle

3. Friedrich Carl Von Savigny

4. Méthode Savignienne

۵. ساوینی نظریات خود در این خصوص را در جلد هشتم از کتاب «دوره حقوق روم» مطرح می‌کند که به عنوان آخرین مجلد از این دوره (عمومات حقوق روم) به بحث از تعارض زمانی و مکانی قواعد حقوقی می‌پردازد (Von Savigny, 1860: 3 & 10). به منظور به دست دادن اصول بنیادین حل تعارض قوانین، ساوینی بر این باور است که باید به ماهیت روابط حقوقی توجه کرد. با عنایت به این ماهیت است که می‌توان در هر مورد متناسب‌ترین سیستم حقوقی برای هر موضوعی را جست و بر آن اعمال کرد. بدین ترتیب به باور ساوینی، باید در ابتدا گروه‌های روابط حقوقی مختلف را از هم تفکیک نموده و سپس جایگاه هر رابطه حقوقی را جست و قانون آن سیستم حقوقی را بر رابطه حقوقی مربوطه اعمال کرد (Von Savigny, 1860: 118). به طور موجز، ساوینی فرآیند حل تعارض قوانین را چنین توصیف می‌کند: «تعیین متناسب‌ترین حوزه حقوقی با ماهیت و ذات هر رابطه حقوقی» (Von Savigny, 1860: 30 et 31, et dans le même sens, v. 109). بدین ترتیب ساوینی به ترتیب در خصوص «احوال شخصیه»، «حقوق بر اشیاء»، «تعهدات»، «ارث»، «خانواده» و «شکل اسناد» سخن می‌گوید و در هر مورد جایگاه این روابط حقوقی را تعیین می‌کند.

6. Indirecte

7. Neutre

8. Bilatérale

به اعمال قانون مقرر شود، ممکن است اعمال قانون ماهوی خارجی را در پی داشته باشد. دست‌یازی به روش‌شناسی دومرحله‌ای ساوینی و حل مسئله از طریق قواعد حل تعارض قوانین از یک‌سو، از منظر بی‌توجهی خودخواسته و کامل نسبت به اهداف قانون‌گذار و از سوی دیگر، به‌جهت شکل‌گرایی صرف در تعیین قانون حاکم موضوع انتقاد بوده است. خنثی بودن قواعد حل تعارض بیش از همه ویژگی‌های این قواعد، مورد تمرکز و بحث بوده است. منتقدین بر این باور بودند که قواعد حل تعارض منتهی به‌گونه‌ای مکانیکی بودن^۱ تعارض قوانین گردیده‌اند (V. par exe. 98: 2002; Mélin, 40 & 39: 2007; Gutmann, 80: 2008; Deruppé). انتقادات وارده به قاعده حل تعارض و روش‌شناسی دومرحله‌ای در چهارچوب کشورهای اروپایی، پیدایش تدریجی دو گونه تعدیل را در پی داشت:

الف) پیدایش قواعد حل تعارض ماهوی گونه: کم‌کم دسته‌نویسی از قواعد حل تعارض با رنگ و بوی ماهوی (قواعد حل تعارض ماهوی گونه)^۲ پیدا شدند که به‌گونه‌ای متضمن گرایش ارزشی قانون‌گذار نیز بودند (53 & 52: 1981; Loussouarn, 87: 1988; Loussouarn). این قواعد حل تعارض ماهوی گونه خود به دو صورت تجمیعی و جایگزین صورت‌بندی می‌شوند:

۱. قواعد حل تعارض جایگزین: قواعد حل تعارض جایگزین^۳ متضمن ارزش‌گذاری ماهوی قانون‌گذار هستند. می‌توان به ماده ۱۷-۳۱۱ قانون مدنی فرانسه به‌عنوان یک نمونه اشاره کرد (Bucher, 40: 1979) که اعلام می‌دارد: «شناسایی ارادی رابطه پدری یا مادری معتبر خواهد بود اگر مطابق با قانون شخصی شناسایی کننده یا قانون شخصی طفل به‌عمل آمده باشد». نمونه دیگر در کنوانسیون ۱۹۶۱ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر شکل وصیت‌نامه مشاهده می‌شود. این گزاره‌ها گامی میان قاعده حل تعارض و قاعده ماهوی برداشته‌اند: از یک‌سو، همچنان قاعده ثانوی هستند و صرفاً به تعیین قاعده قابل اعمال می‌پردازند ولی از دیگر سو، قاعده اعمال‌پذیر را از مجرای بررسی اهداف و نتایج قواعد ماهوی مرتبط تعیین کرده و سعی در اعمال قانونی دارند که رابطه پدر/مادر - فرزندی (در مثال نخست) یا وصیت‌نامه (در مثال دوم) را معتبر و صحیح تلقی کند. بدین وسیله قانون‌گذار می‌تواند دستیابی به هدف یا اهدافی خاص در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی را تضمین کند. برای نمونه در رابطه با قراردادی خاص ممکن است قانون‌گذار پیش‌بینی کند که این قرارداد به ترتیب تحت حاکمیت قانون الف یا ب یا پ (هر کدام که نظر به صحت قرارداد داشته باشد) خواهد بود. در این موارد به‌طور

1. Mécanicité
2. Règle de rattachement à caractère substantiel
3. Règles de rattachement alternatif

معمول اگر عمل حقوقی طبق یکی از قوانین نام برده شده صحیح تلقی شده باشد، عمل حقوقی صحیح خواهد بود. همان گونه که پیداست قانون‌گذار در این موارد «ارزش‌گذاری مثبت» ماهوی اتخاذ کرده و نمی‌توان چنین قاعده حل تعارضی را خنثی دانست (Vignal, 2014: 60).

۲. قاعده حل تعارض تجمیعی: ^۱ گاه ممکن است قاعده حل تعارض ماهوی‌گونه دو (یا چند) قانون را هم‌زمان قابل اعمال دانسته باشد. بدین ترتیب، درخصوص موضوع خاصی تنها در صورتی امکان انجام امری به لحاظ حقوقی تجویز می‌شود که تمامی دو یا چند سیستم حقوقی مورد ارجاع آن را تجویز کرده باشند. برای نمونه به بند ۱ از ماده ۱۰ قانون ۵ دسامبر ۱۹۲۳ فنلاند اشاره شده است که مقرر می‌داشت: «طلاق زوجین تبعه یک دولت خارجی یا زوجینی که یکی از آن‌ها خارجی است در فنلاند پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه علت طلاق هم در قانون ملی یکی از زوجین و هم در قانون فنلاند پذیرفته شده باشد» (خمامی‌زاده، ۱۳۷۶: ۳۷). ^۲ همان گونه که روشن است، قانون‌گذار در هنگام وضع قاعده حل تعارض تجمیعی تمایل به پیشگیری از امری داشته و به تعبیری «ارزش‌گذاری منفی» را مدنظر دارد (Loussouarn, 1988: 92).

ب) اماره‌گرایی درخصوص عامل ارتباط: نقد مبتنی بر مکانیکی بودن قاعده حل تعارض از منظری مبتنی بر این واقعیت بود که اوضاع و احوال برخی از پرونده‌ها به گونه‌ای است که می‌توان گفت حقوق کشور دیگری (غیر از کشوری که عامل ارتباط در آن واقع است) ارتباط بیشتری با موضوع مطروحه در پرونده دارد. در این موارد اعمال عامل ارتباط ثابت معقول و منطقی نخواهد بود. این نقد به تغییری قابل توجه در رابطه با قاعده حل تعارض قراردادی در اتحادیه اروپایی منتهی شده است. می‌دانیم که حل تعارض قراردادی در چهارچوب اروپا از چند دهه قبل، ابتدائاً در قالب کنوانسیون ژنوا ۱۹۸۰ در رابطه با قانون حاکم بر تعهدات قراردادی ^۳ و متعاقباً آیین‌نامه ژنوا ۱ با همان عنوان، ^۴ موضوع

1. Le rattachement cumulatif

۲. برخی از حقوق‌دانان ایرانی چگونه در خصوص خود نکاح و طلاق در چهارچوب ماده ۹۶۳ قانون مدنی به قاعده حل تعارض تجمیعی مشابهی رسیده و چنین اظهار عقیده می‌کنند: «به نظر می‌رسد همان گونه که برای اصل ازدواج باید قانون دولت متبوع طرفین رعایت شود برای طلاق نیز باید قانون دولت متبوع طرفین رعایت شود» (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۳۱۳).

3. 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version, available at:

< [https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29)

content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29 >

4. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), available at:

< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593> >

هماهنگ‌سازی بوده است. در چهارچوب آیین‌نامه^۱ رُم ۱، از یک‌سو معیار کلی تعیین قانون قابل اعمال (در فرض عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین) در بندهای ۳ و ۴ ماده ۴ آن آیین‌نامه در قالب سیستم «دارای نزدیک‌ترین ارتباط» معرفی شده است. از دیگر سو، مصادیقی در تعیین این معیار کلی در بندهای ۱ و ۲ همان ماده در قالب اماره^۲ کلی (بند ۲) و امارات جزئی (بند ۱) تعیین شده‌اند. اماره^۳ کلی بیانگر آن است که در هر مورد با سکوت مصادیق بند ۱ یا با اعمال‌پذیری دو یا چند مصداق بند ۱ مواجه باشیم می‌بایست سکونت‌گاه عادی طرفی که «تعهد اصلی» برعهده وی است را در نظر بگیریم. امارات جزئی نیز درخصوص هر «نوع قرارداد» به‌صورت جداگانه عامل ارتباطی را به‌صورت اماره تعیین کرده است. بدین ترتیب، این آیین‌نامه عوامل ارتباط تعیینی را از مؤلفه‌ای قطعی به اماره‌ای قانونی تغییر داده و امکان عدول و تعدیل آن را در عمل مهیا می‌سازد.

به هر روی، سیستم دومرحله‌ای حل تعارض اروپایی همچنان سیستمی پیشینی است. مراد از سیستم پیشینی، نظامی است که به‌منظور حل تعارض قوانین، پیشاپیش عامل تعیین قانون حاکم را در قالب قاعده یا قاعده‌های حقوقی به دست می‌دهد. در عین حال باید توجه داشت که نظام یادشده، گونه‌ای نظام پیشینی «تعدیل شده» است؛ چراکه به میزانی حاشیه^۴ مانور برای دادرس قائل می‌شود که در صورت احراز ارتباط نزدیک‌تر قرارداد با حقوق کشور دیگر، نسبت به عدول از عامل ارتباط ازپیش تعیین‌شده، اقدام نماید.

۲-۱. پارادایم تعیین پسینی قانون حاکم

سیستم حل تعارض آمریکا سیستمی پیچیده است. از نقطه نظر تاریخی این قواعد و نظام فکری حاکم بر این سیستم در دو بازه زمانی موضوع بازبینیه^۵‌های تدوینی از سوی انجمن حقوق آمریکا قرار گرفته‌اند؛ مجموعه قواعدی که توسط نویسندگان حقوقی با بررسی رویه قضایی جمع‌آوری گردیده است. اولین بازبینیه در سال ۱۹۳۴ منتشر گردید. این مجموعه، که به رویکرد اروپایی نزدیک‌تر بود، مورد انتقاد واقع‌گرایان حقوقی قرار گرفت. به‌سان انتقادی که بر نظریه ساوینی بیان کردیم، واقع‌گرایان حقوقی بر این باور بودند که مثلاً مرتبط کردن قرارداد به قوانین کشور (الف) صرفاً به دلیل اینکه آخرین جزء علت تامه (شرایط اساسی تشکیل قرارداد) در چنین کشوری واقع شده است، دست‌کم در برخی از پرونده‌ها به معنای نادیده گرفتن واقعیت است.

نقد مطرح شده از سوی واقع‌گرایان تنها با طرح نظریه تحلیل منافع حاکمیتی^۶ جنبه^۷ ایجابی به

1. Restatement
2. Governmental interest analysis

خود گرفته و منتهی به ایجاد نظریه‌ای جایگزین گردید. این نظریه تا حد قابل توجهی در بازبینی دوم قواعد حل تعارض که در سال ۱۹۷۱ منتشر گردید محل توجه قرار گرفته است، هرچند که در مورد رویکرد این بازبینی دوم و فاصله آن با نظریه تحلیل منافع حاکمیتی بحث و گفت‌وگو فراوان است (See in this regard. Brilmayer, 2016: 144-149; Roosevelt & Jones, 2016: 139-143;) (Michael, 2016: 155-160). به هر روی، نظریه تحلیل منافع حاکمیتی که هنوز در ایالات متحده از تفوق و توجه فراوان برخوردار است، رویکردی پسینی دارد.

بر اساس نظریه تحلیل منافع حاکمیتی در تعارض قوانین اصولاً با دو (یا چند) مقرر قانونی مواجهیم که هر یک برای برآوردن سیاست‌های^۱ خاصی وضع شده‌اند. در نتیجه تعارض قوانین به‌گونه‌ای تعارض میان سیاست‌های وضع شده از سوی دو قانون‌گذار متفاوت است. بدین ترتیب برای حل آن هم لازم است این منافع در کنار هم گذارده شده و از مجرای تحلیل منافع حاکمیتی^۲ به حل تعارض نائل آییم. به همین خاطر دادرس در تعارض قوانین وظیفه‌ای دولایه^۳ برعهده دارد: نخست، پاسخ‌گویی به اینکه آیا به واقع بیش از یک کشور در پرونده مطرح شده «ذی‌نفع» هستند یا نه، دوم، در صورت ذی‌نفعی بیش از یک کشور اینکه آیا به واقع این منافع متعارضند یا نه و کدام یک (در صورت تعارض) برتر است (Westen, 1967: 80, 81 & 89; Currie, 1959: 173).

در گام اول اگر به این جمع‌بندی برسیم که تعارض در معنای واقعی وجود ندارد، چنین وضعیت تعارض‌نمایی را تعارض ساختگی^۴ می‌نامیم. در واقع، گاه بررسی مسئله ذی‌نفعی دو (یا چند) حاکمیت درگیر در مسئله ما را بدین نتیجه رهنمون می‌سازد که تعارضی واقعی بین این دو (یا چند) مقرر مطرح در مسئله وجود ندارد. این واقعی نبودن تعارض در چند حالت اصلی ممکن است رخ دهد: ۱. پرونده‌هایی که در آن‌ها قوانین [ماهوی] هر دو (یا چند) کشور درگیر در مسئله یکسان باشد؛ ۲. مواردی که به‌رغم تفاوت قانون‌های مرتبط، همگی به نتایج مشابه^۵ منتهی می‌شوند؛ ۳. مواردی

نظریه یادشد به برنرد کری (Brainerd Currie) - استاد دانشگاه شیکاگو - نسبت داده شده که در سال‌های میان ۱۹۵۸ تا ۱۹۶۵ در مقالات خود آن را طرح‌ریزی کرد. با این حال، سال‌ها پیش از کری، استاد دیگری در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی به نام کیورز (Cavers) در سال ۱۹۳۳ نخستین جلوه‌های این رهیافت را طرح کرده بود. ۲ تا دهه هشتاد میلادی این رویکرد در بخش قابل توجهی از ایالات متحده آمریکا توسط دادرسان پذیرفته شده و اعمال گردید (Sedler, 1981: 1628).

1. Policies
2. Governmental interest analysis
3. Twofold
4. False conflicts
5. Identical results

که بررسی سیاست‌گذاری‌های دو (یا چند) قانون مرتبط با پرونده نشان از آن دارد که تنها یک کشور ذی‌نفع در مسئله است. به عبارت دیگر تنها یک کشور مسئله مطرح شده را از پیش در دامنه شمول قانون خود در نظر گرفته است؛^۴ پرونده‌هایی که به‌رغم ذی‌نفعی ظاهری بیش از یک قانون، همگی قوانین مطروحه جز یکی از آن‌ها به‌گونه‌ای قابل تفسیر هستند که تنها یک قانون ذی‌نفع نهایی به نظر برسد (Westen, 1967: 76 & 77).^۱

همان گونه که می‌توان از موارد یادشده ملاحظه نمود، مدعا این است که در این موارد به‌لحاظ عدم تقابل نفع دو حاکمیت در تحلیل نهایی، در واقع تعارضی مستقر نشده و می‌توان بدون ورود به مباحث تعارض قوانین نسبت به پاسخ‌گویی به مسئله اقدام نمود. از این رو، می‌توان تعارض ساختگی را دربردارنده «پرونده‌هایی که در آن‌ها قوانین کشورهای ذی‌نفع تعارض ندارند؛ چه به این دلیل که صرفاً یک کشور ذی‌نفع تلقی می‌شود یا به این خاطر که قوانین چند کشور ذی‌نفع با یکدیگر آشتی‌پذیر هستند» تعریف نمود (Westen, 1967: 80).

اگر هیچ‌یک از وضعیت‌های سابق وجود نداشته باشد، با تعارض واقعی^۲ روبه‌رو هستیم. با تعریف تعارض ساختگی، می‌توان با سهولت بیشتری به ارائه تعریفی از تعارض واقعی اقدام نمود. در واقع، در این دسته دوم از تعارض‌ها تقابل مستقر بین قوانین دو (یا چند) کشور درگیر در مسئله وجود دارد. به عبارت دیگر، تعارض واقعی در «پرونده‌هایی که قوانین کشورهای ذی‌نفع در تقابل با یکدیگر هستند» تعریف شده است (Westen, 1967: 79). در هنگام مواجهه با تعارض واقعی نوبت به گام دوم می‌رسد که عبارت است از سنجش و تحلیل منافع دولت‌های درگیر در مسئله جهت تعیین قانون حاکم. نظریه تحلیل منافع حاکمیتی به شرحی که بیان شد، یک نظریه پسینی است. در واقع در چهارچوب این نظریه طرفین یک رابطه حقوقی از پیش از ایجاد ماهیت حقوقی یا انجام عملی

۱. با این حال در نوشته‌های نویسندگان امریکایی گاه فروض دیگری نیز ذیل تعارض ساختگی مطرح می‌شوند. به صورت خاص سه مورد دیگر به موارد یادشده افزوده شده‌اند: ۵. فرضی که هیچ یک از قوانین مطرح شده در پرونده ذی‌نفع برای اعمال بر مورد نیستند؛ ۶. فرضی که قانون خارجی در پرونده نه برای پاسخگویی به مسئله اصلی، بلکه صرفاً به عنوان یک داده (Datum) مطرح شده است. به عبارت دیگر، قانون خارجی صرفاً به منظور تبیین موضوع به کار رفته است و قاعده تصمیم‌سازی (Rule of decision) نبوده است. برای مثال می‌توان از مواردی نام برد که فرد با فرض اینکه سهم الارث وی - مشابه قوانین محل اقامت خود - یک سوم است اقدام به قبول تقسیم‌نامه‌ای درخصوص ماترک با سایر وارثین نموده و در ادامه صرفاً جهت «اثبات اشتباه خود» و نه برای «اثبات قانون حاکم» به قانون محل اقامت خود استناد می‌کند تا ابطال تقسیم‌نامه را خواستار شود (Currie, 1959: 171 & 172)؛ ۷. فرضی که تنها به قوانین یکی از دو (یا چند) کشور در دعوا استناد شده است (Westen, 1967: 77 & 78).

نخواهند دانست که چه قانونی بر این ماهیت یا عمل حاکم خواهد بود. حتی قاضی در هنگام مواجهه اولیه نمی‌تواند قانون حاکم بر قضیه را تعیین کند. تنها پس از بررسی «قواعد ماهوی» تمامی سیستم‌های حقوقی درگیر در موضوع و وزن‌سنجی سیاست‌های تقنینی هر یک از این‌هاست که قاضی ممکن است به‌صورت پسینی تعیین کند که چه قانونی بر مسئله حاکم است.^۱

۲. پیش‌نویس قانون تجارت و حل تعارض قوانین قراردادی

حال که با منظرگاه‌های اصلی روش‌شناختی در تعارض قوانین آشنا شدیم، به آسانی می‌توان به نقد ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت نشست. بعد از مرور تغییراتی که این ماده در نظام کنونی حل تعارض قراردادی به همراه دارد، به بررسی تغییر پارادایمی که از تصویب این ماده به بار خواهد آمد، می‌نشینیم.

۲-۱. نگاهی گذرا به تغییرات قاعده حل تعارض قراردادی در پیش‌نویس

ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت از چند جهت تغییراتی در وضعیت کنونی قاعده حل تعارض قراردادی (موضوع ماده ۹۶۸ قانون مدنی) ایجاد می‌کند. این تغییرات هر یک پیامدهایی برای نظام حقوقی به همراه دارند و نیازمند بررسی مستقلی هستند. در اینجا فهرست‌وار به بیانی اجمال از سه تغییر اصلی می‌پردازیم.

۱. این پسینی بودن در چهارچوب بازبیانیه دوم قواعد حل تعارض ایالات متحده نیز به صورت تعدیل شده‌ای وجود دارد. بخش ۱۸۸ این مجموعه در مورد قانون حاکم بر قرارداد در فرض عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، چنین تنظیم شده است:

«۱- حقوق و تکالیف طرفین در خصوص موضوعی در قرارداد توسط قوانین کشوری حل و فصل می‌شود که در ارتباط با موضوع مزبور دارای مهمترین رابطه (از روابط موضوع بخش ۶ این مجموعه) با معامله و طرفین معامله باشد. ۲- در صورت فقدان انتخاب موثر قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین (نک. بخش ۱۸۷)، ارتباطاتی که در اجرای اصول موضوع بخش ۶ باید به منظور تعیین قانون حاکم بر موضوع قراردادی در نظر گرفته شوند، به شرح زیر می‌باشند: الف) محل انعقاد قرارداد، ب) محل مذاکرات قراردادی، پ) محل اجرا، ت) محل وقوع موضوع قرارداد، و ث) اقامتگاه، سکونتگاه، تابعیت، محل تاسیس و محل کسب و کار طرفین.

این ارتباطات باید با در نظر گرفتن اهمیت نسبی آنها در رابطه با موضوع مطروحه ارزیابی شوند.

۳- اگر محل مذاکرات قرارداد با محل اجرا در یک ایالت واقع شده باشند، مقررات داخلی این ایالت اصولاً اعمال خواهند شد مگر در مواردی که به موجب بخش‌های ۱۸۸، ۱۸۹ و ۲۰۳ این مجموعه مقرر ی مخالفی پیش‌بینی شده باشد.» (ALI, 1971/1: 575)

نویسندگان بازبیانیه دوم، به استثنای اماره‌ای که در بند (۳) پیش‌بینی کرده‌اند و اماراتی که در بخش‌های آتی آن سند در رابطه با برخی انواع قراردادهای موضوعات قراردادی به دست داده‌اند (ALI, 1971/1: 586 et seq)، در تحلیل نهایی رویکردی پسینی را در ماده ۱۸۸ منعکس کرده‌اند و از این جهت (پسینی بودن ریشه تحلیل) بازبیانیه دوم به نظریه تحلیل منافع حاکمیتی نزدیک شده است.

الف) مسئله حاکمیت اراده: وضعیت کنونی حقوق ایران در رابطه با حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، وضعیتی پیچیده و ناسره است. نویسندگان پیش نویس قانون مدنی در قسمت دوم ماده ۹۶۸ قانون مدنی، با نظر به تحولات حقوق فرانسه، سعی در گنجاندن راهکار در پیش گرفته شده از سوی دیوان عالی کشور فرانسه در پرونده امریکن تریدینگ علیه کبک استیم شپ^۱ داشتند. با این حال در پی ایرادات نمایندگان خراسان این بخش از ماده تغییر یافت و امروزه با عبارات آتی در پایان آن ماده جا خوش کرده است: «مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». بیم این نمایندگان از «صلاحیت محاکم روسیه»، باعث شد که در مقررۀ مربوط به «تعارض قوانین» دست ببرند و تلاش های وزیر عدلیه وقت برای ترسیم تمایز مقولاتی این دو مبحث از نظر حقوقی راه به جایی نبرد.^۲

۱. بدون ورود به وقایع پرونده به همین میزان بسنده کنیم که شعبۀ حقوقی دیوان عالی کشور فرانسه در رأی صادره به تاریخ ۵ دسامبر ۱۹۱۰ در این پرونده، بر این باور بود که «قانون قابل اعمال بر قراردادها - اعم از موضوعات مربوط به تشکیل، آثار یا شرایط قرارداد - قانونی است که طرفین برگزیده اند». دیوان در تکمیل این مطلب، درخصوص نحوه احراز اراده طرفین اعلام می دارد: «این اعلام [اراده] نه تنها می تواند صریح باشد، بلکه ممکن است از وقایع و احوال و احوال مسئله و همچنین از شروط قراردادی استنباط شود» (Cass. Civ. 5 Dec. 1910 (American Trading Co.)).

۲. لایحه دولت برای شور دوم به کمیسیون فرستاده شده تا پس از بررسی کمیسیون شور دوم در صحن علنی مجلس برگزار شود. در شور دوم لایحه در کمیسیون عدلیه (مورخ ۲۵ دی ماه ۱۳۱۳) تعداد قابل توجهی از نمایندگان به مسئله ای اشاره داشته و درخواست اصلاح ذیل ماده را می نمایند. این نمایندگان بر مشکلات ناشی از شرط صلاحیت محاکم روس در قراردادهای منعقد شده میان ایرانیان و اتباع روسیه تأکید داشته و تلاش برای اصلاح متن ماده ۹۶۸ (ماده ۱۳ لایحه) به منظور جلوگیری از این شروط نمودند. وزیر عدلیه عبارات واضح و شیوایی در پاسخ بیان می دارند: «باید موضوع را تفکیک نمود اینکه رفع اختلاف رجوع به مملکت دیگر شود یک موضوعی است و اینکه تعهدات تابع قوانین مملکت دیگر بشود موضوع دیگری است اولاً متعاملین کاملاً در معامله آزاد هستند و نمی شود آنها را الزام کرد که تو فلان قرارداد را نبند. اساساً ایرانی ها عاداتی دارند که در وقت معامله هر شرطی را قبول می کنند و بعد ممکن است از زیر بار آن هم شانه خالی و به قول عوام جر بزنند و یا متوسل به دولت می شوند همین فکرها آن روز اول برای آنها هست من موافقم در اینکه ایرانی ها فکرشان ناقص است و باید اخلاق آنها را تغییر داد. اصحاب دعوی بدون تعهد هم ممکن است بروند در مسکو محاکمه کنند. خود دولت همین کار را در موردی کرده و ضرر دیده است حالا به هر حال ممکن است اینجا قید شود (مگر آنکه متعاقدين غيرایرانی باشند)» (نائینی، ۱۳۹۵: ۳۳۸).

شاید تعبیر دو تن از نویسندگان در بیان رویکرد برخی از نمایندگان وقت شورای ملی برای توضیف تغییرات به عمل آمده در ماده ۹۶۸ قانون مدنی مناسب باشد. این حقوق دانان چنین می نویسند: «برداشت های شخصی هر کدام از این

نویسندگان حقوقی دست‌کم سه رویکرد تفسیری را در مواجهه با قید «اتباع خارجه بودن متعاقدين» در قسمت پایانی ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در پیش گرفته اند:

۱. رهیافت مضیق: عده‌ای بر این باورند که ماده ۹۶۸ قانون مدنی تنها در فرض غیرایرانی بودن طرفین قرارداد بین‌المللی، امکان انتخاب قانون حاکم را می‌دهد. به باور این نویسندگان، «برای اینکه انتخاب قانون حاکم از سوی دو طرف قرارداد ممکن باشد، باید... هر دو خارجی باشند. قرارداد ایرانی و خارجی، اگر در ایران واقع شود، تابع قانون ایران است، هرچند که دو طرف قانون دیگری را انتخاب کرده باشند...» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۶۳ و در همین مضمون، ۲۲۵ همچنین نک: کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۷۴).^۱

۲. رهیافت میانه نخست (شخص محور): بر اساس این رهیافت استثنای ذیل ماده یادشده نه تنها شامل فرضی که هر دو طرف قرارداد اتباع خارجه باشند، بلکه در فرضی که صرفاً یکی از طرفین خارجی باشد نیز اعمال پذیر است (ایران‌پور، ۱۳۸۱).^۲

افراد از محیط پیرامون خود که عمدتاً از طریق تجربیات محدود یا شنیده‌های غیر مستند و غیر قابل اتکا کسب شده‌اند، مبنای تفسیر آن‌ها از داده‌های واقع‌گرایانه قرار گرفته است» (وحیدی فردوسی و نعیمی، ۱۳۹۹: ۲۸۷).

۱. به عنوان نمودی از این رویکرد، می‌توان به دادنامه شماره ۸۷۹-۱۳۹۲/۰۹/۰۴-شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد. این شعبه در خصوص یک قرارداد چارترپارتی بین طرف ایرانی و طرف انگلیسی که در ماده ۲۵ آن قانون انگلیس به عنوان قانون حاکم تعیین شده بود، چنین اظهارنظر کرده است: «رابعاً - باتوجه به منطوق ماده ۹۶۸ قانون مدنی، "تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند" و مطابق ماده ۹۷۱ قانون مذکور، "دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات، تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود". مستفاد از مواد قانونی یادشده این است که چون دعوا در ایران اقامه شده، از حیث آیین و اصول دادرسی قانون جمهوری اسلامی ایران حاکم است و چون یکی از طرفین اتباع ایرانی هستند از جهت ماهوی نیز قانون جمهوری اسلامی ایران قانون حاکم می‌باشد» (اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۴: ۷۴۹).

۲. هرچند دکتر کاتوزیان طرفدار نظریه تفسیر مضیق بخش اخیر ماده بودند، ظاهراً به مرور زمان تردیدهای مطروحه را مدنظر قرار داده و در آثار متأخر خود چنین می‌نویسد: «از مفاد این ماده چنین فهمیده می‌شود که، دست کم در موردی که دو طرف عقد ایرانی هستند، نمی‌توانند به تراصی محل عقد را از جای طبیعی آن تغییر دهند و بدین وسیله قانون کشور دیگری را بر آن حاکم سازند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۷۶).

شاید بتوان دادنامه شماره ۱۱۸۹-۱۳۹۱/۱۱/۰۸-شعبه ۲۷ دادگاه عمومی تهران که طی دادنامه شماره ۲۴۸-۱۳۹۲/۰۲/۳۰-شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده، را نیز در این دسته از نظرات گنجانده. بخشی از این دادنامه چنین تنظیم شده است: «دادگاه بدون ورود به ماهیت دعوی به این استدلال که ماده ۹۶۸ از قانون مدنی در باب تعهدات حاصل از

۳. رهیافت میانه دوم (قراردادمحور): بر اساس این خوانش، حاکمیت اراده در تمامی قراردادهای بین‌المللی محدود نشده است بلکه «منظور قانون‌گذار از عبارت یادشده در این ماده تنها عقدهای منعقد در ایران بوده که تنها به اتباع بیگانه اجازه داده شده بتوانند قانونی دیگر غیر از قانون محل عقد را به عنوان قانون قابل اجرا برگزینند. بنابراین، با پذیرفته شدن اصل آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا درباره قراردادهای در این ماده، در مورد قراردادهای منعقد در خارجه تفاوتی میان اتباع ایران و اتباع بیگانه در بهره‌مندی از این اختیار نیست» (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲/۴۱۶).^۱

۴. رهیافت موسع: سردمداران این رهیافت در پی در هم شکستن کلی انحصار ذیل ماده به اتباع خارجه هستند. در نظر اینان دلیلی بر اختصاص اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم به اتباع خارجه وجود ندارد. به علاوه، ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی نیز مؤید این رویکرد تلقی می‌شود؛ چه بدون توجه به تابعیت طرفین حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت قرارداد را تجویز نموده است (امیرمعزی، ۱۳۹۵؛ شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۱۳۴ و ۱۳۵؛ شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۳۵۰).

پیش‌نویس نویسندگان قانون تجارت ظاهراً با توجه به این گره خوردگی و چندگانگی نظرات حقوقی

عقود می‌باشد و ارتباطی به توافق طرفین در مورد مراجعه به حل اختلاف ندارد و تمسک به قوانین ملی نباید مخالف با نظم نوین بین‌المللی باشد و قرارداد فوق‌الذکر نیز با یک تبعه آلمانی منعقد شده است و با وجود عنصر خارجی دعوی بین‌المللی محسوب می‌شود و در ماده ۱۱ قرارداد فوق‌الذکر طرفین به صراحت توافق نموده اند که هرگونه اختلاف ناشی از این قرارداد در دادگاه واجد شرایط برلین مورد رسیدگی قرارگیرد و اینکه اساساً این قرارداد صحیح یا باطل می‌باشد در صلاحیت دادگاه اخیرالذکر است، ...» (اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۳: ۱۱۳). هرچند در تحلیل نهایی به نظر می‌رسد در این دادنامه خلط میان تعارض قوانین و تعارض صلاحیت رخ داده است.

۱. نویسنده دیگری نیز با در پیش گرفتن همین رویکرد می‌نویسد:

«باید گفت منظور از قسمت اخیر ماده فوق قراردادهای منعقد در ایران بوده و اتباع خارجه نیز شامل اشخاص غیرایرانی می‌شد و نباید آن را به اتباع خارجه به موجب قانون کشوری دیگر تعمیم داد.

لذا در صورتی که دو نفر ایرانی، یا یک نفر ایرانی و یک نفر خارجی، در خارج از ایران، مبادرت به انعقاد قراردادی بنمایند، با در نظر گرفتن قاعده حل تعارض آن کشور خارجی و در صورتی که منعی از نظر آن قانون وجود نداشته باشد، می‌توانند قرارداد خود را تابع قانون آن کشور یا ایران به میل و توافق خود قرار دهند» (ارفع نیا، ۱۳۹۵: ۲/۷۹).

به همین صورت نویسنده دیگری بدون ارائه استدلالی بر این باور است که «در قراردادهای منعقد در ایران که طرفین یا یکی از آنها ایرانی باشند تعیین یک قانون خارجی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد منشأ اثر نخواهد بود. در مقابل در قراردادهای منعقد در خارج از ایران طرفین چه ایرانی باشند و چه خارجی می‌توانند قانون مورد نظر خود را انتخاب نمایند» (خمامی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۱۶).

در زمینه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، سعی در گشودن گره نموده‌اند و حاکمیت اراده متعاقدين در این خصوص را به صورت مطلق و صرف نظر از تابعیت آن‌ها تجویز کرده‌اند.

ب) مسئله دامنۀ دسته ارتباط: ماده ۹۶۸ قانون مدنی در بیان دسته ارتباط قراردادها از اصطلاح «تعهدات ناشی از عقود» استفاده کرده است. تعهدات ناشی از عقود ظاهراً ماده را منحصر به مرحله آثار قرارداد می‌کند. حقوق دانان ایرانی در مقام تفسیر ماده یادشده از ظاهر این عبارت فراتر رفته و مرحله «تشکیل» قرارداد را نیز ذیل این ماده جای داده‌اند (برای نمونه، نک: سلجوقی، ۲/۱۳۸۶: ۴۱۱؛ کاتوزیان، ۱/۱۳۸۵: ۳۷۶؛ شهیدی، ۱۳۷۶: ۳۳۹). با این حال، در دو دهه اخیر تعداد اندکی از نویسندگان در این شمول تردید کرده‌اند. به نظر یکی از حقوق دانان دلیلی برای کنار گذاشتن ظاهر ماده ۹۶۸ قانون مدنی وجود ندارد. بدین ترتیب به باور نویسنده یادشده، قانون‌گذار ایرانی مسئله را به سکوت برقرار کرده است و در این حالت باید به سراغ اصل سرزمینی بودن قوانین ایران (منعکس در ماده ۵ قانون مدنی) رفت. به تعبیر دیگر، «در فقدان قاعده حل تعارض، قانون مقرر دادگاه اجرا می‌شود» (شریعت باقری: ۱۳۹۶: ۳۴۶؛ شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۱۳۰ در همین مضمون، نک: الماسی، ۱۳۸۶: ۳۴۶-۳۴۴).

صرف نظر از اینکه این نظر یا آن نظر درست باشد،^۱ وجود اختلافی برآمده از ابهام نگارشی

۱. البته در مقام داوری میان این دو نظر، به نظر می‌رسد باید همچون اکثریت حقوق دانان ایرانی بر این باور بود که ماده ۹۶۸ قانون مدنی در بردارنده شرایط تشکیل قرارداد هم می‌شود. این برداشت علاوه بر قیاس اولویت، در پرتو مذاکرات تصویب قانون مدنی نیز تأیید می‌شود. در واقع مثال‌هایی که وزیر عدلیه وقت (به عنوان تهیه کننده متن پیشنهادی قانون مدنی) در مجلس و کمیسیون مربوطه مطرح می‌کند به خوبی نشان از تسری ماده در نظر تهیه کننده آن به مرحله تشکیل قرارداد دارد. ایشان در پاسخ سه سؤال طرح شده از سوی نمایندگان، سه مثال می‌زنند که هر سه مربوط به مرحله «انعقاد قرارداد» است. النهایه گزارشگر جلسه چنین می‌نویسد: «مخالفی دیگر نبوده و مواد ۱۴ و ۱۵ از این قرار قرائت شد...» (نائینی، ۱۳۹۵: ۱۰۴). سه فراز یادشده را به ترتیب ذکر می‌کنیم:

الف) «آقای وزیر توضیح دادند اگر در فرانسه بین دو نفر معامله ای واقع شود که به یک نهج باطل و به یک نهج صحیح باشد، آن معامله باطل است از حیث حکم مگر آنکه قرار بگذارند که مطابق قانون ایران اختلاف رفع و حکم شود. فرض دیگر این است که ما با کمپانی ایتالیایی معامله ای می‌کنیم و در قرارداد می‌نویسیم، رفع نزاع مطابق قانون ایران یا انگلیس بعمل خواهد آمد حالا اگر این قرارداد را بگذاریم، چون کثرت در ایران صورت گرفته، بایستی مطابق قوانین داخلی ایران عمل شود» (نائینی، ۱۳۹۵: ۱۰۳).

ب) «آقای وزیر جواب دادند قبض شرط رهن است. اگر آمدند رهنی کردند بدون قبض، مطابق قانون ما آن رهن باطل است اگرچه آن محاکمه در فرانسه بشود عکس آن هم همین طور است اگر در قانون فرانسه قبض شرط رهن نباشد و

قانون‌گذار گاهی بر گره‌های انبوه تفسیری نظام حقوقی ایران افزوده است. شاید به همین خاطر نویسندگان ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت بر آن شدند که برای تعیین دسته ارتباط حوزه قراردادهای از عبارت «قرارداد» به تنهایی استفاده کنند. این گام می‌تواند با دیده تأیید نگریسته شود.

پ) مسئله تغییر عامل ارتباط: تغییر دیگر ماده به عامل ارتباط آن باز می‌گردد. ماده ۹۶۸ قانون مدنی به صورت سنتی محل وقوع قرارداد را به عنوان مرتبط‌ترین سیستم حقوقی برای حاکمیت بر قرارداد تلقی کرده بود. این رویکردی است که با الهام از حقوق فرانسه قدیم پذیرفته شده بود. با این حال حتی فرانسویان هم، به شرحی که دیدیم، امروزه از این عامل ارتباط‌گذار کرده‌اند. بدین ترتیب، نویسندگان پیش‌نویس قانون تجارت نیز به روزرسانی قاعده حل تعارض قراردادی در حقوق ایران را از جمله در تغییر عامل ارتباط دیده‌اند. عامل ارتباط نوینی که جایگزین محل وقوع عقد گردیده، عبارت است از سیستم حقوقی که دارای «بیشترین ارتباط» با قرارداد باشد. این عامل ارتباط جدید به وضوح تحت تأثیر قاعده‌گذاری نوین در اتحادیه اروپایی (و شاید بازبینیه دوم حل تعارض قوانین ایالات متحده) به عمل آمده است. با این حال به شرحی که در ادامه خواهیم دید، ایرادات خرد و کلان به همراه دارد.

۲-۲. نقد تغییر روش‌شناسی حل تعارض قراردادی در پیش‌نویس

اقدام نویسندگان پیش‌نویس قانون تجارت در تغییر عامل ارتباط در ماده ۳، به صورت مستقیم تغییر عامل ارتباط قراردادی تلقی می‌شود. در عین حال این اقدام، به صورت غیرمستقیم گونه‌ای تغییر پارادایم حل تعارض قوانین را در پی دارد. این تغییر دست‌کم بدین صورت که در ماده ۳ یادشده صورت‌بندی شده، مطلوب نمی‌باشد. در ادامه مختصراً ایرادات این نحوه صورت‌بندی را بیان می‌کنیم.

الف) رویکرد پسینی و عدم تعین: شاید نیاز به توضیح نباشد که رویکرد پسینی به ناگزیر منتهی به گونه‌ای «عدم تعین» می‌شود. طرفین رابطه حقوقی نمی‌توانند پیشاپیش با قاطعیت بگویند که رابطه فی مابین ایشان موضوع قوانین چه کشوری خواهد بود. همچنین، اگر بپذیریم که بخش قابل توجهی از خدمات مشاوران حقوقی بنگاه‌های اقتصادی در تنظیم قراردادهای منوط به پیش‌بینی آینده و به قاعده‌سازی آن است (نک: حقانی، ۱۳۹۸: ۱۱۱ و ۱۱۲)، این مشاوران نیز در صورت عدم توافق طرفین در خصوص قانون حاکم، در پیش‌بینی آینده قراردادی و تعیین تکلیف آن به مشکل خواهند خورد.

محاکمه چنین دعوایی به محاکم ایران رجوع شد، ما هم باید قبول کنیم و اساساً در ایران می‌توانند دو نفر معامله‌ای نموده و شرط کنند، مطابق قانون فرانسه نسبت به این معامله رفتار خواهد شد» (نائینی، ۱۳۹۵: ۱۰۴).

ج) «آقای وزیر جواب دادند اگر دو نفر مسلمان در فرانسه معامله شراب نمایند و محاکمه آن‌ها در اینجا صورت گیرد، محاکم ما مجبورند رسیدگی کرده، حکم دهند زیرا این‌ها یک اصولی است که باید رعایت شود» (نائینی، ۱۳۹۵: ۱۰۴).

ب) رویکرد پسینی و امارات: بخش ۱۸۸ بازبینیه دوم حل تعارض قوانین ایالات متحده آمریکا، به شرحی که ملاحظه شد، در کنار بیان «معیار انتزاعی» (مهم‌ترین رابطه)، سه اقدام انضمامی تکمیلی نیز به عمل آورده است: اولاً، لیست روابط و مواردی که باید در تعیین این مهم‌ترین رابطه مدنظر قرار گیرند را ترتیب داده است (بند دوم)؛ ثانیاً، اماره‌ای در رابطه با قانون حاکم به دست داده است که در صورت جمع شدن محل مذاکره و محل انعقاد قرارداد، قانون همین محل دارای مهم‌ترین ارتباط با قرارداد بوده و حاکم بر آن خواهد بود. همان گونه که مشخص است دادرس در ابهام کلی جهت اعمال معیار انتزاعی پسینی رها نشده است. ثالثاً، پس از بیان قاعده کلی یادشده، بازبینیه دوم درخصوص انواع مختلف قراردادها سخن به میان آورده و اقدام به وضع اماراتی در مورد هر قرارداد می‌کند. بدین ترتیب، برای نمونه درخصوص قراردادهای انتقال منافع ملک (بخش‌های ۱۸۹ و ۱۹۰)، قراردادهای بیمه عمر (بخش ۱۹۲) و قراردادهای حمل (بخش ۱۹۷) عامل ارتباطی به‌عنوان اماره تعیین شده است (ALI, 1971/1: 586-632). با این حال نویسندگان آمریکایی به همین میزان هم نقد داشته و بر این باورند که این راهکار چیزی جز درهم‌آمیختگی رویه‌ها ایجاد نمی‌کند (Roosevelt & Jones, 2016: 141). این نویسندگان معتقدند که این مجموعه جز ملغمه‌ای درهم‌آمیخته^۱ چیزی به دست نمی‌دهد (Michael, 2016: 157).

پیش‌نویس قانون تجارت به وضوح در میزان ابهام از بخش ۱۸۸ بازبینیه حل تعارض ایالات متحده نیز فراتر رفته و به بیان «معیار انتزاعی پسینی» اکتفا کرده است. به دیگر سخن، از هم اکنون گونه‌ای ابهام غیرزبانی (در این خصوص، نک: خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۷۹) در متن پیشنهادی نهفته است. بدین ترتیب، از هم اکنون قابل‌پیش‌بینی است که تصویب این مصوبه در وضعیت فعلی به سردرگمی دادرسان در رابطه با تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی منتهی شده و اختلاف رویه شعب دادگاه‌ها در این خصوص را به بار خواهد آورد.

پ) مسئله دوگانگی پارادایم‌ها: تصویب ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت از نقطه‌نظر روش‌شناسی نیز حائز توجه و اهمیت است. از لحاظ فضای فکری، حقوق ایران تاکنون بر شالوده روش‌شناسی ساوینی بنیان نهاده شده است. بدین ترتیب، در قانون مدنی و گاه در قانون تجارت شاهد قواعد حل تعارض هستیم. این در حالی است که ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت بی‌آنکه توانسته باشد پارادایم کلی حاکم بر روش حل تعارض قوانین در ایران را تغییر دهد، صرفاً در یک حوزه چنین تغییری را به همراه آورده است. بی‌تردید این وضعیت منتهی به گونه‌ای درهم‌آمیختگی روش‌شناختی خواهد شد. این

ایراد البته عمقی دوچندان از منظر فلسفه حقوق تطبیقی دارد. مسئله از این قرار است که نویسندگان متن پیش‌نویس قانون تجارت گویی به مباحث مربوط به «فراکاشت‌های حقوقی» بی‌توجه بوده و انگاشته‌اند که می‌توان یک «نهاد» یا «مقرره حقوقی» را از «ریشه‌های نظری و سیستمیک» آن در نظام مبدأ جدا کرده و در حقوق مقصد (در اینجا، ایران) پیوند زد. در حالی که حتی اگر به تندی برخی از ساختارگرایان ارتدکس در حقوق تطبیقی^۱ قائل به عدم امکان پذیرش هرگونه نهاد حقوقی بیگانه هم نباشیم، این میزان غیرقابل انکار است که در هنگام الهام و اقتباس یک قاعده از حقوق خارجی باید به مبانی ساختاری و نظری (ریشه‌ها) آن هم توجه داشت. مگر نه این است که نویسندگان حقوق مدنی ما همچنان به این می‌بالند که قانون‌گذار جلد اول قانون مدنی در هنگام تدوین بند ۱ از ماده ۱۹۰ قانون مدنی با بومی‌سازی Consentement حقوق اروپایی، به «قصد و رضا» هر دو ارجاع داده است (برای نمونه، نک: شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۲۷ و ۱۲۸؛ کاتوزیان، ۱/۱۳۸۵: ۲۱۸ و ۲۱۹؛ قاسمی‌حامد، ۱۳۸۷: ۶۴ و ۶۵) و در نقطه مقابل به ماده ۱۸۳ قانون مدنی خرده می‌گیرند که چرا در تعریف عقد توجه به جایگاه و گونه‌گونی مصادیق این مفهوم در حقوق ما نداشته است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۶ و ۳۷؛ کاتوزیان: ۱/۱۳۸۵، ۱۸؛ قاسمی‌حامد، ۱۳۸۷: ۳۶).

ت) عامل ارتباط کمی یا کیفی: بندهای ۳ و ۴ ماده ۴ آن آیین‌نامه رُم از حقوق کشوری که دارای «نزدیک‌ترین ارتباط»^۲ با قرارداد باشد سخن به میان آورده است. این معیار، معیاری کیفی است. بخش ۱۸۸ بازبیانیه دوم حل تعارض قوانین ایالات متحده نیز از «مهم‌ترین رابطه»^۳ سخن گفته است. این معیار نیز معیاری کیفی است. این در حالی است که ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت از معیار «بیشترین ارتباط» با قرارداد استفاده کرده است. کمتر یا بیشتر بودن ارتباط معیاری مبتنی بر «تعداد» (کمی) است، بدین معنا که اگر حقوق کشور (الف) از دو جهت به قرارداد مرتبط باشد ولی حقوق کشور (ب) صرفاً از یک جهت مرتبط باشد، در این صورت باید حقوق کشور (الف) را بر موضوع اعمال کرد. این در حالی است که ممکن است ارتباط کشور (ب) با قرارداد مهم‌تر و عمیق‌تر از کشور (الف) باشد. همچنین ممکن است در برخی فروض به لحاظ تساوی تعداد ارتباط دو سیستم حقوقی با قرارداد مسئله با بن بست مواجه شود. اجازه بدهید موضوع را با بیان مثالی روشن‌تر کنیم.

۱. این خوانش در کارهای پیر لوگراند فرانسوی‌زبان قابل ریشه‌یابی است. (نک: Legrand, 1996: 52 - 81; Legrand, 2005: 30 - 50; Legrand, 2007: 220 - 223; Legrand, 1997: 111 - 124). بخش‌هایی از کتاب ایشان نیز به فارسی ترجمه شده که نظر وی را برای خوانندگان فارسی زبان تبیین خواهد کرد (نک: لوگراند، ۱۳۸۷).

2. The most close connection

3. The most significant relationship

شرکت ایرانی آریا قراردادی را جهت خرید و تحویل یک دستگاه کمپرسور پالایشگاهی با شرکت آلمانی به نام زولتسر در زوریخ منعقد می‌کنند. مذاکرات این قرارداد نیز در کشور آلمان به انجام رسیده است. محل تحویل کالا به صورت CIF بندرعباس تعیین شده است. در این مسئله، دو عامل تابعیت فروشنده و محل انجام مذاکرات قراردادی در آلمان واقع شده‌اند. همچنین دو عامل تابعیت خریدار و محل اجرای تعهد در ایران واقع شده‌اند. در این حالت با در پیش گرفتن معیار «کمی» در حالت تساوی قرار می‌گیریم و مسئله راه به جایی نخواهد برد. این در حالی است که اگر از معیار کیفی استفاده کنیم می‌توان یکی از سیستم‌های حقوقی درگیر در مسئله را بر دیگری برتری داد.

نتیجه

در مقام نتیجه‌گیری می‌توان به چند سرفصل زیر بسنده کرد:

تغییرات پیش روی قاعده حل تعارض قراردادی: پیش‌نویس قانون تجارت ۱۳۹۹ دربردارنده قاعده حل تعارض قراردادی است. این قاعده حل تعارض قراردادی از جمله منتهی به تغییرات آتی خواهد شد: الف) تغییر و تحدید حدود روشن‌تر دامنه دسته ارتباط قراردادها؛ ب) رفع ابهام درخصوص اصل آزادی انتخاب قانون حاکم صرف نظر از تابعیت طرف‌های قراردادی؛ پ) تغییر عامل ارتباط قراردادها از «محل وقوع عقد» به کشوری که دارای «بیشترین ارتباط» با قرارداد می‌باشد.

تفاوت پارادایم‌های حل تعارض قوانین: از منظر زمان تعیین قانون حاکم، دو نگرش پیشینی و پسینی به نحوه حل تعارض قوانین در دنیای حقوقی معاصر وجود دارد. روش‌شناسی ساوینی، که روش‌شناسی کلاسیک حقوقی در اروپاست، انگاره‌ای پیشینی از حل تعارض قوانین به دست می‌دهد، به گونه‌ای که در زمان انعقاد قرارداد و پیش از ایجاد اختلاف می‌توان دانست که قانون چه کشوری بر قرارداد حاکم خواهد بود. در نقطه مقابل، نظریه تحلیل منافع حاکمیتی دربردارنده رویکردی پسینی است و تنها پس از ایجاد اختلاف است که دادرس پاسخی قاطع به سؤال قانون حاکم می‌دهد.

نقد تغییر عامل ارتباط در پیش‌نویس قانون تجارت: تغییر عامل ارتباط به کشور دارای «بیشترین ارتباط» در ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت از چند منظر می‌تواند مشکل‌زا باشد: الف) عبارات به کاررفته نشانگر عامل ارتباطی «کمی» هستند؛ قوانین کشوری اعمال خواهد شد که «تعداد» مؤلفه‌های ارتباطی بیشتری با قرارداد را داشته باشد. این در حالی است که اولاً، کمیت همواره ملازمه با مناسب‌ترین و نزدیک‌ترین قانون به قرارداد ندارد و ثانیاً، با کمی‌سازی عامل ارتباط، همواره در معرض حالت تساوی مؤلفه‌های کمی خواهیم بود. ب) بیان صرف عامل ارتباطی «انتزاعی» و سپردن باقیمانده کار به دادرس هم برای دادرس وظیفه شاق و مبهمی به همراه دارد و هم آینده‌ترین قرارداد را غیرقابل پیش‌بینی خواهد نمود. از این رو حتی بخش ۱۸۸ از بیانیه دوم حل تعارض ایالات

متحدہ نیز (برخلاف ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت ایران) دادرس و طرفین را با این میزان از عدم تعیین رها نکرده‌اند. پ) به لحاظ روش شناختی نیز تصویب ماده ۳ پیش‌نویس قانون تجارت در وضع کنونی منتهی به ابهام و سردرگمی در خصوص روش حل تعارض قوانین در حقوق ایران خواهد شد. رویکردهای آینده: بدین ترتیب می‌توان پیشنهاد اصلاح ماده ۳ یادشده را داد. این اصلاح می‌تواند از الگوهای آمادۀ متعددی الهام گرفته باشد. آیین‌نامۀ رُم به شرحی که در این مقاله دیدیم، یکی از این منابع است. قانون‌گذار ایرانی می‌تواند با الهام از این آیین‌نامه، رویکردی پیشینی در تعیین عامل ارتباط مناسب برای قراردادهای در پیش گرفته و هم‌زمان امکان عدول موردی از چنین عامل ارتباطی را در مواردی که سیستم حقوقی کشور دیگری دارای ارتباط نزدیک‌تری به موضوع باشد، را بدهد. در وضع کنونی نظام حل تعارض قوانین پیروی از رهیافت‌هایی همچون رهیافت تحلیل منافع حاکمیتی و بازبینیۀ دوم حل تعارض قوانین ایالات متحدۀ آمریکا، دشواری‌های خُرد و کلان به همراه دارد. هرچند نیاز به مطالعۀ بنیادین در خصوص تغییر یا تعدیل روش حل تعارض قوانین ایران محسوس است، تغییر پارادایم یک‌باره و در حوزه‌ای موردی بدون مطالعۀ پیشینی خطرناک خواهد بود.

منابع

فارسی

- اداره انتشار رویه قضایی کشور (۱۳۹۴)، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی): پاییز ۱۳۹۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوة قضائیه.
- اداره انتشار رویه قضایی کشور (۱۳۹۳)، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی): اردیبهشت ۱۳۹۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوة قضائیه.
- ارفع نیا، بهشید (۱۳۹۵)، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱۷، تهران: انتشارات بهتاب.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۸)، «تعیین تابعیت شرکت‌های تجاری در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل»، مجله حقوق خصوصی، سال ۶، شماره ۱۴.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۶)، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ ۵، تهران: انتشارات میزان.
- امیرمعزی، احمد (۱۳۹۵)، قانون حاکم بر تعهدات، چاپ ۱، تهران: انتشارات دادگستر.
- ایران‌پور، فرهاد (۱۳۸۱)، «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸.
- حقانی، سعید (۱۳۹۸)، شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم سازی مجامع عمومی شرکت‌های تجاری، چاپ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حقانی، سعید (۱۳۹۹)، «بازاندیشی نسبت قانون قابل اعمال بر شرکت با تابعیت شرکت»، پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۹۶.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱.
- خمایی‌زاده، فرهاد (۱۳۸۵)، «قواعد غیردولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳.
- خمایی‌زاده، فرهاد (۱۳۷۶)، «تنوع قواعد حل تعارض»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۶)، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد ۲، چاپ ۴، تهران: انتشارات میزان.
- شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۱)، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.
- شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۶)، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ ۲، تهران: انتشارات میزان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۶)، «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۹.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ ۲، تهران: مجد.
- صادقی، محمد و نصرالله ابراهیمی (۱۳۹۶)، «قاعده حل تعارض در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۳.
- فیضی چکاب، غلام نبی و ابراهیم نوشادی (۱۳۹۰)، «رویکرد قانون‌گذاری به قراردادهای الکترونیکی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۲۰.
- قاسمی حامد، عباس (۱۳۸۷)، شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد، تهران: انتشارات دراک.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۳۹، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ۱۵، تهران: انتشارات میزان.
- کاویانی، مینا و نجادعلی الماسی (۱۳۹۹)، «تعیین قانون حاکم بر دعاوی حقوقی نقض حق مولف در فضای مجازی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- لوگراند، پیر (۱۳۸۷)، حقوق تطبیقی، ترجمه و توضیح علیرضا محمدزاده وادقانی، چاپ ۱، تهران: میزان.
- نائینی، احمدرضا (۱۳۹۵)، *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، چاپ ۲، تهران: انتشارات روزنامه رسمی.
- وحیدی فردوسی، عبدالهادی و زکیه نعیمی (۱۳۹۹)، «نقد سیر تکوین حقوق خانواده ایران در دوران معاصر»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.

غیرفارسی

- 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>
- American Law Institute (1971), *Restatement (second) of conflict of laws*, Vol. 1, American Law Institute Publishers, Washington.
- Ancel, Bertrand et Yves Lequette (2006), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris.
- Andreas Bucher (1979), "Sur les Règles de Rattachement à Caractère Substantiel", in: *Liber Amicorum: Adolf F. Schnitzer*, Faculté de droit de Genève.
- Brilmayer, Lea (2016), "What I like most about the restatement (second) of conflicts, and why should not be thrown out with the bathwater", *AJIL Unbound*, 139.
- Currie, Brainerd (1959), "Notes on methods and objectives in the conflict of laws", *Duke Law Journal*, Issue 2.
- Deruppé, Jean et Laborde, Jean-pierre (2008), *Droit international privé*, 16^{ème} éd, Dalloz, Paris.
- Gutmann, Daniel (2007), *Droit international privé*, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris.
- Haghani, Saeed (2021), "Evolution of *lex societatis* under Iranian law: current status and future prospects", *Journal of private international law*, Vol. 17, Issue 1.
- Lalive, Pierre (1997), *Tendances et méthodes en droit international privé*, La Haye, Académie du droit international, La Haye.
- Legrand, Pierre (1996), "European Legal Systems Are Not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45.
- Legrand, Pierre (2007), "comparative Law", in: *Encyclopedia of law and society*, David S. Clark (ed.), Sage.
- Legrand, Pierre (2005), "Issues in the Translatability of Law", in: *Nation, language, and the ethics of translation*, Bermann, Sandra, Wood, Michael (eds), Princeton University Press.
- Legrand, Pierre (1997), "the Impossibility of legal transplants", *Maastricht journal of European and comparative law*.
- Loussouarn, Yvon (1981), "La règle de conflit est-elle une règle neutre ?", *travaux du comité français de droit international privé*, 3^{ème} année, tome 2.
- Loussouarn, Yvon (1988), "L'évolution de la règle de conflit de lois", *travaux du comité français de droit international privé*, hors-série.
- Mélin, François (2002), *Droit international privé*, Gualino editeur, Paris.

- Michael, Ralf (2016), “The conflicts restatement and the world”, **AJIL Unbound**, 139.
- Pierre Gothot (1971), “Le Renouveau de la Tendence Unilatéraliste en Droit International Privé (1)”, **Rev. Cr. DIP**.
- Pierre Gothot (1971), “Le Renouveau de la Tendence Unilatéraliste en Droit International Privé (2)”, **Rev. Cr. DIP**.
- Pierre Gothot (1971), “Le Renouveau de la Tendence Unilatéraliste en Droit International Privé (3)”, **Rev. Cr. DIP**.
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>
- Roosevelt, Kermit & Jones, Bethan (2016), “What a third restatement of conflict of laws can do”, **AJIL Unbound**, 139.
- Sedler, Robert A. (1981), “Reflections on conflict-of-laws methodology”, **The Hastings Law Journal**, vol. 32.
- Vignal, Thierry (2014), **Droit international privé**, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris.
- Von Savigny, M.F.C (1860), **Traité de droit Romain**, tome. 8, traduit par M. Ch. Guenoux, 2^{ème} éd, Librairie Firmin Didot, Paris.
- Westen, Peter Kay (1967), 'False conflicts', **California Law Review**, Vol. 55, Issue 1.

نقدی بر رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ دیوان عالی کشور در سایه نقض استقلال حقوق تجارت در برابر حقوق مدنی

ام‌البنین رمضان‌زاده بادللی*، سیدحسن حسینی مقدم**

چکیده

بر اساس قانون تجارت، تاجر ورشکسته از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بعد از توقف معاف است. اختلاف نظر در این خصوص که آیا در باب خسارت تأخیر تأدیه، ضامن تاجر ورشکسته نیز از تاجر پیروی می‌کند یا خیر سبب شده تا هیئت عمومی دیوان عالی کشور اقدام به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ مورخ ۲۷/۳/۹۹ نماید. به زعم نویسندگان، در این رأی نگاه مدنی بر موضوع اختلاف غلبه یافته و شرایط خاص قانون تجارت و احکام همه‌جانبه‌ای که بر ورشکستگی اجرا می‌گردد مهجور مانده و بی‌توجه به اوضاع و احوال حاکم بر ورشکستگی بنابر قاعده تبعیت مسئولیت ضامن از دین اصلی در حقوق مدنی، ضامن را نیز از پرداخت خسارت تأخیر معاف دانسته‌اند. پرسشی که به ذهن می‌رسد این است که آیا در تمامی موارد میزان مسئولیت ضامن تابعی از میزان مسئولیت مضمون‌عنه است و از آن پیروی می‌کند؟ در این مقاله با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، به ملاحظه قانون تجارت و فضای مختلف حاکم بر روابط تجاری در حوزه‌های مختلف پرداخته شده و سبب شده تا قائل بر این باشیم، اساساً جز در موارد خاص، دیدگاه‌های صرف مدنی و احکام قانون مدنی نباید در تفسیر مقررات تجاری مورد استفاده قرار گیرد و باید نظریه استقلال مقررات تجاری از حقوق مدنی را حفظ نمود تا پاسخ‌گوی نیازهای تجاری جامعه باشد. این استقلال در رأی وحدت‌رویه مذکور نقض شده و سبب خلط احکام حقوق تجارت و حقوق مدنی گردید و در نتیجه آسیب جدی بر معاملات تجاری وارد خواهد ساخت. به ناچار باید همانند رأی وحدت‌رویه ۸۱۱ که در مقام

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)
o.ramzanazadeh@umz.ac.ir

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

تنویر رأی وحدت‌رویه ۷۳۳ برآمده است؛ با صدور رأی وحدت‌رویه جدید دیگر، یا اصلاح صریح موادی مانند ماده ۴۰۵ یا ماده ۴۲۱ قانون تجارت بر ابقای مسئولیت ضامن در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه علی‌رغم ورشکسته شدن و معافیت تاجر مضمون‌عنه اقدام و تصریح ورزید. **واژگان کلیدی:** ورشکسته، ضامن، توقف، خسارت تأخیر تأدیه، ضامن

مقدمه

حقوق مدنی و حقوق تجارت هر دو از زیرشاخه‌های حقوق خصوصی محسوب می‌گردند. از حیث رابطه بین دو رشته از حقوق عموماً این پندار وجود دارد که حقوق مدنی مادر حقوق تجارت محسوب می‌گردد. به عبارت دیگر قانون مدنی عام و قانون تجارت قانون خاص قلمداد می‌گردد. با آنکه می‌توان از جنبه‌ای به کلیت این عقیده احترام نهاد، اما این پرسش مطرح می‌گردد که این وابستگی تا به کجا امتداد خواهد یافت. باید در تمامی موارد نقص یا اجمال قانون تجارت به قانون مدنی مراجعه کرد، یا اینکه با این استدلال که موضوعات تجاری تابع ویژگی‌ها و موازین خاصی است (مقدم، ۱۴۰۰: ۲۸۱) قانون تجارت را به‌سان یک قانون خاص و مجزا از قانون مدنی حداقل در برخی حوزه‌ها که تخصصاً خارج از مباحث حقوق مدنی است، بدانیم؛ به‌عنوان مثال باید وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در رفع ابهام و اجمال یا سکوت قانون عمل کرد و یا اینکه در نبود فتاوی معتبر فقهی در بسیاری از زمینه‌ها به روح حاکم بر مقررات تجاری تمسک نمود. هرچند این پرسش در موارد متعددی می‌تواند مطرح شود اما موضوع مقاله حاضر بررسی این موضوع به مناسبت صدور رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۸۸ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۷ می‌باشد. این رأی مقرر می‌دارد: «... مستفاد از مواد ۴۱۸، ۴۱۹ و ۴۲۱ قانون تجارت و سایر مقررات مربوط، طلبکاران ورشکسته حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام توقف را از ورشکسته ندارند و حکم مقرر در مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ قانون مذکور ناظر به زمانی است که تاجر بخواهد اعاده اعتبار (حقی) کند، که در رأی وحدت‌رویه شماره ۱۵۵ - ۱۳۴۷/۸۲/۸۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز تصریح شده است. با توجه به اینکه مسئولیت ضامن در هر حال نمی‌تواند بیش از میزان مسئولیت مضمون‌عنه باشد، خسارت تأخیر تأدیه فوق‌الذکر از ضامن تاجر ورشکسته نیز قابل مطالبه نیست...»

دلیل صدور این رأی وحدت‌رویه این بود که برخلاف وضعیت تاجر ورشکسته، عرف و رویه ثابت و یکنواختی در خصوص الزام یا معافیت ضامنین وی از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، در دادگاه‌ها و مراجع قضایی و حتی نهادهای غیرقضایی مرتبط وجود نداشت. برخی شعبات دادگاه‌ها حکم به محکومیت و الزام ضامن به پرداخت این خسارت تأخیر داده و برخی از آن‌ها هم به تبع معافیت متعهد اصلی از پرداخت خسارت، ضامن را هم معاف قلمداد می‌کردند. همین اختلاف در

مراجع غیرقضایی و اداری مرتبط نیز وجود داشت (سلیمانی، ایرانشاهی و عزیزی، ۱۳۹۷: ۹۲). همان طور که در رأی مورد اشاره قرار گرفته، مبنای اصلی صدور این رأی وحدت‌رویه، تبعیت تعهدات ضامن از تعهد یا دین اصلی است. همچنین رأی سابق هیئت عمومی دیوان عالی کشور درخصوص پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به شماره ۱۵۵ نیز در این رأی مورد اشاره قرار گرفته است لذا برای روشن شدن بحث باید گریزی نیز به رأی سابق دیوان درخصوص دریافت خسارت تأخیر تأدیه از ورشکسته زد. رأی جدید با دیدگاه قبلی دیوان موافق است، لیکن با اصول مسلم قانون تجارت سازگاری ندارد. مضاف بر اینکه بر این رأی همانند برخی آرای دیگر صادره از دیوان ایراد عدم اتقان و استحکام وارد است و در واقع چیزی جز تکرار قانون نیست (رفیعی، ۱۴۰۰: ۲۴۰). پرسشی که پس از صدور این رأی وحدت‌رویه به ذهن می‌رسد این است که آیا قضات عالی‌رتبه دیوان عالی کشور به روح حاکم بر قانون تجارت و قانون مدنی و تفاوت میان این دو و آثار و ضرورات اقتصادی این رأی توجه داشته‌اند و اینکه آیا تبعیت تعهد ضامن از دین اصلی در تمامی جنبه‌ها باید وجود داشته باشد یا اینکه به واسطه ماهیت عقد ضمان و هدف طرفین از انعقاد این عقد باید قائل بر تمایز و تفکیک بود؟ به نظر می‌رسد رأی مذکور به آثار اقتصادی که سبب عدم تمایل تأمین‌کنندگان اعتبار برای تأمین سرمایه و ورشکستگی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری است، توجهی نداشته است؛ مضاف بر اینکه این رأی به تفاوت معاملات مدنی با معاملات تجاری که ناشی از اختلاف در کاربرد و نقش هر یک است و به آن‌ها خواهیم پرداخت، توجهی ندارد. وابستگی میان مسئولیت ضامن و دین اصلی صرفاً تا آنجا که منظور نظر طرفین قرارداد است باید امتداد یابد؛ چراکه قطعاً حداقل از طرف اعطاکنندگان اعتبار، عقد ضمان باید فرض ورشکستگی تاجر را نیز دربرگیرد تا ریسک بازگشت سرمایه را کاهش دهد. در این راستا از آنجا که مبنای اختلاف که منجر به صدور رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ شده میزان تبعیت مسئولیت ضامن از تاجر ورشکسته است و درخصوص ماهیت عقد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت حداقل در ظاهر اختلاف به چشم می‌خورد، از این حیث در این مقاله ابتدا گریزی کوتاه به بحث ضمان در قانون مدنی و سپس در قانون تجارت خواهیم داشت و در نهایت به توضیح دلایل موافقین و مخالفین رأی می‌پردازیم.

۱. ضمان در قانون مدنی و تجارت

قانون مدنی و قانون تجارت هر دو به مقوله عقد ضمان پرداخته‌اند. مقررات کلی عقد ضمان در قانون مدنی و تجارت هیچ‌گونه اختلافی ندارند به طوری که قانون‌گذار خود را بی‌نیاز از تکرار آن‌ها در قانون تجارت دانسته است. مفاهیم مندرج در ماده ۶۸۴ قانون مدنی راجع به معرفی ضامن و مضمون‌له و مضمون‌عنه و مدیون اصلی بر قانون تجارت حاکم است و در این موارد قانون تجارت

ساکت است و این امر به طور واضح دلیل بر آن است که عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت از جهات مذکور تفاوتی ندارند (امینی و ناصری مقدم، ۱۳۹۶: ۲۴).

اما در باب اثر اصلی عقد ضمان در این دو قانون تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد که مورد بحث‌های فراوانی در میان حقوق‌دانان شده است. ماده ۶۹۸ قانون مدنی در اثر عقد ضمان مقرر می‌کند: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.»

ماده ۴۰۲ قانون تجارت در این خصوص مقرر می‌دارد: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد». به موجب ماده ۴۰۳ نیز «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آن‌ها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.»

قانون مدنی در باب ضمان به روشنی اثر عقد را نقل ذمه می‌داند اما قانون تجارت هرچند در ظاهر و در ابتدای امر اثر عقد ضمان را صرفاً در صورت توافق یا وجود قانون خاص، تضامن می‌داند و گویی در غیر این صورت همان اثر نقل ذمه را برای ضمان قائل شده است اما در مواد بعدی از ماده ۴۰۵ به بعد در صدد بیان آثار و احکام تضامن است و به عقد ضمان از دید تضامنی بودن آن نگاه می‌کند، زیرا در موارد متعددی مانند مواد ۴۰۵، ۴۰۷، ۴۰۸، ۴۱۱ قانون تجارت به دین اصلی و مؤثر بودن نقش آن در عقد ضمان و روابط اطراف آن اشاره دارد، حال آنکه در نقل ذمه دین اولیه منتقل شده و نقشی در رابطه ضامن و مضمون‌له ندارد تا بتوان اثری بر آن بار کرد.

به عقیده برخی مبنای این تفاوت این است که عقد ضمان در حقوق مدنی بر اساس مسامحه و برای احسان به بدهکار وضع شده اما در عالم تجارت صحبت از مغاینه و سودآوری است و حتی مدیون نیز مرادش از معامله کسب سود بوده است، ضامنی هم که در عالم تجارت ضمانت دیگری را عهده می‌گیرد اراده او بر این است که یا هم‌پای مدیون اصلی مسئول باشد و یا اینکه محدودتر فکر کرده و خود را زمانی مسئول قلمداد می‌کند که به مدیون اصلی رجوع شود و نامبرده متمکن نباشد، نه اینکه ضامن رأساً مدیون شود (مظاهری کوهانستانی و منتظری، ۱۳۹۷: ۱۲۷-۱۲۴).

همین اختلاف در ظاهر مواد قانون مدنی و قانون تجارت سبب بروز دیدگاه‌های مختلفی در میان حقوق‌دانان شده است. برخی معتقدند از ظاهر این مواد این گونه برمی‌آید که قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه بر این عقیده است که با ضمانت ضامن مدیون در برابر طلبکار بری می‌شود و ضامن

به جای او مدیون می‌گردد (نقل ذمه به ذمه) اما طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت اصل تضامن بین مدیون و ضامن برقرار است و در حقوق تجارت اصل بر ضم ذمه به ذمه یا تضامنی بودن مسئولیت است و دو سیستم مجزا در حقوق تجارت و حقوق مدنی حاکم است (باقری، برزگر و باقری، ۱۳۹۴: ۳۱). برخی در تکمیل این نظر معتقدند قانون تجارت آزادی قراردادها را در چگونگی آثار عقد ضمان می‌پذیرد و طرفین می‌توانند ضمان را بر مبنای انتقال دین یا تضامن یا وثیقه دین منعقد سازند و در هر حال آثار عقد تابع اراده آن‌هاست. در نظر این عده طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت، اصل تضامن بین مدیون و ضامن است و از لحن مجموعه ماده‌های ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون فوق‌الذکر به خوبی بر می‌آید که به دشواری می‌توان احکام آن را ویژه اعمال تجاری دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۳۳). برخی از حقوق‌دانان نیز، مقررات مدنی در باب ضمان را با استناد به مقررات تجاری تضامن، در حقوق تجارت قابل‌عدول شناخته و در محدوده تجارت، ضمان را موجب ضم ذمه به ذمه مضمون‌عنه در مقابل داین دانسته‌اند و ضمانت تجاری را برخلاف ضمانت مدنی تضامنی دانسته‌اند (کاتبی، ۱۳۶۴: ۲۸۹). برخی از اساتید برخلاف این نظر معتقدند تضامن، خلاف قاعده است و در حقوق مدنی و حقوق تجارت اصل عدم تضامن است مگر اینکه خلاف آن تصریح شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۰۶). اما در نظر برخی دیگر اگرچه قانون‌گذار مدنی اثر اصلی عقد ضمان را ذیل عنوان عقود معین در قانون مدنی، نقل ذمه به ذمه دانسته است، لیکن با استدلالاتی، اقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق ایران را تضامن طولی دانسته‌اند. (افتخارجهرمی و طاهری، ۱۳۹۰: ۳۸ و ۳۹).

نتیجه اینکه قانون‌گذار با این روش راه را برای مردم باز گذارده تا بتوانند به راحتی به نتایج ضم ذمه به ذمه دست یابند. اما باید توجه داشت که وجود ماده ۱۰ قانون مدنی خود راهنما و بهترین وسیله جهت رسیدن به این نتیجه بوده و هیچ نیازی به توسل به این روش نبوده است. زیرا مقررات مربوط به ضمان از قواعد امری و مربوط به نظم عمومی نیست تا نتوان برخلاف آن شرط کرد و چنین شرطی برخلاف ذات عقد هم نمی‌باشد تا معتقد به بطلان آن گردید و شاید به خاطر وجود همین نقیصه‌ها بوده که مقنن در مادتين ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت به ضم ذمه گرایش پیدا کرده و در ماده ۴۰۲ قانون تجارت به ضم ذمه به ذمه طولی و در ماده ۴۰۳ همان قانون به ضم ذمه به ذمه عرضی یا ضمان تضامنی اشاره نموده است (ستوده، ۱۳۸۲: ۱۰۰). بر این اساس نویسندگان دیگر معتقدند عقد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت هیچ گونه اختلافی ندارند، زیرا نقل ذمه و ضم ذمه را مقتضای ذات عقد ضمان ندانسته‌اند و ضمانت تجاری را با مبانی فقه امامیه در باب ضمان قانون مدنی مخالف ندیده‌اند (امینی و ناصری مقدم، ۱۳۹۶: ۱۲).

به هر حال به نظر می‌رسد همان طور که برخی حقوق‌دانان معتقدند اثر عقد ضمان ابتدا به ساکن،

نقل یا ضم نیست و بر حسب اراده ضامن و مضمون له ممکن است گاهی مفید نقل و گاهی ضم ذمه به ذمه باشد و هیچ دلیل شرعی و عقلی وجود ندارد که به استناد آن رضایت طرفین را که منشأ اصلی و اساس و پایه کلیه عقود است در این عقد به خصوص نادیده گرفت. ناگفته نماند که قانون مدنی ایران هم به طور انجماد حکم بطلان هر قسم التزامی را که مفید ضم ذمه به ذمه باشد نداده است چنانچه ماده ۷۲۳ و ماده ۶۹۹ مقرر می‌دارد ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود؛ در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید (کاتوزیان، ۱۳۳۳: ۷۲ و ۷۳). بنابراین ضمان اعم از ضمان عقدی یا ضمان تضامنی، چه به نحو نقل ذمه به ذمه و چه در قالب ضم ذمه به ذمه هر چه که باشد وقتی می‌تواند در زندگی روزمره افراد جامعه مفید فایده باشد که بتواند مشکلی از هزاران مشکل موجود در روابط اقتصادی و تجاری امروز مردم را مرتفع کند (شهناپی، ۱۳۸۵: ۴۱). باید دید کدام شیوه از اعمال مقررات با زندگی متعارف و اغراض اجتماعی و اقتصادی جامعه سازگارتر است و همان را تقویت نمود؛ چون در این صورت قوانین موجود نه تنها حاکم، بلکه متروک می‌گردد. در موضوع ضمان، خواست عمومی اشخاص، اجرای نظریه تضامن و برخورداری از امتیازات آن است نه رها کردن مدیون واقعی و مراجعه به ضامن با حسن نیت فاقد نفع و به عبارتی پذیرش نظریه نقل ذمه به ذمه!

فارغ از این بحث، نظریه نقل یا ضم دارای آثاری است، از جمله اینکه در ضم ذمه به ذمه یا تضامن هرگاه مضمون له، مضمون عنه را ابراء کند در این صورت مطابق ماده ۴۵۸ قانون تجارت ضامن بری می‌شود زیرا با ابراء مضمون عنه، دین اصلی که بر ذمه است ساقط می‌شود. در حالتی که فقط ضامن ابراء شود، چون در ضمان تضامنی ذمه ضامن، وثیقه شخصی دین مضمون عنه است و حکم رهن را دارد، فک رهن از طرف مرتبه دلالیت بر اسقاط دین ندارد. لذا ابراء ضامن فقط موجب براءة ذمه ضامن است و دین مدیون اصلی کماکان پابرجاست. بنابراین فقط ابراء مضمون عنه از سوی مضمون له، سبب براءة وی می‌شود چراکه دین اصلی بر عهده اوست و ضمانت به عنوان تضمین می‌باشد و گرنه مسئول اصلی، خود او می‌باشد (رشیدی و یوسفی، ۱۳۹۸: ۴۶)؛ حال آنکه بنابر نظریه نقل با انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن این مباحث خروج موضوعی دارد. همان طور که بر فرض پذیرش نظریه نقل در قلمروی حقوق تجارت، مسئله تبعیت ضمان از دین اصلی در بحث مسئولیت ضامن نسبت به خسارت تأخیر تأدیه در فرض ورشکستگی تاجر متفی است و صرفاً در ضمان تضامنی قابل تصور است.

۲. دلایل مورد استناد مخالفین رأی وحدت رویه

دسته‌ای از محاکم و حقوق دانان که می‌توان از آن‌ها به عنوان طرفداران نظریه استقلال تعهدات

ضامن از تعهدات متعهد اصلی نیز نام برد، عمدتاً به ماده ۷۰۷ قانون مدنی استناد می‌کنند که مقرر می‌دارد ابراء ذمه مضمون‌عنه توسط مضمون‌له، موجب بری شدن ضامن نمی‌شود؛ مگر اینکه مضمون‌عنه از اصل دین ابراء شده باشد. زیرا مطابق این ماده - البته با مبنا قراردادن ضامن به‌عنوان ناقل ذمه - فقط ذمه ضامن است که پس از عقد ضامن در برابر طلبکار مشغول می‌شود نه مدیون. بنابراین از آنجا که مطابق این رویکرد ذمه مدیون در مقابل طلبکار از هنگام انعقاد عقد ضامن، بری شده و مشغول نیست؛ دیگر دینی به طلبکار ندارد که به واسطه ابراء او، ذمه ضامن هم بری شود. ولی چنانچه بستانکار از اصل دین صرف‌نظر کند؛ ذمه ضامن به واسطه اسقاط دین، به‌خودی‌خود بری می‌شود. علاوه بر آن حکم ماده ۶۷۸ قانون مدنی مبنی بر صحت ضمانت از محجور و میت را دلیل دیگری بر استقلال تعهد ضامن می‌دانند. زیرا برای این قبیل اشخاص، اهلیت مضمون‌عنه شرط صحت ضمانت نیست. حتی بر فرض باطل بودن تعهد اصلی محجور، ضمانت از وی صحیح است. اما در پاسخ گفته شده است؛ در مورد ماده ۷۰۷ قانون مدنی، با مبنا قراردادن ضامن ضم ذمه یا تضامنی مندرج در قانون تجارت، همان طور که مسئولیت ضامن و مضمون‌عنه مشترک و غیرقابل تفکیک است؛ رابطه تبعیت و پیوستگی نیز بین آن‌ها وجود دارد. که بر اساس آن نفوذ و بقای هر کدام از عقود پایه و تبعی بر دیگری تأثیر می‌گذارد. همچنین راجع به ماده ۶۷۸ قانون مدنی در مورد مسئولیت مضمون‌عنه محجور یا میت نیز، لازم است دین بر ذمه آن‌ها قرار گرفته باشد تا امکان ضمانت آن باشد. در حالی که اساساً به دلیل عدم اهلیت آن‌ها، دینی برعهده‌شان قرار نگرفته که قابل تضمین از سوی ضامن باشد و از طرفی هم ضمانت از دین غیرموجود باطل است. اما با وجود این، نهادهایی مثل بانک‌ها و اداره کل تصفیه امور ورشکستگی قوه قضائیه و برخی محاکم با استناد به این دلایل معتقدند حتی با وجود معافیت تاجر ورشکسته از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه - که قانون تجارت حکم مشخصی مبنی بر معاف بودن آن دارد - مسئولیت ضامن در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به دلیل استقلال تعهدات وی به قوت خود باقی است (عرفانی، ۱۳۸۱: ۵۹).

برخی دیگر با اذعان به اینکه تعهدات ضامن تابع تعهدات مدیون اصلی است معتقدند: اینکه طبق رأی وحدت‌رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۲/۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از ورشکسته وجود ندارد به منزله عدم اشتغال ذمه ورشکسته به پرداخت خسارت مزبور محسوب نمی‌شود؛ چراکه طبق ماده ۵۶۱ قانون تجارت در صورتی که ورشکسته بخواهد اعاده اعتبار واقعی (حقی) نماید، ملزم است کلیه دیون خود را با متفرعات (از جمله خسارت تأخیر تأدیه) بپردازد و در واقع در سیستم کنونی تجاری ایران ورشکسته حقاً ملزم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بوده، لکن تا زمان اعاده اعتبار امکان مراجعه به او برای جبران خسارت مزبور وجود ندارد و این

امر به معنای عدم اشتغال ذمه محسوب نمی‌شود و با وجود اشتغال ذمه مزبور امکان ضمانت از دین مزبور چه سابق بر تاریخ توقف و چه بعد از آن وجود دارد، لکن ضامنی که خسارت مزبور را پرداخت می‌نماید امکان مراجعه به مضمون عنه مثل مدیون اصلی (مضمون له) را نخواهد داشت مگر بعد از پرداخت تمامی دیون توسط تاجر. لازم به ذکر است که استناد به بحث اعاده اعتبار در رأی شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی در پرونده منتج به رأی وحدت رویه ۷۸۸ دیوان عالی کشور و در نظریه دادرای دیوان عالی کشور که منتج به صدور رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ شده است به چشم می‌خورد.

۳. دلایل مورد استناد موافقین رأی وحدت رویه

برخی شعب دادگاه‌ها حتی پیش از صدور رأی وحدت رویه، ضمن اعلام معافیت تاجر ورشکسته از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، ضامنین وی را نیز از این موضوع معاف می‌دانستند. طرفداران این نظریه که مبنای اصلی استدلالشان بر تبعیت تعهدات ضامن از تعهدات متعهد اصلی است معتقدند مطابق ماده ۴۰۸ قانون تجارت «همین که دین اصلی به نحوی از انحاء ساقط شد، ضامن نیز بری می‌شود.» در نظر این عده این حکم قانونی نیز بر تبعیت ذمه ضامن از ذمه مدیون اصلی تأکید دارد و در خسارت تأخیر تأدیه که از متفرعات دین اصلی است با بری الذمه شدن مدیون اصلی به طریق اولی، ضامن بری الذمه خواهد شد و از طرفی دیگر، اساساً به موجب ماده ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد.» بر این اساس، از آنجا که عموماً عقد ضمان در قانون مدنی نیز بر ضرورت وجود دین یا سبب آن در مدیون اصلی تأکید دارد و به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ توقف از ورشکسته قابل مطالبه نیست. بر این اساس، تعهدی راجع به خسارات تأخیر تأدیه بعد از توقف در مدیون اصلی ایجاد نمی‌گردد تا به تبع آن ضامن متعهد تأدیه آن گردد.

نهایتاً اینکه در نظر ایشان عقد ضمان از عقود مسامحه‌ای است و علاوه بر اینکه ضامن در قبال عمل خود عوضی دریافت نمی‌کند؛ با امضای او انتقالی هم انجام نمی‌شود که دین مستقلی برای او قائل شویم. از این رو منطقی نیست زمانی که متعهد اصلی از پرداخت خسارت معاف است؛ ضامن را مکلف به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بدانیم (سلیمانی، ایرانشاهی و عزیزی، ۱۳۹۷: ۹۱). برخی دیگر این گونه استدلال می‌کنند که خسارت تأخیر تأدیه، نوعی جزای مدنی است که بر متعهد مستتکف تحمیل می‌گردد. اساساً در وضعیت مطروحه، استتکاف مطمح نظر مقنن موضوعیت پیدا نمی‌کند تا با کوتاهی ضامن مسئولیتی بر وی تحمیل گردد.

معتقدان به این دیدگاه مسئولان غیراصولی اسناد تجاری را نیز مدیون به معنی واقعی قلمداد نکرده و معتقدند این افراد مشمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نبوده چنانچه برای مسئولیت ایشان درخصوص خسارت تأخیر تأدیه مستند قانونی خاصی وجود داشته باشد وفق همان مقررات عمل خواهد شد وگرنه مطابق ماده ۵۲۲ مذکور از بابت خسارت تأخیر تأدیه تکلیفی نخواهند داشت. در نظر ایشان ماده ۲۴۹ قانون تجارت نیز نسبت به اینکه مسئولیت تضامنی صرفاً ناظر به اصل وجه برات است و یا آنکه هزینه‌ها و خسارات از جمله خسارت تأخیر تأدیه را نیز در بر می‌گیرد تصریحی ندارد؛ بنابراین به استناد این ماده نمی‌توان مسئولیت ناشی از خسارت تأخیر تأدیه را تضامنی دانست و به دلیل استثنایی بودن مسئولیت تضامنی درخصوص خسارت تأخیر تأدیه باید تردید کرد و با عنایت به ملاحظات فوق، نظریه اداره کل حقوقی که مستند به ماده ۲۴۹ قانون تجارت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه چک را از تمامی مسئولان سند اعم از صادرکننده، ضامن و ظهرنویس ممکن انگاشته قابل‌پذیرش نمی‌دانند (محسنی، ۱۳۸۹: ۱۱۰ و ۱۱۳). دکتر ستوده تهرانی نیز با اشاره به این ماده قانونی مسئولیت ضامن برات یا اسناد تجاری را بسته به این می‌داند که ضامن از چه کسی ضمانت کرده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۹: ۶۰). دکتر اسکینی از دیگر صاحب‌نظران حقوق تجارت نیز با تأیید سرایت این معافیت از تاجر ورشکسته به ضامن؛ سایر مسئولان متضامن را مسئول پرداخت خسارت تأخیر تأدیه دانسته و ضامن ورشکسته که به موجب ماده ۲۴۹ قانون تجارت مسئولیتش در حدود مسئولیت مضمون‌عنه است؛ را مستثنا نموده است (اسکینی، ۱۳۹۶: ۷۹).

در همین راستا نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۹۳/۲۹۹۶ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۰۲ در پاسخ به پرسش‌هایی که در ارتباط با تعلق یا عدم تعلق خسارت تأخیر تأدیه به ضامنین تاجر ورشکسته طرح گردیده است جالب توجه است چون به معافیت ضامنین از پرداخت خسارت نظر داده است. اداره کل حقوقی بانک مرکزی هم به عنوان یک نهاد اداری و غیرقضایی درخصوص مطالبات مربوط به خسارت تأخیر تأدیه بانک‌ها از ضامنین تسهیلات گیرندگان ورشکسته؛ طی بخشنامه شماره ۳۰۰۰۲/۸ مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۲ به معافیت ضامنین تاجر ورشکسته در این خصوص اشاره نموده است.

۴. نظریه استقلال مقررات تجاری از مدنی

رای وحدت‌رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور از منظر حقوق مدنی و با نگاه فقهی به موضوع تبعیت حدود مسولیت، احکام و شرایط ضامن از مضمون‌عنه نگریده و بر همان اساس، به معافیت ضامن تاجر ورشکسته نظر داده است. در حالیکه به استدلالات موافقین رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور ایراداتی وارد است از جمله اینکه عمده استدلالات پیرامون نظریه تبعیت عقد ضمان از دین

اصلی است، زیرا همان طور که برخی به درستی اشاره کرده‌اند اشتغال ذمه در عقد ضمان، فقط معلول دین نیست، بلکه اراده ضامن و مضمون‌له علت اشتغال ذمه است و از این رو، دو سبب موجب ایجاد و اشتغال شده است؛ اولی دین و سپس اراده طرفین عقد ضمان؛ به همین دلیل، برخی از فقیهان اهل سنت معتقدند در ضمان، مانند رهن و وثیقه، ضم اشتغال است و دین منتقل نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۰).

مشهور در فقه عامه و کشورهای اروپایی بر این عقیده‌اند که هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار در برابر مدیون معسر است؛ نه طلبکار قصد دارد با تحقق ضمان مدیون اصلی را رها کند و نه ضامن می‌خواهد خود به تنهایی مدیون گردد؛ بنابراین، مفاد عرفی ضمان و تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گیرد و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. اثر حقوقی عقد باید تابع خواست طرفین باشد و مقتضای آن را قانون‌گذار بر این مبنا تعیین کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲۷). به این موضوع باید این نکته را اضافه کرد که اساساً هدف از عقد ضمان، دسترسی دائن به طلب خود در فروض مختلف است. این هدف در ضمان تضامنی بیشتر مشهود است و نه تنها بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید بلکه مضمون‌له را از خطرهای ناشی از ورشکستگی و اعسار و فرار مدیون مصون می‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۴۴). همین امر سبب گشته تا معطیان اعتبار از جمله بانک‌ها به اخذ حداقل دو ضامن برای کمترین مبالغ وام مبادرت کنند. استدلالاتی از این دست با هدف اصلی منعقدکنندگان عقد ضمان در تضاد است و به روشنی اصل آزادی قراردادهای را زیر سؤال می‌برد. همان طور که به‌رغم اختلاف نظرهای زیادی که در ابتدای امر در خصوص اختلاف میان قانون مدنی و تجارت وجود داشت امروزه غالب حقوق‌دانان همان طور که در عمل نیز به همین شکل است معتقدند نقل ذمه مطابق اطلاق عقد ضمان است نه اقتضای ذات آن، و از این رو، با شرط ضمن عقد امکان برقراری تضامن وجود دارد. پس چرا نتوان قائل بر این بود که در سایر جنبه‌ها نیز تبعیت عقد ضمان از دین اصلی را نیز مقتضای اطلاق عقد ضمان دانست نه مقتضای ذات آن و لذا شرط دریافت خسارت تأخیر در فرض ورشکستگی تاجر و یا حتی شرط کلی استقلال عقد ضمان از دین اصلی را صحیح دانست؟

از آنجایی که فلسفه و نقش قوانین حاکم بر معاملات تجاری باید تقویت‌کننده دو اصل سرعت و اعتماد به‌عنوان اساسی‌ترین محورهای مقوم قراردادهای تجاری باشند تا تسهیل بخش روابط تجاری باشد از این حیث همیشه باید در صدد وضع قوانین خاصی بود که به دور از احکام و تشریفات ذاتی معاملات مدنی بوده که در نتیجه آن انعطاف لازم برای معاملات تجاری فراهم گردد؛ از این منظر ار آنجا که در بسیاری از مواقع ممکن است هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مقام صدور رأی وحدت‌رویه نقش خطیر مقنن را بر عهده گیرد، لذا شایسته است قضات محترم دیوان عالی کشور

در ارائه نظریات حقوقی خویش قائل به تمییز میان موضوعات مدنی و تجاری باشند و حسب مورد در موضوعات تجاری تا حد ممکن از اعمال و حاکمیت بخشی مقررات حقوق مدنی به صرف تشابه بین دو موضوع خودداری ورزند و با نیم‌نگاهی به نیازهای تجاری جامعه احکام و مقرراتی وضع نمایند که بی‌چون و چرا به تبعیت از حقوق مدنی منجر نگردد؛ بلکه به استقلال حقوق تجارت و پاسخ‌گویی به اوضاع و احوال و شرایط خاص اعمال تجاری توجه داشته باشند. در غیر این صورت اختلاف حقوق تجارت و مدنی صرفاً در نام خواهد بود و قوانین تجارت کارآیی خویش را در اعمال تجاری از دست خواهد داد.

این دیدگاه در جای جای قانون تجارت به چشم می‌خورد و شواهد زیادی وجود دارد که این دیدگاه را تقویت می‌کند. عدم قابلیت استناد به بطلان در برابر بستنکاران در حالی که در قانون مدنی تنها به سه حکم از عقد اشاره شده، اصل عدم استناد به ایرادات در اسناد تجاری و اصولی از این دست که خاص حقوق تجارت است نیز شاهد دیگری از این مثال است. یا اینکه مقنن در مواد ۴، ۳۴ و ۴۶ لایحه اصلاح قانون تجارت از ابتیاع سهم صحبت به میان می‌آورد در حالی که ماده ۳۳۸ قانون مدنی در عین بودن مبیع در برابر عوض معلوم برای تملیک در عقد بیع تأکید فراوان نموده است، همین وضع در ماده ۱۱۴ لایحه قانون تجارت در خصوص توثیق سهام مدیران نیز ملموس است چراکه مقنن در حقوق تجارت به آسانی وثیقه گذاشتن سهام را از سوی مدیران به منظور تضمین جبران خسارت احتمالی دوره تصدی مدیریت آنان پذیرفته است؛ در حالی که ماده ۷۷۴ قانون مدنی در عقد رهن عین بودن مال مرهونه را ضروری دانسته و رهن دین و منفعت را باطل اعلام داشته است. این موارد نشانگر آن است که از ابتدا مقنن حقوق تجارت که پس از وضع قانون مدنی مبادرت به تصویب این قانون نموده احکام بسیاری را در قانون تجارت به رشته تحریر درآورده که متفاوت از قواعد حقوق مدنی و خاصه قانون مدنی بوده چراکه بی‌تردید قوانین مدنی نمی‌توانست پاسخ‌گوی نیازهای تجاری باشد که نمونه بارز آن حکم مندرج در ماده ۲۴۹ قانون تجارت است؛ این ماده مسئولیت کلیه مسئولین سند تجاری را تضامنی دانسته است و به کرات در موارد متعددی مانند مواد ۲۳ و ۱۴۳ در لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت در شرکت سهامی مسئولیت تضامنی را حاکمیت بخشید و در مواد ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ و شق آخر ماده ۲۴۹ قانون تجارت نیز در بحث ضمانت احکامی را وضع نمود که متفاوت از احکام عقد ضمان در ماده ۶۹۸ قانون مدنی است.

حتی در باب ضمانت در اسناد تجاری در بحث تبعیت عقد ضمان از دین اصلی در مقررات بین‌المللی نیز استثنائاتی وجود دارد از جمله اینکه مقررات کنوانسیون ژنو در راستای اصل استقلال امضاءات و غیرقابل استناد بودن ایرادات مسئولان برات و لزوم اعتبارافزایی به سند، در صورت رعایت

شرایط شکلی برات، تعهد ضامن در مقابل دارنده برات را معتبر قلمداد نموده و حقوق براتی را بر آن بار می‌نماید (سلیمانی، ایرانشاهی و عزیزی، ۱۳۹۷: ۹۱).

غلبه دیدگاه مدنی در مقوله ضمان سبب شده تا در تبیین ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز با مشکل مواجه شویم و در نهایت علی‌رغم وجود مشابهت‌های زیاد آن را قراردادی مستقل قلمداد کنیم (شاه‌منصوری و توفیقی بروجنی، ۱۳۹۶: ۷۲ و ۷۹). یا اینکه در حقوق مدنی در اثر عمل حقوقی ابراء، دین مدیون به وسیله ابراء اسقاط می‌گردد، یعنی ضمانی متوجه مدیون نیست اما در نظریه ابراء در قرارداد ارفاقی، چنین اثری به چشم نمی‌خورد، بلکه قرارداد ارفاقی فی‌نفسه به‌منظور ایفای تعهد بوده و از این‌رو ضمان (مسئولیت) تاجر ورشکسته همچنان برقرار بوده و ابراء جنبه اسقاط ندارد. از این‌رو رفع ضمان و مسئولیت پس از ایفای تعهد و پرداخت دین از سوی تاجر صورت می‌گیرد، آن‌گاه اثر اسقاطی ابراء بخشی از طلب نیز محقق خواهد شد. در واقع زمانی تعهد تاجر ورشکسته نسبت به ابراء جزئی از دین ساقط می‌شود که تاجر نسبت به پرداخت بقیه دین نیز اقدام نماید (عبدی‌پورفرد و عباسی اندواری، ۱۳۹۸: ۱۹۹).

شاهد دیگر برای تفاوت ضمان در قانون مدنی و تجارت، ماده ۴۰۵ قانون تجارت است که مقرر می‌کند که قبل از رسیدن اجل دین اصلی ضامن ملزم به تأدیه نیست ولو اینکه به‌واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین موجل او حال شده باشد؛ از این ماده نتیجه می‌گیریم که لزوماً مسئولیت ضامن با مسئولیت مضمون‌عنه یکی نیست. درست است که مواد ۴۰۵ تا ۴۰۸ قانون تجارت ایران به‌طور غیرمستقیم اشاره به اهمیت دین و مبنای آن و همچنین وابستگی کامل ضمانت به وجود دین اصلی و صحت قرارداد اصلی کرده‌اند حال آنکه در حقوق تجارت عملی امروزه نوعی از ضمانت به نام ضمانت مستقل وجود دارد که هیچ توجهی به دینی که منشأ ضمان است ندارد و تعهد ضامن را هرچند بر مبنای دین واقع می‌کند اما این ضمانت پس از وقوع کاملاً مستقل از آن می‌شود، اغلب ضمانت‌های تجاری امروز علی‌الخصوص ضمانت‌های بین‌المللی التفات به اصل عدم توجه ایرادات دارد، حال آنکه قانون تجارت ایران در این موارد با رجوع به قواعد مدنی تأکیدی دوباره بر وابستگی ضمان کرده است (مظاهری کوهانستانی و منتظری، ۱۳۹۷: ۱۲۵).

نکته‌ای که باید توجه کرد این است که غالباً وجود همین ضمانت‌ها به طرفین جرئت معاملات کلان می‌دهد و باعث رونق اقتصادی و توسعه امور بازرگانی می‌گردد. هنوز هم سنگ بنای نظام تجاری و اقتصادی اصل بنیادین حاکمیت اراده است و مداخله قانون‌گذار زمانی توجیه مناسب می‌یابد که عدم مداخله منشأ آسیب به نظام مذکور شود (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۷: ۴۱۰).

تالی فاسد آرا و قوانینی از این دست در حقوق تجارت این است که سبب سستی مقوله ضمان

در معاملات تجاری خواهد شد و طرف معامله تاجر دیگر اعتمادی به مقوله ضمانت و آثار مورد نیاز آن به‌ویژه در زمان ورشکسته شدن تاجر مضمون‌عنه نخواهد داشت، چراکه تاجر به‌منظور تضمین انجام تعهدات خویش ضامنی معرفی نموده تا در معاملات پرریسک و خطر شخص طرف معامله را مطمئن سازد که حتی در فرض عارض شدن ورشکستگی شخص معینی به‌عنوان ضامن، تعهدات وامانده او را با تمام لواحق آن ازجمله تأدیه خسارت تأخیر تأدیه اجرا خواهد کرد. شاید بر همین اساس بوده که مقنن برای جلب اعتماد اشخاصی که با تاجر ورشکسته پس از امضای قرارداد ارفاقی وارد معامله می‌گردند مقرر نموده چنانچه به هر دلیلی محرز و مسلم گردد که تاجر ورشکسته حائز شرایطی برای انعقاد قرارداد نبوده است، به‌عنوان مثال حيله یا تقلبی را مرتکب گردیده و در نتیجه آن به حکم مفاد ماده ۴۸۳ و ۴۹۰ و نیز بند ۲ ماده ۴۹۲ قانون تجارت آن قرارداد باطل اعلام گردد؛ برخلاف حقوق مدنی اثر بطلان قرارداد از زمان انعقاد نبوده و اثر قهقروایی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۰۹). بلکه به‌دلیل وضعیت خاص تاجر و الزامات رعایت حقوق طلبکاران و لزوم جلب اعتماد آنان که با تاجر ورشکسته‌ای که با او قرارداد ارفاقی منعقد شده است وارد معامله شده‌اند، مقرر شده حتی با فرض بطلان قرارداد ارفاقی، قراردادی که این تاجر در این اثنا با تاجر ورشکسته منعقد نموده‌اند باطل نخواهد شد، بلکه برخلاف قانون مدنی، منفسخ خواهد شد و از تاریخ انحلال نسبت به آینده اثرگذار است؛ ماده ۵۰۰ قانون تجارت در این خصوص مقرر می‌دارد: «معاملاتی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم به بطلان یا فسخ قرارداد مزبور نموده باطل نمی‌شود...»؛ اما رأی وحدت‌رویه مذکور بدون در نظر گرفتن اقتضائات خاص تجاری و بی‌توجه به اراده طرفین قرارداد با این استدلال که چون طلبکاران خود تاجر ورشکسته، حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را ندارند و موارد مذکور در مواد ۵۶۱ و ۵۶۲ ناظر به زمانی است که تاجر می‌خواهد اعاده اعتبار کند؛ بنابراین مسئولیت ضامن را بیش از مسئولیت مضمون‌عنه ندانسته است و حکم نموده خسارت تأخیر تأدیه از ضامن تاجر ورشکسته قابل مطالبه نیست. همین ایراد به رأی وحدت‌رویه ۱۵۵ مبنی بر اینکه طلبکاران ورشکسته اعم از اینکه وثیقه داشته باشند یا نه حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام بعد از تاریخ توقف را ندارند، نیز وارد است؛ چراکه هر گونه راهی برای معامله با اطمینان با تاجر را برای افراد می‌بندد. عملاً نیز فاصله توقف تا زمان پرداخت مطالبات بسیار طولانی است و هیچ توجیهی وجود ندارد تا طلبکار دارای وثیقه را از خسارات وارده محروم کرد.

حال آنکه در جای دیگر هیئت عمومی دیوان عالی کشور با التفات به تفاوت میان قانون تجارت و سایر قوانین در رأی وحدت‌رویه‌ای که به‌طور پیاپی در شماره ۷۸۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۳ درخصوص مهلت اعتراض به حکم ورشکستگی داشته است آن را کاملاً از موضوع اعتراض ثالث در ماده ۴۱۷

قانون آیین دادرسی مدنی که فاقد مهلت است، جدا دانسته و تأکید داشت که کماکان باید مقررات قانون تجارت را حاکم دانست و اعتراض اشخاص ثالث نسبت به حکم ورشکستگی الزاماً باید در مهلت خاص پیش‌بینی شده مذکور در مواد ۵۳۷ به بعد به عمل آید چراکه عام لاحق را از حیث اصولی ناسخ خاص سابق ندانسته است و در عین حال ضرورت حقوق تجارت را درک نمود و قواعد خاص آن طبق مقتضیات خاص معاملات تجاری و احکام ناظر بر ورشکستگی را مراعات داشته است؛ به عبارتی نگاه تجاری مقنن را در حمایت از اعمال و معاملات تجاری حفظ و تقویت نموده است. با این تفاسیر به نظر نگارندگان از آنجا که به موجب ماده یک قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها مصوب ۱۳۶۸، وجوه و تسهیلات مالی اعطایی بانک‌ها تحت هر عنوان اعم از اینکه قراردادی منعقد شده باشد یا خیر و مقرر بوده که بدهکار در سررسید معین، تسهیلات مالی و وجوه دریافتی را اعم از اصل و سود و سایر متفرعات مسترد دارد، بر اساس مقررات و شرایط زمان اعطای این وجوه و تسهیلات قابل مطالبه است و به موجب مندرجات ذیل این ماده نیز مراجع قضایی و دوائر اجرای ثبت مکلف به احتساب مطلق خسارات از جمله خسارت تأخیر تأدیه شده‌اند (باقری، جمالی و خادمان، ۱۴۰۰: ۲۶).

عدم دریافت خسارت تأخیر تأدیه از تاجر یک حکم استثنایی است و نباید به ضامن تسری داده شود. چه لزومی به استفاده از این امتیاز برای ضامن وجود دارد حال آنکه همین شخص اگر از یک شخص غیر تاجر ضمانت می‌کرد در معرض ریسک پرداخت خسارت تأخیر وجود داشت. اساساً اغلب، تاجر مبالغ عمده از بانک وام دریافت می‌کنند و نگرش مندرج در رأی وحدت‌رویه، مؤسسات مالی و بانکی را با بحران ورشکستگی مواجه می‌سازد؛ از طرفی از آنجا که وجوه نقد موجود در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متعلق به مردم است، قطعاً ورشکستگی بانک‌ها که مستند به رأی وحدت‌رویه، دستشان از وصول مطالبات، هم از تاجر ورشکسته و هم از ضامن کوتاه مانده، تحمیل ضرر بر پیکره آحاد اشخاص جامعه سپرده‌گذار در نزد بانک‌ها خواهد بود. از سوی دیگر مبنای ضمانت عموماً همین است که وام‌دهنده یا طلبکار بتواند به طلب خود دست یابد و ریسک بازگشت سرمایه به او کمتر شود. بنابراین استفاده از ابزارهای قدیمی نه تنها کمکی برای حل مشکلات موجود نبوده بلکه صرفاً اوضاع را پیچیده‌تر می‌کند. عقد ضمان بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شود و بنابراین اراده آنان قطعاً در شناسایی آثار آن تأثیرگذار است. چنانچه این ایراد مطرح شود که عقد ضمان جنبه احسانی دارد و اجبار ضامن به پرداخت خسارت تأخیر با احسانی بودن آن تناقض دارد باید گفت که با استقلال تعهد ضامن جنبه وثیقه‌ای عقد ضمان، همانند کفالت و رهن، پررنگ می‌نماید و این امر منافاتی با احسانی بودن آن ندارد (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ۵۹). درست است که عقد ضمان از عقود مبتنی بر ارفاق است و لیکن ضم ذمه بودن اثر ضمان نیز هیچ منافاتی با این خصیصه عقد ضمان ندارد. زیرا با تحقق ضمان

و قرار گرفتن ذمه ضامن در کنار مضمون‌عنه از سخت‌گیری مضمون‌له از مدیون اصلی کاسته می‌شود و در اینجا ارفاق صورت گرفته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۱۵۰).

نتیجه

موضع دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۸ مبنی بر عدم مسئولیت ضامن تاجر ورشکسته نسبت به خسارت تأخیر تأدیه به تبعیت از تعهد اصلی با آنکه با ظاهر مقررات قانون مدنی در باب ضمان موافق است، اما به روشنی با هدف انعقاد عقد ضمان در قراردادهای تجاری و در واقع اصل استقلال حقوق تجارت از حقوق مدنی مخالف است. این تفاوت دیدگاه در جای جای قانون تجارت نیز به چشم می‌خورد؛ مانند تفاوت بیع سهم با عین بودن مبیع در قانون مدنی یا ضرورت عین بودن موضوع مال مرهونه در برابر امکان توثیق سهام که عین نیست و همچنین تفاوت آثار بطلان عقد در قانون مدنی در مقایسه با اثر بطلان عقد در قرارداد ارفاقی در قانون تجارت و یا پذیرش مسئولیت تضامنی در قلمرو اسناد تجاری در قانون تجارت در مقابل عدم پذیرش این قاعده در قانون مدنی. تمامی این موارد مؤید اقتضای خاص معاملات تجاری در برابر معاملات مدنی است که مقنن اجازه وضع احکام متفاوتی را برای معاملات تجاری داده است و بر استقلال حقوق تجارت از حقوق مدنی به دلیل نیاز جامعه تأکید دارد. همان‌طور که اصولی مانند استقلال امضاها و یا عدم توجه ایرادات را در کنار وصف تجریدی و وصف تنجیزی بر اسناد تجاری حاکم دانسته، در حالی که هیچ‌یک از این احکام در معاملات مدنی وجاهت و جایگاهی ندارند. اگر بخواهیم با اصرار بر قواعد سنتی معادلات خاص حاکم بر دنیای تجارت را توجیه کنیم صرفاً کار را سخت‌تر و پیچیده‌تر کرده و تلاشی بیهوده داشته‌ایم، چراکه مطمئناً حداقل بانک‌ها یا تأمین‌کنندگان عمده سرمایه‌های کاری برای این امر پیدا خواهند نمود و با شرط ضمن عقد ضمانت یا اخذ اسناد تعهدآور دیگر از ضامنین مشکلات ناشی از رأی وحدت‌رویه را از طریق دیگری حل خواهند کرد و نشان خواهند داد رأی وحدت‌رویه موصوف که ضامن را به تبع تاجر ورشکسته معاف از مسئولیت می‌داند فاقد کارایی لازم و بی‌اثر است و صرفاً برای قراردادهای سابق دارای اعتبار است و در آینده در عمل، بر قراردادهای آتی مصداقی برای حاکمیت رأی وحدت‌رویه یافت نخواهد شد. چراکه حتی معتقدین به نظریه تبعیت تعهدات ضامن از دین اصلی و عدم پرداخت نیز به این مسئله واقفند که قید این شرط در قرارداد اعطای تسهیلات و قرارداد ضمانت موجود در آنکه با توافق ضامن و مضمون‌له خسارت تأخیر تأدیه حتی در صورت ورشکستگی متعهد اصلی نیز قابل دریافت است می‌تواند مستمسک مطالبه این خسارت از ضامن قرار گیرد. مضاف بر اینکه هرچند می‌دانیم که لزوم رعایت اصل تساوی حقوق میان بستانکاران موجب تطبیق قانونی بستانکاری‌های آن‌ها در تاریخ صدور حکم ورشکستگی

است، اما با عنایت به اینکه عرفاً فاصله زمانی میان شروع توقف و حکم توقف بسیار طولانی و گاه بالغ بر ۱۰ سال است عدم تعلق خسارت تأخیر تأدیه به مطالبات بانکی در این مدت با روح قانون نحوه وصول مطالبات بانکی مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ منافات دارد و قابل توجیه نمی باشد حداقل در خصوص ورشکسته اگر به جبر قانون و با توجه به وضعیت خاص ورشکسته قائل بر عدم دریافت خسارت تأخیر باشیم، با اخذ خسارت از ضامن ضرر طلبکاران جبران می شود. بنابراین شایسته بود که دیوان عالی کشور در مقام ایجاد وحدت رویه به ملاحظات اقتصادی و احکام خاص حاکم بر دنیای تجارت توجه بیشتری داشته و هم گام با مقتضیات آن به صدور رأی وحدت رویه بپردازد. با این اوصاف مشکلات جدیدی بر اساس این رأی وحدت رویه به بار خواهد آمد و مجدد ناچار به عدول از آن خواهیم بود، همان طور که رأی وحدت رویه ۷۳۳ پس از چند سال راجع به نحوه جبران خسارت در مبيع مستحق للغیر در آمده با رأی وحدت رویه جدید به شماره ۸۱۱ در تیر ماه ۱۴۰۰ مورد تنویر و عملاً اصلاح قرار گرفت؛ همین امر را نیز باید به زودی نسبت به رأی وحدت رویه ۷۸۸ شاهد بود که با رأی وحدت رویه جدید دیگر مورد اصلاح و یا تشریح قرار گیرد و یا اینکه موادی مانند ۴۰۵ یا ۴۲۱ قانون تجارت را اصلاح نمود و بر ابقای مسئولیت ضامن تاجر ورشکسته در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به وسیله ضامن با وجود معافیت مضمون عنه تأکید ورزید.

منابع

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۶)، حقوق تجارت؛ ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران: انتشارات سمت.
- افتخارجهرمی، گودرز و سهیل طاهری (۱۳۹۰)، «مقتضای اطلاق ضمان قراردادی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۷.
- امینی، راضیه و حسین ناصری مقدم (۱۳۹۶)، «مفهوم شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۴۷.
- باقری، محمدرضا، جعفر جمالی و محمود خادمان (۱۳۹۹)، «بررسی و نقد رویه قضایی درخصوص دعوی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ارزی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- باقری، علی، امیربرزگر و سکینه باقری (۱۳۹۴)، «بررسی وضعیت ظهنویسی و تفاوت آن با ضمانت در اسناد تجاری با تأکید بر رویه قضایی»، قضاوت، شماره ۸۲.
- جعفری لنگرودی محمدجعفر (۱۳۸۸)، دایره المعارف مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- رشیدی، علی و قاسم یوسفی (۱۳۹۸)، «آسیب شناسی مقررات حمایتی از ضامن در ضمان تضامنی در قانون تجارت با نگرشی بر لایحه تجارت»، قانون یار، سال سوم، شماره ۹ (جلد اول).
- رفیعی، محمدرضا (۱۴۰۰)، «چالش‌های نهاد آراء وحدت‌رویه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- ستوده، علیرضا (۱۳۸۲)، ضمانت در حقوق ایران (انگلیس، آمریکا و فرانسه)، تهران: انتشارات بهنامی.
- سلیمانی، امین اله، علیرضا ایرانشاهی و محمد عزیز (۱۳۹۷)، «مسئولیت ضامنین تاجر ورشکسته در پرداخت خسارت تأخیر تأدیه پس از تاریخ ورشکستگی»، پژوهش ملل، شماره ۳۹.
- شاه منصوری، کمال و پیمان توفیقی بروجنی (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی فقهی، حقوقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانت نامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مطالعات حقوق، شماره ۹.
- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۷)، «نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل (مواد ۱۳۶ تا ۱۷۱)»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴.
- شهنایی، خلیل (۱۳۸۵)، «قلمرو مسئولیت تضامنی در حقوق ایران»، بررسی‌های بازرگانی، شماره ۲۱.
- صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۴)، «نگاهی نو به ماهیت ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریع آن»، کاوشی نو در فقه، سال بیست و دوم، شماره ۳.
- عبدی‌پورفرد، ابراهیم و محمدتقی عباسی اندواری (۱۳۹۸)، «ابراء و بررسی ضمان در قراردادهای ارفاقی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۷.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۱)، حقوق تجارت، تهران: انتشارات میزان.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۴)، حقوق تجارت، چاپ دوم، تهران: نشر فرزاد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، اعمال حقوقی، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۳۳)، «اثر عقد ضمان ۲»، کانون وکلا، دوره اول، شماره ۳۷.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۴، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، جلد دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- محسنی، سعید (۱۳۸۹)، «جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در اسناد تجاری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۹.
- مظاهری کوهانستانی، رسول و مهسا منتظری (۱۳۹۷)، «تفاوت عقد ضمان مدنی با ضمان تجاری»، مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، شماره ۷.
- مقدم، عیسی (۱۴۰۰)، «جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد و محمد مهریزی ثانی (۱۳۹۱)، «بررسی اثر عقد ضمان بر روابط طرفین با رویکردی نوین»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۰.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۱)، «نگرشی جدید بر ضمان عقدی و آثار آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴.

معیار تفکیک جرایم «مختلف» از جرایم «غیرمختلف»

در اعمال قواعد تعدد مادی جرم

مهرانگیز روستائی*، حامد رحمانیان**

چکیده

نحوه تعیین مجازات برای مرتکبین جرایم متعدد همواره موضوع مباحث نظری و تحولات تقنینی بوده است. قانون‌گذار ایران در آخرین تحولات ناشی از قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، با تفکیک میان جرایم «مختلف» از غیر آن در وضعیت تعدد مادی جرم، احکام متفاوتی مقرر داشته اما از تعیین معیار و ضابطه برای تفکیک این دو دسته جرایم از یکدیگر استنکاف ورزیده است که همین امر موجب تشتت آرا و رویه‌ها در این خصوص می‌گردد. در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی چهار ضابطه جهت شناسایی جرایم غیرمختلف تبیین و نقد شده‌اند: وحدت عنوان مجرمانه، وحدت عنصر قانونی، وحدت عناصر متشکله جرم، وحدت عناصر متشکله و مجازات. در پایان با توجه به ایرادات و مزایای هریک از این تفاسیر، ضابطه وحدت عناصر متشکله و مجازات به جهت سازگاری با اصول حاکم بر حقوق کیفری و تفسیر مضیق نصوص جزایی، بیش از سایر تفاسیر، کاشف نظر مقنن دانسته شده و به عنوان دیدگاه مختار، معرفی گردیده است. واژگان کلیدی: جرایم مختلف، جرایم یکسان، جرایم مشابه، تعدد جرم، تعدد مادی

* استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران (نویسنده مسئول)

m.roustaie@gmail.com

** قاضی دادگستری، دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

hamed403@yahoo.com

مقدمه

تعدد جرم به عنوان یکی از جهات عام و عینی تشدید مجازات با معیارهای چندگانه تقنینی، دسته بندی های مختلفی به خود دیده است. در تمیز تعدد واقعی از اعتباری، ارتکاب بیش از یک رفتار مادی مجرمانه که هر یک به تنهایی عناصر جرم را در خود جمع می کند (نوربها، ۱۳۸۲: ۴۵۳) و در برخی اقوال تعدد نتیجه (طاهری نسب، ۱۳۸۱: ۱۴۲-۱۴۱؛ فروغی و جودکی، ۱۳۹۴: ۱۰۴) و در تمیز تعدد از تکرار جرم، وجود یا فقدان محکومیت قطعی یا اجرای مجازات برای جرایم ارتكابی متعدد از سوی یک نفر (پیمانی، ۱۳۷۴: ۴۹۵) به عنوان ضوابط تشخیصی پذیرفته شده است؛ با این حال، یافتن قاعده ای برای نحوه تعیین مجازات جرایم متعدد ارتكابی توسط مرتکب واحد، همواره هم از حیث نظری و هم از جنبه عملی، موضوع تأملات حقوقی و تحولات قانونی بوده است. برخی برخورد متفاوت با مرتکب جرایم متعدد در مقایسه با مرتکب جرم واحد را لازمه عدالت دانسته اند (اردبیلی، ۱۳۹۶: ۱۷۸) و در مقابل، پاره ای اندیشمندان تجمع اتهامات متعدد تعیین تکلیف نشده برای متهم را ناشی از ضعف و ناتوانی دستگاه عدالت کیفری دانسته و سختگیری بر وی را خلاف عدالت می دانند (علی آبادی، ۱۳۹۲: ۲۵۸). برخی به انکار تعدد جرم متوسل شده و جمع مجازات ها را تجویز می کنند (علی آبادی، ۱۳۹۲: ۲۶۸) و پاره ای دیگر، مشکلات عملی عدیده ناشی از جمع مجازات ها را به رخ می کشند (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۸۰-۱۷۹). در این میان قانون گذار ایران نیز از این سردرگمی مصون نبوده و نگاهی به سابقه تقنینی در این حوزه به خوبی مؤید این امر است که مسئله تعیین کیفر در وضعیت تعدد جرم، همواره یکی از کانون های اصلاح و تغییر قوانین بوده است (میر محمد صادقی، درزی رامندی، ۱۳۹۹: ۵۵-۵۴).

در نخستین تجربه قانون گذاری در باب تعدد مادی جرم، قانون گذار موضوع را به اختصار برگزار کرده و صرفاً در ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ مقرر داشته بود: «هرگاه شخصی جرمی را مکرراً مرتکب شده بدون اینکه حکمی درباره او صادر شده باشد برای هر جرمی حکم مجازات علی حده صادر نمی گردد ولی محکمه مجرم را به حداکثر مجازات محکوم خواهد نمود». استفاده از عبارت «جرمی را مکرراً» در این ماده تبادر در این داشت که حکم ماده منحصر به تعدد مادی جرایم یکسان است و سکوت مقنن پیرامون جرایم مختلف، حاکی از این بود که قائل به جمع مجازات ها در این فرض است. اعتبار این مقرر دیری نمی پاید و در تاریخ ۱۳۱۱/۷/۱۲ با تصویب «قانون متمم اصلاح اصول محاکمات جزایی» و نسخ صریح ماده ۳۳ مارالذکر، یکسان یا متفاوت بودن جرایم ارتكابی، تأثیر خود را از دست می دهد و این گونه مقرر می شود که در تعدد مادی جرم، صرف نظر از یکسان بودن یا نبودن جرایم، مرتکب باید بابت هر جرم، به حداکثر مجازات آن جرم

محکوم شود اما در مقام اجرا فقط مجازات اشد اجرا گردد. سپس در نخستین اصلاح بنیادین قوانین کیفری در سال ۱۳۵۲ مقنن در ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی دست به اصلاحات اساسی در باب تعدد مادی جرم زد و تعدد جرم را موجب تشدید مجازات و میزان و نحوه تشدید را تابعی از «تعداد» جرایم ارتكابی قرار داد؛ بدین سان که میزان تشدید مجازات در تعدد میان دو یا سه جرم، متفاوت با میزان تشدید مجازات در تعدد میان چهار جرم و بیشتر مقرر گردید.^۱

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در فرایند اسلامی سازی قوانین کشور به تبعیت از احکام مقرر در باب حدود، نحوه صدور حکم به مجازات جرایم متعدد صرفاً دایر مدار «مختلف» بودن یا نبودن جرایم قرار گرفت (پوربافرانی، ۱۳۸۴: ۳۳). این حکم به رغم انتقاد وارد بر آن از این حیث که تفاوتی از جنبه جامعه ستیزی و خطرناکی میان مجرمی که چندبار نقض قوانین یکسان کرده با مجرمی که قوانین مختلف را نقض کرده است وجود ندارد (زراعت، ۱۳۹۳: ۲۰۱)، هم در ماده ۲۵ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و هم در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تکرار شد: «در مورد تعدد جرم هرگاه جرایم ارتكابی مختلف باشد باید برای هر یک از جرایم مجازات جداگانه تعیین شود؛ اگر مختلف نباشد فقط یک مجازات تعیین می گردد و در این قسمت تعدد جرم می تواند از علل مشدده کیفر باشد و اگر مجموع جرایم ارتكابی در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می گردد». این رویکرد دوگانه قانون گذار که با انتقاداتی مبنی بر مخالفت با انصاف و عدالت، در تعارض بودن با اهداف تدوین حقوق کیفری و اعمال مجازات های شدید و طولانی (حاجی ده آبادی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۰۴) توأم بود سالیان متمادی ادامه داشت تا اینکه در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قانون گذار در چرخشی آشکار ضمن کنار گذاشتن قاعده جرایم مختلف و یکسان، عیناً حکم مقرر در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ را احیا نمود (شیخ الاسلامی، ۱۳۹۵: ۵۳-۵۲).

همان گونه که ملاحظه می شود در این سیر تقنینی نحوه عمل در قبال تعدد مادی جرم یا تابعی از یکسان بودن و نبودن جرایم ارتكابی صرف نظر از تعداد آن ها بوده یا تابعی از تعداد جرایم ارتكابی

۱. الف - در مورد تعدد جرم هرگاه جرائم ارتكابی از سه جرم بیشتر نباشد دادگاه مکلف است برای هر یک از آن جرائم حداکثر مجازات مقرر را مورد حکم قرار دهد و هرگاه جرائم ارتكابی بیش از سه جرم باشد دادگاه مجازات هر یک از جرائم را بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی معین می کند بدون اینکه از حداکثر به اضافه نصف آن تجاوز نماید. در هر یک از موارد فوق فقط مجازات اشد قابل اجرا است و اگر مجازات اشد به یکی از علل قانونی تقلیل یا تبدیل یافته یا غیر قابل اجرا بشود مجازات اشد بعدی اجرا می گردد در صورتی که مجموع جرائم ارتكابی در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد مقررات تعدد جرم رعایت نخواهد شد و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می گردد.

صرف نظر از مختلف بودن یا نبودن آن‌ها. اما مقنن در اصلاحی که در سال ۱۳۹۹ به موجب ماده ۱۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی اعمال کرد هر دو ضابطه فوق را با یکدیگر تلفیق نمود بدین سان که:

اولاً اگر جرایم ارتكابی غیر مختلف باشند صرفاً یک مجازات با اعمال قواعد تشدید^۱ و اگر جرایم مختلف باشند چند مجازات با اعمال قواعد تشدید تعیین می‌گردد.

ثانیاً نحوه و میزان اعمال تشدید مجازات در جرایم یکسان و مختلف از یک قاعده تبعیت می‌کند و در هر دو حالت، تابعی از تعداد جرایم ارتكابی است.

ثالثاً در هر صورت در مقام اجرا صرفاً مجازات اشد موضوع دادنامه اجرا می‌شود.

بنابراین برای آنکه بتوان به درستی و آن گونه که مدنظر مقنن است قواعد تعدد مادی جرم را اعمال کرد، ضروری است ابتدا تشخیص دهیم که جرایم متعدد ارتكابی توسط متهم، یکسان اند یا مختلف. این در حالی است که قانون‌گذار در این خصوص سکوت اختیار کرده و از ارائه ضابطه و معیاری برای مختلف دانستن یا ندانستن جرایم خودداری کرده است. با توجه به این سکوت قانونی از یک سو و ضرورت تعیین تکلیف پرونده‌های کیفری توسط مقامات قضایی از سوی دیگر چاره‌ای جز تفسیر قانون نیست.^۲ در این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی انواع تفاسیر و تحلیل‌های موجود در این زمینه

۱. با این توضیح که در این حالت، اعمال تشدید مجازات، الزامی نیست و از اختیارات دادگاه است.
۲. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌های مشورتی شماره ۹۹/۷/۴۱۵ مورخ ۹۹/۷/۱۵ و ۹۹/۷/۴۳۱ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۸ در پاسخ به این سؤال که منظور از جرایم غیر مختلف در ماده ۱۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری چیست، پاسخ خود را در چند بند بدون ابتدای آنها بر مبنای مشخصی به شرح زیر بیان کرده که به فراخور بحث، در بخش‌های مختلف مقاله بدان‌ها پرداخته شده است: ۱- ارتكاب یک جرم خاص به صورت متعدد؛ مانند ارتكاب متعدد سرقت‌های منطبق با یک ماده مشخص ۲- جرایمی که به رغم عنصر قانونی و متفاوت بودن مجازات‌ها، تحت عنوان جرم واحد شناخته می‌شوند؛ مانند سرقت‌های متعدد، جعل اسناد مختلف، صدور چک بلامحل به هر شیوه که در قانون مقرر شده است. ۳- رفتارهای متعدد مجرمانه که موضوع آنها واحد است؛ مانند حمل، نگهداری، فروش، صادرات، واردات و ساخت مواد مخدر از نوع واحد، مشروبات الکلی، تجهیزات دریافت از ماهواره و اسلحه و مهمات از نوع واحد ۴- دو یا چند رفتار مجرمانه که در یک ماده قانونی ذکر و برای آنها مجازات پیش بینی شده است. ۵- ارتكاب جرایمی که مجازات جرم دیگر درباره آنها مقرر شده است یا طبق قانون جرم دیگری محسوب می‌شود؛ مانند کلاهبرداری و جرایمی که مجازات کلاهبرداری درباره آنها مقرر شده است و یا طبق قانون کلاهبرداری محسوب می‌شود. ۶- شروع، معاونت و مباشرت در یک جرم. ضمناً در مواردی که به موجب نص خاص یا رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور از قبیل رأی شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (جعل و استفاده از سند مجعول) برخلاف ضوابط و معیارهای فوق احکام خاصی مقرر شده باشد به همان ترتیب عمل می‌شود.

را مطرح کرده و ابتدا هریک از آن‌ها را توصیف و تبیین نموده و سپس به تحلیل و ارزیابی آن‌ها می‌پردازیم تا از رهگذر مزایا و معایب هریک از این تفاسیر بتوانیم در نهایت صحیح‌ترین و حقوقی‌ترین برداشت که بیشترین انطباق با اصول حقوقی و نظر مقنن داشته باشد را بیابیم.

۱. وحدت عنوان مجرمانه

نخستین و رایج‌ترین معیاری که برای شناسایی جرایم یکسان و تفکیک آن از جرایم مختلف ارائه می‌شود آن است که کلیه جرایمی که ذیل یک نام و عنوان واحد قرار می‌گیرند همگی جرم یکسان و مشابه به حساب می‌آیند و هنگامی که وصف مجرمانه آن‌ها متفاوت است از نوع جرائم مختلف محسوب می‌شوند (اعظمی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۶۴-۱۶۳). در ادامه به تبیین و سپس ارزیابی این دیدگاه می‌پردازیم.

۱-۱. تبیین تفسیر

طبق این دیدگاه، وجود نام و عنوان واحد برای جرایم متعدد موجب می‌شود که همه این جرایم، یکسان و غیرمختلف به حساب آیند و در نتیجه نحوه تعامل با آن‌ها هنگام تعیین مجازات در وضعیت تعدد مادی جرم، متفاوت با جرایم مختلف خواهد بود (مصدق، ۱۳۹۹: ۱۲۶). بر این اساس کلیه جرایم جعل صرف نظر از اینکه موضوع جعل، سند عادی باشد یا رسمی، امضا باشد یا مهر، اسکناس باشد یا مدرک تحصیلی و غیر این‌ها همگی جرم یکسان به حساب آمده و بر این مبنا، اگر به عنوان مثال شخصی مرتکب جعل در مبیعه‌نامه عادی، جعل اسکناس، جعل در سند رسمی و نیز جعل مدرک تحصیلی شده باشد، کلیه این اتهامات چهارگانه، از مصادیق ارتکاب جرایم یکسان به حساب آمده و وفق ماده ۱۳۴ اصلاحی قانون مجازات اسلامی برای مرتکب صرفاً یک مجازات تعیین خواهد شد و در این صورت دادگاه در صورت صلاحدید می‌تواند تشدید مجازات را نسبت به همین مجازات واحد اعمال نماید.^۱ همچنین بر اساس این دیدگاه کلیه جرایم سرقت، کلیه جرایم جاسوسی و کلیه جرایم کلاهبرداری یکسان محسوب شده و از قاعده فوق تبعیت می‌نمایند. بنابراین به عنوان مثال اگر شخصی مرتکب چند فقره سرقت ساده (موضوع ماده ۶۶۱) سرقت مقرون به پنج شرط (ماده ۶۵۱) جیب‌بری (ماده ۶۵۷) و سرقت مسلحانه یا مقرون به آزار (ماده ۶۵۲) همگی از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی شده باشد مرتکب جرایم یکسان شده و بر این مبنا با وی برخورد خواهد شد.

۱. در موارد زیر جرائم «غیرمختلف» محسوب می‌شوند: ۱- ... ۲- جرایمی که به رغم عنصر قانونی و متفاوت بودن مجازات‌ها، تحت عنوان جرم واحد شناخته می‌شوند: مانند سرقت‌های متعدد، جعل اسناد مختلف، صدور چک بلامحل به هر شیوه که در قانون مقرر شده است.... (نظریه‌های شماره ۹۹/۷/۴۳۱ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۸ و شماره ۹۹/۷/۴۰۷ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۵)

هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۶۰۸ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۷ بدون توجه به تفاوت‌های میان جرایم مختلف چک پرداخت نشدنی به‌ویژه در عنصر روانی با پذیرش این قرائت مقرر داشته است: «نظر به اینکه صدور چک‌های بلامحل، وعده‌دار و تضمینی و غیره موضوع مواد ۳ و ۷ و ۱۰ و ۱۳ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ و اصلاحی آن در سال ۱۳۷۲، در صورتی که از جانب یک نفر انجام شده باشد، از نوع جرایم مختلف نبوده، بلکه جرایم مشابهی هستند...»^۱

برخی به همین میزان بسنده می‌کنند اما برخی دیگر پا را از این فراتر گذاشته و نه تنها جرایم ذیل یک عنوان واحد، بلکه شروع و معاونت در این جرایم را نیز در مقایسه با جرم تام آن‌ها از مصادیق جرم یکسان به حساب آورده و حکم فوق را جاری می‌دانند (نوربها، ۱۳۸۲: ۴۳۸). به عنوان مثال اگر شخصی در حین ارتکاب سرقت از منزل موضوع ماده ۶۵۶ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی دستگیر شود و در مرحله تحقیقات، به ارتکاب سه فقره سرقت تام در روزهای قبل که همگی مشمول ماده ۶۶۱ قانون فوق هستند اقرار نماید، وی مرتکب چهار فقره جرم یکسان گردیده است: یک فقره شروع به سرقت موضوع ماده ۶۵۶ و نیز سه فقره سرقت تام ماده ۶۶۱ همگی یکسان به حساب می‌آیند.^۲

۲-۱. ارزیابی تفسیر

دیدگاهی که در بالا تبیین شد دارای جذابیت و به تبع آن طرف‌داران زیادی است. چراکه ظاهراً از سادگی بسیاری برخوردار است و تشخیص جرایم یکسان را به راحتی یافتن اسم و عنوان جرم تنزل داده و از این حیث بسیار کارگشا می‌نماید. با وجود این پذیرش این دیدگاه و اجرای آن در مقام عمل، دارای ایرادات و معایب قابل توجهی است که تمسک به این تفسیر را با تردید جدی مواجه می‌سازد. نخستین ایراد آن است که ضابطه‌ای اقناع‌آور برای تسمیه جرایم به اسم و عنوان مشخص، در دست نیست. به بیان دیگر از آن‌جا که غالباً قانون‌گذار فقط به تبیین عناصر متشکله جرم و وضع مجازات برای آن مبادرت می‌کند و اسم خاصی برای جرایم تعیین نمی‌کند، لذا وضع یک اسم یا عنوان برای هر جرم، امری اعتباری و بعضاً سلیقه‌ای است و معلوم نیست که چه جرایمی ذیل اسم و عنوان واحد و در نتیجه، در زمره جرایم یکسان قرار می‌گیرند. برای مثال می‌توان به ذائقه قانون‌گذار در جرم‌انگاری انواع متفاوتی از سرقت اشاره کرد. در این طیف گسترده از عناوین متعددی مانند

۱. در حال حاضر از صدور چک‌های وعده‌دار و تضمینی جرم‌زدایی شده است (نک: ماده ۱۳ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۹۷)

۲. در موارد زیر جرائم «غیرمختلف» محسوب می‌شوند: ۱-... ۶- شروع، معاونت و مباشرت در یک جرم. (نظریه‌های شماره ۹۹/۷/۴۳۱ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۸ و شماره ۹۹/۷/۴۰۷ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۵) نیز نک: نظریه مشورتی شماره ۲۶۵۶/۷ که مقرر داشته است: «شروع به کلاهبرداری و کلاهبرداری از جرایم مشابه محسوب می‌گردند».

راهزنی، جیب‌بری، کیف‌زنی، دزدی، ربایشی که مشمول عنوان سرقت نیست و مانند آن استفاده کرده است (آقایی‌نیا و رستمی، ۱۳۹۷: ۱۴۹). برای رفع این ایراد یک راهکار آن است که معیار تشخیص را همان اسم و عنوانی بدانیم که برای هریک از فصول و ابواب قانونی توسط قانون‌گذار تعیین شده و لذا کلیه جرایمی که ذیل یک فصل یا باب مشترک از قانون قرار می‌گیرند همگی یکسان به حساب آیند. این راهکار، از آن جهت که نه جامع است و نه مانع، پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد. از یک سو جامع نیست چون بر اساس این برداشت، فقط جرایمی که ذیل یک فصل قرار می‌گیرند یکسان به حساب می‌آیند و اگر جرایمی کاملاً هم‌جنس و هم‌سنخ با جرایم این فصل، در یک قانون دیگر یا در یک فصل دیگر تعریف شده باشند، چون هم‌فصل با جرایم گروه نخست نیستند، نسبت به یکدیگر «مختلف» به حساب می‌آیند. به عنوان مثال جرم نشر اکاذیب رایانه‌ای موضوع ماده ۷۴۶ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی به‌رغم آنکه از لحاظ محتوا و ارکان و عناصر متشکله کاملاً شبیه و نظیر جرم نشر اکاذیب سنتی موضوع ماده ۶۹۸ این قانون است به‌رغم وحدت اسم و عنوان، چون ذیل دو فصل و بخش مختلف قرار دارند لذا مختلف به حساب می‌آیند. از سوی دیگر این راهکار، مانع اغیار نیز نبوده و اعمال آن می‌تواند منجر به این شود که جرایم ذاتاً مختلف و متفاوتی صرفاً به این دلیل که ذیل یک فصل آمده‌اند، یکسان به حساب آیند. به عنوان مثال جرم شرکت در آزمون به جای دیگری موضوع ماده ۵۴۱ کتاب تعزیرات در کنار جرم جعل، جرم ساخت وسیله برای ارتکاب جرم موضوع ماده ۶۶۴ در کنار جرم سرقت، جرم مزاحمت تلفنی موضوع ماده ۶۴۱ در کنار جرم رابطه نامشروع تعزیری و جرم سوءاستفاده از سفیدمهر و سفیدامضا موضوع ماده ۶۷۳ در کنار خیانت در امانت و ذیل یک فصل آمده‌اند و بنابراین همگی جرم مشابه و یکسان تلقی خواهند شد. حتی از این‌ها فراتر موضوع فصل پانزدهم کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، ارتشاء و ربا و کلاهبرداری است و بررسی مواد ذیل این فصل نشان می‌دهد که ماده ۵۹۶ را که تحت عنوان سوءاستفاده از ضعف نفس محجور نیز شهرت پیدا کرده است باید کلاهبرداری دانست که با جرم موضوع ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری تشکیل‌دهنده جرایم یکسان خواهند بود. حال آنکه به نظر می‌رسد هیچ‌یک از این نتایج به دلیل تفاوت اساسی در ماهیت جرایم مذکور، صحیح و قابل قبول نباشد.

راهکار احتمالی دیگر آن است که ملاک، اسم و عنوان عرفی و معمول و مرسوم جرایم باشد و لذا جرم‌هایی که در عرف جامعه و عرف حقوقی قضایی کشور، هم‌نام شمرده می‌شوند همگی یکسان تلقی خواهند شد. به بیان دیگر جرایم مختلف، جرایمی هستند که هیچ ارتباط یا شباهتی از نظر عنوانی با یکدیگر نداشته باشند (احمدزاده و تام، ۱۳۹۹: ۱۰۰). این راهکار نیز راهگشا نیست چراکه

صرف نظر از اختلاف نظرها و رویه‌های مختلف در نام‌گذاری جرایم که ناشی از اختلاف دیدگاه و سلیقه است، در موارد متعددی مشاهده می‌شود که اسامی جرایم به دقت برای آن‌ها انتخاب نمی‌شود. به عنوان نمونه در عرف اجتماعی و بعضاً انتظامی و حقوقی کشور، با عناوینی همچون «برق‌دزدی» یا «سرقت ادبی» مواجه می‌شویم که به ترتیب ناظر بر جرم استفاده غیر مجاز از برق و نقض حقوق مالکیت فکری هستند اما بعید است کسی قائل به این باشد که این جرایم، شبیه جرایم سرقت بوده و در مقام تعدد باید همه این‌ها را جرایم یکسان در نظر گرفت. در رویه قضایی می‌توان شاهد آرای هم‌سو با این قرائت بود. برای مثال در یکی از نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه با شماره ۶۳/۸/۷-۲/۳۹۵۶ چنین آمده است: «شروع به سرقت طبق ماده ۱۰۹ قانون تعزیرات جرم است و همانند سرقت مجازات نیز دارد و در صورت ارتکاب سرقت و شروع آن در دو مورد، تعدد محقق است که در این حالت برای هر جرم مجازات مربوط به آن تعیین می‌گردد و هرگاه برای هر یک حکم جداگانه‌ای صادر شده باشد، هر دو حکم باید اجرا شود».

دومین ایراد آن است که این تفسیر، با مبنای فقهی قانون‌گذار که زیربنای این نحو قانون‌گذاری بوده چندان سازگار نیست (الهام، ۱۳۷۲: ۴۹). توضیح اینکه خاستگاه ورود این ایده که در وضعیت تعدد مادی جرایم، میان جرایم یکسان و متفاوت، فرق گذاشته شود، احکام و آراء فقهی در باب موضوع بوده است و بر این اساس که اصولاً در جرایم دارای صبغه فقهی، برای ارتکاب جرایم یکسان، فقط یک مجازات تعیین می‌شود و در غیر این صورت کلیه مجازات‌ها با هم جمع می‌شوند، تقنین حاضر صورت گرفته است (پوربافرانی؛ ۱۳۸۴: ۳۸). این در حالی است که در همان منابع فقهی و شرعی نیز صرف هم‌نام و هم‌نوع بودن جرایم ارتكابی، برای تعیین تنها یک مجازات کفایت نمی‌کند. کما اینکه در ماده ۱۳۲ قانون مجازات اسلامی نیز تصریح شده است که شرط لازم برای یکسان دانستن جرایم حدی آن است که جرایم ارتكابی علاوه بر اسم و «عنوان» واحد، دارای «مجازات» یکسان نیز باشند. این مقرر به خوبی نشان می‌دهد که در جرایم حدی، جرایم به‌رغم هم‌نامی (مانند اینکه فرد، مرتکب چند فقره زنا شده باشد) به محض تفاوت مجازات (مانند شلاق، اعدام، رجم) وصف یکسان بودن خویش را از دست داده و باید آن‌ها را جرایم مختلف به حساب آورد و تعیین مجازات یکسان تنها در شرایط خاص پیش‌بینی شده در تبصره ۳ این ماده (وحدت مرتکبین جرم) امکان‌پذیر است.

ایراد سومی که متوجه این تفسیر است ایراد عملی وارد بر آن است که منجر می‌شود در بسیاری موارد، اساساً امکان اعمال قاعده تعدد جرم و تعیین مجازات برای مرتکب وجود نداشته باشد (احمدزاده و تام، ۱۳۹۹: ۱۰۲). توضیح آنکه تنها ثمره عملی برای یکسان دانستن یا ندانستن جرایم، آن است که بدانیم در وضعیت تعدد مادی جرم، مرتکب را به چه میزان مجازات محکوم نمائیم. مقنن

در بند «الف» ماده ۱۳۴ اصلاحی قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است که اگر جرایم ارتكابی یکسان باشند «فقط یک مجازات» باید برای مرتكب تعیین شود. این حکم قانونی نشان می‌دهد که آن چیزی که مدنظر مقنن است، مواردی است که جرایم ارتكابی متعدد توسط متهم، همگی دارای یک نوع و میزان مجازات یکسان هستند و لذا حکم می‌کند که دادرس باید فقط یک فقره مجازات از میان این مجازات‌های یکسان را مورد حکم قرار دهد. بدیهی است اگر جرایم هم‌نام ارتكابی، دارای مجازات‌های قانونی متفاوتی باشند، دادرس در اجرای حکم مقرر در بند «الف» ماده ۱۳۴ به مشکل اجرایی و بن‌بست عملی برخورد می‌کند: فقط «یک مجازاتی» که برای این جرایم دارای مجازات‌های مختلف باید در دادنامه بنویسد، کدام مجازات است؟ به‌عنوان نمونه اگر جرایم متعدد ارتكابی شامل سرقت ساده (مستوجب سه ماه و یک روز تا دو سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق) و سرقت مقرون به یک شرط (مستوجب شش ماه تا سه سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق) و سرقت از محل وقوع حادثه (مستوجب یک تا پنج سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق)^۱ باشد، دادرس باید مرتكب را به کدام یک از این مجازات‌ها محکوم کند؟ ساده‌ترین پاسخ آن است که در این مورد تنها برای جرم اشد تعیین مجازات می‌شود و مطابق بند الف ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، دادگاه حسب مورد می‌تواند این مجازات را تشدید کند (طهماسبی و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۵۴). اما این پاسخ قابل‌پذیرش به نظر نمی‌رسد. چراکه در جای‌جای ماده ۱۳۴ مورد بحث، هرکجا نظر مقنن بر تعیین مجازات اشد بوده است به‌صراحت به آن اشاره شده اما در بند «الف» چنین مجوزی داده نشده است. به بیان دیگر، انتخاب یک مجازات از میان چند مجازات مختلف آن هم مجازات اشد، مستلزم مجوز صریح قانونی است که این جواز از عبارت «یک مجازات» مستفاد نمی‌شود. به‌ویژه آنکه این اقدام آشکارا برخلاف قاعده تفسیر مضیق نصوص جزایی و تفسیر به نفع متهم است که در فرض فقدان مجوز صریح قانونی باید از آن اجتناب شود. همچنین اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۷۸۲۹ مورخ ۱۳۸۱/۸/۳۰ خود در توجیه این راهکار که در این‌گونه موارد (و به‌طور خاص، موردی که مرتكب، چند فقره سرقت مرتكب شده که هریک از آن‌ها منطبق بر ماده قانونی متفاوت با دیگری است و مجازات قانونی آن‌ها نیز با یکدیگر متفاوت است) باید حکم به مجازات اشد داده شود، به اخذ ملاک از ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی^۲ ناظر بر نحوه تعیین مجازات در تعدد معنوی

۱. به ترتیب موضوع مواد ۶۶۱ و ۶۵۶ و ۶۵۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی با این فرض که ارزش اموال مسروقه بیش از دویست میلیون ریال باشد.

۲. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ماده ۱۳۱ عیناً جایگزین آن در مقام تعیین تکلیف تعدد معنوی یا اعتباری شده است.

استناد جسته است. حال آنکه این احتجاج نیز قابل قبول نیست. چراکه تعدد مادی و معنوی ماهیتاً با یکدیگر متفاوت اند و قیاس آن دو با یکدیگر قیاس مع الفارق خواهد بود. توضیح آنکه آن چیزی که در لسان حقوق دانان کیفری تحت عنوان «تعدد معنوی» یا اعتباری شناخته می شود، ذاتاً و ماهیتاً تعدد جرم نیست بلکه نوعی تعارض قوانین است (باهری، ۱۳۹۶: ۳۸۹) و قاعده ای که مقنن در ماده ۴۶ سابق و ۱۳۱ فعلی تعیین کرده که بر آن اساس باید حکم به مجازات اشد داده شود، نه تعیین تکلیف تعدد جرم بلکه تعیین تکلیف نوع خاصی از تعارض قوانین است. به بیان دیگر هنگامی که قاضی کیفری در برخورد با یک رفتار واحد ارتكابی توسط متهم و هنگام یافتن عنوان مجرمانه و ماده قانونی منطبق بر این رفتار، با دو متن قانونی مختلف با عناوین مجرمانه مختلف مواجه می شود در واقع با دو قانون معارض مواجه شده و باید راهکاری برای حل این تعارض بیابد. در حالت عادی، رفع تعارض قوانین با قواعدی همچون قانون لاحق، قانون سابق را کنار می زند یا تخصیص قانون عام توسط قانون خاص صورت می پذیرد؛ اما مقنن در ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی (ماده ۴۶ سابق) مقرر می دارد که این نوع خاص از تعارض قوانین کیفری با تقدم قانون حاوی مجازات اشد بر قانون حاوی مجازات اخف، حل و فصل می گردد. بنابراین حکم جاری در تعدد معنوی که حکمی خاص در مقام حل تعارض قوانین است قابل تعمیم به تعدد مادی نخواهد بود.

چهارمین ایراد آن است که نگاهی به فرایند تدوین و تصویب قانون به خوبی مؤید آن است که این تفسیر قطعاً مغایر با نظر مقنن است. توضیح آنکه در متن مصوب ۱۳۹۸/۱۰/۱۵ مجلس شورای اسلامی برای قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در ماده ۱۵ پیش بینی شده بود که متن زیر به عنوان تبصره به ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی الحاق شود: «جرایمی از قبیل سرقت، جعل و کلاهبرداری که دارای گونه های مختلف با مجازات های متفاوت است و جرایمی که به شیوه های مختلفی قابل تحقق است، مثل صادرات، واردات، تولید، توزیع، حمل، نگهداری و استعمال مواد مخدر، همچنین جرایمی که به موجب قانون در حکم جرم دیگری محسوب می شود و یا مجازات جرم دیگری برای آن مقرر شده است و شروع و معاونت در این جرایم، متفاوت محسوب نمی شوند». اما شورای نگهبان با این عبارت که «در ماده ۱۵، موضوع اصلاح ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، اطلاق تبصره ماده ۱۳۴، در خصوص متفاوت محسوب نشدن جرایم مذکور» مغایر بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی است با این تفسیر مخالفت کرد و در نتیجه مجلس شورای اسلامی با حذف این تبصره به منظور تأمین نظر شورای نگهبان اقدام نمود. بنابراین و با در نظر گرفتن این واقعیت که قوه مقننه در ایران نظامی یک مجلسی اما دو رکنی است که هر یک از ارکان با وظایف خاص خود اقدام می نماید (هاشمی، ۱۳۹۴: ۸۹) باید گفت که یکسان دانستن کلیه جرایم هم نام یا هم خانواده، از آن جهت که

کاشف از نظر مقنن نیست، مورد پذیرش نمی‌باشد.

۲. وحدت عنصر قانونی

با توجه به ایرادات اساسی تفسیر نخست و به منظور رفع ایرادات آن، عده‌ای بر این باورند که جرایم موضوع یک ماده قانونی، یکسان به حساب می‌آیند.

۲-۱. تبیین تفسیر

بر مبنای این دیدگاه چنانچه اتهامات متعدد متهم، همگی منطبق بر یک ماده قانونی باشند از مصادیق جرایم یکسان به حساب می‌آیند و در غیر این صورت، حتی بر فرض یکسان بودن نام و گروه جرایم، جرایم مختلف خواهند بود (فرهی، ۱۳۹۹: ۱۲۲). به بیان دیگر از آن‌جا که در یک ماده قانونی، یک جرم، تعریف شده و مجازاتی برای آن مقرر می‌شود لذا کلیه رفتارهایی که منطبق بر این ماده قانونی باشند همگی جرم یکسان و غیرمختلف خواهند بود و در نتیجه دادرس در مقام تعیین مجازات به جای آنکه مرتکب را به چند فقره تحمل مجازات محکوم کند، صرفاً حکم به یک فقره مجازات مندرج در این ماده قانونی صادر خواهد کرد. به عنوان نمونه اگر شخصی مرتکب دو فقره سرقت ساده موضوع ماده ۶۶۱ و سه فقره سرقت موضوع ماده ۶۵۶ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی شده باشد، دو فقره سرقت ساده وی یکسان به حساب آمده و برای آن‌ها فقط یک مجازات تعیین می‌شود، سه فقره سرقت موضوع ماده ۶۵۶ نیز یکسان بوده و مستوجب یک مجازات است و این دو جرم، نسبت به یکدیگر متفاوت محسوب می‌شوند و در نتیجه از میان دو مجازات تعیین شده فقط مجازات اشد اجرا خواهد شد. مثال دیگر جرم‌انگاری موضوع ماده ۳ و ماده ۱۰ قانون صدور چک است؛ به رغم وحدت عنوان مجرمانه، مستندات قانونی این دو جرم یکی نیست، عنصر روانی در این جرایم یکسان نیست و مجازات‌های یکسانی نیز ندارد؛ بنابراین نمی‌توان بزه صدور چک بلامحل را با صدور چک از حساب مسدود مشابه دانست؛ زیرا هنگامی که قانون‌گذار برای اعمال ارتكابی دو عنوان انتخاب می‌کند و دو تعریف برای آن‌ها برمی‌گزیند و دو نوع مجازات تعیین می‌کند مشابه تلقی کردن آن‌ها اجتهاد در برابر نص است (آخوندی، ۱۳۷۹: ۱۹-۱۸).

۲-۲. ارزیابی تفسیر

نظریه وحدت عنصر قانونی، برخی ایرادات دیدگاه قبل را مرتفع ساخته و از این لحاظ قابل قبول‌تر می‌نماید. از جمله اینکه با پذیرش این دیدگاه، با چالش ناظر بر شناسایی جرایم هم‌نام مواجه نخواهیم شد، جرایم غیرهم‌سان به صرف حضورشان ذیل فصل واحد قانونی، هم‌سان به حساب نخواهند آمد، عمده مواردی که از نظر شورای نگهبان باید از مصداق جرایم هم‌سان خارج شوند با این دیدگاه از این دایره خارج خواهند شد. مضافاً اینکه کاربرست این دیدگاه در عمل بسیار راحت است و دادرس به

سادگی می‌تواند جرایم غیرمختلف را از جرایم مختلف تفکیک نماید: اگر جرایم ارتكابی متعدد متهم همگی مشمول یک ماده قانونی باشند، جرایم یکسانی مرتکب شده است. اما به‌رغم وجود مزایای فوق، پذیرش این دیدگاه واجد ایراداتی است که ایجاب می‌کند در باب آن تأمل بیشتری صورت گیرد.

نخستین ایراد آن است که در فرضی که قانون‌گذار در یک ماده قانونی برای حالت‌های مختلف یک جرم، مجازات‌های متفاوتی مقرر کرده باشد، با یکسان دانستن همه این حالت‌ها، تعیین مجازات واحد برای همه آن‌ها میسر نخواهد بود و در نتیجه دادرس با ایراد سومی که در نقد دیدگاه نخست مطرح کردیم مواجه خواهد شد. توضیح اینکه گاه مقنن در یک ماده قانونی، اصل و اساس یک جرم را تبیین و تعریف نموده و در همان ماده قانونی، حسب نحوه ارتکاب یا وسیله ارتکاب یا نتیجه حاصل از جرم و مانند این‌ها، مجازات‌های متفاوتی برای آن جرم تعیین می‌نماید. به‌عنوان مثال در ماده ۵۰۴ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی برای جرم تحریک نیروهای رزمنده چنانچه اقدامات مرتکب مؤثر واقع شود دو تا ده سال حبس و در غیر این صورت شش ماه تا سه سال حبس پیش‌بینی شده است. حال اگر متهم مرتکب دو فقره تحریک نیروهای رزمنده شده باشد که در یک مورد، تحریک وی مؤثر بوده و در مورد دیگر مؤثر واقع نگردیده است، با یکسان دانستن این دو عنوان اتهامی، دادرس باید در مقام تعیین یک مجازات واحد، کدام یک از این دو مجازات را برگزیند؟ مورد مشابه را می‌توان در جرم جمع‌آوری اطلاعات طبقه‌بندی شده در دو وضعیت تحقق نتیجه یا عدم تحقق آن (ماده ۵۰۵ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی)، جرم تمرد در برابر مأمورین دولتی در سه وضعیت نشان دادن سلاح، دست بردن به سلاح و غیر این‌ها (ماده ۶۰۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی)، جرم شرکت در نزاع جمعی در سه وضعیت منتهی شدن به قتل یا نقص عضو یا ضرب و جرح (ماده ۶۱۵) مشاهده کرد که در کلیه این مثال‌ها چنانچه متهم دارای اتهامات متعدد منطبق بر یک ماده قانونی اما مشمول حالات مختلف آن و تبعاً مجازات‌های متفاوت باشد، اعمال حکم مندرج در بند «الف» ماده ۱۳۴ غیرممکن خواهد بود.

ایراد دوم وارد بر این دیدگاه آن است که بعضاً ممکن است در متن یک ماده قانونی، جرایم ماهیتاً متفاوت اما با مجازات یکسان پیش‌بینی شده باشد که در این صورت یکسان دانستن این جرایم به‌لحاظ حقوقی و عرفی محل اشکال است. به‌عنوان مثال در مواد ۵۲۴ تا ۵۲۹ و نیز ۵۳۶ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار، جرایم جعل و استفاده از سند مجعول را توأمان و یک‌جا در یک ماده قانونی جرم‌انگاری کرده و برای هر دوی این جرایم، مجازات یکسانی در نظر گرفته است. مورد مشابه را می‌توان در مواد قانونی زیر نیز یافت: رفتارهای ساختن، وارد کشور کردن، خرید، فروش یا ترویج سکه قلب (ماده ۵۱۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی)، رفتارهای ساختن،

نگهداری، به نمایش عمومی گذاردن، صادر کردن، وارد کردن، معامله کردن یا معرفی کردن آثار و اشیاء هرزه‌نگارانه (ماده ۶۴۰ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی)، رفتارهای ساخت، خرید، فروش، در معرض فروش گذاشتن، حمل، نگهداری، در اختیار دیگری قراردادن مشروبات الکلی (ماده ۷۰۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی)، رفتارهای دوازده‌گانه نسبت به مواد مخدر مذکور در ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر.^۱ در این قبیل موارد هرچند با ایراد نخست از حیث تعیین مجازات واحد در فرض وقوع تعدد جرم مواجه نیستیم اما یکسان دانستن آن‌ها و تعیین تنها یک مجازات برای جرایمی که ذاتاً متفاوت‌اند صرفاً به این خاطر که این دو جرم متفاوت در یک ماده قانونی جرم‌انگاری شده‌اند، با منطق حقوقی و حتی فقهی حاکم بر نظام حقوقی ایران سازگار به نظر نمی‌رسد.^۲ چراکه در منابع فقهی نیز اعمال مجازات واحد بر مرتکب جرایم حدی یکسان، صرفاً در مواردی صورت می‌گیرد که مرتکب، جرایم ماهیتاً یکسانی مرتکب شده باشد (مثلاً مرتکب چندین فقره مصرف مسکرات شده باشد، یا مرتکب چندین فقره زنا شده باشد) اما هیچ‌گاه در ارتکاب جرایم حدی ماهیتاً متفاوت (مانند زنا و مساحقه، یا مانند مصرف مسکر و قذف) به صرف اینکه مجازات یکسانی دارند یا در یک متن و منبع فقهی واحد بدان‌ها اشاره شده باشد، حکم به مجازات واحد داده نمی‌شود و به لحاظ مختلف بودن این جرایم، از قاعده ناظر بر تعدد مادی جرایم مختلف استفاده می‌گردد.

۳. وحدت عناصر متشکله جرم

به منظور احتراز از ایرادات دیدگاه‌های قبل، این ایده مطرح می‌شود که جرایمی که در یک ماده قانونی آمده و اجزای عناصر تشکیل‌دهنده آن‌ها یکسان باشد، جرایم یکسان به حساب آمده و در غیر این صورت باید آن‌ها را مختلف دانست.

۳-۱. تبیین تفسیر

بر اساس این دیدگاه صرف بیان دو جرم در یک ماده قانونی برای یکسان دانستن آن‌ها کافی نیست بلکه از میان جرایم مندرج در یک ماده قانونی تنها آن‌هایی یکسان به حساب می‌آیند که اجزا و عناصر

۱. با در نظر گرفتن این واقعیت که به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۳۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۳۰ قواعد تعدد مادی جرم مندرج در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص جرائم مواد مخدر نیز لازم‌الرعا به می‌باشد.
 ۲. به همین خاطر است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۱۸ جعل و استفاده از سند مجعول را دو جرم مستقل و متفاوت دانسته و در مقام تعدد، محکومیت متهم به تحمل دو مجازات مستقل برای این دو جرم را لازم دانسته است و از همین رو اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌های مشورتی خود در مقام ارائه ضابطه برای تشخیص جرائم یکسان به استناد همین رأی وحدت رویه، این دو جرم را مختلف قلمداد کرده است. (نک: نظریه‌های شماره ۹۹/۷/۴۳۱ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۸ و شماره ۹۹/۷/۴۱۵ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۵)

متشکله آن‌ها نیز یکسان باشد. در این تفسیر مبنای تمایز جرایم مختلف و مشابه در تعدد جرم، عناصر سه‌گانه سازنده آن‌هاست (رایجیان اصلی، ۱۳۸۲: ۱۲). بنابراین در مثال‌های گذشته، جعل و استفاده از سند مجعول، جرایم یکسان به حساب نمی‌آیند چون از حیث عنصر مادی با رفتارهای متفاوتی ارتکاب می‌یابند: جعل با رفتارهای مندرج در ماده ۵۲۳ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی از قبیل ساختن، خراشیدن، تراشیدن، الحاق و... محقق می‌شود اما استفاده با رفتاری مانند ارائه کردن و به کار گرفتن رخ می‌دهد. همچنین رفتارهایی مانند ساختن، صادر کردن، فروش، خرید، نگهداری، استفاده و... نسبت به یکدیگر متفاوت محسوب می‌شوند. بنابراین اگر شخصی مشروبات الکلی را بسازد و بفروشد مرتکب دو جرم مختلف شده است. این دیدگاه دارای دو جنبه است: جنبه نخست سلبی است و ناظر بر آن است که هیچ‌یک از جرایم دارای عناصر متشکله متفاوت به صرف بیان‌شان در یک ماده قانونی، یکسان به حساب نمی‌آیند. جنبه دوم ایجابی و ناظر بر آن است که کلیه جرایم مندرج در یک ماده قانونی که دارای عناصر متشکله یکسان باشند، یکسان به حساب می‌آیند. بنابراین اگر شخصی مرتکب چندین فقره سرقت ساده شده باشد از آنجا که کلیه این سرقت‌ها واجد عنصر قانونی یکسان (ماده ۶۶۱ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی) و عناصر مادی و روانی یکسان هستند (همگی بدون وجود عناصر مشدده) از مصادیق جرایم یکسان محسوب شده و وفق بند «الف» ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی بابت کلیه این سرقت‌ها تنها یک مجازات تعیین خواهد شد.

قائلین به این دیدگاه را در دو دسته مجزا می‌توان شناسایی کرد: دسته نخست برای یکسان قلمداد کردن جرایم مندرج در یک ماده قانونی، وحدت و هم‌سانی کلیه اجزای عنصر مادی را ضروری دانسته‌اند و با تفاوت در هر یک از این اجزا (اعم از رفتار، زمان، مکان، وسیله ارتکاب، نحوه ارتکاب و نتیجه) آن جرایم را مختلف به حساب می‌آورند. به‌عنوان نمونه مقنن در ماده ۵ قانون مبارزه با مواد مخدر ارتکاب هریک از رفتارهای چهارگانه (شامل خرید، نگهداری، حمل، مخفی کردن) نسبت به برخی مواد شامل گراس، بنگ، چرس، تریاک، شیره، سوخته و... را در قالب یک ماده قانونی جرم‌انگاری کرده است. پیروی از دسته نخست موجب می‌شود قائل به این شویم که اگر شخصی چه مرتکب دو رفتار بر روی یک ماده شود (مثلاً تریاک را خریداری و حمل کند) و چه مرتکب یک رفتار بر روی دو ماده شود (مثلاً هم تریاک و هم گراس خریداری کند) در هر دو حالت، مرتکب جرایم مختلف شده و بر این اساس باید برای وی تعیین کیفر شود. در مقابل، دسته دوم بر این باورند که جزء سوم عنصر مادی یعنی شرایط و اوضاع و احوال لازم برای تحقق جرم از عوامل غیر مؤثر در ایجاد تفاوت میان جرایم است (عابد، ۱۳۹۱)؛ و صرفاً تفاوت در رفتارها موجب مختلف شدن جرایم ارتكابی می‌شود اما اگر فرد مرتکب رفتارهای یکسان شده باشد حتی اگر این رفتارهای یکسان نسبت

به موضوع‌های مختلف یا منتهی به نتایج مختلف شده باشند این امر، جرایم ارتكابی را مختلف نمی‌کند و این جرایم باید یکسان به حساب آیند. بنابراین اگر تریاک را خریداری و حمل کرده باشد، مرتکب دو جرم مختلف شده اما اگر تریاک و گراس خریده باشد این جرایم، یکسان به حساب می‌آیند. با این معیار، جرم‌هایی که دارای اشکال ساده و مشدد هستند (مانند سرقت) جرم‌های یکسان هستند و کیفیات مخففه و مشدد شده توان ایجاد تغییر ماهوی در عنصر مادی جرایم را ندارد؛ در نتیجه توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص هر جرم نمی‌تواند معیار مناسبی برای شناخت اختلاف میان جرایم یک طبقه باشد (عابد، ۱۳۹۱).

۲-۳. ارزیابی تفسیر

دیدگاه وحدت عناصر متشکله از این حیث که ایرادات دو دیدگاه قبل را مرتفع ساخته، دیدگاه قابل‌قبولی به نظر می‌رسد: دادرس را درگیر چالش برای یافتن اسم و عنوان جرایم نمی‌کند، جرایم ماهیتاً متفاوت مانند جعل و استفاده از سند مجعول را یکسان نمی‌داند و کاربست آن نیز به نسبت دیدگاه نخست ساده‌تر است. با وجود این برخی ملاحظات ممکن است در پذیرش این دیدگاه تردیدهایی ایجاد نماید.

مهم‌ترین ایراد وارد بر این دیدگاه آن است که جنبهٔ ایجابی آن در برخی موارد ممکن است دادرس را با مشکل مواجه سازد. توضیح آنکه ممکن است قانون‌گذار در یک مادهٔ قانونی صرفاً یک جرم با یک مجموعه عناصر متشکله تعریف کرده باشد اما برای وضعیت‌های مختلف آن، مجازات‌های مختلفی مقرر نماید. به‌عنوان نمونه اگر شخصی مرتکب دو فقره تخریب اموال موضوع مادهٔ ۶۷۷ شده باشد که در یکی از آن‌ها میزان خسارت وارده بیش از یکصد میلیون ریال (و در نتیجه مستوجب سه تا هجده ماه حبس باشد) و در دیگری میزان خسارت وارده کمتر از یکصد میلیون ریال (و در نتیجه مستوجب جزای نقدی تا دو برابر میزان خسارت وارده) باشد در این صورت به‌رغم آنکه جرایم متعدد ارتكابی دارای عناصر متشکلهٔ یکسان هستند اما چون مستوجب مجازات‌های متفاوتی هستند لذا یکسان دانستن آن‌ها در عمل، دادرس را با این مشکل مواجه می‌کند که در مقام تعیین کیفر در اجرای حکم مقرر در بند «الف» مادهٔ ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی و تعیین مجازات واحد، کدام‌یک از این دو مجازات را به‌عنوان مجازات واحد مورد حکم قرار دهد. مشکل مشابه در مواردی رخ می‌دهد که شخص مرتکب دو فقره کلاهبرداری یا دو فقره انتقال مال غیر شده باشد که ارزش مال موضوع جرم در یکی از آن‌ها بیش از یک میلیارد ریال و در دیگری کمتر از این میزان باشد. همچنین در مواردی که شخص مرتکب چند فقره سرقت شده باشد که همگی مشمول مادهٔ ۶۵۶ کتاب تعزیرات باشند اما ارزش مال مسروقه در برخی از آن‌ها کمتر از دویست میلیون ریال و در برخی

دیگر کمتر از این نصاب باشد. در هریک از این موارد به‌رغم آنکه جرایم متعدد ارتكابی دارای نام یکسان، ماده قانونی یکسان و عناصر متشکله یکسان هستند اما با «غیرمختلف» محسوب کردن آن‌ها نمی‌توان برای آن‌ها در مقام تعدد جرم، تعیین کیفر نمود.

۴. وحدت عناصر متشکله و مجازات

به‌منظور مرتفع ساختن ایرادات پیش‌گفته، دیدگاه چهارم بر این باور است که علاوه بر وحدت عناصر تشکیل‌دهنده جرایم، مجازات قانونی آن‌ها نیز باید یکسان باشد تا آن جرایم، «غیرمختلف» محسوب شوند.

۴-۱. تبیین تفسیر

بر اساس این دیدگاه برای یکسان دانستن جرایم علاوه بر اینکه لازم است جرایم متعدد ارتكابی توسط متهم، دارای عنوان و عنصر قانونی و اجزای متشکله و ماهیت یکسانی باشند ضروری است مجازات مقرر قانونی آن‌ها نیز یکسان باشد تا بتوان برای آن‌ها مجازات واحد در نظر گرفت (پوربافرانی و دیگران، ۱۳۹۹: ۵۵). بنابراین اگر شخصی که فاقد سابقه محکومیت مؤثر کیفری است مرتکب دو فقره جیب‌بری موضوع ماده ۶۵۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی شده باشد که در یکی از آن‌ها ارزش مال مسروقه کمتر از دویست میلیون ریال (و مستوجب شش ماه تا دو سال و نیم حبس و تا ۷۴ شلاق) و در دیگری بیش از این میزان (و مستوجب یک تا پنج سال حبس و تا ۷۴ شلاق) باشد، این دو اتهام متهم را باید از مصادیق ارتکاب جرایم مختلف دانست و بر این اساس مبادرت به تعیین کیفر نمود.^۱ همچنین اگر شخصی مرتکب چهار فقره کلاهبرداری شده باشد که میزان مال موضوع جرم در دو فقره از آن‌ها کمتر از یک میلیارد ریال (و در نتیجه مستوجب شش ماه تا سه سال و نیم حبس و جزای نقدی) و در دو فقره دیگر بیش از این مبلغ (و در نتیجه مستوجب یک تا هفت سال حبس و جزای نقدی) باشد، دو فقره جرم نخست، یکسان و دو فقره جرم دوم نیز یکسان و هر یک از این دو دسته نسبت به یکدیگر متفاوت محسوب خواهند شد.

۱. کاربست این دیدگاه در رویه قضایی در دادنامه زیر مشهود است: دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۲۲۱۴۵۰۲۲۲۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۶ صادره از شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو رودهن که در آن ارتکاب هفت فقره سرقت از منزل با ارزش اموال مسروقه بالاتر از دویست میلیون تومان همگی جرائم یکسان به شمار آمده و در مقابل، ارتکاب یازده فقره سرقت از منزل با ارزش اموال مسروقه کمتر از دویست میلیون تومان نیز همگی یکسان به حساب آمده‌اند و در نهایت این دو دسته نسبت به یکدیگر متفاوت محسوب شده‌اند و در نتیجه بابت هفت سرقت دسته نخست تنها یک مجازات مشدد و بابت یازده سرقت دسته دوم نیز تنها یک مجازات مشدد تعیین شده و نهایتاً مقرر گردیده که از میان این دو مجازات صرفاً مجازات اشد قابلیت اجرا دارد.

۴-۲. ارزیابی تفسیر

به نظر می‌رسد این دیدگاه در مقایسه با سایر تفاسیر ارائه شده دارای ایرادات کمتری باشد و به نوعی با برطرف کردن ایرادات قبل، تا زمانی که رویه واحدی از سوی قانون‌گذار یا هیئت عمومی دیوان عالی کشور شکل گیرد، دیدگاه حقوقی‌تر و قابل پذیرش‌تری باشد. چراکه برای هم‌سان دانستن جرایم به صرف هم‌نام بودن یا هم‌فصل بودن آن‌ها اکتفا نمی‌کند، جرایمی را یکسان می‌داند که دارای ماهیت و ذات یکسانی هستند، عناصر متشکله آن‌ها کاملاً با یکدیگر مشابه است و به واسطه داشتن مجازات قانونی یکسان، قابلیت اعمال قاعده تعدد مادی جرایم یکسان مندرج در بند «الف» ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی را دارد. مضافاً اینکه با اصول حقوقی - فقهی نیز سازگارتر است. در ملاحظه منابع فقهی نیز مشاهده می‌شود که اصل بر عدم تداخل مجازات‌هاست و وضوح این ادعا به حدی است که برخی در آن ادعای اجماع کرده‌اند (حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۰۳) بر این اساس که هر جرم سببی است که مسبب آن مجازات است. هر سبب نیز در ایجاد مسبب خود به نحو استقلال عمل می‌کند مگر آنکه دلیل یا قرینه‌ای خلاف آن وجود داشته باشد. بنابراین در فرضی که اسباب مختلفی وجود دارند هر یک مستقلاً در ایجاد مسبب خود تأثیر خواهد داشت در عین اینکه هیچ‌یک نافی تأثیر دیگری نخواهد بود. بدین‌سان در فرض تعدد جرایم، هر جرم مقتضی اعمال مجازات قانونی خود است و نه جرایم و نه مجازات‌ها هیچ‌یک در یکدیگر تداخل نمی‌کنند (ذاکر حسین، ۱۳۸۸: ۲۵-۳۱). بنابراین به نظر می‌رسد در نظام حقوق کیفری فعلی ایران باید با تأسیس یک اصل قائل به این شد که «اصل بر مختلف بودن جرایم است» و در نتیجه در موارد مشکوک و مورد تردید، جرایم متعدد ارتكابی توسط متهم را باید از مصادیق جرایم مختلف در نظر گرفت و بدون حصول یقین از توسعه دامنه جرایم یکسان پرهیز نمود. مسئله‌ای که وجود چنین اصلی را تقویت می‌کند نحوه تدوین و نگارش ماده ۱۳۴ اصلاحی قانونی مجازات اسلامی است: از یک سو بنای ماده قانونی مزبور و کانون توجه آن بر بیان حکم تعدد مادی جرایم مختلف بنا شده است و از سوی دیگر در بند «الف» این ماده در فراز هرگاه جرایم ارتكابی «مختلف نباشد» مقنن از میان دو عبارت «جرایم یکسان و غیریکسان» و «جرایم مختلف و غیرمختلف»، عبارت اخیر را برگزیده و این‌گونه القا می‌کند که اصل بر مختلف بودن جرایم است؛ جرایم تعریف شده در قوانین اصولاً مختلف اند و غیرمختلف بودن آن‌ها نیاز به بررسی و کشف دارد. بر این اساس دیدگاه چهارم از آن جهت که دامنه جرایم یکسان را در مقایسه با سایر تفاسیر، محدودتر می‌سازد قابل دفاع‌تر می‌نماید. دیگر مزیت این دیدگاه آن است که با اصول حقوق کیفری و مبانی تشدید مجازات در حالت تعدد مادی جرم سازگارتر است. چراکه منطق حقوقی و اصول عدالت کیفری اقتضا می‌کند شخصی

که مرتکب چند جرم شده در معرض مجازاتی قرار گیرد متفاوت با شخصی که فقط مرتکب یک جرم شده است. به بیان دیگر فلسفه تشدید مجازات مرتکب جرایم متعدد، از یکسو اجرای عدالت و تعیین مجازاتی متفاوت با شخص مرتکب جرم واحد است و از سوی دیگر تشویق مرتکب جرم واحد به اینکه حتی اگر یک مرتبه یک جرم را انجام داد جهت احتراز از عواقب تشدید مجازات جرایم متعدد، از ارتکاب جرایم بعدی انصراف داده و در همان جرم نخست باقی بماند. نیل به این فلسفه و اهداف ایجاب می‌کند که مجازات تعدد جرم، بیش از مجازات جرم واحد باشد و در این میان یکسان بودن یا نبودن جرایم ارتكابی بی‌تأثیر خواهد بود. به همین جهت است که در قوانین کیفری سایر کشورها چنین تفاوتی مشاهده نمی‌شود (Larquier et al., 2008: 164) حال که قانون‌گذار ایران برخلاف این مبانی و اهداف مبادرت به تفکیک میان جرایم مختلف و غیر آن نموده و با عنایت به اینکه تعیین مجازات واحد برای جرایم متعدد یکسان، مغایر اصول حقوقی فوق است تفسیر چهارم که دامنه جرایم یکسان را تا حد امکان محدودتر می‌سازد، تفسیر صحیح‌تری قلمداد می‌شود.

نتیجه

قانون‌گذار ایران در اصلاحیه‌ای که به موجب ماده ۱۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری بر ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی وارد کرد، تعیین مجازات مرتکبین جرایم متعدد را بدو تابعی از مختلف بودن یا نبودن جرایم متعدد ارتكابی قرار داد با وجود این ضابطه تفکیک این جرایم از یکدیگر را ارائه ننموده است. در میان تفاسیر محتمل و موجودی که از این مسئله مطرح می‌گردد دیدگاه وحدت عنوان مجرمانه به دلایل مختلف قابل‌پذیرش نیست: جرایم غالباً دارای نام مشخص و قانونی نیستند، عناوین عرفی آن‌ها تابع سلايق افراد است، با سوابق فقهی و تقنینی موضوع سازگار نیست، امکان انتخاب و تعیین مجازات واحد برای همه جرایم در برخی موارد وجود نخواهد داشت. دیدگاه وحدت عنصر قانونی و وحدت کلیه عناصر متشکله جرم نیز در مواردی که در یک ماده قانونی جرایم ماهیتاً متفاوت یا دارای مجازات متفاوت وضع شده‌اند با ایرادات مشابهی مواجه می‌گردد.

در این میان به‌منظور احتراز از ایرادات پیش‌گفته و ایجاد امکان عملی برای اعمال قاعده تعدد جرم در جرایم یکسان وفق بند «الف» ماده ۱۳۴ اصلاحی قانون مجازات اسلامی (یعنی صدور حکم به تنها یک فقره مجازات برای جرایم متعدد غیرمختلف) باید قائل به این شد که صرفاً جرایمی غیرمختلف به حساب می‌آیند و تابع قاعده اخیرالذکر هستند که کلیه عناصر و ارکان متشکله و حتی مجازات قانونی آن‌ها نیز کاملاً یکسان باشند. عدم پذیرش این دیدگاه و قائل شدن به هریک از دیدگاه‌های فوق موجب می‌شود که در مقام تعیین «تنها یک مجازات» برای جرایم ارتكابی ناچار به انتخاب مجازات اشد شویم که این امر به لحاظ فقدان نص و تصریح قانونی از یکسو و مغایرت آن

با اصل تفسیر مضیق نصوص جزایی از سوی دیگر در تقابل آشکار با اصل قانونی بودن مجازات‌ها منعکس در اصل سی و ششم قانون اساسی قرار گیرد. بدیهی است کلیه تفاسیر و تحلیل‌های ارائه شده در این نوشتار ناشی از سکوت و ابهام قانونی و فقدان وحدت‌رویه قضایی در خصوص موضوع و در راستای اصل هفتاد و سوم قانون اساسی^۱ بوده و راه حل اساسی برون‌رفت از این ابهامات قضایی در وهله اول، تعیین تکلیف صریح موضوع توسط مقنن و در وهله دوم صدور رأی وحدت‌رویه از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور است.

۱. اصل هفتاد و سوم قانون اساسی: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست».

منابع

فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۷۹)، «جرایم مشابه و تشدید مجازات: نقد و توجیه یک رویه قضایی»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره ۶.
- آقایی نیا، حسین و هادی رستمی (۱۳۹۷)، *حقوق کیفری اختصاصی جرایم علیه اموال و مالکیت*، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- احمدزاده، رسول و مجتبی تام (۱۳۹۹)، *ملاحظات در باره قانون کاهش مجازات حبس تعزیری*، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۶)، *حقوق جزای عمومی*، جلد سوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- اعظمی، علی اصغر، مسعود حیدری و محمدجواد جعفری (۱۳۹۷)، «بررسی تعدد نتیجه و مقایسه آن با تعدد جرم»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره بیست و پنجم.
- الهام، غلامحسین (۱۳۷۲)، *مبانی فقهی و حقوقی تعدد جرم*، چاپ اول، تهران: نشر بشری.
- باهری، محمد (۱۳۹۶)، *حقوق جزای عمومی*، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۸۴)، «نقد سیاست جنایی حدودمحور در مقررات تعدد و تکرار در حقوق کیفری ایران»، *قم، مجله نامه مفید*، شماره ۴۹.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۸۴)، «تعدد و تکرار جرم در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، ویژه نامه حقوق.
- پوربافرانی، حسن، اصغری احمدی و جواد پولادی (۱۳۹۹)، «چالش های اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۸۴، شماره ۱۱۱.
- پیمانی، ضیاءالدین (۱۳۷۴)، *بررسی تاریخی و تطبیقی قاعده تعدد جرم*، چاپ اول، قم: انتشارات مجتمع آموزش عالی قم.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۲)، «تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره پنجم.
- حاجی ده آبادی، احمد، امیر باقرزادگان و محمد میرزایی (۱۳۹۵)، «جایگاه تعدد نتیجه در حقوق کیفری ایران»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره اول.
- ذاکر حسین، محمد هادی (۱۳۸۸)، «چشم انداز تعدد جرم از افق مبانی فقهی»، *مجله دادرسی*، فروردین و اردیبهشت، شماره ۷۳.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۲)، «تحلیلی بر مقررات تعدد جرم و دشواری های آن»، *فصلنامه دیدگاه های حقوقی*، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۲۸ و ۲۹.
- رسولی زکریا، علی (۱۳۹۹)، *شرح قانون کاهش مجازات حبس تعزیری؛ تفسیری-انتقادی*، چاپ اول، تهران: انتشارات کتاب آوا.
- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی ۳، مجازات ها و اقدامات تأمینی*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: جنگل جاودانه.

- شکری، رضا، قادر سیروس (۱۳۸۳)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران: نشر مهاجر.
- شیخ الاسلامی، عباس (۱۳۹۵)، تعدد جرم؛ نظریه‌ها و رویه‌ها، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طاهری نسب، یزدالله (۱۳۸۱)، تعدد و تکرار جرم در حقوق جزا، چاپ اول، تهران: نشر دانشور.
- طهماسبی، جواد، مجید عطایی جنتی و پیمان مربی (۱۴۰۰)، تحلیل کاربردی قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، چاپ سوم، قم: حقوق پویا.
- عابد، رسول (۱۳۹۱)، «ضابطه‌ای برای اختلاف جرایم در اعمال قاعده تعدد مادی جرم»، مجله پیام آموزش (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه)، سال دهم، شماره ۵۵.
- عابدی، احمدرضا (۱۳۹۹)، نگرشی کاربردی به قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، چاپ دوم، قم: نشر طه.
- علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۹۲)، حقوق جنائی، جلد دوم، تهران: انتشارات فردوسی.
- فرهی، بابک (۱۳۹۹)، یادداشت‌هایی بر قانون کاهش مجازات حبس، چاپ اول، تهران: انتشارات کولاد.
- فروغی، فضل‌الله و بهزاد جودکی (۱۳۹۴)، «تعدد نتیجه در جرایم تعزیری بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۰.
- مصدق، محمد (۱۳۹۹)، شرح قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، چاپ چهارم، تهران: جنگل.
- میرمحمدصادقی، حسین و علیرضا درزی رامندی (۱۳۹۹)، «بررسی تطبیقی تعدد جرم در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، دو فصلنامه علمی حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره یک، شماره ۱۳.
- نوربها، رضا (۱۳۸۲)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: نشر میزان.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکمیت و نهادهای سیاسی، جلد دوم، چاپ بیست و ششم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

فرانسه

- Larguier, Jean et Conte, Philippe et Patrick Maistre du Chambon (2008), *Droit Pénal Général*, 21th édition, Paris, Dalloz.

تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی

هادی صادقی*، محمدحسین ناظمی اشنی**، زهرا نجارزادگان سرابی***

چکیده

مسئله اصلی دادگاه احقاق حق است، نه ختم پرونده. از این رو قاضی باید برای کشف حقیقت از انواع ادله و راه‌های دستیابی به حقیقت استفاده کند. این کار نیازمند اجتهاد قضایی است که با اجتهاد فقهی تفاوت دارد. این موضوع بستگی به این دارد که آیا قاضی می‌تواند برای کشف حقیقت، به دنبال دلیل بگردد و آیا جست‌وجوی دلیل در اجتهاد قضایی جایی دارد. در این مقاله این موضوع را بر اساس پارادایم اجتهاد قضایی بررسی کرده‌ایم. روش کار توصیفی - تحلیلی و در حوزه اندیشه‌های فقهی و حقوقی است. برای این بحث ابتدا اعتبار علم قاضی در فقه و حقوق مورد بحث قرار گرفته است و پس از آن جایگاه و نقش تحصیل دلیل در علم قاضی از منظر فقه و حقوق مورد بررسی واقع شده است. نتیجه حاصل شده جواز و وجوب تحصیل دلیل از سوی قاضی بر اساس پارادایم اجتهاد قضایی است.

واژگان کلیدی: اجتهاد قضایی، تحصیل دلیل، بی‌طرفی قاضی، احقاق حق

* استاد گروه اخلاق، دانشگاه قرآن و حدیث، قم، ایران (نویسنده مسئول) sadeqi.hadi@gmail.com

** استادیار گروه معارف، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران m.h.nazemi@cfu.ac.ir

*** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد محلات)، محلات، ایران
zns1349@gmail.com

مقدمه

در تاریخ فقه و حقوق درباره اصل بی طرفی دادرس و لوازم و پیامدهای آن مباحثات بسیاری شده و بر پایه آن قاعده‌ای درست شده به نام منع تحصیل دلیل توسط دادرس. از این قاعده، قاعده دیگری تولد یافته با عنوان قاعده منع تلقین دلیل. اما با گذر زمان و پیشرفت حقوق، به تدریج اندیشه فعال‌گرایی قضایی جای پای خود را در حقوق باز کرد و تعامل و تعاون میان دادرس و اطراف دعوا برای کشف حقیقت، جای قاعده منع تحصیل دلیل را تنگ کرد. البته این موضوع هم‌چنان محل بحث و اختلاف نظر است.

در این مقاله به بررسی این پرسش‌ها می‌پردازیم: اجتهاد قضایی برای دستیابی به حقیقت چه راه‌هایی را باید بپیماید؟ نقش تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی چیست؟ آیا بر پایه نگاه جدید به اجتهاد قضایی، قاضی می‌تواند، باید یا نمی‌تواند به دنبال تحصیل ادله برود؟ به عبارت دیگر جایگاه تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی چیست؟ بنابراین، پرسش اصلی این پژوهش عبارت است از اینکه «بر پایه پرادایم جدید اجتهاد قضایی، نقش قاضی در تحصیل دلیل چیست؟» این پرسش را از منظر فقه و حقوق دنبال می‌کنیم و تلاش می‌کنیم تا بر پایه نگاه جدید به اجتهاد در قضاوت و مفهوم اجتهاد قضایی، نقش قاضی را در تحصیل دلیل تبیین کنیم.

در زمینه تحصیل دلیل در قضاوت در کتاب‌های فقهی به‌طور مستقل نگاشته‌ای وجود ندارد. بخش‌هایی از کتاب‌های حقوقی به این موضوع می‌پردازد. مقالات متعددی نیز در این موضوع نگاشته شده است، از جمله: «پیدایش و چالش قاعده منع تحصیل دلیل» نگاشته مجید پوراستاد که در مجله مطالعات حقوق خصوصی در زمستان ۱۳۸۹؛ «بسترهای نظری گرایش به نقض اصل مشروعیت تحصیل دلیل در عملیات پلیسی با هدف کسب دلیل و با رویکرد امنیت مدارانه» نوشته علی امیری، غلامحسین کوشکی و ایرج گلدوزیان در مجله پژوهشنامه نظم و امنیت انتظامی، شماره ۴۸ زمستان ۱۳۹۸؛ «اصل مشروعیت تحصیل دلیل در حقوق ایران و فرانسه» نوشته عباس تدین در مجله تعالی حقوق، شماره ۲۸ سال ۱۳۸۷؛ «توازن اصل آزادی تحصیل دلیل با قاعده استثنایی (بی‌اعتباری ادله تحصیلی به روش غیر قانونی) از منظر فقه، حقوق ایران و حقوق غرب (با تأکید بر آمریکا و آلمان)» نوشته مرتضی فتحی و رضا رضایی در پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۲۰ تابستان ۱۳۹۸؛ «اعتبار قاعده منع تحصیل دلیل در حقوق ایران» نوشته مجتبی بابایی دره ارائه شده در نخستین همایش ملی فلسفه حقوق با تأکید بر فلسفه حقوق اسلامی، سال ۱۳۹۱؛ «تحصیل دلیل در حقوق امامیه و حقوق فرانسه» نوشته محمد سلیمی در مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۴؛ «تحصیل دلیل در حقوق کیفری» نوشته علی فرخنده در مجله دادرسی،

شماره ۵۷، سال ۱۳۸۵. موارد دیگری نیز وجود دارد که فصل مشترک همه آنها این است که بر پایه پارادایم متداول در علم حقوق به بررسی موضوع پرداخته‌اند. تعداد اندکی نیز در چهارچوب سنتی فقه به موضوع یاد شده پرداخته‌اند. امتیاز این مقاله در آن است که چهارچوب جدیدی با عنوان اجتهاد قضایی را برگزیده و بر پایه پارادایم جدید، پرسش تحقیق را پاسخ می‌دهد. روش تحقیق در این اثر توصیفی - تحلیلی است؛ به این صورت که اقوال و ادله هر یک از آنها در مسئله تحصیل دلیل توسط قاضی مورد بحث واقع می‌شود، و سپس نقد، بررسی و جمع‌بندی نهایی صورت می‌گیرد.

۱. ماهیت اجتهاد قضایی

محقق حلی اجتهاد فقهی را «تلاش برای استنباط احکام شرعی» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۱۷۹) تعریف کرده است. شهید ثانی دو معنا برای آن ذکر می‌کند: «در شرع گاهی بر ملکه و قدرتی اطلاق می‌شود که دارنده آن بر استنباط احکام شرعی فرعی از ادله تفصیلی قادر می‌گردد و گاهی بر خود استنباط». (شهید ثانی، ۱۴۲۱: ۷۶۸) اما از زمان فرزندش حسن بن زین الدین معروف به صاحب معالم این تعریف مشهور شد: «به کارگیری توان فقیه برای به دست آوردن گمان به حکم شرعی»^۱ (عاملی، ۱۴۱۸: ۲۳۷). با توجه به این تعریف، اجتهاد در مواردی که فقیه نسبت به حکم شرعی قطع دارد، صادق نبوده، دایره آن مختص به استنباط حکم از امارات ظنیه است. به همین دلیل است که اصولیان، امارات ظنی را «دلیل اجتهادی» نام‌گذاری کردند (آشتیانی، ۱/۱۳۸۸: ۵۹). اما اشکالات متعددی به این تعریف گرفته شده است.^۲ با تعریفی که از سوی محقق خراسانی برای اجتهاد ارائه شد، حوزه شمول اجتهاد فقهی گسترش یافت و دامنه آن به ادله قطعی نیز رسید. وی اجتهاد را به «به کارگیری توان برای به دست آوردن حجت بر حکم شرعی» تعریف کرد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۶۴).

۱. البته پیش از او محقق کرکی در رسائل المحقق الکرکی، (ج ۳: ص ۱۷۵) این تعریف را آورده بود. ولی اثر صاحب معالم و شرح‌هایی که بر آن زده شده، موجب شهرت این تعریف شد. از جمله می‌توان به علما اشاره کرد: سید حسین بن رفیع الدین معروف به سلطان العلماء در الاجتهاد و التقليد (ص ۳۳۶) و عبدالله بن محمد خراسانی معروف به فاضل تونی در الاجتهاد و التقليد (الوافیه فی الأصول) (ص ۲۴۱) و سید محمد مجاهد در القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد (مفاتیح الأصول) (ص ۵۶۹) و محمد حسین ایوان کیفی معروف به صاحب فصول در الاجتهاد و التقليد (الفصول الغرویة)، (ص ۳۸۷) و بحرانی در الرسائل الاحمدیه، (ج ۳، ص ۲۱۴).

۲. محمد تقی اصفهانی نجفی چندین اشکال را مطرح کرد، از جمله اینکه برخی از احکام شرعی با دلیل قطعی استنباط می‌شوند، نه ظنی. الاجتهاد و التقليد (هدایة المسترشدين) (ص ۴۶۳).

در راستای تأسیس اصطلاح اجتهاد قضایی می‌توان از این نزاع تاریخی در اجتهاد فقهی کمک گرفت و اجتهاد قضایی را به‌گونه‌ای تعریف کرد تا به‌صورت یکسان ادله قطعی و ظنی را تحت پوشش قرار دهد. اجتهاد قضایی از منظر فقه عبارت است از: «به‌کارگیری توان شخص در مسیر کشف حقیقت، تطبیق آن بر قانون شریعت و تشخیص حکم مناسب با استناد به ادله معتبر». حال اگر بخواهیم همین تعریف را با توجه به قوانین کشور بیان کنیم، چنین می‌شود: «به‌کارگیری توان شخص در مسیر کشف حقیقت، تطبیق آن بر قانون و تشخیص و اصدار حکم مناسب با استناد به ادله معتبر». معمولاً در علم حقوق، نقش استنباط قاضی را در خصوص اثبات دعوا و کشف حقیقت منحصر کرده و عنصر استنباط را به‌عنوان رکن معنوی در امارات قضایی محصور می‌سازند. (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۹۰: ۴۵۴) اماره قضایی «به اعتبار استنباطی که قاضی از وقایع و نشانه‌های دعوا می‌کند و از نتایج آن به موضوع مورد اختلاف پی می‌برد، اماره قضایی نامیده‌اند. ولی به اعتبار استنباط از واقعیت هر دعوا و چهره انسانی و شخصی آن، اماره شخصی یا موضوعی (در برابر اماره قانونی) نیز می‌توان نامید» (خواج‌زاده و بینائیان، ۱۳۹۶: ۲۳).

البته نقش استنباط قاضی در تفسیر قوانین را نیز نمی‌توان نادیده گرفت. دانشمندان حقوق، به این مسئله تصریح نکرده‌اند، ولی به آزادی قاضی در برداشت از قوانین اشاره کرده‌اند که لازمه آن تأثیر عنصر استنباط قاضی در فرایند صدور حکم است (بهرامی، ۱۳۹۰: ۹۷ و ۹۸). اما به‌گونه‌ای دیگر موضوع استنباط حکم و تطبیق با قوانین بیان شده است: «دانستن طریق استنباط حکم هر قضیه و قدرت بر استنباط آن از قوانین، اساس قضاوت صحیح می‌باشد و بدون آن دادرس نمی‌تواند حکم قضیه را به دست آورد» (امامی، ۱/۱۳۸۵: ۱۷).

همچنین در مواردی که قانون قاضی را برای صدور مجازات متناسب با وضعیت مجرم آزاد گذاشته است، نیز می‌توان دخالت عنصر استنباط قاضی در فرایند صدور حکم را ملاحظه کرد. چنان‌که در مسائل مدنی و حقوقی نیز چگونگی استیفای حقوق صاحب حق و چگونگی حل و فصل دعوا در بسیاری اوقات در اختیار قاضی است.

اما در مباحث فقهی، فقها تنها به بررسی اجتهاد فقهی و اشتراط آن در قاضی پرداخته‌اند و از اجتهاد قضایی به‌صورت جدی بحثی به میان نیامده است. می‌توان ریشه‌های این بحث را در علم اصول، در مواردی که اصولیون از موضوعات و احکام و کیفیت استنباط آن سخن گفته‌اند، پیگیری کرد. لکن به دلیل آنکه بحث از موضوعات خارج از غایت علم اصول است (حکیم، ۱/۱۴۰۸: ۷۰)، اصولیان به‌صورت جدی به این بحث نپرداخته‌اند. در بحث اجتهاد و تقلید از مباحث فقه، و نیز گاه در علم اصول، به کلیاتی در باب موضوعات همچون تخطئه و تصویب در موضوعات، حجیت ظنون

تبعیدی در موضوعات و... پرداخته‌اند. (کاشف الغطاء، ۱/۱۳۸۱: ۲۰۹) مباحث مربوط به استنباط حکم شرعی در فقه و اصول می‌توانند الهام‌بخش ما در بررسی مبحث اجتهاد قضایی باشند. اجتهاد قضایی ماهیتی عمدتاً از سنخ کشف و تشخیص دارد. قاضی در مسیر استنباط خود یا به دنبال کشف حقیقت رخ داده در خارج است (مرحله اول)، و یا به دنبال کشف و تفسیر قانون و تشخیص صحیح قانون منطبق بر موضوع است (مرحله دوم) و یا به دنبال کشف و تشخیص راه علاج صحیح برای موضوع حقوقی یا کیفری است (مرحله سوم). مقصود از راه علاج معنای عام آن است که شامل انواع کیفر، ترمیم، جبران، اعاده موضوع به حال قبل، احقاق حق، تعامل و حتی گذشت یا صلح می‌شود. اما حاصل این سه مرحله در انشای حکم قضایی تجلی می‌یابد. اینجاست که اجتهاد قضایی ماهیت انشایی هم پیدا می‌کند. ولی باید دانست که عمده کار قاضی مرحله اول است و اصلی‌ترین مرحله اجتهاد قضایی کشف حقیقت است. پس از کشف حقیقت دو مرحله دیگر آسان‌تر است. البته استنباط قاضی در هر یک از این مراحل، منوط به اجازه شرعی و قانونی است، بدین معنا که اگر قانون و شریعت در هر یک از مراحل دادرسی، قانون و حکم معینی داده باشد، محدوده اجتهاد قضایی را روشن کرده، چهارچوب کار قاضی را معین نموده است. بنابراین اجتهاد قضایی تنها در چهارچوب قانون و شرع جریان می‌یابد. به بیان دیگر قاضی بر اساس قانون و شرع به استنباط موارد جزئی و تطبیق کلیات قانون و شرع بر مصداق مورد نزاع می‌پردازد. عملیات اجتهاد، در حقیقت تلاش برای رسیدن به حقیقت از طریق دلیل است. بنابراین شایسته است به بررسی دلیل و ماهیت و تقسیمات آن در فقه و حقوق بپردازیم.

۱-۱. مفهوم دلیل

«دلیل» در لغت از ریشه دلّ و دلالت به معنی آن چیزی است که به آن استدلال می‌شود، و دلالت یعنی راه را به چیزی ختم کردن (ابن منظور، ۱۱/۱۴۱۴: ۲۴۸). دلیل گاه برای اثبات حکم شرعی است، گاه برای اثبات حکم قانونی است و گاه برای اثبات موضوع حکم شرعی یا قانونی است. در فقه دلیل عبارت است از آنچه برای اثبات حکم شرعی یا اثبات موضوع حکم شرعی به آن استدلال می‌شود و شامل استدلال عقلی و امارات می‌شود. اماره دلیل ظنی معتبر است، مانند خبر واحد، در برابر اصل عملی.

در اصطلاح حقوقی «هر معلوم که راهنمای اندیشه به مجهولی باشد» دلیل است (جعفری لنگرودی، ۳/۱۳۷۸: ۱۹۴۸). در علم حقوق قواعد اثبات امور را دلیل گویند، مانند: اقرار، شهادت، سند، بینه، اماره قضایی و... برخی اندیشمندان اثبات را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «اقامه دلیل نزد دادرس برای اثبات وجود واقعه‌ای قانونی، از راه‌هایی که قانون تعیین کرده است تا آثار واقعه، بر آن

مترتب شود» (سنه‌وری، ۱۳۹۵۲/۲: ۱۳) و در تعریف دیگر این‌گونه آمده است: «اقامه دلیل بر حقیقت امری که مورد ادعاست برای ترتب آثار قانونی بر آن» (مرقس، ۱۳۹۸۱/۱: ۱۱).

در این دو تعریف به سه موضوع اشاره شده است: عملیات اثبات، موضوع اثبات و هدف اثبات. عملیات اثبات‌کننده، همان اقامه دلیل است. موضوع اثبات نیز یک واقعه قانونی یا حقیقت مادی است که مورد اختلاف می‌باشد. هدف از اثبات نیز مترتب ساختن آثار بر آن واقعه یا حقیقت است. بنابراین ادله اثبات دعوی عبارت است از هر چیزی که بر اساس قانون، عرف یا شرع، قابلیت اثبات دعوی دارد و به حسب مورد، مثبت یا نافی ادعاست.

۱-۲. نظام‌های ادله

اثبات گاهی بر پایه ادله‌ای استوار می‌شود که قانون‌گذار، تعداد و ارزش آن‌ها را تعیین کرده است که نظام «اثبات مقید یا ادله قانونی» نامیده می‌شود. و گاهی تعداد و ارزش ادله به نظر قاضی واگذار می‌گردد که از آن به نظام «اثبات آزاد یا ادله معنوی» یاد می‌کنند. علت تفاوت این دو نظام را باید در هدف دادرسی جست‌وجو کرد؛ چراکه اگر هدف، احراز واقعیت و کشف حقیقت باشد، به تبع باید بتوان از هر طریق مشروعی به حقیقت رسید و اگر هدف فصل خصومت و پایان دادن به دعاوی باشد، باید به ادله محدودی که قانون‌گذار معین نموده اکتفا کرد؛ زیرا برای فصل خصومت می‌توان به نظامی بسته از ادله قانونی بسنده کرد. اما اگر هدف کشف حقیقت باشد نظام بسته به حال آن مضر است. بر همین اساس، گروهی نظام ادله قانونی، عده‌ای نظام ادله آزاد و گروه سوم نیز نظام ادله مختلط را برگزیده‌اند که ارزش این نظام‌ها در دادرسی‌های کیفری و مدنی متفاوت است (زراعت و حاجی زاده، ۱۳۹۰: ۳۹).

۱-۳. تقسیمات ادله

ادله دست‌کم شش نوع تقسیمات دارد که با توجه به موضوع این مقاله تقسیم دلیل از حیث محدوده اثباتی آن اهمیت دارد که از این حیث دلیل یا موجب علم می‌شود یا ظن یا شک.

به‌طور کلی ادله از جهت اثر اثباتی دو دسته‌اند: یا موجب علم‌اند یا مفید ظن و گمان.^۱ دسته اول بهترین و معتبرترین ادله‌اند، اما چندان زیاد نیستند. دسته دوم بیشترند و برخی از آن‌ها معتبر و برخی نامعتبر. اقرار و شهادت از این دسته‌اند. این ادله به علت احتمال خلافی که در آن می‌رود، قابل تکذیب است. مثلاً شهادت شاهد، ممکن است تکذیب شود. با این حال، به حکم قانون، قاضی باید در مقام جهل به موضوعات، به ظن حاصل از اقرار و شهادت توجه کند و آن را کاشف از واقع بداند.

۱. دلیلی که موجب شک شود، در واقع اثر اثباتی ندارد.

یکی از ادله ظنی اثبات دعوا اماره است که حقوق دانان از آن در کنار سایر ادله اثبات دعوا همچون شهادت و قسم و اقرار و سند، بحث می کنند. اماره در لغت به معنی علامت و نشانه است (جوهری، ۱۴۱۰: ۲/۵۸۲). در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی در تعریف اماره و بیان ماهیت آن می گوید: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود.» بنابراین هر پدیده ای که بنابر ظاهر و سیر طبیعی امور، نشانه وجود واقعه ای باشد، آن را اماره وجود آن واقعه می نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۷۹۰).

قاضی فارغ از نظام قانونی، آزادانه قدرت اثباتی نشانه ها و قرینه ها را در وجدان خود می سنجد و گاه قرینه ای کوچک انگیزه عدالت خواهی را در او بیدار می کند.

از آنجا که در بسیاری از موارد، دلیل علمی^۱ به واقعیت حکمی یا موضوعی در دسترس نیست، شارع مقدس راه هایی ظن آور را جایگزین ادله علمی نموده و نتایج آن ادله علم آور را بر طرق ظنی ای که خود اعتبار بخشید، مترتب ساخته است. و تا آن زمان که مخالفت این طرق ظنی با واقعیت احراز نشود، آن ها از حجیت و اعتبار برخوردار هستند. این طرق دو دسته اند:

۱. آن دسته از راه هایی که هنگام شک در حکم شرعی کلی الهی به آن ها مراجعه می شود و این طرق، مختص مجتهد در مقام استنباط است، همچون خبر واحد و اجماع منقول و سایر ادله اجتهادی.
۲. آن دسته از راه هایی که هنگام شک در موضوع حکم شرعی به آن ها مراجعه می شود. همچون بینه و قاعده ید و قاعده سوق مسلمین و قاعده حمل فعل مسلمان بر صحت و سایر امارات تعبیدی که برای تشخیص موضوعات خارجی به کار می روند (قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۳۷).

در فقه اسلامی پنج راه برای اثبات یک حقیقت خارجی پیش روی قاضی قرار دارد: علم قاضی، بینه (شهادت)، قسم، اقرار و قرعه (حائری، ۱۴۱۵: ۱۸۵). این پنج مورد، طرق اصلی اثبات موضوعات خارجی و کشف آن ها در فقه امامیه است. هرچند که در ابواب مختلف فقهی همچون عقود و ایقاعات و سیاسات، امارات و اصل های موضوعی فراوانی وجود دارد که قاضی را در مسیر کشف موضوع خارجی یاری می نماید. همچون: اصل صحت، قاعده عدل و انصاف، اماره فراش، اماره ید و ...

این امارات موضوعی در علم حقوق به امارات قانونی نام گذاری شده اند. امارات قانونی در حقیقت اماراتی هستند که شارع، قاضی را مکلف به استفاده از آن ها برای کشف حقیقت کرده است.

۱. در اینجا مقصود از دلیل علمی دلیل علم آور به معنای دقیق کلمه است، نه دلیلی که در علم اصول به آن علمی گفته می شود؛ زیرا آن اصطلاح چیز دیگری است که در اینجا مقصود نیست.

و حکمت اعتبار و حجیت این امارات چنان که برخی تصریح کرده‌اند، غلبه مصادفت آن‌ها با واقع است (قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۳۷).

در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی اماره چنین تعریف شده است: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.» بر همین اساس است که دو نوع اماره قانونی و اماره قضایی پدید آمده است. قاضی وظیفه دارد به امارات قانونی ترتیب اثر دهد، اعم از اینکه برای او علم بیاورد یا نه. در اینجا میان امارات قانونی و امارات شرعی شباهتی وجود دارد. به هر دو تعبد می‌شود، مگر اینکه دلیلی قاطع برخلافشان اقامه شود. پایه و اساس این تعبد نیز یک امر واقعی است. مبنای حجیت امارات قانونی آن است که نوعاً از واقع دلالت و حکایت می‌کند و چون از واقع حکایت می‌کند مورد تأیید شرع و یا قانون قرار گرفته‌اند. این دلالت نوعی است و لازم نیست برای شخص قاضی نیز چنین دلالتی داشته باشد. اما در اماره قضایی باید برای شخص قاضی حکایت و دلالت داشته باشد.

۲. تحصیل دلیل

با توجه به حجیت ذاتی علم (شیخ انصاری، ۱/۱۴۲۸: ۲۹)^۱ در صورت پدید آمدن علم برای قاضی، بر حجت‌های ظنی مقدم خواهد بود. مقصود از علم قاضی، یقین یا اطمینان یا همان علم عرفی است، نه علم منطقی. یقین و همچنین ظن نزدیک به علم یا همان اطمینان در موضوعات بالاتفاق حجت‌اند، هر چند در حجیت اطمینان در شبهات حکمیه اختلاف است.

البته اگر شارع مقدس از نوعی اطمینان یا حتی یقین نهی کرد، در این صورت نمی‌توان به آن استناد نمود. شاید بتوان لزوم تعدد را در اقرار به زنا از این قبیل دانست؛ یعنی با توجه به ادله تاریخی امکان این استنباط وجود دارد که حتی اگر با یک بار اقرار برای قاضی علم حاصل شود، از نظر شرعی باید سه بار دیگر اقرار صورت بگیرد تا علم حاصل از آن قابل اتکا و اعمال باشد. معمول فقها در هر حال علم قاضی را حجت دانسته‌اند، لکن می‌توان با توجه به اقرارهایی که نزد معصومان، از جمله علی (ع) واقع شده و ایشان اقرارکننده را به جلسات بعد حواله داده است، استنباط کرد که علم قاضی در چنین مواردی حجت نیست. برخی فقهای معاصر بر همین اساس فتوا داده‌اند که زنا و لواط با علم قاضی اثبات نمی‌شود.^۲ باید در نظر داشت که این گونه موارد در شریعت بسیار نادر است و در

۱. شیخ می‌گوید: «لا إشكال فی وجوب متابعة القطع و العمل علیه ما دام موجوداً؛ لأنّه بنفسه طریق إلى الواقع، و لیس طریقته قابله لجعل الشارع إثباتاً أو نفياً».

۲. از آیت الله مکارم شیرازی پرسیده‌اند: اگر قاضی دادگاه شخصاً زنا را دو نفر را دیده باشد ولی نه زناکاران اقرار به زنا

اغلب موارد علم قاضی اعتبار دارد.

همچنین باید به این موضوع توجه داشت که در پاره‌ای موارد برخی راه‌های تحصیل علم نامشروع شمرده شده است، مانند تحصیل علم در موضوعات منافی عفت. به همین دلیل است که در نظام کیفری ایران، تحقیقات اولیه دادرسی در این گونه موضوعات ممنوع است و پرونده‌های موضوعات منافی عفت مستقیم به دادگاه می‌رود و قاضی محکمه نیز حق ندارد برای تحصیل علم و تحصیل دلیل اقدام کند. در ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی در این باره چنین آمده است: «در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرایم منافی عفت و انکار متهم هرگونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار، ممنوع است. موارد احتمال ارتکاب با عفت و اکراه، آزار، ربایش یا اغفال یا مواردی که به موجب این قانون در حکم ارتکاب به عفت است از شمول این حکم مستثنا است.» همچنین در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری چنین مقرر شده است: «انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عفت یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود.» با این حال اگر به طریق مشروع یا نامشروع برای قاضی علم حاصل شد، قوانین فعلی استناد به آن را به نوعی محدود کرده‌اند. از جمله در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی چنین آمده است: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.»^۱

در صورت عدم دسترسی به دلیل علمی، قاضی باید سراغ امارات معتبری که در قانون یا شریعت معین شده، برود. در این مرتبه، تقدم و تأخر اماره قضایی نسبت به اماره قانونی را شریعت و قانون معین می‌کنند و قاضی باید طبق فقه و قانون حرکت کند. در کشور ما به دلیل ابتنای قوانین بر شریعت اسلامی و لزوم قضاوت بر پایه موازین فقهی، ضرورت دارد به هر دو جهت (فقهی و قانونی) توجه

کنند و نه شهادی باشد آیا قاضی می‌تواند بر اساس علم خود رأی صادر کند؟ و ایشان چنین پاسخ داده‌اند: «زنا و لواط تنها با شهادت چهار شاهد و چهار مرتبه اقرار در چهار مجلس مختلف، ثابت می‌شود و با علم قاضی ثابت نمی‌شود.» (نقل از پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت الله مکارم شیرازی)

۱. موارد بیشتری از قوانین محدود کننده استناد به علم قاضی وجود دارد که مورد بحث محققان واقع شده است. از جمله نک: کلانتری، ۱۳۸۸.

شود. اصل ۱۶۳ قانون اساسی چنین می‌گوید: «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود.» در اینجا هم قانون و هم شریعت مورد توجه قرار گرفته‌اند. در اصل ۱۶۶ لزوم استناد احکام دادگاه‌ها به قانون بیان شده است. در اصل ۱۶۷ قاضی مکلف شده تا حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم را صادر کند. بنابراین، کوشش می‌کنیم از هر دو منظر فقه و حقوق موضوع را تبیین نماییم.

معمولاً امارات قضایی در صورت اطمینان‌آور بودن، مقدم بر امارات قانونی می‌شوند و اگر صرفاً ظن‌آور باشند، بی‌اعتبار بوده، طبق ادله دیگر اثبات دعوا حکم صادر می‌شود. گو اینکه ممکن است برخی اندیشمندان در تقدم امارات قضایی یا اطلاق این تقدم مناقشاتی داشته باشند، لکن تفصیل این بحث در آیین دادرسی کیفری و مدنی مطرح می‌شود و بررسی آن از عهده این نگاشته خارج است.

۲-۱. اعتبار علم قاضی در حقوق

در علم حقوق از اعتبار علم قاضی و اقناع او خارج از دعوا بحث کرده‌اند. برخی علم قاضی را به‌صورت مطلق قبول دارند و برخی به‌صورت مطلق رد می‌کنند و برخی راه میانه در این زمینه پیش گرفته‌اند. قاضی باید با جمع‌آوری و ارزیابی دلایل قانع شود که حق با کیست، پس نمی‌توان از علم او به اطلاق چشم پوشید و انسانی عدالت‌گستر را به ماشین مأمور اجرای قانون و اعمال اصول دادرسی و اثبات تبدیل کرد. از سوی دیگر، نباید قدرت لجام‌گسیخته و بی‌نظارت را به او سپرد و به این دلخوش بود که دادرس دلیل واقعی را در نهان خود دارد. حکم باید مستدل باشد تا مقام‌های ناظر و دو طرف دعوا بدانند که قاضی با بی‌طرفی و از راه متعارف و به حکم منطق به‌سوی واقع رهبری شده است. وانگهی استناد به علم شخصی دادرس، بدون استناد به دلیل، در نظر دیگران او را از بی‌طرفی خارج می‌کند و به محکوم حق اعتراض می‌دهد. البته پاره‌ای از مؤلفان استناد به علم قاضی را با بی‌طرفی او در دعوا قابل جمع می‌دانند، ولی منع از استناد به علم صرفاً شخصی را از حقوق طرف دعوا در دفاع از خود و ارائه دلیل می‌شمارند (سنه‌وری، ۱۹۵۲/۲: ۳۳).

لذا پرسش اصلی این نیست که آیا قاضی می‌تواند به آگاهی شخصی خویش برای احراز واقع در امور ماهوی استناد کند یا محدود به دلایل دو طرف است. زیرا پاسخش آن است که ترکیبی از این دو رکن او را به واقعیت می‌رساند. سؤال اصلی آن است که با چه معیاری می‌توان قلمرو علم قاضی و یافته‌های او از دلایل ارائه شده به دادگاه را معین ساخت و مرز اقتدار هر یک را رسم نمود. (کاتوزیان، ۱۳۸۲/۱: ۵۱) در پاسخ به این پرسش، معیارهای متفاوتی ارائه شده است:

الف) تفکیک بین اطلاعات صرفاً شخصی (اتفاقی، غیررسمی) و آگاهی‌های همگانی: استناد به اطلاعات قسم نخست که پنهانی و دور از دسترس دیگران قرار دارد ممنوع است، ولی قسم دوم

که آشکار بوده و قابل دسترسی برای همگان است، می‌تواند مستند حکم واقع شود. برای مثال، در فرضی که ضمان ناشی از تعدی و تفریط در نگاهداری از ملکی مطرح است، دادرس نمی‌تواند به اطلاعات خصوصی که به او داده‌اند و در حضور دو طرف مورد بحث قرار نگرفته است، استناد کند. ولی حق دارد به آگاهی فنی از قانون علمی یا اهمیت پایین آمدن ارزش پول و اثر تورم در چگونگی تعهد مورد نزاع تکیه کند و بر مبنای آن حکم دهد یا می‌تواند از آگاهی و تجربه خود برای شناسایی خط و امضای مورد انکار سود برد.

البته این معیار مورد انتقاد واقع شده است (دیانی، ۱۳۸۴)، زیرا وصف عمومی بودن اطلاعات قضایی قابل اندازه‌گیری نیست و خود می‌تواند ماده نزاع واقع شود. چنان‌که در همان مثال مربوط به تشخیص خط و امضا، معلوم نیست تا چه اندازه تجربه و اطلاع عمومی دادرس کافی است و تا چه اندازه اطلاع شخصی در آن دخالت دارد.

ب) تفکیک بین مواضع استفاده از علم شخصی: برای دستیابی به واقع و احراز رویداد ماهوی مورد استناد، دو کاوش جداگانه و در عین حال مربوط به هم لازم است: (۱) احراز واقعه (۲) ارزیابی آن و استنباط نتایج حقوق مورد نزاع. بخش نخست تنها از راه دلایلی که طرفین دعوا به دادگاه ارائه می‌کنند احراز می‌شود. ولی در بخش استنباط از آنچه احراز شده است، اطلاعات و تجربه‌های شخصی دادرس مورد استفاده قرار می‌گیرد و نباید آن را محدود به دلایلی شمرد که به دادگاه تقدیم شده و در دادرسی مورد بحث و نقد دو طرف واقع می‌شود. به بیان دیگر، قضایی نمی‌تواند به رکن تازه‌ای برای استنباط روی آورد، ولی می‌تواند از علم خود برای استنتاج از ارکان دعوا استفاده کند. این معیار گرچه از لحاظ عملی نزدیک به معیار اول است، ولی از لحاظ نظری روشن‌تر و منطقی‌تر است، هرچند که هنوز برخی از ابهامات را حل نمی‌کند، زیرا ممکن است دادگاه در ضمن ارزیابی رویدادهای اثبات شده به عامل جدیدی برای رفع نزاع دست یابد.

ج) حکومت تشریفات قانونی بر علم شخصی و لزوم توجیه اعتقاد و بیان مستدل آن: به عقیده برخی حقوق‌دانان این دو اصل اساسی وجه مایز بین علم شخصی معتبر و غیرمعتبر است. بدین معنا که اولاً دادرس نمی‌تواند برخلاف تشریفات که به حکم قانون برای اثبات امری ضروری است، به علم خود استناد کند؛ لذا در هر موردی که تشریفات قانونی خاصی برای اثبات آن وجود داشته باشد، علم قضایی تنها در صورتی قابل استناد است که منطبق با آن تشریفات قانونی باشد. همچنین دادگاه ملزم به استدلال و تکیه بر قوانین است و این یکی از تضمین‌های مهم بی‌طرفی دادرسی و امکان بررسی اندیشه او در دادگاه‌های بالاتر است. اصل ۱۶۶ قانون اساسی درباره تکلیف دادگاه اعلام می‌کند: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم

صادر شده است» (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۲: ۵۲).

با این تفصیل هنوز نمی‌توان معیارهای ارائه شده را برای تفکیک میان علم شخصی معتبر و علم شخصی نامعتبر کافی دانست. هیچ‌یک از این معیارها نمی‌تواند نافی اعتبار علم شخصی که از راه مشاهده مستقیم به دست آمده، باشد. اما مرز روشنی با دیگر طرق ایجاد نمی‌کند.

لکن شاید بتوان از راه اول با تغییری مختصر دفاع کرد. مقصود از اعتباربخشی به علم قاضی آن نیست که هر گونه علمی را معتبر بدانیم. اگر قاضی از طریق دیدن رؤیا، ذهن خوانی، هیپنوتیزم، الهام، غیب‌گویی، جن‌گیری و مانند آن علم پیدا کرده باشد که حق با طرف الف است و ب حقی ندارد، نمی‌تواند به این علم عمل کند. چنین علمی در هیچ مکتبی اعتبار ندارد. مقصود علمی است که از طرق متعارف به دست آمده باشد و دیگران نیز اگر در چنان موقعیتی قرار بگیرند، می‌توانند علم پیدا کنند. مثلاً اگر قاضی خود به تنهایی شاهد حادثه‌ای بوده باشد، می‌تواند به علم حاصل از مشاهده‌اش عمل کند و بر اساس آن حکم دهد. در این صورت دیگران نمی‌توانند درباره علم او قضاوتی داشته باشند، اما اگر آن‌ها نیز در آن حادثه به جای قاضی حاضر بودند و شاهد ماجرا بودند، همین علم را پیدا می‌کردند. طریق مشاهده علی‌الاصول، طریقی قابل اعتماد و علم‌آور است و علم حاصل از آن اعتبار دارد، مگر آنکه وضع و حال نامتعارف دیگری پیش بیاید که موجب خدشه و تردید در آن مشاهده بشود. در این صورت به دلیل پیش آمد چنان وضع نامتعارفی اعتبار علم او از میان می‌رود.

۲-۲. اعتبار علم قاضی در فقه

به اجماع فقها اگر موضوعی از حقوق مردم باشد و صاحب حق، حق خود را مطالبه نماید، عمل قاضی به علمش و حکم دادن مطابق آن جایز، بلکه لازم است. چنان‌که اگر مسئله‌ای از حقوق خداوند باشد (همچون برخی مسائل کیفری) عمل قاضی به علمش متوقف بر مطالبه کسی نبوده و باید طبق علمش حکم دهد (آشتیانی، ۱/۱۳۸۳: ۱۶۱ و حائری، ۱۴۱۵: ۱۹۹). همچنین، در صورت حصول ادله معتبر ظنی همچون بینة یا قسم، عمل به آن‌ها توسط قاضی لازم است. شرایط علم معتبر در فقه همان است که پیش‌تر گفته شد. هر علمی که از راه‌های متعارف کسب آگاهی به دست آمده باشد، می‌تواند مورد استفاده قاضی قرار گیرد.

عمده اشکال حقوق‌دانان در این زمینه آن است که اگر علم شخصی قاضی معتبر و قابل استناد باشد، رعایت اصل بی‌طرفی مخدوش می‌شود، بلکه دادرس به جای خصم خواهد نشست و امکان دفاع و بحث و بررسی ادله از طرفین سلب خواهد شد.

ولی فقها به این اشکال پاسخ داده‌اند؛ زیرا اولاً، اشتراط عدالت در قاضی، اصل بی‌طرفی در دادرسی را تضمین می‌کند. ثانیاً، با اعتبار علم قاضی، او به خصم و طرف دعوا تبدیل نمی‌شود؛ زیرا

معنای مرتکز از خصم نزد عقلا قابل اتحاد با دادرس و قاضی نیست و صرفاً شامل اطراف دعواست. مفهوم عقلایی خصم، کسانی را که در ادله دو طرف مناقشه می‌کند و به بررسی ادله می‌پردازند، شامل نمی‌شود و اگر قاضی بتواند علم خود را که از راه‌های متعارف به دست آورده است مستدل و مبین سازد، به‌عنوان دلیلی محکم در صدور حکم قابل استناد خواهد بود (حائری، ۱۴۱۵: ۱۹۴) و در این فرض امکان دفاع و بررسی و نقد دلیل نیز از جانب طرفین فراهم است و قاضی وظیفه دارد به آن‌ها فرصت دفاع بدهد.

۳-۲. تحصیل دلیل توسط قاضی از نگاه حقوق

حقوق دانان و به‌تبع آنان، قانون‌گذاران، دست قاضی را در دادرسی‌های کیفری، جز در امور منافی عفت، باز گذاشته و او را در تحصیل دلیل آزاد می‌گذارند. قاعده مشروعیّت تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری آمده است. اما در آیین دادرسی مدنی قاعده منع تحصیل دلیل حاکم است، هرچند در مواد متعددی از آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ این قاعده تعدیل شده است.

«قاعده ممنوعیت تحصیل دلیل از سوی قاضی» میراثی از نظام اتهامی^۱ و مورد حمایت مکتب لیبرالیسم می‌باشد. برای تشریح این قاعده لازم است بدانیم دادرسی مدنی در عملیات قضایی خود با دو تکلیف روبه‌روست؛ نخست اینکه وقایع مادی را که به او عرضه شده است بررسی نماید و دیگر اینکه آن وقایع را با قانون تطبیق دهد. در عملیات نخستین گفته می‌شود طرفین دعوا باید دلایل خود را ارائه دهند و دادرس هم فقط باید به همان دلایل رسیدگی کند و حق ندارد به علم شخصی خود استناد نماید، زیرا مورد سوء ظن قرار می‌گیرد و نیز حق ندارد به‌دلیلی استناد کند که طرفین دعوا ارائه نداده‌اند و اگر هم نیازی به معاینه یا تحقیق محلی باشد باید از سوی طرفین دعوا درخواست شود و طرفین دعوا از آن اطلاع داشته باشند، همچنین حق ندارد به ادله‌ای استناد کند که در دعوای دیگری اقامه شده و مورد رسیدگی قرار گرفته است. قاعده «ممنوعیت تحصیل دلیل از سوی قاضی» قصد بیان همین ممنوعیت‌ها را دارد (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۲۳).

مطابق این قاعده و نظریه مرسوم، در امور مدنی، دادرس مأمور کشف واقع نیست. او در پی اجرای عدالت است، ولی با چراغی که طرفین دعوا بر سر راهش نهاده‌اند. تحصیل دلیل برای او ممنوع است و در هر حال پایبند خواسته‌ها و دلایل اصحاب دعوا است. ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق در این باره مقرر می‌کرد: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوا تحصیل دلیل کند، بلکه

۱. نظام اتهامی قدیمی‌ترین شیوه رسیدگی به دعوای است. در این نظام تعقیب بزه‌کار بر پایه شکایت زیان‌دیده از جرم و مراجعه به قاضی امکان‌پذیر است. قاضی منفعل است و مسئولیت اقامه دلیل بر دوش طرفین است.

فقط به دلایلی که اصحاب دعوا تقدیم یا اظهار کرده‌اند، رسیدگی می‌کند. تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند، از قبیل معاینه محل و تحقیق از گواه‌ها و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال این‌ها تحصیل دلیل نیست.» بدین ترتیب، آزادی دادرسی در تحقیق محدود به دلایلی است که دو طرف در اختیار او نهاده‌اند. ولی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی این ماده را تعدیل کرده و به قاضی اختیار گسترده‌تری می‌دهد تا بتواند به حقیقت دست یابد. این ماده اعلام می‌کند: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه، علاوه بر رسیدگی به دلائل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد.» در ماده ۲۵۵ همین قانون آمده است: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد.»

پیروی از هر یک از این دو نظام ادله، یعنی نظام قانونی و نظام آزاد اثبات، وابسته به هدفی است که قانون‌گذار از دادرسی دارد: اگر هدف از دادرسی فصل خصومت و رسیدن به پایان دعوا باشد، می‌توان دادرسی را کاملاً محدود کرد؛ همانند جنگی که هدف آن تحمیل صلح است، خواه محتوای این صلح غلبه حق بر باطل باشد، یا غلبه باطل بر حق. ولی اگر هدف کشف واقع و اجرای عدالت باشد، باید به قاضی اختیار بیشتری داد تا در این راه تلاش کند. منتها، برای گریز از خطر استبداد قضایی و تضمین بی‌طرفی دادرسی، تعیین چهارچوبی برای اختیار نامحدود او ضروری است.

طرف‌داران هر دو نظریه به این نتیجه رسیده‌اند که محدودیت یا آزادی مطلق دادرسی را نمی‌توان پذیرفت و باید آزادی نامحدود دادرسی در تحقیق را به وسیله دو قاعده محدود کرد:

۱. این آزادی نباید به قواعد مربوط به اعتبار دلایل صدمه بزند. برای مثال، در فرضی که دادرسی از استناد به شهادت یا سوگند ممنوع است، به استناد این آزادی نمی‌تواند به تحقیق ممنوع دست زند و نتیجه را در دادرسی دخالت دهد.

۲. اختیار دادرسی باید به گونه‌ای اعمال شود که او را از بی‌طرفی خارج نسازد و در معرض اتهام جانب‌داری قرار ندهد و به آزادی فردی و حرمت خانوادگی هیچ‌یک از اصحاب دعوا صدمه نزند. برای مثال، دستور ندهد که مکالمه تلفن خصوصی او ضبط شده، مورد استناد قرار گیرد.

غایت مطلوب هر دادرسی حق‌گزاری و رسیدن به حقیقت است، نه فصل خصومت و باید به جای فرد زرنک‌تر و تواناتر، صاحب حق برنده شود. این موضوع در اجتهاد قضایی پررنگ‌تر است. اگر اجتهاد در قاضی شرط است، نه به دلیل قدرت استنباط احکام کلی شرعی است، بلکه به دلیل توان استنباط موضوعات احکام شرعی و مصادیق قانونی در امور حقوقی و کیفری است. اجتهاد قضایی اقتضا می‌کند که قاضی در مقام کشف حقیقت تحقیقات لازم را انجام دهد، هرچند طرفین از او

نخواستہ باشند. بله اصل خواستن آنان برای حکم به حق میان آن‌ها لازم است. لازمه حکم به حق، اجتهاد و تلاش در یافتن حق، سپس انطباق دادن درست قوانین بر موضوع و دادن حکم متناسب است. این همان اجتهاد قضایی است که لازمه‌اش ضرورت تحصیل دلیل بر قاضی است. از سوی دیگر، مرز بی‌طرفی را نیز نمی‌توان شکست؛ قاضی نمی‌تواند به تحقیق پنهانی دست زند یا دلایلی را که به آن می‌رسد در معرض گفت‌وگو و بحث و ایراد دو طرف قرار ندهد. برای مثال، نباید شاهی را در غیاب دو طرف احضار کند و گواهی او را بشنود، یا به علم شخصی خود که خارج از دلایل مطرح در دادرسی به دست آورده است استناد کند، یا به بهانه تحقیق در زندگی خصوصی آنان دخالت نماید.

از مفاد ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز که دو شرط: (۱) اختلاف دو طرف (۲) مؤثر بودن در تصمیم نهایی را قید رسیدگی به دلایل قرار داده و طرح در جلسه دادرسی را اجباری کرده است، می‌توان شمایی از تلفیق بی‌طرفی دادرسی و آزادی او در تحقیق را در ذهن ترسیم کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۷).

به‌عنوان نمونه اگر کسی دعوای خلع ید اقامه نماید یا دعوایی مطرح کند که نیاز به احراز مالکیت رسمی وی می‌باشد، و خواهان به دلیل جهل به قانون، اشاره‌ای به مالکیت رسمی خود نکند و دادگاه برای احراز امر، نیاز به استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک پیدا کند تا مشخص شود که ملک مورد ادعای خواهان در دفتر املاک به نام وی می‌باشد یا خیر، اقدام دادرسی به استعلام مراتب از اداره ثبت اسناد و املاک و کشف این موضوع که خواهان، مالک رسمی می‌باشد، از مصادیق تحصیل دلیل ممنوع نیست و قاضی می‌تواند بنا به تشخیص خود اقدام به تحقیق کند. البته برخی از مصادیق نیز در رویه قضایی مشخص شده است (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۲۸).

همچنین در فرض حصول علم شخصی برای قاضی، مستدل ساختن آن، متوقف بر اجتهاد قضایی است. این کار یکی از مهارت‌هایی است که در اجتهاد قضایی تعریف می‌شود. یعنی ضمن داشتن علم باید برای اثبات آن دلیل تحصیل کند.

۴-۲. تحصیل دلیل توسط قاضی از نگاه فقه

در این ناحیه با فرض حجیت علم قاضی و نفوذ آن در فرایند قضاوت و صدور حکم، باید از این بحث کرد که آیا تحصیل دلیل علمی یا ظنی برای قاضی جایز است یا نه. طبق مقتضای ادله‌ای که خواهد آمد، دوران این بحث بین حرمت و وجوب است، به این معنا که یا تحصیل دلیل بر قاضی حرام است یا جایز. اگر جایز باشد، واجب خواهد بود. در ادامه به بیان ادله طرفین و نقد و بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۱-۴-۲. ادله لزوم تحصیل دلیل

فقههای امامیه بالصراحه به بیان این مسئله نپرداخته‌اند، ولی می‌توان از ادله‌ای که برای حجیت علم قاضی اقامه کرده‌اند، در این مقام بهره جست.

۱-۴-۲-۱. دلیل اول: اطلاعات دال بر وجوب حکم به عدل

اطلاق آیات و روایاتی که در آن‌ها شارع حکم کردن طبق عدل را واجب دانسته است و آن را مقید به امری ننموده است، اقتضا دارد که تحصیل دلیل بر قاضی واجب باشد؛ زیرا حکم به عدل، نیاز به کشف واقعیت دارد، پس قاضی باید به دنبال کشف واقعیت و تحصیل دلیل علمی رود و اگر موفق به تحصیل آن شد طبق آن حکم نماید. لذا از باب مقدمه واجب، تحصیل دلیل نیز واجب خواهد بود، مگر آنکه به طور مشخص شریعت مقدس در برخی موارد از تحصیل علم نهی کرده باشد. نمونه این نهی‌ها در جرایم منافی عفت وجود دارد که حتی به نظر جمعی از فقها علم قاضی اگر حاصل هم باشد، نمی‌تواند مستند حکم قضایی قرار گیرد.^۱ برخی از این آیات و روایات عبارتند از:

۱. يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ (ص، ۲۶)

۲. وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ (نساء، ۵۸)

۳. وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ (مائده، ۴۲)

۴. إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (نساء، ۱۰۵)

۵. روایات نهی کننده از حکم به غیر آنچه که خداوند نازل نموده است: یکی مرفوعه برقی از امام صادق (ع) است که فرمود قضات چهار دسته‌اند: سه گروه در آتش و یک گروه در بهشت. کسی که به ظلم و جور حکم می‌کند و می‌داند حکمش ظالمانه است، کسی که حکم ظالمانه صادر می‌کند و از ظالمانه بودن آن آگاه نیست، و کسی که حکم عادلانه صادر می‌کند و از عادلانه بودن آن آگاه نیست، و کسی که طبق حق حکم کرده و به حق بودن آن آگاه است. سه گروه اول در آتش و گروه چهارم در بهشت جای دارند (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷: ۲۲).

وجه استدلال به این آیات و روایات آن است که موضوع جواز قضاوت بر حسب آنچه از این ادله به دست می‌آید عدل و قسط و «ما أنزل الله» و مانند این عناوین است. بر اساس آیات ذکر شده خود واقع موضوعیت دارد. دستور داده شده که به «حق»، «قسط» و «عدل» حکم کنید. ظهور این موارد واقعیت عدل و حق و قسط است و این در درجه اول با علم به دست می‌آید و در صورت فقدان علم به ادله علمی و اطمینان آور بسنده می‌شود. مرحوم آیت الله شاهرودی پس از استدلال به آیات یادشده

۱. پیش از این به نمونه‌هایی از آن اشاره کردیم.

و آوردن مناقشاتی در استدلال به آن‌ها چنین می‌نویسد: «مقتضای آیات گذشته این است که حکم به واقع را مطلقاً جایز می‌داند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶: ۵۸).

اما مرحوم آیت الله شاهرودی در جمع‌بندی کلی بحث از علم قاضی ابتدا حصرگرا (نسبت به بینه و سوگند) شده، می‌گوید که نمی‌توان به علم قاضی اکتفا کرد و «از ملاحظه کلیه روایاتی که در باب قضاوت و چگونگی حکم، و احکام دعاوی و آداب قضاوت، و قضاوت‌های پیامبر و ائمه (ع) وارد شده است، استفاده حصر می‌شود. ... اگر علم قاضی نیز به خودی خود، از راه‌ها و دلایل معتبر قضایی؛ مانند بینه و سوگند به شمار می‌آید، می‌بایست متعرض آن شده و دست‌کم در یک روایت ضعیف، آن را در عرض بینه و سوگند مطرح می‌کردند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶: ۹۹).

اما بلافاصله استثنایی بر آن می‌آورد: «آری، این ادعا در علم حسی به معنایی که پیش‌تر در برخی از قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع) گذشت، قابل قبول است، علم حسی به معنای یاد شده، ظهور واقع امر است و به واسطه قرینه‌های قطعی، موجب به دست آمدن علم بدیهی در صحنه محاکمه برای همگان می‌شود. زیرا این چنین علمی در حکم وقوع جرم در صحنه دادگاه و داخل محکمه است که بالضروره حجت و سند است چنان‌که در برخی از روایات معتبره در قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع) نیز آمده است و از روایات حصر نمی‌توان عدم حجیت چنین علمی را به دست آورد، زیرا آن روایات از چنین علمی منصرف هستند» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۰). با بیان این استثنا معلوم می‌شود که اگر طریقی بتواند واقع را برای قاضی به گونه‌ای روشن کند که گویا اینک در پیش روی او اتفاق می‌افتد، حجیت دارد. بر همین اساس می‌گوییم علم حسی در این زمینه خصوصیتی ندارد و با همین ملاک می‌توان به سایر روش‌های تحصیل علم نیز اعتماد کرد. مهم آن است که واقع نزد قاضی احراز شود. صرف وقوع در محکمه حجیت نمی‌آورد. حجیت آن علم حسی به دلیل آن است که انکار یا نادیده انگاشتن آن علم خلاف عقل است. طریقی حصول علم موضوعیتی ندارد.

بنابراین علم به عدل و قسط، علم به موضوع حکم است و علم به موضوع نیز منجر به علم به حکم است. از آنجا که قضاوت و حکم به عدل واجب است، علم به موضوع آن یعنی عدالت نیز واجب بوده، تحصیل دلیل از باب مقدمه واجب، واجب خواهد بود. اگر مخالف بگوید علم به استناد آنچه طرفین دعوا در اختیار قاضی قرار داده‌اند ملاک است، نه علمی که با تحصیل دلیل به دست آید، پاسخ آن است که این ادله مطلق عدل و حق و قسط را گفته است. برای اینکه چنان قیدی اضافه شود، دلیل لازم است. افزون بر اینکه در روایت صریحاً درباره آگاهی به حق بودن حکم سخن گفته شده و تنها راه نجات قاضی را آگاهی از حق به طور مطلق دانسته است و مقید به ادله طرفین نشده است.

۲-۱-۴-۲. دلیل دوم: سیره معصومان (ع)

نمونه‌های فراوانی از قضاوت‌های امیرالمؤمنین در دوران حکومت سایر خلفا و نیز حکومت خودشان نقل شده است که به حد تواتر اجمالی می‌رسند و در غالب آن‌ها حضرت با استفاده از روش‌های مختلف و بدون اکتفا به بینه و قسم به کشف حقیقت و واقعیت پرداخته‌اند و بر اساس آن حکمی صادر نموده‌اند. از این ادله علاوه بر آنکه موضوعیت واقعیت و حقیقت در جواز قضاوت به دست می‌آید، لزوم تحصیل دلیل نیز استفاده می‌شود.

البته فعل معصوم به‌خودی‌خود دال بر جواز بالمعنی الاعم و عدم حرمت آن کار است، لذا فعل امیرالمؤمنین (ع) در زمینه تحصیل دلیل تنها دال بر عدم حرمت آن می‌باشد. لکن مدعا آن است که تحصیل دلیل توسط قاضی یا حرام است و یا اگر جایز باشد، واجب است. لذا جواز تحصیل دلیل مستلزم وجوب آن خواهد بود.

به‌عنوان نمونه زنی شیفته جوانی از انصار شده بود و سعی می‌کرد که جوان را به‌سوی خود بکشد. جوان که فردی عفیف و شریف بود خواسته او را عملی نکرد. وقتی زن از او مأیوس شد، سفیده تخم مرغی را بر لباس‌ها و بدنش مالید. سپس نزد عمر آمد و به او گفت: این مرد با من زنا کرد. آن جوان ادعای زن را رد کرد. عمر که نمی‌دانست چگونه این مسئله را حل کند، به امام علی علیه‌السلام متوسل شد. امام (ع) دستور داد آب جوش بیاورند. مقداری از آن را بر روی آن سفیدی ریخت. سفیدی تخم مرغ سفت شد و به حالت پخته در آمد و حقیقت آشکار شد و زن به جرم خود اعتراف کرد (حر عاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۸۱).

نمونه دیگر در امور مدنی (خانواده و نسب) بود. دو زن، ادعای مادری یک پسر بچه را داشتند. تمام شیوه‌های اثبات دعوا، اعم از سوگند و تهدید و نصیحت را به‌کار برده بودند و به نتیجه نرسیدند. خلیفه دوم آن‌ها را نزد امیرالمؤمنین فرستاد. امام (ع) فرمود: حال که هر دو بر ادعای خود ثابتید من این کودک را با شمشیر دو نیم کرده و در میان شما قسمت می‌کنم. ناگهان مادر واقعی کودک، فریاد برآورد: یا علی! من از حق خود گذشتم؛ کودکم سالم باشد، هر چند در دست دیگران. امام علیه‌السلام فرمودند: کودک را بردار و برو، مادر واقعی کودک تو هستی! که اگر فرزند آن زن بود، دلش می‌سوخت و حاضر نمی‌شد تا به بچه صدمه‌ای وارد شود (حر عاملی، ۲۷/۱۴۰۹: ۲۸۸).

نمونه‌های فراوان دیگری نیز از قضاوت‌های امیرالمؤمنین نقل شده است^۱ که حضرت در خلال

۱. کتاب‌های متعددی با عنوان قضاوت‌های امیرالمؤمنین (ع) به رشته تحریر درآمده است که در بردارنده این گونه روایات است. البته برخی از این روایات مواردی عجیب را بیان کرده‌اند. اما اجمالاً می‌توان استفاده از راه‌های اثبات

آن‌ها با روش‌های خلاقانه و علمی به کشف واقعیت پرداخته‌اند. البته اسناد این روایات با مناقشاتی مواجه است، ولی این روایات به حد تواتر اجمالی می‌رسند و به وسیله این تواتر می‌توان مضمون مشترک بین این روایات را اخذ کرد. مضمون مشترک بین این روایات تحصیل دلیل بر کشف واقعیت از راه‌های مختلف است.

۳-۱-۴-۲. دلیل سوم: فرمان مالک اشتر

امیرالمؤمنین در فرمانی که به مالک اشتر نوشتند و آن را به عنوان قانون حکومت‌داری به مالک اعطا کردند، در شرایط قاضی می‌فرمایند: «سپس از میان مردم، برترین فرد نزد خود را برای قضاوت انتخاب کن، کسانی که مراجعه فراوان، آن‌ها را به ستوه نیاورد، و برخورد مخالفان با یکدیگر او را خشمناک نسازد، در اشتباهاتش پافشاری نکند، و بازگشت به حق پس از آگاهی برای او دشوار نباشد، طمع را از دل ریشه‌کن کند، و در شناخت مطالب با تحقیقی اندک رضایت ندهد، و در شبهات از همه با احتیاط‌تر عمل کند، و در یافتن دلیل اصرار او از همه بیشتر باشد، و در مراجعه پیاپی شاکیان خسته نشود، در کشف امور از همه شکیاتر، و پس از آشکار شدن حقیقت، در فصل خصومت از همه برنده‌تر باشد، کسی که ستایش فراوان او را فریب ندهد، و چرب زبانی او را منحرف نسازد و چنین کسانی بسیار اندکند!» (سید رضی، ۱۴۱۴: ۴۳۵-۴۳۴).

فرمان مالک در سه کتاب نهج البلاغه و تحف العقول و دعائم الاسلام نقل شده است که هر کدام، نسخه‌ای متفاوت از دیگری را آورده‌اند. ولی عبارت «أصبرهم علی تکشف الأمور» در هر سه نسخه آمده است. در هیچ‌یک از این سه مصدر سندی برای آن ذکر نشده ولی نجاشی در فهرست خود و شیخ در رجال در مجموع برای این فرمان‌نامه سه سند ذکر کرده‌اند. یکی از سندهای نجاشی و سند شیخ طوسی به فرمان را می‌توان صحیح دانست.^۱

علمی را از آن‌ها فهمید.

۱. در این مقام تنها به ذکر سند شیخ و بررسی اجمالی آن اکتفا می‌شود. شیخ طوسی در فهرست می‌گوید: «أخبرنا بالعهد ابن أبي جید عن محمد بن الحسن عن الحمیری عن هارون بن مسلم، و الحسن بن طریف جمیعاً عن الحسن بن علوان الكلبي عن سعد بن طریف عن الأصبع بن نباتة عن أمير المؤمنين علیه السلام.» (طوسی، ۱۴۲۰: ۳۸) ابن ابی جید از مشایخ معروف نجاشی شیخ بوده و ثقة است (خویی، ۱۴۱۳). محمد بن حسن صفار نیز از اجلای اصحاب بوده و صاحب کتاب بصائر الدرجات است و شأن او اجل از توثیق است. هارون بن مسلم و حسین بن علوان الكلبي هر دو توسط نجاشی توثیق می‌شوند (نجاشی، ۱۴۰۷). شیخ طوسی در رجال خود سعد بن طریف را صحیح الحدیث می‌داند (طوسی، ۱۳۷۳) که این عبارت یا مدح غلیظ است و یا افاده توثیق می‌کند. در هر صورت می‌توان به حدیث او اعتنا نمود. اصبع بن نباته نیز از خواص اصحاب امیرالمؤمنین (ع) است و نیاز به شرح حال ندارد.

حضرت در بیان خصوصیات شخص شایسته منصب قضاوت در ضمن بیان ۱۲ ویژگی به دو خصوصیت «آخذهم بالحجج» و «أصبرهم علی تکشف الأمور» اشاره کرده‌اند. بنابراین قاضی باید در مسیر کشف واقعیت صبورترین افراد باشد. و صبر در این مسیر به معنای آن نیست که قاضی بدون هیچ فعالیتی منتظر ادله‌ای باشد که طرفین اقامه می‌نمایند، بلکه باید به دنبال کشف واقعیت باشد و در مسیر کشف واقعیت صبور باشد.

همچنین عبارت «آخذهم بالحجج» به معنای کسی است که بیشتر از دیگران به حجت‌ها تمسک می‌نماید. دلالت این عبارت نیاز به توضیح دارد، زیرا تمسک به ادله رایج در قضاوت همچون بینه و قسم به خودی خود امری تفاضل بردار نیست که ایشان برای بیان آن، از صیغه تفضیل استفاده کرده‌اند. لذا باید مقصود از حجج در این عبارت امری غیر از بینه و قسم باشد، تا قابلیت تفضیل داشته باشد. و این حجج همان ادله‌ای است که قاضی باید برای کشف واقعیت از آن‌ها استفاده نماید، چراکه در مسیر کشف حقیقت از هر دلیل و نشانه علمی یا ظن‌آور می‌توان استفاده کرد تا به واقعیت مسئله دست یافت، همچون کارآگاهی که با جمع شواهد گوناگون، پرده از واقعیت بر می‌دارد و چنان‌که پیش‌تر گذشت، در اخذ به حجت‌ها هیچ قیدی نیامده است. پس می‌توان به هر حجتی تمسک کرد، اعم از این که طرفین دعوا به آن تمسک کرده باشند یا نه.

۲-۴-۲. ادله عدم جواز تحصیل دلیل توسط قاضی

مخالفان نیز برای دیدگاه خود استدلال‌هایی آورده‌اند که بررسی آن‌ها نیز ضروری است.

۲-۴-۲-۱. دلیل اول: سیره معصومان (ع)

از لحاظ تاریخی مسلم است که پیامبر اسلام (ص) در ترتیب آثار اسلام همچون طهارت و مصونیت جانی و مالی، به ظاهر اشخاص اکتفا کرده و طبق علم غیبشان حکم نمی‌کردند. همچنین در دعاوی و منازعات نیز طبق ظواهر و بینه و قسم قضاوت کرده و به علم خود عمل نمی‌نمودند. بنابراین وقتی علم قاضی نافذ نیست، تحصیل دلیل علمی نیز صحیح نبوده و کاری بیهوده است. بلکه در برخی موارد ممکن است مصداق بعضی عناوین حرام نیز قرار گیرد.

اما این استدلال درست نیست؛ زیرا روشن است که اکتفای آن حضرت به ظاهر حال، در مقام ترتیب آثار مسلمانی ربطی به بحث قضاوت خصوصاً در موارد مرتبط به حق شاکی خصوصی یا عمومی ندارد و از این دلیل نمی‌توان در این مقام بهره برد. نسبت به مطلب دوم سه اشکال وارد می‌شود: ۱. معلوم نیست معصومین به همه جزئیات رفتار و گفتار مردم به صورت بالفعل علم داشته باشند

بنابراین، می‌توان حدیث را صحیح‌السند دانست.

و چنان‌که از برخی روایات به دست می‌آید، علم غیب آن‌ها به این نحو است که اگر بخواهند چیزی را بدانند، می‌دانند. لذا ایشان قادر بر علم به این جزئیات هستند، اما علم بالفعل ندارند. (آشتیانی، ۱۳۸۳: ۱۶۵).

۲. اینکه معصوم به علم غیب خود در مسیر قضاوت استناد نمی‌کند، دلالت بر آن ندارد که علم ناشی از اسباب عادی و متعارف در مسیر قضاوت برای او قابل استناد نیست. و محل نزاع در مسئله تحصیل دلیل، تحصیل دلیل متعارف است.

۳. سیره امیرالمؤمنین (ع) عدم اکتفا به ظواهر بوده است و نمی‌توان به صورت قطعی گفت که سیره پیامبر نیز اکتفا به بینه و قسم بدون تلاش برای کشف واقعیت بوده باشد.

۲-۴-۲. دلیل دوم: روایات انحصار قضاوت در بینه و قسم

روایاتی که دال بر انحصار قضاوت در بینه و قسم است می‌تواند مانع از تحصیل دلیلی غیر از این دو توسط قاضی باشد. البته اقامه بینه و قسم نیز از وظایف قاضی خارج است و بر عهده طرفین دعواست.

مهم‌ترین روایت دال بر انحصار که از لحاظ سندی و دلالتی مناقشه جدی ندارد، صحیحیه سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) است که فرمودند: «در کتاب علی (ع) آمده است: پیامبری از پیامبران به خدا شکایت کرد: خدایا! چگونه در مواردی که ندیدم و شاهدش نبودم قضاوت نمایم؟ فرمود: خداوند وحی فرستاد: به کتاب من بین آن‌ها قضاوت کن و آن‌ها را به نام من قسم بده. و فرمود: این برای کسی است که بینه به نفعش وجود ندارد.» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۲۲۹). اطلاق این روایت و مانند آن همچون نبوی معروف: «إنما أفضی بینکم بالبینات و الأیمان» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۲۳۲) دال بر عدم نفوذ علم قاضی و به تبع آن عدم وجوب تحصیل دلیل است.

پاسخ: اولاً، با عنایت به حرمت قطعی حکم قاضی بر اساس بینه معلوم‌الکذب یا خلاف واقع، فهمیده می‌شود که این ادله اثبات، موضوعیت ندارند و نشان‌دهنده آن است که حکم قاضی بر اساس بینه و سوگند، صرفاً امری ولایی و تعبدی نیست، بلکه این موارد طریقیّت دارند. هرچند قضاوت بر اساس بینات و ایمان، جنبه تنفیذی، یعنی وجوب متابعت از قاضی و حرمت ردّ حکم وی را دارد، واقع را تغییر نمی‌دهد. لذا اگر فردی بر اساس حکم ظاهری دادگاه و برخلاف واقع، مال یا عرضی را به ناحق بگیرد، تصرف در آن حرام است. به دلیل ذیل روایت هشام که پیامبر (ص) در آن جا فرمود: «أیما رجل قطع له من مال أخیه شیئاً فإنما قطع له به قطعة من النار؛ هر کس که بر اساس قضاوت من چیزی از اموال برادرش را ببرد، قطعه‌ای از آتش را برده است» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۲۳۲).

همچنین پیامبر خدا (ص) از خوردن مال مردم به وسیله شهادت دروغ نهی کردند^۱ (همان). روایت امرئ القیس نیز مضمون مشابهی دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۲۳۵). بنابراین، رعایت موازن قضایی برای روشن شدن واقعیت دعوی و رسیدن به حقیقت است و بینه و قسم فی نفسه موضوعیت ندارند.

از سوی دیگر، حکمت مشروعیت دلایل تعدی اثباتی مانند بینه و قسم، ایجاد تسهیل در اغلب موارد و بسته نشدن باب قضاوت با فقدان علم است و ادله اعتبار بینه و مانند آن، از موردی که علم برخلاف آن باشد، منصرف است و علم قاضی در این حالت بر سایر ادله مقدم می شود. به طور کلی، ادله تعدی جایگزینی برای علم به حساب می آیند و نمی توانند در برابر آن بایستند.

ثانیاً: دلالت ادله کیفیت حکم، بر حصر مطلق ادله اثبات به موارد ذکر شده در روایات ناتمام است؛ زیرا غالباً در هر یک از روایات ادله اثبات، به یک یا دو مورد از آن طرق پرداخته شده و این امر نیز در بیشتر موارد، به صورت انحصاری بیان نگردیده است. طبعاً، اثبات چیزی (بینه، اقرار، قسامه) نمی تواند غیرخودش را نفی نماید. بلکه چون این روایت، جنبه اثباتی دارد، حتی نسبت به موردی که به کذب بینه و سوگند علم داریم نیز مسکوت است و آن را نفی نمی کند و نمی توان به آن بینه یا سوگند اعتماد کرد و بر اساس آن حکم داد. لذا اگر در برخی روایات نیز ادات حصر به کار رفته، ولی در مقام بیان همه ادله اثباتی نیست و باید به کمک سایر قرائن، از جمله قرینه سیاق، حصر را کنار گذاشت.

ثالثاً: اگر بر فرض، از مستندات ادله اثبات قضایی مانند بینه و اقرار، موضوعیت داشتن و انحصار آن ها استفاده شود، افزون بر تعارض یاد شده، با سایر روایات، با ادله سماع اقرار، ادله سماع بینه از منکر و تعارض دو بینه، و ادله سماع شاهد واحد با یک سوگند، تعارض می یابد و باید از ظاهر آن ها دست برداشت و حصر را به صورت حصر نسبی و اضافی فهمید، نه حصر مطلق. یعنی نسبت به طرق اثباتی هم عرض خود، غیر از علم، یا در برابر شهادت و اقراری که فاقد شروط شرعی است، منحصر باید از بینه و قسم استفاده شود و نمی شود از روش های نامعتبر استفاده کرد. مثلاً در این موارد نمی توان به قرعه استناد کرد. بیان آن ادله ناظر به علم نیست. تمامی این موارد نسبت به علم قاضی، محکوم و خاضع خواهند بود و نمی توانند در تراز یا تعارض با آن قرار گرفته یا آن را نفی کنند. ممکن است منظور از آن حصر، نفی قضاوت بر طبق واقع امر، متکی بر علم غیب پیامبر (ص) باشد؛ زیرا در چنین مواردی، قابلیت ارائه منشأ علم وجود ندارد. لذا مفهوم روایت مذکور، این گونه است که آن حضرت، فقط بر اساس ظواهر (مفاد بینه، قسم و علم متعارف) بین مردم قضاوت

۱. «نَهَى عَنْ أَكْلِ مَالٍ بِشَهَادَةِ الزُّوْرِ»

می‌کردند، نه بر پایه علم غیب به واقعیت. بر اساس روایات، استفاده از علم غیب در قضاوت، اختصاص به حضرت مهدی (عج) دارد.

نتیجه

در چهارچوب پارادایم اجتهاد قضایی با توضیحی که داده شد، تحصیل دلیل از راه‌های مشروع برای قاضی در فقه و حقوق جایز، بلکه به منظور روشن شدن حقیقت و حکم به عدالت، واجب است و این امر به مسائل کیفری محدود نمی‌شود و در مسائل حقوقی نیز با شرایطی جریان دارد. البته در مواردی که نهی روشنی از تحصیل دلیل توسط قاضی وجود دارد، آن نهی مقدم می‌شود و تنها در آن موارد تحصیل دلیل نامشروع شمرده می‌شود. ظاهراً در فقه اسلامی تنها در مورد زنا این نهی صریح وجود دارد که در قانون مجازات اسلامی آن را به مجموعه جرایم منافی عفت تعمیم داده‌اند و هر گونه تحقیق و تفحص در آن‌ها را بر قاضی ممنوع ساخته‌اند.

یکی از مبانی مهم جواز، بلکه وجوب تحصیل دلیل توسط قاضی، مسئله حجیت و نفوذ علم قاضی در اجتهاد قضایی است که مبنای اصلی بحث نفوذ علم قاضی نیز تعیین طریقت داشتن ادله قانونی یا شرعی اثبات قضایی می‌باشد. در نتیجه می‌توان گفت با چهارچوب نظری جدید باید قضات را در مسیر اجتهاد قضایی تربیت کرد و آنان را برای تحصیل دلیل در مراحل سه‌گانه اجتهاد قضایی مهیا نمود. لازمه این سخن آن است که در شیوه تعلیم و تربیت قضات روش‌های جدید کشف جرم و واقعیت، که در علوم انتظامی آموزش داده می‌شود، همچنین روش‌های ارزیابی ادله و استفاده از دانش‌هایی مانند روان‌شناسی، زیست‌شناسی، زبان‌شناسی و... نیز گنجانده شود. بدیهی است که یک شخص نمی‌تواند در همه این دانش‌ها متخصص شود. لکن می‌توان با آشناسازی قضات با این روش‌ها، امکان بهره‌گیری درست و وسیع آن‌ها را از نتایج این دانش‌ها و کارشناسان آن‌ها فراهم ساخت.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: نشر میزان.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۰)، بایسته‌های تفسیر قوانین و قراردادها، تهران: نگاه بینه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، دائرةالمعارف علوم اسلامی، تهران: قضائی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- خواجه‌زاده، امیر و فاطمه بینانیان (۱۳۹۶)، اماره و مصادیق آن در قانون و رویه قضایی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۴)، «ایقان وجدان قاضی مقایسه اجمالی نظام‌های حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، نشریه دادرسی، شماره ۵۱.
- زراعت، عباس و حمیدرضا حاجی‌زاده (۱۳۹۰)، ادله اثبات دعوا، کاشان: قانون مدار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، اثبات و دلیل اثبات، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران: میزان.
- کلانتری، کیومرث (۱۳۸۸)، «تحلیل علمی از یک پرونده کیفری (زناى محصنه و اثبات آن)»، پژوهش حقوق عمومی، سال یازدهم، شماره ۲۶.
- مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۱)، ادله اثبات دعوا، تهران: پایدار.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۴)، «علم قاضی ۲»، فقه اهل بیت (ع)، شماره ۹.

عربی

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم: مؤسسة آل‌البیت.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۳۸۳)، کتاب القضاء، قم: زهیر.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۳۸۸)، بحرالفوائد فی شرح الفرائد، قم: ذوی القربی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار صادر.
- اصفهانی، محمد تقی رازی نجفی (بی‌تا)، الاجتهاد و التقليد (هدایة المسترشدين)، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایوان کیفی، ورامینی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، الاجتهاد و التقليد (الفصول الغروية)، قم: دار إحياء العلوم الإسلامية.
- بحرانی، آل طعان، احمد بن صالح (۱۴۱۹ق)، الرسائل الأحمدية، قم: دار المصطفی لإحياء التراث.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح، بیروت: دارالعلم للملایین.
- حائری، سید محمد مجاهد طباطبائی (۱۲۹۶ق)، القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد (مفاتیح الأصول)، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۲۷ق)، الرجال، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دارالحديث.
- حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق)، القضا فی الفقه الاسلامی، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- حکیم، محسن (۱۴۰۸ق)، حقائق الأصول، قم: کتابفروشی بصیرتی.
- خراسانی، فاضل تونی، عبد الله بن محمد (۱۴۱۵ق)، الاجتهاد و التقليد (الوافیه فی الأصول)، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، مُعْجَمُ رِجَالِ الْحَدِيثِ وَ تَفْصِيلُ طَبَقَاتِ الرِّوَاةِ، قم: نشر توحید.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۲)، الوسيط فی شرح القانون المدني، قاهره: دارالنهضة العربية.
- سید رضی، محمد بن حسین (۱۴۱۴ق)، نهج البلاغة (للصّحی صالح)، قم: نشر هجرت.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۲۱ق)، رسائل الشهيد الثاني (ط - الحديثة)، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۷۳)، رجال الطوسی، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۲۰ق)، فهرست کُتُب الشیعَةِ وَ أُصُولِهِمْ وَ أَسْمَاءُ الْمُصَنِّفِينَ وَ أَصْحَابِ الْأُصُولِ، قم: مکتبة المحقق الطباطبائی.
- عاملی، جمال الدین، حسن بن زین الدین (۱۴۱۸ق)، معالم الدین و ملاذ المجتهدين (قسم الفقه)، قم: مؤسسة الفقه للطباعة و النشر.
- قزوینی، سید علی (۱۴۱۹ق)، رسالة حمل فعل المسلم على الصحة، قم: جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق)، رسائل المحقق کرکی، قم: کتابخانه آية الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامي.
- محقق حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، الاجتهاد و التقليد (معارج الأصول)، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مرعشی، سید حسین بن رفیع الدین محمد حسینی (بی تا)، الاجتهاد و التقليد (حاشية السلطان على معالم الدين)، قم: کتابفروشی داوری.
- موسوی قزوینی، سید ابراهیم (بی تا)، نتائج الافکار (الموضوعات الصرفه)، بی جا: بی نا.
- نجاشی، احمد بن علی (۱۳۶۵)، رجال النجاشی، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

ارزیابی بیمه هزینه‌های دادرسی از منظر حقوق مصرف‌کنندگان

ناهید صفری*

چکیده

یکی از ابعاد مهم حمایت از مصرف‌کنندگان که کمتر مورد توجه قرار گرفته، تسهیل اقامه دعوی مصرف‌کنندگان است. هزینه‌های اقامه دعوا از جمله موانع مهم اقامه دعوی مصرف‌کنندگان محسوب می‌شوند. در حقوق ایران نیز فقدان معاضدت‌های خاص برای مصرف‌کنندگان و محدودیت‌های قواعد عام اعسار و محدود بودن منابع مالی سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده در عمل موانعی را برای مصرف‌کنندگان ایجاد نموده است. در نظام‌های حقوقی مکانیسم‌های مختلفی در راستای رفع این مانع ملاحظه می‌شود. بیمه هزینه‌های حقوقی را می‌توان از جمله ابزارهایی دانست که با تحت پوشش قراردادن هزینه‌های دعوا به نوعی در رفع این مانع و تسهیل اقامه دعوی مصرف‌کنندگان مؤثر هستند و در اکثر نظام‌های حقوقی مورد توجه واقع شده‌اند. پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای، ضمن مطالعه این بیمه‌ها در برخی نظام‌های حقوقی پیش‌گام در این زمینه، این بیمه‌ها را در راستای تسهیل اقامه دعوی مصرف‌کنندگان مورد مطالعه قرار داده است. تجربه نظام‌های حقوقی مورد مطالعه مؤید آن است که این بیمه‌ها در کنار سایر ابزار معاضدت، راهکار مناسبی در تسهیل اقامه دعوی مصرف‌کنندگان هستند. در نظام حقوقی ایران به رغم پیش‌بینی این بیمه‌ها در آیین‌نامه اجباری نمودن وکالت، با صدور رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور، در حال حاضر مقررات خاصی در این زمینه ملاحظه نمی‌شود. با وجود این، با توجه به پذیرش عقد بیمه و اصل آزادی قراردادهای، این بیمه‌ها در حقوق ایران نیز قابل دفاع هستند و می‌توانند ضمن داشتن اثر بازدارندگی در ورود ضرر به مصرف‌کننده، برخی مشکلات مربوط به هزینه‌های دادرسی را رفع نمایند. از این رو احیای مفاد آیین‌نامه اخیر و حمایت‌های قانونی از این بیمه‌ها در جهت استفاده از کارکردهای مثبت آن ضروری است.

واژگان کلیدی: بیمه، هزینه‌های دادرسی، مصرف‌کننده، معاضدت

مقدمه

اصل دسترسی به دادگستری به عنوان یکی از اصول راهبردی دادرسی شناخته می شود. ارزان بودن دسترسی به دادگستری نیز از جمله ویژگی های این اصل است و در نظام های مختلف حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. در راستای این اصل معاضدت های حقوقی مختلفی در نظام های حقوقی مختلف و اسناد بین المللی^۱ پیش بینی شده است. علاوه بر مقررات مربوط به اعسار و معافیت از هزینه های دادرسی، مکانیسم های مختلفی برای توزیع خطرات مالی اقامه دعا و وجود دارند. دعاوی دسته جمعی، حق الوکاله مشروط و سرمایه گذاری اشخاص ثالث و بیمه هزینه های حقوقی^۲ از جمله مهم ترین موارد هستند. در این مقاله بیمه هزینه های حقوقی در راستای تسهیل وصول به عدالت مورد توجه قرار گرفته است. این بیمه ها که هزینه های اقامه دعاوی یا دفاع در برابر دعاوی را تحت پوشش قرار می دهند، از دهه ۱۹۸۰ در بسیاری از نظام های حقوقی مورد توجه قرار گرفته و در حال حاضر در اکثر نظام های اروپایی کاربرد دارند. در برخی کشورهای آسیایی مانند ژاپن و چین هم اخیراً توجه به این نهاد ملاحظه می شود. در نظام حقوقی ایران در ماده ۱۳ آیین نامه اجباری نمودن وکالت، طرح بیمه وکالت پیش بینی شده بود که با توجه صدور رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، در حال حاضر مقررات خاصی در این زمینه ملاحظه نمی شود. البته اخیراً برخی شرکت های بیمه به این نوع بیمه توجه نشان داده اند و به نظر می رسد در آینده می توان شاهد توسعه این بیمه ها بود.

اهمیت این نوع بیمه ها در زمینه حفظ حقوق مصرف کنندگان بیشتر است. روشن است که در عرصه حقوق مصرف کنندگان، علاوه بر وجود قواعد ماهوی حمایت از مصرف کننده، نیازمند تمهید مقررات شکلی با هدف تسریع و تسهیل رسیدگی به دعاوی آن ها هستیم. زیرا از یک طرف شرایط جامعه مدرن به نحو قابل ملاحظه ای اشخاص را در معرض صدمات قرار داده و معمولاً مصرف کنندگان به دلیل پرهزینه بودن اقامه دعا برای مطالبه جبران صدمات مزبور، در موقعیت ضعیفی قرار دارند. از طرف دیگر در نتیجه نقض حقوق مصرف کنندگان، از یک طرف سود کلانی عاید تولیدکنندگان می شود و از سوی دیگر به دلیل توزیع و سرشکن شدن آن میان کلیه مصرف کنندگان، معمولاً ضرر اندکی به هر یک از آن ها وارد می شود. از این رو معمولاً مصرف کنندگان انگیزه ای برای اقامه دعا نخواهند داشت. از این منظر بیمه می تواند در تسهیل اقامه دعا و ایجاد انگیزه برای اقامه دعا مورد توجه قرار گیرد. البته باید

۱. ماده ۳.۶ کنوانسیون حقوق بشر اروپا معاضدت حقوقی را برای تضمین دسترسی برابر به عدالت برای همگان و به ویژه برای شهروندان فاقد تمکن مالی کافی، ضروری دانسته است. شورای اروپا نیز کشورهای عضو خود را به توسعه نظام های معاضدت حقوقی تشویق و چندین قطعنامه را در این زمینه تصویب کرده است.

2. Legal Expenses Insurance (LEI)

توجه داشت بیمه به‌عنوان ابزاری برای معاضدت تلقی می‌شود و به هیچ‌وجه جایگزینی برای معاضدت‌های دیگر به‌ویژه معاضدت‌های با بودجه عمومی نیست که برای قشرهای کم‌درآمد پیش‌بینی شده است و این بیمه‌ها در کنار سایر اشکال معاضدت به‌ویژه برای اقشار با درآمد متوسط که مشمول معاضدت‌های معمول نیستند، مفید خواهد بود. در واقع باید توجه داشت که در کنار ضرورت ایجاد ابزارهای معاضدتی مناسب برای اقامه دعای به‌عنوان مسئولیت اجتماعی دولت، استفاده از این بیمه‌ها نیز می‌تواند تا حدی جبران‌کننده خلأهای حمایتی در این زمینه باشد. ضرورت دخالت دولت و قبول مسئولیت از طرف دولت در راستای رفاه شهروندان و پیدایش دولت رفاه از گرایش‌های اجتماعی و حقوقی جدیدی است که اهمیت آن از قرن ۱۹ و ۲۰ بیشتر شده است. تضمین دسترسی به دادگاه‌ها به‌عنوان یکی از مظاهر این گرایش است و در این راستا توجه خاصی به برخی گروه‌ها از جمله مصرف‌کنندگان در نظام‌های حقوقی مختلف شده است (کاپلتي و گارث، ۱۳۹۸: ۱۹۶-۱۹۴). اصلاح مقررات آیین دادرسی مدنی در راستای تحقق اصل دسترسی به دادگستری و از جمله توجه به مقررات معاضدت از موضوعات مهمی است که در این راستا مورد توجه قرار گرفته است. به‌نحوی که از نظر دیوان اروپایی حقوق بشر حق دسترسی را هم می‌توان با طرح نهاد کمک حقوقی و هم با آسان‌سازی قواعد دادرسی محقق نمود (کاپلتي و گارث، ۲۰۵: ۱۳۹۸).

این نوشتار با بررسی بیمه‌های هزینه‌های حقوقی از منظر حقوق مصرف‌کنندگان ضمن این‌که گامی در جهت شناسایی این بیمه‌ها در نظام حقوقی ایران برداشته است، راهنمایی برای سازمان‌های قانونی از جمله سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده و شرکت‌های بیمه در توجه به این بیمه‌ها در راستای تحقق اهداف خود خواهد بود. همچنین پرداختن به این موضوع می‌تواند در راستای احیای مجدد ماده ۱۳ آیین‌نامه اجباری نمودن وکالت مؤثر باشد. در واقع با توجه به کارکرد مثبت این نوع بیمه‌ها، قوه قضائیه می‌تواند مفاد این ماده را در قالب آیین‌نامه مستقل احیا نماید.

۱. معرفی بیمه هزینه‌های حقوقی

۱-۱. مفهوم و انواع بیمه‌های هزینه‌های حقوقی

مطابق با ماده ۱ قانون بیمه، بیمه عقدی است که به‌موجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد. بیمه هزینه‌های حقوقی نیز همان‌طور که از عنوان آن بر می‌آید نوعی بیمه برای تحت پوشش قراردادن هزینه‌های اقامه دعای یا دفاع در برابر دعای است. شکل اولیه و معمول این بیمه‌ها مشابه سایر بیمه‌ها و تابع اصول حاکم بر آن‌ها است. این نوع بیمه وسیله‌ای برای تأمین هزینه‌های قانونی دعوا است.

نظام قضایی اتحادیه اروپا بیمه‌های هزینه‌های حقوقی را به این شکل تعریف می‌کند: «یک شرکت بیمه که در مقابل پرداخت حق بیمه، تعهد به تأمین هزینه‌های دادرسی و سایر خدمات مرتبط با پوشش بیمه را به‌ویژه با توجه به موارد زیر می‌نماید. الف) جبران خسارت شخص بیمه شده از طریق مصالحه در خارج از دادگاه یا از طریق دادرسی مدنی یا کیفری؛ ب) دفاع یا نمایندگی از شخص بیمه شده در دادرسی‌های مدنی، کیفری، اداری یا سایر موارد یا در رابطه با هرگونه ادعای مطرح شده علیه آن شخص» (McNee, 2019: 12). اگرچه هدف از بیمه هزینه‌های حقوقی، تأمین هزینه‌های ناشی از اقامه دعوا یا دفاع در برابر دعاوی اقامه شده است اما این بیمه‌نامه‌ها به اشکال مختلفی ارائه می‌شوند و لزوماً محدود به بیمه دعاوی نیستند. این بیمه‌ها می‌توانند شامل هر نوع خدمات حقوقی باشند. با توجه به مفاد قرارداد، خدمات مختلفی از جمله دریافت مشاوره، تنظیم لایحه دفاعیه، دادخواست و یا دخالت وکیل در دعوا ممکن است از طرف بیمه ارائه شود. با توجه به این مسئله در تعریف این نوع بیمه‌ها باید تعریفی را اتخاذ نمود که تمام انواع بیمه‌ها را شامل شود. کمیته مشورتی دسترسی به عدالت استرالیا این بیمه‌ها را طرحی تعریف می‌کند که به‌منظور تأمین پوشش بیمه، با پرداخت حق بیمه برای هزینه خدمات حقوقی مشخص شده طراحی شده‌اند (Regan, 2001: 293).

شکل خالص این نوع بیمه‌ها که در اروپا شکل گرفته و در حال حاضر رایج است، عموماً به‌وسیله بنگاه‌های خصوصی اداره می‌شوند. شکل دوم این بیمه‌ها به‌صورت برنامه‌های گروهی^۱ است که بودجه خدمات حقوقی را برای اعضا فراهم می‌کند. این موارد شامل خرید عمده خدمات حقوقی از وکلای خصوصی، استخدام وکلای داخلی برای گروه مشخصی از افراد مانند اعضای اتحادیه صنفی و خانواده‌های آن‌ها و آموزش اعضای گروه در زمینه امور حقوقی است. این برنامه‌ها اغلب با عنوان برنامه‌های پیش‌پرداخت^۲ شناخته می‌شوند. زیرا از اصول بیمه استفاده نمی‌کنند بلکه در عوض به پس‌اندازهای عمده برای ایجاد منافع برای دارندگان بیمه‌نامه‌ها متکی هستند. این طرح‌ها عمدتاً در آمریکا و کانادا یافت می‌شوند که برای بهبود دسترسی به عدالت از طریق کاهش هزینه مشاوره حقوقی و وکالت تهیه شده و معمولاً برای گروه‌های کارمندی طراحی می‌شوند و بودجه آن یا از طریق کارفرمایان یا به‌طور مشترک توسط کارفرمایان و کارمندان تأمین می‌شود (Regan, 2001: 293-294).

البته باید توجه داشت که داشتن پوشش بیمه هزینه حقوقی به این معنی نیست که تمام هزینه‌های حقوقی پرداخت خواهد شد، بلکه بیمه‌کننده باید دعوا را اقامه کند و این دعوا باید تأیید شود. ازجمله شرایط معمول که در تأیید دعوا اثرگذار است عبارتند از این‌که دارنده بیمه نامه باید در مدت زمان

1. Group plans
2. Prepaid plan

مقرر اقامه دعوا کند و احتمال موفقیت دعوا وجود داشته باشد. همچنین اگر هزینه مشاوره حقوقی یا نمایندگی به‌طور نامتناسبی بیش از میزان خسارت احتمالی باشد، بیمه‌گر می‌تواند از پرداخت خودداری کند (McNee, 2019: 13). ضمن اینکه مشابه سایر بیمه‌ها محدودیت‌هایی نیز در استفاده از این نوع بیمه‌ها وجود دارد. در برخی نظام‌های حقوقی این نوع بیمه‌ها صرفاً انواع خاصی از دعاوی همچون مصرف‌کننده، مالک - مستأجر، دعاوی مسئولیت مدنی که عموماً افراد خصوصی در آن دخیل‌اند، پوشش می‌دهد و اغلب تعهد بیمه‌گر محدود به مبلغ معینی است (طهماسبی، ۱۳۹۷: ۸۵). در نظام حقوقی آلمان در این نوع بیمه هم باید حادثه‌ای وجود داشته باشد که توجیه‌کننده بیمه باشد. به عبارت دیگر دعاوی اقامه شده در نتیجه یک عمل غیرقانونی یا تعهد قراردادی نقض شده باشد. در واقع بیمه‌نامه‌ها موارد انتزاعی را پوشش نمی‌دهند و پوشش بیمه کاملاً محدود به موردی است که رویداد بیمه‌شده اتفاق افتاده باشد. یکی دیگر از محدودیت‌های ذاتی این بیمه‌ها مشابه سایر بیمه‌ها عدم شمول بیمه نسبت به حوادث عمدی است. به همین دلیل قوانین کیفری (به استثنای بی‌احتیاطی که به‌عنوان مثال توسط راننده خودرو انجام می‌شود) تحت پوشش این بیمه‌ها نیستند و متهمان در دادرسی‌های کیفری مجبور به اتکا به سایر ابزارهای معاضدتی هستند. قانون خانواده از دیگر مواردی است که تحت پوشش چنین بیمه‌هایی قرار نمی‌گیرند (Killan, 2004: 242). همچنین از تاریخ امضای قرارداد بیمه، یک دوره استثنا به مدت سه ماه از تاریخ انعقاد قرارداد بیمه وجود دارد و دعاوی قبل از این مدت تحت شمول بیمه قرار نمی‌گیرند (Killan, 2003: 37).

یکی از موضوعات مهمی که در این نوع بیمه‌ها اهمیت دارد، مسئله انتخاب وکیل است. درواقع مسئله این است که وقتی پرونده‌ای در شرایطی است که به یک وکیل نیاز باشد، بیمه شده همیشه حق انتخاب آن شخص را دارد. از این موضوع تحت عنوان اصل آزادی انتخاب وکیل در قراردادهای بیمه صحبت شده است. این اصل را باید در راستای حق آزادی افراد در انعقاد قراردادها دانست و با توجه به اینکه قرارداد وکالت ازجمله قراردادهایی است که تخصص و ویژگی‌های شخصیتی فرد اهمیت دارد و شخص به اعتبار شخصیت و مهارت وکیل، اقامه دعوا را به او می‌سپارد، توجه به آن در این بیمه‌ها نیز ضروری است و قراردادهای بیمه باید صراحتاً این حق انتخاب را به رسمیت بشناسند. این اصل در دستورالعمل اتحادیه اروپا مطرح و متأثر از آن در مقررات داخلی برخی نظام‌های حقوقی نیز پذیرفته شده است. به‌عنوان مثال در نظام حقوقی انگلیس در برخی مقررات^۱ ضمن اشاره به این حق، بر لزوم تصریح به آن در قراردادهای بیمه تأکید شده است (Jackson, 2009: 71). البته این

1. Insurance Companies (Legal Expenses Insurance) Regulations 1990

حق مطلق نیست و گاهی استثنائاً محدودیت‌هایی بر آن اعمال شده است که عمدتاً ناظر به مواردی است که محدودیت‌ها به منافع بیمه‌شده خلل چندانی وارد نمی‌کند. برخی نویسندگان در توجیه این امر بر این باورند که اصل آزادی انتخاب وکیل مهم‌تر از اصل دسترسی به عدالت نیست و بنابراین گاهی محدود کردن آن موجه است (منصوری و سلطانی، ۱۳۹۷: ۱۴۸). به‌عنوان مثال گفته شده که در مواردی که منافع اقتصادی بیمه‌شده ناچیز است یا در بیمه‌های دارای مشاوران تخصصی، در موضوع ادعای بیمه شده، می‌توان حق انتخاب را محدود کرد (Ilmonen, 1996: 363). این مسئله در انتخاب وکلای معاضدتی و تسخیری در نظام حقوقی ایران قابل مشاهده است که کانون وکلا با توجه به شرایط متقاضی، اقدام به انتخاب وکیل می‌نماید و موکل حق انتخاب وکیل خاصی را ندارد. با وجود این باید توجه داشت که با توجه به اهمیت این اصل در عقد وکالت به‌ویژه وکالت دعاوی که از جمله عقود است که شخصیت فرد علت عمده عقد است، اعمال هرگونه استثنایی باید با احتیاط صورت گیرد تا به اصل آزادی افراد خدشه وارد نشود.

بیمه‌های هزینه‌های حقوقی با توجه به شرایط هر نظام حقوقی به اشکال مختلفی ارائه می‌شوند و از ابعاد مختلفی می‌توان آن‌ها را طبقه‌بندی کرد. یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌ها تمایز بین بیمه‌های قبل از واقعه و بیمه‌های بعد از واقعه^۱ است. بیمه‌های قبل از واقعه مانند سایر بیمه‌ها عواقب حوادثی را پوشش می‌دهند که هنوز رخ نداده‌اند. در مقابل بیمه‌های پس از واقعه، هزینه‌های حقوقی آینده را در مواردی که قبلاً اختلافاتی رخ داده باشد، پوشش می‌دهند. از این‌رو بیمه پس از واقعه معمولاً در مواردی وجود دارد که احتمال پیروزی در یک دعوا زیاد باشد. در غیر این صورت یک بیمه‌گر ممکن است اطمینان کافی برای سود بردن نداشته باشد. همچنین از آنجا که به‌طور قابل‌توجهی احتمال بیشتری بر تحمل هزینه‌های بیمه شده در این موارد وجود دارد، هزینه بیمه پس از واقعه در مقایسه با بیمه قبل از واقعه، بیشتر است (Kilian, 2003: 33).

همچنین بیمه‌های هزینه‌های حقوقی از حیث نحوه تنظیم به دو صورت بیمه‌نامه‌های مستقل و الحاقی تنظیم می‌شوند. این بیمه‌ها معمولاً به‌صورت یک بیمه مستقل است که به همراه یا بر روی کالای بیمه دیگری به فروش نمی‌رسد. در مقابل بیمه‌نامه‌های الحاقی همراه با سایر بیمه‌هاست و معمولاً به بیمه‌های خسارات ناشی از یک حادثه رانندگی ملحق می‌شوند (Regan, 2001: 294). در برخی نظام‌های حقوقی مانند انگلیس بیمه‌نامه‌های الحاقی به‌لحاظ مقرون‌به‌صرفه بودن رایج‌تر هستند. (Jackson, 2009: 76) در آلمان بیمه‌نامه‌های مستقل قبل از واقعه رایج‌تر هستند (Killan, 2009: 76).

33-34: 2003). با توجه به هزینه کم بیمه‌های الحاقی در مقایسه با بیمه‌های مستقل، این نوع بیمه‌ها در تجارت بیمه اروپا نیز جایگاه برجسته‌ای دارند (Ilmonen, 1996: 366).

بیمه هزینه‌های حقوقی همچنین می‌تواند به‌عنوان بخشی از بیمه‌نامه‌های گروهی باشند که در مورد اعضای یک گروه خاص مانند کارمندان یک شرکت خاص اعمال می‌شود. مانند سایر انواع بیمه‌ها پوشش ارائه‌شده تحت این بیمه‌نامه‌ها از حیث انواع خدمات تحت پوشش، محدودیت‌های مالی و اضافی و دوره‌های انتظار و افراد تحت پوشش متفاوت هستند و از این حیث نیز انواع مختلف بیمه‌نامه‌ها وجود دارد. به‌عنوان مثال برخی از بیمه‌نامه‌ها صرفاً اقامه دعوا علیه شخص معینی را پوشش می‌دهند و برخی دیگر اقامه دعوا علیه اشخاص دیگر را هم شامل می‌شوند (McNee, 2019: 12).

۲-۱. نهادهای مشابه

در سایر نظام‌های حقوقی در راستای تأمین هزینه‌های دادرسی، ابزارهای مختلفی به کار گرفته شده است. حق الوکاله مشروط یا احتمالی^۱ و دعاوی با بودجه قانونی یا تأمین هزینه توسط ثالث^۲ از جمله نهادهای مهمی است که در این راستا قابل ملاحظه است و به‌جهت مشابهت با بیمه هزینه‌های حقوقی، توجه به آن‌ها می‌تواند در شناخت دقیق این بیمه‌ها مفید باشد.

حق الوکاله مشروط یکی از نهادهای رایج در کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا به‌ویژه آمریکا است. در این نوع حق الوکاله‌ها پرداخت حق الوکاله، مشروط به نتیجه دعواست به‌نحوی که در صورت شکست در دعوا حق الوکاله‌ای به وکیل تعلق نخواهد گرفت و در صورت پیروزی در دعوا، چند برابر تعرفه حق الوکاله و یا درصدی از محکوم‌به، به او تعلق خواهد گرفت.^۳ دعاوی با بودجه قانونی نیز شامل دعاوی است که بودجه آن توسط نهادهای قانونی تأمین و سرمایه‌گذار در ادعای مشتری سهیم است. از این حیث این دو مفهوم مشابه هستند زیرا در حق الوکاله مشروط نیز وکلا به‌عنوان سرمایه‌گذار عمل می‌کنند. با وجود این به‌لحاظ عدم پذیرش حق الوکاله مشروط در برخی نظام‌های حقوقی مانند آلمان و اختصاص آن به وکلا، نهاد تأمین بودجه توسط ثالث، گسترده‌تر از حق الوکاله مشروط است.

مبنای این نهادها و بیمه هزینه‌های حقوقی یکسان است، زیرا هدف انتقال ریسک است و ظاهر اقدامات نیز مشابه هستند. یک سرمایه‌گذار دعاوی، وجوهی را برای دادرسی فراهم می‌کند و خطر اقتصادی نتایج شکست را به دوش می‌کشد. با وجود این از آنجا که بیمه هزینه‌های حقوقی به‌طور

1. Contingency and Conditional fee

2. Third-party funding (legal factoring)

۳. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص، نک: صفری و جهان‌شاهی، ۱۳۹۹.

بالقوه در محدوده وسیع‌تری در دسترس هستند و از آنجا که لزوماً نیازمند ورود خسارت نیستند، به‌طور کلی گزینه جذاب‌تری برای افراد هستند. تأمین هزینه توسط ثالث معمولاً آخرین گزینه برای افرادی است که بدون توسل به این ابزار نمی‌توانند اقامه دعوا کنند. زیرا دارای پوشش بیمه یا منابع شخصی کافی نیستند و شرایط دریافت معاضدت حقوقی را هم ندارند. تجربه کشور آلمان که اولین نظام حقوقی در استفاده از ابزار تأمین توسط ثالث است و خدمات خود را در سال ۱۹۹۸ در این زمینه ارائه داده، مؤید آن است که استقبال از نهاد تأمین توسط ثالث در مقایسه با بیمه هزینه‌های حقوقی کم بوده و صرفاً در موضوعاتی کاربرد دارند که پوشش بیمه‌ای وجود ندارد. به‌عنوان مثال از آنجا که در آلمان برای اختلافات ناشی از قانون ساخت‌وساز یا اختلافات تجاری پوشش بیمه وجود ندارد، در این موارد افراد ناگزیر از استفاده از تأمین توسط ثالث هستند (Kilian, 2003: 36).

در خصوص حق الوکاله‌های مشروط نیز باید توجه داشت که اگرچه این نهاد به‌عنوان یک ابزار کارآمد در برخی نظام‌های حقوقی مانند آمریکا عمل می‌کند، اما این مسئله مانع از استفاده از بیمه در آمریکا نیست. البته در سایر نظام‌های حقوقی به‌لحاظ عدم پیش‌بینی مفهوم آمریکایی حق الوکاله مشروط، بیمه کاربرد بیشتری خواهد داشت. ضمن اینکه در مقایسه این دو نهاد باید توجه داشت که بیمه هزینه‌های حقوقی گسترده‌تر از حق الوکاله مشروط است. زیرا حق الوکاله مشروط صرفاً ریسک ناشی از حق الوکاله وکیل را تحت پوشش قرار می‌دهد در حالی که بیمه شامل تمام هزینه‌های دادرسی است. طبیعی است که تأمین سایر هزینه‌های دادرسی از جمله هزینه‌های دادرسی طرف برنده در نظام‌های حقوقی که این قاعده حاکم است، توجه به این بیمه‌ها را بیشتر می‌کند. از نظر برخی نویسندگان حقوقی این مسئله دلیل پذیرش بیمه هزینه‌های حقوقی در انگلیس است زیرا این نوع حق الوکاله‌ها در انگلیس هم وجود دارند اگرچه به گستردگی آمریکا نیستند (Kilian, 2003: 36).

۳-۱. وضعیت بیمه هزینه‌های حقوقی در نظام‌های حقوقی مختلف

فرانسه اولین کشوری است که از بیمه هزینه‌های حقوقی در سال ۱۸۲۰ استفاده کرد. این نوع بیمه‌ها خیلی دیرتر حدوداً در دهه ۱۹۲۰ به‌عنوان بخشی از بیمه اتومبیل در اروپا گسترش یافت. ضرورت حمایت از افراد در برابر خطرات تصادفات رانندگی در یک کشور خارجی با زبان‌ها و نظام‌های قانونی مختلف، موجب توجه به این بیمه‌ها در سطح اتحادیه اروپا شد. در پی افزایش تعداد تصادفات اتومبیل، بیمه هزینه‌های حقوقی در قاره اروپا به‌نحو قابل ملاحظه‌ای محبوب شد و با توجه به این سابقه، امروزه این نوع بیمه‌ها اغلب به‌عنوان الحاقیه بیمه‌نامه‌های اتومبیل فروخته می‌شوند. پس از آن سایر کشورهای اروپایی نیز به این بیمه‌ها توجه کردند. اولین شرکت بیمه آلمان در سال ۱۹۲۸ تجارت خود را آغاز کرد. امروزه آلمان یکی از بازارهای پیشرفته این بیمه‌ها در اروپا است که بیشتر بیمه‌های هزینه‌های حقوقی

را به عنوان یک محصول جداگانه به فروش می‌رساند و بیش از ۴۰ درصد از مردم قرارداد بیمه دارند. در آلمان به دلیل فقدان معاضدت‌های حقوقی در برخی زمینه‌ها، این بیمه‌ها به نوعی پرکننده خلأ هستند. از طرفی یکی از دلایل موفقیت این نوع بیمه‌ها این است که حرفه وکالت آلمان بر اساس یک برنامه هزینه ثابت کار می‌کند. بنابراین قابل پیش‌بینی بودن هزینه‌ها، مشوق اصلی شرکت‌های بیمه است. ضمن اینکه سازوکارهایی مانند حق الوکاله مشروط نیز در آلمان وجود ندارند (Regan, 2001: 295). این عوامل موجب گردیده استفاده از این بیمه‌ها اقبال بیشتری داشته و سایر روش‌های معاضدت فقط در دعوی مربوط به حقوق خانواده و حقوق کیفری که تحت پوشش این بیمه‌ها نیستند، مورد استفاده قرار گیرد. یکی از دلایل عدم اقبال سایر روش‌ها از نظر حقوق دانان آلمانی این است که مقررات معاضدت حقوقی فقط تأمین‌کننده هزینه‌های فرد هستند. در حالی که در صورت شکست در پرونده فرد مکلف به پرداخت هزینه‌های طرف مقابل نیز خواهد بود و این بیمه‌ها برخلاف مقررات معاضدت، این هزینه‌ها را هم شامل می‌شوند (Killan, 2004: 239).

در سوئد بیمه هزینه‌های حقوقی به طور پیش فرض در بیشتر قراردادهای بیمه خانگی گنجانده شده است. بنابراین حدود ۹۰ درصد از خانوارهای سوئدی دارای بیمه هستند. سوئد یکی از موفق‌ترین کشورها در این زمینه است. موفقیت این نوع بیمه‌ها در سوئد را باید در چهارچوب شرایط این بیمه‌ها در این کشور دانست. زیرا با توجه به اینکه این بیمه‌ها به طور خودکار در بیمه‌های خانگی گنجانده می‌شوند، هیچ هزینه اضافی برای مصرف‌کنندگان ندارد. ضمن اینکه این بیمه‌ها به نوعی خلأ سایر معاضدت‌ها را جبران کرده‌اند و برخی موضوعات از جمله موضوعاتی که تحت پوشش معاضدت‌های حقوقی قرار نگرفتند و هزینه‌های طرف بازنده و همچنین هزینه‌های حقوقی تعدادی از سوئدی‌هایی را که واجد شرایط معاضدت نیستند، تحت پوشش قرار می‌دهند. همچنین یکی دیگر از دلایل موفقیت این است که در این کشور بیمه‌های بدون تقصیر در زمینه انواع حوادث پزشکی، دارویی و وسایل نقلیه وجود ندارد. بنابراین این بیمه‌ها این موضوعات را نیز تحت پوشش قرار می‌دهند. در عمل نیز اکثر سوئدی‌ها به رغم دسترسی به برخی از معاضدت‌های حقوقی، وجود این بیمه‌ها را به نفع خود می‌دانند (Regan, 2001: 294).

در سطح اتحادیه اروپا نیز با تدوین دستورالعمل بیمه هزینه‌های حقوقی به این نوع بیمه‌ها جدی‌تر توجه شده است. دستورالعمل بیمه هزینه‌های حقوقی حداقل استانداردهای مربوط به قراردادهای بیمه هزینه‌های حقوقی را ارائه می‌دهد. اهمیت این دستورالعمل را در تأثیری که در سایر نظام‌های حقوقی داشته می‌توان ملاحظه کرد که در مبحث قبل درخصوص اصل آزادی انتخاب وکیل جلوه‌هایی از آن ملاحظه شد.

در هر حال مطالعات تطبیقی مؤید آن است که بیمه هزینه‌های حقوقی بیشتر در کشورهای تابع نظام رومی - ژرمنی رایج هستند و در کشورهای تابع نظام کامن‌لا کمتر موفق بوده‌اند. البته در این نظام‌های حقوقی نیز این بیمه‌ها وجود دارند. از میان کشورهای تابع خانواده کامن‌لا، آمریکا موفق‌تر است. در آمریکا سال‌هاست که طرح‌های «خدمات قضایی از پیش پرداخته شده» به اجرا گذاشته می‌شود که عملکردی مشابه دارند. با وجود این، این طرح‌ها معمولاً برای دعاوی ساده مانند طلاق و سایر دعاوی موارد مربوط به قانون خانواده و وصیت‌نامه‌ها و املاک طراحی شده و به ندرت برای مشکلات پیچیده حقوقی مورد استفاده قرار می‌گیرند. همچنین مشاوره حقوقی تلفنی در بسیاری از طرح‌های پیش‌پرداخت نقشی اساسی دارد، زیرا ارزان است و می‌تواند از تبدیل مشکلات به دعاوی پرهزینه جلوگیری کند (Regan, 2001: 295). در انگلستان بیمه هزینه‌های حقوقی از سال ۱۹۷۴ وجود دارند. لازم به ذکر است که در این کشور تا سال ۱۹۶۷ بیمه هزینه‌های دادرسی غیرقانونی بود. امروزه این نوع بیمه‌ها اغلب در سایر بیمه‌نامه‌های خانوار گنجانده شده و از این رو درصد قابل توجهی از مردم دارای چنین بیمه‌هایی هستند. با وجود این از نظر حقوق دانان با توجه به سابقه منع قانونی آن، در مقایسه با سایر کشورهای اروپایی توسعه این بیمه‌ها در انگلیس کند بوده است (Kilian, 2003: 32).

در استرالیا، کانادا، جمهوری کره، اسکاتلند و آفریقای جنوبی نیز به صورت محدود این بیمه‌ها وجود دارند (McNee, 2019: 5). در برخی کشورهای آسیایی مانند ژاپن و چین هم اخیراً توجه به نهاد بیمه ملاحظه می‌شود (Qiao, 2010: 1).

در نظام حقوقی ایران مقررات خاصی در این زمینه وجود ندارد. در ماده ۱۳ آیین‌نامه اجباری نمودن وکالت، طرح بیمه وکالت پیش‌بینی شده بود. با وجود این همان طور که برخی نویسندگان حقوقی اشاره نموده‌اند، آیین‌نامه مزبور، طبق رأی وحدت‌رویه شماره ۷۱۴ مورخ ۱۳۸۸ عملاً از اهداف ترسیم شده جهت سامان‌گرایی به کارکرد اجتماعی دادرسی بازماند (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۶۹). البته اخیراً برخی شرکت‌های بیمه به این نوع بیمه توجه نشان داده‌اند. در شرکت بیمه کوثر، بیمه وکالت تحت عنوان بیمه حامی با هدف پیشگیری از وقوع مشکلات حقوقی و حمایت از بیمه‌گذاران در حل و فصل مشکلات و مسائل قضایی ارائه می‌گردد. خطرات تحت پوشش این بیمه نیز به نحوی تنظیم شده که در گام نخست به دنبال پیشگیری از خطر و در گام بعدی تأمین هزینه‌های قضایی است. مشاوره حقوقی با وکلا و کارشناسان طرف قرارداد بیمه کوثر، مطالعه و بررسی پرونده، تنظیم لایحه از مهم‌ترین خدماتی است که در راستای کاهش احتمال وقوع مشکلات از طرف این بیمه ارائه می‌گردد و جبران هزینه‌های خدمات قضایی و هزینه‌های کارشناسی نیز از جمله خدمات این بیمه در گام بعدی است.

۲. نقش بیمه هزینه‌های حقوقی برای مصرف‌کنندگان

امروزه حمایت از مصرف‌کنندگان به‌عنوان یکی از ضروریات هر نظام حقوقی محسوب می‌شود و این مسئله مورد توجه تمام نظام‌های حقوقی قرار گرفته است. البته در شیوه‌های حمایت همانند بسیاری از موضوعات حقوقی، وحدت‌رویه وجود ندارد. در حال حاضر قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی دارای قوانینی در حوزه حمایت از مصرف‌کنندگان هستند. قدمت این قوانین مؤید آن است که امروزه ضرورت حمایت از مصرف‌کنندگان بر هیچ کس پوشیده نیست و در صورت عدم حمایت مناسب از مصرف‌کنندگان، حقوق آن‌ها توسط تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان تضییع خواهد شد.

تجربه نظام‌های حقوقی مختلف و حقوق ایران که دارای قوانین ماهوی حمایت از مصرف‌کنندگان با قدمت نسبتاً طولانی هستند، مؤید آن است که به‌منظور حمایت مناسب از حقوق مصرف‌کنندگان، علاوه بر وجود قواعد ماهوی حمایت از مصرف‌کننده از جمله حق ایمنی، حق دسترسی به اطلاعات، نیازمند تمهید مقررات شکلی با هدف تسریع و تسهیل رسیدگی به دعاوی آن‌ها هستیم و قواعد ماهوی بدون ابزارهای شکلی کارآمد نمی‌توانند به حد کفایت حقوق مصرف‌کنندگان را تأمین نمایند. از این منظر هزینه‌های اقامه دعاوی یکی از موانع اقامه دعاوی مصرف‌کنندگان محسوب می‌شوند.

۲-۱. تعریف مصرف‌کننده و انواع دعاوی مصرف‌کنندگان

در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی تعاریفی از مصرف‌کننده ارائه شده است. مطابق با بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو، مصرف‌کننده هر شخص حقیقی یا حقوقی است که خودرو را برای استفاده شخصی یا عمومی در اختیار دارد. مطابق با قانون تجارت الکترونیک در بند ۳ ماده ۲، مصرف‌کننده هر شخصی است که به‌منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند. ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان ایران، مصرف‌کننده را هر شخص حقیقی یا حقوقی تعریف کرده که کار یا خدمتی را خریداری یا مصرف نماید. ماده اخیر از این جهت که مشخص ننموده منظور از رفع نیاز خود، رفع چه نیازهایی است، به حق مورد ایراد نویسندگان حقوقی قرار گرفته است و به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق ماده، خریداران کالا و خدمات برای رفع نیازهای حرفه‌ای را نیز در بر می‌گیرد (یوسف‌زاده و باریکلو، ۱۳۹۶: ۲).

در سطح اتحادیه اروپا دستورالعمل‌های متعددی وجود دارد که تعاریف مشابهی از مصرف‌کننده ارائه داده‌اند. مطابق با ماده ۲ دستورالعمل اروپایی مصوب ۱۹۸۵ مصرف‌کننده شخصی حقیقی است که در معاملات تحت شمول این دستورالعمل، برای مقاصدی غیر از تجارت یا حرفه خود

اقدام می‌کند.^۱

علی‌رغم برخی تفاوت‌ها در این تعاریف و برخی ایرادات بر قوانین مذکور در تعریف مصرف‌کننده که مجال صحبت از آن در این نوشتار نیست، روشن است که با توجه به این مقررات مصرف‌کننده شخصی است که خرید کالا از طرف او صرفاً برای استفاده شخصی است و اهداف تجاری ندارد.

دعای مصرف‌کنندگان ممکن است به صورت فردی یا جمعی مطرح شوند. شکل سنتی اقامه دعوا، فردی است که تابع شرایط عام اقامه دعوا است. شکل دیگر، اقامه دعای جمعی است که در این خصوص نیز نظام‌های حقوقی مختلف به روش‌های مختلفی عمل می‌نمایند. دعای جمعی ابزار رایج در کشورهای تابع نظام کامن‌لا و دعای سازمانی ابزار رایج در کشورهای تابع نظام رومی - ژرمنی است. در دعای جمعی آمریکایی یک فرد به نمایندگی از گروهی از افراد اقامه دعوا می‌کند و تمام اعضای گروه به نتیجه آن دعوا ملزم هستند مگر اینکه از دعوا خارج شوند. در دعای سازمانی، سازمانی قانونی به نمایندگی از افراد متضرر اقامه دعوا می‌کند. در حالی که معمولاً در کشورهای کامن‌لا هر یک از افراد ذی‌نفع به‌طور شخصی قادر به طرح دعای جمعی می‌باشند، در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی - ژرمنی معمولاً ترجیح داده می‌شود که دعای مزبور به جای خود افراد، توسط سازمان‌های دولتی و غیردولتی طرح گردند. نمونه بارز این سازمان‌ها، سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان است که در اکثر نظام‌های حقوقی به‌عنوان نماینده مصرف‌کنندگان عمل می‌کنند. از نظر نویسندگان حقوقی این نوع دعای در راستای اصلاحات صورت گرفته در مفهوم سنتی آیین دادرسی و حرکت از فردگرایی به مدل رفاهی آیین دادرسی ایجاد شده است (کاپلتي و گارث، ۱۳۹۸: ۲۰۵).

اقامه دعای سازمانی همان‌طور که برخی نویسندگان اذعان نموده‌اند این مزیت را دارد که مصرف‌کنندگان می‌توانند ضعف اطلاعات حقوقی خود را با استفاده از وکلا و متخصصان حقوقی سازمان جبران کنند (صادقی و منتقمی، ۱۳۸۶: ۱۲). در هر حال شرایط اقامه دعای سازمانی در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است. به لحاظ سنتی این دعای محدود به جبران‌های منعی هستند. اگرچه مطالبه خسارت نیز در برخی نظام‌های حقوقی وجود دارد. به عنوان مثال در آمریکا به‌رغم کاربرد وسیع دعای جمعی، سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده نیز امکان اقامه دعوا از

۱. برای ملاحظه تعاریف مختلف از مصرف‌کننده در نظام‌های حقوقی مختلف، نک: فیضی چکاپ و اسدی، ۱۳۹۴ و یوسفی صادق‌قلو و پورحسینی، ۱۳۹۵.

طرف مصرف‌کنندگان دارند. با وجود این این سازمان‌ها امکان مطالبه خسارت به نیابت از اعضای خود را نداشته و فقط می‌توانند درخواست صدور جبران‌های منعی (قرار منع)^۱ نمایند (Stuyck et al, 2007: 284). در برخی نظام‌های حقوقی، سازمان جهت واجد شرایط بودن، باید برنامه اجتماعی تعریف شده مناسبی داشته باشد یا صرفاً برای حمایت از منافع، اجازه اقامه دعوی جمعی داده می‌شود که مطابق با اساسنامه سازمان، به نحو گسترده‌ای مرتبط با موضوع آن باشد. به عنوان مثال، سازمان حمایت از مصرف‌کننده می‌تواند دعوی جمعی مصرف‌کننده را اقامه کند و نفع حقوقی برای دعوی جمعی محیط‌زیستی یا حقوق شهروندی ندارد (Gidi, 2003: 374). در برخی نظام‌های حقوقی مانند آمریکا لازم است که فرد متضرر عضو سازمان باشد و سازمان برای حمایت از منافع مصرف‌کنندگانی که عضو نبوده، شرایط اقامه دعوا ندارد.

در حقوق فرانسه دعاوی مختلفی از طرف سازمان حمایت از مصرف‌کننده قابل طرح است. دعوی منافع جمعی که در ماده ۴۲۱ قانون مصرف‌کننده پیش‌بینی شده، اجازه اقامه دعوا را به سازمان‌های مصرف‌کننده برای مطالبه خسارات جمعی متحمل شده توسط گروهی از مصرف‌کنندگان می‌دهد. دعوی گروهی موضوع قانون جدید فرانسه با عنوان قانون هامون^۲ نیز امکان مطالبه خسارت فردی را در حوزه حقوق مصرف‌کننده برای سازمان حمایت از مصرف‌کننده فراهم می‌کند. مطابق قانون اخیر در مواردی امکان اقامه دعوی گروهی از طرف سازمان‌ها برای مطالبه خسارت‌های فردی مصرف‌کنندگان وجود دارد که ثابت شود که مصرف‌کنندگان به دلیل نقض تعهدات قراردادی یا قانونی در زمینه فروش کالا یا ارائه خدمات یا نقض قانون رقابت توسط همان خواننده در وضعیت مشابه یا یکسان قرار دارند.

در حقوق ایران ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیک و قانون حمایت از مصرف‌کننده سازوکارهایی برای اقامه دعوی این سازمان‌ها در راستای حقوق مصرف‌کنندگان پیش‌بینی نموده است. مطابق تبصره ۱ ماده ۹ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، انجمن حمایت از مصرف‌کنندگان، تشکل غیرانتفاعی، غیردولتی و دارای شخصیت حقوقی مستقل می‌باشد که پس از ثبت در وزارت بازرگانی رسمیت می‌یابد. قانون حمایت از مصرف‌کننده با ایجاد انجمن‌های مصرف‌کننده، درصدد تسهیل اقامه دعوا مصرف‌کنندگان متضرر علیه عرضه‌کنندگان است. با وجود این به لحاظ محدود بودن اختیارات این انجمن‌ها به‌ویژه از این حیث که انجمن‌های حمایت از مصرف‌کننده رأساً و بدون

1. Injunction

2. Action de groupe -Loi Hamon

دریافت شکایت از طرف مصرف‌کنندگان، امکان طرح دعوا در سازمان تعزیرات حکومتی را ندارند، چندان موفق عمل نکرده است. ضمن اینکه مطابق ماده ۱۲ قانون نیز صرفاً از ارجاع دعوا صحبت شده است. ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ نیز از صریح‌ترین قوانین در این زمینه می‌باشد. به موجب این ماده سازمان‌های قانونی و مدنی حمایت از حقوق مصرف‌کننده می‌توانند به‌عنوان شاکی اقامه دعوا نمایند. این قانون با پیش‌بینی امکان اقامه دعوا توسط سازمان بدون تقاضای شاکی خصوصی مناسب‌تر از قانون اخیر است. با وجود این از آنجا که موضوع این قانون حمایت از مصرف‌کنندگان در محیط سایبری است، محدودتر است.

۲-۲. موانع اقامه دعوی مصرف‌کننده

شفاف نبودن مفهوم مصرف‌کننده، عدم دسترسی به اطلاعات، طولانی بودن رسیدگی قضایی، سنگین بودن هزینه دادرسی، وابستگی بسیاری از تولیدکنندگان به نهادهای دولتی و شبه‌دولتی، هزینه‌بر بودن استفاده از وکلا و کارشناسان برای مصرف‌کنندگان از جمله برخی چالش‌های حقوق مصرف‌کنندگان از نظر برخی نویسندگان عنوان شده است (یوسف‌زاده و باریکلو، ۱۳۹۶: ۳). با توجه به اینکه موضوع نوشتار حاضر بررسی حقوق مصرف‌کنندگان و چالش‌های آن نیست و بیمه‌های هزینه‌های حقوقی از منظر حقوق مصرف‌کنندگان به‌عنوان یکی از موانع احقاق حق مصرف‌کنندگان، محور اصلی این نوشتار است، صرفاً به هزینه‌های دادرسی به‌عنوان یکی از موانع اقامه دعوی مصرف‌کنندگان خواهیم پرداخت.

منظور از هزینه‌های دادرسی مفهوم عام آن است که شامل هزینه اقامه دعوا، حق الوکاله وکیل و هزینه‌های کارشناس و... است. هزینه‌های دادرسی همواره به‌عنوان یکی از موانع اقامه دعوا تلقی می‌شوند. این مسئله درخصوص مصرف‌کنندگان به دلایل مختلف برجسته‌تر است. شرایط جامعه مدرن به‌نحو قابل ملاحظه‌ای اشخاص را در معرض صدمات قرار داده است. علاوه بر روش‌های سنتی خرید، امروزه مشکلات مربوط به خرید کالا و خدمات در فضای اینترنت و گسترش قابل ملاحظه آن میزان صدمات را افزایش داده است. مصرف‌کنندگان معمولاً به‌دلیل نداشتن آگاهی کافی و پرهزینه بودن دعوا برای مطالبه جبران صدمات مزبور، در موقعیت ضعیفی قرار دارند و عدم حمایت از آن‌ها قطعاً باعث تضییع حقوق آن‌ها خواهد شد. از طرفی در نتیجه نقض حقوق مصرف‌کنندگان سود کلانی عاید تولیدکنندگان می‌شود، در حالی که به‌دلیل وجود موانع مختلف از جمله هزینه‌های اقامه دعوا و فقدان ابزارهای حمایتی کافی معمولاً مصرف‌کنندگان انگیزه‌ای برای اقامه دعوا ندارند و احتمال انصراف مصرف‌کنندگان به‌دلیل هزینه‌های دادرسی از اقامه دعوا وجود دارد. بنابراین در چنین شرایطی نقض حقوق مصرف‌کنندگان به نوعی برای تولیدکنندگان صرفه اقتصادی خواهد داشت.

با توجه به اشکال مختلف اقامه دعوا توسط مصرف‌کنندگان در ابتدای امر مسئله هزینه دادرسی شاید در دعاوی فردی به عنوان مانع اقامه دعوا به نظر برسد. طبیعی است که مصرف‌کننده‌ای که توان پرداخت هزینه‌های دادرسی را ندارد از اقامه دعوا و احقاق حق خود منصرف شود. با وجود این به لحاظ اینکه سازمان‌ها نیز برای اقامه دعوا نیازمند تأمین مالی هستند، مسئله هزینه‌های دادرسی برای آن‌ها نیز مانع محسوب می‌گردد. تجربه نظام‌های حقوقی نیز مؤید این مسئله است. به عنوان مثال در نظام حقوقی آلمان علی‌رغم وجود سازوکارهای مختلف معاضدت حقوقی، از نظر نویسندگان حقوقی در دعاوی‌ای که توسط سازمان‌ها اقامه می‌شود نیز مسئله فقدان تأمین مالی به عنوان مانع تلقی می‌شود. زیرا تأمین مالی سازمان‌ها معمولاً با دولت است و اقامه دعوی آن‌ها کاملاً بستگی به بودجه مقرر شده دارد. در نتیجه این سازمان‌ها در اقامه دعاوی، در درجه اول به منابع مالی خود و ریسک ناشی از دعوا توجه خواهند کرد و حقوق مصرف‌کنندگان در درجه بعدی مورد توجه قرار خواهد گرفت (Baetge, 2007: 25). تجربه نظام‌های حقوقی مختلف نیز حاکی از عدم تمایل سازمان‌ها برای اقامه دعوا به علت هزینه‌های اقامه دعواست. تا حدی که برخی از حقوق‌دانان جهت افزایش انگیزه آن‌ها، پیشنهاد حمایت از طریق یارانه‌های عمومی به این سازمان‌ها داده‌اند (Koch, 2001: 366). این مسئله مؤید آن است که حتی در نظام‌های حقوقی با مقررات معاضدت مناسب نیز هزینه‌های دادرسی هم در دعاوی فردی و هم دعاوی سازمانی مانع محسوب می‌شوند.

در حقوق ایران معاضدت‌های قضایی پیش‌بینی شده و معافیت از هزینه‌های دادرسی در دعاوی حقوقی در قالب مقررات اعسار مطرح است. مقررات اعسار اگرچه مقررات مناسبی هستند، اما برخی ایرادات مانند عدم پیش‌بینی معیاری برای تشخیص اعسار برای قاضی، غیرشفاف بودن وضعیت درآمد افراد در ایران، عدم تمایل قضات برای انجام تحقیقات لازم و بسنده کردن به شهادت شهود، ناکارآمد بودن مقررات کیفری برای مدعیان دروغین اعسار، در عمل کارآمد بودن آن را تحت تأثیر قرار داده است. در دعاوی کیفری نیز در قانون آیین دادرسی کیفری جدید، معاضدت‌هایی پیش‌بینی شده که ممکن است در دعاوی کیفری مصرف‌کنندگان مفید باشد. به نحوی که ماده ۶۲ و ۵۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری از نظر نویسندگان حقوقی از نوآوری‌های جدید قانون در خصوص مقررات معاضدت در دعاوی کیفری تلقی شده است (میرکمالی و حاجی‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۰۱). با وجود این کافی به نظر نمی‌رسد. در خصوص دعاوی سازمانی نیز علی‌رغم وجود انجمن‌های حمایتی به شرحی که گذشت، مهم‌ترین مسئله در فعال شدن این انجمن‌ها تأمین هزینه‌های آن‌ها است که قوانین موجود در این خصوص پیش‌بینی خاصی ننموده‌اند. البته در ماده ۱۳ قانون حمایت از مصرف‌کننده منابع مالی این انجمن‌ها پیش‌بینی شده است. با وجود این واضح است که این منابع

کافی نیستند و چه بسا یکی از دلایل عدم تمایل اقامه دعوا از طرف این سازمان‌ها در عمل باشد. در قوانین ناظر به هزینه‌های دادرسی نیز معافیت از هزینه‌های دادرسی برای سازمان‌های مصرف‌کننده پیش‌بینی نشده است. در رویه قضایی نیز دعاوی اقامه شده توسط این سازمان‌ها اندک است. محدود بودن آمار ممکن است این برداشت را تقویت کند که حقوق مصرف‌کنندگان در عمل رعایت می‌شود و تضییع حقوق آن‌ها مسئله مهمی در نظام حقوقی ایران نیست. بدیهی است این برداشت بسیار ساده‌انگارانه است و به نظر می‌رسد اندک بودن تعداد دعاوی مصرف‌کنندگان در رویه قضایی می‌تواند مؤید وجود برخی موانع اقامه دعوا، از جمله هزینه‌های دادرسی باشد.

۳-۲. تأثیر بیمه هزینه‌های حقوقی بر دعاوی مصرف‌کنندگان

با توجه به مباحث مطرح شده روشن است هزینه‌های دادرسی از موانع اقامه دعوا در دعاوی مصرف‌کنندگان محسوب می‌شود و ایجاد سازوکارهایی درخصوص معاضدت حقوقی به مصرف‌کنندگان از جمله حقوقی است که در راستای احقاق حقوق آن‌ها باید مورد توجه قرار گیرد. نظام‌های حقوقی مختلف متوجه اهمیت مسئله و تأثیر آن در اقامه دعاوی مصرف‌کنندگان شدند و در برخی نظام‌های حقوقی سازوکارهایی پیش‌بینی شده است.

برخی نظام‌های حقوقی به‌منظور کاهش موانع در برخی دعاوی سعی در تعدیل قواعد حاکم بر مقررات هزینه‌های دادرسی به‌ویژه در دعاوی جمعی مصرف‌کنندگان داشته‌اند. به‌عنوان مثال در قانون مصرف‌کننده برزیل به‌جز در مورد دعوای ناشی از سوءنیت، در دعاوی جمعی، خواهان‌ها ملزم به پرداخت هزینه‌های دادگاه، کارشناس و غیره نیستند (Gidi, 2003: 341). در حقوق پرتغال، مصرف‌کنندگان از پرداخت هزینه‌های دادرسی در دعاوی مربوط به حقوقی که در نتیجه عرضه کالا و خدمات عاید آن‌ها می‌شود معاف هستند به شرط آنکه خواسته دعوا از حد نصاب صلاحیت دادگاه‌های نخستین فراتر نرود. در اسپانیا نماینده می‌تواند تقاضای تخفیف در هزینه‌های دادرسی و معاضدت حقوقی رایگان کند. همچنین مصرف‌کنندگان می‌توانند به‌صورت رایگان به انجمن‌های حمایتی، نمایندگی طرح دعوا دهند. این انجمن‌ها نیز در اغلب موارد از پرداخت هزینه‌های دادرسی معاف هستند (Stuyck et al, 2007: 314-315).

علی‌رغم مفید بودن این راهکارها، به علت محدود بودن آن‌ها به دعاوی جمعی مصرف‌کنندگان و برخی دعاوی خاص، کافی به نظر نمی‌رسند و توجه به سایر ابزارها ضروری است. این مسئله به‌ویژه در نظام‌های حقوقی که ابزارهای کافی معاضدت وجود ندارد، اهمیت بیشتری دارد و تا زمانی که دولت و قانون‌گذار در راستای مسئولیت‌های اجتماعی خود اقدام به ایجاد ابزارهای مناسب معاضدت‌ی ننمایند، استفاده از بیمه‌های هزینه‌های حقوقی توسط اشخاص را باید از جمله ابزارهای مفید جهت رفع این

مانع محسوب نمود. این مسئله مورد توجه برخی حقوق‌دانان در سایر نظام‌های حقوقی قرار گرفته است. برخی نویسندگان حقوقی انگلستان بر این باورند که بیمه هزینه‌های حقوقی تأثیر بسزایی در روند توسعه دعاوی مصرف‌کنندگان خواهد داشت. از نظر آن‌ها با توجه به بالا بودن هزینه‌های دادرسی در انگلیس، بیمه هزینه‌های حقوقی برای منافع مصرف‌کننده بسیار مهم است (Ilmonen, 1996: 359). در واقع با وجود این بیمه‌ها، مصرف‌کنندگان بدون نگرانی از هزینه‌ها می‌توانند از مشاوره و حمایت حقوقی برخوردار شوند و چه بسا مانع از گسترش دامنه اختلافات خود شوند. در سطح اتحادیه اروپا نیز مسئله دسترسی به عدالت از منظر منافع مصرف‌کننده از اهمیت بالایی برخوردار است. کمیسیون اروپا اقدام به تهیه برگ سبز مشورتی^۱ درخصوص مصرف‌کنندگان به منظور دسترسی به عدالت نموده است. همچنین در راستای حقوق مصرف‌کنندگان با تدوین دستورالعمل بیمه هزینه‌های حقوقی به این نوع بیمه‌ها توجه شده است. برخی حقوق‌دانان ایرانی نیز وجود این بیمه‌ها را از راهکارهای مفید مدیریت ریسک دادخواهی و توزیع متعادل آن می‌دانند (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۷۲).

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که با توجه به ابزارهای حمایتی مختلف در هر نظام حقوقی، ضرورت توجه و میزان استفاده از این نوع بیمه‌ها متفاوت است. در کشورهایی که حمایت از مصرف‌کنندگان کمتر توسعه یافته و منافع مصرف‌کننده به‌طور نهادی و سازمانی نمایندگی نمی‌شود، بیمه هزینه‌های حقوقی به‌عنوان یک ابزار حمایتی در جهت تضمین دسترسی به عدالت عمل خواهد نمود و برای اقشار کم‌درآمد و اقشار با درآمد متوسط مناسب خواهد بود. در حالی که در نظام‌های حقوقی که ابزارهای حمایتی مناسبی برای اقشار ضعیف جامعه وجود دارد، این بیمه‌ها برای افراد دارای سطح متوسط درآمد مناسب‌تر خواهد بود. زیرا در اکثر نظام‌های حقوقی مقررات معاضدت با محدودیت‌هایی مواجه است و عمدتاً برای درصد کمی از اقشار ضعیف جامعه تدارک دیده شده است. عدم پوشش مسئولیت هزینه‌های طرف مقابل در صورت شکست، ارائه کمک‌های جزئی یا موقت یا حذف برخی از انواع دعاوی از دیگر محدودیت‌های معاضدت در اکثر نظام‌های حقوقی است (Reimann, 2012, 38). در حالی که اکثریت افراد جامعه ممکن است واجد سطحی از درآمد باشند که ضمن اینکه مشمول مقررات معاضدت نمی‌شوند، پرداخت هزینه‌های دادرسی برای آن‌ها سنگین باشد. بنابراین مسئله هزینه‌های دادرسی قطعاً در انگیزه اقامه دعوی این قشر تأثیرگذار است.

در حقوق ایران از یک طرف با فقدان معاضدت خاص برای مصرف‌کنندگان و مشکلات مقررات اعسار و محدود بودن آن به اقشار کم‌درآمد و محدود بودن منابع مالی سازمان‌های حمایت از

1. Commission of the European Communities: Green Paper on the Access of Consumers to Justice and the Settlement of Consumer Dispute, Brussels, 16 November. 1993.

مصرف‌کننده مواجه هستیم و از طرف دیگر ابزارهای پیش‌بینی شده در سایر نظام‌های حقوقی همانند حق‌الوکاله مشروط و دعاوی جمعی وجود ندارند. در نتیجه هزینه‌های دادرسی به‌عنوان مانع دعاوی تلقی می‌شوند. اصلاح مقررات معاضدت و پیش‌بینی مقررات مناسب معاضدتی در راستای مسئولیت اجتماعی و عمومی دولت از ضروریاتی است که قطعاً باید مورد توجه قرار گیرد. در شرایط فعلی بیمه‌های هزینه‌های حقوقی که از طرف برخی شرکت‌های بیمه داخلی هم ارائه می‌شوند، می‌تواند تا حد زیادی خلأ را رفع نماید. در مقایسه با سایر راهکارها نیز پذیرش این بیمه‌ها در نظام حقوقی ایران با مانعی مواجه نیست. این بیمه‌ها تابع قواعد حاکم بر عقد بیمه هستند و این عقد به‌عنوان یکی از قالب‌های قانونی در نظام حقوقی ایران مورد پذیرش است و در عمل نیز در حوزه‌های مختلف کاربرد دارد. ضمن اینکه وجود این بیمه‌ها، نه تنها انگیزه‌ای برای مصرف‌کنندگان برای احقاق حق خود خواهد بود، بلکه می‌تواند به‌عنوان عامل بازدارنده در نقض حقوق آن‌ها از طرف تولیدکنندگان نیز به شمار رود. زیرا با وجود این بیمه‌ها احتمال اقامه دعاوی مصرف‌کنندگان بیشتر می‌شود و از این منظر تولیدکنندگان احتیاط بیشتری در رعایت حقوق آن‌ها خواهند داشت. با وجود این به نظر می‌رسد علی‌رغم اینکه به‌لحاظ قانونی مشکلی در استفاده از این بیمه‌ها در حقوق ایران وجود نداشته باشد، به‌منظور مؤثر بودن این بیمه‌ها حمایت‌های قانونی ضروری است. علاوه بر امکان فردی هر مصرف‌کننده برای بیمه کردن دعاوی خود، لازم است سازمان‌های مصرف‌کننده نیز با حمایت‌های قانونی به سمت این بیمه‌ها سوق داده شوند. به‌عنوان مثال دولت می‌تواند با تأمین بخشی از هزینه‌های بیمه، انگیزه لازم را برای آن‌ها ایجاد نماید. ضمن اینکه گسترش این بیمه‌ها در نظام حقوقی ایران موجب رقابت شرکت‌های بیمه و ایجاد تسهیلاتی در این زمینه برای مصرف‌کنندگان خواهد شد.

نتیجه

هزینه‌های اقامه دعاوی همواره یکی از موانع اقامه دعا محسوب می‌شوند. اهمیت مسئله درخصوص مصرف‌کنندگان چندین برابر است. در این راستا برخی نظام‌های حقوقی با راهکارهایی ازجمله معافیت از هزینه دادرسی برای سازمان‌های مصرف‌کننده در برخی دعاوی سعی در رفع این مانع نموده‌اند. در کنار مسئولیت‌های دولت و نهادهای عمومی در حل مشکلات اقامه دعا و ایجاد ابزارهای معاضدتی مناسب، راهکارهای دیگری نیز مورد توجه نظام‌های حقوقی مختلف قرار گرفته است.

بیمه هزینه‌های حقوقی را می‌توان ازجمله این ابزارها دانست که با تحت پوشش قرار دادن هزینه‌های دعاوی به نوعی در رفع این مانع و تسهیل اقامه دعاوی مصرف‌کنندگان مؤثر هستند. در واقع تا زمانی که مراجع ذیصلاح در حل مشکلات مربوط به معاضدت اقدام نمایند، استفاده از این

بیمه‌ها توسط اشخاص خصوصی، ابزاری مناسب جهت رفع موانع معاضدت خواهند بود. فواید این بیمه‌ها در عمل موجب شده که در اکثر نظام‌های حقوقی به آن توجه شود. البته نقش و کارکرد این نوع بیمه‌ها به شرایط خاص هر نظام حقوقی به‌ویژه وجود سازوکارهای دیگر معاضدت بستگی دارد. در نظام‌های حقوقی با ابزارهای معاضدت متنوع، بیمه هزینه‌های حقوقی معمولاً در برخی خدمات حقوقی خاص کاربرد دارند و در نظام‌های حقوقی با ابزارهای معاضدت محدود، این بیمه‌ها توسعه بیشتری دارند. با وجود این بررسی نظام‌های مورد مطالعه مؤید آن است که حتی در کشورهایی که معاضدت‌های نسبتاً جامعی دارند، این بیمه‌ها مورد اقبال عمومی هستند. زیرا هر اندازه هم ابزارهای معاضدت گسترده باشند، به‌رحال خلأهایی هم وجود خواهد داشت و معاضدت‌ها قادر به تحت پوشش قرار دادن تمام خسارات نیستند.

در حقوق ایران معاضدت‌های خاصی برای مصرف‌کنندگان پیش‌بینی نشده است و مصرف‌کنندگان تابع قواعد عام اقامه دعوا هستند. محدودیت‌های قواعد عام اعسار و محدود بودن منابع مالی سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده در عمل موانعی را برای مصرف‌کنندگان در اقامه دعوا ایجاد نموده است. در حال حاضر به‌لحاظ فقدان قوانین حمایتی در این زمینه، در راستای تسهیل اقامه دعوی مصرف‌کنندگان می‌توان به بیمه‌های هزینه‌های حقوقی به‌عنوان ابزاری مفید برای معاضدت توجه نمود. با توجه به پذیرش عقد بیمه در نظام حقوقی ایران به‌عنوان یکی از عقود معین، پذیرش و استفاده از آن در مقایسه با سایر ابزار معاضدت ازجمله حق الوکاله مشروط و دعاوی جمعی با مانعی مواجه نیست و این ابزار با مبانی نظام حقوقی ایران سازگاری دارد و استفاده از آن می‌تواند در عمل برخی مشکلات مربوط به هزینه‌های دادرسی را رفع نماید و همچنین به‌عنوان عامل بازدارنده نیز عمل خواهد کرد. زیرا با گسترش استفاده از بیمه‌ها در عمل، تولیدکنندگان احتیاط بیشتری در رعایت حقوق مصرف‌کنندگان خواهند داشت. بنابراین این بیمه‌ها نه تنها در دعاوی فردی مصرف‌کنندگان مفید خواهند بود بلکه سازمان حمایت از مصرف‌کننده نیز در جهت تحقق اهداف خود می‌تواند از آن استفاده نماید. با وجود این علاوه بر ضرورت توجه قانون‌گذار به ابزارهای معاضدت دیگر، حمایت‌های قانونی ازجمله تأمین بخشی از هزینه بیمه سازمان، توسط دولت در توسعه بیشتر این بیمه‌ها مؤثرتر خواهد بود.

منابع

فارسی

- حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- صادقی، محسن و فروغ منتقمی (۱۳۸۶)، «نقش سازمان‌های غیردولتی در حمایت از حقوق مصرف‌کننده»، نامه حقوقی، دوره ۱۳، شماره ۶۱.
- صفری، ناهید و آرتین جهانشاهی (۱۳۹۹)، «حق الزکاله مشروط و احتمالی»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۲.
- طهماسبی، علی، «نقش بیمه در ارتقای دسترسی شهروندان به عدالت مدنی»، (۱۳۹۸)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ۱.
- فیضی چکاپ، غلام نبی و تقی اسدی (۱۳۹۴)، «مفهوم حقوقی مصرف‌کننده و تأمین‌کننده کالا و خدمات در حقوق ایران و مقررات اروپایی و ایران»، دانش حقوق مدنی، دوره ۴، شماره ۱.
- کاپلنتی، مورو، گارث، برایان جی (۱۳۹۸). آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ترجمه حسن محسنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- منصوری بروجنی، محمد و ناصر سلطانی (۱۳۹۷)، «بیمه هزینه‌های قضایی: الگویی برای توانمند سازی شهروندان»، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال ۲۵، شماره ۱۴.
- میرکمالی، علیرضا و نازنین حاجی‌زاده (۱۳۹۸)، «حمایت دولت از بزه‌دیدگان در زمینه تأمین هزینه دادرسی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵.
- یوسف‌زاده، احمد و علیرضا باریکلو (۱۳۹۶)، «نقش دعاوی گروهی در حمایت از مصرف‌کننده»، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال ۲۴، شماره ۱۱.
- یوسفی صادقلو، احمد و حسین پورحسینی (۱۳۹۵)، «بررسی مفهوم مصرف‌کننده و عرضه‌کننده در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، دوره ۱۲، شماره ۳۰.

انگلیسی

- Baetge, Dietmar (2007), *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation – Germany*, report.
- Gidi, Antonio (2003), “Class Actions in Brazil-A Model for Civil Law Countries”, *America Journal of Comparative Law*, vol. 51.
- Ilmonen, Klaus (1996), *The Legal Expenses Insurance Directive – a consumer perspective*.
- Kilian, Matthias (2003), “Alternatives to Public Provision: The Role of Legal Expenses Insurance in Broadening Access to Justice: The German Experience”, 30 (1).
- Kilian, Matthias; Regan, Francis (2004), “Legal expenses insurance and legal aid—two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden”, *International Journal of the Legal Profession*, 11 (3).
- Koch, Harald, (2001), “Non-Class Group Litigation under EU and German Law”, *Duke journal of comparative & international law*, vol 11.

- McNee, Anna (2019), **Legal Expenses Insurance and Access to Justice**, Legal Policy & Research Unit International Bar Association.
- Qiao, Yue (2010), "Legal-Expenses Insurance and Settlement", Asian Journal of Law and Economics, vol 1, issue 1.
- Regan, Francis (2001), "Whatever Happened to: Legal Expense Insurance?", **Alternative Law Journal**, 26 (6).
- Reimann, Mathias (2012), **Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study**, Springer, vol 11.
- Rupert Jackson, **Review of Civil Litigation Cost** (2009), final report, Published with the permission of the Ministry of Justice on behalf of the Controller of Her Majesty's Stationery Office.
- Stuyck, Jules et al (2007). An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress Other than Redress through Ordinary Judicial Proceedings, Final Report. The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic law.

جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه

سروش صفی زاده*

چکیده

نظام مالکیت اراضی و املاک یک نظام تکثرگراست که در هر جامعه‌ای بر اساس مبانی حقوقی و نیازهای آن جامعه به گونه‌ای منحصربه‌فرد سامان یافته است. این تکثرگرایی را تا حد زیادی در نظام‌های ثبت املاک و اثر ماهوی ثبت بر انتقال قراردادی اموال غیرمنقول نیز می‌توان یافت. به گونه‌ای که برخی نظام‌ها از اثر ایجاد ثبت و برخی دیگر از اثر قابلیت استناد ثبت سخن می‌گویند. با این حال این پرسش باقی است که آیا این تفاوت مرهون تکثرگرایی نظام‌های مالکیت است یا خیر. از سوی دیگر تحولات نظام ثبت املاک ایران پس از سال ۱۳۹۵ که با ارائه نظریه مشورتی شورای نگهبان و تصویب قانون احکام دائمی توسعه صورت پذیرفت، این پرسش را مطرح نمود که جایگاه فرمالیسم ثبتی در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران به چه ترتیبی است. در این پژوهش بر مبنای روش مطالعات کتابخانه‌ای و مراجعه به اسناد قانونی و روش تحقیق توصیفی و تحلیلی، با مطالعه تطبیقی سه نظام انگلستان، سوئیس و فرانسه - به عنوان سه نظام الگو در حوزه مالکیت و ثبت املاک - به این نتیجه رسیدیم که تنوع در نظام‌های ثبتی پیرامون اثر ثبت بر انتقال قراردادی، مستقیماً مرهون تنوع نظام مالکیت کشورهاست. در این خصوص نظام‌های مالکیت بر مبنای اتکا به دو وصف اطلاق یا انحصار به نظام‌های اطلاق‌گرا و انحصارگرا تقسیم می‌شوند. در نظام‌های اطلاق‌گرا همچون فرانسه، ثبت اثر قابلیت استناد دارد؛ در حالی که در نظام‌های انحصارگرا همچون انگلستان و سوئیس، ثبت اثر ایجاد دارد. بر همین اساس و در چهارچوب ساختار مالکیتی

* دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران

safizade.soroush@ut.ac.ir

که در قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ تعبیه کرده است، نظام ثبت املاک ایران همچنان یک نظام مالکیت به موجب ثبت محسوب می شود و تحولات پس از سال ۱۳۹۵ تنها لزوم تنظیم سند رسمی را هدف قرار داده است.

واژگان کلیدی: انتقال قراردادی املاک، نظام اطلاق گرا، نظام انحصارگرا، اثر ایجاد، اثر تأییدی

مقدمه

ثبت املاک به مثابه یکی از زیرمجموعه های «نظام مالکیت»، مفهومی است که ریشه در تاریخ بشر دارد و به عقیده برخی صاحب نظران ردپای آن را می توان در اولین تمدن های بشری نیز یافت (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۷). با این حال از اواخر قرن هفدهم حفاظت از مالکیت جایگاه ویژه ای پیدا کرد. در این راستا نظام های حقوقی با پیوند میان ثبت املاک و وضعیت مدنی مالکیت، فرمالیسم ثبتی را مشمول یک نوزایی قرار داده و مبنای اداری - مالیاتی آن را به یک مبنای حمایتی تغییر دادند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۶-۷). موضوعی که در ایران نیز ماده یک قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۰۱/۱/۲۱ تصریح شد و در ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ با پیوند میان وضعیت مدنی مالکیت و ثبت املاک، به اوج خود رسید.

با این حال شاید به جرأت بتوان گفت یکی از قدیمی ترین چالش هایی است که نظام حقوقی ایران پیش روی خود داشته و همواره اختلاف نظرات متعددی در میان حقوق دانان ایجاد نموده است، نقش ثبت در انتقال مالکیت اموال غیر منقول و وضعیت مدنی مالکیت منتقل شده است. این اختلاف نظرات همچنان - نه تنها در مواضع دکترین - که در نظام قانون گذاری ایران نیز یافت می شود. در این خصوص شورای نگهبان طی نظریه مشورتی فقهی شماره ۹۵/۱۰۲/۲۶۶۴ مورخ ۹۵/۸/۴، مفاد مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت در خصوص لزوم انتقال املاک به موجب سند رسمی را مغایر با شرع اعلام نمود و به فاصله حدود سه ماه از ارائه این نظریه، «مصوبه احکام دائمی برنامه های توسعه کشور» را مورد تأیید قرار داد؛ مصوبه ای که در ماده ۶۲ خود به صراحت از پذیرش اسناد عادی تصدیق شده نزد دادگاه ها پرده برداشت. هم اکنون «طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیر منقول» یکی از طرح های چالش برانگیز چند سال اخیر مجلس شورای اسلامی محسوب می شود که موجب اختلاف نظر جدی میان مجلس و شورای نگهبان در اعتبار اسناد عادی شده است و موضع مبهمی که قانون گذار در ماده یک این مقرر نسبت به اثر ثبت و تنظیم سند رسمی بر وقوع انتقال اتخاذ نموده است، در طی سالیان اخیر تحت انتقادات عدیده ای از سوی حقوق دانان قرار گرفته است. (هاشمی، ۱۳۹۹[ب]: ۳۵-۲۴؛ هاشمی و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۴)

بر اساس این تحولات، آنچه این مقاله درصدد بررسی و پاسخ به آن هاست دو مسئله کلیدی

است: اولاً، نقش ثبت املاک در انتقال مالکیت قراردادی در کشورهای مدرن و الگو در حوزه ثبت املاک به چه ترتیبی است؛ ثانیاً، نقش ثبت املاک در حقوق ایران بر مبنای قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ متناسب با کدام یک از الگوهای مورد بررسی است؛ و با ارائه نظریه مشورتی شورای نگهبان و تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی نقش فرمالیسم ثبتی به چه نحوی تغییر یافته است.

نسبت به این موضوع نوین، خوشبختانه در سالیان اخیر آثاری از جانب حقوق دانان به رشته تحریر درآمده است که هرچند در بخش‌هایی به مطالبی مشابه با مقاله حاضر پرداخته‌اند، لیکن از دو منظر می‌توان این مقاله را دارای نوآوری تحقیق برشمرد؛ در برخی از آثار نویسندگان که به تحلیل وضعیت موجود نظام ثبت املاک ایران پس از تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی پرداخته‌اند، صرفاً قوانین و مقررات داخلی آن هم با رویکرد تفسیر لفظی با نگاهی گذرا به مقررات برخی کشورها بررسی شده است (طباطبایی و سادات اخوی، ۱۳۹۸: ۱۹۹-۱۹۸). مقاله حاضر این رویکرد را نمی‌پذیرد و تحلیل مبتنی بر مطالعه تطبیقی را سرلوحه کار خود قرار می‌دهد؛ زیرا نظام‌های ثبت املاک را دارای اوصاف و خصوصیات مشترک دانسته و راهکار غالب مسائل مستحدثه را بر اساس مطالعه کشورهای الگو قابل حل می‌داند (طباطبائی حصار و صفی زاده، ۱۴۰۰: ۲۴۰).

در برخی دیگر از آثار، مطالعه تطبیقی توسط صاحب‌نظران با برخی نظام‌های الگو همچون فرانسه و سوئیس شکل گرفته است، اما در این مطالعات، ثبت املاک به عنوان یک نظام مستقل مطرح شده است که گویی هیچ ارتباطی با نوع نظام مالکیت در کشورها ندارد (امینی و خداداد، ۱۴۰۰: ۱۲-۱۰). درحالی‌که نظریه بنیادین مقاله حاضر مبتنی بر آن است که نوع نظام ثبت املاک از حیث نقش ثبت در انتقال مالکیت بدون بررسی نوع نظام مالکیت حاکم در یک کشور، مطالعه‌ای ناقص خواهد بود که اثر عملی نخواهد داشت. لذا این مطالعه با شناسایی نوع نظام مالکیت کشورها به تحلیل نوع نظام ثبتی خواهد پرداخت.

در این مطالعه بر مبنای روش مطالعات کتابخانه‌ای و مراجعه به اسناد قانونی و با استفاده از مطالعات تطبیقی در چهارچوب روشی توصیفی - تحلیلی ابتدا با شناسایی اقسام نظام‌های مالکیت، به تشریح تعامل میان نظام‌های مالکیت و ثبت املاک پرداخته و موضع سه نظام انگلستان، فرانسه و سوئیس را در فرایند انتقال قراردادی مالکیت اموال غیر منقول مورد شناسایی قرار می‌دهد. در وهله بعد به شناسایی موضع حقوق ایران در تعامل میان نظام مالکیت و ثبت املاک خواهد پرداخت و با شناسایی نوآوری‌های قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ در قیاس با نظام مالکیت سنتی منعکس شده در قانون مدنی، درصدد این امر خواهد بود که نقش ثبت املاک در انتقال مالکیت اموال غیر منقول در ایران را با کدام یک از نظام‌های مورد بررسی تطبیق دارد. در نهایت نظریه مشورتی شورای نگهبان

و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی مورد تفسیر قرار می‌دهد و بر این اساس نقش کنونی ثبت املاک در نظام کنونی انتقال مالکیت اموال غیر منقول در ایران را شناسایی می‌کند.

۱. تعامل نظام مالکیت و ثبت املاک در انتقال قراردادی مالکیت اموال غیر منقول

واژه انتقال قراردادی مالکیت به این معنا نظر دارد که شخصی به موجب یکی از عقود مالکیتی را به دیگری انتقال دهد؛ به طوری که مالکیت وی در اثر این انتقال، از بین رفته و مالکیت شخص یا اشخاص دیگری جای مالکیت او را بگیرد (قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۰). در معنای مذکور، انتقال مالکیت دیر زمانی است که در سیستم‌های حقوقی مختلف مورد توجه قرار گرفته است و نظریات گوناگونی درباره آن ابراز شده است (قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۰). در حوزه اموال غیر منقول قاعده صلاحیت قانون محل وقوع ملک که احتمالاً قدیمی‌ترین و فراگیرترین اصل شناخته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی است، تنوع قواعد مربوط به حقوق املاک را به تناسب محل وقوع ملک دربرداشته است. این موضوع که نشان از تکثرگرایی کشورها در حوزه قواعد مربوط به انتقال مالکیت و تأثیرگذاری عرف جوامع بر نظام حقوق مالکیت و انتقال اموال غیر منقول دارد، به عقیده صاحب‌نظران بر قواعد انتقال مالکیت نیز اثرگذار بوده و پیاده‌سازی فرمالیسم حمایتی ثبت املاک از این تنوع تأثیر پذیرفته است (Schmid, et al, 2005: 8). اینکه رعایت فرمالیسم ثبتی در برخی نظام‌ها «شرط اعتبار» و در بعضی دیگر «شرط استناد» مالکیت است (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۴۷-۲۴۶)، به وضوح دلالت بر آن دارد که ثبت املاک در هر نظام حقوقی تا حد زیادی تحت تأثیر رژیم حقوقی حاکم بر انتقال مالکیت در هر کشور است (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۴۰). این موضوع شناسایی نظام‌های مالکیت و چگونگی تأثیرگذاری آن‌ها بر ثبت املاک را به عنوان یک ضرورت مطرح می‌سازد.

۱-۱. طبقه‌بندی نظام‌های مالکیت

مالکیت در قانون مدنی ایران تعریف نشده است؛ لیکن تعریف مالکیت جزء جدایی‌ناپذیر کتب حقوق اموال و مالکیت است که معمولاً به رابطه‌ای اعتباری میان مالک و مملوک تعریف می‌شود (امامی، ۱۳۴۷: ۴۲؛ بهرامی، ۱۳۹۴: ۴۳؛ پارساپور، ۱۳۹۶: ۵۲؛ حقیقت، ۱۳۹۱: ۹؛ صفائی، ۱۳۹۱: ۱۸۹؛ پیلوار، ۱۳۹۳: ۴۱).

اگرچه انتقادات بسیاری بر این تعریف می‌توان وارد ساخت، اما به نظر می‌رسد مهم‌ترین اشکال وارده بر این تعریف، اعتبارگرایی بیش از حد و فقدان عینیت‌گرایی در تعریف مالکیت است. مالکیت بنا به قول صاحب‌نظران بالاترین حق عینی است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۰؛ صفائی، ۱۳۹۱: ۱۸۹) و پر واضح است که در این مفهوم تعریفی از مطلوبیت برخوردار است که بیشتر بر عینیت‌گرایی حق مذکور تأکید داشته باشد تا اعتبارگرایی آن. برخی اندیشمندان انگلیسی در راستای تبلور مفهوم عینی

مالکیت، تعاریفی ارائه داده‌اند که معنای این مفهوم مرموز را تا حد زیادی مشخص می‌کند. کلارک و کولر (دو تن از اندیشمندان حقوق مالکیت) در یک تعریف عملی مالکیت را به‌عنوان بالاترین مرتبه حقوق عینی تعریف نموده‌اند که به‌موجب آن شخص واجد وصف مدیریت و کنترل‌کنندگی مال می‌شود (Clarke&Kohler, 2005: 180). در این تعریف، مالکیت دارای دو وصف کنترل نسبت به شیء و کنترل در برابر عموم جامعه است (Clarke&Kohler, 2005: 180-182).

مفهوم کنترل نسبت به شیء، همان وصف «اطلاق» حق مالکیت است. در نظریات گذشتگان، اطلاق منشأ قدرت بی‌چون و چرای مالک نسبت به مملوک بود، به‌طوری‌که مالک به هر طریقی که می‌خواست - جز در مواردی که استثنائاً ممنوع بود - می‌توانست از مال خود بهره‌برداری کند (Harris, 1996: 30). برای مثال هگل در تعریف مالکیت، آن را حقی می‌دانست که به‌موجب آن دارنده می‌تواند مملوک را به هر چیزی که تمایل دارد تبدیل کند. زیرا مالکیت نشانه آزادی و نمایانگر تسلط انسان بر طبیعت است (Hegel, 2001: 57).

در مقابل مفهوم کنترل در برابر عموم جامعه، همان وصف «انحصار» است. در این مفهوم مالکیت حقی است که از مالک در برابر غیر مالک محافظت می‌کند (Clarke & Kohler, 2005: 180-181). این وصف روی دیگر سکه مالکیت است. زیرا اگر مالک هیچ ابزاری برای محروم کردن دیگران از مایملک خود نداشته باشد، مالکیت مفهومی ندارد (Hapburn, 2001: 2-3).

در کنار این دو وصف، در ادبیات حقوقی از وصف سوم نام برده شده است که به نظر نمی‌رسد به‌عنوان یکی از اوصاف مالکیت و هم‌پایه دو وصف اطلاق و انحصار محسوب گردد. این وصف که با عنوان «دائمی بودن» حق مالکیت نام برده شده است در دو معنا استعمال شده است.

در مفهوم اول ناظر به ملک است؛ بدین معنا که مالکیت از زمانی که اولین رابطه میان مالک و مملوک ایجاد شود، محقق می‌گردد و مادامی که ملک باقی است، مالکیت هم باقی است (پیلوار، ۱۳۹۳: ۸۳-۸۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۹؛ صفائی، ۱۳۹۱: ۱۹۱)؛ این تعریف از دائمی بودن مالکیت مورد پذیرش بسیاری از اندیشمندان از جمله اکثریت فقهای امامیه قرار نگرفته است (پیلوار، ۱۳۹۳: ۸۸-۸۷). در مفهوم دوم وصف دائمی بودن ناظر به مالکیت مالک است؛ بدین معنا که لازمه ثبات و استقرار نسبی مالکیت، استمرار آن است و مالک هر گاه که بخواهد می‌تواند از ملک بهره‌بردار مگر آنکه به اراده خود، مالکیتش را زائل سازد (پارساپور، ۱۳۹۶: ۵۵-۵۴؛ پیلوار، ۱۳۹۳: ۸۶). این مفهوم نیز امروزه با تأسیس‌های حقوقی همچون «مرور زمان موجد مالکیت» و «مالکیت زمانی» دیگر مورد پذیرش نیست. بر این اساس دائمی بودن را نمی‌توان همانند دو وصف مذکور وصفی از مالکیت تلقی نمود. بی‌دلیل نیست که برخلاف دو وصف اطلاق و انحصار، «دائمی بودن» نه هیچ‌گونه نص قانونی

صریحی در مقررات کشورهای حقوق نوشته همچون ایران و فرانسه دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۸؛ Le page, 1985: 14) و نه حتی در نظر دکترین حقوق کامن لا به عنوان وصف مالکیت محسوب می شود (Clarke & Kohler, 2005: 180; Hapburn, 2001: 2-4; Harris, 1996: 29-30).

۲. اقسام نظام های مالکیت

با توجه به اوصاف حق مالکیت، نظام های مالکیت را می توان به دو دسته «نظام های اطلاق گرا» و «نظام های انحصارگرا» تقسیم کرد.

۲-۱. نظام های اطلاق گرا^۱

در برخی نظام های مالکیت، اطلاق به عنوان مهم ترین وصف برای مالکیت در نظر گرفته می شود و حتی وصف انحصار نیز با یک استدلال منطقی از اطلاق مالکیت ناشی می شود؛ بر این اساس که مالک حق همه گونه تصرف در ملک را دارد و یکی از اقسام تصرف وی ممانعت از تصرف دیگران است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۷). تأثیر اطلاق به عنوان وصف منحصر به فرد مالکیت منجر به آن شده است که حتی مجموعه حقوق عینی تشکیل دهنده مالکیت در این نظام ها، به سه حق استعمال، استثمار و اخراج از مالکیت تجزیه گردد که ریشه در تصرف مالک در ملک و نه ممانعت از تصرف دیگران در ملک دارد (Pairault, 2001: 15).

حقوق فرانسه بارزترین نظام اطلاق گرا محسوب می گردد که در ماده ۵۴۴ مالکیت را بر تصرف در شیء به مطلق ترین شکل خود تعریف نموده است و اصل انحصار را به عنوان یکی از آثار این تعریف در ماده ۵۴۵ درج نموده است. اگر ماده ۵۴۴ را دال بر وصف اطلاق مالکیت بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲۱) و ماده ۵۴۵ که با هدف حمایت از مالکیت فردی و ممنوعیت تصرف غیر وضع شده است را مبتنی بر وصف انحصار بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲۶-۱۲۷)، اشاره به وصف اطلاق در تعریف ماهیت مالکیت و وصف انحصار به عنوان لازمه - و نه تشکیل دهنده این حق - هیچ شکی را باقی نمی گذارد که مقنن فرانسوی وصف مذکور را به عنوان تشکیل دهنده ماهیت مالکیت می داند و وصف انحصار را به عنوان نتیجه اطلاق مالکیت در ماده ۵۴۵ قانون مدنی مدنظر قرار داده است. در تأثیر این رویکر بر نوع نظام ثبتی شایان ذکر است که آزادی در شیوه انتقال - که در آثار دکترین با عنوان «تصرفات ناقله» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲۲؛ پارساپور، ۱۳۹۵: ۵۳) یا حق اخراج از مالکیت (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۰-۱۱۱) بیان شده است - جلوه ای از نقش فعال اراده و وصف اطلاق در حوزه مالکیت محسوب می شود. با این حال از گذشته

ثابت شده است که تکیه بر آزادی شیوه انتقال، زمینه فرصت طلبی های عدیده را فراهم می آورد و چندان کارآمد محسوب نمی شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۴).

در حقوق فرانسه اعتقاد به اصل رضایی بودن قراردادها در ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی در عملیات ایجاد یا انتقال مالکیت، هیچ بهایی برای ثبت قائل نبود و این موضوع مشکلات عدیده ای در نظام انتقال مالکیت اموال غیر منقول پدید آورد (Gueriero, 1975: 39; Bursaux, 1969: 4). بر همین اساس ثبت رسمی انتقالات برای جلوگیری از معاملات معارض یک ضرورت محسوب می شود. ضرورتی که با سازماندهی انتقال مالکیت در چهارچوب نظام ثبت، وصف اطلاق مالکیت در خصوص شیوه انتقال را محدود می کند. دکترین حقوق فرانسه را در چهارچوب بند اول ماده ۳۰ قانون ۴ ژانویه ۱۹۵۵ مجاب به شناسایی وضعیت «عدم قابلیت استناد» نمود. بر این اساس اگرچه ثبت اثر ایجاد یا انتقال حق را ندارد، لیکن برای آنکه بتوان همگان را مجاب به احترام به حق مذکور نمود و در برابر آن ها به حق عینی خود تمسک جست، ثبت تنها راه چاره است (Simler & Delbecque, 2016: n.884).

۲-۲. نظام های انحصارگرا^۱

همان طور که گفته شد، در نظام های حقوق نوشته، نظام مالکیت غالباً بر مالکیت مطلق استوار است؛ این مفهوم از مالکیت در حقوق کامن لا اساساً یک مفهوم ناشناخته است و آنچه حقوق دان کامن لایی از مفهوم مالکیت در می یابد حفاظت از شخص مالک نسبت به مایملک اوست (Gordley, 2010: 64-65). این مفهوم از مالکیت را برای اولین بار اولیور وندل هولمز و فردریک پولوک وارد کامن لو نمودند (Gordley, 2010: 74).

هولمز در اثر مشهور خود - کامن لا - مالکیت را حقی می داند که به موجب آن مالک می تواند دیگران را از انتفاع از ملک خود محروم کند و هیچ مسئولیتی در قبال این عمل خود نداشته باشد (Holmes, 2009: 222). با بهره گیری از این مفهوم پولوک مالکیت را به حق انحصاری مالک برای کنترل و بهره برداری از ملک می داند. در این تعریف کنترل در رابطه میان مالک و ملک (وصف اطلاق) تعبیر شده است، لیکن پولوک با تأکید بر وصف انحصار و تقدم آن بر وصف اطلاق، بر این عقیده است که جوهره ذاتی مالکیت را حق انحصاری مالک تشکیل می دهد (Gordley, 2010: 73-74).

از این گزاره استنباط می شود که وصف متمایز کننده مالکیت در قیاس با سایر حقوق عینی جواز تصرف بی چون و چرا نیست؛ بلکه امکان محروم نمودن سایرین از تعدی و تجاوز به مایملک مالک - که در حقوق کامن لا با عنوان «حق ممانعت^۲» شناخته می شود - اصلی ترین وصف مالکیت را

1. Estate systems
2. right to exclude

تشکیل می‌دهد (Gray & Gray, 2011: 48-49).

نظام مالکیت انگلستان، یک نظام انحصارگراست که اولاً، حدود مجاز تصرف در قیاس با مالکیت مطلق بسیار محدودتر است؛ ثانیاً، مالکیت، ضمانت اجرای رسمی نهادهای دولتی را در خود مستتر داشته و از تضمین سلطنتی نیز برخوردار می‌باشد (بهرامی، ۱۳۹۴: ۴۵-۴۴). در مقررات ثبت املاک ۲۰۰۲ تقدم وصف انحصار بر اطلاق را به وضوح می‌توان در مواد ۲۳ و ۲۴ یافت. در ماده ۲۳ قانون‌گذار انگلیسی از امکان بهره‌مندی مالک از تصرفاتی سخن گفته است که توسط قانون مجاز شمرده شده است. در مقابل در ماده ۲۴ قانون‌گذار مقصود نظر خود از مفهوم «مالک» که در ماده ۲۴ به کار رفته است را مشخص نموده است و آن را به شخصی تعریف کرده است که نامش در دفتر املاک ثبت شده است یا حق ثبت نام در دفتر املاک را به عنوان مالک دارد. از این مقرر استنباط می‌شود که وصف حمایت از مالکیت در برابر عموم مردم - در چهارچوب تعریف مالک به شخصی که نامش در دفتر املاک به ثبت رسیده است - در نظر قانون‌گذار انگلیسی اهمیت بسیار والایی داشته و جوهره و اساس مالکیت را تشکیل می‌دهد. در حالی که مقرر ۲۳ که به نوعی نمایانگر وصف اطلاق مالکیت است، از آثار مالکیت شمرده شده است و نه جوهره و عنصر تشکیل دهنده مالکیت.

حقوق سوئیس از جمله نظام‌های حقوق نوشته‌ای است که رویکردی متمایل به نظام‌های انحصارگرا دارد. در این خصوص حقوق‌دانان سوئیسی معتقدند وصف اطلاق مالکیت تنها به شخصی اعطا می‌شود که در نظر عموم مردم به عنوان مالک یک ملک شناخته شود (Wolf & Mongisch, 2016: 729). بر همین اساس اگرچه ماده ۶۴۱ قانون مدنی سوئیس، بهره‌مندی از انحاء تصرفات جز در مواردی که قانون مستثنا نموده است، حق مالک و از آثار مالکیت برشمرده است. با این حال در ماده ۶۵۶ به لزوم ثبت مالکیت اشاره نموده است و در مواد ۹۷۱ و ۹۷۲ تصریح کرده است که در مواردی که ثبت الزامی است، وقوع حق منوط به ثبت است. این تعبیر همان طور که حقوق‌دانان سوئیسی اشاره داشته‌اند، در راستای تضمین وصف کنترل در برابر عموم جامعه می‌باشد (Wolf & Mongisch, 2016: 729) و به معنای ترجیح مفهوم «کنترل در برابر عموم» مالکیت نسبت به «کنترل در برابر شیء» و نزدیک به موضع انگلیسی است.

امنیت مالکیت در نظام‌های انحصارگرا، مقوله‌ای است که تنها در بستر پیاده‌سازی یک سیستم ثبتی کارآمد قابل تحقق است (طباطبائی حصارى، ۱۳۹۸: ۱۲-۱۱)؛ سیستمی که در کنار الزام اشخاص به ثبت، حمایت کافی از آن‌ها را پس از جری تشریفات ثبتی به عمل آورد (طباطبائی حصارى، ۱۳۹۸: ۱۲-۱۱). به این منظور نظام‌های انحصارگرا، ثبت را واجد «اثر انتقال مالکیت»

معرفی نموده‌اند.

تأکید بر لزوم امنیت معاملات در حقوق انگلستان، باعث شده است مالکیت و انتقال آن تنها پس از ثبت در دفتر املاک محقق گردد. نویسندگان کامن‌لا در تشریح این اثر انتقالی معتقدند برخلاف اکثر نظام‌های رومی‌ژرمنی که از «ثبت حق مالکیت»^۱ سخن می‌گویند در حقوق انگلستان از «ایجاد مالکیت به موجب ثبت»^۲ سخن گفته می‌شود (Carruthers, 2015: 129; Cooke, 2003: 129; Gray & Gray, 2011: 90). این گزاره که به طور خلاصه وار حقوق انگلستان را به سیستم ثبت برابر است با حق تفسیر می‌کند (Carruthers, 2015: 1263)، دو نتیجه عمده در پی دارد: نتیجه اول آنکه، توافق مالک با خریدار پیرامون انتقال مالکیت هیچ‌گونه اثر انتقالی ندارد و آنچه به انتقال حق منجر می‌شود ثبت مفاد قرارداد در دفتر ثبت املاک است (Sparkes, 2003: 35). در این خصوص قانون‌گذار انگلیسی در بند ۱ ماده ۷ قانون ثبت املاک ۲۰۰۲ تنها ثبت را معیار ایجاد یا انتقال حقوق عینی دانسته و قراردادی که مطابق مقررات به ثبت نرسیده است را محکوم به بطلان می‌داند. در نتیجه دوم نیز، پس از ثبت مالکیت در دفتر ثبت املاک هیچ‌گونه ادعایی مبنی بر مخدوش بودن مالکیت ثبت شده پذیرفته نمی‌شود؛ گویی ثبت خود حقیقت است، هرچند که مخالف واقعیت باشد (Cooke, 2003: 54). بر اساس بند یک ماده ۵۸ قانون ثبت املاک ۲۰۰۲ انگلستان صرف ثبت نام شخص در دفتر املاک او را به عنوان مالک قانونی مطرح می‌سازد. حتی اگر هیچ مبنایی برای مالکیت وی وجود نداشته باشد.

در حقوق سوئیس انتقال مالکیت در دو مرحله انعقاد قرارداد پایه و ثبت در دفتر املاک است. به همین دلیل به سیستم دوئالیسم نیز مشهور است (Brochu, 1999: 272). بنا به نص بند یک ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس قرارداد انتقال مالکیت اموال غیر منقول باید به موجب سند رسمی باشد. با این حال این قرارداد اثر انتقال مالکیت ندارد و بر اساس ماده ۶۶۵ قانون مدنی حق منتقل‌الیه به مثابه متعهدلهی است که می‌تواند طرف مقابل را مکلف به انتقال مالکیت نماید. در این خصوص در مواد ۹۷۱ و ۹۷۲ قانون مدنی تصریح شده است که در مواردی که حقوق عینی باید به ثبت برسند، این حقوق تنها در صورت ثبت، ایجاد می‌شوند.

۳. تحلیل نظام مالکیت ایران در بستر نوآوری‌های قانون ثبت

به زعم صاحب نظران، قانون مدنی ایران بر اساس دو منبع اصلی فقه امامیه و قانون مدنی فرانسه به رشته تحریر در آمده است (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۵۲-۲۵۱). در فقه اسلامی، حدیث مشهور «الناس

1. registration of title
2. title by registration

مسلطون علی اموالهم» به عنوان قاعده اصلی نظام مالکیت فقه است. این حدیث که به مرور تبدیل به یک قاعده فقهی شده است دلالت بر آن دارد که هر مالکی نسبت به مایملک خود تسلط کامل دارد و می تواند هرگونه تصرفی در ملک خود به عمل آورد و اصل بر آن است که هرگونه تصرفی برای مالک مجاز است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۲۷). در تشریح این قاعده، فقها سلطه مورد نظر را نوعی سلطه دلخواهانه می دانند که بر اساس آن مالک بر طبق اراده و امیال شخصی خود می تواند هرگونه که بخواهد از اموال خود بهره مند شود (نائینی، ۱۴۲۴: ۴۱).

در سویی دیگر در بعد تأثیرپذیری از نظام حقوق فرانسه نیز به عقیده دکترین حقوق مدنی ماده ۳۰ قانون مدنی در باب بهره مندی مالک از انحاء تصرفات و انتفاعات و ماده ۳۱ در باب ممنوعیت تصرف دیگران، ترجمه ای از مواد ۵۴۴ و ۵۴۵ کد مدنی ناپلئون است و قانون گذار ایرانی با تدوین آن ها در مقررات ایران به نوعی موضع مقنن فرانسوی را تأیید نموده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲۱). موضعی که نشان می دهد قانون گذار ایرانی همانند مقنن فرانسوی، مفهوم اطلاق را تشکیل دهنده ماهیت مالکیت می داند و مفهوم انحصار را صفت عارضی آن محسوب می کند. این نتیجه از نظر فقهی نیز مورد تأیید است. در این خصوص مؤلفان و نظریه پردازان مجله فقه اهل بیت (ع) له این نکته تصریح داشته اند که در فقه اسلامی قاعده تسلط به مثابه سلطنت و قدرت تامه مالک بر مایملک خویش رکن اصلی تشکیل دهنده مالکیت است و انحصارگرایی به این معنا که کسی بی اجازه مالک در ملک تصرف کند لازمه مالکیت و این قاعده است و نه تشکیل دهنده ماهیت آن (جمعی از مؤلفان، بی تا: ۱۴۱).

با این حال قانون ثبت املاک ۱۳۱۰ تحولاتی را نسبت به این مفهوم بنیادین، خصوصاً در حوزه نقش ثبت در فرایند انتقال مالکیت اموال غیر منقول پدید آورده است که توجه به آن ها در تشریح وضعیت موجود و تفسیر نظریه مشورتی شورای نگهبان و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی ضروری است.

۳-۱. نوآوری های قانون ثبت در قیاس با نظام سنتی مالکیت

حقوق ثبت در نظام غرب یک حقوق شبه مدنی است که در کنار آثار شکلی، آثار ماهوی هم دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: پیشگفتار). برخلاف آنچه در آثار حقوق دانان و صاحب نظران پیرامون اثر مقررات ثبت در انتقال قراردادی مالکیت اراضی و املاک مشاهده می شود، اثر قانون ثبت اسناد و املاک در این فرایند، تنها معطوف به تشریفات نمودن انتقال قراردادی نیست؛ بلکه ثبوت مالکیت با ثبت در دفتر املاک نیز به عنوان اثر دیگر این مقررات در حوزه انتقال قراردادی املاک تلقی می گردد. ذیلاً به تشریح این دو اثر می پردازیم:

۳-۱-۱. ثبوت مالکیت با ثبت در دفتر ثبت املاک

تا پیش از تصویب قانون ثبت، نظام سنتی حقوق مالکیت ایران، نظامی بود که مالکیت را حد اعلی اراده فردی می دانست و به هیچ طریق قائل به محدود نمودن آن نبود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۰). مالک حق داشت به هر صورتی که بخواهد ملک خود را مورد استفاده قرار داده، از منافع آن بهره برد و در نهایت از مالکیت خود خارج نموده و به شخص دیگری منتقل کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۱-۱۱۰). برای تشخیص اینکه چه فردی این قدرت را دارد بهترین راهکار استفاده از اماره تصرف بود. بر اساس این اماره، چون حق تصرف منحصر به مالک است، لذا تصرف اساساً به عنوان دلیل مالکیت محسوب می گردد (ولویون، ۱۳۷۸: ۳۲-۳۱).

نظام مالکیت سنتی که در طی سالیان متمادی - چه قبل و چه بعد از مشروطه - بارها ناکارآمدی خود را به منصفه ظهور رسانده بود، در حوزه معاملات املاک دو اثر منفی داشت: اثر اول آن بود که فنودال ها و قدرتمندان - به واسطه آنکه تصرف ساده در ملک به عنوان اماره مالکیت شناخته می شد - به آسانی سلب تصرف از مالک می نمودند و با شهود کذب خود را مالک معرفی می کردند. پس از اینکه ملک چند دست معامله می گردید، خریدار دسته چندم متوجه می شد ملک خریداری شده غصبی است و به ناچار به دنبال مالک اصلی می گشت تا رضایت او را جلب کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۰-۹).

اثر دوم که به مراتب از اثر اول قوی تر است، تأثیر صرف اراده در انتقال مالکیت در قالب اعمال حقوقی متعدد بود. نقش محوری اراده، انتقال دهنده را قادر می ساخت که ملک را به راحتی به چند نفر منتقل کند و از اعتماد خریداران نسبت به تصرفی که ظاهراً حکایت از مالکیت وی دارد سوء استفاده نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۴). حتی ثبت سند در محاضر شرعیه - که دفاتر اسناد رسمی در عصر قدیم محسوب می شدند - نیز مانع نقل و انتقالات معارض نشد؛ چنان که در تاریخ ثبت شده است: «در زمان صدارت حاج میرزا آقاسی در دربار محمدشاه قاجار ملکی در محضری چهاربار به عنوان وقف، بیع، صلح و هبه مورد معامله قرار گرفته بود» (بهرامی، ۱۳۹۴: ۱۰۳).

اشکالات مزبور، لزوم ایجاد دفتری به نام دفتر املاک که مالکیت اولیه و انتقالات بعدی در آن مکتوب شود را ضروری نمود. پیاده سازی این نظام مالکیت در چهارچوب تصویب مقررات ثبت املاک از اولین سال های پس از انقلاب مشروطه مد نظر قانون گذار ایرانی قرار گرفت و در نهایت در سال ۱۳۱۰ با تصویب قانون ثبت اسناد و املاک، رسماً جایگزین نظام مالکیت سنتی گردید. در این نظام دیگر تصرف به عنوان موجد یا مُثبِت مالکیت مطرح نبود و عقود و ایقاعات ناقل مالکیت محسوب نمی شدند؛ بلکه به موجب ماده ۲۲، ثبت در دفتر ثبت املاک بود که موجد یا ناقل مالکیت

به شمار می‌آید. این موضع در تفکر حقوق‌دانان غربی با عنوان نظام «مالکیت به موجب ثبت» یا تورنس نام‌گذاری شده است و نظام ثبت املاک ایران جزئی از این نظام ثبتی شمرده شده است (Griggs, 2017: 8).

رویکرد مذکور که برگرفته از مقررات سوئیس است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۶۵؛ طباطبائی حصار، ۱۳۸۶: ۱۸۰)، به طور خاص در حوزه انتقالاتی که با سند رسمی واقع شده‌اند و هنوز در دفتر ثبت املاک به ثبت نرسیده‌اند، اصولاً مورد تأیید حقوق‌دانان و صاحب‌نظران ایرانی نبوده است (بهرامی، ۱۳۹۴: ۵۹۹). در حالی که در مقررات متناظر در سوئیس نیز لزوم تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر ثبت املاک پیش‌بینی شده است، اما هیچ‌شکی نیست که مالکیت صرفاً با ثبت در دفتر ثبت املاک محقق می‌گردد. برای مثال بنا به نص بند یک ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس قرارداد بیع املاک باید به موجب سند رسمی باشد اما هیچ‌گاه این قرارداد ناقل مالکیت قلمداد نشده است. بلکه در مواد ۹۷۱ و ۹۷۲ قانون مدنی تصریح شده است که در مواردی که حقوق عینی باید به ثبت برسند، این حقوق تنها در صورت ثبت، ایجاد می‌شوند. این مقرر در حقوق سوئیس بدون هیچ استثنائی در مورد کلیه نقل و انتقالات مربوط به املاک اعمال می‌شود (Hänseler & Hochstrasser, 1996: 21). همین موضع را قانون‌گذار ایران در ماده ۲۲ قانون ثبت با کاربرد دو عبارت «همین‌که ملکی در دفتر املاک به ثبت رسید» و «کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده» به رسمیت شناخته است.

۳-۱-۲. تشریفاتی نمودن انتقالات قراردادی

مقصود از تشریفاتی نمودن، لزوم تنظیم سند رسمی در انتقالات قراردادی است (بهرامی، ۱۳۹۴: ۱۶۸). سند رسمی اگرچه در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، تعریف شده است، لیکن سند رسمی در حوزه حقوق ثبت به اسنادی اطلاق می‌گردد که در دفاتر اسناد رسمی به ثبت رسیده باشند. (هاشمی، ۱۳۹۹ [الف]: ۳۰۲) در خصوص تشریفاتی بودن انتقالات قراردادی اموال غیرمنقول دو نظر میان دکترین رواج دارد:

عده‌ای معتقدند بر اساس مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، قرارداد انتقال املاک ثبت شده در حقوق ایران یک عقد تشریفاتی است که منوط به تنظیم سند رسمی است. بنابراین در صورتی که تشریفات تنظیم سند رسمی رعایت نشود اساساً عقد باطل است. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۶۰؛ بهرامی، ۱۳۹۴: ۶۰۶-۶۰۷؛ ابهری، ۱۳۸۷: ۲۱۰-۲۰۳، طباطبائی حصار، ۱۳۸۶: ۱۸۰)

در مقابل این نظریه، نص ماده ۲۲ با این مضمون که: «دولت تنها کسی را مالک می‌شناسد که...» و همچنین ماده ۴۸ که از عدم پذیرش اسناد عادی در ادارات و محاکم سخن می‌گوید،

عده‌ای دیگر از حقوق دانان را به این تصور واداشت که انتقال مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی صحیح است و تشریفات مقررات ثبت تنها از نظر قابلیت استناد معامله ضرورت دارد (امینی، ۱۳۸۸: ۲۳۰-۲۳۱، خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۶-۱۳). لذا نه ماده ۲۲ و نه ماده ۴۸ اساساً دلالت بر بطلان قرارداد عادی ندارند (قاسمی، ۱۳۷۷: ۱۳۹-۱۳۷).

برای درک مقصود نظر قانون‌گذار بهتر است نگاهی به مقررات سوئیس بیاندازیم. ماده ۲۱۶ قانون تعهدات و ماده ۶۵۷ قانون مدنی سوئیس از لزوم تنظیم قرارداد پایه در چهارچوب سند رسمی سخن گفته‌اند که بر طبق آن‌ها با توجه به آنکه قرارداد باید در دفتر املاک به ثبت برسد، هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای نسبت به صحت آن نباید وجود داشته باشد. بر این اساس قرارداد انتقال یک سند عادی نیست که بر مبنای اصل رضائی بودن عقود تنظیم گردد؛ بلکه یک سند رسمی است که تا زمانی که مفاد آن در دفتر املاک به ثبت نرسد ناقل مالکیت به شمار نمی‌آید (Cumyn, 1989: 622).

در حقوق ایران، نیز همانند حقوق سوئیس، ماده ۲۲ از اعتبار مالکیت شخصی که نامش در دفتر ثبت املاک به ثبت رسیده است سخن گفته و برای ثبت نام منتقل‌الیه در دفتر املاک، ماده ۴۸ کلیه ادارات از جمله ادارات ثبت را مکلف به پذیرش اسناد انتقال رسمی نموده و از پذیرش هر دلیلی غیر از آن منع کرده است. بر این اساس با توجه به آنکه اثر انتقال مالکیت با ثبت در دفتر املاک محقق می‌شود و مقدمه این امر بر اساس ماده ۴۸ تنظیم سند رسمی است، می‌توان گفت با استناد به قاعده فقهی «مقدمه واجب، واجب است» قراردادهای انتقال مالکیت اراضی و املاک در زمره عقود تشریفاتی محسوب می‌شوند.

۳-۲. نوآوری موضوع نسخ: زوال اثر تملیکی یا تشریفاتی نمودن انتقال املاک ثبت شده

این بخش به شناسایی آن بخش از نوآوری قانون ثبت خواهد پرداخت که مخاطب نسخ نظریه شورای نگهبان و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه قرار گرفته است. در این راستا لازم است ابتدائاً نظریه شورای نگهبان مورد تفسیر قرار گیرد و سپس ماده ۶۲ در چهارچوب تفسیر مورد اشاره تحلیل گردد.

۳-۲-۱. تفسیر نظریه شماره ۹۵/۱۰۲/۲۶۶۴ شورای نگهبان

از پس از انقلاب اسلامی تا به امروز شورای نگهبان در سه مقطع در بحث اعتبار اسناد رسمی اظهارنظر نموده است. اولین اظهارنظر در سال ۶۷ نسبت به مفاد ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی نسبت به اعتبار شهادت در برابر سند رسمی ابراز شد که بر اساس آن مقرر مذکور خلاف شرع تشخیص داده شد (احسانی‌فر، ۱۳۹۶: ۱۲۹). در اصلاحیه‌های سال ۱۳۷۰ قانون مدنی، این ماده صراحتاً از جانب مجلس شورای اسلامی منسوخ اعلام نگردید و به همین واسطه اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه ۷/۱۲۹۰ مورخ ۱۳۷۷/۲/۳۰ این مقرر را لازم‌الاجرا دانست. این اظهارنظر باعث شد که این مسئله

بار دیگر در شورای نگهبان مطرح شود و این بار نیز فقهای شورا طی نظریه‌ای در سال ۹۲ بر همان نظر سابق باقی مانده و استدلال اداره حقوقی قوه قضائیه رد نمودند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۲۲). سال ۱۳۹۵ آخرین موضع شورای نگهبان در بحث اعتبار اسناد رسمی بود که درخصوص ایراد شرعی مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در پاسخ به دو پرسش از اعتبار سند مالکیت و ترجیح آن بر اماره تصرف (نوآوری اول) و عدم رعایت تشریفات انعقاد رسمی (نوآوری دوم) ارائه شد. در پاسخ به این مسئله فقهای شورای نگهبان در طی نظریه مشورتی فقهی شماره ۹۵/۱۰۲/۲۶۶۴ مورخ ۹۵/۸/۴ اگرچه مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک که دلالت بر لزوم تنظیم سند رسمی است را خلاف شرع تشخیص ندادند (هاشمی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۸)، لیکن مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ را به دلیل اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن‌ها باشد خلاف شرع تشخیص داد (میرزائاد جویباری، ۱۳۹۵: ۴۴).

مرور سابقه نظریات مطروحه به وضوح دلالت بر موضع‌گیری شورای نگهبان نسبت به تأسیس اسناد رسمی دارد و به نظر می‌رسد در نظریه اخیر شورای نگهبان، بحث لزوم تشریفات بودن انتقال قراردادی را مغایر با شرع اعلام کرده است؛ با این حال با توجه به آنکه ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه بر مبنای همین تفکر تنظیم شده است، لازم است نظریه مذکور از نظر ماهوی نیز مورد بررسی قرار گیرد تا نسبت به این فرضیه یقین حاصل شود.

مرور دو سؤال مطرح شده نشان می‌دهد که پرسش‌گر به هر دو نوآوری مقررات ثبت توجه داشته است؛ به همین دلیل در پرسش اول خود صراحتاً بحث ماده ۲۲ درخصوص «ثبوت مالکیت با ثبت در دفتر املاک» را مطرح نموده و پرسش دوم را با عبارت «قطع نظر از پرسش اول» آغاز کرده و به ماده ۴۸ و بحث «تشریفات نمودن انتقال قراردادی اموال غیرمنقول» اختصاص داده است. با این حال مفاد نظریه ارائه شده نشان می‌دهد فقهای شورا به یک نقطه اشتراک در مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت نظر داشته‌اند و آن را مغایر با شرع تلقی کرده‌اند.

مفاد ماده ۲۲ برای انتقال از یک تشریفات دومرحله‌ای انعقاد قرارداد و ثبت آن در دفتر ثبت املاک سخن گفته است و ماده ۴۸ تنها اسناد رسمی را دارای اعتبار برای ثبت مفاد آن در دفتر ثبت املاک مورد شناسایی قرار می‌دهد. بنابراین مفهوم مشترک این دو ماده عدم اعتبار قرارداد عادی در ادارات ثبت برای ثبت نام منتقل‌الیه در دفتر املاک است؛ موضوعی که به واسطه آنکه دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد، بنا به تصریح نظریه مشورتی، در تیررس مغایرت با شرع قرار گرفته است؛ لذا نظریه مذکور درخصوص ثبوت مالکیت با ثبت در دفتر املاک اساساً صراحتی ندارد. در تقویت این استنباط شایان ذکر است که اگر شورای نگهبان قصد مغایرت شرعی

قاعده تثبیت مالکیت به موجب دفتر ثبت املاک را داشت، به طریق اولویت باید مفاد ماده ۲۴ قانون ثبت که از عدم امکان طرح دعوا نسبت به عین یا قیمت ملک پس از انقضای موعد اعتراض سخن گفته است را ابطال می نمود. زیرا این ماده در بخشی که ماده ۲۲ ناظر به ثبت اولیه است در واقع ضمانت اجرای ماده ۲۲ در نسخ مالکیت سنتی محسوب می شود؛ همچنین مفاد رأی وحدت رویه ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ که صراحتاً سند عادی ولو تصدیق شده توسط دادگاه را مثبت مالکیت برای دعوی خلع ید نمی داند یکی دیگر از مواردی است که در صورتی که مقصود نظر شورای نگهبان ابطال ماده ۲۲ قانون ثبت بود، باید نسبت به آن تعیین تکلیف می شد. تمامی این سکوت ها دلالت بر آن دارد که بحث ثبوت مالکیت با ثبت در دفتر املاک، موضوعی است که اساساً از نظریه اخیر الذکر شورای نگهبان خروج موضوعی دارد.

۲-۳. تحلیل ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه

در سال ۹۵، قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور به تصویب رسید. ماده ۶۲ این قانون دقیقاً مطابق نظریه مورد اشاره شورای نگهبان بود؛ در این ماده مقنن به دو نکته اشاره داشته است: اولاً، کلیه نقل و انتقالات قراردادی املاک برای قابلیت استناد باید به موجب سند رسمی باشد؛ ثانیاً، اسناد عادی که اعتبارشان نزد دادگاه تصدیق شده است خاصیت سند رسمی قابل استناد را دارند. برای تحلیل ماده مذکور ابتدا باید به این پرسش پاسخ داده شود که آیا این مقرر صرفاً ناظر به «لزوم رسمیت معاملات غیر منقول» است یا به «ثبت معاملات در دفتر ثبت املاک» نیز اشاره دارد؟ اگر این ماده ناظر به مورد اول باشد در مقابل ماده ۴۸ قرار خواهد گرفت اما اگر دایره شمول آن را به ثبت معاملات نیز گسترش یابد، آن گاه اثر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی به ماده ۲۲ نیز سرایت خواهد کرد. کاربرد لفظ «غیر قابل استناد» در مقرر مذکور باعث شده است صاحب نظرانی که به تفسیر آن پرداخته اند، این مقرر را ناظر بر ثبت معاملات غیر منقول نیز بدانند (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۸: ۲۰۵-۲۰۲؛ اسلامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۴۸). به زعم حقوق دانان مذکور اثر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی به ماده ۲۲ قانون ثبت نیز سرایت می کند (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۸: ۲۰۵). در حالی که مقرر مذکور از لزوم رسمیت برای قابلیت استناد قرارداد انتقال سخن گفته است، در کشورهای مبدع اثر «قابلیت استناد» همچون فرانسه، بر اساس بند اول ماده ۳۰ قانون ۴ ژانویه ۱۹۵۵ فرانسه این اثر به ثبت در دفتر املاک اختصاص دارد نه تنظیم سند رسمی. علاوه بر این حتی اگر در حقوق فرانسه اثر قابلیت استناد به تنظیم سند رسمی اعطا می شد، باز هم توجیهی برای ارائه چنین تفسیری در حقوق ایران نبود؛ زیرا در حقوق ایران، قرارداد انتقال تنها سبب تملیک را فراهم می آورد و بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت، اثر انتقالی تنها با ثبت در دفتر ثبت املاک صورت می پذیرد؛ نکته ای که نظام

ثبت املاک ایران را از نظام فرانسه متمایز نموده است.

بر این اساس مفهوم قابلیت استناد به کاررفته در ماده ۶۲ ناظر به اثر انتقالی مالکیت با ثبت در دفتر املاک نبوده و حتی با تصویب این مقرر نیز اثر انتقال مالکیت همچنان با دفتر املاک است و قرارداد مبنا تا زمانی که در دفتر املاک به ثبت نرسد، اثری در انتقال ندارد (طباطبایی و سادات اخوی، ۱۳۹۸: ۱۹۹). این استنباط نشان می‌دهد مفاد ماده ۶۲ نسبت به اثر اسناد رسمی حاوی مفهوم جدیدی نمی‌باشد. چراکه بر اساس ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی و ماده ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک این اثر برای اسناد رسمی وجود داشته است.

در کنار این موضوع مقرر فوق در خصوص اسناد عادی تصدیق شده نزد محاکم دادگستری نیز اثر قابلیت استناد را مطرح نموده است. این مفهوم با توجه به ساختار نظام ثبت املاک ایران بر مبنای ماده ۲۲ قانون ثبت در دو بخش نمود می‌یابد:

اولاً در ارتباط با ادارات ثبت که پیش‌تر بر اساس ماده ۴۸ به اسناد عادی برای تغییر اطلاعات دفتر ثبت املاک واقعی نمی‌نهادند؛ لیکن زین پس با اعطای اثر قابلیت استناد به این اسناد، انتقالات عادی تصدیق شده توسط دادگاه‌ها را نیز به عنوان سببی معتبر برای ثبت در دفتر ثبت املاک به رسمیت می‌شناسند.

ثانیاً در ارتباط با انتقالات با سند عادی مقدم و سند رسمی مؤخر. برای مثال شخص الف ملکی را به موجب سند عادی مقدم به ب انتقال داده است و پس از آن به موجب سند رسمی مؤخر آن را به ج منتقل می‌کند. در حد فاصل زمانی میان انتقال رسمی به ج تا ثبت در دفتر ثبت املاک که از چند روز تا چند هفته به طول می‌انجامد، اگر ب بتواند به موجب حکم دادگاه مفاد سند عادی خویش را مورد تصدیق مقام قضایی قرار دهد و سپس تقاضایی مبنی بر ثبت انتقال مالکیت در دفتر ثبت املاک را به اداره ثبت تحویل دهد، سند عادی ب در برابر سند رسمی ج قابل استناد است و ارجحیت پیدا می‌کند و به تبع آن مالکیت الف در دفتر ثبت املاک به نام ب تغییر داده می‌شود و سند مالکیت هم به نام ب صادر می‌شود؛ لیکن اگر سند مالکیت ج صادر شده باشد و ب پس از آن متقاضی ثبت مالکیت گردد، دیگر مفاد ماده ۶۲ قانون احکام دائمی جاری نیست بلکه ماده ۲۲ قانون ثبت، مالک را شخص ج می‌داند و مستفاد از مفهوم ماده ۲۴ شخص ب هیچ‌گونه ادعایی نسبت به عین یا قیمت ملک علیه ج نمی‌تواند مطرح سازد.

شایان ذکر است که اثربخشی به اسناد عادی، همان طور که در مقرر مذکور عنوان شده است تنها در صلاحیت محاکم عمومی قرار داشته و سایر مراجع قضایی و شبه قضایی صلاحیتی در این امر ندارند. این تفسیر که با موضع استثنائی اعتبار این اسناد نیز هم خوانی دارد، مورد پذیرش برخی

حقوق دانان نیز واقع شده است (دریائی و کربلانی آقازاده، ۱۳۹۹: ۱۱۳).

نتیجه

در حوزه نقش نظام ثبت املاک در وقوع انتقالات قراردادی و تحقق وضعیت مالکیت، معمولاً نظام‌های ثبت املاک از دو اثر «ایجاد مالکیت» یا «قابلیت استناد مالکیت» پیروی می‌کنند. این موضوع بر اساس مطالعات این پژوهش ارتباط مستقیم با اطلاق‌گرایی یا انحصارگرایی مالکیت دارد: نظام‌های اطلاق‌گرا، اساساً بر اختیارات مالک در چگونگی تصرف و انتقال مالکیت تأکید دارند. موضوعی که مانع از اعطای اثر ایجاد حق با ثبت در دفتر املاک می‌گردد و اثر ثبت را تنها به قابلیت استناد حق معطوف می‌سازد. حقوق فرانسه پیرو این رویکرد است. نظام‌های انحصارگرا تأکید ویژه‌ای بر امنیت مالکیت دارند. به همین دلیل برای پشتیبانی هرچه بیشتر مالکیت، مالکیت را موهبتی از جانب حاکمیت می‌دانند که با ثبت در دفتر املاک به متقاضی آن اعطا می‌گردد. سوئیس و انگلستان از پیروان این رویکرد می‌باشند.

در حقوق ایران نظام مالکیت مندرج در قانون مدنی به تبعیت از حقوق فرانسه و فقه امامیه یک نظام اطلاق‌گراست. با این حال در حوزه اموال غیرمنقول، قانون ثبت ۱۳۱۰ آن را به سمت انحصارگرایی پیش برده است. با تصویب مقررات ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۱۰، ثبوت مالکیت با ثبت در دفتر ثبت املاک و تشریفاتی نمودن انتقال املاک به‌عنوان دو نوآوری بود که نظام ثبت املاک در حقوق مالکیت سنتی ایجاد نمود.

بررسی‌های این مطالعه حاکی از آن است که نظریه مشورتی شورای نگهبان و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه، اعتبار دفتر املاک به‌عنوان سبب موجد مالکیت را هدف قرار نداده است؛ بلکه تنها به آن بخش از نوآوری‌های نظام ثبت املاک اشاره داشته است که مبتنی بر تشریفاتی نمودن انتقال املاک در چهارچوب ماده ۴۸ قانون ثبت می‌باشد. این موضع را قانون‌گذار با پذیرش اعتبار اسناد عادی تصدیق شده در دادگاه‌ها نسخ نموده است؛ با این حال به‌واسطه آنکه تا پیش از این تنها مفاد اسناد رسمی قابل ثبت محسوب می‌شد و اکنون اسناد عادی مورد تصدیق دادگاه‌ها نیز به‌عنوان موجبی معتبر برای ثبت انتقال در دفتر املاک محسوب می‌شود، لزوم ارتباط میان دادگاه‌ها و ادارات ثبت به‌واسطه اطلاع رسانی نسبت به ادارات ثبت جهت تغییر دفاتر ثبت املاک امری اجتناب‌ناپذیر است.

در این خصوص اگرچه طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیر منقول حاوی مقرراتی، من جمله ماده ۸ درخصوص لزوم ارتباط میان مراجع قضایی و سازمان ثبت درخصوص ثبت مفاد آرای مراجع مذکور، می‌باشد، لیکن چگونگی برقراری این ارتباط نیازمند وضع آیین‌نامه‌های خاص و صدور بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌هایی از جانب مقامات ذی‌صلاح است. در این راستا پیشنهاد می‌شود:

الف) زیرساخت‌های لازم برای تعییه سیستم ارتباطی میان مراجع قضایی و سازمان ثبت به‌گونه‌ای تعبیه شود که در تمامی ساعات کاری مراجع قضایی و ادارات ثبت این ارتباط همواره به‌صورت برخط برقرار باشد.

ب) به‌واسطه اهمیت زمان در تثبیت مالکیت اشخاص ابلاغ بخشنامه از جانب ریاست قوه قضائیه مبنی بر الزام کلیه مراجع قضایی به ثبت الکترونیک آرای مربوطه در سیستم سازمان ثبت و ممنوعیت احاله ذی‌حق به مراجعه حضوری به مراجع ثبتی امری اجتناب‌ناپذیر است.

ج) چگونگی ثبت مفاد آرای مراجع قضایی در دفتر ثبت املاک به‌عنوان تکلیفی جدید بر ادارات ثبت نیازمند اقدامات توجیهی مأمورین ثبت است. در این راستا وضع آیین‌نامه اجرایی ماده ۶۲ از جانب رئیس قوه و ابلاغ دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌ها از جانب ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک، به‌واسطه آنکه اجرای این ماده را تسهیل می‌سازد، مورد توصیه است.

منابع

فارسی

- ابهری، حمید (۱۳۸۷)، «نقش سند رسمی در بیع املاک»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴.
- احسانی‌فر، احمد (۱۳۹۶)، «ادله قرآنی اعتبار سند رسمی و چیرگی آن بر دیگر ادله اثبات دعوا»، قرآن، فقه و حقوق اسلامی، دوره چهارم، شماره ۷.
- اسلامی، سیدمحمدهادی، جلیل قنواتی و عباسعلی حیدری (۱۳۹۷)، «تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۱.
- امامی، سیدحسن (۱۳۴۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- امینی، منصور (۱۳۸۸)، «نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۴۹.
- بهرامی، داریوش (۱۳۹۴)، حقوق ثبت املاک در ایران، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۶)، گزیده‌ای از حقوق اموال، چاپ سوم، تهران: شهر دانش.
- پیلوار، رحیم (۱۳۹۳)، فلسفه حق مالکیت، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، حقوق ثبت، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶)، حقوق اموال، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
- جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، جلد ۸، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- حقیقت، علی (۱۳۹۱)، ثبت املاک در ایران، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹)، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوق دادگستری، دوره ۷۴، شماره ۷۱.
- خداداد، جنت و منصور امینی (۱۴۰۰)، «ارزیابی «طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول» با رویکرد تطبیقی»، نشریه پژوهش‌های حقوق ثبت، دوره یک، شماره یک.
- دریائی، رضا و مصطفی کربلانی آقازاده (۱۳۹۹)، «مرجع صالح و نحوه رسیدگی به شکایت از دستور اجرای اسناد لازم‌الاجرا و عملیات اجرایی ثبت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، «فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی»، کانون، شماره ۹۱.
- شهری، غلامرضا (۱۳۸۹)، حقوق ثبت اسناد و املاک، چاپ سی و یکم، تهران: جهاد دانشگاهی (واحد علامه طباطبائی).
- صفائی، سیدحسین (۱۳۹۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: میزان.
- طباطبائی، سیدمرتضی و سیدمحسن سادات اخوی (۱۳۹۸)، «تحلیل اعتبار مطلق اسناد رسمی در پرتو قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
- طباطبائی حصار، نسرین (۱۳۸۶)، جایگاه ثبت در تثبیت مالکیت اموال غیر منقول و احقاق حقوق، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

- طباطبائی حصارى، نسرین (۱۳۹۸)، **مبانی و آثار نظام ثبت املاک**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طباطبائی حصارى، نسرین و سروش صفی‌زاده (۱۴۰۰)، «درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مولفه‌های کلان طبقه بندی تطبیقی)»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۲۹، شماره ۹۴.
- عباسی داکانی، خسرو (۱۳۸۲)، «تجدید نظر یا نگاهی تازه به ماده ۲۲ قانون ثبت»، **کانون**، شماره ۴۴.
- قاسمی، محسن (۱۳۷۷)، **انتقال مالکیت در بیع در حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق فرانسه**، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق.
- قناتی، جلیل (۱۳۸۲)، «مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع»، **اندیشه‌های حقوقی**، دوره اول، شماره پنجم.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۴)، «سیاست قضایی و دفاتر اسناد رسمی»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۶۸.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۲)، **اموال و مالکیت**، چاپ سی و نهم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۵)، **عقود معین**، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاظمی، محمود (۱۳۹۸)، «قانون مدنی یا فقه فارسی: جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران»، **پژوهش حقوق خصوصی**، دوره هشتم، شماره بیست و نهم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۲)، **قواعد فقه**، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- میرزاژاد جویباری، اکبر (۱۳۹۵)، «درنگی پیرامون مواد ۲۲، ۴۷، ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت به بهانه نظریه جدید شورای نگهبان»، **فصلنامه رأی**، دوره ۵، شماره ۱۴.
- ولویون، رضا (۱۳۷۸)، **اماره تصرف**، پایان‌نامه برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- هاشمی، سیدسعید (۱۳۹۹)، «کنوانسیون آپوستیل و تأثیر الحاق به آن بر نظام حقوقی ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- هاشمی، سیدسعید (۱۳۹۹)، **سلسله نشست‌های بررسی و نقد طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول**، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
- هاشمی، سیدسعید، علیرضا محرابی‌زاده و رضا بکشلو (۱۳۹۹)، **بررسی و نقد طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول**، ویراست دوم، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.

عربی

- غروی نائینی، میرزاحمدحسین (۱۴۲۴)، **تنبیه الأمه و تنزیه المله**، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

انگلیسی

- Bursaux, France (1969), "publicités foncière: dans divers pays de europe occidentale, Juris-Classeur (Repertoire Notaire, Civil Annexes, Fasc 20)", **Etude Publiée par la Banque Hypothecaire Europeene**, Vol 24.
- Clarke, Alison, Kohler, Paul (2005), **Property Law Commentary and Materials**, first published, NewYork: Cambridge university press.

- Cooke, Elizabeth (2003), **The New Law of Land Registration**, first published, Oxford & Portland, Oregon: Hart publishing.
- Cumyn, M. (1989). "Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription". **Les Cahiers de droit**, Vol.30, Issue 3.
- Carruthers, P. (2015). "Tangled web indeed: The english land registration act and comparisons with the australian torrens system", **University of New South Wales Law Journal**, Vol 38, Issue 4.
- Glock, Stéphane (2004), **Real property Law Project-National Report of France**, European University Institute, available online: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/France.PDF> (last visited on: 10/3/2021).
- Gordley, James (2010), **Foundations of Private Law**, first published, New York: Oxford.
- Gray, Kevin and Susan Francios Gray (2011), **Land Law**, Seventh Edition, New York: Oxford.
- Griggs, Lynden (2017), **The Doctrinal Coherence of the Torrens System of Land Registration in Australia: Evolution or Revolution?**, Doctoral Thesis, Australia: Bond University.
- Gueriero, M. (1975), **L'acte juridique solennel**, first published, Paris: Librairie Generale de droit et jurisprudence.
- Hänseler, Peter and Daniel Hochstrasser, (1996), "Real Estate in Switzerland", **Swiss Commercial Law Series**, Volume 5, Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn.
- Harris, J.W. (1996), **Property and Justice**, first published, New York: Oxford University Press.
- Hegel, G.W.F. (2001), **The Philosophy of Right**, translated by S.W Dyde, first published, Ontario: Batoche Books Limited.
- Hepburn, Samantha J (2001), **Principle of property Law**, 2nd edition, Sydney-London: Cavendish Publishing.
- Holmes, Oliver Wendell (2009), **THE COMMON LAW**, first published, USA: THE BELKNAP PRESS OF HARVARD UNIVERSITY PRESS
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt & Thomas Geiser (2011), **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**. II. Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT, 3d edition, Germany: Helbing & Lichtenhahn.
- Le page, Henri (1985), **Pourquoi la propriété**, collection Pluriel.
- Pairault, Thierry (2001). "Droit de propriété et réforme du secteur d'État". **Études Chinoises**, Vol.20, Issue1-2.
- Schmid, H., Hertel, Christian, Wicke, Hartmut (2005), **Real Property Law and Procedure in the European Union**, final version, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, available online: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf> (last visited on: 10/3/2021)

- Simler, Philippe and Philippe Delebecque, (2016), **Droit civil**, Les sûretés, La publicité foncière, 7e edition, Paris: Dalloz.
- Sparkes, Peter (2003), **A New Land Law**, 2nd edition, Oxford & Portland, Oregon: Hart publishing.
- Wolf, Von Stephan and Jonas Mangisch (2016), **Das Grundbuch in der Schweiz und seine Prinzipien**, in Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts, edited by Herausgegeben von and Arkadiusz Wudarski, Berlin: Duncker & Humblot.

آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران

محمدعلی فراهانی*، مرتضی حاجی علی خمسه**، هادی طحان نظیف***

چکیده

یکی از مباحث مهم نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نحوه اعمال حاکمیت موازین شرعی بر قوانین و مقررات است. اجرای این موضوع که در اصل ۴ قانون اساسی بدان پرداخته شده است، آثار حقوقی و قضایی متعددی را در نظام حقوقی موجب می‌شود. به بیان دیگر، اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات یا قوانین و مقرراتی که توسط فقهای شورای نگهبان صورت می‌گیرد آثار گوناگونی بر نظام حقوقی و قضایی خواهد داشت. لذا نحوه اعلام نظر فقهای محترم شورای نگهبان مسئله‌ای حائز اهمیت است. این امر می‌تواند زمینه تحقق اصل ۴ قانون اساسی و اسلامیت قوانین و مقررات را در نظام حقوقی فراهم سازد یا از سوی دیگر نظام حقوقی را با ابهام، تعارض و خلأ قانونی مواجه سازد. لذا در این مقاله با عنوان «آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران» سعی شده است تا آثار فوق الذکری که در نتیجه اعلام مجمل یا کامل نظرات فقهای شورای نگهبان پدید می‌آید مورد بحث و تحلیل قرار گیرد. لذا ابتدا با روشی توصیفی انواع ایرادات مطروحه از سوی فقهای شورای نگهبان احصا شده است و به عنوان نمونه به ایراد ناظر بر «اطلاق یا عموم قوانین و مقررات» اشاره شده است و بالاخره با روشی تحلیلی نحوه اعلام نظر فقهای محترم بررسی شده است تا مشخص شود چه آثاری در نظام قضایی ایجاد می‌کند و بدین نحو جمع‌بندی شده است که به منظور تحقق غایت اصل ۴ قانون اساسی، نظرات

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
makf110@gmail.com

** دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
morhakh@gmail.com

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

فقه‌های شورای نگهبان در موارد موضوع این نوشتار باید مستند و مستدل بوده و از بیان نظرات مجمل اجتناب شود. در غیر این صورت نظام قضایی در تحقق غایت اصل ۴ قانون اساسی دچار ناکارآمدی می‌شود.

واژگان کلیدی: اصل ۴ قانون اساسی، فقه‌های شورای نگهبان، مغایرت شرعی، نظام قضایی، موازین شرعی

مقدمه

نظام قضایی و دادگستری جمهوری اسلامی ایران بر اساس سلسله‌مراتب قوانین بیش از هر مقرر قانونی باید نسبت به قانون اساسی تبعیت نماید و از آنجاکه بر اساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی ایران باید بر اساس موازین اسلامی باشد در حقیقت هر یک از نهادهای موجود در نظام حقوقی که هنجارگذاری می‌کند اعم از اینکه قانون وضع کرده یا در مقام وضع مقرر ایفای نقش می‌کند باید نسبت به رعایت این اصل دقت کافی را مبذول دارد. از سوی دیگر به منظور نظارت بر حسن اجرای این اصل و تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت هنجارهای وضع شده با موازین شرعی نهادهای پیش‌بینی شده است تا اجرای این اصل را تضمین نماید. در واقع نظارت بر اسلامیت قوانین و مقررات در نظام حقوقی وظیفه‌ای است که برعهده فقه‌های شورای نگهبان قرار داده شده است. در راستای اعمال نظارت مزبور، برخی از مصوبات یا هنجارها به صورت پیشینی یا پسینی توسط فقه‌های شورای نگهبان مورد نظارت قرار می‌گیرد. مصوبات مجلس شورای اسلامی به استناد اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی برای شورای نگهبان ارسال می‌شود و در صورتی که فقه‌های شورای نگهبان مفاد مصوبه را مغایر با موازین شرعی تشخیص دهند، مصوبه به منظور اصلاح به مجلس اعاده می‌گردد. همچنین این نظارت در خصوص مقررات، مطابق با سازوکاری که از طریق دیوان عدالت اداری به فقه‌های شورای نگهبان ارجاع می‌شود اعمال می‌گردد. در این موارد فقه‌های شورای نگهبان در صورت تشخیص مغایرت، مراتب را به دیوان عدالت اداری اعلام می‌کنند و مقرر مغایر از تاریخ تصویب ابطال می‌گردد.^۱

۱. تبصره ۲ ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقه‌های شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.»

ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور

نظراتی که فقهای شورای نگهبان در راستای اعمال نظارت فوق‌الذکر و مبنی بر مغایرت هنجار مربوطه صادر می‌کنند انواعی دارد که از جمله آن‌ها مغایرت «اطلاق یا عموم» مصوبه مورد نظارت با موازین شرعی است. ایراداتی که از این جهت مطرح می‌شوند در سه دسته قابل تقسیم است؛ یا ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه با ذکر دلیل ایراد مطرح می‌شود یا بدون ذکر دلیل ایراد صادر می‌شود یا اینکه با ذکر دلیل و استناد شرعی مربوطه صادر می‌شود. هر کدام از حالات مزبور نیز دارای آثار حقوقی است که در مقام تصویب مصوبه اصلاحی متجلی می‌شود. در این مقاله الزامات فقهای شورای نگهبان در بیان نظرات ناظر بر ایراد اطلاق یا عموم مصوبه بررسی شده است تا اینکه مقام اصلاح‌کننده در مقام تصویب یا مقام قضایی در مقام اعلام ابطال مصوبه، به درستی و در جهت ایراد اصلی مطرح شده اقدام نمایند. بنابراین پرسش اصلی این نوشتار عبارت است از اینکه «الزامات و آثار حقوقی مترتب بر اعلام مغایرت «اطلاق یا عموم» قوانین و مقررات با موازین شرعی چیست؟» با تتبع در آثار علمی پیشین می‌توان گفت درخصوص نحوه اعلام نظرات فقهای شورای نگهبان به‌طور کلی و نیز درخصوص ایراد مغایرت اطلاق یا عموم قوانین و مقررات با موازین شرعی به‌طور خاص هیچ پژوهش و مطالعه‌ای صورت نگرفته است. البته در موضوع صلاحیت فقهای شورای نگهبان و حدود و ثغور آن یا فتوای معیار نظرات فقها آثاری قابل استفاده است اما در موضوع نوشتار حاضر پیش از این اثری یافت نشده است. لذا تبیین انواع ایرادات مطروحه از سوی فقهای شورای نگهبان و نیز بررسی آثار حقوقی مترتب بر اجرای نظرات فقهای مزبور امری بدیع و نوبه نظر می‌رسد. روش جمع‌آوری داده‌ها در این تحقیق به‌صورت کتابخانه‌ای بوده و روش «توصیفی - تحلیلی» نیز به‌عنوان روش تحقیق مورد توجه قرار می‌گیرد. همچنین یافته‌های این تحقیق، علاوه بر اینکه برای فقهای شورای نگهبان قابل استفاده خواهد بود می‌تواند در راستای اعمال بهتر وظایف قانونی و شرعی دولت، مجلس شورای اسلامی و نیز دیوان عدالت اداری به‌عنوان سبب نظارت قضایی بر اعمال حکومت در گستره دادگستری نظام قضایی ایران منشأ اثر باشد.

در این راستا در این مقاله ابتدا انواع ایرادهای فقهای شورای نگهبان را نسبت به قوانین و مقررات بیان کرده و سپس اقسام مختلف ایراد ناظر بر «اطلاق یا عموم» یک مصوبه را بررسی می‌کنیم. پس از تبیین انواع ایرادات مذکور، آثار حقوقی اجرای نظر فقهای شورا از حیث ایرادات مزبور مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت نیز تکلیف مقام مجری نظرات شورا همچون محاکم و دیوان عدالت اداری به‌عنوان مهم‌ترین نهادهای تصمیم‌ساز در قوه قضائیه تحلیل می‌شود.

اثر آن را به زمان تصویب مصوبه مترتب نماید.»

۱. انواع ایرادهای فقهای شورای نگهبان به قوانین و مقررات

بر اساس اصول ۴ و ۹۶ قانون اساسی تشخیص مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی و نیز قوانین و مقررات با موازین اسلامی با اکثریت فقهای شورای نگهبان است. بر همین اساس فقهای شورای نگهبان ایرادات مختلف و متعددی نسبت به انواع مصوباتی که به آنها عرضه می‌شود وارد کرده‌اند که باید توسط مقامات قضایی ما در تمام نهادهای مطرح در قوه قضائیه اعم از محاکم و دادسراها و ادارات ثبت و اجرای احکام و غیره ملاحظه و مورد تبعیت قرار گیرد. ایرادات مزبور را می‌توان تحت عناوین زیر دسته‌بندی کرد:

۱-۱. مغایرت صریح مصوبه با موازین شرعی

گاهی در انواع مصوباتی که از سوی فقهای شورای نگهبان مورد نظارت قرار می‌گیرند مفادی درج شده است که به‌طور صریح با موازین شرعی مغایر است. مانند نظر شماره ۸۸/۳۰/۳۲۸۵۳ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۳ پیرامون طرح زکات و کمک‌های دولت^۱ که طبعاً با اعلام مغایرت مورد اشاره، تبعیت دستگاه‌های اجرایی و نظام قضایی موجود از این نگرش شورای نگهبان الزامی است و هر تفسیر قضایی خلاف این نگرش باطل و فاقد وجاهت قانونی خواهد بود.

۱-۲. مغایرت آثار اجرایی مصوبه با موازین شرعی

گاهی اوقات مصوباتی در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است که فی‌نفسه مغایرتی با موازین شرعی در آنها نبوده است، اما اعتبار و مشروعیت آن مصوبات موجب اقداماتی می‌گردد که مغایر موازین شرعی است. به‌عنوان مثال این موضوع را می‌توان در موافقت‌نامه‌های معاضدت قضایی فی‌مابین جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورها مشاهده نمود. اساساً توافق مبنی بر انجام معاضدت قضایی به‌خودی‌خود فاقد اشکال است، اما در جایی که این تعهد موجب اعتباربخشی به نظر قاضی غیرمسلمان می‌شود یا فرایندی غیراسلامی ملاک عمل قرار می‌گیرد محل اشکال خواهد بود. امری که به وضوح بیانگر آثار حقوقی و قضایی آن در دادگستری کشور ماست و اثری مترتب بر

۱. نظر شماره ۸۸/۳۰/۳۲۸۵۳ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۳ پیرامون طرح زکات: «۵- تبصره (۱) ماده (۴) از این جهت که موظف می‌کند بدون اذن ولی فقیه معادل ریالی زکات جمع‌آوری شده را به مصرف برساند خلاف موازین شرع شناخته شد. و در خصوص کمکهای دولت، مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.»

نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۱۹۸۷ مورخ ۱۳۹۰/۱/۲۴ پیرامون اساسنامه صندوق خدمات درمانی: «۱- در خصوص اعضای هیئت امناء ماده (۷) و اعضاء سایر ارکان صندوق، باید شرایط آنان از نظر اعتقادی و سیاسی و وثاقت عملی مشخص شود والا خلاف موازین شرع است.»

نحوه اعلام تطابق یا مغایرت شورای نگهبان تلقی می‌شود^۱ بنابراین در چنین مصوباتی، آثار اجرایی یک مصوبه دارای مغایرت با موازین شرعی تشخیص داده می‌شود.

۳-۱. مغایرت از حیث مقام تصویب‌کننده

در برخی موارد نیز فقهای شورای نگهبان مصوبه‌ای را به دلیل آنکه مقامی غیر صالح آن را تصویب کرده است مغایر با موازین شرع دانسته‌اند. توضیح آنکه مفاد مصوبه امری است که باید توسط قانون‌گذار تجویز شود، در حالی که مثلاً توسط شورای اسلامی شهر به تصویب رسیده است و قانون چنین اجازه‌ای را نداده است. به عنوان مثال تصرف در اموال مردم به حکم شرع و قانون امری است که تنها در چهارچوب موازین شرعی قابل تحقق است و هیچ کس حق اخذ رایگان اموال مردم را ندارد. این امر در اصل ۲۲ قانون اساسی نیز بیان شده است و موارد استثنای آن تنها توسط قانون قابل پیش‌بینی دانسته شده است. بر همین اساس، اگر نهادی غیر از مجلس شورای اسلامی بدون تجویز قبلی این مجلس، اخذ رایگان اموال مردم را تصویب کند، مصوبه مزبور توسط فقهای شورای نگهبان به استناد مغایرت با موازین شرعی ابطال می‌شود. اما اگر همان مفهوم با اجازه مجلس شورای اسلامی به تصویب برسد دیگر فقهای شورا آن مصوبه را مغایر با شرع تشخیص نمی‌دهند.

۴-۱. مغایرت از حیث ارجاع به مفاد مغایر موازین شرعی

در برخی موارد نیز ایراد فقهای شورای نگهبان از این جهت است که مصوبه به امری ارجاع داده است که آن امر شامل مواردی است که مغایر موازین شرع است. به عنوان مثال در مصوبات متعددی مجلس شورای اسلامی، احکام مترتب بر موضوعات مختلف را در مقام سکوت مشمول قانون تجارت دانسته است. در این موارد فقهای شورای نگهبان ارجاع امر به قانون تجارت را به دلیل شمول آن قانون نسبت به مواردی مغایر با موازین شرعی، مغایر شرع دانسته‌اند.^۲ این امر از منظر قضایی هم

۱. نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۵۰۴۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۳ درخصوص «لایحه تشریفات (پروئکل) انتقال محکومین به حبس الحاقی به موافقت‌نامه معاضدت قضائی متقابل در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ترکمنستان»: «۱- همانگونه که در موافقتنامه‌های مشابه اظهار نظر شده است این لایحه از این جهت که اطلاق برخی از مواد آن از جمله بندهای ۳ و ۴ ماده ۸ و بند ۲ ماده ۱۱، اعمال مقررات غیر منطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد را لازم‌الاجرا دانسته و نیز بعضی مواد آن مستلزم تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه کشور ترکمنستان و نیز ارجاع کارهای قضائی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد می‌باشد که خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها ولو بر خلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

۲. قانون برنامه پنجم: «فراز دوم ماده (۹۹) نیز از این حیث که مشخص نیست که آیا شامل مواردی می‌شود که این حقوق شرعاً پس از ادغام، قابل انتقال نمی‌باشد یا خیر ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهار نظر می‌گردد. علاوه بر این

عدم اعتبار مصوبه ارسال شده را در بردارد و هم تأکید و تبیین عدم اعتبار قانون مورد ارجاع و بدین ترتیب در این گونه موارد ما با یک اعلام مغایرت، دو اثر حقوقی و قضایی را می‌توانیم در گستره قضایی و دادگستری ملاحظه نماییم. البته با توجه به عدم ابطال منجز مفادی از قانون تجارت توسط فقهای شورای نگهبان در این موارد، قانون تجارت ابطال نشده است.

۵-۱. مغایرت اطلاق مصوبه با موازین شرعی

از جمله ایراداتی که به هنجارهای حقوقی از جانب فقهای شورای نگهبان وارد می‌شود، مغایرت اطلاق آن هنجار با موازین شرعی است. اطلاق در لغت به معنای رهایی و آزادی است و در اصطلاح اصولی نیز معنایی مشابه همین دارد (محمدی، ۱۳۹۳: ۱۲۲). زیرا مطلق، لفظ یا معنایی است که بدون لحاظ وصف، حالت یا قید خاص و آزاد از این قیود مورد نظر قرار گیرد (قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۹۲: ۲۵۳). البته در تعریف سنتی از اطلاق چنین بیان می‌شود که مطلق آن است که بر معنای شایعی در جنس خود دلالت کند که البته اشکالاتی به آن وارد شده است ولی تقریب معنایی خوبی را بیان می‌نماید (مظفر، ۱۳۸۵: ۲۹۹). نهایتاً آنچه از اطلاق فهمیده می‌شود آن است که گوینده فرد خاصی را مد نظر نداشته است و همه افراد موضوع در حکم مذکور قرار می‌گیرند (صدر، ۱۳۸۷: ۲۳۷).

در مواردی که هنجار حقوقی به نحو مطلق بیان شده است، اطلاق عبارات سبب می‌شود تا مفاد هنجار مزبور مصادیق متعددی را شامل شود. این در حالی است که شمول حکم نسبت به برخی مصادیق مغایر با موازین شرعی می‌باشد. به عنوان مثال می‌توان به ایراد فقهای شورای نگهبان ناظر بر «طرح تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن» اشاره نمود. در این نظر فقهای شورا اطلاق ماده (۳) مصوبه را دارای اشکال دانسته‌اند. بر این اساس ماده مورد اشاره در خصوص جرایم موضوع قانون، «مقررات مربوط به آزادی مشروط، تعویق، تعلیق و تخفیف مجازات قابل اعمال نیست». شورای نگهبان اطلاق این ماده را در خصوص مواردی که به لحاظ شرعی تعویق اجرای مجازات لازم است واجد اشکال دانسته‌اند. در حقیقت بر اساس شرع مقدس، در برخی مصادیق تعویق اجرای مجازات ضرورت دارد (الامام الخمینی، ۱۳۹۰: ۵۳۸). اینکه در این ماده به طور مطلق تعویق اجرای مجازات را در مورد جرایم موضوع این قانون غیر قابل اعمال دانسته است مغایر با موازین شرعی دانسته شده است امری که به وضوح مصداق بارز و آشکار آثار قضایی نحوه

ارجاع امر به قانون تجارت علی‌الاطلاق، چون شامل مواردی هم می‌شود که قانون مذکور خلاف شرع است، اشکال دارد.»

اعلام مغایرت است و این چالش را مطرح می‌کند که با فرض اینکه چنین مغایرتی از سوی فقهای شورای نگهبان اعلام نمی‌شد آیا قضات ما مجاز یا مکلف بودند ابهام مورد اشاره را درخصوص سرایت یا عدم سرایت تعویق مجازات با مراجعه به شرع بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی رفع کنند یا خیر؟ به عبارت دیگر اگر شورای محترم نگهبان از این‌گونه یا از این نحوه اعلام مغایرت‌ها سهواً یا عمدتاً غمض عین نماید اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌تواند مستند قرار گرفته و خلأ آن را پرکند؟ به نظر می‌رسد چالش‌های ناشی از اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی در حقوق ایران بالاخص در امور کیفری مانند مثال اسید پاشی فوق‌الذکر قابل تأمل و بررسی است (الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۴۷).

۶-۱. مغایرت عموم مصوبه با موازین شرعی

آخرین موردی که از ایرادات فقهای شورای نگهبان ناظر بر مغایرت شرعی مصوبات قابل بررسی است، آن است که عمومیت حکم مقرر در یک مصوبه با موازین شرعی مغایر تشخیص داده می‌شود.^۱ عموم در لغت یعنی شمول و فراگرفتن و عام نیز به معنای شامل و فراگیرنده می‌باشد (محمدی، ۱۳۹۳: ۸۶) و در علم اصول نیز عام، لفظی است که بر شمول و فراگیری مفهوم خود نسبت به همه افراد و مصادیقش دلالت می‌کند (قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۹۲: ۱۸۴-۱۸۵). می‌توان گفت که آنچه تقریباً میان تمامی علمای اصول در تعریف «عام» پذیرفته شده است عبارت است از اینکه منظور از عام، لفظی است که مفهوم آن لفظ دربردارنده کلیه مصادیقی می‌شود که این صلاحیت را دارند تا آن لفظ بر آن‌ها منطبق شود (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۷؛ مظفر، ۱۳۸۵: ۲۴۳ و مشکینی، ۱۳۹۴: ۲۱۱). همچنین گفتنی است که برای رساندن مفهوم عموم در تمام زبان‌ها کلماتی وجود دارد که با به کار بردن آن‌ها عمومیت جمله مستفاد می‌گردد. البته گاهی نیز نحوه ترکیب و ساختار جمله این مفهوم را افاده می‌کند. کلماتی که مدخول آن‌ها حاوی مفهوم عموم می‌شود، در

۱. نظر شماره ۱۶۱۶ مورخ ۱۳۷۰/۵/۲۳: «۲- ماده ۱۱ با توجه به عمومیتی که دارد و حتی شامل اماکنی نیز می‌شود که طبق عقود شرعی در اختیار متصرف قرار گرفته با موازین شرع مغایر شناخته شد.» [ماده ۱۱- کلیه مراکز، هتل‌ها و تأسیسات سیاحتی متعلق به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی که به عللی در اختیار سازمانها و نهادها و ارگانهای دیگر است مجدداً برای تحقق این طرح حداکثر ظرف شش ماه در اختیار وزارت مذکور قرار می‌گیرد و نیز تمام مراکز سیاحتی و هتلها و تأسیساتی که تغییر کاربری یافته‌اند به وضعیت اولیه بازگشته و در اختیار صنعت ایرانگردی و جهانگردی قرار می‌گیرند. تبصره- در پایان مهلت قانونی هرگونه تصرف در تأسیسات و مراکز موضوع فوق تصرف غیرقانونی در اموال دولتی محسوب و طبق قانون با متصرف برخورد خواهد شد.]

نظر شماره ۹۷/۱۰۲/۸۵۲۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۵: «۱- در بند (الف)، شمول حکم نسبت به دستگاه‌های زیر نظر مقام معظم رهبری مدظله‌العالی (موضوع ماده ۲) خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.»

اصطلاح «ادوات عموم» گفته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۸).

در پایان این گفتار ذکر این نکته ضروری است که از نظر قواعد اصول فقه، عام و مطلق متعلق به دو مبحث جداگانه بوده و قواعد و احکام مختص خود را دارند. لذا در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به دست نویسندگان اصول‌شناس تدوین یافته، عموم و اطلاق به صورت جداگانه مورد استعمال واقع شده است. از جمله اینکه دلالت مطلق بر افراد و مصادیقش از نوع دلالت عقلی و به واسطه مقدمات حکمت است، در حالی که دلالت عام بر مصادیقش از نوع دلالت وضعی و به واسطه ادات عموم است (جمعی از پژوهشگران؛ ۱۳۹۶: ۹۶ و محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷۱-۱۷۰). به زبان ساده، اطلاق قانون چیزی است که کلیت آن، در لفظ تصریح نشده است و عموم قانون آن است که به شمول و کلیت تصریح دارد (یزدی، ۱۳۷۵: ۸۲).

به رغم تفاوتی که میان اطلاق یا عموم یک مصوبه وجود دارد، اما میان آن‌ها شباهت نیز هست؛ لفظ مطلق بر کلیه مصادیق و افراد خود دلالت می‌کند و عام هم به همین صورت بر همه افراد خود شمول دارد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷۰) و در نتیجه به دلیل همین شباهت، آثار اجرایی و نتایجی که در این نوشتار به دنبال بررسی و بیان آن هستیم درخصوص این دو مورد یکی می‌باشد. از این رو در این مقاله، ایرادات ناظر بر «اطلاق» یا «عموم» یک مصوبه به صورت یکسان مورد توجه و ارزیابی قرار گرفته است لذا در مواردی مثال‌هایی از اطلاق و در برخی موارد مثال‌هایی ناظر بر عموم مصوبه به کار گرفته می‌شود.

۲. انواع حالت‌های ایراد ناظر بر «اطلاق» یا «عموم» مصوبه

در گفتار قبل مشخص شد که منظور از ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم یک مصوبه به چه معناست. حال در این گفتار فروض مختلفی را که اطلاق یا عموم یک مصوبه می‌تواند دارای ایراد باشد و انواع ایرادهایی را که از این حیث مطرح می‌شود مورد بررسی قرار می‌دهیم تا آثار حقوقی و قضایی مترتب بر آن نیز قابل ملاحظه باشد.

با بررسی نظرات مختلف فقهای شورای نگهبان مشخص می‌شود که مواردی که فقهای شورای نگهبان اطلاق یا عموم یک مصوبه را مغایر با موازین شرعی دانسته‌اند فروض مختلفی دارد. در برخی موارد مشخص شده است که اطلاق یک مصوبه از چه جهتی واجد ایراد است و جهت یا دلیل ورود ایراد بیان شده است این درحالی است که در برخی موارد به جهت ایراد اشاره‌ای نشده است. در فرض اخیر ممکن است جهت یا دلیل ایراد قابل بیان باشد اما به هر دلیلی در نظر شورا منعکس نشده باشد. اما مواردی نیز وجود دارد که دلیل یا جهت مغایرت اطلاق مصوبه به دلیل ملاحظات مختلف قابل بیان نیست. مواردی نیز قابل ذکر است که اساساً مطلق یا عام بودن یک حکم به صورت ذاتی و

فی نفسه محل ایراد است. علاوه بر این موارد، گاهی نیز در نظرات فقهای شورا دیده شده است که در عین بیان جهت ایراد، مبنای ایراد نیز مستنداً ذکر شده است که هریک از این انحاء بیان مغایرت می تواند تبعات و آثار حقوقی خاص خود را دارا باشد و در نظام قضایی و حقوقی ملاحظه شود.

۲-۱. ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه با ذکر دلیل یا جهت ایراد

از میان ایرادهای ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه، بخش عمده‌ای از ایرادها آن دسته است که دلیل یا جهت ایراد در آن ذکر شده است. به عبارت دیگر، حکم مصوبه بر موارد متعددی شامل می شود، برخی از آن‌ها مغایرتی با موازین شرعی ندارد اما برخی از آن‌ها دارد و دسته اخیر در نظر شورای نگهبان ذکر شده است. به عنوان نمونه درخصوص «طرح دوفوریتی تسهیل تسویه بدهی بدهکاران شبکه بانکی کشور» شورای نگهبان، اطلاق مصوبه را نسبت به قراردادهایی که به صورت قانونی و شرعی منعقد شده‌اند مغایر با موازین شرع دانست. در حقیقت بر اساس مصوبه مزبور، تمام قراردادهایی که در یک بازه زمانی میان بانک و بدهکاران منعقد شده بود، به صورت مطلق بی اعتبار دانسته شده بود. شورای نگهبان این حکم را نه در تمام مصادیق، بلکه نسبت به قراردادهایی که قانوناً و شرعاً صحیح منعقد شده‌اند واجد اشکال دانست.^۱

نمونه دوم از این ایراد را می توان به نظر شورای نگهبان در پاسخ به یکی از استعلام‌های دیوان عدالت اداری اشاره کرد. در این نظر فقهای شورای نگهبان، «اطلاق بندهای ۱-۲ و ۳-۱ از قسمت ۱۰-۴ مصوبه را نسبت به مقدار بیش از لزوم و نیز درخصوص خدماتی که تصدی آن امور ارتباطی به شهرداری ندارد و نسبت به قطعات کوچک، خلاف موازین شرع» دانستند. در حقیقت بر اساس مصوبه، به صورت مطلق شهرداری اجازه اخذ زمین رایگان را از مردم پیدا می کرد. فقهای محترم این حکم را نه در تمام مصادیق بلکه درخصوص ۳ مورد مذکور در نظر مغایر با موازین شرع دانستند.^۲

۲-۲. ایراد بر اطلاق یا عموم مصوبه بدون ذکر دلیل یا جهت ایراد

برخلاف شیوه قبلی، گاهی اوقات ممکن است ایراد وارد بر اطلاق یا عموم یک مصوبه بدون

۱. نظر شماره ۹۸/۱۰۲/۱۱۱۹۳ مورخ ۱۳۹۸/۵/۲: «۱- اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مواردی که قرارداد بین اشخاص و بانک، شرعی و قانونی است، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

۲. نظر شماره ۹۶/۱۰۲/۱۸۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۱: «با توجه به نظریه قبلی فقهای شورای نگهبان که طی شماره ۸۹۳۰۴/۴۲۱ مورخ ۱۳۸۹/۰۸/۲۲ اعلام گردیده؛ اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مقدار بیش از لزوم و نیز در خصوص خدماتی که تصدی آن امور ارتباطی به شهرداری ندارد و نسبت به قطعات کوچک خلاف موازین شرع شناخته شد و با عنایت باینکه چنین اختیارات قانونی برای استانداری‌ها نیز پیش بینی نشده که تشخیص آن بعهده دیوان عدالت اداری است در این صورت مصوبه خلاف شرع می باشد.»

ذکر جهت ایراد نگاشته و بیان گردد. در این موارد نیز فروض مختلفی قابل بررسی است. گاهی ممکن است عدم ذکر جهت ایراد، از روی بی توجهی بوده باشد و فلسفه خاصی ورای این نحوه اعلام نظر نبوده باشد. در مقابل در برخی موارد ممکن است عدم ذکر دلیل ایراد، به خاطر وجود ملاحظات باشد که ممکن است در نتیجه ذکر دلیل ایراد موجب تحقق مفسده‌هایی گردد. گاهی نیز ممکن است اساساً ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه، به صورت ذاتی مطرح باشد و ارتباطی با مصادیق یا صور متصوره در دایره اطلاق یا عموم نداشته باشد.

۲-۲-۱. قابل بیان بودن دلیل ایراد بر اطلاق

در برخی از موارد مشاهده می‌شود که فقهای شورای نگهبان اطلاق یا عموم یک ماده را مورد ایراد مغایرت شرعی دانسته‌اند اما در این خصوص دلیل یا جهت یا مستندی ارائه نکرده‌اند. این در حالی است که در ظاهر مسئله دلیل منطقی خاصی نیز برای عدم تفصیل ایراد نمی‌توان فرض کرد. به عنوان نمونه می‌توان به بند «۲۲» نظر شماره ۳۷۱۳۵/۳۰/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ شورای نگهبان اشاره نمود. در این بند، فقهای شورای نگهبان عموم ماده (۱۳۹)^۱ مصوبه مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع دانسته‌اند این در حالی است که ماده مزبور موارد مختلفی را اشاره کرده است و مشخص نیست ایراد شورای نگهبان دقیقاً ناظر به کدام قسمت از ماده می‌باشد. همچنین موضوع این ماده اساساً موضوعی نیست که اشاره به جهت یا مصادیق ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم یک مصوبه ملاحظه خاصی را بطلبد یا اینکه چالش ویژه‌ای بیافریند. به نوعی می‌توان این موارد را محصول عدم تبیین آثار نحوه اعلام نظر دانست امری که این پژوهش در پی تبیین آن است و نمی‌توان برای آن ظاهراً وجهی منطقی را پی جست. با این وصف این احتمال قابل طرح و تأمل است که عدم ذکر علت و دلیل مغایرت برای این است که شورای محترم نگهبان آن دلیل را بدیهی و واضح، النهایه مغفول‌عنه از دید مقنن دانسته به نحوی که تصور شورا این است که به صرف اعلام مغایرت خود مقنن قادر به تشخیص علت مغایرت خواهد بود هر چند ممکن است این تصور منطبق بر واقع نباشد و مجلس از تشخیص علت ناتوان باشد، همچنین می‌توان احتمالات دیگری را نیز فرض کرد مانند قصد انسداد باب قیاس به علت منصوبی که برای مغایرت می‌توانست اعلام شود، همین طور محتمل است شورای نگهبان به دلیل کثرت مصوبات و حجم گسترده آن‌ها که در قیاس با مجلس و کمیسیون‌های مختلف که در برابر قلت و کمیت کمتر شورای نگهبان چشمگیر است از ذکر علت

۱. ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی: «مسئولیت کیفری تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد.»

اجتناب کند بالاخص که الزام قانونی صریحی در این خصوص برای شورا وجود ندارد.

۲-۲-۲. عدم امکان بیان دلیل ایراد

گاهی ذکر جهت ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم یک مصوبه به دلایل مختلفی با معذوریت مواجه است. این معذوریت ممکن است ناظر بر ملاحظات باشد که به هر دلیلی نسبت به بیان دلیل یا جهت ایراد قابل طرح است یا اینکه از آن جهت باشد که اصل اطلاق در چنین مواردی دارای ایراد است که در ذیل تشریح می‌گردد:

۲-۲-۲-۱. عدم امکان بیان دلیل با توجه به ملاحظات جانبی

برخی موارد مجلس شورای اسلامی در ضمن یک مصوبه امتیازی را به طور مطلق برای افراد ملت تعیین کرده است. ممکن است امتیاز مزبور از حیث شرعی دارای ضوابطی باشد از جمله آنکه بهره‌مندی از آن صرفاً برای شیعیان مجاز شمرده شده باشد. در این موارد ذکر جهات ایراد می‌تواند موجب بروز مفسده گردد و به شکاف یا بحران اجتماعی منجر شود. طبعاً در این موارد پسندیده آن است که شورای نگهبان بدون ذکر وجوه ایراد صرفاً اطلاق مصوبه را مورد اشکال قرار داده و سپس از طرق غیررسمی درصدد اصلاح یا حذف آن برآید و یا اینکه در صورت اصرار مجلس شورای اسلامی، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوبه مزبور جامه اعتبار یا عدم اعتبار را به خود پوشد و طبعاً در چنین مواردی قضات و محاکم حق استناد به دلیل مذکور را برای رد اطلاق یا عموم قوانین دیگر ندارند زیرا دلیل مغایرت منصوص نیست و نهایتاً با حدس و گمان یا بر اساس قرائن شفاهی و غیرقابل استناد تحصیل گردیده است.

۲-۲-۲-۲. عدم امکان بیان دلیل با توجه به ایراددار بودن اصل و ذات اطلاق

در کنار دو فرض پیشین، گاهی نیز ممکن است صرف قانون‌گذاری یا مقررگذاری به‌نحو مطلق محل ایراد باشد، به عبارت دیگر طرح ایراد نه از بابت آن است که مصادیق، مشمول حکم متعدد بوده و از حیث مشمول حکم نسبت به تمام مصادیق ایراد مطرح می‌شود بلکه به دلیل آنکه حکم مزبور به صورت مطلق بیان شده است محل ایراد است. در حقیقت در این موارد ذات عمومیت یا اطلاق قانون‌گذاری مورد ایراد واقع شده است. برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۹۸/۱۰۲/۱۱۱۲۵ مورخ ۱۳۹۸/۴/۳۰ فقهای شورای نگهبان اشاره کرد. این نظر در پاسخ به یکی از استعلام‌های دیوان عدالت اداری صادر شده است و موضوع عبارت است از «عدم ضمان راننده متخلفی که در خطوط ویژه به صورت غیرمجاز مشغول رانندگی بوده است اما جهت حرکت وی مجاز بوده است». در این مورد فقهای شورای نگهبان بیان داشته‌اند که «عدم ضمان متخلف که عبورش در خط ویژه مجاز نبوده به‌نحو اطلاق، خلاف شرع است.» در حقیقت در این موارد، منظور از اطلاق نه به معنای در برابر

تقیید است، بلکه اطلاق در برابر عدم است. به عبارت دیگر، اینکه فرد متخلف مطلقاً ضامن دانسته نشود از سوی فقهای شورای نگهبان مورد ایراد قرار گرفته است. بنابراین اساساً در چنین مواردی بیان جهت ایراد موضوعیت نخواهد داشت. هرچند در این موارد نیز تصریح به ایراد می‌تواند در اصلاح آن مفید و مؤثر باشد.

۲-۳. بیان ایراد بر اطلاق مصوبه با ذکر دلیل و استناد

در برخی موارد، فقهای شورای نگهبان علاوه بر اینکه در ضمن اعلام ایراد ناظر بر اطلاق مصوبه، جهات و دلایل ایراد خود را بیان کرده‌اند، بلکه به این اکتفا نکرده و مستند ایراد خود را نیز ابراز داشته‌اند. به عنوان نمونه در مصوبه مجلس شورای اسلامی که پس از تأیید تبدیل به قانون مجازات اسلامی گردید، در موارد متعددی فقهای شورای نگهبان به کتاب تحریرالوسیله امام خمینی ارجاع داده‌اند و از این طریق نمایندگان مجلس شورای اسلامی را در جهت رفع ایراد مربوط راهنمایی کرده‌اند.^۱

بر این اساس می‌توان گفت نمونه اخیر بهترین شیوه بیان ایراد در نظرات شورای نگهبان است که آثار حقوقی مفید آن در قسمت بعدی بررسی خواهد شد.

۳. آثار حقوقی ناظر بر اجرای نظر فقهای شورای نگهبان در فروض مذکور

در این قسمت با توجه به انواع هنجارها یا مصوباتی که توسط فقها مورد نظارت قرار می‌گیرد و نهادها یا مقاماتی که مخاطب اعلام نظر فقها هستند به بررسی موضوع می‌پردازیم. در حقیقت دستور کار فقهای شورای نگهبان از سه قسم خارج نیست. قسم نخست متنی است که مصوبه مجلس شورای اسلامی است و در مقام اجرای اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی به این شورا ارسال شده است یا اساسنامه مصوب هیئت وزیران است که به استناد ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی برای شورای نگهبان ارسال شده است. این موارد از حیث عدم اعتبار مصوبه قبل از اظهارنظر شورای نگهبان در یک دسته قرار می‌گیرند. قسم دوم مواردی است که قانونی که لازم‌الاجراست در دستور کار فقهای شورای نگهبان قرار گرفته باشد، اعم از اینکه پیش از آن توسط شورای نگهبان مورد نظارت قرار گرفته است یا قوانین پیش از انقلاب و نظایر آن باشد. قسم سوم مواردی است که مقرراتی در دستور کار فقهای محترم می‌باشد که از سوی دیوان عدالت اداری استعلام شده و درخواست ابطال

۱. نظر شماره ۳۷۱۳۵/۳۰/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹: «۳۲- ماده (۱۹۶) محدود کردن قاضی به توقف رسیدگی به مدت ده روز به صورت مطلق در مواردی که امکان کشف حال شاهد در مدت متعارف بیش از ده روز ممکن باشد، خلاف موازین شرع است. (به مسئله ۱۳ و ذیل مسئله ۱۶ کتاب القضاء تحریر، ذیل القول فی الجواب بالانکار مراجعه شود.)»

آن‌ها به دلیل مغایرت با موازین شرعی مطرح شده است که در تمامی این اقسام آثار حقوقی و قضایی قابل تفکیک و ملاحظه‌اند.

۳-۱. مصوبات مجلس یا اساسنامه‌های مصوب دولت

با توجه به اینکه این موارد قبل از اعلام نظر شورای نگهبان لازم‌الاجرا نیستند، از جهت امکان سوءاستفاده‌های احتمالی حساسیت کمتری نسبت به دو دسته دیگر برخوردارند زیرا ایراد شورای نگهبان اجازه ورود مفاد مصوب را به عرصه اعتبار در نظام حقوقی نمی‌دهد. با این وصف تدقیق بیشتر در اعلام نظر فقهای شورای نگهبان می‌تواند در اصلاح و اجرای احسن نظر فقهای شورا تأثیرگذار باشد. در حقیقت مجلس شورای اسلامی و هیئت وزیران در مقام اصلاح ایرادهای ناظر بر اطلاق مصوبه راه‌های مختلفی را پیش رو دارند.

در صورتی که ایراد اطلاق از نوع اول بوده باشد یعنی جهات و دلایل ایراد از سوی فقهای شورا بیان شده باشد، ممکن است مجلس یا دولت به دو طریق مصوبه خود را اصلاح نمایند. طریق اول آن است که نسبت به بیان تفصیلی مصوبه خود اقدام می‌نمایند و شقوق مختلف آن را ذکر کرده و برای هریک حکم خاص خود را بیان می‌دارند. در حقیقت طریق صحیح رفع ایراد شورا بدین صورت است. اما راه دیگر آن است که ماده مورد ایراد به صورت کامل حذف شود. اگرچه این راهکار نیز به ظاهر موجب رفع ایراد شورای نگهبان است و در این موارد شورای نگهبان معمولاً قائل به رفع ایراد سابق است، اما باید دقت کرد که چنین راهکاری نمی‌تواند به معنای رفع ایراد شورا تلقی شود. توضیح آنکه مجلس شورای اسلامی در مقام رفع ایراد شورای نگهبان در برخی موارد و بر اساس یک برداشت از ماده ۱۹۹ آیین‌نامه داخلی خود، صرفاً محدود به مواردی که توسط شورای نگهبان مورد ایراد واقع شده است اقدام به اصلاح می‌کند و نسبت به سایر موارد، اصلاحی را به عمل نمی‌آورد، مگر اینکه اصلاح در مواد مورد ایراد مستلزم اصلاح در برخی مواد دیگر نیز باشد.^۱ با این توضیح، در مواردی که فقهای شورای نگهبان «اطلاق» یک مصوبه را مغایر با موازین شرع تشخیص می‌دهند

۱. البته ذکر این نکته ضروری است که ماده (۱۹۹) آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی تصریحی به عدم امکان اصلاح در خارج از ایرادات مطروحه از سوی شورای نگهبان ندارد اما با توجه به صدر ماده که بیان کرده است «موارد اعتراض برای اصلاح مورد بحث قرار می‌گیرد» و همچنین تبصره (۱) این ماده در خصوص محدودیت دولت در پیشنهاد اصلاح در حدود ایرادات شورای نگهبان، این برداشت می‌تواند از حیث حقوقی دارای وجه باشد. البته رویه مجلس در این خصوص متشتت است و به عنوان نمونه در مصوبه لایحه اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که در جلسه علنی مورخ ۱۴۰۰/۵/۵ مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است در موارد مختلفی، خارج از قلمرو ایرادات، ابهامات و تذکرات شورای نگهبان اصلاحات مد نظر نمایندگان مجلس اعمال شده است.

و مصادیق مورد ایراد و جهات آن را بیان می‌کنند، به این معناست که اصل قانون‌گذاری در این مورد مغایر موازین شرعی نبوده و تنها در برخی از مصادیق یا صور متصوره مغایرت شرعی مطرح می‌شود. لذا حذف ماده مورد ایراد به‌طور مطلق در حقیقت خروج از محدوده مورد ایراد است و مواردی را هم که شورای نگهبان به‌صورت ضمنی تأیید کرده است، اصلاح کرده و این موضوع از حیث تطبیق با آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی محل تأمل است. مضافاً آنکه به استناد تبصره «۳» همین ماده می‌توان گفت مادامی که مجلس شورای اسلامی بتواند مواد مورد ایراد شورای نگهبان را به‌گونه‌ای اصلاح نماید که ماده به کلی از خاصیت نیافتد، اجازه حذف ماده را ندارد. اساساً شاید فلسفه وضع این تبصره آن است که هنگامی که مجلس شورای اسلامی در موضوعی اقدام به تصویب مصوبه می‌نماید فرض بر آن است که مشکلی موجود بوده یا ایجاد تسهیلی مدنظر قانون‌گذار است یا به‌هرحال قانون‌گذاری در آن موضوع ضروری تشخیص داده شده است. حذف ماده مورد ایراد به‌طور کلی و عدم اصلاح آن به‌صورت تفصیلی شاید به ظاهر موجب رفع ایراد شورا شود اما خلأ قانونی سابق همچنان استمرار خواهد یافت. همچنین محتمل است حذف برخی مواد تأثیر قابل‌ملاحظه‌ای در چینش مواد و اثر حقوقی مترتب بر آن دارا باشد.

اصلاح ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم، در مواردی که ایراد به‌صورت مطلق و مجمل ذکر شده است کاری مشکل است. با توجه به اینکه در این موارد برخلاف مورد قبل دلیل یا جهتی از سوی فقهای شورا بیان نشده است، مجلس شورای اسلامی یا دولت می‌توانند به چند طریق عمل نمایند. اول آنکه ماده مربوطه را حذف نمایند، که با توجه به توضیحی که در بالا بیان شد این امر به مصلحت نظام تقنینی نبوده و خلأ سابق مستمر خواهد بود. دوم آنکه بر اساس احتمالات نسبت به اصلاح ماده مورد ایراد و بیان تفصیلی مصادیق یا صور متصوره اقدام کنند. در این موارد نیز ممکن است اصلاح به‌عمل آمده مطابق با نظر فقهای شورا بوده باشد یا خیر و فرض اخیر به معنای بقای ایراد و اضافه شدن مرحله‌ای جدید به مراحل لازم برای اعتبار یک متن قانونی است. اما راه سومی نیز وجود دارد و آن ارتباط با فقهای شورای نگهبان از طریق دعوت از فقهای شورا و شرکت در جلسات کمیسیون یا مجلس یا کمیسیون‌های هیئت وزیران و اطلاع از مبانی ایراد مطروحه و اصلاح در راستای رفع ایراد می‌باشد که چنین اقدامی نیز می‌تواند از حیث شفاهی بودن و عدم کتابت و انتشار موجب محرومیت جامعه حقوقی مانند قضات و تابعان حقوقی از اطلاع از مغایرت و طرح مباحث علمی اصلاحی مورد انتقاد واقع شود.

در مواردی نیز که ایراد فقها با ذکر دلیل و مستند ایراد بیان شده است، مقام تصویب‌کننده به‌منظور رفع ایراد باید مصوبه را با مستند بیان شده از سوی فقها منطبق کند. به‌عنوان مثال درخصوص ماده

(۱۹۶) مصوبه مجازات اسلامی که در بالا اشاره شد، با توجه به اینکه جهت ایراد از سوی فقهای شورای نگهبان مستند به تحریرالوسیله بیان شده بود با اصلاح مجلس شورای اسلامی مبتنی بر منبع اشاره شده ایراد رفع گردید.^۱ در چنین مواردی طبعاً قضات می‌توانند بر اساس دلیل منصوص در بیان شورای نگهبان از ظرفیت طرح شده در موضوع قانون استفاده کنند.

۲-۳. قوانین معتبر سابق نظیر قوانین پیش از انقلاب

در این موارد موضوع اعلام مغایرت و آثار حقوقی آن تا حدود قابل ملاحظه‌ای از موارد قبلی متفاوت است. زیرا در این موارد در حقیقت اعلام نظر فقهای شورای نگهبان به معنای ابطال قانون سابق است. لذا جنبه کنشی، پیشینی و پیشگیری از اعتبار قانون در حال شکل‌گیری ندارد بلکه جنبه پسینی و واکنشی و تهاجمی و نه تدافعی دارد (حسینی بهشتی، ۱۳۸۰: ۶۹) و بعضاً چالش‌ها و واکنش‌های تند برخی ذی‌نفعان قوانین خلاف شرع گذشته را در پی دارد، به هر حال اثر این ابطال آن است که مجریان و قضات و محاکم مختلف داخلی و بعضاً در احوال شخصیه در محاکم خارجی دیگر قانوناً نمی‌توانند به مفاد آن استناد نمایند. همچنین اشخاص ذی‌نفعی که در نتیجه ابطال برای آن‌ها حقی ایجاد می‌شود می‌توانند احقاق حق نمایند. لذا نحوه اعلام نظر فقها در این موارد از اهمیت متفاوتی و برابر قوانین در حال تصویب بلکه در برخی موارد نظر به ابتلای بیشتر مصادیق آن اهمیت بالاتری را برخوردار خواهد بود.

در خصوص این موارد نیز با توجه به انواع ایرادهای فوق‌الذکر، موضوع متفاوت خواهد بود. در صورتی که نظر فقها به‌نحوی بیان شود که جهات و مصادیق مورد ایراد بیان شده باشد، می‌توان گفت که قانون مزبور تنها نسبت به موارد مزبور از اعتبار ساقط شده و نسبت به سایر موارد همچنان معتبر خواهد بود. گو اینکه از ابتدا موضوع آن ماده قانونی، مقید به آنچه در نظر فقهای شورای نگهبان آمده است اعتبار داشته و به تصویب رسیده است. به‌عنوان مثال این موضوع در خصوص تبصره «۱» ماده (۲۶) قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ صدق می‌کند. در حقیقت فقهای شورای نگهبان حکم این تبصره را صرفاً در مناطقی ابطال کردند که اکثریت مردم آن‌ها مسلمان و پیرو مذهب رسمی کشور هستند (فتحی و کوهی اصفهانی،

۱. ماده ۱۹۶: «هرگاه دادگاه، شهود معرفی شده را واجد شرایط قانونی تشخیص دهد، شهادت را می‌پذیرد و در غیر این صورت، شهادت را شهادت شرعی محسوب نمی‌کند و اگر از وضعیت آنها اطلاع نداشته باشد، تا زمان احراز شرایط و کشف وضعیت که نباید بیش از ده روز طول بکشد، رسیدگی را متوقف و پس از آن، حسب مورد، اتخاذ تصمیم می‌کند، مگر این که به نظر قاضی احراز شرایط در مدت ده روز ممکن نباشد.»

۱۳۹۷: ۳۶۹-۳۶۸). بنابراین مجری انتخابات شوراها در چنین مناطقی نباید نسبت به ثبت نام داوطلبان غیرمسلمان اقدام کند یا به عبارت دیگر، افراد غیرمسلمان صرفاً در مناطقی می‌توانند به عضویت شوراهای اسلامی کشور درآیند که اکثریت ساکنان آن غیرمسلمان باشند.^۱ البته این نحوه اجرا را نمی‌توان اجرای مطمئنی دانست چراکه مشخص نیست مجریان در مقام اجرا تا چه اندازه از نظرات شورا آگاهی پیدا می‌کنند و یا چه فهمی از اجرای نظرات شورا خواهند داشت و محاکم و قضات در دادگستری در احراز این امر نیازمند توانمندسازی آماری و ادوات دیگر علمی و اجرایی‌اند. لذا شورای محترم نگهبان شایسته است امکان عملیاتی شدن مصوبه اصلاحی یا آثار آن را نیز ملاحظه نماید هرچند این امر نباید به نگاه افراطی و انحرافی فقه مقاصدی که صرفاً نتیجه فتوی را معیار صدور و عدم صدور می‌شمارد منجر شود که در این صورت نه تنها به تحقق اصل ۴ قانون اساسی در نظام حقوقی نزدیک نخواهیم شد بلکه نظام حقوقی را به مرور از نظامی شرعی به نظامی عرفی سوق خواهیم داد.

درخصوص انواع دیگر ایرادات، مانند اینکه یک ماده قانونی بدون ذکر دلایل و جهات مورد ایراد قرار گرفته است، طبعاً ماده مزبور به صورت کامل و کلی باطل بوده و در هیچ مرجع رسمی دیگر قابل استناد نخواهد بود زیرا در غیر این صورت ممکن است ماده مزبور از سوی مجریان در مواردی معتبر و در مواردی غیرمعتبر دانسته شود که مدنظر فقهای شورا نبوده باشد و در این صورت مخالفت قطعی محتمل خواهد بود و نمی‌توان برای آن قدر متیقنی را در نظر گرفت.

۳-۳. اجرای نظرات فقها از سوی دیوان عدالت اداری

بدیهی است که دادگاه‌ها و مراجع قضایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی هیچ صلاحیتی درخصوص بررسی قوانین از حیث مغایرت یا عدم مغایرت با موازین شرعی ندارند. (حسن‌زاده، ۱۳۹۸: ۹۷) اما درخصوص مقررات مغایر با موازین شرعی، مرجعی وجود دارد که در مقام مخاطب بخش عمده‌ای از نظرات فقهای شورای نگهبان قرار می‌گیرد. دیوان عدالت اداری و به طور خاص هیئت عمومی آن دیوان تنها مرجعی قضایی است که درخصوص مقرراتی که به استناد مغایرت شرعی درخواست ابطال آن‌ها مطرح شده است محل بحث قرار می‌گیرد. در این موارد در حقیقت دیوان عدالت اداری مرجعی است که نظر فقهای شورای نگهبان را اعلام می‌دارد. به عبارت دیگر، مرجع تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت مقررات با موازین شرعی فقهای شورای نگهبان هستند و با اعلام

۱. گفتنی است این تبصره پس از نظر شورای نگهبان مجدداً توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و علی‌رغم اعلام مغایرت شرعی توسط شورای نگهبان، به موجب مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام معتبر گردید.

نظر فقها مقررۀ مورد استعمال ابطال شده است. لکن در مراحل شکلی اعلام نظر فقها، درخصوص استعلامات دیوان عدالت، با توجه به اینکه شکایت از مقررۀ مزبور از طریق دیوان عدالت مطرح شده است، اعلام نظر فقها نیز از آن طریق صورت می‌گیرد. بر همین اساس، دیوان عدالت اداری موظف است عین مفادی را که از سوی فقها اعلام شده است تبعیت کند و نمی‌تواند در آن تصرفی نماید و یا آن را تغییر دهد (قطبی، ۱۳۹۶: ۱۴۲-۱۴۱). بنابراین وظیفه‌ای بیش از اعلام ابطال مصوبه بر عهده هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیست. در حقیقت به استناد ماده (۱۰۹)^۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، پس از صدور رأی توسط هیئت عمومی دیوان، در صورتی که مسئولان ذی‌ربط از اجرای رأی خودداری کنند، ذی‌نفع یا رئیس دیوان می‌توانند مراتب را پیگیری و به‌موجب رأی شعبه دیوان مستنکف را مجازات نمایند. با این توضیح، عملاً تشخیص اجرای صحیح نظر فقهای شورای نگهبان با رئیس دیوان یا قاضی شعبه‌ای است که موضوع استنکاف به وی ارجاع شده است. از آنجا که تشخیص با مقام قضایی است، می‌تواند اجرای دقیق نظر فقهای شورای نگهبان را نظارت کند و در مواردی که ایراد به‌نحو تفصیلی بیان شده است، اجرای صحیح نظر را از حیث تفکیک میان موارد ابطالی و موارد غیرابطال شده بررسی کند و در مواردی که نظر به‌طور مجمل و کلی صادر شده، نسبت به ابطال مقررۀ به‌صورت کلی نظارت نماید و از این حیث نیز نحوه اعلام مغایرت یا عدم مغایرت دارای اثر علمی و عملی در گسترۀ قضایی مطرح از مجرای دیوان عدالت اداری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای قوه قضائیه است.

۴. راهکار مطلوب در اجرای نظر فقهای شورای نگهبان

حق بر فهم قانون حقی است که مکلفان متعددی دارد که ازجمله آن‌ها مجلس شورای اسلامی، دولت و به‌طور کلی نهادهای قانون‌گذار و مقررۀ‌گذار هستند (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۸۴). همچنین با تنقیح مناط از منطقی که وجود این حق، ایجاب می‌کند، می‌توان شورای نگهبان و نیز فقهای آن را که در مقام نظارت بر امر قانون‌گذاری و مقررۀ‌گذاری دارای صلاحیت هستند، مکلف چنین حقی دانست و بیان داشت که در اظهارنظرهای خود به این امر دقت کنند و علاوه بر رعایت

۱. ماده ۱۰۹: «هرگاه پس از انتشار رأی هیأت عمومی دیوان در روزنامه رسمی کشور مسئولان ذی‌ربط از اجرای آن استنکاف نمایند، به تقاضای ذی‌نفع یا رئیس دیوان و با حکم یکی از شعب دیوان، مستنکف به انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت سه ماه تا یک سال و جبران خسارت وارده محکوم می‌شود. تبصره - تقاضای ذی‌نفع برای اجرای آراء هیأت عمومی، باید به صورت تقدیم دادخواست باشد. افرادی که از عدم اجرای آراء هیأت عمومی در مورد ابطال مصوبه مطلع می‌شوند، می‌توانند موضوع را به رئیس دیوان منعکس نمایند تا رئیس دیوان نسبت به پیگیری موضوع از طریق شعب دیوان اقدام نماید.»

آن در مفاد مورد نظارت، نظرات خود را نیز به نحوی که برای مخاطب قابل فهم باشد، صادر نمایند. بدین منظور در مواردی که فقهای شورای نگهبان اطلاق برخی از مصوبات یا هنجارها را واجد اشکال شرعی تشخیص می دهند لازم است تا الزاماتی را رعایت کنند تا در نتیجه آن از یک سو مقصود قانونگذار اساسی از پیش بینی اصل ۴ قانون اساسی و اسلامی بودن قوانین و مقررات به غایت امر تحقق یابد و از سوی دیگر، فرایند اصلاح مصوبات یا هنجارها بر اساس آنچه مدنظر فقهای محترم است با سرعت و دقت بیشتری اجرایی گردد. لذا الزامات مزبور به شرح زیر بیان می شود:

۱. درخصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی موضوع اصل ۹۴ قانون اساسی و نیز اساسنامه های مصوب دولت موضوع اصل ۸۵ قانون اساسی:

اولاً؛ هر چند بر اساس قانون نمی توان شورا را با باید و الزام مواجه دانست لکن شایسته است ایراد به نحو تفصیلی و با بیان جهات و دلایل مختلفی که سبب ایراد شده اند صورت گیرد تا نهاد تصمیم گیر حسب مورد در مقام رفع ایراد شورا، بداند که مصوبه را به چه صورتی باید اصلاح نماید تا نظر فقهای محترم تأمین شود.

ثانیاً درخصوص مواردی که ایراد فقهای شورا مبتنی بر نصوص شرعیه است، شایسته است شورا ضمن بیان جهات و دلایل، مستندات ایراد شورا نیز بیان شود تا در مقام اصلاح مصوبه بتوان با مراجعه به منابع مذکور در نظر شورا، متون قانونی را مبتنی بر نصوص شرعیه نگارش نمود و گامی در راستای تقنین شریعت برداشته شود.

ثالثاً در مقام رفع ایراد شورا، نباید به حذف ماده یا تبصره موضوع ایراد اکتفا شود. چراکه ایراد شورا ناظر بر اطلاق مصوبه و شمول آن نسبت به برخی مصادیق مطرح شده است و نه تمام موارد، فلذا حذف نمی تواند راهکار صحیحی برای رفع ایراد شورا باشد. بلکه مجلس یا دولت باید با دقت نسبت به تعیین تکلیف تمام مصادیق یا صور مختلف بر اساس ملاکی که توسط فقها در نظر خود بیان شده است اقدام نمایند.

۲. درخصوص سایر موارد یعنی قوانین لازم الاجرا یا مقررات استعلامی از سوی دیوان عدالت اداری، با توجه به اینکه اثر نظر فقهای شورای نگهبان از حیث مغایرت قانون یا مقرر با موازین شرعی قهقراایی بوده و از ابتدا هنجار حقوقی ابطال می شود، اگر به طور مجمل و کلی اطلاق یا عموم قانون یا مقرر مورد نظر ابطال شود، نظام حقوقی را از حیث ابطال هنجار در مواردی نیز که مطابق با موازین شرعی بوده است، دچار مشکل می کند. لذا بهتر آن است که فقهای شورای نگهبان نظر خود را به صورت تفصیلی و بیان جهات و دلایل و مستندات ایراد بیان کنند، تا ابطال قانون یا مقرر مدنظر صرفاً درخصوص مصادیقی اعمال شود که از آن جهت ایراد طرح شده است و سایر مواردی که

شمول قانون یا مقرر بر آن‌ها، محل ایراد فقهای شورا نبوده است، از شمول قانون خارج نشوند.

نتیجه

بخشی از ایرادات فقهای شورای نگهبان درخصوص مصوبات، قوانین یا مقرراتی که در سازوکارهای قانونی جهت بررسی و اعلام نظر به این شورا ارجاع می‌شود ناظر بر اطلاق یا عموم موارد مذکور است. به عبارت دیگر، اطلاق یا عموم یک قانون، مقرر یا مصوبه از نظر فقهای شورای نگهبان مغایر با موازین شرعی تشخیص داده شده است که نحوه اعلام مغایرت یا عدم مغایرت آثار حقوقی و کیفری قابل ملاحظه دارد خصوصاً با توجه به گستره گسترده قوانین مشمول اصل ۴ قانون اساسی که تمامی قوانین کیفری و تجاری و مدنی و... چه در گذر زمانی گذشته و قوانین قبلی و چه در گذر جاری و آتی درخصوص قوانین درحال شکل‌گیری را شامل می‌شود. در این موارد فروض مختلفی قابل احصا است:

الف) نظر مجمل: فقهای شورای نگهبان مغایرت را بدون ذکر جهات و دلایل اعلام نموده‌اند.

ب) نظر مستدل: فقهای شورای نگهبان جهات و دلایل مغایرت را در نظر خود بیان کردند اما مستند شرعی را ذکر نکرده‌اند.

ج) نظر مستدل و مستند: فقهای شورای نگهبان علاوه بر جهات و دلایل مغایرت، استنادات خود را نیز در این خصوص ذکر کرده‌اند.

فارغ از اینکه صورت اخیر کامل‌ترین نوع بیان نظر توسط فقهای محترم می‌باشد، اما ناظر بر انواع فوق تکالیفی متوجه دستگاه‌هایی است که مخاطب نظر شورا قرار گرفته‌اند. همچنین باید به این نکته توجه نمود که فقهای شورای نگهبان الزامی ندارند تا استنادات و دلایل خود را در نظرات اعلامی بیان نمایند.

بر اساس انواع موضوعاتی نیز که تحت نظارت فقهای شورای نگهبان قرار گرفته است می‌توان یک دسته‌بندی را اشاره کرد:

الف) مصوبات مجلس شورای اسلامی و اساسنامه‌های مصوب دولت موضوع اصول ۹۴، ۹۵ و ۸۵ قانون اساسی

ب) قوانین لازم‌الاجرا اعم از مصوب قبل و بعد از انقلاب

ج) مقررات استعلامی از دیوان عدالت اداری

در خصوص دسته اول، با توجه به اینکه تا زمانی که تأیید فقهای شورای نگهبان نسبت به مصوبه حاصل نشود، مصوبه مزبور اعتبار نخواهد یافت، حساسیت موضوع کمتر از سایر موارد است. هرچند در این مورد نیز بهتر آن است تا فقهای شورای نگهبان با ارائه نظری مستدل و مستند، مقام

تصویب کننده را در راستای اصلاح دقیق و بهنگام مصوبه کمک کنند.

در خصوص قوانین لازم‌الاجرا نیز، بیان مستند و مستدل مغایرت به‌طور تفصیلی، می‌تواند مقام ذی‌صلاح را در خصوص عدم اجرای مفاد ابطال شده با توجه به تفصیل نظر فقها و اصلاح آن مبتنی بر نظر فقهای شورای نگهبان راهنمایی کند.

در خصوص مقررات ابطالی که در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری منعکس می‌گردد، با توجه به اینکه اجرای رأی هیئت عمومی توسط مقام قضایی (رئیس یا قاضی شعبه دیوان) مورد نظارت قرار می‌گیرد و قاضی دیوان می‌تواند در صورت احراز عدم اجرای رأی حکم به انفصال مستتکف صادر نماید، لازم است تا نظر فقها به‌صورت تفصیلی و با ذکر جهات و ادله مغایرت بیان شود تا قاضی ناظر بتواند اجرای نظر فقها را همان‌طور که مدنظر بوده است تضمین کند.

بنابراین در هر حال، صدور نظرات مستند و مستدل و مشتمل بر جهات و دلایل مغایرت از سوی فقهای شورای نگهبان فعالان عرصه نظام حقوقی را چه در مقام تقنین و مقررگذاری چه در مقام اجرا در محاکم و ادارات به سمت تحقق اصل ۴ قانون اساسی و تبعات و آثار حقوقی و کیفری محتمل مترتب بر ذکر علت مغایرت سوق خواهد داد.

منابع

- جمعی از پژوهشگران (۱۳۹۶)، گزارش سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸ (اصول ۱ تا ۲۰ قانون اساسی)، ج ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- حسن‌زاده، مهدی (۱۳۹۸)، «تحلیل قلمرو «جهت مخالفت با موازین شرعی» در نقض آرای محاکم»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۰)، جاودانه تاریخ: آشنایی با افکار و اندیشه‌های شهید مظلوم آیت الله بهشتی، تهران: انتشارات روزنامه جمهوری اسلامی.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- خمینی موسوی، سیدروح الله (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۸۷)، قواعد کلی استنباط، چ پنجم، با ترجمه رضا اسلامی، ج ۱، قم: بوستان کتاب.
- فتاحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۷)، نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- قافی، حسین و سعید شریعتی فرانی (۱۳۹۲)، اصول فقه کاربردی: مباحث الفاظ، چ نهم، ج ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- قطبی، میلاد (۱۳۹۶)، جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان، چ دوم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵)، مباحثی از اصول فقه، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۳)، مبانی استنباط حقوق اسلامی با اصول فقه، چ پنجاه و چهارم، تهران: دانشگاه تهران.
- مشکینی، علی (۱۳۹۴)، اصلاحات علم اصول، قم: بوستان کتاب.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۵)، ترجمه اصول فقه، چ پنجم، با ترجمه محسن غرویان، ج ۱، قم: دارالفکر.
- الهام، غلامحسین و زهروی رضا (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۸، شماره ۲.
- یزدی، محمد (۱۳۷۵)، قانون اساسی برای همه، چ اول، تهران: امیرکبیر.

استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب کیفری در نظام حقوقی ایران و لبنان

محمدعلی علی‌پور*، سیددرید موسوی مجاب**، سیدباسم موالی‌زاده***

چکیده

دادرسی کیفری، فرایندی است که از مرحله کشف جرم، آغاز و به اجرای رأی کیفری ختم می‌شود. در این بین، مراحل تعقیب و تحقیق در دادرسی کیفری از اهمیت خاصی برخوردار است. ارتباط بسیار نزدیک و در مواردی، تقارن و هم‌زمانی برخی از اقدامات تحقیقی و تعقیبی با یکدیگر و تعلق آن‌ها به قبل از مرحله دادرسی، در عمل تفکیک مطلق این دو و به تبع آن استقلال کامل این دو نهاد از یکدیگر را دشوار می‌کند. کشف حقیقت رفتار متهم، سنگ بنای عدالت در مراحل دیگر دادرسی است و به همین دلیل، استقلال مقام تحقیق می‌تواند منتهی به یک دادرسی عادلانه شود. در بررسی تطبیقی استقلال مقام تعقیب تحقیق از مقام در ایران و لبنان درمی‌یابیم که در هر دو نظام حقوقی، اصل استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب مورد پذیرش قرار گرفته، لیکن در ایران، قرار گرفتن مقام تحقیق ذیل ساختار دادسرا که ریاست آن با دادستان است، در عمل این استقلال را خدشه‌دار نموده است و در موارد متعددی بازپرس مکلف به تبعیت اداری از مقام تعقیب است؛ این در حالی است که مقام تحقیق در لبنان، نهادی مستقل از مقام تعقیب است و اگرچه بازپرس در جریان تحقیق، نظر و رأی دادستان را اخذ می‌کند، لیکن تصمیم نهایی را بازپرس اتخاذ می‌کند و در صورتی که دادستان مخالف نظر وی باشد، باید برای اعتراض به مرجع مستقلی به نام هیئت اتهامیه مراجعه کند. در نتیجه در نظام حقوقی لبنان، استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب، بهتر تأمین شده است. این پژوهش، به روش توصیفی - تحلیلی و با

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد قم)، قم، ایران
(نویسنده مسئول) Mkah2015@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
d.mojab@modares.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد اهواز)، اهواز، ایران
Sb.mavalay@gmail.com

بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، به بررسی موضوع می‌پردازد و تلاش می‌شود رویکرد قانون‌گذار در زمینه بحث با رویکرد تطبیقی مورد بررسی و نقد واقع شود.

واژگان کلیدی: مقام تحقیق، مقام تعقیب، استقلال قضائی، دادرسی عادلانه

مقدمه

فارغ از چرایی، اهداف و نتایج عدیده‌ای که از بازپرسی حاصل می‌شود، مرحله تحقیقات مقدماتی در فرایند دادرسی کیفری، ازجمله عوامل اطاله رسیدگی‌های کیفری است؛ چه آنکه در مدل تابع رسیدگی غیرمستقیم، علاوه بر ضرورت اقناع وجدان بازپرس پس از مرحله تحقیقات مقدماتی، اقناع وجدان دادرس پس از محاکمه الزامی است. در این ارتباط، دو نکته را باید در نظر داشت؛ نخست آنکه، ضرورت حصول دو اقناع وجدانی در فرایند دادرسی کیفری، اطاله دادرسی کیفری را در پی خواهد داشت. دوم آنکه، موقعیت و حساسیت مرحله تحقیق در فرایند دادرسی کیفری، به دلیل نقش مهم بازپرس در آغاز تحقیقات مقدماتی راجع به جرم، مقتضی شناسایی استقلال و آزادی عمل بازپرس در ارتباط با سایر مقام‌های قضایی، به‌ویژه مقام تعقیب است. به هر رو، مراحل پنج‌گانه مهم و اساسی دادرسی کیفری شامل کشف جرم، تحقیق، تعقیب، دادرسی و اجرای حکم است که در این پژوهش، دو مرحله از این مراحل یعنی تحقیق و تعقیب مورد بحث واقع می‌شود.

نظام دادرسی کیفری در دو کشور ایران و لبنان، تابع مدل دادرسی مختلط^۱ است. از اصول حاکم بر نظام‌های دادرسی مختلط، حاکمیت اصل استقلال مقام بازپرسی و تحقیق از مقام تعقیب در مرحله تحقیقات مقدماتی است. بر اساس این اصل، انجام تحقیقات مقدماتی در مورد همه جرایم بر عهده مقام مستقلی به نام قاضی تحقیق یا بازپرس می‌باشد و تعقیب جرم نیز قبل از شروع به تحقیقات مقدماتی و همچنین متعاقب انجام آن، بر عهده مقام تعقیب یا دادستان است. در تبیین اصل تفکیک مقام تحقیق از مقام تعقیب، اعتقاد بر این است که این اصل از دو اصل دیگر شکل یافته است؛ این اصل از یک‌سو، به عدم مداخله مقام تعقیب در وظایف مقام تحقیق و از سوی دیگر، به عدم دخالت مقام تحقیق در اقدامات مقام تعقیب اشاره دارد. اصل یاد شده به این معناست که انجام تحقیقات مقدماتی در مورد همه جرایم بر عهده مقام مستقلی به نام قاضی تحقیق یا همان بازپرس است و مقام تعقیب یا دادستان باید از هرگونه مداخله در امر تحقیق خودداری نموده و به نظر باتوجه به مواد ۲۶۵، ۲۶۸، ۲۷۹، ۳۰۰ و ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری و صرفاً پس از پایان

۱. این نظام که به نظام تعادلی و فرانسوی نیز مشهور است با توجه به لزوم کشف حقیقت در مرحله تحقیقات مقدماتی ویژگی‌های نظام تفتیشی و در مرحله رسیدگی ویژگی نظام اتهامی را دارا می‌باشد (جوانمرد، ۱۳۸۹: ۲۳).

تحقیقات از سوی بازپرس و موافقت با قرار جلب به دادرسی وی، با صدور کیفرخواست و دفاع از آن، تعقیب متهم را در دادگاه بر عهده گیرد. بر اساس این اصل، بازپرس، مسئول انجام تحقیقات است که فقط بعد از ارجاع موضوع و به درخواست دادستان می تواند تحقیقات را به نحو مستقل انجام دهد (هادی زاده، ۱۳۹۰: ۱۴)؛ البته در صورتی که مقام تعقیب، ضرورت ادامه تعقیب را تشخیص دهد. برخی از حقوق دانان (آخوندی، ۱۳۸۹)، با تأکید بر ضرورت استقلال مقام تحقیق از مقام تعقیب، معتقدند که مبنای این اصل، لزوم بی طرفی مقام تحقیق است، تا بین مقام تعقیب و متهم به شکل غیرجانبدارانه به داوری پردازد. قانون گذار ایران، هرچند در وضع و تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ با الهام از قانون گذار کشور فرانسه، نظام تفتیشی را در مرحله تحقیقات مقدماتی پذیرفته بود، لیکن هیچ گاه به جدایی کامل مقام تحقیق از مقام تعقیب که شاخصه بارز نظام دادرسی مختلط است، پایبند نبوده و در دوره های مختلف، در موارد عدیده ای از این اصل عدول کرده است؛ به شکلی که در هنگام تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و نیز در اصلاحات سال ۱۳۹۴ طی مواد مختلفی در مبحث اول از فصل چهارم این قانون (مواد ۸۹ تا ۱۱۵)، دامنه عدول از اصل مذکور را گسترش داده و به غیر از دادستان، مقام های قضایی دیگری را هم واجد صلاحیت برای انجام تحقیقات مقدماتی دانسته است. سلب امکان انجام تحقیقات مقدماتی از بازپرس در برخی از جرایم مهم و طرح مستقیم پرونده در دادگاه به همراه افزایش زمینه رسیدگی اختصاری به جرم و نیز حفظ قیومت دادستان نسبت به بازپرس قبل، حین و پس از انجام تحقیقات مقدماتی، از مهم ترین موارد عدول از اصل تفکیک مقام تحقیق از مقام تعقیب است (گلدوست جویباری و قلی پور جمنانی، ۱۳۹۴: ۱۲۵). دادستان به عنوان مدعی العموم وظیفه دارد در صورت اطلاع از وقوع جرم، برای حفظ حقوق فردی و حقوق عامه به تعقیب متهمان پردازد؛ اما پس از شروع به تعقیب متهم و بازداشت یا احضار وی، وظیفه تحقیق در خصوص وقوع یا عدم وقوع جرم با بازپرس به عنوان مقام تحقیق است. در واقع بازپرس به عنوان یک مقام بی طرف در حدود اختیارات قانونی، تحقیقات را انجام داده، آنگاه در خصوص مجرم بودن یا نبودن متهم اظهار نظر می کند. بر اساس ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «تحقیقات مقدماتی تمام جرایم به عهده بازپرس است...». البته در ادامه، قانون گذار با توجه به بضاعت نظام قضایی، به مقام تعقیب اجازه داده تا در صورت کمبود بازپرس، وظایف بازپرس را در بخشی از جرایم عهده دار شود. البته در جرایم مهمی که در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی به آن ها اشاره شده است (از جمله، جرایم مستوجب سلب حیات یا حبس ابد)، دادستان اختیار تحقیق ندارد و در این صورت، تحقیق لازم در جایی که بازپرس حضور ندارد،

توسط دادرسی دادگاه^۱ انجام خواهد شد.

در حالی که با مذاقه در قانون آیین دادرسی کیفری ایران ملاحظه می‌گردد، اصل استقلال مقام تحقیق از مقام تعقیب در نظام دادرسی کیفری ایران به رسمیت شناخته شده است، ولی این استقلال نسبی است و موارد استثنای وارد بر آن بسیار است. در کشور لبنان به دلایل تاریخی (قیمومیت فرانسه بر لبنان از ۱۹۲۰ تا ۱۹۴۱)، نظام حقوقی این کشور و ازجمله آیین دادرسی کیفری آن تا حدود زیادی متأثر از نظام حقوقی فرانسه است. اما در عین تأثیرپذیری نظام دادرسی کیفری لبنان از فرانسه در کلیات موضوع، نظام دادرسی کیفری این کشور مختص به خود است. در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۲۰۰۱ میلادی، لبنان با برخی اصلاحات در سال‌های بعدی که در حال حاضر به‌عنوان قانون لازم‌الاجرا در این کشور حاکم است، ضمن پذیرش استقلال مقام تحقیق از مقام تعقیب^۲، شیوه خاصی لحاظ شده است؛ ازجمله اینکه در کشور لبنان، بخش و ساختار متمایزی برای تحقیق در این کشور در نظر گرفته شده است، ولی در این کشور نیز، این تمایز به معنای استقلال مطلق مقام بازپرسی و تحقیق در این کشور نیست. به‌رغم پذیرش اصل استقلال مقام بازپرسی از مقام تعقیب در هر دو کشور ایران و لبنان، تفاوت‌های بنیادی در خصوص مبنای پذیرش این اصل و همچنین میزان استقلال مقام بازپرسی و شیوه‌های تبعیت مقام تحقیق از مقام تعقیب بین دو کشور وجود دارد. پرسش‌های اصلی این پژوهش این است که وجه تمایز اصل استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در نظام حقوقی ایران و لبنان از حیث نحوه پذیرش چیست و شیوه مؤثر در رسیدن به دادرسی عادلانه و بی‌طرفانه کدام است؟ به‌رغم پذیرش نسبی استقلال مقام بازپرسی از مقام تعقیب در آیین دادرسی به طرق مختلف، همواره این نگرانی وجود داشته است که مقام‌های تحقیق با تبعیت از مقام تعقیب، موجبات تضییع حقوق دفاعی متهم را فراهم آورند. در واقع ضرورت اصلی پرداختن به این موضوع، حفظ حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی است. با تحلیل دقیق و موشکافانه نوع و شیوه روابط مقام تحقیق با مقام تعقیب باید مشخص شود که چه نقاط ضعفی در این خصوص وجود دارد که البته با تدقیق در موضوع و از رهگذر مطالعه تطبیقی با نظام‌های حقوقی دیگر می‌توان به هدف نهایی که همان دادرسی عادلانه است، دست یافت.

در یک دادرسی عادلانه تنها به حقوق بزه‌دیده و شاکی توجه نمی‌شود، بلکه به حقوق دفاعی متهم نیز توجه می‌شود. از آنجا که تضمین حقوق دفاعی متهم نقش بارزی در دادرسی عادلانه دارد، پس

۱. تبصره ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.

۲. ماده ۳ قانون اصول المحاکمات الجزائیه ۲۰۰۱ م.

لازم است این موضوع به طور جدی و دقیق مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد. یکی از مسائلی که بر دادرسی عادلانه تأثیرگذار است، تفکیک مقام تعقیب از تحقیق است، که این موضوع می تواند از استبداد قضایی و تمرکز قدرت توسط یک مقام جلوگیری کند و به این ترتیب حقوق متهم را بیشتر تضمین کند.

با پیشینه کاوی پژوهشی در خصوص موضوع، تا حدی به خلأهای مطالعاتی به ویژه با رویکرد تطبیقی می توان پی بُرد. عمده پژوهش های انجام شده در حوزه بحث، از بُعد نظری به بررسی موضوع پرداخته اند؛ ضمن آنکه واکاوی موقعیت اصل استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در دو نظام حقوقی ایران و لبنان، مسبوق به سابقه نیست. به هر حال، از میان پژوهش های انجام شده در ایران و لبنان، در دو محور، به اهم آنها به شرح زیر می توان اشاره نمود:

۱. پیشینه پژوهش در ایران و لبنان

در مورد استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب، تاکنون چند پژوهش مرتبط شکل یافته است که با بررسی های صورت گرفته، نتایج حاصله از مهم ترین پژوهش ها به شرح زیر است:

یوسفی و رئیس، در مقاله ای با عنوان «بررسی انتقادات وارده به نهاد بازپرسی» در سال ۱۳۹۲، بیان می دارند که «بازپرسی»، نهادی است که حدود دو قرن، مبنای تفاوت اساسی بین نظام های تفتیشی و اتهامی آیین دادرسی کیفری بوده و در چهار دهه گذشته، موضوع چالش ها و انتقادهای فراوان نیز بوده است. تأثیر عملی این انتقادات را به شکل افراطی در حذف بازپرس (آلمان و ایتالیا)، یا تعدیل نقش و اختیارات وی (فرانسه) می توان مشاهده کرد. انتقادهای وارد شده به بازپرس را می توان در سه محور اصلی مطرح کرد: اولاً، از آنجا که بازپرس، تحقیقات را شخصاً انجام می دهد، دلایل مربوط به جرم را خود گردآوری می کند؛ لذا در امکان رعایت بی طرفی توسط وی ابهام وجود دارد. این ابهام در مواردی که تصمیمات بازپرس با حقوق اساسی افراد، همانند حق آزادی و حریم خصوصی در تعارض باشد، پررنگ تر می شود. ثانیاً، به لحاظ کمبود نیروی انسانی، بازپرس فقط در بعضی پرونده های مهم وارد عمل می شود. نتیجه عملی این موضوع، عدم تفکیک مطلق مراحل تعقیب و تحقیق و ورود دادستان (به عنوان مقام اجرایی و طرف پرونده کیفری) به امر تحقیق خواهد بود. ثالثاً، عدم حضور بازپرس در پرونده های کم اهمیت تر با فلسفه وجودی بازپرس (رعایت بی طرفی) مغایر است.

یوسفی، در مقاله ای با عنوان «بررسی تمایل جهانی به حذف بازپرس» در سال ۱۳۹۰، بیان می دارد که در حال حاضر دو مدل دارای بازپرس و بدون بازپرس در جهان وجود دارند. در مدل دارای بازپرس، مراحل تعقیب و تحقیق از هم تفکیک شده، اولی در اختیار دادستان و دومی در

اختیار بازپرس است. برعکس در مدل بدون بازپرس هر دو وظایف تعقیب و تحقیق به دادستان واگذار شده است. بازپرس در دوره فعلی با چالش‌ها و انتقادهای فراوان روبه‌روست. تغییرات و تحولات صورت گرفته در کشورهایی چون آلمان و ایتالیا که آیین دادرسی کیفری آن‌ها بر مبنای مدل دارای بازپرس بوده است، و نیز مدل اتخاذ شده در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی حاکی از تمایل جهانی به حذف بازپرس به‌عنوان قاضی‌ای که مستقیماً در تحقیقات و گردآوری دلایل جرم شرکت کرده و جایگزینی آن با قضات ناظری است که هیچ نقشی در انجام تحقیقات نداشته و وظیفه انحصاری ایشان نظارت بر اقدامات دادستان است. این نظارت در جایی پررنگ می‌شود که اقدامات دادستان می‌تواند مخل آزادی افراد و یا حریم خصوصی ایشان باشد؛ برای مثال در آلمان و ایتالیا که بازپرس را از نظام قضایی خود حذف کرده‌اند، دادستان حق صدور قرار بازداشت افراد را ندارد و این مهم به‌عهده قضات ناظر است؛ این در حالی است که نویسندگان لایحه آیین دادرسی کیفری ایران علی‌رغم چالش‌های علمی و عملی پیش روی بازپرس و تغییرات صورت گرفته در جهان همچنان به مدل دارای بازپرس معتقد هستند.

محمدجواد فتحی و علی دهقانی در مقاله‌ای تحت عنوان «استقلال بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی و تأثیر آن بر دادرسی عادلانه» در سال ۱۳۸۸، می‌نویسند یکی از مظاهر اصل بی‌طرفی در دادرسی کیفری، استقلال بازپرس است. ایشان معتقدند که دادن اختیارات مقام تحقیق (بازپرس) به دادستان باعث تضییع حقوق دفاعی متهم خواهد شد؛ چراکه دادستان به‌عنوان نماینده جامعه، خود یک طرف دعوی محسوب می‌شود و طبعاً نمی‌تواند بی‌طرفانه نسبت به متهم عمل نماید. لذا معتقدند به‌منظور تحقق دادرسی عادلانه، بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی و سپس صدور قرار تأمین کیفری و نهایتاً صدور قرار نهایی به‌صورت مستقل از دادستان عمل کند. هرچند در این مقاله به موضوع تفکیک و استقلال مقام تعقیب از تحقیق پرداخته شده است، ولی خیلی مختصر و به‌صورت اجمالی بحث کرده و به سرعت از مباحث عبور کرده و همین‌طور بیشتر روی مقام تحقیق (بازپرس) تأکید داشته و نقش و جایگاه مقام تعقیب (دادستان) را خیلی کم و کوتاه مورد بررسی و مطالعه قرار داده است.

مرحوم استاد آخوندی، در کتاب آیین دادرسی کیفری، بیان می‌دارد که نظارت دادستان به معنای نادیده گرفتن استقلال بازپرس نیست و محدوده این نظارت باید تا جایی باشد که استقلال بازپرس را خدشه‌دار نکند. از این‌رو، در ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری سابق این‌گونه مقرر شده بود: «مدعی العموم، تکمیل تحقیقات و استنتاجات را در صورتی می‌تواند بخواهد که نقصان آن از جهت یا جهات مهمه باشد.» بنابراین، دادستان به شرطی می‌توانست تکمیل تحقیقات را از بازپرس بخواهد

که نقص مورد نظر از جهات مهم و مؤثر باشد و گرنه به خاطر تکمیل نقایص غیرمهم و غیرمؤثر نمی‌توانست پرونده‌ای را معوق نگاه دارد و در غیر این صورت دادستان از جهت انتظامی مسئول شناخته می‌شد. لورنس سعید احمد در کتاب «الدفع فی قانون اصول المحاکمات الجنائیة» منتشره در سال ۲۰۰۶ میلادی در بیروت، ضمن تحلیل کلی اصول دادرسی کیفری در لبنان به تحلیل روابط بین قاضی تحقیق و دادستان در این کشور پرداخته است. محمد امسیویط در کتاب «التحول فی نظام الإثبات الجنائی» در سال ۲۰۱۱ میلادی، به بررسی نحوه تداخل وظایف قضات تحقیق و مقام‌های تعقیب با یکدیگر و میزان استقلال هر یک پرداخته است. علی عبدالقادر القهوجی در کتاب «شرح قانون اصول المحاکمات الجزائیة» منتشره در سال ۲۰۰۲ میلادی، موضوع لزوم تفکیک موقعیت قاضی تحقیق از دادستان را در لبنان مورد تأکید قرار داده است. سفیان عبدلی در مقاله «دور النيابة العامة و إستقلالیتهما: تحولات أوروبية جدیدة» در سال ۲۰۱۴ میلادی، به وضعیت استقلال نهاد تعقیب پرداخته است. این پژوهش از این جهت جدید است که اولاً به بررسی چالش‌ها و موانع استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در لبنان نه تنها از حیث قانونی، بلکه از حیث قضایی و اجرایی می‌پردازد و رویه قضایی را مورد بررسی قرار می‌دهد، ثانیاً اصل مزبور را به صورت تطبیقی با کشور فرانسه مورد بررسی قرار می‌دهد.

شایان ذکر است هرچند هر دو نظام حقوقی ایران و لبنان از نظر تاریخی تشکیلات دادرسی را از قانون فرانسه اقتباس کرده‌اند، ولی شیوه اعمال و روش آن‌ها در پیاده‌سازی تشکیلات یاد شده با یکدیگر متفاوت است که در این پژوهش به آن‌ها پرداخته می‌شود.

۲. ضرورت استقلال مقام تحقیق از مقام تعقیب

یکی از اصول حاکم بر نظام‌های دادرسی مختلط، اصل تفکیک نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در مرحله تحقیقات مقدماتی است. بر اساس این اصل، انجام تحقیقات مقدماتی همه جرایم بر عهده مقام مستقلى به نام قاضی تحقیق یا بازپرس بوده و تعقیب جرم نیز متعاقب انجام تحقیقات مقدماتی بر عهده مقام تعقیب یا دادستان است. اصل مذکور به این معنی است که انجام تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم بر عهده مقام مستقلى به نام قاضی تحقیق بوده و مقام تعقیب باید از هرگونه مداخله در امر تحقیق خودداری کند و صرفاً پس از پایان تحقیقات از سوی بازپرس و با صدور کیفرخواست، تعقیب جرم را در دادگاه بر عهده گیرد (جاوید و شاهمرادی، ۱۳۹۶: ۵). بر اساس این اصل، بازپرس، مسئول انجام تحقیقات است که باید به نحو بی طرفانه نسبت به انجام تحقیقات و جمع‌آوری دلایل له و علیه متهم اقدام نماید.

رویکرد بسیاری از نظام‌های دادرسی، به منظور رعایت اصل تساوی سلاح‌ها^۱، دوری جستن از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق است که خود نشئت گرفته از نظام تفتیشی در مرحله تحقیقات مقدماتی است؛ به گونه‌ای که مرحله تحقیقات مقدماتی به صورت توافقی، غیرسری و با حضور مؤثر متهم و یا وکیل مدافع وی به انجام برسد. در حالی که بازپرس به عنوان نماد نظام تفتیشی، علاوه بر آنکه قاضی محسوب شده و بر همین اساس، در خصوص نقض حریم خصوصی افراد و آزادی ایشان و نیز کفایت یا عدم کفایت ادله اثباتی علیه ایشان تصمیم می‌گیرد، مرجع انجام تحقیق است؛ به همین علت می‌توان نهاد بازپرسی را مهم‌ترین نهاد ساختاری آیین دادرسی کیفری نظام تفتیشی دانست (Simpson, 1913: 467). هر چند، امروزه استقلال هر مقامی که مسئول انجام تحقیق است در جهت نیل به دادرسی عادلانه لازم است و مهم نیست که چگونه و با چه روشی این استقلال تأمین می‌شود (Hamburger, 2008: 18). در دهه‌های اخیر، برخی کشورها همچون آلمان و ایتالیا به ترتیب در سال‌های ۱۹۷۴ و ۱۹۸۸ میلادی، نهاد بازپرسی را از نظام قضایی خود حذف کرده‌اند. در برخی دیگر همچون فرانسه، هر چند حذف نهاد بازپرسی از مجرای قانونی به نتیجه نرسید، در مراحل متعدد از اختیارات و نقش بازپرس کاسته شد (Smit, 2008: 233). البته در فرانسه سیر تکاملی و رو به پیشرفتی در زمینه تفکیک مقام تعقیب از تحقیق شکل گرفت و این دو مقام به حد کافی از یکدیگر مستقل می‌باشند (کوشکی، ۱۳۸۹: ۵۷۷). برخی حذف دادسرا را مانع تحقق دادرسی عادلانه می‌دانند (رازانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۸۹). قضات تعقیب دادسرا در حکم هیئت واحد هستند؛ به تعبیر دکتر احمد متین دفتری در حکم اموال مثلی می‌باشند (متین دفتری، ۱۳۸۸: ۲۲۰) که هر یک در طول محاکمه و رسیدگی می‌توانند به جای همدیگر قرار گیرند. آن‌ها از نظر دادسرا دفاع می‌کنند، ولی از منظر برخی حقوق‌دانان به رغم عادی شدن این نظریه [که قضات دادسرا در حکم هیئت واحد هستند]، این روش عقلانی به نظر نمی‌رسد (آخوندی، ۱۳۸۹: ۶۱). در برخی از کشورها، وجود یک سازمان مشترک برای امر بازپرسی و امر تعقیب مورد انتقاد قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که با وجود نهادهای بازپرسی و تعقیب، ساختار و سازمان مشترکی به نام دادسرا مشاهده نمی‌شود. کشور لبنان از این دسته از کشورهاست. در کشور لبنان در حال حاضر تشکیلات متمرکزی به نام دادسرا وجود ندارد و هر یک از نهادهای تعقیب و تحقیق به صورت مستقل در آیین دادرسی این کشور پیش‌بینی شده است. در لبنان، قاضی تحقیق زیرمجموعه نهاد تعقیب (النيابة العامة) نمی‌باشد و به عنوان یک بخش یا نهاد و ساختار مستقل است که ارتباط اداری و سازمانی با دادستان ندارد.

1. Principle of Equality of Arms

رابطه اصل استقلال قضایی با استقلال مقام تحقیق از تعقیب این گونه قابل تحلیل است که مقام قضایی باید وظیفه خود را مستقلاً و بر اساس ارزیابی خود از حقایق و موضوع پرونده و مطابق با درک و استنباط خود از قانون و بدون تأثیرپذیری از هرگونه اعمال نظر و دخالت مستقیم یا غیرمستقیم سایر مقام ها، اعم از دورن سازمانی یا برون سازمانی انجام دهد. در این زمینه، استقلال مقام تحقیق و اختصاص وظیفه تحقیق به او، به نحوی که مستقل از دادستان به عنوان مقام تعقیب باشد، بسیار حائز اهمیت است (فتحی و دهقانی، ۱۳۸۸: ۹۴)؛ زیرا گردآوری دلایل و مدارک، استماع اظهارات و دفاعیات متهم برای نخستین بار و صدور قرار تأمین برای او و اخذ و استماع اظهارات اولیه شهود، همگی در مرحله تحقیق صورت می گیرد و در واقع سنگ بنای رسیدگی در دادگاه در این مرحله نهاد می شود. می توان گفت سرنوشت و وضعیت نهایی متهم تا حد زیادی در مرحله تحقیقات مقدماتی تعیین می شود؛ لذا مقام تحقیق به عنوان یک دادرس باید مستقل از هر مقام و مرجع دیگری و صرفاً در جهت کشف حقیقت به تحقیقات مقدماتی پیرامون اتهام وارد شده بپردازد. اگر مقام قضایی به تبعیت از نظریات و دستورات مقام دیگر، هرچند سایر مقام های قضایی تصمیم گیری کند، استقلال قضایی معنا نخواهد داشت؛ به همین علت، قاعده تفکیک مقام تحقیق از تعقیب، امروزه مورد قبول کشورهای مرقی است (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۱۴۵)؛ به عبارت دیگر، چون تعقیب و تحقیق ماهیتاً متمایزند، لذا مقام های مسئول آن ها نیز باید متفاوت و مستقل از هم باشند (علامه، ۱۳۸۹: ۳۰۳). اگر اجازه ورود مقام تعقیب به حوزه تحقیقات مقدماتی داده شود، در واقع سرنوشت متهم و قضاوت درخصوص اتهام انتسابی به او به دست مدعی او سپرده شده است، در حالی که مقام قضایی باید مستقل از طرفین باشد؛ به همین علت کامباسرس حقوق دان فرانسوی گفته است که «لرزه بر اندام شهروندان می افتد آنگاه که امر تحقیق و تعقیب در دست شخص واحدی باشد» (آشوری، ۱۳۷۹: ۱۶). استقلال مقام تحقیق آن قدر اهمیت دارد که در برخی از کشورها حتی ارجاع پرونده به بازپرس، از دادستان سلب و بر عهده رئیس دادگاه نهاده شده است (آشوری، ۱۳۹۲: ۹۵)؛ همچنان که مطابق قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه^۱، این امر بر عهده رئیس دادگاه است. در جریان تحقیقات مقدماتی نیز دادستان نمی تواند پرونده را از بازپرسی که مطیع دستورالش نیست، اخذ و به بازپرس دیگری ارجاع دهد. بازپرس در فرانسه در مقابل دادستان، متهم و مدعی خصوصی از استقلال برخوردار و در رد یا قبول تقاضای آن ها مختار است (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۵۵۴). در کشور لبنان نیز چنین ساختاری برای قاضی تحقیق اول و همچنین سایر قضات تحقیقی که توسط

۱. ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مصوب ۲۰۰۸ م (اصلاحی ۲۰۱۲)

قاضی تحقیق اول برای انجام امر بازپرسی تعیین می‌شوند، به کار گرفته شده است (عبدلی، ۲۰۱۴: ۶۹). اصولاً حذف بازپرس در آلمان و ایتالیا و واگذاری اختیارات قضایی بازپرس به مرجع دیگری همچون قاضی تحقیقات ابتدایی در ایتالیا یا قاضی پیش از محاکمه در آلمان نیز به این علت بوده است که استقلال بازپرس در تصمیم‌گیری در مقابل دادستان تأمین شود (آشوری، ۱۳۹۲: ۱۱۳)؛ لذا این گونه نیست که در این کشورها با حذف بازپرس، تحقیقات مقدماتی از بدو تا ختم و اظهارنظر درخصوص گناهکاری یا بی‌گناهی متهم در دادسرا، به دادستان واگذار شده باشد.

۳. چالش‌های پیش روی استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در ایران

نهاد تحقیق (بازپرسی) در نظام حقوقی ایران، با چالش‌هایی روبه‌روست؛ گرچه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تلاش شده است استقلال بازپرس بیش از گذشته مورد تأکید قرار گیرد، لیکن باز هم این استقلال با چالش‌هایی مواجه است که می‌توانند بر عملکرد وی تأثیر بگذارد. این چالش‌ها ذیلاً در سه بند مورد بررسی واقع می‌شوند.

۳-۱. چالش‌های قانونی

آیین دادرسی کیفری از زمان تصویب اولین قانون در سال ۱۲۹۱ (قانون موقت اصول محاکمات جزایی) تاکنون، دستخوش تغییرات و اصلاحات فراوانی شده است. آخرین قانون آیین دادرسی کیفری که در سال ۱۳۹۲ به تصویب رسید، از برخی جهات دارای محاسن و نوآوری‌هایی است؛ اما به دلیل وجود چالش‌هایی در تأمین استقلال کامل مقام تحقیق (بازپرس) از مقام تعقیب (دادستان) با نواقص و چالش‌هایی روبه‌روست که در سه محور ذیل قابل احصا می‌باشند:

۳-۱-۱. امکان انجام تحقیقات توسط نهاد تعقیب در برخی جرایم

قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی ۱۳۹۴ در ماده ۹۲ اعلام داشته است: «...در غیر جرایم مستوجب مجازات‌های مقرر در ماده ۳۰۲ این قانون، در صورت کمبود بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است...»؛ بنابراین ملاحظه می‌شود در جرایمی که مجازات‌های قانونی آن‌ها از درجه چهار به پایین است، دادستان و به تبع وی معاون و دادیار نیز می‌توانند تحقیقات مقدماتی را انجام دهد و با توجه به اینکه اکثر جرایم ارتكابی در جامعه معمولاً در درجات مذکور قرار دارند، در عمل ملاحظه می‌شود که تحقیقات مقدماتی اکثر جرایم توسط مقام‌های تعقیب و به‌ویژه دادیاران انجام می‌گیرد. با یک بررسی اجمالی و حضور در دادسراها ملاحظه می‌شود که در اکثر حوزه‌های قضایی، تعداد شعب تحقیق دادیاری بیشتر از شعب بازپرسی است و این موضوع از جمله مسائلی است که منشأ قانونی دارد؛ یعنی به خاطر تجویز قانون‌گذار به انجام تحقیقات در جرایم فوق توسط دادستان، چنین وضعیتی به وجود آمده است. همان طور که

پیش تر بیان شد، بنا بر نظر برخی، دادیار فاقد استقلال قضایی در مقابل دادستان است؛ لذا در صورت اختلاف در هر مورد به موجب قانون می باید از نظر دادستان تبعیت کند. نظریه مشورتی شماره ۱۳۹۵/۲۴۹۶/۱۸-۷/۱۰/۱۳۹۶ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در تأیید این نظر بیان می دارد: «مستفاد از ماده ۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری این است که انجام وظایف و اختیارات مربوط به دادستان، از سوی دادیار، منوط به ارجاع امر از سوی دادستان و یا در غیاب وی می باشد و اساساً دادیار در انجام وظایف و اعمال اختیارات مربوط به دادستان و از جمله انجام تحقیقات مقدماتی در موارد مذکور در ماده ۹۲ قانون فوق الذکر، تابع نظر دادستان بوده و تحت نظارت او انجام وظیفه می نماید. در واقع ورود و مداخله دادیار در امور فوق الذکر، در طول انجام وظایف و اعمال اختیارات از سوی دادستان می باشد و نه در عرض آن؛ بنابراین ... دادیار در صورت ارجاع امر تحقیقات مقدماتی مطابق ماده ۹۲ قانون مذکور از سوی دادستان به وی، در صدور قرار نهایی و قرار تأمین منتهی به بازداشت متهم، تابع نظر دادستان بوده و حق اختلاف با وی را ندارد و لذا در قانون نیز در این خصوص حق اختلاف و یا مرجعی برای حل اختلاف مورد پیش بینی واقع نشده است ...» لکن برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند قانون گذار در نهاد دادرسی دو سیستم را مدنظر داشته است: نخست، سیستم پیگیری حقوق جامعه، دوم، سیستم تحقیق راجع به جرایم. فرض نخست از شئون اداری حاکمیت بوده و باید بر عهده یک مقام باشد، اما دومی در نظام حقوقی ایران، امری قضایی است. وظیفه اصلی دادستان، تصدی سیستم نخست است، اما این اختیار به وی داده شده که در برخی جرایم شخصاً و به عنوان یک قاضی، مسئولیت تحقیق در خصوص جرم را نیز بر عهده گیرد (حسن زاده و صفرنیا شهری، ۱۳۹۰: ۱۶۱). لذا بنا بر نظر اخیر، در مواردی که دادیار، امر تحقیق را به عنوان یک امر ذاتاً قضایی به عهده دارد، می تواند نظری مستقل از نظر دادستان داشته باشد، اما آن زمان که دادیار تکلیفی غیر از تحقیق پذیرفته است، تبعیت مطلق وی از تصمیمات دادستان، ضروری است (حسن زاده و صفرنیا شهری، ۱۳۹۰: ۱۶۲). به ویژه آنکه در آخرین اراده قانون گذار، برخلاف قانون سابق (قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱)، به صراحت لزوم تبعیت دادیار از دادستان ذکر نگردیده است. اما علی رغم وجود این دیدگاه ها، رویه غالب در دادرسی ها، تبعیت مطلق دایاران از دادستان در هر دو فرض انجام تحقیقات در جرایم و دیگر اقدامات وی می باشد و مصاحبه نگارنده با تعدادی از دایاران نیز مؤید نظر مذکور است^۱ و به عقیده نگارنده این نظر، (تبعیت کامل دادیار از دادستان) اگر چه با نقدهایی مواجه است، لکن در حال حاضر مبنای رویه قضایی غالب

۱. مصاحبه با دایاران دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان شوش

می‌باشد. به هر ترتیب ملاحظه می‌گردد، این وضعیت یکی از چالش‌های قانونی موجود در استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب به شمار می‌آید؛ چراکه در عمل، تحقیقات مقدماتی در اکثر جرایم از حیطه اختیار بازپرس که مقام اختصاصی تحقیق و شخصی بی‌طرف است، خارج و در اختیار مقام‌های تعقیب قرار می‌گیرد که اصولاً بی‌طرف نیستند و وظیفه ذاتی آنان تعقیب متهم و صیانت از حقوق جامعه و نظم عمومی است. در اینجا است که بیم آن می‌رود حقوق دفاعی متهم در تحقیقات مقدماتی نقض گردد و اصول دادرسی عادلانه نیز نادیده گرفته شود. ضمن اینکه مطابق قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ انجام تحقیقات در دیگر موارد از جمله جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، جرایم منافی عفت و جرایم افراد زیر پانزده سال نیز از حیطه اختیار بازپرس خارج گردیده و به مقام‌های دیگری واگذار گردیده که این امر نیز با توجه به وظیفه ذاتی بازپرس که انجام تحقیقات در کمال بی‌طرفی است، به نظر حقوق دفاعی متهم را محدود می‌نماید.

۳-۱-۲. سلب آزادی متهم

شدیدترین قرار تأمین کیفری موجود، قرار بازداشت موقت متهم است که موجب می‌شود متهم تا ادامه روند تحقیقات و رسیدگی به اتهام وی در بازداشت به سر برد و هیچ‌گونه وثیقه یا کفالتی از وی پذیرفته نشود. صرف‌نظر از موارد صدور قرار بازداشت موقت، آنچه در این بحث حائز اهمیت است مرجع صدور این قرار است. با توجه به اینکه تنها نهادی که در کمال بی‌طرفی به انجام تحقیقات می‌پردازد نهاد تحقیق است، علی‌القاعده بازپرس باید نسبت به صدور قرار بازداشت موقت اقدام نماید و در صورت اقتضا یک مرجع بالاتر نسبت به تأیید یا عدم تأیید آن اظهار نظر نماید. در قانون آیین دادرسی کیفری این اختیار به بازپرس داده شده است؛ اما آنچه محل تأمل می‌نماید این است که اولاً سایر مقام‌های تعقیب که اجازه انجام تحقیقات مقدماتی در پاره‌ای جرایم به آنان داده شده نیز از این اختیار برخوردارند و ثانیاً مرجع تأیید این قرار، دادستان تعیین شده است و عجیب‌تر آنکه در مواردی که دادستان خود شخصاً اقدام به صدور قرار بازداشت موقت متهم می‌نماید یا در غیاب وی، معاون یا یکی از دادیاران این قرار را صادر می‌کند، نیاز به تأیید مقام دیگری ندارد که این امر می‌تواند حقوق دفاعی متهم را شدیداً نقض نماید؛ چراکه آن گونه که بیان شد، دادستان و دیگر مقام‌های تعقیب اساساً بی‌طرف نیستند.

دادستان برخلاف بازپرس، فاقد شأن قضایی است و راجع به مسائل مهم و حساس که همان آزادی یا بازداشت افراد است، تصمیم‌گیری نمی‌کند (یوسفی و رئیس، ۱۳۹۲: ۲۲۵). پس چگونه مهم‌ترین حق متهم یعنی حق آزادی وی در اختیار ایشان باشد؟ چگونه است که بازپرس که مقام تحقیق بی‌طرف است برای قرار بازداشت موقت صادره نیاز به تأیید دادستان دارد، لیکن دادستان که

ذاتاً مقام بی طرفی نیست نیاز به تأیید قرار بازداشت موقت صادره از سوی خود، توسط مرجع دیگری ندارد؟ حتی در حوزه های قضایی کوچک و دور از مرکز مشاهده می شود با توجه به اینکه معمولاً دادستان به خاطر عزیمت به جلسات در محل کار خود حضور ندارد و حوزه قضایی نیز اغلب فاقد معاون دادستان است، دادیاری که ممکن است سابقه قضایی زیادی نداشته باشد به عنوان جانشین دادستان، مبادرت به صدور قرار بازداشت موقت متهم می نماید و قرار وی در این حالت نیاز به تأیید مقام دیگری ندارد که این قبیل اقدامات، به شدت حقوق متهمان را در معرض خطر قرار می دهد. در جهت تحقق دادرسی عادلانه، در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، حق بازداشت متهم حتی از بازپرس که عهده دار امر تحقیق و جمع آوری دلایل است، به دلیل اینکه عضو دادرسی است سلب شده است. دلیل این موضوع این است که چون بازپرس، تحقیقات مقدماتی را انجام می دهد، پس بهتر است برای اینکه عدالت و بی طرفی بهتر رعایت شود، یک مقام دیگر غیر از بازپرس و مقام های دادرسی، اقدام به صدور بازداشت متهم نماید (یوسفی و رئیس، ۱۳۹۶: ۲۴۹). لذا به نظر می رسد اعطای اختیار سلب آزادی متهم به مقامات تعقیب، از سوی قانون گذار، مخالف حقوق دفاعی متهم بوده و در تعارض با ویژگی های دادرسی عادلانه باشد.

۳-۱-۳. قرارهای نهایی بازپرس

به موجب مواد ۲۶۵ و ۲۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، بازپرس باید نتیجه تحقیقات خود را در قالب قرار نهایی اتخاذ نماید و به نظر دادستان برساند. دادستان باید ظرف سه روز از تاریخ وصول پرونده، تحقیقات را ملاحظه و نظر خود را به صورت کتبی اعلام کند و پرونده را نزد بازپرس برگرداند و چنانچه دادستان تحقیقات بازپرس را کامل نداند، مواردی را که برای کشف حقیقت لازم است به تفصیل بیان می نماید و تکمیل آن را از بازپرس می خواهد و در این صورت بازپرس مکلف به انجام این تحقیقات است.

آن گونه که ملاحظه می شود بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی نیز باید طبق نظر دادستان عمل کند و در این مورد حق مخالفت ندارد. صرف نظر از اینکه معمولاً یکی از دادیاران به جانشینی از دادستان وظیفه اظهار نظر در مورد قرارهای نهایی بازپرس را بر عهده می گیرد و چنین امکانی با توجه به اینکه دادیاران عموماً از سابقه قضایی کمتری نسبت به بازپرس برخوردارند و در پرونده های مهم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری تجربه عملی ندارند و علی القاعده باید اشکال های وارد بر تحقیقات بازپرس را کشف نمایند و تعلیمات لازم را به بازپرس ارائه دهند، فلذا امکان تفویض این امر از سوی دادستان به دادیار قابل تامل است. اساساً اینکه بازپرس به موجب قانون، حق اختلاف درخصوص تکمیل تحقیقات مورد نظر دادستان را ندارد و مکلف به تبعیت از دادستان در این

خصوص می‌باشد، به نظر با اصول دادرسی عادلانه مغایرت دارد؛ چراکه بازپرس، به‌عنوان مقام اختصاصی انجام تحقیق، باید این اختیار را داشته باشد که در این خصوص با دادستان اختلاف نماید. لازم به ذکر است که امکان اختلاف بازپرس با دادستان درخصوص قرار نهایی در کشور ما و ارسال پرونده به دادگاه کیفری در جهت حل اختلاف از نقاط مثبت قانون به شمار می‌آید، لیکن بنا بر آنچه بیان شد، اصولاً تأیید یا عدم تأیید اقدامات و تحقیقات مقام تحقیق توسط مقام تعقیب به‌لحاظ موارد پیش گفته قابل تامل بوده و باید اصلاحاتی - نظیر آنچه در کشور لبنان شکل یافته است - به عمل آید تا به‌نحو شایسته‌تری استقلال مقام تحقیق از مقام تعقیب تأمین شود.

۳-۲. چالش‌های قضایی

استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در نظام قضایی کشور ما از حیث قضایی و رویه حاکم در دادرسی‌ها نیز با چالش جدی مواجه است. این چالش موجب می‌شود مقام تحقیق در چگونگی و نحوه رسیدگی، مداخله مقام تعقیب (دادستان) را احساس نماید و در عمل استقلال کامل وی را خدشه‌دار نماید؛ در حالی که می‌توان مانند رویه قضایی کشور لبنان به‌نحو شایسته‌تری استقلال مقام تحقیق را در عمل و از حیث قضایی فراهم نمود، که در ادامه تحت دو عنوان ذیل مورد بحث واقع می‌شوند.

۳-۲-۱. ارجاع پرونده به بازپرس

اولین چالشی که استقلال و بی‌طرفی نهاد تحقیق را از حیث قضایی می‌تواند خدشه‌دار نماید، نحوه آغاز تحقیقات بازپرس و ارجاع پرونده به اوست؛ زیرا وفق مواد ۸۹ و ۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در حال حاضر، شروع به تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس منوط به ارجاع دادستان است و چنانچه بازپرس ناظر وقوع جرم باشد، تحقیقات را شروع می‌کند و مراتب را فوری به اطلاع دادستان می‌رساند؛ در صورت ارجاع دادستان، تحقیقات را ادامه می‌دهد.

به نظر می‌رسد اینکه اختیار ارجاع پرونده‌های کیفری با دادستان است صحیح نیست؛ چون این اختیار به مقامی داده شده که خود مقام تعقیب و نماینده جامعه به شمار می‌آید و درصدد اثبات اتهام است. در چنین حالتی همواره این امکان وجود دارد که دادستان پرونده را به بازپرسی که از لحاظ روحیات و افکار موافق اوست ارجاع دهد. این موضوع به‌ویژه در مورد متهمان جرایم امنیتی و سیاسی بیشتر حائز اهمیت است. در چنین وضعیتی مقام ارجاع می‌تواند با ارجاع هدف‌مند خود حتی نتایج رسیدگی‌ها را پیش‌بینی نماید. (طهماسبی و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۴) مضافاً اینکه اختیار ارجاع پرونده از سوی دادستان می‌تواند به‌عنوان اهرم فشاری در دست وی باشد؛ به این صورت که چنانچه بازپرس درخواست‌های دادستان را اعمال نماید، با ارجاع انبوهی از پرونده‌های سنگین به شعبه تحت تصدی خود مواجه می‌شود که عملاً انجام تحقیقات به‌صورت دقیق را با مشکل مواجه می‌کند و در

عمل نیز بازپرسان به لحاظ اختیار دادستان در ارجاع پرونده‌ها، تلاش می‌کنند رابطه خود با دادستان را به نحو مطلوبی تنظیم کنند تا شاهد سیل پرونده‌های ارجاعی از سوی دادستان نشوند. همین موضوع می‌تواند استقلال بازپرس را تحت تأثیر قرار دهد و او را ناگزیر نماید در برخی موارد به خصوص پرونده‌های مهم و رسانه‌ای نظرات دادستان را تأمین نماید. اما اگر اختیار ارجاع پرونده‌های کیفری با مقامی مستقل، غیر از دادستان باشد، استقلال و آرامش روانی بازپرس بهتر تأمین شده و حقوق دفاعی متهم نیز به شکل بهتری تأمین خواهد شد.

۲-۲-۳. تعیین شعبه و محل خدمت بازپرس توسط دادستان

در حال حاضر، تعیین محل خدمت بازپرس از حیث اینکه در کدام شعبه به انجام وظیفه بپردازد عملاً بر عهده دادستان است؛ بدین صورت که ابلاغ بازپرس که از سوی ریاست قوه قضائیه صادر می‌شود به صورت مطلق است و به عنوان «بازپرس دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان» معین صادر می‌شود و همچون رؤسای شعب دادگاه، نام شعبه‌ای که بازپرس باید در آن انجام وظیفه کند در ابلاغ قضایی وی تصریح نمی‌شود؛ لذا تعیین شعبه محل خدمت وی در اختیار دادستان آن حوزه قضایی است و با توجه به عدم تعیین شعبه وی در ابلاغ صادره، تغییر شعبه وی نیز توسط دادستان امکان‌پذیر است. این مطلب با استقلال بازپرس به عنوان مقام تحقیق، منافات دارد؛ چون به راحتی و با صدور ابلاغ داخلی، دادستان هر حوزه قضایی می‌تواند شعبه و محل خدمت بازپرس را تغییر دهد. مطلب یاد شده حتی با ماده ۳۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که اعلام می‌دارد پس از ارجاع پرونده به شعبه بازپرسی نمی‌توان پرونده را از آن شعبه اخذ و به شعبه دیگر ارجاع داد نیز منافات و تعارض دارد؛ زیرا دادستان می‌تواند بدون اخذ پرونده از شعبه مذکور، بازپرس آن شعبه را تغییر دهد و بازپرس دیگری را به شعبه مذکور اعزام نماید و بدین ترتیب پرونده از اختیار بازپرس اولیه خارج گردد، که این موضوع با روح و فلسفه ماده فوق در تعارض است و به شدت استقلال بازپرس را خدشه‌دار می‌نماید. لذا باید در خصوص بازپرسان نیز در ابلاغ انتصاب آنان، همانند ابلاغ رؤسای شعب دادگاه‌ها شعبه‌ای که باید در آن انجام وظیفه نمایند، قید گردد تا امکان تغییر شعبه آنان توسط دادستان ممکن نباشد و بدین شکل از خدشه‌دار شدن استقلال آنان جلوگیری شود.

۳-۳. چالش‌های اجرایی (اداری)

دادستان بر اساس قوانین نظام حقوقی ایران ریاست بر دادرسی را بر عهده دارد. از سویی بازپرس نیز همچون دادیار و معاون دادستان از جمله مقام‌های قضایی نهاد دادرسی به شمار می‌آید که تحت ریاست اداری و نظارت دادستان قرار دارد. این ریاست اداری دادستان بر بازپرس که مسئولیت انجام تحقیقات مقدماتی را به عنوان مقامی مستقل بر عهده دارد، استقلال وی را با چالش‌هایی مواجه

می‌کند که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۳-۳. ارتقای سِمَت بازپرس

پیشرفت شغلی در هر نظام اداری و قضایی امری ضروری است تا هم موجب ایجاد انگیزه در افراد و هم موجب چرخش نیروها شود؛ زیرا هر ساله برخی از کارکنان بازنشسته می‌شوند و باید تمامی سِمَت‌ها توسط دیگر افراد تصدی شود و به‌صورت طبیعی کارکنان هر مجموعه تمایل دارند در زمینه شغلی خود پیشرفت داشته باشند. در نظام قضایی کشور ما با توجه به اینکه ریاست اداری دادسرا بر عهده دادستان است، از حیث سلسله مراتب اداری همواره درخصوص مقام‌های شاغل در دادسرا در جهت هرگونه تغییر سِمَت و ارتقا از دادستان آن حوزه قضایی نظرخواهی می‌شود و در برخی موارد تغییر سِمَت بازپرس منوط به موافقت دادستان است؛ ضمن اینکه ارزیابی عملکرد مقام‌های دادسرا و ازجمله بازپرس از طریق گزارش‌های ارزشیابی عملکرد آنان است که توسط دادستان تکمیل و به مراجع ذی‌ربط ارسال می‌شود؛ بنابراین مقام‌های دادسرا ازجمله بازپرس همواره این موضوع را مدنظر دارند که هرگونه اختلاف‌نظر و مخالفت با نظر دادستان می‌تواند در اظهارنظر و اعلام عملکرد آنان به مراجع مافوق مؤثر باشد؛ لذا این موضوع می‌تواند بر عملکرد قضایی برخی از بازپرسان تاثیرگذار باشد و آنان از بیم ارسال گزارش‌های منفی از سوی دادستان، مسیر هماهنگی و عدم مخالفت با دادستان را انتخاب نموده و بدین صورت استقلال خود را از دست بدهند. همچنان‌که حسب قوانین فعلی کشور، متأسفانه قضات در بدو ورود به انجام وظیفه به‌صورت آزمایشی به استخدام قوه قضائیه در می‌آیند و معمولاً پس از سه سال و با تأیید صلاحیت آنان از آزمایشی به رسمی، تغییر وضعیت می‌یابند که در این مورد نیز نظر دادستان حوزه قضایی و گزارش‌های وی درخصوص عملکرد بازپرس تأثیر بسزایی دارد؛ لذا ملاحظه می‌شود که اگر بازپرس تحت ریاست اداری دادستان نباشد، این چالش‌ها وجود نخواهد داشت و بازپرس به راحتی می‌تواند با استقلال و قاطعیت به انجام وظایف قانونی خود اقدام نماید.

۲-۳-۳. مرخصی بازپرس

از آنجایی که بازپرس به‌نحوی که اشاره شد زیرمجموعه دادسرا قرار دارد که ریاست آن با دادستان است، از حیث اداری تابع تصمیمات رئیس مجموعه دادسرا قرار دارد؛ به این‌گونه که جهت عزیمت به مرخصی باید نظر موافق دادستان را جلب نماید و این امر خود موجب وابستگی و احساس نیاز بازپرس می‌شود و با توجه به مسائل خاصی که برای بازپرس ممکن است به وجود آید ازجمله، ادامه تحصیل، بیماری بستگان، انجام خدمت در خارج از استان محل سکونت خانواده خود و همسر، این نیاز شدت بیشتری پیدا می‌کند و ممکن است برخی دادستان‌ها از این موضوع به‌عنوان

اهرم فشار استفاده کنند و بازپرس ناگزیر به همراهی و تبعیت از دادستان شود که این هم به نوبه خود به عنوان یکی از آسیب‌هایی است که می‌تواند در مقام رسیدگی به پرونده‌های قضایی استقلال بازپرس را تحت شعاع قرار داده و از قدرت و صلابت وی در مواجهه با نظرات مخالف دادستان به عنوان رئیس دادسرا بکاهد. در حالیکه چنانچه به مانند کشور لبنان که قاضی تحقیق را جدای از سلسله مراتب دادسرا قرار داده و برای دادستان، ریاست اداری نسبت به وی قرار نداده است، عمل شود، این ایراد به نحو مطلوبی مرتفع می‌گردد.

۳-۳-۳. آمار عملکرد بازپرس

امروزه یکی از ابزارهای سنجش عملکرد مقام‌های قضایی، آمار عملکرد کمی آنان در رسیدگی به پرونده‌های قضایی است که به صورت ماهیانه بررسی و منتشر می‌شود. صرف نظر از ایرادها و معایب آمارگرایی یا مختومه‌گرایی کیفری، از جمله اینکه موضوع هر پرونده مد نظر قرار نمی‌گیرد و صرفاً هر پرونده یک عدد به شمار می‌آید و موجب می‌شود گاهی برخی از قضات به لحاظ عدم مؤاخذة به اتخاذ تصمیم سریع و بدون تحقیق کافی مبادرت ورزند، این مسئله خود سبب کاهش استقلال بازپرس می‌شود؛ چه، با توجه به اینکه ارجاع پرونده‌ها در اختیار دادستان است و وی اختیار دستور تکمیل تحقیقات انجام گرفته توسط بازپرس را وفق قانون دارد، این موضوع می‌تواند موجب کاهش عملکرد کمی بازپرس شود؛ چون ارجاع پرونده‌هایی همچون قتل عمدی، آدم‌ربایی، سرقت مسلحانه و کلاهبرداری به یک بازپرس و ارجاع کمتر پرونده‌های سبک به وی می‌تواند موجب کاهش چشمگیر آمار عملکرد کمی وی می‌شود. پرونده‌های سنگین با توجه به طبیعت آن‌ها معمولاً به سرعت منتهی به صدور قرار نهایی نمی‌شوند و چنین بازپرسی در پایان ماه نمی‌تواند پرونده‌های زیادی را مختومه نماید و آمار پرونده‌های وارده وی به مراتب بیشتر از آمار پرونده‌های مختومه و خروجی وی خواهد بود و به اصطلاح عملکرد منفی خواهد داشت که این مسئله سبب مؤاخذة وی و تلقی عدم اهتمام و تلاش کافی وی می‌شود؛ حال آنکه در حقیقت چنین نیست. در اینجا ملاحظه می‌شود که از حیث عملکرد آماری نیز بازپرس تحت سیطره دادستان قرار دارد و این موضوع نیز می‌تواند به عنوان یکی از آسیب‌ها و موانع استقلال کامل بازپرس در مقابل دادستان محسوب شود.

۴. بررسی استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در کشور لبنان

قانون آیین دادرسی کیفری برای اولین بار در سپتامبر ۱۹۴۸ توسط حقوق دانان لبنانی تهیه و مورد تصویب قرار گرفت (پروین، ۱۳۸۶: ۸۲) که بعدها با اصلاحاتی مواجه شد که آخرین آن قانون اصول محاکمات جزایی مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی است. در کشور لبنان بر اساس قانون اصول محاکمات جزایی، نهاد تعقیب به روشنی از نهاد تحقیق تفکیک شده است. قضات در لبنان به دو

گروه تقسیم می‌شوند: «قضات نشسته» و «قضات ایستاده» دادسرا. مدعی‌العموم و به‌تبع وی، وکیل عمومی از منافع جامعه نمایندگی می‌کند (لیان، ۱۳۹۲: ۸۹). نهاد تعقیب یا همان دادسرا، وظیفه تعقیب مرتکبان و مداخله‌کنندگان در جرایم را از حیث جنبه عمومی و صدور کیفرخواست و دفاع از آن در دادگاه‌های مختلف و اجرای احکام صادره قطعی را بر عهده دارد. استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب از سه جنبه قانونی، قضایی و اجرایی (اداری) به شرح آتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۴-۱. بررسی از حیث قانونی

بر اساس قانون اصول محاکمات جزائی لبنان، دادستان دیوان عالی، وظیفه نظارت بر کلیه قضات دادسراها را دارد و به تعداد کافی وکیل عمومی (دادیار) در انجام وظایف وی را مساعدت می‌نمایند. اختیارات و وظایف دادستان به موجب قانون تعیین شده است. در هر ناحیه نیز یک دادستان وجود دارد که به تعداد کافی دادیار به او یاری می‌رسانند.

بر اساس قانون مذکور، قبل از اقامه دعوی کیفری در دادگاه کیفری، پرونده در دادسرا و نزد قاضی تحقیق بررسی می‌شود و سپس در دادگاه مطرح می‌شود (لیان، ۱۳۹۲: ۸۹)؛ همچنین در هر ناحیه نیز نهاد تحقیق مستقل از دادسرا، وجود دارد که از یک نفر به عنوان قاضی تحقیق اول و تعدادی دیگر قاضی تحقیق که تعداد آن‌ها را قانون معین می‌کند، تشکیل شده است.

جرایم در کشور لبنان به سه دسته خلاف‌ها، جنحه‌ها و جنایات تقسیم شده‌اند که دادسرا صرفاً در جرایم نوع سوم وظیفه تعقیب دارد؛ مگر در موارد خاص که دادسرا در جنحه‌ها نیز حق دخالت دارد. دادگاه‌های بدوی کیفری که شامل یک قاضی می‌باشند، به تمام جرایم و تخلفات به جز آنهایی که با نص خاص قانونی استثنا شده‌اند رسیدگی می‌کنند (غمامی، ۱۳۹۶: ۳۶۱).

۴-۱-۱. از حیث انجام تحقیقات

پس از اطلاع از وقوع جنایت در جرایم مشهود، دادستان یا وکیل عمومی (دادیار) فوراً به محل عزیمت می‌کند و موضوع را به قاضی تحقیق اطلاع می‌دهد؛ لیکن ملزم نیست برای شروع تحقیقات در انتظار وی بماند، سپس سریعاً شروع به انجام تحقیقات از حاضران و شهود و مطلعان و ثبت اظهارات آنان می‌نماید و دستور ضبط اشیاء و آلات را صادر می‌کند. همچنین می‌تواند از خروج افراد از محل جنایت جلوگیری نماید و دستور بازداشت افراد مظنون را تا حداکثر ۴۸ ساعت جهت انجام تحقیقات صادر نماید و هر اقدامی که جهت کشف حقیقت ضروری می‌داند انجام دهد و در صورت ضرورت مدت بازداشت را یک بار به همین مدت تمدید نماید. با حضور قاضی تحقیق در محل، دادستان یا وکیل عمومی، باید تحقیقات را متوقف کند و تمام صورتجلسات و اقدامات انجام گرفته را به وی تسلیم نماید؛ اما در فرض عدم حضور قاضی تحقیق در محل، تحقیقات را ادامه داده

و پرونده را تکمیل و آن را برای قاضی تحقیق ارسال می‌کند.

در جرایم غیر مشهود پس از اطلاع از وقوع جنایت موضوع از طریق دادسرا یا مستقیماً از سوی شاکی به قاضی تحقیق اول اعلام می‌شود که وی می‌تواند شخصاً یا با ارجاع موضوع به یکی از قضات تحقیق، تحقیقات را آغاز نماید؛ بنابراین ملاحظه می‌شود انجام تحقیقات از متهم و اتخاذ تصمیم نهایی در مورد وی، در جنایات، از وظایف خاص قاضی تحقیق است و مقام تعقیب به جز انجام اقدامات اولیه و ضروری تا زمان حضور قاضی تحقیق، اختیار دیگری ندارد و می‌باید پرونده را با ذکر اقدامات انجام گرفته، نزد قاضی تحقیق اول ارسال نماید؛ لذا در کشور لبنان، انجام تحقیق از متهم در جنایات و آن دسته از جنحه‌هایی که قانون تعیین نموده، توسط مقام تحقیق مستقل و بی‌طرف صورت می‌پذیرد.

۲-۱-۴. از حیث سلب آزادی متهم

قانون آیین دادرسی کیفری لبنان اختیار صدور قرارهای تأمین کیفری را به قاضی تحقیق داده است که می‌تواند تا بازداشت موقت شخص متهم نیز باشد. در آیین دادرسی کیفری لبنان هدف از وضع قرارهای تأمین کیفری تضمین حضور متهم در تمامی مراحل دادرسی کیفری تا اجراست (أبو عید، ۲۰۰۶: ۹۶). در صورت آزادی متهم توسط قاضی تحقیق و اعتراض دادستان به موضوع یا بالعکس، درخواست بازداشت متهم از سوی دادسرا و عدم موافقت قاضی تحقیق، موضوع در هیئت اتهامیه مورد رسیدگی قرار گرفته و نظر نهایی در آن مرجع صادر می‌شود. چنان‌که بیان شد، مقام تعقیب صرفاً در جرایم مشهود، می‌تواند دستور بازداشت افراد مظنون را تا ۴۸ ساعت صادر و در صورت ضرورت یک بار به همان مدت تمدید نماید، لیکن صدور قرار بازداشت متهم در اثنای تحقیقات، صرفاً بر عهده قاضی تحقیق است و حتی در صورت تقاضای دادستان، قاضی تحقیق ملزم به صدور قرار بازداشت موقت متهم نمی‌باشد؛ لذا ملاحظه می‌شود سلب اختیار صدور قرار بازداشت موقت متهم از مقام تعقیب که خود اصولاً مقام بی‌طرفی محسوب نمی‌شود، و اعطای این اختیار به قاضی تحقیقی بی‌طرف، به خوبی تضمین‌کننده حقوق دفاعی متهم است و با اصول دادرسی عادلانه مطابقت دارد.

۳-۱-۴. از حیث قرار نهایی

به موجب قانون آیین دادرسی کیفری لبنان، قاضی تحقیق پس از اتمام تحقیقات، نتیجه را با صدور قرار نهایی برای دادستان ارسال می‌کند؛ دادستان باید حداکثر ظرف یک هفته نظر خود را اعلام نماید. در صورتی که دادستان انجام تحقیقات بیشتری را درخواست نماید، با ذکر آن‌ها به صورت دقیق مراتب را به قاضی تحقیق اعلام می‌نماید. اما قاضی تحقیق می‌تواند درخواست دادستان را پذیرفته یا آن را رد کند و در صورت رد، باید دلایل آن را اعلام نماید. در چنین حالتی

دادسرا می‌تواند نسبت به رد درخواست از سوی قاضی تحقیق، در هیئت اتهامیه، اعتراض کند. نظر هیئت اتهامیه برای هر دو مقام لازم‌الاتباع است. در صورت اعتقاد قاضی تحقیق بر منع تعقیب، بلافاصله دستور آزادی متهم را در صورت بازداشت، صادر می‌کند و قابل اعتراض بودن قرار صادره، مانع آزادی متهم نیست؛ لذا در صورت عدم موافقت دادستان با قرار نهایی قاضی تحقیق، وی مکلف به تبعیت از دادستان نیست. دادستان در این صورت می‌تواند اعتراض خود را به هیئت اتهامیه ارسال نماید تا در آنجا در خصوص موضوع اتخاذ تصمیم شود. نظر هیئت اتهامیه برای هر دو مقام لازم‌الاتباع است (احمد الحوامده، ۲۰۱۵: ۲۱۷). پس از انجام تحقیقات و صدور قرار نهایی و تأیید مجرمیت متهم، پرونده به دادگاه کیفری صالح ارسال می‌شود و در صورت اعتقاد قاضی تحقیق بر عدم تعقیب متهم و عدم اعتراض دادستان یا شاکی یا اعتراض آنان و رد آن در هیئت اتهامیه، تعقیب متهم خاتمه می‌یابد. لذا مطابق قانون آیین دادرسی کیفری لبنان، قاضی تحقیق در صدور قرار نهایی دارای استقلال کافی از دادستان بوده و مکلف به اجرای تصمیمات وی نیست.

۲-۴. بررسی از حیث قضایی

با بررسی نظام قضایی کشور لبنان، از حیث قضایی و رویه حاکم در آن، ملاحظه می‌شود که مجموعه قضات تحقیق ذیل مجموعه دادسرا محسوب نمی‌شوند و از استقلال کامل برخوردارند. بی‌شک، زمانی مقام تحقیق می‌تواند این وظیفه مهم یعنی گردآوری دلایل جرم با بی‌طرفی کامل را به درستی ایفا کند که از استقلال و آزادی کافی برخوردار باشد و تحت نظارت و سیطره مقام دیگری نباشد و بتواند هرگونه تحقیقی را که لازم می‌داند و هرگونه تأمینی را که مناسب تشخیص دهد انجام دهد. فصل دوم قانون آیین دادرسی کیفری لبنان در مجموع، به بی‌طرفی قاضی تحقیق اشاره می‌کند (الیاس و فادی نمور، ۲۰۰۶: ۱۰۶). در نظام قضایی لبنان حتی ارجاع پرونده به قاضی تحقیق نیز توسط قاضی تحقیق اول صورت می‌گیرد و دادسرا و دادستان در اینکه پرونده توسط کدام قاضی تحقیق مورد رسیدگی قرار گیرد، نقشی ندارند و این موضوع خود موجب رفع هرگونه شائبه در مورد توافق عقیده دادستان با قاضی تحقیق می‌شود. مرجع رسیدگی به اعتراضات دادستان یا شاکی به اقدامات قاضی تحقیق نیز مرجعی به نام هیئت اتهامیه است که از سه قاضی دادگاه تمیز (تجدیدنظر) استان تشکیل گردیده است و در مرکز هر استان استقرار دارد.

۳-۴. بررسی از حیث اجرایی (اداری)

مطابق قانون آیین دادرسی کیفری لبنان، قاضی تحقیق زیر مجموعه دادسرا قرار ندارد و از نظر اجرایی و اداری تحت سیطره دادسرا و در رأس آن دادستان قرار ندارد؛ لذا با فراغ بال و استقلال، وظیفه تحقیقات را بر عهده دارد و دادستان به عبارتی، وظیفه اثبات موضوع و دفاع از صدور کیفرخواست را در دادگاه بر

عهده دارد. بر این اساس قاضی تحقیق، جزو سلسله مراتب دادسرا به شمار نمی آید؛ بلکه مقام مستقلی است که تحت ریاست دادستان قرار ندارد. دادستان در تعیین شعبه و محل خدمت قاضی تحقیق و عزیمت وی به مرخصی و میزان و آمار عملکرد وی نقشی ندارد و استقلال قاضی تحقیق از حیث اداری و سازمانی به نحو مطلوبی از این جهت، تأمین شده است و دادستان به عنوان مدعی العموم و مدافع نظم عمومی جامعه که اساساً مقام بی طرفی نیست، هیچ گونه ریاستی بر قاضی تحقیق ندارد و قاضی تحقیق مستقلاً و بدون هیچ ملاحظات و وظیفه تحقیقات خود را انجام می دهد و از حیث اداری و اجرایی، قاضی تحقیق سایه دادستان را بر سر خود احساس نمی کند.

نتیجه

تفکیک نهاد تحقیق از نهاد تعقیب، به عنوان یک اصل، از ویژگی های بارز نظام های دادرسی مختلط است. بر طبق این اصل، انجام تحقیقات مقدماتی در مورد جرایم بر عهده مقام تحقیق مستقلی قرار دارد و تعقیب جرم نیز از وظایف مقام تعقیب یا دادستان است. این اصل هرچند مورد پذیرش قانون گذار ایران قرار گرفته، لیکن در موارد عدیده ای از آن عدول شده است؛ لزوم ارجاع پرونده از سوی دادستان به قاضی تحقیق (بازپرس) به منظور شروع و یا ادامه تحقیقات حسب مواد ۸۹ و ۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، پیش بینی نظارت دادستان نسبت به تحقیقات مقام تحقیق در همه مراحل تحقیقات مقدماتی و اختیار ارائه تعلیمات لازم، لزوم تبعیت مقام تحقیق از دادستان در موارد اعلام نقص تحقیقات از سوی وی، اجازه انجام تحقیقات مقدماتی (غیر از جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری) به دادستان و معاون وی و دادیار، قیومیت دادستان نسبت به قاضی تحقیق پس از خاتمه تحقیقات مقدماتی و صدور قرار نهایی، سلب انجام تحقیقات مقدماتی از قاضی تحقیق در جرایم منافی عفت و تحدید صلاحیت تحقیقی وی در جرایم اطفال و نوجوانان، به همراه افزایش رسیدگی اختصاری جرایم و همچنین ریاست اداری مستقیم دادستان بر قاضی تحقیق (بازپرس) و تأثیر نظرات وی بر ارزیابی و ارتقای شغلی بازپرس و نیز اختیار ارجاع نوع و میزان پرونده ها از سوی دادستان به وی را باید از زمینه های بارز و عملی عدول از اصل تفکیک نهاد تحقیق از نهاد تعقیب و وابستگی بازپرس به دادستان، در نظام قضایی ایران محسوب نمود. در حالی که یک دادرسی عادلانه، دادرسی است که دو تفکیک مهم در آن صورت پذیرفته باشد، باید بین مقام تحقیق و مقام تعقیب تفکیک کامل صورت پذیرد و استقلال مقام تحقیق فراهم شود و نیز تصمیمی که نهایتاً پس از مرحله تحقیقات مقدماتی گرفته می شود، قابلیت بررسی در یک مرجع

دادرسی مستقل را داشته باشد. در ایران تفکیک اول به صورت کامل وجود ندارد، ولی تفکیک دوم به خوبی فراهم است. حال آنکه در کشور لبنان، استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب به خوبی فراهم شده است. از یک طرف استقلال ساختاری نهاد تحقیق در لبنان تضمین شده است و قاضی تحقیق در ذیل مجموعه دادرسا قرار ندارد و از حیث اداری و سلسله مراتبی تحت نظر دادستان قرار ندارد، و هیچ گونه ریاستی از جانب دادستان احساس نمی کند و در امور همچون تعیین محل خدمت، ارتقا، مرخصی، ارجاع پرونده و دیگر مسائل قضایی و اداری تحت سیطره دادستان قرار ندارد و از طرف دیگر در امور مهم دیگری همچون سلب آزادی متهم یا آزادی وی، ملزم به تبعیت از دادستان نیست و پس از ختم تحقیقات و صدور قرار نهایی، نیز نظر دادستان را اخذ می کند، لیکن تصمیم خود را می گیرد و استقلال وی به صورت کامل تضمین شده است و چنانچه مقام تعقیب به این تصمیم اعتراض داشته باشد، باید برای تغییر آن به مرجع ثالثی (هیأت اتهامیه) رجوع کند و از همه مهم تر مرجع رسیدگی به این اعتراض یک دادگاه عالی است که تحت انقیاد و فرمان دادستان قرار ندارد. لذا بستر لازم از حیث قانونی، قضایی و اجرایی (اداری) در نظام قضایی لبنان به نحو مطلوبی در جهت تحقق استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب فراهم شده است. این موضوع، ضامن حقوق دفاعی متهم بوده و موافق اصول دادرسی عادلانه است.

در پایان، ضمن تأکید بر لزوم شناسایی استقلال کامل نهاد تحقیق از نهاد تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری، ایجاد نهاد تحقیق مستقل و خروج آن از ساختار سازمانی دادرسا و عدم ریاست اداری دادستان بر آن، ارجاع پرونده ها به مقام تحقیق توسط مقامی مستقل غیر از دادستان، حذف اختیار مقام های تعقیب در انجام تحقیقات به جانشینی مقام تحقیق پیشنهاد می شود.

منابع

- آخوندی، محمود (۱۳۸۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- آشوری، محمد (۱۳۷۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول و دوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- آشوری، محمد (۱۳۹۲)، عدالت کیفری (۲)، تهران: نشر دادگستر.
- استفانی، گاستون، ژرژ لواسور و برنار بولک (۱۳۷۷)، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
- جاوید، محمدجواد و عصمت شاهمرادی (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی تحولات حقوق بشری در قانون آیین دادرسی کیفری و اسناد بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱۸.
- حسن زاده، مهدی و محمدرضا صفرنیشهری (۱۳۹۰)، «اعتبار اظهارنظر دادیار»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۵، شماره ۷۶.
- رازانی، سعید و دیگران (۱۳۹۷)، «تطبیق اختیارات دادستان با اصول دادرسی عادلانه و موازین فقهی در تحقیقات مقدماتی»، پژوهش‌های فقهی، تابستان، دوره چهاردهم، شماره ۲.
- طهماسبی، جواد، بتول پاکزاد و علی امیری (۱۴۰۰)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی‌طرفانه کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- علامه، غلام حیدر (۱۳۸۹)، اصول راهبردی حقوق کیفری، تهران: نشر میزان.
- غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۶)، حقوق عمومی تطبیقی لبنان، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- فتحی، محمدجواد و علی دهقانی (۱۳۸۸)، «استقلال بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی و تأثیر آن در تحقق دادرسی عادلانه»، مجله حقوق اسلامی، بهار ۱۳۸۸، شماره ۲۰.
- کوشکی، غلامحسین (۱۳۸۹)، «بررسی جایگاه سازمانی دادستان در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲، تهران: دانشکده حقوق شهید بهشتی.
- گلدوست جویباری، رجب و فرامرز قلی پور جمنانی (۱۳۹۴)، «عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۹۲.
- متین دفتری، احمد (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.
- هادی زاده، رضا (۱۳۹۰)، بررسی اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در آیین دادرسی کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- یوسفی، ایمان و محمدصادق رئیسی (۱۳۹۲)، «بررسی انتقادات وارد بر نهاد بازپرسی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۷، شماره ۸۲.

عربی

- أبو عید، إلیاس (۲۰۰۶)، أصول المحاکمات الجزائیة، الجزء الثالث، لبنان، بیروت.
- عبدلی، سفیان (۲۰۱۴)، دور النيابة العامة وإستقلالیتهما، مجله الحزیران، عدد ۶.
- لورنس، سعید أحمد الحوامدة (۲۰۱۵)، الدفع فی قانون أصول المحاکمات الجزائیة، لبنان، بیروت، المنحل.

- نمور، الياس و فادى نمور (٢٠٠٦)، الحريات الشخصية وحقوق الانسان فى مواجهة علم الإجرام و الملاحقة الجزائية، لبنان، بيروت، مكتبة الصار.

انگلیسی

- Hamburger, Philip (2008), **Law and judicial duty**, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, and London, England.
- Simpson, John (1913), **A History of continental criminal procedure**, Boston, little, Brown & Company.
- Smit, Paul (2008), **the Examining Magistrates Function and Involvement in Investigative Matters**, available online at: www.springerlaw.com.

اختلاف محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط و چگونگی حل آن

امیرحسین علیزاده*، جمشید زرگری**

چکیده

در نظام دادرسی مدنی و رویه قضایی ایران چگونگی حل اختلاف بین محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط دارای راه حلی روشن و مشخص نیست. مسئله این است که تشخیص ارتباط کامل با چه مرجعی است؟ و در صورت اختلاف در تشخیص ارتباط کامل بین دو دادگاه، خواه دارای درجه یکسان و در حوزه قضایی واحد یا متفاوت و یا با درجات متفاوت، چگونه باید در مقام حل اختلاف برآمد؟ آیا مرجعی جهت حل اختلاف با توجه به نظم حقوقی موجود قابل تعریف است؟ ضرورت پاسخ به این مسئله از این حیث واجد اهمیت است که عدم وجود قواعد شفاف و دقیق در این موضوع موجب اطاله دادرسی، صدور آرای متعارض، قضای نامناسب و سلب اعتماد عمومی نسبت به نظام قضایی به علت ناکارآمدی آن می شود. در این مقاله با شیوه توصیفی - تحلیلی و با منابع کتابخانه‌ای ضمن بررسی موارد مبهم، پیشنهادها و راهکارهایی نسبت به موارد مسکوت برحسب مقررات داخلی، رویه قضایی و حقوق تطبیقی ارائه شده است. نتیجه نشان می دهد که طبق نظم حقوقی کنونی، با وصف تشخیص ارتباط کامل از سوی یک دادگاه و ارسال آن به شعبه مرجوع الیه امکان اختلاف در تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط وجود ندارد و جهت جلوگیری از ایستایی دادرسی، این دادگاه مکلف به رسیدگی است، با وجود این امر تحمیل نظر ماهوی یک دادگاه در تشخیص ارتباط کامل در دعوی مرتبط بر دادگاه دیگر مغایر با اصل استقلال قضایی

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

alizadeh.amir57@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق سردفتری اسناد رسمی، دانشکده ثبت و مدیریت قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات

jamshidzargari94@gmail.com

اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

است، به همین جهت پیشنهاد شده است، در اصلاحات آتی قانون آیین دادرسی مدنی، اختلاف بین محاکم در تشخیص ارتباط کامل، چنانچه دو دادگاه در یک حوزه قضایی باشند با رئیس حوزه قضایی و چنانچه در دو دادگاه در دو حوزه قضایی متفاوت (داخل یک استان و یا دو استان متفاوت) و یا بین دادگاه عالی و تالی باشند بر طبق قواعد صلاحیت حل اختلاف به عمل آید.

واژگان کلیدی: دعاوی مرتبط، ارتباط کامل، رسیدگی توأمان، حل اختلاف، حدوث اختلاف، تجمیع دعاوی

مقدمه

اختلاف محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی و چگونگی حل آن، ازجمله خلأهای قانونی در نظام دادرسی مدنی ایران است. رویه قضایی به عنوان یکی از طرق ایجاد قواعد حقوقی در فرض سکوت قانون (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۷۲) علاوه بر تشتت^۱ واجد کیفیتی مطلوب جهت سازندگی قواعد حقوقی در این مورد نبوده است. علاوه بر این مقنن پیش از ورود به مسئله فوق باید ماهیت دعاوی مرتبط را تبیین می نمود که در این مورد نیز نتوانسته صراحتاً موضع خویش را ابراز دارد؛ زیرا اگرچه در مواد ۶۵، بند ۲ ماده ۸۴ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی به ماهیت دعاوی مزبور پرداخته، اما این سه نص نیز صرفاً دلالت تضمینی بر ماهیت دعاوی مرتبط دارد و تمامی زوایای این دعاوی را تبیین نکرده است.

بررسی اختلاف بین محاکم در مسئله مزبور از آن رو مهم است که در کشاکش ضرورت رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط بر مبنای جلوگیری از صدور آرای متعارض و قضای شایسته^۲ از یک سو و

۱. به عنوان مثال در نشست قضایی این پرسش مطرح می گردد که هرگاه در اثنای رسیدگی به دعوی معلوم شد که همین دعوی در دادگاه دیگری قبلاً اقامه و تحت رسیدگی است و یا دعوی مذکور با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است که دادگاه از رسیدگی خودداری و پرونده را به دادگاهی که دعوا در آن مطرح است می فرستد. چنین موردی اولاً، از موارد قرار امتناع است یا عدم صلاحیت؟ ثانیاً ارجاع آن به دادگاه دیگر نیاز به دستور معاونت ارجاع دارد یا خیر؟ نظریه اکثریت: قرار امتناع از رسیدگی صادر و با نظر معاونت ارجاع، پرونده ارجاع می شود. خودداری مذکور در ماده، همان معنای امتناع را دارد و جمود بر الفاظ نباید کرد. نظر اقلیت: قانونی به این نظر دو دسته اند: ۱. نیازی به صدور قرار امتناع نیست و با تصمیم اداری و با ارجاع معاون به شعبه مربوطه ارجاع می شود. ۲. قرار امتناع صادر و نیازی به ارجاع معاون نیست (پیشینه رویه قضایی در ایران در ارتباط با آیین دادرسی مدنی، ۱۳۹۶: ۱۹۴).

۲. ماده ۳۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه به این امر اشاره دارد.

Le juge peut, à la demande des parties ou d'office, ordonner la jonction de plusieurs instances

استقلال قاضی در تصمیم‌گیری درخصوص احراز یا عدم احراز ارتباط کامل بین دعاوی، حدوث اختلاف بین محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی اجتناب‌ناپذیر است، زیرا جهت کارآمدی و جلب اعتماد عمومی به نظام قضایی کشور نه می‌توان رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط را نادیده گرفت نه امکان تخدیش استقلال قاضی در تصمیم‌گیری وجود دارد.

هنگامی که اختلاف بین محاکم در تشخیص ارتباط کامل مسجل می‌شود به تبع آن حل اختلاف نیز موضوعیت می‌یابد. اهمیت این موضوع در آن است که با امتناع از رسیدگی توأمان توسط مرجعی که عقیده بر عدم وجود ارتباط کامل دارد، مدخل اطالۀ دادرسی یا حتی ایستایی طولانی رسیدگی قضایی ایجاد خواهد شد که این عوارض علاوه بر آنکه مغایر اصول دادرسی مانند اصل سرعت می‌باشند، اعتماد عمومی به نظام قضایی را از بین خواهند برد زیرا ابتدایی‌ترین خواسته مردم از دستگاه قضایی واکنش سریع نسبت به فصل خصومت آن‌ها است.

در نگاه نخست شاید بتوان با وحدت ملاک از احکام دعاوی مشابه مثل دعاوی منوط (ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی) به کارآمدی مقررات در مسئلۀ فوق اهتمام ورزید، با این حال باید اذعان داشت که به سبب تفاوت در علل وضع احکام نمی‌توان به ترمیم احکام دعاوی مرتبط به وسیلۀ احکام دعاوی مشابه آن دست یازید و قیاس در این خصوص قیاس مع الفارق است، زیرا در حال حاضر مبنای ارسال دعاوی به دادگاهی دیگر به علت ارتباط کامل به عللی چون جلوگیری از صدور آرای متعارض، اطالۀ دادرسی، توجه به شاکلۀ روابط حقوقی و قضای شایسته می‌باشد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۰۷؛ انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۱۶۰؛ کریمی، ۱۳۷۷: ۸۲).

در این پژوهش، نخست به تبیین ماهیت دعاوی مرتبط، سپس به عنوان موضوع و پرسش اصلی به کیفیت حدوث اختلاف بین محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی و حل آن پرداخته و پیشنهادهایی را جهت اصلاح قانون ارائه می‌نماییم.

۱. تبیین ماهیت دعاوی مرتبط

مستندات قانونی دعاوی مرتبط در قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۶۵، بند ۲ ماده ۸۴ و ۱۰۳ است. با این حال در این مواد صراحتاً تعریفی از ماهیت دعاوی مرتبط نشده است. برخی از اساتید

pendantes devant lui s'il existe entre les litiges un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire ou juger ensemble. Il peut également ordonner la disjonction d'une instance en plusieurs.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA00006135879/#LEGISCTA000006135879. (last visited 29/1/2021 at 12:23)

بر اساس رأی دیوان عالی کشور^۱ در مقام تعریف دعوی مرتبط بیان نموده‌اند که دو دعوی را نسبت به هم موقعی دعوی مرتبط گویند که اخذ تصمیم در هر یک مؤثر در دیگری باشد، یعنی صدور رأی در یکی از دو دعوی موجب بی‌نیازی از انشای رأی در مورد دعوی دیگر باشد، یا اثبات یا رد یکی از دو دعوی موجب اثبات یا رد دعوی دیگر گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۰۱).

تعریف فوق در واقع تعریف دعوی مرتبط نبوده بلکه تعریف ارتباط کامل است که یکی از عناصر دعوی مرتبط می‌باشد. دعوی مرتبط را می‌توان چنین تعریف نمود: «دعوی مرتبط عبارت است از دعوی مطروح به‌نحو منضم در یک دادخواست یا مستقل به‌موجب دادخواست‌های متعدد که با حداقل یک دعوی مطروح دیگر دارای ارتباط کامل بوده و رسیدگی توأمان به این دعاوی^۲ ضرورت داشته باشد.» بر اساس این تعریف، عناصر دعوی مرتبط عبارت است:

۱-۱. وجود حداقل دو دعوی اقامه شده

با توجه به مواد ۶۵، بند ۲ ماده ۸۴ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی برای آنکه بتوان دعوی را به یکدیگر مرتبط دانست وجود حداقل دو دعوی ضروری است^۳. تعدد دعاوی^۴ در فرضی مصداق دارد که دعوی در رکن خواسته یا موضوع^۵ منطبق بر یکدیگر و یکسان نباشند (مهاجری، ۱۳۹۲: ۲۸۶) چراکه در این فرض حقیقتاً با دو دعوی مواجه نیستیم بلکه یک دعوی دو بار مطرح گردیده است. همچنین بدیهی است که وجود بالقوه ادعاها کافی نبوده بلکه برای اینکه عنوان دعوی مرتبط بر آن حمل شود لازم است که اقامه و رسیدگی آن‌ها آغاز شده باشند (مدنی، ۱۳۷۸: ۶۰۳).

۱-۲. ارتباط کامل

شاکله و مهم‌ترین عنصر در دعوی مرتبط، عنصر ارتباط کامل است^۶. در بند ۲ ماده ۸۴ و ماده

۱. شماره ۳۷۷-۱۴۷۷۵ مورخ ۱۳۱۷/۲/۲۴.

2. Aggregation of Claims, Jonction d'instances

۳. در نظام دادرسی مدنی فرانسه نیز این شرط جهت ادغام دعاوی مرتبط وجود دارد (Chainais et Guinchard, 2018: 374).

4. Multiple Claims

۵. برخی از حقوق‌دانان در فرانسه نیز دعاوی را مرتبط دانسته‌اند که نه از نظر سبب و نه از نظر موضوع یکسان باشند (Chainais et Guinchard, 2018: 374).

۶. در نظام دادرسی مدنی امریکا ارتباط کامل لازمه رسیدگی به دعاوی متعدد نبوده و حتی در فرضی که دعاوی متعدد توسط یک خواهان علیه یک خوانده مطرح شود ولو بی‌ارتباط قابل رسیدگی توأمان می‌باشد. تنها در فرضی که خواهان متعدد دعاوی متعدد را علیه خوانده واحد اقامه می‌کنند می‌بایستی دارای منفعت مشترک و تجزیه نشده باشند (Rowe and Marcus, 2008: 28). در این باره گرچه بند ب قاعده ۱۸ قواعد دادرسی مدنی فدرال (Federal

۱۰۳ و ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص تفکیک دعاوی^۱ اقامه شده در ضمن یک دادخواست و ماده ۱۴۱ که در رابطه با دعاوی طاری می‌باشد از عبارت «ارتباط کامل»^۲ در بین دعاوی مزبور یاد شده است اما تنها در بند دو ماده ۱۴۱، قانون‌گذار در مقام تعریف «ارتباط کامل» بر آمده است.^۳ این بند از ماده فوق گرچه با توجه به صدر آن به دعاوی متقابل، معطوف است اما با توجه به اطلاق کلمه دعا و سکوت قانون‌گذار در مواد ۶۵، ۸۴ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان از تعریف مزبور نسبت به شناخت «ارتباط کامل» در دعاوی مرتبط نیز تمسک جست.

در تعریف بند دو ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی میزان تأثیر تصمیمات گرفته شده در دعاوی مرتبط بر یکدیگر مشخص نگردیده و دیدگاه مشهور و رویه محاکم^۴ با توجه به رأی دیوان عالی کشور^۵ میزان تأثیر را چنین دانسته که صدور رأی در یک دعوی موجب بی‌نیازی از انشای رأی در دعوی دیگر و یا اثبات یا رد یکی از دعاوی موجب اثبات یا رد دعوی دیگر گردد (مهاجری، ۱۳۹۲: ۱۴۸؛ محسنی و غمامی، ۱۳۹۲: ۱۱۳).^۶ با وجود این تأثیر را باید از دو حیث سلبی و ایجابی تحلیل نمود؛ از حیث سلبی، بر اساس مبانی رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط، میزان تأثیر تصمیمات بر یکدیگر را باید بر اساس احتمال حدوث تغایر بین آرا بر فرض رسیدگی مجزا و تبعاً عدم امکان اجرای آن‌ها دانست،^۷ اما از حیث ایجابی، سنجش ارتباط کامل در اثبات رکن و یا ارکان دعاوی مختلف

Rules of Civil Procedure 2019/12/01) اشاره به این دارد که خواهان می‌تواند علیه یک خوانده دعاوی متعددی را مطرح نماید اما این مقرر دلالی بر الزام ندارد، با این حال در دعاوی که ارتباط تنگاتنگی بین آن‌ها وجود دارد رویه قضایی از بیم آن که دعوی مرتبط که مورد رسیدگی قرار نگرفته است به واسطه رسیدگی به دعوی دیگر مشمول اعتبار امر قضاوت شده نشود، بر آن است که خواهان را ملزم به طرح دعاوی مرتبط به صورت توأمان بداند (Yeazell and Schwartz, 2015: 512).

1. Several claims, disjonction d'instances

۲. تدوین‌کنندگان اصول آیین دادرسی مدنی فراملی بر این عقیده بوده‌اند که رسیدگی توأمان به دعاوی متعدد در صورتی امکان دارد که ارتباط اساسی در موضوع بین آن‌ها وجود داشته باشد (American Law Institute, 2010: 105).

۳. ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی: «... بین دو دعوی وقتی ارتباط کامل موجود است که اتخاذ تصمیم در هر یک مؤثر در دیگری باشد.»

۴. همچنین نظر اکثریت نشست قضایی استان مازندران / شهر بابل در مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۰۹ رجوع شود به (بازدید <https://www.neshast.org>) (۱۳۹۹/۷/۱۴).

۵. در شماره ۳۷۷-۱۴۷۷۵ مورخ ۱۳۱۷/۲/۲۴.

۶. با این وجود دیوان عالی کشور در اعسار از محکوم به از این معیار عدول نموده است (علیزاده، ۱۳۹۸: ۲۵۱-۲۵۲).

۷. در حقوق فرانسه نیز ارتباط بین دعاوی را پیوند (connexité) می‌نامند و در مقام تعریف آن بیان شده است که وقتی

است به نحوی که اثبات یک دعوی سبب اثبات رکن و یا ارکان تحقق دعوی دیگر گردد.^۱ با وجود این، باید اذعان داشت که ارتباط کامل بین دعوی مفهومی نسبی است که نمی‌توان ملاک عینی جهت تشخیص ارتباط کامل در تمامی دعوی مرتبط ابراز نمود. پس بهتر است به جای نگاهی محض در این مفهوم، با نگاهی واقع‌گرا تشخیص ارتباط کامل بین دعوی را به جهت آنکه معطوف به امور موضوعی در دعوی است، به مثابه بررسی سایر امور ماهوی در هر دعوی به نظر دادرس دادگاه واگذار نماییم.

۳-۱. عدم وجود ترتب در اثبات دعوی و ضرورت رسیدگی توأمان

مستنبط از ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی به دعوی مرتبط باید به نحو توأمان و یکجا

ارتباط تنگاتنگ بین دعوی سبب شود رسیدگی به طور جداگانه بیم صدور آرای متعارض را در پی داشته باشد، در واقع پیوندی بین دعوی مزبور که در دو مرجع قضایی مختلف مطرح شده وجود دارد (Guinchard et Debard, 2015:239). همچنین پیوند را در معنای مضیق مستلزم تقسیم‌ناپذیری دو دعوی دانسته‌اند که بر فرض رسیدگی مجزا به آن‌ها امکان صدور آرای غیرقابل اجرا وجود دارد و در مفهوم موسع آن را یک ارتباط ساده بین دعوی دانسته‌اند که حل و فصل مجزا آن‌ها ممکن است سبب صدور آرای متعارض شود (Cayrol, 2020: 175). مفهوم اخیر مورد تجویز بند ۳ ماده ۳۰ مقررات صلاحیت قضایی و شناسایی و اجرای احکام در امور مدنی و تجاری مصوب پارلمان و شورای اتحادیه اروپا مورخ ۲۰۱۲/۱۲/۱۲ (of jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) نیز قرار گرفته است.

۱. نظریه شماره ۷/۹۹/۱۳۶۴ در پرونده شماره ۹۹-۱۲۷-۱۳۶۴ ح مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۰ اداره حقوقی قوه قضائیه: «مطابق ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ «اگر دعوی دیگری که ارتباط کامل با دعوی طرح شده دارند در همان دادگاه مطرح باشد، دادگاه به تمامی آن‌ها یک‌جا رسیدگی می‌کند» و به موجب ذیل ماده ۱۴۱ قانون یادشده «بین دو دعوی وقتی ارتباط کامل موجود است که اتخاذ تصمیم در هر یک مؤثر در دیگری باشد.»؛ بنابراین وحدت اصحاب دعوا جزو شرایط تحقق ارتباط کامل بین دو دعوا نیست و حکم مقرر در بند دوم ماده ۸۴ قانون یادشده و حکم ناظر بر آن در ماده ۸۹ این قانون که در مقام تعیین تکلیف دعوی مرتبط با فرض وحدت اصحاب دعوا می‌باشند، نافی آن نیست تا در صورت وجود ارتباط کامل بین دو دعوا با اصحاب متفاوت، دادگاه برابر اطلاق ماده ۱۰۳ صدرالذکر اقدام کند و اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند.»

برخی بیان داشته‌اند که رابطه میان دعوی طاری و دعوی مرتبط عموم و خصوص مطلق خواهد بود و همه دعوی طاری، دعوی مرتبط خواهند بود (حسن‌زاده و فتحی، ۱۳۹۹: ۸۶) با این وجود این معیار اگرچه از حیث معیار ماهوی صحیح است اما از حیث معیار شکلی واجد ایراد است زیرا دعوی تقابل به عنوان مصداقی از دعوی طاری باید تا پایان جلسه اول دادرسی اقامه شود در حالی که دعوی مرتبط مقید به زمان نیست، شاید به همین جهت است که در رویه قضایی بر این امر که عدم شرایط مقرر در مورد دعوی طاری باید منتهی به رد آن و یا رسیدگی توأمان به عنوان دعوایی مستقل گردد، اختلاف است.

رسیدگی شود اما برخی موارد وجود دارد که با وجود ارتباط کامل بین دو دعوی، اثبات یک ادعا موقوف بر اثبات ادعای دیگر است مانند دعوی جبران خسارت موضوع تبصره یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که منوط و موقوف بر اثبات تخلف در دیوان عدالت اداری است.^۱ علاوه بر این در برخی موارد رسیدگی به دعاوی دارای ملازمه قطعی با یکدیگر است مانند دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک بر مبنای قرارداد مشارکت و پیش فروش که بنابر رویه قضایی^۲ این دعوی منوط به طرح و اثبات دعوی الزام به اخذ پایان کار و دعوی الزام به اخذ صورت مجلس تفکیکی بوده است. در این موارد و امثالهم گرچه دعاوی دارای ارتباط کامل بوده اما به دلیل ترتب در اثبات بحث رسیدگی توأمان به هر دو دعوا موضوعیت ندارد.^۳

۱. استعلام: نماینده اداره منابع طبیعی به استناد سند رسمی شش دانگ مفروزی دادخواست خلع ید و اجرت المثل ایام تصرف و مطالبه خسارت وارده به منابع طبیعی و ضبط اعیانی و مستحقات به طرفیت الف داده است در مقابل الف در پرونده مستقلی به رأی کمیسیون ماده واحده اعتراض کرده است و مدعی است زمین مذکور دارای سابقه احیا است و می بایست به مستثنیات افزوده شود سؤال: آیا باید به صورت جداگانه به هر یک از پرونده های فوق رسیدگی کرد یا اینکه قرار رسیدگی توأمان صادر و با توجه به اعتراض به کمیسیون ماده واحده خلع ید قابلیت رسیدگی مستقل ندارد و در صورت افزوده شده به مستثنیات حکم به بی حقی اداره منابع طبیعی صادر می شود یا اینکه باید در پرونده خلع ید قرار اناطه صادر کرد؟

نظریه شماره ۲۷۶۵/۹۵/۷ در پرونده ۶۸۵-۱/۱۲۷-۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۲۹: «اولاً به نظر می رسد، صرف طرح دعوی اعتراض به تشخیص کمیسیون ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع، مانع رسیدگی به دعوی خلع ید اقامه شده از ناحیه اداره منابع طبیعی که به استناد سند رسمی طرح شده، نمی باشد. ثانیاً به فرضی که دادگاه رسیدگی کننده، این دو دعوا را از جمله دعاوی بداند که ارتباط کامل دارند، چون رسیدگی به دعوی اعتراض به تشخیص کمیسیون ماده ۵۶ قانون مرقوم در صلاحیت انحصاری دادگاه مرکز است و توأم نمودن دعوی به این علت امکان پذیر نیست، دادگاه رسیدگی کننده می تواند با استفاده از ملاک ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، رسیدگی را تا صدور رأی دادگاه مرکز متوقف نماید. بر این نظریه انتقاد وارد است، زیرا راست است که نتیجه دعوی اعتراض به تشخیص مثبت مالکیت خواهان دعوی نیست، اما نفی ملی بودن را می نماید که کافی جهت احراز ارتباط کامل است، علاوه بر این نوع صلاحیت دادگاه محل وقوع ملک و دادگاه مرکز استان از نوع ذاتی نیست.»

۲. دادنامه شماره ۱۴۶۱ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۹ و دادنامه شماره ۱۱۷۷ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۷.

۳. نظریه شماره ۷/۹۹/۱۱۲۰ در پرونده ۱۲۷-۹۹-۱۱۲۰ ح مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه: «در فرض سؤال که خواسته های متعدد در یک دادخواست تجمع و تقدیم شده و صرفاً برخی از آن ها مشمول مقررات مربوط به رفع نقص است، متعاقب اخطار و عدم رفع نقص صرفاً در خصوص همان خواسته، مدیر دفتر دادگاه اتخاذ تصمیم

۴-۱. عدم رابطه اصل و فرع و ضرورت استقلال وجودی

مطابق یک قاعده بین‌المللی فرع تابع اصل می‌باشد (زرگری، ۱۳۹۷: ۶۴). به عبارتی دیگر فرع استقلال وجودی نداشته و وجود خود را از اصل به عاریه می‌گیرد. در بین دعاوی نیز بعضاً رابطه اصل و فرع حاکم است یعنی برخی از دعاوی به اعتبار طرح یک دعوی دیگر قابل طرح می‌باشند.^۱ این دسته از دعاوی که به متفرعات مشهور بوده عبارت است از دعاوی که افزون بر اصل خواسته فی‌المثل تحت عنوان خسارت دادرسی، قابل مطالبه می‌باشند (شمس، ۱۳۹۳: ۳۲۳).

قانون‌گذار گرچه مرز بین متفرعات دعاوی و دعاوی مرتبط را مشخص ننموده و همین سکوت باعث خلط این دو ماهیت شده است اما با توجه به اینکه متفرعات دعوی ولو مستقلاً مطالبه شود باز هم استقلال وجودی ندارد، بنابراین می‌توان فارق ماهیت متفرعات دعوی و دعاوی مرتبط را استقلال وجودی دانست به این نحو که هیچ‌یک از دعاوی مرتبط تابع دیگری نبوده و با وجود ارتباط کامل مستقل از دیگری قابل طرح می‌باشند اما متفرعات دعوی تابع دعوی اصلی بوده و در ضمن یا پس از اثبات دعوی اصلی قابل طرح می‌باشند.^۲

می‌کند و تصمیم‌گیری در خصوص دیگر دعاوی مطرح شده وفق عموماً بر عهده دادگاه است که حسب مورد، ممکن است رسیدگی ماهوی شود و یا به دلیل ارتباط کامل با دعوی که دادخواست آن توسط مدیر دفتر رد شده است و به سبب فراهم نبودن امکان رسیدگی ماهوی به دعوی مطرح شده، قرار مقتضی صادر شود. قسمت اخیر این نظریه ناظر به خواسته‌هایی است که به نحو ترتب باید مورد رسیدگی قرار گیرد.»

۱. نظریه شماره ۷/۹۸/۱۸۰ در پرونده شماره ۹۸-۱۲۷-۱۸۰ مورخ ۱۳۹۸/۶/۳۱: «مستفاد از ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، اصل، استقلال دعاوی است و دعاوی متعدد اعم از آن، که خواهان و خوانده آن واحد یا متعدد باشد، علی‌الاصول باید مستقلاً مطرح شود مگر آن‌که ارتباط کامل داشته باشند. بنابراین در فرض سؤال «دعوی اعسار با توجه به ماده ۲۴ قانون یادشده دعوی تبعی (فرعی) است و طرح توأمان دعاوی اعسار تابع طرح توأمان دعاوی اصلی است.»

۲. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه شماره ۷/۲۷۰۰ در مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۲: «...تفاوت بین متفرعات دعوی با دعاوی مرتبط در این است که دعاوی مرتبط اگرچه دارای منشاء واحد هستند اما هر کدام به عنوان دعوی مستقل و جداگانه طرح می‌شود. در حالی که متفرعات دعوی رانمی‌توان به مفهوم دقیق کلمه دعوی تلقی کرد بلکه از امور فرعی و تبعی هستند که در اثر طرح دعوی اصلی خواهان ممکن است استحقاق مطالبه آنها را پیدا کند.»

دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۶۹ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۹: «اصل خواسته با توجه به استرداد دعوی قرار سقوط دعوی صادر گردیده و هزینه دادرسی از متفرعات دعوی اصلی است و با صدور قرار مذکور آثار آن در برگیرنده متفرعات نیز هست.»

۲. اختلاف بین محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط و حل آن

دعاوی مرتبط در فروض مختلفی قابل تحقق است لیکن با بررسی بند ۲ ماده ۸۴ و ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان دریافت تنها در فرضی مسئله اختلاف بین محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط و حل آن پیش می‌آید که دعاوی مرتبط به موجب دادخواست‌های متعدد در شعب یک مرجع یا مراجع قضایی هم‌عرض مطرح باشند. با وجود آنکه مقنن فرض طرح دعاوی مرتبط در مراجع قضایی با درجات متفاوت را به سکوت برگزار کرده اما عدم اشاره بدان دلیل بر نفی این فرض نبوده است.^۱ در ذیل به تفکیک به فروض فوق می‌پردازیم.

۲-۱. در مراجع قضایی هم‌عرض

در این مقام دادگاه هم‌عرض به معنای شعبه یا دادگاهی است که از حیث درجه و صلاحیت ذاتی با شعبه یا دادگاهی دیگر هم‌سان باشند. فرض شایع آن است که دعاوی مرتبط به موجب دادخواست‌های متعدد در شعب یک مرجع یا مراجع قضایی هم‌عرض مطرح شوند.

۲-۱-۱. در یک حوزه قضایی

این فرض مستند به بخش دوم ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی است.^۲ منظور از چند شعبه در این بخش - به قرینه مقام تعیین‌کننده شعبه رسیدگی‌کننده که رئیس شعبه اول بوده - در واقع شعب مستقر در یک حوزه قضایی می‌باشند.^۳

در صورتی که دادرسی یکی از شعب مستقر در حوزه قضایی خود یا بر اساس ایراد و ادعای طرفین دعوی یا وکلای آنان پی به وجود دعاوی مرتبط در دیگر شعب آن حوزه قضایی ببرد، نخست می‌باید در همان جلسه یا ضمن تعیین وقت احتیاطی با مطالبه و بررسی پرونده‌هایی که ادعای ارتباط کامل بین آن‌ها شده، از نتیجه بررسی خود که تشخیص یا عدم تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مزبور بوده، گزارش تهیه نماید^۴ (بهرامی، ۱۳۹۶: ۱۳).

در صورتی که دادرسی مزبور در نتیجه بررسی، ارتباط کامل بین دعاوی را احراز نماید، نوع و

۱. قاعدة «عدم الوجدان لایدل علی عدم الوجود»

۲. ماده ۱۰۳: «اگر دعاوی دیگری که ارتباط کامل با دعوی طرح شده دارند... در چند شعبه مطرح شده باشد در یکی از شعب با تعیین رئیس شعبه اول یکجا رسیدگی خواهد شد.»

۳. نشست قضایی استان اردبیل/ شهر اردبیل در مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۷۰ (بازدید در ۱۳۹۹/۷/۱۵):

<https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/b876df60-fbd3-4476-6d74-08d6859ba32b>

۴. نشست قضایی استان اصفهان/ شهر کاشان در مورخ ۱۳۸۰/۰۷/۰۸ (بازدید در ۱۳۹۹/۷/۱۵):

<https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/942c06bd-1375-428d-bdae-08d682c8bcc0>

قالب تصمیم شعبه جهت ارجاع دعوی به نزد رئیس شعبه اول در قانون تعیین نشده است. در حقیقت پس از تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی توسط دادرس که مبتنی بر یک بررسی ماهوی بوده باید تصمیمی که راجع به آن اتخاذ می شود متناسب با بررسی ماهوی باشد، بر همین اساس برخی هم نظر با رویه قضایی معتقدند که دادگاه باید با صدور قرار امتناع از رسیدگی، پرونده را نزد رئیس شعبه اول دادگاه جهت ارجاع ارسال نماید^۱ (افتخارچهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۱۸۳) و مقام ارجاع نیز پس از مشاهده گزارش، اقدام به تعیین شعبه و ارجاع می نماید (شمس، ۱۳۹۳: ۲۵۰).

با وجود اینکه رویه اکثریت محاکم بر شرط دانستن نظر رئیس شعبه اول در ارجاع دعاوی مرتبط به شعبه ای واحد جهت رسیدگی توأمان می باشد^۲ اما شرطیت نظر رئیس شعبه اول دادگاه را نباید چنان تعبیر نمود که مجوزی جهت اخذ پرونده از شعبه مرجوع الیه باشد (شمس، ۱۳۹۳: ۶۶) یا تشخیص ارتباط کامل را به ایشان واگذارد (نهرینی، پورصادقی و محسنی، ۱۳۹۸: ۱۳۰ و ۱۳۱) چراکه اولاً ماده ۱۰۳ در این خصوص صراحت نداشته و صرفاً تعیین شعبه را بر عهده رئیس شعبه اول دادگاه نهاده است، ثانیاً این امر صراحتاً با ماده ۳۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی که به منع اخذ پرونده پس از ارجاع از شعبه مرجوع الیه اشاره دارد، مخالف می باشد، ثالثاً نمی توان تشخیص ارتباط کامل را تنها به نظر رئیس شعبه اول دادگاه واگذار کرد، زیرا همان طور که گفته شد تشخیص ارتباط کامل از مقولات ماهوی است و رئیس شعبه اول دادگاه در مقام ارجاع، بر اساس ماده ۱۲ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱^۳ شأن ورود به مقولات ماهوی ندارد و رابعاً صدور قرار امتناع از رسیدگی توسط شعبه که از جمله قرارهای غیر قابل عدول است دلالت التزامی بر این دارد که مقام ارجاع دخالتی در تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط ندارد. به عبارتی دیگر

۱. رای شماره ۹ / ۴۶۵ صادره از شعبه ۴ دیوان عالی کشور در مورخ ۳۱ / ۹ / ۱۳۲۰ «قرار رد دعوی به استناد ماده ۱ قانون تسریع صحیح نیست. زیرا ماده مذکور و همچنین مواد بعد از آن دلالت ندارد که دادگاه در این مورد قرار رد دعوی صادر کند بلکه مفاد این مواد این است که اگر دادگاه ایراد را وارد دانست از رسیدگی امتناع کرده و در هر مورد قرار مناسب این مورد صادر نماید. پس در موردی که همان موضوع یا موضوع دیگر که با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد در دادگاه دیگری تحت رسیدگی است دادگاه باید امتناع از رسیدگی کرده و قضیه را به دادگاهی که همان موضوع با موضوع مربوط به آن تحت رسیدگی است بفرستد نه این که قرار رد دعوی بدهد» (متن، ۱۳۳۵: ۲۲۳).

۲. نشست قضایی استان مازندران / شهر بابل در مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۰۹ (بازدید در ۱۳۹۹/۷/۱۵):

<https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/1b2170cc-9299-4659-e39f-08d683c7964f>

۳. ماده ۱۲: «در شهرستان؛ رئیس دادگستری، رئیس حوزه قضایی و رئیس شعبه اول دادگاه بر دادگاه ها ریاست اداری

دارد ...»

نسبت منطقی تشخیص ارتباط کامل دعاوی توسط شعبه مزبور و اتخاذ تصمیم جهت رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط توسط مقام ارجاع، نسبت سبب و شرط است که مقتضی رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط را می‌آفریند.

پس آنکه مقام ارجاع پرونده را به شعبه دیگری که دعوی مرتبط در آن تحت رسیدگی است ارجاع می‌دهد، ارتباط کامل باید توسط دادگاه مرجوع‌الیه نیز احراز گردد، در واقع گرچه حکم قاضی بر همگان از جمله دیگر قضات لازم‌الاتباع است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰۹) اما تصمیم در خصوص ارتباط کامل حکم تلقی نشده و برحسب اقتضای اصل استقلال در تصمیم‌گیری قضایی (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۹: ۱۸) شعبه مرجوع‌الیه مکلف به تبعیت از تشخیص شعبه دیگر در خصوص ارتباط کامل بین دعاوی نمی‌باشد.^۱

حالا در صورتی که شعبه مرجوع‌الیه دعوی مزبور را کاملاً مرتبط با دعوی دیگری که در آن شعبه مطروح بوده تشخیص دهد، تصمیم خود را در چه قالبی می‌باید اظهار نماید؟ نصوص قانونی من جمله ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی در این رابطه صراحتی ندارد، رویه قضایی نیز مشتت است و در تمامی فروض رسیدگی به دعاوی مرتبط اعم از دعاوی مشمول بند ۲ ماده ۸۴ یا ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی گاهی بر این نظر بوده که می‌باید قرار رسیدگی توأمان یا ادغام دادرسی صادر شود^۲ و در مقابل گاهی عقیده داشته که در فروض فوق باید با صدور یک تصمیم ساده قضایی به هر دو پرونده به صورت یکجا رسیدگی نمود.^۳

۱. در نظام دادرسی فرانسه نیز ارجاع دعاوی مرتبط به یک شعبه دلیل بر رسیدگی توأمان به آن‌ها توسط شعبه مرجوع‌الیه نمی‌باشد بلکه این شعبه است که مشخص می‌کند می‌توان به آنها به نحو توأمان رسیدگی نمود یا خیر (Cayrol, 2020: 425).

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۷۶ صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۰۸: «... به استناد ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی به سبب دعوی مرتبط قرار ادغام دادرسی صادر کنند...» همچنین دادنامه شماره ۶۱۵ صادره از شعبه ۴۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران در مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۳۱: «... دادگاه با استناد به مقررات ماده ۱۰۳ قانون آ.د.م. قرار رسیدگی توأمان کلاسه‌های مطروحه ۴۸۰/۹۰ و ۶۶۱/۹۰ را جهت رسیدگی یکجا و توأم صادر نموده تا با توجه به ارتباط کامل دعاوی مطروحه با یکدیگر و مؤثر بودن اتخاذ تصمیم در هریک از دعاوی در پرونده دیگر و جلوگیری از تشتت در اتخاذ تصمیم، رسیدگی به هر دو دعوا به نحو یکجا انجام پذیرد.»

۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۱۰۸۶ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۲۶: «صرف نظر از آن که در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ تصریحی مبنی بر این که تصمیم دادگاه راجع به رسیدگی توأمان به دو پرونده در قالب قرار باید صادر شود، وجود ندارد. با توجه به این که این

نظر اخیر مقرون به صحت است و نوع تصمیم دادگاه جهت رسیدگی توأمان یا تفکیک دعاوی را باید یک تصمیم ساده قضایی دانست چراکه تنها در مواردی می‌توان قرار صادر نمود که گونه آن قرار را قانون پیش‌بینی نموده باشد. به عبارتی دیگر صدور قرار خلاف اصل عدم تشریفات است (شمس، ۱۳۹۳: ۲۲۹ و ۲۷۰) و در قانون مزبور نصی درخصوص صدور قرار رسیدگی توأمان یا قرار ادغام دادرسی وجود ندارد.^۱

اما همیشه شعبه مرجوع‌الیه ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط را احراز نمی‌کند و نتیجتاً بین شعب یک دادگاه درخصوص تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی اختلاف حادث می‌شود. نه تنها از ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی بلکه از جمیع مواد قانون مزبور نمی‌توان راهکاری قانونی و مرجعی درخصوص حل اختلاف مزبور یافت.

در حقیقت پس از ارجاع دعاوی توسط مقام ارجاع جهت رسیدگی توأمان مانند هر دعوی دیگری، اصل اولیه آن است که مستفاد از مواد ۳ و ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی با احراز شرایط شکلی دعاوی، شعبه مکلف به رسیدگی است و در صورت خودداری از رسیدگی، مستنکف از احقاق حق شناخته خواهد شد.^۲ حال باید پرسید آیا در فرضی که شعبه مرجوع‌الیه ارتباط کامل بین

تصمیم از تصمیم‌های نهایی نیست، هرگاه دادگاه پی به اشتباه خود ببرد می‌تواند مستنداً از آن عدول کند. مفاد مواد ۱۳۳ و ۱۳۹ قانون یاد شده مؤید این نظر است؛ دادانامه شماره ۴۸۷/۹۲ صادره از شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران ۱۳۹۳/۰۳/۱۱: «... پس از طی تشریفات و ضوابط قانونی پرونده‌های امر به این شعبه ارجاع و سپس به کلاس‌های فوق به ثبت رسیده است صرف‌نظر از اینکه نظر به مرتبط بودن دعاوی فوق‌الوصف دادگاه در عمل به تکلیف قانونی خود مبادرت به صدور دستور رسیدگی توأمان در راستای مقررات ماده ۱۰۳ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌نماید...»

۱. در نظام دادرسی مدنی فرانسه نیز جهت ادغام رسیدگی به دعاوی مرتبط بر اساس ماده ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی، مقام قضایی باید تصمیم اداری قضایی (administration judiciaire) صادر نماید (Fricero, 2016: 106) و این تصمیم قابل اعتراض نمی‌باشد (Chainais et Guinchard, 2018: 374). مسئولیت این تصمیم تماماً بر عهده قاضی صادرکننده است و در این باره تکلیفی به توجیه تصمیم خود ندارد (Cayrol, 2020: 424). همچنین تدوین‌کنندگان اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نیز معتقد بوده‌اند که جهت تأمین عدالت می‌توان دعاوی را با صدور دستور، ادغام نمود (American Law Institute, 2010: 105).

در رویه قضایی ایران حکم شماره ۳۶۳۰-۳۰ آبان ۱۳۲۳ دادگاه عالی انتظامی قضات متمایل به نظری است که چنین قرارهایی را در شمار قرارهای اعدادی قرار دهد زیرا «قرارهای اعدادی معدود و محدود نبوده بلکه منوط به نظر حاکم محکمه است.» (پیشینه رویه قضایی در ایران در ارتباط با آیین دادرسی مدنی، ۱۳۹۶: ۲۰۶).
۲. نشست قضایی استان فارس/ شهر شیراز در مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۰ (بازدید در ۱۳۹۹/۷/۱۵):

دعاوی را احراز نکرده است می‌تواند از اصل مزبور عدول نموده و با صدور قرار امتناع از رسیدگی نسبت به دعوی غیرمرتبط از طریق مقام ارجاع، دعوی مزبور را به شعبه‌ای که سبق ارجاع نسبت به آن دعوی دارد عودت دهد یا باید با صدور تصمیم ساده قضایی دعاوی را تفکیک نموده به هر یک از دعاوی به صورت مستقل رسیدگی نماید؟

به نظر هیچ‌یک از این دو تصمیم بجا نمی‌باشد و صدور این تصمیمات در موارد فوق با ایراد مواجه است. صدور قرار امتناع از رسیدگی با این ایراد مواجه بوده که این قرار صرفاً در چهار مورد قابل صدور است: خلاف شرع دانستن قانون توسط دادرس مجتهد (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی)، رد دادرس (ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی)، وجود دعاوی مطروحه و وجود دعاوی مرتبط (بند ۲ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ و در مسئله مبحث‌عنه هیچ‌یک از موارد مزبور حادث نشده تا موقتاً رسیدگی متوقف شود. حتی محیطی برای صدور قرار امتناع از رسیدگی به جهت وجود دعاوی مرتبط وجود ندارد چراکه با کسر پرونده از شعبه نخست، دیگر دعوی مرتبط در آن شعبه جریان ندارد که شعبه مرجوع‌الیه بتواند با صدور قرار امتناع از رسیدگی دعوی را به شعبه‌ای که نسبت به آن دعوی سبق ارجاع داشته ارسال نماید.

همچنین قرار تفکیک دعاوی علاوه بر اینکه صدور آن در قالب قرار در حقوق ما اساساً مبنای قانونی ندارد، در فرضی صادر می‌گردد که دعاوی سابقاً تجمیع^۱ شده یا به نحو توأمان ضمن یک دادخواست مطرح شود (ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی) و در مسئله فوق، فرض طرح توأمان دعاوی وجود ندارد و فرض تجمیع دعاوی هنوز صورت نگرفته است، پس صدور قرار تفکیک دعاوی نیز به علت آنکه سالب به انتفای موضوع بوده امکان ندارد.

با توجه به مراتب فوق و مقررات کنونی در نظام دادرسی مدنی ایران و رویه قضایی به نظر می‌رسد^۲ در فرض حدوث اختلاف بین شعب در تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی، امکان عودت دعوی به شعبه‌ای که سبق ارجاع نسبت به آن دعوی داشته، وجود ندارد و شعبه مرجوع‌الیه می‌باید به

<https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/e4b6d0ef-fb6e-490a-e388-08d683c7964f>

1. Joinder

۲ و نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۲۸۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورخ ۱۳۹۵/۰۲/۱۵ «... شعبه مرجوع‌الیه مکلف به رسیدگی به تمام پرونده‌ها است و نمی‌تواند قرار امتناع از رسیدگی صادر کند.»؛ رای شماره ۳۹ دادگاه عالی انتظامی قضات در مورخ ۱۳۷۵/۰۳/۱۶ «درست است که قاضی محکمه، بموجب ماده ۱۳۳ مرقوم (ماده ۱۰۳ قانون جدید) مکلف به رسیدگی توأم نگردیده، و این امر ظاهراً اختیاری است. اما با توجه به قسمت اخیر این ماده، اختیار مذکور بطور دلخواه نیست.» (کریم‌زاده، ۱۳۷۸: ۱۴۱)

دعوی که نسبت بدان سبق ارجاع نداشته نیز به مانند هر دعوی دیگری که توسط مقام ارجاع به آن شعبه ارجاع شده مستنداً به ماده ۶۴ و وحدت ملاک از ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی تعیین وقت و به نحو جداگانه رسیدگی نماید.

گرچه فرض تکلیف شعبه مرجوع الیه به رسیدگی نسبت به دعوایی که از نظر وی غیر مرتبط است، با توجه به مقررات کنونی نظری مناسب و مبتنی بر واقعیات نظام قضایی کشور بوده که نیل به کاهش اطاله دادرسی و منع استتکاف از رسیدگی به تظلم خواهی مردم دارد، اما پیشنهاد می شود در اصلاحات آینده با قرار دادن رئیس حوزه قضایی به عنوان مرجع حل اختلاف، ضمن منع استتکاف از رسیدگی به ادعای واهی احراز یا عدم احراز ارتباط کامل، با فصل الخطاب قرار دادن نظر رئیس حوزه قضایی از اطاله دادرسی جلوگیری شود زیرا ارجاع یک دعوی به شعبه دیگر به علت استقلال قضات در تصمیم گیری، ایشان را مکلف به ادامه و جری رسیدگی سابق نکرده و ایشان می تواند دوباره از مرحله اول شروع به رسیدگی نماید. این پیشنهاد بیش از پیش مبانی رسیدگی توأمان به دعوی مرتبط، مانند جلوگیری از صدور آرای متعارض و قضای شایسته را تأمین می نماید، چون با دخالت مرجع ثالث در اختلاف احتمال انتخاب موضع حقیقی نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعوی بیشتر خواهد شد. در فرانسه نیز بنا بر تجویز ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ در صورت حدوث اختلاف در بین شعب یک دادگاه نسبت به پیوند بین دعوی، حل اختلاف با تصمیمی اداری است که رئیس حوزه قضایی متبوع شعب اتخاذ می نماید و تصمیم وی برای شعب لازم الاتباع است (Chainais et Guinchard, 2018: 1114).

۲-۱-۲. در حوزه های قضایی مختلف

مستفاد از قسمت دوم بند ۲ ماده ۸۴ و قسمت دوم ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ در صورتی که دعوی مرتبط به نحو مستقل در دادگاه های هم عرض در حوزه های قضایی مختلف مطرح شده باشند و یکی از دادگاه های مزبور به واسطه ایراد خوانده که به «ایراد امر مرتبط» شهرت دارد (حیاتی، ۱۳۹۴: ۱۷) از طرح دعوی که ارتباط کامل با دعوی تحت رسیدگی خود دارد، مستحضر گردد یا در

1. S'il s'élève sur la connexité des difficultés entre diverses formations d'une même juridiction, elles sont réglées sans formalité par le président. Sa décision est une mesure d'administration judiciaire.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA00006149647/#LEGIARTI000006410211. (last visited 29/1/2021 at 13:23)

۲. ماده ۸۹: «...و در مورد بند (۲) ماده (۸۴) هر گاه دعوا در دادگاه دیگری تحت رسیدگی باشد، از رسیدگی به دعوا خودداری کرده پرونده را به دادگاهی که دعوا در آن مطرح است.»

راستای ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی رأساً از دعوی مرتبط آگاه شده و اقدام به مطالبه و ملاحظه پرونده دعوی مرتبط نماید^۱ و ارتباط کامل بین دعاوی مزبور را احراز کند، به صراحت ماده ۸۹ می باید از رسیدگی خودداری و پرونده را جهت رسیدگی توأمان به دادگاهی ارسال نماید که دعوی دیگر در آن مطرح است.

به علت آنکه بدون تصمیم قضایی پرونده را نمی توان از جریان رسیدگی در یک دادگاه خارج کرده و به دادگاهی دیگر ارسال نمود، خودداری مزبور علی رغم سکوت قانون باید در قالب قرار صادر گردد. در رابطه با اینکه چه نوع قرار باید صادر شود باید اظهار نمود که هم سو با ظاهر ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی و بنابر رویه قضایی صدور قرار امتناع از رسیدگی مرجح است.^۲

پس از ارسال دعوی مرتبط به دادگاه هم عرض^۳، با توجه به آنکه بر اساس استقلال قاضی در تصمیم گیری، اصولاً تصمیمات یک دادگاه برای دادگاهی دیگر لازم الاتباع نمی باشد، دادگاهی که دعوی جهت رسیدگی توأمان به آن ارسال شده باید خود اقدام به احراز ارتباط کامل بین دعاوی نماید. نتیجه این بررسی در فرضی که ارتباط کامل بین دعاوی احراز گردد صدور یک تصمیم ساده قضایی

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۲۵۵۴ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورخ ۱۳۸۰/۶/۱۲ «دادگاه رأساً نیز می تواند در صورت وجود ایرادات ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب با توجه به ماده ۸۹ این قانون عمل نماید.»

۲. رأی شماره ۹/۴۶۵ صادره از شعبه ۴ دیوان عالی کشور در مورخ ۱۳۲۰/۹/۳۱؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۷۲۸۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورخ ۱۳۸۰/۳/۵: «... ثانیاً منظور مقنن از عبارت رسیدگی به دعوی خودداری کرده مذکور در ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی صدور قرار امتناع از رسیدگی است بدین معنی که در مورد بند ۲ ماده ۸۴ قانون مزبور هر گاه دعوی در دادگاه دیگری تحت رسیدگی باشد دادگاه از رسیدگی به دعوی خودداری کرده و پرونده را به دادگاهی که دعوی در آن مطرح است می فرستند بنابراین مورد مطروحه در استعلام از موارد امتناع از رسیدگی بوده و مستلزم صدور قرار امتناع از رسیدگی است.» با این وجود قانون گذار در ماده ۱۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ که بیان می دارد: «هرگاه زوجین دعاوی موضوع صلاحیت دادگاه خانواده را علیه یکدیگر در حوزه های قضائی متعدد مطرح کرده باشند، دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده است صلاحیت رسیدگی را دارد. چنانچه دو یا چند دادخواست در یک روز تسلیم شده باشد، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی زوجه را دارد به کلیه دعاوی رسیدگی می کند.» متمایل به نظری است که صدور قرار عدم صلاحیت را موجه می داند.

۳. می توان فرضی را در نظر گرفت که محاکم هم عرض، به نحو هم زمان قرار امتناع از رسیدگی صادر و پرونده را به مرجع دیگر به لحاظ پرونده مرتبط ارسال نمایند.

جهت رسیدگی توأمان به دعاوی را ایجاب می‌کند.^۱

حال اگر دادگاه هم‌عرض ارتباط کامل بین دعاوی مزبور را احراز نکند، اختلاف بین محاکم هم‌عرض در دو حوزه قضایی در خصوص ارتباط کامل بین دعاوی حادث می‌شود. قانون آیین دادرسی مدنی، صراحتاً طریقه حل اختلاف بین محاکم در فرض مبحث‌عنه را ارائه نداده است. شاید اظهار شود که در این فرض باید از ظاهر مقررات آیین دادرسی مدنی غمض عین نمود و گونه تصمیم محاکم هم‌عرض پس از تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی را قرار عدم صلاحیت دانست. مزیت نظر مزبور این است که با یکسان‌سازی مقررات آیین دادرسی مدنی، نسبت به حل اختلاف محاکم هم‌عرض در خصوص عدم احراز ارتباط کامل بین دعاوی پای مرجعی عالی که نظرش بر مراجع تالی لازم‌الاتباع است پیش کشیده می‌شود و بر اساس ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره آن^۲ برحسب آنکه محاکم مزبور در حوزه قضایی یک یا دو استان باشند، مرجع حل اختلاف به ترتیب دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور خواهد بود (حسن‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۴۱). مع‌هذا بر این نظر با توجه به مقررات فعلی موجود ایرادات جدی وارد است که مانع از پذیرش آن می‌شود:

اولاً با تفکیک صورت گرفته در بند ۱ و ۲ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مخالف است زیرا در صورتی که وجود امر مطروحه و مرتبط از مقولات عدم صلاحیت می‌بود نباید بند ۲ از بند ۱ ماده مزبور تفکیک می‌گردید؛

ثانیاً سبب عدم هماهنگی بین قسمت اول و دوم ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی می‌شود. بدین شرح که در قسمت اول ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ صرفاً اشاره به بند ۱ ماده ۸۴ گردیده و سپس در قسمت دوم آن^۴ اشاره به خودداری از رسیدگی شده که معطوف به بند ۲ ماده ۸۴ می‌باشد،

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۱۰۸۶ داره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۲۶.

۲. ماده ۲۷: «در صورتی که دادگاه رسیدگی کننده خود را صالح به رسیدگی نداند با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به دادگاه صلاحیتدار ارسال می‌نماید. دادگاه مرجع‌الیه مکلف است خارج از نوبت نسبت به صلاحیت اظهارنظر نماید و چنانچه ادعای عدم صلاحیت را نپذیرد، پرونده راجه‌ت حل اختلاف به دادگاه تجدیدنظر استان ارسال می‌کند. رای دادگاه تجدیدنظر در تشخیص صلاحیت لازم‌الاتباع خواهد بود.

تبصره: در صورتی که اختلاف صلاحیت بین دادگاههای دو حوزه قضایی از دو استان باشد، مرجع حل اختلاف به ترتیب یادشده، دیوان عالی کشور می‌باشد.»

۳. ماده ۸۹: «در مورد بند (۱) ماده (۸۴) هرگاه دادگاه، خود را صالح نداند مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت می‌نماید و طبق ماده (۲۷) عمل می‌کند.»

۴. ماده ۸۹: «... و در مورد بند (۲) ماده (۸۴) هرگاه دعا در دادگاه دیگری تحت رسیدگی باشد، از رسیدگی به دعا

اگر نتیجه هر دو ایراد را قرار عدم صلاحیت بدانیم در واقع برخلاف قواعدی چون اصل مغایرت اطراف حرف عطف و «زیادة المبانی تدل علی زیادة المعانی» می‌باشد و موجب تعطیلی نصی از نصوص قانونی می‌گردد.

ثالثاً قانون ما برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (ماده ۱۰۴) فاقد نصی است که اعتراض به تصمیم دادگاه‌ها در خصوص دعاوی مرتبط را در حکم اعتراض به ایراد عدم صلاحیت بداند و قواعد معطوف به مسئله عدم صلاحیت را بر آن تحمیل کند. در حقیقت در حال حاضر ارسال دعوی در فرض ارتباط کامل نه از باب عدم صلاحیت بوده بلکه صرفاً بنابر جهاتی مانند قضای شایسته و پیشگیری از صدور آرای متعارض می‌باشد.

رابعاً در این حالت هر دو دادگاه نسبت به دعاوی مطروحه در نزد آنان به نحو مستقل دارای صلاحیت هستند و قانون‌گذار حالتی خارج از عدم صلاحیت دادگاه نسبت به دعاوی مطروح در نزد وی را از موجبات صدور قرار عدم صلاحیت ندانسته تا بتوانیم دعاوی مرتبط را مشمول عدم صلاحیت بدانیم. فی الواقع در وضعیت فوق هیچ‌یک از محاکم مزبور حاضر به رسیدگی به دعوی نمی‌باشند و نتیجتاً رسیدگی قضایی در خصوص دعوی با ایستایی دائم روبه‌رو خواهد شد. در این مقام باید قائل بر آن بود که بنابر اصول ۱۵۹ و ۱۶۷ قانون اساسی^۱ که مرجع دادخواهی را دادگستری قرار داده، دادگاهی که دعوی به آنجا ارسال شده است و عقیده بر غیر مرتبط بودن آن دارد، نمی‌تواند تظلم افراد را به علت عدم ارتباط کامل در حالت راکد قرار دهد. پس باید سکوت قانون‌گذار را با توجه به مقررات بالادستی مانند اصول مزبور، در مقام بیان تکلیف به رسیدگی در دادگاهی دانست که دعوی برای رسیدگی توأمان به آنجا ارسال می‌شود و النهایه دادگاه بر اساس تشخیص خود به دعوی مزبور که با یکدیگر ارتباط کامل ندارد می‌بایست به صورت مستقل بنا بر اصل استقلال دعاوی (ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی) رسیدگی نماید.^۲

خودداری کرده پرونده را به دادگاهی که دعوادر آن مطرح است می‌فرستد و ...»

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۹/۱۲ (با اصلاحات ۱۳۶۸/۵/۶)

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۳۵۷ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۹: «اصل بر استقلال دعاوی بوده ... چون برای جمع و رسیدگی توأمان نیاز به نص داریم...». نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۶۶۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۱۸: «مستفاد از ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ اصل، استقلال دعاوی است و دعاوی متعدد گرچه خواهان و خوانده آن واحد باشد علی‌الاصول باید مستقلاً مطرح شود؛ مگر آن که ارتباط کامل داشته باشند...». و همچنین نظریه شماره ۷/۹۸/۱۴۵۵ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه.

پس در حال حاضر با توجه به مقررات کنونی، امکان اختلاف محاکم هم‌عرض در این مورد وجود ندارد. البته جهت جلوگیری از صدور قرار امتناع از رسیدگی به‌نحوه بلاسبب، رویه محاکم انتظامی باید به سمتی حرکت نماید که مستنداً به بند ۸ ماده ۱۴، بند ۱ ماده ۱۵ یا بند ۵ ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۲، صدور قرار مزبور را در فرضی که سبب متقن درخصوص ارتباط کامل بین دعاوی وجود ندارد، برحسب مورد تخلف انتظامی بداند.

مع هذا در اصلاحات آتی قانون آیین دادرسی مدنی باید توجه نمود به این علت که در فرض فوق محاکم طرف اختلاف در حوزه قضایی دو استان قرار داشته و تحت ریاست واحد نبوده، نمی‌توان از راهکار حل اختلاف شعب مستقر در یک حوزه قضایی یعنی فصل‌الخطاب قرار دادن نظر رئیس حوزه قضایی استفاده نمود.

پس درخصوص حل اختلاف در فرض مبحث‌عنه به علت تفاوت در حوزه‌های قضایی، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در اصلاحات بعدی از راهکار موجود در ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه^۱ استفاده نموده و از قواعد حل اختلاف در صلاحیت جهت حل اختلاف بین محاکم مستقر در حداقل دو حوزه قضایی بهره‌برد. این نظریه در ضمن یکسان‌سازی مقررات آیین دادرسی مدنی که یک دغدغه فراملی است، مانع از صدور قرار امتناع از رسیدگی به ادعای واهی تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی خواهد شد. همچنین این نظریه با فصل‌الخطاب قرار دادن نظر مرجعی عالی اعم از دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور - برحسب مورد که حوزه‌های قضایی اطراف اختلاف در یک یا دو استان باشند - تمشیت در حل اختلاف ناشی از تشخیص ارتباط کامل را موجب می‌شود زیرا نظر مرجع عالی بر مراجع تالی متبع است.

۲-۲. در مراجع قضایی با درجات مختلف

فرض دیگری که نسبت به مطرح بودن دعاوی مرتبط در محاکم مطرح می‌گردد، حالتی است که دعاوی مرتبط در دو دادگاه با درجات تالی و عالی مطرح باشند. به علت سکوت قانون نسبت به این فرض، نخست این پرسش اساسی مطرح است که آیا در نظام دادرسی مدنی ایران امکان رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط در فرض اخیر وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش نظرات متفاوتی به شرح ذیل ارائه شده است؛

1. Les recours contre les décisions rendues sur la litispendance ou la connexité par les juridictions du premier degré sont formés et jugés comme en matière d'exception d'incompétence.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTAO00006149647/#LEGIARTI000006410211. (last visited 29/1/2021 at 14:05)

الف) برخی عدم اشاره مقنن به امکان مطرح بودن دعاوی مرتبط در دو دادگاه با درجات تالی و عالی در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ را در واقع به عدم امکان رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط در فرض فوق تعبیر نموده (مهاجری، ۱۳۹۲: ۳۵۷) و برخی دیگر با ابراز نظر فوق، این امر را ناشی از تفاوت در صلاحیت ذاتی بین مراجع تالی و عالی تلقی (متین دفتری، ۱۳۹۸: ۷۰۸) که مواد ۷ و ۳۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی و اصل استقلال دعاوی (محسنی و غمامی، ۱۳۹۲: ۱۱۳) مؤید این نظر می‌باشد. با وجود این نظر مزبور مغایر با مبانی رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط می‌باشد چراکه امکان رسیدگی مجزا به دعاوی مرتبط بدون شک اطالة دادرسی، صدور آرای متعارض، عدم توجه به شاکله روابط افراد، قضای نامناسب را در پی خواهد داشت (Chainais et al., 2018: 1112).

ب) نظر دیگری که مطرح است توقف رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر تا زمان صدور رأی در دادگاه بدوی می‌باشد تا با اعتراض به رأی بدوی بتواند به دعاوی مزبور به نحو توأمان رسیدگی نماید. رویه قضایی نیز متمایل بر این نظر است.^۱

مع الوصف نخست باید پرسید مبنای قانونی توقف رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر بر اساس این نظر چیست؟ اهمیت این پرسش در نظام دادرسی مدنی ما از آن رو بوده که اصل بر جریان رسیدگی تا صدور رأی می‌باشد (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی) و ایستایی رسیدگی امری استثنایی بوده که محتاج دلیل است. از طرفی دیگر نهاد توقف در دادرسی نهادی موقت و مضیق است و هرگز نمی‌تواند به نحو طولانی یا دائم دادرسی را متوقف نمود. طولانی بودن توقف رسیدگی به این علت است که شروع به رسیدگی موکول به صدور رأی در دادگاه بدوی و

۱. چنان که در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۶۴۵ صادره از شعبه ۸ دیوان عالی کشور در مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۱ دیده می‌شود: «به منظور جلوگیری از صدور آراء متهاافت در خصوص مورد دادنامه فرجام خواسته قابلیت ابرام را نداشته مستنداً به بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه فرجام خواسته پرونده به دادگاه محترم صادرکننده رای منقوض اعاده می‌گردد تا به تشخیص خود یا پس از خاتمه رسیدگی نسبت به دعوی خانم و.ح. در پرونده حاضر در شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان و صدور رأی نهایی در این پرونده متعاقباً نسبت به صدور رأی مقتضی در خصوص دعوی تجدیدنظر مطروحه در پرونده حاضر اقدام نماید یا اینکه به لحاظ ضرورت رسیدگی توأمان به هر دو پرونده مربوط به دعاوی خانم و.ح. و خانم ص.ص. در یک دادگاه در مورد ارجاع پرونده حاضر به شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان جهت رسیدگی توأمان این پرونده با پرونده مربوط به تجدیدنظرخواهی خانم و.ح. که در آن شعبه مطرح رسیدگی بوده اقدام لازم معمول دارد مقرر می‌دارد پرونده پس از ثبت نتیجه و کسر از موجودی به مرجع ذی ربط اعاده گردد.»

تجدیدنظرخواهی از رأی مزبور می‌باشد و ممکن است هرگز از رأی صادره تجدیدنظرخواهی نشود. (ج) بنابر نظری دیگر به دلیل شأن دادگاه تجدیدنظر نسبت به دادگاه بدوی در فرض مذکور، دادگاه بدوی باید رسیدگی به دعوی مرتبط را تا تعیین تکلیف در رابطه با دعوی مرتبط مطروح در مرحله تجدیدنظر متوقف سازد (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۵۰؛ زراعت، استادی و فلاح‌نژاد، ۱۳۹۲: ۷۵؛ شمس، ۱۳۹۳: ۴۳۰). حتی برخی از نویسندگان هم‌سو با نظر فوق که مستتب از ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی است علت این توقف را صدور قرار اناطه دانسته‌اند، هرچند که ایشان اذعان داشته که رسیدگی به دعوی مطروح در محکمه تالی منوط به اثبات رسیدگی در محکمه عالی نمی‌باشد (مهاجری، ۱۳۹۲: ۳۹۰).^۱ النهایه بر اساس این نظر پس از صدور رأی در مرحله تجدیدنظر بر حسب رأی اتخاذی در آن مرحله، دادگاه بدوی باید به دعوی مرتبط رسیدگی نماید. این نظر بعضاً در رویه قضایی نیز دیده شده است.^۲

اگرچه نظر فوق از صدور آرای معارض که یکی از مبانی اصلی رسیدگی به دعاوی مرتبط بوده، جلوگیری می‌نماید اما این نظر نیز عاری از اشکال نمی‌باشد. در واقع شأن تصویب ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی این است که دعاوی منوط و منوط‌به که موضوع این ماده بوده، واجد ویژگی ترتب در اثبات باشند و علت توقف در رسیدگی به دعوی منوط، عدم امکان رسیدگی بدون اثبات دعوی منوط‌به است که نسبت به دعاوی مرتبط این خصوصیت وجود ندارد و به عبارتی دیگر قیاس دعاوی منوط و دعاوی مرتبط، به دلیل عدم وجود قدر جامع قیاس مع الفارق است. از طرف دیگر این نظر در تمامی موارد کارساز نیست. فرض کنیم دعوی در دادگاه تجدیدنظر تحت عنوان خلع ید نسبت به ملک مشخص مطرح و در حال رسیدگی است و در مرحله نخستین دعوی اجرت‌المثل ایام تصرف بین دو شخص غیر از طرفین دعوی خلع ید مطرح است. اگر دادگاه نخستین دعوی را تا زمان صدور حکم قطعی مرحله تجدیدنظر موقوف نماید و در مرجع تجدیدنظر حکم قطعی بر خلع ید خوانده دعوی صادر شود، ادامه رسیدگی به دعوی اجرت‌المثل در مرحله نخستین امکان‌پذیر نیست، زیرا به موجب حکم قطعی سابق مالکیت شخص دیگری محرز گردیده است و خواهان دعوی اجرت‌المثل باید نسبت به دادنامه خلع ید اعتراض ثالث حکمی نماید.

۱. برخی نیز اعمال ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی را پذیرفته‌اند (حسن‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۴۶-۱۴۴).

۲. رأی شماره ۷۴۹ در محکمه عالی انتظامی قضات در مورخ ۱۳۰۹/۰۷/۲۷: «بدون توجه به ایراد مدعی علیه دائر بر اینکه همین دعوی قبلاً بین طرفین مطرح شده و فعلاً در استیناف طرح است و بدون صدور قراری در این باب از محکمه ورود در ماهیت دعوی تخلف است.» (شهیدی، ۱۳۳۰: ۹۹).

باری، در صورت پذیرش هر یک از سه نظر فوق حدوث و تبعاً حل اختلاف محاکم نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی منتفی است چراکه اختلاف بین محاکم در این فرض به مانند دو فرض پیشین می‌بایست مسبوق به امکان رسیدگی توأمان به دعاوی باشد که در هر سه فرض مزبور رسیدگی توأمان به دعاوی مطروح در دادگاه‌های تالی و عالی امکان نخواهد داشت. با توجه به نظرات فوق می‌توان دریافت که اساساً بحث اختلاف نسبت به تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی مرتبط در فرضی که این دعاوی در دو دادگاه با درجات تالی و عالی مطرح است و تبعاً حل اختلاف ناشی از آن، در نظام دادرسی مدنی ایران با توجه به مقررات کنونی محملی ندارد.

با این حال علاوه بر نظرات فوق می‌توان نظر چهارمی نیز ارائه نمود که امکان حدوث اختلاف بین مراجع با درجات مختلف را برخلاف سه فرض فوق پدید می‌آورد. بر اساس این نظر دادگاه تالی در صورت تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی باید پرونده دعوی مرتبط را به دادگاه عالی جهت رسیدگی توأمان ارسال نماید.^۱ به تبع این نظریه در صورتی که دادگاه عالی ارتباط کامل بین دعاوی را احراز نماید به نحو توأمان به آن‌ها رسیدگی می‌کند اما اگر دادگاه عالی ارتباط کامل بین دعاوی را تشخیص ندهد، اختلاف بین محاکم با درجات مختلف حادث می‌شود که حل آن ضرورت دارد. در حقیقت در این مورد با دو پرسش مواجه هستیم؛ آیا می‌توان پرونده را از دادگاه تالی به عالی ارسال نمود؟ در صورت امکان و عدم پذیرش ارتباط کامل از سوی دادگاه عالی چه راه‌حلی برای حل اختلاف وجود دارد؟

اگرچه ارسال پرونده مرتبط از دادگاه تالی به عالی که در آخرین اراده مقنن ایران یعنی ماده ۲۱ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ نیز بر آن تأکید شده،^۲ ممکن است بنابر مواد ۷ و ۳۴۹ قانون

۱. در فرانسه عقیده مشهور بر آن است که ایراد امر مرتبط باید از احکام ایراد عدم صلاحیت و ایراد امر مطروحه بهره‌مند شود و گفته شده است که ایراد امر مرتبط در فرض هم‌درجه بودن تنها در دادگاهی می‌بایستی اظهار شود که موخر در ارجاع است اما در فرضی که اختلاف در درجه بین دادگاه‌ها وجود دارد ایراد امر مرتبط بر اساس ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً در دادگاه تالی می‌بایستی ابراز شود و دعوی مرتبط از این دادگاه به دادگاه عالی فرستاده شود (Chainais et Guinchard, 2018: 1114).

۲. ماده ۲۱: «در مواردی که دعاوی طاری یا مرتبط با دعاوی اصلی از صلاحیت ذاتی شورا خارج باشد، رسیدگی به هر دو دعوی در مرجع قضایی صالح به عمل می‌آید.»

نظریه شماره ۷/۹۸/۱۴۵۵ در پرونده شماره ۹۸-۲۱۸-۱۴۵۵ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه: «مستفاد از ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹، اصل، استقلال دعاوی است و دعاوی متعدد گرچه خواهان و خوانده آن واحد باشد علی‌الاصول باید مستقلاً مطرح شود؛ مگر آن که ارتباط کامل داشته باشند.

آیین دادرسی مدنی مورد ایراد قرار گیرد، زیرا صلاحیت مرجع تجدیدنظر، تابع رسیدگی و صدور رأی در مرحله نخست است و اصولاً امکان ندارد به دعاوی پیش از آنکه در مرحله بدوی رسیدگی صورت گیرد در مرحله تجدیدنظر رسیدگی نمود. علاوه بر این ماده ۲۱ قانون شوراهای حل اختلاف مانند مواد ۱۳۰ و ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، در واقع استثنایی بر اصل فوق است و باید در موضع نص تفسیر شود. با وجود این مبنای مشترک قواعد فوق در ورود و جلب ثالث و موضع اتخاذی در ماده ۲۱ قانون شورای حل اختلاف، جهت جلوگیری از آرای متعارض، قضای شایسته و اتقان آرای قضایی، استثنای دیگر بر قاعده مندرج در مواد ۷ و ۳۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی را موجه می‌نماید.

با فرض پذیرش امکان ارسال پرونده، علاوه بر استقلال دادگاه‌ها در تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی، پذیرش تکلیف دادگاه عالی در رسیدگی به دعوی احاله شده مغایر با شأن دادگاه عالی است که دادگاه تالی زمینه تکلیفی را برای آن ایجاد نماید. مسئله دو چندان بغرنج می‌شود وقتی مراجع تالی و عالی در حوزه قضایی دو استان باشند، زیرا اگرچه رابطه تالی و عالی بین این دو مرجع برقرار نیست (شمس، ۱۳۹۳/۱: ۴۱۱) اما مرتبه دادگاه‌های عالی مانند تجدیدنظر به هر روی بالاتر از دادگاه‌های بدوی می‌باشد.

به همین جهت حل اختلاف درخصوص تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی در فرضی که اطراف اختلاف محاکمی با درجات مختلف باشد، با هدف یکسان‌سازی مقررات آیین دادرسی مدنی اعمال قواعد مربوط به حل اختلاف در صلاحیت را جهت اصلاحات آتی قانون موجه می‌سازد و اختلاف بین محاکم را به راحتی پایان می‌دهد.

نتیجه

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد، دعاوی وقتی مرتبط تلقی می‌شوند که حداقل دو دعوی اقامه شده و بین آنان ارتباط کامل وجود داشته و از استقلال وجودی برخوردار باشند و در رسیدگی به آنان ترتب وجود نداشته باشد. در تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی ممکن است بین محاکم اختلاف حادث شود. نتیجه نظم حقوقی و قضایی کنونی مؤید آن است که در حالتی که دعاوی مرتبط در

بنابراین در فرض سؤال که دو دعوا در شورای حل اختلاف توأماً مطرح شده است و یکی از آن‌ها در صلاحیت شورا و دیگری در صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی و یا دادگاه خانواده است، شورای حل اختلاف با توجه به ماده ۶۵ قانون یادشده و ماده ۱۸ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ باید نسبت به دعوی که در صلاحیتش می‌باشد، رسیدگی و نسبت به دعوی دیگر قرار عدم صلاحیت صادر کند؛ مگر آن‌که بین دو دعوا ارتباط کامل باشد که در این صورت باید در اجرای ماده ۲۱ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ نسبت به هر دو دعوا قرار عدم صلاحیت صادر نماید.»

شعب یک دادگاه مطرح باشند، نظر رئیس شعبه اول در خصوص ارجاع دعاوی مرتبط برای رسیدگی توأمان از جهت تعیین شعبه شرط است اما مداخله‌ای در خصوص تشخیص ارتباط کامل بین دعاوی ندارد و ارتباط کامل بین دعاوی می‌باید توسط شعبه‌ای که از وجود دعوی یا دعاوی مرتبط آگاه شده احرار شود. برحسب اصل استقلال قاضی، تشخیص شعبه مزبور نسبت به ارتباط کامل بین دعاوی برای دادرسی شعبه مرجوع‌الیه متبع نمی‌باشد، پس ایشان باید شخصاً ارتباط کامل را احرار نمایند. در صورتی که ارتباط کامل بین دعاوی احرار نشود با توجه به سکوت قانون‌گذار نسبت به مرجع حل اختلاف و عدم امکان صدور قرار امتناع از رسیدگی به دلیل کسر شدن پرونده از آمار شعبه دیگر، بنابر اصل اولیه (مواد ۳ و ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی) می‌بایست شعبه مزبور را پس از ارجاع مکلف به تعیین وقت و رسیدگی مجزا به دعوی که نسبت بدان سبق ارجاع نداشته دانست.

در فرضی که یک دادگاه از وجود دعوی یا دعاوی مرتبط نزد دادگاهی هم‌عرض در حوزه قضایی دیگر مستحضر شود و ارتباط کامل بین دعاوی را احرار نماید، پرونده دعوی مطروح در نزد خود را به دادگاه مزبور ارسال می‌نماید. با توجه به آنکه بدون تصمیم پرونده را از جریان رسیدگی در دادگاه نمی‌توان خارج و به دادگاهی دیگر ارسال نمود تصمیم باید در قالب قرار امتناع از رسیدگی صادر شود. در فرضی که دادگاه اخیر ارتباط بین دعاوی را احرار نماید با اتخاذ تصمیمی ساده به رسیدگی توأمان اتمام می‌ورزد اما در وضعیت عدم احرار ارتباط کامل از سوی دادگاهی که پرونده به آن ارسال شده است، اختلاف حادث می‌شود. در نظام دادرسی مدنی ما مرجعی جهت حل اختلاف در این فرض نیز تعیین نشده است و برخلاف نظام دادرسی مدنی فرانسه، به جهت تفکیک بین بند ۱ و ۲ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی و عدم هماهنگی بین قسمت اول و دوم ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌توان احکام ایراد عدم صلاحیت را اعمال نمود و از مواد ۲۶ الی ۳۰ این قانون جهت حل اختلاف مزبور بهره برد. به همین جهت دادگاه اخیر را بنابر اصول ۱۵۹ و ۱۶۷ قانون اساسی باید ملزم به رسیدگی به دعوی احاله شده دانست تا از ایستایی طولانی تظلم‌خواهی افراد و تبعاً اطالة دادرسی جلوگیری شود.

اختلاف بین محاکم در حالتی که دعاوی مرتبط در مراجع قضایی با درجات متفاوت طرح شود، با توجه به سکوت قانون، در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته است، اما عدم اشاره بدان دلیل بر نفی این فرض نبوده، چنان‌که رویه قضایی نیز با آن بیگانه نیست. مع الوصف چون امکان رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط در فرض مزبور به جهت نقض اصل رسیدگی دو درجه‌ای به دعاوی (ماده ۷ قانون آیین دادرسی مدنی) و همچنین شأن دادگاه عالی بر تالی وجود ندارد، برخی فرض مذکور را منتفی و برخی دیگر راهکارهای متعددی از جمله، توقف دادرسی در مرحله تجدیدنظر تا صدور حکم در

مرحله نخستین و ورود آن به مرحله تجدیدنظر، توقف دادرسی در مرحله نخستین تا زمان صدور حکم قطعی در مرحله تجدیدنظر را مطرح نمودند، اما دیدگاه‌های فوق مغایر با اصل سرعت، قضای شایسته، جلوگیری از آرای متعارض و اتقان آرای قضایی به‌عنوان مبنای رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط است که مشترک در دعاوی ورود و جلب ثالث و موضع اتخاذی در ماده ۲۱ قانون شورای حل اختلاف به‌عنوان آخرین اراده مقنن بوده و استثنای دیگر بر قاعده مندرج در مواد ۷ و ۳۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی را موجه می‌نماید.

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان تشتت در دیدگاه‌ها را در موضوع دریافت به همین روی ارائه روشی ثابت و واحد می‌تواند دادرسی مدنی را بهبود و مبانی و اهداف رسیدگی توأمان به دعاوی مرتبط را محقق سازد به‌نحوی که در اختلاف بین دو شعبه از یک دادگاه نظر رئیس حوزه قضایی به‌عنوان مرجع اختلاف مورد پذیرش قرار گیرد. در حالتی که دو دادگاه در دو حوزه قضایی متفاوت، خواه در یک استان و یا دو استان مختلف، نسبت به ارتباط کامل اختلاف نمایند حل اختلاف بر مبنای قواعد صلاحیت به عمل آید.

در حالتی که اختلاف بین دو دادگاه با درجه متفاوت صورت پذیرد ارسال پرونده از مرجع نخستین به مرجع عالی بلامانع بوده و تشخیص مرجع عالی در ارتباط کامل، چنانچه موافق با نظر مرجع نخستین باشد، تکلیف به رسیدگی را برای وی ایجاد و چنانچه منتهی به اختلاف گردد، اعمال قواعد حل اختلاف در صلاحیت را ضروری می‌نماید.

منابع

فارسی

- افتخارجهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۳۹۶)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: میزان.
- افتخارجهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ ۱، تهران: میزان.
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۶)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ ۱۳، تهران: نگاه بینه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۹)، استقلال و بی طرفی قضات، دادستان‌ها و وکلا، چاپ ۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ۲۶، تهران: گنج دانش.
- حسن‌زاده، مهدی (۱۳۹۴)، «اثر ارتباط دعاوی در دادرسی مدنی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۷، شماره ۱.
- حسن‌زاده، مهدی و بدیع فتحی (۱۳۹۹)، «توسعه صلاحیت نسبی ناشی از ارتباط دعاوی در ایران و فرانسه با نگاهی به رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۹.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ ۲، تهران: میزان.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، حقوق دعاوی - قواعد عمومی دعاوی، چاپ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- زراعت، عباس، مونا استادی و فاطمه فلاح نژاد (۱۳۹۲)، آیین دادرسی مدنی، چاپ ۶، تهران: سمت.
- زرگری، جمشید (۱۳۹۷)، حقوق مدنی فراملی، چاپ ۱، تهران: مهر کلام.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد ۱، چاپ ۳۲، تهران: دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد ۲، چاپ ۳۴، تهران: دراک.
- شهیدی، موسی (۱۳۳۰)، مجموعه موازین قضایی محکمه عالی انتظامی قضات، چاپ ۲، تهران: چاپخانه علمی.
- علیزاده، امیرحسین (۱۳۹۸)، «تحلیل و نقد ماهیت حبس، اعسار و آیین حاکم بر آن‌ها با نگرشی بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸، سال ۸۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق - منابع، جلد ۲، چاپ ۵، تهران: میزان.
- کریم‌زاده، احمد (۱۳۷۸)، نظارت انتظامی در نظام قضائی، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: روزنامه رسمی کشور.
- کریمی، علی اصغر (۱۳۷۷)، «تجمیع دعاوی مرتبط و لزوم رسیدگی به آن‌ها در دادگاه واحد»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۰ و ۱۱.
- متین، احمد (۱۳۳۵)، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، شامل آرا شعب و هیئت‌های عمومی دیوان عالی کشور، از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۵. تهران: هاشمی.
- متین‌دفتری، احمد (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ ۶، تهران: مجد.
- محسنی، حسن و مجید غمامی (۱۳۹۲)، آیین دادرسی مدنی فراملی، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه (۱۳۹۶)، پیشینه رویه قضایی در ایران در ارتباط با آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، جلد اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ ۵، تهران: پایدار.

- مهاجری، علی (۱۳۹۲)، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ ۴، تهران: فکرسازان.
- مهاجری، علی (۱۳۹۲)، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ ۴، تهران: فکرسازان.
- نهرینی، فریدون، حبیب الله پورصادقی و حسن محسنی (۱۳۹۸)، «دعاوی مرتبط و بررسی شش معیار برای شناخت آن»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۹، شماره ۱.

عربی

- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسین (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

آرای قضایی

- دادنامه شماره ۴۶۵ / ۹ / شعبه ۴ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۲۰ / ۹ / ۳۱.
- دادنامه شماره ۷۴۹ محکمه عالی انتظامی قضات مورخ ۱۳۰۹/۰۷/۲۷.
- دادنامه شماره ۳۹ دادگاه عالی انتظامی قضات مورخ ۱۳۷۵/۰۳/۱۶.
- دادنامه شماره ۱۱۷۷ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۹.
- دادنامه شماره ۱۱۷۷ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۷.
- دادنامه شماره ۱۴۶۱ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹.
- دادنامه شماره ۳۵۷ / ۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۹.
- دادنامه شماره ۱۶۴۵ / ۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۶ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۱.
- دادنامه شماره ۷۶ / ۲۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۰۸.

انگلیسی

- American Law Institute, UNIDROIT (2010), **Principles of Transnational Civil Procedure**, New York: Cambridge University Press.
- Cayrol, Nicolas (2020), **Procédure civile**, 3^eed, Paris: Dalloz.
- Chainais, Cécile, Guinchard, Serge, Ferrand, Frédérique, Mayer, Lucie (2018), **Procédure civile: droit interne et européen du procès civil**, 34^eed, Paris: Dalloz.
- Fricero, Natalie (2016), **L'essentiel de la procédure civile**, 12^eed, Paris: Dalloz.
- Guinchard, Serge; Debard, Thierry (2015), **Lexique des terms juridiques**, 22^eed, Paris: Dalloz.
- Marcus, Richard L.; Rowe Jr, Thomas D. (2008), **Gilbert Law Summaries on Civil Procedure**, 7^eed, Chicago, Thomson/West.
- Yeazell, Stephen C. Schwartz, Joanna C. (2015), **Civil Procedure**, 9^eed, New York: Wolters Kluwer.

چالش‌های سیاست جنایی قضایی در کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان^۱

محمد متین‌پارسا*، حسنعلی مؤذن‌زادگان**

چکیده

مجازات خدمات عمومی رایگان به عنوان جایگزین حبس به دلیل لزوم همکاری توأمان دستگاه قضا، نهادهای پذیرنده و خود مجرم در فرایند اجرای این حکم از بارزترین مصادیق مجازات‌های اجتماع‌محور است. با توجه به چندوجهی بودن و ضرورت وجود بسترهای لازم جهت اثربخش بودن چنین نهادهایی، بررسی چالش‌های احتمالی کاربست نهادهای کیفری نوین یکی از موضوعات مهم مباحث کیفرشناختی است. در این ارتباط قضات به عنوان افرادی که به قوانین تجسم می‌بخشند و حلقه اتصال مقنن، دستگاه قضا، نهاد پذیرنده و مجرم هستند، کنشگران اصلی کاربست مجازات خدمات عمومی در نظر گرفته شدند. در این راستا با گردآوری آرای مرتبط و پالایش آن‌ها، اقدام به شناسایی قضاتی که تجربه صدور یا اجرای چنین آرای را داشته‌اند شد. از این طریق ابتدا یک گروه تمرکزی با حضور ۱۲ نفر از قضات، تشکیل و دیدگاه و تجربیات این افراد گردآوری شد. در گام بعدی با استفاده از داده‌های حاصل از گروه تمرکزی محورهای پروتکل مصاحبه عمیق نیمه‌ساختاریافته تهیه شد و ۱۱ تن از مقامات قضایی دارای تجربه صدور و اجرای چنین احکامی به علاوه دو تن از قضات مطلع نسبت به موضوع مورد مصاحبه قرار گرفتند. داده‌های گردآوری شده

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان در بستر سیاست جنایی ایران: چالش‌ها و راهکارها» با راهنمایی آقای دکتر حسنعلی مؤذن‌زادگان و مشاوره آقای دکتر سیدمنصور میرسعیدی و آقای دکتر حسین غلامی در دانشگاه علامه طباطبائی است.

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) m_matinparsa@atu.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
moazenzadegan@gmail.com

بیان گر چالش های متعدد قضایی در این حوزه است که می توان آن ها را ذیل دو مقوله کلی «جاری بودن و استمرار معیارهای کیفرگزینی (حبس گرایی و آمارگرایی) متناقض با ماهیت مجازات های اجتماع محور (بازپروری و بازاجتماعی نمودن)» و «عدم توجه به زیرساخت های اجرایی مجازات های اجتماع محور» مطرح نمود. بر اساس تحلیل یافته های فوق می توان مدعی شد که وجود چنین چالش هایی تابعی از رویکرد نادرست سیاست گذران کیفری در ارتباط با مجازات های اجتماع محور بوده است؛ به این معنی که قانون گذار صرفاً با هدف کاهش جمعیت کیفری زندان به سیاست گذاری درخصوص مجازات خدمات عمومی رایگان پرداخته است و بدین سبب از تحقق پیش شرط های اساسی این مجازات که همانا بازپروری/بازاجتماعی کردن محکومان است، فروگذار بوده است.

واژگان کلیدی: مجازات های اجتماع محور، بازاجتماعی کردن، معیارهای کیفرگزینی، جایگزین های حبس، حبس گرایی

مقدمه

پس از حذف و یا بعضاً کم رنگ شدن برخی از مجازات های شدید بدنی، زندان نیز از انتقاد اصلاح طلبان حقوق کیفری دور نماند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۲)؛ با افزایش چشمگیر جمعیت کیفری در نیمه قرن بیستم، نظریه پردازان در پی برطرف کردن این مشکل برآمدند. در این دوره مطالعات تجربی جرم شناختی و کیفرشناختی حاکی از آن بودند که اصلاحات صورت گرفته در زندان ها نه تنها نتایج مثبتی بر بازپذیری اجتماعی مجرمان و پیشگیری از جرم نداشته و به اصطلاح مؤثر^۱ نبوده است (Nieuwbeerta and et al, 2009: 229)،^۲ بلکه زندان همچنان دارای آسیب های فراوانی است.^۳ در چنین شرایطی، «عدالت ترمیمی» و «جایگزین ها» اعم از جایگزین های تعقیب

1. Effectiveness

۲. یکی از اثرگذارترین آثار در این دوره مقاله مارتینسون است که با عنوان «چه چیزی مؤثر است؟ پرسش ها و پاسخ ها در مورد اصلاح زندان» به ارثه فراتحلیل در خصوص اقدامات و عواملی که تصور می شود منجر به بازپروری بزهکار در زندان خواهند شد، می پردازد. نویسنده در این تحقیق پنج عامل کلی را مورد بحث قرار می دهد: ۱. تحصیل و حرفه آموزی؛ ۲. تأثیر مشاوره های فردی (و مشاوره های گروهی)؛ ۳. دگرگونی محیط زندان (اصلاح فضای محیطی زندان)؛ ۴. درمان های پزشکی (با هدف کاهش مشکل تکرار جرم) و ۵. تأثیر مجازات (به عنوان مثال مدت زندان). نتیجه ای که نویسنده از بررسی خود بیان می کند آن است موفق با بازپروری مجرم هنگام درون مؤسسه (زندان) است نخواهیم شد و باید بیرون از آن و در چارچوب جامعه چنین هدفی پیگیری شود (Martinson, 1974: 22-54).

۳. فراگیری جرم، فروپاشی خانواده ها، از دست دادن موقعیت اجتماعی و تشدید فقر از جمله آسیب هایی است که از

یا مجازات توجه سازمان‌ها، نهادها و کنفرانس‌های بین‌المللی و در نهایت قانون‌گذاران داخلی کشورهایی که با معضل تراکم در زندان‌ها مواجه بودند، به خود جلب کرد و متعاقباً این اندیشه پذیرفته شد که با رویکردی افتراقی، واکنش اجتماعی نسبت به مجرمان خشن و بزهکارانی که بی‌خطر هستند و یا خطر اندکی برای جامعه دارند باید متفاوت باشد. در همین راستا کاربست «جایگزین‌های حبس»^۱، به یکی از گرایش‌های غالب نظام کیفری در دهه ۶۰ میلادی تبدیل شد (توجهی و زارع، ۱۳۹۸: ۶). هرچند در دوره‌هایی تحقیقات انجام‌شده در مورد اثربخشی مجازات‌های جایگزین نیز حاکی از ثمربخش نبودن چنین نهادهایی بوده است، اما می‌توان این عدم موفقیت را ناشی از رویکرد خاص نسبت به این‌گونه نهادها دانست که در اوایل صرفاً به‌عنوان جایگزین‌های حبس و ابزاری برای کاهش جمعیت زندان در نظر گرفته می‌شدند (تونری، ۱۳۸۷: ۱۹۲). در حالی که با تغییر رویکرد و در نظر گرفتن این نوع از پاسخ‌های کیفری به‌عنوان واکنش‌هایی مستقل و نه به‌عنوان جایگزین حبس، ادله‌ای دال بر اینکه که این نوع از پاسخ‌های کیفری می‌تواند دست‌کم در مورد گروه خاصی از بزه‌کاران مؤثر باشد مشاهده شد (Sanders & Senior, 1993: 125).^۲

بخشی از این مجازات‌های جایگزین که به‌عنوان کیفرهای اجتماع‌محور شناخته می‌شوند، مجرم را از بستر اجتماع جدا نمی‌نمایند، بلکه اصلاح و بازپروری او را با اعمال سازوکارهای کنترلی و نظارتی لازم، در محیط اجتماع دنبال می‌کنند (قاسمی مقدم، ۱۳۸۷: ۱۳۲ و ۱۳۳). این مجازات‌ها که از آن به‌عنوان کیفرها یا «ضمانت‌اجراهای کیفری مشارکتی» نیز یاد می‌شود، مانع ورود و نگهداری بزهکار در نهادهای کلاسیک رسمی می‌شود. به عبارت دیگر مجازات‌های اجتماع‌محور با نظارت، مداخله یا مشارکت نهادهای خاصی به اجرا درمی‌آید. بر این اساس، بزهکار برای تحمل محکومیت کیفری در جامعه باقی خواهد ماند (منصورآبادی و کونانی، ۱۳۸۹: ۱۱).

در ایران نیز با برگزاری نخستین همایش بین‌المللی جرم‌شناسی در سال ۱۳۷۹ و سپس آغاز برخی همکاری‌های بین‌المللی ازجمله ورود و توصیه‌های «سازمان بین‌المللی اصلاحات کیفری» (PRI) که در آغاز دهه هشتاد تجربیات خود در کشورهای آفریقایی را با نهادهای قضایی ایران به اشتراک گذاشت و نیز بهره‌مندی از تجربیات قضات اطفال برخی کشورها، ازجمله اتریش، زمینه

سوی خود محکومین به حبس نیز مورد اشاره قرار می‌گیرد (Weaver & Armstrong, 2011: 14).

1. Alternatives to custody

2. Lipsey, M. W. (1992) 'Juvenile Delinquency Treatment: A Meta-Analytic Inquiry into the Variability of Effects', in T. Cook, D. Cooper, H. Corday, H. Hartman, L. Hedges, R. Light, T. Louis and F. Mosteller (eds.) Meta-analysis for Explanation: A Casebook. New York: Russell Sage Foundation.

برای آشنایی و شناخت جایگاه و اهمیت جایگزین‌ها فراهم شد (آشوری، ۱۳۹۹: پیشگفتار ویراست دوم)، اما با فاصله‌ای بسیار قانون‌گذار با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و اختصاص فصلی به چند مصداق از مجازات‌های اجتماع‌محور^۱، رسماً این گونه از واکنش‌های کیفری را وارد ادبیات قانونی و قضایی ایران کرد. اگرچه این جایگزین‌ها به تدریج وارد نظام کیفری کشورها شده‌اند، اما در ایران به علت طولانی شدن تصویب قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی که حدود یک دهه به طول انجامید، به یکباره و در نبود زیرساخت‌های لازم و نیز در فقدان جوّ پذیرشی، وارد نظام کیفری ایران شد (آشوری، ۱۳۹۹: پیشگفتار ویراست دوم). با تصویب آیین‌نامه‌ها و صدور بخشنامه‌های مربوط، سعی بر اجرایی شدن جایگزین‌ها بوده است، لیکن به نظر می‌رسد که علاوه بر اقناع مجریان به مفید بودن و ضرورت به‌کارگیری جایگزین‌ها چه با هدف تفريد و چه به‌منظور کاستن از جمعیت کیفری، آموزش عمومی شهروندان و آشنا ساختن آنان با «نهادهای جایگزین» که در پاره‌ای از موارد حتی با نام آن‌ها آشنایی ندارند، در کنار فراهم کردن سایر ابزار و بسترها، ضروری است؛ به عبارتی حقوقی‌سازی یافته‌های جرم‌شناختی در قالب نهادهای قانونی کیفرزدا - زندان‌زدا، تنها بخشی از راه برای نیل به اهداف عالی آن است؛ زیرا تجربه‌های پیشین نشان می‌دهد کاربست چنین نهادهایی در نظام کیفری ایران به دلایل گوناگون محکوم به شکست خواهند بود.^۲ به عبارتی هرگونه موفقیت در اجرای تدابیر جایگزین در سطح گسترده به (۱) روشنی قوانین؛^۳ پذیرش هدف‌های قوه مقننه از سوی قوه قضائیه؛ و (۲) نقش مهم قوه قضائیه در ارائه تفسیرها و راهکارهای اجرایی به قضات جهت صدور احکام جایگزین، بستگی دارد (آشوری، ۱۳۹۹: ۶۱).

با توجه گستردگی مطالب و نیز نقش اصلی قضات، نوشته حاضر توجه خود را به چالش‌های احتمالی دستگاه قضا در کاربست یکی از بازرترین نمونه‌های نهادهای اجتماع‌محور (خدمات عمومی رایگان) معطوف نموده است.

خدمات عمومی رایگان که نخستین بار با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ وارد ادبیات قانونی ایران گردید، با تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی لازم‌الاجرا گردید. به موجب ماده ۸۴ قانون مجازات اسلامی، خدمات عمومی رایگان، خدماتی است که با

۱. هر چند جزای نقدی ذیل این عنوان نمی‌گنجد و متن لایحه پیش گفته نیز قید نشده بود.

۲. برای نمونه نتیجه بررسی آرای تعلیق در آمار دادگاه‌های اردبیل نشان می‌دهد که از مجموع ۱۶۶۴۴۸ هزار پرونده مختومه که تعداد آن‌ها مستعد صدور قرار تعلیق اجرای مجازات بوده است، تنها در ۴۱ پرونده قرار تعلیق اجرای مجازات صادر گردیده است (آقای جنت مکان، ۱۳۹۰: ۳۳۵).

رضایت محکوم برای مدت معین مورد حکم واقع می‌شود و تحت نظر قاضی اجرای احکام اجرا می‌گردد». بند «ب» ماده ۱ آیین‌نامه فوق نیز بیان می‌کند، «خدمات عمومی رایگان، خدمات عام‌المنفعه‌ای است که با رضایت محکوم برای مدت معین و به‌طور رایگان به‌موجب حکم دادگاه وفق ماده ۸۴ قانون، به شرح مندرج در آیین‌نامه، در نهادهای پذیرنده انجام می‌گیرد.» بنابراین هدف از حکم به انجام خدمت عمومی، فراهم کردن یک مجازات اجتماعی سودمند است که می‌تواند باعث افزایش احتمال اصلاح مرتکب، کاهش خطر تکرار جرم، تنبیه مجرم از طریق کار، جبران خسارت از طریق کاری که به نفع جامعه است، منتفع کردن جامعه با انجام کارهایی که به شکل دیگری امکان‌پذیر نیست و متعاقباً کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها و کاهش هزینه‌ها شود (والهی و احسان‌پور، ۱۳۹۵: ۲۶۸).

با این حال وجود شرایط ذکر شده (رضایت محکوم، اجرا در نهاد پذیرنده و خارج از دستگاه قضا) و نیز قیود ماده ۶۴ (رعایت وضعیت بزه‌کار و نوع بزه و...) حاکی از آن است که کاربست چنین نهادی می‌تواند در مرحله صدور و اجرا با چالش‌هایی روبه‌رو شده و متعاقباً دستگاه قضا و جامعه را از آثار مدنظر محروم نماید.

نگاشته حاضر در پی شناسایی چنین چالش‌های احتمالی است تا از این رهگذر به علت‌شناسی این چالش‌ها نائل شده و راهکارهای کوتاه‌مدت یا زیربنایی خود را ارائه دهد. بدین ترتیب سؤال اساسی پژوهش از این قرار است که «دستگاه قضا در فرایند کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان با چه چالش‌هایی مواجه است؟»

آنچه از پژوهش‌های عمده‌تأ نظری پیشین برداشت می‌شود، وجود چالش‌هایی در سطوح مختلف بوده است، اما با توجه به شکل گرفتن پژوهش حاضر بر اساس دیدگاه قضات و به عبارتی به‌لحاظ کیفی بودن تحقیق، امکان ارائه فرضیه مشخص وجود نخواهد داشت و در نهایت چالش‌هایی که با اتکا به مصاحبه با کنشگران اصلی استخراج خواهد شد، در نتیجه‌گیری مطرح می‌شود.

در این راستا، پژوهش حاضر طی چهار عنوان پی گرفته خواهد شد. ابتدا با توجه به وجود منابع مشابه در این حوزه و لزوم تبیین تفاوت نوشته حاضر با آثار دیگر، قسمتی به پیشینه پژوهش اختصاص پیدا کرد. سپس با در نظر گرفتن روش تحقیق کیفی استفاده شده، ضروری می‌نمود که قسمتی به‌صورت خاص ذیل عنوان «روش‌شناسی» ارائه شود. بدنه اصلی پژوهش نیز ذیل عنوان «یافته‌های پژوهش» در برگیرنده چالش‌های سطح قضایی در قالب چهار زیرعنوان بیان می‌شود. «نتیجه‌گیری و راهکارها» نیز قسمت پایانی متن پژوهش را به خود اختصاص می‌دهد.

۱. پیشینه پژوهش

با توجه به اینکه چندین دهه از کاربرست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام‌های حقوقی می‌گذرد، ادبیات پژوهشی گسترده‌ای در این حوزه^۱ شکل گرفته است. در ادبیات حقوقی ایران نیز از چند دهه گذشته مجازات‌های اجتماع‌محور مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است.^۲ با تهیه لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان در سال ۱۳۸۴ و سپس ورود مجازات‌های اجتماع‌محور به ادبیات قانونی ایران، روند پرداختن به این موضوع در کتب، مقالات و پایان‌نامه‌ها شدت گرفت. به‌طور کلی می‌توان درخصوص عمده این آثار چند ویژگی را برشمرد که وجه تمایز آن‌ها با نوشته پیش‌رو محسوب می‌شوند: الف) این پژوهش‌ها عام بوده و جایگزین‌های حبس به‌طور کلی مورد توجه بوده است (اسدی، ۱۳۹۶؛ ب) در این آثار روش نظری حاکم بوده و اکثراً به تاریخچه، مبانی و شرایط حقوقی - تقنینی نظام حقوقی ایران پرداخته شده است. در مواردی که چالش‌های جایگزین‌های حبس مد نظر قرار گرفته است نیز همین جنبه نظری حفظ شده است. به عبارتی نگارنده بر اساس شرایط موجود و شرایط لازم برای اجرای چنین نهادهایی، دست به استنتاج زده است (یکرنگی و ایران‌منش، ۱۳۸۷؛ پ) در پژوهش‌هایی که با رویکردی تجربی به مسئله ورود نموده‌اند (به‌ویژه در مقالات)، روش کمی حاکم بوده است (خاکسار و غلامی، ۱۳۹۷؛ خاکسار و غلامی، ۱۳۹۸). در نتیجه نوشته حاضر از لحاظ موضوع (تمرکز بر چالش‌های سیاست جنایی ایران) و روش پژوهش (مطالعه تجربی کیفی) با بسیاری از آثار پیش از خود متفاوت است.

در این رابطه می‌توان به مقاله «موانع کاربرست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران؛ مطالعه کیفی»^۳ به‌عنوان نزدیک‌ترین اثر به نوشته حاضر اشاره کرد؛ زیرا در این مقاله نیز موضوع موانع کاربرست مجازات خدمات عمومی رایگان با نگاهی داخلی مورد بحث قرار گرفته است. به‌علاوه روش تحقیق در این اثر نیز از نوع کیفی است. با این حال در بیان تفاوت‌های مقاله مورد اشاره با متن حاضر باید چند مورد را مطرح کرد:

الف) ابزار گردآوری داده‌ها؛ هرچند هر دو اثر از زمره پژوهش‌های کیفی محسوب می‌شوند، با

۱. این ادبیات پژوهشی را هم در سطح جهانی و هم در ادبیات حقوقی ایران می‌توان شناسایی کرد. با این حال با در نظر گرفتن این نکته که پژوهش حاضر نگاهی داخلی به مجازات خدمات عمومی رایگان داشته و در مقام شناسایی چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران بر اساس نظرات و تجربیات کنشگران همین نظام است، از اشاره به ادبیات پژوهشی خارج از ایران خودداری می‌شود.

۲. به عنوان نمونه: رزاقی، ۱۳۷۹ و کاشفی، خالصی، ۱۳۸۰.

۳. این مقاله در شماره ۱۰۷ از دوره ۲۸ مجله مجلس و راهبرد منتشر شده است.

این حال ابزار گردآوری داده‌ها در «مقاله موانع کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران» گروه تمرکزی بوده است. در مقاله مورد اشاره با دعوت از قضات صادرکننده آرای خدمات عمومی رایگان و برگزاری یک جلسه به صورت جمعی، محورهای اصلی مطرح و هر یک از قضات نظرات خود را درخصوص آن مطرح کرده‌اند. با توجه به اینکه این گروه تمرکزی (کانونی) در ۱۲۰ دقیقه برگزار شد و ۱۲ شرکت‌کننده حضور داشتند و البته متعدد بودن محورهای انتخابی (چالش‌های تقنینی، قضایی و اجرایی)، هر یک از شرکت‌کنندگان فرصت کمی برای بیان دیدگاه‌های خود داشته و اشاره‌ای اجمالی به چالش‌های مورد نظر خود داشته‌اند. در حالی که نوشته حاضر با بهره‌گیری از محورهای مطرح‌شده در گروه تمرکزی، ابزار مصاحبه عمیق را مورد استفاده قرار داده است تا مصاحبه‌شوندگان بدون محدودیت‌های حاکم بر گروه تمرکزی (مانند زمان محدود یا ملاحظات سازمانی و تقابل با همکاران)، نظرات خود را آزادانه مطرح کنند. این مصاحبه‌ها تا زمانی که مصاحبه‌شونده تمایل به صحبت و داده‌ای برای ارائه داشت، ادامه پیدا می‌کرد.

ب) گستره موضوع مورد بحث؛ مقاله موانع کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران به تمام چالش‌های کاربست مجازات خدمات عمومی توجه داشته و به محورهای تقنین، قضا، اجر و حتی جامعوی اشاره داشته است. همین گستردگی محورهای مورد بحث، سبب شده است که چالش‌های تقنینی در سه عنوان و به صورت کاملاً مختصر بیان شود، در حالی که برخی از موضوعات مطرح‌شده از جمله «عدم آموزش بهینه...» با داده تجربی مشخصی همراه نشده است. در مقابل پژوهش حاضر تنها چالش‌های قضایی (سیاست جنایی قضایی) را مد نظر قرار داده تا از طریق مصاحبه، داده‌های عمیق‌تری را به دست آورد. بدین دلیل مصاحبه‌های برگزارشده، ضمن تأیید چالش‌های حاصل از گروه تمرکزی، موارد دیگری را نیز ارائه داده‌اند و در هر مورد با گردآوری تعداد نظرات بیشتر، اعتبار موضوعات مطرح‌شده افزایش یافته است.

پ) ضرورت انجام پژوهش؛ همان طور که گفته شد در زمان انجام پژوهش نخست (گروه تمرکزی)، داده‌های تجربی اندکی در حوزه جایگزین‌های حبس وجود داشت و با توجه به گستردگی محورها لازم به برگزاری چند گروه تمرکزی بود، با این حال، تنها امکان برگزاری یک گروه تمرکزی با تعداد افراد بیشتر (معمولاً کمتر از ۱۰ شرکت‌کننده برای گروه تمرکزی پیشنهاد می‌شود) فراهم شد، که این امر از جمله کاستی‌های آن بوده است. بدین جهت تعمیق بر مسائل مطرح‌شده در گروه تمرکزی و جبران خلأ ناشی از عدم برگزاری گروه تمرکزی بعدی، از روش‌های دیگر ضروری می‌نمود؛ تا بدین جهت امکان تأیید و تقویت یا رد داده‌های حاصل گروه تمرکزی فراهم شود. بر این اساس می‌توان مدعی شد که پژوهش حاضر از نظر ماهیت و محدوده موضوع یا روش

تحقیق و ابزار گردآوری داده‌ها، از سایر آثار شکل گرفته در این حوزه متمایز و دارای ضرورت انجام، بوده است.

۲. روش‌شناسی

روش پژوهش همانند مسیری است که چگونگی رسیدن به مقصد را برای پژوهشگر آشکار می‌سازد؛ به‌طوری که نادرستی آن ممکن است نتایج دستاوردهای علمی را با چالش روبه‌رو سازد (صادقی، ۱۳۹۸: ۱۳۸). با توجه به نبود داده‌های پیشینی حاصل از دیگر پژوهش‌ها، پژوهش حاضر بر مبنای روش تحقیق کیفی^۱ انجام گرفته است (Tsang; Dian Liu, 2019: 2). تحقیق کیفی عبارت از مجموعه فعالیت‌هایی (چون مشاهده، مصاحبه و شرکت گسترده در فعالیت‌های پژوهشی) است، که هرکدام به‌نحوی محقق را در کسب اطلاعات دست اول، درباره موضوع مورد تحقیق یاری می‌دهند (Hegde: 2015: 142).

با توجه به اینکه در این پژوهش چالش‌های کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان در سطح و چهارچوب دستگاه قضا مدنظر است، طبیعی است که قضات (اعم از قضات دادگاه و اجرای احکام)، به‌عنوان گروهی که اضلاع تقنین، قضا و اجرا را به هم متصل می‌کنند، اصلی‌ترین کنشگران در نظر گرفته شوند؛ به همین علت قضات، جامعه آماری این پژوهش انتخاب شدند.

در گام بعدی به‌منظور کسب داده‌هایی گسترده در بازه‌ای زمانی کوتاه، گروه تمرکزی^۲ به‌عنوان ابزار اولیه گردآوری داده‌ها انتخاب شد. برای استفاده از ابزار گروه تمرکزی ابتدا باید دو عامل مهم مشخص شود: ۱. محورهای کلی مدنظر در جریان گروه تمرکزی؛ ۲. شرکت‌کنندگان (نمونه پژوهش) با توجه به عامل قبلی.^۳

بدین منظور ۲۰۰ رأی حاوی ضمانت اجرای خدمات عمومی رایگان از سراسر کشور گردآوری شد. این آرا ابتدا پالایش و سپس مورد ارزیابی قرار گرفت. بدین شرح که برخی از آرا به دلایل گوناگون از موضوع مورد نظر خارج و فاقد شرایط ارزیابی بودند. در نهایت از گذر تحلیل محتوای ۱۵۰ رأی نهایی، تلاش شد تا محورهای بحث گروه تمرکزی شکل یابد. همچنین با لحاظ کیفیت آرای صادره از سوی هر قاضی، ۳۶ قاضی گزینش شدند که از این بین ۱۹ قاضی برای برگزاری گروه تمرکزی

1. Qualitative Research

2. Focused group

۳. در طراحی گروه تمرکزی تصمیم در خصوص تعداد گروه‌ها و جلسات نیز حائز اهمیت است؛ با این حال با توجه به محدودیت‌های سازمانی دستگاه قضا و بهره‌گیری از قضات در چندین جلسه، صرفاً به یک گروه تمرکزی با شرکت نفرات بیشتر بسنده شد.

انتخاب و دعوت شدند. این ۱۹ قاضی از ۱۷ استان کشور بودند که سرانجام ۱۲ نفر از این افراد در جلسه مورد نظر اعلام آمادگی کرده و حاضر شدند. سپس داده‌های حاصل از این گروه تمرکزی پیاده‌سازی، کدگذاری و مورد تحلیل قرار گرفت که به موجب آن برخی از چالش‌های کاربست نهاد خدمات عمومی رایگان مورد اشاره قرار گرفت.^۱

با این حال اکتفا نکردن به داده‌های گروه تمرکزی و انجام مطالعات بیشتر و عمیق‌تر ضروری می‌نمود؛ از جمله اینکه به دلیل فقدان داده‌های تجربی پیشینی، گروه تمرکزی با محورهایی عام (چالش‌های تقنین، قضا، اجرا و اجتماعی) برگزار شد. با توجه به محدودیت‌های ذاتی گروه تمرکزی و نیز محدودیت‌های سازمانی شرکت‌کنندگان، امکان اظهارنظرهای مفصل فراهم نشد.^۲ به همین دلیل و به منظور شناسایی چالش‌های احتمالی دیگر و تعمیق داده‌های گردآوری‌شده، مصاحبه با کنشگران بیشتر در دستور کار قرار گرفت.

بدین ترتیب با استفاده از داده‌های گروه تمرکزی پروتکل‌های مصاحبه (نیمه‌ساخت‌یافته) با دقت بیشتری تهیه شد. در این چهارچوب قضات بیشتری مورد شناسایی قرار گرفتند^۳ که ۸ تن از آن‌ها حاضر به همکاری شدند. همچنین از بین شرکت‌کنندگان گروه تمرکزی، با لحاظ دسترس‌پذیری به آن‌ها و تمایل به همکاری مجدد، ۲ تن به عنوان نمونه‌های مصاحبه نیز قرار گرفتند. به علاوه با توجه به اینکه چالش‌های متعاقب صدور حکم (مرحله اجرای حکم) نیز مورد توجه قضات قرار گرفته بود، تلاش شد مصاحبه به این کنشگران نیز انجام شود. در نهایت ۱۳ نفر (۹ قاضی با تجربه صدور رأی، ۱ قاضی بدون سابقه صدور رأی، ۱ قاضی اجرای احکام با تجربه اجرای احکام مورد نظر، ۱ قاضی اجرای بدون تجربه در این زمینه و ۱ رئیس حوزه قضایی که در حوزه قضایی تحت نظارتش چنین آرای صادر شده است)^۴ به عنوان نمونه مورد مصاحبه قرار گرفتند.^۵

۱. نتایج حاصل از این گروه تمرکزی در این پژوهش به صورت منتشر شده است: محمدکوره‌پز و فرجیها و متین پارسا، ۱۴۰۰.

۲. همان‌طور که اشاره شد امکان برگزار چند گروه تمرکزی وجود نداشت. به همین دلیل با لحاظ زمان ۱۲۰ دقیقه‌ای جلسه، با طرح هر محور تعدادی از شرکت‌کنندگان در حدود ۳ الی ۴ دقیقه امکان طرح نظرات خود را داشتند.

۳. منظور از شناسایی در اینجا آن است که علاوه بر کامل بودن مشخصات دادنامه، امکان برقراری ارتباط نیز به طرق مختلف حاصل شده است.

۴. با رئیس حوزه قضایی به عنوان فردی که با بازخوردها و مشکلات صدور چنین احکامی در حوزه قضایی خود مواجه بود، مصاحبه شده است.

۵. با توجه به شیوع بیماری کرونا و محدودیت‌های ناشی از ورود به دادگستری، فرایند مصاحبه‌ها طولانی بود و در

جدول مصاحبه‌شوندگان^۱

سمت قضایی	شعبه	میزان تحصیلات	میزان سابقه (سال)	مدت مصاحبه (ساعت)
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۱۴۱ مجتمع قضایی شهید مطهری (تهران)	دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی	۱۳	۱:۱۵
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۰۳ شهرستان سلماس (آذربایجان غربی)	دانشجوی دکتری جزا و جرم‌شناسی	۱۲	۱:۱۵
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۰۱ شهرستان خداآفرین (آذربایجان شرقی)	کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی	۱۲	۰:۴۵
قاضی اجرای احکام کیفری	شهرستان انزلی (گیلان)	کارشناسی حقوق	۱	۱:۱۵
رئیس دادگستری	شهرستان انزلی (گیلان)	کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی	۱۸	۱:۰۰
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۰۲ شهرستان لنگرود (گیلان)	دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی	۱۱	۰:۵۰
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۰۱ شهرستان لنگرود (گیلان)	کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی	۸	۰:۴۵
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۰۱ شهرستان رودسر (گیلان)	کارشناسی ارشد تجارت بین‌الملل	۱۱	۰:۵۵
رئیس کیفری ۲	شعبه ۱۰۲ شهرستان رودسر (گیلان)	کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی	۹	۰:۴۵
دادیار اجرای احکام	شهرستان رودسر (گیلان)	سطح ۲	۳	۰:۵۰
دادرس محاکم عمومی	شعبه ۳ دادگاه عمومی بخش سنگر (گیلان)	کارشناسی ارشد حقوق خصوصی	۳	۱:۰۰
قاضی اجرای احکام	شهرستان کامیاران (کردستان)	دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی	۲	۱:۰۰
دادرس دادگاه عمومی	بخش چهارباغ (البرز)	دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی	۶	۱:۳۰

سال‌های ۱۳۹۸، ۱۳۹۹ و ۱۴۰۰ انجام شده است.

۱. لازم به توضیح است که با توجه به عدم تمایل برخی قضات به انعکاس رسمی مطالب اظهارشده، ترتیب فوق با شمارگان ذکرشده در متن، یکسان نبوده و صرفاً جهت تنظیم جدول مورد استفاده قرار گرفته است. همچنین استفاده از شماره در متن جهت اشاره به استفاده احتمالی از ابعاد مختلف اظهارات مصاحبه‌شوندگان است.

پس از این مرحله و مکتوب نمودن مصاحبه‌ها، تلاش شد تمام داده‌ها کدگذاری محتوایی گردند.^۱ پس از کدگذاری اولیه ۱۳ مصاحبه انجام شده، ۴۳۶ کد به دست آمد. سپس متن اولیه مرور گردید تا اطمینان حاصل شود غفلتی در برجسته کردن گفته‌های اساسی صورت نگرفته است. در گام بعدی جهت استخراج مفاهیم، کدهای باز (کدهای ابتدایی) بررسی شده و کدهای محوری استخراج شدند. سپس در قدم بعدی از تحلیل و ترکیب این کدها، مقوله‌های نهایی (کدهایی گزینشی) به دست آمدند که نتایج حاصل از این کدگذاری و سپس تجزیه و تحلیل داده‌ها در قسمت بعدی و در قالب یافته‌های پژوهش تشریح می‌شود.

۳. یافته‌های پژوهش

داده‌های مصاحبه‌های انجام گرفته حاکی از آن بوده است که کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان به عنوان یکی از مجازات‌های اجتماع‌محور در سطح قضایی و در چهارچوب دستگاه قضا نیز با چالش‌هایی مواجه است. پاره‌ای از این چالش‌ها مرتبط با مقام قضایی بوده است و برخی با ساختارهای کلی دستگاه قضا. دسته‌ای از موارد بیان شده از سوی قضات ماهیتی عینی و ملموس داشته و گروهی از چالش‌های دیگر ذهنی هستند. به علاوه تعدادی از چالش‌های شناسایی شده با صرف زمان زیاد برطرف خواهند شد و برخی موارد نیز دارای راهکارهای کوتاه مدت هستند. نتیجه آنکه مجموع موارد یاد شده ذیل چهار عنوان گردآوری شده‌اند:

۳-۱. عدم تسلط قضات بر ابعاد فنی نهادهای نوین کیفری

عدم آشنایی قضات با مفهوم، اهداف و حتی ابعاد فنی نهادهای نوین کیفری از نخستین چالش‌هایی است که دستگاه قضا با آن روبه‌رو است (خاکسار و غلامی، ۱۳۹۷: ۱۵۳) و در کوتاه مدت نیز قابل برطرف شدن خواهد بود. هرچند بخشی از این چالش ریشه در ابهامات تقنینی دارد،^۲ اما بخش اعظمی از مشکل را باید در درون دستگاه قضا جست‌وجو کرد.

نتایج تعدادی از مطالعات انجام گرفته در این حوزه یکی از دلایل عدم محکومیت به خدمات عمومی رایگان را عدم تسلط کافی قضات بر سازوکارهای کاربست این نهاد معرفی کرده‌اند

۱. کدگذاری در این پژوهش به صورت دستی و بر روی متن‌های چاپ شده بوده و استفاده نرم افزار MAXQDA به صورت جانبی به کار گرفته شده است.

۲. این چالش‌ها هم در مرحله صدور حکم و هم در متعاقب صدور قابل شناسایی است؛ از جمله امکان صدور دو نوع مجازات خدمات عمومی رایگان، عدم وجود سازکار مناسب جهت هماهنگی بین دادگستری و نهادهای پذیرنده، بیمه نبودن محکومان به خدمات عمومی در صورت بروز حادثه، عدم تعیین ضمانت اجرا برای نهاد پذیرنده در صورت عدم اجرای وظایف محوله و ... (مؤذن‌زادگان و متین پارسا، ۱۴۰۰: ۳۷۲ و ۳۷۳).

(محمدکوره‌پز و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۲۸).

به‌عنوان نمونه مصاحبه‌شونده شماره ۱۱ که علی‌رغم تمایل به استفاده از پاسخ‌های نوین کیفری، تجربه صدور حکم به هیچ‌یک از مجازات‌های جایگزین را نداشت، علت را نداشتن ایده‌ای در ارتباط با صدور مجازات‌های نوین دانست و بیان نمود در صورتی که الگویی برای صدور چنین احکامی داشته باشد، در آرای خود از چنین ضمانت‌اجراهایی استفاده خواهد نمود.

در تکمیل نظر فوق می‌توان به عقیده یکی دیگر از مصاحبه‌شوندگان (شماره ۱) اشاره نمود که بیان داشت: «... یک مورد دیگر / که باعث عدم استفاده قضات از مجازات خدمات عمومی می‌شود/، اینکه قضات خیلی آشنایی ندارند. چون وقتی در این زمینه کار نکرده باشد، نمی‌داند جایگزین حبس چیست و شرایط چیست و چگونه باید رأی صادر کرد. یکی از همکارانی که به تازگی از دادسرا/به دادگاه/ آمده بودند، از سؤال‌هایی که می‌پرسید مشخص بود که هیچ گونه آشنایی با این نهادهای جدید ندارد.» همین شخص در ادامه از این امر صحبت نموده است که در کشورهای غربی راهنمایی به‌صورت کتابچه یا سامانه‌ای در اختیار قضات قرار داده شده است که آن‌ها را در امر تصمیم‌گیری متناسب (تناسب خدمات عمومی با شرایط مطروحه) یاری می‌دهد.

پیامدهای ناآشنایی یا آشنایی نادرست و ناکافی قضات با نهادهای نوین حبس‌زدا که گاه ناشی از حجم کاری زیاد و برگزار نشدن دوره‌های آموزشی کافی^۱ و در مواردی کم‌توجهی قضات به مفاد و مفاهیم قانونی است (میرخلیلی و یعقوبی، ۱۳۹۶: ۱۱۷)، در دو سطح بروز می‌کند؛ نخست عدم صدور حکم به خدمات عمومی رایگان و نهادهای مشابه (تأثیر کمی) و دوم، صدور آرای که با مفهوم و مفاد قانون سازگار نیست (تأثیر کیفی). درخصوص مورد دوم می‌توان به آرای اشاره نمود که رأی صادره با مفهوم رایج خدمات عمومی رایگان (کار عام‌المنفعه) سازگاری ندارد؛ زیرا قدر متیقن اصطلاح مجازات خدمات عمومی رایگان اعمالی را در بر می‌گیرد که نفعی را به کلیت جامعه برساند (نه مستقیماً بزه‌کار یا بزه‌دیده) و همچنین علاوه بر رایگان بودن برای نهاد پذیرنده، متضمن پرداخت پول (یا هر مابه‌ازای مادی دیگر) از سوی محکوم نباشد. در حالی که در برخی از آرا، قضات (گاه آگاهانه) از این چهارچوب عدول می‌نمایند. به‌عنوان مثال در یکی از دادنامه‌های صادره مرتکب ابتدا

۱. بنا بر یافته‌های پژوهش صورت گرفته توسط یکی از نهادهای زیرمجموعه قوه قضائیه، ۱۲ درصد از قضات دادگاه‌های کیفری تهران به مواد قانونی تسلط نداشته‌اند و در هر مورد ناگزیر به قانون مراجعه می‌کند. به گفته خود قضات مورد مصاحبه مهم‌ترین دلیل این عدم تسلط بر متن قانون حجم کاری زیاد و نداشتن فرصت کافی جهت مطالعه بوده است (ریاحی، ۱۳۹۵: ۵۴).

به اتهام «دفع غیربهداشتی فاضلاب» به پرداخت سه میلیون ریال جزای نقدی محکوم شده است، اما به دلیل امتناع از پرداخت این مبلغ، بر اساس مجوز حاصل از ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری،^۱ جزای نقدی فوق‌الذکر به انجام خدمات عمومی رایگان «گذراندن آموزش‌های لازم پیرامون نحوه صحیح دفع فاضلاب و آثار ناشی از دفع غیراصولی فاضلاب» تبدیل شده است.^۲

نمونه‌ای دیگر از تصمیمات ناهماهنگ با متن قانون را می‌توان در دادنامه صادرشده پیرامون بزه عدم ثبت ازدواج دائم^۳ مشاهده کرد. در این رأی قاضی محترم ابتدا مرتکب را به یک ماه حبس محکوم کرده است و سپس بدون استناد به ماده ۸۴ قانون مجازات اسلامی، «حبس نامبرده را به ارائه خدمات عمومی رایگان به الف- اداره اوقاف و امور خیریه شهرستان ب- سازمان تأمین اجتماعی شهرستان هر یک به مدت ۱۵ روز... جایگزین می‌نماید.»^۴ در این خصوص نیز می‌توان به چند مورد اشاره کرد: ۱- بر اساس بندهای چهارگانه ماده ۸۴ قانون مجازات اسلامی و نیز تبصره این ماده، تعیین خدمات عمومی تنها بر اساس ساعت امکان‌پذیر است و حکم به خدمات عمومی بر اساس روز هیچ گونه مبنای قانونی ندارد؛ ۲- در نظر گرفتن خدمات عمومی در دو نهاد پذیرنده با توجه تفاوت وظایف و اختیارات این دو نهاد می‌تواند مصداق تبصره ۳ این ماده^۵ (حکم به بیش از یک خدمت عمومی) باشد. ۳- از مجموع مفاد مواد ۶۴، ۸۴ (به خصوص تبصره ۲ و ۳ این ماده) و نیز

۱. هرکس به موجب حکم قطعی دادگاه به پرداخت جزای نقدی محکوم گردد و آن را نپردازد، اموال وی به وسیله مرجع اجرای حکم، شناسایی، توقیف و با رعایت مقررات راجع به مستثنیات دین از محل فروش آنها نسبت به اجرای حکم اقدام می‌شود... هرگاه اجرای حکم به طرق مذکور ممکن نگردد با رعایت مقررات مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف- در جزای نقدی تا پانزده میلیون ریال، هر سی هزار ریال به یک ساعت انجام خدمات عمومی رایگان تبدیل می‌شود.

ب- در جزای نقدی بالای پانزده میلیون ریال، همچنین در صورت عدم شرایط اجرای بند (الف) این ماده، هر سیصد هزار ریال به یک روز حبس تبدیل می‌شود.

۲. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۳۸۱۱۲۰۱۲۸۷، مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۲۵، شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو شهرستان شهرکرد.

۳. ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱): «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنج یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود.»

۴. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۴۴۹۷۵۰۱۵۰۹، مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۵، شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو شهر سلماس.

۵. دادگاه نمی‌تواند به بیش از یک خدمت عمومی مقرر در آیین‌نامه موضوع این فصل حکم دهد.

مفاد آیین نامه اجرایی ماده ۷۹ چنین برداشت می شود که قاضی باید خدمت عمومی مورد را نیز تعیین کند و واگذار کردن این وظیفه به نهاد پذیرنده، ماهیت رأی را خدشه دار می کند؛ ۴- به موجب ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده، مجازات قانونی عمل ارتكابی مشمول بنده «ب» ماده ۸۴ قانون مجازات اسلامی بوده و حداقل مجازات خدمات عمومی ۲۷۰ ساعت خواهد بود. به این ترتیب در صورت شاغل بودن مرتکب (در متن دادنامه مشخص نشده است) دست کم ۶۷ روز و در صورت شاغل نبودن دست کم ۳۴ روز برای تکمیل خدمت عمومی زمان لازم است که زمان معین شده در دادنامه تطابق ندارد.^۱

در این خصوص مصاحبه شونده شماره ۱۰ بیان کرده است: «اعتقاد من این است که فرهنگش وارد سیستم قضایی ما نشده است. هرچند مردم پذیرای آن هستند... فرهنگ سازی درستی نشد، قضات ابتدا اصلاً بلد نبودند این رأی را چگونه صادر کنند؛ یعنی یکی از مشکلات عمده این بود که نمونه رأی نداشتند، البته بعداً یک سری نمونه رأی ارسال شد. آیین نامه ای که تصویب شد هم به نظر خیلی کارساز نبود. کلاس های آموزشی که باید برگزار می شد، نبود یعنی همان فرهنگ سازی که یک قسمت اسناد قانونی است که باید آماده بشود و مقام قضایی بداند اختیاراتش، چهارچوب وظایفش چیست و نهادهای پذیرنده این خدمات را شناسایی کند و بتواند رأی را صادر کند و حکم را اجرا کند. یک بحث هم همان بحث های آموزشی است که قاضی فارغ از این اسناد، آموزش ببیند که چگونه رأی صادر کند، نهادهای تشویقی در نظر گرفته شود...».

نتیجه آنکه نبود آموزش کافی و مناسب از سوی دستگاه قضا و متعاقباً عدم تسلط کافی قضات با نهادهای نوین کیفری علاوه بر کاهش میزان صدور حکم به مجازات خدمات عمومی^۲ و دیگر

۱. در این رابطه اشاره به نظرات یکی از قضات در مصاحبه انجام شده در پژوهشگاه قوه قضاییه نیز می تواند روشن گر باشد: «...یک چیزی به وجود آمده است که قوانین ما خیلی فنی شده است؛ یعنی اگر می خواهید یک حکمی را تشخیص دهید، اولاً پرونده را باید بخوانید، موضوع را بفهمید، حکم هم تشخیص دهید، تطبیق بدهید، حالا به نتیجه رسیدید و می خواهید تصمیم بگیرید؛ سراغ قوانین کیفری می روید، انبوهی از قوانین کیفری جلوی شماست که درجات را باید تشخیص دهید، بیند آیا این مشمول آن قانون می شود؛ شرایط مختلف را باید بررسی کنید و بعد حکم صادر کنید. اگر تنوع وجود داشته باشد، نباید قوانین تا این میزان تکنیکال شود... این هشت درجه در کنار سایر شرایطی که برای هر کدام از نهادهای جرم شناختی پیش بینی شده است، باعث می شود انقدر کار سخت شود که در ارزیابی بیان کار مجازات های جایگزین می بینیم که یکی از عمده ترین دلایلی که قضات سراغ آن نمی روند این سختی صدور آرا است» (سلسله نشست های تدوین سند جامع اصول راهبردی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران، ۱۴۰۰: ۳۸).

۲. به عنوان مثال بر اساس داده های پژوهشی که در سال ۱۳۹۶ بر روی آرای صادره از دادگاه های کیفری (بدوی و

نهادهای اجتماعی نوین، منجر به صدور آرای است که با پیش‌شرط‌های این نهاد سازگار نبوده و در نتیجه امکان اثربخش بودن را ندارند.

۲-۳. حبس‌گرایی حاکم بر دستگاه قضا

توانایی و سپس تمایل مقامات قضایی اندیشه کیفری قانون‌گذاران را به سرانجام می‌رساند و در صورت نبود چنین تمایلی، صرف وجود قانونی متروک که نبودش آن‌چنان ملموس نباشد، نه در حکمت شارع است و نه شایسته قضات و نه مفید هیچ فایده‌ای. لذا با قبول این فرض منطقی که مقنن در هر نظام کیفری پس از بررسی همه‌جانبه کلیه جوانب مبادرت به وضع قوانین نموده، این نتیجه که قضات باید از این نهادها استفاده کاربردی کامل نمایند، منطقی‌ترین نتیجه ممکن است (پورقهرمانی و نگهدار، ۱۳۹۷: ۲۳۴). از منظر جامعه‌شناسی، دو مقوله تفکر حاکم بر دستگاه قضایی و نوع نگرش قضات می‌تواند در کاربست نهادهای کیفری نوین مؤثر باشد (ناظرزاده کرمانی، ۱۳۹۳: ۱۵۷). بروز آثار این دو مقوله را می‌توان از دو جنبه بر صدور مجازات خدمات عمومی رایگان مشاهده نمود. از یک سو به عقیده برخی قضات، نهادهایی از سنخ خدمات عمومی رایگان اساساً مجازات نبوده و با ویژگی سزادهی و اصلاحی کیفر هم‌خوانی ندارد؛ نتیجه آنکه این گروه تمایلی به استفاده از چنین ضمانت‌اجراهایی نیز نخواهند داشت (ناظرزاده کرمانی و امامی غفاری، ۱۳۹۳: ۱۷۱ و ۱۷۲).

چنین باوری در نظرات بیان‌شده از سوی برخی مصاحبه‌شوندگان به خوبی بازتاب یافته است. به‌عنوان مثال به باور مصاحبه‌شونده شماره ۴: «اگر شخصاً نظر من را بپرسند، خیلی / به چنین مجازات‌هایی / اعتقاد ندارم؛ چون به نظرم مجازات چنان باید اجرا شود که بعد از اجرا، اگر [مجرم] به فکرش هم افتاد، هیمنه آن [مجازات] از تکرار منصرفش کند». به عقیده یکی دیگر از مصاحبه‌شوندگان (شماره ۹) نیز «به‌طور کلی این قوانین مشکلات را افزایش داده است. هدف از مجازات بازدارندگی است، در این قوانین بازدارندگی نمی‌بینیم... قوانین فعلی بزه‌پرور یا بزه‌کار پرور

تجدیدنظر) استان تهران (۱۳۹۳-۱۳۹۶) صورت گرفته است، از میان ۲۰۰ رأی صادره (در محدوده جرایم مشمول مجازات‌های جایگزین) تنها ۶ مورد خدمات عمومی رایگان در نظر گرفته شده است (خاکساری و غلامی، ۱۳۹۸: ۲۶).

همچنین بنا بر گفته یکی از شرکت‌کنندگان در کارگروه تشکیل‌شده توسط معاونت اجتماعی و پیشگیری از جرم قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۹۷/۲/۲۵ متشکل از ۱۸ نفر از قضات دادگاه‌های کیفری که حکم به مجازات خدمات عمومی صادر کرده بودند، تعداد آرای مجازات خدمات عمومی رایگان در شهر تهران در سال ۱۳۹۵ و ۱۳۹۶، صفر بوده و در شهرستان‌های تهران نیز در هر دو سال تنها ۴ رأی وجود داشته است.

است؛ یعنی بزه را تشویق می‌کند».

از سویی دیگر گروهی از قضات با وجود آگاهی از یافته‌های جرم‌شناسانه و کیفرشناسانه درخصوص مزایای نهادهای کیفری نوین و نیز هزینه‌های زندان و تمایل به استفاده از ضمانت‌اجراهای کیفری اجتماع‌محور، به دلیل بازخوردهای رسمی و غیررسمی درون‌سازمانی، از گام برداشتن در این حیطه خودداری نموده و یا در کمترین سطح ممکن از چنین ابزاری استفاده می‌نمایند (محسنی و رحیمیان، ۱۳۹۶: ۷۰ و ۷۱).

چنینی امری از داده‌های گردآوری‌شده نیز قابل‌برداشت است. مصاحبه‌شونده شماره ۳ تأثیر دیدگاه سایر مقامات مناصب قضایی به‌خصوص احتمال نقض رأی از سوی دادگاه‌های تجدیدنظر را چنین بیاد کرد: «به نظر من حالا که قانون‌گذار [این نهادها را] در نظر گرفته است، قضات باید از این نهادها استفاده کننده، اما بعضی از قضات ما به‌خصوص قضات تجدیدنظر ذهنشان با قانون قدیم شکل گرفته است. خیلی از این قضات با نهادهای جدیدی که در قانون آیین دادرسی و قانون مجازات جدید پیش‌بینی شده است، مخالف هستند.»^۱

اهمیت نوع نگرش و رویکرد دیگر مناصب قضایی را می‌توان با دقت در ماده ۷ دستورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها^۲ (مصوب ۱۳۹۸/۰۵/۳۱) به‌نحو آشکارتری

۱. این نتایج در پژوهشی دیگر که با روش گروه تمرکزی انجام شده است نیز قابل مشاهده بوده است. در این پژوهش به عقیده یکی از مصاحبه‌شوندگان «اگر بیاید به سمت جایگزین‌ها، گفته می‌شود ملایم است و قاضی ملایم در بعضی موارد به درد دستگاه قضایی نمی‌خورد». همچنین به نظر مصاحبه‌شونده‌ای دیگر: «قاضی وقتی می‌خواهد رأی بدهد، تبعاتش را در نظر می‌گیرد. متأسفانه سیستم‌های نظارتی ما به اینگونه برداشت می‌کنند که این قاضی عمداً به سمت یکسری از گرایش‌ها می‌رود...» (محمدکوره‌پز و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۳۰).

۲. ماده ۷: «در اجرای قوانین و مقررات راجع به حبس‌زدایی و استفاده از تأسیسات حقوقی مفید از قبیل تعویق صدور حکم، تخفیف مجازات و معافیت از آن، نظام نیمه آزادی و مجازات‌های جایگزین حبس لازم است: الف - قضات محاکم از صدور حکم به مجازات حبس در مورد افراد واجد شرایط مجازات‌های جایگزین حبس اجتناب نمایند؛

ب - رؤسای کل دادگستری استان‌ها و دادستان‌ها مراقبت نمایند تا با استفاده از ظرفیت‌های قانونی در خصوص قرارهای تأمین کیفری و مجازات جایگزین حبس، تا حد امکان از ورود افراد کمتر از هجده سال سن، افراد فاقد پیشینه کیفری و زنان به زندان جلوگیری شود؛

پ - محاکم تجدیدنظر در رسیدگی به اعتراض نسبت به احکام مشتمل بر مجازات حبس، سیاست‌های تقنینی دایر به حبس‌زدایی را مورد توجه قرار دهند.

مشاهده کرد. به موجب این ماده، حرکت دستگاه قضا در مسیر سیاست‌های تقنینی دایر بر حبس‌زدایی با نظارت و هدایت رؤسای دادگستری، دادستان‌ها و قضات تجدیدنظر قابلیت تحقق دارد. اگر قضات نگرش مثبتی به پاسخ‌های کیفری اجتماع‌محور نداشته باشند، نه تنها در راستای هدف فوق مؤثر نخواهند بود، بلکه می‌توانند نوعی مانع نیز محسوب شوند.

مصاحبه‌شونده شماره ۱ نیز در کنار مؤثر دانستن عوامل متعدد بر تصمیم‌گیری قضایی از جمله تحصیلات و بسترهای فرهنگی، بیان نمود: «بسیاری از افرادی که جایگزین حبس نمی‌دهند، به این دلیل هست که در واحد اجرای احکام مشغول نبوده و با شرایط زندان آشنایی ندارند. این ممکن است باعث شود فرد خیلی سزاگرا بشود... به همین دلیل یکی از دلایلی که بعضی قضات جایگزین حبس نمی‌دهند این است که اصلاً زندان را ندیده‌اند، موقعیت زندان را نمی‌دانند، نمی‌دانند چه اتفاقاتی در زندان می‌افتد. که اگر مطلع بودند شاید نوع احکام‌شان خیلی متفاوت بود.»

نظرات بیان‌شده را می‌توان بدین شکل چهارچوب‌بندی نمود که حبس‌گرایی به‌عنوان یکی از الگوهای تصمیم‌گیری حاکم بر دستگاه قضا، مانعی با تأثیر زیاد در مقابل صدور مجازات خدمات عمومی و پاسخ‌های کیفری مشابه خواهد بود. براینکه این نظرات حاکی از آن است که سیاست حبس‌زدایی که مسئولین دستگاه قضایی در اشکال مختلف، بارها آن را مورد تأکید قرار داده‌اند، در میدان عمل، با ضعفی آشکار مواجه است. گویی برای سیاست‌گذاران نظام قضایی، حبس‌زدایی در حد نظری مطلوب است و عملیاتی کردن آن، جذابیت چندانی ندارد (پورمحمی‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۷: ۴۵).

حبس‌گرایی به‌عنوان الگوی درونی بر نگرش بسیاری از قضات حاکم بوده و سبب می‌شود، این افراد به سودمند بودن ضمانت‌اجراهای کیفری نوین باور نداشته و در آرای خود از آن‌ها استفاده نکنند. همچنین حبس‌گرایی به‌عنوان الگوی بیرونی تصمیم‌گیری قضایی، باعث می‌شود قضاتی که به سودمند بودن نهادهایی مانند خدمات عمومی باور دارند، با اعتقاد به چیرگی رویکرد تنبیهی - کیفری بر دستگاه قضا (ناظرزاده کرمانی و امامی غفاری، ۱۳۹۳: ۱۷۴) بازخورد (رسمی و غیر رسمی) همکاران خود را سنجیده و متأثر از معیارهای رویه‌ای، تمایل خود برای صدور حکم محکومیت به

تبصره - رؤسای کل دادگستری استان‌ها ضمن نظارت بر نحوه بکارگیری ظرفیت‌های قانونی در راستای حبس‌زدایی توسط قضات و ارائه آموزش‌های لازم در این زمینه به آنان، برنامه‌ریزی نمایند تا حداقل پانزده درصد آرای صادره از محاکم کیفری متضمن مجازات جایگزین حبس باشد.»

چنین مجازات‌هایی را از دست بدهند.^{۱ و ۲}

۳-۳. مدیریت گرایي حاکم بر دستگاه قضا

نظام عدالت کیفری ایران در مواجهه با بحران ناشی از تورّم کیفری که به عنوان یکی از آسیب‌های نظام کیفری شناخته شده است (نوبهار، ۱۳۹۰: ۹۲)، در وهله نخست راهی جز اولویت‌بخشی به ارزش‌هایی نظیر سرعت، مدیریت منابع محدود و افزایش بهره‌وری، فراروی خود ندیده‌اند. این امر دستگاه مذکور را به‌سوی مدیریت گرایي کیفری سوق داده است که عبارت است از افزایش کارایی و کاهش هزینه‌های رسیدگی کیفری (قاسمی کهریزسنگی و فرجیها، ۱۳۹۴: ۴۱). در این معنا، تأکید بر افزایش خروجی، مختومه‌محوری و آمارگرایی که بارزترین نمادهایی کارایی‌اند، از نتایج جدایی‌ناپذیر مدیریت گرایي خواهند بود و منظور از آمارگرایی یا کمیت‌گرایی قضایی، سنجش عملکرد قضات بر اساس معیارهای کمی و کم‌توجهی یا بی‌توجهی به معارهای کیفی است.

این پدیده که بارها از سوی سران دستگاه قضا بر لزوم دوری از آن تأکید شده است،^۳ همواره از طریق سیاست‌هایی مانند تأکید بر جلوگیری از اطاله دادرسی و کاهش سرعت رسیدگی، کاهش میزان پرونده موجود، تعیین حداقل پرونده مختومه برای شعب در هر ماه و پرداخت مبالغی به ازای مختومه نمودن هر پرونده مازاد بر حداقل یا کاهش میانگین پرونده موجود در شعبه نسبت به سال قبل و همچنین لحاظ شدن امتیازی منفی در صورت تأمین ننمودن میزان تعیین‌شده،^۴ موجب تقویت

۱. در ارتباط با الگوهای تصمیم‌گیری قضایی، مراجعه کنید به: منصورآبادی و یاوری و شیدائیان و رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۶.
۲. در نظام‌های حقوقی مختلف عواملی به عنوان موانع مجازات‌های اجتماع‌محور در نظر گرفته شده‌اند که ابتدائی‌ترین و رایج‌ترین آن‌ها را می‌توان برداشت عمومی و رسانه‌ای از این نوع پاسخ‌های کیفری دانست که عموماً اهداف مجازات را (در پایین‌ترین سطح) از طریق حبس قابل برآورده شدن می‌دانند (Worrall & Hoy, 2005: 11). مطالعات گوناگون مؤید اثرگذاری این متغیر بر تصمیمات قضات است، با این‌وجود به دلیل عدم ارتباط مستقیم این عامل با دستگاه قضا، در این مقاله به آن پرداخته نشده است.

۳. به عنوان مثال می‌توان به سخنان رئیس قوه قضائیه در دیدار قضات و کارکنان دستگاه قضائی استان قم در مرکز آموزش قوه قضائیه قم (۱۳۹۸/۳/۸) اشاره نمود که بیان داشت: «آمار و ارقام مهم است ولی نباید به تنهایی در ارزیابی مورد توجه قرار بگیرد و نباید به آفت آمارگرایی دچار شویم؛ در عدلیه نباید کیفیت فدای کمیت و آمار شود و باید بهره‌وری حقیقی مورد توجه قرار گیرد.»

<https://www.donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-3531164>

۴. از جمله می‌توان به «دستورالعمل پرداخت فوق‌العاده بهره‌وری قضات و اضافه‌کار کارمندان حوزه‌هایی قضایی» مصوب ۱۳۹۶/۳/۱۰ توسط رئیس وقت قوه قضائیه اشاره نمود که در بندهای الف، ب و پ ماده ۲ آن، از جمله عوامل مؤثر در سنجش و محاسبه فوق‌العاده بهره‌وری کلیه قضات و کارمندان دادسراها، دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر سراسر

آمارگرایی بوده است.

در ارتباط با مجازات خدمات عمومی رایگان داده‌های حاصل از مصاحبه‌های انجام‌گرفته حاکی از تأثیرگذاری مستقیم آمارگرایی بر این مجازات است.^۱

این امر از سوی شرکت‌کننده شماره ۵ در گروه تمرکزی چنین مطرح شد: «خدمات عمومی رایگان موضوع جدید هست که رویه شده که قضات حکم به حبس بدهند یا جزای نقدی. خدمات عمومی رایگان موضوع جدیدی هست. با توجه به اینکه پرونده‌ها هم زیاد هست، یک همکاری باید تأمل بکند، فکر کند چه خدمتی ارائه بدهد که این امر یک مانعی هست. به عبارتی فرصت کافی برای همکاران در این خصوص ایجاد نشده است».

شرکت‌کنندگان ۲ و ۱۰ نیز بر این مطلب به بیان زیر صحنه گذاشتند:

«واقعاً کسی که به عنوان قاضی دادگاه می‌خواهد به جایگزین حبس حکم کند هم باید نوآوری و ابداع خاصی داشته و هم باید وقت قابل توجهی داشته باشد. شما برای یک جرم ساده مثل رانندگی بدون گواهی‌نامه، باید یک رأی صادر کنید. قضاتی که جایگزین صادر می‌کنند، وقتی که می‌گذارند در نظر بگیرد و قضاتی که جزای نقدی یا حبس صادر می‌کنند. من فکر می‌کنم ظرف ۵ دقیقه یک پرونده این‌چنینی جمع خواهد شد. در جایگزین این‌گونه نخواهد بود، چون برای این رأی باید فکر باشد، باید بحث سنخیت و شخصیت رعایت شود، اگر می‌خواهید کار اصولی انجام بدهید».

«...قضات ما درگیر پرونده‌هایی هستند که هر روز به تعداد آن‌ها افزوده می‌شود. اشاره فرمودند پرونده‌ای را که با ۵ دقیقه می‌توانند روشن بکنند و نیازی به گرفتن رضایت شاکی نیست، صرفه ندارد برای قاضی که بخواد آخر ماه عملکرد اداری بدهد. یک موضوعی که باید در این حوزه قرار بگیرد اینکه... چند تا پرونده مختومه داشته‌ای و چند پرونده جایگزین حبس».

این موضوع در مصاحبه‌های انجام‌شده نیز مورد اشاره بوده است. به بیان یکی از مصاحبه‌شوندگان (شماره ۷): «مجازات‌های مثل خدمات عمومی رایگان نیازمند صرف زمان زیادی هست. قاضی باید جنبه‌های مختلفی را برای رأی متناسب در نظر بگیرد و به‌علاوه باید با یک نهاد

کشور، میزان مختومه نمودن پرونده‌های شعب، نگه داشتن سطح و کاهش موجودی شعبه به منظور جلوگیری از افزایش آمار پرونده‌های مانده و کاهش زمان رسیدگی در نظر گرفته شده است. به عنوان مثال به موجب ردیف ۱۴ از جدول شماره ۱ این دستورالعمل، نصاب پرونده برای دادگاه کیفری دو [یک قاضی، یک مدیر دفتر و دو کارمند]، مختومه نمودن حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۰۰ پرونده است و در صورتی که پرونده مربوط به سال جاری یا سال ماقبل باشد به ازای هر پرونده مازاد بر حداقل، صد هزار ریال به افراد مشغول در شعبه پرداخت خواهد شد.

۱. در این زمینه می‌توان به داده‌های این پژوهش نیز مراجعه نمود: محمدیان پهنوار، ۱۳۹۶.

پذیرنده هماهنگ کند. وقتی قضات ما درگیر پرونده‌هایی هستند که هر روز به تعداد آن‌ها افزوده می‌شود، نمی‌توان انتظار داشت به‌جای چند دقیقه، چند ساعت وقت صرف کنند و یک رأی خدمات عمومی رایگان بدهند».

یکی دیگر از مصاحبه‌شوندگان (شماره ۶) که اتفاقاً خود از قضات صادرکننده چنین آرای بوده است، بیان داشت که: «...به‌دلیل طولانی شدن روند اجرای حکم و سیاست آمارگرایی، قطعاً قضات اجرای احکام از اجرای چنین احکامی خشنود نمی‌شوند؛ چراکه پرونده مدت مدیدی در شعبه اجرا جهت اجرای حکم مفتوح می‌باشد».

آنچه در ارتباط با نظر فوق جلب توجه می‌کند آن است که آمارگرایی حاکم بر مرحله اجرا، مورد توجه قضات صادرکننده نیز قرار داشته و بر نحوه تصمیم‌گیری آن‌ها تأثیرگذار است.

همچنین مصاحبه‌شونده شماره ۵ با اشاره به طولانی بودن زمان انشای چنین آرای به‌نحو دیگر چالش آمارگرایی را مورد اشاره قرار می‌دهد: «یکی از دلایلی که قضات محترم دادگاه‌ها به اصدار چنین آرای رغبت ندارند طولانی شدن رأی و زمان نوشتن آن می‌باشد. از طرفی اجرای بعضی آراء علی‌رغم استقبال محکومین، مانند درخت‌کاری مستلزم فرا رسیدن زمان خاصی می‌باشد (اسفند ماه) در حالی که این رأی مثلاً در تیر ماه صادر شده و این مطلب می‌تواند از چالش‌های اجرا نیز باشد و شخص بنده بیشتر از مجازات نقدی به‌عنوان جایگزین حبس استفاده می‌نمایم».

سرانجام به نظر یکی از قضات اجرای احکام (شماره ۱۲) می‌توان اشاره نمود که آمارگرایی را هم در مرحله صدور و هم اجرا تأثیرگذار دانسته است. به عقیده او: «به‌طور کلی دادگاه‌ها حدود نود و نه درصد مجازات‌های جایگزین حبس را جزای نقدی حکم می‌کنند... یکی از دلایل زمانی هست که از قاضی می‌گیرد برای تعیینش. ما هم نمی‌توانیم بگوییم از اصدار چنین آرای خوشحال می‌شویم... این پرونده‌ها در طول فرایند اجرا از آمار شعبه کسر نمی‌شوند؛ یعنی اگر چند قاضی بخواهند هر کدام در ماه فقط ده مورد مجازات از این نوع / خدمات عمومی رایگان و مشابه / بدهند یک بحرانی ایجاد می‌شود. اصلاً باید یک شعبه مستقل برایش ایجاد کنند».

۱. این مصاحبه در آبان ماه ۱۳۹۸ انجام شده که از زمان تصدی مصاحبه‌شونده به عنوان قاضی اجرای احکام هفت ماه می‌گذشته است. در این بازه زمانی تنها ۳ رأی در چارچوب خدمات عمومی صادر شده بوده است که هیچ کدام از آن‌ها خدمات عمومی رایگان به عنوان جایگزین حبس نبوده است؛ با این حال با توجه به اینکه برای قضات اجرای احکام، تفاوتی در اجرای خدمات عمومی به عنوان مجازات اصلی، تکمیلی یا جایگزین وجود ندارد، نظرات ایشان نیز مورد توجه قرار گرفت.

بنابراین می‌توان چنین برداشت کرد که مدیریت‌گرایی و به تعبیری آمارگرایی حاکم بر نظام ارزیابی دستگاه قضا، از عمده‌ترین چالش‌های پیش روی قضات جهت کاربست نهادهای نوین است. این چالش را می‌توان در دو سطح صدور حکم و اجرای آن شناسایی کرد.

قضات صادرکننده حتی در صورتی که به مفید و مؤثر بودن این واکنش کیفری باور داشته باشند، از یک‌سو با توجه به نرخ بالای پرونده‌های ورودی و ارزیابی کمی از عملکردشان، فرصت و احتمالاً انگیزه کافی برای چنین احکامی ندارند؛ زیرا تعیین خدمت عمومی رایگان با توجه به ضرورت لحاظ نمودن عوامل گوناگون از جمله حرفه و تخصص احتمالی بزهکار، جرم ارتكابی، شرایط شغلی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و نیز هماهنگی با نهادهای پذیرنده، نیازمند صرف زمان قابل توجهی خواهد بود (محمدیان پهنوار، ۱۳۹۶: ۱۵۰). از سوی دیگر قضات صادرکننده با آگاهی از مشکلات حاکم بر مرحله اجرا که از مهم‌ترین آن‌ها عدم کسر پرونده از آمار شعبه در طی فرایند طولانی اجرای مجازات است، از صدور مجازات خدمات عمومی خودداری می‌نمایند. بدین ترتیب قضات صادرکننده با آگاهی از اثرگذاری مشکل آمارگرایی بر عملکرد قضات اجرای احکام، تلاش می‌کنند که در مرحله صدور حکم به گونه‌ای عمل نمایند تا باری دوجندان را بر دوش همکاران خود تحمیل نکنند.

در این خصوص هرچند در نگاه نخست می‌توان فراهم نبودن بسترهای لازم را عامل ایجاد چنین چالشی معرفی نمود، اما در نگاهی کلان‌تر باید از هدف‌گذاری نامتناسب از سوی سیاست‌گذاران قضایی از جمله قانون‌گذار صحبت به میان آورد. بدین بیان که قانون‌گذار در راستای سیاست‌های کلان قضایی و به منظور کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها به استفاده از ابزاری نوین در قالب مجازات‌های حبس، متوسل شده است. با این حال دست‌کم مجازات خدمات عمومی رایگان به‌عنوان مجازاتی مستقل که هدف و ماهیت اصلی آن بازاجتماعی نمودن مرتکب بوده و کاهش جمعیت زندان می‌تواند از نتایج جانبی آن باشد، تنها در صورتی (به شکلی درست و مؤثر) به اجرا در خواهد آمد که دستگاه قضا به دور از اندیشه‌های مدیریت‌گرایی و با فرصت و امکانات کافی به سراغ این پاسخ کیفری برود؛ در غیر این صورت باید انتظار ایجاد چرخه‌ای معیوب را داشت؛ آن‌چنان‌که نظرات بیان‌شده را می‌توان مؤید تحقق این امر در دستگاه قضای ایران دانست.

۳-۴. کامل نبودن زیرساخت‌های ابزاری

فراهم نبودن بسترهای فرهنگی و آموزشی و نیز رویکردهای نادرست جهت حل مشکلات دستگاه قضا به‌ویژه در ارتباط با مجازات‌های نوین که اقتضانات خاص خود را دارد، از چالش‌های ریشه‌ای اجرایی نشدن چنین ضمانت‌اجراهایی خواهد بود (پولادمست سرابی‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۰۱ و

۱۰۲). با این حال در صورت تصمیم به استفاده بیشینه از توان پاسخ‌های کیفری نوین، امکاناتی از جنس مادی و ابزاری نیز مورد نیاز است که صرفاً با پرداخت هزینه و عموماً در بازه زمانی کوتاه قابل دسترسی است.

در این ارتباط نیز داده‌های مصاحبه‌های انجام گرفته بیان‌گر این مطلب است که اعتقاد قضات به فراهم نبودن این‌گونه از بسترها (با وجود باور به مفید بودن مجازات خدمات عمومی رایگان در ماهیت خود) مانعی در صدور چنین آرای به حساب خواهد آمد که جهت نگاهی جزئی‌تر، داده‌های مورد نظر طی دو عنوان بیان می‌گردند.

۱-۴-۳. کامل نبودن زیرساخت‌های ابزاری صدور حکم

آشکار است که به منظور ترغیب قضات به استفاده از نهادهای نوین کیفری، فراهم نمودن ابزارهای لازم جهت حکم به چنین نهادهایی نیز ضروری است (زینالی، ۱۳۸۴: ۳۴). با این حال تعدادی از مصاحبه‌شوندگان به این نکته اشاره نموده‌اند که در هنگام صدور رأی امکان بررسی مواردی که در صدر ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است و احراز آن‌ها جهت صدور تعیین مجازاتی متناسب و مؤثر ضروری است،^۱ امکان‌پذیر نمی‌باشد.^۲ به عنوان نمونه، به عقیده مصاحبه‌شونده شماره ۱ «...ما تعاملی با هیچ جایی نداریم. در خیلی از پرونده‌ها هیچ مشاوره نداریم که ما را راهنمایی کند. من قصد دارم خدمات عمومی بدهم اما می‌خواهم این خدمات عمومی با شخصیت و جرم و وضعیت خانوادگی مجرم همانگ باشد. این را چجوری تشخیص بدهم؟ پرونده شخصیتی که تشکیل نمی‌شود. کسی هم نیست ازش پرسیم. جایی هم نیست به آن مراجعه کنیم... یکسری خصوصیات باید باشد که جلوی چشم من باشد تا همه آن‌ها را با هم تطبیق بدهم. هم متهم را بشناسم، ویژگی‌های شخصیتی، خانوادگی اجتماعی‌اش را بلد باشم و هم رأی را با این موارد تطبیق بدهم و بر اساس این‌ها مجازات خدمات عمومی تعیین کنم. در حالی که همچنین چیزی اصلاً وجود ندارد.»

مصاحبه‌شونده شماره ۱۰ نیز به چنین امری اشاره داشته است: «و یک معضلی که به نظرم این نهاد به آن دچار است تناسب نداشتن است. یعنی هیچ سنخیت و تناسبی بین جرم و شخصیت مرتکب با خدمات عمومی که تعیین شده وجود ندارد. فهم درستی از این موضوع وجود ندارد که

۱. مشخصاً «ملاحظه ... مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم».

۲. تبصره ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی: «دادگاه در ضمن حکم، به سنخیت و تناسب مجازات مورد حکم و شرایط و کیفیات مقرر در ماده تصریح می‌کند.»

باعث می‌شود رأی‌هایی صادر شود که مجرم را عملاً محکوم کرده است به جزای نقدی، فقط به جای اینکه جزا نقدی برود در جیب دولت، قاضی تعیین کرده است که پول را در فلان جا خرج کن. یعنی قاضی خودش را گذاشته است جای قانون‌گذار و... که جای اینکه پول را واریز کنی و بعد مثلاً بیاد در کمیته امتداد خارج شود همین الان این با این پول فلان چیز را بخر و بده به نهاد پذیرنده که/چنین تصمیم و حکمی/ کاملاً غلط است. یک دلیل چنین اتفاقی آموزش است و دلیل دیگر آن کم بودن اطلاعات قاضی از مجرم است. اگر چیزی مثل پرونده شخصیت، نه الزاماً همان پرونده شخصیت، وجود داشت که یک رصد کلی از مجرم وجود داشت و می‌شد تشخیص داد یک خدمت در زندگی یک مرتکب خلل جدی ایجاد نمی‌کند و متناسب بشود از ظرفیت این فرد استفاده کرد، همچنین داده‌هایی در اختیار قاضی قرار نمی‌گیرد.»

همین فرد درخصوص در دسترس نداشتن سوابق فرد به‌طور کامل و به‌نحوی که بتواند در تصمیمات اثرگذار باشد بیان کرده است: «در سیستم کیفری ما سبج کیفری به آن معنا وجود ندارد. یعنی اگر بخواهیم بفهمیم فرد سابقه دارد یا نه دو راه وجود دارد. یک؛ کلاسه انگشت‌نگاری در پلیس آگاهی که اون الزاماً سبج کیفری نیست؛ چون ممکن هست فرد دستگیر شده باشد، انگشت‌نگاری شده و بعداً تبرئه شده است، اما این سابقه در آن جا مانده است. این روش اطلاعات دقیقی نشان نمی‌دهد. مثلاً به اتهام سرقت دستگیر شده و محکوم هم شده است، اما بعد چه شده است؟ برای سرقت چقدر محکوم شده؟ چه چیزی سرقت کرده؟ چند شاکی داشته؟ چند فقره سرقت داشته؟ آیا رد مال انجام داده؟ آیا مشمول تعلیق شده؟ دو؛ یک راه این است که سابقه را از سیستم سمپ به دست بیاوریم. که اون هم درست نیست، چون فقط به شما نشان می‌دهد این فرد چندتا پرونده داشته است. اینکه این پرونده‌ها چه نتیجه‌ای داشته، چطور مختومه شدن؟ رأی‌های آن چه بوده؟ محتوای آن چه بوده؟ هیچ‌کدام مشخص نمی‌شود.»

مصاحبه‌شونده شماره ۸ نیز به موضوع سبج کیفری اشاره کرده و بیان داشت: «عملاً سبج کیفری در معنای دقیق و مورد نظر قانون نداریم. ما تنها اگر پرونده در همین حوزه قضایی صادر شده و وارد اجرای احکام شده باشد به‌صورت کامل مطلع می‌شویم... در اینجا سبج کیفری به معنای خاص نداریم. وقتی شخص معرفی می‌شود زندان وضعیتش را از سیستم پانید می‌گیریم که برخی از سوابق اخیرش ممکن هست موجود باشد ممکن هست نباشد. ممکن هست یک فرد ده‌ها پرونده داشته باشد، اما برای هیچ کدام زندان نرفته باشد. تا زمانی که از طرف آن‌ها اعلام نشود (سازمان زندان‌ها) در سیستم پانید نشان داده نمی‌شود. فارغ از اینکه پانید خودش خیلی خطا دارد. برای بعضی از محکومین در دسترس نیست یا درست نشان نمی‌دهد... الان رویه به این شکل است که

در دادسرا سؤال می‌پرسند که آیا سابقه داری یا خیر؟ که افراد هم معمولاً می‌گویند خیر. یعنی به حرف متهم اکتفا می‌شود.»

این مشکل از زبان یکی از مصاحبه‌شوندگان که در واحد اجرای احکام مشغول بوده است اما تا به حال تجربه اجرای خدمات عمومی را نداشته است (نمونه شماره ۱۳)، به شکل دیگر بیان شد: «خیلی وقت‌ها فرد محکوم می‌شود به جزای نقدی همان روز هم پرداخت می‌کند. یا به حبس محکوم می‌شود اما با کفالت آزاد بوده است. حتی ممکن است فرد به حبس هم محکوم شده باشد و در واحد اجرای احکام همان حوزه ثبت شده باشد، اما من اینجا اطلاعی ندارم. مثلاً در شهرستان... مرتکب جرم شده به پنج سال حبس و در سیستم همان جا ثبت هست و در هیچ جای دیگه ثبت نکردن. اینجا من از کجا می‌فهمم؟»^۱

دیدگاه‌های مطرح‌شده از این امر حکایت دارد که به باور مقام قضایی درگیر در این فرایند، خدمات عمومی رایگان ضمانت‌اجرایی است که هدف نخستین آن بازاجتماعی نمودن مرتکب از طریق تعیین مجازات متناسب و نیز نظارت دقیق بر اجرای صحیح آن است؛ و از همین روی دسترسی به سابقه کیفری مرتکب و نیز پرونده شخصیت او، بسیار حیاتی است.

اکنون که دستگاه قضا به دلایل مختلف نتوانسته است این ابزارهای ضروری را تأمین نماید، حتی قضات صادرکننده چنین احکامی نیز در حصول نتیجه دلخواه دچار تردید هستند.

۳-۴-۲. فراهم نبودن زیرساخت‌های ابزاری اجرا و نظارت

می‌توان انتظار داشت که قضات صادرکننده تنها به مرحله صدور چشم نداشته و کمبود امکانات در مرحله اجرا نیز از عوامل تأثیرگذار بر تصمیمات آن‌ها است. همان طور که حضور عواملی مانند مددکاران اجتماعی در فرایند اجرای حکم نهادهایی مشابه و اثرگذاری آن‌ها بر صدور حکم از سوی دادرسان پیش‌تر نیز مورد توجه و اشاره پژوهش‌گران حقوق کیفری بوده است (پورقهرمانی و نگهدار، ۱۳۹۷: ۲۵۱).

این امر در گفته‌های مصاحبه‌شونده شماره ۷ به خوبی مشهود است که بیان داشت: «...مانع بعدی که می‌شود به آن فکر کرد این است که بر فرض من رأی را صادر کردم، رفت اجرای احکام،

۱. این قاضی با توجه به تجربه‌ی کار در واحد اجرای احکام برای حل این مشکل بیان داشت: «بنده چون قبلاً اجرای احکام کار کرده بودم جلوی این مشکلات را گرفته بودم. اجرای احکام اجبار کرده بودم محکوم به آگاهی فرستاده شود و انگشت‌نگاری شود و حکم تعلیقی یا جایگزین ما را در سامانه آگاهی ثبت کنند. در سامانه سازمان زندان‌ها هم ثبت کنند. در اداره سجل کیفری تهران هم ثبت کنند که این سابقه بماند. در غیر اینصورت محکومیت افرادی که مثلاً فقط در اجرای احکام ثبت شده باشد، کسی [خارج از آن دادگستری] متوجه نمی‌شود.»

اجرای احکام نیز دقیقاً با همین مشکلاتی که گفتیم (برای مرحله صدور) مواجه هست. چجوری اجرا کند؟ (عدم آشنایی)، با کجا مکاتبه کند؟ چه کسی پیگیر کار شود؟»

به عقیده مصاحبه‌شونده‌ای دیگر، به عنوان یکی از قضات مجری حکم نیز «...حقیقتاً نمی‌توانم بگویم ما خوشحال می‌شویم از اینکه قضات خدمات عمومی رایگان بدهند. اجرا کردنش به مراتب از سایر احکام سخت‌تر هست؛ یعنی سخت‌ترین نوع مجازات است. هم قانون آیین دادرسی کیفری هم قانون مجازات اسلامی بیان می‌کنند قاضی اجرای احکام به تعداد کافی مددکار اجتماعی در اختیار دارد.^۱ بعد دستورالعمل ساماندهی اجرای احکام کیفری می‌گوید قاضی اجرا، پلیس ویژه اجرای احکام کیفری در اختیار دارید^۲ که نظارت انجام بدهد. عملاً الان همان کلاتری هست؛ بعد شما معرفی می‌کنید برای یک خدمت خاص ولی چه کسی می‌رود نظارت کند؟»

مصاحبه‌شونده شماره ۱۲ نیز با دیدگاه مشابه معتقد بود: «نه تنها در این مجازات بلکه در خیلی از موارد دیگر هم این اشکال وجود دارد؛ یعنی نبود پلیس اجرای احکام کیفری، نبود مددکار اجتماعی. مثلاً شما به زندانی مرخصی می‌دید نمی‌توانید بررسی کنید که این فرد بیرون [از زندان] دارد چکار می‌کند؟... هیچ کسی هم نیست که من بفرستمش [برای نظارت]، کارمندان هم فرصت کافی ندارند که بفرستمشان بروند تحقیق کنند.»

از چنین نظراتی به روشنی می‌توان دریافت که حتی قضات صادرکننده نیز اثربخش بودن مجازات‌های اجتماع‌محور را محدود به مرحله تقنین و صدور حکم نمی‌دانند؛ بلکه کمیت و کیفیت ابزارهای لازم جهت اجرای چنین احکامی بر تصمیم‌گیری آن‌ها تأثیرگذار خواهد بود (اسدی، ۱۳۹۶: ۶۷). به عبارتی قضات در صورتی که شرایط اجرای احکام صادرشده توسط خود را فراهم نیابند، میل به استفاده از آن ضمانت اجرا را از دست خواهند داد؛ زیرا همان طور که اشاره شد به عقیده این افراد هدف نخستین و اساسی ابزاری مانند خدمات عمومی رایگان، بازاجتماعی نمودن مرتکب است.

همان طور که از بیان مقامات و نیز اسناد خُرد و کلان قضایی مرتبط برمی‌آید، نگرش اصلی

۱. ماده ۷۷ قانون مجازات اسلامی: «... قاضی مذکور (اجرای احکام) به تعداد لازم مددکار اجتماعی و مأمور مراقبت در اختیار دارد.»

۲. ماده ۱۸ «دستورالعمل ساماندهی واحدهای اجرای احکام کیفری»، مصوب ۱۳۹۱/۰۳/۰۶: «جهت تسریع در ابلاغ اوراق قضایی و اجرای سریع احکام به تعداد لازم کارمند و مأمور انتظامی آموزش دیده (پلیس ویژه اجرای احکام و ابلاغ) در محل دادرسی مستقر تا تحت نظارت و تعلیمات دادستان نسبت به انجام امور محوله اقدام نمایند.»

تصمیم‌سازان قضایی به ضمانت اجرای کیفری نوین، ارائه روش‌های متعدد جهت کاهش ورودی زندان‌ها و ارائه راهکارهایی کوتاه مدت جهت مقابله با معضلات ناشی از تورم جمعیت زندان بوده است. در حالی که هر یک از این دو دیدگاه، اقتضانات مختص به خود را می‌طلبد و در رویکرد نخست (کیفرهای اجتماع‌محور به مثابه ابزار بازاجتماعی کردن مرتکب)، فراهم بودن زیرساخت‌های فرهنگی - آموزشی، ابزاری و اقتصادی (مقدم بر اجرایی شدن قانون) گریزناپذیر خواهند بود.^۱

بدین ترتیب در صورت فراهم نبودن چنین پیش‌شرط‌هایی به طرز کاملاً طبیعی نرخ استفاده قضات، از چنین ابزاری کاهش خواهد یافت؛ زیرا به عقیده این افراد در صورت اجرا نشدن مناسب چنین احکامی، در دراز مدت نه تنها آثار اجتماعی مخربی به همراه خواهد داشت، بلکه به کاهش جمعیت زندان نیز منجر نخواهد شد.^۲

نتیجه

با افزایش جمعیت کیفری زندان و مواجهه با چالش «تورم جمعیت زندان» یا «ازدحام در زندان»

۱. نقصان در بسترهای مطرح‌شده را می‌توان از چالش‌های کاربست دیگر نهادها و تأسیسات نوین حقوقی دیگری که نیاز به نظارت و تعامل دستگاه قضا با نهادهای اجرایی خارج از دستگاه قضا دار نیز داشت. به عنوان مثال محدودیت‌های مالی، منابع حمایتی از بزه‌دیده، منابع درمان جامعه‌ی، نیروی انسانی، منابع حمایتی پس از دوره درمان، محدودیت زمانی، منابع اطلاعاتی، منابع درمانی جامعه‌ی، منابع آموزشی قضات و وکلای درمان‌گر، عدم تناسب بسترهای تعامل دادگاه و نهادهای مسئول، نگرانی‌های امنیت عمومی در رابطه با متهمان جرایم خشن و ... از بزرگ‌ترین چالش‌های کاربست اصول و شاخص‌های حل مسئله در دادگاه‌های سنتی شناخته شده‌اند (عزیزی و فرجیها، ۱۳۹۹: ۲۵۶).

۲. در این رابطه می‌توان به تجربه سایر کشورها نیز اشاره کرد. به عنوان نمونه در جمهوری چک، کار عام‌المنفعه و مصالحه خارج از دادگاه از سال ۱۹۶۶ به مرحله اجرا در آمد. حتی در مورد کار عام‌المنفعه قانون‌گذار تا آنجا پیش رفت که امکان تعیین آن برای محکومیت‌های تا ۵ سال زندان را نیز پیش‌بینی کرد. با این حال نتایج به دست آمده تا حدودی ناامیدکننده بود. مؤسسه جرم‌شناسی پراگ پیرامون عوامل این عدم موفقیت تحقیق کرده و به این نتیجه رسیده بود که نبود منابع مالی لازم جهت تبلیغ و توضیح هدف‌های مجازات جایگزین، عدم درگیری جامعه مدنی، نبود شمار لازم مأموران و مددکاران اجتماعی و کافی نبودن آموزش‌های متداول برای «مأموران عالی‌رتبه دادگاه‌ها» را می‌توان از جمله مشکلات عملی در راه توفیق این دو تدبیر جایگزین در جمهوری چک ذکر کرد. در کنیا نیز محکومان به انجام خدمات عمومی رایگان ناگزیر از طی مسافت طولانی تا محل انجام کار بودند. این مشکل در کنار فساد اداری که در ازای پرداخت مبلغی، محکوم می‌توانست تعهدهای خود را انجام ندهد (عدم نظارت صحیح) یا ناگزیر از انجام کاری برای شخص مأمور مراقبتی به جای انجام خدمات عمومی می‌شد، از جمله دلایل عدم توفیق خدمات عمومی رایگان در این کشور، لااقل در آغاز اجرای آن دانسته‌اند (آشوری، ۱۳۹۹: ۶۳).

و از سوی دیگر روشن شدن عدم کارایی مجازات حبس به دلایل مختلف، ازجمله بالا بودن هزینه‌های آن و سودمندی کم، غیرانسانی بودن، مشکلات سخت‌افزاری، ناامن بودن و شکست نظام اصلاح و درمان، همچنین آثار ناگواری که در زمینه‌های بهداشتی (انتقال بیماری‌های مسری)، جرم‌شناختی (تکرار جرم و اختیار)، اخلاقی (ناشی از تورم جمعیت در بندها) و اجتماعی (انقطاع شغلی و خانوادگی) بر بزهکار تحمیل می‌کند، تلاش‌های بسیاری جهت گریز از اعمال آن صورت گرفت که یکی از آن‌ها حرکت به سوی مجازات‌های جایگزین حبس یا مجازات‌های اجتماع‌محور بوده است؛ بنابراین بارخت بر بستن تفکر قرن نوزدهمی درخصوص تمرکز بر مجازات حبس به عنوان مهم‌ترین روش پاسخ به جرم، از دهه ۱۹۶۰ به بعد تأکید بر مجازات حبس کم‌رنگ و ضمانت‌اجراهای اجتماع‌محور و جایگزین حبس، جایگزین آن شد و شتاب فزاینده‌ای گرفت.

با این حال ازجمله عواملی که تأثیر فراوانی در روی‌گردانی از الگوی جایگزینی مجازات‌های اجتماعی داشت، اثر معکوس آن بر هدف کاهش جمعیت زندان است. اگرچه هدف از جایگزین‌های حبس، کاهش میزان ورود بزهکاران به چرخه حبس بوده، ولی در عمل برخلاف این امر مشاهده شده است. پژوهشگرانی که در این باره مطالعه کردند، دریافتند بسیاری از بزهکارانی که به مجازات‌های اجتماعی محکوم شدند، به علت نقض دستورات و الزامات مربوط به مجازات اجتماعی، روانه زندان شدند، در حالی که در صورت نبود مجازات‌های اجتماعی، بزهکاران مزبور به مجازاتی مانند جزای نقدی محکوم می‌شدند که فاقد الزامات اضافی بوده. این امر به نوبه خود باعث افزایش هزینه‌ها نیز می‌گردد.

آشکار است که در نظر گرفتن مجازات‌های اجتماع‌محور به عنوان مجازاتی غیروابسته و با اهداف و فلسفه‌ای مستقل که می‌توان آن را انعکاس مؤلفه‌های پارادایم عدالت ترمیمی تعبیر نمود، مستلزم فراهم نمودن بسترها و زمینه‌هایی نیز است. به عبارتی اثربخش بودن این دسته از مجازات‌های به‌طور کامل تابعی از آمادگی بسترهای فرهنگی و اجتماعی و نیز بسترهای اجرایی مانند حضور کافی متخصصان غیرقضایی نظیر مددکاران اجتماعی و مأموران مراقبتی به منظور نظارت بر اجرای آن‌ها و وجود بسترها اطلاعاتی نظیر بایگانی جنایی است.

پژوهش حاضر نیز با تمرکز بر یکی از بارزترین نمونه‌های مجازات اجتماعی؛ یعنی خدمات عمومی رایگان که کاربست صحیح و مؤثر بودن آن نیازمند فراهم بودن بسترهای قضایی و غیرقضایی است، به بررسی یکی از مهم‌ترین سطوح پرداخته است. در این ارتباط داده‌های گردآوری شده حاکی از آن است که کاربست چنین مجازات‌هایی با چالش‌های قضایی متعددی روبه‌رو است. از یک طرف داده‌های حاصل گروه تمرکزی و مصاحبه‌های انجام گرفته حاکی از آن است که

عدم تسلط کافی بر جنبه‌های فنی قانون و تکنیکال شدن بیش از حد قانون، می‌تواند بر کمیت و کیفیت آرای صادره در حوزه جایگزین‌های حبس و به‌خصوص خدمات عمومی رایگان اثرگذار باشد. از عمده دلایل این مشکل نیز می‌توان به نبود زمان کافی جهت برگزاری دوره‌های آموزشی متناسب عنوان نمود. از سوی دیگر فرهنگ کیفرگرا و حبس‌گرای حاکم بر دستگاه قضا نیز می‌تواند به‌عنوان یکی از موانع استفاده حداکثری از ظرفیت‌های چنین کیفری در نظر گرفته شود. برخی از قضات به چنین ضمانت‌اجراهایی اعتقاد نداشته و آن‌ها را فاقد کارایی لازم می‌دانند و گروهی نیز علی‌رغم آگاهی بر یافته‌های جرم‌شناسانه، متأثر از همین نگاه و جهت جلوگیری از بازخوردهای نامناسب درون سیستمی، از صدور چنین آرای خودداری می‌کنند. همچنین زمان بر بودن صدور چنین احکامی با وجود تورّم پرونده‌های کیفری در دادگاه‌ها در کنار ارزیابی کمی دستگاه قضا از عملکرد قضات، مانع دیگری در مسیر تحقق اهداف نظری پیش‌بینی شده برای این‌گونه مجازات‌ها خواهد بود. آگاهی قضات صادرکننده از کمبودهای مرحله صدور و اجرای حکم، از قبیل عدم وجود پرونده شخصیت و نیز سجل کیفری قابل اتکا و نداشتن ابزار لازم به‌منظور نظارت بر مجرمین حین انجام خدمت، از دیگر عوامل بازدارنده در مسیر کاربرست مجازات‌های اجتماع‌محور و به‌خصوص مجازات خدمات عمومی رایگان خواهد بود.

می‌توان چنین استنتاج نمود که وجود چنین چالش‌هایی را نباید صرفاً به فراهم نبودن بسترهایی تقلیل داد که به مرور زمان و صرف هزینه قابل برطرف نمودن است؛ زیرا منشأ چنین چالش‌هایی را باید در سطحی کلان‌تر و در نوع رویکرد نادرست سیاست‌گذاران جنایی در ارتباط با این‌گونه از ضمانت‌اجراها دانست.

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با پیروی از جریان فکری حاکم بر سیاست‌های کلی نظام قضایی، برخلاف باور تهیه‌کنندگان آغازین متون قانونی مرتبط،^۱ با گزینش الگوی جایگزینی،

۱. در گزارش توجیهی لایحه قانون مجازات‌های اجتماعی که توسط مرکز مطالعات راهبردی و شورای عالی توسعه قضایی در سال ۱۳۸۲ ارائه گردید، آمده است: «مجازات‌هایی که جانشین زندان می‌شوند، باید مستقل از زندان و صرف نظر از کارآمدی یا ناکارآمدی زندان، برای خود دلایل توجیهی داشته باشند. از سوی دیگر با توجه به سیاست حبس‌زدایی قوه قضائیه، تدابیر و اقدامات مذکور در این لایحه به‌طور مستقل در قوانین کیفری آینده پیش‌بینی خواهد شد. از همین رو از به کار بردن عنوان مجازات‌های جایگزین زندان که عنوانی وابسته و غیر مستقل است، باید خودداری کرد. همان‌گونه که زندان در سده هجدهم با فلسفه خاص حاکم بر آن زمان و مستقل از سبک کیفری پیشین متولد شد، امروز نیز مجازات‌های اجتماعی با توجه به روح حاکم بر زمان ما و مستقل از زندان بر سپهر قلمروی کیفری آشکار می‌شود» (شمس ناتری و ریاحی، ۱۳۹۱: ۱۹۶)

صرفاً در پی فراهم آوردن ابزارهایی جدید برای کاهش جمعیت زندان و کاستن از ورودی این نهاد بوده‌اند.

به عبارت دیگر سیاست‌گذاران قضایی همواره با نگاهی مدیریتی - اقتصادی صرفاً هدف کاهش جمعیت زندان و کاستن از هزینه‌های مالی را مد نظر قرار داده‌اند؛ در صورتی که مجازات‌های اجتماع‌محور دارای فلسفه و اهدافی مستقل هستند و تجربه سایر کشورها نیز حاکی از مؤثر واقع نشدن آن‌ها به‌عنوان نهادهای جایگزین است.

نتایج چنین رویکرد مدیریتی - اقتصادی را می‌توان ذیل دو مقوله جزئی‌تر، موجب چالش‌های مطرح‌شده در این پژوهش دانست.

الف) جاری بودن معیارهای کیفرگزینی متناقض با ماهیت مجازات‌های اجتماع‌محور (خدمات عمومی رایگان)؛

تصمیم‌گیری قضات در هر پرونده مبتنی بر معیارهای مشخصی صورت می‌گیرد. گروهی از این معیارها می‌توانند شخصی، مانند نگرش قضایی قاضی باشند. داده‌های پژوهش حاضر نیز بیان‌گر آن است که اصولاً قضات به نهادهای جدید به دیده تردید نگریسته و آن‌ها را ضمانت‌اجرایی بی‌اثر می‌پندارند. به‌علاوه ازجمله متغیرهای مهم و مؤثر بر نحوه شکل‌گیری نگرش قاضی، آشنایی وی با آموزه‌های جرم‌شناختی است؛ زیرا مطالعات جرم‌شناختی، واقعیت اجتماعی و انسانی جرم را برای کسانی که قرار است به‌عنوان کنش‌گران درونی و بیرونی نظام عدالت کیفری برای مقابله با مظاهر مختلف بزهکاری، سیاست‌گذاری کنند.

با این حال به‌دلیل نداشتن رویکردی صحیح و متعاقباً نداشتن برنامه‌ریزی مناسب، دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری، نسبت به ضرورت آموزش‌های جرم‌شناختی و تراکم شدید و طاقت‌فرسای کار قضایی و فراهم نبودن امکان مطالعات جرم‌شناختی برای قضات توجه نداشته و در نتیجه قضات نیز نمی‌توانند از این آموزش‌ها در کاهش جمعیت کیفری استفاده کنند.

پاره‌ای دیگر از معیارها، نوعی و مبتنی بر رویه دستگاه قضایی است. به عبارتی قاضی ممکن است تحت تأثیر معیارها و عوامل رویه‌ای، اقدام به تعیین کیفری نماید که با استنباط‌های شخصی و نیز نگرش و اعتقاد وی نسبت به کیفر متفاوت باشد. «آماري شدن دادرسي» را به‌عنوان نمونه‌ای از معیارهای رویه‌ای باید در گزینش کیفر مؤثر دانست که به علت شتاب در دادرسی‌ها و بی‌دقتی در صدور حکم، می‌تواند بر نوع و میزان کیفر تعیینی مؤثر باشد. این امر مجال فردی‌سازی کیفر و تفکر قاضی در زمان صدور حکم، جهت گزینش کیفر متناسب را تا حدود زیادی از بین برده است. همچنین گاهی قضات برخلاف عقاید خود و در جهت تأمین انتظارات دیدگاه حاکم بر محیط کاری

از صدور جایگزین‌های متعدد خودداری می‌کنند. به‌عنوان مثال تعیین کیفر مدّ نظر دادستان از سوی دادگاه جزایی، به انگیزه مواجه نشدن حکم صادرشده با اعتراض دادستان، به‌رغم اعتقاد نداشتن قاضی دادگاه بر لزوم تعیین کیفر، ازجمله این موارد است.

بنابراین تصمیم‌گیران قضایی به‌جای تلاش برای اصلاح رویه‌های تأثیرگذار بر تصمیم‌گیری قضات و رهنمون‌سازی آن به سمت پذیرش الگوهای علمی و جرم‌شناختی که می‌تواند نرخ رو به افزایش جمعیت کیفری زندان را کندتر و به سامان‌تر کند، با اتخاذ تدبیری نامناسب، از نهادهای اجتماع‌محور به‌عنوان ابزار کاهش جمعیت زندان استفاده کرده‌اند معیارهای در تعارض قرار خواهد گرفت.

ب) عدم توجه به زیرساخت‌های اجرایی مجازات‌های اجتماع‌محور (خدمات عمومی رایگان). در صورتی که سیاست‌گذاران کیفری مجازات خدمات عمومی رایگان را به‌عنوان مجازاتی اجتماع‌محور در جایگاه و ماهیت اصلی خود در نظر می‌گرفتند، متعاقباً باید خود را ملزم به فراهم نمودن بسترهای اجرایی آن نیز می‌دانستند؛ زیرا اصلاح و بازاجتماعی نمودن مرتکب تنها به واسطه سنجش وضعیت پیشین (لحظه ارتکاب جرم) و فعلی او و همچنین مهیا بودن ابزار نظارت بر وی امکان‌پذیر خواهد بود. در چنین شرایطی کاهش جمعیت زندان را می‌توان به‌عنوان آثار جانبی بازاجتماعی شدن مرتکب (اجرای مجازات اجتماع‌محور) انتظار داشت. در مقابل آنگاه که هدف اولیه از اجرای مجازات‌های اجتماع‌محور بر مبنای کاهش جمعیت زندان قرار می‌گیرد، ابزار سنجش وضعیت مرتکب (سجل کیفری و پرونده شخصیت) و همچنین ابزار نظارت (نیروی متخصص و متناسب، امکانات لازم و زمان کافی) چندان ضروری نمی‌نماید و رنگ عناصری جانبی و تکمیلی به خود می‌گیرند در حالی که تجربه نیز ثابت کرده است که این روند در طولانی مدت نتایج معکوسی نیز به همراه خواهد داشت.

نتیجه آنکه چالش‌های قضایی کاربرست مجازات خدمات عمومی رایگان به‌عنوان یکی از بارزترین مصادیق مجازات‌های اجتماع‌محور، ماحصل جاری بودن و استمرار معیارهای کیفرگزینی متناقض با ماهیت مجازات خدمات عمومی رایگان و نیز عدم توجه به زیرساخت‌های اجرایی مجازات خدمات عمومی رایگان است که هر دو مقوله خود تابعی از رویکرد و سیاست‌گذاری نادرست در ارتباط با این‌گونه از ضمانت‌اجراهای کیفری بوده است. برای رفع چالش‌های بیان‌شده، هدف قرار دادن مواردی مانند ایجاد سجل کیفری جامع و برخط که خود معلول علل دیگری هستند، نتایج کاملی به همراه نداشته و باید با تغییر رویکرد سیاست‌گذاران کیفری و کاربرست چنین نهادهایی در مسیری منطبق با ماهیت آن‌ها، همراه باشد.

بدین ترتیب راهکارهای پیشنهادی در دو سطح قابل طرح خواهند بود:

سطح کلان؛ در نخستین گام قانون‌گذار باید ضمانت‌اجراهای کیفری را متناسب با اهداف خود برگزیند و در این مسیر فراهم بودن بسترهای اجتماعی و ابزاری را لحاظ نماید. همچنین دستگاه قضا در درون چهارچوب‌های خود باید با ارائه آموزش‌هایی در مورد آسیب‌های مجازات حبس و مبنای و اهداف پاسخ‌های کیفری نوین، تردید و نگاه منفی نسبت به آن‌ها را از بین ببرد.

سطح خرد؛ در این سطح قانون‌گذار و دستگاه قضا باید دو محور متفاوت را مورد توجه قرار دهند. الف) پیش از تصویب یا پیش از اجرایی شدن قانون، بسترهای ابزاری لازم فراهم شود. در ارتباط با مجازات خدمات عمومی رایگان ایجاد زیرساخت لازم برای تهیه سجل کیفری کامل و پرونده شخصیت، به‌کارگیری نیروهای متخصص مانند مددکاران و مأموران مراقبتی (نظارت) ضروری است. ب) همچنین ارائه آموزش‌های لازم درخصوص ابعاد فنی نهاد نوین و چگونگی به‌کارگیری آن لازم خواهد بود.

منابع

فارسی

- آشوری (۱۳۹۹)، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، ویراست دوم، تهران: مرکز نشر جهش.
- آقایبی جنت‌مکان، حسین (۱۳۹۰). حقوق کیفری عمومی (بر اساس لایحه مجازات اسلامی)، جلد دوم، تهران: جنگل جاودانه.
- اسدی، لادن (۱۳۹۶)، آسیب‌شناسی اجرای مجازات‌های جایگزین حبس در حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید باهنر کرمان (دانشکده حقوق و الهیات).
- پورقهرمانی، بابک و ایرج نگهدار (۱۳۹۷). «ارزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید (مطالعه موردی محاکم کیفری استان کردستان)»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۲.
- پورمحمی‌آبادی، حسین، داریوش بوستانی و سعید قماش (۱۳۹۸). «سیطره حبس‌گرایی و رویای حبس‌زدایی در سیاست کیفری ایران (مطالعه موردی حوزه قضایی شهر کرمان)»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال نهم، شماره اول: صص ۵۹-۳۳.
- پولادمست سربانی‌نژاد، سعیده (۱۳۹۶)، خدمات عمومی رایگان در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام خمینی (دانشکده علوم اجتماعی).
- توجیهی، عبدالعلی و ابراهیم زارع (۱۳۹۸)، «سابقه محکومیت کیفری به‌عنوان جلوه‌ای از «حالت خطرناک» و کاربست آن در مجازات‌های جایگزین حبس»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره شانزدهم، شماره هفده.
- تونری، مایکل (۱۳۸۷)، «کیفرهای اجتماع‌محور در ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، ترجمه مینا صدیق‌فر، شماره ۶۴.
- خاکسار، داوود و حسین غلامی (۱۳۹۸)، «عوامل مؤثر بر صدور مجازات‌های جایگزین حبس»، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره بیست‌وششم.
- خاکسار، داوود و حسین غلامی (۱۳۹۷). «سیاست جنایی قضایی ایران در رابطه با مجازات‌های جایگزین حبس»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره یازده.
- ریاحی، محمداسماعیل (۱۳۹۵). سنجش نگرش قضات شهر تهران نسبت به قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- زینالی، امیرحمزه (۱۳۸۷)، «سرمایه اجتماعی: بستری برای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴.
- سلسله نشست‌های تدوین سند جامع اصول رهبردی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰)، مصاحبه شماره سه کارگروه کیفر با دکتر علی عزیزی، پژوهشگاه قوه قضائیه.
- شمس‌ناتری، محمد ابراهیم و جواد ریاحی (۱۳۹۱)، «ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی»، حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳.
- عزیزی، علی و محمد فرجیها (۱۳۹۹)، «کاربست اصول حل مسئله در دادگاه‌های کیفری ایران؛ چالش‌ها و راهکارها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- قاسمی کهریزسنگی، راضیه و محمد فرجیها (۱۳۹۴)، «چالش عدالت و کارآیی در گفتمان مدیریت‌گرایی

- کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۹.
- قاسمی مقدم، حسن (۱۳۸۷)، «مبانی ارزیابی اثربخشی کیفرهای اجتماع‌محور و تحلیل یافته‌های آن با تأکید بر مطالعه موردی دوره مراقبت در ایالات متحده و انگلستان»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۶۴.
 - محسنی، فرید و رضا رحیمیان (۱۳۹۸)، «از کیفرگذاری تقنینی تا کیفرگزینی قضایی؛ مدل‌ها و معیارها (با تأکید بر رویه قضایی ایران)»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
 - محمدکوره‌پز، حسین، محمد فرجیها و محمد متین پارسا (۱۴۰۰)، «موانع کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران؛ مطالعه کیفی»، *مجله مجلس و راهبرد*، سال ۲۸، شماره ۱۰۷.
 - محمدیان پهنوار، یوسف (۱۳۹۶)، *تحلیل کیفرشناختی خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران*، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس (دانشکده حقوق).
 - مؤذن‌زادگان، حسنعلی و محمد متین پارسا (۱۴۰۰)، «چالش‌های تقنینی اجرای خدمات عمومی رایگان از منظر قضات»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
 - منصورآبادی، عباس و سلمان کونانی (۱۳۸۹)، «بستر مجازات‌های جامعه‌مدار؛ با تأکید بر رویکرد سیاست جنایی ایران»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، سال پنجم، شماره پانزدهم.
 - منصورآبادی، عباس، جواد یآوری، مهدی شیدانپان و عباس رحیمی‌نژاد (۱۳۹۶)، «الگوهای تصمیم‌گیری قضایی در آمریکا و ایران»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال پنجم، شماره هجدهم.
 - میرخلیلی، سید محمود و تقی یعقوبی (۱۳۹۶)، «بررسی عوامل قضایی افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها»، *مجله راهبرد*، دوره ۲۶، شماره ۸۲.
 - ناظرزاده کرمانی، فرناز و زینب امامی غفاری (۱۳۹۳)، «بررسی رویه و نگرش قضات دادگاه‌های اطفال تهران به جایگزین‌های مجازات حبس»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۵.
 - نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، «کیفرهای جامعه‌مدار»، *دیپاچه در: بولک، برنار، کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران: مجد.
 - نوبهار، رحیم (۱۳۹۰)، «اصل کابرد کمینه حقوق کیفری»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۱.
 - والهی، حمید و سیدرضا احسان پور (۱۳۹۵)، «جایگاه جایگزین‌های مجازات حبس با رویکرد فردی کردن آن‌ها در نظام عدالت کیفری ایران»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، دوره ۲۳، شماره ۸۵.

انگلیسی

- Hegde, Dinesh S. (2015). *Essays on Research Methodology*, Springer India.
- Nieuwbeerta, Paul; Nagin, Daniel S.; Blokland, Arjan A. J. (2009). "Assessing the Impact of First-Time Imprisonment on Offenders Subsequent Criminal Career Development: A Matched Samples Comparison", *Journal of Quantitative Criminology*, 25 (3):227-257. DOI 10.1007/s10940-009-9069-7.
- Sanders, Alan & Senior, Paul. (1994). *Jarvis' Probation Service Manual*. (5th edition). Sheffield: PAVIC Publications.
- Tsang, Kwok Kuen; Dian Liu, Hong Y. (2019) "Introduction: Qualitative Research Methods in Empirical Social Sciences Studies—Young Scholars' Perspectives and Experiences". In: - Tsang, Kwok Kuen; Dian Liu, Hong Y. (eds) *Challenges and Opportunities in Qualitative Research*, Springer,

Singapore.

- Weaver, Beth; Armstrong, Sarah (2011). **User Views of Punishment The dynamics of community-based punishment: insider views from the outside**, Research Report No.03. SCCJR (The Scottish Center for Crime and Justice Research).
- Worrall, Anne; Hoy, Clare (2005). **Punishment in the Community; Managing offenders, making choices**, Devon (UK): Willan Publishing.

وبسایت

- <https://www.donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-3531164> - last visit: 1399/02/22.

سیاست جنایی ناظر به ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی در حقوق ایران^۱

محمدعلی اردبیلی^{*}، محمدعلی مهدوی ثابت^{**}، حجت نجارزاده امیری^{***}

چکیده

یکی از مصادیق جدید فساد مالی، با مدنظر قرار دادن کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد (مریدا) مصوب سال ۲۰۰۳ و سایر کنوانسیون‌های بین‌المللی، داشتن ثروت فاقد توجیه توسط کارگزاران عمومی است. ثروت فاقد توجیه یا نامتناسب به چنان ثروتی اطلاق می‌شود که با درآمد قانونی و شناخته‌شده کارگزار عمومی نامتناسب باشد. باید به این امر توجه داشت که اثبات جرایم مربوط به فساد مالی و جمع‌آوری ادله بر علیه مرتکب آن، عموماً دشوار بوده و در اغلب موارد، فساد کشف نمی‌شود. در حقیقت پیش‌بینی چنین جرمی، کمک به مقامات تعقیب در معاف نمودن ایشان از اثبات بزهکاری است. به این شکل که بار اثبات مشروع بودن این دارایی‌ها بر عهده کارگزار عمومی قرار می‌گیرد. هدف این نوشتار پرداختن به سیاست جنایی نسبت به این نوع اموال می‌باشد تا مشخص شود اساساً در حقوق ایران دارنده چنین ثروتی از لحاظ کیفری، مسئولیت دارد یا خیر؟ آیا مقام تعقیب در صورت برخورد با چنین وضعیتی تکلیف و یا امکان قانونی برای پیگیری و تحت

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «واکنش کیفری به درآمدها و ثروت‌های ناموجه کارگزاران عمومی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی» با راهنمایی آقای دکتر محمدعلی اردبیلی و مشاوره خانم دکتر نسرین مهرا و آقای دکتر محمدعلی مهدوی ثابت در دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران است.

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

m-ardebili@sbu.ac.ir

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم

ali.mahdavi@yahoo.com

و تحقیقات)، تهران، ایران

*** قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه

hojat.najarzadeh@yahoo.com

آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات)، تهران، ایران

تعقیب قرار دادن کارگزار را دارد؟ در لابلای بحث جهت غنای بیشتر مطالب، به حقوق برخی از کشورها نیز اشاره شده است. روش تحقیق با توجه به ماهیت موضوع آن به صورت توصیفی - تحلیلی بوده و از منابع نوشتاری موجود اعم از کتب و مقالات استفاده شده است. با بررسی قوانین و مقررات مرتبط، در حال حاضر می‌توان گفت که حقوق ایران فاقد واکنش کیفری نسبت به ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی است و دادستان در صورت برخورد با ثروت‌هایی که در بادی امر، نامتناسب به نظر می‌رسند عملاً مجوز قانونی برای بررسی ندارد. از اصل ۴۹ قانون اساسی و قانون مربوط به اجرای اصل مزبور و ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نمی‌توان در این خصوص استفاده کرد.

واژگان کلیدی: فساد، کارگزار عمومی، ثروت فاقد توجیه، واکنش کیفری

مقدمه

تلاش برای به‌دست آوردن مال و ثروت طبیعت نوع بشر است؛ حتی گفته شده است که مال از ریشه «میل» به معنای گرایش و بازگشت به چیزی به سبب دوست داشتن است؛ شاید از این نظر در اشتقاق به مال از ریشه «مول» نزدیک باشد؛ زیرا انسان به اموال گرایش و میل دارد و به سبب دوستی بسیار به‌سوی آن کشیده شده و باز می‌گردد تا این‌گونه نیازهای خویش را برآورده سازد (کرم‌خانی، ۱۳۹۷). پر واضح است که داراشدن و ثروت‌اندوزی از هر راه و روشی نمی‌تواند هماهنگ و منطبق با هنجارهای اجتماعی، دینی و اخلاقی باشد. به طوری که قانون‌گذار در مقدمه قانون اساسی بیان می‌دارد که در اندیشه اقتصادی نظام جمهوری اسلامی، رفع نیاز انسان‌ها در جریان رشد و تکامل انسان است که موضوعیت دارد و تحصیل ثروت و سود به هر طریق ممکن مطلوب نیست. قانون‌گذار اساسی در مقابله با جهت‌گیری‌های نامطلوب اقتصادی که موجب فساد و تباهی و هدر رفتن استعدادهاست در اصول متعددی به پیش‌بینی چهارچوب‌های اساسی درخصوص ساماندهی فعالیت‌های اقتصادی شهروندان جامعه اسلامی پرداخته است. از آن جمله می‌توان به اصل ۴۹ قانون اساسی اشاره کرد که در آن کسب ثروت و تحصیل منفعت مالی از برخی طرق، مورد نهی قرار گرفته است (کشتگر، ۱۳۹۷: ۶). یکی از مسائل مورد نهی قانون‌گذاران، تحصیل اموال از طریق فساد اداری - مالی است که اصولاً ناظر بر کارگزاران عمومی بوده و درخصوص تعریف و تبیین آن مطالب فراوانی گفته شده است. برخی از نویسندگان پانزده تعریف مختلف از فساد اداری ذکر و سپس به طبقه‌بندی تعاریف موجود پرداخته‌اند. (ذاکر صالحی، ۱۳۹۱: ۱۳) برخی دیگر نیز فساد را به یک معامله تشبیه نموده‌اند که در آن معامله، اقتدار عمومی با نفع شخصی مبادله می‌شود به عبارت دیگر در این معامله، کارگزار عمومی، منافع و اقتدار عمومی را در ازای تحصیل منافع فردی یا خانوادگی خویش واگذار می‌کند. (میرسعیدی

و نجارزاده اهری، ۱۳۹۱: ۶۲) وجه مشترک کلیه تعاریف، نقض یا تغییر قوانین و فدا نمودن منافع عمومی برای رسیدن به نفع فردی، گروهی یا خانوادگی است.

در حقوق موضوعه ایران وفق ماده ۱ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری، هرگونه فعل یا ترک فعلی که توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی به صورت فردی، جمعی یا سازمانی که عمداً و با هدف کسب هرگونه منفعت یا امتیاز مستقیم یا غیرمستقیم برای خود یا دیگری، با نقض قوانین و مقررات کشوری انجام پذیرد یا ضرر و زیانی را به اموال، منافع، منابع یا سلامت و امنیت عمومی و یا جمعی از مردم وارد نماید نظیر رشاء، ارتشاء، اختلاس، تبانی، سوءاستفاده از مقام یا موقعیت اداری، سیاسی، امکانات یا اطلاعات، دریافت و پرداخت‌های غیرقانونی از منابع عمومی و انحراف از این منابع به سمت تخصیص‌های غیرقانونی، جعل، تخریب یا اختفاء اسناد و سوابق اداری و مالی، فساد تلقی شده است. فساد مالی، دلایل و آثار آن، به دلیل شیوع و اهمیت، ازجمله موضوعاتی هستند که به‌نحوی فزاینده و در قالب‌های گوناگون در برنامه‌ها و دستور کار سیاست‌گذاران، سیاست‌مداران، قانون‌گذاران، مجریان قانون و سایر ارکان حکومت‌ها در سطوح ملی و بین‌المللی قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، اگر پدیده فساد را، صرف‌نظر از نوع آن، ویروسی بیماری‌زا تلقی نماییم، تمامی کشورهای دنیا، در حوزه‌های مختلف اداری، مالی، قضایی و... کم‌وبیش به آن مبتلا و در تلاش برای ریشه‌یابی و مبارزه با آن هستند. (محسنی، ۱۳۹۲: ۱۴۰). به عبارت دیگر فساد مالی عارضه‌ای است که الگوسازی آن از دیدگاه نظری پیچیده، گردآوری و دسترسی به داده‌ها و ردیابی آن از دیدگاه تجربی دشوار و مبارزه با آن از دیدگاه سیاسی حساسیت‌برانگیز است. به‌رغم پیچیدگی، دشواری و حساسیت سروکار یافتن با این عارضه، پژوهش‌ها، شواهد تجربی و اقدامات بین‌المللی انجام یافته در یکی دو دهه اخیر، تا حدود زیادی به افزایش درجه وضوح شناسایی عناصر مفهوم، علت‌ها، شکل‌گیری سیاست‌ها و برنامه‌های ردیابی فساد مالی انجامیده است.

فساد مالی مصادیق متعددی دارد که بیشتر آن‌ها از قبل وجود داشته‌اند. مانند عناوینی که در ماده ۱ قانون فوق‌الاشاره، ذکر شده است. مصادیق نوینی از فساد نیز در پرتو کنوانسیون‌های بین‌المللی مطرح شده‌اند از قبیل اختلاس در بخش خصوصی و داراشدن من غیرحق^۱ (داشتن ثروت فاقد توجیه)^۲ که داشتن ثروت فاقد توجیه^۳ توسط کارگزاران عمومی در کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان

1. Illicit enrichment

۲. عبارت داراشدن من غیر حق و داشتن ثروت فاقد توجیه در این مقاله، مترادف به کار رفته‌اند.

3. Unexplained Wealth

ملل متحد^۱ و سایر اسناد بین‌المللی^۲ مورد توجه واقع شده است. بر این اساس اگر کارگزار مزبور در دوران خدمت و تصدی خویش چنان ثروتی به دست آورد که با درآمد قانونی و شناخته شده‌اش متناسب نباشد و این عدم تناسب، فاقد هرگونه توجیه و توضیح منطقی باشد در این صورت حکم داده می‌شود که این ثروت و دارایی ناشی از ارتکاب فساد بوده است.

دولت جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۰ با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام به کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد ملحق شده است. از آنجایی که مطابق ماده ۹ قانون مدنی مفاد معاهدات خارجی که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده باشند در حکم قانون داخلی هستند و همچون قوانین و مقررات ملی بخشی از پیکره حقوق داخلی محسوب می‌شوند و منطقاً باید از همه الزامات و اعتبارات و ضمانت‌اجراهای مقرر برای قوانین داخلی برخوردار باشند، تصویب یک معاهده بین‌المللی، تعهدات و الزاماتی را در زمینه‌های قانونی، قضایی و اجرایی برای دولت ایجاد می‌کند. البته ذکر این نکته لازم است که جرم‌انگاری داراشدن من غیر حق از موارد اختیاری و نه الزامی کنوانسیون مبارزه با فساد است.

در مورد فلسفه جرم‌انگاری ثروت‌های فاقد توجیه و مفهوم آن چندین پرسش مطرح می‌شود که در مباحث آتی پاسخ آن‌ها داده خواهد شد. ازجمله اینکه اصولاً ثروت فاقد توجیه چیست؟ عناصر آن کدامند و چه شرایطی باید وجود داشته باشد و هدف از پیش‌بینی این عنوان در کنوانسیون مبارزه با فساد یا کنوانسیون‌های مشابه چه بوده است و واکنش‌ها نسبت به آن چگونه می‌باشد؟

در مقام مبارزه با فساد و علی‌الخصوص ثروت‌اندوزی فاقد توجیه کارگزاران ابتدا باید گفت که جرایم مربوط به فساد چون در یک حالت پنهانی و مخفیانه ارتکاب می‌یابند لذا امکان کشف آن‌ها خیلی پایین است چراکه هر دو طرف فساد (کارگزار عمومی و شخص عادی) یک نفع واقعی در عدم کشف آن دارند و تمام جوانب را در عدم کشف بزه می‌سنجند. (میرسعیدی و نجارزاده اهری، ۱۳۹۱: ۶۰) دقیقاً به این دلیل است که رقم سیاه^۳ جرایم مربوط به فساد خیلی بالاست. حقیقت این است که کارگزار عمومی ممکن است از طریق ارتشاء یا اختلاس یا سوءاستفاده از موقعیت خویش یا به‌طور کلی از طریق فساد، اموالی را تحصیل نموده باشد و این فساد بنا به دلایل مختلف کشف نشده

1. United Nation Convention Against Corruption

۲. کنوانسیون کشورهای آمریکایی برای مبارزه با فساد (Inter-American Convention against Corruption)

و کنوانسیون اتحادیه آفریقا برای پیشگیری و مبارزه با فساد (African Union Convention on Preventing and Combating Corruption)

3. Dark Number

و تعقیب جرم فساد عملاً آغاز نشود فلذا نویسندگان کنوانسیون مبارزه فساد و سایر کنوانسیون‌های منطقه‌ای مبارزه با فساد و قانون‌گذاران داخلی با توجه به همین امر و برای جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مرتکبین فساد به موضوع ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی در کنار سایر مصادیق فساد اشاره نموده و واکنش نسبت به آن را مد نظر قرار داده‌اند.

با توجه به اینکه در حقوق داخلی ایران تا زمان حاضر مطالب مرتبط با شرایط و ارکان بزه دارا شدن ثروت‌های فاقد توجیه بیان نشده است و قانونی خاص نیز در این زمینه تصویب نشده است لذا در مقام بررسی و تشخیص اذهان به حقوق برخی از کشورها اشاره شده است.

نگارنده قصد دارد مطالب خویش را در قالب دو بخش ارائه نماید: بخش نخست مربوط به معرفی تفصیلی و بررسی ارکان ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی است تا بدواً مشخص شود به چه مقوله‌ای ثروت فاقد توجیه گفته می‌شود و سپس در بخش دوم به مبارزه و واکنش نسبت به دارایی‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی در حقوق ایران پرداخته خواهد شد.

۱. تبیین ارکان جرم داشتن ثروت‌های فاقد توجیه

بر اساس تعریف ذکر شده در کنوانسیون مبارزه با فساد^۱، داشتن ثروت فاقد توجیه (جرم داراشدن من غیرحق) پنج رکن کلیدی به شرح ذیل دارد: ۱. اشخاص مورد نظر (کارگزاران عمومی)، ۲. دوره بهره‌مندی (ثروت اندوزی در زمان خدمت)، ۳. ثروتمند شدن (افزایش چشمگیر در دارایی‌ها)، ۴. قصد (علم و آگاهی) و ۵. فقدان توجیه برای ثروت کسب شده.

۱-۱. اشخاص مورد نظر (کارگزاران عمومی)

کانون توجه مقوله داراشدن من غیرحق، کارگزاران عمومی است و کنوانسیون مزبور به کارمندان و کارگزاران عمومی به‌عنوان افرادی که ممکن است برای ارتکاب جرم تحت تعقیب قرار گیرند اشاره نموده است. تمایلی آشکار، بین دولت‌ها در ارائه تعریف موسع از کارگزاران عمومی، هم در مصوبات بین‌المللی و هم در مصوبات داخلی وجود دارد. ماده ۲ کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد، کارگزار عمومی را به شرح ذیل تعریف می‌کند: الف) هر شخصی که دارای شغل قانون‌گذاری، اجرائی، اداری یا قضایی در کشور عضو اعم از انتصابی یا انتخابی و دائم یا موقت باشد و حقوق دریافت کند یا نکند، صرف‌نظر از ارشدیت وی.

۱. ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد: «هر کشور عضو، با توجه به قانون اساسی و اصول اساسی نظام حقوقی خود، اتخاذ قوانین و سایر اقدامات لازم را مدنظر قرار می‌دهد تا دارا شدن من غیرحق یعنی افزایش چشمگیر دارایی‌های یک مقام دولتی را که به صورت معقول نمی‌تواند درارتباط با درآمد قانونی خود توضیح دهد، موقعی که به صورت عمدی ارتکاب یابد، جرم کیفری تلقی شود».

ب) هر شخص دیگری که کار عمومی^۱ انجام می‌دهد از جمله برای نهاد یا مؤسسات عمومی یا همان طور که در قانون داخلی کشور عضو تعریف شده است و همان گونه که در زمینه مربوط قانون کشور عضو به کار رفته است، خدمات عمومی ارائه می‌دهد.

ج) هر شخص دیگری که به عنوان «مقام دولتی» در قانون کشور عضو تعریف شده باشد. برخی کشورها تعریف کارگزار عمومی را گسترش داده‌اند که شامل طیف وسیعی از افراد می‌شود که به منابع دولتی دسترسی دارند یا در راستای منافع عمومی عمل می‌کنند. برای نمونه کشور هند، کارگزاران عمومی را بدین صورت تعریف می‌کند؛ اشخاصی که در جهت منافع عمومی اقدام می‌کنند، خواه عنوان مستخدم دولت به خود بگیرند یا خیر و خواه توسط حکومت منصوب شده باشند یا خیر و محدوده خارجی این تعریف را مشخص نمی‌کند. در کشور بوتان، کارگزاران عمومی، نه تنها شامل مستخدمین دولتی بلکه شامل شخصی می‌شود که تحت یک سازمان غیردولتی یا سازمان‌های دیگری که از منابع و بودجه دولت استفاده می‌کنند، در حال خدمت‌رسانی بوده و هستند. این رویکرد، تأکیدی بر سوءاستفاده از موقعیت سپرده شده (امانتی) در ارتباط با کارگزاران عمومی را منعکس می‌کند که با هزینه و بودجه دولت ثروتمند شده‌اند (Muzila and others, 2012: 14).

۲-۱. دوره بهره‌مندی یا دوره بررسی^۲

دوره بهره‌مندی اشاره به دوره‌ای دارد که طی آن، یک شخص نسبت به داراشدن ناحق خود، مسئول تلقی گردد. توضیح روشن یک دوره بهره‌مندی به این منظور است تا ارتباطی بین افزایش چشمگیر ثروت و فعالیت شخص در بخش دولتی (عمومی) ایجاد کند. این تعریف یا تعیین محدوده برای یک دوره بهره‌مندی، می‌تواند یک هدف کاربردی در تعیین یک خط مبدأ برای مأموران تحقیق ارائه دهد. مقامات ملی سه رویکرد را در تعیین دوره بهره‌مندی اتخاذ نموده‌اند: تعریف منطبق با وظیفه یا کار شخص، یک دوره محدود بعد از ترک وظیفه‌شان، و یک دوره نامحدود. تجارب آموخته شده از این رویکردهای مختلف نشان می‌دهد که دوره بررسی، منطبق با دوران فعالیت کارگزار عمومی می‌باشد.

اگرچه کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی، استفاده موقتی از قانون داراشدن من غیرحق را توصیه نمی‌کند، به عبارت دیگر اعمال این مقررات را مقید به زمان نمی‌داند، اما می‌توان استنباط کرد که رجوع به کارمند دولت بیانگر این موضوع است که دوره مشمول بهره، منطبق با عملکرد

۱. در ضمیمه قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون مبارزه با فساد، کلمه Public را دولتی ترجمه نموده‌اند ولی به نظر می‌رسد با توجه به متن جمله، ترجمه صحیح آن «عمومی» باشد.

2. Period of interest or Period of Check

آن کارمند دولت می‌باشد. این رویکرد در اکثر قوانین ملی و کنوانسیون کشورهای آمریکایی برای مبارزه با فساد به کار گرفته شده است. برای نمونه کشور شیلی مقررات داراشدن من غیرحق را فقط برای کارمندان دولتی که طی خدمت خود، بنا حق دارا و ثروتمند شده‌اند عملی کرده است و بنابراین بررسی و بازرسی‌ها را فقط به کارمندان دولت که طی خدمت دولتی خود، دارا و ثروتمند شده‌اند محدود می‌کند (ماده ۲۴۱ قانون مجازات شیلی). کشور السالوادور نیز محدودیت‌های مشابهی دارد بدین صورت که داراشدن من غیرحق تنها زمانی مصداق پیدا می‌کند که از زمان مشغول به کار شدن تا زمان توقف یا قطع ارتباط با کار خود، افزایش ثروت و دارایی اتفاق افتاده باشد (Muzila and others, 2012: 16). بر این اساس، بازرسان و مأموران تحقیق می‌توانند در صورتی که این افزایش دارایی مطابق با درآمد قانونی کارمند نباشد زمان شروع به کار را به‌عنوان مبنای افزایش دارایی‌ها در طول خدمت وی در نظر بگیرند. نقطه ضعف رویکرد مزبور این است که کارمند عمومی می‌تواند برای در امان ماندن از تعقیب قانونی، دریافت رشوه را تا بعد از ترک خدمت خویش به تعویق اندازد.

برخی از کشورها سعی کرده‌اند این مشکل را با در نظر گرفتن دوره مشمول بهره‌مندی برای هفت سال بعد از اتمام خدمت کارمند دولت برطرف کنند. برای مثال کشورهایی همچون آرژانتین، کلمبیا و پاناما دوره مشمول بهره را بین دو تا پنج سال بعد از پایان خدمت کارمند دولت توسعه داده‌اند. (تبصره ۲ ماده ۲۶۸ مجموعه قوانین جزایی آرژانتین مصوب ۱۹۶۴) سایر کشورها این دوره را نامحدود نگه داشته‌اند یعنی هر شخصی که زمانی کارمند دولت بوده است ممکن است مشمول قانون داراشدن من غیرحق بشود (Ivana M. Rossi and others, 2017: 16).

۳-۱. افزایش چشمگیر^۱ دارایی‌ها

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، کنوانسیون کشورهای آمریکایی برای مبارزه با فساد و کنوانسیون اتحادیه آفریقا برای مبارزه با فساد، همگی برای شروع تعقیب کیفری، به اثبات افزایش چشمگیر دارایی‌ها نیاز دارند. مطابق متن پیش‌نویس کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی، واژه «چشمگیر» که در آن شروط خاصی حفظ گردیده است نشان از وجود اقداماتی از سوی چندین دولت بود و اطمینان بیشتری به اینکه شرایط و مقررات ماده مزبور به‌صورت غیرمنطقی مورد استفاده قرار نگرفته است ارائه می‌داد. (دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل، ۲۰۰۶: ۱۴) ملاحظات دوگانه‌ای در تعریف این رکن وجود دارد: نخست؛ چگونه تعیین کنیم که افزایش ثروت و دارایی‌ها چشمگیر و عظیم است؟ و دوم؛ کدام دارایی‌ها و شواهد دیگر را باید مدنظر قرار داد؟

کنوانسیون‌های بین‌المللی و مقررات داخلی واژه «چشمگیر» را به‌عنوان یک امر نسبی و نه مطلق تعریف می‌کنند. برای نمونه افزایش ثروت‌ها را می‌توان با منابع قانونی کسب درآمد و با استفاده از کلماتی مثل «دارایی‌های نامتناسب» دارایی‌هایی که منطبق با قانون نیستند یا دارایی‌هایی که فراتر از حد تناسب هستند مقایسه نمود. اکثر کشورها در قوانین خود، تعریفی از کلمه «نامتناسب» ارائه نداده‌اند و این مورد توسط دادستان‌ها و محاکم، مشخص و معین می‌شود.

برای نمونه در کشور هندوستان حد آستانه^۱ (حدی که با اغماض به آن نگریسته می‌شود) به میزان ده درصد منابع درآمد شناخته شده در حوزه قضایی آن کشور تعیین شده است.^۲ برخی از کشورها نمونه‌هایی از ارشادات را در قالب ضمانت‌اجراهای تصاعدی ارائه می‌نمایند، البته در این موارد، حدود آستانه عموماً در شرایط مطلق تعیین می‌شود (Muzila and others, 2012: 18).

مشخص نمودن حد آستانه برای مقوله داراشدن من غیرحق در قوانین موضوعه می‌تواند مانع از تعقیبات قانونی، مخصوصاً در جایی باشد که مقدار ثروت‌اندوزی ناچیز است. با این حال این مطلب را نشان می‌دهد که می‌توان سطح خاصی از فساد را تحمل نمود مگر آنکه از حد آستانه فراتر رود. در آن کشورهایی که دادستان اختیار صلاح‌دیدی برای تعقیب دارد، فشار افکار عمومی می‌تواند به‌وسیله ارائه کردن رهنمود به دادستان‌ها در نشان دادن سطوح آستانه در آنجایی که انتظار تعقیب می‌رود نادیده گرفته شود. یکی از مزیت‌های این امر، انعطاف‌پذیری دادستان‌ها را در تعقیب مواردی که در اوضاع و احوال استثنائی انجام و در زیر حد آستانه قرار دارند فراهم می‌آورد. در کشور پاکستان مقامات مبارزه با فساد، یک رویکرد جایگزین انتخاب نموده‌اند. به‌منظور تأکید بر زمان و منابع مالی (بودجه)، به‌عنوان یک سیاست کاری، در بررسی پرونده‌های کلان، پرونده‌های ناچیز که شامل میزان کمی از پول است به اداره مربوطه ارجاع می‌شود. اداره مربوطه می‌تواند خودش مستقیماً نسبت به عمل کارگزار عمومی رسیدگی نماید یا ممکن است پرونده را به نهادهای بازرسی و تحقیق دیگری ارجاع نماید.

انتقادات راجع به «افزایش چشمگیر دارایی‌ها» این است که کنوانسیون‌ها و مصوبات در ارتباط با رفتار مجرمانه (رکن مادی) که سازنده بزه می‌باشد شفاف نیستند. در کشور آرژانتین مفسران درخصوص مقررات تبصره ۲ ماده ۲۶۸ مجموعه قوانین جزایی، استدلال نموده‌اند که تعریف بزه داراشدن من غیرحق، در مطابقت با اصل قانونی بودن جرم و مجازات ناتوان است، امری که در اصل ۱۸ قانون اساسی محترم شمرده شده و قانون‌گذار ملزم شده هر رفتار ممنوع اعم از فعل و ترک فعل

1. Threshold

2. Krishnan and Agnahatri v. State of M.P. (1977), 1 SCC 816 (www.the-laws.com/Encyclopedia/Browse?Case?CaseId=006791115000)

را به روشنی تعریف نماید. در رابطه با قانون داراشدن من غیرحق کشور مکزیکی بحث شده است که عدم تعریف یک عمل یا اقدام خاص بدان معناست که بزه داراشدن من غیرحق، صرف تصرف ثروت به وسیله یک کارمند دولت و شخص مظنون به سوء رفتار را مجازات می‌کند و بنابراین به طرز روشنی مغایر با قانون اساسی است (Muzila and others, 2012: 20) به نقل از Diaz-Aranda, 2008: 98-100). قانون داراشدن من غیرحق در هنگ کنگ به دلایل مشابهی به عنوان یک معیار سختگیرانه‌ای که یک جرم فساد تشکیل نمی‌شود بلکه کارگزار عمومی را به صرف افزایش دارایی‌ها مجازات می‌کند مورد نقد قرار گرفته است (Wilsher, 2006: 31).

تفسیر دیگر این است که رفتار مجرمانه در بزه مزبور به ناتوانی در توجیه مربوط می‌شود: جرم مزبور یک ترک فعل را مورد توجه قرار می‌دهد تا یک فعل مثبت را. مطابق این نظر، کارگزار عمومی یک تکلیف قانونی برای توضیح منبع دارایی‌های خویش دارد و در صورت ناتوانی، مجرم شناخته می‌شود. هنجارهای بین‌المللی دیگری درخصوص اینکه چه رفتاری باید به طرز مناسبی به وسیله حقوق جزا تنظیم و تنسیق گردد ساکت هستند.

در نتیجه برخی از طرف‌داران (جرم‌انگاری) استدلال می‌نمایند که داراشدن و مالکیت اموال و منافع سؤال‌انگیز (مشکوک) به وسیله کارگزاران عمومی، رفتار مجرمانه آن‌هاست. دریافت، سرمایه‌گذاری و استفاده از منافع تحصیل شده منابع سؤال‌انگیز نیاز به مشارکت فعال کارگزار عمومی دارد. اموال باید خریداری، حفظ و استفاده شود و حساب‌های بانکی باید فعال و برای انتقال پول مورد استفاده قرار گیرند. شباهت آشکاری با جرم پولشویی و مالکیت مواد مخدر و اسلحه وجود دارد (Muzila and others, 2012: 20).

۴-۱. فقدان توجیه برای افزایش

کنوانسیون‌های سازمان ملل برای مبارزه با فساد، کنوانسیون کشورهای آمریکایی برای مبارزه با فساد و کنوانسیون مبارزه با جرم و فساد اتحادیه آفریقا همگی فقدان توجیه منطقی برای ثروتمند شدن را به عنوان یک رکن ضروری جرم داراشدن من غیرحق به این صورت که آن عبارت از افزایش چشمگیر در دارایی‌های کارگزار عمومی که او نمی‌تواند توضیح منطقی درباره آن‌ها بدهد مورد توجه قرار داده‌اند. ساختار اصلی این رکن به زعم بسیاری، قرار دادن بار اثبات به عهده کارگزار عمومی است. این رکن یکی از بحث‌برانگیزترین رکن‌هاست چون این مباحث مطرح می‌شود که مفهوم داراشدن من غیرحق، اصل اساسی فرض بیگناهی را نقض می‌کند و مربوط به تغییر و انتقال بار اثبات از دادستان به متهم است (Low, Bjorklund, and Atkinson, 1998).

۵-۱. قصد مجرمانه

کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد مالی، صراحتاً اثبات عنصر روانی یا قصد را در جرم داراشدن من غیرحق با درج عبارت «زمانی که با قصد انجام یافته باشد» ضروری دانسته است. مطابق سند پیش نویس کنوانسیون مزبور، در طول مذاکرات درخصوص کنوانسیون فوق، قید «زمانی که با قصد انجام یافته باشد» در ماده ۲۰ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، هماهنگ با دیگر مواد آن در فصل سوم قسمت جرم‌انگاری آورده شد تا این اطمینان حاصل شود که شروط و مفاد این ماده به طور غیرمنطقی استفاده نشود. به تبعیت از اصول مقرر شده در ماده ۲۸ کنوانسیون^۱ مزبور، لازم نیست شرایط ذهنی فرد متهم مشخص شود بلکه می‌توان عمل مجرمانه را از اوضاع و احوال عینی واقعی پرونده استنباط نمود. در پرونده‌های مربوط به داراشدن من غیرحق این استنباط می‌تواند برای نمونه از انتقال چشمگیر وجوه از طرف فرد یا نهادهایی که کارمند دولت هیچ رابطه تجاری مشروع با آن‌ها ندارد یا دریافت پول بسیار زیاد توسط کارمند دولت یا استفاده مستمر و ارادی از اموال مجلل که به صورت غیرقابل توضیحی تحصیل شده اند، حاصل آید.

به غیر از کنوانسیون مبارزه با فساد، هیچ یک از مقررات بین‌المللی و داخلی که داراشدن من غیرحق را جرم‌انگاری نموده‌اند و در این تحقیق مورد ارزیابی قرار گرفتند از قبیل کنوانسیون کشورهای آمریکایی برای مبارزه با فساد و کنوانسیون اتحادیه آفریقایی برای مبارزه با فساد، به صورت صریح قصد را به عنوان رکن جرم قلمداد ننموده‌اند. این ترک فعل نباید لزوماً به عنوان هدف تصویب‌کنندگان باشد، از آنجایی که قصد معمولاً به عنوان یک عنصر فراگیر در تعریف جرایم کیفری داخل در یک مجموعه قوانین کیفری وجود دارد و همین طور نیازی به شرح دادن آن در هر مورد و همه موارد نیست. در این رابطه شایان ذکر است که هر دو کنوانسیون اخیرالذکر، قصد را به عنوان یک رکن کاربردی برای سایر جرایم فساد، ذکر نکرده‌اند. در واقع در برخی از کشورهای مبتنی بر رویه قضایی (کامن‌لا) این فرضیه وجود دارد که قصد باید از مفاد مقررات تعریف‌کننده عناصر جرایم در جایی که ساکت هستند استنباط گردد.^۲

با این حال، برخی مفسرین استدلال نموده‌اند که دلایلی برای حذف نمودن ویژه قصد، در زمینه داراشدن من غیرحق توسط کارگزاران عمومی وجود داشته است. این نادیده گرفتن هدف دار قصد به عنوان یک رکن جرم، بزه مزبور را به عنوان یک جرم مبتنی بر مسئولیت مطلق تبدیل نموده است که

۱. ماده ۲۸: آگاهی، قصد و نیت به عنوان عناصر جرم: «آگاهی، قصد یا نیت لازم به عنوان عنصر جرم احراز شده براساس این کنوانسیون ممکن است از وضعیت واقعی عینی استنتاج شود».

2. Sweet v. Parsley (1970), AC 132

به دادستان اجازه تعقیب کارگزار را حتی زمانی که او به طور واقعی، ناآگاه از درآمد غیرقابل توضیح و افزایش در دارایی خالص خود باشد. معمولاً مسئولیت مطلق برای جلوگیری متهم از فرار از مسئولیت به وسیله ادعای جهل می‌باشد، در حالی که جامعه، خواهان جلوگیری از صدمه و افزایش ارزش اربابی بزه می‌باشد. در مورد داراشدن من غیرحق احتمال دارد که متهم به وسیله فراهم نمودن دفاع ناآگاهی، از مسئولیت فرار نماید. برای مثال؛ جایی که فردی برای او ناشناس است و وجوه به صورت تصادفی به حساب بانکی او ریخته شده‌اند و از حساب خارج نشده‌اند.

۲. مبارزه با ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی

جامعه برای تنظیم روابط اجتماعی میان مردم و حفظ اساسی‌ترین ارزش‌های حاکم بر روابط آن‌ها، ناچار است علیه بزهکاری و هنجارشکنی، از خود واکنش نشان دهد. ولی این واکنش نباید همانند واکنش فرد زیان‌دیده و یا خویشاوندان او خشن و کور کورانه باشد و نوعی انتقام‌جویی تلقی شود. واکنش جامعه باید به شکلی سازمان‌یافته و با توجه به اهداف خاصی ابراز شود (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۳۴).

در حوزه مبارزه و مقابله با یک پدیده اجتماعی مانند انواع جرایم ممکن است راهبردهای متنوعی از سوی دستگاه‌های حاکمیتی، اتخاذ شود این راهبردها طیف وسیعی از اقدامات را در بر می‌گیرد به نحوی که از پیشگیری‌های غیرکیفری و تقویت سازمان‌های مردم‌نهاد گرفته تا تصویب قوانین مرتبط و ایجاد نهادهای قضایی و اختصاصی را شامل می‌شود. مقوله نظارت بر اموال و دارایی‌های کارگزاران عمومی یکی از این موارد می‌باشد (نجارزاده اهری و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۴-۱) قضیه فساد مالی عموماً و داراشدن من غیرحق خصوصاً از این قضیه مستثنا نمی‌باشد. در این خصوص برای اینکه با مقوله نامبارک ثروت‌اندوزی فاقد توجیه کارگزاران عمومی مقابله شود نیاز به اتخاذ مجموعه‌ای از اقدامات است و نمی‌توان مثلاً با تصویب یک قانون خاص یا صرفاً با تقویت نهادهای عمومی مردم‌نهاد به مقابله با این امر همت گمارد. در این مقاله اقدامات کنشی (پیشگیرانه) با توجه به وسعت مباحث مورد نظر نبوده و صرفاً به تدابیر واکنشی (از نوع کیفری) پرداخته خواهد شد.

۲-۱. اقدامات واکنشی قهرآمیز به ثروت‌های فاقد توجیه

همانند اغلب جرایم، دولت‌ها می‌توانند مجازات‌های مختلفی را نسبت به جرم داراشدن من غیرحق تحمیل نمایند لکن مجازات باید با اهداف قانون هماهنگ باشند. اهداف عمومی مجازات‌ها و شرح مبسوط آن‌ها در کتب حقوق جزای عمومی آمده است لکن درخصوص بزه موضوع بحث، چهار هدف گسترده دنبال می‌شود: الف) اعاده زیان‌هایی که از طریق فساد به دولت وارد شده است. ب) مجازات نمودن کارگزاری که در بزه داراشدن من غیرحق دخالت داشته‌اند. ج) پیشگیری نمودن ایشان از

بهره‌مندی از عواید غیرقانونی و القای این پیام از طریق تعقیب کارگزاران فاسد مبنی بر اینکه جرم فایده و سودی ندارد و فراهم نمودن ارعاب مؤثر. د) سلب صلاحیت کارگزاران از طریق اخراج و مجازات حبس. این اهداف از طریق ترکیبی از جریمه‌ها، حبس و ضبط عواید حاصل از جرم ممکن می‌شود. نهایتاً علاوه بر حبس، کارگزاران عمومی ممکن است موضوع ضمانت‌اجراه‌های مدنی و اداری نیز قرار گیرند که شامل خاتمه دادن (انفصال) به خدمت، ممنوعیت انتخاب شدن در سمت‌های انتخابی و محدودیت در انتخاب نمودن است. این ضمانت‌اجراها سطوحی از ناتوان‌سازی را جهت جلوگیری از ارتکاب تخلفات و جرایم بیشتر فراهم می‌نمایند.

اغلب کشورها بر ترکیبی از ضمانت‌اجراه‌های مالی و حبس تکیه می‌کنند و مجازات حبس در جایی تحمیل می‌شود که کارگزار عمومی جریمه تعیین شده را پرداخت نکند. برخی از دولت‌ها استرداد دارایی‌های انباشته شده در دوره داراشدن من غیرحق را مدنظر قرار داده‌اند. برخی از کشورها از جمله شیلی، فیلیپین یا رومانی مجازات حبس را برای جرم مزبور مورد پذیرش قرار نداده‌اند و بر مجازات‌های مالی (اقتصادی) تأکید دارند. برخی کشورها در قانون داخلی خودشان نسبت به داراشدن من غیرحق مجازات‌های مالی را پیش‌بینی ننموده‌اند و فقط دوره‌ای از مجازات حبس را مقرر نموده‌اند. با این حال برخی از این کشورها رژیم‌های مصادره کیفری که به لحاظ نظری ممکن است متعاقب محکومیت اعمال شود را به رسمیت شناخته‌اند. در تمامی حوزه‌هایی که مجازات حبس را مقرر نموده‌اند دوره محکومیت به زندان در داخل یک محدوده حداقل ۱۴ روز و حداکثر ۱۲ سال تعیین می‌شود. اکثر کشورها در محدوده تعیین حبس ۲ تا ۵ سال قرار دارند. برای مثال دوره حبس مقرر شده در هندوستان می‌تواند از یک تا هفت سال باشد و محکوم علیه مسئول پرداخت جریمه است. بیشتر کشورها تعیین مجازات را کاملاً در اختیار دادگاه گذاشته‌اند با این حال برخی از کشورها مجازات‌های نسبی را بر مبنای مقدار خالصی که ثمره و حاصل داراشدن من غیرحق است مورد توجه قرار داده‌اند. به عنوان مثال کشور پاناما مجازات‌های قابل اعمال دوگانه‌ای را تحمیل می‌کند: سه تا شش سال در صورت محکومیت و پنج تا دوازده سال در صورتی که ثروت غیرقانونی بیش از صد هزار دلار آمریکا باشد (Muzila and others, 2012: 34). جریمه‌ها بستگی به شرایط هر پرونده و حوزه‌های قضایی دارد. در برخی مواقع آن جریمه‌ها معادل با ارزش عواید ناشی از داراشدن من غیرحق با مبلغی بیشتر به عنوان معیار تنبیهی هستند. در اکوادور، جریمه دو برابر میزان داراشدن من غیرحق است در ماداگاسکار میزان جریمه‌ها تقریباً ۵ هزار دلار تا ۲۰ هزار دلار است در کلمبیا تقریباً ۱۰۰۰ دلار است که با یک دوره حبس ۱ تا ۸ ساله تکمیل می‌شود (Muzila and others, 2012: 35). ضبط و مصادره عواید ناشی از داراشدن من غیرحق بر اساس محکومیت است.

در پرونده‌های مورد بررسی دو رویکرد اتخاذ شده است؛ در وهله نخست دارایی‌هایی که موضوع ضبط هستند ارتباط مستقیمی با این جرم داشته‌اند یعنی آن‌ها نمی‌توانند به‌طور منطقی توجیه گردند. رویکرد دیگر مصادره اموال به میزان تفاوت بین درآمد قانونی و کل دارایی است (از کل دارایی، درآمد قانونی کارگزار کسر و بقیه ضبط می‌شود) این رویکرد در آرژانتین اتخاذ شده است.

تبادل متناسب بین انواع مجازات‌های داراشدن من غیر حق به اهداف قانون‌گذار بستگی دارد. در جایی که هدف اولیه، پرداختن به انگیزه اقتصادی - که زیربنای رفتار فاسد است - باشد، دادن وزن بیشتر به استرداد، ضبط و جریمه‌ها و الزامی کردن این ضمانت‌اجراها در همه نمونه‌های جرم، مناسب خواهد بود. با این حال، قانون‌گذاران ممکن است در نظر داشته باشند که ضبط درآمد حاصل از فساد و ضمانت‌اجراهای اقتصادی اضافی ممکن است بازدارندگی کافی را ارائه ندهد و ممکن است انتظارات عمومی را در رابطه با مجازات مقامات فاسد برآورده نکند.

در حقوق کیفری ایران نسبت به اینکه ضمانت‌اجرای کیفری ثروت‌های فاقد توجیه چیست و آیا با مقررات موجود به جرم‌انگاری علی‌حده برای داراشدن من غیر حق نیاز است یا خیر؟ نمی‌توان صریحاً پاسخ گفت. از یک طرف اصل ۴۹ قانون اساسی^۱ و قانون مربوط به اجرای اصل مزبور مصوب ۱۳۶۳ را داریم و از طرف دیگر ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری (تحصیل مال از طریق نامشروع) بررسی این قوانین از نقطه نظر پاسخ به سؤال فوق‌الذکر ضروری است.

۲-۲. تحلیل اصل ۴۹ قانون اساسی

با دقت در اصل ۴۹ قانون اساسی^۲ متوجه می‌شویم که قانون‌گذار اساسی ۱۰ مورد (مصدق) که

۱. اصل چهل و نهم: «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوء استفاده از موقوفات، سوء استفاده از مقاطعه کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایرکردن اماکن فساد و سایر موارد غیر مشروع را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی به وسیله دولت اجرا شود».

۲. از جمله قوانین عادی مرتبط با اصل فوق عبارت است از: ۱- قانون الزام دولت جهت تهیه لایحه پیاده کردن اصل ۴۹ قانون اساسی در مدت ۴ ماه مصوب ۱۳۶۰ مجلس شورای اسلامی، ۲- قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی، ۳- قانون تمدید مهلت مقرر در تبصره ماده ۴ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۴ مجلس شورای اسلامی، ۴- قانون شمول اجرا قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ در مورد ثروت‌های ناشی از احتکار و گران‌فروشی و قاچاق مصوب ۱۳۶۸، ۵- دستورالعمل اجرایی قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۴ -۶ لایحه قانونی اساسنامه بنیاد مستضعفان مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب -۷ ماده ۱ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی و اساسنامه آن مصوب ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی.

در آن‌ها قواعد شرعی و قانونی در کسب مال و ثروت رعایت نشده‌اند را بر شمرده و در نهایت از عبارت «سایر موارد غیر مشروع» استفاده نموده است. به نظر می‌رسد مفهوم موارد غیر مشروع بر نویسندگان قانون اساسی شناخته شده بوده است و از آنجایی که مقنن نیز جزئی از جامعه ایران است (بلکه نماینده مردم جامعه) لذا توضیح بیشتری در خصوص موارد غیر مشروع ارائه نداده است. (چون فرض شده است که مسلمانان می‌دانند تحصیل مال نامشروع چیست) مع ذلک عبارت «سایر موارد غیر مشروع» مندرج در اصل مزبور می‌تواند موجد مباحثی شود، این عبارت از چند منظر قابل توجه است. نخست اینکه اصلاً مقصود از تعبیر غیر مشروع، مواردی غیر از شرع مقدس است که در قانون اساسی و قوانین عادی برای آن‌ها منع مشخصی وجود دارد یا اینکه همه مکاسبی که در آثار فقهی حرام و غیر شرعی دانسته شده‌اند را در بر می‌گیرد و محدود به ممنوعیت‌های اعلام شده از جانب قانون‌گذار نیست؟ توضیح این امر ضروری است که مکاسب محرمه شامل مبادلاتی است که بعضی از آن‌ها تجاوز به حق جامعه و بعضی از آن‌ها تجاوز به حق فردی و بعضی از آن‌ها هم تجاوز به حق فرد و هم تجاوز به حق جامعه می‌باشند و بدیهی است به مقدار تجاوزی که به حقوق افراد می‌شود شفافیت و جریان اطلاعات مورد نیاز را با مشکل مواجه می‌کند. بر این اساس و قاعدتاً درآمدهایی که ناشی از اکل مال به باطل است مورد حرمت قرار دارد. از قبیل اکل مال یتیم، احتکار، تلقی رکیان^۱، واسطه‌گری، غش در معامله و درآمد ناشی از قمار و میسر (سبحانی، ۱۳۸۰: ۵۹). مکاسب محرمه نزد فقهای امامیه به موارد مذکور خلاصه نمی‌شود. در کتاب منابع فقه شیعه تألیف مرحوم سیدحسین بروجردی احادیث راجع به مکاسب محرمه در یک مجلد جداگانه (جلد ۲۲) تدوین شده است، که در آن حدود ۱۷۲۵ حدیث راجع به کسب و پیشه و تجارت آورده شده است. با توضیحات ارائه شده از مکاسب محرمه به نظر می‌رسد نتیجه کسب و شغل حرام، همان تحصیل مال نامشروع باشد و تحصیل مال نامشروع از نظر شرع حرام است. وارد شدن به حوزه فقه و تجزیه و تحلیل مبانی فقهی نیازمند وقت بیشتری بوده و از آنجایی که بحث فقهی، هدف اصلی این نوشتار نیست به این مقدار بسنده می‌شود.

مسئله دوم نیز آن است که اگر چنانچه به تمثیلی بودن طرق نامشروع ثروت در اصل ۴۹ قائل

۱. تلقی رکیان یک اصطلاح فقهی می‌باشد که در باب تجارت بیان شده است و عبارت است از استقبال اهل شهر در خارج از شهر از کاروان‌های تجاری به منظور خرید کالاهای آنان به بهای کمتر یا فروش جنس به ایشان به قیمت گران‌تر از آنچه در شهر معامله می‌شود. برخی آن را حرام و برخی دیگر نیز آن را مکروه می‌دانند. (وبگاه ویکی فقه، مدخل تلقی رکیان)

شویم، باید مقصود از این موضوع مشخص و روشن شود. در واقع این عبارت، گویای عدم حصر موارد مذکور در اصل ۴۹ قانون اساسی است. عبارت «سایر موارد غیرمشروع» به چند نحو قابل تفسیر است؛ نخست اینکه به استناد اصل ۳۶ قانون اساسی سایر موارد غیرمشروع باید در قانون عادی تعیین شود و نمی‌توان آن را فراتر از موارد تعیین شده در قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی در نظر گرفت. تفسیر دیگر این است که سایر موارد غیرمشروع را به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید جزء مواردی دانست که حتی اگر در قانون حکم معینی نداشته باشد می‌توان به فتاوی معتبر فقهی رجوع نمود (کشتگر، ۱۳۹۷: ۲۵).

مفهوم کلی در این اصل که باید مورد توجه قرار گیرد، ثروت‌های غیرمشروع است. بنابراین هر امری که ذیل ثروت‌های نامشروع قرار گیرد مشمول حکم مندرج در اصل ۴۹ خواهد شد. به عبارت دیگر با وجود اینکه قانون‌گذار مصادیقی از امور نامشروع را ذکر کرده است با توجه به تمثیلی بودن این مصادیق، تقنین آن‌ها بی‌فایده به نظر می‌رسد در واقع این امکان وجود داشت که با ذکر عناوین کلی که شمول آن، همه این موارد را در برگیرد به خلاصه‌سازی و جامع‌سازی این اصل اقدام شود. همچنین به نظر می‌رسد اگرچه در این اصل برای همه عناوین تعیین تکلیف شده است لکن نمی‌توان برای همه مصادیق حکم واحدی صادر نمود (کشتگر، ۱۳۹۷: ۲۷).

یکی از قوانین مربوط به اصل ۴۹، قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی می‌باشد. آنچه از قانون مزبور به موضوع مقاله حاضر ارتباط پیدا می‌کند یکی ماده ۲ آن^۱ و دیگری نیز ماده ۴ قانون مزبور می‌باشد که به اموال مقامات قبل از انقلاب اشاره دارد. البته اخیراً در مجلس شورای اسلامی طرحی درخصوص اصلاح قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ تحت عنوان «اعاده اموال نامشروع مسئولان» تصویب و به شورای نگهبان ارسال شده است. طرح مزبور که هنوز به تصویب نهایی نرسیده است، در تاریخ ۱۳۹۸/۱۱/۰۱ مجدداً توسط مجلس شورای اسلامی اصلاح و ۲ تبصره به ماده ۱۹ طرح، الحاق و به شورای نگهبان ارسال شده است. بر اساس تبصره ۲ الحاقی اموال ناشی از استفاده ناروا و من غیر حق از موقعیت شغلی که نامشروع بودن آن‌ها مطابق موازین شرعی به تشخیص دادگاه به اثبات برسد مشمول این ماده است.

در ماده ۲ قانون مزبور مقنن ایرانی برخلاف مقنن کشورهای دیگر اصل برائت را در موارد تحصیل نامشروع مال، هم چنان محترم شمرده است و اموال اشخاص را مصون از تعرض دانسته است. بر

۱. ماده ۲: «دارایی اشخاص حقیقی و حقوقی محکوم به مشروعیت و از تعرض مصون است مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.»

این اساس در حقوق ایران در جرایم اقتصادی اماره مجرمیت به رسمیت شناخته نشده بود چراکه وفق مفهوم ماده فوق‌الاشعار، این مقام تعقیب بود که بار اثبات غیر مشروع بودن اموال را به دوش می‌کشید. حتی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ نیز به تقدم اماره مجرمیت بر فرض برائت اشاره‌ای نکرده بود. در حال حاضر می‌توان گفت که با تصویب اصلاحیه قانون مبارزه با پولشویی در تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۵ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، وفق تبصره ۱ و ۳ ماده ۲ به نوعی اماره مجرمیت مورد پذیرش واقع شده است. مطابق تبصره ۱ هرگاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد مسئولیت اثبات صحت آن‌ها برعهده متصرف است. منظور از علم در این تبصره و تبصره (۳) همان است که در قانون مجازات اسلامی برای علم قاضی تعریف شده است. در تبصره ۳ نیز مقرر شده است چنانچه ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد در حکم مال نامشروع محسوب و مرتکب در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشد به حبس درجه شش محکوم می‌شود. در هر صورت مال مزبور ضبط خواهد شد مگر اینکه تحصیل مشروع آن اثبات شود.

چنانچه ملاحظه می‌شود مقررات مزبور در مورد تمام اشخاص ساکن در قلمرو جمهوری اسلامی ایران در چهارچوب و بستر قانون اخیرالذکر حاکم است و از این امر نمی‌توان قاعده کلی نسبت به واکنش کیفری به ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران استخراج نمود.

ماده ۴ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ یکی از مهم‌ترین مصوبات مربوط به اصل مزبور است که حاکی از بررسی سوابق مقامات و مسئولین مندرج در ماده فوق بوده و اگر پس از بررسی، موردی کشف گردد که مشمول اصل ۴۹ باشد موضوع قابل شکایت در محاکم صالحه است. این مصوبه مهم هنوز اجرایی نشده است و حدود و ثغور بررسی سوابق و سازوکار آن هنوز مشخص نیست.

۳-۲. تحلیل ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری

هرچند یکی از مصادیق فساد مالی که در قانون ارتقاء سلامت نظام اداری مورد تصریح قرار گرفته است بزه تحصیل مال از طریق نامشروع است لکن برای اینکه مشخص شود این ماده قانونی می‌تواند جرم دارایی‌های فاقد توجیه را نیز مشمول گردد نیاز به بررسی مفاد ماده پیش گفته می‌باشد. قانون‌گذار در قسمت آخر ماده ۲ عبارت کلی به این شرح که «هر کس مالی بدست آورد که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی است مجرم محسوب می‌شود» را آورده است و این مورد نیز مانند عبارت «سایر موارد غیر مشروع» مندرج در اصل ۴۹ است و به ارائه تفسیرهای گوناگون منجر شده است. خلاصه اینکه مطابق قواعد حاکم بر حقوق کیفری از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات

و اصل تفسیر مضیق نصوص جزایی، باید قسمت ذیل ماده ۲ را در محدوده مثال‌های ذکر شده در صدر ماده تفسیر کنیم در غیر این صورت باید هر کسی را که با یک دروغ‌گویی ساده مالی به‌دست آورد وفق ضمانت اجرای مندرج در ماده مزبور مجازات نماییم (نجارزاده اهری، ۱۳۸۹: ۱۳۰).

با عنایت به مراتب مرقوم آیا ثروتمند شدن فاقد توجیه کارگزاران عمومی را می‌توان مشمول اصل ۴۹ قانون اساسی و قانون مربوط به نحوه اجرای آن اصل و ماده ۲ قانون تشدید دانست؟ در پاسخ باید گفت که در ثروتمند شدن فاقد توجیه، صرفاً با یک وضعیتی روبه‌رو هستیم که در آن، دارایی‌های کارگزار عمومی با درآمد قانونی وی متناسب نیست. در این وضعیت هنوز مشخص نیست که این اموال مشروع هستند یا غیر مشروع، چون که اگر نامشروع بودن این اموال محرز باشد موضوع روشن است و وفق ماده ۴ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹، از رهگذر بررسی سوابق مالی و در نهایت اعلام جرم یا شکایت توسط نهادها و مؤسسات مربوطه امکان تعقیب قانونی کارگزار فاسد وجود دارد. مطابق کنوانسیون مبارزه با فساد، مشروع بودن دارایی‌ها نیاز به اثبات دارد که بر عهده کارگزار عمومی است. به این صورت نیز می‌توان مطلب را بیان نمود که در قضیه داشتن ثروت فاقد توجیه، نخست باید نامتناسب بودن اموال با درآمد قانونی مشخص گردد که این امر مستلزم جمع‌آوری ادله و بررسی سوابق مالی و غیره می‌باشد و به عبارت دیگر مستلزم تشکیل پرونده توسط مقام تعقیب است. پس از اینکه نامتناسب بودن ثروت محرز شد موضوع اثبات مشروع یا نامشروع بودن این دارایی‌ها در دستور کار قرار می‌گیرد.

همان طوری که پیش‌تر نیز گفته شده است وفق کنوانسیون مبارزه با فساد و سایر اسناد بین‌المللی، کارگزار عمومی باید مشروع بودن ثروت خویش را اثبات نماید و قصور وی در اثبات مشروعیت، مساوی است با محکومیت. در حقیقت، فلسفه وجودی جرم‌انگاری داشتن ثروت فاقد توجیه در کنوانسیون مبارزه با فساد و سایر اسناد بین‌المللی این است که اگر کارگزاری به هر طریق ممکن بتواند فسادهای ارتكابی خویش را در طول دوران خدمتش مخفی کند و دستگاه‌های نظارتی و بازرسی مربوطه نیز نتوانند پرده از فعالیت‌های فاسد وی بردارند و چون فعالیت‌های فسادآمیز در نهایت به مال‌اندوزی منجر می‌شود فلذا در جهت جلوگیری از بی‌کیفر ماندن کارگزاران فاسد باید بر اموال و ثروت‌های اندوخته شده ایشان متمرکز شد. البته کنوانسیون‌های مزبور از این جهت که جرم مورد اشاره را صرفاً به خود کارگزار متوجه می‌نمایند و حداقل به خویشاوندان و بستگان درجه اول وی اشاره‌ای نداشته‌اند مواجه با ایراد به نظر می‌رسند چراکه کارگزار فاسد ممکن است برای فرار از ادای توضیح پیرامون مشروعیت دارایی‌ها و سپس محکومیت نهایی، اموال خویش را به اشخاص دیگری منتقل نماید.

در حقوق ایران، خارج از بستر قانون مبارزه با پولشویی هنوز مشخص نیست که تکلیف مقام تعقیب در مواجهه شدن با ثروتمندی غیرموجه (نه نامشروع) کارگزاران چیست؟ آیا تکلیف قانونی برای

بررسی سوابق مالی و وضعیت فعلی ایشان وجود دارد یا موضوع به صلاح‌دید دادستان‌ها^۱ واگذار شده است؟ در پاسخ می‌توان گفت که با بررسی قوانین مربوطه چنین تکلیفی برای دادستان‌ها مقرر نشده است و حتی اختیار صلاح‌دید نیز در این خصوص وضع نشده است. به عبارت دیگر یک چهارچوب قانونی مشخص در این زمینه وجود ندارد و مقررات مندرج در اصل ۴۹ قانون اساسی و ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء اختلاس و کلاهبرداری و همچنین قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی نمی‌توانند خلأ فقدان مقررات در خصوص جرم‌انگاری دارایی‌های فاقد توجیه را پر نمایند بنابراین نیاز به قانونی مستقل در خصوص مورد موضوع بحث ضرورتی انکارناپذیر است. حتی نمی‌توان گفت که وجود ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد مبنی بر جرم‌انگاری «داراشدن من غیرحق» که با ملحق شدن جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون مزبور وفق ماده ۹ قانون مدنی عملاً جزو قوانین داخلی می‌باشد نیازی به جرم‌انگاری علی‌حده نمی‌باشد؛ زیرا کنوانسیون فوق به‌عنوان نقشه راه مبارزه با فساد، دقیقاً در ماده ۲۰ مزبور جرم‌انگاری جداگانه را به عهده کشورهای عضو گذاشته است.

نتیجه‌ای که از این بخش گرفته می‌شود این است که صرف ثروتمند شدن فاقد توجیه کارگزاران عمومی در حقوق ایران موجب مسئولیت کیفری نیست و مقام تعقیب مانند جرایم دیگر اگر دلیلی بر نامشروع بودن اموال کارگزار عمومی داشته باشد می‌تواند وفق مقررات اقدام نماید. در واقع اقدام مقام تعقیب می‌تواند در جهت تعقیب یکی از عناوین کیفری مرتبط با کارگزاران عمومی باشد نه عنوان مجرمانه «داراشدن من غیرحق» و در حال حاضر در حقوق ایران، دادستان نمی‌تواند به کارگزاری که ثروت فاقد توجیهی دارند، تکلیف نماید که موجه بودن دارایی‌هایشان را به اثبات برسانند.

سؤالی که ممکن است در خصوص داراشدن من غیرحق مطرح شود این است که اگر افزایش ثروت کارگزار عمومی در طول دوران خدمت وی حاصل شود ولی این افزایش، ناشی از سوءاستفاده از موقعیت اداری نباشد در این صورت آیا بزه داراشدن من غیرحق مورد نظر کنوانسیون مبارزه با فساد اتفاق افتاده است؟ به عبارت دیگر، مثلاً ممکن است کارگزار عمومی از طریق تبانی با اشخاص حقیقی یا حتی با دروغ‌گویی ساده (بدون ارتباط با شغل اداری خویش) مالی به‌دست آورد آیا در این صورت نیز می‌توان گفت این کارگزار مطابق ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد، مرتکب داراشدن من غیرحق شده است؟ یا اینکه نیاز است ثروتمند شدن در راستای انجام وظایف و سوءاستفاده از موقعیت اداری باشد؟ در این باره می‌توان گفت که کنوانسیون مبارزه با فساد و سایر کنوانسیون‌های مرتبط برای جلوگیری از فساد مالی کارگزاران تنظیم شده‌اند و در تعریف فساد نیز گفته شد که فساد

۱. منظور از صلاح‌دید دادستان‌ها، مقتضی بودن تعقیب است که در مقابل قانونی بودن تعقیب به کار می‌رود.

عبارت از خرید منفعت شخصی در مقابل فروش اقتدار عمومی است یعنی شخص، مال یا امتیاز مالی می‌گیرد و در مقابل آن اقتدار یا منافع عمومی را واگذار می‌کند. در مانحن فیه چنین امری اتفاق نیافتاده است و شخصی که داراشدن وی در اثر موقعیت‌های خارج از اداره حادث شده باشد مرتکب فساد نشده است و می‌توان گفت مشمول مقررات مربوط به داراشدن من غیرحق نمی‌شود. بر این موضوع در اصلاح نهایی طرح اعاده اموال نامشروع مسئولان مصوب ۱۳۹۸/۱۱/۰۱ با عبارت «اموال ناشی از استفاده ناروا و من غیر حق از موقعیت شغلی» تأکید شده است. یکی از نویسندگان نیز موافق با این نظر می‌باشد (آقالار ثالث، ۱۳۹۶: ۲۸۷).

در اسفند ماه سال ۱۳۹۶ طرحی موسوم به «اعاده اموال نامشروع مسئولان» توسط برخی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی تنظیم گردیده بود که در این طرح برای اولین بار به اموال نامتعارف^۱ اشاره شده بود و این اموال هرچند به صورت ناقص و مترادف با اموال نامشروع تعریف شده بود. لکن در همان زمان با تذکر برخی از نمایندگان مبنی بر اینکه تصویب چنین قانونی دارای بار مالی برای دولت است و تکلیف آن مشخص نشده است طرح مزبور از دستور کار مجلس خارج گردید تا اینکه با پیگیری‌های طراحان اصلی، یک فوریت طرح مزبور با عنوان طرح قانونی «دوفوریتی» اعاده اموال نامشروع و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی در تاریخ ۱۴ بهمن ۱۳۹۷ در مجلس شورای اسلامی تصویب گردید^۲ و متأسفانه در طرح اخیر «اموال نامتعارف» از آن حذف شده و صرفاً «اموال نامشروع»^۳ مورد تعریف قرار گرفته است. نهایتاً در تاریخ ۹۸/۱۱/۰۱ اصلاح طرح اعاده اموال

۱. ماده ۲: «اموال نامتعارف اعم از اموالی است که به نحو نامشروع تحصیل شده یا اموالی که به دلیل دسترسی به قدرت یا اطلاعات ناشی از تصدی سمت تحصیل گردیده است. هیأت موظف است با رعایت اولویت نسبت به ثروت‌های بیشتر، ابتدا دارایی‌های افراد موضوع این قانون، همسر و فرزندان آنها را که بر اساس اطلاعات و مدارک واصله از مراجع نظارتی مندرج در ماده یک، مجموع دارایی آنها بیش از پنجاه میلیارد ریال است را مورد رسیدگی قرار دهد. در صورت وجود اطلاعات و مدارک مبنی بر نامشروع بودن اموال پایین تر از مبلغ مذکور رسیدگی به آن موارد نیز در اولویت بعدی صورت می‌گیرد.»

۲. پایگاه خبری قطره، کد خبر: ۴۱۸۰ تاریخ ۹۷/۱۱/۱۶

۳. ماده ۳: «اموال نامشروع، اموالی است که از طریق رفتار مجرمانه یا غیرقانونی یا سوءاستفاده از مقام و موقعیت شغلی و یا سوءاستفاده از اطلاعات ناشی از جایگاه تحصیل شده باشد. عواید اموال نامشروع نیز مشمول این ماده می‌باشد.»

تبصره - مفاد تبصره (۱) ماده (۲) قانون مبارزه با پولشویی مصوب سال ۱۳۸۶/۱۱/۰۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی و بند (الف) ماده (۱۱۷) قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ در اجرای این قانون مجری است.»

نامشروع و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی که به عنوان طرح الحاق موادی به قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی نیز از آن یاد می شود در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی تصویب شد. در تبصره ۳ ماده یک^۱ طرح مزبور به اموال مظنون به عدم مشروعیت اشاره شده است (بدون اینکه تعریفی از این نوع اموال به عمل آید) و همان طوری که از واژه ظن قوی فهمیده می شود، وجود ادله و مدارک قابل توجه، برای شروع بررسی ضروری است^۲ و چنانچه طرح مزبور مراحل تصویب را طی کند و تبدیل به قانون شود در آن صورت شاید بتوان گفت که در قوانین ایران، اموال نامتعارف یا فاقد توجیه کارگزاران عمومی همان اموال مظنون به عدم مشروعیت می باشد.

نتیجه

در تعریف و تبیین فساد صرف نظر از نظریات مختلف باید گفت که فساد در حقیقت فرایندی است که کارگزار عمومی با سوء استفاده از موقعیت اداری، اقتدار عمومی را در قبال منافع شخص خویش مبادله و معامله می کند. هر کشوری مبارزه با فساد را سرلوحه برنامه های اساسی خود قرار داده است؛ برای حصول حکمرانی خوب، گزیر و گریزی از مبارزه با فساد نیست. از مصادیق سنتی فساد مالی با تکیه بر اسناد بین المللی، می توان به ارتشاء، اختلاس و اعمال نفوذ و غیره اشاره نمود. اسناد بین المللی با توجه به حدوث مسائل جدید برخی از عناوین و مصادیق فساد را نیز مطرح نموده اند که قبلاً وجود نداشته اند. از جمله آن ها ارتشاء و اختلاس در بخش خصوصی و داشتن ثروت فاقد توجیه (داراشدن من غیر حق) است.

دارایی فاقد توجیه اساساً به این امر اشاره دارد که شخص کارگزار به چنان ثروتی دست می یازد که این ثروت در زمان تصدی شغل دولتی وی حاصل شده و با درآمد قانونی او نیز تناسب نداشته باشد. جرم انگاری ثروت های فاقد توجیه مربوط به دهه های اخیر بوده و یکی از فلسفه های اصلی جرم انگاری مزبور این است که دولت ها برای مبارزه همه جانبه با فساد مالی و برای فائق آمدن بر مسائل و مشکلات مربوط به جمع آوری ادله ارتکاب فساد، کارگزار عمومی را ملزم به اثبات مشروعیت دارایی های خویش می کنند و ناتوانی در اثبات مشروعیت مساوی است با محکومیت به

۱. تبصره ۳: «کلیه کسانی که ظن قوی در تحصیل اموال نامشروع به وسیله آنان با سوء استفاده از مقام و موقعیت افراد مشمول این قانون وجود دارد مشمول این قانون هستند.»

۲. ماده ۲- ... تبصره- «دادستان کل کشور مکلف است برای اجرای این قانون و احیای حقوق عامه رأساً یا متعاقب اعلام نهادهای ذیربط مبنی بر تحصیل اموال نامشروع از سوی اشخاص موضوع این قانون، بررسی های لازم را انجام داده و در صورت وجود ظن تحصیل مال نامشروع مطابق مقررات این قانون، پرونده را برای رسیدگی به دادگاه ارسال می کند.»

ضبط و مصادره دارایی فاقد توجیه. به عبارت دیگر کوتاهی و قصور در اثبات ریشه‌های قانونی اموال تحت تملک کارگزار عمومی، به این معنا خواهد بود که او اقتدارات و منافع عمومی را با منافع خصوصی خود مبادله نموده و در یک کلام مرتکب فساد شده است.

در حقوق برخی از کشورهای خارجی و نیز برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط، به چنین امری اشاره شده است. در تعریف و بررسی ارکان داراشدن من غیر حق چندین رکن باید مورد توجه قرار گیرد: نخست، اینکه اشخاص مورد نظر برای بررسی باید کارگزاران عمومی باشند که در کنوانسیون مبارزه با فساد به صراحت تعریف شده است و اشخاص خصوصی (غیرکارگزار)، مورد نظر نیستند. دوم، اینکه باید یک دوره بهره‌مندی یا دوره‌ای که شخص عهده‌دار خدمت عمومی بوده است مورد توجه قرار گیرد؛ ثروتمند شدن در دوره قبل از شروع به خدمت و یا در دوره بعد از اتمام خدمت، مطمح نظر نیستند مگر اینکه تحصیل مال در زمان پس از خدمت به طرز آشکاری مربوط به دوران خدمت باشد. به عبارت دیگر شخص دریافت مال حاصل از فساد را به زمان پس از بازنشستگی خویش موکول نماید. سوم، اینکه دارایی‌های شخص افزایش چشمگیری داشته باشد درخصوص افزایش چشمگیر، مباحث مختلفی مطرح شده است از جمله تعیین حد آستانه و تعیین میزانی از افزایش، که دارایی را چشمگیر می‌داند. چهارم، بررسی مقوله قصد است که در کنوانسیون مبارزه با فساد در توصیه به جرم‌انگاری داراشدن من غیر حق برخلاف سایر کنوانسیون‌ها لزوم احراز قصد پیش‌بینی شده است. پنجم، اینکه توجیه و توضیحی منطقی برای افزایش دارایی‌ها وجود نداشته باشد.

برای مبارزه با فساد عموماً و داراشدن من غیر حق خصوصاً، راهبردهایی را اعم از کنشی و واکنشی می‌توان برشمرد که اقدامات کنشی (پیشگیرانه) موضوع مقاله حاضر نمی‌باشند. در بحث واکنش کیفری نسبت به ثروت‌های فاقد توجیه، اصل ۴۹ قانون اساسی و قانون نحوه اجرای اصل مزبور به همراه ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء اختلاس و کلاهبرداری و قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ در این خصوص قابل بررسی هستند. با دقت در مفاد مقررات یادشده، هرچند مفاهیم و عنوان کلی نسبت به واکنش به «ثروت‌های غیر مشروع» وجود دارد لکن بحث ثروت‌های غیرمتعارف یا فاقد توجیه، با اموال نامشروع متفاوت است. ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد که با تغییرات جزئی در برخی از کنوانسیون‌های دیگر نیز وجود دارد ناظر به حالتی است که هنوز نامشروع بودن ثروت محرز نشده است و این اموال نیاز به توضیح دارند و دولت‌ها توصیه شده‌اند با اتخاذ یک سیاست جنایی خاص، کارگزاران عمومی را ملزم نمایند تا موجه یا ناموجه بودن این اموال را اثبات کنند. وقتی می‌گوییم ثروت فاقد توجیه یعنی ثروتی که کارگزار عمومی نتوانسته است تناسب آن‌ها را ثابت کند و همان طوری که گفتیم برخلاف نظام حقوقی ایران در نظام

حقوقی اکثر کشورها این اموال در معرض ضبط و مصادره هستند.

لفظ ثروت نامتعارف زمانی به کار می‌رود که هنوز هیچ بررسی نسبت به این اموال نشده است و در بادی نظر، اموال در اختیار و در تصرف کارگزار عمومی با درآمد قانونی و شناخته شده‌ی وی تناسبی ندارد و دادستان با استفاده از ابزارهای قانونی که در اختیار دارد درصدد تشکیل پرونده برای اثبات مشروعیت این اموال است. چنین مقرراتی هنوز در قلمرو حقوق کیفری ایران وارد نشده است بنابراین در حقوق ایران فعلاً نمی‌توان واکنشی را اعم از کیفری و غیرکیفری نسبت به چنین اموالی تصور نمود و جا دارد مقنن با مدنظر قرار دادن تفاوت بین اموال نامتعارف و اموال غیر مشروع سیاست جنایی خویش (جمع واکنش‌ها) را نسبت به پدیده فساد تنظیم نماید. همان طوری که پیش‌تر بیان شد از قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ نمی‌توان به صورت مطلق در خصوص برخورد با ثروت‌های فاقد توجیه کارگزاران عمومی استفاده نمود و قانون مزبور در بستر و محدوده خویش قابلیت اعمال دارد و ممکن است کارگزار عمومی نیز با شرایط مقرر، مشمول قانون گردد. فلذا ضروری است قانون‌گذار، مقررات جامع و مانعی در خصوص کارگزاران عمومی تصویب نماید. اخیراً پس از ایراد شورای نگهبان به طرح موسوم به اعاده اموال نامشروع مسئولان^۱، در تاریخ ۹۸/۱۱/۰۱ اصلاحیه طرح مزبور که در آن، به اموال نامشروع و اموال مظنون به عدم مشروعیت اشاره شده است در مجلس شورای اسلامی تصویب و مجدداً به شورای نگهبان ارسال شده است. با تصویب نهایی این طرح به نحو قابل توجهی خلأ موجود در خصوص اموال فاقد توجیه در حقوق ایران رفع خواهد شد.

در نهایت در واکنش کیفری نسبت به اموال فاقد توجیه کارگزاران عمومی پیشنهادهایی به شرح ذیل ارائه می‌گردد: تدوین و تصویب قانونی ویژه، منطبق با آموزه‌های کنوانسیون مبارزه با فساد و سایر اسناد بین‌المللی مرتبط، با ویژگی‌های زیر:

۱. تعریف دارایی‌های فاقد توجیه و تفکیک آن‌ها از دارایی‌های نامشروع و مشخص نمودن اینکه چه میزان اموال در اختیار کارگزاران عمومی می‌تواند فاقد توجیه تلقی شود (اشاره به حد آستانه) و اشاره به انواع اموالی که می‌توانند دارایی یک شخص را تشکیل دهند و تصریح به اینکه اموال فاقد

۱. طرح اعاده اموال نامشروع مسئولان و نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی در اسفند ماده ۱۳۹۶ با دو فوریت تصویب شده بود که امضای حدود ۱۸۰ نماینده ذیل آن بود که بنا به دلایلی نامشخص طرح مزبور مسکوت ماند و در تاریخ ۱۴ بهمن ۱۳۹۷ یک فوریت طرح مزبور تصویب شد و مواد آن تصویب و به شورای نگهبان ارسال شد و پس از بررسی، شورای نگهبان ایراداتی به آن مطرح نمود و در نهایت در اول بهمن ماه ۱۳۹۸ اصلاحیه طرح مزبور در مجلس تصویب و به شورای نگهبان ارسال شد.

توجیه باید با سوءاستفاده از موقعیت اداری حاصل شده باشد.

۲. اموال در اختیار خویشاوندان نزدیک کارگزار عمومی نیز به مانند اموال خود کارگزار، مورد نظر قانون‌گذار باشد. (از حیث موجه بودن یا ناموجه بودن اموال ایشان)

۳. مشخص نمودن تکلیف مقام تعقیب و نحوه اقدام آن‌ها در برخورد با اموال فاقد توجیه کارگزاران عمومی.

۴. جهت جلوگیری از بی‌کیفر ماندن کارگزاران فاسد، اماره مجرمیت بر فرض برائت مقدم دانسته شود.

تعیین ضمانت اجرای متناسب از قبیل حبس و مقرر نمودن مجازات مصادره برای اموالی که فاقد توجیه است و پیش‌بینی ضمانت اجرای اداری متناسب از قبیل اخراج و تنزل پایه و غیره.

منابع

فارسی

- آقار ثالث، سامان (۱۳۹۶)، سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرم تحصیل مال از طریق نامشروع، تهران: انتشارات میزان.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۴)، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، تهران: انتشارات میزان.
- دادخدایی، لیلا (۱۳۹۱)، فساد مالی - اداری و سیاست جنایی مقابله با آن، تهران: انتشارات میزان.
- دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد (۱۳۸۷)، رهنمودهای تقنینی جهت اجرای کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، مترجم: حمید بهره مند بگ نظر، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۹۱)، راهبردهای مبارزه با فساد اداری، تهران: انتشارات جنگل.
- سبحانی، حسن (۱۳۸۰)، «بررسی عناصری از مناهای اقتصادی در احکام اسلامی»، مجله تحقیقات اقتصاد دانشگاه تهران، شماره ۵۸.
- فرهمندفر، حیدر (۱۳۸۸)، «الزامات قانون‌گذار ایران پس از الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی»، مجله کارآگاه، دوره ۲ شماره ۷.
- کرم خانی، مرتضی (۱۳۹۷)، «مال و ثروت از دیدگاه قرآن»، خبرگزاری اهل بیت، وبگاه اینترنتی www.fa.abna24.com کد خبر ۷۳۸۳۵۴.
- کشتگر، امیر (۱۳۹۷)، «سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸»، بررسی اصل چهل و نهم، پژوهشکده شورای نگهبان.
- لانگست، پیترو و دیگران (۱۳۸۷)، برنامه‌های جهانی برای مبارزه با فساد، ترجمه: امیرحسین جلالی فراهانی و حمید بهره مند بگ نظر، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- محسنی، فرید (۱۳۹۲)، «پیشگیری از فساد اداری با تأکید بر فناوری اطلاعات»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۱.
- میرسعیدی، سیدمنصور و حجت نجارزاده اهری (۱۳۹۱)، «داراشدن من غیرحق در حقوق ایران در پرتو کنوانسیون مبارزه با فساد»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۲۱.
- نجارزاده اهری، حجت (۱۳۸۹)، سیاست جنایی ناظر به تحصیل مال از طریق نامشروع در حقوق ایران و کنوانسیون مریدا، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی تهران، به راهنمایی دکتر سید منصور میرسعیدی.
- نجارزاده اهری، حجت، محمدعلی اردبیلی و نسرين مهرا و محمدعلی مهدوی ثابت (۱۳۹۹)، «پیشگیری از فساد مالی در پرتو نظارت بر اموال و دارایی کارگزاران عمومی» مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.

انگلیسی

- Gacheri Kamunde, Nelly, The crime of illicit enrichment under international anti-corruption legal regime, at: <http://www.kenyalaw.org>, 2010
- Ivana M. Rossi, Laura Pop, and Tammar Berger, Getting the Full Picture on Public Officials: A How-to Guide for Effective Financial Disclosure, at: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25735/97814>

64809538.pdf?sequence=2&isAll

- Low, Lucinda A., Andrea K. Bjorklund, and Kathryn C. Atkinson (1998), "The InterAmerican Convention against Corruption: A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act Virginia", **Journal of International Law**, 38 (Spring).
- Muzila, Lindy and others (2012), On the take, criminalizing illicit enrichment to fight corruption, Stolen Asset Recovery Initiative. The world bank.
- Wilsher, Dan, Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respect human rights in corruption cases, at:
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10611-006-9016-6.pdf>.

ارزیابی و امکان‌سنجی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی با تأکید بر حقوق ایران

جعفر نظام‌الملکی*

چکیده

ایجاد مراجع قضایی استثنایی برای دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی دارای مزایا و در مقابل معایبی چند است. هزینه بالای بدون توجه، زمینه‌سازی سوءاستفاده و تخلف، تضعیف عمومیت‌نگری در قضات، دشواری دسترسی عمومی افراد به این مراجع و تضعیف استقلال دادگاه مهم‌ترین معایبی است که برای مراجع قضایی استثنایی رسیدگی به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی مطرح گردیده است. در مقابل، ایجاد و حفظ رویه خاص یکپارچه و منسجم در دکتین و رویه قضایی، ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی، بهبود و تسریع فرایند رسیدگی و صدور آرا در این حوزه، کاهش هزینه‌های مربوط به دادخواهی نزد مراجع قضایی، پویایی سیستم قضایی یک کشور در زمینه تحولات علمی و عملی در حوزه مالکیت صنعتی و بهبود حمایت از کسب‌وکار مهم‌ترین مزایای این نوع از مراجع هستند. مقاله حاضر درصدد است با روش توصیفی و تحلیلی بر اساس توجه به جنبه کاربردی و عملی موضوع به ارزیابی و امکان‌سنجی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی مالکیت صنعتی بر مبنای مزایا و معایب مذکور بپردازد. نتایج تحقیق حاضر نشان می‌دهد مراجع قضایی استثنایی در هریک از اشکال و صور آن برای تمامی کشورها کارآمد نبوده و در کشورهایی همچون کشور ما ایجاد آن‌ها به واسطه وضعیت مالکیت صنعتی، حجم دعاوی و شکایات مربوط و ساختار و سازمان مراجع قضائوتی و نحوه رسیدگی آن‌ها فاقد توجیه است. در حال حاضر در حقوق ایران الگوی اتخاذی در مواد ۸ و ۹ لایحه آیین دادرسی تجاری مبنی بر تشکیل دادگاه‌های تجاری در کلیه مراکز استان‌ها (ماده ۸)، که برخی از شعب آن به مالکیت فکری اختصاص یابد (ماده ۹)، منوط به آنکه صلاحیت این دادگاه‌های تجاری نسبت به رسیدگی به جرایم مالکیت صنعتی نیز تعمیم یابد، الگوی بسیار مناسبی می‌باشد. **واژگان کلیدی:** مطلوبیت، مراجع قضایی استثنایی، حقوق مالکیت صنعتی، حقوق ایران

مقدمه

هر حق آنگاه حق در مفهوم واقعی خود تلقی می‌شود که در عمل قابل مطالبه و احقاق باشد. در هر نظام حقوقی علاوه بر قواعد ماهوی در مقام ثبوت حق (حقوق تعیین‌کننده)، قواعد مربوط به اثبات و اجرای حق (حقوق تضمین‌کننده) نیز جزئی لاینفک است (شمس، ۱۳۹۶: ۱۸). حقوق مالکیت فکری نیز از این قاعده مستثنا نیست. این چنین در مباحث مربوط به ساختار و مدیریت حقوق مالکیت فکری یکی از اجزای اصلی را ضمانت اجرای آن دانسته‌اند (عباسی و اخگر، ۱۳۹۱: ۱۳۵ و ۲۵۰ و ۲۸۰ و ۲۸۹). اهمیت اجرای حق در حوزه حقوق مالکیت فکری تا حدی است که بر مبنای شواهد تاریخی و تجربی اجرای مطلوب و حمایت متناسب از حقوق مذکور نتایج کارآمدی در کشورهای دارای سطوح مختلف توسعه اقتصادی و تکنولوژیکی و بخش‌های مختلف اقتصادی دارد (Li, Xuan and M. Correa, 2009: 3).

ضمانت اجرای حق در گرو وجود مراجع دادگستری جهت اعمال و اجرای آن است. امروزه برای اجرای حق، صرف نظر از مراجعه به محاکم دادگستری، برخی طرق دیگر با عنوان طرق جایگزین حل اختلاف شامل داوری، میانجیگری، سازش و... پیش‌بینی گردیده است. در این میان داوری مهم‌ترین جایگاه را به خود اختصاص داده است. این همه در حالی است که، در حوزه حقوق مالکیت فکری با توجه به تردیدهای موجود در زمینه داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری (در این زمینه نک: بهمنی و شیخ عطار، ۱۳۹۵: ۶۴-۳۱ و شیروی، ۱۳۹۱: ۸۳ و حبیب و شوشتری: ۱۳۹۹: ۱۶۵-۱۴۷) مراجع دادگستری نقش و موقعیت ویژه‌ای در زمینه حل و فصل اختلافات مالکیت فکری می‌یابند.

حقوق مالکیت فکری به دو شاخه اصلی حقوق مالکیت صنعتی^۱ و حقوق مالکیت ادبی و هنری^۲ تقسیم می‌گردد. حقوق مالکیت صنعتی مجموع حقوق و سلطه یا اقتداری است که بر موضوعات مختلف صنعتی، نظیر اختراعات^۳ و هرگونه پدیده خلق شده‌ای که خصوصیات صنعتی یا تجاری داشته باشد بار می‌شود و به مالک آن حق می‌دهد تا به‌طور انحصاری ولی موقتی از آن بهره‌برداری کند (امامی، ۱۳۹۰: ۳۶۲). این چنین حقوق مالکیت صنعتی با نوآوری‌ها در حوزه مالکیت صنعتی مرتبط است و دارای جنبه تخصصی و فنی می‌باشد. بر این اساس در فهم مسائل حقوقی این حوزه فهم ابتدایی از مفاهیم فنی نیز لازم است. در این راستا همواره در کشورهای مختلف این نظریه مطرح و حتی اعمال گردیده است که رسیدگی به دعاوی و شکایات در این حوزه توسط مراجع خاص و

1. Industrial Property Law

2. Literary and Artistic Law

3. Patents

استثنایی به عمل آید. البته این امر نسبی بوده و تابع مؤلفه‌های چندی از منظر وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی، حجم دعاوی و شکایات و ساختار و سازمان مراجع قضاوتی و نحوه رسیدگی آن‌ها و همچنین ارزیابی مزایا و معایب این نوع مراجع در آن کشور است. بنابراین، قبل از تشکیل این نوع مراجع در هر کشوری باید به این سؤال اساسی پاسخ داد که آیا تشکیل مراجع قضایی استثنایی در آن کشور بر مبنای جهات مذکور مطلوبیت دارد یا خیر؟

مقاله حاضر درصدد است به ارزیابی و امکان‌سنجی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی با تأکید بر حقوق ایران بپردازد. در این راستا نخست به ارزیابی عمومی مطلوبیت این نوع از مراجع به‌طور کلی پرداخته و سپس به ارزیابی اختصاصی مطلوبیت مذکور در اشکال و مدل‌های مختلف مراجع قضایی استثنایی، یعنی مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و تجدیدنظر، مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و همچنین مراجع قضایی استثنایی در مرحله تجدیدنظر خواهیم پرداخت. در نهایت و بر مبنای مطالب مذکور ارزیابی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی برای حقوق ایران آخرین و مهم‌ترین قسمت مقاله حاضر را به خود اختصاص خواهد داد.

۱. ارزیابی و امکان‌سنجی عمومی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی در دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی

در بحث از ارزیابی عمومی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی در دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی نخست به بررسی معایب مراجع قضایی مذکور پرداخته، سپس مزایای مراجع مذکور مورد بحث واقع می‌گردد و در نهایت بر مبنای مزایا و معایب مذکور به جمع‌بندی کلی در خصوص مطلوبیت آن‌ها اقدام می‌گردد.

۱-۱. معایب مراجع قضایی استثنایی در دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی

مهم‌ترین معایب مراجع قضایی استثنایی در دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی عبارتند از هزینه بالای بدون توجیه، زمینه‌سازی سوءاستفاده و تخلف، تضعیف عمومیت‌نگری در قضات، دشواری دسترسی عمومی افراد به این مراجع و تضعیف استقلال دادگاه که در ذیل به تبیین هر یک از این موارد می‌پردازیم.

۱-۱-۱. هزینه بالای فاقد توجیه

در غالب منابعی که به بررسی مزایا و معایب مراجع قضایی استثنایی در حوزه حقوق مالکیت صنعتی پرداخته‌اند اولین و مهم‌ترین معایب این نوع مراجع هزینه بالای فاقد توجیه ذکر گردیده

است.^۱ در اینجا منظور از هزینه، هزینه دادرسی نمی‌باشد، بلکه منظور هزینه‌های عمومی ایجاد و اداره مراجع قضایی استثنایی در زمینه مالکیت صنعتی می‌باشد (رئیس، ۱۳۸۸ و de Werra, 2019).

هزینه‌های فوق از یک سو ناظر بر هزینه‌های ایجاد، نگهداری و اداره روزمره برخی دادگاه‌های خاص برای رسیدگی به دعاوی مالکیت صنعتی، آن هم به صورت مستقل، به عنوان مرجع قضایی دارای صلاحیت انحصاری، بوده و از سوی دیگر ناظر بر هزینه آموزش نیروی انسانی و متعاقباً به کارگیری قضات و کارمندان متخصص در حوزه عملکرد خود در زمینه دعاوی مالکیت صنعتی است (International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007). البته با توجه به سیر تحولات این حوزه آموزش و تخصص مذکور در وهله‌های زمانی باید با آموزش جدید یا به کارگیری نیروهای جدید به روزرسانی گردد. امری که قطعاً مستلزم صرف هزینه فراوان است. مسئله هزینه فراوان غیرقابل توجیه از یک سو تابع متغیر قابلیت و توان یک کشور در تأمین هزینه فوق و از سوی دیگر حجم دعاوی مالکیت صنعتی در آن کشور می‌باشد. بدیهی است اگر کشوری توان تأمین مخارج دادگاه‌های انحصاری برای دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی را نداشته باشد توجیهی برای ایجاد دادگاه‌های مذکور باقی نمی‌ماند. به علاوه حتی در فرض وجود توان ایجاد چنین دادگاه‌هایی در یک کشور باید ضرورت و توجیه قابل قبولی در این زمینه از حیث حجم دعاوی و شکایات موجود باشد؛ زیرا برای تعداد محدود دعاوی و شکایات نمی‌توان دادگاه استثنایی را با صرف هزینه سنگین ایجاد نمود. بنابراین ایجاد یا عدم ایجاد دادگاه‌های استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی تابع دو مؤلفه اساسی است: ۱. قابلیت ایجاد و اداره این نوع از دادگاه‌ها از حیث توان اقتصادی و ۲. قابلیت توجیه ایجاد این نوع از دادگاه‌ها بر مبنای حجم و تعداد زیاد دعاوی و شکایات در حوزه مالکیت صنعتی.

معیارهای فوق نسبی بوده و تابع شرایط و موازین یکسانی در کشورهای مختلف نیست و ممکن است از کشوری تا کشور دیگر متفاوت باشد؛ چنان‌که به طور مثال برای یک کشور در حال توسعه، حتی در فرض وجود دعاوی و شکایات متعدد در حوزه مالکیت صنعتی، فقدان توان ایجاد دادگاه انحصاری و مستقل در عمل مانع ایجاد چنین دادگاهی خواهد بود، اما در مقابل برای یک کشور

۱. در این زمینه نک: رئیس، ۱۳۸۸: ۱۳۴ و ۱۳۵ و منابع انگلیسی ذیل:

International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007: 28 and de Werra, 2016 and International Intellectual Property Institute (IIPI) and the United States Patent and Trademark Office (USPTO), 2012: 7 and 8.

توسعه‌یافته، با حجم دعاوی و شکایات کمتر، سیاست‌ها و چشم‌اندازهایی همچون ارتقای حقوق مالکیت صنعتی یا جذب سرمایه‌گذاری‌های دانش‌بنیان توسط مبتکرین سایر کشورها در کشور مذکور، به خوبی ایجاد دادگاه‌های انحصاری و مستقل برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مربوط به حقوق مالکیت صنعتی را توجیه می‌نماید.

در مجموع باید گفت آنچه از آن با عنوان هزینه بالای فاقد توجیه، به‌عنوان یکی از معایب حقوق مالکیت صنعتی، یاد می‌شود، معیاری نسبی بوده و نه مانعی دائمی. با اتخاذ سایر مؤلفه‌ها همچون ارتقای حقوق مالکیت صنعتی یا جذب سرمایه‌گذاری‌های دانش‌بنیان توسط مبتکرین سایر کشورها، جلوگیری از خروج و فرار نخبگان در حوزه مالکیت صنعتی، با فرض وجود حجم متوسط دعاوی و شکایات حقوق مالکیت فکری، حتی در کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته، دیگر مانع و عیب هزینه بالای فاقد توجیه موضوعیت نداشته و می‌بایست نسبت به ایجاد این نوع مراجع به‌عنوان اقدامی در مسیر توسعه اقدام گردد؛ زیرا به شرحی که در بحث از مزایا خواهد آمد نفس حمایت‌های قضایی مناسب در قالب مراجع تخصصی در حوزه حقوق مالکیت صنعتی موجب بهبود حمایت از کسب‌وکار، ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی و پویایی سیستم قضایی در زمینه تحولات علمی و عملی حوزه مالکیت صنعتی می‌گردد؛ اموری که نقش ویژه‌ای در توسعه اقتصادی یک کشور ایفا می‌نماید.

۲-۱-۱. زمینه‌سازی سوءاستفاده و تخلف

یکی از معایب جدی و مهمی که در ارتباط با ایجاد و استفاده از دادگاه‌های انحصاری حقوق مالکیت فکری مطرح گردیده زمینه‌سازی سوءاستفاده و تخلف می‌باشد. این امر از جهات مختلف مطرح گردیده است: نخست آنکه این نوع از دادگاه‌ها احتمال سوءاستفاده توسط برخی از اصحاب دعوا را فراهم می‌سازد؛ بدین نحو که، با توجه به ارجاع تمامی دعاوی مالکیت صنعتی به این نوع از مراجع اصحاب دعوا شناخت ویژه‌ای نسبت به آن‌ها و قواعد حاکم بر آن پیدا می‌نمایند. در این وضعیت این‌گونه افراد به دلیل اقامه مکرر دعاوی از راه‌های فرار و دور زدن قانون تا حدود زیادی مطلع گردیده و ممکن است دعوا را با سوءاستفاده از این اطلاعات اقامه نمایند (رئسی، ۱۳۸۸: ۱۳۵). مورد دیگری که در ارتباط با زمینه‌سازی سوءاستفاده به واسطه ایجاد این نوع مراجع قضایی مطرح گردیده احتمال تبانی است؛ بدین نحو که، با توجه به وجود تعداد محدود قضات و کارمندان اداری و وکیل در این مراجع به واسطه ماهیت تخصصی آن‌ها زمینه ایجاد تبانی بین قضات و یا کارمندان اداری با وکلای متخصص در این نوع دعاوی و شکایات افزایش می‌یابد. در نهایت اینکه گفته شده است تعداد محدود قضات و کارمندان اداری و وکلای مورد استفاده در دعاوی و شکایات مالکیت

صنعتی و ایجاد آشنایی و صمیمیت در بین آن‌ها عملاً موجب کاهش غیر موجه رسمیت مورد نظر در این نوع مراجع و تعامل و اقدامات در قالب غیررسمی و در نتیجه تضعیف تشریفات ضروری در ارتباط با این نوع دعاوی و شکایات و نحوه اداره دادگاه‌ها و دعاوی و شکایات مذکور می‌گردد (International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007). البته به نظر می‌رسد این عیب، بیش از آنکه به نفس ایجاد مراجع استثنایی برگردد، ناظر بر ساختار قضایی کشور و ضعف در میزان و کیفیت نظارت سازمانی بر سلامت و یا فساد مراجع رسیدگی کننده می‌باشد.

۳-۱-۱. تضعیف عمومیت‌نگری در قضات

یکی دیگر از معایب ایجاد مراجع قضایی استثنایی را تضعیف عمومیت‌نگری در قضات دانسته‌اند؛ بدین معنا که ایجاد مراجع قضایی استثنایی عملاً موجب تک‌بعدی شدن قضات رسیدگی کننده و تضعیف عمومیت‌نگری حقوقی در آن‌ها می‌شود؛ یعنی قاضی دیگر به مسائل خارج از حوزه حقوق مالکیت صنعتی اشراف و توجهی نخواهد داشت. این امر دارای تبعات سوء چندی است؛ از جمله و به‌ویژه آنکه با توجه به اینکه برخی از دعاوی و شکایات در حوزه حقوق مالکیت صنعتی از حیث حقوقی چندبعدی است و با سایر حوزه‌های حقوق در ارتباط است قاضی دیگر قادر به رسیدگی کامل و مطلوبی به این نوع از دعاوی و شکایات نخواهد بود. اثر سوء دیگر این وضعیت آن خواهد بود که با توجه به تک‌جانبه‌نگری فوق عملاً حوزه حقوق مالکیت صنعتی از سایر حوزه‌های حقوقی مهجور افتاده و از تحولات و توسعه حقوق به‌طور کلی محروم خواهد ماند (Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007). به‌علاوه همواره در تمامی رسیدگی‌ها صرف‌نظر از نوع و ماهیت دعوا و شکایت اصول و قواعد عامی حاکم است که تک‌جانبه‌نگری قاضی می‌تواند به تضعیف اصول یا همان آیین دادرسی عام در دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی بیانجامد.

به نظر می‌رسد در هر حال با ایجاد مراجع استثنایی هم دعاوی مختلط و چندوجهی در این مراجع مطرح و رسیدگی خواهد شد؛ لذا به تدریج قضات این مراجع نیز فراتر از جنبه‌های اختصاصی نسبت به ابعاد عمومی حقوقی مرتبط با این دعاوی تا حدودی اشراف خواهند یافت؛ از این منظر نمی‌توان گفت نقیصه تضعیف عمومیت‌نگری در قضات در مراجع قضایی استثنایی امری اجتناب‌ناپذیر و لاینفک است، که مطلقاً قابل‌رفع یا کنترل نیست. به‌علاوه اتخاذ مدل‌های ترکیبی و مختلط، که در آن یکی از مراجع بدوی و یا تجدیدنظر به‌صورت استثنایی بوده اما دیگری از زمره مراجع عمومی باشد، تا حدودی این نقیصه را تضعیف می‌نماید.

۴-۱-۱. دشواری دسترسی عموم افراد به این مراجع

یکی از ایرادات و معایب شایعی که در ارتباط با ایجاد و استفاده از دادگاه‌های استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی مطرح است بحث دشواری دسترسی جغرافیایی اشخاص به آن‌ها می‌باشد؛ زیرا با توجه به ماهیت انحصاری این مراجع و حجم محدود دعاوی و شکایات حقوق مالکیت فکری قطعاً این مراجع در نقاط محدودی ایجاد می‌گردد. در نتیجه اشخاصی که در سایر نقاط کشور حضور دارند با دشواری دسترسی جغرافیایی به این دادگاه‌ها مواجه بوده و این خود هزینه‌های ناروایی را بر اشخاص مذکور تحمیل نموده و در نهایت متضمن نوعی تبعیض ناروا برای اشخاص مختلف در بهره‌مندی از این نوع مراجع جهت احقاق حقوق خود است. در سوی دیگر قضیه نیز در ارتباط با خوانده یا طرف شکایت نیز تحمیل بعد مسافت و هزینه‌های رفت‌وآمد و... بر ایشان جهت حضور در دادگاه و پاسخ‌گویی به دعوا یا شکایتی که علیه وی مطرح گردیده است توجیهی ندارد. به نظر می‌رسد این ایراد در شرایطی مطرح است که در حوزه ایجاد دادگاه‌های استثنایی، تقسیم جغرافیایی به خوبی لحاظ و اعمال نگردد؛ مشابه آنچه در حال حاضر در نظام حقوقی کشورمان حاکم است. توضیح آنکه مطابق ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری دعاوی و شکایات حوزه مالکیت صنعتی در صلاحیت شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران، که به این دعاوی اختصاص می‌یابد، خواهد بود. این چنین اشخاص متضرر علاوه بر خساراتی که دیده‌اند باید هزینه سنگین مراجعه به تهران و اقامت موقت بابت پیگیری و حضور در شعب مذکور را نیز متحمل گردند.^۱ این چنین اگر مقرر باشد به شیوه کنونی عمل شود، و تنها شعب خاصی از تهران به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی رسیدگی نمایند، بر مبنای ایراد عدم دسترسی همگانی به این شعب همان رسیدگی دادگاه‌های عمومی در سطح کشور به این نوع دعاوی معقول‌تر و مطلوب‌تر جلوه می‌نماید. بر این اساس ایراد مطرح شده در شرایط کنونی کشورمان مصداق دارد و این امر گاه باعث انصراف دارندگان حقوق اموال فکری از اقامه دعوی و در نتیجه جری شدن ناقضان این حقوق می‌شود (صادقی، ۱۳۹۴: ۴۲۵). در مقابل اگر تقسیمات جغرافیایی در حوزه دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به دعاوی مالکیت صنعتی اعمال گردد و لااقل در سطح مراکز استان‌ها دادگاه‌هایی برای رسیدگی به این دعاوی اختصاص یابد این ایراد تا حدود زیادی مرتفع خواهد گردید.

۱. البته اخذ وکیل از حوزه قضایی تهران تا حدودی این موضوع را منتفی خواهد نمود؛ ولی مادامی که لزوم به کارگیری وکیل به الزام سراسری در کشور ما تبدیل نشود باید برای خود اشخاص حق حضور شخصی در مراجع قضایی را قائل بود و مقدمات آن را فراهم نمود.

۵-۱-۱. تضعیف استقلال دادگاه

یکی دیگر از معایب ایجاد و استفاده از دادگاه‌های استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی را تضعیف استقلال دادگاه دانسته‌اند، که موجب آسیب‌پذیری بیشتر دادگاه در قبال امور سیاسی و اقتصادی جاری جامعه می‌گردد. در تبیین چرایی این امر گفته شده است تضعیف رسمیت‌انگاری و تشریفات در این نوع دادگاه‌ها و در واقع تعاملات غیررسمی ناشی از آشنایی اصحاب دعا با قضات و کارمندان امور اداری در آن‌ها، یکی از عوامل اصلی تضعیف استقلال قضات است، که موجب تضعیف استقلال دادگاه‌ها نسبت به تحولات اقتصادی و سیاسی جامعه و سایر امور گردیده و در نهایت ویژگی و اصل بی‌طرفی در دادگاه‌های مذکور و قضات متصدی آن‌ها را تضعیف می‌نماید.

به نظر می‌رسد همان طور که در خصوص زمینه‌سازی سوءاستفاده و تخلف مطرح گردید، این عیب نیز، بیش از آنکه به نفس ایجاد مراجع استثنایی برگردد، ناظر بر ساختار قضایی کشور و ضعف در میزان و کیفیت نظارت سازمانی بر سلامت و یا فساد مراجع رسیدگی‌کننده می‌باشد.

۲-۱. مزایای مراجع قضایی استثنایی در دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی

در ارتباط با مزایای ایجاد و استفاده از مراجع قضایی استثنایی در حوزه حقوق مالکیت صنعتی موارد متعددی مطرح گردیده است. در ذیل به تبیین مهم‌ترین این مزایا می‌پردازیم:

۱-۲-۱. ایجاد و حفظ رویه خاص یکپارچه و منسجم در دکتربین و رویه قضایی

یکی از مهم‌ترین مزایای ایجاد مراجع قضایی استثنایی ایجاد رویه خاص برای دعاوی موضوع رسیدگی در این مراجع است. مزیت دیگر این نوع دادگاه‌ها در اینجا آن است که رویه‌های مذکور در زمینه دعاوی تخصصی پس از شکل‌گیری به‌صورت منسجم و یکپارچه استمرار خواهند یافت؛ زیرا در اینجا مجموع پرونده‌ها در شعب مشخص و شناخته‌شده‌ای مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و این امر زمینه تعامل و تأثیرپذیری متقابل شعب مذکور از یکدیگر و متعاقب آن ایجاد رویه و رویکرد منسجم و یکپارچه در حوزه رویه قضایی را فراهم می‌سازد. در این میان، مراجع قضایی استثنایی برای مالکیت صنعتی نیز از این قاعده مستثنا نخواهند بود. در نتیجه از آثار مفید یا همان مزایای ایجاد مراجع قضایی استثنایی برای دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی ایجاد رویه‌های خاص و همچنین حفظ و استمرار رویه‌های مذکور، که خود را در قالب آرای متحدالشکل و یکپارچه نشان می‌دهد، ذکر گردیده است (International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007: 26). بدیهی است که در این وضعیت اقدام و احقاق حق در مراجع مذکور با سهولت بیشتری ممکن خواهد بود؛ زیرا بر مبنای یکپارچگی رویه قضایی و

صدور آرای متحدالشکل برای اصحاب دعوا، نتیجه اقدام در نزد این نوع دادگاه‌ها در غالب موارد به راحتی قابل‌پیش‌بینی خواهد بود (International Intellectual Property Institute and the United States Patent and Trademark Office, 2007: 5-6). حتی حوزه مالکیت صنعتی با توجه به ماهیت فنی و تخصصی دعاوی و شکایات و پیچیدگی‌های موجود در این زمینه نیاز به توجه به منابع مختلف در درک و حل موضوع را، به‌ویژه در دکتترین، برای قضات به همراه دارد، لذا عملاً تعامل بهتر و مؤثرتری بین رویه قضایی و دکتترین برقرار شده و تأثیر این دو بر یکدیگر بیش از سایر حوزه‌ها خواهد بود. بر مبنای همین واقعیت است که در ارتباط با این نوع از مراجع قضایی می‌توان گفت اتفاق و اتحاد رویه و رویکردها در رویه قضایی به مراتب بیش از سایر حوزه‌ها اتفاق و اتحاد در مقام نظریه‌پردازی و ارائه دیدگاه‌های حقوقی در دکتترین را به همراه خواهد داشت. وجود مزایای این چنین موجب گردیده است که، به موازات مواردی همچون ارتقای کیفیت عدالت برای صاحبان حقوق مالکیت صنعتی و انطباق با توسعه پویا در جامعه، یکی از مزایا و آثار دیگر ایجاد دادگاه‌های انحصاری در حوزه حقوق مالکیت فکری از جمله حقوق مالکیت صنعتی ارتقای هماهنگی و یکپارچگی رویه قضایی دانسته شود.

۲-۱. ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی

یکی دیگر از مزایای ایجاد دادگاه استثنایی برای رسیدگی به دعاوی مالکیت صنعتی ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی می‌باشد. در تبیین این مزیت از یک‌سو باید به عوامل زمینه‌ساز و ایجادکننده آن توجه نمود و از سوی دیگر به آثار مطلوب ناشی از ایجاد آن. عوامل مختلفی در ایجاد مزیت ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از مالکیت صنعتی به دنبال ایجاد دادگاه استثنایی در این زمینه نقش دارند؛ به عبارت دیگر ایجاد این نوع دادگاه‌ها برای رسیدگی به دعاوی مالکیت صنعتی از جهات مختلف می‌تواند به ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از مالکیت صنعتی در یک کشور بیانجامد. از حیث داخلی و قواعد حقوقی درون سرزمینی یکی از مهم‌ترین عوامل در این زمینه ارتقای آموزش و متعاقب آن دانش و درک قضات در این حوزه است. توضیح آنکه با ایجاد دادگاه‌های مذکور، بر مبنای ایجاد جنبه و بُعد تخصصی برای دعاوی مذکور، زمینه برای آموزش ویژه و تخصصی قضات در حوزه حقوق مالکیت صنعتی فراهم می‌گردد. در این وضعیت درک موضوعات مالکیت صنعتی توسط قضات رسیدگی‌کننده در این دادگاه با کیفیت و سرعت بهتری همراه خواهد بود. بر این اساس و بر مبنای سایر مزایایی که در این قسمت ذکر می‌گردد عملاً فرصت و ظرفیت کافی برای قضات فراهم خواهد آمد، تا با کسب معلومات و عنداللزوم به‌روزرسانی معلوماتشان تصمیم مناسب و کارآمد را در ارتباط با پرونده‌های مالکیت صنعتی اخذ

نمایند (حبیب، ۱۳۸۹: ۱۴۸). عامل دیگر در حوزه حقوق داخلی مدیریت کارآمد چالش‌ها و پیچیدگی‌های دعوای مالکیت صنعتی است؛ زیرا مهم‌ترین عوامل و ابزارها برای اعمال و تحقق این نوع مدیریت عامل اجرایی حقوق یا همان مرجع مطالبه و درخواست احقاق حق، یعنی دادگاه است، که اگر به‌صورت تخصصی و انحصاری باشد، با توجه به ارتقای دانش و معلومات قضات رسیدگی‌کننده در آن‌ها و ایجاد رویه‌های واحد و متحدالشکل، ایشان قادر خواهند بود به شکل مطلوب و کارآمدی چالش‌ها و پیچیدگی‌های مذکور را مدیریت نماید.

از حیث فراملی ایجاد دادگاه استثنایی برای دعوای و شکایات حقوق مالکیت صنعتی بر مبنای دو عامل اساسی می‌تواند در نهایت به ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مذکور بیانجامد. یکی آنکه ایجاد دادگاه تخصصی و انحصاری در این زمینه و برقراری تعامل در بین آن‌ها برای ایجاد رویه و رویکرد یکپارچه، در نهایت این نوع از دادگاه‌ها را به ابزاری مفید و مؤثر برای جهانی شدن حقوق مالکیت معنوی و هماهنگ‌سازی فرایندهای حل و فصل دعوای تبدیل می‌نماید (رئسی، ۱۳۸۸: ۱۳۴). دیگر آنکه ایجاد مراجع قضایی استثنایی در یک کشور برای رسیدگی به دعوای و شکایات مالکیت صنعتی به‌منزله اعلام رسمی نظام حقوقی آن کشور مبنی بر ارج نهادن دعوای مالکیت صنعتی به‌دلیل اهمیت حقوق موضوع این دعوای یا به عبارت ساده‌تر جایگاه عالی حقوق مذکور در نظام قضایی و حقوقی کشور مذکور می‌باشد (حبیب، ۱۳۸۹: ۱۴۸).

مجموع عوامل و خصائص فوق در دادگاه استثنایی مالکیت صنعتی ایجاد مزیت ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی را به همراه دارد. حال خود این مزیت، که ناشی از عوامل مذکور است، آثار مفیدی را به‌ویژه در سطح بین‌المللی به همراه خواهد داشت. مهم‌ترین این آثار ایجاد اعتماد برای اشخاص و به‌ویژه طرفین یک دعوا یا اختلاف در حوزه مالکیت صنعتی است. اهمیت این اثر تا آن‌جا است که آن را مهم‌ترین مزیت ایجاد دادگاه‌های انحصاری در حوزه مالکیت صنعتی دانسته‌اند (Pinyosinwat, 2010: xi). این امر بیش از هر چیز ناشی از دو عامل اساسی است: یکی قابل‌پیش‌بینی بودن نتایج رسیدگی دادگاه‌های مذکور و دیگر اعتماد و قابلیت اتکا به آن‌ها. این موارد خود از مزایای ایجاد دادگاه انحصاری مالکیت صنعتی قلمداد می‌گردد، که ناشی از اقدام برای یکپارچه نمودن رویه‌ها و ارتقای سطح دانش و معلومات قضات این دادگاه‌ها از طریق آموزش و ایجاد تعامل مستمر بین دادگاه‌های مذکور است.

اثر مطلوب دیگر ایجاد دادگاه استثنایی، که خود مبتنی بر اثر قبلی (ایجاد اعتماد برای اشخاص در حوزه مالکیت صنعتی) است، زمینه‌سازی برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی، به‌ویژه در حوزه‌های دانش‌بنیان، است؛ توضیح آنکه همواره حمایت مطلوب و کارآمد از حقوق مالکیت فکری ازجمله

مالکیت صنعتی یکی از عوامل مؤثر در حوزه تجاری‌سازی این حقوق و متعاقب آن جذب سرمایه‌گذاری خارجی به کشور محل حمایت می‌باشد (نقی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۷-۲۶). حال یکی از مهم‌ترین و بهترین ابزارهای حمایتی ابزار اجرایی است که با ایجاد دادگاه‌های انحصاری به بهترین و کامل‌ترین شکل ممکن تحقق و اعمال می‌یابد. بنابراین رابطه مستقیمی بین ارتقای حمایت از حقوق مالکیت صنعتی از طریق ایجاد دادگاه استثنایی در این زمینه و افزایش و ارتقای سطح سرمایه‌گذاری خارجی به‌ویژه در حوزه‌های دانش‌بنیان و مبتنی بر نوآوری برقرار است. بر مبنای همین واقعیت یکی از مزایای ایجاد و اتخاذ دادگاه‌های انحصاری در حوزه مالکیت فکری و از جمله مالکیت صنعتی را افزایش سرمایه‌گذاری خارجی دانسته‌اند (International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007: 28)؛ مؤلفه‌ای بنیادین که خود از شاخص‌های زمینه‌ساز توسعه اقتصادی و عبور از وضعیت در حال توسعه است.

۳-۲-۱. بهبود و تسریع فرایند رسیدگی و صدور آرا در حوزه مالکیت صنعتی

بر مبنای دانش و مهارتی که، به‌واسطه تمرکز بر پرونده‌های مالکیت صنعتی و همچنین دوره‌های آموزشی مخصوص و تعامل مؤثر و سازنده مراجع، برای قضات این نوع از دادگاه‌ها ایجاد می‌گردد، عملاً زمینه تحقق مزیت مهم دیگری، یعنی بهبود و تسریع فرایند رسیدگی و صدور آرا در حوزه دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی فراهم می‌گردد. در توجیه این مزیت می‌توان گفت تخصص و تجربه قضات و آشنایی و اشراف آن‌ها بر الگوها و رویه‌های رسیدگی در حوزه مالکیت صنعتی و مفاهیم فنی و تخصصی موضوع و همچنین ابعاد و مسائل حقوقی پرونده، عملاً قاضی را قادر به درک ابعاد فنی موضوع نیز می‌نماید، تا حدی که، جز در موارد فنی محض قادر خواهند بود، رأساً رسیدگی و اخذ تصمیم نمایند. این چنین قاضی با مباشرت خود در موضوع به شکل مطلوب و سریع اخذ تصمیم می‌نماید. همچنین بر مبنای تخصص و درک فنی مذکور قضات این نوع مراجع در مقایسه با مراجع عمومی به شکل بهتری قادر به تعامل با وکلای اصحاب دعوا، استخراج و درک راهکارهای مختلف برای تعیین تکلیف موضوع پرونده و در نتیجه انشای رأی مطلوب و کارآمد خواهند بود (International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007: 27). در اینجا باید به این نکته محوری توجه نمود که عنصر اصلی برای اخذ تصمیمات سریع و مؤثر تجربه سابق قضات^۱ از پرونده‌های قبلی در خصوص مالکیت صنعتی و درک کاربردی از موضوع به‌واسطه تجربه مذکور است (de Werra, 2019). بدیهی است که این امر

به صرف آموزش قضات حاصل نشده و باید از تغییرات سریع قضات در مراجع استثنایی این چنین اجتناب شده و تغییرات را ترجیحاً در محدوده همین مراجع صورت داد نه اینکه قاضی را پس از کسب تجربه مناسب، درست در زمانی که به موقعیت بازدهی مطلوب و کارآمد رسیده است، از این مراجع به سایر مراجع انتقال داد. بنابراین در حوزه مدیریت سیستم قضایی و جلوگیری از تبانی و سوءاستفاده باید از یک سو از سایر راهکارها، همچون افزایش نظارت قضایی، دقت در فرایند جذب قاضی، جلوگیری از تمرکز پرونده‌های متعدد اشخاص اصیل یا وکلای خاص در شعبه واحد و...، بهره برد و از سوی دیگر در موارد ضروری حتی المقدور راهکار تغییر و انتقال قضات را در محدوده همین مراجع صورت داد؛ تا منجر به انتقال قضات باتجربه در حوزه مالکیت صنعتی به سایر مراجع نگردد. بنابراین این امر را باید به عنوان یکی از محدودیت‌ها در ایجاد مراجع قضایی استثنایی در حوزه مالکیت صنعتی مورد توجه قرارداد.

مزیت بهبود و تسریع فرایند رسیدگی و صدور آرا در حوزه مالکیت صنعتی دارای دو اثر مهم و اساسی است: یکی آنکه موجب افزایش اعتماد به سیستم قضایی و دادگاه‌ها و قابلیت آن‌ها در زمینه حل و فصل دعاوی و مرافعات در حوزه شکایات و دعاوی حقوق مالکیت صنعتی می‌گردد. به علاوه مزیت مذکور موجب ایجاد قابلیت اعتماد به آرا و تصمیمات قضایی و ارتقای سطح سیستم قضایی در حوزه مالکیت صنعتی در چشم‌انداز بین‌المللی و سایر کشورها می‌گردد (International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007: 5).

۴-۲-۱. کاهش هزینه‌های مربوط به مرافعه نزد مراجع قضایی

جالب آنکه برخلاف تصور رایج مبنی بر هزینه‌بر بودن این نوع مراجع و افزایش هزینه‌ها به واسطه ایجاد آن‌ها برخی مطالعات در سیستم‌های قضایی کشورهای مختلف بیانگر خلاف این تصور و کاهش هزینه‌ها به واسطه ایجاد این نوع مراجع می‌باشد.

این مزیت به واسطه عوامل متعددی است؛ از جمله آنکه عملاً در این مراجع در بسیاری از موارد به واسطه تخصص و تبحر قضات نیازی به ارجاع امر به کارشناس وجود ندارد. بنابراین صرف نظر از موضوعات فنی محض در الباقی موارد به واسطه آشنایی قاضی با مفاهیم فنی و حقوقی، اشراف بر رویه‌ها و الگوهای قانونی و همچنین تجربه قبلی در رسیدگی به دعاوی و شکایات مشابه عملاً نیازی به ارجاع امر به کارشناس و تحمیل هزینه‌های آن بر طرفین دعوا یا شکایت دیده نمی‌شود. همچنین اخذ تصمیم مطلوب و کارآمد در زمان سریع‌تر در این نوع از مراجع عملاً موجب کاهش هزینه‌ها می‌شود؛ زیرا احقاق حق در اسرع زمان صورت گرفته و نیازی به صرف هزینه‌های متعدد بابت رفت و آمد و... توسط طرفین در وهله زمانی طولانی مدت برای پیگیری پرونده خود نمی‌باشد. به ویژه

آنکه بر مبنای کیفیت و مطلوبیت آرای اصداری عملاً این آرا مورد اعتماد بوده و قابلیت اتکا دارد. لذا طرفین، به‌واسطه سطح کیفی آرا و ناامیدی از تغییر و نقض آن‌ها، تمایل کمتری در زمینه اعتراض به این آرا در قالب تجدیدنظرخواهی و همچنین طرق اعتراضی فوق‌العاده همچون اعاده دادرسی، که موجب تحمیل هزینه‌های سنگین به نهاد قضایی کشور و طرفین دعوا یا شکایت می‌گردد، خواهند داشت. به عبارت دیگر با توجه به سطح کیفی رسیدگی و مطلوبیت رأی اصداری در مرحله بدوی طرفین دعوا عملاً در اینجا تکلیف را مشخص دانسته و به آن تمکین خواهند نمود؛ زیرا می‌دانند اعتراض به رأی، جز در موارد محدود، نقض رأی صادره را به همراه نخواهد داشت.

۵-۲-۱. پویایی سیستم قضایی یک کشور در زمینه تحولات علمی و عملی حوزه مالکیت صنعتی

یکی از مزایای دیگر ایجاد مراجع قضایی استثنایی پویایی سیستم قضایی کشور با تحولات حوزه مالکیت صنعتی و انطباق مداوم این سیستم با این تحولات در حوزه علمی و عملی است؛ زیرا دادگاه‌های مالکیت صنعتی بیشتر قادر خواهند بود تا خود را با تحولات جدید در حوزه موضوعات و مقررات مالکیت صنعتی همراه و بروز نمایند. با توجه به اینکه بخش زیادی از مقررات مذکور در معرض تغییر و تحول دائمی است، قضات و وکلای درگیر پرونده‌های این حوزه باید بتوانند به سرعت تغییرات جدید را درک و ارزیابی نموده و مورد عمل قرار دهند. بر این اساس رسیدگی به پرونده‌ها در حوزه موضوعاتی همچون مالکیت صنعتی باید توسط اشخاص کارشناس و متبحر در این حوزه‌ها و با رویه و الگوهای اختصاصی ویژه آن‌ها مورد رسیدگی قرار گیرد؛ ضروریاتی که با ایجاد مراجع قضایی استثنایی در این زمینه محقق خواهد شد. بر مبنای همین واقعیات است که گفته می‌شود: «دادگاه‌های ویژه مالکیت فکری [در مقایسه با سایر مراجع] توان و امکانات بهتری برای انطباق با توسعه مداوم حقوق مالکیت فکری دارند» (de Werra, 2019). این همه پویایی سیستم قضایی یک کشور در زمینه تحولات علمی و عملی حوزه مالکیت صنعتی را به همراه خواهد داشت.

۶-۲-۱. بهبود حمایت از کسب‌وکار

اساساً یکی از آثار حمایت قضایی مناسب از دارایی فکری، به‌ویژه مالکیت‌های صنعتی، بهبود محیط کسب‌وکار است. توضیح آنکه یکی از شاخص‌های بهبود محیط کسب‌وکار شاخص حمایت از سرمایه‌گذاران بوده و در این میان حمایت از مالکیت‌های صنعتی ایشان به موازات اموال فیزیکی آن‌ها امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. در این راستا از مهم‌ترین اقدامات حمایت قضایی متناسب و مطلوب از طریق ایجاد مراجع تخصصی و واجد صلاحیت فنی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی خواهد بود (صادقی، ۱۳۹۴: ۴۲۵-۴۲۴). این تحول در حقوق موضوعه ایران، البته به شکلی ناقص و مجمل، در ماده ۲۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار مصوب ۱۳۹۰ انعکاس

یافته است. ماده مذکور پس از آنکه بیان داشته «قوه قضائیه و دولت اقدامات قانونی لازم را برای تنظیم آیین دادرسی تجاری و تشکیل دادگاه‌های تجاری به عمل می‌آورند.» در تبصره خود مقرر می‌دارد: «تا زمان تأسیس دادگاه‌های تجاری، جرایم مرتبط با فعالیت‌های تجاری و اختلافات بین بخش خصوصی و دستگاه‌های اجرائی حسب مورد در شوراها حل اختلاف یا شعب خاصی که رؤسای دادگستری استان‌ها با رعایت صلاحیت محلی در حوزه‌های قضایی تعیین می‌نمایند، رسیدگی می‌شود.» در راستای اجرای این مقرر به تدریج شعب تخصصی ایجاد گردیده که شروع این تحول در تهران با ابلاغ «دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری تهران» توسط ریاست محترم دادگستری کل استان تهران بوده، که مطابق ماده ۶ به دعاوی ذیل رسیدگی می‌نماید:

۱. دعاوی ناشی از خرید و فروش کالا در بستر تجارت سنتی یا الکترونیکی که طرفین آن شرکت تجاری باشند.

۲. دعاوی راجع به تشکیل ادغام، انحلال و ورشکستگی شرکتهای تجاری

۳. امور و دعاوی مربوط به داوری از قبیل تعیین داور و ابطال و اجرای رأی داوری. در صورتی که رسیدگی به اصل دعوا مطابق با بند ۱ و ۲ فوق، در صلاحیت مجتمع باشد.»
در مجموع مقرر ماده فوق و دستورالعمل اجرایی آن در استان تهران به شکل ناقص و ناکارآمدی مطرح گردیده و نیازمند بازنگری است؛ زیرا:

۱. در حالی که ماده ۲۹ اجرای تحول مذکور در آیین دادرسی تجاری و تشکیل دادگاه‌های تجاری را دنبال نموده است آن را به شکل بسیار ناقصی مطرح نموده و صرفاً جرایم مرتبط با فعالیت‌های تجاری و اختلافات بخش خصوصی و دستگاه‌های اجرائی را مطرح نموده است و از مهم‌ترین علت مراجعات اشخاص تاجر و طرفین روابط و معاملات تجاری به دادگاه‌ها، یعنی دعاوی تجاری در بخش خصوصی، که هر دو طرف از اشخاص و نهادهای غیرعمومی هستند، غافل مانده است.

۲. به‌رغم آنکه در لایحه آیین دادرسی تجاری، در ماده ۹ و بند ۶ ماده ۲۵، دعاوی مالکیت فکری و مالکیت صنعتی نیز در صلاحیت دادگاه‌های تجاری دانسته شده است (عبدی پور، ۱۳۹۲: ۴۸۷ و ۴۹۱)، در ماده ۲۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، در شرایطی که در راستای تحوّل آیین دادرسی تجاری اقدام نموده، از ذکر این دعاوی در صلاحیت شعب اختصاصی موضوع این بند غفلت نموده است؛ ابهامی که در عمل نیز منعکس شده و موجب گردیده این دعاوی در دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری تهران نیز در ردیف موارد در صلاحیت شعب اختصاصی مستقر در مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری دانسته نشود.

۳. در عمل دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری تهران نیز به دعاوی

مالکیت فکری و یا لااقل مالکیت صنعتی اشاره‌ای ننموده و این دعاوی به شکل سابق بر مبنای مقررۀ ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری در صلاحیت شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران، که به این دعاوی اختصاص یافته، می‌باشد. این چنین حوزه مالکیت صنعتی تا زمان تصویب آیین دادرسی تجاری از تحوّل مورد نظر در قانون بهبود محیط کسب‌وکار و آثار مطلوب ناشی از آن محروم خواهد ماند.

۳-۱. جمع‌بندی ارزیابی عمومی مراجع قضایی استثنایی

بر مبنای مجموع مراتب فوق مزایا و معایبی چند برای ایجاد و در مقابل عدم ایجاد مراجع قضایی استثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی مطرح گردیده است. در این میان اساساً هیچ‌یک از ایرادات و معایب ذکر شده مستقیماً نسبت به نفس پذیرش و ایجاد مراجع قضایی استثنایی مصداق نمی‌یابد و لذا این تصوّر که آن‌ها را نقائص ذاتی این نوع مراجع قضایی بدانیم مردود است و در نتیجه معایب مذکور، حتّی در مواردی هم که مصداق یابد، در نهایت با لحاظ برخی اصلاحات در ساختار و تقسیمات قضایی قابل‌رفع و یا کنترل می‌باشد. بدین نحو که:

هزینه بالای فاقد توجیه معیاری نسبی بوده و نه مانعی دائمی. لذا با اتخاذ سایر مؤلفه‌ها همچون ارتقای حقوق مالکیت صنعتی یا جذب سرمایه‌گذاری‌های دانش‌بنیان توسط مبتکرین سایر کشورها و... و با فرض وجود حجم متوسط دعاوی و شکایات حقوق مالکیت فکری، دیگر مانع و عیب مذکور مصداق نخواهد یافت و صرف هزینه مذکور توجیه‌پذیر خواهد بود.

زمینه‌سازی سوءاستفاده و تخلف و همچنین تضعیف استقلال دادگاه، بیش از آنکه به نفس ایجاد مراجع استثنایی برگردند، ناظر بر ساختار قضایی کشور و ضعف در میزان و کیفیت نظارت سازمانی بر سلامت و یا فساد مراجع رسیدگی‌کننده می‌باشد و بر مبنای سایر راهکارها به‌ویژه در حوزه مدیریت قضایی و نظارت مراجع عالی قابل‌رفع و یا کنترل می‌باشد.

با ایجاد مراجع استثنایی دعاوی مختلط و چندوجهی نیز در این مراجع مطرح و رسیدگی خواهد شد؛ لذا به تدریج قضات این مراجع نیز فراتر از جنبه‌های اختصاصی نسبت به ابعاد عمومی حقوقی مرتبط با این دعاوی تا حدودی اشراف خواهند یافت. همچنین اتخاذ مدل‌های ترکیبی یا مختلط، که در آن یکی از مراجع بدوی و یا تجدیدنظر به‌صورت استثنایی به دعاوی مالکیت صنعتی اختصاص می‌یابد. اما دیگری از مراجع عمومی باشد، موجب تضعیف این نقیصه می‌گردد. بنابراین می‌توان گفت نقیصه تضعیف عمومیت‌نگری در قضات در مراجع قضایی استثنایی، با اعمال مدل‌های ترکیبی، تا حدود زیادی قابل‌رفع یا کنترل است.

در ارتباط با دشواری دسترسی عموم افراد به این مراجع ضمن اذعان بر وجود این نقیصه در نظام

حقوقی کشورمان آن را ناظر بر نفس وجود مراجع قضایی استثنایی در حوزه مالکیت صنعتی نمی‌دانیم؛ بلکه این امر به‌نحوه ساماندهی این مراجع و تقسیمات جغرافیایی در حوزه دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به دعاوی مالکیت صنعتی بر می‌گردد و چنانچه لااقل در سطح مراکز استان‌ها دادگاه‌هایی برای رسیدگی به این دعاوی اختصاص یابد این ایراد تا حدود زیادی مرتفع خواهد گردید. این همه در حالی است که در مقابل مزایای مطرح شده، که ماحصل مطالعه نتایج ایجاد و استفاده از مراجع استثنایی در کشورهای گوناگون بوده، در عمل به اثبات رسیده است.^۱ با وجود این نباید در پذیرش موارد به‌گونه‌ای مطلق عمل نمود و این نوع از مراجع را برای تمامی کشورها مفید دانست؛ بلکه، از یک‌سو شرایط یک کشور، به‌ویژه از حیث امکانات و توان اقتصادی و همچنین وضعیت مالکیت فکری در آن‌ها، را مورد لحاظ قرار داد و بر این باور بود که مطلوبیت این نوع از مراجع امری نسبی و تابع شرایط خاص هر کشور از جهات مذکور است (Pinyosinwat, 2010: i-xii)؛ از سوی دیگر مزایای مطرح شده در صورت اعمال در سایر اشکال سازمان قضایی، به‌ویژه شعب اختصاصی زیرمجموعه دادگاه‌های تجاری، نیز تاحدی قابل تحقق است؛ آن هم به‌گونه‌ای که معایب مرتبط با دشواری دسترسی و تضعیف عمومیت‌نگری در قضاوت و هزینه بالای غیرقابل توجیه بیش از پیش متصور نباشد. بر این اساس نمی‌توان با یقین مراجع استثنایی را ساختار مطلوب برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی دانست. توضیح آنکه ایراد جدی وارده به مراجع قضایی استثنایی، به‌ویژه در کشورهایی که حجم دعاوی و شکایات در حوزه مالکیت صنعتی محدود می‌باشد، آن است که از نظر اقتصادی ایجاد مراجع قضایی در نواحی مختلف قضایی به‌گونه‌ای قابل دسترس برای همگان توجیه‌پذیر نیست. این در حالی است که، اگر دادگاه‌های استثنایی برای امور تجاری ایجاد و برخی شعب آن به دعاوی مالکیت صنعتی اختصاص یابد این مشکل مرتفع خواهد شد. همچنین مادامی که وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی در یک کشور در سطح مطلوبی نباشد ایجاد مراجع قضایی استثنایی توجیهی ندارد؛ زیرا این مراجع برای احقاق حقوق اشخاص در مرحله اجرای حق در زمینه مالکیت صنعتی است و اگر اساساً این حقوق در کشوری در سطح مطلوب مورد پذیرش و شناسایی واقع نگردیده باشد ایجاد این مراجع سودی نخواهد بخشید.

۱. در این زمینه به منابع انگلیسی ذیل مراجعه نمایید:

International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee, 2007: 25-34 and Pinyosinwat, 2010: i- xii, Supreme court of Japan, 2018: 1-49.

همچنین: حبیب، ۱۳۸۹: ۱۵۰-۱۳۱ و صادقیان ندوشن: ۱۳۹۷، ۱۳-۲ و صادقی، ۱۳۹۴: ۴۲۴ و ۴۲۵.

۲. ارزیابی و امکان‌سنجی اختصاصی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی در دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی

پس از بررسی و ارزیابی عمومی مراجع قضایی استثنایی اکنون به ارزیابی اختصاصی آن‌ها در مدل‌ها و حالات مختلف آن، یعنی مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و تجدیدنظر، مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و همچنین مراجع قضایی استثنایی در مرحله تجدیدنظر، می‌پردازیم:

۲-۱. مدل نخست: مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و تجدیدنظر

این مدل، که کامل‌ترین مدل‌ها از لحاظ جنبه تخصصی و حفظ صلاحیت انحصاری است، در بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته، که در آن‌ها حقوق مالکیت صنعتی دارای جایگاه عالی و حمایت‌های حقوقی کامل است، مورد استفاده می‌باشد. در این مدل در تمامی مراحل رسیدگی عادی به یک دعوا و یا شکایت در حوزه مالکیت صنعتی مرجع قضایی استثنایی، صرفاً برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مذکور، تشکیل و مورد استفاده واقع می‌گردد. در کشورهایی همچون کره جنوبی، مالزی، تایلند، ترکیه، انگلستان و ژاپن این مدل مورد استفاده می‌باشد.

در ارزیابی این مدل باید گفت در اینجا مزایایی که برای مراجع قضایی استثنایی به واسطه رعایت جنبه تخصصی و رسیدگی انحصاری به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی ذکر گردید در عالی‌ترین سطح ممکن است؛ اما در مقابل مطلوبیت آن نسبی و تابع وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی در یک کشور و همچنین حجم دعاوی و شکایات در این زمینه است. لذا جز در موارد نادر، که کشوری با توجه به جایگاه عالی مالکیت فکری و قدرت اقتصادی بالا قادر به تشکیل این مراجع باشد و با اعمال نظارت قضایی و ارتقای سطح مدیریت قضایی در این نوع مراجع بتواند مانع ایجاد زمینه‌سازی سوءاستفاده از آن مراجع و ایجاد رانت‌های فاسد قضایی گردد و همچنین بتواند استقلال مراجع قضایی مذکور را نیز حفظ نماید، نمی‌توان این مدل را مدل مطلوبی برای ایجاد ساختار مراجع قضایی رسیدگی‌کننده به دعاوی مالکیت صنعتی دانست. البته در بهترین وضعیت، که تمامی این موارد تأمین گردد، باز ایراد مهم عدم قابلیت عمومیت‌نگری قضات این مراجع و ماهیت تک‌بعدی دیدگاه‌ها و نحوه رسیدگی، که مانع جدی رسیدگی منصفانه است، پابرجاست؛ زیرا ماهیت تک‌بعدی و اختصاصی‌محور این مدل بیش از سایر مدل‌های مراجع قضایی استثنایی زمینه را برای ایجاد و گسترش این نقیصه فراهم می‌نماید. ایراد مذکور قابلیت اتخاذ این مدل را در هر یک از حالات و برای هر کشوری، صرف‌نظر از وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی در آن و سطح اقتصادی و توسعه‌یافتگی آن، مورد تردید قرار می‌دهد. بر مبنای همین نقیصه است که حتی کسانی که قائل بر لزوم

ایجاد و استفاده از مراجع قضایی استثنایی در حقوق مالکیت صنعتی هستند النهایه این مدل را مطلوب ندانسته و سایر مدل‌ها که در آن‌ها در یکی از مراحل رسیدگی مراجع عمومی به پرونده‌های مالکیت فکری رسیدگی می‌نمایند را نسبت به مدل حاضر مرجح می‌دانند، که در ادامه خواهد آمد.

۲-۲. مدل دوم: مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی

این نیز یکی از مدل‌های شایع برای مراجع قضایی مالکیت صنعتی است. نمونه بارز استفاده از این مدل کشور آلمان است، که در آن در مرحله بدوی رسیدگی به دعوی مالکیت صنعتی در زمینه ابطال اختراعات در دادگاه تخصصی اختراعات فدرال به عمل می‌آید؛ اما تجدیدنظرخواهی از آرای دادگاه مذکور نزد دادگاه انصاف فدرال، به عنوان یک مرجع غیرتخصصی، صورت می‌گیرد (Holzapfel and Königs McDermott Will & Emery, 2019). برخی حقوق دانان معتقدند این مدل، مدل مطلوب و مناسبی نیست؛ با این توجیه که استیناف از تصمیمات یک دادگاه تخصصی نزد یک دادگاه عمومی از جهات زیادی قابل ایراد است؛ چراکه محاکم استیناف عمومی، با توجه به عدم اطلاعات تخصصی قادر به رسیدگی ماهوی دقیق در این گونه پرونده‌ها نمی‌باشند. از سوی دیگر صرف رسیدگی شکلی ممکن است در بسیاری از موارد موجب تضییع حقوق اصحاب دعوا گردد. بنابراین حداقل باید در این گونه محاکم از نظرات کارشناسان متخصص استفاده شود (رئیزی، ۱۳۸۸: ۱۳۸ و ۱۳۹).

به‌رغم آنکه این ایراد وارد بوده و نمی‌توان انتظار داشت که دادگاه عمومی قادر باشد با لحاظ ابعاد تخصصی موضوع به ارزیابی عملکرد دادگاه بدوی استثنایی و رأی اصداری در این زمینه بپردازد؛ با وجود این، این ایراد در مقایسه با مزایای این مدل از اهمیت کمتری برخوردار است. در این مدل علاوه بر کاهش هزینه تشکیل مراجع استثنایی در یکی از مراحل نه تنها ایراد تک‌جانبه‌نگری مرتفع می‌شود، بلکه اساساً، با توجه به رسیدگی مراجع تجدیدنظر عمومی به آراء مرجع قضایی استثنایی بدوی، نظارت قضایی برای اعمال و رعایت منع زمینه‌سازی سوءاستفاده و حفظ استقلال دادگاه نیز اعمال می‌گردد؛ به عبارت دیگر مکانیزم تجدیدنظرخواهی نزد دادگاه‌های عمومی خود یکی از روش‌ها و راهکارهای اعمال نظارت و مدیریت قضایی برای حذف معایب مراجع قضایی استثنایی در زمینه‌های مذکور است.

۲-۳. مدل سوم: مراجع قضایی استثنایی در مرحله تجدیدنظر

این مدل در کشورهایی همچون پرتغال، کلمبیا، شیلی، نیوزیلند، آمریکا مورد استفاده می‌باشد. در این مدل ضمن آنکه به‌واسطه عدم ایجاد مرجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی هزینه تشکیل مراجع رسیدگی‌کننده به دعوی و شکایات مالکیت فکری کاهش می‌یابد ایراد تک‌جانبه‌نگری نیز

مرتفع می‌گردد. برخی مطالعات بیانگر ترجیح این مدل بر سایر مدل‌ها می‌باشد (Pinyosinwat, 2010)؛ با وجود این از جهتی به نظر می‌رسد در حالت کلی و صرف‌نظر از وضعیت یک کشور و از منظر اصول و قواعد آیین دادرسی و سازمان قضاوتی این مدل بر مدل مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی ترجیح ندارد و مدل اخیر دارای وضعیت مطلوب‌تری است؛ زیرا در حالی که در این مدل مزیت رفع تک‌جانبه‌نگری در فرایند رسیدگی وجود دارد؛ اما اینکه مرجع تجدیدنظر بدواً به‌طور استثنایی و تخصصی رسیدگی نماید با ماهیت این مرجع سازگاری ندارد؛ زیرا رسیدگی تخصصی مستلزم فهم و اقداماتی خاص توسط قاضی در همان مرحله رسیدگی اصلی در بدو امر است، نه اینکه قاضی بدون درک و لحاظ این موارد بخواهد در مرحله تجدیدنظر به این موارد ورود نماید؛ چون رسیدگی تجدیدنظر به منزله بازنگری رسیدگی بدوی است نه اینکه رسیدگی مجدد از اساس صورت گیرد. با وجود این در مقابل از منظری دیگر، یعنی عدم قابلیت مرجع تجدیدنظر عمومی برای رسیدگی تخصصی تجدیدنظرخواهی، به شرحی که پیش از این ذکر گردید، مدل مراجع قضایی استثنایی در مرحله تجدیدنظر بر مدل مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی ترجیح دارد.

بر مبنای مجموع مراتب فوق به نظر می‌رسد از یک‌سو باید مطلوبیت هر یک از مدل‌های سه‌گانه مذکور در اینجا را امری نسبی و تابع اوضاع و احوال و شرایط خاص اقتصادی هر کشور و سطح توسعه در آن و همچنین وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی در آن دانست. از سوی دیگر به سایر مدل‌ها به‌ویژه مدل‌های مراجع قضایی اختصاصی در صور سه‌گانه آن، یعنی مراجع قضایی اختصاصی در مرحله بدوی و تجدیدنظر، مراجع قضایی اختصاصی در مرحله بدوی و مراجع قضایی اختصاصی در مرحله تجدیدنظر و مطلوبیت نسبی آن‌ها بسته به شرایط و اوضاع و احوال خاص حاکم بر یک کشور از جهات فوق نیز توجه نمود. البته در ارتباط مدل‌های اخیر الگوی مطلوب اختصاص بعضی شعب دادگاه‌های تجاری به دعاوی مالکیت صنعتی است، نه آنکه بعضی شعب دادگاه عمومی بدان اختصاص یابد تا بعد تخصصی موضوع تا حد امکان لحاظ و اعمال گردد.

۳. ارزیابی مطلوبیت مراجع قضایی استثنایی برای حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران بر مبنای ارزیابی سه مؤلفه وضعیت مالکیت‌های صنعتی، حجم دعاوی و شکایات در این زمینه و در نهایت ساختار و سازمان مراجع قضاوتی و نحوه رسیدگی آن‌ها، باید به ارزیابی مطلوبیت و امکان‌سنجی هر یک از مدل‌های مراجع قضایی پرداخت.

وضعیت مالکیت صنعتی در کشورمان وضعیت میانه‌ای است؛ در حالی که در برخی حوزه‌ها

همچون علائم تجاری و طرح‌های صنعتی حجم علائم و طرح‌های ثبت شده چشمگیر است^۱، در حوزه اختراعات وضعیت قابل‌قبولی نداریم^۲. در این میان با لحاظ اینکه عملاً سازمان متصدی مالکیت صنعتی و دانشگاه‌ها و پژوهشگاه‌های فعال در حوزه پژوهش و آموزش مالکیت صنعتی در پایتخت و حومه آن متمرکز هستند، ایجاد مراجع قضایی استثنایی تنها در تهران و حومه ممکن است و در سایر استان‌ها با دشواری بسیار مواجه خواهد بود. این امر خود مشکل و عیب محدودیت دشواری دسترسی عموم افراد به این مراجع و تبعات ناشی از آن را در حد جدی مطرح خواهد نمود. ضمن اینکه آمار مربوط به حجم دعاوی و شکایات مانع از ایجاد چند مرجع استثنایی در استان‌های مختلف بوده و با توجه به اینکه حجم دعاوی و شکایات به‌طور میانگین کمتر از ۴ هزار پرونده در سال است^۳ در عمل ایجاد مراجع قضایی استثنایی در سایر استان‌ها از این منظر با توجه به هزینه‌های آن توجیه‌پذیر نخواهد بود.

ساختار و سازمان مراجع قضاوتی و نحوه رسیدگی آن‌ها نیز قابلیت ایجاد مراجع قضایی استثنایی برای دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی را منتفی می‌سازد. توضیح آنکه تا به امروز بر مبنای مقررات اصلی در حوزه مالکیت صنعتی، یعنی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی، رسیدگی به عمده دعاوی و شکایات در حوزه مالکیت صنعتی در صلاحیت دادگاه‌های عمومی حقوقی و کیفری تهران است.^۴ این نوع صلاحیت از نوع صلاحیت

۱. مطابق آمار ارائه شده توسط رئیس مرکز مالکیت معنوی کشور در مصاحبه با خبرگزاری میزان «آمار سال ۹۳ در ارتباط با تعداد اظهارنامه ثبت اختراع ۱۲ هزار و ۹۲۸ مورد و تعداد ثبت اختراع ۲ هزار و ۸۵۱ مورد و در سال ۹۴ آمار اظهارنامه اختراع، تعداد ۱۴ هزار و ۴۴۷ مورد و ثبت اختراع ۲ هزار و ۹۱۳ مورد بوده است.» و همچنین در سال ۹۳ تعداد ۵۵ هزار ۳۱۶ مورد اظهارنامه ثبت علامت و ۱۵ هزار ۸۹۲ مورد ثبت علامت داشته ایم و تعداد اظهارنامه‌های ثبت علامت در سال ۹۴، ۶۴ هزار و ۲۰۸ عدد و تعداد ثبت علامت نیز ۱۶ هزار و ۹۲ مورد بوده است. برای دیدن متن کامل این مصاحبه به آدرس اینترنتی ذیل واقع در سایت خبرگزاری میزان مراجعه نمایید:

<https://www.mizanonline.com/fa/news/176831>

۲. مطابق مطالعه به عمل آمده حد فاصل سال ۱۳۸۷ تا ۱۳۹۰ مجموع اختراعات ثبت شده تا سال ۱۳۹۰ با روند کاهشی به کمتر از ۴۰۰۰ اختراع تقلیل یافته است (باقری، ۱۳۹۲: ۲).

۳. مطابق گزارش «بررسی تطبیقی لزوم ایجاد مراجع تخصصی رسیدگی به دعاوی مالکیت معنوی» دبیرخانه کمیسیون‌های تخصصی، مجامع و شوراهای اتاق ایران بهار ۱۳۹۷ متوسط پرونده‌ها در حوزه مالکیت صنعتی نزدیک ۳۰۰ پرونده در ماه است (صادقیان ندوشن، ۱۳۹۷: ۵).

۴. این امر مبتنی بر ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و ماده ۱۳ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی مصوب ۱۳۸۳ است.

اختصاصی است؛ یعنی شعب مربوط به رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی می‌توانند به دعاوی عمومی نیز رسیدگی نمایند. چنان‌که در رویه عملی نیز شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران که متصدی دعاوی در حوزه حقوق مالکیت صنعتی است و شعبه ۱۰۴۳ دادگاه کیفری دو تهران، که متصدی شکایات در زمینه مذکور است و شعب مربوطه در تجدیدنظر به سایر دعاوی و شکایات نیز رسیدگی می‌نمایند. واقعیات مذکور به وضوح می‌رساند که حجم دعاوی و شکایات به‌گونه‌ای است که حتی نتوانسته ظرفیت کامل یک شعبه را به خود اختصاص دهد. حال چگونه می‌توان به دنبال ایجاد مراجع قضایی استثنایی، آن هم به‌گونه‌ای که در نقاط مختلف کشور وجود داشته و قابل‌دسترس برای اشخاص مقیم مناطق مختلف باشد، بود. البته نحوه رسیدگی به دعاوی و شکایات در مراجع اختصاصی در رویه عملی گاه با عدم تعمیق در ابعاد فنی موضوع همراه بوده و به‌واسطه حجم کار شعب مربوطه، آن گونه که باید در ابعاد فنی پرونده تعمیق نمی‌گردد. چنان‌که اساساً در بسیاری از موارد برای احراز برخی ابعاد فنی همچون مشابهت در علائم تجاری صرفاً بر مبنای فهم عرفی قاضی عمل شده و ارجاع به کارشناس را لازم نمی‌دانند.^۱ اما با وجود این همه حتی

ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مقرر می‌دارد:

«رسیدگی به اختلافات ناشی از اجراء این قانون و آئین‌نامه اجرایی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران می‌باشد که حداکثر تا شش ماه بعد از تاریخ تصویب این قانون توسط رئیس قوه قضائیه تعیین می‌گردد».

ماده ۱۳ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی نیز مقرر می‌دارد:

«رسیدگی به اختلافاتی که به موجب این قانون و آئین‌نامه اجرایی آن باید به دادگاه ارجاع شود در صلاحیت دادگاه عمومی و انقلاب تهران می‌باشد».

منظور قانون‌گذار از وضع این مقرره صرفاً اختصاص شعبی خاص برای رسیدگی به اختلافات در حوزه مالکیت صنعتی نمی‌باشد بلکه هدف این است که این شعبه یا شعب اختصاصی توسط قضاتی تصدی شود که دارای تخصص و تجربه در این حوزه باشند امری که در مواردی در عمل نادیده گرفته می‌شود؛ بدین نحو که همان قضات عادی در کنار رسیدگی به سایر دعاوی و شکایات به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی نیز رسیدگی می‌نمایند.

۱. در رأی وحدت رویه شماره ۱۶۷۳ مورخ ۱۳۳۷/۷/۶ دیوان عالی کشور در این زمینه آمده است: «چون با توجه به ماده ۴۴۴ آیین دادرسی مدنی دادگاه ملزم به ارجاع امر به کارشناس نبوده، نقض حکم از جهت عدم رجوع به کارشناس مورد نداشته...».

در رأی اصراری شماره ۱۷۳۲ مورخ ۱۳۳۲/۳/۱۳ شعب پنجم دیوان عالی کشور در این زمینه آمده است: «دادگاه می‌تواند به استناد اینکه (مشابهت دو علامت تا پال و پال به حدی است که موجب اشتباه مصرف کنندگان عادی می‌شود) حکم به ابطال علامت پال بدهد و تشخیص این امر در صورتی که بر دادگاه محرز باشد محتاج به جلب نظر اشخاص به عنوان کارشناس نیست.» (زینالی، ۱۳۹۷: ۶۹ و ۷۰ و ۸۸).

اگر تعمیق بیشتری صورت گیرد نهایت اینکه حجم موارد ارجاعی به یک شعبه نصف گردد و به جای یک شعبه، دو شعبه حقوقی و دو شعبه کیفری متصدی دعاوی و شکایات در حوزه حقوق مالکیت صنعتی گردند، که این نیز ایجاد مراجع قضایی استثنایی در نقاط مختلف کشور را توجیه نمی‌نماید. واقعیت اساسی آن است که وضعیت حقوق مالکیت فکری به‌طور کلی و حقوق مالکیت صنعتی از حیث حمایت‌های عملی و رویه قضایی وضعیت مطلوبی نبوده و مردم به‌واسطه ضعف فرهنگ‌سازی در این زمینه و فقدان آگاهی با تخلفات و موارد نقض و ظرفیت‌های قانونی برخورد با آن‌ها آشنایی کامل نداشته و این خود ضعف مراجعات به دادگستری و در نهایت کاهش پرونده‌ها را به همراه دارد. این در حالی است که حقوق مالکیت صنعتی و به‌ویژه برخی حوزه‌های آن همچون علائم تجاری جزء لاینفک زندگی امروز انسان بوده و نمی‌توان آن را نادیده گرفت.^۱ در عرف بسیاری از سوءاستفاده‌ها و موارد نقض حقوق مالکیت صنعتی، همچون سوءاستفاده از علامت تجاری دیگری، فاقد جنبه منفی لازم است^۲ و حتی گاه ادعای حق در این زمینه با موانع عرفی مواجه است. چنان‌که

همچنین در این زمینه می‌توان به دادنامه شماره ۳۲۴ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲۲ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره نمود که در آن در زمینه درخواست ارجاع به کارشناس در زمینه احراز شباهت گمراه کننده علامت مورد ادعا آمده است: «... به لحاظ غیر فنی بودن نیازی به اخذ نظریه کارشناس نبوده است...». این دادنامه در تأیید رأی شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران صادرگردیده است که در آن آمده: «...درخواست کارشناسی از سوی خوانده به منظور احراز شباهت گمراه کننده به لحاظ عدم ضرورت جلب نظر کارشناس موجه نمی‌باشد، زیرا همان طور که اشاره شد ملاک تشخیص شباهت عرفی و نگاه مصرف کننده است...» (اقی، ۱۳۹۹: ۲۰۵-۲۰۳).

۱. در این میان علائم تجاری حتی در کشورمان دارای جایگاه ویژه‌ای بوده و بخش عمده دعاوی حوزه مالکیت صنعتی را به خود اختصاص داده است. این امر به ویژه در خصوص علائم تجاری مشهور که مورد نقض قرار می‌گیرد مطرح است. به طور مثال در این زمینه به پرونده اکبرجوجه که در این منبع مورد ارزیابی واقع گردیده است مراجعه نمایید (سیدین و کارچانی، ۱۳۹۹، ۲۸۰-۲۳۷).

۲. این امر در محیط اینترنتی به صورت مشددی مصداق می‌یابد. بدین نحو که «ویژگی غیرقابل کنترل بودن اینترنت همراه با تصور نادرست مبنی بر اباحه استفاده از اموال فکری موجب گردیده که جرائم حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنتی در مقایسه با سایر جرائم با شدت و حدت بیشتری مطرح گردند؛ زیرا درحالی که در مورد سایر جرائم علی‌رغم فقدان نظارت و کنترل بیرونی بر رفتار افراد همچنان اخلاق و وجدان فردی و کنترل درونی مانع ارتکاب بسیاری از جرائم است، در مورد جرائم علیه مالکیت فکری در محیط اینترنتی نه تنها نظارت و کنترل بیرونی وجود ندارد، بلکه در بسیاری از موارد تصور نادرست مبنی بر اباحه استفاده از اموال فکری دیگران کنترل درونی را نیز زائل می‌سازد؛ زیرا افراد استفاده از اموال فکری دیگران را اخلاقاً توجیه‌پذیر می‌دانند (نظام الملکی، ۱۳۹۶: ۳۳). این واقعیت در کشورمان نیز مطرح است؛ چنانکه برخی از کاربران ایرانی گمان می‌نمایند که هزینه‌ای که بابت اتصال به شبکه اینترنت پرداخت

بسیار متداول است با شهرت و جا افتادن یک علامت و برند اشخاص مختلف مبادرت به استفاده غیرقانونی و بر ضرر منافع مالک علامت از آن می‌نمایند. مادامی که فرهنگ‌سازی درستی در این زمینه صورت نگیرد و اشخاص به حقوق و تکالیف خود به خوبی آشنا نشوند نمی‌توان انتظار داشت که حمایت‌های قانونی جامه عمل به خود ببوشد و اشخاص برای احقاق حق به مراجع قضایی مراجعه نمایند. به‌علاوه قضات نیز فردی از افراد عرف هستند و وقتی در عرف ماهیت غیرقانونی برخی اعمال به وضوح شناسایی و پذیرش نشود قضات نیز ناخواسته با رویکرد تخفیفی به دعاوی و شکایات مربوطه رسیدگی خواهند نمود.

بنابر مراتب فوق در وضعیت کنونی ایجاد مراجع قضایی استثنایی در هر یک از اشکال آن با وضعیت جاری حقوق مالکیت صنعتی، حجم دعاوی و شکایات در این زمینه و همچنین ساختار و سازمان مراجع قضائیتی ایران و نحوه رسیدگی آن‌ها هم‌خوانی ندارد و مادامی که فرهنگ و عرف عمومی کشور در حوزه مالکیت صنعتی بهبود و ارتقاء نیابد، نمی‌توان ایجاد این نوع از مراجع را انتظار داشت. به‌علاوه با توجه به محدودیت‌های موجود در حوزه مالکیت صنعتی ایجاد مراجع قضایی استثنایی، در هر یک از اشکال و صور آن مراجع، نمی‌تواند مزایای آن را به همراه داشته باشد؛ زیرا مقدمه اساسی تمامی این مزایا تقویت آموزش عمومی و تخصصی در سطح کشور در زمینه مالکیت صنعتی است تا شناخت حقوق و تکالیف دارندگان حقوق مذکور و اشخاص ثالث در این زمینه را به همراه داشته باشد و متعاقب آن با هرگونه نقض با مراجعه اشخاص به مراجع قضایی به همراه باشد. این در حالی است که، در حوزه آموزش عمومی این امر تا به امروز به درستی محقق نگردیده است و در حوزه آموزش تخصصی تنها در محدوده تهران و حومه میسر گردیده و لذا قابلیت ایجاد مراجع استثنایی در نقاط مختلف کشور، به‌گونه‌ای که برای همگان در سطح کشور امکان دسترسی فراهم باشد، وجود ندارد. این همه در حالی است که، ایجاد مراجع مذکور در این وضعیت می‌تواند برخی معایب را در سطح جدی به همراه داشته باشد. چنان‌که با توجه به کمیت حجم پرونده‌ها عملاً تنها امکان ایجاد یک یا دو شعبه در پایتخت و نهایتاً چند کلان‌شهر دیگر وجود خواهد داشت و در این وضعیت سایر اشخاص مقیم نقاط دیگر کشور عملاً امکان بهره‌مندی از این دادگاه‌ها را نخواهند داشت؛ زیرا ارزش ادعا در بسیاری از پرونده‌ها به میزانی است که مراجعه مکرر به شهر دیگر و پرداخت هزینه‌های ایاب و ذهاب و... مقرون به صرفه نیست؛ معایبی که در حال حاضر نیز،

می‌گردد درواقع هزینه دریافت تمام خدمات اینترنتی از جمله دانلود آثار فکری از قبیل قطعات موسیقی و ... است. (ضیایی‌پرو، ۱۳۸۵: ۱۵۵).

به شرحی که پیش از این ذکر گردید، نسبت به صلاحیت اختصاصی دادگاه‌های عمومی تهران در رسیدگی به دعاوی و شکایت حوزه حقوق مالکیت صنعتی وفق ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۱۳ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی در عمل و رویه قضایی به وضوح مشهود است و خود افزایش موارد نقض را به همراه خواهد داشت. به علاوه محدود بودن تعداد شعب و کارمندان اداری نیز مانع از ایجاد ساختار منسجم، کامل و مستقل در این نوع از مراجع گردیده و این خود موجب تضعیف جدی استقلال دادگاه و تبعات سوء ناشی از آن می‌گردد. بر این اساس نه ایجاد مراجع قضایی استثنایی ممکن است و نه اختصاص برخی شعب دادگاه‌های عمومی مطلوب بوده است. لذا باید الگوی دیگری را دنبال و اعمال نمود و آن تشکیل دادگاه‌های تجاری در مراکز استان‌ها و اختصاص برخی شعب آن به دعاوی مالکیت صنعتی است. تحولی که در لایحه آیین دادرسی تجاری نسبت به دعاوی مالکیت صنعتی پیش‌بینی گردیده و باید در روند اصلاح نهایی لایحه نسبت به جرایم مالکیت صنعتی نیز تعمیم یافته و اعمال گردد.^۱

نتیجه

قلمرو حقوق مالکیت صنعتی در حقوق ایران علاوه بر مصادیق مذکور در کنوانسیون پاریس بر مبنای قوانین داخلی، یعنی قانون تجارت الکترونیکی، قانون ثبت ارقام گیاهی و قانون نظام جامع دامپروری، شامل اسرار تجاری، مدارهای یکپارچه، گونه‌های گیاهی جدید و ارقام حیوانی جدید نیز می‌گردد.

هزینه بالای بدون توجیه، زمینه‌سازی سوء استفاده و تخلف، تضعیف عمومیت‌نگری در قضات و ایجاد تبعات سوء آن، دشواری دسترسی عمومی افراد به این مراجع و تضعیف استقلال دادگاه و تبعات سوء ناشی از آن مهم‌ترین معایب مطرح شده در زمینه مراجع قضایی استثنایی در حوزه دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی هستند. همچنین ایجاد و حفظ رویه خاص یکپارچه و منسجم

۱. البته برخی حقوق‌دانان بر مبنای تحولات و وضعیت سیستم قضایی کشور در سال‌های نه چندان دور معتقد بوده‌اند که حتی در صورت تصویب لایحه آیین دادرسی تجاری، ساختار و تشکیلات وقت نظام قضایی ایران با توجه به ظرفیت‌ها و پتانسیل‌های آن آمادگی و امکان پذیرش دادگاه‌های تجاری را نخواهد داشت و تشکیل این محاکم قطعاً در عمل با مشکلاتی چون کمبود امکانات، نداشتن بودجه لازم برای تشکیل این محاکم و یا عدم وجود قضات متخصص در امر تجارت به حد کافی، روبرو خواهد شد (قاسمی حامد و غفوری اصل، ۱۳۹۵: ۵۴). با این وجود به نظر می‌رسد تحولات سال‌های اخیر از جمله در تشکیل مراجع تخصصی برخی موانع را مرتفع نموده و دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری تهران با وجود تمامی نقائص آن اقدامی شایسته و قابل تقدیر است که باید در تکمیل نقائص آن و گسترش آن در سطح تمامی مراکز استان‌ها کوشید.

در دکترین و رویه قضایی، ارتقا و بهبود وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی، بهبود و تسریع فرایند رسیدگی و صدور آرا در حوزه مالکیت صنعتی، پویایی سیستم قضایی یک کشور در زمینه تحولات علمی و عملی در حوزه مالکیت صنعتی و در نهایت بهبود حمایت از کسب‌وکار مهم‌ترین مزایایی هستند که بر مبنای مطالعات به عمل آمده در کشورهای گوناگون برای مراجع قضایی استثنایی در حوزه مذکور به اثبات رسیده است.

مدل‌های مختلف این مراجع، شامل مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و تجدیدنظر، مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی و مراجع قضایی استثنایی در مرحله تجدیدنظر، است. از این میان مدل نخست کامل‌ترین مدل‌ها از لحاظ جنبه تخصصی و حفظ صلاحیت انحصاری است و در بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته، که در آن‌ها حقوق مالکیت صنعتی دارای جایگاه عالی و حمایت‌های حقوقی کامل است، مورد استفاده می‌باشد. در اینجا مزایایی که برای مراجع قضایی استثنایی به واسطه رعایت جنبه تخصصی و رسیدگی انحصاری به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی ذکر گردید در عالی‌ترین سطح ممکن است؛ اما در مقابل مطلوبیت این مدل نسبی و تابع وضعیت حمایت از حقوق مالکیت صنعتی در یک کشور و همچنین حجم دعاوی و شکایات در این زمینه است. مدل مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی، صرف‌نظر از مشکلات مربوط به هزینه فراوان و توجه‌ناپذیر ایجاد و حفظ آن‌ها، از این منظر دارای این عیب اساسی است که مراجع تجدیدنظر عمومی، با توجه به عدم اطلاعات تخصصی قادر به رسیدگی ماهوی دقیق در این‌گونه پرونده‌ها، آن‌هم با محدودیت‌های مرحله تجدیدنظر، نخواهند بود. بر این اساس برخی مدل مراجع قضایی استثنایی در مرحله تجدیدنظر را بر سایر مدل‌ها ترجیح داده‌اند. با وجود این به نظر می‌رسد ضعف عمومیت‌نگری در قضات در اینجا و اینکه نمی‌توان رسیدگی تخصصی مورد نظر در مراجع استثنایی را در مرحله تجدیدنظر صورت داد این نظریه را تضعیف می‌نماید. در مجموع به نظر می‌رسد به‌طور کلی مدل مراجع قضایی استثنایی در مرحله بدوی بر سایر مدل‌ها ترجیح و برتری دارد؛ چون در این مدل علاوه بر کاهش هزینه تشکیل مراجع استثنایی در یکی از مراحل نه‌تنها ایراد تک‌جانبه‌نگری مرتفع می‌شود، بلکه اساساً با توجه به رسیدگی مراجع تجدیدنظر عمومی به آرای مرجع قضایی استثنایی بدوی نظارت قضایی برای اعمال و رعایت منع زمینه‌سازی سوءاستفاده و حفظ استقلال دادگاه نیز اعمال می‌گردد.

در حقوق ایران، بر مبنای سه مؤلفه وضعیت حقوق مالکیت صنعتی و حجم دعاوی و شکایات در این زمینه و در نهایت ساختار و سازمان مراجع قضاوتی و نحوه رسیدگی آن‌ها، در وضعیت کنونی ایجاد و استفاده از مراجع قضایی استثنایی توجیهی ندارد؛ زیرا در عرف بسیاری از سوءاستفاده‌ها و

موارد نقض حقوق مالکیت صنعتی، همچون سوءاستفاده از علامت تجاری دیگری، فاقد جنبه منفی و منفور لازم است و مادامی که فرهنگ و عرف عمومی کشور در حوزه مالکیت صنعتی بهبود و ارتقا نیابد نمی‌توان ایجاد این نوع از مراجع را توجیه‌پذیر دانست؛ به‌ویژه آنکه با توجه به حجم محدود دعاوی و تمرکز مراکز دانشگاهی و پژوهشی در تهران و حومه عملاً ایجاد مراجع قضایی استثنایی تنها در تهران و حومه ممکن بوده و این امر مشکل محدودیت دسترسی سایر اشخاص در نقاط مختلف کشور برای احقاق حق خود را به همراه خواهد داشت. این امر در نهایت منجر به جری شدن ناقضان این حقوق و افزایش موارد نقض می‌گردد؛ نقیصه‌ای که در حال حاضر بر مبنای ایجاد مراجع قضایی اختصاصی در تهران وفق ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۱۳ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی در کشورمان وجود دارد.

تصویب قانون حمایت از بهبود کسب‌وکار و اشاره به لزوم تخصیص شعب اختصاصی به دعاوی تجاری نتوانسته به ایجاد الگوی مناسب مراجع قضایی در حوزه دعاوی مالکیت صنعتی بیانجامد؛ زیرا علی‌رغم آنکه در لایحه آیین دادرسی تجاری در ماده ۹ و بند ۶ ماده ۲۵ دعاوی مالکیت فکری و مالکیت صنعتی نیز در صلاحیت دادگاه‌های تجاری دانسته شده است، در ماده ۲۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار، در شرایطی که در راستای تحوّل آیین دادرسی تجاری اقدام نموده، نه تنها صرفاً از جرایم مرتبط با فعالیت‌های تجاری و اختلافات بخش خصوصی و دستگاه‌های اجرایی را مطرح نموده و از مهم‌ترین علت مراجعات اشخاص تاجر و طرفین روابط و معاملات تجاری به دادگاه‌ها، یعنی دعاوی تجاری در بخش خصوصی که هر دو طرف از اشخاص و نهادهای غیرعمومی هستند، غافل مانده، بلکه از ذکر جرایم و دعاوی مالکیت صنعتی در صلاحیت شعب اختصاصی موضوع این بند نیز غفلت نموده است. ابهامی که در عمل نیز منعکس شده و موجب گردیده این دعاوی در دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری تهران نیز در ردیف موارد در صلاحیت شعب اختصاصی مستقر در مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری دانسته نشود. در نتیجه این دعاوی به شکل سابق بر مبنای مقرر ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری در صلاحیت شعب خاصی از دادگاه‌ها عمومی تهران، که به این دعاوی اختصاص یافته، می‌باشد و حوزه مالکیت صنعتی تا زمان تصویب آیین دادرسی تجاری از تحوّل مورد نظر در قانون بهبود محیط کسب‌وکار و آثار مطلوب ناشی از آن محروم خواهد ماند.

در مجموع بر مبنای مجموع مطالعات به عمل آمده پیشنهادات ذیل ارائه می‌گردد:

۱. در شرایط کنونی نباید در پذیرش مراجع قضایی استثنایی به‌گونه‌ای مطلق عمل نمود و این نوع از مراجع را برای تمامی کشورها مفید دانست؛ بلکه از یک سو شرایط یک کشور، به‌ویژه از حیث

امکانات و توان اقتصادی و وضعیت مالکیت فکری در آن‌ها، و همچنین ساختار و سازمان مراجع قضאותی و نحوه رسیدگی آن‌ها را مورد توجه قرار داد و این واقعیت را لحاظ نمود که مطلوبیت این نوع از مراجع امری نسبی و تابع شرایط خاص هر کشور از جهات مذکور است. از سوی دیگر مزایای مطرح شده در مدل دادگاه‌های اختصاصی زیر مجموعه دادگاه‌های تجاری نیز قابل تحقق است؛ آن هم به گونه‌ای که معایب مرتبط با دشواری دسترسی و تضعیف عمومیت‌نگری در قضات و هزینه بالای غیرقابل توجیه متصور نباشد. بر این اساس نمی‌توان با یقین این نوع از مراجع را ساختار مطلوب برای رسیدگی به دعاوی و شکایات مالکیت صنعتی دانست.

۲. در حقوق ایران الگوی اتخاذی در مواد ۸ و ۹ لایحه آیین دادرسی تجاری مبنی بر تشکیل دادگاه‌های تجاری در کلیه مراکز استان‌ها (ماده ۸)، که برخی از شعب آن به مالکیت فکری اختصاص یابد (ماده ۹)، با لحاظ اصلاحاتی که در ادامه خواهد آمد، الگوی بسیار مناسبی می‌باشد؛ زیرا به دیگر نه لازم است که هزینه فراوان غیرقابل توجیه برای ایجاد مراجع قضایی رسیدگی‌کننده به دعاوی مالکیت صنعتی صرف شود و مراجع قضایی تجاری برای رسیدگی به دعاوی تجاری مختلف از جمله دعاوی مالکیت صنعتی اختصاص خواهد یافت، که قطعاً ایجاد این نوع مراجع با توجه به حجم امور تجاری در هر کشوری، صرف‌نظر از توسعه‌یافته یا در حال توسعه بودن آن، قابل توجیه است. به علاوه در اینجا ضعف و نقیصه جدی تضعیف عمومیت‌نگری نیز مرتفع خواهد گردید و با اختصاص برخی شعب به دعاوی مالکیت صنعتی ضمن اجتناب از شکل‌گیری معایب و نقیصه‌های مراجع قضایی استثنایی، در نهایت جنبه تخصصی موضوع و مزایای این نوع از مراجع در عالی‌ترین سطح خود حفظ خواهد گردید. همچنین بر مبنای تشکیل دادگاه‌های تجاری در تمامی مراکز استان‌ها نقیصه دشواری دسترسی و دستیابی عموم افراد به این مراجع مصداق نخواهد یافت.

بر مبنای مجموع مراتب فوق‌الگو و مدل مراجع قضایی استثنایی در امور تجاری، که برخی شعب آن به دعاوی مالکیت فکری از جمله مالکیت صنعتی رسیدگی نمایند، نقطه جمع مزایا و معایب مذکور برای مراجع قضایی استثنایی، به گونه‌ای که معایب شکل‌نگیرد و مزایا در عالی‌ترین سطح خود باشد، بوده و کامل‌ترین الگوی متصور برای مراجع قضایی استثنایی در کشوری همچون کشور ما، که وضعیت حقوق مالکیت صنعتی و حجم دعاوی در این زمینه به هیچ عنوان ایجاد مراجع قضایی استثنایی در این زمینه را توجیه نمی‌نماید، می‌باشد.

۳. بر مبنای نقص و ابهامات متعدد ماده ۲۹ قانون بهبود محیط کسب‌وکار و عدم اشاره آن به دعاوی مالکیت صنعتی این مقترحه تغییری در مراجع رسیدگی‌کننده به دعاوی مالکیت صنعتی به همراه نداشته و تسریع در روند تصویب لایحه آیین دادرسی تجاری و یا اصلاح ماده ۲۹ قانون بهبود

محیط کسب و کار از طریق افزودن یک تبصره به آن، که بر شمول صلاحیت شعب اختصاصی تجاری نسبت به اختلافات تجاری بین اشخاص خصوصی و جرایم و دعاوی مالکیت صنعتی تأکید نماید، توصیه می‌گردد.

در هر حال لایحه آیین دادرسی تجاری از منظر صرف اشاره به دعاوی مالکیت فکری و مالکیت صنعتی ناقص بوده و می‌بایست رسیدگی به جرایم مالکیت صنعتی نیز در صلاحیت دادگاه تجاری قرار گیرد. بر این اساس این اصلاح را باید در روند تصویب نهایی این لایحه مورد نظر قرار داد و اعمال نمود. تازمانی که این تحولات محقق گردد بر مبنای اشاره به ماده ۲۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار به جرایم مالکیت فکری لازم است در دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی دعاوی تجاری تهران اصلاح و شعب کیفری برای رسیدگی به جرایم نیز در آن منظور گردد. در گسترش این رویه به سایر مراکز استان‌ها نیز باید این اصلاحات ملاک عمل قرار گیرد.

منابع

فارسی

- اتمی، محمدحسن (۱۳۹۹)، مالکیت فکری در رویه قضایی ایران، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- باقری، سید کامران (۱۳۹۲)، «نگاهی تحلیلی به عملکرد نظام ثبت اختراع ایران»، فصل‌نامه سیاست‌گذاری علم و پژوهش رهیافت، دوره ۲۳، شماره ۵۵.
- بهمنی، محمد علی و حسنی شیخ عطار (۱۳۹۷)، «قابلیت داوری دعاوی حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۳۵، شماره ۵۸.
- پورنوری، منصور (۱۳۸۳)، حقوق مالکیت معنوی در دادگاه علامت تجاری و اختراعات، تهران: انتشارات مهد حقوق.
- حبیب، سعید و زهرا شوشتری (۱۳۹۹)، «نظم عمومی و داوری پذیری دعاوی مالکیت فکری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۰.
- حبیب، سعید و معلی، مهدی (۱۳۹۴)، حمایت حقوقی از نوآوری‌های زیست فناوری، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- حبیب، سعید و فرزانه شاکری (۱۳۸۹)، «دادگاه‌های مالکیت فکری در کشورهای جنوب شرقی آسیا»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳.
- رئیس، لیلیا (۱۳۸۸)، نظام حل و فصل اختلافات حقوق مالکیت معنوی، تهران: انتشارات جنگل.
- رهبری، ابراهیم و حسنی سنگانی، وحید (۱۳۹۸)، حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری، دوره دو جلدی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- زینالی، توحید (۱۳۹۷)، دعاوی مالکیت معنوی در رویه دادگاه‌ها، تهران: انتشارات چراغ دانش.
- سیدین، علی و مهدی کارچانی (۱۳۹۹)، «علامت تجاری عام؛ احراز فقدان و زوال تمایز بخشی در پرتوی پرونده «اکبر جوجه»»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۱.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۶)، آیین دادرسی مدنی، دوره سه جلدی، چاپ سی و هفتم، تهران: انتشارات دراک.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین‌المللی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- صادقی، محسن (۱۳۹۴)، «مطالعه تطبیقی نقش قوانین مالکیت فکری در بهبود محیط کسب‌وکار: با نگاهی نقادانه به حقوق ایران»، مجموعه مقالات همایش ملی بهبود محیط کسب‌وکار.
- صادقیان ندوشن، مهرداد (۱۳۹۷)، بررسی تطبیقی لزوم ایجاد مراجع تخصصی رسیدگی به دعاوی مالکیت معنوی، تهران: دبیرخانه کمیسیون‌های تخصصی اتاق ایران.
- ضیایی پرور، حمید (۱۳۸۵)، «موسیقی در اینترنت»، مجله پژوهش و سنجش، سال ۱۳، شماره ۴۵ و ۴۶.
- عباسی، سیمین و بابک اخگر (۱۳۹۱)، مدیریت حقوق مالکیت فکری (اختراع، علائم تجاری، طرح‌های صنعتی)، تهران: انتشارات جنگل.
- عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۲)، لایحه تجارت (باب اول و ششم) و لایحه آیین دادرسی تجاری، قم: انتشارات کعبه دل.

- قاسمی حامد، عباس و غزل غفوری اصل (۱۳۹۵)، «لزوم احیای دادگاه‌های تجاری در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۳.
- مصاحبه با محمد حسن کیانی با عنوان «جدیدترین آمار قبت علامت تجاری در ایران»، در خبرگزاری میزان مورخ ۱۳۹۵/۳/۳ قابل دسترسی در:
<https://www.mizanonline.com/fa/news/176831>
- نظام الملکی، جعفر (۱۳۹۶)، حمایت کیفری از حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنتی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- نظام الملکی، جعفر (۱۳۹۷)، حمایت حقوقی از نوآوری‌های زیست فناوری بر اساس نظریه متن باز با تأکید حقوق ایران، رساله دکتری حقوق خصوصی، قم: دانشکده حقوق دانشگاه قم.
- نقی زاده، محمد و همکاران (۱۳۹۵)، «بررسی چالش‌های قانونی و حقوقی مالکیت فکری در تجاری‌سازی محصولات زیست فناوری»، فصلنامه رشد فناوری، سال دوازدهم، شماره ۴۷.

انگلیسی

- de Werra, Mr. Jacques (2019), "A closer look at specialized intellectual property courts", **Wipo Magazine**. Available at:
https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/03/article_0005.html
- Holzapfel, Henrik and Königs McDermott Will & Emery, martin (2019), Patents. Available at:
<https://gettingthedealthrough.com/area/25/jurisdiction/11/patents-germany/>
- International Bar Association Intellectual Property and Entertainment Law Committee (2007), **International Survey of Specialised Intellectual Property Courts and Tribunals**, International Bar Association, London.
- International Intellectual Property Institute (IIPI) and the United States Patent and Trademark Office (USPTO) (2012), Study on Specialized Intellectual Property Courts, 25 January. Available at:
<https://iipi.org/wp-content/uploads/2012/05/Study-on-Specialized-IPR-Courts.pdf>
- Li, Xuan and M. Correa (2009), **Intellectual Property Enforcement International Perspectives**, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham.
- Pinyosinwat, Jumpol, (2010) **A Model for Specialized Intellectual Property Court in Developing Countries**, A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Laws, Faculty of Law, Waseda University.
- Supreme Court of Japan (2019), **Intellectual Property High Court**, Tokyo Court Complex.

اهلیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه

عباس نیازی*، سعید جوهر**

چکیده

اهلیت، صلاحیت اشخاص برای دارا شدن حق و تحمل تکلیف است. این مفهوم از اهلیت مورد پذیرش اکثر نظام‌های حقوقی قرار گرفته است. با وجود اهلیت، اشخاص می‌دانند تحت چه شرایطی طرف حق و موضوع تکلیف قرار می‌گیرند. هدف از وضع چنین مقرراتی، منظم کردن نظام معاملاتی در مفهوم عام از بدو تولد (یا تشکیل) تا زمان فوت (یا انحلال) اشخاص است. در این مقاله مطالعه تطبیقی بین حقوق ایران و فرانسه به روش کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی - تحلیلی انجام شده است و پس از ذکر کلیات مربوط به اهلیت اشخاص حقیقی، این نهاد در زمینه امور تجاری بررسی می‌گردد. سؤال اصلی تحقیق آن است که آیا قواعد مربوط به اهلیت اشخاص در زمینه امور تجاری مشابه با امور مدنی است یا دو نظام متفاوت در این مورد حکم فرماست؟ و موارد دیگر مد نظر این مقاله آن است که آیا محجورین امکان انجام فعالیت‌های تجاری را دارند یا خیر و ولی قهری یا قیم می‌تواند به جانشینی از محجور تجارت نماید؟ این نوشته بر این فرض استوار است که قواعد اهلیت مدنی و تجاری مشابه با یکدیگر است اما تفاوت‌هایی نیز دارد که باید بررسی شود و محجور ممیز نیز برخلاف عقیده برخی، حتی با اذن ولی قهری یا قیم امکان انجام فعالیت‌های تجاری را ندارد و ولی قهری یا قیم امکان انجام «فعالیت‌های تجاری» به نیابت از محجور را نخواهند داشت.

واژگان کلیدی: اهلیت مدنی، اهلیت تجاری، اصل آزادی انجام فعالیت‌های تجاری

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
(نویسنده مسئول)
abasniaz@ut.ac.ir

** قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد ورامین)، ورامین، ایران
saeed.johar@yahoo.com

مقدمه

اهلیت در معنای عام عبارت است از صلاحیت شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف. در این معنا، اهلیت کامل مدّ نظر است (حیاتی، ۱۳۹۱: ۱۸۰). اهلیت را به دو دسته تقسیم می‌کنند: اول اهلیت تمتع یا دارا شدن حق^۱ که از آن به اهلیت تملّک و استحقاق نیز یاد می‌شود و دوم اهلیت استیفا یا اجرای حق یا تصرف^۲ (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۷۷: ۱۵۴؛ شهیدی، ۱/۱۳۷۷: ۲۴۶). اشخاصی که از تصرف در اموال و حقوق خود محروم هستند را «محجور» می‌نامند (طوسی، ۲/۱۳۷۸: ۲۸۱؛ امامی، ۵/۱۳۷۷: ۲۴۲)، محجور مورد نظر ما در این مقاله شخص فاقد اهلیت استیفاست، چراکه مطابق ماده ۹۵۶ قانون مدنی با زنده متولد شدن هر شخص اهلیت دارا بودن حق را دارد و هرگاه اهلیت به‌نحو مطلق بیان شود اهلیت استیفا مدّ نظر است (عالی‌پناه و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۰۰) برابر ماده ۱۲۰۷ قانون پیش‌گفته: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار ۲- اشخاص غیر رشید ۳- مجانین».

اهلیت «اشخاص حقوقی» و «شرکت‌های تجاری» در تحقیقات پیشین حقوقی مورد بررسی واقع شده است^۳ اما مفهوم «اهلیت تجاری» علی‌رغم آنکه در بند «ع» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی^۴ آمده، لیکن مورد تحقیق مستقلی قرار نگرفته است.

«اهلیت تجاری»^۵ در مفهوم ساده، صلاحیت اشخاص برای انجام اعمال تجاری است (Pédamon et al., 2015: 107). اصل بر این است که تمامی اشخاص حقیقی می‌توانند تاجر باشند و فعالیت تجاری انجام دهند به شرط اینکه اهلیت داشته باشند (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۷۴). از آنجایی که در قانون تجارت بحث صریحی درخصوص اهلیت اشخاص یا اهلیت تجاری بیان نشده است، مفهوم و حدود آن را از قانون مدنی و سایر قوانین بررسی می‌کنند (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۹: ۱۱۴؛ عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۵: ۱۴۱؛ حسینی جلیلیان، ۱۳۹۳: ۹۳). در حقوق تجارت ایران، فقط برخی ممنوعیت‌ها برای انجام بعضی فعالیت‌های تجاری دیده می‌شود. ظاهراً قانون‌گذار تجاری با توجه به قواعد عام اهلیت که در قانون مدنی آمده، ضرورتی به تعیین قواعد ویژه اهلیت در قانون تجارت ندیده است. در نتیجه صغیر غیرممیز اساساً اهلیت انجام معاملات و ازجمله انجام فعالیت‌های

1. Capacité de jouissance

2. Capacité d'exercice

۳. برای نمونه بنگرید به: پاسبان محمدرضا، ۱۳۸۹؛ حسین‌زاده علی‌آبادی، ۱۳۷۹؛ طوری، ۱۳۹۰.

۴. ع- «تأمین‌کننده» (Supplier): عبارت از شخصی است که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند.

5. La capacité commerciale

تجاری را ندارد و این اعمال ممکن نیست به واسطه نمایندگان ایشان انجام شود. (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۸: ۱۱۷؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۳۷) این قاعده در خصوص اشخاص کبیری که مجنون هستند نیز رعایت می‌شود اما در مورد صغیر ممیز و شخص سفیه محل تردید و موضوع بحث است (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۴۰). بر اساس قواعد عمومی معاملات مدنی، معامله چنین اشخاصی غیرنافذ است و با تنفیذ ولی قهری او معتبر می‌شود (ماده ۸۵ قانون امور حسبی).

در حقوق فرانسه، اهلیت حقوقی شخصی حقیقی شایستگی او برای اجرای حقوق و طرف تکلیف واقع شدن است (Pedro Santos et al., 2002: 97). در حقوق این کشور، در تقسیم‌بندی کلی، اهلیت به دو دسته اهلیت دارا شدن حق و اهلیت استیفای حق تقسیم‌بندی می‌شود. اهلیت تمتع صلاحیت دارا شدن یک یا چند حق است. با این تعریف، اشخاص صغیر نیز دارای اهلیت تمتع هستند هرچند نمی‌توانند حقوقی که دارا هستند را اجرا و اعمال کنند.

اهلیت استیفا یا اجرای حق صلاحیت اعمال و انجام حقوقی است که شخص داراست بدون اینکه نیاز باشد که توسط نمایندگان قانونی و قضایی او اجرا شود. برابر ماده ۴۱۴ قانون مدنی فرانسه^۱، سن ۱۸ سال به عنوان سن رشد در نظر گرفته شده است. از این سن به بعد است که شخص صلاحیت انجام تمام اعمال مدنی خود را پیدا می‌کند. ماده ۱-۳۷۱ قانون مدنی فرانسه^۲ مقرر می‌دارد که اشخاص قبل از سن ۱۸ سال تحت ولایت ولی قهری خود هستند تا اینکه به سن ۱۸ سال برسند یا از آن‌ها رفع حجر شود. فرایند رفع حجر، باعث می‌شود اشخاص زیر سن ۱۸ سال اهلیت اجرای حقوق خود را پیدا کنند و به عبارتی رشید شوند. چنین شخصی تحت ولایت ولی قهری خود نیست. برای پاسخ به این سؤال که آیا محجورین امکان انجام فعالیت‌های تجاری را دارند یا خیر و ولی قهری یا قیم می‌تواند به جانشینی از محجور تجارت نماید، پس از بررسی عموماً مربوط به اهلیت مدنی، لازم است در مورد اصل آزادی انجام فعالیت‌های تجاری، قواعد خاص اهلیت برای انجام این فعالیت‌ها، قواعد اهلیت برای شریک شدن در شرکت‌های تجاری، قواعد انجام فعالیت تجاری برای زوجین، ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های قانونی برای انجام فعالیت‌های تجاری و تجارت اتباع

1. Article 414: La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

2. Article 371-1: L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

بیگانه، به ترتیب در حقوق ایران و فرانسه بررسی شود.

۱. اصل آزادی انجام فعالیت‌های تجاری

یکی از حقوق اساسی بشر، اصل آزادی انتخاب و انجام فعالیت‌های تجاری است.^۱ بر اساس این اصل، تمامی اشخاص حقیقی توان تاجر شدن و انجام عملیات تجاری را دارند. با این حال بنا به محدودیت‌هایی که نظم اقتصادی و تجاری ایجاد می‌کند و ضرورت‌هایی که برای رعایت حقوق اشخاص ثالث وجود دارد، باعث می‌شود انجام فعالیت‌های تجاری محدود شود. این محدودیت‌ها منجر می‌شود که افراد فاقد اهلیت قانونی نتوانند اعمال تجاری انجام دهند و تاجر باشند. آزادی انجام فعالیت‌های تجاری در اصل ۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تأکید قرار گرفته است. بر اساس این اصل: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند...» در این اصل، سه امر مهم یعنی آزادی کار، حق کار و عدم تبعیض بیان شده است (عراقی، ۱۳۹۳: ۹۰) و تنها سه محدودیت برای آزادی کار و تجارت در نظر گرفته شده که عبارت است از مخالفت با اسلام، مغایر با مصالح عمومی و تعارض به حقوق اشخاص ثالث.

در بند ۱ ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز به اصل آزادی انتخاب شغل اشاره شده است. در این بند می‌خوانیم: «هر انسانی حق دارد که صاحب شغل بوده و آزادانه شغل خویش را انتخاب کند، شرایط کاری منصفانه مورد رضایت خویش را دارا باشد و سزاوار حمایت در برابر بیکاری است.»

در حقوق فرانسه، آزادی تجارت و صنعت برای اولین بار با فرمان آلارد در دوم و هفدهم مارس ۱۷۹۱^۲ تأیید شد و به‌طور گسترده با قانون معروف به شاپلیه در ۱۴ و ۱۷ ژوئن همان سال^۳ مورد تأکید قرار گرفت. آزادی صنعت و تجارت به‌عنوان یک اصل کلی، توسط شورای دولتی فرانسه با فرمان شماره ۴۸/۲۹۳ در ۲۸ اکتبر سال ۱۹۶۰^۴ به‌صراحت اعلام شد. بعدها در قانون شماره ۱۱۹۳-۷۳ مصوب ۲۷ دسامبر ۱۹۷۳ معروف به قانون روییه^۵ چنین گفته شد: «آزادی و اختیار، اساس فعالیت‌های تجاری و صنعتی است.» شورای قانون اساسی آزادی تجارت را به‌عنوان یک حق اساسی

۱. اصول ۲۸ و ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۴ قانون کار مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، به آزادی اشخاص در انتخاب شغل پرداخته‌اند و در ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، حق انتخاب آزاد شغل بیان شده است.

2. Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

3. La loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791.

4. CE, 28 oct. 1960, n° 48.293.

5. Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 dite "loi Royer".

در ۱۶ ژانویه ۱۹۸۲ در دستور شماره ۱۳۹-۸۲ بیان کرد.^۲

آزادی انجام فعالیت‌های تجاری در حقوق فرانسه، از اصول آزادی تجارت و صنعت است که بر اساس آن همه اشخاص می‌توانند به انتخاب خودشان به انجام فعالیت‌های تجاری بپردازند. این اصل امکان تأسیس شرکت‌های تجاری، اختصاص دادن سرمایه برای انجام فعالیت‌های تجاری و انتخاب آزادانه شغل را در بر می‌گیرد (Astigarraga, 2013: 41). البته آزادی اشتغال استثنائاتی نیز دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

۲. قواعد اهلیت برای انجام فعالیت‌های تجاری

وضعیت^۳ حقوقی شخص تاجر، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی است که در مورد تاجر اجرا می‌شود و تکالیف ذاتی تاجر را مشخص می‌کند.^۴ اهلیت تاجر، صلاحیت او برای دارا شدن حق و تکلیف در فضای تجارت است. در این معنا، وضعیت و اهلیت با هم متفاوت هستند. وضعیت جایگاه حقوقی شخص را مشخص می‌کند و مجموعه اوصافی است که قانون بر آن‌ها اثر حقوقی بار می‌کند (الماسی، ۱۳۸۸: ۲۳۱) و اهلیت، صلاحیت او را برای دارا شدن حق و تکلیف بررسی می‌کند. با در نظر گرفتن این واقعیت که همه اشخاص حق اجرای حقوق و تکالیف خود را دارند مشروط به اینکه در حدود قانون و مشروع باشد، همه اشخاص حقیقی می‌توانند تاجر باشند و اعمال تجاری را انجام دهند (Pedro Santos et al., 2002: 93). در کنار این اصل، استثنائاتی وجود دارد که طبق آن‌ها برخی اشخاص اهلیت تاجر شدن و انجام اعمال تجاری را ندارند. صغار، غیر از آن‌هایی که رفع حجر شده‌اند، نه می‌توانند وصف تاجر را داشته باشند و نه اعمال تجاری انجام دهند. سن صغر بر اساس قانون ملی هر کشوری مشخص می‌شود. فقدان اهلیت تجاری صغاری که رفع حجر نشده‌اند، مطلق است و هیچ مقامی نمی‌تواند به آن‌ها اجازه انجام چنین فعالیت‌هایی را بدهد.

1. Cons. Const., 16 janv. 1982, n° 82-139.

2. F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil. Les personnes, n° 388 : Précis Dalloz 2012, 8e Ed. p.15.

3. Etat.

۴. وضعیت عبارت است از کیفیتی که اشخاص از نظر قوانین جاری یک کشور دارا می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵؛ وائزه ۳۸۰۷) به عبارت دیگر، مجموع اوصاف حقوقی انسان مثل نکاح، طلاق، سن، نسب، حجر، ... می‌باشد. وضعیت، منشأ حقوق و تکالیف است و اموری را شامل می‌شود که قانون بر آن‌ها آثار حقوقی بار می‌کند (الماسی، ۱۳۹۲: ۱۵۱). وضعیت اشخاص از نظر سیاسی در حقوق نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا وضعیت اتباع یک کشور با اتباع بیگانه یکسان نیست و اتباع خارجی از برخی حقوق سیاسی و مدنی محروم‌اند، بررسی وضعیت بیگانگان در رشته حقوق بین‌الملل خصوصی و وضعیت سیاسی اشخاص در حقوق عمومی صورت می‌گیرد که هر دو از حیطه حقوق مدنی خارج است (شفایی، ۱۳۸۲: ۲۳۳).

چنین محجورینی فقط می‌توانند امور معمول زندگی خود را انجام دهند ولی از انجام اموری مانند تجارت که همراه با خطر است، ممنوعند (Traore, 2003: 7). با این مقدمه قواعد مربوط به اهلیت برای انجام فعالیت‌های تجاری در حقوق ایران و فرانسه در ادامه بررسی می‌شود.

۲-۱. حقوق ایران

در حقوق ایران، انجام فعالیت‌های تجاری مستلزم داشتن اهلیت عامی است که در قانون مدنی بیان شده است (ستوده تهرانی، ۱/۱۳۷۵: ۳۶). برابر مواد ۲۱۰ و ۲۱۱ قانون مدنی، طرفین معامله باید اهلیت داشته باشند و در شرایطی اهل محسوب می‌شوند که بالغ و عاقل و رشید باشند. صغار غیرممیز به واسطه فقدان قصد و اراده انشایی، از انعقاد معامله ممنوع هستند و اعمال حقوقی ایشان به واسطه نمایندگان قانونی و قضایی ایشان انجام می‌شود. مجانین نیز همین وضع را دارند. (حسین‌پور و یزدانی، ۱۳۹۸: ۱۳۲؛ سوغانی، ۱۳۹۰: ۲۱؛ کوچکی پهنه کلایی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۴۳) در مورد صغیر ممیز و شخص سفیه تردید وجود دارد. بر اساس قواعد عمومی معاملات مدنی، معامله چنین اشخاصی غیرنافذ است و با تنفیذ ولی قهری آن‌ها معتبر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۸-۱۰۶). اما در مواد ۸۵ و ۸۶ قانون امور حسبی مصوب سال ۱۳۱۹ در این باره قواعد متفاوتی را شاهدیم. بر اساس ماده ۸۵ این قانون: «ولی یا قیم می‌تواند در صورتی که مقتضی بداند به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه‌ای بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود.» و در ماده ۸۶ همان قانون می‌خوانیم: «محجور ممیز می‌تواند اموال و منافعی را که به سعی خود او حاصل شده است با اذن ولی یا قیم اداره نماید.» از جمع این دو ماده برخی چنین نتیجه گرفته‌اند که اعمال تجاری سفیه و صغیر ممیز با اجازه ولی قهری ایشان نافذ است و تجاری تلقی می‌شود (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۴۲؛ اسکینی، ۱۳۷۷: ۱۱). ظاهراً برای معتبر بودن اعمال تجاری سفیه و صغیر ممیز بر اساس این عقیده، اذن کفایت می‌کند و نیازی نیست برای همه معاملات اجازه جداگانه گرفته شود و نیز اگر به صغیر ممیز و سفیه اجازه معامله داده شود، این اجازه شامل امکان دخل و تصرف آن‌ها در کلیه اموال مورد نیاز برای تجارت نیز است (اسکینی، ۱۳۷۷: ۱۳).

اما به نظر می‌رسد علی‌رغم اطلاق مواد ۸۵ و ۸۶ قانون یاد شده، فعالیت تجاری، از جمله فعالیت‌های توأم با خطر است و هر زمان ممکن است اموالی که تاجر به کار گرفته، از دست برود؛ بنابراین بهتر است مواد فوق را به فعالیت‌های کوچک مانند پیشه‌وری و کسب و کارهای جزئی مانند شاگردی محدود بدانیم و فعالیت‌های کلان تجاری را از شمول این مواد خارج کنیم (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۷: ۱۱۴) و بر این عقیده تأکید نماییم که تجارت کلیه اشخاص محجور، تابع قواعد عمومی قراردادهاست (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۵: ۱۴۶). در عمل نیز مردم، دفاتر اسناد رسمی، بانک‌ها

و سازمان‌های دولتی برخلاف قانون، ۱۸ سالگی را امارهٔ رشد می‌پندارند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۹۷). البته اشخاص زیر سن ۱۸ سال، چنانچه بخواهند اعمال مدنی و یا تجاری انجام دهند، می‌توانند از دادگاه حکم رشد گرفته و مبادرت به انجام چنین اعمال بنمایند.

در فرضی که تجارتخانه‌ای به یک شخص فاقد اهلیت به ارث می‌رسد و یا به وی هبه می‌شود، راهکارهای متفاوتی برای ادارهٔ این مال به ذهن متبادر می‌شود. فروش مؤسسهٔ تجاری توسط نمایندگان صغیر (ولی قهری، قیم یا وصی ایشان حسب مورد) راه حل مطلوبی است اما ممکن است به هر علتی از جمله رکود بازار ممکن نباشد. راه حل دیگر، ادارهٔ مؤسسه تجاری به وسیلهٔ نمایندگان قانونی صغیر است که مورد تأمل است^۱ (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۵: ۱۴۷) و عدم امکان آن با توجه مادهٔ ۶۶۲ قانون مدنی به نظر صحیح می‌رسد (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۷۵؛ محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۹: ۱۱۶). همچنین نمایندگان او می‌توانند مؤسسهٔ تجاری خود را به‌عنوان آورده وارد در شرکت کنند. البته نوع شرکت در اینجا تعیین کننده است. به علت مسئولیتی که شریک در شرکت‌های شخص دارد، شریک شدن محجور در این شرکت به هر نحو حتی توسط نمایندگان او، امکان ندارد اما صغیر به واسطهٔ نمایندگان خود می‌تواند در شرکت‌های سرمایه شریک شود و تجارتخانهٔ خود را به‌عنوان آورده وارد کند (میرناصری، ۱۳۹۶: ۷۶). چراکه در شرکت‌های شخص، مسئولیت شرکا، نامحدود و شخصی است اما در شرکت‌های سرمایه به میزان آورده شریک مسئولیت دارد (جوهر، ۱۳۹۹ [الف]: ۸۲). همان طور که اشاره شد یکی دیگر از مسائلی که در این ارتباط می‌توان بحث نمود در موردی است که ولی یا قیم یا صغیر اقدام به انجام فعالیت تجاری از سوی مولی علیه خود می‌کند. بر اساس مادهٔ ۱ قانون تجارت ۱۳۱۱، تاجر باید معاملهٔ تجاری را برای خودش انجام دهد (عبدی‌پور، ۱۳۹۵: ۱۴۶؛ جوهر، ۱۳۹۹ [ب]: ۵۵) تا فعالیت یادشده وصف تجاری داشته باشد. در مورد تجارت

۱. برخی با استناد به اصول کلی حقوقی و نیز متون فقهی، بر این باورند که ولی و وصی علاوه بر وظیفهٔ نگهداری، می‌توانند اموال محجور را در معاملات تجارتي و شرکت‌های تجاری، سرمایه‌گذاری کنند. لیکن برای این سؤال که چه شخصی تاجر محسوب می‌شود (ولی یا وصی یا محجور) و چه شخصی در صورت توقف از پرداخت دیون، مسئول است، و در صورت بروز ورشکستگی در حالیکه مولی علیه محجور هست، چه شخصی ممنوع از تصرف در اموال اعلام خواهد شد؟ پاسخ قانع کننده‌ای ارائه نداده‌اند. باید در نظر داشت نظرات فقهای گران سنگ بر اساس حفظ مال محجور استوار است و شرایط شکلی و الزامات که قانون تجارت و سایر قوانین از جمله قانون مالیات‌های مستقیم، بر تاجر بار می‌کند، با بیع، متفاوت است و رعایت غبطه و مصلحت محجور در نظم کنونی حقوق، اقتضای تجارت کردن با اموال محجور را ندارد، و النهایه نباید بیش از کسبه جزء اختیار فعالیت به محجور داده شود (عبدی‌پور، ۱۳۹۵: ۱۴۳). برای دیدن نظر مخالف نک: حسین‌پور و یزدانی ۱۳۹۸.

نماینده قانونی برای شخص فاقد اهلیت، باید قائل به تفکیک شد. اگر نمایندگان قانونی به وصفی که گفته شد به نام خود و با سرمایه صغیر فعالیت تجاری انجام دهند، بر اساس اصل صحت و اعتماد به ظاهر (صقری، ۱۳۹۰: ۸۹) خود شخص ولی یا وصی یا قیم تاجر محسوب می‌شود^۱ اما اگر به نام صغیر و با سرمایه او فعالیت تجاری انجام می‌دهد، هیچ‌یک از آن‌ها واجد وصف تاجر نمی‌شوند (عبدی‌پور، ۱۳۹۵: ۱۴۷)؛ چراکه ولی یا وصی یا قیم نماینده است و نمی‌توان نماینده را برای اقدامی که برای منوب‌عنه خود انجام می‌دهد، مسئول دانست و در این فرض تاجر محسوب کرد (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۷۵؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۳۷).

۲-۲. حقوق فرانسه

اصل این است که حمایت از محجوران ایجاب می‌کند که قواعد سختگیرانه‌ای برای انجام امور حقوقی ایشان تدارک دیده شود. فعالیت‌های تجاری نیز به‌عنوان یک فعالیت توأم با خطر، همواره تحت شمول این قواعد سختگیرانه قرار می‌گیرد.

برای حمایت از اشخاص فاقد اهلیت یا محجور، قانون‌گذار فرانسوی محدودیت‌هایی را برای صغار و اشخاص کبیری که تحت حمایت او هستند تعیین کرده است. علت این محدودیت‌های موقعیت ضعیف روانی آن‌ها، عدم بلوغ ایشان یا سن کم و ضعف در قوه تمیز ایشان گفته شده است (H. Gaudemet-Tallon, 2014: 229). در ادامه اشخاص کبیر فاقد اهلیت را بررسی می‌کنیم:

تاجر شدن برای صغار غیرممیز اساساً ممنوع است. در حقوق فرانسه، نمایندگان قانونی چنین افرادی می‌توانند فعالیت‌های مدنی آن‌ها را انجام دهند اما در مورد انجام فعالیت‌های تجاری وضع متفاوت است. برابر ماده ۵۰۹ قانون مدنی فرانسه^۲، نمایندگان قانونی صغار حتی با مجوز مخصوص از مقامات قضایی به نام شخصی که تحت حمایت قانون است، نمی‌توانند فعالیت تجاری انجام دهند. در حقوق این کشور، صغار ممیز^۳، نمی‌توانند فعالیت تجاری انجام دهند اما برابر مواد ۸-۴۱۳ قانون مدنی^۴ و ۲-۱۲۱ قانون تجارت^۵ این کشور چنین شخصی می‌تواند با مجوز مخصوص از

۱. ماده ۱۹ قانون نظام صنفی کشور اشعار می‌دارد: «در صورتی که دارنده پروانه کسب محجور شود، قیم می‌تواند با رعایت غبطه محجور و طبق مقررات این قانون نسبت به اداره یا انتقال واحد صنفی اقدام کند.»

2. Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée...

3. Mineur non-émancipé

4. Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé.

5. Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment

قاضی امور سرپرستی یا رئیس دادگاه تجاری به فعالیت تجاری بپردازد (P. Voirin, 1967: I, 2092). افراد کبیری که محجوریت آن‌ها اعلام شده و تحت سرپرستی یا قیمومیت هستند، نمی‌توانند به فعالیت تجاری بپردازند. نکته مهم این است که نمایندگان قانونی چنین افراد نیز نمی‌توانند به نام آن‌ها فعالیت تجاری انجام دهند چراکه انجام فعالیت تجاری مسئولیت‌هایی را برای آن‌ها و اموال تحت مالکیت ایشان ایجاد می‌کند که مخالف با منافع آن‌هاست؛ در نتیجه قانون‌گذار بنا به مصالح آن‌ها چنین تصمیمی اتخاذ کرده است (Pedro Santos et al., 2002: 97).

بنابراین. این‌گونه افراد نمی‌توانند سرمایه تجاری خود را به‌طور شخصی استفاده کنند و انجام چنین اعمالی توسط این افراد باعث بطلان آن عمل می‌شود. علت بطلان عمل حقوقی این افراد، فقدان قصد و اراده انشایی آن‌هاست (Dutilleul, 2019: 102). اما برابر ماده ۲-۱۲۱، صغیر ممیز^۱، با اجازه مخصوص دادگاه می‌تواند تاجر باشد و تجارت کند. در واقع، صغیر، برابر ماده ۴۱۴ قانون مدنی فرانسه^۲، زمانی کبیر می‌شود که به سن ۱۸ سال تمام برسد اما قبل از آن می‌تواند از دادگاه بخواهد که درباره اهلیت وی تصمیم بگیرد و تقاضای حکم رشد خود را بنماید. در این شرایط و با صدور رأی مبنی بر رشد، صغیر ممیز می‌تواند به فعالیت تجاری بپردازد. اما صغیر غیرممیز، نه به‌طور مستقیم و توسط خودش و نه به‌صورت غیرمستقیم و توسط نمایندگان قانونی خود نمی‌تواند فعالیت تجاری داشته باشد. همچنین به‌عنوان شریک در شرکت‌های شخص که شرکای آن‌ها تاجر محسوب می‌شوند و مسئولیت شخصی دارند، نمی‌تواند وارد شود. البته اشخاص کبیری که محجور هستند، نیز نمی‌توانند شخصاً، فعالیت تجاری انجام دهند (Mwanzoi, 2012: 162). علت عدم امکان انجام فعالیت تجاری توسط صغیر غیرممیز و اشخاص کبیر محجور این است که فعالیت تجاری همواره همراه با خطر و ضرر بالقوه است. لذا این اشخاص از انجام فعالیت تجاری منع شده‌اند. بنابراین صغیر ممیز می‌تواند با اجازه دادگاه به انجام فعالیت تجاری بپردازد (Yahve, 2011: 12). در نتیجه، در حقوق فرانسه، صغیر غیرممیز به‌وسیله نمایندگان خود می‌تواند فعالیت تجاری انجام دهد. اشخاص کبیر محجور، امکان انجام فعالیت تجاری به واسطه نمایندگان خود را دارند اما خودشان ممنوع از این کار هستند (Pedro Santos et al., 2002: 97; Le Gall, 2017: 58). بنابراین می‌توان گفت قواعد اهلیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه یکسان است. در واقع، در حقوق

de la décision d'émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé.

1. Mineur émancipé

2. Article 414: La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

هر دو کشور، صغار غیر ممیز و سفها و مجانین از انجام فعالیت‌های تجاری و مدنی ممنوعند و نه خودشان به‌طور مستقیم و نه به‌واسطه نمایندگان خود نمی‌توانند اعمال تجاری انجام دهند. صغار ممیزی که زیر سن ۱۸ سال هستند، هم در حقوق ایران و هم در حقوق فرانسه، می‌توانند با اجازه مخصوص از جانب دادگاه به انجام اعمال تجاری اقدام کنند.

۳. قواعد اهلیت برای شریک شدن در شرکت‌های تجاری

قواعدی که در مورد اهلیت تجاری به شرح مبحث‌عنه گفته شد، قاعده عمومی است و درخصوص تمامی اعمال تجاری قابلیت اعمال و اجرا دارد، اما درخصوص شریک شدن در شرکت‌های تجاری و مسئولیت‌هایی که این عمل حقوقی دارد، لازم است موضوع جداگانه بررسی شود. قاعده اصلی و اولیه این است که تمام اشخاص حقیقی می‌توانند در همه انواع شرکت‌های تجاری شریک یا سهام‌شوند.

البته باید بین شرکت‌های شخص و سرمایه قائل به تفکیک شویم. در شرکت‌های شخص، شخصیت شرکا نقش اصلی و اساسی دارد (پاسبان، ۱۳۹۵: ۴۰۹). به عبارت دیگر، معیار شخصی یا ملاحظات شخصی^۱ در مورد هر یک از شرکا نقش اساسی در تشکیل شرکت ایفا می‌کند. در واقع شخصیت هر یک از شرکا در آن حائز اهمیت است و شرکت بین شرکایی که نسبت به اعتبار یکدیگر واقف‌اند، تشکیل می‌شود. وجه قراردادی شرکت‌های شخص نسبت به وجه تأسیسی این نوع شرکت‌ها برتری و غلبه دارد. در این شرکت‌ها چنانچه شرکت منحل شود یا ورشکسته اعلام گردد، امکان رجوع به هر یک از شرکا بابت زمینه خالی دیون شرکت پابرجاست. سهم‌الشرکه اصولاً قابل نقل و انتقال نیست و چنین شرکتی شرکت بسته تلقی می‌شود. شرکت تضامنی، نسبی و مختلط غیرسهامی در این گروه قرار می‌گیرند (اسکینی، ۱۳۹۲: ۹۸). باید یادآور شد که شرکت شخص قاعدتاً باید دارای سرمایه باشد و به صرف اعتبار شرکا نمی‌تواند تشکیل شود. علت این امر هم مشخص است؛ چراکه شرکتی که دارای شخصیت حقوقی است، ضرورتاً نیاز به سرمایه دارد.

در مقابل، در شرکت‌های سرمایه‌ای، تأکید اساسی بر سرمایه شرکت به‌جای روابط شخصی بین شرکاست (پاسبان، ۱۳۹۵: ۱۰۶). به عبارت دیگر، ملاحظات سرمایه‌ای نسبت به معیارهای شخصی از اهمیت بیشتری برخوردار است. شخصیت و دارایی شخصی شرکا، تضمین بازپرداخت دیون و بدهی‌های شرکت نیست و طلبکاران برای دیون شرکت، نمی‌توانند به شرکا مراجعه کنند. در شرکت‌های سرمایه‌ای آنچه اهمیت دارد تشکیل سرمایه شرکت است و شریک شرکت سرمایه‌ای، تعهدی جز آوردن

1. Intuitu personae

سرمایه تعهد شده به شرکت ندارد و همین که آورده خود را وارد شرکت کرد، تعهد وی پایان یافته است. اصولاً شخصیت افراد هیچ نقشی در چنین شرکت‌هایی ندارد و تغییر اعضا علی‌الاصول نیازمند موافقت سایر اعضا نیست. وجه مشخصه چنین شرکت‌هایی این است که در آن‌ها مجمع عمومی شرکت تصمیم‌گیرنده است که از اجتماع صاحبان سهام شکل می‌گیرد. چنانچه شرکت ناتوان از پرداخت‌ها شود امکان رجوع به هر یک از شرکا وجود ندارد؛ چراکه مسئولیت سهامداران با پرداخت مبلغ اسمی سهام به پایان رسیده است. شرکت‌های سهامی (عام و خاص)، مختلط سهامی، با مسئولیت محدود در این گروه قرار می‌گیرند (جوهر، ۱۳۹۹ [الف]: ۸۳-۸۲). با این مقدمه باید گفت که صغار، می‌توانند در شرکت‌های سرمایه‌ای مانند سهامی (اسکینی، ۱۴۰۰: ۲۷) و با مسئولیت محدود شریک شوند. با این تفاوت که صغار غیر ممیز، توسط نمایندگان قانونی خود اعمال و تکالیف شراکت را انجام می‌دهند اما صغار ممیزی که اجازه مخصوص از طرف دادگاه دارند و رشید شده‌اند، امکان انجام وظایف شراکت را شخصاً دارا هستند. شریک شدن در شرکت‌های سرمایه‌ای، نوعی سرمایه‌گذاری است و این فعالیت که بدون مسئولیت شخصی است و نیز اگر ضرری وارد شود، متوجه سرمایه‌ای می‌شود که شخص وارد شرکت کرده است، در نتیجه، شریک شدن در آن توسط صغار ممیز و غیر ممیز با تفکیکی که گفته شد، ممکن است (میرناصری، ۱۳۹۶: ۵۶).

در شرکت‌های شخص که شرکا به‌طور شخصی و نامحدود (تضامنی) مسئولیت دارند و گفته شده که شریک چنین شرکت‌هایی تاجر محسوب می‌شوند، صغار غیر ممیز حتی به وسیله نمایندگان خود نیز نمی‌توانند شریک چنین شرکت‌هایی شوند (صقری، ۱۳۹۳: ۷۶). اما صغار ممیزی که اجازه دادگاه را تحت عنوان حکم رشد دارند، چنین عملی را می‌توانند انجام دهند. افراد بالغ فاقد اهلیت باید توسط نمایندگان قضایی و قانونی خود به‌عنوان شریک در شرکت‌های تجاری حضور یابند؛ خواه نوع شرکت شخص باشد و یا سرمایه‌ای. در هر دو نوع این افراد اراده انشایی برای حضور و شریک شدن در شرکت‌های شخص را ندارند (Magnier, 2019: 20-23؛ میرناصری، ۱۳۹۶: ۳۳). در مقابل این تفکیک و تقسیم‌بندی، برخی اساتید معتقدند صغار نیز می‌توانند شریک انواع شرکت‌های تجاری باشند اما استیفای حقوق ایشان باید توسط ولی یا قیم به عمل آید (کاوینی، ۱۳۹۳: ۵۰) که به دلایل مذکور در بند پیش، مانند عدم امکان اعطای نیابت به وکیل در امری که خود موکل امکان انجام آن را ندارد، به نظر صحیح نمی‌رسد. در بند دوم ماده ۹ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، می‌خوانیم که برای عضویت در این نوع از شرکت‌ها نباید شخص محجور و ورشکسته به تقصیر باشد.

۴. قواعد انجام فعالیت تجاری برای زوجین

در حقوق ایران، برابر ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی: «زن مستقلاً می‌تواند در دارائی خود هر تصرفی را

که می خواهد بکند.» اما بر اساس ماده ۱۱۱۷ همان قانون، اگر شغلی که زن برای خود انتخاب کرده است، مغایر با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا خود زن باشد، مرد می تواند او را از انجام این کار منع کند. بنابراین تنها محدودیتی که برای اشتغال زوجه به تجارت وجود دارد، مغایر بودن شغل تجارت با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا خود زن است که در این صورت این امکان برای زوج پیش بینی شده است که او را از حرفه تجارت باز دارد (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۳۹).

غیر از این محدودیت، مورد دیگری را نمی توان یافت که زن به علت جنسیت خود از انجام تجارت منع شده باشد. البته باید بر این عقیده بود که اختیار شوهر برای تأمین سروری او بر زن نیست؛ هدف قانون گذار حفظ مصالح خانوادگی و حیثیت دو طرف است و اختیاری که به او داده شده باید در حدود همین امور اعمال شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۷) و ممنوعیت زن از تجارت در صحت و بطلان معاملات وی مؤثر نیست (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۹: ۱۲۱).

در حقوق فرانسه، علی رغم وجود قواعد سختگیرانه در مورد اشتغال زوجین به تجارت، اصل این است که زوجه در انجام فعالیت های تجاری آزاد است. از سال ۱۹۸۵ میلادی زوجه می تواند به طور مستقل، به فعالیت تجاری بپردازد و از اموال خود تعهداتی را بپذیرد. این تحول با هدف استقلال اموال زوجین ایجاد شده است. در نگارش اولیه پاراگراف دوم ماده ۴ قانون مدنی فرانسه، اگر زوجه با همسر خود به فعالیت تجاری می پرداخت، زوجه به عنوان تاجر شناخته نمی شد. قانون ۱۰ ژوئیه ۱۹۸۲ این تبعیض را از بین برد. در این قانون به زوجه اجازه داده شد به مانند زوج تاجر شناخته شود و اعمال تجاری انجام دهد (Besnard, 2001: 112). این اصل از این تاریخ به بعد در ماده ۳-۱۲۱ قانون تجارت فرانسه با این عبارت بیان شد: «همسر تاجر، تاجر شناخته نمی شود؛ مگر اینکه خودش فعالیت تجاری مستقلی انجام دهد.»^۱ در این شرایط اموال زوج و زوجه از یکدیگر جدا خواهد بود و تعهدات همسر، به زوج تحمیل نمی شود و زوجه از اموال اختصاصی خود و اموال مشترک مسئولیت پرداخت دیون تجاری خود را به عهده دارد (Malecki, 2000: 653).

۵. ممنوعیت ها و محدودیت های قانونی

در برخی موارد قانون گذار شرایط خاصی برای انجام برخی فعالیت های تجاری در نظر گرفته است. همچنین قانون گذار برای تصدی برخی از مشاغل، ممنوعیت هایی را اعمال کرده است و از طرف دیگر، برخی اشخاص را از انجام اعمال تجاری منع کرده است. در حالت نخست که شرایط خاصی برای انجام برخی اعمال تجاری در نظر گرفته است، به معنای

1. Article L121-3 : Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux.

در نظر گرفتن اهلیت معاملاتی خاصی نیست بلکه این شرایط جزو شرایط احراز این مشاغل است. برای مثال در ماده ۲ قانون راجع به دلالتان مصوب ۷ اسفند ماه ۱۳۱۷، شرط سنی برای تصدی این سمت را ۲۵ سال تمام اعلام کرده است اما نمی‌توان گفت که این به معنای فقدان اهلیت برای اشخاص زیر ۲۵ سال بوده و فقط جزء شرایط احراز این سمت است^۱ (عبدی پور فرد، ۱۳۹۵: ۱۳۷ و ۱۳۸).

الزام به اخذ مجوزها و کارت بازرگانی و ثبت نام در دفتر ثبت تجاری، از ضوابط و شرایط انجام برخی از فعالیت‌های تجاری است و مانعی برای اهلیت تجاری شخص محسوب نمی‌شود؛ در واقع شخصی که چنین الزاماتی را رعایت نمی‌کند، اما به فعالیت‌های موضوع ماده ۲ قانون تجارت می‌پردازد، تاجر است و صرفاً ممکن است عدم اخذ مجوزها، دارای ضمانت‌اجراهای کیفری برای تاجر به همراه داشته باشد (عبدی پور، ۱۳۹۵: ۱۵۹؛ Iony Randrianirina L'essentiel du droit, 2021: 22). برای نمونه در ماده ۱۶ قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۱۱ ثبت نام در دفتر تجاری را برای اشخاصی که به تجارت اشتغال دارند، لازم دانسته است، اما ضمانت اجرای عدم رعایت آن را صرفاً به لحاظ کیفری تعیین نموده است. به عبارت دیگر، عدم ثبت نام در دفتر ثبت تجاری، مانعی برای شخص محسوب نمی‌شود.

مورد دیگر برخی اشخاص ممنوع از انجام بعضی از فعالیت‌های تجاری هستند، این ممنوعیت برای حفظ حقوق اشخاص ثالث و نظم عمومی^۲ اقتصادی است. برای مثال در ماده ۱۱۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ می‌خوانیم: «اشخاص ذیل نمی‌توانند به مدیریت شرکت انتخاب شوند: ۱- محجورین و کسانی که حکم ورشکستگی آن‌ها صادر شده است. ۲- کسانی که به علت ارتکاب جنایت با یکی از جنبه‌های ذیل به موجب حکم قطعی از حقوق اجتماعی کلاً یا بعضاً محروم شده باشند در مدت محرومیت: سرقت - خیانت در امانت - کلاهبرداری - جنبه‌هایی که به موجب قانون در حکم خیانت در امانت یا کلاهبرداری شناخته شده است - اختلاس - تدلیس - تصرف غیر قانونی در اموال عمومی.» و همچنین در ماده ۴۱۸ قانون تجارت اشعار می‌دارد: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است....» به نظر قانون‌گذار حفظ نظم عمومی ایجاب می‌کند که اشخاص فوق وارد دنیای تجارت نشوند.

۱. به عنوان نمونه بنگرید به «ضوابط تاسیس و بهره برداری از شرکت‌های حمل و نقل بین شهری» (۱۳۹۰/۴/۵) که فعالیت تجاری را در قالب شرکت مجاز می‌داند.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص نظم عمومی بنگرید به: حبیبی و شوشتری، ۱۳۹۹.

قاعده مذکور در این ماده، به قاعده منع مداخله شهرت یافته است (سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۹۷). در تعریف این قاعده می‌توان گفت که تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی - نه تاریخ اعلام آن - از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او شود، ممنوع است.

قاعده ممنوعیت تاجر از مداخله در اموال، با حجر مدنی متفاوت است. هرچند مدیر تصفیه مانند قیم عمل می‌کند لکن این ممنوعیت به لحاظ حمایت از طلبکاران است و نه حمایت از شخص تاجر. در این حالت به لحاظ آنکه اموال تاجر، وثیقه عمومی دیون طلبکاران است، اموال وی توقیف می‌شود تا طلبکاران به حداکثر مطالبات خود دست پیدا کنند. هرچند برخی عقیده دارند که تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی در شمار محجوران قرار می‌گیرد و نوع حجر ایشان را سوء ظنی اعلام نموده‌اند (روشن، ۱۳۸۷: ۲۵۶)، اما باید گفت شخص ورشکسته محجور نیست (صقری، ۱۳۸۶: ۱۳۵-۱۳۳). هرچند بر اساس مواد ۴۱۸ قانون تجارت و ۱۲۱۰ قانون مدنی ورشکسته و محجور ممنوع از تصرف در اموال خود هستند، اما بنا به دلایلی، ورشکسته محجور نیست؛ چراکه اولاً در شمار محجوران موضوع ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی احصا نشده است. ثانیاً علت حمایت از محجوران و اشخاص ورشکسته متفاوت است. در مورد محجوران، برای حمایت از شخص محجور و اموال وی قواعد دقیقی وضع گردیده و شخص محجور ممنوع از تصرف در اموال خود شده است ولی در مورد ورشکستگان، مبنای ممنوعیت ایشان از دخالت در اموال خود، حمایت از جامعه خصوصاً طلبکاران اوست (روشن و مظفری، ۱۳۸۹: ۷۴).

بر اساس ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی: «دادگاه می‌تواند فردی را که به حد، قصاص یا مجازات تعزیری محکوم کرده است، با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتكابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی بندها و تبصره‌های این ماده محکوم نماید... پ- منع از اشتغال به شغل، حرفه یا کار معین» مطابق ماده پیش گفته در می‌یابیم که قانون‌گذار به‌عنوان یکی از مجازات‌های تکمیلی به محاکم اختیار داده است تا در جرایم مذکور، با در نظر داشتن تناسب جرم و خصوصیات شخص مرتکب بزه، وی را برای مدت حداکثر دو سال^۱ از اشتغال به شغل یا حرفه‌ای معین - که می‌تواند فعالیت‌های تجاری باشد - محروم نماید، همچنین به موجب ماده ۲۵ از همین قانون «محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی، پس از اجرای حکم

۱. تبصره یک ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی: «مدت مجازات تکمیلی بیش از دو سال نیست مگر در مواردی که قانون به‌نحو دیگری مقرر نماید.»

یا شمول مرور زمان، در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌کند: ... ر- تأسیس، اداره یا عضویت در هیئت مدیره شرکت‌های دولتی، تعاونی و خصوصی یا ثبت نام تجارتی...» که این ماده بیانگر مجازات تبعی جرایم عمدی است و مدت زمان محرومیت از موارد یادشده، وابسته به نوع بزه و درجه مجازات تعزیری، وفق ماده ۲۵ قانون صدرالاشعار^۱ متفاوت خواهد بود.

در برخی از موارد علاوه بر اهلیت، تاجر باید دارای شرایطی از قبیل درجه‌های علمی یا عملی خاص باشد، تا بتواند در مناقصه یا مزایده‌های دولتی حاضر شود. مطابق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در قراردادهای دولتی لازم دانسته شده است، شرایط شرکت‌کنندگان، وفق ماده ۱۴ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۳۸۳/۱۱/۳ توسط مناقصه‌گزار تعیین می‌شود. فقد شرایط، باعث تاجر تلقی نشدن اشخاص نمی‌شود، چراکه بسته به نوع مناقصه یا مزایده، این شروط متغیر است و شکل واحدی ندارد و علی‌الاصول تشریفات مناقصه و مزایده تغییری در ماهیت قراردادهای و اهلیت اشخاص ایجاد نمی‌کنند (دهقانی دهج و همکاران، ۱۳۹۶: ۶۵).

۶. تجارت اتباع بیگانه

برخی از اعمال تجاری باید توسط اتباع آن کشوری انجام شود و افرادی که تبعه کشور مزبور نیستند، نمی‌توانند^۲ برخی فعالیت‌ها را انجام دهند. انجام پاره‌ای از امور تجاری، از حقوق اتباع کشورهای است و افراد خارجی نمی‌توانند آن‌ها را انجام دهند. در حقوق ایران اتباع خارجی از انجام تجارت منع نشده‌اند.^۳

مطابق اصل هشتاد و یکم قانون اساسی: «دادن امتیاز تشکیل شرکتها و مؤسسات در امور تجارتی

۱. ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی: «محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی، پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان، در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌کند: الف- هفت سال در محکومیت به مجازات‌های سالب حیات و حبس ابد از تاریخ توقف اجرای حکم اصلی ب- سه سال در محکومیت به قطع عضو، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده بیش از نصف دیه مجنی علیه باشد، نفی بلد و حبس تا درجه چهار پ- دو سال در محکومیت به شلاق حدی، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده نصف دیه مجنی علیه یا کمتر از آن باشد و حبس درجه پنج.»

۲. به عنوان نمونه بنگرید به قانون هواپیمایی کشوری که در مواد ۱۱ و ۱۲ تابعیت ایرانی را برای مالکین هواپیما، در ثبت و اعطای مجوزها منوط می‌داند.

۳. ماده ۱۲۰ قانون کار به دو شرط اشاره کرده است، نخست دارا بودن روادید یا حق ورود یا حق کار مشخص و دوم دریافت پروانه کار مطابق قوانین و آیین‌نامه‌های مربوطه. روادید ورود و حق کار را نمایندگی‌های سیاسی ایران در خارج از کشور صادر می‌کنند و پروانه کار را نیز وزارت کار و امور اجتماعی توسط ادارات کار هر منطقه صادر می‌کند.

و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.» اما این ممنوعیت به معنای دادن امتیاز انحصاری است و در حال حاضر در بسیاری از رشته‌های تجاری اتباع بیگانه در کشور ما به تجارت می‌پردازند و تأسیس شرکت یا شعبه و نمایندگی با رعایت چهارچوب قوانین موجود مجاز است.

برابر با ماده ۹۶۱ قانون مدنی: «جز در موارد ذیل اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی متمتع خواهند بود: ۱- در مورد حقوقی که قانون آن را صراحتاً منحصر به اتباع ایران نموده و یا صراحتاً از اتباع خارجه سلب کرده است. ۲- در مورد حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده. ۳- در مورد حقوق مخصوصه که صرفاً از نقطه نظر جامعه ایرانی ایجاد شده باشد.» در نتیجه، اصل این است که اتباع خارجی از انجام تجارت در حقوق ایران ممنوع نشده‌اند مگر فعالیت‌هایی که به موجب قانون، اتباع خارجی از انجام آن منع شده‌اند و یا آن عمل، منحصر به اتباع ایرانی باشد. برای مثال در ماده ۳۱ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰ آمده: «عملیات بیمه در ایران به وسیله شرکت‌های سهامی عام ایرانی که کلیه سهام آن‌ها با نام بوده و با رعایت این قانون و طبق قانون تجارت به ثبت رسیده باشند، انجام خواهد گرفت.» یا طبق بند ۲ ماده ۲ قانون راجع به دلالان، یکی از شرایطی اخذ پروانه دلالی، داشتن تابعیت ایرانی است. می‌توان گفت این موارد نیز از جمله شرایط احراز و اخذ چنین مشاغلی است و جزء شرایط اهلیت نیست؛ چراکه بر اساس اصلی که در ماده ۹۶۱ قانون مدنی آمده، اتباع خارجه در ایران اهلیت کامل دارند و حقوق منحصر به اتباع ایران، به معنای عدم اهلیت نیست. در مورد سرمایه‌گذاری خارجیان در کشور ایران، قانون‌گذار در ماده ۸ قانون جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی اصل تساوی رفتار با خارجیان را پذیرفته است. طبق این ماده «سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذاری‌های داخلی موجود است به‌طور یکسان برخوردار می‌باشند.» و نیز در راستای اطمینان خاطر به اتباع بیگانه برای سرمایه‌گذاری در ایران در ماده ۹ همان قانون پیش‌بینی کرده که: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت.»

در کشور فرانسه، انجام برخی امور تجاری مشروط به رفتار متقابل بین کشور فرانسه و کشور متبوع بیگانه است: اگر کشور متبوع تبعه بیگانه اجازه انجام فعالیت تجاری را به اتباع فرانسه بدهد، کشور فرانسه نیز چنین اجازه‌ای می‌دهد. در مورد تشکیل شرکت‌های تجاری در حقوق فرانسه توسط اتباع بیگانه دو رکن تعیین‌کننده وجود دارد: یکی تابعیت و دیگری نوع شرکت. در واقع اتباع کشورهای

بیگانه برای حضور در شرکت‌هایی که سرمایه‌ای هستند، باید کارت اقامت داشته باشند اما برای شریک شدن در شرکت‌های شخص، نیاز به کارت بازرگانی دارند. اما این قواعد در مورد اتباع کشورهای عضو اتحادیه اروپا اعمال نمی‌شود و آن‌ها تحت هر شرایطی، هر نوع شرکتی را به شرط رعایت قواعد شکلی و آمره کشور میزبان می‌توانند تشکیل دهند (Magnier, 2019: 23).

نتیجه

انجام اعمال حقوقی به‌طور عام نیازمند اهلیتی است و آزادی در انتخاب شغل به معنای انجام هر فعالیتی از سوی اشخاص بدون داشتن اهلیت نیست. قانون‌گذار برای اشخاصی که قصد تجارت دارند، در نظر گرفته است. این قواعد با هدف حمایت از محجورین و جامعه که با تعهدات، بدون مسئول، روبه‌رو نشود، وضع شده است. در مورد امور تجاری، با بررسی در حقوق فرانسه و ایران، این نتایج حاصل شد که بین این دو کشور تفاوت بازاری در مورد اهلیت تجاری و مدنی وجود ندارد و تقریباً همان قواعدی که در مورد اهلیت مدنی وجود دارد، در اهلیت تجاری نیز حاکم است. اصولاً صغار غیرممیز و مجانین و سفها حتی با اذن یا اجازه ولی قهری یا قیم، اهلیت انجام فعالیت‌های تجاری را ندارند و برخلاف نظر برخی از اساتید علم حقوق، صغار ممیز خود یا ولی قهری یا قیم ایشان نیز قادر به تجارت از جانب ایشان نیستند، و تنها در صورت داشتن اجازه مخصوص از طرف دادگاه، اهلیت انجام معاملات تجاری و تاجر شدن را دارا خواند شد.

ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های قانونی برای انجام برخی فعالیت‌های تجاری در قوانین پیش‌بینی شده است اما این محدودیت‌ها به معنای فقدان اهلیت نیست و صرفاً به‌عنوان شرایط احراز و انجام فعالیت‌های تجاری شناخته می‌شود. اصل برابری بین زوجین در انجام فعالیت‌های تجاری در حقوق هر دو کشور پذیرفته شده است و ممنوعیت همسر از تجارت در صحت یا بطلان معاملات تجاری زوجه مؤثر نیست. اتباع بیگانه به شرط رعایت قواعد و مقررات آمره کشور میزبان اصولاً اهلیت انجام معاملات تجاری را دارند و تمایل عمومی کشورها بر این است که برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی، اتباع بیگانه را مجاز به انجام فعالیت‌های تجاری بدانند.

منابع

- الماسی، نجاد علی (۱۳۹۲)، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- الماسی، نجاد علی (۱۳۸۸)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ هشتم، تهران: میزان.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۷)، «قواعد حاکم بر حقوق تجاری در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۳.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۲)، حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت های تجاری، چاپ هجدهم، تهران: سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۴۰۰)، حقوق تجارت: شرکت های تجاری، چاپ بیست و هفتم، تهران: سمت.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.
- پاسبان محمدرضا (۱۳۸۹)، «اهلیت شرکت های تجاری و حدود اختیارات مدیران شرکت های تجاری»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۱.
- پاسبان، محمد رضا (۱۳۹۵)، حقوق شرکت های تجاری، چاپ پنجم، تهران: سمت.
- جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۵، تهران: گنج دانش.
- جوهر، سعید (۱۳۹۹)، حقوق شرکت های تجاری (حقوق تجارت دو)، چاپ اول، تهران: جنگل.
- جوهر، سعید (۱۳۹۹)، حقوق تجار، معاملات و قراردادهای تجاری (حقوق تجارت یک)، چاپ اول، تهران: جنگل.
- حبیبی، سعید و زهرا شوشتری (۱۳۹۹)، «نظم عمومی و داوری پذیری دعاوی مالکیت فکری»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۴، شماره ۱۱۰.
- حسین پور، علی و غلامرضا یزدانی (۱۳۹۸)، «وضعیت حقوقی معاملات تجاری ولی خاص با اموال مولی علیه»، پژوهش های فقهی تا اجتهاد، سال سوم، شماره ۶.
- حسین زاده علی آبادی، جواد (۱۳۷۹)، اهلیت شرکت های تجاری، دانشگاه تربیت مدرس، پایان نامه برای اخذ کارشناسی ارشد، با راهنمایی دکتر محمد عیسائی تفرشی.
- حسینی جلیلیان، امیر (۱۳۹۳)، حقوق تجارت ۱، تهران: انتشارات نگاه بینه.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۱)، حقوق مدنی یک، اشخاص و محجورین، چاپ اول، تهران: میزان.
- دهقانی دهج، ایمان، حمیدرضا صالحی و معصومه اکبرزاده (۱۳۹۶)، «ایجاب در معاملات دولتی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیستم، پاییز.
- روشن محمد و مصطفی مظفری (۱۳۸۹)، «بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۰۱.
- روشن، محمد (۱۳۸۷)، بررسی فقهی و حقوقی اعسار، افلاس و ورشکستگی، چاپ دوم، تهران: فردوسی.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۵)، حقوق تجارت، جلد اول، تهران: نشر دادگستر.
- سوغانی، یوسف (۱۳۹۰)، بررسی اهلیت متعاملین در حقوق ایران، پایان نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت معلم تهران، با راهنمایی دکتر حسین شفیعی.
- سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۷)، حقوق ورشکستگی و تصفیه اموال ورشکسته، چاپ اول، تهران: میزان.

- شفایی، عبدالله (۱۳۸۲)، «احوال شخصیه در فقه و حقوق»، نشریه فقه، وابسته به پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، تشکیل قرار دادها و تعهدات، جلد ۱، تهران: نشر حقوق دان.
- صفایی، سید حسین و سیدمرتضی قاسم زاده (۱۳۷۷)، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: سمت.
- صقری، محمد (۱۳۸۶)، حقوق بازرگانی، ورشکستگی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- صقری، محمد (۱۳۹۰)، «اعتبار صحت ظاهری در حقوق تجارت، بحثی در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، سال شانزدهم، شماره ۵۳.
- صقری، محمد (۱۳۹۳)، حقوق بازرگانی، شرکت‌ها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طوری، مهناز (۱۳۹۰)، اهلیت شرکت‌های تجاری و نسبت آن با مدیران شرکت، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، پایان نامه برای اخذ کارشناسی ارشد، با راهنمایی دکتر محمد پاسبان.
- عالی پناه، علیرضا و همکاران (۱۳۹۲)، «اهلیت استیفای محجورین در قانون مدنی»، آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم رضوی، شماره ۷.
- عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۵)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ دوم، تهران: مجد.
- عراقی، عزت‌ا... (۱۳۹۳)، حقوق کار، چاپ پانزدهم، تهران: سمت.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۷)، اصول قراردادهای تعهدات، چاپ هشتم، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، دوره حقوق مدنی، خانواده، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد-ایقاع، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۳)، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ چهارم، تهران: میزان.
- کوچکی پهنه کلایی، عظیم، حکمت اله عسکری و محمد حسین انصاری حقیقی (۱۳۹۹)، «تأملی نوین بر ماهیت تعلیق اراده با رویکرد به چالش‌های عملی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- محمدزاده وادقانی، علیرضا (۱۳۸۹)، حقوق تجارت (۱)، تهران: نشر مجد.
- میرناصری، سیده الهام (۱۳۹۶)، بررسی وضعیت عضویت محجورین در شرکت‌های تجاری، پایان نامه جهت اخذ مدرک کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شمال دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، با راهنمایی دکتر حمید ابهری.

عربی

- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، قم: انتشارات جامعه اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.

فرانسوی

- Astigarraga, J, Usoz J, (2013), L'économie politique et la sphère publique dans le débat des Lumières, Madrid.
- Dutilleul, F.C, Delebeque, Ph, (2019), contrats civiles & commerciaux, Dalloz, 11^e Edition.
- F. Terré et D. Fenouillet, (2012), Droit civil. Les personnes, n° 388: Précis Dalloz, 8e Ed.
- H. Gaudemet-Tallon. (2014), Minorité et droit commercial: *RTD com*,

- Iony Randrianirina (2021), *L'essentiel du droit commercial*, 3e édition, Gualino, Paris.
- Le Gall, Jean-Pierre, Caroline Ruellan (2017), *Droit commercial, Mémentos*, 17e édition, dalloz.
- Magnier, V, (2019), *Droit des sociétés*, 9e Edition, Paris, Dalloz.
- Malecki, C, Le (2000), *pacs et le droit des sociétés*, Revu. Sociétés.
- Mwanzo, E, *Droit civil les personnes* (2012), *la famille et les incapacités*, Cours à l'usage des étudiants en Droit, G1, UNIMBA.
- P. Voirin, *L'émancipation* (1967), par mariage et la capacité du mineur ainsi émancipé de faire le commerce : JCP G, I.
- Pédamon, M, Kenfack, H, (2015), *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce*, Dalloz, Paris.
- Pedro Santos A, Yado Toé, J, *Ohada* (2002), *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles.
- Traore, B, (2003), Présentation synthétique du statut du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de l'Ohada portant droit commercial général, *Actualités juridiques*, n° 35.
- Yahve, MN, (2011), *Manuel de droit des affaires*, Ed. Cerda, Kinshasa.

Commercial Capacity in Iranian & French Law

Abbas Niazi

Judge of Justice, PhD in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Isfahan University, Isfahan, Iran

Saeed Johar*

Judge of Justice, PhD in Private Law, Islamic Azad University (Varamin Branch), Varamin, Iran

Abstract

Capacity is the competence of individual status as natural persons and also juridical persons who are entitled to exercise rights and obligations. The concept of capacity has been accepted by most of the legal systems. Based on their capacity, individuals are aware of their potential rights and obligations. The purpose of such regulations is to regulate the trading system in the general sense from birth (or formation) to the time of death (or dissolution). In this research, a comparative study between Iranian and French laws has been carried out by library and descriptive-analytical methods. First, the concepts and principles related to the capacity of natural persons are mentioned. Then, this subject is examined in the field of commercial law. The main question in this research is whether the rules related to the capacity of individuals in the field of business are similar to those of civil law, or each field is governed by a distinct system. The other question in this research is whether the incapacitated persons have the opportunity to do business or not. Besides, whether the natural and legal guardians are capable to conduct businesses as the legal representatives of the mentioned individuals. This research is based on the assumption that the regulations of civil and commercial capacity are similar to each other. However, there are some dissimilarities which need to be assessed. Despite advocates beliefs, critics assume that, even in the case of permission of guardians, incapacitated adults are not able to carry out business activities. Meanwhile, the legal or natural guardians are not capable to conduct businesses as the legal representatives in this case.

Keywords

Civil Capacity, Commercial Capacity, Principle of Freedom to do, Business

* Email: abasniazi@ut.ac.ir (Corresponding Author)

Assessment & Feasibility Study of The Desirability of Exceptional Courts for Proceeding Industrial Property Law Claims & Complaints, With Emphasis on Iranian Law

Jafar Nezamolmolki*

PhD in Private Law, School of Law, University of Qom, Qom, Iran

Abstract

Creation of Exceptional Courts for Proceeding Industrial Property Law Claims and Complaints has both advantages and disadvantages. Unjustifiable high costs, grounding for abuse and misconduct, undermining the generalism view point of judges, difficulty of public access to these courts and debilitating the independence of the court are the most important disadvantages that have been raised for exceptional courts in industrial property cases. In contrast, creating and maintaining a specific integrated and coherent procedure in doctrine and judicial procedure, promoting and improving the status of protection of industrial property rights, improving and accelerating the process of reviewing and issuing awards in this area, reducing costs related to litigation in judicial authorities, the dynamics of judiciary system of a country in the field of scientific and practical developments in industrial property and improving the protection of business are the most important benefits of this type of courts. This article has been written based on descriptive and analytical method for study of assessment and feasibility of desirability of industrial property exceptional courts with attention to aforementioned advantages and disadvantages. The results of this study show that exceptional courts in each of its forms are not efficient for all countries and in countries such as Iran, due to the status of industrial property, the numbers of related claims and complaints and the structure and organization of courts and method of their proceeding aren't justifiable. At present, in Iranian law, the model adopted in Articles 8 and 9 of the Commercial Procedure Bill in relation to the establishment of commercial courts in all provincial capitals (Article 8), which some of them are dedicated to intellectual property (Article 9), subject to expansion of the jurisdiction of these courts to industrial property crimes is a desirable model.

Keywords

Desirability, Exceptional Courts, Industrial Property Rights, Iranian Law

* Email: jafarnezamolmolki@gmail.com

Criminal Policy to Unjustified Wealth of Public Officials in Iranian Law

Mohammadali Ardebili*

Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Mohammad Ali Mahdavi Sabet

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University (Science and Research Branch), Tehran, Iran

Hojat Najarzadeh Ahari

Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University (Science and Research Branch), Tehran, Iran

Abstract

In United Nations Convention Against Corruption and other international conventions and National law, having a wealth without justification by public officials, is introduced as one of the examples of corruption. Wealth without justification or disproportionate is said to be disproportionate to the legal and recognized income of the public officials. One of the main reasons of anticipation of such regulations in international conventions and domestic Law is the complexity of the proving of crimes related to corruption and the help of the prosecution to exempt them from the proving of crimes to justify the legitimacy of the property on the public officials. The penal reaction to such wealth varies in different countries. Some emphasize the wealth and the attempt to confiscate assets that are unjustified and some have emphasized the types of sanctions such as fines, imprisonment and confiscation. According to relevant laws and regulations, it can now be said that Iran's law lacks a penal response to the unjustified wealth of public officials and the article 49 of Constitutional law and Article 2 of the punishment of perpetrators of bribe and embezzlement and fraud cannot be used in this regard.

Keywords

Corruption, Public Officials, Unjustified Wealth, Penal Reaction

* Email: rasoul.mirnejad@gmail.com (Corresponding Author)

Challenges of Criminal Justice Policy in Applying Community Service Orders

Mohammad Matin Parsa*

PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Hasanali Moazenzadegan

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Abstract

With the enactment of the Islamic Penal Code (May 1st, 2013), a number of community-based punishments entered the Iranian legal literature under the title of alternative punishments to imprisonment. In this regard, the study of possible challenges in the application of new criminal institutions is one of the important topics in criminal science, which will indicate the effectiveness of these institutions. The authors of the article, by focusing on the experience of key actors in issuing and enforcing community service orders, have attempted to identify such challenges at the judicial level, through (first) a focusing group with the presence of 12 judges and (in the next step) interviews with 13 judges who have had experience in this area. The data gathered from the focusing group and interviews indicate multiple judicial challenges in application of community service orders, which can be summarized into two main categories: "current and continuing punishment criteria, inconsistent with the nature of community-based punishments (imprisonment- orientation and statistic-orientation)" and "lack of attention to enforcement infrastructures of community-based punishments". Based on the collected data and by analyzing the above findings, it can be argued that the existence of such challenges has been a subordinate of the wrong approach of criminal policymakers in relation to community-based punishments. This means that the legislature has been enacting policies on community service orders merely for reducing the prison population; And so, have been abandoned the preconditions for the main purpose of this punishment, which is the rehabilitation/reintegration of the convicts.

Keywords

Community-based Punishments, Reintegration, Sentencing Criteria, Alternatives to Imprisonment, Over Incarceration

* Email: m_matinparsa@atu.ac.ir (Corresponding Author)

Disputes Between Courts Regarding The Recognition of The Full Connection Between Related Actions & How to Resolve Them

Amirhossein Alizadeh

Judge of Justice, PhD in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Jamshid Zargari*

Master of Clerical Law, Faculty of Registration and Judicial Management, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Abstract

There is no clear solution, in civil justice system and judicial procedure of Iran, for how to resolve the dispute among courts regarding the recognition of full connection among related actions. The question is that which judicial authority should recognize the full connection? And in the event of a dispute on the recognition of the full connection between the two courts, whether in same jurisdiction or in two different jurisdictions or different degrees, how to resolve it? In the current legal order, is there a judicial authority to resolve the dispute? Answering this question is important because the lack of clear and precise rules in this matter causes delays in judicial proceedings, conflicting verdicts, inadequate judgments, and a loss of public confidence in the judiciary. In this article, in a descriptive-analytical manner and with library resources, in addition to analyzing ambiguous cases, suggestions and solutions to silent cases under internal regulations, judicial procedure and comparative law are presented. The result shows that according to the current legal order, despite recognizing the full connection by one branch of the court and sending the case to another branch of that court, this branch of the court has obligation to hear related actions for preventing the cessation of the judicial proceedings. However, it is contrary to the principle of judicial independence and imposing the substantive opinion of one branch of the court on another branch of that court. Therefore, it is suggested that in future amendments to Civil Procedure Law, disputes among courts in recognizing full connection in two courts with same jurisdiction, the head of the jurisdiction is in charge and if two courts are in two different jurisdictions or being between supreme court and civil court, the dispute resolution shall be conducted under rules settlement of jurisdictional disputes.

Keywords

Related Actions, Full Connection, Multiple Claims, Dispute Resolution, Occurrence of Disputes, Aggregation of Claims

* Email: jamshidzargari94@gmail.com (Corresponding Author)

Comparative Studying on The Independence of Investigation Institution from Prosecution Institution in Iran & Lebanon's Legal System

Mohammad Ali Alipour*

Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University (Qom Branch), Qom, Iran

SeyedDoraid Mousavi Mojab

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Seyed Basem Mavalizadeh

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (Ahvaz Branch), Ahvaz, Iran

Abstract

Penal trial is a process which starts from crime detection and ends in a criminal conviction. In this regard, the stages of prosecution and investigation have special importance in criminal hearing. The close relationship and, in some cases, the conjunction of some detective and prosecuting procedures with each other and their belonging to a prior stage of trial would make their absolute separation and thus their complete independence practically hard to reach. Meanwhile, realizing the accused's real conduct is the cornerstone of justice in respect to the other stages of judicial proceeding and hence the independence of the interrogator could be resulted in a fair trial. Comparatively studying of the independence of Interrogatory institution from that of Prosecution in both Iran and Lebanon, we may find that the principle of their independence has been recognized, though in Iran the Interrogatory authority which is placed amid by the structure of Public prosecutor's office and under the administration of the Attorney General has defected such independence that in several cases obliges the Interrogator to administratively serve under the attorney general's authority. However, both-mentioned institutions are separated and independent in Lebanon and although the Interrogator has to acquire the Attorney General's opinion in the process of investigation, but the ultimate decision would be independently issued by him and in case of conflict in their views the dispute would be referred to a distinct authority which may be called "Accusation Bureau" and as such the principle of independence is better guaranteed in Lebanese legal system.

Keywords

Investigation Institution, Prosecution Institution, Independence, Fair Trial

* Email: mkah2015@yahoo.com (Corresponding Author)

The Legal Effects of The Supervision of Jurists of The Guardian Council on The Unconditionality & Generality of Laws & Regulations in Iran's Judicial System

Mohammadali Farahani*

PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadegh (AS) University, Tehran, Iran

Morteza Hajialikhamse

PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Hadi TahanNazif

Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadegh (AS) University, Tehran, Iran

Abstract

Applying the "Rule of Sharia" over laws and regulations is one of the most important issues of the Islamic Republic of Iran's legal system. The implementation of this rule, which is mainly addressed in Article 4 of the Constitution, has created variable legal and judicial effects in the country's legal system. In other words, announcing the inconsistency or non-inconsistency of the approvals or laws and regulations that have been absorbed by the jurists of the Guardian Council in various forms in Iran's legal and judicial system. Therefore, the manner of announcing the opinion of respected jurists is important. This has created the needed condition for the realization of Article 4 of the Constitution and the Islamism of laws and regulations in the legal system, or on the other hand, has created the legal system with ambiguity, conflict, and legal creation. Therefore, an attempt has been made in this article to make extraordinary works that have emerged as a result of the comprehensive or complete announcement of the jurists of the Guardian Council That is analyzed. Therefore, first, with a descriptive method, the types of objections raised by the jurists of the Guardian Council have been counted, and as an example, the objection of "generality of laws and regulations" has been mentioned, and finally, with an analytical method of works It can be examined and summarized to show its impact on the country's judicial system, in such a way that in order to achieve the purpose of Article 4, the opinions of the jurists of the Guardian Council in the cases subject to this article must be documented and reasoned, and concise opinions must be avoided.

Keywords

Article 4 of the Constitution, The Guardian Council, Sharia Contradiction, The Judicial System, Islamic Principals

* Email: makf110@gmail.com (Corresponding Author)

Registration Status in The Contractual Transfer of Real Estates in Iran: A Comparative Study With English, Swiss and French Law

Soroush Safizadeh*

PhD in Private Law, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi Campus), Qom, Iran

Abstract

The land property system is a pluralistic system that is uniquely organized in each society, based on the legal basis and the necessity of that society. This pluralism can also be found to a large extent in land registration systems and the substantive effect of registration on the contractual transfer of immovable property. In such a way that some systems concentrate on the creation effect of registration and others on opposability, the question, however, remains whether these different effects are due to the pluralism of the land property systems. On the other hand, Developments in the Iranian land registration system after 2016, which took place with the presentation of the Guardian Council's advisory opinion and the adoption of the Permanent Development Provisions Act, raised the question of the status of registration formalism in the contractual land transfer in Iran. In this study, based on the library studies and refer to legal documents method of collecting information and descriptive-analytical research method, with a comparative study of the three systems of England, Switzerland and France -as three model systems in the field of land property and registration- We concluded that the diversity of land registration systems is directly due to the diversity of countries' land property systems. In this regard, based on the two descriptions of absoluteness or exclusiveness, land property systems are divided into Property systems and Estate systems. In Property systems such as France, the land registration has an opposability effect; While in Estate systems such as the England and Switzerland, registration has a creative effect. Accordingly, and within the framework of the ownership structure that has been established in the Iranian Land and Deeds Registration Act of 1931, land registration is still a title by registration system and developments after 2016 have only targeted the need to prepare notarial documents.

Keywords

Contractual Transfer of Real Property, Property System, Estate System, Creative Effect, Opposability Effect

* Email: safizade.soroush@ut.ac.ir

Legal Expenses Insurance From The Perspective of Consumer Rights

Nahid Safari*

*Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, Maragheh University,
Maragheh, Iran*

Abstract

One of the most important aspects of consumer protection that has received little attention is the facilitation of consumer litigation. Costs of litigation are one of the major barriers to consumer litigation. In Iranian law, the lack of special assistance for consumers and the limitations of the general rules of insolvency and the limited financial resources of consumer protection organizations, in practice have created obstacles for consumers to sue. In different legal systems, different mechanisms are considered in order to remove this obstacle. Legal expenses insurances can be considered as one of the tools that are effective in removing this obstacle and facilitating consumer litigation by covering cost of litigation and have been considered in most legal systems. The present study in a descriptive-analytical method and through collecting data with library method, while studying these insurances in some pioneering legal systems in this field, have studied these insurances in order to facilitate consumer lawsuits. The experience of the studied legal systems confirms that these insurances, along with other assistance tools, are a good solution to facilitate consumer litigation. In the Iranian legal system, despite the predicting of these insurances in the bylaws of mandatory advocacy, with the issuance of Unanimous decision of the Supreme Court, there are currently no special provisions in this regard. However, considering the acceptance of the insurance contract and the principle of freedom of contracts, these insurances are also defensible in Iranian law and while having a deterrent effect on the inflicting of loss to consumer, can have some deterrent effect on litigation costs. Therefore, it is necessary to revive the provisions of the recent regulations and legal protections for these insurances in order to use its positive functions.

Keywords

Insurance, Legal Expenses, Consumer, Assistance

* Email: andishe.ns@gmail.com

Searching for Evidence in Judicial Ijtihad

Hadi Sadeqi*

Professor, Department of Ethics, University of Quran and Hadith, Qom, Iran

Mohammad Hossien Nazemi Esheni

Assistant Professor, Department of Education, Farhangian University, Tehran, Iran

Zahra Najjarzadegan Sarabi

PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Islamic Azad University (Mahallat Branch), Mahallat, Iran

Abstract

The main issue of the court is the realization of the right, not the termination of the case. Therefore, the judge must use all kinds of arguments and ways to discover the truth. This requires judicial Ijtihad, which is different from jurisprudential Ijtihad. It depends on whether the judge can look for evidence to find out the truth, and whether the search for evidence has a place in judicial Ijtihad. In this article, we have examined this issue based on the paradigm of judicial Ijtihad. The method is descriptive-analytical and in the field of jurisprudential and legal ideas and thoughts. For this discussion, first the validity of the knowledge of the judge in jurisprudence and law has been discussed and then the position and the role of studying the evidence in the knowledge of the judge from the perspective of jurisprudence and law has been examined. The result is the permission and obligation of the judge to study the evidence based on the paradigm of judicial Ijtihad, which requires a change in the way judges are educated and the use of new methods of experimental sciences in detecting crime and achieving reality.

Keywords

Judicial Ijtihad, Obtaining The Reasons, Impartiality of The Judge, Realization of The Right

* Email: sadeqi.hadi@gmail.com (Corresponding Author)

Criterion For Distinguishing "Different" Crimes From "Non-different" Crimes in Applying The Rules of Material Multiplicity of The Crime

Mehrangiz Roustaie*

Assistant Professor of Law, Faculty of Literature and Humanities, Malayer University, Malayer, Iran

Hamed Rahmanian

Judge of Justice, PhD of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Abstract

The method of determining punishment for perpetrator of various crimes has always been the subject of theoretical discussions and legislative developments. In the latest developments resulting from The Law on Reducing the Imprisonment, passed on May 12, 2020, the Iranian legislator has issued different rules on distinguishing between "different" crimes and "non-different" crimes in the case of material multiplicity of crimes, but refuses to set criteria for separating these two categories of crimes. This has led to a divergence of views and procedures in this regard. In this article, four criteria for identifying different crimes have been explained and criticized by descriptive-analytical method. Unification of criminal title, unification of legal element, unification of constituent elements of crime, unification of constituent elements and punishment. Finally, according to the advantages and disadvantages of each of these interpretations, the criterion of unification of the constituent elements and punishment in order to comply with the principles of criminal law and narrow interpretation of criminal texts, more than other interpretations, is considered the legislator's opinion and as an autonomous view, has been introduced.

Keywords

Different Crimes, Identical Crimes, Similar Crimes, Multiple Offenses, Material Offenses, Material Plurality of Crime

* Email: m.roustaie@gmail.com (Corresponding Author)

Criticism of Unanimous Decision No. 788 of The Supreme Court in The Shadow of The Violation of The Independence of Commercial Law Over Civil Law

Omolbanin Ramezanzadeh*

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran

Seyed Hassan Hosseini Moghadam

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran

Abstract

According to the Commercial Code, a bankrupt merchant is exempt from paying late payment compensation after stopping. Disagreement over whether the guarantor of the bankrupt merchant follows the merchant regarding the compensation for late payment compensation has caused the General Assembly of the Supreme Court to issue a unanimous decision No. 788 dated 2020/06/16 in which, in author's opinion, Civil approach overcomes the issue of dispute and the special conditions of the Commercial Code and the comprehensive provisions that apply to bankruptcy are abandoned and regardless of the circumstances of bankruptcy according to the rule of guarantor liability compliance with the main debt in civil law. The guarantor is also exempt from paying the compensation for the delay. The question that comes to mind is whether in all cases the amount of liability of the guarantor is a function of the amount of liability of the subject and follows it? In this article, through descriptive-analytical research method, the commercial law and the different view governing trade relations in different fields were considered and led us to believe that, basically, except in special cases, purely civil views and provisions of the civil law should not be used in interpreting commercial regulations and the theory of commercial regulation independence should have been protected to meet the commercial needs of the society. This independence has been violated in the unanimous vote of the mentioned procedure and has caused confusion of the provisions of commercial law and civil law. Inevitably, like the vote of unity of procedure 811, which was held to explicit the vote 733 by issuing a new unification procedure, or explicitly amending articles such as Article 405 or Article 421 of the Commercial code, the guarantor shall retain responsible for paying the late payment compensation despite the bankruptcy and exemption of the trader.

Keywords

Bankrupt, Guarantee, Suspension, Late Payment Compensation, Guarantor

* Email: o.ramzanzadeh@umz.ac.ir (Corresponding Author)

A Look at The Paradigm Shift in Draft Commercial Code in Connection With Lex Contractus

Saeed haghani*

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

As any other legal discipline, conflict of laws follows a predetermined methodology. Two diverging methodologies have been applied in two sides of the Atlantic. European countries follow a two-steps method, according to which the interested parties know or can find out (ex ante) the law applicable to their legal relation. Au contraire, the fashionable American method of governmental interest analysis does not let the parties know the applicable law unless a dispute is brought before the court in this regard. Iranian legislator since the first days of legislation followed the European a priori style. Nevertheless, the 2020 Draft Commercial Code includes an a posteriori provision on lex contractus. This abrupt paradigm shift would entail some problems, not only for the contracting parties and judges, but also in connection with conflict of laws methodology itself. This paper takes archive research method in illustrating competing legal systems' approaches. Then we will focus on Draft Commercial Code with a future studies approach to evaluate the paradigm shift and probable problems caused by this Draft.

Keywords

Lex Loci Contractus, Governmental Interest Analysis, Savignian Method, Connecting Factor, Draft Commercial Code

* Email: s_haghani@sbu.ac.ir

Virtuous Judge & The Contribution of Virtue Theory in The Theory of Judgment

Mahdi Samaei

PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mohammad Jafar Habibzadeh*

Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Rahim Nobahar

Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

Judges have considerable power and discretion for exercising it. Given the power and discretion, the personality of the judge appears so essential. Especially in hard cases, the "who is the judge?" is no less important than the "what is the law?". If the law is in the hands of a virtuous judge, it is more likely that his judicial power and discretion will lead to justice and fairness. Therefore, the virtue approach to judicial judgment is important. The most important judicial virtues are: lawfulness, legal intelligence, judicial wisdom, courage, temperance, impartiality, independence, incorruptibility, judicial skill, justice, and compassion. An essential advantage of the virtue approach to judicial judgment is that it is compatible with the Islamic jurisprudential tradition. Thus, a rich dialogue can be established between modern virtue theory and the Islamic jurisprudential tradition. In the present article, while outlining the theoretical foundations, the application of the virtue approach in "Judicial Selection" is examined.

Keywords

Theory of Judgment, Judicial Virtues, Legal Ijtihad, Judicial Selection

* Email: habibzam@yahoo.com (Corresponding Author)

The Place of The Principle of Social Dignity in Contract Law

Morteza Torabi*

PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

Iraj Babaei

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

Abbas Toosi

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

Abstract

Fundamental human rights have traditionally been discussed in Public Law and can be applied to state-citizen relations (vertical relations). However, its application in the relationship between citizens (horizontal relationship) is undeniable. In this article, we first describe the principles and methods of exercising fundamental rights in contractual relations between individuals. These foundations are based on the theory of state action, fundamentalism, and public policy. We will then observe how the social principle at the source of rights such as freedom of education, strike, access to information, freedom of employment and freedom of religion, which are necessary for social life in a democratic society, should not be violated in contract law. The main question is how social dignity as a principle is respected in contract law. In case of violation of the principle, how can it affect the validity of the contract? This article answers this question with analytical and library methods. Relying on the analysis of different opinions of the courts of some European legal systems, it can be said that in Iranian law, the rights arising from the principle of the above are general civil rights that cannot be revoked by contract, even in part. Violation of these rights will invalidate the contract partially or in whole.

Keywords

Constitutionalisation of Fundamental Rights, Human Dignity, Social Dignity, Contractual Freedom, Democratic Human Rights

* Email: torabimorteza@atu.ac.ir (Corresponding Author)

The Temporal Realm of Repentance in Ta'zirat, Focusing on The Uniform Judicial Precedent Vote No. 813

Mohsen Borhani*

*Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law
and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Elaheh Lotfalizadeh

*PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political
Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Abstract

Due to the need to pay attention to dejudicialization and decarceration strategies, the repentance can be an effective tool to reduce the criminal population of prisoners. The first time, in 1392, the legislator made a general rule regarding the effectiveness of repentance in Ta'zirat. Considering the legal changes and the approval of Article 115 of the Islamic Penal Code, it is important to address the realm of repentance in time and the periods in which this institution can be used. In this article, with a descriptive and analytical method and with a critical approach to the uniform judicial precedent vote No. 813 of supreme court, regarding the time of acceptance of repentance, this claim is proved that based on jurisprudential and legal principles, not only before proving the crime, in all Ta'zir crimes, the repentance of the accused will result in the cancelation of the punishment, but also after proving the crime and even at the time of Execution of punishment, this institution can be used.

Keywords

Repentance, Ta'zir, Hadd, Proof of Crime, Final Conviction

* Email: m.borhani@ut.ac.ir (Corresponding Author)

Disputes Between Courts Regarding The Recognition of The Full Connection Between Related Actions & How to Resolve Them L
 Amirhossein Alizadeh, Jamshid Zargari

Challenges of Criminal Justice Policy in Applying Community Service Orders M
 Mohammad Matin Parsa, Hasanali Moazenzadegan

Criminal Policy to Unjustified Wealth of Public Officials in Iranian Law N
 Mohammadali Ardebili, Mohammad Ali Mahdavi Sabet, Hojat Najarzadeh Ahari

Assessment & Feasibility Study of The Desirability of Exceptional Courts for Proceeding Industrial Property Law Claims & Complaints, With Emphasis on Iranian Law O
 Jafar Nezamolmolki

Commercial Capacity in Iranian & French Law P
 Abbas Niazi, Saeed Johar

Contents

The Temporal Realm of Repentance in Ta'zirat, Focusing on The Uniform Judicial Precedent Vote No. 813	A
Mohsen Borhani, Elaheh Lotfalizadeh	
The Place of The Principle of Social Dignity in Contract Law	B
Morteza Torabi, Iraj Babaei, Abbas Toosi	
Virtuous Judge & The Contribution of Virtue Theory in The Theory of Judgment	C
Mahdi Samaei, Mohammad Jafar Habibzadeh, Rahim Nobahar	
A Look at The Paradigm Shift in Draft Commercial Code in Connection With Lex Contractus	D
Saeed haghani	
Criticism of Unanimous Decision No. 788 of The Supreme Court in The Shadow of The Violation of The Independence of Commercial Law Over Civil Law	E
Omolbanin Ramezanzadeh, Seyed Hassan Hosseini Moghadam	
Criterion For Distinguishing "Different" Crimes From "Non-different" Crimes in Applying The Rules of Material Multiplicity of The Crime	F
Mehrangiz Roustaie, Hamed Rahmanian	
Searching for Evidence in Judicial Ijtihad	G
Hadi Sadeqi, Mohammad Hossien Nazemi Esheni, Zahra Najjarzadegan Sarabi	
Legal Expenses Insurance From The Perspective of Consumer Rights	H
Nahid Safari	
Registration Status in The Contractual Transfer of Real Estates in Iran: A Comparative Study With English, Swiss and French Law	I
Soroush Safizadeh	
The Legal Effects of The Supervision of Jurists of The Guardian Council on The Unconditionality & Generality of Laws & Regulations in Iran's Judicial System	J
Mohammadali Farahani, Morteza Hajjalikhamse, Hadi TahanNazif	
Comparative Studying on The Independence of Investigation Institution from Prosecution Institution in Iran & Lebanon's Legal System	K
Mohammad Ali Alipour, SeyedDoraid Mousavi Mojab, Seyed Basem Mavalizadeh	



The Judiciary's Law Journal

Volume 86 / Issue 118 / 2022 Summer
(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: 1.600.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com