شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2021.530595.4180

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۱ الی ۲۰
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۳۱

مؤلفه‌های مداخلهٔ دولت در تنظیم‌گری حرفهٔ وکالت؛ مطالعهٔ موردی نظام حقوقی انگلستان

مجتبی اصغریان*، علی بهادری جهرمی**، محمدصادق فراهانی***

چکیده

تأثیر مشاغل حرفه‌ای بر منفعت عمومی جامعه و ورود آن‌ها به حوزهٔ خدمت عمومی، ضرورت مداخلهٔ دولت در تنظیم ضوابط حاکم بر عملکرد آن‌ها را دوچندان می‌سازد. پژوهش پیش رو با بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای و اتخاذ رویکردی تحلیلی ـ توصیفی، در مقام تبیین مؤلفه‌های مداخلهٔ دولت در تنظیم‌گری حرفهٔ وکالت به این نتیجه دست یافته است که برخلاف تصور رایج، دولت انگلستان در سه سطح مداخله در ضوابط حاکم بر «ساختار و تشکیلات نهاد وکالت»، «نحوهٔ ورود به حرفهٔ وکالت» و «تصدی حرفهٔ وکالت» به تنظیم رژیم حقوقی حاکم بر نهاد وکالت پرداخته است. مواردی چون «تعیین ماهیت حقوقی کانون»، «نظارت دولتی جامع بر کانون وکلا و حرفهٔ وکالت»، «مقررات‌گذاری در حوزهٔ وکالت»، «الزام گزارش‌دهی کانون وکلا به نهادهای دولتی»، «نظارت بر مصوبات ارکان و اجزای مدیریتی کانون»، «الزام به اعمال شفافیت در عملکرد کانون‌های وکلا»، «تعیین شرایط تصدی وکالت و ظرفیت پذیرش»، «تنظیم اعمال نظارت مردمی بر کانون‌های وکلا»، «تنظیم سازوکار نظارت دولتی بر کانون وکلا»، «تعیین میزان و نحوهٔ اخذ حق‌الوکاله‌ها»، «تعلیق و لغو پروانهٔ وکالت»، «نظارت بر مستخدمین و کارمندان وکیل» و نهایتاً «تنظیم سازوکار همکاری وکلا و غیروکلا» و... نمونه‌هایی از مداخلهٔ دولت انگلستان در تنظیم‌گری کانون‌های وکلا در این کشور به شمار می‌آیند.

واژگان کلیدی: تنظیم‌گری، کانون وکلا، مداخلهٔ دولت، نظارت، وکالت، نظام حقوقی انگلستان

* استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول)
Asgharian@khu.ac.ir

** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
a.bahadori.j@modares.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
msfarahani72@ut.ac.ir

مقدمه

مدت‌ها است که اشتغال به حرفهٔ وکالت به‌طور ویژه مورد توجه نظام تقنینی کشورها قرار گرفته و نسبت به آن شرایط و نظامات خاصی در نظر گرفته شده است؛ به‌گونه‌ای که امروزه، این حرفه از حوزهٔ ابتکارات خصوصی اشخاص خارج شده و از آن به‌عنوان یک «خدمت عمومی» یاد می‌شود. بر همین اساس نیز دولت‌ها وظیفه دارند، تدابیر لازم را نسبت به تأمین مطلوب و کارآمد آن اتخاذ نمایند. از همین رهگذر، مفهوم «تنظیم‌گری» دولت نسبت به کانون‌های وکلا به منصهٔ ظهور می‌رسد و از طریق سازوکار وضع قوانین و مقررات مربوط و با هدف ارتقای منفعت عمومی و صیانت از حقوق اشخاص اجرایی می‌شود. به عبارتی، مسئولیت دولت در تأمین (و نه لزوماً ارائه) خدمات عمومی، مستلزم طراحی نظام حقوقی متناسب با مسئولیت‌ها و وظایف مرتبط با آن است.

انگلستان به‌عنوان کشوری که در آن وکلا قریب به دویست سال (از ابتدای قرن نوزدهم تا سال ۱۹۷۴) از انحصار انجام خدمات حقوقی برخوردار بودند، نمونه‌ای از نخستین کشورهایی است که پس از سال‌ها مناقشات عمومی، نهایتاً با پذیرش دخالت دولت در تنظیم‌گری این حرفه، موفق به پایان انحصار، کاهش هزینه خدمات، افزایش کیفیت و نهایتاً ارتقای رضایت عمومی از این حرفه شده است (Domberger, 1989: 41-56) و به همین جهت می‌تواند الگوی درخور توجهی را در ترسیم مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری حرفهٔ وکالت ـ به‌خصوص برای کشورهایی که در ابتدای این مسیر هستند ـ نمایان سازد.

به‌رغم اینکه آثار گوناگونی در رابطه با امر وکالت و زوایای آن به نگارش درآمده است، ادبیات داخلی موجود، کمتر به امور ساختاری و نهادی وکالت پرداخته است و اثری که تخصصاً به بررسی مقولهٔ مداخلهٔ دولت در تنظیم‌گری کانون‌های وکلا پرداخته باشد به چشم نمی‌خورد. به نظر می‌رسد چنین وضعیتی بیش از هر چیز ناشی از غلبهٔ رویکرد ممنوعیت دخالت دولت در تنظیم‌گری کانون‌های وکلا در ادبیات داخلی باشد.

ازاین‌رو مسئله و چالش اصلی این نوشتار آن است که مؤلفه‌های مداخلهٔ دولت در تنظیم‌گری حرفهٔ وکالت در کشور انگلستان چیست و دولت این کشور با استفاده از چه سازوکارهایی، ارائهٔ مطلوب این خدمت عمومی در جامعه را تضمین و دنبال می‌کند؟

فرضیهٔ نوشتار حاضر آن است که مداخلهٔ دولت انگلستان در تنظیم‌گری حرفهٔ وکالت هم تنظیم قواعد مربوط به ساختار وکالت در این کشور (کانون وکلا) را در بر می‌گیرد و هم قواعد مربوط به ضوابط ورود، تصدی و خروج/اخراج از این حرفه را.

نوشتار پیش‌رو پس از تبیین مختصر سیر تاریخی قوانین مربوط به وکالت در انگلستان (بخش

نخست)، مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری وکالت در این کشور را در سه قالب مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری «ساختار و تشکیلات نهاد وکالت» (بخش دوم)، «نحوهٔ ورود به حرفهٔ وکالت» (بخش سوم) و «تصدی حرفهٔ وکالت» (بخش چهارم) مورد بررسی و کنکاش قرار می‌دهد.

۱. سیر تاریخی قوانین حرفهٔ وکالت در انگلستان

کانون وکلای انگلستان که «جامعهٔ حقوقی انگلستان و ولز»[1] نامیده می‌شود، تشکلی حرفه‌ای است که نمایندهٔ وکلا[2] در حوزهٔ قضایی انگلستان و ولز به شمار می‌آید و بر وکلا نظارت می‌کند. این نهاد به ارائهٔ خدمات به وکلا و کارآموزان می‌پردازد و از آن‌ها پشتیبانی می‌کند.

پیش از تشکیل این نهاد، در سال ۱۸۲۳ تشکلی به نام «مؤسسهٔ حقوقی لندن»[3] و با گردهمایی تعدادی از وکلای این شهر تشکیل شده بود. در سال ۱۸۲۵ کلمهٔ «لندن» از عنوان این مؤسسه حذف گردید؛ اما این مؤسسه، در ۲ ژوئن همان سال، جای خود را به «جامعهٔ حقوقی» داد. اولین اساسنامهٔ این نهاد در سال ۱۸۳۱ تصویب شد.[4] اساسنامهٔ جدید کانون وکلا (جامعهٔ حقوقی) در سال ۱۸۴۵ تنظیم شد و از کانون وکلا به‌عنوان یک نهاد خصوصی و مستقل که به ارائهٔ خدمات به صنف وکلا می‌پردازد یاد کرد. در سال ۱۹۰۳ نام این جامعه به اختصار و همان «جامعهٔ حقوقی»[5] تعیین شد.[6]

در سال ۱۸۳۴، کانون وکلا برای نخستین بار، تعقیب وکلای دارای سوءرفتار حرفه‌ای را به جریان انداخت. در سال ۱۹۰۷، این کانون برای اولین بار یک کمیتهٔ انضباطی[7] را تشکیل داد که اختیار بررسی حساب‌های وکلا را داشت و می‌توانست پروانهٔ وکالت وکلا را به‌صورت سالانه تمدید نماید. پس از آن و در سال ۱۹۸۳، این کانون، ادارهٔ نظارت بر وکلا[8] را تأسیس نمود تا به شکایات علیه وکلا

1. Law Society of England and Wales
2. Solicitors
3. The London Law Institution

٤. عنوان انگلیسی این اساسنامه از قرار ذیل بوده است:

The Society of Attorneys, Solicitors, Proctors and others not being Barristers, practicing in the Courts of Law and Equity of the United Kingdom

5. The Law Society

٦. بانوان برای نخستین بار در سال ۱۹۲۲ توانستند به عضویت این جامعه درآیند. البته در سال ۲۰۱۳ نیز انجمن وکلای زن (Association of Women Solicitors) که یک نهاد ملی نماینده وکلای زن در انگلستان بود با «جامعه حقوقی» ادغام گردید و دپارتمان وکلای زن این جامعه را تشکیل داد. اگرچه پس از ادغام نیز، دپارتمان وکلای زن، مستقل از «جامعهٔ حقوقی» عمل می‌کند. برای مطالعه راجع به وضعیت بازار خدمات حقوقی در انگلستان در نیمه اول قرن بیستم، مراجعه کنید به: (Gower & Price, 1957, 817-846)

7. Disciplinary Committee
8. Office for the Supervision of Solicitors

رسیدگی کند. هم اکنون، شکایات از رفتار وکلا در یک رکن نظارتی به نام «مرجع تنظیم وکلا»[1] رسیدگی می‌شود. البته شکایات راجع به خدمات بی‌کیفیت وکلا به دفتر آمبودزمان حقوقی[2] ارجاع می‌شود. مرجع تنظیم وکلا یکی از ارکان کانون وکلا است که وظیفهٔ وضع مقررات و اجرای آن را بر عهده دارد و از حیث عملکردی مستقل از جامعهٔ حقوقی عمل می‌کند. این مرجع تحت نظارت هیئت خدمات حقوقی[3] قرار دارد که یک مرجع دولتی است.

شایان ذکر است که کانون وکلای انگلستان دارای یک شورا[4] است که به‌عنوان هیئت مدیرهٔ این کانون عمل می‌کند. وظایف اعضای این شورا عبارت‌اند از: حضور در جلسات و تصمیم‌گیری راجع به استراتژی و خط‌مشی‌های کانون، نمایندگی از وکلا در دولت و نهادهای عمومی، تنظیم طرح‌های تجاری و بودجه، حمایت از منافع تمامی وکلا، ایجاد ارتباط میان کانون‌های وکلای محلی، ایجاد ارتباط با سازمان‌های خارجی، تأیید انتصابات در کمیته‌های شورا و انتخاب رئیس شورا. جلسات شورا به‌طور متوسط پنج بار در سال برگزار می‌شود. مجمع عمومی‌کانون وکلا هر سال در ماه جولای برگزار می‌شود.[5]

انتخابات شورا هر چهارسال برگزار می‌شود و اعضای شورا برای دوره‌های چهارساله انتخاب می‌شود. یک مجموعه قواعد رفتاری راجع به اعضای شورا نیز وجود دارد که اعضا مکلف به رعایت آن هستند. این قواعد راجع به تعارض منافع، رعایت کرامت، و ارتباط میان اعضا و کارمندان شورا است. برای عضویت در شورا، افرادی می‌توانند کاندید شوند که قبلاً به‌موجب رأی دادگاه یا حکم دادگاه انتظامی‌کانون وکلا از شرکت در انتخابات منع نشده باشند.

نظام حقوقی انگلستان یکی از توسعه‌یافته‌ترین نظام‌های حقوقی در بین کشورهای دنیا است. در این کشور، به‌دلیل نقص‌ها و ایراداتی که راجع به ساختار حرفهٔ وکالت و عملکرد برخی وکلا وجود داشت که عمدتاً ناشی از کمبودهای قانون وکلای مصوب ۱۹۷۴ بود (Bowles, 1994: 19-25)، قانون‌گذار تصمیم گرفت تا قانونی را در سال ۲۰۰۷ تحت عنوان «قانون خدمات حقوقی» تصویب نماید تا منافع عمومی و حقوق مصرف‌کننده در این صنف بیشتر مورد توجه و رعایت قرار گیرد. در این نوشتار قصد داریم تا مشخص کنیم که متولیان امر در نظام حقوقی انگلستان، نهاد وکالت را

1. Solicitors Regulation Authority (SRA)
2. Legal Ombudsman
3. Legal Services Board (LSB)
4. Council
۵. در خصوص تشکیل کانون های وکلای متفاوت در انگلستان و لزوم ادغام آنها مراجعه کنید به: (Cohen, 1990: 7-27)

چگونه ساماندهی کرده‌اند. اما پیش از آن باید توضیح مختصری راجع به دو قانون کلیدی و تأثیرگذار یعنی قانون وکلای ۱۹۷۴ و قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷ ارائه کنیم.

۱-۱. معرفی قانون وکلای ۱۹۷۴[1]

نسخهٔ جدید قانون وکلا در سال ۱۹۷۴ و در پارلمان انگلستان به تصویب رسید. این قانون ضوابط و مسئولیت‌های وکلا را مطرح کرده؛ به مؤسساتی که این وکلا برای آن‌ها کار می‌کنند پرداخته و همچنین شرایط دریافت پروانهٔ وکالت متقاضیان را تشریح کرده است. اختیارات مرجع تنظیم وکلا نیز در همین قانون ذکر شده است.

این قانون که دارای ۹۰ ماده و ۴ ضمیمه می‌باشد، با قوانین بعدی اصلاح گردید. قوانین بعدی عبارتند از قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷[2]، قانون محاکم و خدمات حقوقی ۱۹۹۰[3]، قانون دیوان‌ها، محاکم و اجرا ۲۰۰۷[4]، قانون ورشکستگی ۲۰۱۶[5]، قانون محاکم ماجیستریت ۱۹۸۰[6]، قانون ادارهٔ دادگستری ۱۹۸۵.[7]

۲-۱. معرفی قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷

در سال ۲۰۰۱، «ادار تجارت عادلانه»[8] انگلستان، گزارشی منتشر و توصیه نمود که قواعد حاکم بر حرفه‌های حقوقی باید تابع حقوق رقابت باشند و محدودیت‌های ناعادلانه رقابتی در این حرفه‌ها باید رفع شوند.[9] متعاقب این گزارش، دولت مشورت‌هایی را انجام و گزارشی راجع به رقابت و تنظیم بازار خدمات حقوقی منتشر کرد.[10] در سال ۲۰۰۳ «سر دیوید کلمنتی»[11] از سوی دولت منصوب شد تا تحقیقات مستقلی راجع به قواعد و مقررات خدمات حقوقی انجام دهد. وی در بررسی‌های خود به این نتیجه دست یافت که بسیاری از حوزه‌های خدمات حقوقی «غیرمنعطف، قدیمی و بیش از اندازه پیچیده» بوده و نیازمند اصلاح و تجدیدساختار است. دیوید کلمنتی محورهای اصلی

1. Solicitors Act 1974
2. Legal Services Act 2007
3. Courts and Legal Services Act 1990
4. The Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007
5. The Insolvency (England and Wales) Rules 2016
6. Magistrates Courts Act 1980
7. The Administration of Justice Act 1985
8. Office of Fair Trading (OFT)
9. Office of Fair Trading, 2001, Competition in the Professions – A Report by the Director General of Fair Trading
10. Department for Constitutional Affairs, 2003, Competition and Regulation in the Legal Services Market – A Report Following the Consultation "In the Public Interest?"
11. Sir David Clementi

وی هم در گذشته قائم مقام بانک مرکزی انگلستان بوده است.

نگرانی را سه مورد می‌دانست: ساختار قانونی و چهارچوب نظارتی؛ نحوهٔ رسیدگی به شکایات، و ماهیت محدودیت‌زای ساختارهای تجاری حقوقی.[۱] در سال ۲۰۰۵، دولت گزارش را منتشر و برنامهٔ خود برای ایجاد اصلاحات در نظام ارائهٔ خدمات حقوقی ارائه کرد. این برنامه حاوی یک چهارچوب قانونی و نظارتی جدید بود تا نقایص موجود را بر طرف کند.[۲] این چهارچوب در ماه می‌سال ۲۰۰۶ در قالب یک پیش‌نویس تهیه و پس از بررسی در کمیتهٔ مشترک هر دو مجلس، تحت عنوان «قانون خدمات حقوقی» ـ که از این پس «قانون» نامیده می‌شود ـ در سال ۲۰۰۷ به تصویب رسید.

این قانون دارای ۲۱۴ ماده و ۲۴ ضمیمه است و قانون مفصل و جامعی محسوب می‌شود. دامنهٔ شمول سرزمینی این قانون محدود به کشورهای انگلستان و ولز است.[۳] این قانون نظارت بر حرفه‌های حقوقی ازجمله وکالت را به‌طور متمرکز در اختیار یک رکن عالی دولتی قرار داده و سازوکارهای نظارتی دیگری را نیز راه‌اندازی نموده تا هدف غایی خدمات حقوقی ازجمله وکالت که همانا حمایت از ارزش‌های اجتماعی است به‌نحو مناسب تری محقق شود (Harris, 2006: 420-444). این موارد در ادامه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۲. مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری ساختار و تشکیلات وکالت

مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری ساختار، تشکیلات و مصوبات «جامعهٔ حقوقی» انگلستان واجد ابعاد مختلفی است که از آن جمله می‌توان به «تعیین ماهیت حقوقی کانون و تبعاً استقلال مالی و سازمانی آن»، «نظارت دولتی جامع بر کانون وکلا و حرفهٔ وکالت»، «مقررات‌گذاری در حوزهٔ وکالت»، «گزارش‌دهی کانون وکلا به نهادهای دولتی»، «تجدیدنظر از تصمیمات کانون وکلا و نظارت بر مصوبات ارکان و اجزای مدیریتی آن» و «الزام به اعمال شفافیت در عملکرد کانون‌های وکلا» اشاره کرد. در ادامه به تبیین و بررسی هر یک از آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱. تعیین ماهیت حقوقی کانون و تبعاً استقلال مالی و سازمانی آن

همان طور که در بخش نخست اشاره شد، کانون وکلای انگلستان به‌عنوان یک نهاد صنفی مستقل تشکیل و تأسیس شد. به مرور زمان تشکیلات سازمانی این نهاد توسعه پیدا کرد و استقلال مالی و سازمانی خود را نیز در عین حال حفظ نمود. اما با توسعهٔ بازار خدمات حقوقی، حرفهٔ وکالت نیز به‌عنوان یک کسب‌وکار شناسایی شد و به‌دلیل حمایت از حقوق مصرف‌کننده و منافع جامعه و

۱. برای مطالعهٔ گزارش سر دیوید کلمنتی، نک: (Clementi, 2004)

۲. برای مطالعه این گزارش، نک: (Department for Constitutional Affairs, 2003)

۳. به استثنای مواد ۱۹۵ و ۱۹۶(۱) و ضمیمهٔ شمارهٔ ۲۰ که به کشور اسکاتلند مربوط می‌گردد و اصلاحات جزئی که مربوط به اسکاتلند و ایرلند شمالی است.

تنظیم بازار حقوقی، به تدریج دولت، نظارت خود را بر این نهاد افزایش داد. این نظارت‌ها که تفصیل آن در قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷ پیش‌بینی شده است و برخی موارد آن در ادامه بیان خواهد شد، به اندازه‌ای است که دولت بر تمامی جنبه‌های کارکرد کانون وکلای انگلستان نظارت عمیق دارد و هرگونه تخلف از نظامات و مقررات وضع شده توسط دولت، می‌تواند ضمانت‌اجراهای سنگینی از قبیل، لغو پروانهٔ فعالیت کانون وکلای متخلف را در پی داشته باشد.[۱]

لازم به ذکر است که کانون وکلای انگلستان کارکرد نمایندگی و تنظیمی خود را تفکیک نموده است. کارکرد نمایندگی[۲] در اختیار «جامعهٔ حقوقی»[۳] و کارکرد تنظیمی[٤] بر عهدهٔ «مرجع تنظیم وکلا»[٥] قرار دارد. مرجع تنظیم وکلا در واقع یک رکن نظارتی است که زیر نظر «هیأت خدمات حقوقی»[٦] فعالیت می‌کند و به آن گزارش می‌دهد. هیئت خدمات حقوقی یک نهاد دولتی است که زیر نظر مستشار عالی دولت[۷] فعالیت می‌کند.

۲-۲. نظارت دولتی جامع بر کانون وکلا و حرفهٔ وکالت

«هیأت خدمات حقوقی» ـ که از این پس هیئت نامیده می‌شود ـ یک نهاد دولتی است که تحت حمایت وزارت دادگستری انگلستان قرار دارد. به‌موجب موافقت‌نامه‌ای که تحت عنوان «سند چهارچوب هیئت خدمات حقوقی» میان وزارت دادگستری و هیئت خدمات حقوقی به امضا رسیده است، هیئت خدمات حقوقی موظف است برنامه‌های خود را به‌نحوی تنظیم نماید که در راستای پیشبرد اهداف کلی وزارت دادگستری باشد و در مقابل این وزارتخانه پاسخ‌گو باشد. در مقابل، وزارت دادگستری از فعالیت‌های این هیئت حمایت‌های قانونی به عمل می‌آورد. به‌عنوان مثال، وزارت دادگستری شرایطی را وضع کرده که بر اساس آن، هیئت‌های خدمات حقوقی می‌توانند از کمک‌های عمومی (Public Grants) استفاده نمایند.

با این حال، فعالیت‌ها و تصمیم‌گیری‌های هیئت مستقل است. هزینه‌های این هیئت توسط دریافت عوارض از کانون‌های وکلا تأمین می‌گردد. ارتباط میان این هیئت و وزارت دادگستری در یک

۱. برای مثال نگاه کنید به مادهٔ ۱۰۱ قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷.

۲. کارکرد نمایندگی بدین معنا است که «جامعه حقوقی» نهادی است که نماینده صنف وکلا در جامعه محسوب می شود.

3. Law Society

٤. کارکرد تنظیمی یعنی «مرجع تنظیم وکلا» رکنی است که نمایندهٔ صنف وکلا نیست بلکه از طرف هیات خدمات حقوقی وظیفه نظارت بر «جامعهٔ حقوقی» را بر عهده دارد.

5. Solicitors Regulation Authority (SRA)
6. Legal Services Board (LSB)
7. Lord Chancellor

«سند چهارچوب»[1] تنظیم شده که توسط وزارت دادگستری منتشر شده است.

مادهٔ ۱ قانون ۲۰۰۷ هشت هدف را پیش‌بینی نموده است که باید مورد توجه هیئت خدمات حقوقی، کانون‌های وکلا و ادارهٔ رسیدگی به شکایت‌های حقوقی قرار گیرد. این هشت هدف عبارتند از: (۱) حمایت از منافع عمومی‌و ارتقای آن؛ (۲) حمایت از اصل حاکمیت قانون؛ (۳) تسهیل دسترسی به وکیل و دادگستری؛ (۴) حمایت از منافع مصرف کنندگان خدمات حقوقی؛ (۵) افزایش رقابت در ارائهٔ خدمات حقوقی و انحصارزدایی؛ (۶) ارتقای ویژگی‌های استقلال، تنوع و مؤثر بودن در حرفه‌های حقوقی؛ (۷) افزایش درک عامه از حقوق و تکالیف حقوقی شهروندان؛ و (۸) رعایت اصول حرفه‌ای.

هیأت خدمات حقوقی بالاترین مرجع نظارتی است و بر فعالیت‌های تمامی‌حرفه‌های حقوقی ازجمله کانون‌های وکلا نظارت می‌کند تا اطمینان حاصل شود که اصناف حقوقی وظایف خود را به درستی انجام می‌دهند.[2] طبق ضمیمهٔ شمارهٔ ۱، تمامی‌اعضای این هیئت توسط «مستشار عالی دولت»[3] و پس از مشورت با رئیس قوهٔ قضائیه[4] منصوب می‌شوند. به هر روی، این هیئت از حیث فعالیت و تصمیم‌گیری مستقل است و نهادی که اعضای هیئت را منصوب می‌کند حق دخالت در فعالیت‌ها و تصمیم‌گیری‌های آن را ندارد.

نکتهٔ جالب آنکه رئیس و اکثریت اعضای این هیئت نباید وکیل باشند. مستشار عالی از حق عزل اعضای این هیئت نیز (پس از مشورت با رئیس قوهٔ قضائیه) برخوردار است. هیئت در مقابل مجلس پاسخ‌گو است و باید گزارش سالانهٔ عملکرد خود را به مجلس ارائه نماید.

طبق بخش چهارم قانون، این هیئت حوزهٔ صلاحیتی هر یک از کانون‌های وکلا و سایر اصناف حقوقی موضوع این قانون را مشخص می‌سازد. هیئت مشخص می‌کند که شرایط دریافت پروانهٔ وکالت چیست؛ افرادی که تظاهر به وکالت می‌کنند با چه مجازات‌های کیفری روبه‌رو خواهند بود؛ کانون‌های وکلا چه مبالغی را می‌توانند از وکلای عضو خود دریافت نمایند؛ قواعد رفتاری و

1. LSB Framework Document

۲. البته حوزه صلاحیت هیأت خدمات حقوقی محدود به کانون‌های وکلا نیست و موارد دیگری مانند قانون‌گذاری و نظارت بر خدمات دفترخانه‌ای (Notarial Services) را در بر می‌گیرد.

۳. مستشار عالی دولت که Lord Chancellor نامیده می‌شود بالاترین مقام دولتی در بریتانیا (حتی بالاتر از نخست وزیر) است. وی عضو کابینه دولت بوده و به موجب قانون، مسئولیت نظارت بر عملکرد و استقلال دادگاه‌ها را بر عهده دارد.

4. Lord Chief Justice

انضباطی کانون‌های وکلا باید چگونه باشد؛ اهداف عملکردی برای کانون‌های وکلا در نظر گیرد؛ روابط کانون‌های وکلا با یکدیگر را تنظیم و اختلافات آن‌ها را حل می‌نماید. همچنین هیئت می‌تواند برای آموزش و تربیت وکلا موازینی را مشخص نماید. علاوه بر این، هیئت می‌تواند از کانون‌های وکلا بخواهد که قواعد و مقررات نامناسب خود را تغییر دهند. کانون‌های وکلا مکلف هستند به درخواست هیئت، کلیهٔ اطلاعات و اسناد لازم را در آن اختیار آن مرجع قرار دهند. در مجموع، هیئت باید نظارت نماید که کانون‌های وکلا اهداف هشت‌گانهٔ مندرج در مادهٔ ۱ قانون را رعایت نمایند.[۱]

۳-۲. مقررات‌گذاری در حوزهٔ وکالت

مقررات‌گذاری در حوزهٔ وکالت در اختیار دو نهاد مختلف قرار دارد. به‌موجب قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷، هیئت خدمات حقوقی که یک نهاد دولتی است از اختیار قانون‌گذاری برای کلیهٔ نهادهای ارائه‌دهندهٔ خدمات حقوقی ازجمله کانون‌های وکلا برخوردار است. علاوه بر این، به‌موجب قانون وکلا مصوب ۱۹۷۴، خود کانون وکلا نیز اختیار وضع مقررات برای امورات راجع به وکالت را دارد. به‌عنوان مثال، کانون وکلا می‌تواند مقرراتی راجع به عملکرد حرفه‌ای، رفتار، تناسب برای وکالت و نظم و انضباط وکلا وضع کند.[۲] بدیهی است هیئت خدمات حقوقی[۳] که یک نهاد دولتی است بر وضع مقررات توسط کانون نظارت می‌کند. بنابراین، کانون وکلا در وضع مقررات راجع به حرفهٔ وکالت از اختیار مطلق برخوردار نیست.

۴-۲. گزارش‌دهی کانون وکلا به نهادهای دولتی

به‌موجب قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷، این الزام قانونی وجود دارد که گزارش‌های متعددی از سوی کانون‌های وکلا به هیئت خدمات حقوقی ارسال شود. این تکلیف در کانون وکلا بر عهدهٔ «مرجع تنظیم وکلا» قرار دارد که گزارش سالانه به هیئت خدمات حقوقی ارسال می‌کند. علاوه بر این، آمبودزمان نیز هرگونه تخلفات کانون وکلا را به هیئت خدمات حقوقی ارسال می‌کند تا رسیدگی و نتایج آن منتشر شود.[٤]

۱. برای مطالعه راجع به تأثیر سیستم نظارتی انگلستان بر نظارت های نظام حقوقی استرالیا نسبت به وکلای استرالیا، مراجعه کنید به منبع ذیل که رساله دکتری آقای مایکل مک نامارا در دانشگاه گریفیث استرالیا بوده است: (McNamara, 2018)

۲. مادهٔ ۳۱ قانون وکالت ۱۹۷۴

3. Legal Services Board (LSB)

٤. به عنوان مثال، مواد ۱۱۰، ۱۱۸، ۱۲۰، ۱۲۳ و ۱۲۴ از قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷

۵-۲. تجدیدنظر از تصمیمات کانون وکلا و نظارت بر مصوبات ارکان و اجزای مدیریتی کانون

تصمیمات و مصوبات کانون وکلا و یا ارکان آن همواره قابل‌اعتراض در سایر مراجع می‌باشد. اگر تصمیمات و مصوبات راجع به شخص وکیل باشند، وی می‌تواند در برخی موارد به دادگاه انتظامی وکلا، و می‌تواند در تمامی‌موارد به محاکم عمومی (دادگاه عالی) مراجعه نماید.

اما اگر تصمیمات و مصوبات کانون یا ارکان آن جنبهٔ کلی و عمومی (مربوط به همهٔ وکلا) داشته باشد این مصوبات و تصمیمات قابل بررسی در هیئت خدمات حقوقی است و هیئت خدمات حقوقی از اختیار ابطال این مصوبات و تصمیمات برخوردار است.

۶-۲. الزام به اعمال شفافیت در عملکرد کانون‌های وکلا

شفافیت در عملکرد کانون وکلای انگلستان از آنجا ناشی می‌شود که در موارد متعددی قانون‌گذار در قانون وکلای ۱۹۷۴، کانون را ملزم نموده تا تصمیمات خود را منتشر نماید. علاوه بر این، گزارش‌هایی که کانون وکلا برای هیئت خدمات حقوقی ارسال می‌کند باید حاوی ارائهٔ اطلاعات شفاف درخصوص عملکرد کانون‌های وکلا باشد.

۳. مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری نحوهٔ ورود به حرفهٔ وکالت

دخالت دولت در مرحلهٔ ورود به حرفه وکالت در انگلستان با تعیین مواردی چون «تعیین شرایط تصدی وکالت»، «ظرفیت پذیرش»، «دخالت در کارآموزی وکلا» و «دخالت در اسامی مندرج در فهرست وکلا» تحقق می‌یابد که در ادامهٔ نوشتار به بررسی هر یک خواهیم پرداخت.

۱-۳. تعیین شرایط تصدی وکالت

طبق مقررات انگلستان، هیچ شخصی نمی‌تواند به‌عنوان وکیل عمل کند مگر آنکه اولاً به‌عنوان وکیل پذیرفته شده باشد، ثانیاً نام وی در فهرست وکلا درج شده باشد و ثالثاً شخص مزبور دارای یک گواهی باشد که از سوی کانون وکلا صادر شده و طی آن مجوز به وی اجازهٔ وکالت داده شده باشد.[۱]

هیچ شخصی به‌عنوان وکیل پذیرفته نمی‌شود مگر آنکه از کانون وکلا، گواهی[۲] برای وی صادر شده باشد که نشان دهد فرد مزبور مقررات آموزشی را رعایت کرده و شخصیت[۳] مناسبی برای وکالت دارد. شخص دریافت‌کنندهٔ این گواهی می‌تواند درخواست کند که نام وی وارد فهرست وکلای فعال شود.[٤]

در عمل برای ورود به حرفهٔ وکالت اشخاص باید یا دارای مدرک کارشناسی حقوق باشند یا

۱. مادهٔ ۱ قانون وکالت ۱۹۷۴

2. Practicing certificate
3. Character

٤. مادهٔ ۳ قانون وکالت ۱۹۷۴

دوره‌های یک‌سالهٔ آموزش حقوقی[1] را طی نمایند (Finch & Fafinsky, 2017: 84). پس از موفقیت در این دورهٔ آموزشی، افراد باید یک دورهٔ کارآموزی را به مدت دو سال طی نمایند و پس از طی دورهٔ کارآموزی می‌توانند گواهی فوق‌الذکر (که معادل پروانهٔ وکالت است) را دریافت کنند. لازم به ذکر است که جهت ورود به حرفهٔ وکالت، ظرفیت مشخصی وجود ندارد و هر تعداد افراد علاقه‌مند که توانایی گذراندن دوره‌های علمی و عملی را داشته باشند به این حرفه وارد خواهند شد. افراد پس از دریافت پروانهٔ وکالت، بعد از گذراندن دوره‌های تخصصی می‌توانند پروانهٔ وکالت تخصصی دریافت کنند. وکلای تخصصی افرادی هستند که معمولاً وکالت در دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی را بر عهده می‌گیرند. ارجاع پرونده به وکلای تخصصی باید صرفاً از طریق وکلای عادی باشد. همچنین، وکلایی که چندین سال سابقهٔ حرفه‌ای در وکالت داشته و خدمات حقوقی شایانی به نظام حقوقی انگلستان ارائه داده باشند، ممکن است از سوی ملکه یا پادشاه انگلستان (حسب مورد) به درجهٔ وکیل ملکه[2] یا وکیل پادشاه[3] نائل گردند. این درجه یک مقام افتخاری بوده و تفاوتی از حیث صلاحیت‌های وکلا ایجاد نمی‌کند. علی‌ای حال، برخی از نویسندگان خواستار اصلاح نظام پذیرش وکلا شده‌اند، به‌نحوی که سازوکار جذب افراد با عدالت بیشتری همراه باشد (Sommerland, 2010: 65-66).

۲-۳. آموزش و تربیت وکلا

برای نخستین بار، قانون وکلای ۱۸۶۰ این امکان را فراهم ساخت که نظام آزمون وکالت یک نظام سه‌مرحله‌ای باشد. در سال ۱۹۰۳، کانون وکلا یک مدرسهٔ حقوقی را تأسیس نمود که پس از مدتی به یک دانشکدهٔ حقوق[4] مستقل تبدیل شد. مأموریت این دانشکدهٔ حقوق اجرای مفاد مادهٔ ۲ قانون وکالت ۱۹۷۴ است. طبق این ماده، کانون وکلا باید مقرراتی را راجع به آموزش و تربیت اشخاصی که قصد ورود به حرفهٔ وکالت دارند را وضع نماید. این مقررات باید به موارد ذیل بپردازد:

۱) آموزش و تربیت داوطلبان وکالت، ۲) آموزش و تربیت افرادی که به‌عنوان وکیل پذیرفته شده‌اند، ۳) آزمون‌ها و سایر سنجش‌هایی که اشخاص متقاضی وکالت و همچنین اشخاص پذیرفته شده باید بگذرانند، ۴) صلاحیت‌ها و تکالیف و مسئولیت‌های متقابل اشخاص مدرسین و مربیان دوره‌های آموزشی و ۵) شرایط اختتام دوره‌ها. همچنین این مقررات می‌تواند حاوی قواعدی راجع

1. Legal Practice Course
2. Queen's Counsel (QC)
3. King's Counsel (KC)
4. College of Law

به‌نحوهٔ دریافت هزینه از سوی کانون وکلا باشد.[۱]

۳-۳. دخالت در اسامی مندرج در فهرست وکلا

کانون وکلا فهرستی[۲] از وکلا را تهیه و نگهداری می‌کند.[۳] دو دسته از افراد با پرداخت هزینه‌های مربوطه می‌توانند درخواست کنند که نامشان در فهرست وکلا وارد شود. ۱) افرادی که گواهی پذیرش در حرفهٔ وکالت را اخذ کرده باشند، ۲) افرادی که نامشان قبلاً حذف شده بود و درخواست دارند که مجدد وارد فهرست شوند.[٤] تصمیمات کانون وکلا در مورد عدم درج نام متقاضیان در فهرست وکلا و همچنین راجع به میزان هزینه‌هایی که کانون وکلا از شخص متقاضی مطالبه می‌کند و یا شروطی که کانون وکلا برای پذیرش شخص متقاضی عنوان می‌کند، قابل‌اعتراض در دادگاه عالی[٥] است. تصمیم این دادگاه قطعی و غیرقابل‌تجدیدنظرخواهی خواهد بود.[٦] ممنوعیت از وکالت به‌عنوان محرومیت از حقوق اجتماعی می‌تواند یکی از جهاتی باشد که کانون وکلا از درج نام یک فرد در فهرست وکلا خودداری کند. همچنین، کانون وکلا می‌تواند برای درج نام افراد دارندهٔ گواهی در فهرست وکلا، شروط خاصی را مقرر کند (به‌عنوان مثال، گذراندن دوره‌های علمی‌خاص).[۷] دادگاه عالی می‌تواند هر تصمیمی‌که مناسب می‌داند را اتخاذ کند[۸] و دراین‌باره از اختیارات گسترده‌ای برخوردار است.[۹]

طبق مادهٔ ۱۱ قانون وکالت ۱۹۷۴، هزینه‌های صدور گواهی وکالت توسط خود کانون وکلا تعیین می‌شود. ممکن است برای متقاضیان مختلف تعرفه‌های متفاوتی تعیین شود. درخواست متقاضیان وکالت باید همراه با گزارش یک حسابدار مبنی بر وضعیت مالی آن‌ها باشد. در غیر این صورت کانون وکلا برای صدور گواهی هزینهٔ بیشتری را از شخص متقاضی دریافت خواهد کرد.

کانون وکلا می‌تواند حتی برای وکلایی که گواهی آن‌ها معتبر بوده و مشغول حرفهٔ وکالت هستند نیز شرط خاصی تعیین کند و در صورت عدم تحقق آن شرط، مانع وکالت وکیل شود.[۱۰]

۱. مادهٔ ۲ قانون وکالت ۱۹۷۴

برای مطالعه بیشتر راجع به آموزش وکلا در نظام حقوقی انگلستان، نک: (Slapper & Kelly, 2017, 661-664)

2. The roll

۳. مادهٔ ۶ قانون وکالت ۱۹۷۴

٤. مادهٔ ۷ قانون وکالت ۱۹۷۴

5. High Court

٦. مادهٔ ۸ قانون وکالت ۱۹۷۴

۷. مادهٔ ۱۰ قانون وکالت ۱۹۷۴

8. Such order as the High Court thinks fit

۹. بند ۴ مادهٔ ۱۳ قانون وکالت ۱۹۷۴

۱۰. مادهٔ ۱۳ مکرر قانون وکالت ۱۹۷۴

۴. مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری تصدی حرفهٔ وکالت

مؤلفه‌های دخالت دولت در تنظیم‌گری تصدی حرفهٔ وکالت واجد ابعاد مختلفی است که از آن جمله می‌توان به «ایجاد دادگاه‌های انتظامی‌وکلا و رسیدگی به تخلفات آن‌ها»، «تنظیم اعمال نظارت مردمی بر کانون‌های وکلا»، «تنظیم سازوکار نظارت دولتی بر کانون وکلا»، «برگزاری دوره‌های آموزشی وکلا»، «تعیین میزان و نحوهٔ اخذ حق الوکاله‌ها»، «تعلیق و لغو پروانهٔ وکالت»، «منع وکالت از سوی اشخاص فاقد صلاحیت»، «نظارت بر مستخدمین و کارمندان وکیل» و «تعیین ضوابط همکاری وکلا و غیروکلا» اشاره کرد. در ادامه به بررسی هر یک از مؤلفه‌های یادشده خواهیم پرداخت.

۴-۱. ایجاد دادگاه‌های انتظامی وکلا و رسیدگی به تخلفات آن‌ها

به‌موجب مواد ۱۷۸ به بعد قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷، یک دادگاه انتظامی وکلا تشکیل می‌شود که از حیث قانونی مستقل از کانون‌های وکلا است، اما وظایفی را انجام می‌دهد که در محدودهٔ نظارتی کانون‌های وکلا قرار دارند. هیئت خدمات حقوقی بر عملکرد این دادگاه نظارت محدودی دارد. مستشار عالی می‌تواند در وظایف این دادگاه تغییراتی را ایجاد کند.

دادگاه انتظامی وکلا متشکل از دو دسته اعضا است. گروه اول وکلایی هستند که حداقل ده سال سابقه دارند. گروه دوم افرادی هستند که وکیل نیستند و از آن‌ها به‌عنوان اعضای غیرحقوقی[1] یاد می‌شود. قواعد و مقررات داخلی این دادگاه و بودجهٔ سالانهٔ آن باید به تأیید هیئت خدمات حقوقی برسد. هیئت خدمات حقوقی بر عملکرد این دادگاه نظارت می‌کند.[2]

دادگاه انتظامی از صلاحیت‌های زیر برخوردار است: حذف نام یک وکیل از فهرست وکلا، الزام وکیل به پاسخ‌گویی راجع به اتهامات خود، تعلیق وکلا، خاتمه بخشیدن به تعلیق، تحقیق راجع به عملکرد وکلایی که در گذشته نامشان از فهرست وکلا حذف شده است، وضع جریمه برای وکلا، درج مجدد نام وکیل در فهرست وکلا، پرداخت جریمه به صندوق دولت. تصمیمات دادگاه انتظامی قابل‌اعتراض در دادگاه عالی است. تصمیمات دادگاه عالی قابل‌اعتراض در دادگاه تجدیدنظر[3] است، مگر در مواردی که در قانون وکالت ۱۹۷۴ تصریح شده باشد که تصمیم دادگاه عالی قطعی و نهایی است.[4] کانون وکلا می‌تواند از وکیل یا کارمندان وی یا مؤسسات حقوقی بخواهد که اسناد و مدارک خاصی که مرتبط با یک پروندهٔ حقوقی است را نزد کانون وکلا افشا نمایند. چنین امری زمانی رخ

1. Lay members

۲. مادهٔ ۴۶ قانون وکالت ۱۹۷۴

3. Court of Appeal

٤. مادهٔ ۵۰ قانون وکالت ۱۹۷۴

می‌دهد که کانون وکلا معتقد باشد یک سوءرفتار حرفه‌ای توسط وکیل یا مستخدمین وی صورت گرفته باشد.[۱] دادگاه عالی نیز می‌تواند به درخواست کانون، هر وکیلی را ملزم نماید که اسناد و مدارک مذکور را ارائه نماید. هدف از اخذ این اسناد و مدارک، نظارت بر فعالیت وکلا است. کانون وکلا می‌تواند هزینه‌های متحمله در راستای این تحقیقات و بازرسی‌ها را از وکیل اخذ نماید.

در صورتی که تخلفی از سوی وکیل یا مستخدمین وی حادث شود، ضمانت‌اجراها از این قرار هستند. توبیخ و درج در پرونده، پرداخت جریمه به مبلغ ۲۰۰۰ پوند، تعلیق پروانهٔ وکالت و ابطال پروانهٔ وکالت. مستشار عالی دولت می‌تواند مبلغ جریمهٔ نقدی را تغییر دهد. در مواردی که نظم عمومی نیز درگیر است، کانون وکلا از این اختیار برخوردار است که اقدامات اتخاذی خود در مورد تخلف وکیل یا مستخدمین وی را منتشر نماید. وکیل می‌تواند از تصمیم کانون وکلا نزد دادگاه انتظامی اعتراض کند و تصمیم دادگاه انتظامی نیز در دادگاه عالی قابل‌تجدیدنظرخواهی است. تصمیم دادگاه تجدیدنظرخواهی قطعی و نهایی خواهد بود.[۲]

۲-۴. تنظیم اعمال نظارت مردمی بر کانون‌های وکلا

طبق مادهٔ ۸ قانون خدمات حقوقی، هیئت خدمات حقوقی «کارگروه مصرف کنندگان خدمات حقوقی»[۳] را تشکیل می‌دهد که وظیفهٔ آن حمایت از منافع مصرف‌کنندگان خدمات حقوقی وکلا است. اعضای این کارگروه توسط هیئت و با تأیید مستشار عالی منصوب می‌شوند. این کارگروه مشورت‌های لازم را به هیئت ارائه می‌کند و هیئت می‌تواند بر اساس مشورت‌های ارائه شده، تصمیم لازم را برای حمایت از منافع مصرف‌کنندگان اتخاذ نماید. ناگفته نماند که حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خدمات حقوقی از گذشته مورد توجه نظام حقوقی انگلستان بوده است (Clementi, 2004: 16).

همچنین، عموم مردم می‌توانند شکایات خود را نزد دفتر آمبودزمان حقوقی مطرح کنند تا در آن‌ها رسیدگی شود. البته دفتر آمبودزمان حقوقی یک مرجع واحد برای رسیدگی به شکایات مطروحه علیه کلیهٔ ارائه‌دهندگان خدمات حقوقی است و محدود به رسیدگی به شکایات مطروحه علیه وکلا نیست.

۳-۴. تنظیم سازوکار نظارت دولتی بر کانون وکلا

هیأت خدمات حقوقی، بر ارکان نظارتی کانون‌های وکلا یعنی «مرجع تنظیم وکلا» نظارت مستقیم دارد. این مرجع باید اطمینان حاصل کند که کانون‌های وکلا اهداف هشت‌گانهٔ مندرج در مادهٔ ۱ یا سایر بخش‌های قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷ را رعایت می‌کنند. در غیر این صورت هیئت می‌تواند

۱. مادهٔ ۴۴ مکرر قانون وکالت ۱۹۷۴

۲. مادهٔ ۴۴ قانون وکالت ۱۹۷۴

3. Legal Services Consumer Panel

تصمیمات ذیل را اتخاذ نماید: طبق مواد ۳۲ تا ۳۴ قانون، می‌تواند از کانون‌های مربوطه بخواهد تا ایراد را برطرف نمایند؛ طبق مواد ۳۵ تا ۳۶، می‌تواند هر یک از مقامات یا را توبیخ نماید و یا به هر یک از اقدامات اعتراض نماید و این توبیخ یا اعتراض را اعلان عمومی‌کند؛ طبق مواد ۳۷ تا ۴۰، می‌تواند یک جریمهٔ مالی را از کانون‌های وکلا دریافت نماید؛ طبق مواد ۴۱ تا ۴۴، می‌تواند شخصی را منصوب نماید تا ایراد حادث شده در کانون‌ها را برطرف نماید؛ طبق مواد ۴۵ تا ۴۸، می‌تواند به مستشار عالی توصیه نماید که مجوز صادره از کانون مربوطه و حتی مجوز خود کانون را لغو نماید.

علاوه بر این، به‌موجب بخش ششم قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷، به‌منظور رسیدگی به شکایات علیه وکلا، یک «ادارهٔ شکایات حقوقی»[1] تشکیل گردید که زیر نظر هیئت خدمات حقوقی انجام وظیفه می‌کند. رئیس اداره توسط هیئت خدمات حقوقی و با تأیید مستشار عالی منصوب می‌شود و اعضای آن توسط خود هیئت انتخاب می‌شوند. رئیس اداره و اکثریت اعضای آن نباید وکیل باشند. این اداره یک ناظر یا آمبودزمان[2] را منصوب می‌کند که نباید وکیل باشد. وظیفهٔ آمبودزمان انجام تحقیقات راجع به شکایات است. تحقیقات آمبودزمان در ادارهٔ شکایات حقوقی مطرح و اداره تصمیم لازم را در مورد نحوهٔ جبران خسارت اتخاذ خواهد کرد. دادگاه‌ها مکلف هستند بر اساس تصمیم این اداره، اجرائیه صادر نمایند (Clementy, 2004: 56).

۴-۴. نظارت بر برگزاری دوره‌های آموزشی وکلا

مرجع تنظیم وکلا که رکن نظارتی در کانون وکلا محسوب شده و زیر نظر هیئت خدمات حقوقی فعالیت می‌کند، جهت تضمین کیفیت عملکرد وکلا، طرحی را تحت عنوان «شایستگی مستمر»[3] اجرا می‌کند. طبق این طرح نیازهای آموزشی وکلا در هر سال باید شناسایی و دوره‌های آموزشی مربوطه برای آنان برگزار شود. تمدید پروانه‌های وکالت برای هر وکیل منوط به گذراندن تعداد مشخصی واحدهای آموزشی می‌باشد.

۴-۵. تعیین میزان و نحوهٔ اخذ حق‌الوکاله‌ها

به‌منظور تعیین تعرفهٔ وکلا کمیته‌ای متشکل از «مستشار عالی دولت»،[4] رئیس قوهٔ قضائیه، رئیس کانون وکلا، یکی از اعضای هیئت خدمات حقوقی، یک وکیل به انتخاب مستشار عالی دولت تشکیل می‌گردد. این هیئت نحوهٔ محاسبه و دریافت حق‌الزحمه توسط وکلا را تعیین می‌کند.[5]

1. Office for Legal Complaints (OLC)
2. Ombudsman
3. Continuing Competence
4. Lord Chancellor

۵. مادهٔ ۵۶ قانون وکالت ۱۹۷۴

وکلا می‌توانند برای حق‌الزحمهٔ خود، یک توافق خصوصی با موکل امضا کنند و مبلغی خارج از تعرفه دریافت نمایند. این توافق خصوصی باید مکتوب باشد و به امضای طرفین برسد.[۱] هرگونه اعتراض به این توافق خصوصی در محاکم دادگستری قابل‌طرح است.[۲] علاوه بر این موارد، در مادهٔ ۶۴ قانون وکالت ۱۹۷۴، نحوهٔ صدور صورتحساب بابت خدمات وکیل نیز پیش‌بینی شده است که پرداختن به جزئیات آن خارج از حوصلهٔ این تحقیق است (Andrews, 2013: 559-584). دادگاه‌ها نیز می‌توانند به وکلا دستور دهند که صورتحساب جزئی برای موکل صادر کنند.[۳]

وکلا تنها در صورتی می‌توانند برای دریافت حق‌الوکالهٔ خود نسبت به طرح دعوی علیه موکل در دادگاه اقدام کنند که حداقل یک ماه از صدور صورتحساب برای موکل سپری شده باشد. در این دعاوی دادگاه اختیار دارد که مبلغ حق‌الوکاله‌ای که وکیل به‌عنوان خواسته مطرح نموده است را مجدد ارزیابی کند.[٤] همچنین هم موکل و هم اشخاص ذی‌نفع نیز می‌توانند از دادگاه درخواست نمایند که مبلغ حق‌الوکاله را ارزیابی و بازبینی نمایند.[٥]

۶-۴. تعلیق و لغو پروانهٔ وکالت

در مواردی که وکیل محکوم به جرایم مستلزم تقلب یا جرایم جدی شود، کانون وکلا می‌تواند گواهی وکالت شخص را برای مدت حداکثر شش ماه به حالت تعلیق درآورد تا دادگاه انتظامی وکلا نسبت به وضعیت آن شخص تصمیم‌گیری نماید. شخص معترض می‌تواند اعتراض خود را نزد دادگاه عالی مطرح کند و دادگاه عالی می‌تواند تصمیمی‌که مناسب می‌داند را اتخاذ کند.[٦]

تصمیم دادگاه انتظامی یا دادگاه عالی مبنی بر تعلیق گواهی وکیل یا ورشکست شدن وکیل موجب می‌شود که گواهی وکالت وی فوراً به حالت تعلیق درآید.[۷] زمانی که گواهی وکالت یک وکیل به حالت تعلیق در می‌آید، کانون وکلا یک اطلاعیهٔ عمومی را در این زمینه منتشر خواهد کرد و مراتب

۱. در بند ۳.۴ از منشور اصول بنیادین حرفه‌های حقوقی در اروپا و قواعد رفتاری وکلای اروپایی، پیش‌بینی شده است که وکلا باید هزینه‌های پرونده را از ابتدا به طور کامل برای موکلین افشا نمایند. نک: (Goldsmith, 2013)

۲. مادهٔ ۵۷ قانون وکالت ۱۹۷۴

۳. مادهٔ ۶۸ قانون وکالت ۱۹۷۴

٤. مادهٔ ۶۹ قانون وکالت ۱۹۷۴

۵. مادهٔ ۷۱ قانون وکالت ۱۹۷۴

٦. مادهٔ ۱۳ مکرر قانون وکالت ۱۹۷۴

۷. مادهٔ ۱۵ قانون وکالت ۱۹۷۴

را در دفتر فهرست وکلا درج خواهد کرد. در مورد خاتمهٔ تعلیق نیز به همین نحو عمل خواهد شد.[۱]

۴-۷. منع وکالت از سوی اشخاص فاقد صلاحیت

هیچ فرد فاقد صلاحیتی امکان وکالت کردن را نخواهد داشت. هر شخصی که این ممنوعیت را زیرپا بگذارد مرتکب جرم شده و به حبس (حداکثر دو سال) و یا جزای نقدی یا هر دو محکوم خواهد شد.[۲] چنین اشخاصی از حیث قانونی نمی‌توانند مطالبات خود را از موکل خود دریافت کنند و ادعای آن‌ها علیه موکل مسموع نیست.[۳] همین مقررات راجع به مؤسسات حقوقی که فاقد وکیل بوده و تظاهر به داشتن مجوز وکالت می‌کنند نیز صادق است. البته مؤسسات حقوقی برای ارائهٔ سایر خدمات حقوقی محدودیتی ندارند.[٤]

کانون وکلا می‌تواند راجع به موضوعات نحوهٔ پذیرش به حرفهٔ وکالت، نگهداری دفتر فهرست وکلا و صدور گواهی فعالیت وکالت مقررات وضع کند.[٥]

۴-۸. نظارت بر مستخدمین و کارمندان وکیل

در مواردی که وکیل افراد مختلفی را به‌عنوان کارمند یا مستخدم به‌کار گرفته، باید تضمین نماید که این کارمندان و مستخدمین نیز قواعد حرفه‌ای وکالت را رعایت می‌کنند (Elliot, 2018: 212-214). به عبارت دیگر، وکیل بابت رفتار کارمندان و مستخدمین خود نیز مسئولیت حقوقی دارد. بنابراین، متضررین از رفتار کارمندان یا مستخدمین وکیل می‌توانند مراتب را در دادگاه انتظامی‌کانون وکلا مطرح نمایند.[٦] هیچ‌یک از وکلا حق ندارند اشخاصی را که از حرفهٔ وکالت منع یا معلق شده‌اند، به‌عنوان کارمند یا مستخدم خود به کار گیرند.[۷] البته اگر شخص منع یا معلق شده مراتب ممنوعیت یا تعلیق خود را به وکیل کارفرمای خود اطلاع ندهد مجرم محسوب شده و به مجازات مربوطه محکوم می‌شود.[۸]

۱. مادهٔ ۱۷ قانون وکالت ۱۹۷۴
۲. مادهٔ ۲۰ قانون وکالت ۱۹۷۴
۳. مادهٔ ۲۵ قانون وکالت ۱۹۷۴
٤. مادهٔ ۲۴ قانون وکالت ۱۹۷۴
٥. مادهٔ ۲۸ قانون وکالت ۱۹۷۴
٦. مادهٔ ۳۴ مکرر قانون وکالت ۱۹۷۴
۷. مادهٔ ۴۱ قانون وکالت ۱۹۷۴
۸. مادهٔ ۴۲ قانون وکالت ۱۹۷۴

۹-۴. تنظیم سازوکار همکاری وکلا و غیروکلا

تا پیش از تصویب قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷، اصناف وکالت همکاری وکلا با غیروکلا را ممنوع کرده بودند. اما بخش پنجم قانون ۲۰۰۷، مکانیزم‌هایی را تحت عنوان «ساختارهای تجاری جایگزین»[1] طراحی کرده که به‌موجب آن، وکلا و غیروکلا می‌توانند شراکت‌های کاری و تجاری با یکدیگر داشته باشند (Clementi, 2004: 105-108). این سازوکار دسترسی به خدمات حقوقی در جامعه را افزایش می‌دهد و منطبق با حقوق رقابت است. به طریق اولیٰ، وضع هرگونه محدودیت از سوی کانون‌های وکلا درخصوص همکاری میان اعضای این کانون‌ها با یکدیگر، نامعتبر است و هیئت خدمات حقوقی ضمانت‌اجراهای سنگینی را برای این موضوع اعمال می‌کند.

نتیجه

همان طور که اشاره شد، قانون خدمات حقوقی ۲۰۰۷ انگلستان با دو هدف اساسی حمایت از منافع عمومی و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، به نظارت دولتی متمرکز بر بازار خدمات حقوقی روی آورده است. این قانون که اصلاح کنندهٔ قانون وکلای ۱۹۷۴ است، نظارت دولتی بر بازار خدمات حقوقی وکالت را افزایش داده و چند نوآوری را برای نظام حقوقی انگلستان در پی دارد. (۱) یک رکن دولتی بر عملکرد کانون‌های وکلا نظارت می‌کند؛ (۲) اعضای عالی‌ترین رکن نظارتی توسط مقام‌های دولتی انتخاب می‌شوند؛ (۳) ضمانت‌اجرای تخلفات کانون‌ها سنگین است؛ (۴) علاوه بر یک رکن نظارتی عالی، ارکانی جهت تمرکز بر حمایت از حقوق مصرف کننده و رسیدگی به شکایات از عملکرد کانون‌ها و وکلا تشکیل شده است؛ (۵) رکن دولتی بر عملکرد دادگاه انتظامی وکلا نظارت می‌کند؛ (۶) کانون‌های وکلا در تنظیم روابط خود با یکدیگر یا در تنظیم روابط خود با سایر حرفه‌های حقوقی آزادی مطلق ندارند و یک رکن دولتی بر آن‌ها نظارت می‌کند؛ (۷) کانون‌های وکلا باید حقوق اعضای خود را رعایت کنند.

تمامی این موارد حاکی از افزایش نقش حاکمیت در نظارت بر حرفهٔ وکالت است. علت هم مشخص است: حرفه‌های حقوقی ازجمله وکالت تبدیل به یک بازار گسترده شده و لازم است تا حاکمیت جهت حفظ منافع عمومی و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و همچنین حمایت از حقوق خود وکلا، قوانینی را وضع کند و بر اجرای این قوانین نظارت کند.[2] جدول زیر، مؤلفه‌های

1. Alternative Business Structure

۲. علاوه بر این، موضوع آزادسازی بازار خدمات حقوقی به شکل نظام‌مند و بر اساس ضوابط کارشناسی شده نیز در انگلستان در حال تعقیب است. رقابت آزاد و دسترسی به عدالت دو استدلال مهم است که نویسندگان در راستای آزادسازی خدمات حقوقی در انگلستان مطرح نموده‌اند. نک: (Dunne, 2021, 274-307)

دخالت دولت انگلستان در تنظیم‌گری کانون‌های وکلا را نمایش می‌دهد:

مؤلفه‌های اصلی	ریز مؤلفه‌ها
مؤلفه‌های مربوط به نهاد وکالت	۱. تعیین ماهیت حقوقی کانون و تبعاً استقلال مالی و سازمانی آن ۲. نظارت دولتی جامع بر کانون وکلا و حرفهٔ وکالت ۳. مقررات‌گذاری در حوزهٔ وکالت ۴. گزارش‌دهی کانون وکلا به نهادهای دولتی ۵. تجدیدنظر از تصمیمات کانون وکلا و نظارت بر مصوبات ارکان و اجزای مدیریتی کانون ۶. الزام به اعمال شفافیت در عملکرد کانون‌های وکلا
مؤلفه‌های مربوط به‌نحوهٔ ورود به حرفهٔ وکالت	۱. شرایط وکیل شدن ۲. آموزش و تربیت وکلا ۳. فهرست وکلا
مؤلفه‌های مربوط به تصدی حرفهٔ وکالت	۱. تشکیل دادگاه‌های انتظامی‌وکلا و رسیدگی به تخلفات آن‌ها ۲. تنظیم اعمال نظارت مردمی‌بر کانون‌های وکلا ۳. تنظیم نظارت دولتی بر کانون وکلا ۴. نظارت بر برگزاری دوره‌های آموزشی وکلا ۵. تعیین میزان و نحوهٔ اخذ حق‌الوکاله‌ها ۶. تعلیق و لغو پروانهٔ وکالت ۷. منع وکالت از سوی اشخاص فاقد صلاحیت ۸. نظارت بر مستخدمین و کارمندان وکیل ۹. تنظیم سازوکار همکاری وکلا و غیروکلا

منابع

- Andrews, Neil H. (2013), **No win No Fee Systems. In Andrews on Civil Processes: Court Proceedings**, Cambridge University Press, pp. 559-584.
- Arden, Mary Howarth, The Judicial System of England and Wales: A Visitor's Guide, Judicial Office, UK Judiciary (available at: www.judiciary.uk)
- Bowles, Roger (1994), "The Structure of the Legal Profession in England and Wales", **Oxford Review of Economic Policy**, vol. 10., issue 1.
  Clementi, Sir David (2004), R**eview of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales**, Final Report, available at: http://www.avocatsparis.org/Presence_Internationale/droit_homme/PDF/Rapport_Clementi.pdf
- Cohen, Harry (1990), "The Divided Legal Profession in England and Wales –Can Barristers and Solicitors Ever Be Fused?", **The Journal of the Legal Citation**.
- Department for Constitutional Affairs, Competition and Regulation in the Legal Services Market – A Report Following the Consultation "In the Public Interest?", 2003.
- Domberger, Simon & Sherr, Avrom (1989), "The impact of competition on pricing and quality of legal services", **International Review of Law and Economics**, pp. 41-56
- Dunne, Niamh (2021), "Liberalization and the Legal Profession in England and Wales", **The Cambridge Law Journal**, April, 80 (2), pp. 274-307
- Elliot, Catherine, & Frances, Quinn (2018), **English Legal System**, 18th ed., Pearson.
- Finch, Emily & Fafinsky, Stefan (2017), **English Legal System**, 6th ed., Pearson.
- Goldsmith, Jonathan, Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers, 2013 (available at: www.ccbe.eu)
- Gower, L.C.B., & Price, Leolin (1957), "The Profession and Practice of the Law in England and America", **The Modern Law Review**, Vol. 20, No. 4, pp. 817-846
- Harris, Phil (2006), **The Legal Profession. In An Introduction to Law**, Cambridge University Press, pp. 420-444
- McNamara, Michael (2018), **Toward Effective Supervision for the Legal Profession: A Focus on Supervised Practice**, Griffith Law School, available at: https://research-repository.griffith.edu.au
- Office of Fair Trading, Competition in the Professions – A Report by the Director General of Fair Trading, 2001
- Slapper, Gary & Kelly, David (2017), **The English Legal System**, 18th ed., Routledge.
- Sommerland, Hilary et al. (2010), **Diversity in the Legal Profession in England and Wales: A Qualitative Study of Barriers and Individual Choices**, University of Westminster Law Press.

Laws and Regulations

- Courts and Legal Services Act 1990
- Legal Services Act 2007
- Magistrates Courts Act 1980
- Solicitors Act 1974
- The Administration of Justice Act 1985
- The Insolvency (England and Wales) Rules 2016
- The Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.543934.4551

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۲۳ تا ۴۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۸

کاربرد اصل مساوات در تضمین دادرسی بی‌طرفانهٔ کیفری[1]

علی امیری*، جواد طهماسبی**، بتول پاکزاد***

چکیده

در این مقاله، «کاربرد اصل مساوات در تضمین دادرسی بی‌طرفانه کیفری» با روش توصیفی ـ تحلیلی، مورد پژوهش قرار گرفته است. بررسی ابعاد و زوایای اصول «مساوات» و «بی‌طرفی» مقرر در مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی کیفری و تشریح وجوه اشتراک و افتراق و نیز تبیین نقش این دو شاخصهٔ آیینی در ارزیابی عملکرد قضات و سیاست تضمینی قانون‌گذار، ازجمله اهداف این تحقیق است. هرچند تأکید بر اجرای اصل مساوات در قانون اساسی، دلالت بر جایگاه ممتاز این اصل در امنیت قضایی کشور دارد اما یافته‌های تحقیق بر آن است که قانون‌گذار در اِعمال سیاست کیفری خود، از تمام ظرفیت‌های این مهم در استانداردسازی رفتار قضات بهره نجُسته و در مواجهه با کنوانسیون‌های جهانی و استراتژی یگانگی حقوق بین‌الملل، راهبرد شفافی را در پیش نگرفته است. مآلاً اینکه امروزه قابلیت و اقتدار نظام، اقتضای آن را دارد تا با ابتنای به اصول ثابت و متغیّر دین اسلام و فقه پویای جعفری و برحسب مقتضیات زمان، حتی‌المقدور هم‌آوا با حقوق بین‌الملل، به بازنگری فنی قوانین بپردازد و در موارد مغایر، موضع قاطع خود را اعلام نماید. و با شفاف‌سازی

۱. این مقاله مستخرج ازرسالهٔ دکتری نویسندهٔ اول باعنوان «تضمین دادرسی بی‌طرفانه در حقوق کیفری ایران با تکیه بر آراء دادگاه عالی انتظامی قضات» با راهنمایی آقای دکتر جواد طهماسبی و مشاورهٔ خانم دکتر بتول پاکزاد در دانشگاه آزاد واحد تهران شمال است.

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
aliamiri13460401@gmail.com

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
tahmasebi.dr@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
d.b.pakzad@gmail.com

قوانین و تبیین ملاک موجه بودن آرای قضایی و تصریح عنصر روانی تخلفات و تخلف‌انگاری خاص نقض اصول مساوات و بی‌طرفی در مراحل و مقاطع مختلف دادرسی همراه با مجازات مناسب، مراجع قضایی و نظارتی را در انجام این امر خطیر یاری دهد و از انباشت پرونده‌ها و طرح فاحش اِعمال مقررات مادهٔ ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری جلوگیری به عمل آورد.

واژگان کلیدی: اصل‌مساوات، مساوات قانونی، مساوات قضایی، اصل بی‌طرفی، دادرسی بی‌طرفانه، دادرسی عادلانه

مقدمه

اصل «مساوات»، یکی از چالش‌برانگیزترین اصول حقوقی است که همواره کانون توجهات مجامع و مراجع داخلی و بین‌المللی بوده است. موضوع «دین» و «جنسیت» انسان به‌عنوان مهم‌ترین مؤلفه‌های تقریب مبانی حقوق بین‌الملل، نقش حیاتی و محوری در یکپارچگی سیستم حقوقی کشورها دارد. اندیشمندان اسلامی و علمای علم حقوق هر یک با اندیشهٔ جهانی کردن حقوق بشر، بر آن بوده‌اند تا ساختار حقوقی کشورها را به وحدت و یگانگی بیشتری سوق دهند. در این همگرایی، عده‌ای با اعتقاد به دین‌محوری، و گروهی با اندیشهٔ دین‌ستیزی، و دسته‌ای با تفکر جدایی دین از سیاست، و برخی نیز با رویکرد تکثرگرایی، به اظهارنظر و تعاطی افکار پرداخته‌اند. «دین» و «جنسیت» به‌عنوان دو متغیر مؤثر در عدالت شکلی و ماهوی، علی‌الخصوص در شدت و ضعف قرارهای تأمین و آرای قضایی در حقوق کیفری ایران از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. ویژگی مکتبی بودن نظام و نقش حاکمیت دین در تدوین قوانین کشور و مغایرت نسبی آن با مقررات بین‌المللی از یک‌سو و حاکمیت سکولار در مراجع و سازمان‌های بین‌المللی و عجین شدن اجرای مقررات بین‌المللی با سیاست نظام سلطه و کم‌رنگ شدن قدرت اصل «حق تعیین سرنوشت» و «حق حاکمیت کشورها» با طرح موضوع حقوق بشر به‌عنوان یک تعهد بین‌المللی در اسناد و معاهدات بین‌المللی (اکبر لائیمی، ۱۳۹۵: ۷۲) و هم‌سویی و هم‌نوایی حقوقی اغلب کشورهای اسلامی با پذیرش نظام لائیک و فراهم شدن زمینهٔ بیشتر فشارهای بین‌المللی بر کشور از سوی دیگر، قانون‌گذار را در موقعیت و انتخاب دشواری قرار داده است. اخیراً قانون‌گذار با تأکید به اجرای «اصل مساوات» در مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، رویکرد متفاوتی را نسبت به گذشته در پیش گرفته است. اما مسئله این است که آیا قانون‌گذار در قوانین کیفری و قانون نظارت بر رفتار قضات توانسته است از تمام ظرفیت‌های این اصل در سیاست تضمینی خود استفاده نماید؟ به عبارت دیگر، آیا اجرای «اصل مساوات» در فرایند دادرسی کیفری صرفاً ناظر به متهمین و مرتکبین جرم است یا رعایت آن نسبت به سایر اشخاص دخیل در پرونده‌های قضایی نیز جاری و ساری است؟ به تعبیر

دیگر اجرای مقررات مادهٔ ۲ با وجود تأکید اصول سوم و بیستم قانون اساسی بر تساوی حقوق و حمایت یکسان از مردم، آیا متغیرهای «دین» و «جنسیت» متهمین در شدت و ضعف قرارهای تأمین و آرای قضایی مؤثر است؟ و در شرایط مساوی، اقتضای صدور قرارهای تأمین یکسان و مجازات برابر را دارد یا اجرای این ماده با سایرمقررات تخصیص یافته است؟ اِعمال مساوات نسبت به مجازات حدود، قصاص و دیات با مجازات تعزیری و بازدارنده چگونه است؟ و با وجود شرایط برابر و اقتضای اجرای عدالت قانونی از حیث مجازات تعزیری و بازدارنده آیا اجرای به مساوات در تعیین نوع و میزان چنین مجازاتی نیز لازم است؟ و آیا فرایند مساوات صرفاً به قواعد دادرسی اختصاص دارد یا تشریفات دادرسی و آداب‌القضاء را هم شامل می‌شود؟ و اصولاً مساوات در پرتو دادرسی بی‌طرفانه از چه جایگاهی برخورداراست؟ آیا قانون‌گذار توانسته است در تبیین این اصل، سیاست شفاف و قاطعی را اتخاذ نماید؟ و اساساً نقض مساوات چه تأثیری بر دادرسی عادلانه و آرای قضایی دارد؟ و تخطی از این اصل از چه ضمانت‌اجرایی برخوردار است؟ کاربرد اصول مساوات و بی‌طرفی در دادرسی‌های حقوقی و کیفری چگونه است؟ به طورکلی وجوه اشتراک و افتراق قانونی تخلف از این اصول در مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی کیفری کدام است؟ و آیا اصلاحات اخیر قانونی در رابطه با «دین» و «جنسیت» اشخاص؛ ازجمله تبصرهٔ مادهٔ ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مواد ۴۹۹ مکرر و ۵۰۰ مکرر قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و بازدارنده) درخصوص «اهانت به ادیان و و مذاهب قانونی و اقوام ایرانی» مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۰۴، نشان از تغییر موضع و تحوّل بنیادی در سیاست تضمینی قانون‌گذار دارد؟ اصولاً چنین راهبردی تا چه میزان در تقریب مبانی حقوق بین‌الملل مؤثر بوده است؟

علی‌ای‌حال هرچند در این زمینه از نظر «موضوعی» قلم‌فرسایی فراوانی صورت گرفته است اما از حیث «عنوانی» و بررسی فنی و قانونی، پژوهشی نو و فاقد سابقه محسوب می‌شود. بنابراین توصیف وجوه افتراق و اشتراک اصول مساوات و بی‌طرفی قضایی مقرر در مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی کیفری و تبیین جایگاه و نقش اصل مساوات در تضمین دادرسی بی‌طرفانه، از اهداف کاربردی این مقاله بوده که بر آن بوده تا با روش توصیفی ـ تحلیلی، زوایای بیشتری از ابعاد این اصل راهبردی در تطبیق با حقوق بین‌الملل ارائه نماید.

۱. مفاهیم و تعاریف

«تضمین» در این پژوهش به‌معنای برعهده گرفتن تاوان و ضامن شدن است (معین، ۱۳۸۸: ۲۷۰) و در اصطلاح حقوقی به معنای جای دادن مسئولیت یا تعهدی در ذمه‌ای است (جعفری لنگرودی، ۲/۱۳۸۸: ۱۲۵۸) که بر دو نوع است. برخی از تضمینات عمومی با فرایند دادرسی مدنی

و کیفری مشترک است مانند؛ علنی بودن دادرسی، محاکمه در مدت معقول و بدون تأخیر غیرموجه، مستند و مستدل بودن رأی (محمدی کنگ سفلی، ۱۳۹۴: ۱۹۰-۱۴۴) و برخی دیگر از تضمینات خاص است و مختص امور کیفری می‌باشند، مانند؛ اصل برائت یا فرض بی‌گناهی متهم، حق تفهیم اتهام، اصل منع محاکمه یا مجازات مجدد (احمدی، ۱۳۹۶: ۳۷). مع‌الوصف واژهٔ «تضمین» در این پژوهش؛ متضمن یک نوع تعهد رسمی و ضمانتی است که حاکمیت به‌عنوان یکی از وظایف و مسئولیت‌های راهبردی خود به‌منظور تأمین دادرسی بی‌طرفانه و عادلانه بر عهده دارد.

«دادرسی» مرکب از دو کلمهٔ «داد» و «رسی» است و به معنی به‌دادخواهی یا به داد کسی رسیدگی کردن است (فضائلی، ۱۳۹۴: ۴۵). در فقه و حقوق به رسیدگی شکلی و ماهوی قضایی به ادعای طرح شده توسط مدعی اطلاق می‌شود (انصاری و طاهری، ۲/۱۳۸۴: ۹۴۶). در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «دادرسی» متضمن دو مفهوم عام و خاص است. آیین دادرسی به مفهوم شایع و عام آن، حسب مادهٔ ۱ این قانون، تمام فرایند رسیدگی از مرحلهٔ تعقیب و تحقیق و صدور حکم و اجرای احکام را شامل می‌شود و مفهوم خاص آن؛ صرفاً فرایند رسیدگی به پرونده‌های کیفری توسط دادگاه را در بر می‌گیرد. بنابراین در این پژوهش، فرایند دادرسی، محدود به رسیدگی‌های قضایی در مرحلهٔ دادگاه اعم از دادگاه بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور است. ازاین‌رو «دادرسی» به مفهوم خاص آن، مشمول همان تشریفات و فرایندی است که در صدر اسلام توسط دادرسان در محکمه انجام می‌گرفت (عوده، ۲۰۰۱: ۴۷).

واژهٔ «بی‌طرف» به معنای کسی است که تعصب ندارد (معین، ۱۳۷۱: ۴۵) و «بی‌طرفانه» حالت شخصی است که موضع بی‌طرفی را اختیار کرده و جانب‌داری غیرقانونی به نفع یا ضرر یکی از طرفین ندارد و «دادرسی بی‌طرفانه» را می‌توان به‌اِعمال قواعد و تشریفات دادرسی و رسیدگی‌های شکلی و ماهوی، بدون پیش‌داوری یا حُب و بُغض فراقانونیِ نهاد دادرسی نسبت به طرفین دعوا در هر مرحله از دادخواهی اعم از دادگاه بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور تعریف کرد. با این توضیح «تضمین دادرسی بی‌طرفانهٔ کیفری» را می‌توان به «اطمینان‌بخشی حاکمیت به جامعه و مسئولیت‌پذیری دستگاه قضایی در تحقق فرایند دادرسی بی‌طرفانه و نظارت بر حسن اجرای قانون و حفظ و حراست از استقلال و بی‌طرفی و مصونیت قضایی دادرسان و در عین حال برخورد قانونی و قاطع با جرایم و تخلفات این حوزه تعبیر نمود.

مساوات به معنای برابری، عدالت و تساوی است. در فقه و حقوق به مماثلت در برابر قانون تعبیر می‌شود که در شریعت اسلام و حقوق عرفی مورد پذیرش قرار گرفته و قائل به هیچ استثنایی نیست مگر قانون به آن تصریح کرده باشد (انصاری و طاهری، ۳/۱۳۸۴: ۱۸۱۲). در اصطلاح حقوق

اساسی، به برابری سکنهٔ یک کشور از لحاظ حقوق و تکالیف بدون توجه به جنس (زن و مرد)، صغر و کبر، نژاد، مذهب، زبان، عقاید و تابعیت اطلاق می‌شود (دهخدا، بی‌تا) و فرق آن با «عدل» در این است که عدل قرار دادن هر چیزی درجای خود است اما مساوات نفی تبعیض در رعایت استحقاق‌ها است (مطهری، ۱۳۷۴: ۳۱۷). «مساوات» در حقیقت از اساسی‌ترین مسائل در جهان‌بینی اسلام یعنی در مسئلهٔ «توحید» ریشه دارد. اندیشمندان اسلامی قائل به مساوات در اصل خلقت و بندگی، تکالیف، حقوق اجتماعی، برابری در مقابل قانون و مساوات در نیل به سعادت مادی و معنوی در چهارچوب مقررات و سنت‌های اسلامی می‌باشند کما اینکه در غرب موضوع مساوات مبتنی برسه خط فکری عمده، یعنی مساوات در حقوق اساسی و رفاه مادی و فرصت‌های برابر است (حشمتی، ۱۳۸۴: ۹۰). بنابراین «از آنجا که افراد بشر، از لحاظ انسانیت با هم برابر، و از جهت آفرینش، با هم برادرند، از این جهت اسلام آنان را در حقوق و تکالیف انسانی نیز برابر و یکسان می‌داند. اگرچه از جهت حالات و استعداد و لیاقت باهم تفاوت دارند ولی این‌گونه تفاوت‌ها هیچ‌گاه باعث آن نخواهد شد که آنان در حقوق انسانی و تکالیف بشری از دیگران امتیاز داشته باشند (قربانی، ۱۳۴۸: ۱۷۳-۱۶۶). پیامبر اسلام (ص) در این‌باره فرموده‌اند: «الخلق امام الحق سواء؛ مردم در برابر قانون مساوی‌اند» (طبرسی، بی‌تا/۲: ۴۲۴). موضع مولای متقیان علی (ع) در یکسان خطاب قرار ندادن ایشان با فرد مسیحی از سوی قاضی (رسول‌زاده، ۱۳۷۴: ۲۱۰)، بیانگر سیرهٔ آن حضرت به برابری انسان‌ها و حفظ کرامت انسانی از حیث انسان به‌ماهو انسان است. کما اینکه علاوه بر مساوات قضایی، آن حضرت در عرصهٔ اجتماعی و اقتصادی و تقسیم بیت‌المال نیز بر این امر تأکید داشته و با این مشی، راه‌های تبعیض‌آمیز را مسدود کردند (محقق‌داماد، ۵/۱۳۸۲: ۷۱). مع‌الوصف «مساوات» در حقوق کیفری را می‌توان به رفتار برابر در اصول و تشریفات دادرسی مبتنی بر معیارهای قانونی و قضایی تعریف نمود که هدف از اجرای آن، تضمین عدالت در جامعه است. «مساوات حقوقی» مشتمل بر دو مفهوم عام و خاص است. مفهوم عام آن، ناظر به اجرای برابر «آیین دادرسی کیفری» نسبت به آحاد جامعه است و فرایند رسیدگی از مرحلهٔ دادسرا تا اجرای حکم را در بر می‌گیرد که مساوات مقرر در مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی کیفری که صرفاً ناظر به متهمین بوده، تعریف به اخص مساوات می‌باشد و مفهوم خاص «مساوات»، شامل اجرای یکسان فرایند شکلی و ماهوی مبتنی بر معیارهای قانونی و قضایی در دادگاه صلاحیت‌دار نسبت به کلیهٔ اشخاص حقیقی و حقوقی است که به آن «دادرسی عادلانه» نیز اطلاق می‌شود.

۲. مساوات حقوقی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌ویژه در اصول ۳، ۴، ۱۹، ۲۰ و ۲۱ با الهام از شریعت

اسلام، به‌رعایت «مساوات» به‌عنوان یک اصل بنیادین در کلیهٔ شئونات اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و قضایی و نسبت به تمامی شهروندان تأکید دارد. اصول ۳ (بند۱۴) و ۴ قانون اساسی ازجمله اصولی است که به موضوع «مساوات حقوقی» در حوزهٔ قضا تصریح داشته و اجرای آن را نسبت به کلیهٔ اشخاص در مراجع قضایی، لازم‌الرعایه می‌داند کما اینکه اخیراً قانون‌گذار توجه ویژه‌ای به این اصل در تضمین دادرسی داشته و برای اولین بار در قوانین شکلی بر آن تأکید نموده است. رهیافتی که لازم اما کافی به نظر نمی‌رسد. ازاین‌رو، «مساوات حقوقی» ناظر به مواضع برابر ذهنی و عینی مبتنی بر معیارهای قانونی و قضایی است که قضات را در تحقق عدالت قانونی از مظان خروج از بی‌طرفی برحذر می‌دارد. ازاین‌رو، ابعاد «مساوات حقوقی» متضمن دو جهت «قانونی» و «قضایی» است که بخشی از آن در قانون بدان تصریح گردیده و می‌توان از آن به «مساوات قانونی» نام برد و تشخیص و اجرای بخشی دیگر آن، به نهاد دادرسی محول شده که به «مساوات قضایی» تعبیر می‌شود.

۱-۲. مساوات قانونی

از اهمیت مساوات در حوزهٔ قضا همان بس که قانون‌گذار در اصول متعدد قانون اساسی به رعایت این امر تأکید دارد. گرچه در قوانین عادی به‌عنوان یک اصل مستقل بابی نگشوده و در قانون نظارت بر رفتار قضات تحت این عنوان نامی نبرده است، اما سیاست تضمینی مقرر در مادهٔ ۲ نیز خالی از لطف نیست. هرچند «مساوات» در این ماده صرفاً ناظر به متهمینی است که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرایم مشابه تحت تعقیب قرار می‌گیرند لیکن از آنجا که «اصل برابری در مقابل دادگاه، در اصل برابری در مقابل قانون مستتر است» (مارتی، ۱۳۹۵: ۴۱۴)، مراعات آن نسبت به تمامی اشخاص دخیل در دادرسی اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی لازم است؛ چه‌آنکه «حمایت یکسان قانون و تسری یکسان قانون به کلیهٔ اعضای جامعه، بدون لحاظ کردن موقعیت اجتماعی یا سیاسی آن‌ها، مبنای اصل تساوی در برابر قانون است» (هاشمی، ۱۳۸۴: ۲۲۳) و نگرش محدود در این ماده به‌معنای چشم‌پوشی از این امر نسبت به سایر اشخاص نمی‌باشد؛ زیرا «این ماده تنها ناظر به وضعیت خاصی است و باتوجه به عدم تصریح کلی به اصل تساوی افراد در برابر قانون، در قانون آیین دادرسی کیفری باید به اصول کلی ازجمله اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی متمسک شد» (طهماسبی، ۱/۱۳۹۶: ۶۶). هرچند رفتار به مساوات نسبت به متهمین در این ماده ناظر به «قواعد دادرسی» بوده و به «تشریفات دادرسی» و «آداب قضایی» اشاره‌ای ندارد، لیکن تخلف از این امر، به‌لحاظ عدم ضمانت‌اجرای خاص، حسب مورد تحت عنوان تخلف از قوانین موضوعه یا خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی قابل‌تعقیب بوده و مرتکب را مشمول مجازات واحد مقرر در مواد ۱۸ (درجهٔ ۱ تا ۵) و ۱۷ (درجهٔ ۸ تا ۱۳) این قانون می‌داند. در حالی که اخذ تأمین نامتناسب،

بدون رعایت شرایط مقرر در مادهٔ ۲ و متغیرهای مقرر در مادهٔ ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری طبق تبصرهٔ ذیل این ماده، از مجازات درجهٔ ۴ به‌بالا برخوردار است. علی‌ای‌حال در جایی که بزه‌دیدگان یا شرکای جرم، مسلمان یا غیرمسلمان و از یک جنس باشند با وجود شرایط فوق، رعایت مساوات قانونی در صدور قرارهای تأمین و آرای قضایی، ضروری است اما در مواقعی که چنین ویژگی و تجانسی برقرار نباشد، اجرای مساوات فاقد وجاهت قانونی است؛ چه‌آنکه دو متغییر «دین» و «جنسیت»، در تعیین نوع و میزان مجازات و به‌تبع در صدور قرارهای تأمین کیفری نقش بسزایی داشته و هر دسته از شهروندان ایرانی موضوع اصول ۱۲، ۱۳ و ۱۴ قانون اساسی، اتخاذ تصمیم متناسب خود را اقتضا می‌کند و رسیدگی به جرایم این قبیل افراد بدون هیچ‌گونه تبعیضی، مستلزم اجرای قواعد جزایی مربوطه ازجمله مقررات مقرر در مواد ۱۸ و ۳۰۱ و تبصرهٔ آن و مادهٔ ۵۶۰ قانون مجازات اسلامی بوده و در صورت ابهام، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی مکلف است حکم قضیه را بر اساس فتاوا و کتب معتبر فقهی به دست آورد. چه‌آنکه اسلام، ویژگی‌های ظاهری و سایر امتیازات از این قبیل را ملاک برتری نمی‌داند (حجرات، ۱۳) و عامل عقیده و ایمان به خدا و فضیلت‌های معنوی است که به انسان ارزش می‌دهد (حشر، ۲۰) و جایگاه حقوقی او را تعیین می‌کند. ازاین‌رو کسانی که با بصیرت و باور دینی به یاری و نصرت دین خدا برخاسته‌اند (نساء، ۹۵) با کسانی که فارغ از چنین ویژگی هستند، تفاوت ارزشی و بنیادی قائل است (زمر، ۹) و کسانی که به مقابله و معارضه با دین خدا برخاسته و مانع جهانی شدن شریعت اسلام می‌شوند، از بسیاری از حقوق محروم کرده است (مائده، ۳۳). بنابراین مبانی استحقاق دیه در اسلام مبتنی بر حُسن و قُبح فعلی و فاعلی است. به همین دلیل مشهور فقهای اسلام اعم از اهل تشیع و تسنن، بر اساس آیهٔ ۹۲ سورهٔ مبارکهٔ نساء، قائل به‌عدم مساوات دیهٔ مسلمان و غیرمسلمان و پایین بودن دیهٔ غیرمسلمان هستند (امینی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۲۵). علاوه بر موضوع دین، «تنها اختلافی را که اسلام به‌عنوان یک واقعیت اجتناب‌ناپذیر و عینی و معنی‌دار می‌پذیرد، اختلاف موجود زن و مرد است» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۱۵۸). در جهان‌بینی اسلامی، تفاوت زن و مرد، به‌منظور کارکردهایی خاص است که قرار گرفتن هریک در مدار متناسب با آفرینش خویش موجب می‌شود تا این دو به کمال و رشد صحیح دست یابند (تسخیری، ۱۳۸۴: ۶۲) که البته مدافعان برابری جنسیتی همواره به دنبال راهکارهایی برای موفقیت زنان در نقش‌های مردانه هستند. درحالی‌که برابری جنسیتی زمانی واقعاً تحقق می‌یابد که راهکارهای تشویق مردان به پذیرش نقش‌های زنانه نیز شناسایی شود (Kray & A. C, 2017). تبعیض‌های جنسیتی می‌تواند به این شکل باشد که جامعه به مرد بودن بهای بیشتری دهد؛ مرد بودن برای یک زن چیز بدی پنداشته نمی‌شود ولی زن بودن برای یک مرد تلقی بدی از آن

می‌شود (احمدی، ۱۳۹۷: ۳۱). مشهور فقهای اسلام در موارد غیرمصرحه در آیهٔ ۱۷۸ سورهٔ مبارکهٔ بقره به دو برابری دیهٔ مرد نسبت به زن معتقدند و در مقابل اقلیتی نیز قائل به مساوات دیهٔ زن و مرد هستند (امیدی و رستمی، ۱۳۸۹: ۴۰). برخی بنای دیه در اسلام را بر تفاضل در حرمت و اعتبار و تفاوت در مرتبه می‌دانند (ابن‌العربی، بی‌تا/۱: ۴۷۸). و گروهی بازدهی بیشتر مردها در مسائل اقتصادی را دلیل این امر اعلام کرده‌اند (جوادی‌آملی، ۱۳۷۵: ۴۰۳) و برخی نیز با رد دلایل فوق و برابری دیهٔ جنینی که روح در آن دمیده با دیهٔ یک انسان بالغ یا یک زن شاغل را فاقد توجیه اقتصادی دانسته و معتقدند که باید حکم تفاوت دیهٔ زن و مرد را تعبداً پذیرفت. در مقابل، سه دسته قائل به مساوات دیه زن و مرد بوده و هریک برای خود استدلالی ارائه نموده‌اند. در کشورهای عربی علی‌رغم این‌که اکثراً تابع مذاهب اربعهٔ عامه هستند اما قوانین موضوعهٔ آن‌ها عموماً متأثر از حقوق عرفی و مقتبس از حقوق کشورهای لائیک است. در سایر ادیان ازجمله تورات و اناجیل اساساً نظام دیه وجود ندارد. در کشورهای اروپایی به‌ویژه انگلیس و فرانسه، در مطالبهٔ خسارات، هیچ تفاوتی بین جنسیت مجنی‌علیه قائل نیستند و معیارهایی نظیر سرپرست خانواده و متأهل یا مجرد بودن و سطح سواد مجنی‌علیه ملاک تعیین دیه است (حاجی‌عزیزی، ۱۳۸۴) که غالباً با چنین معیاری، غرامت تعیینی برای مردان بیشتر از زنان است کما اینکه در مطالبهٔ دیهٔ اتباع خود از سایر کشورها، مکانیسم متفاوت و شناور خود را دارند. در قوانین و مقررات داخلی از حیث رعایت «مساوات» و «بی‌طرفی» در دادرسی‌های مدنی هم‌آوایی خوبی با قواعد و مقررات بین‌المللی وجود دارد و به جز در ادلهٔ اثبات دعوا ازجمله موضوع قسامه و شهادت شهود یا از حیث ارث و دیه، تفاوتی چندانی دیده نمی‌شود؛ چه‌آنکه «موضوع دادرسی‌های مدنی رفع اختلافات بین مردم و قضاوت پیرامون اموال است امّا موضوع دادرسی‌های کیفری خود انسان است» (طهماسبی، ۱/۱۳۹۶: ۴۴) لیکن در امور کیفری و به‌دلیل عنایت خاص دین اسلام به سعادت و کرامت انسانی، مغایرت بیشتری با حقوق عرفی و بین‌المللی به چشم می‌خورد و همین امر نیز مانع ملحق شدن ایران به برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی شده است. هرچند در سنوات اخیر با تصویب تبصرهٔ مادهٔ ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مواد ۴۹۹ مکرر و ۵۰۰ مکرر کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی موضوع «اهانت به ادیان و مذاهب قانونی و اقوام ایرانی» مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۰۴ و مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی کیفری، اقداماتی در این راستا به عمل آمده است لیکن با وجود حاکمیت قانون اساسی و سایر قوانین معارض ازجمله مقررهٔ مادهٔ ۲۵۰ این قانون و مادهٔ ۱۸ قانون مجازات اسلامی، نباید چنین تصور نمود که سیاست تضمینی قانون‌گذار دچار تحول اساسی شده و از مواضع بنیادین خود عدول نموده است.

در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای، «اصل مساوات» به‌عنوان یک اصل مسلم حقوقی

پذیرفته شده است و موافقنامه‌های بسیاری به‌همین منظور منعقد گردیده‌است که «کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات‌های سبعانه، بی‌رحمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز»، «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی»، «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰»، «کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹» و «قانون حقوق بشر ۲۰۱۹» از آن جمله است. میثاق بین‌المللی رفع کلیهٔ اشکال تبعیض نژادی (۱۹۶۵) و میثاق بین‌المللی مربوط به رفع کلیهٔ اشکال تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹) و اعلامیهٔ رفع کلیه اشکال نابردباری و تبعیض مبتنی بر مذهب یا عقیده (۱۹۸۱) و اعلامیه مربوط به‌حقوق افراد متعلق به اقلیت‌های ملی یا قومی، مذهبی و زبانی (۱۹۹۲) ازجمله اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای است که قاضی را از تبعیض علیه گروه‌های آسیب‌پذیر منع کرده است. در ارزش پنجم اصول بنگلور و شرح آن؛ قاضی را به درک وجود تنوع در جامعه و تفاوت‌هایی که دارای منشأهای مختلف بوده، توجه داده و تضمین برابری رفتار با همگان نزد دادگاه‌ها، برای اجرای شایستهٔ مسئولیت قضایی را ضروری می‌داند (شاه‌حیدری و همتی، ۱۳۹۶). به هر روی، اندیشهٔ ایجاد وحدت نظام حقوقی و رویکرد همسان‌سازی حقوق داخلی کشور با قواعد بین‌المللی از دیرباز مطرح بوده است (ضیائی‌بیگدلی، ۱۳۷۳: ۸۰) و در سده‌های اخیر به‌منظور تقریب سیاست جزایی اسلام با قواعد و حقوق بین‌الملل، اندیشمندان زیادی با گرایشات مختلف تلاش نموده‌اند تا قواعد مشترکی از حقوق بین‌الملل ارائه نمایند. عده‌ای با تفکیک‌ناپذیر بودن دین از سیاست (مصباح یزدی، ۱۳۹۱)، گروهی با تفکر دین‌ستیزی و دسته‌ای با اندیشهٔ جدایی دین از سیاست (سروش، ۱۳۷۶: ۴۲۵)، عده‌ای با عقاید لیبرالی (بشیریه، ۱۳۷۹: ۱۴)، برخی با منفک کردن دین رسمی از دین سنتی (حامد ابوزید، ۱۳۹۳) و جمعی نیز با عقیدهٔ فایده‌گرایی (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۲۳۳)، به نوعی سعی در همگرایی، استحاله یا تقریب قواعد نظام حقوقی اسلام با نظام حقوق بین‌الملل داشته‌اند. در نظام مکتبی و مبتنی بر ولایت فقیه چنانچه هر موقع اجرای فرایض مهم الهی را مخالف صلاح کشور بداند، می‌تواند به تعطیلی موقت آن حکم کند (صحیفه‌امام، بی‌تا/۲۰: ۴۵۱) امّا چشم‌پوشی دائم از اصول لایتغیر اسلام غیرممکن است. نگرش متمایز دین اسلام به معنویت و کرامت انسانی از یک‌سو و خاتمیت، جامعیت (طباطبایی، ۱۳۷۴)، ثابت و لاتغیّر بودن سنت الهی (فتح، ۲۳)، امکان همسویی تمام‌عیار با مقررات بین‌المللی را ممتنع کرده است (آل‌عمران، ۸۵). چه آنکه اسلام که سیاست آن عین دیانت و دیانت آن عین سیاست آن است (فاضلی، ۱۳۸۶: ۲۴) با سیاست مبتنی بر اصالت سود و آمیخته با قوانین نانوشتهٔ حقوق بین‌الملل تفاوت جوهری دارد؛ ظرفیت جهان‌شمولی دین مبین اسلام، در صورت تحلیل و تبیین مناسب آن، حتی می‌تواند جایگزین مناسبی برای قواعد بین‌الملل باشد. بنابراین تلاش برای پیاده کردن اندیشه از فرق سر تا نوک پا غربی شدن (تقی‌زاده،

۱۳۶۸) و تشبه به قواعد بین‌المللی، به‌ویژه نسبت به جوهرهٔ دین، به نوعی می‌توان تلبّس به کفر و ارتداد و انکار ضروریات دین (خامنه‌ای، ۱۳۸۹: ۷۲) و در پیش گرفتن مشی ستیزه‌جوئی و معارضه با قرآن و محاربه با خدا محسوب شود. امروزه چندقطبی بودن حقوق بین‌الملل و تعدد و تنوع نظام‌های حقوقی در جهان، معضل اصلی جامعهٔ بشری نیست بلکه فقدان معنویت و وجدان است که حسن همجواری و زندگی مسالمت‌آمیز کشورها را به قهقرا برده و عدالت و امنیت جهان را به مخاطره افکنده است. در این همگرایی، حقوق بدون اخلاق و اخلاق بدون پشتوانهٔ دین، راه به‌جایی نخواهد برد و «بدون ضمانت مذهب، اخلاق یک حسابگری بیش نیست» (ویل دورانت: ۴۷۸) و با معرفی احکام مترقی اسلام به جهان و فراهم نمودن زمینهٔ حکومت جهانی حضرت مهدی موعود (عج) است که نجات بشریت را درپی دارد. مواضع نابرابر و جلوه‌های چندجانبهٔ نظام سلطه که در دهه‌های اخیر به‌وفور پیاده و بر اساس قوانین نانوشته و چندلایهٔ حقوق بین‌الملل به اجرا گذارده می‌شود بیشتر جنبهٔ شعاری و فانتزی به‌خود گرفته و با مساوات واقعی، فاصلهٔ زیادی دارد. و پر واضح است که چنین محصولی، جوابگوی نیازهای جامعهٔ جهانی نمی‌باشد. قوانین و کنوانسیون‌های بین‌المللی به‌حربه‌ای در دست کشورهای سلطه‌گر برای نیل به‌اهداف و مطامع نامشروع آنان بدل گردیده و تا جایی‌که با منافع و مقاصد آن‌ها در تغایر و تعارض نباشد، قابل‌احترام و اجرا خواهد بود.

۲-۲. مساوات قضایی

«قانون در عین حالی که واضح است، مبهم نیز هست» (منتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴) و «از آنجا که قانون‌گذار، آگاهانه یا ناآگاهانه، خود غالباً عبارات و اصطلاحات مبهم و غیردقیق به‌کار می‌برد» (حسنوند و اکبری، ۱۳۹۹: ۸۵)، موضوع مساوات نیز از این مقوله استثنا نیست. فلذا این نهاد دادرسی است که بار اجرا و تفسیر قانون را بر دوش می‌کشد. هرچند اجرای به مساوات قواعد دادرسی و قرارهای تأمین و حتی نفس محکومیت در شرایط مساوی نسبت به حدود، قصاص و دیات، امری مطلوب به نظر می‌رسد لیکن تعیین یکسان نوع و میزان مجازات‌های تعزیری و بازدارنده، بدون توجه به اصل سودمندی و فردی کردن مجازات‌ها و شرایط مقرر در مادهٔ ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، برخلاف منصفت و معدلت قضایی است و چه بسا اتقان آرا و موجه، مستدل و مستند بودن آرا موضوع مواد ۲۳۹، ۲۵۰ و ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ناظر بر اصول ۳، ۴، ۱۹، ۲۰ و ۲۱ قانون اساسی را مخدوش سازد. به تحقیق اجرای مساوات نه محدود به متهمین در شرایط برابر بوده و نه اقتضای تساوی در همهٔ شئون را دارد. هرچند محول نمودن احراز این امر به قضات رسیدگی‌کننده، تا حدودی در جبران خلأهای موجود و نارسایی‌های قانونی و تعدیل استحقاق‌ها

مؤثر است امّا فقدان تعریف و معیار مشخص در این‌باره، اجرای مطلوب مساوات در فرایند رسیدگی‌ها را با چالش جدی مواجه می‌کند و همین امر، خود به شکل‌گیری استنباطات قضایی و اعمال تبعیضات ناروا و تخلف خروج از بی‌طرفی دامن زده و امکان پادمان مطلوب و تعقیب انتظامی در این زمینه را سلب نموده است. سوای برخورد قضایی ارفاق‌آمیز معمول با متهمین اُناث در شرایط برابر و با وجود تأکید قانون‌گذار بر اعمال یکسان قانون نسبت به‌آحاد افراد جامعه، دو متغیر «دین» و «جنسیت»، نقش مؤثر و تعیین کننده‌ای در صدور قرارهای تأمین و «موجه» بودن آرای قضایی و حتی رفتار نابرابر قضایی در شرایط برابر داشته که نباید چنین امری را خارج از سیاست کیفری و اهداف اجرای مجازات‌ها و مؤلفه‌های «موجه» بودن آرا تلقی نمود. دیدگاه‌های متفاوت فقهی و جواز این امر با استناد به قاعدهٔ نفی جعل سبیل و آیهٔ ۱۴۱ سورهٔ مبارکه نساء و حدیث الاسلام یعلو و لایُعلی علیه (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۴۰) و نفی سلطه تشریعی (ابن‌عربی، ۱/۱۴۰۸: ۵۰۱) به‌دلیل شرافت اسلام (طباطبایی حائری، بی‌تا/۲: ۳۹۴) و عدم پرداختن به این امر در اصل ۱۹ قانون اساسی و تمایز مجازات مقرر در قوانین کیفری و سایر ابهامات در ساختار آرای متقن، موجب شده است تا دادگاه‌ها مواضع متفاوتی را اتخاذ نمایند. علی‌رغم اعتقاد برخی از فقها به برتری دادن مسلمان بر کافر در جلسهٔ دادرسی (محقق‌حلی، ۴/۱۴۰۸: ۷۱) در مقابل دسته‌ای با استناد به روایات و احادیثی در این زمینه، ازجمله استناد به‌عموم و اطلاق روایت، رعایت مساوات در برقراری اشاره و نگاه و نشستن در هنگام قضاوت نسبت به طرفین (صدوق، ۳/۱۴۱۳: ۱۴) چنین رویکردی را مخالف سیرهٔ مولای متقیان می‌دانند و اجرای چنین امری را از عوامل ناامیدی در تحقق عدالت و حتی در میان دشمنان پنداشته‌اند (کلینی، ۷/۱۴۰۷: ۴۱۳). در نگاه جامع امام خمینی (ره) آیهٔ نفی سبیل را ناظر به دورنمای کلی و ساختار فکری جامعهٔ اسلامی و دفع شبههٔ عقیدتی در باب ناچار بودن مسلمانان به پذیرش قضای الهی در برتری کافران معنی کرده است؛ چه‌آنکه جنبهٔ ایجابی قاعدهٔ نفی‌سبیل نمی‌تواند مبنایی معقول و پذیرفتنی در مناسبات ملل باشد (احمدوند و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۲۸و۱۴۵). امروزه نگرش برابر در برخورد با متهمان و مجرمان بدون توجه به‌جنسیت آن‌ها حتی از سوی فمنیست‌ها مطرود است. «در قرن نوزدهم، برابری جنسیتی در برابر قانون یک هدف رادیکال بود و تساوی در برابر قانون از اصول برخی از شاخه‌های فمینیسم محسوب می‌گردید اما برخی دیدگاه‌های فمینیستی متأخر معتقدند که مساوات قانونی و رسمی برای ایجاد برابری واقعی و اجتماعی بین زنان و مردان کافی نیست. ایده‌آل برابری رسمی ممکن است زنان را به‌دلیل عدم انطباق باهنجارهای مردانه مستأصل کند، درحالی که ایده‌آل رفتار متفاوت ممکن است کلیشه‌های جنسیتی را تقویت نماید» (Jaggar, 1994). فقدان تعریف و معیار مشخص از «موجه» بودن آرا، همراه با سایر عوامل و

آسیب‌های موجود، سبب شده است تا مراتب اتقان آرا تضعیف و روزبه‌روز بر تراکم آمار پرونده‌های اِعمال مقررات مادهٔ ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری افزوده شود و نظارت قاطع مراجع نظارتی را کم‌فروغ نماید. هرچند دستورالعمل ارزیابی اتقان آرای قضایی ۱۴۰۰/۱۲/۰۴ ریاست قوهٔ قضائیه تا حدودی به برخی از مصادیق و مؤلفه‌های این امر پرداخته و اهتمام بدان بی‌تأثیر نخواهد بود اما بدون رفع ابهامات قانونی، نباید انتظار تحول چشمگیری در این‌باره داشت. بنابراین اجرای اصل مساوات قضایی نسبت به این قبیل متهمان در راستای مادهٔ ۲ خود ناظر به بخشی از مقررات اصل قانونی بودن تعقیب و تحقیق می‌باشد که تخلف از آن حسب مورد طبق تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۲۵۰ مذکور و بند ۸ مادهٔ ۱۴ و مادهٔ ۱۸ و بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت، مستوجب تعقیب و مجازات انتظامی است.

۳. جایگاه بی‌طرفی

یکی از مؤلفه‌های دادرسی عادلانه و شرط لازم تحقق آن، اصل بی‌طرفی در دادرسی است (ناجی‌زواره، ۱۳۸۵: ۳۱). اصل بی‌طرفی رابطهٔ تنگاتنگی با اصل مساوات داشته و هم‌پوشانی خوبی باهم دارند. گرچه برخلاف اصل مساوات در قانون اساسی به‌صراحت از این امر نامی نبرده است لیکن از برایند اصول ۳، ۵۶ و ۱۶۶ این قانون، ضرورت وجود این فریضه را به‌خوبی می‌توان احراز نمود کما اینکه در قوانین عادی، چنین امری مسبوق به‌سابقه است. در ماده‌واحدهٔ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵، کلیهٔ محاکم عمومی، انقلاب و نظامی دادسراها و ضابطان قوهٔ قضائیه را مکلف به رعایت حق و حقوق مراجعین و مراعات اخلاق و موازین اسلامی نموده است. هرچند در این ماده، نامی از مراجع تجدیدنظر و دیوان عالی و سایر مراجع قضایی و شبه‌قضایی نبرده است، لیکن با اصلاح مادهٔ ۷ قانون آیین دادرسی کیفری در تاریخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ کلیهٔ مقامات قضایی را مکلف به‌اجرای آن کرده و بر این اساس هرگونه رفتار برخلاف اخلاق و موازین اسلامی قضات را می‌توان کنترل و به‌عنوان تخلف از قوانین موضوعه، تحت تعقیب قرار داد. بنابراین اهمیت و ارزش «حق برابری» و «حق برخورداری از کرامت انسانی» به‌عنوان مبانی اصل بی‌طرفی (هاشمی، ۱۳۸۴)، قانون‌گذار را بر آن داشته تا از طریق قوانین متعدد، همواره بر اجرای این اصل آیینی تأکید نماید. گرچه برخی مستقل بودن دو «حق کرامت انسانی» و «حق برابری» را صحیح نمی‌دانند و معتقدند که نقض «حق برابری» می‌تواند به نقض «حق کرامت انسانی» نیز منجر شود و ذکر «حق برابری» خود نتیجهٔ نقض «حق کرامت انسانی» محسوب می‌شود (ناجی‌زواره، ۱۳۹۴) ولی چنین استنباطی در همه جا صادق نیست و نقض «حق برابری» همیشه نقض «حق کرامت انسانی» را در بر ندارد. مضافاً اینکه رعایت «حق کرامت انسانی» نسبت به اشخاص حقوقی، سالبه به‌انتفای موضوع است و اجرای اصل بی‌طرفی قضایی در رسیدگی به‌دعاوی

و اتهامات چنین اشخاصی صرفاً به اعتبار مبانی «حق برابری» امکان‌پذیر است. مع‌الوصف «اصل بی‌طرفی قاضی، تضمینی برای سلامت دادرسی است و حق برخورداری مردم از یک محاکمهٔ عادلانه و بی‌طرفانه را به‌منصهٔ ظهور می‌رساند» (زراعت، ۱۳۸۲: ۹۱) و هر دادرسی باید خود را از نظر ذهنی و عینی و هرگونه رفتار، گفتار و پنداری که شائبهٔ خروج از بی‌طرفی و جانبداری از آن استنباط می‌شود، برحذر بدارد و بدون هیچ حب و بُغضی طبق قانون به پرونده‌های مرجوعه رسیدگی نماید تا بتواند قضاوت مطلوبی داشته باشد. گرچه جانبداری ذهنی و تمایلات فکری به نفع یکی از طرفین تا زمانی که جنبهٔ عینی به خود نگیرد، قانوناً خروج از بی‌طرفی محسوب نمی‌شود و عملاً هم چنین قصد و اراده‌ای قابل‌اثبات نیست، لیکن استدامت و عدم اجتناب از چنین طرز تفکر و ذهنیتی، امکان تحقق و تبدیل آن از مسار اندیشه به فعل را فراهم خواهد آورد و در عالم واقع دادرس را از ریل عدالت‌خواهی منحرف خواهد کرد. پیامبر اکرم (ص) با نهی سوگیری و انحراف فکری قاضی به یک طرف دعوا فرموده‌اند: «قاضی از توجه به یکی از متخاصمان در مقام نگاه‌کردن و القای کلام به‌شهود و توجه ذهنی به یک طرف نزاع نهی شده است» (فقه‌الرضا، ۱۴۰۶: ۲۶۰) و حتی لازم است دادرس در قضاوت خود از استناد به ارتکازات ذهنی بدون وجود قرائن و امارات یا دلایل قانونی غیرقابل‌ارزیابی توسط دیگران در پرونده خودداری نماید چه آنکه «بی‌طرفی دادرس در واقع از این اندیشه سیراب می‌شود که قاضی نباید خود را به‌عنوان شاهدی در پرونده‌ها دلالت و راهنمایی کند؛ ازاین‌رو معلوماتی که او شخصاً قبل از طرح دعوا درآن باره داشته است، نمی‌تواند در محاکم عدلیه موجب صدور حکم شود؛ زیرا در این صورت قاضی به‌منزلهٔ شاهد تلقی می‌شود. از آنجایی که ساختار دادرسی بر ادلهٔ قانونی استوار است، بی‌طرفی با معیار عینی تضمین می‌شود و وقتی که دادرس باید در ارزیابی این دلایل بی‌غرضی خود را اثبات نماید، این معیار «شخصی» است که پای به میان می‌نهد» (محمودی، ۱۳۹۶: ۱۲۰). بنابراین «بی‌طرفی» در امر قضا متضمن دو جنبهٔ حُسن فاعلی و حُسن فعلی است. چه آنکه عموم و اطلاق «تخلف خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی» موضوع بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت، هر نوع رفتار ناقض بی‌طرفی در رابطه با امر قضا در هر مرجع قضایی و توسط هر قاضی برخوردار از ابلاغ قضایی را شامل می‌شود و دادرسی بی‌طرفانه نسبت به بی‌طرفی قضایی، مفهوم مضیق‌تری دارد. با این وصف حُسن فاعلی در دادرسی بی‌طرفانه ناظر به نهاد دادرسی بوده و حُسن فعلی آن متوجه فرایند دادرسی است که از انواع و مراتبی برخوردار است. بخشی از دادرسی بی‌طرفانه ناظر به اصول و تشریفات دادرسی است که همین امر خود بر دو نوع است. فرایندی از دادرسی متضمن رفتاری است که تخطی از آن طبق تبصرهٔ مادهٔ ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری از موجبات نقض آرا محسوب می‌شود و بخش دیگر آن دارای درجهٔ اهمیت کمتری

است و باوجود اینکه در زمرهٔ اصول و تشریفات دادرسی است اما تأثیر آن بر حق و حقوق و منافع طرفین دعوا به‌نحوی نیست که بی‌اعتباری دادنامه را به‌دنبال داشته باشد اما در هر صورت رابطهٔ مستقیمی با وصف عدالت‌خواهی نهاد دادرسی داشته و چنانچه عدالت او را زایل یا مخدوش نماید و مراتب تردید در صلاحیت او را فراهم آورد، مطابق مادهٔ ۴۴ قانون نظارت، در صلاحیت قضایی دادرس تجدیدنظر خواهد شد. نوع دیگری از رفتار قضایی بی‌طرفانه، رفتاری است که در زمرهٔ اصول و تشریفات دادرسی نبوده و تأثیری نیز بر اصل دعوا ندارد اما رابطهٔ مستقیمی با دادرسی عادلانه داشته و انجام آن به شکل مطلوب فرایند دادرسی کمک می‌کند و مراعات آن آرامش بیشتر اصحاب دعوا و تقویت جایگاه بی‌طرفی را در پی دارد. این نوع از بی‌طرفی فی‌الواقع در زمرهٔ آداب‌القضاء و اخلاق حرفه‌ای است و از فرایند رسیدگی‌های قضایی یا مرتبط با آن محسوب می‌شود که احتراز از آن برای کلیهٔ قضات لازم‌الرعایه است و به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های نظارت و ارزیابی رفتار قضات، نقض آن مطابق بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت، مستوجب همان مجازاتی می‌داند که برای سایر انواع خروج از بی‌طرفی مقرر گردیده است.

علاوه بر بی‌طرفی نهاد دادرسی، سایر عوامل اداری و معاضدتی و دیگر اشخاص مرتبط و ذی‌مدخل در فرایند دادرسی، نقش مؤثری در تضمین دادرسی دارند. چه‌آنکه «بی‌طرفی صرفاً «خصوصیت شخصی قاضی» نیست بلکه بی‌طرفی، حسب مورد وصف ساختار دادرسی، رفتار و گفتار و ذهن و فکر یا وضعیت ظاهری کلیهٔ اجزای سیستم دادرسی کیفری است» (ناجی‌زواره، ۱۳۹۴: ۳۲) البته مسئولیت و نقش محوری دادرسان در تصدی شعب و مدیریت قضایی پرونده‌ها و اختیارات و تکالیف آنان در تصمیم‌گیری‌ها و اصدار آرا را نباید جزئی پنداشت و قبح تخلفات و انحراف دادرسان با دیگر عوامل مرتبط را در یک ردیف و هم‌سنگ هم قلمداد نمود. چه‌آنکه صف در قوهٔ قضائیه، قاضی است و نهاد دادرسی نقش محوری و سازنده‌ای در تحقق عدالت شکلی و ماهوی و توسعهٔ امنیت قضایی جامعه دارد. در مادهٔ ۱۰ دستورالعمل «حفظ کرامت و ارزش‌های انسانی قوه قضائیه» مورخ ۱۳۹۸/۴/۲۵ کارکنان را از رفتارهایی که شائبهٔ جانبداری یک طرف را تقویت می‌کند، برحذر می‌دارد. مع‌الوصف استقلال و بی‌طرفی قضایی از لوازم «تضمین دادرسی بی‌طرفانه» و اصول مسلم حقوقی محسوب می‌شود که مسئولیت آن، چه از حیث ذهنی و چه از حیث عینی متوجه دو قطب سازمانی و فردی است. البته در این راستا نباید جایگاه مدیریت ارجاع پرونده‌ها با وجود ویژگی نامحسوس و ناملموس آن در فرآوری رسیدگی‌های شکلی و ماهوی نادیده انگاشت (طهماسبی و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۷). در بند ۳ منشور اروپایی قضات آمده: «قاضی نه‌تنها باید بی‌طرف باشد بلکه همه باید او را بی‌طرف ببینند.» و در ارزش دوم اصول بنگلور مقرر می‌دارد:

«بی‌طرفی برای ایفای مناسب منصب قضایی اساسی است. بی‌طرفی نه‌تنها خود تصمیم بلکه فرایند تصمیم‌گیری را نیز در برمی‌گیرد» (شاه‌حیدری و همتی، ۱۳۹۶). بنابراین «تضمین‌های ساختاری به‌منظور حمایت از متهم و تأمین دادرسی عادلانه، قانع‌کننده نیست. بلکه علاوه بر آن، در هر دادرسی به‌طور خاص و از نگاه ناظر بی‌طرف، محاکمه باید منصفانه و بی‌طرفانه به‌نظر برسد. به این منظور آیین کنترل‌کننده لازم است تا نه‌تنها قضات را از اعمال جانب‌داری بازدارد که از نماد و نشان جانب‌داری نیز دور سازد. و اگر خلافی یافت، قضات را از پرونده یا حتی دادگاه حذف کنند» (فضائلی، ۱۳۹۴: ۲۵۰). در دادنامهٔ شمارهٔ ۵۷۷۱ مورخ ۱۳۳۲/۱۲/۶ دادگاه عالی انتظامی قضات آمده: «از آنجا که سر و کار قاضی با همهٔ طبقات است، برای آنکه بتواند وظیفهٔ خود را بدون شائبه انجام دهد، می‌بایست از اتصال و ارتباط به هر دسته و جمعیتی اجتناب و احتراز نماید، کسی که به‌این سمت منصوب می‌شود، باید طرف اعتماد و اطمینان افراد و ارباب‌رجوع باشد، پس باید بی‌طرفی خود را کاملاً حفظ نماید و اعمالی از او سر نزند که موجب سلب اعتماد اهالی از او شده و نسبت به او بدبین باشند. و اما این شخص (قاضی) نه‌تنها حکمی را که درباره چند متهم داده، متناسب مقامش نبوده و رعایت بی‌طرفی را ننموده... برعکس به‌منظور جلب تمایلات خارجی و معرفی خود به جانبداری از دسته مخصوص وجود قانون را نیز انکار کرده است... و جملاتی را که در حکم مندرج گردیده، طرز و اسلوب آن صریحاً دلالت در تمایلات خارج از حدود وظیفه دارد لذا به مجازات درجه شش (انفصال دایم از خدمت قضایی) محکوم می‌گردد» (حیدرزاده، ۱۳۷۷: ۲۷۰). تقابل دو رویکرد علمی و قضایی، راجع به لزوم اثبات عنصر روانی در تخلف خروج از بی‌طرفی به‌لحاظ کیفیت تدوین قوانین موضوعه به ویژ تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۱۸ و بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت، امروزه به‌عنوان یکی از چالش‌های مهم در تضمین دادرسی بی‌طرفانه مطرح است. عده‌ای معتقدند که «طرف‌داری عمدی ناقض دادرسی بی‌طرفانه است ولی طرف‌داری غیرعمدی نیز چون در هرحال به اعتماد عمومی و سلامت دادرسی لطمه وارد می‌کند البته نه از باب نقض بی‌طرفی بلکه از باب نقض سایر قواعد، دادرسی منصفانه و همچنین معتمدانه را نقض می‌کند» (ناجی‌زواره، ۱۳۹۴: ۲۳). دادگاه عالی انتظامی قضات نیز در دادنامهٔ شمارهٔ ۴۸۸-۹۷/۶/۳۱، قصد حمایت از یک طرف پرونده در خروج از بی‌طرفی قاضی به‌طور «عاملانه» و «عامدانه» ملاک تخلف از این اصل می‌داند. در مقابل، دستهٔ دیگر با استناد به بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات، بر این عقیده‌اند که تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه هم به‌طور عمدی و هم غیرعمد امکان‌پذیر است؛ زیرا اصولاً عنصر روانی در مورد تخلفات شرط نیست و صرف اثبات نقض مقررات و انتساب وقوع فعل مادی به مرتکب در این‌باره کفایت می‌کند مگر تخلفاتی که لزوماً به احراز عمد آن تصریح شده

باشد. در دادنامه‌های شمارهٔ ۱۰۱- ۱۳۷۰/۵/۲۹ و ۹۵- ۱۳۷۰/۵/۲۷ شعبهٔ اول دادگاه عالی انتظامی قضات برخلاف دادنامهٔ مذکور، سوءنیت و غفلت لفظی و تعمدی نبودن تخلف و کم‌تجربگی و تازه کار بودن را مؤثر در مقام ندانسته است (کریم‌زاده، ۱۳۸۰: ۶۲ و ۲۹۳). علی‌ای‌حال با عنایت به عموم و اطلاق تخلف خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی و از برایند نظرات مطروحه چنین استنباط می‌شود که اولاً تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه، به‌نحو عمد و غیرعمد واقع می‌شود. ثانیاً نتیجهٔ تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه باید وقوع حداقل یکی از تخلفات انتظامی باشد و تحقق آن بدون ارتکاب تخلف از قوانین موضوعه و سایر تخلفات انتظامی، امکان تحقق چنین تخلفی را غیرممکن می‌سازد. ثالثاً صرف ارتکاب تخلف یا تخلفات انتظامی، تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه محسوب نمی‌شود و ارتکاب چنین تخلفاتی می‌تواند ناشی از ضعف دانش قضایی یا اهمال در انجام وظایف محوله و سایر دلایل و تخلفات مقرر در قانون نظارت بر رفتار قضات باشد. رابعاً در صورتی تخلف واحد، مصداق تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه تلقی می‌گردد که تخلف ارتکابی از نوع رفتار تبعیض‌آمیز و جانب‌دارانه باشد و از آن سوگیری تلقی گردد یا سوءنیت دادرس در ارتکاب آن احراز شود یا تخلف واحد ارتکابی ناشی از رفتار متعدد مرتکب، عرفاً اقتضای به نفع یک طرف و به ضرر طرف دیگر را داشته باشد. خامساً بی‌طرفی در مقطعی ممکن است به نفع یک طرف و در مقطعی به ضرر او انجام گیرد، چنین تغییر مواضعی، دادرسان را از مسئولیت ارتکاب تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه مبرا نمی‌کند و چنانچه طرف‌داری در مقاطع مختلف احراز شود، امکان تحقق چنین تخلفی وجود دارد.

۴. قلمرو مساوات و بی‌طرفی

از آنجا که فرایند دادرسی یک پرونده با پروندهٔ دیگر متفاوت بوده و هر پرونده اوضاع و احوال مختص به خود را دارد، فلذا قلمرو فرایند اصول مساوات و بی‌طرفی به‌عنوان دو شاخصهٔ آیینی، محدود و محصور به محتویات همان پرونده و متوجه اقدامات همان دادرس است. بنابراین وحدت موضوع و یگانگی دادرس و اصحاب دعوا در پرونده‌ها، ملاک و مبنای نقض بی‌طرفی و مساوات قضایی نمی‌باشد و استنباط قضایی متهافت نهاد دادرسی، نباید مناط و معیار تخلف و تخطی از اصول بی‌طرفی و مساوات قضایی واقع شود و انتظار رسیدگی مشابه از آن داشت. بنابراین رجوع به پرونده‌های دیگر مرجوعه، زمانی قابل‌استناد است که نسبت به موضوع واحد و فراخور نظرات حقوقی و شخصیت طرفین و بدون اعتقاد علمی در مقاطع مختلف، مواضع دوگانه‌ای را اتخاذ نماید. ازاین‌رو، به‌منظور اثبات تقصیر یا اجرای تبعیض‌آمیز قانون و کشف تخلف یا تخلفات احتمالی، سوابق تصمیمات و مواضع حقوقی در دیگر پرونده‌های مشابه، مناط اعتبار خواهد بود. علی‌ای‌حال

بعد از ارجاع و ثبت پرونده و تحویل فیزیکی یا الکترونیکی آن تا اتخاذ تصمیم و صدور رأی و مختومه شدن پرونده، مسئولیت و مدیریت قضایی آن، متوجه متصدی دادگاه و نهاد دادرسی است و هرگونه رفتار و اخلاق حرفه‌ای قضات حتی خارج از محیط دادگاه و دفتر شعب در این‌باره مؤثر در مقام خواهد بود. بنابراین دامنه و قلمرو بی‌طرفی و مساوات قضایی و التزام به قواعد این اصول نسبت به هر پرونده‌ای از حیث زمانی محدود و از حیث مکانی نامحدود است. مع‌الوصف از نظر منطقی، این دو اصل از رابطهٔ عموم و خصوص من وجه برخوردار است که ذیلاً به برخی از مهم‌ترین وجوه تمایز و تشابه این دو اشاره می‌شود:

۱-۴. وجوه افتراق اصل «بی‌طرفی» با «مساوات»

اصل بی‌طرفی با مساوات قضایی، موضوع مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی کیفری، به‌رغم برخورداری از وجوه تشابه، از جهاتی نیز متمایزند و همین اختلاف، زمینهٔ نگرش مستقل و تفکیک این دو اصل از همدیگر را فراهم آورده است. از وجوه تمایز این دو، می‌توان به متفاوت بودن شخصیت مخاطبین موضوع اشاره کرد. طبق مادهٔ ۲، «مساوات» صرفاً نسبت به اشخاصی جاری و ساری است که اولاً متعدد باشند. ثانیاً در جایگاه متهم قرار گرفته باشند. ثالثاً در شرایط مساوی مرتکب جرم شده باشند. رابعاً اتهام آنان مشابه باشد. خامساً موضوع تخلف نسبت به قواعد دادرسی واقع شده باشد. سادساً مؤلفه‌های مقرر در مادهٔ ۲۵۰ این قانون ازجمله دین و جنسیت متهمین، یکسان باشد. در این صورت وجود حداقل دو «متهم» ملاک و مناط مقایسه و ارزیابی قرار می‌گیرد و لازم نیست که متهمین در یک پرونده و طرف هم باشند، چه بسا همکار یا شریک جرم هم محسوب شوند اما در تخلف از اصل «بی‌طرفی»، اطراف پرونده، معمولاً رقیب و خصم هم بوده و از سِمَت متفاوتی برخوردارند که در جرایم عمومی، دادستان از جهت حیثیت عمومی بزه، به‌عنوان یکی از اطراف پرونده و در دعوای خصوصی، اشخاص متضرر از جرم در مقام شاکی به‌عنوان یکی از اصحاب دعوا با متهم، اطراف پرونده را تشکیل می‌دهند و شخصی که از او طرف‌داری شده لازم نیست، متهم باشد و عملکرد جانب‌دارانهٔ دادرس له یا علیه یکی از طرفین پرونده، خروج از اصل بی‌طرفی را محقق می‌سازد. از دیگر تفاوت‌های این دو، در نوع رفتار ارتکابی است. رفتار موضوع خروج از اصل «بی‌طرفی» از عنوان خاصی برخوردار نمی‌باشد و هر رفتاری که مربوط به وظایف قضایی است و برای مقصودی له و علیه یکی از اصحاب دعوا انجام شود، در زمرهٔ تخلف خروج از بی‌طرفی قرار می‌گیرد، لیکن تخلف از اصل مساوات، صرفاً رفتار نابرابر از نوع «قواعد» دادرسی را شامل می‌شود و تشریفات دادرسی و سایر رفتارهای خارج از فرایند دادرسی را در بر نمی‌گیرد. تخلف از اصل بی‌طرفی برخلاف تخلف از اصل مساوات، از عنوان مستقل انتظامی برخوردار بوده و به‌تبع

مجازات آن نیز در بسیاری از موارد با مجازات تخلف از اصل مساوات متفاوت است؛ چه‌آنکه قانون‌گذار نسبت به اصل مساوات قضایی به‌طور خاص تخلف‌انگاری نکرده است و هرگونه تخطی از این اصل، طبق عمومات قانون نظارت و مادهٔ ۱۸ این قانون ناظر بر مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به متهمین و طبق اصول ۳، ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی، نسبت به سایر اشخاص تحت عنوان تخلف از قوانین موضوعه، مرتکب قابل‌تعقیب انتظامی است. البته از حیث مصداقی با تخلف «خروج از دادرسی بی‌طرفانه» و ورای تخلف «خروج از اصل بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی» موضوع بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت که مستقلاً به‌عنوان تخلف از آن نامی نبرده، علی‌رغم تفاوت در مجازات، دارای وجه مشترکی است. تفاوت در ماهیت عمل از دیگر وجوه افتراق اصول مساوات و بی‌طرفی است. چه‌آنکه اصل بی‌طرفی دارای ماهیت درونی و ذهنی است و تخلف از این اصل، زاییدهٔ اندیشه و عقیدهٔ انحرافی دادرس بوده و عینیت بخشیدن به چنین طرز تفکری از نتایج ارتکاز ذهنی او است و چه بسا در عمل، وضعیت ملموس و محسوسی به خود نگیرد و در چهارچوب اختیارات قضایی به عمل آید یا چنان وجههٔ قانونی به آن داده شود که به سهولت و از محتویات پرونده، جانب‌داری او را نتوان احراز نمود لیکن مساوات متوجه رفتار یکسان عینی دادرس بوده و عنصر مادی تخلف از قواعد دادرسی در پرونده ملموس است و نیازی به‌بررسی و اثبات ندارد و نفس عمل خود گویا و مثبِت تخلف و رفتار تبعیض‌آمیز دادرس است. به‌تعبیر دیگر، بی‌طرفی، حُسن فاعلی و مساوات، حُسن فعلی است. هرچند در تخلفات عنصر روانی نقشی ندارد اما خروج از بی‌طرفی عمدی در تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۱۸ قانون نظارت ازجمله ویژگی‌های قانونی این اصل محسوب می‌شود. موضوع مساوات در صورتی که از نوع قواعد دادرسی باشد، در زمرهٔ مساوات حقوقی و چنانچه از نوع تشریفات دادرسی و در خارج از فرایند جلسات رسیدگی، صورت گیرد، مصداق آداب‌القضاء خواهد بود و چنانچه نسبت به طرفین واقع شود، نقض آن از مصادیق تخلف «خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی» بوده که طبق بند ۴ مادهٔ ۱۷ این قانون قابل‌تعقیب و مجازات است. تفاوت در نوع فعل از دیگر وجوه تمایز این دو اصل می‌باشد. تخلف خروج از دادرسی بی‌طرفانه، محدود به فعل و رفتار خاصی نبوده و به‌طور مستقل و به ذات، فعل یا ترک فعل خاصی، عنصر مادی تخلف خروج از بی‌طرفی محسوب نمی‌شود. معمولاً هر فعل یا ترک فعل جانب‌دارانه‌ای که قانون‌گذار ارتکاب آن را ممنوع کرده و متضمن عنوان خاص یا عام تخلفات انتظامی باشد، می‌تواند موضوع عنصر مادی تخلف خروج از اصل بی‌طرفی قرار گیرد. با این وصف عنصر مادی تخلف خروج از بی‌طرفی فی‌الواقع تخلف ثانویه و نتیجهٔ تخلفات اولیهٔ ناشی از انحراف از فرایند دادرسی به‌نفع یا ضرر یک طرف دعوا بوده که ممنوعیت آن قبلاً اعلام گردیده است. علی‌ای‌حال

چنانچه رفتار جانب‌دارانهٔ ممنوعه از عنوان تخلف خاص مقرر در قانون نظارت یا دیگر قوانین برخوردار نباشد از مصادیق عام تخلف از قوانین موضوعه و مشمول مجازات مقرر در مادهٔ ۱۸ این قانون خواهد بود ولی عنصر مادی تخلف از اصل مساوات، فی‌نفسه از تخلفات انتظامی نبوده بلکه اعمال قواعد دادرسی در شرایط نابرابر است که خصیصهٔ تخلف به‌آن می‌دهد؛ عملی که چه بسا در شرایط غیرمشابه، تخلف نباشد و به تنهایی امری قانونی و حتی لازم نیز به نظر برسد. از دیگر وجوه افتراق این دو، تخلف‌ناپذیر بودن امر بی‌طرفی است که نهاد دادرسی در هر شرایطی و حتی باوجود متفاوت بودن دین و جنسیت طرفین، مراعات آن لازم است لیکن نسبت به اصل مساوات چنین عموم و اطلاقی وجود ندارد و مادهٔ ۲ با مقرره مادهٔ ۲۵۰ و مادهٔ ۱۸ قانون مجازات اسلامی تخصیص یافته و متغیرهای آن بر کیفیت اجرای قواعد دادرسی مؤثر است. از دیگر تفاوت‌های این دو مربوط به مخاطب و مراجع اجرای آن‌ها است. هرچند حوزهٔ اجرای این اصول در کلیهٔ مراحل و مقاطع رسیدگی‌ها کاربرد دارد، لیکن قلمرو مساوات در مادهٔ ۲ بیشتر متوجه متهمین و فرایند رسیدگی در دادسرا است که در مقام تعقیب و تحقیق و به‌نحو غیرترافعی امکان‌پذیر است و قلمرو بی‌طرفی موضوع مادهٔ ۳ غالباً ناظر به دادرس و فرایند دادرسی در دادگاه است که در مقام دادرسی و به‌طور ترافعی، انجام می‌گیرد.

۲-۴. وجوه اشتراک اصول «بی‌طرفی» و «مساوات»

به‌رغم وجوه تمایز اصل «بی‌طرفی» با اصل «مساوات»، این دو اصل از اشتراکاتی نیز برخوردارند. یکی از وجوه مشترک این اصول، آیینی بودن آن‌ها است که به‌عنوان دو معیار سنجش دادرسی عادلانه و دو شاخصهٔ مهم رفتاری در ارزیابی رفتار و عملکرد قضات مورد استفاده قرار می‌گیرد. اشتراک در مبانی، از وجه تشابه دیگر این دو است. باوجود اینکه اصل مساوات از اصول عمومی محسوب می‌شود و در سایر حوزه‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی نیز کاربرد گسترده‌ای دارد اما در مقایسه با اصل بی‌طرفی که صرفاً از صبغهٔ حقوقی برخوردار است و غالباً در منازعات و مناقشات موضوعیت دارد از قلمرو محدودتری برخوردار است؛ اما مبانی هر دو اصل مبتنی بر«حق کرامت انسانی» و «حق برابری» بوده و معمولاً دلایل ارتکاب تخلف این دو، از یک منبع سرچشمه می‌گیرد و متغیرهایی را تشکیل می‌دهد که ریشه در مبانی علمی، اعتقادی و اخلاقی دارد. امکان مراجعه به دیگر پرونده‌ها به‌منظور احراز و اثبات تخلف خارج از پروندهٔ مطروحه، از دیگر وجوه اشتراک این دو می‌توان برشمرد. هرچند در بادی امر اصل بر ملحوظ نظر قرار دادن اوضاع و احوال پروندهٔ مطروحه بوده اما چنانچه برای اثبات مواضع بی‌طرفی و نحوهٔ استنباط متنوع و رفتار مختلف نسبت به موضوع واحد نیازی به مراجعهٔ دیگر پرونده‌های جریانی یا مختومه باشد،

محدودیتی وجود ندارد. تداخل نتیجهٔ اصل بی‌طرفی با فرایند اجرای اصل «مساوات» و رابطهٔ عموم‌وخصوص من‌وجه این دو ازجمله اشتراکات دیگر آن‌ها است. چه‌آنکه اصل مساوات خود قسیم و بخشی از اصل «بی‌طرفی» است و در برخی جهات نتیجهٔ نقض اصل بی‌طرفی محسوب می‌شود. کما این‌که در تعریف عام اصل بی‌طرفی، به‌اجرای بدون حُب و بغُض و افراط و تفریط قانون و عدم ترجیحِ بلامرجح یک طرف دعوا بر طرف دیگر و اجتناب از جانب‌داری نسبت به اطراف پرونده تعبیر می‌شود که تعریف به اجّل و اعلای بی‌طرفی است و متضمن مفهوم هر دو اصل بی‌طرفی و مساوات قضایی است و از جهاتی رعایت بی‌طرفی نسبت به طرفین پرونده تعریف خاص و مضیق اصل بی‌طرفی است و در تخلف از اصل بی‌طرفی به مفهوم خاص آن دادرسی له و علیه یک طرف پرونده صورت می‌گیرد که اجرای قانون با حبّ و بغض را نیز شامل می‌شود لیکن در تخلف از اصل مساوات قضایی، لزوماً دادرسی به نفع یا ضرر طرف مقابل واقع نمی‌شود و ممکن است له یا علیه یکی از آن‌ها به‌عمل‌آید و تأثیری در حق و حقوق طرف دیگر نداشته باشد.

نتیجه

مساوات و بی‌طرفی در مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی کیفری به‌عنوان دو معیار آیینی نقش بسزایی در تضمین دادرسی کیفری دارد. رابطهٔ تنگاتنگ و عموم خصوص من وجه این دو به‌گونه‌ای است که وجود یکی بدون دیگری، تحقق دادرسی عادلانه را با چالش جدی مواجه می‌نماید. اصولاً ابتنای مساوات در حوزهٔ قضا بر بی‌طرفی است و اجرای بی‌طرفی هم مبتنی بر مساوات می‌باشد و وجود این دو اصل لازم و ملزوم یکدیگر بوده و از ضروریات امر دادرسی محسوب می‌شود. تأکید قانون به رعایت یکسان قواعد دادرسی در شرایط مساوی نسبت به متهمین در مادهٔ ۲، نافی اعمال این امر نسبت به سایر اشخاص نخواهد بود. اجرای مساوات در فرایند دادرسی، در شرایط مساوی مطلقاً و در شرایط نابرابر از حیث آداب‌القضاء و تشریفات دادرسی بدون هیچ گونه تفاوتی درخصوص تمام اشخاص در پرونده‌های قضایی جاری و ساری است و نقض این مقرره از حیث قواعد و تشریفات دادرسی در صورتی که به آن درجه از اهمیت باشد که موجبات بی‌اعتباری رأی صادره شود از موجبات نقض دادنامه است. اصول مساوات و بی‌طرفی در حقوق بین‌الملل و اغلب نظام‌های حقوقی پیشرفتهٔ جهان، به‌عنوان دو قاعدهٔ مسلم حقوقی به رسمت شناخته شده و همواره بر اجرای آن‌ها تأکید دارند، اما هیچ‌گاه به درستی و به‌طور شفاف و جامع و مانع به کیفیت فرایند اجرای این امر در اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی نپرداخته‌اند و همچون مقررهٔ مادهٔ ۲ ناظر به متهمین، ضابطهٔ کاربردی خاصی برای آن تعریف نکرده‌اند تا هم قضات در اجرای عدالت بتوانند قضاوت مطلوبی را به‌منصهٔ ظهور بگذارند و هم مراجع نظارتی، پادمان قاطع و صریحی به‌عمل آورند. بنابراین از مفاد

مواد ۲، ۳، ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری و مادهٔ ۱۸ قانون مجازات اسلامی و اصول ۱۹، ۲۰ و ۲۱ قانون اساسی و سیرهٔ مولای متقیان علی (ع)، چنین به نظر می‌رسد که مساوات در دادرسی مدنی و کیفری راجع به «تشریفات دادرسی» و «آداب‌القضاء» رعایت یکسان آن نسبت به همگان با هر دین و مذهبی لازم‌الرعایه است و درخصوص «قواعد دادرسی» نیز جز در مواقع اختلاف در دین و جنسیت طرفین، رعایت چنین امری ضرورت دارد و در این زمینه با کنوانسیون‌ها و حقوق بین‌الملل اشکال عمده‌ای به نظر نمی‌رسد. لیکن در موارد مغایر است که همواره کشورهای مدعی حقوق بشر، به‌دلیل سکولار بودن مرجع سازمان ملل و به‌تبع ابزار اعلامیهٔ حقوق بشر و عدم شایستگی و درک درست از مفاهیم حقوق بشر اسلامی و مبانی دینی (ذاکریان، ۱۳۸۱: ۶۲) با ابتنای به پیوستن ایران به معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی ازجمله اعلامیهٔ حقوق بشر و کنوانسیون حقوقی مدنی و سیاسی در قبل از انقلاب و عدم عضویت یا پیوستن مشروط به برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی در بعد از انقلاب، با برخورد سیاسی و گزارش‌های به‌اصطلاح نقض حقوق بشر و صدور قطعنامه‌های متعدد از سوی مجمع عمومی سازمان ملل متحد (سازمان بسیج اساتید دانشگاه‌ها و مراکز علمی، پژوهشی و آموزشی کشور، ۱۳۹۳) از یک‌سو و الزام‌آور بودن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و اختصاص دادگاه ویژهٔ رسیدگی به این امر، و ورود به حق حاکمیت و حق تعیین سرنوشت کشورها و پذیرش نظام لائیک کشورهای عربی ـ اسلامی و عدم هم‌سویی در عمل به قوانین الهی و در نتیجه اعمال فشار نظام سلطه بر ایران از سوی دیگر، معضلاتی را در این عرصه فراهم آورده‌اند و موجب شده است تا در تقابل حاکمیت قوانین الهی و بشری، دو جریان حقوق بشر اسلامی و غربی ـ اروپایی شکل بگیرد و صف‌آرایی جبههٔ حق و باطل را در اذهان تداعی نماید. کما اینکه گستردگی ابعاد و دامنهٔ شمول بند ۴ مادهٔ ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات، و در عین حال نامناسب بودن مجازات انتظامی درجهٔ ۸ تا ۱۳ برای تخلف از اصل بی‌طرفی ازجمله پاسخ سلام دادن یک طرف دعوا و پاسخ ندادن سلام به طرف دیگر در مقایسه با مجازات ۲ تا ۵ درجه‌ای مقرر در مادهٔ ۱۸ این قانون برای تخلف از قواعد دادرسی و اصل مساوات موضوع مادهٔ ۲ این قانون، ایجاب می‌نماید تا با نگرش واقع‌بینانه به این امر، نسبت به‌تفکیک مسئولیت‌ها و تبیین نقش عنصر روانی تخلفات در ساختار رسیدگی‌های انتظامی و تخلف‌انگاری توأم با مجازات مناسب نسبت به اصل مساوات و شفافیت بخشیدن به مصادیق موجه بودن آرا و قواعد تعدد و تکرار و تعلیق تعقیب در تخلفات انتظامی، تعریف روشنی از اصول مساوات و بی‌طرفی به عمل آید و بدون ارجاع مراجع قضایی و حقوقی به منابع فقهی، با بهره‌گیری علمی از اجماع فقها و اندیشمندان برجستهٔ اسلامی و نظرات فنی علمای علم حقوق و ظرفیت فقه پویای مذهب جعفری، دلایل موافقان و مخالفان در تعارض با حقوق بین‌الملل

مجدداً مورد ارزیابی دقیق قرار گیرد و تا جایی که امکان هم‌آوایی در این‌باره وجود دارد، قوانین در جهت یگانگی حقوق بین‌الملل اصلاح و در موارد ممتنع، با اتکال به خداوند متعال و اتکا به اقتدار و قابلیت نظام، موضع شفاف و قاطعی در برابر کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی اتخاذ گردد و در جهت تبیین عظمت شریعت جهانی اسلام و فلسفهٔ احکام نورانی آن اهتمام درخوری به عمل آید تا هم بتوان حقوق بشر اسلامی کامل و جامعی به جهانیان عرضه داشت و هم فرایند دادرسی درخور شأن والای قضای اسلامی را به منصهٔ ظهور گذاشت.

منابع

فارسی

- احمدوند، محسن، محمدتقی قبولی و محمدتقی فخلعی (۱۳۹۵)، «نگرشی نو در مفاد قاعده نفی سبیل و نسبت سنجی آن با اصل عدالت در روابط بین‌المللی»، **فصلنامه علمی پژوهشی فقه**، سال بیست و سوم، شماره اول.
- احمدی، ابراهیم (۱۳۹۷)، «انعطاف‌ناپذیر دانستن نقش‌های جنسیتی و دفاع از تبعیض‌های جنسیتی»، **پژوهشنامهٔ زنان**، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال نهم، شمارهٔ اول.
- احمدی، محمد عارف (۱۳۹۶)، **دادرسی منصفانه**، تهران: نشر میزان.
- اکبری لائیمی، مرتضی (۱۳۹۵)، «اجرای حق تعیین سرنوشت، تقابل‌حقوق بشر با حاکمیت دولت‌ها»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۹۶.
- امیدی،جلیل،رستمی، سهیلا (۱۳۸۹)، «دیه زن و رویارویی دو دیدگاه در فقه اهل تسنن»، **فصلنامه حقوق**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دورهٔ ۴۰، شمارهٔ ۴.
- امینی، محمدامین، ناصر مریوانی و اصغر عربیان (۱۳۹۹)، «واکاوی مستندات نابرابری دیه مسلمان و غیرمسلمان در فقه اسلامی»، **دوفصلنامه علمی فقه مقارن**، سال هشتم، شماره ۱۶.
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری (۱۳۸۴)، **دانشنامه حقوق خصوصی**، جلد ۳، تهران: محراب فکر.
- بشیریه، حسین (۱۳۷۹)، **لیبرال و محافظه کاری**، تهران: نشریه‌نی.
- تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۴)، «اسلام و توسعه و نقش زن مسلمان»، **فصلنامه بازتاب اندیشه**، شمارهٔ ۵۹ و ۶۰
- تقی‌زاده، سیدحسن (۱۳۶۸)، **زندگی‌طوفانی، خاطرات**، به کوشش ایرج افشار، تهران: انتشارات محمدعلی علمی.
- جعفری لنگرودی،محمدجعفر (۱۳۸۸)، **مبسوط ترمینولوژی حقوق**، جلد۲، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۵)، **زن در آیینه جلال و جمال**، چاپ پنجم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی رجا.
- حاجی‌عزیزی، بیژن (۱۳۸۴)، **بررسی فقهی و حقوقی دیه زنان**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس.
- حسنوند، محمد و مینا اکبری (۱۳۹۹)، «گذار قاعده تقنینی به قاعده گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲،
- حشمتی، ماشاءالله (۱۳۸۴)، «مفهوم مساوات در نهضت مشروطه»، **معرفت**، شماره ۹۵.
- حیدرزاده، هادی (۱۳۷۷)، **تعقیب انتظامی قضات**، تهران: نشرآزاده.
- خامنه‌ای، علی (۱۳۸۹)، **رساله‌اجویه‌الاستفتائات**، تهران: انتشارات بین‌المللی المهدی.
- دلماس مارتی، می‌ری (۱۳۹۵)، **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان.
- دهخدا، علی اکبر (بی‌تا)، **لغت‌نامه دهخدا**، تهران: دانشگاه تهران.
- ذاکریان، مهدی (۱۳۸۳)، **اسرائیل شناسی، آمریکا شناسی**، شماره ۲، تهران: مرکز مطالعات بین‌الملل.
- زراعت، عباس (۱۳۸۲)، **اصول آیین دادرسی کیفری ایران**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- رسول‌زاده خویی، اسماعیل (۱۳۷۴)، **قضاوت‌ها و حکومت عدالت‌خواهی علی بن‌ابیطالب (ع)**، چاپ

ششم، تهران: انتشارات یاسین.
- سازمان بسیج اساتید دانشگاه‌ها و مراکز علمی، پژوهشی و آموزشی کشور (۱۳۹۳)، «تعارضات بین قوانین موضوعه ایران»، **فصلنامه علمی مطالعات بیداری اسلامی**، دوره ۳، شماره ۵.
- سروش، عبدالکریم (۱۳۷۶)، **مدارا و مدیریت**، چاپ اول، تهران: نشر صراط.
- شاه حیدری پور، محمدعلی و مجتبی همتی (۱۳۹۶)، **شرح اصول رفتار (بنگلور)**، معاونت توسعه قضایی قوه قضائیه مرکز مطالعات توسعه قضایی، تهران: انتشارات خرسندی.
- ضیائی بیگدلی، محمد (۱۳۷۳)، **حقوق‌بین‌الملل عمومی**، تهران: انتشارات گنج‌دانش.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- طهماسبی، جواد، بتول پاکزاد و علی امیری (۱۴۰۰)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی طرفانه کیفری»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، **کلیات قانون اساسی**، تهران: انتشارات مجد.
- فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۹۲)، **جرم‌انگاری فایده‌گرایانه**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- فاضلی، عبدالرضا (۱۳۸۶)، «جامعه مطلوب در اندیشه فقهی – سیاسی شهید مدرس»، **گنجینه معارف**، شماره ۵۷.
- فضائلی، مصطفی (۱۳۹۴)، **دادرسی عادلانه**، چاپ سوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- فضائلی، مصطفی (۱۳۹۳)، «جایگاه و اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر و دکتری قضایی اسلام»، **پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب**، شماره ۱.
- قربانی، زین‌العابدین (۱۳۴۸)، **اسلام و حقوق بشر**، تهران: انتشارات صدر.
- کریم‌زاده، احمد (۱۳۸۰)، **نظارت انتظامی در نظام قضایی**، چاپ اول، تهران: روزنامه رسمی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۲)، «حقوق بشر»، **دانشنامه امام علی**، جلد ۵، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- محمدی کنگ سلفی، احسان (۱۳۹۴)، **دادرسی عادلانه در قلمرو کیفری ایران**، چاپ اول، تهران: مجد.
- محمودی، پدرام (۱۳۹۶)، **اصول راهبردی دادرسی منصفانه**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۱)، **حقوق و سیاست در قرآن**، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۴)، **اسلام و مقتضیات زمان**، جلد ۱، تهران: انتشارات صدرا.
- معمار، ثریا (۱۳۹۳)، «تحلیل جامعه مفهوم عدالت از دیدگاه حضرت علی (ع)»، **فصلنامه شیعه شناسی**، شماره ۴۷.
- معین، محمد (۱۳۷۱)، **فرهنگ فارسی**، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- موسوی خمینی، روح ا... (۱۳۹۶)، **صحیفه**، جلد ۲۰، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
- منتسکیو، شارل لوئی دو سکوندن (۱۳۷۰)، **روح القوانین: به انضمام درآمدی بر روح القوانین**، جلد ۱، ترجمه: علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.

- ناجی زواره، مرتضی (۱۳۹۴)، **دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری**، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- ناجی زواره، مرتضی (۱۳۸۵)، «دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۵۶ و۵۷.
- نصر حامد ابوزید (۱۳۹۳)، **متن، قدرت، حقیقت**، تهران: نشر نیلوفر.
- ویل دورانت (۱۴۰۰)، **لذات فلسفه**، مترجم: عباس زریاب خوئی، چاپ بیست و هفتم، تهران: انتشارات علمی.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۴)، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

عربی

- ابن بابویه قمی، ابوجعفرمحمد بن حسین (شیخ صدوق) (۱۴۱۳ق)، **من لایحضر الفقیه**، ج۳، چاپ دوم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ابن‌عربی، محمد بن‌عبدالله (بی‌تا)، **احکام‌القرآن**، چاپ اول، بیروت: دارالجیل.
- حلی، ابن ادریس، احمد بن محمد (۱۴۰۸)، **السرائر**، ج۳، قم: دفتر مطالعات اسلامی.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (بی‌تا)، **ریاض المسائل**، قم: مؤسسه آل البیت.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴)، **المیزان**، قم: انتشارات اسلامی.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۲ق)، **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، بیروت: دارالمعرفه.
- عوده، عبدالقادر (۲۰۰۱)، **الموعه، العصریه فی‌الفقه الجنایی الاسلامی**، جز دوم، جلد اول، مصر: دارا الشروق للنشر والتوزیع.
- کلینی، الکافی (۱۴۰۷ق)، **اصول کافی**، جلد ۷، قم: دارالحدیث.
- محقق‌حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفربن‌الحسن (۱۴۰۹ق)، **شرایع‌الاسلام**، جلد۴، تهران، انتشارات استقلال.
- نجفی، محمدحسین (صاحب جواهر) (۱۴۰۴)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

انگلیسی

- American Convention on Human Rights, 1969.
- Kray, L. J., Howland, L., Russell, A. G., & Jackman, L. M. (2017). "The effects of implicit Gender role theories on gender system justification: Fixed beliefs strengthen masculinity to Preserve the status quo". **Journal of Personality and Social Psychology**, 112 (1), 98.
- European Convention on Human Rights, 1950.
- Human Rights Act 2019.
- Inter-American Convention to Preveent and Punish Torture (Inter-American Convention on Torture.
- International Covenant on Civil and Political Rights, 1966
- Jaggar, Alison. (1994) "Part One: Equality. Introduction". In **Living with Contradictions: Controversies in Feminist Social Ethics**. Boulder, CO: Westview Press.
- Universal Declaration of Human Rights, 1948.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.550670.4746

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۴۷ تا ۶۷
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۱۴

پدیدهٔ غصب سایبری و طرق حل اختلاف مربوط بدان؛ با تمرکز بر سیاست متحدالشکل حل‌وفصل اختلافات نام دامنه

علی اسلامی‌پناه *، کامل تقی‌زاده **

چکیده

در حالیکه ظهور اینترنت مزایای فراوانی در تمامی حوزه‌های علمی و عملی به همراه داشته، با تسهیل امکان نقض حقوق مالکیت فکری چالش‌هایی را در این زمینه ایجاد نموده است. یکی از مصادیق شایع نقض حقوق مزبور پدیدهٔ سایبراسکاتینگ بوده که نویسندگان این مقاله را به بررسی طرق رسیدگی بدان سوق داده و سؤال اصلی شیوه‌های حل اختلاف ناشی از غصب سایبری را ایجاد نموده است. در پژوهش حاضر، نخست با روش توصیفی، مفاهیم علامت تجاری، نام دامنه و سایبراسکاتینگ مورد تعریف قرار گرفته‌اند و سپس با شیوه‌ای تحلیلی و مقایسه‌ای، فرایند رسیدگی به این دسته از دعاوی در مرکز میانجیگری و داوری وایپو با استناد به شیوه‌نامهٔ متحدالشکل حل اختلافات نام دامنه (آیکن) مورد بررسی و مقایسه با طرق موجود در برخی از نظام‌های ملی و منطقه‌ای قرار گرفته است. یافته‌های این پژوهش آشکار خواهد کرد در حالیکه با وجود اصل عام بودن صلاحیت محاکم قضایی تردیدی در امکان اقامهٔ دعوا در مراجع دادگستری ملی وجود ندارد اما معایب چنین طریقی از قبیل انتخاب مرجع صالح، قانون حاکم و اجرای احکام صادره همواره طرفین را به طریق داوری سوق داده است. دراین‌باره مقررات UDRP حاوی ضوابطی جهت رسیدگی به این قبیل دعاوی بوده که بسیاری از کشورها با بومی‌سازی قواعد آن سعی در حل‌وفصل قطعی دعاوی ناشی از ثبت نام دامنه مغایر با حقوق دارندهٔ علامت تجاری داشته‌اند؛ از آن جمله کشورهای انگلستان و استرالیا و اعضای آسه آن رویکردهای متفاوتی دارند.

واژگان کلیدی: نام دامنه، علامت تجاری، وایپو، آیکن، یو دی آر پی، ICANN

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
eslamip@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، پردیس بین‌المللی کیش، دانشگاه تهران، کیش، ایران
taqizadehk@gmail.com

مقدمه

در دهه‌های اخیر، جنبهٔ تجاری اینترنت به سرعت توسعه‌یافته است. امروزه صفحات وب توسط شرکت‌ها به‌منظور ارائهٔ اطلاعات در مورد محصولات و خدماتشان به شیوه‌ای بسیار مفیدتر از آنچه از طریق یک تبلیغ معمول و سنتی انجام می‌شد، مورد استفاده قرار می‌گیرد. همچنین شمار روزافزونی از مصرف‌کنندگان و مشتریان کالاها و خدمات مورد نیاز خود را از طریق وب‌سایت‌ها و تارنماهای فعال در آن حوزه سفارش داده و دریافت می‌نمایند. فروش اینترنتی برای طرفین رابطه قراردادی مزایای قابل‌توجهی داشته و لذا از پتانسیل رشد بالایی برخوردار است. طریق معمول دستیابی مشتری به صفحات وب فروشنده معمولاً بدین طریق است که وی نام یا علامت تجاری ارائه‌کنندهٔ کالا یا خدمات را به همراه دامنهٔ سطح بالای دات کام ترکیب نموده و بدین ترتیب سعی در ورود به موقعیت مجازی فروشنده می‌نماید. غالباً بدین طریق تارنمای متعلق به فروشنده قابل‌دسترسی خواهد بود. اگر بدین ترتیب موفقیتی در یافتن فروشنده حاصل نشد، مصرف کننده با استفاده از موتور جست‌وجو سعی در یافتن وب سایت فروشنده خواهد کرد. بدین ترتیب که کلمه‌ای از نام یا علامت تجاری متعلق به فروشنده را در صفحهٔ جست‌وجو وارد نموده و از بین صدها نتیجهٔ ارائه‌شده سعی در یافتن صفحه مورد نظر خود می‌نماید. چنین جست‌وجویی چندان نتیجهٔ دلخواه را برای مصرف کننده و تاجر دارندهٔ علامت تجاری خاص به همراه نخواهد داشت. در نتیجه بسیاری از تجار تمایل دارند که نام دامنه‌ای شامل علامت تجاری خود را ثبت نموده و از مزیت سهولت در شناخته شدن و به یاد ماندن در فضای سایبر بهره‌مند گردند.

تا همین اواخر، دریافت نام دامنه با دامنهٔ سطح بالای دات کام فقط از طریق شبکهٔ راه‌حل‌های اینک[1] قابل‌دریافت بود که مطابق اصل (تقدم در تقاضا، تقدم در حق) اقدام به ثبت نام دامنه بنا بر درخواست متقاضی می‌نمود. به مرور زمان شرکت‌ها و تجار متوجه ارزش اقتصادی نام دامنه شدند و هم‌زمان برخی از ایشان دریافتند که علامت تجاریشان توسط ثالث به‌عنوان نام دامنه مورد ثبت قرار گرفته است. لذا در نتیجه اقامهٔ دعوای تجار علیه مدیریت ثبت نام دامنه[2] در آمریکا، شیوه‌نامهٔ حل اختلاف نام دامنه[3] در ۱۹۹۵ توسط مرجع مزبور مورد تصویب قرار گرفت که همهٔ ثبت‌کنندگان نام دامنه مکلف به رعایت آن شدند (Bettinger, 1997: 510).

سپس نهاد دیگری تحت عنوان شرکت اینترنتی برای اسامی و اعداد اختصاص داده شده[4] معروف

1. Network Solutions, Inc. ("NSI")
2. Network solution Inc
3. Domain Name Dispute Policy
4. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

به ICANN که در ۱۹۹۸ تأسیس و شروع به فعالیت در این حوزه بر اساس قاعدهٔ سنتی تقدم در تقاضا، تقدم در حق نمود و در نتیجهٔ عدم نظارت کافی، پدیدهٔ سایبراسکاتینک که ثبت نام دامنهٔ هم‌سان با علامت تجاری غیر بود وارد عالم حقوق، تجارت و فضای سایبر شد. بروز اختلافات متعدد در حوزهٔ ثبت نام دامنه، شرکت ICANN را به سمت تدوین قواعدی متحدالشکل جهت حل اختلافات مذکور سوق داد و در نهایت مقررات متحدالشکل حل‌وفصل اختلافات مربوط به نام دامنه[1] معروف به UDRP در سال ۲۰۱۳ مورد تصویب هیئت مدیرهٔ آن قرار گرفت که امروزه مبنای رسیدگی و صدور رأی درخصوص دعاوی راجع به نام دامنه مطروحه در مرکز میانجیگری و داوری وایپو نیز می‌باشد. اگرچه دعاوی زیادی دراین‌باره در مرکز داوری وایپو و بر اساس قواعد و مقررات مذکور حل‌وفصل شده است، اما دسته‌ای دیگر از مدعیان و دارندگان علامت تجاری دعاوی خود را در مراکز داوری واقع در کشور خویش و مطابق مقررات ملی ایشان مطرح و حل‌وفصل می‌نمایند.

در پژوهش حاضر سعی بر این است که ضمن معرفی اجمالی علامت تجاری، نام دامنه و پدیدهٔ سایبراسکاتینگ، طرق دفع ضرر از دارندهٔ علامت تجاری شناسایی، مقررات UDRP معرفی و مقررات مشابه آن نیز مورد مطالعه قرار گیرد.

۱. معرفی مفاهیم نام دامنه و علامت تجاری

در نتیجهٔ ظهور و توسعهٔ اینترنت قسم جدیدی از دارایی‌های غیرملموس تحت عنوان «نام دامنه» ایجاد شد. جریان اطلاعات در بستر اینترنت با استفاده از پروتکل اینترنت[2] (IP) امکان‌پذیر است. هر منبع جاگرفته در اینترنت، از قبیل آدرس ایمیل، وب، فایل خاص و... آدرس خاص خود را دارد. یک بخش از این آدرس سایبری معروف به منبع‌یاب متحدالشکل[3] یا URL نام دامنه است (Esquire, 2016: 31). کارکرد نام دامنه محدود به تعیین آدرس در فضای سایبر نبوده و به‌عنوان علامتی در راستای شناسایی دارنده نیز مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد (Bettinger, 1997: 509; Pokorna, 2013: 118; Burshtein, 2012: 59; Khodosh, 2021: 182؛ صادقی، ۱۳۸۶: ۱۰۱).

در جوار نام دامنه، علامت تجاری وجود دارد که عبارت است از ابزار دیداری، شنیداری و یا آهنگین، که در یک بازار برای تمیز محصولات یا خدمات شرکت‌ها از یکدیگر مورد استفاده قرار می‌گیرد (Radack, 2002: 80؛ شمس، ۱۳۹۲: ۳۰). بنابراین علامت تجاری معرف کالا یا خدمتی است که صاحبان آن درصدد ایجاد تمایز میان کالا یا خدمت خویش از سایر کالاها و خدمات مشابه

1. Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy
2. Internet Protocol
3. Uniform Resource Locator

هستند (فصیحی زاده و همکاران، ۱۳۹۵؛ صالحی و مومنی تذرجی، ۱۳۹۴: ۳۰۷) و بدین ترتیب تجار با استفاده از علامت تجاری متمایز، ضمن دنبال نمودن اهدافی از قبیل کسب اعتبار، رقابت با سایر تجار، بازاریابی و جلب مشتری، به مصرف‌کننده نیز فرصت داشتن انتخابی مفید و مؤثر را می‌دهند (صادقی و طاهری فرد، ۱۳۹۴: ۱۵۶؛ کسنوی، ۱۳۹۵: ۸۹ و ۹۳).

با توجه به تعاریف ارائه شده، نام دامنه در مقایسه با علامت تجاری دارای ویژگی‌های منحصربه‌فردی است:

- تنها طریق تحصیل نام دامنه ثبت آن است؛ برخلاف علامت تجاری که حتی در فرض عدم ثبت نیز ممکن است مورد حمایت واقع شود.
- از ثبت محض نام دامنه هیچ گونه تعهدی برای ثبت کننده ایجاد نمی‌شود (Bettinger, 1997: 510; Korman, 2013: 26)، در حالی که حمایت از علامت تجاری موکول به وجود کالاها یا خدمات بوده و تنها در رابطه با کالا یا خدمات خاص اعطا می‌شود (ساورایی و پورمسجدیان، ۱۳۹۳: ۱۷۰).
- دارندهٔ نام دامنه حق دارد (و نه تکلیف) که از آن به هر طریقی که مایل است استفاده کند؛ برخلاف علامت تجاری. بنابراین نام دامنه برای مقاصد تجاری، آموزشی، اطلاعاتی، سرگرمی و غیره مورد استفاده قرار می‌گیرد (Korman, 2013: 27؛ صادقی، ۱۳۸۶: ۱۰۲).
- ماهیت خاص نام دامنه ایجاب می‌کند که حقوق اعطاشده به صاحبش از طریق ثبت، جنبهٔ جهانی یابد. به عبارت دیگر، در مورد ایجاد یک وب سایت با ثبت‌نام دامنه، این وب‌سایت به‌صورت جهانی قابل‌دسترس است. در حالی که حقوق مالکیت فکری محدود به قلمرو سرزمینی است (قربانی‌فر و الماسی، ۱۳۹۷: ۱۰۰؛ صادقی، ۱۳۸۶: ۱۰۳).
- در نتیجهٔ دسترسی جهانی، یک نام دامنه فقط یک بار در گسترهٔ اینترنت قابل‌ثبت است (صادقی [حسین]، ۱۳۸۶: ۱۲؛ صادقی، ۱۳۸۶: ۱۰۳) اما علامت تجاری در هر سرزمینی به‌صورت مجزا و از طرف اشخاص مختلف قابل‌ثبت می‌باشد. استقلال علائم در مادهٔ (۳) (۲)۶ کنوانسیون پاریس مورد توجه قرار گرفته و در رویهٔ قضایی ایالات متحده آمریکا نیز دیده می‌شود. به‌عنوان مثال در پروندهٔ پیرسون علیه کریسمن[1] دادگاه چنین اعلام نمود که: «مفهوم قلمرو سرزمینی مبنای حمایت از علامت تجاری است، حقوق مربوط به علامت تجاری در هر کشوری به‌صورت انحصاری و به تنهایی بر اساس طرح قانونی آن کشور ایجاد می‌شود.»

1. Person's Co V Christman

- بنابر ویژگی ثبت یک‌باره، موارد نقض نام دامنه در مقایسه با نقض علامت تجاری بسیار معدود خواهد بود.
- از نظر فنی کاملاً غیرممکن است که بتوان از نام دامنهٔ غیر، آن گونه که درخصوص تقلب[1] علامت تجاری مطرح می‌باشد سوءاستفاده نمود. تنها طریق نقض نام دامنه بدین ترتیب به‌صورت ثبت نام دامنه‌ای منطبق با نام دامنهٔ غیر، همراه با غلط‌های املایی شایع است که از آن تحت عنوان تایپسکاتینگ[2] یاد می‌گردد (Korman, 2013: 23).

حال با توجه به آنچه در معرفی علامت تجاری و نام دامنه مذکور افتاد، می‌توان دریافت که نقض علامت تجاری از طریق ثبت نام دامنه پدیدهٔ بسیار شایعی است که مهم‌ترین اشکال آن عبارتند از سایبراسکاتینگ[3]، تایپ اسکاتینگ، و متاتگ[4]؛ و پژوهش حاضر با تأکید بر سایبراسکاتینگ یا غصب سایبری، طریق حل اختلاف متمرکز بر قواعد متحدالشکل UDRP را مورد مطالعه قرار خواهد داد.

۲. بروز اختلاف میان نام دامنه و علامت تجاری در قالب سایبراسکاتینگ

معمول‌ترین شکل بروز اختلاف میان دارندهٔ علامت تجاری و ثبت‌کنندهٔ نام دامنه، سایبراسکاتینگ می‌باشد. عبارت سایبراسکاتینگ متشکل از دو بخش سایبر[5] به معنای مجازی و اسکات[6] به معنای چمباتمه زدن و نشستن بوده و مجموعاً به معنی ساکن شدن غیرقانونی در فضای مجازی می‌باشد (Oluwafemi Jemilohun, 2019: 86). به بیانی دیگر سایبراسکاتینگ یا غصب سایبری ناظر به فرضی است که شخصی با هدف واگذاری بعدی نام دامنه به قیمتی گزاف به دارندهٔ علامت تجاری یا سایرین، اقدام به ثبت‌نام دامنه منطبق با علامت تجاری می‌نماید (Moore, 2008: 222).

دعوای کامپ اگزماینر اینک علیه ژوریس اینک[7] که در دادگاه کالیفرنیا مطرح شد[8]، مصداقی از این‌گونه اختلاف است که در آن خوانده شرکت ارائه‌کنندهٔ نرم‌افزارها و سایر خدمات حقوقی حرفه‌ای بود و تحت نام دامنهٔ ژوریس وب‌سایتی را راه‌اندازی و در آن شروع به فعالیت نمود. اما چندی بعد از سوی شرکت دارندهٔ علامت تجاری ژوریس که دقیقاً در همان زمینه فعالیت می‌کرد مورد تعقیب قرار گرفت (Bettinger,1997: 513). تخلف مزبور در محاکم آمریکایی چنین تعریف شده است:

1. Passing-off
2. Typosquatting
3. Cybersquatting
4. Meta tag
5. Cyber
6. Squat
7. Comp Examiner Inc. V. Juris Inc.
8. U.S. District Court, C.S. California, April 26, 1996, Comp Examiner Agency v. Juris Inc., Civil Docket No. 96-0213-WMB, 1996 WL376600.

«ثبت عامدانه، همراه با سوءنیت و سوءاستفادهٔ نام‌های دامنهٔ اینترنتی در راستای نقض حقوق صاحب علامت تجاری». البته مهم‌ترین هدف این نوع نقض حق، فروش یا انتقال نام دامنهٔ ثبت‌شده در آینده به مالک علامت تجاری در قبال دریافت هزینه‌ای گزاف است.

باید اذعان داشت که انتخاب نام دامنه منطبق یا مشابه با علامت تجاری ثبت شده توسط اشخاص، محدود به رقبای تجاری نبوده و ممکن است فعالان در حوزه‌های متفاوت تجاری چنین رفتاری را مرتکب شوند. در این فرض نیز حمایت از ثبت‌کنندهٔ نام دامنه در مقابل دارندهٔ علامت تجاری مشروط به این است که ثبت و استفاده از نام دامنه با اصول مسلم اخلاقی تعارضی نداشته باشد (Bettinger, 1997: 515). دراین‌باره ثبت نام دامنهٔ کاخ سفید دات کام[1] با محتوای پورنوگرافی مثال قابل‌توجهی است (Whitman & Others, 1999: 11, 13). همچنین اختلاف میان نام دامنه و علامت تجاری به دو گونهٔ تصادفی و عمدی امکان‌پذیر است (بختیاروند و تدین سعدی، ۱۳۹۵: ۳۸). بنابراین صرف‌نظر از وحدت یا تفاوت در نوع تجارت دارندهٔ علامت تجاری و ثبت‌کنندهٔ نام دامنه، توجه به عنصر سوءنیت در روند حل اختلاف مؤثر خواهد بود.

۳. طرق حل اختلاف

بنا بر آنچه گفته شد شایع‌ترین شکل بروز اختلاف درخصوص نام دامنه، ناظر به حالتی است که علامت تجاری متعلق به شخصی، از سوی دیگری و به‌صورت عامدانه، به‌عنوان نام دامنه ثبت می‌گردد که از آن تحت عنوان غصب سایبری یاد می‌شود. در این فرض، قطعاً طرح دعوا از سوی مالک علامت تجاری مورد انتظار است. در ادامه ضمن بررسی طرق حل اختلاف، نسبت به معرفی تفصیلی و مقایسه‌ای روند داوری در این قبیل پرونده‌ها تأکید خواهد شد.

۳-۱. اقامهٔ دعوای قضایی در محاکم ملی

قدیمی‌ترین و در عین حال معمول‌ترین روش حمایت و اجرای حقوق اشخاص پیگیری قضایی در محاکم ملی است. نتیجهٔ چنین اقدامی تا حد زیادی بستگی به قانون ملی حاکم بر دعوا دارد. قانون‌گذار آمریکایی موارد خاص نقض علامت تجاری با استفاده از نام دامنه منطبق یا مشابه علامت تجاری را به رسمیت شناخته و محاکم آمریکایی با این استدلال که مراکز ثبت اکثر سطوح بالای دامنهٔ عمومی یعنی biz. و org. و com. و net. در این کشور قرار داشته و تنها مرکز ثبت info در ایرلند است که آن‌ها با بیشترین درصد سرمایهٔ آمریکایی مدیریت می‌گردد، خود را صالح به رسیدگی به دعاوی حقوقی مطروحه درخصوص نام‌های دامنهٔ واقعه در این سطح می‌دانند (ساورایی و پورمسجدیان، ۱۳۹۳:

1. www.whitehouse.com

۱۵۷). باید توجه داشت درخصوص دعاوی نقض علامت تجاری در فضای سایبر، با توجه به خصیصهٔ فرامرزی بودن نام دامنه از یک‌سو و قابلیت اجرای احکام صادره از مراجع ملی در خارج از مرزهای سرزمینی از سوی دیگر، مسئلهٔ صلاحیت مرجع رسیدگی کننده حائز اهمیت فراوان است؛ زیرا رأی صادره از دادگاه خارجی تنها در صورتی قابلیت شناسایی و اجرا خواهد داشت که از جانب دادگاه صلاح صادر شده باشد (مقصودی پاشاکی، ۱۴۰۰: ۳۳۵). همچنین با توجه به ضرورت وقوع نقض در درون مرزهای سرزمینی به‌عنوان شرط موجد صلاحیت موضوعی محاکم آمریکایی، و به‌ویژه در باب علائم تجاری خارجی، که حتی علامت تجاری نیز در خارج از مرزهای آمریکا ثبت شده است، صلاحیت دادگاه‌های آمریکایی در رسیدگی به این قبیل دعاوی منتفی به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً علامت در آن کشور ثبت نشده و ثانیاً صرف نقض در فضای مجازی را نمی‌توان مصداق نقض در سرزمین آمریکا تلقی نمود. اما از بعد صلاحیت شخصی، بدین معنا که اگر شخصی دارای ارتباط یا تماس با ایالت آمریکایی باشد، این ارتباط موجد صلاحیت شخصی خواهد بود، صلاحیت شخصی محاکم آمریکایی قابل‌طرح به نظر می‌رسد. نتیجه اینکه اگر علامت تجاری در آمریکا ثبت شده و در سرزمین آمریکا نیز نقض شده باشد، محاکم آمریکایی خود را از نظر موضوعی صالح به رسیدگی می‌دانند اما اگر علامت تجاری در خارج از آمریکا ثبت شده باشد، صرفاً در صورت وجود شرایط صلاحیت شخصی به پرونده رسیدگی خواهند کرد (قربانی‌فر و الماسی، ۱۳۹۷: ۱۰۲- ۱۰۳).

یکی از جدیدترین منابع قانونی حاکم بر دعاوی نقض علامت تجاری در آمریکا، قانون حمایت از مصرف کننده در برابر غصب سایبری[1] است که در ۱۹۹۹ در راستای اصلاح قانون لانهام ۱۹۴۶ به تصویب رسیده و صرفاً حاوی احکامی درخصوص یک نوع تجاوز سایبری می‌باشد که در آن ثبت‌نام دامنه، بدون قصد واقعی مبنی بر استفاده از علامت در فعالیت تجاری و همراه با قصد فروش نام دامنه در آینده به مالک علامت تجاری یا رقیب وی در ازای مبلغی گزاف صورت می‌پذیرد (Huff, 2021: 6). پیش از تصویب قانون مذکور، اختلافات راجع به ثبت‌نام دامنهٔ مغایر با حقوق علامت تجاری، بر اساس قوانین علامت تجاری یا قانون فدرال تضعیف علامت تجاری[2] مورد رسیدگی قرار می‌گرفت (Oluwafemi Jemilohun, 2019: 88-89) که حل اختلافات نوظهور بر اساس قواعد و اصول سنتی موجود در قوانین مذکور از یک‌سو و عدم توانایی مدعی در اثبات گمراه‌کننده بودن نام دامنهٔ ثبت شده از سوی دیگر، به دشواری امکان‌پذیر بود (Guo, 2014: 156; Moore, 2008: 225).

در قانون اخیر آمریکا سوءنیت یکی از ارکان اثبات مسئولیت ثبت‌کنندهٔ نام دامنهٔ همسان یا مشابه

1. Anticybersquatting Consumer Protection Act(ACPA)
2. Federal Trademark Dilution Act of 1995 (15 U.S.C. §1125(c))

علامت تجاری غیر می‌باشد و نُه عامل مثبِت سوءنیت به‌صورت تمثیلی مورد تصریح قرار گرفته که مرجع رسیدگی‌کننده با توجه به این عوامل مانند قصد شخص در فریب کاربران اینترنت، قصد بازفروش یا سایر انتقال‌های نام دامنه به دارندهٔ علامت تجاری، ماهیت نام‌های دامنهٔ دیگر ثبت شده توسط شخص مذکور می‌تواند وجود سوءنیت را در ثبت‌کنندهٔ نام دامنه احراز نماید (Guo, 2014: 158; Oluwafemi Jemilohun, 2019: 88). چنان‌که در پروندهٔ اسپورتی فارم علیه اسپورتمن مارکت[1]، شخصی نام دامنه‌ای منطبق با علامت تجاری دیگری را ثبت و سپس آن را به یک زیرمجموعهٔ جدیدالاحداث خویش منتقل نمود.[2] در این پرونده بدواً دادگاه بخش مستند به قانون منع تضعیف این کشور چنین رأی داد که اقدام خوانده در اتخاذ نام دامنهٔ "sporty's.com" برای فروش اینترنتی درخت کریسمس، به اعتبار و شهرت خواهان که دارندهٔ علامت تجاری اسپورتی من می‌باشد لطمه وارد کرده است. هم‌زمان با تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه، قانون جدید حمایت از مصرف کننده در مقابل تجاوز سایبری نیز مورد تصویب قرار گرفت که در این قانون اثبات وجود عنصر سوءنیت تأثیر بسزایی در مجرمانه شناخته شدن ثبت نام دامنه دارد. در پروندهٔ حاضر نیز شواهدی از قبیل اینکه ثبت‌کننده و منتقل‌الیه نام دامنه، هیچ گونه حق مالکیت فکری نسبت بدان نداشته، شرکت انتقال گیرنده تا نه ماه پس از ثبت نام دامنه، هنوز تأسیس نشده بوده؛ پس از اقامهٔ دعوای قضایی شروع به بهره‌برداری از نام دامنه و وب‌سایت موضوع دعوا نموده؛ و نهایتاً اینکه اگرچه که نام دامنه حاوی بخشی از اسم تجاری شرکت انتقال گیرنده بوده اما انتخاب نام شرکت عامدانه و پس از ثبت نام دامنه اسپورتی دات کام انجام شده، وجود سوءنیت در ثبت و استفاده از نام دامنه را اثبات می‌نمود. لذا رأی صادره از دادگاه بخش در دادگاه عالی مورد تائید قرار گرفت.[3] در پروندهٔ دیگری، وجود سوءنیت در ثبت صدها نام دامنه حاوی علامت تجاری و نام‌های تجاری معروف همراه با غلط املایی رایج احراز شد که بدین ترتیب کاربران اینترنت را به شماری از پنجره‌های تبلیغاتی هدایت می‌کرد و ثبت‌کننده از تبلیغ‌کنندگان در ازای هر بار کلیک توسط کاربران مبلغی دریافت می‌نمود (Korman, 2013: 35).

در حقوق آمریکا زیان‌دیده به دو طریق می‌تواند دعوای قضایی خویش را در محاکم این کشور مطرح نماید:

اول، اقامهٔ دعوای شخصی[4]؛ که در نتیجهٔ چنین دعوایی و در صورت پیروزی خواهان به طرق

1. Farm L.L.C. V Sportsman's Market, Inc.
2. Sporty's Farm L.L.C. v. Sportsman's Market, Inc. 202 F.3d 489; 2000 U.S. App. LEXIS 1246; 53U.S.P.Q.2D (BNA) 1570.
3. https://casetext.com/case/sportys-farm-v-sportsmans-market
4. In personam action

مختلف با نقض حق برخورد می‌شود:

۱. مطالبهٔ کلیهٔ سودهای خوانده، خسارات تحمیل شده به خواهان و هزینهٔ دادرسی؛

۲. صدور حکمی دال بر خسارت قانونی[1] بر اساس تشخیص دادگاه، به‌جای مطالبهٔ خسارات و سودهای واقعی ((1) (d) 1125 .U.S.C 15)؛ میزان خسارت قانونی قابل‌تعیین از سوی دادگاه از هزار تا صدهزار دلار متغیر می‌باشد (Guo, 2014: 158).

۳. صدور دستور موقت[2] بر اساس قاعدهٔ انصاف، از سوی مالک علامت تجاری معروف؛

۴. صدور رأی مبنی بر مصادره، لغو یا انتقال نام دامنه.

دوم، اقامهٔ دعوا از جنبهٔ عمومی[3]؛ که ناظر به حالتی است که دادگاه صلاحیت رسیدگی قضایی به شکل نخست را نداشته یا علی‌رغم داشتن صلاحیت، خوانده از سوی خواهان مشخص نشده یا اینکه متجاوز سایبری در خارج از مرزهای کشور خواهان می‌باشد. در این شکل از دعوا، با توجه به در دسترس نبودن خوانده، جبران خسارت به مصادره، لغو یا انتقال نام دامنه محدود می‌گردد. باید توجه داشت که نتیجهٔ دعوای مطروحه در این شکل قضایی، با ماحصل روند داوری، در فرض پیروزی خواهان کاملاً یکسان و منطبق می‌باشد (Korman, 2013: 37).

۲-۳. تشکیل پروندهٔ داوری مطابق مقررات متحدالشکل حل‌وفصل اختلافات نام دامنه

در حالی که درخصوص داوری‌پذیری دعاوی مالکیت فکری در نظام‌های حقوقی مختلف رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است (حبیبا و شوشتری، ۱۳۹۹: ۱۴۷)؛ درخصوص دعاوی راجع به پدیدهٔ سایبراسکاتینگ، در کنار روند قضایی و اقامهٔ دعوای در دادگاه، طریق ارزان و سریع داوری در مقررات یو دی آر پی[4] مورد توجه قرار گرفته است (Bettinger & Greimann, 2015: 44). مقررات UDRP حول محور سایبراسکاتینگ و با هدف حل اختلافات ناشی از آن (و نه سایر اشکال تجاوز سایبری) در سال ۱۹۹۹ با مشارکت ICANN و وایپو به تصویب رسید (Moore, 2008: 226) و هم‌اکنون از جانب مرکز داوری وایپو به‌عنوان قانون حاکم در حل‌وفصل این قبیل دعاوی مورد استناد قرار می‌گیرد.

سیستم داوری مزبور از زمان ایجاد تا سال ۲۰۲۰ تقریباً ۸۰۰۰۰ شکایت از طریق این پروسه حل‌وفصل نموده که بالغ بر نود درصد آن‌ها به زبان انگلیسی بوده است. مرجع رسیدگی‌کننده به‌صورت داور منفرد یا هیئت داوری سه‌نفرهٔ متخصص در حوزهٔ حقوق علائم تجاری می‌باشد. هزینهٔ معمول رسیدگی در این طریق ۱۰۰۰ دلار آمریکا است که نسبت به زمان، تخصص و خدمات

1. Statutory Damage
2. Injunctive relief
3. in rem
4. UDRP

حقوقی ارائه شده بسیار ناچیز به نظر می‌رسد. از نظر آماری، ۸۷درصد شکایات ثبت شده به نفع مدعی منجر به صدور رأی شده؛ که دراین‌باره نکتهٔ حایز اهمیتی وجود دارد و آن اینکه در این طریق حل اختلاف، سه چهارم شکایات بدون دریافت دفاع یا پاسخی از سوی خوانده مورد رسیدگی قرار گرفته که تقریباً تمام آن‌ها به پیروزی خواهان منتج شده است. اما درخصوص مواردی که خوانده نسبت به ارسال لایحهٔ دفاعی خود در بازهٔ زمانی مقرر اقدام نموده، نرخ پیروزی خواهان به ۶۶ درصد رسیده است (Vihikan & Others, 2021: 228)

باید توجه داشت که تمام پروسه و تصمیمات در مرکز داوری وایپو ماهیتی اداری داشته و انتخاب این رویه از جانب دارندگان علامت تجاری کاملاً اختیاری است، اما نسبت به متقاضی ثبت نام دامنه (که خواندهٔ دعاوی سایبراسکاتینگ می‌باشد)، پذیرش صلاحیت مرجع داوری اجباری خواهد بود؛ زیرا در زمان ثبت نام دامنه، قراردادی الحاقی از سوی مرجع ثبت‌کننده به متقاضی ارائه می‌گردد که یکی از بندهای قرارداد مزبور پذیرش صلاحیت مرجع داوری پیش‌بینی شده در قواعد متحدالشکل UDRP بوده و متقاضی ضمن امضای قرارداد، بند و شرط مزبور را نیز مورد پذیرش قرار داده است (Moore, 2008: 226).

۱-۲-۳. روند رسیدگی

رویهٔ مقرر در UDRP بدین ترتیب است که مدعی شکایت خود را به‌صورت الکترونیکی بارگذاری نموده و نسخهٔ فیزیکی آن را به مرکز وایپو تسلیم می‌نماید. تصویر شکایت ثبت شده از سوی وایپو برای خوانده نیز ارسال شده، به خوانده اخطار می‌شود که ظرف ۲۰ روز پاسخ خود را به‌صورت مکتوب برای مرکز ارسال نماید. در مرحلهٔ بعد، مرجع داوری تک داور یا هیئت داوری سه‌نفره تشکیل و ظرف ۱۴ روز تصمیم خویش را برای مرکز وایپو ارسال می‌کنند. تصمیم مذکور بر اساس شکایت ثبت شده و پاسخ ارسالی، بدون تشکیل جلسهٔ استماع حضوری، اتخاذ شده و در نهایت خواهان، خوانده و ICANN از آن مطلع می‌شوند (Vihikan & others, 2021: 230; https://www.wipo.int/amc/en/domains/guide/#a).

با داشتن ماهیت اداری، رویه‌های UDRP تنها به دو طریق لغو یا انتقال نام دامنه به خواهان از وی دفع ضرر می‌نماید و مطالبهٔ خسارت در این مقررات مورد پیش‌بینی و تصریح قرار نگرفته است. تصمیمات مرجع داوری وایپو دارای ساختار استاندارد و شامل هفت قسمت مجزاست که عبارتند از: طرفین دعوا، نام دامنه و ثبت‌کنندهٔ آن، روند تاریخی، پیشینهٔ واقعی، ادعاهای طرفین، مباحث و یافته‌ها، متن رأی. باید توجه داشت که آرای داوری به‌صورت عمومی منتشر می‌شود، ولی قسمت پیشینه و ادعاهای طرفین که به واقعیت‌ها و دلایل ارائه‌شده از سوی ایشان، در متن شکایت و لایحهٔ

دفاعی پرداخته، در متن منتشره در اختیار عموم قرار نخواهد گرفت.

اگرچه که خواهان قادر به مطالبهٔ خسارت تحت این طریق از پیگیری اداری نیست، تصمیم هیئت داوری به آسانی قابل‌اجرا می‌باشد. به عبارت دیگر رأی هیئت دارای شرط رسمی قابلیت اجرا است و نیاز به هیچ‌گونه شناسایی یا اجرا ندارد. اما در مقابل، خواندهٔ محکوم شده می‌تواند ظرف ده روز کاری از تاریخ ابلاغ رأی نسبت به اقامهٔ دعوا در دادگاه اقدام نموده و بدین ترتیب خود را از اجرای آن معاف نماید. در فرض اقامهٔ دعوا از سوی خوانده در دادگاه، الزامی به رعایت رأی هیئت داوری از سوی دادگاه نبوده و رسیدگی ماهوی مجددی صورت می‌پذیرد (Korman, 2013: 48- 49; Vihikan & Others , 2021: 229- 230).

همچنین باید توجه داشت که نتیجهٔ رسیدگی مرجع داوری به سهولت قابل‌پیش‌بینی نبوده و عوامل متعددی در احتمال پیروزی مدعی در این قبیل دعاوی مؤثر خواهد بود؛ به‌عنوان مثال نتیجهٔ تحقیقی نشان داده است که وجود توافق تجارت آزاد (FTA)[1] میان ایالات متحده آمریکا و سایر کشورها در نتیجهٔ پرونده‌های مطروحه تحت قواعد UDRP مؤثر واقع خواهد شد. نویسندگان مقالهٔ مذکور تلاش کرده‌اند تا با جمع‌آوری داده‌هایی از ۲۷۹۷ پروندهٔ داوری انجام شده بین سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۱۹ اثر وجود توافق تجارت آزاد را بر امکان پیروزی مدعی در دعاوی مربوط به نام دامنه مورد بررسی قرار دهند. در مطالعهٔ انجام شده محققین دریافتند که مدعی در کشورهای طرف موافقت‌نامهٔ تجارت آزاد، از احتمال پیروزی کمتری نسبت به خواهان مقیم در کشورهای فاقد چنین توافقی برخوردار بوده است (Bumgi, 2021: 400). ازاین‌رو و با توجه به توسعهٔ تکنولوژی و ظهور هوش مصنوعی، حتی در عرصهٔ تصمیم‌گیری‌های قضایی، پیشنهاد داوری هوشمند و خودکار در چنین پرونده‌هایی، که احتمال برنده شدن مدعی در دعوای نام دامنه را مورد بررسی و پیش‌بینی قرار می‌دهد، اگرچه درخصوص موارد بسیار ساده و مبتدی ممکن است راهکار مناسب و جالبی به نظر آید اما درخصوص پرونده‌هایی که پیچیدگی‌های بیشتری داشته و باید ابعاد و زوایای متعددی در آن مورد توجه قرار گیرد، نتایج حاصل از داوری هوشمند چندان محل اعتماد نخواهد بود (Vihikan, 2021: 228).

۲-۲-۳. شرایط اثبات ادعا در مقررات متحدالشکل حل‌وفصل اختلافات نام دامنه

خواهان دعوای مطروحه در مرجع داوری وایپو باید وجود چهار شرط را اثبات نماید: ۱. مالک علامت تجاری است؛ ۲. نام دامنه منطبق یا به طرز گمراه‌کننده‌ای مشابه علامت تجاری اوست؛ ۳. خوانده هیچ گونه حق یا نفع قانونی نسبت به نام دامنه ندارد؛ ۴. خوانده از روی سوءنیت اقدام به

1. Free Trade Agreement

ثبت و استفاده از نام دامنه نموده است (Vihikan, 2021: 229). بنابراین، مجموعهٔ مقررات مزبور صرفاً درخصوص ثبت نام دامنهٔ عامدانه، همراه با سوءنیت یا سوءاستفاده و تنها دربارهٔ نقض علامت تجاری (و نه سایر حقوق مالکیت فکری) قابل‌استناد و استفاده است. در ادامه هر یک از شروط مذکور به تفصیل مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

الف) خطر گمراهی: مطابق مصرحه موجود در بخش ۳۲ قانون لانهام، پس از اثبات مالکیت نسبت به علامت تجاری، مدعی باید ثابت نماید که نام دامنه با علامت تجاری وی یکسان بوده یا به طرز گمراه‌کننده‌ای مشابه علامت تجاری یا خدماتی اوست. در حالی که اثبات حالت نخست بسیار ساده می‌باشد، متقاعد نمودن مرجع تصمیم‌گیرنده درخصوص عنصر گمراه‌کننده بودن در حالت وجود شباهت میان علامت و نام دامنه با پیچیدگی و دشواری همراه بوده و مبنای تصمیم‌گیری دراین‌باره تشخیص یک مشتری معمول و عادی خواهد بود (احمدیان مقدم و جعفرزاده، ۱۳۹۶: ۱۴۴). باید توجه داشت که درخصوص وب‌سایت، سلب مسئولیت و درج شرایط مشابه تأثیری در تحقق مسئولیت نخواهد داشت (Korman, 2013: 36). بنابراین پیش‌نیاز درخواست صدور دستور موقت تحت قانون علامت تجاری، وجود خطر گمراهی است که با توجه به یکسانی یا مشابهت علامت تجاری با نام دامنه و یکسانی و مشابهت کالاها و خدمات دارندهٔ علامت تجاری و ثبت‌کنندهٔ نام دامنه مورد بررسی قرار می‌گیرد (Bettinger, 1997: 515). چنان‌که در پروندهٔ هری وینستون علیه کترمن[1]، هیئت و مرکز داوری و میانجیگری وایپو به این نتیجه رسید که نام دامنهٔ "hairywinston.com" به‌طور گمراه کننده‌ای با علامت تجاری هری وینستون مشابهت دارد. بدین ترتیب اگرچه که خوانده استدلال می‌نمود که ماهیت وب سایت او هیچ گونه ارتباطی با فعالیت دارندهٔ علامت تجاری ندارد اما از نظر هیئت داوری، عنصر گمراه کننده بودن در این نوع استفاده نیز قابل‌احراز می‌باشد.

علاوه بر این، محاکم آمریکایی یک دکترین معروف تحت عنوان «گمراهی اولیه در تشخیص منفعت»[2] را به رسمیت شناخته‌اند که تحت آن اگرچه کاربران اینترنت درخصوص منبع یا محتوای سایت رقیب گمراه نمی‌شوند اما چنین نام دامنه‌ای می‌تواند منجر به بهره‌برداری از حسن شهرت دیگری و تحصیل منافع تجاری به طریق غیرمنصفانه شود (Korman, 2013: 44). رویهٔ گمراهی اولیه در تشخیص منفعت با استراتژی طعمه و ترکه[3] یکسان است؛ که تحت آن مشتریان بدواً به سمت یک علامت خدعه‌آمیز هدایت می‌شوند و در نتیجه محصول دیگری غیر از آنچه بدواً به دنبال

1. Harry Winston Inc. and Harry Winston S.A. v. Jennifer Katherman, Case No. D2008-1267.
2. Initial interest confusion
3. Bait and Switch

آن بودند به آن‌ها معرفی می‌شود (Fritch, 2005: 4). نظریهٔ گمراهی اولیه به‌ویژه درخصوص نقض علامت تجاری با استفاده از ترفند متاتگ قابل‌استناد و استفاده می‌باشد که در پژوهشی مستقل بدان پرداخته خواهد شد.

ب) عدم وجود حق یا نفع قانونی نسبت به نام دامنه: یکی دیگر از مسائلی که باید در دعوای نقض حقوق مربوط به علامت تجاری از طریق سایبراسکاتینگ مورد بررسی قرار گیرد، وجود یا عدم وجود نفع و بهرهٔ قانونی از نام دامنه است. قواعد UDRP، به طریقی غیرانحصاری شامل مصادیقی است که ثبت نام دامنه را به‌صورت منصفانه توجیه می‌نماید؛ این مصادیق عبارتند از:

۱. قبل از هر گونه اخطار دال بر وجود دعوایی، ثبت کننده استفاده کند یا بتوان آمادگی وی در استفاده از نام دامنه در رابطه با عرضه با حسن‌نیت کالاها یا خدمات را احراز نمود؛ یا

۲. به‌طور عمومی به وسیلهٔ نام دامنه شناخته شده باشد؛ حتی اگر هیچ حقی درخصوص علامت تجاری یا خدماتی نداشته باشد؛ یا

۳. استفاده‌ای منصفانه یا قانونی غیرتجاری از نام دامنه داشته باشد؛ بدون قصد بهره‌برداری تجاری یا فریب مشتریان یا تضعیف شهرت علامت تجاری یا خدماتی.

برای تشخیص اینکه آیا نفع قانونی در ثبت نام دامنهٔ خاص وجود داشته یا خیر، همهٔ اوضاع و احوال مربوطه باید مورد بررسی قرار گیرد. ثبت‌کنندگان نام‌های دامنه اغلب سعی می‌کنند که ثبت همراه با سوءنیت خود را با خلق تصویری از وجود نفع قانونی در نام دامنه توجیه نمایند؛ لذا بررسی عوامل فوق در کشف عدم صداقت ایشان بسیار مهم و تاثیرگذار است (Korman, 2013: 45).

ج) ثبت یا استفاده همراه با سوءنیت: UDRP در پاراگراف 4 (b) لیستی غیرانحصاری از مصادیقی که میتواند دلیلی بر سوءنیت محسوب شود ارائه نموده است:

۱. اوضاع و احوالی که مؤید ثبت یا تحصیل نام دامنه با هدف اولیه فروش، اجاره یا سایر انتقالات نام دامنه ثبت شده به شاکی، یعنی مالک علامت تجاری یا خدماتی، یا به رقیب وی، در قبال دریافت عوضی گزاف و مازاد بر هزینه‌های ثبتی بوده است؛ یا

۲. ثبت نام دامنه با هدف منع دارندهٔ علامت تجاری یا خدماتی از انعکاس علامت در نام دامنه بوده، مشروط بر اینکه دارنده نام دامنه درگیر چنین الگوی رفتاری باشد؛ یا

۳. ثبت نام دامنه با هدف تخریب تجارت رقیب؛ یا

۴. استفاده از نام دامنه، به‌صورت عامدانه برای جذب نفع تجاری ناشی از هدایت کاربران اینترنت به‌سوی وب سایت شخصی یا موقعیت برخط شخصی دیگر، با ایجاد احتمال گمراهی و اشتباه با علامت تجاری شاکی به‌عنوان منبع، وابستگی، یا پشتیبانی وب سایت یا موقعیت،

محصولات، یا خدمات موجود روی سایت و موقعیت آنلاین دیگری (Huff, 2021: 6).

چنان‌که مذکور افتاد، ضروری است تمام وقایع همراه و نه صرف ثبت و استفاده از نام دامنه مورد بررسی قرار گیرد. مثلاً ثبت کنندهٔ نام دامنه پیشنهاد فروش آن را مطرح کند یا موضوع فعالیت ثبت کنندهٔ نام دامنه با فعالیت دارندهٔ علامت تجاری یکسان و در نتیجه با یکدیگر رقیب تجاری بوده باشند، خواه ثبت کنندهٔ نام دامنه بدان آگاه بوده یا منطقاً باید مطلع بوده باشد و نظایر آن. از سوی دیگر، حتی در موردی که ثبت کننده واقعاً از وجود علامت تجاری مطلع بوده و آگاهانه اقدام به ثبت نام دامنهٔ منطبق یا مشابه با آن کرده است، عدم احراز سوءنیت محتمل می‌باشد. چنان‌که در پروندهٔ هری وینستون، علی‌رغم این واقعیت که خوانده عامدانه نسبت به ثبت نام دامنهٔ مشابه با علامت تجاری معروف اقدام نموده ولی هدف وی از چنین انتخابی افتخار بدان بوده و لذا رفتار او فاقد عنصر سوءنیت در نظر گرفته شده است (Korman, 2013: 47).

۴. الگوبرداری منطقه‌ای و کشوری از مقررات متحدالشکل حل‌وفصل اختلافات نام دامنه

باید توجه داشت که روند داوری UDRP به‌صورت واحد و یکپارچه مورد استفاده قرار نگرفته و صرفاً الگویی در اختیار قانون‌گذاران کشوری و منطقه می‌باشد؛ ازاین‌رو در حالی که در بسیاری از قوانین ملی به‌عنوان قانون نمونه مورد الگوبرداری قرار گرفته اما در پاره‌ای جوانب با آن‌ها متفاوت است. دراین‌باره برخی قواعد میانجیگری و داوری اختلافات راجع به نام دامنه مورد معرفی و مقایسه با قواعد UDRP قرار خواهد گرفت.

۴-۱. خدمات حل‌وفصل اختلافات نام دامنه در انگلستان

برخلاف آمریکا، در حقوق انگلستان هیچ گونه مصوبهٔ مستقلی درخصوص برخورد با پدیدهٔ سایبراسکاتینگ وجود نداشته و اختلافات از این دست همچنان بر اساس قانون علائم تجاری مصوب ۱۹۹۴ این کشور مورد رسیدگی قرار می‌گیرند. همچنین در نظام حقوقی انگلستان، برخلاف آمریکا، اقامهٔ دعوا بدون تعیین خوانده امکان‌پذیر نبوده و حتماً باید دعوای مدعی خواندهٔ مشخصی داشته باشد. نهایتاً اینکه در این کشور، نام دامنه به‌عنوان مال به رسمیت شناخته نشده و ثبت کننده، مالک آن محسوب نمی‌گردد (Oluwafemi Jemilohun, 2019: 90). علاوه بر تفاوت‌های بنیادین میان حقوق انگلستان و آمریکا، روند حل اختلاف میان دارندهٔ علامت تجاری و ثبت کنندهٔ نام دامنهٔ این کشور نیز با قواعد متحدالشکل UDRP تفاوت‌های قابل‌ملاحظه‌ای دارد.

اگرچه در این کشور قانون مستقلی در مواجهه با پدیدهٔ سایبراسکاتینگ مورد تصویب قرار نگرفته

اما شیوه‌نامهٔ متحدالشکل حل اختلافات نام دامنه[1] در ۱۹۹۷ مورد تصویب قرار گرفت که نهاد نامینت[2] نقش میانجیگری غیررسمی را دراین‌باره ایفا می‌نمود که یک سوم دعاوی مطروحه نیز به پیروزی مدعی منجر می‌شد. بدین توضیح که درخصوص شکل شایع بروز اختلاف، یعنی ثبت همراه با سوءنیت نام دامنه‌ای منطبق یا به طرز گمراه کننده‌ای مشابه با علامت تجاری غیر، غالباً مدعی باید مبلغی به طرف مقابل می‌پرداخت تا تراضی راجع به انتقال نام دامنه به وی محقق می‌گردید. در غیر این صورت میانجیگری بدون برون‌داد قابل‌توجهی، عقیم مانده و مدعی چاره‌ای جز اقامهٔ دعوا در دادگاه نداشت (Brimsted, 2002: 202). بنابراین رویهٔ میانجیگری حاکم در حقوق انگلستان بیش از اینکه بر احقاق حق مدعی متمرکز باشد، حسب ماهیتش متکی بر تراضی طرفین بود.

امروزه، بدواً طرفین اختلاف به میانجیگری هدایت می‌شوند و همچنان این مرحلهٔ حل‌وفصل اختلاف برای ایشان وجود دارد. اما اگر میانجیگری موفقیت‌آمیز نبوده یا طرف مقابل حاضر به ورود بدان نشود، با پرداخت هزینه از سوی مدعی، موضوع جهت تصمیم‌گیری برای کارشناسی ارسال می‌گردد. بنابراین چنان‌که هویداست، در حقوق انگلستان روند کارشناسی به‌جای داوری به‌عنوان طریق حل‌وفصل اختلافات ناشی از ثبت نام دامنهٔ مغایر با حقوق علامت تجاری به رسمیت شناخته شده است که از آن تحت عنوان خدمات حل‌وفصل اختلاف با نام اختصاری[3] DRS یاد می‌شود. در مقایسهٔ میان روند داوری وایپو و روند کارشناسی انگلستان نکات ذیل حایز اهمیت است:

۱. در نظام ثبت نام دامنهٔ انگلستان نیز مانند آنچه در مقررات UDRP مورد پیش‌بینی قرار گرفته، ثبت کنندهٔ نام دامنه در حین انعقاد قرارداد ثبت، مکلف به پذیرش شرط حل اختلاف مطابق مقررات این کشور است. بنابراین در حالیکه دارندهٔ علامت تجاری مختار در طرح دعوا در قالب پذیرفته شدهٔ DRS می‌باشد، خوانده حق اعتراض بدان را ندارد زیرا پیش‌تر و به‌موجب قرارداد ثبت نام دامنهٔ آن را مورد پذیرش و امضا قرار داده است (Smith, 2011: 164).

۲. در هر دو طریق حل‌وفصل اختلاف، اثبات و احراز عنصر سوءنیت در نتیجهٔ رسیدگی تأثیر غیرقابل‌انکاری دارد.

۳. در حالی که در روند داوری وایپو سه رکن برای پیروزی در دعوا باید احراز شود که عبارتند از اثبات وجود نام دامنهٔ منطبق یا به طرز گمراه کننده‌ای مشابه با علامت تجاری، عدم وجود حق یا نفع قانونی ثبت کننده نسبت به نام دامنه، و وجود سوءنیت از سوی ثبت کننده؛ در روند کارشناسی

1. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
2. Nominet
3. Dispute Resolution Services

موجود در حقوق انگلستان صرفاً دو مسئله باید مورد اثبات قرار گیرد یکی اینکه مدعی، حقی قانونی نسبت به علامت تجاری منطبق یا مشابه با نام دامنه دارد و دیگر اینکه ثبت کننده در اقدام خویش سوءنیت داشته است. البته که مصادیق اثبات سوءنیت در هر دو سیستم حل اختلاف به یکدیگر نزدیک می‌شود.

۴. در خصوص زمان‌بندی رسیدگی باید توجه داشت که در روند حل اختلاف انگلیسی بدواً یک مرحلهٔ میانجیگری الزامی نیز وجود دارد؛ بدین ترتیب پس از ثبت شکایت از سوی مدعی، طرف مقابل باید ظرف ۱۵ روز بدان پاسخ دهد، سپس و در صورت تمایل، مدعی می‌تواند در مهلت ۵ روزه‌ای در مقابل دفاعیات ثبت شده پاسخ خویش را ارسال کند. پس از دریافت لوایح، میانجیگری غیررسمی ظرف ۱۰ روز انجام می‌شود؛ در صورت ناموفق بودن، کارشناس واحدی منتصب شده، مدعی هزینهٔ کارشناسی را می‌پردازد، و شخص منصوب ظرف ۱۰ روز اعلام نظر خواهد کرد.

۵. نتیجهٔ رسیدگی در هر دو طریق رسیدگی داوری و کارشناسی یکسان بوده و در صورت پیروزی مدعی منجر به صدور رأی دال بر الزام به انتقال، لغو یا معلق کردن نام دامنه خواهد شد.

۶. در حالی که آرای صادره از مرجع داوری وایپو قطعی و الزام‌آور است؛ آرای کارشناسی در طریق حل اختلاف انگلیسی قابل‌اعتراض در هیئت داوری متشکل از سه متخصص می‌باشد (Ibid; Moore, 2008: 228).

در مجموع باید اذعان داشت که برخلاف روند رسیدگی معمول، در حقوق انگلستان، سه مرحلهٔ میانجیگری، کارشناسی و در نهایت داوری برای حل اختلافات ناشی از نام دامنه به رسمیت شناخته شده و مورد اجرا قرار گرفته است.

۲-۴. قواعد حل‌وفصل اختلافات نام دامنه در استرالیا

اگرچه که قواعد حل‌وفصل اختلافات نام دامنه در استرالیا با علامت اختصاری auDRP از مقررات UDRP مشتق شده و این دو سیاست حاوی نقاط مشترک زیادی هستند، اما اولاً تفاوت آن دو در عبارت شناسی و ثانیاً جدایی میان رویهٔ هیئت‌های داوری، علی‌رغم یکسانی در عبارات استفاده شده قابل‌توجه است (Roy & Marsoof, 2016: 17; Davidson, 2020: 380). درخصوص تفاوت‌های مشهود میان این دو سیاست نکات ذیل حایز اهمیت است:

۱. در حالی که قواعد UDRP موارد ثبت شکایت را به وجود نام دامنهٔ منطبق یا به طرز گمراه‌کننده‌ای مشابه با علامت تجاری یا خدماتی شاکی محدود می‌کند، قواعد auDRP موارد ادعای خواهان را به نام دامنهٔ منطبق یا مشابه با «نام تجاری» نیز توسعه داده است؛ بنابراین تحت این قواعد دو دسته دعوا، از سوی دارندهٔ علامت تجاری و خدماتی و همچنین دارندهٔ نام تجاری علیه ثبت‌کنندهٔ

نام دامنه قابل‌طرح می‌باشد (Davidson, 2020: 380).

۲. تحت هر دو نوع سیاست شاکی می‌تواند دعوای خود را صرف‌نظر از محل ثبت علامت تجاری در مرجع داوری اقامه نماید؛ اگرچه که مجموعهٔ ضوابط auDRP صرفاً درخصوص نام‌های دامنهٔ استرالیایی مورد اعمال قرار می‌گیرد.

۳. قواعد UDRP به شاکیان اجازه داده که پیرو استفاده از علامت تجاری خاصی در هر حوزهٔ قضایی نسبت به اقامهٔ دعوا علیه ثبت کنندهٔ نام دامنه اقدام نماید؛ اما مرجع داوری تحت auDRP غالباً مصر به این عقیده است که باید منشأ استفاده از علامت تجاری مورد اختلاف نیز استرالیا باشد. بنابراین مرجع داوری استرالیایی در پی اعمال صلاحیت موضوعی بوده و از این جهت روند اتخاذی آن شبیه رویکرد محاکم ملی کشورهاست.

۴. در خصوص اثبات عدم وجود حق یا نفع قانونی برای ثبت کننده در نام دامنهٔ ثبت شده، هر دو نوع سیاست روند یکسانی را دنبال کرده‌اند. در هر دو سیاست بار اثبات به‌عهدهٔ مدعی است و البته هر دو دسته قواعد، فهرستی غیرانحصاری از دفاعیات ارائه کرده‌اند که در صورت وجود، حق یا نفع قانونی خوانده قابل‌احراز است. اولین دفاع به موردی می‌پردازد که خوانده قبل از اطلاع از وجود اختلاف، به درستی از نام دامنه استفاده کرده باشد. این دفاع در مقررات auDRP به‌گونهٔ دیگری بیان شده است و خوانده باید قبل از «اخطار» نسبت به وجود اختلاف، از نام دامنه به درستی استفاده کرده باشد.

۵. در حالی که هر دو سیاست عنصر سوءنیت را مورد توجه قرار داده و همچنین فهرستی غیرانحصاری از مصادیقی که مثبِت سوءنیت از جانب خوانده می‌باشد ارائه کرده‌اند، جنبه‌هایی در مقررات auDRP وجود دارد که نسبت به UDRP گسترده‌تر و در نتیجه مطلوب‌تر به حال مدعی به نظر می‌رسد.

۶. تفاوت دیگری که درخصوص عنصر سوءنیت مورد توجه می‌باشد اینکه مطابق قواعد UDRP شاکی باید اثبات کند که خوانده نام دامنهٔ مورد مناقشه را با سوءنیت ثبت و استفاده کرده است، در حالی که تحت قواعد auDRP کافی است که وجود سوءنیت در هر یک از مراحل ثبت یا استفاده اثبات شود. این تفاوت به طرز قابل‌توجهی به نفع خواهان در قلمرو قواعد استرالیایی خواهد بود (Roy & Marsoof, 2016: 30-35).

۳-۴. سیاست حل‌وفصل اختلافات نام دامنه در منطقهٔ «آ سه آن»

برخی از کشورهای عضو آ سه آن از قبیل مالزی، فیلیپین و سنگاپور نیز مقررات محلی خویش را برای حل‌وفصل اختلافات راجع به نام دامنه مورد تصویب قرار داده‌اند. در حالی که این مقررات

الگوبرداری گسترده‌ای از قواعد متحدالشکل UDRP محسوب است اما تفاوت‌های جزئی در شرایط ماهوی و شکلی رسیدگی به اختلافات به‌منظور تطابق با نیازهای محلی ایجاد شده است. لذا هر کشوری حسب شرایط و قواعد حقوقی حاکم تغییرات اندکی در مقررات داوری وایپو داده است؛ چنان‌که مالزی برخلاف مقررات UDRP، تنها دو شرط را برای پیروزی خواهان ضروری دانسته و آن اثبات تطابق یا مشابهت گمراه کننده میان نام دامنه و علامت تجاری از یک‌سو و ثبت یا استفاده همراه با سوءنیت از سوی دیگر است. چنان‌که هویدا است این شروط از دو جنبه با مقررات UDRP تفاوت دارند: اول اینکه در مقررات وایپو نداشتن حق یا نفع در ثبت نام دامنه از سوی خوانده نیز باید اثبات شود که در مقررات مالزی مطرح نشده است و دوم آنکه در مقررات وایپو اثبات سوءنیت در هر دو مرحلهٔ ثبت و استفاده لازمهٔ پیروزی خواهان در دعواست اما در ذیل مقررات مالزی کافی است که وجود سوءنیت در هر یک از دو مرحلهٔ ثبت یا استفاده اثبات گردد (Zainol, 2008: 28-29).

نتیجه

اگرچه حل اختلافات راجع به نام دامنه از طریق اقامهٔ دعوا در محاکم ملی نیز قابل‌تصور و امکان‌پذیر است اما در این طریق مسائلی از قبیل احراز صلاحیت دادگاه راجع به موضوع، انتخاب قانون حاکم بر دعوا، شناسایی و اجرای آن مطرح می‌گردد.

وجود موانع و مشکلات فوق از یک‌سو، نگرانی شرکت ICANN به‌عنوان نهاد ثبت کننده نام‌های دامنه از مسئولیت قضایی بعدی (در نتیجه اقامهٔ دعوی از سوی دارندهٔ علامت تجاری علیه وی) از سوی دیگر، موجب شد تا سازمان مذکور با مشارکت وایپو اقدام به تصویب مقررات متحدالشکل حل اختلافات نام دامنه نموده و مرکز داوری و میانجیگری وایپو به‌عنوان مرجع داوری در این مقررات تعیین گردد.

در راستای حل اختلاف ناشی از سایبراسکاتینگ، کشور انگلستان شیوه‌نامهٔ متحدالشکل حل اختلافات نام دامنه را تصویب و نهاد نامینت را به‌عنوان میانجی در حل‌وفصل دعاوی نام دامنه تعیین نمود. استرالیا مقررات UDRP را با اندکی تغییر برای مراجع داوری ملی خویش بومی‌سازی کرد و کشورهای عضو آ سه آن نیز مقررات مزبور را با اندکی تغییرات، متناسب با سیستم حقوقی خویش، مورد استفاده قرار دادند.

در حالی که تنها در معدودی از کشورها طرق دیگری، غیر از داوری به‌عنوان شیوهٔ حل اختلاف مورد استفاده واقع می‌گردد، در غالب کشورها مرجع داوری در قالب صدور رأی قطعی اقدام به حل‌وفصل اختلافات مذکور خواهد نمود.

در حالی که در برخی کشورها وجود سوءنیت در هر یک از مراحل ثبت یا استفاده از نام دامنه،

موجب مسئولیت ثبت‌کننده می‌باشد، در برخی دیگر اثبات وجود سوءنیت در هر دو مرحلهٔ ثبت و استفاده از نام دامنه برای تحقق مسئولیت لازم و ضروریست.

در خصوص ضمانت‌اجرای مورد پیش‌بینی در نظام‌های حقوقی مختلف نیز باید میان فرض اقامهٔ دعوا در دادگاه و حل اختلاف از طریق داوری، میانجیگری و یا کارشناسی قائل به‌تفکیک شد؛ در حالی که در فرض اقامهٔ دعوا در دادگاه شیوه‌های متعدد و متنوع حقوقی و کیفری برای برخورد با متجاوز سایبری وجود دارد، در طریق حل اختلاف از طرق دیگر، غالباً رأی به لغو یا انتقال نام دامنه به دارندهٔ علامت تجاری تنها طریق جبران خسارات وارده به مشارالیه می‌باشد.

در نهایت اینکه آرای صادره از محاکم داوری طبق قواعد معرفی شده قطعی و الزام‌آور بوده و با محدودیت مربوط به شناسایی و اجرای احکام ملی مواجه نیست اما در مقابل خوانده می‌تواند با طرح دعوا در دادگاه اعتبار رأی داوری را زیر سؤال برده و بدین ترتیب مانع اجرای آن گردد.

منابع

فارسی

- احمدیان مقدم، فرید و میرقاسم جعفرزاده (۱۳۹۶)، «معیارهای احراز نقض علامت تجاری بر اساس ضوابط عام مسئولیت مدنی و خصوصیات علائم تجاری در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا»، **فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی**، شمارهٔ ۸۵.
- بختیاروند، مصطفی و مهسا تدین سعدی (۱۳۹۵)، «کاوشی نو در نحوه حمایت از علامت تجاری در فضای سایبر با رویکرد تطبیقی»، **پژوهشهای حقوق تطبیقی**، دورهٔ ۲۰، شمارهٔ ۲.
- حبیبا، سعید و زهرا شوشتری (۱۳۹۹)، «نظم عمومی و داوری پذیری دعاوی مالکیت فکری»، **مجله حقوقی دادگستری**، شمارهٔ ۱۱۰.
- ساورایی، پرویز و فاطمه پورمسجدیان (۱۳۹۳)، «تبیین ماهیت حقوقی و اختلافات نام دامنه»، **دانشنامه حقوق و سیاست**، شمارهٔ ۲۲.
- شمس، عبدالحمید (۱۳۹۲)، **حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی**، چاپ دوم، تهران: سمت.
- صادقی، حسین (۱۳۸۶)، «نام‌های دامنه و مسئولیت مدنی ناشی از نقض علامت تجاری»، **فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی**، شمارهٔ ۴۱.
- صادقی، محسن (۱۳۸۶)، «بررسی نامهای دامنه از منظر حقوق مالکیت فکری با نگاهی به حقوق ایران»، **فصلنامه فقه و حقوق**، شمارهٔ ۱۳.
- صادقی، محسن و روح‌اله طاهری‌فرد (۱۳۹۴)، «مبانی حقوقی حمایت از علائم تجاری: نگاهی نقادانه به رأی صادره در پرونده شرکت آمریکایی هرشی و شرکت ایرانی شکوپارس»، **پژوهشنامه بازرگانی**، شمارهٔ ۷۶.
- صالحی، جواد و احسان مومنی تذرجی (۱۳۹۴)، «علائم تجاری بویایی: جلوه‌ای نوین در حمایت حقوقی از علائم تجاری»، **فصلنامه حقوق خصوصی**، دوره ۱۲، شمارهٔ ۲.
- فصیحی زاده، علیرضا، احسان مومنی تذرجی و محمد باقرپور (۱۳۹۵)، «بررسی تطبیقی شروط ماهوی علائم تجاری با تأکید بر علائم رنگی و سه بعدی»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۷، شمارهٔ ۲.
- قربانی فر، مریم و نجادعلی الماسی (۱۳۹۷)، «صلاحیت قضایی بر نقض علائم تجاری در فضای مجازی در رویه قضایی آمریکا»، **فصلنامه علمی راهبرد**، سال ۲۷، شمارهٔ ۸۶.
- کسنوی، شادی (۱۳۹۵)، «مبانی حمایت از علامت تجاری از زاویه مطالعات میان رشته‌ای حقوق و اقتصاد»، **فصلنامه مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی**، دوره ۸، شمارهٔ ۲.
- مقصودی پاشاکی، رضا (۱۴۰۰)، «بررسی صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی در فرایند شناسایی و اجرای آرای خارجی»، **مجله حقوقی دادگستری**، ش۱۱۶.

انگلیسی

- Bettinger, Torsten, (1997), "Trademark Law in Cyberspace- the Battle for Domain Name", **International review of Industrial Property and Copyright Law**, Vol. 28, No. 4.
- Bettinger, Tortsen; Greimann, Volker, (2015), "Organizational Structure and Functions of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)", book chapter of **Domain Name Law and Practice,** Oxford University

Press.
- Brimsted, Kate; Solicitor; Smith, Herbert, (2002), "UK Domain Name Disputes- Still a Cybersquatter's Charter?" **Computer Law & Security Report** 18, No. 3.
- Burshtein Sheldon, (2012), "Is a Domain Name Property?" **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 1, No. 1
- Bumgi, Min; Wang, Ryan Yang; Bai, Yang; Grzeslo, Jenna; Jayakar, Krishni; (2021), "Impact of Free Trade Agreement on Internet Domain Name Arbitration Cases: a cross-national Comparison of Dispute Resolution Policy", **Policy and Internet**, Vol. 13, Issue: 3.
- Davidson, Alan, (2012), au. Dispute resolution Policy (auDRP), book chapter of: **The Law of Electronic Commerce**, Cambridge University Press.
- Esquire, Susan Anthony, (2016), "What You Really Should Know about Trademark and Domain Name", **Global Intellectual Property Academy Office of Policy and International Affairs**.
- Fritch, D. M. (2006), "Searching for Initial Interest Confusion in Trademark Protection in Cyberspace", **Pittsburgh Journal of Technology Law &Amp; Policy**, 6.
- Huff, Chris A, (2021) "License and registration: how both property and contract legal frameworks fall short on interpreting domain name registration under the US Anticybersquatting Act", **Information and Communications Technology Law**.
- Guo, Yimeei, (2014), Research on Selected China's Legal Issues of E-Business.
- Khodosh, A. V., (2021), "Domain Name Dispute Arising from Trademark Infringement: Possible Ways of Their Resolution", **Juridical Scientific and Electronic Journal**.
- Korman, Tomas, (2013), **the Relationship between Domain Names and Trademarks**, L.L.M. Short Thesis, Central European University.
- Moore, Mairead, (2008), "Cybersquatting: Prevention better than cure?" **International Journal of Law and Information Technology**, Vol. 17 No. 2.
- Oluwafemi Jemilohun, Bernard, (2019), "Legislating Against Cybersquatting in Nigeria: Moving Beyond Penal Law into Protective and Compensational Remedies", **Journal of Law, Policy and Globalization**, Vol. 84.
- Pokorna, Jarmila, (2013), "Trade name and Trademark versus Domain", **Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae**, Vol LXI.
- Radack, David V, (2002), "Likelihood of Confusion— the Basis for Trademark Infringement", **Springer Science & Business Media,** Vol. 54.
- Roy, Alpana; Marsoof, Althaf, (2016), "A Critical and Comparative Review of auDRP and UDRP Domain Name Decisions", **The Journal of World Intellectual Property**, Vol. 19.
- Smith, L, (2011), "Nominet Dispute Resolution Service decisions subject to review by the courts", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 7.
- Vihikan, Wayan Oger; Mistica, Meladel; Levy, Inbar; Christie, Andrew F; Baldwin, Timothy, (2021), "Automatic Resolution of Domain Name Disputes", **Natural Legal Language Processing Workshop**.
- Whitman, Michael E.; Townsend, Anthony M.; Aalberts Robert J., (1999), "Cybersquatting: A Case of First Come/First Served or Piracy on the Cyber-Seas?", **Information Systems Security**, Vol. 8.
- Zainol, Zinatul A., (2008), "Domain Name Dispute Resolution Policy in ASEAN: An Appraisal of the Position in Malaysia and Selected Member Countries", **International Journal of Law and Information Technology**, Vol. 18, No. 1.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.551344.4762

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۶۹ تا ۹۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۲

امکان‌سنجی اثرگذاری پاسخ‌های ترمیمی در قبال بزهکاری تروریستی

عرفان باباخانی*

چکیده

پدیدهٔ تروریسم از اواخر قرن بیستم میلادی فراگیر شده است و عموماً آسیب ناشی از ارتکاب چنین جرایمی ناظر بر تهدید امنیت جامعه می‌باشد. مطالعهٔ تطبیقی سیاست جنایی ملّی و فراملّی در برابر پدیدهٔ تروریسم بیان‌نگر این نکته است که رویکرد غالب و حاکم، رویکردی امنیت‌محور است؛ بدین‌صورت‌که بزهکاران تروریستی به‌عنوان «بزهکار خطرناک» و «اصلاح‌ناپذیر» توصیف شده و حتی در صدر بزهکاران خطرناک قرار گرفته و بر پایهٔ یک فلسفهٔ کیفری سزادهنده، بازدارنده و ناتوان‌ساز با آن‌ها رفتار می‌شود. اما به نظر پاسخ کارآمد به تروریسم نمی‌تواند صرفاً به برخورد کیفری مبتنی بر سزادهی و تسامح صفر منحصر گردد؛ بلکه باید جهت پایه‌ریزی یک گفتمان ترمیمی با هدف ترویج اصلاح و بازپروری مرتکبان، پیشگیری از تکرار جرم و جبران خسارات بزه‌دیده اقدام نمود. تلاش پژوهشگر بر آن است تا با نگاهی بیشینه‌خواه، با تمرکز بر تجربهٔ حقوق خارجی، از نظریهٔ «امکان ترمیمی‌سازی سیاست کیفری ضدّتروریستی» دفاع کرده و به‌عنوان راهبردی موازی با عدالت کیفری به قانون‌گذار معرّفی کند. نگارنده با رویکردی توصیفی ـ تحلیلی استدلال می‌کند که سیاست‌های برآمده از نظریهٔ حقوق جنایی دشمن‌مدار و سرکوب‌گر، نمی‌تواند به راهبرد اصلی سیاست جنایی ضدتروریستی تبدیل شوند، بلکه راهبرد جنایی مناسب جهت رویارویی با بزهکاری تروریستی، طراحی یک سیاست جنایی ترکیبی به‌منظور استفادهٔ تلفیقی از ضمانت‌اجراهای ترمیمی و کیفری، حسب شخصیت و وضعیت بزهکاران تروریستی است. در این رهیافت ترکیبی به‌صورت موازی امکان کاربست برنامه‌های عدالت ترمیمی و پاسخ‌های تنبیهی در قبال بزه‌های تروریستی وجود دارد. و در صورت شکست فرایند و پاسخ ترمیمی همواره می‌توان فرایند کیفری و پاسخ تنبیهی را دنبال کرد.

واژگان کلیدی: عدالت ترمیمی، پاسخ‌دهی ترمیمی، افراط‌زدایی ترمیمی، حقوق جنایی تروریسم

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی و عضو مرکز مطالعات حقوقی، دانشگاه پاریس نانتر، فرانسه
babakhani_erfan@yahoo.com

مقدمه

عدالت ترمیمی پارادایم (دیدمان) نوینی در سپهر دانش حقوق است که از حدود دههٔ ۱۹۷۰ میلادی و به‌منظور حل بحران‌های کیفری نوین[1]، توان‌مندسازی و حمایت از بزه‌دیدگان جرم، ترمیم گسست‌های اجتماعی ناشی از جرم، بازپروری بزهکاران و مشارکت‌دادن تمام سهام‌داران جرم[2] در حل مسئلهٔ جرم و... ظهور کرده و به‌تدریج جهانی شد. در پرتو این آموزهٔ نوپیدا، نگرش انسان به جرم، بزهکار، بزه‌دیده و کیفر دگرگون شده و خوانش ترمیمی نو از هر یک ارائه می‌شود که در میانه‌روترین حالت منجر به کاهش کیفرگرایی (رهیافت نظری بیشینه‌خواه)[3] و در ناب‌ترین حالت منجر به براندازی نظام عدالت جنایی و دراندازی نظام عدالت ترمیمی می‌شود (رهیافت نظری ناب‌خواه)[4]. به همین جهت سخن از یک «انقلاب حقوقی ترمیمی» نه‌تنها ناروا نیست، بلکه بیان‌گر تمام آرمان و هدف عدالت ترمیمی است. به‌بیان دیگر، عدالت ترمیمی به‌دنبال ایجاد یک «نظم حقوقی ترمیمی» به‌موازات (رویکرد موازی‌سازی) و یا به‌جای (رویکرد جانشین‌سازی) «نظم حقوقی تنبیهی» است. بنابراین، از منظر آینده‌شناسی حقوقی می‌توان چنین نوشت که حقوق آینده به‌تدریج سیما و سرشت ترمیمی به خود گرفته و از درون‌مایه‌ها و سیمای تنبیهی خود خواهد کاست و این جلوه‌ای از فرایند متمدن شدن جوامع بشری است. این بدان معنا است که در بعد «حقوق شکلی/ آیینی»، آیین‌های دادرسی از الگوهای دادرسی تنبیهی به‌سمت الگوهای دادرسی ترمیمی، و در بعد «حقوق ماهوی/ سرشتی»، احکام و ضمانت‌اجراها و پاسخ‌ها، از الگوی ضمانت‌اجراها و پاسخ‌های تنبیهی به‌سمت ضمانت‌اجراها و پاسخ‌های ترمیمی پیش خواهند رفت. این دو تحول ترمیمی شکلی و ماهوی می‌تواند زمینه‌ساز ظهور «جامعه‌های ترمیمی» در تاریخ تمدن بشری گردد؛ آرمانی که امروزه با آغاز ساخت «شهر ترمیمی» در شماری از کشورهای جهان، مانند انگلیس، بلژیک، استرالیا، ایران (مشهد، یزد، ایلام) و... به‌تدریج از رویا به واقعیت تبدیل می‌شود. هرچند که تا رسیدن به یک «اتوپیای/ آرمان‌شهر ترمیمی» راه بسیار دور و درازی باقی است، ولی با اعتلای فرهنگ و اخلاق بشری، رسیدن به آن نیز «ممکن» است و نباید تشکیل آرمان‌شهر ترمیمی را «مُمتنع» دانست.

در میدان عمل نیز گزارش‌های منتشرشده از تجربهٔ اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی در جهان معاصر بیان‌گر موفقیت نسبی و رو به رشد آن است. اگرچه برنامه‌های عدالت ترمیمی در آغاز به‌منظور رسیدگی و پاسخ‌دهی به جرایم خفیف و کم‌اهمیت و بزهکاری بزهکاران خردسال و کم‌خطر

1. La crise de politique criminelle.
2. Les protagonistes de crime.
3. La conception puriste.
4. La conception maximaliste.

به‌کار برده می‌شد، ولی به‌تدریج و با اثبات موفقیت و اثربخشی این برنامه‌ها، اعتماد سیاست‌گذاران جنایی به این برنامه‌ها افزایش یافته و روزبه‌روز بر گسترهٔ صنفی (توسعه از دعاوی جنایی به دعاوی مدنی، اداری و صنفی)، گسترهٔ موضوعی (توسعه از جرایم خفیف به جرایم شدید)، گسترهٔ مکانی و جغرافیایی (توسعه از کشورهای شمال اروپا، استرالیا و جوامع بومی به سراسر جهان)، گسترهٔ سطحی (توسعه از دادرسی داخلی به دادرسی‌های منطقه‌ای و بین‌المللی)، گسترهٔ زمانی (توسعه از مرحلهٔ رسیدگی به تمام مراحل دادرسی)، گسترهٔ نهادی (توسعه از نظام قضایی به نهادهای غیرقضایی و اداری و پلیسی)، گسترهٔ شخصی (توسعه از بزهکاران خردسال و کم‌خطر به بزهکاران بزرگ‌سال و پرخطر)، گسترهٔ برنامه‌ای (توسعه از میانجیگری به دیگر برنامه‌های ترمیمی) و... آن افزوده شد.[۱] در پرتو همین رویکرد توسعه‌ای و گسترش روزافزون عدالت ترمیمی است که امروزه سخن از امکان استفاده از برنامه‌های عدالت ترمیمی در قبال جرایم شدید و بزهکاران خطرناک است. برای مثال، نتایج پژوهش‌های تجربی لاتمیر و همکارانش در سال ۲۰۱۱ نشان داد که بیشتر از ۷۰ درصد از مطالعات ثابت نموده‌اند که با اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی، در مقایسه با عدالت کیفری سنتی، تکرار جرم کاهش یافته و بزه‌دیده و مرتکب از نتایج فرایند رضایت داشتند (Dieu, Ferri, 2015: 80). برای نمونه، لود والگریو ـ جرم‌شناس بلژیکی و از نظریه‌پردازان عدالت ترمیمی ـ بر این باور است که «شدت و سنگینی عمل مجرمانه نمی‌تواند پیش‌فرضی ضدّ اجرای عدالت ترمیمی تلقّی شود، بلکه بر عکس با توجّه به اینکه جرایم سنگین باعث رنج و خسارت بیشتر می‌شوند، ترمیم روابط و جبران خسارات در چنین مواردی ضروری‌تر تلقی می‌شود» (Walgrave, 2008: 133). بنابراین، شدید بودن جرم ارتکابی و یا خطرناکی مجرم توجیه قابل‌قبولی برای مستثنا کردن بزهکاران و بزه‌دیدگان جرایم شدید از برنامه‌های ترمیمی نیست. در راستای کارآمدی این برنامه‌های ترمیمی کشورهای اسپانیا و ایتالیا این اقدامات ترمیمی را در جرایم تروریستی اجرا نموده‌اند که این رویکرد غیرکیفری اثربخش بوده است. نتایج این برنامه‌ها منتج به آشتی و ترمیم همهٔ شرکت‌کنندگان (طرفین عمل مجرمانه) و به‌ویژه شاهدان عینی، به رسمیت شناختن رنج بزه‌دیدگان توسط مرتکبان و تأمین امنیت خاطر آن‌ها شده است (Soulou, 2018: 354).

۱. توسعهٔ پرشتاب عدالت ترمیمی یادآور این سخن جان هوارد زهر ـ پدر عدالت ترمیمی – است که می‌گوید: «حوزه و دامنهٔ اجرایی فعلی عدالت ترمیمی مثل یک قطرهٔ کوچک آب در دهه ۱۹۸۰ آغاز شد، قبل از این که تبدیل به رودخانه‌ای گسترده‌تر شود که از ورودی‌های مختلف تغذیه می‌شود» (Zehr, 2002: 62). حتی امروز دیگر نه صبحت از قطره و رودخانهٔ ترمیمی، بلکه باید از تشکیل یک اقیانوس عدالت ترمیمی سخن گفت.

اما چالش و پرسش اصلی در رابطه با توسعهٔ عدالت ترمیمی به جرم‌های شدید و خشن این است که آیا عدالت ترمیمی می‌تواند به حوزهٔ مبارزه با تروریسم نیز توسعه پیدا کند یا خیر؟ با فرض اینکه پاسخ این پرسش مثبت باشد و راهی انتخاب شود که عدالت ترمیمی را در این موارد تجویز می‌کند، پرسش دومی خلق می‌شود که مکمّل پرسش قبلی است و آن نیز اینکه، در این صورت، از کدام برنامه‌های ترمیمی می‌توان جهت رسیدگی و پاسخ‌دهی به رفتارهای تروریستی استفاده کرد؟ فرضیهٔ نگارنده در برابر پرسش نخست، امکان توسعهٔ عدالت ترمیمی به جرایم تروریستی است. البته ترمیمی‌سازی سیاست جنایی تروریستی به‌صورت کامل و در مورد همهٔ تروریست‌ها ممکن نیست. در نتیجه، حتی اگر نتوان از «امکان مطلق» آن دفاع کرد، می‌توان از «امکان نسبی» آن دفاع کرد. در برابر پرسش دوم نیز فرض بر آن نهاده شده است که می‌توان هر برنامهٔ ترمیمی موجود را به جرم‌های تروریستی نیز توسعه داد و از این جهت نیازی به برنامه‌های ترمیمی افتراقی نیست. پاسخ به هر یک از این دو پرسش اصلی سازندهٔ درون‌مایهٔ این نوشتار است. برای این منظور، نگارنده تلاش می‌کند با استفاده از داده‌ها و اطّلاعات گردآوری‌شده از اسناد و کتابخانه‌ها و منابع اینترنتی و روش پژوهش تحلیلی ـ توسعه‌ای به این دو پرسش پاسخ دهد. در همین راستا، در بخش یکم تلاش می‌شود امکان‌سنجی مداخلهٔ ترمیمی در بزه‌های تروریستی تجزیه و تحلیل گردد. در بخش دوم نیز تلاش می‌شود تا بر اساس پاسخ پرسش نخست، به چگونگی اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی در برابر جرایم تروریستی پرداخته شود.

۱. امکان‌سنجی مداخلهٔ ترمیمی در بزه‌های تروریستی

در ابتدای امر شاید به نظر رسد که برنامه‌های عدالت ترمیمی بیشتر در جرایم خرد (علیه اموال و اشخاص) امکان اجرا دارند و در جرایم خشونت‌آمیز و جرایم تروریستی، موضوعیتی نداشته باشند و یا این برنامه‌ها را محدود به جرایم خرد دانست و نه جرایم مهمی مانند جرایم تروریستی که پاسخ سزاگرایانه را می‌طلبد. در توجیه این نگرش استدلال می‌شود که در برخی جرایم شدید، امنیت و نظم اجتماعی مختل شده است[1] و امکان جبران و اعادهٔ وضع سابق وجود ندارد. در این راستا دولت‌ها با توجیه برقراری امنیت در برخورد با جرایم تروریستی به سرکوب و طرد مرتکبین آن برای استقرار امنیت کشور می‌پردازند «که اصرار بر تداوم چنین رویکردی تنها بر شدت و وخامت اوضاع منجر می‌شود» (میرمحمدصادقی و قدیری بهرام‌آبادی، ۱۳۹۴: ۳۷). باید توجه داشت که داشتن جامعه امن تبدیل

۱. این ویژگی در مادهٔ ۴۲۱-۱ قانون مجازات فرانسه نیز بیان شده است. طبقِ این ماده، «اقدام فردی یا جمعی که هدف آن اخلال شدید نظم عمومی از طریق ارعاب یا ترور است، تروریسم محسوب می‌شود» (تأکید از نگارنده است).

به جامعه امنیتی نشده و توجه به رعایت مقتضیات عدالت کم‌رنگ نشود چراکه امنیتی شدن فضای جامعه ممکن است نتیجهٔ عکس داده و منجر به کینهٔ جامعهٔ محلی و برچسب‌زنی به آن‌ها شود. اما این مسئله نیازمند بررسی بیشتر است چراکه از یک سو امنیت و صلح اجتماعی حتی با ارتکاب جرایم شدید قابلیت بازگشت دارد و وضعیت ناامنی که به‌واسطهٔ اقدام تروریستی به وجود آمده است تا ابد باقی نمی‌ماند. از سوی دیگر «متهم با هدایت مقامات قضایی می‌تواند اعادهٔ وضع سابق کرده و خسارات ناشی از جرم ارتکابی را تا حد امکان جبران نماید» (Deymie, 2018: 79).

۱-۱. توجیه پاسخ‌های ترمیمی در بزه‌های تروریستی

اگرچه انتخاب رویکرد سزاگرایانه و کیفر جرم تروریستی امری بدیهی است و برای اهداف پیشگیرانه اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد، اما نمی‌تواند به اندازهٔ کافی ابعاد روانی و جامعه‌شناختی تروریسم و پیامدهای آن را بررسی و به‌طور مؤثر با آن مقابله کند. بنابراین، در موارد جرایم شدید، مثل جرایم تروریستی، کیفر به‌طور قطع یک راه‌حل در دسترس است[1]. اما این مسئله نمی‌تواند مانع اجرای موازی و هم‌زمان سازوکار ترمیمی باشد[2]، زیرا توجه و تمرکز، فراتر از خود جرم تروریستی و مرتکبان آن، باید بر بزه‌دیدگان اقدامات تروریستی و نیازهای آن‌ها باشد (Wemmers, 2018: 34). در واقع، کارکرد کیفر در جرایم تروریستی صرفاً سزادهی است و ابزاری برای طرد مرتکب قلمداد می‌شود. به‌علاوه، حقوق جنایی سرکوبگر و ضدتروریسم گاهی با آیین دادرسی منصفانه تعارض پیدا می‌کند (مهرا و کارگری، ۱۳۹۳: ۵۶) و حقوق متهمان چندان رعایت نمی‌شود.

جرایم تروریستی به‌دلیل استفادهٔ کور از خشونت و از این نظر که اغلب دارای بزه‌دیدگان مستقیم اتفاقی هستند (یعنی آن‌ها هدف اصلی حملات را تشکیل نمی‌دهند اما به‌طور تصادفی برای دادن پیامی انتخاب می‌شوند)، با دیگر جرایم متفاوت‌اند. بنابراین مرتکب جرم با بزه‌دیده اختلاف و مشکلی ندارد. این پیام در واقع، انتشار یک احساس شدید رنج و ترس نه فقط به بزه‌دیدگان مستقیم و نزدیکان آن‌ها، بلکه به کل جامعه با قصد سیاسی، مذهبی یا ایدئولوژیک است (فیرحی و ظهیری، ۱۳۸۷: ۱۴۸). هدف جرایم تروریستی اختلال در زندگی و همبستگی اجتماعی با ایجاد ترس گسترده است. بنابراین اگر پاسخ به تروریسم برآمده از همین ترس باشد و بر تشدید کنترل و افراط

۱. در رویهٔ حقوق فرانسه برنامه‌های ترمیمی برای جرایم جدی یا شدید اغلب پس از محکومیت و مجازات مرتکبین جرم انجام می‌شود.

۲. استقلال میان این دو رسیدگی بدین معنی است که برنامهٔ عدالت ترمیمی می‌تواند برای جرایم تروریستی انجام بگیرد که در آن تعقیب عمومی توسط دادستان صورت گرفته باشد و هم‌زمان هر دو رسیدگی کیفری و ترمیمی به طور مستقل در جریان باشند.

در کیفر تأکید کند، ممکن است به نفع تروریست‌ها و گروه‌های ترویستی باشد. به نظر می‌رسد مبارزهٔ شدید کیفری با این جرایم اثر بازدارندگی نداشته و ممکن است موجب توجیه حملات تروریست‌ها و پیوستن اعضای دیگر به این گروه‌ها شود. چراکه افکار عمومی با مشاهدهٔ کشف، مجازات شدید و سریع آن‌ها ممکن است به این اعتقاد برسد که دولت در حال مخالف‌کشی می‌باشد و از این مجرمین می‌ترسد: در نتیجه آن‌ها مستندی برای مشروعیت بخشیدن به طغیان و شورش خود پیدا می‌کنند[1]. به‌علاوه پاسخ شدید کیفری به این مجرمین باعث گسست بیشتر روابط و متعاقباً حذف و طرد آن‌ها خواهد شد. به‌ویژه اینکه برخی از این جرایم ممکن است با اهداف سیاسی و به قصد اصلاح سیاست‌های کلی و جلوگیری از نقض حقوق مردم ارتکاب یابند یا به‌عنوان پاسخی به یک محرومیت و سرخوردگی متجلی شود. به نظر سیاست سرکوب‌گر و امنیت‌مدار نسبت به این مجرمین اساساً کارکردی ندارد و موجب کاهش این جرایم نیز نمی‌شود. در حالی که عدالت ترمیمی در این نوع جرایم می‌تواند پاسخ مناسب‌تری ارائه دهد: اختلافات میان بزهکار، بزه‌دیده و دولت (قوهٔ قضائیه) به‌عنوان نمایندهٔ جامعه را حل‌وفصل نماید و موجبات آشتی و رفع سوء تعبیرها را فراهم آورد. به‌علاوه احتمال رویارویی و تماس رودررو با موقعیت درگیری، احتمال دارد این احساس را در طرفین تقویت کند که به‌طور واقعی فعال هستند، حضور دارند و در حاشیه نیستند. (Walgrave, 1993: 244). در این راستا می‌توان به تجربهٔ فرانسه برای مقابله با جبههٔ آزادی‌بخش ملی کورسیکا[2] که یک جنبش ملی گرای رادیکال بود و عملیات‌های متعدد تروریستی را در این جزیره مرتکب شدند، اشاره نمود. مدت‌ها امتناع دولت‌های این کشور از مذاکره برای دستیابی به راه‌حل مسالمت‌آمیز، افراط‌گرایی و خشونت اعضا را تشدید کرده بود. بعد از انجام یک‌سری حملات توسط این جبهه وضعیت ویژه‌ای برای کورسیکا ایجاد شد که دولت فرانسه با پاسخ به برخی مطالبات، خشونت را در این منطقه کاهش داد و سه عفو عمومی در سال‌های ۱۹۸۱، ۱۹۸۲ و ۱۹۸۹ شامل حال مرتکبین شد و در مقابل آن‌ها فعالیت‌های خشونت‌آمیز خود را متوقف کردند[3]. هدف از چنین پاسخ نرم و غیرکیفری این بود که این گروه رفتارهای خشونت‌آمیز و افراطی را متوقف کرده و به شکل قانونی به فعالیت‌های سیاسی بپردازند.[4]

۱. آنچه تروریست ها به دنبال آن هستند پذیرش و همبستگی اجتماعی است.

2. Le front de libération nationale corse.

3. https://www.senat.fr/rap/199-069/199-0698.html

٤. اگر نیک بنگریم، این آموزه پشتوانه‌ی قرآنی نیز دارد؛ آن‌جا که خداوندِ مهربان و بخشنده می‌فرماید: «وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ». یعنی: «و هرگز نیکی و بدی در ←

در واقع علت عدم کارآمدی مقابلهٔ کیفری با جرایم تروریستی این موضوع می‌باشد که این جرایم عمدتاً ریشه در مسائل سیاسی، ایدئولوژیکی و مذهبی دارد و این دست مجرمین حتی با اعمال کیفر بر عقیدهٔ خود باقی می‌مانند. بنابراین به جنگ رفتن و اعمال کیفر در جرایم تروریستی موجب از میان بردن تفکر افراطی ـ بنیادگرا یا یک ایدئولوژی نمی‌شود. تجربه نشان می‌دهد که مبارزهٔ آمریکایی‌ها منجر به از میان برداشتن ایدئولوژی گروه تروریستی القاعده نشد و یا دولت اسپانیا نتوانست جنبش آزادی‌بخش منطقهٔ باسک را برای همیشه سرکوب کند (صادقی و دیگران، ۱۳۹۸: ۹۳). لذا با توجه به عدم کارآیی رویکرد سزاگرایانه و کیفری صرف در مورد این دست مرتکبین جرم، اعمال برنامه‌های ترمیمی و بازپرورانه مناسب به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد بهترین روش پاسخ‌دهی به جرایم تروریستی جست‌وجوی وفاق ملی، میانجیگری، دعوت به مذاکره، گفت‌وگو، تبادل نظر و هم‌فکری جهت رفع اختلافات با برنامه‌های ترمیمی و صلح‌جو می‌باشد (اتنف، ۱۳۸۳: ۳۳۸). شدت مجازات یا هدف فایده‌گرایانهٔ مجازات نیست که ساختن جامعه‌ای امن یا عادلانه‌تر را ممکن می‌سازد. زیرا ساختن جامعه‌ای امن و عادلانه‌تر همچنین نیازمند «داشتن دغدغهٔ کسانی است که از قانون‌مداری دور شده‌اند و دادن ابزاری ترمیمی به آن‌ها تا خود را در منظر منفعت عمومی و توجه به دیگران بازسازی کنند ضروری به نظر می‌رسد» (Rognon & Deymie, 2014: 12).

۲-۱. بزه‌دیدهٔ جرایم تروریستی

با توجه به اینکه تروریسم باعث بزه‌دیدگی گسترده و نه‌تنها رنج فردی بلکه جمعی می‌شود، در سال‌های اخیر توجه حقوق‌دانان فراتر از تروریسم فی‌نفسه و عاملان آن، به بزه‌دیدگان اقدامات تروریستی و نیازهای آن‌ها متمرکز شده است. در واقع، این توجه نتیجهٔ انتقاداتی در رابطه با «به حاشیه راندن» بزه‌دیدگان و نیازهای آن‌ها در عدالت کیفری می‌باشد. بر این اساس رویکرد ترمیمی نقشس فعال برای بزه‌دیدگان به‌جهت خشونتی که متحمل شده‌اند، اختصاص می‌دهد. علاوه بر این، عدالت ترمیمی تنها یک انتخاب باز برای طرف‌های جرم است که قابلیت اجرای قضایی دارد، اما یک فرایند اجباری نیست. در جرایم تروریستی، بزه‌دیدگان اصلی کسانی هستند که قربانی فیزیکی شده‌اند و همچنین، رهگذران یا «بزه‌دیدهٔ جانبی»[1] که شاهد حمله بوده‌اند و از نظر جسمی مجروح نشده‌اند، اما ممکن است متحمل آسیب جدی روحی و روانی شده باشند (Brigant, 2019: 144). دوم، اعضای خانواده (پدر یا مادر) بزه‌دیدگان و اطرافیان بسیار نزدیک وی (دوستان نزدیک، همکاران

جهان یکسان نیست، همیشه بدی (خلق) را به بهترین شیوه (که خیر و نیکی است پاداش ده و) دور کن تا همان کس که گویی با تو بر سر دشمنی است دوست و خویش تو گردد». (قرآن، فُصِّلَت، آیه ۳۴)

1. Les victimes collatérales.

نزدیک و غیره) نیز بزه‌دیده محسوب می‌شوند. بزه‌دیدگان درجهٔ سوم، همهٔ افرادی هستند که از آنچه اتفاق افتاده است (عامهٔ مردم)[1] احساس تأثیر و نگرانی می‌کنند. استاد والگریو دستهٔ چهارمی از این بزه‌دیدگان را نیز معرفی می‌کند که در آن، «پدر و مادر شخص مرتکب و جامعهٔ محلی که به آنجا تعلق دارد هستند که دچار درد و رنج بزه‌دیدگی می‌شوند. آن‌ها از کاری که پسر، برادر، همسایه یا هم مذهب خود انجام داده وحشت دارند و به‌عنوان تروریست‌های احتمالی یا بالقوه از «برچسب‌زنی و انگ»[2] می‌ترسند» (Walgrave, 2015: 424). در اینجا می‌توان بین عدالت ترمیمی میان‌فردی و خُرد و عدالت ترمیمی میان جامعه‌ای و کلان تفکیک قائل شد. در اینجا عدالت ترمیمی خرد ناظر بر میانجیگری میان تروریست و بزه‌دیده‌های او می‌باشد. اما اساساً حوزهٔ تروریسم حوزه‌ای نیست که بتوان از الگوهای سنتی و میان‌فردی عدالت ترمیمی برای پاسخ‌دهی به آن استفاده کرد، بلکه نیاز به الگوهای میان‌گروهی و میان‌جامعه‌ای عدالت ترمیمی[3] است تا بتواند کل مجموعهٔ کنشگران و قربانیان متقابل را در کنار هم گرد آورده و فضای گفت‌وگو را ایجاد نموده و در یک بستر مبتنی بر احترام و اعتماد، مسئله‌ها را شناسایی نموده و از خرد جمعی و جامعوی برای حل آن مسئله‌ها استفاده کرد (Zehr, 2012: 61). به همین دلیل استاد والگریو معتقد است که بسیاری از نزدیکان مرتکب از عمل ارتکابی عمیقاً آسیب می‌بینند و برگزاری ملاقاتی میان والدین و نزدیکان بزه‌دیده و مرتکب می‌تواند برای کاهش این آسیب‌ها کمک کننده باشد و میل به انتقام را فرو بکشاند، به‌عنوان مثال، در شهر آنتورپ بلژیک، چنین جلسه‌ای بین والدین و اقوام کودکی که در تیراندازی نژادپرستانه کشته شد و والدین و اقوام قاتل تشکیل شد (Zehr, 2012: 426).

بنابراین، بزه‌دیده، انگیزهٔ برقراری ارتباط و ابراز درد و عصبانیت، پرسیدن سؤال و درخواست توضیحات در مورد موضوعات دردناکی را دارد که حتی سال‌ها پس از ارتکاب این‌گونه جنایت با آن‌ها مواجه است. آن‌ها همچنین به دنبال پذیرش و درک رنج و بزه‌دیدگی خود توسط مجرمان به شکل مستقیم هستند (Cario, 2001: 206). دلیل اصلی اجرای این برنامه‌های ترمیمی نیز عموماً خواستهٔ بزه‌دیده‌ها از یک‌سو برای دریافت پاسخ سؤالات خود و بیان آثار جرم در زندگی خود و اطرافیان‌شان و از سوی دیگر پایان دادن به این دور باطل خشونت هم برای خود و هم فرزندان‌شان می‌باشد. بزه‌دیدگان

1. Le public.
2. La stigmatisation.
۳. هدف از احیای آن نیز زدودنِ دشمنی‌ها و فاصله‌ها و گسست‌های میان‌فردی، میان‌خانوادگی، میان‌قبلیه‌ای، میان‌قومی، میان‌شهری، میان‌استانی، میان‌ایالتی، میان‌جامعه‌ای، میان‌گروهی، میان‌دینی، میان‌مذهبی، میان‌فرقه‌ای، میان‌مکتبی، میان‌حزبی، میان‌جناحی، میان‌کشوری، میان‌دولتی، میان‌قارّه‌ای، میان‌نژادی و ... است.

می‌خواهند بدانند که برای محدود کردن علل آسیبی که متحمل شده‌اند و اینکه دیگران نیز ممکن است متحمل شوند، چه کاری انجام می‌شود. گاهی این ملاقات‌های ترمیمی به شکل داوطلبانه اجرا شده و تأثیری در میزان مجازات مرتکبان ندارد. بنابراین ممکن است هدف اولیهٔ این برنامه‌ها در این پرونده‌ها حل‌وفصل اختلاف و دستیابی به یک توافق بین طرف‌ها نباشد بلکه تقویت ارتباطات، فهم مشترک، تسلی و تشفی خاطر بزه‌دیده و پذیرش مسئولیت باشد (Soulou, 2018: 357).

پیش‌فرض حاکم بر جامعهٔ حقوقی آن است که به‌دلیل شدت و وسعت و مدّت بزه‌دیدگی قربانیان جرایم تروریستی، آنان انگیزه‌ای برای ورود به فرایندهای ترمیمی و ملاقات و گفت‌وگو در نهایت رسیدن به توافق با مرتکبان این جرایم ندارند. گاه حتّی ممکن است این ملاقات‌ها زخم‌ها را عمیق‌تر و سبب حمله به خود فرد تروریست یا خانوادهٔ او شود. چنین پیش‌فرضی را باید دگرگون ساخت. وظیفهٔ مددکاران ترمیمی نیز غلبه بر همین موانع ساختگی است. باید اشاره کرد که بزه‌دیدگان تروریسم لزوماً گریزان از عدالت ترمیمی و بزهکاران خویش نیستند و گاه حتی پافشاری دارند که چنن بستری فراهم گردد. برای نمونه، می‌توان به پروندهٔ حملات نوامبر ۲۰۱۵ پاریس اشاره نمود که در آن پدر[1] یکی از قربانیان که به قتل رسیده بود، به‌صراحت از دادگاه پاریس درخواست نمود تا با آن دسته از متهمانی که در صورت محکومیت مجرم شناخته شوند ملاقات کند. وی در یک اظهارنظر بسیار پرمعنا و ژرف و ترمیم‌بنیان هدف خود از این ملاقات ترمیمی را نیز بیان می‌کند: «هدف دستیابی به بخشش و بغل‌کردن نیست. به نفع من نیست که در میل به انتقام‌جویی باقی بمانم، بلکه می‌خواهم به خودم اطمینان دهم که می‌توانیم یکدیگر را در انسانیت مشترک خود بشناسیم. *[می‌خواهم]* به وی بگویم من هم مثل او انسان هستم و دخترم لولا هم همین‌طور و اینکه او شایسته مردن در ۲۸ سالگی نبود»[2]. و یا در نمونه‌ای دیگر، یکی دیگر از بزه‌دیدگان تروریستی، که در کافه‌ای مورد اصابت شلیک قرار گرفت، با بیان عبارتی ترمیم‌بنیان چنین تمایل خود را به ترمیمی‌سازی فرایند رسیدگی بیان می‌کند: «محکومیت تو باعث ترمیم و دلجویی من نمی‌شود، اما مانع هم نمی‌شود که اگر روزی، حتی در زندان، بخواهی با تو صحبت کنم». همچنین می‌توان از تنها بازماندهٔ تروریست‌هایی که ۱۳۱ کشته در پاریس برجای گذاشتند، یعنی صلاح عبدالسلام، نیز یاد کرد که در پاسخ به این درخواست‌ها اعلام نمود که نه فقط در ازای تعدیل حکم و تخفیف مجازات، بلکه جهت

1. Georges Salines.

2.https://www.francetvinfo.fr/faits-divers/terrorisme/attaques-du-13-novembre-a-paris/proces-des-attentats-du-13-novembre-2015/au-proces-des-attentats-du-13-novembre-le-concept-de-justice-restaurative-fait-son-chemin-pour-ne-pas-rester-dans-un-desir-de-vengeance_5007191.html

کمک به بزه‌دیدگان آمادهٔ ملاقات با آن‌ها است. بنابراین، می‌توان این فضای ترمیمی را بیش از پیش مساعدتر کرد. ایجاد یک فضای ترمیمی نیازمند بسیج منابع عمومی در راستای خلق چنین فضایی است. نمی‌توان در یک فضای تنبیهی انتظار داشت که طرفین دعوا تمایلی به ورود به فرایندهای ترمیمی داشته باشند.

۲. گونه‌شناسی پاسخ‌های ترمیمی در بزه‌های تروریستی

از سال ۲۰۱۴، با تصویب مادهٔ ۱-۱۰ و تکمیل آن با آیین‌نامهٔ ۱۵ مارس ۲۰۱۷، عدالت ترمیمی وارد نظام حقوقی فرانسه شده است و امکان توسعه و اعمال برنامه‌های ترمیمی برای برخورد و حل‌وفصل اختلافات کیفری صرف‌نظر از شدت آن فراهم گردید. با توجه به مادهٔ ۱-۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، سازوکارهای عدالت ترمیمی در مورد تمام جرایم و در تمام مراحل دادرسی کیفری قابل‌اجرا هستند. بدین ترتیب، این سازوکارها نسبت به جرایم تروریستی نیز قابل‌اعمال‌اند. علاوه بر این، مطابق مادهٔ ۱۰ تصمیم چهارچوب شورای اتحادیهٔ اروپا در ۱۵ مارس ۲۰۰۱ در مورد وضعیت بزه‌دیدگان در دادرسی کیفری[1]، «هیچ جنحه یا جنایتی از نظر تئوری نباید از امکان میانجیگری بین مرتکبین و بزه‌دیدگان مستثنا باشد». هر دو متن یادشده بر پایهٔ نظریهٔ امکان اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی و به‌ویژه میانجیگری کیفری در جرایم تروریستی تنظیم و تدوین شده‌اند؛ به‌ویژه که سیاست‌گذاران جنایی شورای اروپا ادبیات بسیار متفاوتی را به کار گرفته و مسیر هر گونه ایجاد جرایم ترمیم‌ناپذیر یا میانجیگری‌ناپذیر را مسدود نموده‌اند. از این فراتر، می‌توان استدلال کرد که میانجیگری کیفری فقط یکی از طرق اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی است و از این حیث طریقیّت دارد و هیچ موضوعیّتی ندارد. آنچه مهم است تحقّق اهداف عدالت ترمیمی و رعایت اصول راهبردی حاکم بر آن (اصل احترام، اصل مشارکت، اصل گفت‌وگو، اصل جبران و...) است. بنابراین این حکم را می‌توان به هر نوع برنامهٔ ترمیمی دیگری نیز توسعه داد.

با وجود قانون‌گذاری روشن و امکان اجرای برنامه‌های ترمیمی برای تمام جرایم، رویهٔ قضایی فرانسه چندان موافق برگزاری جلسات رودررو زندانیان افراطی با بزه‌دیدگان نیست. این رویکرد حداقلی را باید عدالت ترمیمی ناقص و ناتمام دانست و به انتقاد از آن پرداخت. دلیل این امر را باید نوپایی عدالت ترمیمی در فرانسه و فضای تنبیهی حاکم بر دادرسی‌های تروریستی و التهاب سیاسی ناشی از ظهور دولت اسلامی یا داعش دانست که تولّد این دو در زمان نسبتاً نزدیکی رخ داده است.[2]

1. La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 15 mars 2001.

۲. اسلام‌گرایی رادیکال زمینه‌ساز رفتارهای تروریستی بسیار زیادی در قلمرو کشورهای اسلامی و غیراسلامی شده ←

به جرأت می‌توان گفت که اگر چنین تقاون زمانی رخ نمی‌داد، اقبال نظام قضایی به عدالت ترمیمی بسیار پویاتر و گسترده‌تر از وضعیّت کنونی آن بود. این در حالی است که دو همسایهٔ جنوبی فرانسه یعنی ایتالیا و اسپانیا در زمینهٔ اجرای برنامه‌های ترمیمی در جرایم تروریستی پیش‌گام می‌باشند. مانع دیگر که بازیگران قضایی فرانسوی هنگام رسیدگی به پرونده‌های تروریستی به آن اشاره می‌کنند این است که از یک سو مرتکبان جرم تروریستی معمولاً در درگیری با پلیس کشته می‌شوند و زمانی که زنده می‌مانند افراط‌گرایی آن‌ها مانع اجرای برنامهٔ ترمیمی می‌شود و از سوی دیگر بیم خطر و بزه‌دیدگی مجدد[1] را دلیل مخالفت خود با اجرای این برنامه‌ها در پرونده‌های تروریسم اعلام می‌دارند.[2] اما این موارد توجیه مناسبی به نظر نمی‌رسند. در این راستا درست است که اقدامات ترمیمی را نمی‌توان فوراً برای مرتکبین افراطی به اجرا درآورد زیرا ایدئولوژی فرقه‌ای آن‌ها ممکن است مدت زیادی طول بکشد تا از بین برود. تفکر افراطی مرتکبین به حدی بوده است که دست به اقدام تروریستی زده‌اند و بعید به نظر می‌رسد که بتوان گفت‌وگوی مؤثر و سازنده‌ای بین آن‌ها و بزه‌دیدگان آغاز کرد. بنابراین در این وضعیت روانی امکان ملاقات و گفت‌وگوی ترمیمی مؤثر حداقل در کوتاه مدت وجود ندارد. برای کاهش تأثیر موانع ذکر شده می‌توان راه‌حل‌های متعددی را بررسی نمود. توسعه و اجرای اقدامات ترمیمی باید بر اساس شرایط و اوضاع و احوال هر پرونده باشد و در مواردی قابل‌اجراست که مرتکبان اقدامات تروریستی بخواهند از طریق یک برخورد ترمیمی که می‌تواند با دخالت متخصصان مراقبت‌های بهداشتی انجام شود، مسیر افراط‌زدایی را در پیش بگیرند. زمانی که مرتکب احساس کند که می‌تواند مسئولیت اعمال خود را بپذیرد و انگیزه‌های خود را برای جبران خسارت بزه‌دیدگان با ابراز تأسف و یا عذرخواهی بیان کند می‌توان ملاقات ترمیمی را برگزار نمود. به‌عنوان مثال مرتکبان اعمال تروریستی در باسک بعد از چندین سال خواهان ملاقات با بزه‌دیدگان یا نزدیکان آن‌ها شدند بنابراین نباید برنامه‌ها و گفت‌وگوی ترمیمی را به کلی در این جرایم کنار گذاشت.

در این راستا می‌توان به کاربست چهار نوع از برنامه‌های ترمیمی کارآمد با رویکردی میان فردی و میان جامعه‌ای برای این دست از جرایم اشاره نمود که البته در جرایم شدید دیگر نیز قابلیت اجرا دارند. هم‌زمان با اجرای برنامه‌های ترمیمی، رسیدگی کیفری و تعقیب مجرمان تروریستی می‌تواند در جریان باشد. پرونده‌هایی که پیشنهاد فرایند ترمیمی برای آن‌ها در نظر گرفته می‌شود باید با دقت

است (نک: باخوان، ۱۴۰۰: ۸۳-۸۸).

۱. به این معنا که تروریست اتهامات خود را نمی‌پذیرد، زیرا از این اعمال ابراز پشیمانی نکرده و عذرخواهی نمی‌کند. این موضوع به شدت بر بزه‌دیدگان تأثیر می‌گذارد که احساس می‌کنند رنج آن‌ها درک نمی‌شود.

2. https://www.politis.fr/articles/2021/11/justice-restaurative-reparer-les-vivants-43833/

و تمرکز توسط مقامات قضایی دادسرا تجزیه و تحلیل و انتخاب شوند.

۱-۲. میانجیگری ترمیمی

نخستین برنامه از این دست، میانجی‌گری ترمیمی است[1]. پس از یک دورهٔ زمانی آماده‌سازی، مذاکرات یا ملاقات بین بزه‌دیده و مرتکب جرم با پشتیبانی یک شخص ثالث مستقل تشکیل می‌شود (میرمجیدی، ۱۴۰۰: ۴۴۸). میانجی‌گری، اختلافات طرف‌های جرم را حل‌وفصل کرده و مداخله را به سمت رفع نیازها و خواسته‌های طرف‌های اصلی عمل مجرمانه هدایت می‌کند که تصمیمات یا راه‌حل‌های خروج از منازعه را با اجماع مشترک اتخاذ می‌کند (باباخانی و عبداللهی، ۱۴۰۰: ۱۷۳). از طریق این فرایند، بازگرداندن به وضعیت قبل از وقوع جرم (اعادهٔ وضع)، بازپس‌گیری یا بازگرداندن آنچه از دست رفته یا گرفته شده، تعادل یا توازن شکسته‌شده، باید با تعهد پاسخ به نیازهای بزه‌دیدگان برای رهایی از تجربهٔ آسیب‌زای روحی ـ روانی جبران و ترمیم شود: با غرامتی که ممکن است نمادین باشد، یا با هر عمل نمادین دیگری که اجازه می‌دهد تا احساس امنیت بزه‌دیده، عزت از دست‌رفته، یا هرگونه از دست دادن حس قدرت، ترمیم و یا بازگردانده شود (Cario, 2010: 31).

در این برنامه مرتکب جرم و بزه‌دیده در مورد علل ارتکاب جرم و آثار آن به گفت‌وگو می‌نشینند که هدف اصلی ارتباط، صحبت، برقراری آرامش بین طرفین و تسکین احساس بی‌عدالتی است (Jullion, 2019: 5). ذکر علل ارتکابی جرم توسط مرتکب در این فرایندها ضروری به نظر می‌رسد. چنانچه علل سیاسی در ارتکاب جرم نقش داشته باشد می‌تواند دولت‌ها را نسبت به کاستی‌ها، پاسخ‌گویی، تبعیض و بی‌توجهی به منافع عمومی مطلع کند. دولت غیردمکراتیکی که توان گفت‌وگوی مسالمت‌آمیز و مصالحه را نداشته باشد متعاقباً در معرض مبارزات و اقدامات تروریستی بیشتری قرار می‌گیرد و افراد گزینهٔ خشونت را به‌عنوان ابزاری برای رسیدن به خواسته‌های خود برمی‌گزینند (کارگری، ۱۳۹۱: ۱۸۷). در میانجیگری ترمیمی به خواسته‌های مرتکب که می‌تواند تغییر در برخی سیاست‌ها یا اصلاحات باشد گوش داده می‌شود و در مقابل مرتکبین برای عدم ارتکاب خشونت‌های بعدی تضمین می‌دهند. آن‌ها ممکن است بخواهند به فعالیت‌های خود برای تغییر چهارچوب سیاسی کشور یا استقلال ادامه دهند، اما این اقدامات را باید از طریق روش‌های سیاسی و فرایندهای صلح‌آمیز انجام دهند. اما وقتی گفت‌وگو و مذاکره قادر به حل‌وفصل تعارضات نباشد، اشکال نازل زبان ظهور پیدا کرده و افراد به خشونت و ترور متوسل می‌شوند (اتنف، ۱۳۸۳: ۳۲۹). البته برخی گروه‌های تروریستی ایدئولوژی خود را حق مطلق می‌دانند و گاه برای آن حاضرند

1. La médiation restaurative.

از جان خود هم بگذرند، بنابراین طالب گفت‌وگو نبوده بلکه سرنگونی نظامی را خواستارند. گاه می‌خواهند با محاکمه به‌عنوان یک قهرمان معرفی شوند یا گاه از گروه خود می‌ترسند تا پس از آزادی به‌دلیل تن دادن به عدالت ترمیمی مورد تهدید و... قرار بگیرند. در این موارد که امکان گفتمان و عدالت توافقی وجود ندارد می‌توان فرایند کیفری را دنبال کرد.

رویکرد کنونی حاکم بر برنامه‌های میانجیگری ترمیمی، رویکردی فردمدار است و تمرکز آن بر این است که شخص یا اشخاص بزهکار را با اشخاص بزه‌دیده مواجه نموده و از طریق گفت‌وگو و مذاکره آن‌ها را به سمت دوستی و توافق و حل مسئله سوق دهد. این شیوه اگرچه «لازم» است، ولی برای رویارویی با جرایمی که ریشه در نفرت و خشونت جمعی دارد، چاره‌ساز و «کافی» نیست. عدم کفایت میانجیگری ترمیمی فردمدار، به‌معنای آن است که باید آموزهٔ عدالت ترمیمی را با برنامه‌های نوینی غنا بخشید تا بتواند خشونت جمعی و نفرت گروهی را نیز از میان برداشته و به دوستی و مدارای جمعی و گروهی تبدیل کند. بدیهی است که نمی‌توان با تفکر میانجیگری ترمیمی فردمدار با چنین پدیدهٔ اجتماعی بزرگی مواجه شد. برای این منظور لازم است که میانجیگران شاخص و بزرگی را تربیت و آموزش دهیم تا بتوانند اعضای جوامع درگیر را به پای میز مذاکره و گفت‌وگو آورده و زمینهٔ سازش و دوستی را فراهم کنند. برای نمونه، می‌توان به رفتارهای شبکه‌های تروریستی در جنوب و جنوب شرق ایران و یا شمال غرب کشور اشاره نمود که همواره تهدید جدی علیه امنیّت عمومی کشورمان بوده و در مواردی نیز موفق به بمب‌گذاری و ترور شده‌اند. با وجود تلاش‌های سودمند در جهت پیشگیری موقعیت‌مدار و مقابلهٔ کیفری و سرکوب سازمان‌ها و گروهک‌های تروریستی فعال در این سه نقطه، چشم‌انداز روشنی جهت پایان فعالیت گروه‌های تروریستی وجود ندارد و این گروهک‌ها با انتقال پایگاه‌های خود به کشورهای همسایه می‌توانند به زیست تروریستی خود ادامه داده و مرتکب جنایات تروریستی علیه مردم کشورمان شوند. حال، اگر قرار بر توسعهٔ عدالت ترمیمی به این حوزه باشد، نیازمند آن است که از یک‌سو نگرش خود نسبت به ترویست‌ها را تغییر داده و از سوی دیگر زمینهٔ میانجیگری میانجیگران ایرانی و غیرایرانی در جهت مذاکره و گفت‌وگو و آغاز خلع سلاح و در مقابل، محرومیت‌زدایی و تحقق مطالبات قانونی گروه‌های تروریستی و توجیه و اقناع آن‌ها و رفع نفرت و خشونت میان مذهبی و میان فرقه‌ای را فراهم کرد. تا زمانی که چنین برنامه هایی طراحی و اتخاذ نشوند، به صرف برنامه‌های میانجگیری فردمدار نمی‌توان انتظار داشت که گروهک‌های تروریستی خلع سلاح نموده و در جامعهٔ بزرگ ادغام شوند. ممکن است استدلال شود که برخی از گروهک‌ها تقابل ایدئولوژیک دارند و به آسانی رضایت به صلح نخواهند داد. با وجود این نگارنده بر این باور است که در جهانی که باید به سمت صلح و دوستی پیش رود، به ناچار باید باب مذاکره و گفت‌وگو را به روی

همهٔ مخالفان مسلح نیز باز گذاشت و دعوت به حلّ مسائل از طریق مذاکره نمود و تنها در برابر افرادی دست به سلاح برد که به هیچ طریقی حاضر به مذاکره و حل مسائل نباشند. بدیهی است چنین سیاست‌هایی سبب می‌شود تا پایگاه مردمی و اجتماعی گروه‌های تروریستی و مشروعیت آن‌ها از میان برود. جوامعی که در فرایند میانجیگری جامعه‌مدار دست دوستی و صلح می‌دهند دیگر کشتزاری برای کاشتن بذرهای نفرت و خشونت نخواهند بود و گروهک‌های تروریستی نیز به ناچار باید تسلیم شده یا از این جوامع به جوامع دیگر کوچ کنند.

۲-۲. حلقهٔ ترمیمی

دومین برنامه از برنامه‌های عدالت ترمیمی، حلقهٔ ترمیمی است.[1] نام این برنامه برگرفته از شکل برگزاری آن است که در جریان آن، حلقه‌مندان به‌صورت یک حلقه در کنار یکدیگر نشسته و مسئلهٔ جرم را تدبیر می‌کنند. دایره‌وار نشستن حلقه‌مندان حامل پیام مهمی است که همانا افقی‌شدن عدالت و برابری اعضا با همدیگر و تمرکز بر مشورت و گفت‌وگو و رها کردن سلسله‌مراتب و مناسبات نابرابری و سلطه است. حلقه بستری فراهم می‌کند تا اشخاصی غیر از طرفین جرم و حلقه‌دار یا تسهیل‌گر نیز در این برنامه حضور داشته و دیدگاه‌های خود را بیان نمایند. بنابراین، فضای آن برای حضور اعضای جامعهٔ محلی و علاقه‌مندان بیشتر از میانجیگری است. در این برنامه، روند ملاقات حول سه هدف می‌چرخد: پذیرش مسئولیت، تحقق یا احیای انصاف و بررسی اهداف و مقاصد آینده. حلقهٔ ترمیمی فرایندی است که افراد آسیب‌دیده از بی‌عدالتی و جرم را گرد هم می‌آورد تا در بحث و تصمیم‌گیری دربارهٔ شیوهٔ پاسخ‌گویی به آن شرکت نموده و تصمیم‌گیری کنند. «این گفت‌وگو می‌تواند برای بزه‌دیدگان ارزش روان‌درمانی داشته باشد و به‌طور معمول، تأثیر قابل‌توجهی بر مجرمان دارد که باید با نتایج عواقب اعمال خود روبه‌رو شوند» (Marshal, 2011: 160). این اقدام ترمیمی امکان فراهم آوردن فضای صحبت برای مرتکبان و بزه‌دیدگان حتی در صورتی که امکان تعقیب عمومی نباشد (در صورتی که ادله به اندازهٔ کافی نباشند، قرار منع تعقیب، حکم برائت یا آزادی، و غیره صادر شود)، را نیز فراهم می‌کند (Pignoux, 2008: 377).

آن‌چه در این نوشتار مهم است، استفاده از برنامهٔ حلقهٔ ترمیمی در جهت پاسخ‌دهی به پدیدهٔ تروریسم است. حلقه‌های ترمیمی ضدّترویستی با این هدف طراحی می‌شوند تا قربانیان تروریسم، مرتکبین و اعضای جامعهٔ محلی را در یک فضای آرام و عاری از خشونت در کنار یکدیگر نشانده و با برطرف کردن دشمنی آن‌ها زمینهٔ صلح و دوستی را فراهم کنند. در اینجا می‌توان به تجربهٔ کشور ایتالیا

1. Le cercle restauratif.

در اجرای این سازوکار اشاره نمود که از سال ۲۰۰۷ میلادی این برنامه را دربارهٔ پاسخ به جرایم تروریستی به‌کار گرفته است. در واقع، نتایج «مثبت» این جلسات نسبت به منافع بزه‌دیدگان و مرتکبان، تسهیل‌گران را تشویق کرد تا این برنامه را دنبال کنند. در این حلقهٔ ترمیمی ممکن است گروهی از نُه تا پنجاه نفر شرکت کنند و البته اختیار ترک این برنامه را در هر زمان دارند. عموماً این شرکت‌کنندگان به سه دسته تقسیم می‌شوند: الف) «شاهدان عینی»، یعنی افرادی که مستقیماً خشونت تروریستی را تجربه کردند (قربانیان مستقیم یا غیرمستقیم)، ب) «اشخاص ثالث»، یعنی شهروندانی که مستقیماً خشونت را تجربه نکرده‌اند، و پ) در نهایت، نخبگان و افرادی که از وجههٔ عمومی مناسب برخوردار باشند (مانند قضات بازنشسته، هنرمندان، نویسندگان و غیره به‌منظور تضمین رعایت دقیق قواعد و اصول و موازین رسیدگی ترمیمی جهت اقناع افکار عمومی) (Soulou, 2018: 354). هدف این برنامهٔ ترمیمی توسعهٔ روابط و ساختن یک زندگی مشترک با صلح اجتماعی در پاسخ به موقعیت‌های اختلافی، به‌طور کلی، یا به جرایم، به‌طور خاص، است. بنابراین، یک حلقه ممکن است منجر به حل درگیری با ماهیت کیفری، حمایت از بزه‌دیده و اشتراک‌گذاری اطلاعات یا ایجاد رابطه باشد. در واقع، این فرایند فرصتی است برای صحبت کردن و گوش دادن به دیگران، در فضایی امن و بر اساس اصل برابری. در این برنامهٔ ترمیمی هنگامی که همه (مرتکب، بزه‌دیده، بستگان آن‌ها و اعضای جامعهٔ محلی) به سؤالات ترمیمی پیرامون عمل مجرمانه پاسخ دادند و پاسخ سؤالات خود را گرفتند، تسهیل‌گر به بحث نیازهای خاص بزه‌دیده و چگونگی تأمین بهتر این نیازها متمرکز می‌شود. نتایج این برنامه در ایتالیا منتج به آشتی و ترمیم همهٔ شرکت‌کنندگان و به‌ویژه شاهدان عینی، به‌رسمیت شناختن رنج بزه‌دیدگان توسط مرتکبان و به‌رسمیت شناختن انسانیت مرتکبان توسط بزه‌دیدگان شده است.

۳-۲. ملاقات بزه‌دیده ـ زندانی

در بسیاری از دولت‌های رفاه، دکترین و سازوکارهای عدالت ترمیمی بر پایهٔ فرهنگ صلح و سازش در مرحلهٔ اجرای حکم نیز قابل‌اجرا است که خود می‌تواند موجب حبس‌زدایی و تعدیل جمعیت کیفری شود. در همین راستا، برنامهٔ ترمیمی ملاقات بزه‌دیده ـ زندانی[1] در سازمان زندان‌های بسیاری از کشورها اجرا می‌شود و کارکرد مجازات سالب آزادی را به سمت ترمیمی‌شدن متمایل می‌کند که نقطهٔ عطف ورود عدالت ترمیمی به نظام سیاست‌گذاری جنایی در مرحلهٔ اجرای مجازات محسوب می‌شود[2]. در همین چهارچوب می‌توان از ترمیمی‌سازی زندان‌ها و ظهور نسل نوینی از زندان‌ها تحت عنوان «زندان ترمیمی» سخن گفت که رویکرد نوینی در اجرای رژیم حبس و مدیریّت

1. La rencontre victime-détenu.
2. L'article 10-1 du code de procédure pénale française.

زندان‌ها است.[۱] در حقیقت، پارادایم تنبیهی مدیریت زندان‌ها جای خود را به پارادایم ترمیمی مدیریت زندان‌ها می‌دهد که در آن تأکید بر روی جبران زیان‌های بزه‌دیدگان و گسترش دوستی و صلح از یک‌سو و بازپروری و خروج سریع فرد از زندان و بازگشت به جامعه است. آنچه بسیار مهم است و موضوع این نوشتار است بسط این پارادایم نوین به زندانیان جرایم تروریستی است؛ موضوعی که بسیار حساس و چالش‌برانگیز بوده و تحقق آن نیز در عمل بسیار دشوار است. اما نظریه و رویه گویای این نکته است که چنین امری ممکن است و محال و ممتنع نیست.

مطالعات نشان می‌دهد که شماری از بنیادگرایان افراطی، مثل ابومصعب الزرقاوی، و بسیاری از مرتکبان جرایم تروریستی پس از محکومیت به حبس برای جرایم عادی در زندان، افراطی شده‌اند. هم چنان‌که بسیاری از رهبران گروه‌های تروریستی، چون ابوبکر البغدادی، نیز دارای سابقهٔ کیفری زندان بوده‌اند. این موضوع اهمیت و نقش زندان را در مدیریت و کنترل نیروهای رادیکال به‌خوبی نشان می‌دهد. بدیهی است هم‌نشینی و معاشرت با زندانیان افراطی می‌تواند زمینه‌ساز انتقال فرهنگ مجرمانه به دیگر بزهکاران گردد، ولی در صورت استفادهٔ بجا، متناسب و حداقلی از پاسخ‌های سالب آزادی و همچنین اجرای دقیق تدابیر بازپرورانه، جداسازی، تأثیر مخرب مزبور تا اندازهٔ زیادی کنترل‌پذیر است. در فرانسه فراتر از ایجاد سلول‌های خاص برای پذیرش افراد افراطی در بازداشتگاه به‌منظور جلوگیری از پدیدهٔ انتقال افراطی‌گری، اقدامات کنترل و آموزش توسط کارکنان زندان راه‌اندازی شده است. در واقع، این امر برای «کنترل دین‌پرستی و مدیریت بازداشت زندانیان افراطی» است[۲]. از این نظر، هر زندانی افراطی قبل از آزادی از زندان مورد ارزیابی قرار می‌گیرد تا «بازپروری یا خطرناک بودن احتمالی آن‌ها» ارزیابی شود.

بنابراین، یکی از آثار مترتب بر حبس که موضوع مورد بحث مجامع دانشگاهی است، «رادیکالیزه‌شدن در حبس» می‌باشد که به‌موجب آن، زندانیان می‌توانند تحت تأثیر چنین افکار افراطی

۱. برای نمونه، بلژیک نخستین بار با انتشار آیین‌نامهٔ ۴ اُکتبر ۲۰۰۰ در رابطه با مشاوران عدالت ترمیمی و با آوردن مفاهیم بزه‌دیده و جبران خسارت در مرحلهٔ محکومیت دست به رویکردی مبتکرانه زد. قانون زندان‌های بلژیک، مصوب سال ۲۰۰۵ م.، اهداف انسانی‌تر شدن شرایط زندان مبنی بر محدودیت آثار مضر بازداشت را وارد کرد و اهداف مجازات سالب آزادی را متشکل از بازپروری، بازسازگاری و ترمیم عنوان کرد (Article 4 à 10 de la loi pénitentiaire Belge 2005). این نمونهٔ بارز تغییر پارادایم از تنبیهی به ترمیمی در حوزهٔ زندان‌ها و سیاست کیفری است.

2. Comment l'Etat lutte-t-il contre la radicalisation en prison ? www.stop-djihadisme.gouv.fr/lutte-contre-terrorisme-radicalisation/prevention-radicalisation/comment-letat-lutte-t-il-contre

قرار گیرند،[۱] در حالی که اگر در همان مرحلهٔ اجرای مجازات سالب آزادی، یک برنامهٔ ترمیمی برای این دست از مجرمان اجرا می‌شد، چه بسا از زندان و افراط‌گرایی ناشی از آن می‌توانست جلوگیری شود. بنابراین، سازمان زندان‌های فرانسه مدت زیادی است که در پی مدیریت «گسترش رفتارهای بنیادی برای احترام به اصول سکولاریسم و قواعد زندگی عمومی، از راه‌های مختلف، ازجمله اجرای برنامه‌های ترمیمی از ترس افراط خشن، است».[۲] همچنین در اسپانیا برنامه‌های ترمیمی در جرایم تروریستی قابل‌اجرا است و می‌توان به ملاقات ترمیمی در مورد گروه تروریستی یوسکادی تا آسکاتاسونا ـ که با نام جدایی‌طلبان باسک نیز شناخته می‌شوند ـ اشاره نمود.[۳] این ملاقات‌های ترمیمی میان مجرمان در زمان اجرای مجازات حبس با بزه‌دیده در زندان برگزار شد تا فرصتی برای ملاقات با بزه‌دیدگان جهت درخواست بخشش و ترمیم خسارات را داشته باشند. بزه‌دیدگان مستقیم یا بستگان آن‌ها که در فرایند ملاقات‌ها شرکت نمودند، به ندرت با مجرم واقعی خود ملاقات کردند. اکثر ملاقات‌ها در راستای انتخاب تصادفی بزه‌دیده و مرتکب انجام شد. بیشتر عاملان نه‌تنها مسئولیت اقدامات خود بلکه مسئولیت کل اقدامات تروریستی گروه را نیز بر عهده گرفتند. اجرای این برنامهٔ ترمیمی به‌دلیل خواست بزه‌دیده‌ها برای دریافت پاسخ سؤالات، تضمین آشتی ـ امنیت فرزندان و نسل‌های بعد و بیان آثار جرم در زندگی خود و اطرافیان‌شان بود (Varona, 2013: 236). در طول جلسه، ایجاد یک فضای امن: امکان استراحت، امکان رفتن بزه‌دیدگان به اتاق اختصاصی دیگری در صورت لزوم، حضور یک روان‌شناس به‌طور سیستماتیک، افزون بر تسهیل‌گران، اخذ موافقت مقامات زندان جهت عدم‌وجود محدودیت زمانی تا گفت‌وگو ناتمام قطع نشود، ضروری به نظر می‌رسد. برای مبارزه با افراط‌گرایی در زندان‌ها، دولت ایتالیا نیز یک پروژهٔ آزمایشی در برخی از زندان‌ها راه‌اندازی کرده است

۱. سازمان زندان‌های فرانسه، رادیکالیزه کردن را چنین تعریف می‌کند: «فرایند شناسایی شخصی یا جمعی برای تفکرات سیاسی یا سیاسی ـ مذهبی افراطی که می‌تواند منجر به میل تحریک جامعه از طریق خشونت شود» (Note DAP du 10 février 2016 relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée). بر اساسِ این تعریف می‌توان «رادیکالیزه‌شدن» را نیز فرایندی دانست که در اثر آن شخصی در اثر تعلیم و هم‌نشینی با افراد و گروه‌ها و نهادهای سیاسی، ایدئولوژیک و یا سیاسی ـ مذهبی افراطی و بنیادگرا، کشش و انگیزهٔ درونی جهت ارتکاب رفتارهای خشن علیه دیگر افراد یا گروه‌ها و نهادها را پیدا نموده و دچار جزم‌اندیشی عقیدتی خشونت‌زا و نفرت‌زا می‌گردد.

2. Lutte contre la radicalisation, 26 octobre 2016, www.gouvernement.fr/argumentaire/lutte-contre-la-radicalisation-en-prison.

۳. هدف این گروه، جدایی منطقهٔ باسک از اسپانیا و فرانسه و تأسیس یک کشور مستقل در تمام مناطق باسک است که در سال ۲۰۱۱ پایان اقدامات مسلحانه خود را اعلام کردند.

که از طریق چندین گروه داوطلب هدف «افراط‌زدایی» از زندانیان را از طریق تجدید گفت‌وگو با آن‌ها دنبال می‌کند. از طریق گروه‌های گفت‌وگو، داوطلبان به زندانیان کمک می‌کنند تا دیدگاه ملایم و ترمیمی اتخاذ کنند و گاهی با خدمات مددکاران، روان‌پزشکان و مصلحان مذهبی به آن‌ها کمک می‌کنند تا تفکرات افراطی و عقاید خود را اصلاح نمایند.[1]

در راستای کلان‌سازی برنامه‌های عدالت ترمیمی می‌توان سطح ملاقات‌های بزه‌دیده ـ زندانی را از سطح فردمدار آن به سطح جامعه‌مدار ارتقا داد. تصور این برنامه در آغاز دشوار می‌نماید؛ زیرا یک طرف آن شخص زندانی است و نمی‌توان به‌جای فرد زندانی، جامعهٔ زندانی را تصور کرد. اما به نظر می‌رسد چنین امری نباید مانعی در برابر این برنامهٔ ترمیمی باشد. برای نمونه، می‌توان تصور کرد که شخص بزه‌دیده به‌صورت حضوری یا آنلاین[2] در برابر جامعهٔ متعلق به شخص بزهکار حاضر شده و از درد و رنج‌های خود گفته و مسیر دوستی و مدارا و صلح را فراهم کند و یا شخص تروریست به‌صورت

1. https://www.lejdd.fr/Societe/Justice/prisons-comment-lutte-t-on-contre-la-radicalisation-3547646

۲. نکتهٔ مهم دیگری که در زمینهٔ توسعهٔ عدالت ترمیمی، به‌ویژه به حوزهٔ جرایم خشونت‌آمیز و تروریستی باید توجّه داشت، آن است که توسعهٔ اینترنت و ظهور فضای سایبر و ظهور پدیدهٔ شگفتی‌ساز مگاورس می‌تواند زمینه‌ساز نسل جدیدی از برنامه‌های عدالت ترمیمی تحت عنوان «عدالت ترمیمی سایبری (برخطّ/ آن‌لاین/ مگاورسی)» شود؛ که در این صورت، می‌توان بخشی از محدودیت‌ها و اشکالاتِ «عدالت ترمیمی فیزیکی (حضوری)» را نیز با استفاده از این فناوری‌های نو برطرف کرد. برای نمونه، گاه امکان آن فراهم نیست تا همهٔ اعضای جامعهٔ محلی در یک مکان حاضر شده و گفت‌وگو کنند و گاه هزینهٔ آن نیز بسیار زیاد است که ممکن است برنامه هرگز اجاره نشود. به‌نظر می‌رسد که محاسن و مزایای برنامه‌های عدالت ترمیمی سایبری در جرایم خشونت‌آمیز و به‌ویژه جرایم تروریستی بیش‌تر از دیگر جرایم باشد. نخست از این جهت که در آغاز امر طرفین ممکن است تمایلی به رویارویی و گفت‌وگو نداشته باشند و فضا برای ملاقات حضوری مساعد نباشد. دوم این‌که، در آغاز امر ممکن است بزه‌دیدگان هنوز دچار استرس و فشار روانی بوده و بسیار ترس و واهمه داشته و آمادگی حضور در مقابل مرتکب را نداشته باشند. سوم اینکه در آغاز امر خود مرتکب نیز سرسختانه در برابر این دیدار و مذاکره مقاومت می‌کند و حتی تمایلی به ابراز پشیمانی و توبه ندارد. او به اقدام خویش افتخار می‌کند و هر لحظه در انتظار آزادی و تکرار جنایت بعدی است. از سوی دیگر در آغاز برنامه‌ها ممکن است شروع بسیار تند و خشنی داشته و برنامه را متوقف و یا حتی تعطیل کنند و ای بسا که به‌صورت فیزیکی درگیر شوند. چهارم اینکه در برنامه‌های عدالت ترمیمی کلان، در آغاز کار بسیار دشوار است که اعضای دو یا چند جامعهٔ محلی را در کنار یک‌دیگر نشاند و آن‌ها را مدیریت کرد. بنابراین، فضای سایبر می‌تواند محیط مناسبی برای آماده‌سازی اعضای جامعه جهت ملاقات حضوری باشد و تنها زمانی اجازهٔ ملاقات حضوری داده شود که پیشرفت محسوسی در روند گفت‌وگو حاصل شده باشد. عدالت ترمیمی سایبری می‌تواند زمینه‌ساز گفت‌وگو، مدارا و دوستی در این زمینه باشد.

فردی یا گروهی به میان جامعهٔ بزه‌دیده رفته و وارد گفت‌وگو شوند و در مسیر صلح و دوستی و جلب رضایت آنان گام بردارند. و نیازها و زیان‌های خود را بیان کرده و اعضای جامعه نیز باب گفت‌وگو و دوستی را گشوده و به تدریج پیوند اجتماعی برقرار شود. حسن این برنامهٔ ترمیمی در آن است که از یک‌سو شخص محکوم شده و نمی‌تواند به سادگی خود را بی‌گناه بداند و از سوی دیگر مدّت زمانی از زمان رفتار تروریستی گذشته و التهاب اجتماعی فرو نشسته است و از سوی سوم خود فرد نیز به رفتار خود اندیشیده و ممکن است پشیمان شده و آمادهٔ ترمیم باشد. در نتیجه، هر چهار ضلع یک برنامهٔ ترمیمی یعنی بزه‌دیده، بزهکار، جامعهٔ محلی و دولت آمادهٔ ورود به فرایند ترمیمی هستند.

۴-۲. کنفرانس (نشست) ترمیمی

یکی دیگر از ابزارهای عدالت ترمیمی که در این جهت می‌تواند گره‌گشا و کارآمد باشد، سازوکار کنفرانس ترمیمی است.[1] در واقع، این سازوکار، نوعی میانجیگری است که با حضور بستگان نزدیک و قابل‌اعتماد بزه‌دیده و مرتکب جرم انجام می‌شود (خانواده، نزدیکان، مربیان و مددکاران اجتماعی). بدین ترتیب امکانات کمک‌های محیط خانوادگی و اجتماعی برای طرف‌های جرم فراهم می‌شود. بنابراین در این برنامه نزدیکان بزه‌دیده و مرتکب نیز به این فرایند غیردولتی ـ غیرقضایی دعوت می‌شوند تا از طرف‌های جرم از طریق ایجاد محیطی مطمئن و امن حمایت کنند (Kim, 2015: 105). با این حال، برخلاف دادرسی کیفری، بستگان مرتکب نیز هم‌زمان اعلام خواهند کرد که «عشق و علاقهٔ آن‌ها به او ادامه می‌یابد» و جامعه به او اطمینان می‌دهد «اعتماد به او خواهد شد، به این ترتیب، او را به پشیمانی از جرم، اصلاح و ترمیم خسارات ناشی از جرم و به بازپیوستن به گروه‌های انسانی [که به آن‌ها تعلق دارد]، دعوت می‌کند» (Cario, 2010: 34). در مورد این دست از برنامه‌های ترمیمی نیلز کریستی ـ جرم‌شناس نرژوی ـ با بینشی ناب‌خواهانه بر این باور است که از طریق این جلسات، «زمانی که طرف‌های جرم موفق می‌شوند به یک راه حل بین خود برسند، دیگر نیازی به قضات و کیفر نیست. اما زمانی که آن‌ها خود موفق به انجام این کار نشدند، قضات باید برای تعریف ماهیت تعهدات مداخله کنند» (Christie, 2001: 64). حتی طرف‌داران مدل بیشینه‌خواه نیز معتقدند چنانچه جرمی بسیار سنگین و خشن بود که آثار آن از سطح جامعه فراتر رفت (مثل جرایم تروریستی) علاوه بر امکان اجرای فرایند عدالت کیفری، به‌صورت موازی اجرای برنامه‌های ترمیمی نیز [در زندان] از رهگذر فراهم کردن زمینهٔ ملاقات و گفت‌وگوی بزه‌دیده بزهکار قابل‌تصور می‌باشد (سماواتی پیروز، ۱۳۸۵: ۱۶۷-۱۶۶).

1. La conférence restaurative.

عامل تمایز اصلی برنامهٔ نشست‌های ترمیمی از دیگر برنامه‌های ترمیمی آن است که در آن خانواده و خویشاوندان دو طرف اختلاف و بزه نقش بسیار مهم و حضور پررنگی دارند. از این جهت، این برنامه سرشت جمعی دارد و در حقیقت الگوی ترمیمی میان خویشاوندی یا میان خانواده‌ای است. با وجود چنین پیشرفتی در برنامه‌های عدالت ترمیمی، این برنامه نیز هنوز جامعه‌مدار به‌معنای حقیقی کلمه نشده است. می‌توان به کنفرانس‌های جامعه‌مدار نیز اندیشیده و به اجرا گذاشت. به باور نگارنده، این برنامهٔ ترمیمی به‌دلیل سرشت جمع‌گرایانهٔ خود بیش از دیگر برنامه‌ها با مسئلهٔ ترمیمی‌سازی جرایم تروریستی انطباق دارد. در واقع، فقط کافی است که نشست خانوادگی و خویشاوندی تبدیل به نشست جامعه‌ای شود و اعضای دو جامعه در این نشست حضور یابند. البته، تردیدی نیست که آغاز و مدیریت چنین فرایندی کار بسیار دشواری است. اما هیچ برنامهٔ سودمند و اثربخشی را نباید به‌دلیل دشواری اجرای آن تعطیل کرد؛ آن هم برنامه‌ای که برایند آن صلح و دوستی و همبستگی جوامع درگیر جنگ و نفرت و خشونت است. این یکی از جلوه‌های بارز مردم‌سالاری قضایی است که اعضای دو یا چند جامعهٔ درگیر و دچار بحران در یک فضای دوستانه و محبت‌آمیز گرد هم آمده و از نیازها و زیان‌های خود گفته و آرزوی خود برای دوستی و صلح و هم‌زیستی را بیان کنند.

نتیجه

طرف‌داران مفهوم عدالت ترمیمی تأکید دارند که تحمیل صرف درد و رنج بر مرتکب برای ترمیم آسیب ناشی از جرم نه ضروری است و نه کافی. آن‌ها ترجیح می‌دهند که ترمیم آسیب در فرایندی انجام شود که اجازه می‌دهد با بزه‌دیدگان ملاقات کنیم، با احترام به آن‌ها گوش دهیم، به تمام سؤالات آن‌ها پاسخ دهیم، در صورت لزوم، عذرخواهی کنیم، و اقدامات ترمیمی درخواستی آن‌ها را بپذیریم. باید توجه داشت اقدامات عدالت ترمیمی نباید در پیشرفت فرایند کیفری دخالت کنند (و بر عکس). بنابراین اجرای برنامه‌های ترمیمی در جرایم تروریستی به معنای نفی فرایند و تعقیب کیفری نیست و با رویکردی بیشینه‌خواه می‌توان به شکل موازی هر دو فرایند را اجرا نمود و یا در صورت شکست برنامهٔ ترمیمی به فرایند کیفری روی آورد. بنابراین، عدالت ترمیمی باید به توسعهٔ خود همواره به‌موازات فرایند کیفری، ادامه دهد. در جرایم تروریستی، توجه ویژه به بزه‌دیدهٔ این نوع از جرایم، به‌ویژه در چهارچوب موضوع دریافت غرامت، مشارکت دادن بزه‌دیده در تصمیم‌گیری‌ها، حتی در قالب حل‌وفصل مسالمت‌آمیز از طریق گفت‌وگو، اهمیت دوچندانی دارد. بزه‌دیدگان ممکن است به این دلیل که کابوس‌های مکرر می‌بینند بخواهند با عاملین جرم تروریستی ملاقات کنند و برای اینکه بتوانند فصل جدیدی از زندگی خود را آغاز کنند باید با بدترین ترس خود که ملاقات با مجرم است روبه‌رو شوند. این به‌نوبهٔ خود می‌تواند به بزه‌دیدگان کمک کند که از مرتکبین جرم احساس جدایی

کنند و به هر کابوس یا فلاش‌بک پایان دهند. در فضای حل‌وفصل یا گفت‌وگوی ترمیمی، مسائلی ازجمله از دست رفتن حیثیت طرف‌های جرم، از دست دادن اختیار و توانایی‌های آنان، همگی از مسائلی هستند که می‌توانند در روند برقراری تعادل و توازن بین بزه‌دیده و مجرم مورد توجه قرار گیرند. بنابراین سه اصل اساسی عدالت ترمیمی که ناظر بر جبران خسارت بزه‌دیده، بازپروری و مسئولیت‌پذیری مرتکب جرم و مشارکت جامعهٔ مدنی در فرایند ترمیمی است در جرایم تروریستی قابل‌تحقق می‌باشد. باید توجه داشت حذف و طرد مجرمان تروریستی ممکن است موجب ناتوان‌سازی یا از ببین بردن آن‌ها شود اما همچنان گفتمان و ایدئولوژیک آن‌ها باقی می‌ماند. بنابراین مقابله با افراط‌گرایی و تروریسم نیازمند راهکارهای غیرکیفری همچون اجرای برنامه‌های ترمیمی است. صرف اینکه شخصی بزه‌دیدهٔ یک عمل خشونت‌آمیز شدید (مثل جرم تروریستی) شده است، نمی‌تواند مانعی برای برگزاری یک جلسهٔ ترمیمی باشد، مگر زمانی که بزه‌دیده یا مرتکب تمایل به شرکت در آن نداشته باشد.

تروریسم اصولاً تقابل‌خشن فرد با فرد و یا فرد با جامعه نیست، بلکه تجزیه و تحلیل تروریسم نشان می‌دهد که تروریسم تقابل خشن یک جامعه با جامعه یا جامعه‌های دیگر است. بر پایهٔ این تحلیل جامعه‌مدار از تروریست، نباید تنها بر پایهٔ تحلیل فردمدار با پدیدهٔ تروریسم برخورد نمود، بلکه فرد تروریست را باید نمایندهٔ ارسالی جامعه‌ای دانست که نفرت را تولید کرده و آن را در قالب فرد تروریست به جامعهٔ هدف حمله ارسال نموده است. تروریسم معلول این دشمنی میان‌جامعه‌ای است و تا زمانی که این دشمنی باقی است، تروریسم نیز باقی خواهد ماند و برنامه‌های میان‌فردی عدالت ترمیمی نیز ممکن است با شکست مواجه شوند. زیرا به محض خروج فرد تروریست از برنامهٔ ترمیمی به‌ناچار باید به جامعهٔ خویش بازگردد و چون جامعهٔ او هم‌چنان تولیدکنندهٔ نفرت و دشمنی است، فرد در معرض لغزش و ورود به چرخهٔ خشونت خواهد شد و در صورت خودداری از این امر، از جانب جامعهٔ خویش طرد خواهد شد (همچنین ممکن است مرتکبان جرایم تروریستی به‌دلیل شرکت در برنامه‌های ترمیمی از جامعهٔ خود بترسند که پس از آزادی مورد تهدید و سرزنش قرار بگیرند). چنین نگرشی به عدالت ترمیمی را می‌توان عدالت ترمیمی کلان دانست که در برابر عدالت ترمیمی خُرد است. از این نگاه کلان و جامعه‌نگرانه، تا صلحی میان مذاهب بزرگ جهان یعنی اسلام، مسیحیت و یهودیت و یا درون خود این مذاهب میان فرقه‌ها برقرار نشود و رهبران مذهبی به یکدیگر احترام نگزارند و از تفسیق و تکفیر و مشارک‌انگاری یکدیگر خودداری نکنند و به پیروان خود آیین مدارا و دوستی و هم‌زیستی مسالمت‌آمیز را نیازموزند، عدالت ترمیمی کلان به دست نخواهد آمد. بنابراین، به نظر در جرایم تروریستی باید در کنار برنامه‌های میانجیگری میان‌فردی،

حلقه‌های میان فردی، نشست‌های میان فردی و... (تروریسم‌زدایی ترمیمی صغیر)، برنامه‌های میانجیگری جامعه‌مدار (میان‌جامعه‌ای)، حلقه‌های جامعه‌مدار، نشست‌های جامعه‌مدار و... را نیز به اجرا گذاشت (تروریسم‌زدایی ترمیمی کبیر). مشاهده شد که کشور اسپانیا و ایتالیا از برنامه‌های ترمیمی به‌نحو موفقی در جرایم تروریستی استفاده کرده‌اند. در این راستا می‌توان این برنامه‌ها را بومی کرده و به ایران نیز توسعه داد. لازم به ذکر است مطابق قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ نهاد میانجیگری دایرهٔ کوچکی از جرایم تعزیری را شامل می‌شود. در حقوق ایران باید به دورهٔ توسعهٔ عدالت ترمیمی وارد شد و محدودیت و موانع اجرای میانجیگری برداشته شود تا همهٔ جرایم را شامل شود و در تمام مراحل دادرسی قابل‌اعمال باشد. همچنین تنوع‌بخشی به ظرفیت‌های موجود در بهره‌گیری از برنامه‌های ترمیمی در قبال مرتکبان عملیات تروریستی به‌ویژه در سطح کلان (جمعی) محل توجه است.

منابع

فارسی

- اتنف، رنالد (۱۳۸۳)، «رهیافت‌های جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناختی به تروریسم (تحلیل جرم‌شناختی تروریسم)»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، **مجله تحقیقات حقوقی**، دوره ۷، شماره ۳۹.
- باباخانی، عرفان و افشین عبداللهی (۱۴۰۰)، «امکان اعمال جایگزین‌های تعقیب کیفری نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق ایران و فرانسه»، **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، دوره ۲۲، شماره ۵۳.
- باخوان، عادل (۱۴۰۰)، **جامعه‌شناسی خشونت**، ترجمه حسین محمّدزاده و جمال ادهمی، تهران: انتشارات جامعه‌شناسان و روش‌شناسان.
- سماواتی پیروز، امیر (۱۳۸۵)، **عدالت ترمیمی: تعدیل تدریجی عدالت کیفری یا تغییر آن**، تهران: نگاه بینه.
- صادقی، سالار، حسین فخر و اسمعیل رحیمی نژاد (۱۳۹۸)، «جایگاه عدالت ترمیمی در جرایم علیه حاکمیت»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، دوره دهم، شماره ۲۰.
- فیرحی، داود و صمد ظهیری (۱۳۸۷)، «تروریسم: تعریف، تاریخچه و رهیافت‌های موجود در تحلیل پدیدهٔ تروریسم»، **فصلنامه سیاست**، دوره ۳۸، شماره ۳.
- کارگری، نوروز (۱۳۹۱)، **درون مایه‌های تروریسم**، تهران: نشرمیزان.
- مهرا، نسرین و نوروز کارگری (۱۳۹۳)، «تروریسم و حقوق کیفری»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره ۱۱، شماره ۸.
- میرمجیدی، سپیده (۱۴۰۰)، «ویژگی‌های الگوی مطلوب برنامه‌های عدالت ترمیمی در پرونده‌های خشونت جنسی: با نگاهی به گفتمان قضایی ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- میرمحمدصادقی، حسین و رشید قدیری بهرام‌آبادی (۱۳۹۴)، «نقش و جایگاه سیاست در عدالت کیفری حاکم بر جرایم تروریستی»، **فصلنامه پژوهش حقوق کیفری**، دوره ۴، شماره ۱۳.

انگلیسی

- Brigant, Jean-Marie (2019), **La justice restauratrice**, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 129-146.
- Cario, Robert (2010), **Justice restaurative – principes et promesses**, 2e éd., L'Harmattan, Paris.
- Cario, Robert (2001), **Victimologie: De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale**, L'Harmattan, Paris.
- Christie, Nils (2011), **Les conflits: des biens usurpés ? in La justice restauratrice**, Larcier, Bruxelles.
- Deymie, Brice (2018), La justice restaurative: le dialogue avant la peine, Cairn.info, 41-52.
- Dieu, Erwan, Ferri, Tony (2015), Punition et risque: Les geôles du quotidien, Studyrama.
- Jullion, Daniel (2019), **La médiation pénale entre utopie et contrainte... Un défi possible ?!**, in La lettre des Médiations, ISSN non exigé, 3-9.
- Marshal, Tony (2011), "La justice restauratrice: une vue d'ensemble", in **La justice restauratrice**, Trad, Phillipe Gailly, Larcier, Bruxelles.
- Pignoux, Nathalie (2008), **La réparation des victimes d'infractions pénales**,

L'Harmattan, Paris.
- Kim, Moonkwi (2015), Essai sur la justice restaurative illustré par les exemples de la France et de la Corée du Sud, Thèse, L'Université de Montpellier.
- Rognon, Frédéric, Deymié, Brice (2014), **Punir, Restaurer, Guérir, regards croisés sur la justice restaurative**, L'Harmattan, Paris.
- Soulou, Katerina (2018), L'approche restaurative de la criminalité et son application aux cas de terrorisme, Dalloz "Les Cahiers de la Justice", 341-359.
- Varona, Gema (2013), **The Meaning of Impunity: What Do Victims, Offenders and Society Think of Restorative Encounters in the Context of ETA Terrorism in Spain**, Restorative Justice, no. 2, 215-243.
- Walgrave, Lode (2008), **Restorative Justice**, Self-interest and Responsible Citizenship, Cullompton, Devon UK, Willan Publishing.
- Walgrave, Lode (2015), **Le terrorisme intérieur Un défi pour la justice restaurative**, suivi d'un débat avec Denis Salas, Dalloz "Les Cahiers de la Justice", 423-438.
- Walgrave, Lode (1993), "La justice réparatrice et les jeunes", **Journées internationales de criminologie juvénile**, Hauts-de-Seine, Vaucresson.
- Wemmers, Jo-Anne (2018), **Introduction à la victimologie**, Presses de l'Université de Montréal, Montréal.
- Zehr, Howard (2012), L**a justice restaurative: pour sortir des impasses de la logique punitive, Genève**, Editions Labor et Fides.
- Zehr, Howard (2002), **Little Book of Restorative Justice**, Intercourse, Good Books.

وب سایت‌های اینترنتی

- Comment la France gère les détenus radicalisés depuis les attentats de 2015 (2021), available at: https://www.lepoint.fr/societe/comment-la-france-gere-les-detenus-radicalises-depuis-les-attentats-de-2015--09-09-2021-2442373_23.php
- Plan d'action contre la radicalisation en prison (2016), available at: www.gouvernement.fr/argumentaire/lutte-contre-la-radicalisation-en-prison
- Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative (2017), available at: https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/42000
- Note DAP du 10 février 2016 relative à la prise en charge des personnes détenues en unité dédiée (2016), available at: https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/274641.pdf
- Au procès des attentats du 13-Novembre, le concept de justice restaurative fait son chemin pour "ne pas rester dans un désir de vengeance" (2022), available at: https://www.francetvinfo.fr/faits-divers/terrorisme/attaques-du-13-novembre-a-paris/proces-des-attentats-du-13-novembre-2015/au-proces-des-attentats-du-13-novembre-le-concept-de-justice-restaurative-fait-son-chemin-pour-ne-pas-rester-dans-un-desir-de-vengeance_5007191.html
- Justice restaurative: Réparer les vivants (2021), available at: https://www.politis.fr/articles/2021/11/justice-restaurative-reparer-les-vivants-43833/
- Prisons: comment lutte-t-on contre la radicalisation? (2018), available at: https://www.lejdd.fr/Societe/Justice/prisons-comment-lutte-t-on-contre-la-radicalisation-3547646.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2021.537155.4356

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۹۳ تا ۱۱۴
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۱۶

کلینیک‌های حقوقی دانشگاهی؛ از چیستی و چرایی تا چگونگی تحقق و فعالیت

محمدقاسم تنگستانی*

چکیده

نظام آموزش رسمی حقوق در دانشگاه‌های متعددی از تعداد قابل‌توجهی از کشورها، بیش از سه دهه است که با توسعهٔ نسبتاً پرشتاب نهادهایی تحت عنوان «کلینیک حقوقی» مواجه شده است. نهاد مذکور با ایفای کارکردهای دوگانهٔ آموزشی و خدماتی/اجتماعی، یک تأسیس خاص در دانشکده‌های حقوق محسوب می‌شود. در کشور ما نیز ایدهٔ فوق با الگوهای مختلفی از یک دهه قبل در تعدادی از دانشگاه‌های دولتی و غیردولتی کشور طراحی و اجرا شده است. با عنایت به توسعهٔ نهادهای مذکور طی سالیان اخیر و ضرورت تنظیم چهارچوب‌های حقوقی لازم جهت تهیه و تصویب ضوابط و مقررات مربوط به ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی، پژوهش پیش‌رو با روش توصیفی ـ تحلیلی، ضمن بررسی مفهومی ایدهٔ فوق، کارکردها و مزایای آن، درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که چالش‌ها و الزامات حقوقی و فراحقوقی ایجاد کلینیک‌های حقوقیِ دانشگاهی در ایران کدامند؟ بر اساس یافته‌های این پژوهش، ایجاد کارآمد نهاد مذکور در ایران بدون رفع چالش‌های متعدد مالی، اداری و آموزشیِ مربوط امکان‌پذیر نخواهد بود. تأکید خاص این پژوهش بر ضرورت اتخاذ راهکارها و تمهیدات لازم جهت تأمین منابع مالی کافیِ مورد نیاز برای ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی، تصویب اسناد حقوقی مربوط توسط مراجع ذی‌صلاح و طراحی نظام آموزشی مناسب برای اجرای کامل و مؤثر ایدهٔ فوق است. در این پژوهش سعی شده ضمن تبیین چالش‌های فراروی ایجاد نهاد مذکور، راهکارهای رفع موارد مذکور در ایران پیشنهاد گردد.

واژگان کلیدی: دسترسی به عدالت، مهارت حقوقی، دانشکدهٔ حقوق، آموزش کلینیکی حقوق، توانمندسازی حقوقی

* استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران
m.tangestani@yahoo.com

مقدمه

کلینیک‌های حقوقی دانشگاهی[1] (وابسته به دانشکدهٔ حقوق) با هدف آموزش مهارت حقوقی به دانشجویان رشتهٔ حقوق و نیز فراهم‌کردن دسترسی به عدالت[2] برای اشخاص و گروه‌های نیازمند به‌طور موفقیت‌آمیزی در سراسر جهان مورد استفاده قرار گرفته‌اند (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۱۳۹۳: ۱۳۹). ایدهٔ فوق بیش از یک دهه است که با اقتباس نسبتاً ناقص از نمونه‌های مشابه در سایر کشورها، توسط برخی دانشگاه‌ها در ایران مورد توجه قرار گرفته و در این راستا کلینیک‌های حقوقی متعددی نیز ایجاد شده‌اند؛ بدون اینکه الزامات شکل‌گیری نهادهای مذکور به‌طور کامل در کشور ایجاد شده باشد.

ایجاد نهاد مذکور با دو کارکرد مهم آموزشی و خدماتی/اجتماعی مورد توجه کشورهای مختلف قرار گرفته است. درخصوص کارکرد نخست، لزوم تحول نظام آموزش حقوق از حالت نظری صرف به وضعیت تلفیقی (نظری ـ عملی) اول‌بار در دههٔ ۱۹۳۰ میلادی در آمریکا مطرح شد. ایده این بود که همان گونه که در کنار دانشکده‌های علوم پزشکی، درمانگاه‌ها (کلینیک‌ها) و بیمارستان‌هایی وجود دارند که دانشجویان پس از فراگیری دانش نظری در برخی دروس، با ورود به آن‌ها در عمل مهارت لازم را نیز کسب می‌کنند، دانشکده‌های حقوق هم نیازمند وجود مراکز نسبتاً مشابهی هستند که از طریق ارائهٔ آموزش‌های عملی (مهارتی)، دانشجویان امروز را آمادهٔ ورود به حرفه‌های تخصصی مربوط نمایند. به عبارتی، ایدهٔ کلینیک‌های حقوقی، فاصلهٔ (گپ) میان نظریه (تئوری) و عمل را پر می‌کنند (Lewis, 2000: 19). بر این اساس، مبحث «آموزش کلینیکی حقوق»،[3] تحولاتی را در نظام آموزش حقوق موجب گردید؛ امری که البته تاکنون وارد نظام آموزش عالی ایران در رشته حقوق نشده است. درخصوص کارکرد دوم، ایجاد نهاد مذکور گام مهمی در راستای ارتقای سطح دسترسی شهروندان به‌خصوص اقشار نیازمند به کمک حقوقی[4] رایگان به‌شمار می‌رود که این امر، یکی از شاخص‌های نظام قضایی عادلانه محسوب می‌شود.

پرسش‌های مورد نظر از انجام پژوهش پیش‌رو به شرح زیر است: به‌رغم کارکردهای موجه و قابل‌دفاع و مزایای تأسیس کلینیک‌های حقوقی، ایجاد نهاد مذکور در دانشگاه‌های ایران با چه چالش‌هایی مواجه است؟ چه راهکارهایی برای مرتفع نمودن چالش‌های مذکور قابل‌ارائه است؟ به‌طور کلی، الزامات حقوقی و فراحقوقی تشکیل کلینیک‌های حقوقی در ایران کدامند؟

1. University Law Clinics
2. Access to Justice
3. Clinical Legal Education
4. Legal Aid

فرضیات این پژوهش نیز به شرح زیر قابل‌صورت‌بندی است: ایجاد کلینیک‌های حقوقی در دانشگاه‌های ایران با چالش‌های متعدد مالی، ساختاری و آموزشی مواجه است. طبعاً پیش از هر اقدامی باید راهکارها و تدابیر حقوقی و مدیریتی لازم برای رفع موانع مذکور اتخاذ شود. تهیهٔ اسناد سیاست‌گذار و توانمندسازی دانشکده‌های حقوق برای ایجاد نهاد مذکور (از لحاظ بودجه‌ای، مالی، آموزشی و به‌طور کلی، تقویت جنبه‌های انگیزشی) ازجمله الزامات تشکیل کلینیک‌های حقوقی در ایران است. حسب بررسی صورت‌گرفته، تاکنون پژوهش مستقلی (به زبان فارسی) برای پاسخ‌گویی به پرسش‌های فوق انجام نشده است. هرچند داده‌های موجود در دو کتاب که راجع به کلینیک‌های حقوقی ترجمه شده است (به شرح مذکور در منابع فارسی این مقاله)، در قسمت‌های مختلف این پژوهش مورد توجه و استفاده قرار گرفته است. نوآوری پژوهش حاضر در تمرکز بر وضعیت کشورمان و تأکید بر چالش‌ها و الزامات مربوط به‌منظور ایجاد نهاد مذکور به‌نحو کارآمد است.

در این پژوهش در قالب چهار بند ابتدا به مفهوم‌شناسی و واکاوی پیشینهٔ تشکیل کلینیک‌های حقوقی می‌پردازیم، سپس مزایا، کارکردها و چالش‌های ایجاد نهاد مذکور را بررسی نموده و در انتها، فرایندها و الزامات حقوقی و فراحقوقی ایجاد کلینیک‌های حقوقی در دانشگاه‌های ایران را تبیین خواهیم کرد.

۱. مفهوم و پیشینه

در این بند، نخست به بررسی مفهومی کلینیک‌های حقوقی می‌پردازیم، سپس پیشینه شکل‌گیری آن‌ها در ایران را تبیین خواهیم کرد.

۱-۱. مفهوم‌شناسی

اولین نکته‌ای که عبارت «کلینیک حقوقی» به ذهن متبادر می‌کند، اشتراک لفظی آن با کلینیک‌های پزشکی است.[۱] در عرف رایجِ مردم ما هم «کلینیک» نوعاً ناظر بر درمانگاه است. این اشتراک لفظی چندان بی‌دلیل نیز نمی‌باشد. توضیح‌آنکه توسعهٔ آموزش کلینیکی حقوق در آمریکا تحت‌تأثیر تجربهٔ آموزش پزشکی در دانشگاه‌های علوم پزشکی بوده و این امر، در نام‌گذاری «کلینیک»های حقوقی مؤثر بوده است (Zielinska et al, 2005: 186).

قابل‌توجه آنکه به هنگام نام‌گذاری کلینیک حقوقی دانشکدهٔ حقوق دانشگاه ادوارد موندلن

۱. فرهنگستان زبان و ادب فارسی، واژهٔ «درمانگاه» را به‌عنوان معادل فارسی واژهٔ «کلینیک» به تصویب رسانده که منظور از آن، ساختمان یا بخشی در بیمارستان یا مرکز بهداشتی ـ درمانی است که به درمان بیماران یا مراقبت پزشکی از بیماران سرپایی اختصاص داشته باشد.

موزامبیک نیز این موضوع مطرح شد که عبارت «کلینیک» به‌نوعی دلالت ضمنی بر مدلول پزشکی دارد و بهتر است نام دیگری انتخاب شود. ازجمله اصطلاحات جایگزینی که پیشنهاد شد، عبارت "Legal Helping Hand" بود که در نهایت عنوان «کلینیک»، نهایی شد (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۱۲۷). در حال حاضر عبارت مذکور در کلیهٔ کشورهایی که اقدام به تشکیل آن نموده‌اند، کاملاً پذیرفته‌شده تلقی می‌شود و دلالت بر نهادی می‌کند که با رویکرد دوگانهٔ آموزشی (برای دانشجویان) و خدماتی/اجتماعی (برای اقشار نیازمند جهت دریافت کمک حقوقی)، سعی در ارتقای سطح مهارت عملی دانشجویان رشتهٔ حقوق و ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان به نیازمندان به‌صورت هم‌زمان دارد.

شایان ذکر است کلینیک‌های حقوقی از سازمان‌های ارائه‌کنندهٔ خدمات رایگان برای نیازمندان، متمایز هستند. سازمان‌های اخیر نوعاً در قالب سمن‌ها[1] تشکیل می‌شوند، صرفاً ارائه‌کنندهٔ خدمات رایگان به اقشار نیازمند هستند و فاقد کارکرد آموزشی (در قالب نظام آموزش رسمی حقوق) می‌باشند. همچنین کلینیک حقوقی، کارکرد متفاوتی با مؤسسات حقوقی (ارائه‌کنندهٔ خدمات حقوقی) دارد؛ زیرا اولاً کلینیک‌های حقوقی دارای کارکرد آموزشی نیز می‌باشند و ثانیاً خدماتی که توسط نهادهای مذکور ارائه می‌گردد، رایگان است. در واقع، کلینیک‌های حقوقی اولاً یک نهاد انتفاعی با کارکرد صرفاً حرفه‌ای (مشاوره و وکالت دادگستری) نیستند. باری، کلینیک‌های حقوقی یک تأسیس خاص برای اهداف خاص مورد نظر طراحان آن می‌باشند که در ادامه درخصوص کارکردهای آن‌ها توضیحات بیشتری ارائه خواهد شد.

۲-۱. پیشینهٔ شکل‌گیری

ایدهٔ کلینیک‌های حقوقیِ دانشگاهی اولین بار در اواخر دههٔ ۱۹۶۰ میلادی با ایجاد «شورای آموزش حقوق در راستای مسئولیت حرفه‌ای» در آمریکا مطرح شد. کلینیک‌های حقوقی هم‌اکنون در بیش از ۶۰ کشور در سراسر جهان در تمامی قاره‌ها ایجاد شده و جزء جدایی‌ناپذیری از دانشکده‌های حقوق و نظام آموزش عالی رشتهٔ حقوق در دورهٔ کارشناسی در کشورهای فوق گردیده است. به‌لحاظ ساختاری کلینیک‌های حقوقی دانشگاهی جزء اصلی دانشکدهٔ حقوق در هر دانشگاهی محسوب می‌شوند (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۲۵، ۴۲، ۴۳ و ۱۳۸).

توسعهٔ سریع ایجاد کلینیک‌های حقوقی در کشورهای مختلف به علت منافع دوجانبهٔ این نهاد، هم برای دانشجویان رشتهٔ حقوق و هم برای جامعه است. دانشکده‌های حقوق ایدهٔ فوق را به‌عنوان جزئی از برنامهٔ رسمی آموزش حقوق به دانشجویان درنظر گرفته‌اند و هر ساله سمینارها و

1. NGO

کنفرانس‌هایی برای بهبود نظام آموزش کلینیکی حقوق برگزار می‌کنند (Koci, undated: 156).

ایدهٔ آموزش کلینیکی حقوق ابتدا به‌صورت آزمایشی اجرا شد و بعد از حصول اطمینان از کارکرد صحیح آن، به‌صورت رسمی وارد نظام آموزش حقوق گردید. قابل‌توجه آنکه اقبال گسترده به ایدهٔ فوق ابتدا در اروپای شرقی و مرکزی و سپس در اروپای غربی بود. یکی از علل این امر، هم‌زمانی طرح ایدهٔ فوق با افول کمونیسم، ضرورت تغییر نظام اقتصادی به سمت اقتصاد مبتنی بر بازار آزاد (به‌علت تأثیرات این دو عامل در افزایش مراجعات مردم به دادگستری و نبود توانایی مالی کافی برای برخی اشخاص جهت اخذ وکیل و مشاور حقوقی) و ضرورت تنفس هوای تازه در فضای سنتی آموزش حقوق در آن دوره بیان شده است (Aksamovic, & Genty, 2014: 429-430). البته در حال حاضر کلینیک‌های حقوقی در سراسر اروپا تشکیل شده و حتی «شبکهٔ اروپایی آموزش کلینیکی حقوق»[1] نیز ایجاد شده است.

لازم به ذکر است مدیران و اعضای اصلی (راهنما ـ ناظر) این کلینیک‌ها را اعضای هیئت علمی رشته‌های مختلف حقوقی تشکیل می‌دهند. همچنین از ظرفیت دانشجویان تحصیلات تکمیلی نیز در عمل استفاده می‌شود. البته ارائه‌کنندهٔ اصلی خدمات حقوقی در کلینیک‌ها، دانشجویان می‌باشند و اساتید صرفاً نقش ناظر و هدایت‌گر دارند. گرچه این واحد توسط اعضای دانشکده‌های حقوق، مدیریت می‌شود، اما از کلینیک حقوقی به‌عنوان نهاد مردمی ـ دانشگاهی تعبیر می‌شود. بدیهی است انجام وظایف مورد انتظار از کلینیک‌ها، با تبعیت از مقررات محدودیت‌دارِ حاکم بر دستگاه‌های دولتی ازجمله دانشگاه‌ها، سازگاری ندارد. فلذا وجود انعطاف در قواعد حاکم بر ادارهٔ کلینیک‌های حقوقی، اجتناب‌ناپذیر است.

هم‌اکنون در بیش از هفت دانشگاه ایران کلینیک حقوقی شکل گرفته است. دانشگاه مفید قم، در سال ۱۳۸۶ نخستین کلینیک حقوقی دانشگاهی را ایجاد کرد. پس از آن، کلینیک حقوق خانواده و کودک دانشگاه شهید بهشتی، کلینیک حقوقی دانشگاه فردوسی مشهد، کلینیک حقوقی دانشگاه طلوع مهر قم، کلینیک حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان، کلینیک حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد (در سال ۱۳۹۸) و اخیراً کلینیک حقوقی دانشگاه علامه طباطبائی (در سال ۱۴۰۰) تشکیل شده‌اند.

الگوی ارائهٔ خدمات مشاورهٔ حقوقی رایگان، در کلینیک حقوقی دانشگاه مفید قم[2] قابل‌ملاحظه است. کلینیک مذکور تحت نظارت مرکز مطالعات حقوق بشر دانشگاه فوق، تأسیس شد. این

1. The European Network of Clinical Legal Education (ENCLE)
2. http://www.mofidu.ac.ir/departments/law/law-clinics/

کلینیک، یک نهاد مردمی ـ دانشگاهی است که هدف از تأسیس آن ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان به محرومین جامعه و مشاوره‌دادن به آسیب‌دیدگان اجتماعی با نظر به بازپروری آنان و نیز سرعت‌بخشیدن به حل منازعات از طریق روش‌های مسالمت‌آمیز و همچنین افزایش آگاهی مردم در مورد قوانین در جهت نهادینه‌کردن حقوق شهروندی است. این کلینیک علاوه‌بر خدمات عام‌المنفعه در بعد آموزشی نیز می‌کوشد تا دانش و تجربهٔ دانشجویان را افزایش دهد، مهارت‌های حقوقی لازم را به آن‌ها بیاموزاند و با بسترسازی مناسب، روحیهٔ نوع‌دوستی و مشارکت در فعالیت‌های خیرخواهانه را در دانشجویان پرورش دهد.

الگوی ارائهٔ خدمات حقوقی غیررایگان نیز در کلینیک دانشگاه فردوسی مشهد[1و2] قابل‌ردیابی است. کاهش وابستگی دانشگاه به بودجهٔ دولتی و کسب استقلال مالی، اشتغال‌زایی و تبدیل دانشگاه به یک مرکز کارآفرین (دانشگاه نسل سوم)، افزایش سطح رفاهی اعضای دانشگاه، ازجمله اهداف ایجاد کلینیک حقوقی فوق محسوب می‌شوند. منظور از «دانشگاه نسل سوم»، مؤسسه‌ای خودمولد بوده که برای کسب منابعش، در روند گذار از «سازمان مبتنی بر هدایا و وابسته به نهادهای دیگر» است و دانش‌آموختگانی را به جامعه تحویل می‌دهد که دانش را در کنار پژوهش‌های کاربردی به خدمت گرفته و با نوآوری، کار می‌آفرینند. مهم‌ترین هدف کلینیک حقوقی دانشگاه فردوسی مشهد، ارائهٔ خدمات حقوقی و علمی بهینه و با کیفیت به جامعهٔ دانشگاهی و برون‌دانشگاهی اعم از بخش دولتی و خصوصی و انجام وکالت در کلیهٔ امور همچنین پذیرش و انجام داوری داخلی و بین‌المللی است.

نخستین کلینیک تخصصی حقوقی در ایران، کلینیک حقوقی زنان و کودکان دانشگاه شهید بهشتی[3] است که در اسفند سال ۱۳۸۵ به همت کرسی حقوق بشر و پژوهشکدهٔ خانواده این دانشگاه تأسیس شد. ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان به زنان و کودکان به‌عنوان اقشار آسیب‌پذیر توسط وکلا و مشاوران حقوقی از مهم‌ترین اهداف تشکیل آن است.

از میان الگوهای فوق کلینیک حقوقی دانشگاه مفید قم با الگوی کلینیک حقوقیِ شناخته‌شده در سطح جهانی انطباق بیشتری دارد؛ زیرا هدف اصلی ایجاد نهاد، انجام فعالیت حرفه‌ایِ حقوقی به‌مثابهٔ یک مؤسسهٔ حقوقی نیست. ارائهٔ مشاوره حقوقی رایگان و تدارک نظام آموزش مهارت‌محور به دانشجویان، دو شرط اصلی ایجاد کلینیک‌های حقوقی است.

در نظام حقوقی ایران سند یا اسنادی درخصوص ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی به تصویب

1. https://lawclinic.um.ac.ir/index.php/fa/2017-05-27-11-15-30.html
2. https://fea.um.ac.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=151:2016-07-10-05-01-51&catid=87&Itemid=601&lang=fa
3. https://sbu.ac.ir/lists/news/dispform.aspx?id=13539

نرسیده است. صرفاً حکم مندرج در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۰ آیین‌نامهٔ اجرایی مادهٔ (۶) قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (مصوب ۱۴۰۰/۰۳/۳۰ هیئت وزیران) قابل‌ذکر است که بر اساس آن، به‌منظور اجرای تکالیف مقرر در آیین‌نامهٔ فوق درخصوص آموزش و ترویج حقوق کودک و مشاوره و معاضدت حقوقی، مرجع ملی حقوق کودک (وزارت دادگستری) از طریق ایجاد مجموعهٔ خدمات (کلینیک‌های) حقوق کودک با هماهنگی سازمان بهزیستی اقدام می‌نماید. شایان ذکر است اخیراً وزارت دادگستری اقداماتی را برای ایجاد برخی کلینیک‌های حقوق کودک انجام داده است.

۲. مزایا و کارکردها

۲-۱. آموزش مهارت حقوقی

درخصوص کارکرد نخست حسب بررسی سرفصل‌های مصوب[1] رشتهٔ حقوق در دورهٔ کارشناسی و گرایش‌های تخصصی آن در دوره‌های تحصیلات تکمیلی (کارشناسی‌ارشد و دکتری) اکثریت قریب‌به‌اتفاق واحدهای آموزشی این رشته، جنبهٔ نظری دارد. البته در دروس اختیاری دورهٔ کارشناسی حقوق، یک واحد به نام «رویهٔ قضایی» پیش‌بینی شده است. این در حالی است که رشته‌های دانشگاهی ذیل گروه علوم تجربی (مواردی نظیر پزشکی، دندان‌پزشکی و...) دارای تلفیقی از واحدهای نظری و عملی هستند تا بدین طریق، صرفاً به آموزش نظری اکتفا نشود. در واقع، آموزش عملی جزئی از فرایند آموزش آکادمیک در رشته‌های مزبور است.

رشتهٔ حقوق به‌عنوان یکی از رشته‌های علوم اجتماعی، ارتباط تنگاتنگی با جامعه دارد. دانش‌آموختهٔ این رشته نیز در نهایت حرفه‌ای را برخواهد گزید که با رفع مشکلات و امور حقوقی در عمل سروکار دارد؛ حرفه‌هایی نظیر قضاوت، وکالت، سردفتری اسناد رسمی، کارشناسی حقوقی دستگاه‌های دولتی و غیردولتی و...؛ امری که اقتضا می‌کند دانشجویان علاوه‌بر فراگیری دانش نظری، به‌لحاظ عملی نیز مهیای ورود به حرفهٔ مورد نظر شوند. اهمیت فراگیری مهارت‌های عملی در برخی موارد موجب شده که به لزوم طی دورهٔ کارآموزی که غالباً جنبهٔ عملی دارد، تصریح شود (نظیر حرفهٔ وکالت و قضاوت دادگستری).

یکی از مشکلات دانش‌آموختگان رشتهٔ حقوق در کشور ما در وضعیت فعلی، نداشتن مهارت عملی لازم برای ورود به حرفهٔ مربوط به‌علت تمرکز آموزش دانشگاهی بر جنبه‌های نظری صرف و عدم فراگیری مهارت حقوقی لازم است. وضعیتی که موجب شده است دستگاه‌های دولتی با کمبود

۱. برنامه‌های درسی رشته‌های مختلف دانشگاهی در ایران به تصویب شورای‌عالی برنامه‌ریزی آموزش عالی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری می‌رسد.

شدید «کارشناس» حقوقی (به معنای واقعی کلمه) مواجه شوند. البته مورد اخیر علاوه بر ضعف در نظام آموزش حقوق، علل دیگری نیز دارد (ازجمله ضعف در نظام جذب و نگهداری کارشناسان حقوق در دستگاه‌های دولتی) که بررسی آن خارج از موضوع اصلی این نوشتار است.

البته وضعیت نامناسب آموزش حقوق، مختص کشور ما نیست. برای مثال، از نظر پروفسور هایما، عمدهٔ دانشجویان رشتهٔ حقوق فاقد آگاهی و مهارت لازم برای انجام حرفه‌ای هستند که پس از دانش‌آموختگی بدان خواهند پرداخت (Bradway, 1931: 37).

در پاسخ به مشکل فوق، آموزش کلینیکی حقوق، یادگیری تجربی است که در آن دانشجویان مهارت‌های عملی و تجربهٔ ارائهٔ خدمات حقوقی را در فضایی همراه با عدالت اجتماعی به دست می‌آورند. آن‌ها در تعامل با یکدیگر و موکلان سعی در شناسایی مسائل حقوقی و حل آن دارند و در این فرایند تابع نظارت‌های اساتید خود هستند. در حالی که آموزش سنتی حقوق صرفاً مبتنی بر انتقال دانش است، دانشجویان در کلینیک حقوقی مهارت‌های لازم را برای انجام وظایف شغلی و مسئولیت اجتماعی خود فرامی‌گیرند (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۳۲). مهم‌ترین مهارت‌های حقوقی که در کلینیک‌های حقوقی آموخته می‌شود، عبارتند از: توانایی حل مسئله، تحلیل و استدلال حقوقی، شناسایی و جست‌وجو در مورد مسائل حقوقی، تحقیق و بررسی، توانایی برقراری ارتباط، مشاوره‌دادن، مذاکره‌کردن، کسب دانش آیین دادرسی، مهارت‌های مربوط به استفاده از روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات[1] و سازماندهی و مدیریت حرفه (Zielinska et al, 2005: 188).

آموزش کلینیکی حقوقی برای دستگاه قضایی نیز دارای مزایایی است. توضیح آنکه پرونده‌ای که اسناد و مدارک آن با دقت توسط دانشجویان حقوق تهیه و بررسی شده است، برخلاف سایر پرونده‌هایی که افراد مستقیماً در مراجع قضایی مطرح می‌کنند، به‌نحو مناسب‌تری مهیای رسیدگی است و این امر بر مدت زمان و کیفیت رسیدگی‌های قضایی مؤثر است. همچنین باید بر مزایای آموزش فوق برای دستگاه‌های دولتی از حیث تأمین نیروی انسانیِ آموزش‌دیده در سازمان حقوقی دولت (در معنای عام آن) تأکید کرد.

از حیث مقررات آموزشی، چنانچه برنامهٔ آموزش کلینیکی حقوق در برنامه‌های درسی ادغام شده باشد، فعالیت‌های دانشجویان همانند سایر دروس مورد ارزیابی و امتیازدهی قرار می‌گیرد. این برنامه در یک تا دو ترم و معمولاً در سال آخر دورهٔ تحصیلی اجرا می‌شود و شامل حضور دانشجویان در سخنرانی‌ها و سمینارهای تعاملی و کلاس‌های عملی می‌شود. تأکید این برنامه بر یادگیری مهارتی

1. Alternative Dispute Resolution (ADR)

است. گفتنی است روش آموزش کلینیکی، تعاملی است. بر اساس مطالعات صورت گرفته درصد یادآوری مطالب در روش‌های سخنرانی، مطالعه توسط خود دانشجویان، استفاده از ابزارهای صوتی و تصویری در فرایند آموزش، مباحثه در گروه‌های کوچک، نمایش و تمرین و تدریس به دیگران، از ۵ تا ۹۰ درصد در نوسان است. به هر میزان که روش تدریس تعاملی‌تر شود، درصد یادگیری و یادآوری افزون خواهد شد (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۳۳، ۳۴ و ۳۹).

در پایان این قسمت باید تأکید شود که آموزش عملی قطعاً جایگزینی برای آموزش نظری نیست. بلکه این دو، مکمل یکدیگر و در راستای هدف واحد به‌کار گرفته می‌شوند. به‌لحاظ زمانی اما، تقدم با آموزش نظری است. بر همین اساس، آموزش کلینیکی در ترم‌های پایانی دورهٔ تحصیلی ارائه می‌گردد (Plessis, 2015: 2782).

۲-۲. ارائهٔ خدمات حقوقی به نیازمندان

با تلقی دادگستری به‌مثابهٔ یکی از خدمات عمومی و طراحی سازوکارهای مختلفی برای دسترسی رایگان به خدمات حقوقی و قضایی موسوم به نظام معاضدت قضایی (حبیبی‌درگاه، ۱۳۹۹: ۵۷-۵۶)، ارائهٔ خدمات حقوقی به جامعه با فراهم‌کردن یا تسهیل دسترسی به عدالت[1] به‌خصوص برای اقشار نیازمند و سایر اشخاص متقاضی، کارکرد دوم کلینیک‌های حقوقی تعیین شده است. نهادهای مذکور در این مقام، با اتخاذ هدف انسان‌دوستانه سعی در توانمندسازی[2] حقوقی اشخاصی دارند که به‌لحاظ مالی، توانایی اخذ وکیل یا مشاور حقوقی را ندارند. عمده تمرکز کلینیک‌های حقوقی در کشورهای مختلف بر اشخاص با درآمد کم و اشخاصی است که به هر دلیل به خدمات حقوقی دسترسی ندارند (Fahy & van Echoud, 2015: 3).

خدمات حقوقی قابل‌ارائه در کلینیک‌های حقوقی صرفاً به موضوعات مربوط به نظام عدالت کیفری محدود نمی‌شود. بلکه به کلیهٔ حوزه‌هایی که ارائهٔ خدمات حقوقی در آن موضوع ضرورت دارد، توسعه یافته است؛ حوزه‌هایی نظیر حقوق مصرف‌کننده، حقوق کودک، حقوق تجارت، حقوق خانواده و غیره (European Union, 2008: 8). تعیین مأموریت هر کلینیک تابع عوامل متعددی نظیر گروه‌های آموزشیِ دانشکدهٔ حقوق ذی‌ربط، تخصص اعضای هیئت عملی آن دانشکده، نیازهای آن

1. Access to justice

۲. به‌رغم تأکیدی که بر ضرورت بر نزدیک‌بودن زبان قانون به زبان عامه مردم و قابل‌فهم بودن آن می‌شود (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۷۰-۶۹)، فهم تمامی ابعاد و ظرایف نظام حقوقی به دلیل پیچیدگی‌های آن، جز برای حقوق‌دانان رشتهٔ مربوط امکان‌پذیر نیست؛ امری که مراجعه به مشاور حقوقی یا وکیل را برای حل مشکلات حقوقی اجتناب‌ناپذیر کرده است.

منطقه و شرایط و اقتضائات زمانی است.

درخصوص اشخاص واجد صلاحیت برای ارائهٔ خدمات حقوقی گفتنی است به‌طور سنتی صرفاً وکلای دادگستری اقدام به ارائهٔ کمک حقوقی به اشخاص مربوط می‌نمودند، اما با ایجاد کلینیک‌های حقوقی، ارائهٔ مشاورهٔ حقوقی به اشخاص غیروکیل نیز واگذار شده است. شایان ذکر است اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای[1] متعددی در مورد حق بر دریافت کمک حقوقی به تصویب رسیده، لکن اولین سندی که تصریح به حق بر دریافت کمک حقوقی رایگان برای اشخاص متهم به جرایم کیفری نمود، جزء ۴ از بند ۳ مادهٔ ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است (UNODC, 2019: 1-6,75).

یکی از دلایل توسعهٔ نظام حقوقی حاکم بر ارائهٔ کمک‌های حقوقی، انحصار وکالت دادگستری به وکلای دادگستری (دارای پروانهٔ وکالت) است. با توجه به مبالغ قابل‌توجه حق‌الوکاله‌ها، بخش قابل‌توجهی از اقشار متوسط و نیز اقشار ضعیف قادر به اخذ وکیل نیستند (Kivalov, 2019: 183). البته در برخی نظام‌های حقوقی همچون آمریکا، دانشجویان رشتهٔ حقوق می‌توانند تحت نظارت وکیل سرپرست اقدام به وکالت از موکل خود نزد دادگاه نمایند. همچنین در آلمان از سال ۲۰۰۸ با اصلاح قانون خدمات حقوقی، شرایط ارائهٔ خدمات حقوقی توسط غیروکلا مشخص شده است (European Union, 2008: 2).

همچنین مقررات نظام حقوقی مربوط درخصوص اجباری یا اختیاری‌بودن استفاده از وکیل دادگستری در پرونده‌ها، در ضرورت توسعهٔ نظام ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان به نیازمندان، مؤثر است. برای مثال، بر اساس اصلاحیهٔ سال ۲۰۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی کرواسی، اخذ وکیل در کلیهٔ پرونده‌های حقوقی اجباری شد و این امر یکی از عوامل توسعهٔ نظام دسترسی به عدالت در این کشور بوده است (Jelinic, 2017: 102).

بدیهی است فعالیت کلینیک‌ها مستلزم طراحی و اجرای نظام یا سامانه‌ای برای شناسایی و معرفی اشخاص دارای شرایط لازم جهت دریافت کمک حقوقی است. استفاده از بانک اطلاعاتی نهادهای حمایتی (در ایران: کمیته امداد امام خمینی (ره)، سازمان بهزیستی کشور، نهادهای خیریه و سمن‌های فعال در حوزهٔ اشخاص آسیب‌پذیر مالی و اجتماعی) می‌تواند دانشگاه‌ها را در این مسیر یاری کند. توضیح‌آنکه در صورت ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان برای کلیهٔ اشخاص مراجعه‌کننده به کلینیک، به‌علت حجم زیاد مراجعات، ممکن است این نهاد از هدف اجتماعی مورد نظر از ایجاد

۱. از جمله در مادهٔ ۴۷ منشور حق‌های اساسی اتحادیهٔ اروپایی، به حق دریافت کمک حقوقی برای اشخاصی که توانایی کافی برای دسترسی به عدالت ندارند، تصریح شده است. نک: (European Union, 2008: 7).

آن دور بماند؛ ضمن اینکه افزایش بیش از حد حجم مراجعات، بر کیفیت آموزش کلینیکی حقوقی نیز اثرات منفی به دنبال خواهد داشت.

عمده گروه‌های هدف برای دریافت کمک حقوقی رایگان در کلینیک‌های حقوقی عبارتند از زنان، کودکان، پناهندگان، زندانیان و روستانشینان کم‌درآمد (Open Society Justice Initiative, 2009: 1,25). البته برخی کلینیک‌ها نیز اقدام به ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان به عموم مراجعه‌کنندگان (و نه صرفاً نیازمندان) می‌کنند (European Union, 2008: 2). با توجه به مجموع نکات مطرح شده در فوق، ارائهٔ خدمات حقوقی به‌صورت گسترده و برای همهٔ مراجعه‌کنندگان درخصوص کلینیک‌های حقوقی در ایران توصیه نمی‌شود.

در پایان این قسمت باید انواع خدمات حقوقی قابل‌ارائه درخصوص دعاوی در کلینیک‌های حقوقی را به شرح زیر تقسیم‌بندی کرد: الف) ارائهٔ مشاوره حقوقی شفاهی، ب) ارائهٔ خدمات حقوقی مکتوب (نظیر تکمیل فرم‌های دادخواست و شکوائیه، تنظیم لوایح دفاعیه، تکمیل اظهارنامه و اعتراض‌نامه و...)، پ) ارائهٔ خدمات وکالت در دعاوی. البته خدمات فوق صرفاً ناظر بر دعاوی است و حوزهٔ فعالیت کلینیک شامل سایر عرصه‌های حقوقی نظیر ارائهٔ مشاوره درخصوص قراردادها و تنظیم پیش‌نویس آن، انجام داوری، میانجیگری و به‌طور کلی، به‌کارگیری روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات نیز می‌شود. بدیهی است در ابتدای تشکیل هر کلینیک حقوقی، قاعدتاً باید تمرکز بر ارائهٔ خدمات نوع (الف) و در صورت وجود شرایط لازم، ارائهٔ خدمات نوع (ب) باشد. توسعهٔ حوزهٔ عمکرد کلینیک علی‌القاعده باید به‌صورت تدریجی و بر اساس یک برنامهٔ زمان‌بندی‌شدهٔ قبلی و با عنایت کافی به الزامات مربوط به اجرای هر مرحله از خدمات صورت پذیرد.

۳-۲. توسعهٔ ارتباط با جامعه و صنعت

در میان دستگاه‌های دولتی، وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، از مهم‌ترین دستگاه‌های هزینه‌بردار دولت محسوب می‌شوند. مشکلات مالی دولت‌ها در چند دههٔ اخیر، سیاست‌گذاران را بر آن داشته تا حد ممکن از وابستگی مراجع مذکور (به‌خصوص دانشگاه‌ها) از بودجهٔ عمومی دولت بکاهند و زمینه‌های تبدیل دانشگاه‌ها به دستگاه‌های خودکفا را فراهم کنند (دانشگاه نسل سوم). البته باید اذعان داشت در هر حال امکان قطع کامل وابستگی بودجه‌ای دانشگاه‌های دولتی به منابع مالی دولت، متعسر به‌نظر می‌رسد.

گرچه آیین‌نامهٔ مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها، موارد متعددی را به‌عنوان درآمد اختصاصی برای آن‌ها پیش‌بینی کرده، اما درآمدهای مذکور در عمل تکافوی هزینه‌های قابل‌توجه دانشگاه‌ها را که عمدتاً جزء هزینه‌های پرسنلی است، نمی‌دهد. توسعهٔ ارتباط دانشگاه با صنعت، یکی از

سازوکارهایی است که اخیراً مورد توجه قرار گرفته است تا بدین طریق، دانشگاه، نیازهای صنایع را برآورده نماید و به این طریق، بخشی از هزینه‌های دانشگاه‌ها نیز تأمین شود. سازوکار فوق در مورد رشته‌های دانشگاهی فنی قابل‌استفاده است، اما در مورد رشته‌های علوم انسانی، موضوعاً قابل‌اعمال نیست. براین اساس، بحث از توسعهٔ راه‌های ارتباطی میان دانشگاه با جامعه، مطرح گردیده است؛ امری که می‌تواند ضمن تحقق رسالت اجتماعی دانشگاه‌ها، عوایدی را نیز نصیب آن‌ها کند؛ امری که چندی پیش با طرح مباحثی همچون برداشتن دیوارهای دانشگاه‌ها مطرح گردید.

برقراری ارتباط دانشگاه با جامعه، در مورد دانشکده‌های حقوق (به‌طور خاص)، ازجمله مستلزم ایجاد نهادهایی است که ضمن انطباق با هدف کلی دانشگاه‌ها در زمینهٔ امور آموزشی و پژوهشی، بتوانند بخشی از نیازهای جامعه را مرتفع نمایند. به‌نظر می‌رسد ایدهٔ ایجاد کلینیک‌های حقوقی در صورت فراهم بودن مقدمات لازم برای ایجاد و فعالیت آن‌ها، بتواند ضمن رفع نیازهای جامعه (تحقق رسالت اجتماعی دانشگاه‌ها)، زمینهٔ آموزش عملی حقوق به دانشجویان را فراهم نموده و در نهایت، در صورت توسعهٔ فعالیت‌ها، اقدام به ارائهٔ خدمات تخصصی حقوقی نظیر مشاورهٔ حقوقی و وکالت دعاوی (برای عموم)، داوری، میانجیگری، تنظیم قراردادها، برگزاری کارگاه‌های آموزشی و سمینارهای تخصصی در امور حقوقی، برگزاری دادگاه‌های شبیه‌سازی‌شده و مواردی از این دست نماید.

۳. چالش‌ها

چالش اصلی ایجاد کلینیک‌های حقوقی دانشگاهی، فقدان منابع کافی مالی، اداری و انسانی است. سایر چالش‌ها و مشکلات کلینیک‌های دانشگاهی به‌صورت خلاصه و موجز به شرح زیر قابل‌ذکر است: حجم بالای مراجعات، استقبال سرد دانشکده‌های حقوق (متأثر از الگوی سنتی و نظری‌محور آموزش حقوق)، مقاومت کانون‌های وکلای دادگستری در مورد مشارکت افراد فاقد پروانهٔ وکالت در امر مشاوره حقوقی با امعان‌نظر به اینکه ارائهٔ کمک‌های رایگان حقوقی ممکن است بازار کار خدمات حرفه‌ای حقوقی را کساد کند، فقدان مقررات مربوط در زمینهٔ اعطای پروانهٔ کار محدود حقوقی به دانشجویان فعال در کلینیک‌ها، مشکلات مربوط به فعال نگه‌داشتن کلینیک در ایام تطعیلات دانشگاه و دوره‌های برگزاری امتحانات، عدم توانایی دانشجویان در زمینهٔ انجام مصاحبهٔ حقوقی، ضعف آن‌ها در ثبت دقیق اظهارات و انجام تحقیقات و نگارش مکاتبات مربوط، موقعیت نامناسب و عدم دسترسی آسان به کلینیک، ضعف در تبلیغات و اطلاع‌رسانی، ضعف در برقراری ارتباط با سازمان‌های مربوط و عدم وجود نظام نظارتی مناسب بر کلینیک‌ها و مقاومت دانشجویان در تغییر روش آموزش سنتی به روش تعاملی. با عنایت به رایگان بودن خدمات در عمدهٔ کلینیک‌ها، تعداد زیاد مراجعه‌کنندگان هم‌سطح کیفیت خدمات را کاهش می‌دهد و هم برای اعضای کلینیک و

مراجعه‌کنندگان مشکلاتی را ایجاد می‌کند؛ امری که در نهایت می‌تواند منجر به کاهش اعتبار کلینیک‌ها شود (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۷۶، ۷۷، ۷۹، ۸۰ و ۱۰۶).

یکی از چالش‌های نهادی کلینیک‌های حقوقی که ممکن است ایجاد و تداوم فعالیت این نهاد را با مشکلاتی مواجه کند، توجیه کردن کانون‌های وکلای دادگستری در مورد این نکته است که کلینیک‌ها رقیب کانون‌های فوق محسوب نمی‌شوند (Krasnicka, 2008: 51). این در حالی است که کلینیک‌ها به نوعی همکار کانون‌های وکلا در زمینهٔ ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان به اشخاص فاقد توانایی مالی و اقشار آسیب‌پذیر هستند. گرچه از نظر برخی وکلا، ارائهٔ خدمات حقوقی رایگان ممکن است بازار فعالیت‌های حرفه‌ای آن‌ها را کساد کند، اما با اتخاذ رویکرد کلان‌نگر و جامع و با درنظرداشتن سایر اصول و ارزش‌های بنیادین و با پرهیز از رویکرد صنف‌گرایانه، می‌توان شاهد ایجاد، رشد و بالندگی کلینیک‌های حقوقی بود.

در یک پژوهش انجام‌شده درخصوص کلینیک‌های حقوقی، سه چالش مهم نهاد مذکور به شرح زیر بیان شده است: تأمین منابع مالی (به‌دلیل اینکه اکثر دانشکده‌های حقوق به تنهایی از عهدهٔ تأمین مخارج کلینیک‌ها برنمی‌آیند)، مشکلات مربوط به تأمین نیروی انسانی (کمبود اساتید و دانشجویان علاقه‌مند به کار در کلینیک‌های حقوقی) و مشکلات و موانع قانونی پیش‌رو (از جهت عدم حمایت و نبود مشوق‌های لازم (Aksamovic, & Genty, 2014: 434).

به‌منظور حصول اطمینان از کسب نتایج مورد انتظار از ایجاد کلینیک‌ها، پیش‌بینی سازوکارهای لازم برای ارزیابی کیفیت مشاوره‌های حقوقی قابل‌ارائه در کلینیک‌های حقوقی ضرورت دارد (Kemp et al, 2016: 53).

همان طور که ملاحظه می‌شود، طیف چالش‌های پیش‌روی کلینیک‌ها، متنوع و به‌لحاظ کمی نیز متعدد است، اما در نهایت باید اذعان نمود به‌لحاظ اهمیت بیشتر، حل چالش مربوط به تأمین منابع مالی مورد نیاز برای ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی از اولویت بالاتری برخوردار است. سایر چالش‌ها با اتخاذ تدابیر مدیریتی و آموزشی، تا حدودی قابل‌رفع است، لکن در صورت عدم تأمین منابع مالی کافی در اختیار کلینیک‌ها، در عمل نهاد مذکور ایجاد نخواهد شد یا به شکل تضعیف‌شده‌ای ایجاد می‌گردد و النهایه تداوم حیات نخواهد داشت.

۴. فرایندها و الزامات حقوقی و فراحقوقی

۴-۱. فرایند ایجاد

به‌لحاظ فرایندی مراحل ایجاد کلینیک حقوقی دانشگاهی به شرح زیر قابل‌ذکر است: تشکیل کارگروه راهبردی و سیاست‌گذاری غیررسمی برای ایجاد کلینیک، تعیین اهداف اصلی و فرعی

کلینیک، انتخاب الگوی متناسب با اهداف، ترسیم ساختار مدیریتی و اداری کلینیک، تهیهٔ بودجه و پیش‌بینی منابع مالی لازم برای ادارهٔ کلینیک، تعیین موقعیت فیزیکی کلینیک و طراحی و ساماندهی امور اداری و مالی کلینیک (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۱۱۷).

بی‌تردید شرط نخست ایجاد کلینیک حقوقی در دانشگاه، وجود وفاق جمعی میان اعضای هیئت علمی دانشکدهٔ حقوق است. شرط دوم نیز انجام حمایت‌های مقتضی توسط مدیران دانشگاه جهت فراهم کردن امکانات سخت‌افزاری و نرم‌افزاری لازم ازجمله اختصاص محیط فیزیکی مناسب و در دسترس عموم برای کلینیک، تدارک امکانات اداری لازم جهت فعالیت کلینیک‌ها، ارائهٔ مشوق‌های لازم برای اعضای دانشکده جهت فعالیت در کلینیک با هدف تضمین عملکرد مطلوب و مستمر آن در گذر زمان و.... می‌باشد.

با توجه به عدم سابقهٔ فعالیت کلینیک حقوقی و فعالیت‌های مشابه این نهاد در دانشگاه‌ها به‌منظور شروع مباحث مربوط به ایجاد کلینیک به نظر می‌رسد طی گام‌های زیر ضروری است: طرح موضوع در دانشکده و اخذ نظرات اعضای هیئت علمی، تکمیل طرح پیشنهادی بر اساس نظرات اعضا و انجام مطالعات و بررسی‌های تکمیلی جهت ارائهٔ پیشنهاد موضوع به مقامات دانشگاه، تهیهٔ پیش‌نویس مصوبهٔ هیئت امنای دانشگاه مبنی بر موافقت اولیه با ایجاد کلینیک حقوقی دانشگاه (ذیل دانشکدهٔ حقوق) بر اساس طرح پیشنهادی ارائه‌شده به هیئت امنا به‌صورت موقت (یک ساله) و ارائهٔ گزارش عملکرد کلینیک مذکور به هیئت امنا جهت تصمیم‌گیری درخصوص نحوهٔ ادامهٔ فعالیت آن ظرف یک سال پس از ایجاد و شروع به کار آن، شروع فعالیت بر اساس مصوبهٔ هیئت امنا با همکاری اعضای هیئت علمی دانشکدهٔ حقوق و دانشجویان تحصیلات تکمیلی و تثبیت جایگاه کلینیک با اخذ موافقت قطعی هیئت امنا.

۲-۴. الزامات حقوقی

حسب بررسی انجام‌شده، جز آنچه در مورد تکلیف وزارت دادگستری درخصوص ایجاد کلینیک حقوق کودک بیان شد، ظاهراً تاکنون سند حقوقی خاصی در مورد ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی به تصویب مراجع مربوط (مجلس شورای اسلامی، هیئت دولت، وزارت عتف) نرسیده است. با وجود این، مسائل حقوقی درخصوص ایجاد و فعالیت آن‌ها وجود دارد که باید به‌نحو مقتضی مورد توجه قرار گیرد. با بررسی انجام‌شده، در عمل به استناد مادهٔ ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعهٔ کشور (مصوب ۱۳۹۵) مجوز ایجاد کلینیک حقوقی توسط هیئت امنای دانشگاه ذی‌ربط صادر می‌شود. البته این امر نافی اخذ مجوز سایر مراجع ذی‌صلاح (نظیر کانون وکلای دادگستری، در صورت ارائهٔ خدمات حقوقی وکالتی توسط کلینیک) و نیز ثبت کلینیک در اداره کل

ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری (ذیل سازمان ثبت اسناد و املاک کشور) در صورت برخورداری کلینیک از شخصیت حقوقی مستقل نمی‌باشد.

موارد فوق بر اساس عمومات مندرج در قوانین و مقررات مربوط بیان شد، لکن ضرورت دارد وزارت علوم، تحقیقات و فناوری ضوابط مربوط به ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی را برای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی تعیین و ابلاغ نماید.

۳-۴. الزامات آموزشی

ازجمله الزامات آموزشی فعالیت کلینیک‌های حقوقی این است که آموزش کلینیکی حقوق باید بخشی از واحدهای آموزشی (برنامهٔ درسی) دانشجویان رشتهٔ حقوق را تشکیل دهد که دارای نمره و اعتبار آموزشی است. به این ترتیب، فعالیت واقعی و مؤثر کلینیک‌های حقوقی مستلزم تغییر برنامهٔ آموزشی رشتهٔ حقوق می‌باشد. البته کلینیک حقوقی جایگزین هیچ واحد درسی نمی‌شود که به‌صورت طرح درس (عمدتاً ارائهٔ بحث استاد در کلاس دانشگاه) یا بررسی پرونده‌های حقوقی ارائه می‌شود، بلکه مدل غنی و متنوعی از آموزش حقوق را به واحدهای درسی دانشگاه اضافه می‌کند. بدین ترتیب، بازنگری در سرفصل دروس دوره‌های کارشناسی و تحصیلات تکمیلی رشتهٔ حقوق، به‌منظور درج درس عملی آموزش کلینیکی حقوق (ابتدا به‌عنوان واحد اختیاری و سپس به‌عنوان واحد اجباری) ضرورت دارد.

۴-۴. الزامات مدیریتی

پروفسور ریچارد جی ویلسون (پروفسور حقوق)[1] طراح کلینیک‌های حقوقی و آموزش کلینیکی حقوق و استاد دانشکدهٔ حقوق در زمینهٔ کلینیک‌های حقوقی در ایالات متحده آمریکا، گام‌های کاربردی برای سازماندهی کلینیک حقوقی را تبیین کرده که ازجمله به شرح زیر است: شناسایی کارکنان و دانشجویان مناسب برای فعالیت در کلینیک حقوقی،[2] انتخاب حوزهٔ فعالیت کلینیک،[3]

1. http://nadiri.blogfa.com/post/10

۲. کلینیک شبیه بخش‌های دیگر آموزش حقوق نیست. در واقع کلینیک دستاورد تأسیس یک مؤسسهٔ حقوقی داخل دانشکدهٔ حقوق است. استادی که در کلینیک تدریس می‌کند باید هم بر پرونده‌های مطروحه در کلینیک نظارت داشته باشد و هم در کلاس به دانشجویان، واحد درسی مربوط را ارائه کند. البته ممکن است کلینیک حتی انجام این امور را از دانشجویان مطالبه کند.

۳. این مسئله، انتخابی است که از شرایط محلی که کلینیک در آن واقع شده است بر می‌خیزد. آیا کلینیک همان گونه که معمولاً گرایش به آن وجود دارد فقط درگیر دادخواهی و منازعه می‌شود؟ یا اینکه در سایر حوزه‌های فعالیت حقوقی مثل قانون‌گذاری یا سایر زمینه‌های مرتبط با فعالیت‌های ترویجی در خط‌مشی و سیاست حقوقی و توسعهٔ درازمدت محلی، فعالیت خواهد کرد؟

ایجاد نظام مشارکت دانشجویان و قبول دعاوی،[۱] ایجاد منابع موثق و قابل‌اعتماد مالی و بودجه‌ای برای کلینیک،[۲] برقراری روابط مداوم با جامعهٔ حقوقی خارج از دانشکدهٔ حقوق[۳] و فراهم‌کردن پیشبرد دعاوی به‌عنوان یک مؤسسهٔ فعال در امر وکالت داخل دانشکدهٔ حقوق.[٤]

به‌لحاظ ساختاری ممکن است کلینیک‌های حقوقی به صورت‌های زیر ایجاد شوند: ایجاد به‌عنوان گروه‌های بررسی دانشجویان، ایجاد به‌عنوان یک واحد سازمانی در دانشکدهٔ حقوق، ایجاد به‌عنوان یک انجمن یا بنیاد و یا شکل ترکیبی. وابستگی ساختاریِ کلینیک به دانشکدهٔ حقوق گرچه

۱. زمانی که کلینیک به تازگی در دانشکدهٔ حقوق شروع به کار می‌کند، دانشجویان ممکن است نسبت به این مسئله که چقدر کلینیک می‌تواند برای آن‌ها مفید باشد تردید داشته باشند. بنابراین دانشجویان باید دربارهٔ ارزش آموزش‌های کلینیکی متقاعد شوند؛ مگر اینکه شرکت در آموزش‌های کلینیکی مطابق آیین‌نامهٔ آموزشی دانشگاه، اجباری باشد. قبول دعاوی موضوع مهم دیگری است. اگر از مراجعه‌کنندگان انتظار داریم که به دانشکدهٔ حقوق یا کلینیک مراجعه کنند، باید آن‌ها را از میزان و نحوهٔ در دسترس بودن خدمات کلینیک حقوقی مطلع سازیم. فرآیند آگاه‌سازی دربارهٔ کلینیک شامل انتشار آثار تبلیغاتی و استفاده از سایر رسانه‌های محلی برای اطلاع‌رسانی درخصوص چگونگی دسترسی به کلینیک و خدمات آن می‌شود.

۲. این مرحله برای بسیاری از افراد به عنوان اولین و مهم‌ترین گام شمرده می‌شود. هدف طولانی‌مدت درخصوص ایجاد منابع موثق، این است که دانشکده حقوق خود منابع مالی پایدار و مستمری را جهت اختصاص به آموزش کلینیکی حقوق به عنوان مولفه کلیدی برنامه آموزشی خود فراهم سازد.

۳. برای اینکه یک کلینیک به صورت مؤثر به بهره‌برداری برسد باید روابط قدرتمندی در جامعهٔ حقوقیِ خارج از دانشکده داشته باشد. گسترهٔ این روابط شامل کانون وکلای دادگستری، قضات و سایر کارکنان دادگاه‌ها، وزارتخانه‌ها و ادارات دولتی که خدماتی را در زمینهٔ مشابه فعالیت کلینیک ارائه می‌کنند، سازمان‌های غیردولتی و همچنین سایر دانشکده‌های حقوق می‌شود. برای ارائهٔ خدمات حقوقی به صورت شایسته، کلینیک حقوقی باید دارای ابزار جامع و فراگیری برای به‌روز نگاه‌داشتن اساتید و دانشجویان خود باشد تا آنها از توسعه دانش روز در زمینهٔ حقوق و مؤسسات حقوقی مطلع شوند. این ابزار شامل انتشارات و آموزش حقوقی مستمر از طریق ارائهٔ کنفرانس، استفاده از اینترنت و سایر روش‌های اطلاع‌رسانی و ارتباطی است.

٤. کلینیک به فضا و تجهیزاتی نیاز دارد تا مطمئن شود مراجعه‌کنندگان به کلینیک دسترسی دارند، حریم خصوصی آن‌ها حفظ می‌شود و همچنین امنیت دفتر و وسایل و تجهیزات متعلق به کارکنان پاسداری می‌گردد، کتابخانه و دسترسی به اینترنت برای کاربرد تخصصی اطلاعات، منابع و مستندسازی توسط دانشجویان، تلفن، تدارکات و تجهیزات دفتر و امکانات مربوط به کپی، فرم‌ها، مدارک و بیانیه رسمی مأموریت کلینیک، فایل‌ها و امکانات مربوط به حفظ امنیت فایل‌ها جهت پاسداری از اصل محرمانه بودن اطلاعات، سازوکار و سیستمی که مسئلهٔ تعارض در منافع را میان موکلین، دانشجویان و کارمندان بررسی کند. وجود کارشناسان و اعضای هیئت علمی که دارای دانش نظری و اجرایی می باشند و نیز کارشناسان متخصص که بشود از دانش و تجربهٔ آن‌ها به عنوان منابع انسانی در ارائهٔ خدمات کلینیک استفاده کرد.

می‌تواند برخی مشکلات بودجه‌ای کلینیک را مرتفع کند اما ممکن است محدودیت‌هایی را به‌جهت عدم امکان جلب حمایت به‌عنوان یک نهاد دولتی، دربرداشته باشد (Zielinska et al, 2005: 52,83). به‌رغم اینکه گفته می‌شود تجربهٔ کلینیک‌های حقوقی در برخی کشورها همچون لهستان کاملاً موفق بوده است، به‌دلیل باقی‌ماندن مشکلات مالی پیشنهاد شده است کلینیک حقوقی جزئی از ساختار دانشگاه باشد و بودجهٔ آن جزئی از بودجه دانشگاه به حساب آید (Krasnicka, 2008: 55-56).

هزینه‌های کلینیک‌های حقوقی، متعدد و به‌لحاظ میزان، قابل‌توجه است و ازجمله شامل موارد زیر می‌شود: پرداخت‌های پرسنلی (به اساتید راهنما و کارشناسان حقوقی و اداری)، اجارهٔ محل (دفتر) کلینیک، هزینهٔ تجهیزات و لوازم سخت‌افزاری، نرم‌افزاری و اداری، هزینهٔ قبوض و سایر هزینه‌ها (نظیر هزینهٔ سفر، بیمهٔ مسئولیت مدنی و غیره) (Zielinska et al, 2005: 84).

یکی از نکات بسیار مهم و قابل‌توجه، این است که ماهیت غیرانتفاعی و انجام کار داوطلبانه توسط برخی یا عمدهٔ اشخاص فعال در کلینیک‌های حقوقی، جایگزینی برای تأمین مالی کلینیک‌های مذکور محسوب نمی‌شود (Jelinic, 2017: 108)؛ زیرا هزینه‌های پرسنلی تنها بخشی از هزینه‌های متعدد نهادهای یادشده است. ضمن اینکه تداوم حیات نهادهای فوق بدون پیش‌بینی و تدارک منابع مالی مستمر و پایدار امکان‌پذیر نخواهد بود. با وجود این، تمهیدات لازم برای جلب همکاری داوطلبان واجد شرایط جهت ارائهٔ خدمات حقوقی، استفاده از امکانات دستگاه‌های دولتی برای کاستن از هزینه‌های کلینیک و متقاعد کردن اشخاص نیکوکار جهت رفع برخی از نیازهای نهادهای مذکور، ضرورت حتمی است.

در آمریکا به‌عنوان مهد شکل‌گیری ایدهٔ کلینیک‌های حقوقی، بر اساس گزارش سال‌های۲-۱۹۹۱ میلادی بیش از ۶۸ درصد بودجهٔ کلینیک‌ها را دانشگاهِ مربوط تأمین کرده است. همچنین حدود ۱۷ درصد بودجهٔ مذکور نیز از محل سایر منابع دولتی تأمین گردیده است (Wilson, 2018: 280). توسعهٔ سریع ایجاد کلینیک‌های حقوقی در افریقای جنوبی با تأمین مالی کلینیک‌های مذکور توسط بنیادهایی نظیر بنیاد فورد[1] و برادران راکفلر[2] صورت گرفته است (Zielinska et al, 2005: 47).

مهم‌ترین روش‌های تأمین منابع مالی مورد نیاز کلینیک‌ها به شرح زیر است: دانشگاه (مهم‌ترین تأمین‌کنندهٔ منابع مالی کلینیک‌ها)، مؤسسات عمومی (نظیر وزارت دادگستری و وزارت آموزش عالی و آمبودزمان)، نهادهای غیردولتی (نظیر بنیادهای حقوقی و خیریه و شرکت‌های تجاری همچون شرکت‌های انتشاراتی در رشتهٔ حقوق و تولیدکنندگان نرم‌افزارهای حقوقی) و مؤسسات حقوقی. طیف

1. Ford Foundation
2. Rockefeller Brothers Foundation

کمک‌ها نیز از کمک نقدی تا در اختیار قرار دادن وکیل، منابع کتابخانه‌ای، محل کار، تأمین پرسنل اداری، تأمین کتابخانه و.... را دربرمی‌گیرد (Zielinska et al, 2005: 85-87).

بی‌تردید یکی از الزامات پیشینی فعالیت کلینیک‌ها، تنظیم کد رفتار حرفه‌ای است. کد مذکور قواعد رفتاری است که باید توسط اعضای کلینیک در تعامل با موکلان، مراجعه‌کنندگان و اشخاص مرتبط با دادگستری رعایت شوند. چهارچوب منشور اخلاقی دانشجویان در کلینیک‌های حقوقی متشکل از اصول زیر است: احترام به استقلال موکلان، احسان و نیکوکاری، اطمینان از عدم ورود زیان و اطمینان از اجرای عدالت. عدم دریافت هزینه از موکلان توسط دانشجویان، عدم ارتباط بسیار نزدیک و صمیمی با موکلان، رعایت رازداری و رعایت مقررات کلینیک در برقراری ارتباط‌ها از دیگر مقررات و ضوابط رفتاری در کلینیک‌ها است (جان مک‌کوئید میسون و پالمر، ۱۳۹۹: ۲۵۴، ۲۵۷ و ۲۶۳).

گفتنی است کسب و متعاقباً حفظ اعتماد مراجعه‌کنندگان (موکلان) و رعایت ملاحظات محرمانگی، لازمهٔ موفقیت کلینیک‌ها است؛ امری که معمولاً مراجعه به آن‌ها را با چالش مواجه می‌کند (Armiro, 2019: 151). یکی از عواملی که ممکن است مراجعه به کلینیک‌ها را با استقبال سرد عموم مردم مواجه کند، رابطهٔ مبتنی بر اعتماد است که میان موکل و وکیل وی شکل می‌گیرد. این ملاحظه باید در تنظیم روش‌های انجام کار در کلینیک‌ها مورد توجه قرار گیرد؛ به‌نحوی که مراجعه‌کنندگان بتوانند با آسودگی خاطر اطلاعات شخصی خود را در اختیار مشاوران کلینیک قرار دهند.

در نهایت اینکه برای تعدیل تعداد مراجعات به نهادهای مذکور، کلینیک‌های حقوقی دانشگاهی در لهستان شرط دریافت خدمات کلینیکی را ارائهٔ دلیلی مبنی بر اعسار مراجعه‌کننده اعلام کرده‌اند و نیز اعلام مکتوب اینکه وکالت وی را هیچ وکیلی برعهده ندارد و قواعد ارائهٔ خدمات معاضدتی را قبول می‌نماید (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۱۳۹۳: ۱۴۱-۱۴۲).

نتیجه

ایجاد کلینیک‌های حقوقی دانشگاهی به‌تدریج تبدیل به یک ضرورت خواهد شد که دیر یا زود هم به‌لحاظ کارکرد آموزشی و هم خدماتیِ آن‌ها، مورد عنایت سیاست‌گذاران نظام آموزشی کشورهای مختلف قرار خواهد گرفت؛ همان طور که در حال حاضر نیز در تعداد قابل‌توجهی از کشورها (با تنوع در نوع نظام حقوقی، اقتصادی و سیاسی) نهاد مذکور ایجاد شده است. ایجاد این قبیل نهادها که در میان‌مدت می‌تواند کارکردهای ارائهٔ خدمات تخصصی حقوقی (فراتر از ارائهٔ مشاورهٔ حقوقی رایگان) را نیز عهده‌دار شوند، افزون بر اینکه یکی از راهکارهای برقراری و توسعهٔ ارتباط دانشگاه با جامعه و صنعت (حسب مورد) است، می‌تواند در راستای گذار به دانشگاه نسل

سوم نیز مفید و مؤثر واقع شود.

یکی از چالش‌های فعلی نظام آموزشی حقوق که آسیب‌های آن به نظام قضایی و نظام اداری نیز سرایت کرده است، عدم مهارت عملی کافی دانش‌آموختگان رشتهٔ حقوق است؛ امری که موجب شده نهادهای ذی‌ربط برای جبران آن دوره‌های کارآموزی یا عناوین مشابه را تدارک ببینند؛ نظیر کارآموزی وکالت، کارآموزی قضاوت. این امر بر ضرورت رفع خلأ فراگیری مهارت در نظام آموزش آکادمیک حقوق تأکید دارد.

در وضعیت حاضر ضوابط خاصی در مورد ایجاد و فعالیت کلینیک‌های حقوقی در دانشکده‌های حقوق در ایران تهیه و تدوین نشده است. با عنایت به مرجعیت وزارت علوم، تحقیقات و فناوری در زمینهٔ مقررات‌گذاری راجع به امور آموزشی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، اقتضا دارد ضوابط مذکور به‌نحو مناسب تدوین و به کلیهٔ دانشگاه‌ها ابلاغ شود. در وضعیت فعلی، آموزش کلینیکی حقوق وارد نظام آموزشی حقوق در ایران نشده و به‌طور کلی، توجه چندانی به فراگیری مهارت عملی دانشجویان نشده است.

در گام نخست ضرورت دارد دو واحد اختیاری برای دانشجویان سال آخر دورهٔ کارشناسی و کارشناسی‌ارشد حقوق با عنوان آموزش کلینیک حقوقی طراحی و اجرا شود. البته این امر مستلزم تهیهٔ درسنامهٔ آموزشی لازم برای دانشجویان و توجیه اساتید و دانشجویان درخصوص کارکردهای مورد انتظار از طراحی دروس مذکور است. افزون بر این، ایجاد تمایل برای دو گروه مزبور مستلزم طراحی بسته‌های تشویقی برای دانشجویان و اساتید فعال در کلینیک‌ها است.

باری، با عنایت به نوپدید بودن کلینیک‌های حقوقی، هر گونه اقدام جهت ایجاد آن باید با عنایت لازم به اقتضائات و الزامات پیشینی ایجاد نهاد مذکور از حیث مالی، اداری، آموزشی و فرهنگی باشد. از میان موارد فوق، اهمیت روش‌های تأمین منابع مالی پایدار مورد نیاز برای ایجاد و تداوم فعالیت کلینیک‌های حقوقی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. گرچه ضرورت دارد اهتمام لازم برای جلب مشارکت داوطلبان واجد شرایط جهت همکاری با کلینیک و اخذ کمک‌ها و تسهیلات مراجع دولتی و غیردولتی (اعم از داخلی و بین‌المللی) صورت پذیرد.

بی‌تردید، دانشگاه‌های ایران در وضعیت فعلی به تنهایی از عهدهٔ تأمین بار مالی ناشی از ایجاد کلینیک‌های حقوقی برنمی‌آیند. استفاده از اعتبارات سایر دستگاه‌های دولتی که ناظر بر آموزش حقوق برای اقشار خاص می‌باشد (همچون وزارت دادگستری، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی (سازمان بهزیستی کشور) و وزارت آموزش و پرورش) و تدارک روش‌ها و برنامه‌های لازم برای جذب کمک‌های مالی سایر نهادها و اشخاص (به‌خصوص نهادهای بین‌المللی که به‌طور خاص در زمینهٔ

دسترسی به خدمات حقوقی، دارای مأموریت هستند)، یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر است؛ ضمن اینکه ایدهٔ توسعهٔ فعالیت کلینیک‌ها (به اموری فراتر از ارائهٔ مشاوره حقوقی به اقشار نیازمند، البته ضمن حفظ این کارکرد) می‌تواند در تأمین بخش قابل‌توجهی از هزینه‌های این نهاد در بلندمدت کارساز باشد. با وجود این در مراحل اولیهٔ ایجاد کلینیک‌های حقوقی، سطح فعالیت‌های آن‌ها قاعدتاً باید محدود به ارائهٔ مشاورهٔ شفاهی و در صورت امکان، ارائهٔ مشاورهٔ مکتبوب حقوقی باشد و توسعهٔ فعالیت‌ها بر اساس برنامهٔ زمانی از قبل تعیین‌شده و با حصول اطمینان از وجود الزامات مربوط به هر مرحله صورت پذیرد.

منابع

فارسی

- جان مک‌کوئید میسون، دیوید و روبین پالمر (۱۳۹۹)، **راهنمای کارکنان کلینیک‌های حقوقی (مورد: کلینیک‌های حقوقی آفریقایی)**، ترجمه عبدالله تقدسی، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه و مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- حبیبی‌درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی رایگان به دادگستری»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۴، شمارهٔ ۱۰۹.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۴، شمارهٔ ۱۱۱.
- دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد (۱۳۹۳)، **راهنمای مرجع تقویت و سلامت و توانمندی قضایی**، ترجمه حسن وکیلیان، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

انگلیسی

- Aksamovic, D. & Genty, P. (2014), "An Examination of the Challenges, Successes and Setbacks for Clinical Law Education in Eastern Europe", **International Journal of Clinical Law Education**, Issue 19.
- Armiro, A. (2019), "Clinical Legal Education: Vision and Strategy for Start-up Clinics in Nigeria", **International Journal of Clinical Legal Education**.
- Bradway, J. (1931), "The Legal Aid Clinic: A Means of Building Tough Mental Fiber", **Southern California Law Review**.
- European Union (2008), **Legal Clinic Report**, Vienna.
- Fahy, R. & van Echoud (2015), **Establishing a Srart-up Law Clinic in Law School- A Practical Guide, Institute for Information Law, University of Amsterdam** – report
- Jelinic, Z. (2017), "Legal Clinics and Access to Justice in Croatia: Perspectives and Challenges", **Asian Journal of Legal Education**, Sage Publication.
- Kemp, V. & Munk, T & Gower, S. (2016), **Clinical Education and Experiential Learning: Looking to the Future**, Report commissioned by The University of Manchester.
- Kivalov, S. (2019), "Legal Clinic as an Important Element of Human Right for Free Legal Aid", **Revista de Derecho**, Vol. 8.
- Koci, A., "Clinical Education, The Lesson Learned from Practical Applications", **International Scientific Journal**.
- Krasnicka, I. (2008), "Legal Education and Clinical Law Education in Poland", **Journal of Clinical Legal Education**.
- Lewis, R. (2000), "Clinical Legal Education Revisited", **SSRN Electronic Journal**.
- Open Society Justice Initiative (2009), **Legal Clinics-Serving People, Improving Justice**.
- Plessis, M. (2015), "Clinical Legal Education Models: Recommended Assessment Regimes", **PER/ PELJ**, V. 18, No 7.
- UNODC (2019), **Handbook on Ensuring Quality of Legal Aid Services in Criminal Justice Processes- Practical Guidance and Promising Practices**, Vienna: United Nations.
- Wilson, R. (2018), "Legal Aid and Clinical Legal Education in Europe and the USA:

Are They Compatible", Issue 11.

- Zielinska, E, et al (2005), **The Legal Clinic- The Idea, Organization, Methodology**, The Legal Clinic Foundation, Warsaw, Poland.

شناسهٔ دیجیتال (DOI):10.22106/JLJ.2022.544864.4578

مجله حقوقی دادگستری

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۱۱۵ تا ۱۴۴
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۷

مطالعهٔ تطبیقی عدم‌النفع در فقه و قوانین آیین دادرسی ایران

محمدحسین شهبازی*، میثم اکبری دهنو**، هانی حاجیان***

چکیده

عدم‌النفع از مسائل پیچیده و اختلافی در نظام حقوقی ایران بوده که آغاز اختلافات از تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی نشئت می‌گیرد. تصویب قانون آیین دادرسی‌کیفری ۱۳۹۲ نیز که در مادهٔ ۱۴ و تبصرهٔ ۲ آن تغییراتی نسبت به قانون قبل داشته نه‌تنها ابهامی را مبنی بر قابل‌مطالبه بودن و یا عدم آن را رفع نکرده بلکه بر ابهامات افزوده است. جهت رفع ابهام‌های موجود بدواً باید عدم‌النفع را در فقه بازخوانی کرد و با نگرشی نو به مفهوم مال، نفع و سود، این مسئله را بررسی نمود که خسارت وارده بر عدم‌النفع (سود) مضمونه می‌باشد؟ عدم‌النفع مال می‌باشد که مورد اتلاف قرار گیرد؟ چرا در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۴ قانون مذکور تنها اتلاف منافع ممکن‌الحصول مضمونه اعلام شده؟ این تحقیق با ابزاری کتابخانه‌ای و با شیوه‌ای توصیفی ـ تحلیلی این مسائل را بررسی می‌نماید. با استفاده از داده‌های موجود می‌توان مال را به عین، منفعت، نفع بالقوه و نفع موهوم، تقسیم نمود و اموالی که در ملکیت افراد قرار دارند را در چهار صورت: موجود، بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل، بالقوه موجود و در دید عرف معدوم و معدوم، طبقه‌بندی نمود. عدم‌النفع یا همان سود در معنای نفع موهوم مال فرض نگردیده و قابل‌مطالبه نمی‌باشد. از طرفی اتلاف منفعت و نفع بالقوه در حالت، نفع بالقوه موجود در دید عرف معدوم به‌لحاظ عدم صدق مال ایجاد ضمان نمی‌نماید، و در حالت نفع بالقوه موجود در دید عرف بالفعل به‌لحاظ اینکه عرفاً بر آن مال صدق می‌شود ایجاد ضمان می‌نماید. تبصرهٔ

* استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
m.shahbazi1971@yahoo.com

** قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران
meysam.dehno@gmail.com

*** قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول) hanihajian@gmail.com

۲ مادهٔ ۱۴ قانون مذکور درصدد بیان امکان اتلاف نفع بالقوهٔ موجود و در دید عرف بالفعل می‌باشد و ذکر اتلاف به‌عنوان اسباب ضمان از باب قید مورد غالب وارد می‌باشد.

واژگان کلیدی: مال، سود (عدم‌النفع)، نفع بالقوه، نفع موهوم، ضرر، غصب، اتلاف

مقدمه

در فقه مسئلهٔ عدم‌النفع ذیل باب مخصوصی مورد بررسی قرار نگرفته و فقها آن را در ابواب مختلف و به فراخور بحث مورد بررسی قرار داده‌اند؛ این موضوع باعث گردیده در برخی منابع فقهی این مسئله در کتاب غصب (محقق‌حلی، ۱۴۰۹/۴:۷۶۲؛ عاملی، ۱۴۱۰/۷: ۲۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹/۲: ۱۷۵) و برخی مواقع در زیر کتاب عقود مختلف مورد بررسی قرار گیرد. درخصوص پیشینهٔ این موضوع در ادبیات حقوقی ایران باید عنوان شود که این موضوع ابتدا در کتاب‌های حقوق‌دانان مخصوصاً در کتاب‌هایی که در حوزهٔ مسئولیت مدنی مورد نگارش قرار گرفته، بررسی شده است (امامی، ۱۳۷۴/۱: ۴۰۷؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۱۵؛ بهرامی‌احمدی، ۱۳۹۳: ۱۷۴). همچنین در این زمینه مقالاتی به رشتهٔ تحریر در آمده است، اما اکثریت حقوق‌دانانی که مقالاتی را با عنوان عدم‌النفع به نگارش درآورده‌اند هم‌سو با دکتر سیدحسن امامی اقدام به تقسیم عدم‌النفع به ممکن‌الحصول و محتمل‌الحصول نموده و عنوان داشته‌اند عدم‌النفع ممکن‌الحصول از مصادیق ضرر و عدم‌النفع محتمل‌الحصول ضرر به حساب نمی‌آید (امامی، ۱۳۷۴/۱: ۴۰۷؛ سعادت مصطفوی و هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۸۹: ۶۲؛ احمری و ذکائیان، ۱۳۹۲: ۱۳؛ سکوتی و شمالی، ۱۳۹۰: ۸۳؛ اصغری آقامشهدی، ۱۳۸۱: ۷۹ و سامت، ۱۳۷۷: ۵۵). این تقسیم‌بندی اگرچه در زمان قبل از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ قابل‌دفاع بوده و باعث می‌گردید هرگونه عدم‌النفعی قابل‌مطالبه نباشد و موضع نظام حقوقی با نظام فقهی (که اکثریت عدم‌النفع را قابل‌پذیرش نمی‌دانستند)، هم‌سو شود، اما در حال حاضر دیگر کارآیی ندارد. چون با تصویب قانون مذکور موضع نظام حقوقی با اکثریت فقها یکی گردیده و همین امر باعث شده برخی از اساتید بزرگ اعلام نمایند در وضعیت موجود در نظام حقوقی ما عدم‌النفع غیرمضمونه می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۵۹؛ محقق داماد و وحدتی شبیری، ۱۳۸۱: ۳۸؛ بادینی، ۱۳۹۰: ۷۴).

از لحاظ ما تقسیم ارائه شده دیگر نمی‌تواند مفید فایده در حل مسئله باشد، چراکه دیگر عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران قابل‌مطالبه نبوده و غیرقابل‌مطالبه است. حال باید از این زاویه به مسئله نگریست که تفاوت مال و عدم‌النفع چیست؟ لذا باید از منظر حقوق اموال موضوع را بررسی نمود و به‌صورت ریشه‌ای این موضوع را حل کرد؛ بدین منظور ابتدا باید بررسی کرد که از لحاظ عرفی چه تقسیماتی برای مال قابل‌تصور است؛ سپس بررسی کرد عدم‌النفع مال می‌باشد یا خیر؟ پس از پاسخ

به این پرسش جواب مسئلهٔ مضمونه بودن خسارت وارده بر عدم‌النفع ساده می‌گردد، لذا باید پس از تعریف مال، به اموری همچون ضرر، اتلاف و غصب پرداخت و با داشته‌های به دست آمده، قوانین آیین دادرسی را تفسیر کرد؛ به همین منظور این تحقیق ابتدا اقدام به بررسی فقهی عدم‌النفع در کلام فقها نموده؛ سپس سابقهٔ تاریخی عدم‌النفع را در حقوق ایران بررسی می‌نماید، بعد از آن نظریات حقوق‌دانان ایران را بیان می‌کند. پس از آن با تعریف مال، ضرر، اتلاف و غصب سعی در ارائهٔ دیدگاهی جدید می‌کند تا این امکان را فراهم آورد که تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را به شکل صحیحی تفسیر نماید.

۱. تعریف عدم‌النفع

در فرهنگ لغت معین واژهٔ «عدم» به نیستی، نابودی، مقابل وجود، مقابل هستی معنی شده و واژهٔ «نفع» به سود، مقابل ضرر، فایده، منفعت و حاصل معنی گردیده (معین، ۲/۱۳۶۴: ۲۲۸۳). در تعریف حقوقی عدم‌النفع از سوی حقوق‌دانان مشاهده می‌شود برخی از حقوق‌دانان خود عدم‌النفع را به‌طور مستقیم تعریف ننموده و در بیان ضرر و انواع آن این‌گونه بیان داشته‌اند: ضرر بر دو قسم است: الف) تلف مال: و آن عبارت از نابود شدن مالی است که قبلاً موجود بوده است و ب) تفویت منفعت: منفعتی که در اثر پیدایش فعلی تفویت می‌شود بر دو قسم است: محقق و محتمل (امامی، ۱/۱۳۷۴: ۴۰۷)، یا بیان شده ضرر مالی که به شخص می‌رسد ممکن است در اثر از بین رفتن مالی باشد ... یا در اثر از دست دادن منفعت (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۴۳).

برخی نیز در تعریف به اثر عدم‌النفع پرداخته‌اند و عنوان نموده‌اند: ضرر مادی ممکن است از تلف مال یا فوت منفعت باشد؛ بدین معنی که ممکن است بر اثر واقعه‌ای، مالی از دارایی شخص از میان برود یا شخصی از منفعتی که بر حسب جریان عادی امور و به احتمال قوی باید کسب کند محروم شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۱۵)، یا عنوان شده که هنگامی از عدم‌النفع یا منفعت تفویت شده سخن به میان می‌آید که در نتیجهٔ عمل زیان‌بار، دارایی شخص فزونی نیافته است، در حالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد برطبق روند عادی امور، تجربهٔ جاری و آماری زندگی این افزایش انجام می‌پذیرفت (درودیان، ۱۳۷۰: ۳۴). ایراد عمدهٔ این دو دسته از تعاریف عدم تفکیک دقیق مابین عدم‌النفع و تفویت منفعت می‌باشد.

در مقابل برخی از حقوق‌دانان اقدام به تعریف خود عدم‌النفع نموده‌اند، به‌طور مثال ذکر شده: ممانعت از وجود پیداکردن منفعتی است که مقتضی آن حاصل شده است. مانند توقیف غیرقانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده باشد (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱۴۳). همچنین بیان شده که عدم‌النفع یعنی محروم شدن از منفعتی که شخص انتظار رسیدن به آن را دارد

(بهرامی‌احمدی، ۱۳۹۳: ۱۷۴)، یا عدم‌النفع عبارت از ممانعت یا جلوگیری از ایجاد نفع است (سکوتی و شمالی، ۱۳۹۰: ۸۱). در جمع این نظرات بیان شده‌است: وجه اشتراک تعاریفی که از عدم‌النفع ارائه شده این است که «عدم‌النفع محروم شدن از منافع مورد انتظار و یا به عبارتی جلوگیری از افزایش اقلام مثبت دارایی است» (بادینی، ۱۳۹۰: ۷۱).

اما در تعریف جامعی که از عدم‌النفع ارائه شده و قابل‌پذیرش است، «عدم‌النفع یعنی نفع و منافعی که پیش‌بینی می‌شود در آینده حاصل شود ولی به علت نقض قرارداد (در مسئولیت قراردادی) یا فعل زیان‌بار (در مسئولیت مدنی) این منافع تحقق پیدا نکرده است و در مقابل ضررهای مالی واقعی[1] به کار می‌رود که نتیجه از بین رفتن اموال و حقوق مالی موجود می‌باشد (شیروی، ۱۳۸۰: ۲۵)». این تعریف اولاً اقدام به‌تفکیک انواع ضرر می‌نماید و ضررهای مالی واقعی را که شامل ضرر بر عین مال، و ضرر بر منفعت می‌باشد با ذکر «از بین رفتن اموال و حقوق مالی موجود» از عدم‌النفع، تفکیک کرده است. ثانیاً، منشأ ضرر را به درستی تبیین می‌نماید؛ چراکه عدم‌النفع به‌عنوان یکی از اقسام ضرر بوده و وقتی صحبت از عدم‌النفع پیش می‌آید که ادعای ورود ضرری مطرح باشد و آن را به قراردادی و غیر قراردادی تقسیم می‌کند.

۲. عدم‌النفع در کلام فقها

در فقه نظریهٔ غالب بر این معنی استوار گردیده است که «عدم‌النفع لیس بالضرر» یعنی عدم‌النفع ضرر نمی‌باشد، لذا خسارت ناشی از عدم‌النفع نیز قابل‌مطالبه نیست (سامت، ۱۳۷۷: ۶۱). در ذیل اهم مصادیق فقهی که مسئلهٔ عدم‌النفع با آن ارتباط داشته و در ابواب مختلف مطرح شده، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. منع از فروش کالا

در فقه مطرح گردیده هرگاه شخصی، فردی را از فروش کالای خود منع کند و به این علت فرد اخیر نتواند کالا را به فروش برساند و قیمت کالا با افت شدید مواجه گردد، در حالی که اگر این اقدام به وقوع نمی‌پیوست، فروشنده می‌توانست کالای خود را بفروش برساند؛ یا در اثر دور کردن صاحب کالا از بساط، کالا به سرقت رود، آیا این اقدام و خسارت وارده بر عهدهٔ منع‌کننده یا دورکننده می‌باشد یا خیر؟

گروهی از فقها از جهت اینکه آیا خسارت واقع شده یا خیر به موضوع نگریسته‌اند، در این خصوص شهید ثانی بیان نموده: اگر کسی را از فروختن کالایش بازدارند تا آنکه قیمت بازار پایین بیاید در صورتی که اصل کالا باقی باشد بی‌تردید باز دارنده ضامن نیست، زیرا آنچه از دست رفته

1. Actual Loss

مال نیست بلکه کسب مال است (شهید ثانی، ۷/۱۴۱۰: ۲۱). صاحب مفتاح الکرامه این مطلب را از قول شهید اول در دروس، محقق کرکی در جامع‌المقاصد، علامه حلی در تذکرة الفقهاء نیز نقل کرده که همگی اعتقاد داشته‌اند خسارت وارده، خسارت بر مال نبوده بلکه خسارت بر کسب مال می‌باشد (عاملی، ۱۸/۱۴۱۹: ۲۳). ملااحمد نراقی نیز هم‌سو با سایرین بیان نموده چنانچه مالک را از فروش متاعش باز دارند این عمل اضرار نمی‌باشد، بلکه منع از تحصیل نفع است (نراقی، ۱۳۰۸: ۴۹). میرزای قمی اظهار داشته: بنا بر مشهور، غرامت منافعی که [می‌تواند] از کسب حاصل شود مضمونه نیست. مثل اینکه کسی مانع شود دیگری را از بیع متاع خود، و قیمت آن متاع نازل شود. (میرزای قمّی، ۲/۱۴۱۳: ۱۲۲).

برخی از فقها صرف‌نظر از اینکه آیا خسارتی واقع گردیده یا خیر از جهت اسباب ایجادکنندهٔ ضمان به موضوع نگریسته‌اند، گویا در نظر این فقها خسارت واقع گردیده اما ادلهٔ اثبات‌کنندهٔ ضمان در این موضوع باعث انتساب ضرر (به فردی که خسارت را وارد آورده است)، نمی‌گردد؛ در این خصوص صاحب جواهر چنین بیان نموده است: قول به عدم ضمان دورکنندهٔ صاحب مال از بساط خویش، نه‌تنها در منابعی از قبیل نافع، تحریر، تبصره، و شرح ارشاد فخر به همین صورت آمده بلکه در مسالک نیز این قول به مشهور نسبت داده شده است. چراکه، با توجه به عدم اثبات ید، غصب محقق نیست و وقتی غصب محقق نباشد به مقتضای اصل برائت، ضمان دورکننده منتفی می‌گردد (نجفی، ۳۷/۱۴۰۴: ۱۴). امام خمینی نیز می‌فرمایند: چنانچه فردی مانع از فروش کالایی بشود فرد مزبور نه از باب ضمان ید و نه از جهت دیگر، مسئول جبران خسارت تفویت منفعتی که برای کاهش قیمت متاع در زمان جلوگیری از فروش حادث شده است، نمی‌باشد (موسوی خمینی، ۳/۱۳۷۹: ۳۰۷).

در مقابل این عقاید برخی از فقیهان که این عمل را عرفاً ضرر دانسته و ورود خسارت را محرز پنداشته‌اند از جهت ادلهٔ اثبات‌کنندهٔ ضمان نظر داده‌اند که عموم قاعدهٔ لاضرر موجب می‌شود حکم به ضمان نیکو دانسته شود (طباطبایی، بی‌تا: ۳۰۱)، همچنین در تکمیل و شرح نظر شهید ثانی که در بالا بیان شد، عنوان گردیده: قول موجه ضمان است و فتوا به عدم ضمان را باید مختص به موردی دانست که عمل منع‌کننده، سبب تلف نگردد؛ و سپس ادامه داده‌اند: به درستی که شایسته است فتویٰ به عدم ضمان را در بحث مذکور مختص موردی دانست که عملِ منع‌کننده سبب تلف نگردد ولی اگر بر اقدام منع‌کننده عنوان [سبب] مترتب گردد در این صورت قول موجه ضمان است (عاملی، ۷/۱۴۱۰: ۲۱).

۲-۲. منع از دایر کردن قنات

در این موضوع مرحوم نراقی بیان می‌کند: اگر کسی ملک بدون نفعی مانند یک قنات بایر داشته

باشد و اراده نماید که آن را اصلاح و دائر کند، ولی دیگری مانع او از این کار شود، این امر ممانعت از تحصیل نفع است و ضرر نیست به خلاف موردی که قنات دائر باشد و دیگری آب در آن بیندازد و بدین جهت آن را مسدود کند که این ضرر است (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۰)

۳-۲. منافع حر کسوب

از اهم مسائل که در فقه نسبت به عدم‌النفع اظهارنظر شده منع از کار انسان کسوب یا حبس انسان کسوب می‌باشد. این موضوع در کتب فقهی در باب غصب بررسی شده است. اکثریت متقدمین و حتی جمعی از فقهای متأخر در این خصوص اعتقاد دارند که منع یا حبس فرد کسوب از کار، در صورتی که منع‌کننده، یا حبس‌کننده از کار او استفاده نکرده باشد، ایجاد ضمان نمی‌کند (محقق‌حلی، ۴/۱۴۰۹: ۷۶۲؛ نجفی، ۳۷/۱۴۰۴: ۳۶؛ عاملی، ۷/۱۴۱۰: ۲۹؛ موسوی‌خمینی، ۳/۱۳۷۹: ۳۱۱؛ شکاری، ۱۳۸۰: ۱۰۵ و سعادت‌مصطفوی، ۱۳۸۹: ۶۸). در مقابل نظراتی ارائه شده که مطابق آن، منع‌کننده یا حبس‌کنندهٔ فرد کسوب را ضامن می‌دانند. عمدهٔ استدلال قائلین به عدم ضمان آن است که اولاً، منافع شخص آماده به کار بدون عقد اجاره به‌صورت مال در نمی‌آید و در نتیجه مال محسوب نمی‌گردد تا تفویت آن ضمان‌آور باشد. ثانیاً، منافع شخص آماده به کار همچون خود او (شخص آزاد) تحت استیلای دیگری قرار نمی‌گیرد تا قاعدهٔ ضمان ید حاکم گردد (فصیحی‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۶۶). در این خصوص نظرات موافقین و مخالفین را با تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار می‌دهیم:

محقق‌حلی در کتاب شرایع بیان می‌کند: غصب انسان آزاد موجب ضمان نیست اگرچه صغیر باشد. اگر شخص صانع را حبس کند مادامی که از وی منتفع نشده است، ضامن اجرت نامبرده نیست، زیرا منافع شخص محبوس در تصرف خود اوست و استیلاء بر منافع محبوس توسط حابس متصور نیست (محقق‌حلی، ۴/۱۴۰۹: ۷۶۲). صاحب جواهر در تأیید و شرح این نظر بیان می‌کند: قول خلاف درخصوص عدم مضمونه بودن نفس و منافع حّر نیافته است؛ چون انسان حّر مال نیست، پس ضمان در آن محقق نیست؛ و در نقد و رد نظر مقدس اردبیلی و صاحب ریاض ادامه می‌دهد: چون انسان تحت ید انسان دیگر در نمی‌آید و منافع او در تصرف خود او است، در نتیجه منافع وی به‌تبع نفس او قابل‌استیلاء نیست (نجفی، ۳۷/۱۴۰۴: ۳۶). شهید ثانی نیز هم‌سو با اکثریت بیان می‌نماید که غصب برده موجب ضمان است چراکه برده مال تلقی می‌شود اما اگر کسی انسان آزاد را برای مدتی زندانی کند که در آن مدت معمولاً دستمزد دارد در صورتی که از او کار نکشد، ضامن اجرت او نیست؛ زیرا منافع انسان آزاد به‌تبع خود او تحت تصرف کسی در نمی‌آید (شهیدثانی، ۷/۱۴۱۰: ۲۹). از متأخرین امام خمینی (ره) در این خصوص بیان می‌کند: چناچه فردی بر دیگری

مستولی شده و او را حبس نماید نه در مورد خود محبوس و نه در مورد منافعش غصب محقق نمی‌شود و ضمان ید که از احکام غصب است برای حابس نیست. اگر محبوس صنعتگر باشد و در اثناء مدت حبس اشتغال به صنعت نداشته باشد در مورد اجرت وی حابس ضمانی ندارد (موسوی‌خمینی، ۳/۱۳۷۹: ۳۱۱).

در مقابل موافقین هر کدام به‌نحوی بر ضامن بودن حابس اظهارنظر نموده‌اند. سید بحرالعلوم بیان می‌کند: هرگاه کسی صنعتگری را حبس کند، اگرچه از او انتفاع نبرده ضامن است؛ زیرا در این امر ضرر عظیمی است. چراکه ممکن است خود یا عیالش از گرسنگی بمیرد. وانگهی، حابس متعدی است و مجازات عمل بد، باید عملی شبیه آن باشد مانند مجوز تقاص از سوی مظلوم (عاملی، ۱۸/۱۴۱۹: ۸۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱۳). صاحب ریاض بیان می‌کند: هرگاه اجماع بر عدم ضمان محقق گردد چنانچه اصحاب گفته‌اند دیگر موردی برای بحث باقی نمی‌ماند و الا باید مطابق نظر مجمع‌البرهان به ضمان و مسئولیت قائل شد (طباطبائی، ۲/۱۴۰۴: ۳۰۲). از متأخرین نیز مرحوم خوانساری گفته است: اگر صدق استیلا و تصرف بر حّر را ممتنع بدانیم، در این صورت اشکالی در عدم ضمان منافع فوت شده صانع محبوس متصور نیست؛ ولی اگر استیلا بر صانع به واسطهٔ حبس صدق کند، بعید نیست گفته شود استیلا بر منافع وی مانند غصب خانه یا حیوان نیز صادق است و در نتیجه همان طوری که غاصب در غصب خانه یا حیوان ضامن منافع غیر مستوفات است، حابس نیز ضامن منافع صانع محبوس می‌شود (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۹۹). آیت اللّه خوئی نیز بیان کرده: اگر حر کسوب باشد و هر روز مشغول به کاری شود مانند بنایی، نجاری، خیاطی و غیرآن، پس منع از کار به‌جهت سیرهٔ قطعی عقلا موجب ضمان است (خویی، بی‌تا/۲: ۳۶). آیت‌اللّه میرزاحسن بجنوردی نیز گفته است: در عرف و عقلا شک نیست، کسی که شخص حری را که امکان کار دارد حبس کند ضامن است، و ضرری که بر فرد محبوس وارد شده از حبس‌کننده گرفته می‌شود، و این امر قطعی است که تفویت منافع ضمان‌آور است، اگرچه منافع غیر مستوفات باشد. پس همانا مدرک این قاعده عدم ردع شارع بر این روش عقلانی است (بجنوردی، ۴/۱۴۰۲: ۱۷۸). نظر آیت‌اللّه سیستانی نیز درخور توجه است. ایشان اعتقاد دارند منافع شخص آزاد کسوب ضمان‌آور می‌باشد و اگر در اثر زندانی شدن نتواند به کسب خود اشتغال ورزد، حبس کننده به علت تفویت منافع بنا بر اقویٰ ضامن اجرت‌المثل محبوس می‌باشد (سیستانی، ۲/۱۴۱۶: ۲۲۷). امام خمینی در کتاب‌البیع که موخر از تحریرالوسیله بوده از نظر قبلی خود برگشته و عنوان می‌نماید: «عمل شخص حر و آزاد، مال است؛ خواه این شخص کسوب باشد و خواه نباشد... البته مالیت داشتن عمل حرّ بـه اعتبار امکان حصول آن و این به منزلهٔ قید نمی‌باشد که فعلیت در مالیت داشته باشد، بلکه صرفاً از این

جهت که قابلیت خارجی مال را فراهم می‌کند ...» (خمینی، ۱/۱۴۲۱: ۳۷).

از نظر موافقین در ضمان حابس مشخص می‌شود که اولاً ایشان منافع فردی که به‌طور معمول به کار اشتغال داشته را مال می‌دانند. ثانیاً از جهت اسباب ضمان برخی به قاعدهٔ «فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیکمْ فَاعْتَدُوا عَلَیهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیکمْ»، برخی به قاعدهٔ استیلاء ید، برخی به سیرهٔ قطعی عقلا، و گروهی به قاعدهٔ اتلاف تمسک نموده‌اند.

۳. سابقهٔ تاریخی عدم‌النفع در قوانین موضوعه

در ذیل قوانین مختلفی که قبل و بعد از انقلاب به‌صورت مستقیم و غیرمستقیم عدم‌النفع را قابل‌مطالبه دانسته، آورده می‌شود:

۱. مادهٔ ۵۳۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: «هر گاه عامل به‌طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد عامل ضامن تفاوت خواهد بود.»

۲. مادهٔ ۳۷ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ بیان می‌نمود: «در دعاوی که موضوع آن استرداد عین بوده و مدعی مطالبه اجرت المثل و یا خسارت ناشی از تنزل قیمت نماید و همچنین در موارد دیگری که موضوع دعوی وجه نقدیست محکمه میزان خسارت را پس از رسیدگی معین خواهد کرد لیکن در مورد اجرت‌المثل اعیان مستأجره محکمه مطابق میزان اجرت المسمی حکم خواهد داد مگر اینکه موجر مدعی باشد که میزان اجرت‌المثل زیاده از میزان اجرت‌المسمی است که در این صورت محکمه نسبت به زیاده پس از رسیدگی حکم صادر خواهد کرد». در این ماده مقنن تلویحاً عدم‌النفع را خسارت و قابل‌مطالبه تلقی کرده است (امامی، ۱/۱۳۷۴: ۲۴۵؛ سکوتی، شمالی، ۱۳۹۰: ۹۱).

۳. مادهٔ ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات، مصوب ۱۳۱۰: «در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای جزائی در دعاوی مربوطه به اختراعات و علائم تجارتی مطالبه می‌شود خسارات شامل ضررهای وارده و منافعی خواهد بود که طرف از آن محروم شده است.»

۴. مادهٔ ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸: «در مورد ماده فوق در صورتی که دادگاه حکم خسارت میدهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم محکوم به بوده است. ضرر ممکن است بواسطه از بین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است.»

۵. مواد ۵، ۶ و ۸ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹: «اگر در اثر آسیبی...یا قوه کار زیان‌دیده کم گردد و یا از بین برود و یا.. واردکننده زیان مسئول جبران کلیه خسارات مزبور است...»، «...زیان ناشی از سلب قدرت کار کردن در مدت ناخوشی نیز جزء زیان محسوب خواهد شد...» و «کسی که

در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسؤول جبران آن است. شخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسائل مخالف با حسن‌نیت، مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد می‌تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید.»

۶. مادهٔ ۱۳۳ لایحهٔ اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷: «مدیران و مدیرعامل نمی‌توانند معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد انجام دهند. هر مدیری که ازمقررات این ماده تخلف کند و تخلف او موجب ضرر شرکت گردد مسئول جبران آن خواهد بود. منظور از ضرر در این ماده اعم است از ورود خسارت یاتقویت منفعت.»

۷. مادهٔ ۱۸ قانون کار مصوب ۱۳۶۹: «چنانچه توقیف کارگر به سبب شکایت کارفرما باشد و این توقیف در مراجع حل اختلاف منتهی به حکم محکومیت نگردد، مدت آن جزو سابقه خدمت کارگر محسوب می‌شود و کارفرما مکلف است علاوه بر جبران ضرور و زیان وارده که مطابق حکم دادگاه به کارگر می‌پردازد، مزد و مزایای وی را نیز پرداخت نماید.»

۸. مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۳۵و بند ۲ مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ که تقریباً به یک شکل نگارش یافته و عنوان نموده: «شخصی که از وقوع جرمی متحمل ضرر و زیان شده و یا حقی از قبیل قصاص و قذف پیدا کرده و آن را مطالبه می‌کند مدعی خصوصی و شاکی نامید می‌شود. ضرر و زیان قابل‌مطالبه به شرح ذیل می‌باشد:

۱. ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است.

۲. منافعی که ممکن‌الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود.»

۹. مواد ۲۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ بیان می‌کند: «هرگاه یکی از اصحاب دعوی از تخلف کارشناس متضرر شده باشد، در صورتی که تخلف کارشناس سبب اصلی در ایجاد خسارات به متضرر باشد می‌تواند از کارشناس مطالبه ضرر نماید. ضرروزیان ناشی از عدم‌النفع قابل‌مطالبه نیست».

۱۰. تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل‌مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل‌مطالبه می‌باشد.»

۱۱. مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. ... تبصره ۲: منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به

منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود»

۱۲. مواد ۱۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و مادهٔ ۲۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که مفهومی یکسان داشته‌اند؛ مادهٔ ۲۱۵ بیان می‌کند: «در صورتی که شاهد یا مطلع برای حضور خود درخواست هزینه ایاب و ذهاب کند یا مدعی ضرر و زیانی از حیث ترک شغل خود شود، بازپرس هزینه ایاب و ذهاب را طبق تعرفه‌ای که قوه قضائیه اعلام می‌کند و ضرر وزیان ناشی از ترک شغل را در صورت لزوم با استفاده از نظر کارشناس تعیین و شاکی را مکلف به تودیع آن در صندوق دادگستری می‌نماید...»

۱۳. تبصرهٔ ۵ قانون برنامه و بودجه سال‌های ۱۳۸۳، ۱۳۸۲، ۱۳۸۱ و ۱۳۸۰ که در بند «الف» به‌نحو یکسانی بیان می‌نمود: «... به شورای اقتصاد اجازه داده می‌شود بر اساس پیشنهاد وزارت بازرگانی قیمت عرضه کالاهای اساسی را به‌گونه‌ای تعیین نماید که یارانه مورد نیاز در سقف یارانه و مابه‌التفاوت نرخ ارز منظور شده در این قانون تکافوی انجام تعهدات دولت را بنماید. وجوه پرداختی به‌عنوان کمک دولت تلقی می‌شود و برای جبران ضرر و زیان عدم‌النفع ناشی از فروش کالا به قیمت تکلیفی و هزینه خدمات به مصرف می‌رسد و با اعلام وصول دستگاههای اجرائی به حساب هزینه قطعی سازمان یاد شده منظور می‌شود...»

۴. نظریهٔ‌های حقوق در مورد عدم‌النفع قبل و بعد از انقلاب اسلامی

حقوق‌دانان قبل و بعد از انقلاب نسبت به عدم‌النفع به دو گروه تقسیم می‌شوند. گروهی هم‌سو با اکثریت فقها عدم‌النفع را خسارت قابل‌مطالبه ندانسته‌اند؛ و گروهی عدم‌النفع را خسارت قابل‌مطالبه به حساب می‌آورند. در ذیل نظریهٔ‌های هر گروه به تفصیل بیان می‌گردد.

۴-۱. قبل از انقلاب اسلامی

برخی عنوان نموده‌اند در قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ درخصوص عدم‌النفع حکم صریحی وجود ندارد و مادهٔ ۵۳۶ این قانون نیز تنها در حیطهٔ عقد مزارعه قابلیت مطالبهٔ عدم‌النفع را پذیرفته نه در سایر عقود معین یا غیرمعین، لذا گفته‌اند عدم‌النفع از لحاظ قانون مدنی قابل مطالبه نیست. این حقوق‌دانان در مورد مادهٔ ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ (که ظاهراً عدم‌النفع را مورد پذیرش قرار داده است) گفته‌اند این ماده تنها شامل عدم‌النفع ناشی از عدم انجام تعهدات می‌گردد و عدم‌النفع ناشی از انجام تجاوزات مالی مانند غصب و تصرف بدون مجوز مذکور در مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی مشمول آن عنوان نمی‌گردد و مادهٔ ۳۱۲ قانون مدنی نشان می‌دهد که مقنن اساساً عدم‌النفع را ضرر نمی‌داند (جعفری‌لنگرودی، بی‌تا: ۳۰۴؛ سامت، ۱۳۷۷: ۱۱-۶۰؛ محمدی و

پورشاد، ۱۳۹۷: ۷۱). البته استاد لنگرودی در ادامه بیان می‌کند با استفاده از فن تفسیر این خلأ قانونی را می‌شود تعدیل نمود.

برخلاف نظر فوق برخی اعتقاد داشته‌اند اگرچه در قانون مدنی حکم صریحی وجود ندارد، اما بر مبنای مادهٔ ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۵ عدم‌النفع به دو قسم محقق‌الحصول و محتمل‌الحصول تقسیم می‌گردد و کسی که موجب تفویت منفعت محقق شود باید آن را جبران نماید، لذا ضرر بر عدم‌النفع محقق‌الحصول مضمونه می‌باشد (امامی، ۱/۱۳۷۴: ۴۰۸؛ بادینی، ۱۳۹۰: ۷۳؛ اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۱: ۸۷).

به نظر دیدگاه دوم، دیدگاه غالب قبل از انقلاب بوده چراکه به غیر از قوانین مذکور در نظریهٔ دوم قوانین دیگری نیز وجود داشته که امکان مطالبهٔ عدم‌النفع به سهولت از آن‌ها قابل‌استنباط می‌باشد، به‌طور مثال به مواد ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات و مادهٔ ۱۳۳ لایحهٔ اصلاحی قانون تجارت را می‌شود اشاره نمود.

۲-۴. بعد از انقلاب اسلامی

پس از انقلاب چون وفق اصل ۴ قانون اساسی، قوانین می‌بایست بر طبق موازین اسلامی مورد تصویب قرار گیرند، این وظیفه برعهدهٔ شورای نگهبان قرار گرفته و بازنگری در قوانین سابق و تصویب قوانین جدید شروع گردید. با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در مورخ ۱۳۷۹/۱/۲۱، قانون‌گذار با لحاظ نظر شورای نگهبان در مواد ۲۶۷ و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ بیان نمود خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل‌مطالبه نمی‌باشد. این در حالی است که مقنن چند ماه قبل در بند ۲ مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ عنوان نموده بود امکان مطالبهٔ منافع ممکن‌الحصول که در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم می‌شود، وجود دارد.

با توجه به فاصلهٔ کوتاهی که این دو قانون از یکدیگر به تصویب رسیده (شش ماه و بیست و دو روز) و هر دو مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته‌اند، حقوق‌دانان موافق و مخالف دریافت عدم‌النفع را بر آن داشت تا تفسیرهای خود را از این مواد ارائه نمایند. اهم تفسیرهای موجود را می‌توان در عناوین ذیل خلاصه نمود:

۱. منع دریافت خسارت از خسارت: برخی گفته‌اند تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون قانون آیین دادرسی مدنی دریافت عدم‌النفع را مجاز شمرده و آنچه را مجاز ندانسته دریافت خسارت ناشی از عدم‌النفع است که همان خسارت از خسارت بوده و در واقع این حکم تکرار حکم مذکور در مادهٔ ۷۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ می‌باشد (مهمان‌نواز، ۱۳۸۸: ۱۵۵؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۲۲). در نقد این نظر گفته شده این برداشتی دور از ذهن و خلاف ظاهر ماده است و دلیلی وجود

ندارد که منع خسارت از خسارت منحصر به عدم‌النفع باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۲۲)؛ در تقویت نظر اخیر یکی از حقوق‌دانان بیان کرده است که با مقایسهٔ مادهٔ ۲۶۷ و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی معلوم می‌شود که ضرر و زیان و خسارت مترادف یکدیگر هستند و استعمال آن‌ها به‌جای یکدیگر بلااشکال است؛ همچنین از مادهٔ ۲۶۷ و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که صریحاً به ضرر زیان و خسارت ناشی از عدم‌النفع اشاره نموده‌اند نباید چنین نتیجه گرفت که عدم‌النفع، سبب بوده و خسارت یا ضرر و زیان، مسبَب است چراکه عدم‌النفع نیز نوعی خسارت است و نه سبب ورود خسارت بنابراین از ظاهر مادهٔ ۲۶۷ و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی به خوبی بر می‌آید که از نظر مقنن عدم‌النفع قابل‌مطالبه نیست (شکاری، ۱۳۸۰: ۹۵).

۲. تفکیک میان عدم‌النفع حقوقی و عدم‌النفع کیفری: عده‌ای از حقوق‌دانان در مقام تفسیر مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی گفته‌اند با توجه به فاصلهٔ اندک تصویب این دو متن، نسخ در این مهلت کوتاه از سوی قانون‌گذار که فردی حکیم می‌باشد امری بعید بوده لذا تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر و منحصر به منع عدم‌النفع در امور حقوقی می‌باشد و عدم‌النفع در امور کیفری مطابق مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری قابل‌مطالبه است (الشریف، ۱۳۸۱: ۳۵-۱۸؛ بادینی، ۱۳۹۰: ۷۴؛ آخوندی، ۱/۱۳۸۴: ۲۷۷). احتمالاً قائلین به این نظریه با تصویب مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ باید بر نظر خود بیشتر تأکید و آن را دارای استحکام بیشتری بدانند. با وجود این در نقد این نظر گفته‌شده اعتقاد به‌تفکیک میان عدم‌النفع حقوقی و کیفری هیچ مبنای علمی، حقوقی و منطقی ندارد و در شرع اسلام نیز مبانی و قواعدی که ایجاد ضمان می‌نمایند بین جرم و غیرجرم تفکیکی قائل نمی‌باشند (اصغری آقامشهدی، ۱۳۸۱: ۸۸؛ ره‌پیک، ۱۳۷۹: ۳۵).

۳. تفکیک میان عدم‌النفعِ محقق‌الحصول و عدم‌النفعِ محتمل‌الحصول: بعضی از حقوق‌دانان در تفسیر تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی عنوان نموده‌اند که عدم‌النفع دارای دو قسم محقق‌الحصول و محتمل‌الحصول است که تعریف آن‌ها به شرح ذیل است:

الف) عدم‌النفع محقق‌الحصول (مسلم‌الحصول، ممکن‌الحصول یا به تعبیر دیگر عدم‌النفع بالقوه قطعی): درخصوص این قسم از عدم‌النفع بیان شده منفعتی است که مقتضی حصول آن فراهم بوده لیکن اگر فعل زیان‌بار معینی پدیدار نمی‌گشت آن نفع و فایده محققاً عاید شخص می‌گردید، و فعل زیان‌بار سببِ منحصر نرسیدن منفعت بوده است.

ب) عدم‌النفع محتمل‌الحصول (عدم‌النفع بالقوه احتمال): در تعریف این قسم از عدم‌النفع گفته شده منفعتی است که هر گاه فعل معینی به وقوع نمی‌پیوست، احتمال داشت که عاید طرف گردد.

یعنی منفعتی که پیدایش آن در صورت ایفای تعهد نیز مسلم نمی‌بود و تنها احتمال داشت که متعهد به آن برسد (احمری و ذکائیان، ۱۳۹۲: ۱۳؛ سعادت مصطفوی و هوشمند فیروز آبادی، ۱۳۸۹: ۶۲؛ امامی، ۱/۱۳۷۴: ۴۰۷؛ سکوتی و شمالی، ۱۳۹۰: ۸۳؛ اصغری آقامشهدی، ۱۳۸۱: ۷۹؛ سامت، ۱۳۷۷: ۵۵).

قائلین به این تفکیک معتقدند عدم‌النفع محتمل‌الحصول به‌دلیل اینکه خسارت احتمالی محض می‌باشد از ابتدای بازشناسی مفهوم عدم‌النفع از سوی قانون‌گذار ایران قابلیت مطالبه نداشته‌است (بادینی، ۱۳۹۰: ۷۳) و آنچه قابل‌مطالبه است عدم‌النفع محقق‌الحصول بوده، به‌دلیل اینکه عرف آن را ضرر می‌داند. اینان در تفسیر تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری بیان نموده‌اند: عبارت تبصرهٔ ۲مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، نسبت به نوع منافع در عدم‌النفع، اطلاق دارد (خسارت عدم‌النفع). اگر این اطلاق با توجه به مقدمات حکمت منعقد شده باشد، این حکم در مقابل حکم مقید موجود در مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری قرار می‌گیرد که عدم‌النفع را در مواردی که منافع ممکن‌الحصول بوده، قابل‌مطالبه دانسته است. از آنجا که نسخ کلی خلاف اصل است و تعارضات را در حد امکان باید جمع نمود (الجمع مهما امکن اولیٰ من الطرح)، در تعارض میان دو حکم مطلق و مقید، باید مطلق را حمل بر مقید نمود؛ پس عبارت «خسارت ناشی از عدم‌النفع» در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی را باید حمل بر عدم‌النفع مربوط به منافع غیر ممکن‌الحصول (محتمل‌الحصول) نمود نه مطلق عدم‌النفع. ازسوی دیگر اگر با توجه به قراین موجود در مقررات مختلف اساساً از ابتدا مقدمات حکمت برای شکل‌گیری اطلاق در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ به وجود نیامده باشد، نمی‌توان حکم تبصرهٔ مذکور را مطلق و شامل تمام انواع عدم‌النفع دانست؛ زیرا شرط ایجاد اطلاق آن است که قرائن و دلایلی بر تعیین برخی از انواع و افراد در حکم مطلق وجود نداشته باشد و الا اطلاق ظهور پیدا نمی‌کند. با عنایت به مقررات مختلف خصوصاً بند ۲مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری که در مدت زمان کوتاهی قبل از تبصرهٔ ۲مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی تصویب شده است، ارادهٔ قانون‌گذار در تبصرهٔ اخیر به انواع معینی از عدم‌النفع، یعنی عدم‌النفع محتمل‌الحصول تعلق گرفته است، زیرا در غیر این صورت اولاً قانون‌گذاری قبلی لغو تلقی می‌شود، ثانیاً برای نسخ مقررات قبلی دلیل قوی‌تری غیر از اطلاق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی لازم است و فهم عرفی و حقوقی نسخ مقررات گذشته را استنباط نمی‌کند (ره‌پیک، ۱۳۷۹: ۳۵؛ احمری و ذکائیان، ۱۳۹۲: ۱۸).

این گروه از حقوق‌دانان برای تحکیم هرچه بیشتر استدلال خویش پس از بیان مقدمات مذکور در فوق عنوان نموده‌اند: با توجه به اینکه در ادامه تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی قانون‌گذار

خسارت تأخیر تأدیه را قابل‌مطالبه دانسته است، تفسیر مزبور بیشتر تقویت می‌شود؛ زیرا خسارت تأخیر تأدیه خود یکی از مصادیق خسارت عدم‌النفع ممکن‌الحصول است (اصغری آقامشهدی، ۱۳۸۱: ۸۹). بنابراین بین تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ هیچ تعارضی وجود ندارد (صفایی، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۲۴). به نظر می‌رسد با تصویب مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ قائلین به این نظر می‌توانند بیشتر از استدلال خود دفاع کنند؛ زیرا اگر فرض شود مقنن در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی به‌صورت مطلق خسارت عدم‌النفع را غیرقابل‌مطالبه دانسته، می‌توان گفت در مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری که آخرین ارادهٔ قانون‌گذار است اقدام به نسخ جزئی تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی نموده و عدم‌النفع ممکن‌الحصول را قابل‌مطالبه دانسته است.

۴. تفاوت میان عدم‌النفع و منافع تفویت شده: برخی از صاحب نظران مابین عدم‌النفع و منفعت تفویت شده تفکیک قائل گردیده و بر تقسیمات عدم‌النفع که در فوق آمده است ایراد وارد نموده‌اند (محمودی، ۱۳۹۲: ۱۳۷؛ فصیحی‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۶۲). قائلین به این دیدگاه عنوان می‌نمایند مقصود از منفعت یا نفع، سود و ربح و مقصود از عدم‌النفع محرومیت از سود و ربح انتظاری است (سعادت مصطفوی و هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۸۹: ۵۹؛ احمری و ذکائیان، ۱۳۹۲: ۱۵). پس عدم‌النفع ممانعت و جلوگیری از ایجاد منفعت است، عملی که موجب می‌شود منفعت، اصلاً ایجاد نشود، در حالی که فوت منفعت از بین رفتن یا از بردن منفعت موجود است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۲: ۶۸؛ سکوتی و شمالی، ۱۳۹۰: ۸۲). سپس در ادامه بیان نموده‌اند آنچه در ضمان‌آور بودن آن اشکال شده است، عدم‌النفع است و در ضمان‌آور بودن تفویت منفعت اختلافی نیست چراکه به‌صراحت قسمت اول مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی اجرت‌المثل مال معین که متعهد از تسلیم آن امتناع نماید قابل‌مطالبه می‌باشد و اجرت‌المثل جز با تفویت یا استیفاء منفعت امکان‌پذیر نیست، اما نفعی که در اثر امتناع متعهد از تسلیم یا تأخیر در تسلیم مال، متعهدله از آن محروم می‌شود عنوان عدم‌النفع دارد که مشمول تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی می‌گردد (فصیحی‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۶۲).

دیدگاه فوق در اختلاف تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۸۷ بیان نموده مادهٔ ۹ قانون مذکور در بیان تفویت منفعت مال می‌باشد و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی در بیان عدم‌النفع بوده و خسارت عدم‌النفع در وضعیت قانون کنونی قابل‌مطالبه نمی‌باشد (محقق داماد و عیسایی تفرشی و وحدتی شبیری، ۱۳۸۱: ۳۸). با تصویب مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قائلین به دیدگاه فوق بیشتر می‌توانند بر نظر خود اصرار کنند و اعلام نمایند در مادهٔ مذکور تنها منفعت که از تقسیمات مال حسب مادهٔ ۲۹ قانون مدنی بوده مورد

نظر قانون‌گذار می‌باشد، چراکه اسباب ضمان اتلاف که در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ آمده تنها مختص مال بوده و عدم‌النفع مال نمی‌باشد که مورد اتلاف قرار گیرد.

در نقد تفکیک نظر فوق می‌توان گفت: اولاً اگرچه به دلالت بند اول مادهٔ ۲۹ قانون مدنی، مالکیت به عین و منفعت تقسیم می‌گردد؛ و ضرر بر منفعت، ضرر بر مال موجود می‌باشد، اما سؤال اصلی همین است که آیا ضرر بر نفع آینده (سود) ضرر بر مال است یا خیر؟ لذا این تقسیم‌بندی اول‌الکلام است. ثانیاً حق مطالبهٔ اجرت‌المثل مذکور در صدر مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی دلالت بر تفکیک میان عدم‌النفع و تفویت منفعت نمی‌نماید؛ چراکه می‌توان اجرت‌المثل را در حالتی لحاظ نمود که مصداق عدم‌النفع (سود) باشد. به‌طور مثال اگر دارندهٔ زمینی، با سازنده‌ای اقدام به انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت یک مجتمع ۲۰ واحدی را به عمل آورد و مدت قرارداد یک سال لحاظ گردد، و توافق شده باشد ده واحد متعلق به دارندهٔ زمین و ده واحد متعلق به سازنده باشد. سازنده نتواند ظرف مدت مقرر آپارتمان‌ها را تحویل دهد و طی دو سال اقدام به ساخت و تحویل نماید. آیا مالک زمین حق مطالبهٔ اجرت‌المثل ده واحد را طی یک سال تأخیر دارد؟ به نظر می‌رسد در این فرض چون اجرت‌المثل از مالی موجود مطالبه نگردیده، مصداقی از سود می‌باشد. ثالثاً همان طور که اساتید حقوق عنوان نموده‌اند منافع هر مال را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود: ۱. منافع طبیعی، ۲. منافع مصنوعی و ۳. منافع عهدی (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۵۳)، و اجرت‌المثل تنها یک قسم از این منافع می‌باشد. رابعاً این‌گونه نیست که تمامی منفعت‌ها موجود فرض شوند بلکه در برخی از موارد مقتضی منفعت موجود است. برای مثال هر گاه درخت مثمری شکوفه نماید و فردی اقدام به تفویت شکوفهٔ این درخت کند ضامن منفعت میوهٔ درخت می‌باشد اگرچه هنوز میوه‌ای موجود نیست. اگرچه می‌دانیم که در فقه فروش میوه قبل از بدو صلاح پذیرفته نشده است (عاملی، ۳/۱۴۱۰: ۳۵۵). خامساً همان گونه که یکی از حقوق‌دانان گفته عرف بین عدم‌النفع و تفویت منفعت عین، فرق قائل نیست و در هر دو مورد عامل را ضامن می‌داند (اصغری آقا مشهدی، ۱۳۸۱: ۸۵).

۵. عدم‌النفع در معنای عام و خاص: عنوان شده عدم‌النفع دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد. عدم‌النفع در معنای عام شامل محرومیت از منافع عین، منافع شخص و محرومیت از نفع مترتب بر عمل و تعهد می‌شود. عدم‌النفع در معنای خاص، صرفاً محرومیت از نفع مترتب بر عمل و تعهد را در بر می‌گیرد، مانند اینکه نویسنده‌ای که متعهد شده کتابی را در مورد موضوع معین تألیف کند، از انجام تعهد خود سر بازند و به این جهت متعهدٌله از درآمد ناشی از انتشار کتاب مزبور محروم گردد؛ و حکم مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی بر غیرقابل‌مطالبه بودن عدم‌النفع صرفاً شامل عدم‌النفع در معنای خاص می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۵۷).

۶. مخالفان با عدم‌النفع به‌صورت کلی: در میان حقوق‌دانان برخی یا به دلایل تفسیر لفظی یا به‌دلیل هم‌سو شدن با فقها و بر همان مبانی فقهی، دریافت خسارت عدم‌النفع را امکان‌پذیر نمی‌دانند و به‌طور مثال عنوان نموده‌اند: قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی، و قانون آیین دادرسی مدنی درخصوص ضرر اقتصادی (ازجمله عدم‌النفع) متضمن اصلی کلی است که بر اساس آن چنانچه ضرر پایگاه مادی نداشته باشد، قابل‌مطالبه نیست مگر در مواردی خاص که در قانون تصریح شده باشد (امینی و پیری، ۱۴۰۰: ۱۴۰؛ بادینی، ۱۳۹۰: ۷۴؛ محقق داماد و وحدتی شبیری، ۱۳۸۱: ۳۸).

۵. مبانی جامع فقهی ـ حقوقی موافقین و مخالفین عدم‌النفع

بر مبنای نظریات فوق باید مبانی فقها و حقوق‌دانان موافق و مخالفین دریافت عدم‌النفع را شرح نمود. ما در ابتدا مبانی مخالفین را شرح می‌دهیم و سپس به مبانی موافقین می‌پردازیم.

۵-۱. مبانی فقهی و حقوقی مخالفین عدم‌النفع

در خصوص عدم‌النفع دیدگاه فقها و حقوق‌دانانی که مخالف دریافت عدم‌النفع در وضعیت حقوقی حال حاضر می‌باشند یا برگرفته از نگاه فقهی بوده و عدم‌النفع را ضرر بر اموال نمی‌دانند (بادینی، ۱۳۹۰: ۷۴؛ محقق داماد و وحدتی شبیری، ۱۳۸۱: ۳۸) و یا اگر عدم‌النفع را ضرر بر اموال دانسته منطوق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی را سدی در برابر این موضوع دانسته و عنوان نموده‌اند با وجود این نص امکان مطالبهٔ خسارت عدم‌النفع فراهم نمی‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۵۹؛ امینی و پیری، ۱۴۰۰: ۱۴۰).

در تبیین نظر مخالفین باید عنوان شود این فقها و حقوق‌دانان مبنای اصلی مسئولیت مدنی و ایجاد ضمان مالی را در فقه قاعدهٔ اتلاف، اتلاف به تسبیب و غصب دانسته و موضوعات حادث شده را بر مبنای این قواعد مورد ارزیابی قرار داده و بر همین اساس حکم بر ضمان یا عدم ضمان را جاری می‌نمایند. در نگرش این گروه ضرر می‌بایست بر اموال وارد آید و چون عدم‌النفع را در مفهوم سودی که در آینده ایجاد خواهد شد معنی نموده‌اند، نتیجه گرفته‌اند اگر فردی مانع ایجاد این سود شود ضرری واقع نمی‌شود چراکه سود مال نمی‌باشد. در این نگرش امکان تصور اتلاف و غصب هم در مورد سود وجود نخواهد داشت، زیرا اتلاف تنها نسبت به اموال قابل‌تحقق است و غصب نیز در اموال و یا حقوق مالی متحقق می‌گردد؛ در نتیجه به‌دلیل اینکه سود را مال ندانسته معتقد گردیده‌اند نه اتلاف و نه غصب هیچ گاه قابلیت تحقق پیدا نخواهد کرد؛ لذا به‌صراحت گفته‌اند «عدم‌النفع لیس بالضرر».

اگر در مصادیق فقهی که در اول بحث بیان شد دقت شود این دیدگاه فقهی که سود مال نمی‌باشد به خوبی مشاهده می‌گردد. در مثال منع حر از کار، فقیهانی که بیان نموده‌اند حابس ضامن نیست از این منظر به موضوع نگریسته‌اند که انسان مال نمی‌باشد و کار انسان به منزلهٔ یک سود احتمالی بوده

پس چیزی اتلاف نگردیده است؛ ولی همین فقها در صورتی که فرد تحت قرارداد اجاره قرار گیرد، چون عمل را متعلق به مستأجر دانسته دیگر عمل را سود ندانسته و به منزلهٔ منافع که ارزش مالی دارد به آن نگریسته‌اند. در مثال منع از تعمیر یک قنات بائر چون آبی در قنات جاری نبوده این‌گونه به موضوع نگریسته‌اند که از این قنات نفعی مالی حاصل نمی‌شود در نتیجه غصبی در اموال یا اتلافی ایجاد نگردیده اما همین فقها درخصوص قنات دائر دیگر این نظر را نداشته‌اند. درخصوص منع از فروش کالا این اعتقاد وجود داشته که خود کالاها غصب نشده فقط فعل فرد مانع، باعث شده صاحب کالا از سود محروم گردد و چون سود مال نمی‌باشد فرد مانع ضرری بر اموال صاحب کالا به وجود نیاورده است.

۲-۵. مبانی فقهی و حقوقی موافقین عدم‌النفع

فقها و حقوق‌دانانی که اعتقاد به مضمونه بودن خسارت عدم‌النفع دارند با توجه به مبانی خود که بیشتر عدم‌النفع را محروم شدن از سود و ربح مورد انتظار دانسته‌اند (نه خسارت بر اموال) مبنای فقهی متفاوتی را برگزیده‌اند. علت این تفاوت مبنا، عدم اعتقاد به مادی بودن عدم‌النفع است، چراکه فقها قاعدهٔ ضمان ید را مبنای غصب دانسته‌اند و اعتقاد داشته‌اند که در عدم‌النفع غصبی محقق نگردیده است. در ذیل عمده مبانی موافقین بیان می‌شود:

۱. قاعدهٔ لاضرر: قائلین به این نظر برای مضمونه دانستن عدم‌النفع عنوان نموده‌اند: اولاً عدم‌النفع از اقسام ضرر می‌باشد. ثانیاً قاعدهٔ لاضرر نه‌تنها نفی حکم می‌کند بلکه در امور عدمی نیز اثبات حکم می‌نماید (سکوتی و شمالی، ۱۳۹۰: ۸۷؛ شکاری، ۱۳۸۰: ۹۷؛ ره‌پیک، ۱۳۷۴: ۲۷؛ سعادت مصطفوی و هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۸۹: ۷۳؛ احمری و ذکائیان، ۱۳۹۲: ۲۲).

۲. قاعدهٔ اتلاف و اتلاف به تسبیب: این دو قاعده که در موارد مختلفی مبنای ضمان در فقه می‌باشد در صورتی قابلیت استناد دارند که عدم‌النفع به‌عنوان مال پذیرفته شود. در این صورت با انتخاب قاعدهٔ اتلاف احتیاج به اثبات تقصیر وجود نداشته اما با انتخاب قاعدهٔ اتلاف به تسبیب شرایط عمومی ایجاد مسئولیت مدنی یعنی فعل زیان‌بار، رابطهٔ سببیت و ضرر باید موجود باشد. کسانی که عدم‌النفع را مال می‌دانند این دو قاعده را به‌عنوان مبنا مورد پذیرش قرار می‌دهند (خمینی، ۱/۱۴۲۱: ۳۷؛ سیستانی، ۲/۱۴۱۶: ۲۲۷).

۳. جواز مقابله‌به‌مثل: برخی از فقها این قاعده را که از آیات قرآن همچون آیهٔ ۱۹۰[۱] سوره بقره و آیهٔ ۵۹[۲] سوره حج، اصطیاد می‌شود، به‌عنوان مبنای ضمان در عدم‌النفع برگزیده‌اند (عاملی،

۱. «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»

۲. «جزاء سیئته سیئته مثلها»

۱۸/۱۴۱۹: ۸۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱۳).

۴. بنای عقلا: برخی نیز برای ضامن دانستن عامل ورود زیان در عدم‌النفع به بنای عقلا یا همان سیرهٔ قطعی عقلا روی آورده‌اند و به آن استناد نموده‌اند (خویی، بی‌تا/۲: ۳۶؛ بجنوردی، ۴/۱۴۰۲: ۱۷۸).

باید متذکر گردید انتخاب برخی از مبانی فوق از جهت رفع ایراداتی بوده که بیان می‌داشتند، عدم‌النفع چون مال نبوده در آن قاعدهٔ اتلاف و تسبیب جریان پیدا نمی‌کند. اما در مقابل عنوان شده در فقه جبران خسارت منحصر در مبانی قاعدهٔ ضمان علی‌الید، قاعدهٔ اتلاف و تسبیب نمی‌باشد (باریکلو، ۱۳۸۴: ۶۵؛ حاجیان و اکبری و پارساپور، ۱۳۹۴: ۲۴۴). باید توجه داشت این مبنای از سوی مخالفین مصون از انتقاد نبوده که ذیلاً به‌صورت اختصار به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- در انتقاد از قاعدهٔ لاضرر عنوان شده است این قاعده اثبات حکم نمی‌کند.
- در خصوص اتلاف و اتلاف به تسبیب ایراد شده است که عدم‌النفع سود و ربح می‌باشد و مال نیست تا مجرای این دو قاعده قرار گیرد.
- در مورد قاعدهٔ جواز مقابله‌به‌مثل ایراد شده‌است که بر طبق این قاعده تنها می‌توان فعلی به مانند فعل ظالم انجام داد و این قاعده توان اثبات ضمان را ندارد.
- در نقد استناد به سیرهٔ قطعی بیان گردیده که این سیره به اثبات نرسیده است.

۶. نظریهٔ مختار درخصوص عدم النفع در نظام فقهی ـ حقوقی

در خصوص وضعیت عدم‌النفع باید این مطلب را مورد توجه قرار دهیم که در فقه و قانون مدنی عمده اسباب ضمان، غصب، اتلاف و یا اتلاف به تسبیب می‌باشد. شناخت وضعیت عدم‌النفع در گرو بررسی مختصر ارکان این اسباب و ماهیت آن‌ها می‌باشد. در صورت شناخت این موارد می‌شود وضعیت دقیق عدم‌النفع را در نظام فقهی و حقوقی ایران مشخص و تفسیری درست از مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ارائه نمود. برای این منظور می‌بایست بدواً برخی از مفاهیم را تعریف نمود.

مال: در تعریف مال گفته شده است، مال چیزی است که ارزش داد و ستد دارد و در برابر آن پول یا مال دیگر داده می‌شود. معیار تمیز این ارزش نوعی است و در اختیار عرف می‌باشد. یعنی، در بازار معادل مبلغی پول است. ارزش نتیجهٔ رغبتی است که اشخاص برای به دست آوردن چیزی در خود احساس می‌کنند (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۳۲۵). به‌دلیل شباهت خواسته‌های افراد در جامعه گفته می‌شود «ارزش چهرهٔ نوعی و همگانی دارد» ولی، هیچ مانعی ندارد که مالی در رابطهٔ دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰). برخی از فقها بیان نموده‌اند که برای تحقق مالیت، نفع و فایدهٔ بالقوه کافی است و همین مقدار که چیزی شأنیت انتفاع را داشته باشد افراد

جامعه و عقلا برای آن مالیت اعتبار می‌کنند (عاملی، ۱۲/۱۴۱۹: ۱۵۶). از این تعاریف به خوبی برمی‌آید که مال امری اعتباری است که این اعتبار از سوی عرف صورت می‌پذیرد. بنابراین مال خواه محسوس باشد یا نباشد، تأثیری بر ماهیت آن ندارد چراکه این ماهیت امری است اعتباری که مورد احترام عرف می‌باشد.

۲. ضرر: در تعریف ضرر از سوی فقها بیان شده است: ضرر عرفاً عبارت است از نقص در چیزی از شئون انسان، بعد از اینکه وجود یافته یا مقتضی قریب پدیدار شدن آن، به وجود آمده است به طوری که عرف آن را موجود می‌داند (بجنوردی، ۱/۱۴۰۲: ۱۷۸). در معنی اعم در تعریف ضرر گفته شده «ضرر به هر نقص در حق یا سوء حال نفس و جسم اطلاق می‌گردد» (بادینی، ۱۴۰۰: ۵۷). در تعریف ضرر اساتید حقوق این‌گونه بیان کرده‌اند: نقص بر مال دیگری یا صدمه بر جان کسی یا وهن در عرض دیگری، به شرط اینکه مقتضی قریب آن محقق شده باشد... اگر کسی درختان میوه‌ده را از جا بکند ضرر مالی است و یا اجیری زیاده بر اندازه سم‌پاشی کند و مانع میوه دادن و یا کاهش میوهٔ درخت شود، ضرر است. عدم‌النفع موقعی ضرر است که مقتضی قریب نفع داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ش۸۹۱۸). یکی دیگر از حقوق‌دانان بیان نموده ضرر دارای مفهوم عرفی می‌باشد و عرف برای آن معنی گسترده‌ای قائل است (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۸).

۳. اتلاف و اتلاف به تسبیب: به‌طور کلی کسی که مال دیگری را تلف کند مسؤل جبران خسارت آن است (من اتلف مال الغیر فهو له ضامن). از قاعدهٔ اتلاف در اتلاف در اموال و ابدان هر دو استفاده شده، ولی، اکنون که قلمرو مسئولیت کیفری و مدنی جدا شده، کاربرد اصلی آن در امور مالی می‌باشد (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۵: ۱۵۶). همچنین هر گاه شخصی مالی را به‌طور مستقیم تلف نکند، ولی برای تلف کردن آن تنها سبب‌سازی و تمهید مقدمه نماید، کار او را اتلاف به تسبیب گویند و این شخص ضامن خسارتی است که از این راه به بار آمده است (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۵: ۱۵۹). این مطلب درخصوص اتلاف و اتلاف به تسبیب بیان شده که معیار در صدق قاعده، انتساب است و این‌گونه عناصر از مفاهیم عرفی است و به‌کارگیری دقت‌های عقلی در آن فاقد منطق حقوقی است (محقق داماد، ۱/۱۴۰۶: ۱۲۶). از این بیان مشخص می‌شود این عرف است که تشخیص می‌دهد که آیا اتلاف و یا اتلاف به تسبیب واقع شده و مُتلِف و یا مسبب تلف چه کسی می‌باشد.

۴. غصب: در تعریف غصب مادهٔ ۳۰۸ ق.م بیان می‌کند: «غصب استیلاء بر حق غیر است به‌نحو عدوان؛ اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». همان گونه که یکی از اساتید حقوق بیان کرده باتوجه به بند دوم مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی و مواد بعدی راجع به غصب که همه‌جا کلمهٔ «مال» را به کار برده و عبارات و اقوال فقهای امامیه، می‌توان گفت مقصود از حق در مادهٔ ۳۰۸ حق

مالی یا همان مال است (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۶). اما باید این نکته را مد نظر قرار داد که غصب دارای مفهوم شرعی نبوده و واجد مفهومی عرفی می‌باشد که در زمان و مکان می‌تواند دچار تغییر می‌شود؛ لذا صاحب جواهر می‌گوید غصب، دارای حقیقت شرعیه نمی‌باشد (نجفی، ۳۷/۱۴۰۴: ۹). از آن‌جا که غصب دارای معنای عرفی می‌باشد به‌تبع، استیلا نیز که رکن اول غصب محسوب می‌گردد واجد معنای عرفی می‌باشد؛ این مطلب به خوبی از مادهٔ ۳۶۷ که بیان می‌کند: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به‌نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع» و ذیل مادهٔ ۳۶۹ قانون مدنی که اعلام می‌کند «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به‌نحوی باشد که عرفا آن را تسلیم گویند»، قابل‌استنباط است.

فقها بحث عدم‌النفع را عمدتاً در مبحث غصب یا در تشریح قاعدهٔ اتلاف مطرح می‌نمایند. از لحاظ فقهی برای آنکه عدم‌النفع قابل‌جبران باشد باید نسبت به یک مال یا غصب ایجاد گردد تا بر مبنای ادلهٔ ضمان ید ایجاد ضمان برای غاصب نماید و یا آنکه اتلافی واقع گردد. برای تحقق معنای غصب به دو عنصر نیاز می‌باشد، اولی مال بودن شیء مغصوب و دومی تحت ید گرفتن کامل از سوی غاصب که از آن تعبیر به «استقلال در ید» نموده‌اند (عابدی و امام جزائری، ۱۳۸۳: ۱۹۹). در اتلاف یا اتلاف به تسبیب، محور مسئولیت، از بین بردن مال دیگری است و این امر ملازمه با تصرف در مال ندارد (محقق داماد، ۱/۱۴۰۶: ۱۱۲). در این صورت هم به‌لحاظ ادلهٔ فقهی موجود درخصوص اتلاف یا تسبیب ایجاد ضمان برای متلف یا مسبب حاصل می‌شود.

فقها با بیان مصادیق عدم‌النفع (که در اول بحث بیان شده) نتیجه گرفته‌اند غصبی محقق نگشته چراکه یکی از دو عنصر مال بودن یا استقلال در ید ایجاد نگردیده است. به‌طور مثال درخصوص منافع حر کسوب، انسان را مال ندانسته که غصب را محقق بدانند و یا در مورد منع از فروش کالا، استقلال در ید را بر اموالی که قیمت آن‌ها دچار افزایش شده است، احراز نکرده لذا موضوع را مصداق اتلاف و یا تسبیب ندانسته و از طرفی سود از دست رفته (نفع) را مال ندانسته‌اند، و مصادیق را عدم‌النفع به حساب آورده، و عنوان کرده‌اند ضرری وارد نگردید. از این مطلب نتیجه گرفته می‌شود در صورتی که مالی غصب یا اتلافی واقع شود از لحاظ فقهی ضرر ایجاد و غاصب یا متلف مسئول جبران خسارت می‌باشد در تحلیل این موضوع باید گفت اولاً ضرر، مال، اتلاف، تسبیب و غصب همان گونه که در فوق شرح شد همگی مفاهیمی عرفی می‌باشند. ثانیاً غصب، اتلاف و تسبیب وقتی ایجاد مسئولیت می‌کند که مالی مورد تعرض قرار گیرد. پس اگر مال، از سوی عرف مورد شناسایی قرار گرفت و مورد تعرض قرار گرفته باشد اگر غصب هم متحقق نگردد امکان ضمان به‌لحاظ اتلاف و تسبیب نسبت به اصل، منفعت و نفع آن فراهم است، این موضوع در مادهٔ ۳۰۹ قانون مدنی که بیان

می‌کند: «هرگاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آن‌که خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود لیکن در صورت اتلاف یا تسبیب ضامن خواهد بود» مورد لحاظ قرار گرفته است. ثالثاً استیلاء (استقلال در ید) مفهومی عرفی دارد چراکه اموال مورد شناسایی عرف ممکن است مادی یا غیرمادی[1] موجود یا بالقوه موجود باشد. لذا استیلاء نسبت به هر مالی با توجه به ماهیت آن متفاوت است و این معنی را عرف به خوبی در می‌یابد.

پس می‌توان گفت مال را عرف اعتبار می‌کند، استقلال در ید را نیز عرف شناسایی می‌نماید (لذا اینکه گفته می‌شود غصب فاقد معنی شرعی بوده و مفهومی عرفی دارد بیشتر مشخص می‌گردد). حال اگر عرف استقلال در ید (استیلاء) نسبت به یک مال اعم مادی، غیرمادی، عین، منفعت یا نفع (سود) را متحقق دانست، غصب واقع شده است. در صورتی که غصب محقق گردد غاصب ضامن عین مال و منافع مستوفات و غیرمستوفات می‌باشد. خیلی از مواردی که فقها غصب ندانسته‌اند با این نگرش عرفی عنوان غصب پیدا می‌کند و از تحت عنوان عدم‌النفع خارج می‌گردد.

مقدمات فوق برای شناخت ضرر بوده که مهم‌ترین رکن در ایجاد مسئولیت می‌باشد؛ اما باید گفت اگرچه مسلماً اتلاف اصل مال صدق عنوان ضرر می‌نماید اما حل مسئله در گروی این بوده که مشخص گردد سود (نفع) نیز مال است یا خیر؟ چراکه خیلی از مواردی که در فقه عدم‌النفع فرض شده جلوگیری از کسب سود (نفع) بود و برخی از فقها سود را مال ندانسته‌اند در نتیجه بیان کرده‌اند خسارت قابل‌جبرانی وارد نگردیده.

برای پاسخ سؤال فوق باید به مبانی ذیل توجه نمود:

اولاً مال ماهیتی عرفی داشته و هرآنچه را که عرف مال بداند اعم از عین، منفعت و سود مشمول ادله احترام مال مسلم می‌شود و تحت اطلاق ادله قرار می‌گیرد. ثانیاً تقسیم مال به عین، منفعت و عدم‌النفع که از دیدگاهی غیرعرفی (دیدگاهی مادی) به موضوع نگریسته، نه‌تنها مشکلی را حل نکرده، بلکه اختلاف‌نظری مابین فقها و حقوق‌دانان ایجاد نموده است. ثالثاً با توجه به ایجاد اموال غیرمادی در اثر پیشرفت علم، تقسیم مذکور کارآیی لازم را نداشته، لذا می‌شود به‌جای تقسیم فوق تقسیم به عین، منفعت، نفع بالقوه و نفع موهوم را ارئه نمود.

در این تقسیم نفع بالقوه که همان سود بوده از لحاظ عرف تحت قیودی که خواهد آمد مال فرض خواهد شد. علاوه بر تقسیم فوق می‌شود مالی را که در ملکیت یک فرد قرار دارد بر مبنای نگرشی

۱. آقای دکتر جعفر لنگرودی در تقسیمی از مال، مال را به مادی و معنوی تقسیم و بیان داشته‌اند: «مال مادی، مالی است که به صورت جسم باشد یا با حسی از حواس درک شود مانند گاز و برق.»

عرفی در حالات موجود، بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل، بالقوه موجود و در دید عرف معدوم و معدوم[1] طبقه‌بندی نمود.

با استفاده از دو تقسیم فوق می‌توان عنوان کرد عرف سود را که ما با عنوان نفع بالقوه معرفی کردیم در حالت دوم (بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل) مال دانسته و در حالت سوم و چهارم مال نمی‌شناسد. برای آنکه عرف ضرر را وارد داند، فعل زیان‌زننده (به صورت مباشرت یا تسبیب) باید باعث گردد شناسایی عرف درخصوص عین مال از موجود به معدوم تغییر یابد. اما ضرر وارده به منفعت و نفع بالقوه باید به‌نحوی باشد که عرف احساس نماید که حالت مال از بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل (حالت دوم)، به بالقوه موجود و در دید عرف معدوم (حالت سوم) یا معدوم (حالت چهارم)، تغییر پیدا کرده باشد. در این صورت ضرر از سوی عرف مورد شناسایی قرار می‌گیرد اعم از اینکه تغییر وضعیت مذکور درخصوص منفعت باشد یا نفع بالقوه، البته لازم نمی‌باشد ضرر به کل منفعت و نفع بالقوه وارد آید بلکه از لحاظ عرف از دست رفتن مقداری از منفت یا نفع بالقوه و تغییر حالت از دوم، به سوم یا چهارم نیز نقصان در مال بوده و ضرر به حساب می‌آید.

به‌طور مثال اگر فردی جهت کود دادن درخت در اول بهار که هنوز شکوفه‌ای ایجاد نگردیده اجیر شود و بیش از اندازه به درختان کود دهد و باعث شود درختان خشک گردند هم ضامن درخت است (تغییر حالت اول به چهارم)، هم ضامن نفع بالقوه درختان که همان درآمد حاصل از فروش میوه می‌باشد (تغییر حالت دوم به چهارم). این معنی عرفی از مال و ضرر از نظر نویسندگان قانون مدنی نیز دور نمانده (اگرچه سعی شده به‌دلیل اختلافات فقها در عدم‌النفع به‌صراحت بدان پرداخته نشود)، و مادهٔ ۵۳۶ قانون مدنی که بیان می‌کند: «هرگاه عامل به‌طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد عامل ضامن تفاوت خواهد بود» گویای آن می‌باشد.

اما عرف در صورتی احراز ضرر و تغییر حالت نفع بالقوه را، از بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل (حالت دوم)، به بالقوه موجود و در دید عرف معدوم (حالت سوم) یا معدوم (حالت چهارم) مورد شناسایی قرار می‌دهد که اولاً مقتضی موجود باشد و ثانیاً مانع مفقود باشد. یعنی به‌نحوی که با گذشت زمان و سیر عادی امور، منفعت و نفع بالقوه به وجود آیند (عیسائی‌تفرشی و صادقی و شاه‌محمدی، ۱۳۹۰: ۱۲۸)، تا بشود گفت عرف قبول می‌کند اگر فعل زیان‌بار واقع نمی‌گردید مال

۱. البته این تقسیم درخصوص تنها منفعت از سوی برخی از حقوق‌دانان ارائه گردیده است (عیسائی تفرشی و صادقی و شاه محمدی، ۱۳۹۰: ۱۲۷) اما به نظر ما مختص منفعت نمی‌باشد و به صورت کلی قابل ارائه است.

از بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل (حالت دوم) به موجود (حالت اول) تغییر وضعیت پیدا می‌کرد و فعل زیان‌بار باعث گردیده به حالت سوم و چهارم تغییر وضعیت پیدا نماید.

اما برای آنکه منظور از مقتضی و مانع را در این دیدگاه عرفی شفاف‌تر کنیم می‌شود فرمولی را که دکتر جعفری لنگرودی از بابت قاعدهٔ مقتضی و مانع ذکر نموده‌اند یادآور شویم. ایشان ابتدا برخی از مفاهیم را شرح می‌نمایند و بیان می‌کنند:

علت عبارت است از هر چیز (مادی یا معنوی) که هر زمان که تحقق پیدا کند، بلافاصله نتیجه‌ای از آن به وجود آید که معلول نامیده می‌شود. علت و معلول هم‌زمان به وجود می‌آیند. تخلف علت از معلول، محال است، یعنی محال است علت، به وجود آید ولی معلول به وجود نیاید. مقتضی نیز آن است که هرگاه مانعی به آن برنخورد نتیجه‌ای در پی داشته باشد.

پس این فرمول را از روی تعاریف می‌توانیم بسازیم: فرمول اول علت = عدم مانع + مقتضی

سبب در اصطلاح حقوق اسلامی آن است که تنها نبودن مانع (یا عدم مانع) کافی برای تأثیر آن (آفرینش نتیجه) نباشد (پس سبب، مرحله‌ای است ناتوان‌تر از مقتضی) بلکه باید شرطی (یا شروط) به آن افزود تا بیاری آن شرط (و با نبودن مانع) نتیجه‌ای را بیافریند، مانند قرابت و خویشاوندی که سبب ارث بردن است اما به شرط زنده بودن وراث در حین موت مورث و اینکه وراث قاتل مورث هم نباشد. شرط نیز عبارت است از عامل ضروری که موجب می‌شود که سبب بیاری آن در مسیر تأثیر بیافتد.

پس فرمول‌های ذیل را از روی تعاریف مذکور می‌توانیم بسازیم:

فرمول دوم مقتضی = شرط + سبب / فرمول سوم علت = عدم مانع + (شرط + سبب) (جعفری‌لنگرودی، ۵/۱۳۷۵: ۳۹۲).

البته باید اینجا این مطلب را متذکر شد که تنها شرط و یا شروط اساسی مورد نظر می‌باشد و شرط‌های فرعی منظور نمی‌باشد. شاید دیدگاه عرفی مذکور در فوق (با توجه به فرمول منطقی ذکرشده درخصوص مقتضی و مانع) بوده است که باعث شده برخی از فقها عدم‌النفع را قابل‌مطالبه بدانند و بیان کنند: اگر بر حسب عرف عدم‌النفع هم در موردی که مقتضی آن تمام و کامل شده باشد، ضرر به شمار می‌آید (نائینی، ۳/۱۴۱۸: ۳۷۸).

۷. وضعیت عدم‌النفع در قوانین آیین دادرسی کیفری و مدنی

در وضعیت حاضر با توجه به اینکه نظام فقهی و حقوقی ایران این موضوع را مسلم می‌داند که ضرر قابل‌جبران باید پایگاه مادی داشته و بر اموال وارد شود (بادینی، ۱۳۹۰: ۷۴)، لذا باید عنوان نمود عدم‌النفع در معنی نفع موهوم مسلماً قابل‌جبران نمی‌باشد چراکه فاقد ارزش مالی می‌باشد. با توجه به همین نگرش قانون‌گذار در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی عنوان نموده

عدم‌النفع قابل‌مطالبه نمی‌باشد. لازم است توضیح داده شود معنی لغوی عدم‌النفع همان گونه که در اول بحث آمد، یعنی «نفع غیر موجود». ما در این تحقیق عنوان «نفع موهوم» را بر اساس تقسیم‌بندی ۱. عین؛ ۲. منفعت؛ ۳. نفع بالقوه؛ ۴. نفع موهوم و تقسیم عرفی مال (که در فوق بیان شده)، گویاتر از واژهٔ عدم‌النفع می‌دانیم. همچنین با تقسیم چهارگانهٔ عرفی مال می‌شود گفت مسلماً منفعت در دید عرف مال به حساب می‌آید چراکه زیرمجموعهٔ تقسیمات دوم مال قرار می‌گیرد (بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل). اما نفع بالقوه که همان سود می‌باشد تنها در وضعیت دوم از تقسیم مذکور مال (بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل) دارای ازش مالی بوده و لذا صدق عنوان مال بر آن صحیح است؛ اما در وضعیت سوم (بالقوه موجود و در دید عرف معدوم) فاقد ارزش مالی می‌باشد و امکان صدق عنوان مال بر آن امکان‌پذیر نیست و مصداقی از عدم‌النفع می‌باشد.

از جهت اثبات نگرش فوق می‌توان خسارت تأخیر تأدیه را به‌عنوان شاهد مثال ذکر کرد چراکه قانون‌گذار در همان تبصره که مطالبهٔ عدم‌النفع را امکان‌پذیر ندانسته، دریافت خسارت تأخیر تأدیه را مجاز می‌داند، و این موضوع که خسارت تأخیر تأدیه ماهیتاً نفعی بالقوه بالفعل بوده واضح است، چرا که مدیون مماطل مانع به گردش درآمدن پول شده و با این اقدام صاحب پول از به گردش درآمدن پول و کسب سود باز می‌ماند (حاجیان و اکبری، ۱۳۹۹: ۳).

در خصوص حکم موضوع مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز می‌شود عنوان کرد در این ماده قانون‌گذار به‌صراحت اعلام می‌کند که امکان مطالبه و جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول وجود دارد. در صورتی که ما منافع ممکن‌الحصول را در معنای منفعت بدانیم و نه نفع بالقوه (عدم‌النفع)، لذا از آنجا که مسلماً از لحاظ عرف منفعت، مالی موجود بوده و عرف شکی در وجود آن به خود راه نمی‌دهد، در نتیجه هیچ تعارضی مابین حکم مادهٔ مذکور با تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی وجود نخواهد داشت. اما اشتباه بودن این برداشت مسلم است زیرا منفعت قسمی از «ضرر و زیان مادی» می‌باشد و بیان یک موضوع در یک ماده با دو اصلاح فاقد توجیه می‌باشد، لذا با بودن اصطلاح «ضرر و زیان مادی» بیان اصطلاح «منافع ممکن‌الحصول» زائد می‌گردد.

اگر منافع ممکن‌الحصول را در معنی نفع بالقوه (سود) لحاظ نماییم تا جمله معنی کاملی پیدا کند، نباید اطلاق «جبران تمام ضرر» ما را گمراه نماید که قانون‌گذار هرگونه نفع بالقوه‌ای چه «بالقوه موجود و در دید عرف موجود» و چه «بالقوه موجود و در دید عرف معدوم» را قابل‌مطالبه دانسته است، زیرا همان گونه که در تعریف ضرر در قبل بیان شد، ضرر عرفاً عبارت است از نقص در چیزی از شئون انسان بعد از اینکه وجود یافته یا مقتضی قریب پدیدار شدن آن، به وجود آمده است به طوری که عرف آن را موجود لحاظ کند (بجنوردی، ۱۴۰۲/۱: ۱۷۸)، لذا چون نفع بالقوه موجود و در دید

عرف معدوم را عرف امری نه‌تنها موجود نمی‌داند بلکه آن را مال هم نمی‌داند لذا ضرری واقع نگردیده تا قابل‌جبران باشد. با توجه به این مطلب این مورد منطوقاً از حکم ماده خارج می‌باشند.

اما مسئله‌ای که با این نگرش مشکل‌آفرین می‌باشد محدود کردن ضمان این امور به اتلاف از سوی قانون‌گذار است. باید گفت که اولاً همان گونه که در فقه بیان شده بین اتلاف به مباشرت و تسبیب تفاوتی وجود ندارد. منشأ ضمان بر اساس آنچه از نص و روایات برمی‌آید، اتلاف است و در تشخیص تلف‌کننده معیار و ملاک عرف می‌باشد. ازاین‌رو تقسیم فقها به اتلاف به مباشرت و تسبیب، تفکیکی مستقل نیست و منشأ عرفی دارد (حسینی‌المراغی، بی‌تا/۲: ۴۳۵). بر همین مبنا غالب فقها عنوان نموده‌اند که اتلاف ممکن است به مباشرت باشد یا به تسبیب (موسوی خمینی، ۳/۱۳۷۹: ۳۳۵). ثانیاً همان گونه که بیان شده این تبصره از سوی مجلس در ایراد شورای نگهبان که منافع ممکن‌الحصول را در صورت وجود اسباب ضمان شرعی همچون اتلاف قابل‌جبران می‌دانست اضافه شده (محمدی و پورشاد، ۱۳۹۶: ۷۳). اما باید عنوان نمود آنچه واضح است اتلاف در این تبصره قید غالبی است. درخصوص قید غالبی فقها بیان نموده‌اند: این سخن مشهور است که قید غالبی (قیدِ وارد مورد غالب) ظهور در انحصار ندارد. البته نمی‌گوییم که چنین قیدی ظهور در عدم انحصار دارد، ولی می‌توان گفت که ظهور در انحصار منتفی است (زنجانی، ۱/۱۴۱۹: ۱۷۷). لذا با توجه به عدم انحصار اسباب ضمان شرعی و مطالب بیان شده باید گفت اسباب ضمان در این ماده منحصر به اتلاف نبوده و در صورت وجود سایر اسباب ضمان و جمع بودن سایر شرایط مذکور امکان مطالبهٔ ضرر وارده به منافع بالقوه موجودی که در دید عرف بالفعل می‌باشد برای زیان‌دیده وجود دارد. لذا باید منافع ممکن‌الحصول را در معنی نفع بالقوه لحاظ نماییم تا جمله معنی کاملی پیدا کند و در نتیجه حکم مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری با تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی هم‌سو گردد و تعارضی مابین آن‌ها وجود نخواهد داشت.

نتیجه

قبل از انقلاب اسلامی در امکان دریافت خسارت عدم‌النفع اختلافی نبوده است. بعد از انقلاب ایران قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ در مادهٔ ۹ بر امکان مطالبهٔ منافع ممکن‌الحصول از جرم صحه گذاشته اما به فاصلهٔ کوتاهی قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹به تصویب می‌رسد که در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون‌گذار بیان می‌نماید عدم‌النفع قابل‌مطالبه نمی‌باشد. با تصویب قانون مذکور تفاسیر مختلفی از سوی حقوق‌دانان ارائه گردیده؛ برخی دریافت عدم‌النفع در امور کیفری را ممکن دانسته و مطالبهٔ عدم‌النفع در امور مدنی را امکان‌پذیر نمی‌دانستند؛ عده‌ای عدم‌النفع را به دو قسم ممکن‌الحصول و محتمل‌الحصول تقسیم می‌کنند و منظور تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین

دادرسی مدنی را عدم‌النفع محتمل‌الحصول می‌دانند. برخی نیز گفته‌اند باید بین عدم‌النفع و تفویت منفعت فرق گذاشت و منظور مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ تفویت منفعت است چراکه تفویت منفعت مال بوده و آنچه منظور قانون‌گذار در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد، مطلق عدم‌النفع است چون عدم‌النفع مال نمی‌باشد، البته تفاسیر دیگری نیز ارئه شده است که قابل‌توجه نمی‌باشد.

تفاسیر فوق در قسمتی که عدم‌النفع را قابل‌مطالبه می‌دانند یا بسیار مضیق و دامنهٔ آن‌ها محدود است، چون تفسیر امکان مطالبهٔ عدم‌النفع در امور کیفری یا بسیار موسع و بدون ضابطه همچون تقسیم عدم‌النفع به ممکن‌الحصول و محتمل‌الحصول.

جهت شناسایی نظر قانون‌گذار ایران در مسئلهٔ عدم‌النفع باید ماهیت مال را شناسایی کرد. مال دارای ماهیتی عرفی و اعتباری بوده و همین که چیزی دارای فایدهٔ بالقوه باشد و شأنیت انتفاع را داشته باشد افراد جامعه و عقلا برای آن مالیت را اعتبار می‌کنند. عرف در شناسایی مال وجود مادی را شرط نمی‌داند لذا باید مال را به عین، منفعت، نفع بالقوه و نفع موهوم، تقسیم نمود و اموالی که در ملکیت افراد قرار دارند را در چهار صورت موجود، بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل، بالقوه موجود و در دید عرف معدوم و در نهایت معدوم فرض نمود.

در صورت تعرض به مال اشخاص، برای اینکه متعرض ضامن تلقی گردد باید غصب، اتلاف و یا اتلاف به تسبیب محقق گردد. عمده بحثی که باعث اختلاف شده، مال ندانستن سود می‌باشد. با توجه به تقسیم فوق ما سود را به نفع بالقوه و عدم‌النفع را به نفع موهوم تعبیر نمودیم. همچنین نفع بالقوه را در صورتی که نفعی بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل بوده با توجه به تعریف مال دارای ارزش مالی و در صورتی که نفع بالقوه، نفعی بالقوه موجود و در دید عرف معدوم باشد فاقد ارزش مالی به حساب آوردیم. در نتیجه اتلاف و یا غصب نفعی بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل ضمان‌آور بوده و اتلاف و یا غصب نفعی بالقوه موجود و در دید عرف معدوم و نفع موهوم، ایجاد ضمان مالی نمی‌نماید.

در امکان تحقق غصب و یا فرض تحقق اتلاف و یا تسبیب در اموال قسم دوم که وجود فیزیکی ندارند باتوجه به ماهیت عرفی غصب، اتلاف و اتلاف به تسبیب نباید شک نمود چراکه عدم فرض تحقق این اسباب باعث بیهوده شدن شناسایی این قسم از اموال از سوی عرف می‌شود و نتیجهٔ عملی آن اجازهٔ تجاوز افراد به این قسم اموال می‌شود؛ چیزی که با قاعدهٔ احترام مال مسلم مخالف می‌باشد.

در وضعیت حقوقی ایران و باتوجه به سابقهٔ فقهی عدم‌النفع باید بیان کرد تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که اعلام می‌نماید عدم‌النفع قابل‌مطالبه نمی‌باشد، در معنی نفع موهوم

بوده و نفع بالقوه‌ای که از دید عرف موجود باشد مصداق این تبصره نبوده و قابل‌مطالبه می‌باشد. اما نفع بالقوه‌ای که در دید عرف معدوم باشد مصداقی از همین ماده می‌گردد. برای اینکه نفعی بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل فرض گردد، باید مقتضی ایجاد مالیت بالفعل آن فراهم باشد و مانعی نیز در این تغییر قوه به فعل در بین نباشد. قانون‌گذار با تصویب مادهٔ ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری درصدد بیان قابل‌مطالبه بودن تفویت منفعت نمی‌باشد، چراکه منفعت قسمی از «ضرر و زیان مادی» می‌باشد و بیان یک موضوع در یک ماده با دو اصطلاح فاقد توجیه می‌باشد، لذا با بودن اصطلاح «ضرر و زیان مادی» بیان اصطلاح «منافع ممکن‌الحصول» زائد می‌گردد. در واقع این ماده درصدد این می‌باشد که بیان کند امکان مطالبهٔ منافع ممکن‌الحصول در معنی نفع بالقوه فراهم می‌باشد که همان نفع بالقوه موجود و در دید عرف بالفعل می‌باشد. از سویی، چون نفع بالقوه موجود و در دید عرف معدوم را عرف امری نه‌تنها موجود نمی‌داند بلکه آن را مال هم نمی‌داند این قسم از نفع بالقوه، ضرر فرض نمی‌گردد که قابل‌جبران باشد. لازم به ذکر است اتلاف در تبصرهٔ این ماده قید غالبی است و نباید از آن برداشت حصر نمود.

منابع

فارسی

- احمری، حسین و پرویز ذکائیان (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی خسارت عدم‌النفع در فقه امامیه و قوانین ایران و کنوانسیون ۱۹۸۰ وین»، **فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، شماره سی و دوم.
- آخوندی، محمود (۱۳۸۴)، **آیین دادرسی کیفری کیفری**، جلد ۱، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- اصغری آقمشهدی، فخر الدین (۱۳۸۱)، «خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مصوب ۱۹۸۰»، **مجله نامه مفید**، شماره ۲۹.
- الشریف، محمدمهدی (۱۳۸۱)، «ضمان ناشی از عدم‌النفع»، **نشریه خبر نامه کانون وکلای اصفهان**.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۴)، **حقوق مدنی**، جلد اول، چاپ پانردهم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه.
- امینی، منصور و جواد پیری (۱۴۰۰)، «ضابطهٔ ارزیابی خسارات ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران»، **مجلهٔ حقوقی دادگستری**، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴.
- بادینی، حسن (۱۳۹۰)، «بررسی تطبیقی قابلیت جبرانِ «ضرر اقتصادی» در مسئولیت مدنی»، **فصلنامه حقوق**، شمارهٔ ۱، مجلهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- بادینی، حسن و مجتبی بانشی (۱۴۰۰)، «مبانی حق انسان بر بدن خویش؛ بیان نظریهٔ کار و طرح نظریهٔ بدن برای بدن»، **مجلهٔ حقوقی دادگستری**، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۳.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۴)، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، **مجله مطالعات اسلامی**، شمارهٔ ۶۷.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳)، **ضمان قهری «مسئولیت مدنی»**، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- محمدی، پژمان، امیر مرادپورشاد و حجت مبین (۱۳۹۷)، «تأثیر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بر امکان مطالبه خسارات معنوی و عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران»، **فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی**، سال ششم، شماره ۲۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، **دانشنامهٔ حقوقی**، جلد پنجم، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **حقوق اموال**، چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (بی‌تا)، **تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه**، انتشارات کانون معرفت.
- حاجیان، هانی، میثم اکبری‌دهنو و محمدباقر پاساپور (۱۳۹۴)، «عقود امانی مضمونه و غیر مضمونه»، **مجله حقوق خصوصی**، دورهٔ ۱۲، شمارهٔ ۲.
- حاجیان، هانی، میثم اکبری‌دهنو و جواد سرخوش (۱۳۹۹)، «علت تعارض آرای شورای نگهبان در مسئله

خسارت تأخیر تأدیه»، **فصلنامه دانش حقوق عمومی**، سال نهم، شماره ۲۷.

- درودیان، حسنعلی (۱۳۷۰)، **جزوه حقوق مدنی**، تهران: انتشارات حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- ره پیک، سیامک (۱۳۷۹)، «خسارت عدم‌النفع؛ نظریات و مقررات»، **مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی**، شمارهٔ ۱۹ و ۲۰.
- سامت، محمدعلی (۱۳۷۷)، «فوت منفعت یا «عدم‌النفع»در حقوق ایران و اسلام»، **مجله حقوق**، شمارهٔ ۴، تهران: دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران).
- سعادت مصطفوی، مصطفی و هوشمند فیروزآبادی (۱۳۸۹)، «عدم‌النفع»، **مجله حقوق اسلامی**، شماره ۲۶.
- سکوتی، رضا و نگار شمالی (۱۳۹۰)، «جایگاه عدم النفع در نظام حقوقی ایران»، **نشریه فقه و حقوق اسلامی**، سال اول، شماره اول.
- شکاری، روشنعلی (۱۳۸۰)، «نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی (عدم‌النفع)»، **مجله حقوق**، شمارهٔ ۵۲.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۷)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قرار دادها**، جلد ۲،تهران: نشر میزان.
- صفایی، سیدحسین و حبیب الله رحیمی (۱۳۹۲)، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- عابدی، محسن و سیدمحمدرضا امام جزائری (۱۳۸۳)، «تأثیر مفهوم غصب بر حکم عدم‌النفع از منظر فقهی»، **نشریه مقالات و بررسی‌ها**.
- فصیحی‌زاده، علیرضا (۱۳۹۰)، «تفویت منفعت و مبانی ضمان‌آوری آن»، **فصلنامه حقوق**، دورهٔ ۴۱، شمارهٔ ۳، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت**، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)**، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی، محمد عیسایی تفرشی و سیدحسن وحدتی شبیری (۱۳۸۱)، «قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، **مجله نامه مفید**، شمارهٔ ۳۳.
- محمودی، اصغر (۱۳۹۲)، «بازتعریف عدم‌النفع و مقایسه آن با مفاهیم مشابه»، **مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی**،دورهٔ ۱۷، شمارهٔ ۴.
- معین، محمد (۱۳۶۴)، **فرهنگ فارسی متوسط**، چاپ هفتم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مهمان نواز، روح ا... (۱۳۸۸)، **خسارت قابل‌جبران در حقوق ایران**، چاپ اول، تهران: انتشارات آثار اندیشه.
- هدایت‌نیا، فرج ا... (۱۳۸۲)، «مفهوم عدم‌النفع»، **ماهنامه دادگستری**، شماره نهم.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیرتأدیه»، **مجله مجتمع آموزشی قم**، شماره ۹.

عربی

- بجنوردی، میرزاحسن (۱۴۰۲ق)، **القواعد الفقهیه**،انتشارات مطبعه الخیام
- حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۰۸ق)، **شرایع الاسلام**، چاپ دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.
- حلّی، حسن (علامه) (بی‌تا)، **تذکره الفقها**، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت.
- حکیم، سیدمحسن طباطبایی (بی‌تا)، **نهج الفقاهة**، چاپ اول، تهران: انتشارات ۲۲ بهمن.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)،**جامع المدارک**، چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعلیان.
- خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا)، **مصباح الفقاهه (المکاسب)**، جلد ۲، تقریرات محمدعلی توحیدی، بی‌جا.
- شبیری‌زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹ق)، **کتاب نکاح**، چاپ اول، انتشارات مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.
- سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۶ق)، **منهاج الصالحین**، قم: مکتبه آیت‌اللّه السید علی الحسینی السیستانی.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴ق)، **ریاض المسائل**، جلد ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- عاملی، زین الدین‌بن‌علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۰ق)، **الروضه‌البهیه فی شرح اللمعه‌الدمشقیه**، جلد هفتم، چاپ اول، کتابفروشی داوری.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- گیلانی قمی، میرزاابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، **جامع الشتات**، چاپ اول، جلد ۲، تهران: انتشارات مؤسسه کیهان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، **قواعد فقه**، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی خمینی، سید روح ا... (۱۳۷۹)، **ترجمه تحریر الوسیله**، چ ششم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خمینی، سید روح ا... (۱۴۲۱ق)، **کتاب البیع**، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نائینی،میرزاحسن (۱۴۱۸ق)، **منیه الطالب**، تقریر: شیخ موسی خوانساری، جلد ۳، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام**، چاپ هفتم، جلد ۳۷، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، **عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

شناسهٔ دیجیتال (DOI):10.22106/JLJ.2022.549678.4718

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۱۴۵ تا ۱۶۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۷

بررسی وضعیت قطعی بودن رأی و مهلت در اعتراض شخص ثالث

مهدی حسن‌زاده*

چکیده

قانون آیین دادرسی مدنی درخصوص رأی مورد اعتراض شخص ثالث از این نظر که آیا لازم است قطعی باشد یا رأی غیر قطعی هم قابل‌اعتراض شخص ثالث است، تصریحی ندارد. در این زمینه، دیدگاه‌ها و تحلیل‌های متفاوت و متقابلی ارائه شده است. بیان مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز درخصوص اعتراض شخص ثالث، قبل از اجرای حکم و پس از آن، نامشخص و قابل‌بحث است و اشکال‌های متعددی دارد. بررسی موضوع نشان می‌دهد با در نظر گرفتن جوانب مختلف، ترجیح با این است که رأی غیرقطعی را قابل‌اعتراض شخص ثالث ندانیم و اعتراض شخص ثالث را مختص به رأی قطعی بدانیم. مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را هم باید بر این معنا حمل کنیم که اگر مدت زمان طولانی از اجرای حکم گذشت، به‌گونه‌ای که نشان‌دهندهٔ آن باشد که شخص ثالث اگر حقی هم داشته، از آن اعراض کرده، پس از آن، اعتراض شخص ثالث پذیرفته نمی‌شود، مگر خلاف این مطلب را ثابت کند.

واژگان کلیدی: اعتراض شخص ثالث، رأی قطعی، رأی غیرقطعی، اجرای حکم، مهلت اعتراض

* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران m.hasanzadeh@qom.ac.ir

مقدمه

قانون آیین دادرسی مدنی در مواد ۳۶۷ و ۳۶۸، صرفاً آرای قطعی را قابل‌فرجام شناخته است و به‌موجب مادهٔ ۴۲۶ آن قانون نیز، اعادهٔ دادرسی، صرفاً نسبت به احکام قطعی، امکان‌پذیر است. اما این قانون درخصوص اعتراض شخص ثالث، تصریح به لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض یا قابل‌اعتراض بودن آرای غیرقطعی نکرده است. همین مسئله سبب اختلاف‌نظرها و تحلیل‌ها و دیدگاه‌های متفاوت و متقابل شده است. بیان مواد ۴۱۷، ۴۱۸ و ۴۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی هم قابل‌تأمل است و مستند اظهارنظرهای متقابل واقع شده است.

همچنین برخلاف واخواهی، تجدیدنظر، فرجام و اعادهٔ دادرسی که مقید به مهلت خاص شده‌اند، قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض شخص ثالث را مقید به مهلت خاص نکرده است. با وجود این، مادهٔ ۴۲۲ این قانون، اعلام کرده: «اعتراض شخص ثالث قبل از اجرای حکم مورد اعتراض، قابل‌طرح است و بعد از اجرای آن در صورتی می‌توان اعتراض نمود که ثابت شود حقوقی که اساس و مأخذ اعتراض است به‌جهتی از جهات قانونی ساقط نشده باشد». بیان این ماده به‌گونه‌ای است که گویا برای اعتراض شخص ثالث، پس از اجرای حکم، محدودیت ایجاد کرده است. بیان این ماده هم نامشخص و مبهم است و اشکال‌های متعددی بر آن قابل‌طرح است.

در این مقاله، به دنبال اثبات این مطلب هستیم که با وجود دیدگاه‌ها و تحلیل‌های متقابل درخصوص قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث، ترجیح با دیدگاهی است که اعتراض شخص ثالث را مربوط به رأی قطعی می‌داند و رأی غیرقطعی دادگاه را قابل‌اعتراض ثالث نمی‌داند.

در خصوص مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی هم لازم است آن را حمل بر معنایی کنیم که کم‌ترین اشکال را بتوان بر آن مطرح کرد؛ به این ترتیب که قائل شویم چون اجرای حکم معمولاً در مرئی و منظر عموم انجام می‌شود، قانون‌گذار اجرای حکم را اماره بر اطلاع عموم از حکم قرار داده و در صورتی که شخص ثالث در مدتی طولانی پس از اجرای حکم، اعتراض نکند، این مطلب هم امارهٔ اسقاط حق با ابراء و اعراض، محسوب می‌شود و شخصی که پس از چنین مدتی، اعتراض کند، لازم است خلاف این اماره را ثابت کند.

۱. بررسی لزوم یا عدم لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث

۱-۱. دیدگاه‌ها درخصوص امکان یا عدم‌امکان اعتراض شخص ثالث به رأی غیرقطعی

دیدگاه غالب در بین استادان و محققان دادرسی مدنی این است که اعتراض شخص ثالث، صرفاً نسبت به رأی قطعی امکان‌پذیر است و رأی غیرقطعی، قابل‌اعتراض شخص ثالث نیست (نک: مهاجری، ۱۳۸۹: ۴۱ و ۵۴؛ مهاجری، ۱۳۹۰: ۵۷۴؛ قهرمانی، ۱۳۹۳: ۱۴۵؛ زراعت، ۱۳۸۹: ۸۶۱

و ۸۷۲؛ بهرامی، ۱۳۸۸: ۳۵۷ و ۳۷۵). این دیدگاه، در نظرهای مشورتی متعدد و همچنین آرا و نظرهای قضایی، مورد تأیید واقع شده است (نک: میرزایی، ۱۳۹۴: ۴۰۰ و ۴۰۲؛ مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۳۳۲ و ۳۳۶؛ ایرانی ارباطی، ۱۳۸۶: ۲۰۵؛ مسیحی، ۱۳۸۷: ۳۱۹؛ معاونت آموزش قوۀ قضائیه، ۱۳۸۸: ۲۰۵؛ متین، بی‌تا: ۶۰، زراعت، ۱۳۸۹: ۸۶۳؛ پژوهشکدۀ استخراج و مطالعات رویۀ قضایی، ۱۳۹۶: ۱۵۹؛ کریم‌زاده، ۱۳۷۸: ۱۱۰ و ۱۱۱).

طرف‌داران این دیدگاه، دلایلی را مطرح کرده‌اند؛ یکی از این دلایل، طریق فوق‌العاده بودن اعتراض شخص ثالث است (مدنی، ۱۳۷۵: ۲۴۸؛ ابهری، ۱۳۹۱: ۲۸۴) و اینکه طرق فوق‌العاده شکایت از رأی با طرق عادی جمع نمی‌شوند، بنابراین وقتی که رأی، غیرقطعی و قابل‌تجدیدنظر است، قابلیت اعتراض شخص ثالث را ندارد.

استدلال دیگر این است که گفته شده، وقتی رأیی غیرقطعی است، چه بسا با تجدیدنظرخواهی، در مرحلۀ تجدیدنظر نقض شود و با نقض آن، نظر شخص ثالث تأمین شود (مهاجری، ۱۳۸۹: ۴۱).

همچنین بر تقابل اعتراض شخص ثالث و ورود شخص ثالث، تأکید شده (متین دفتری، ۱۳۸۱: ۱۵۰) و استدلال شده است که تا پیش از قطعی شدن رأی، امکان ورود شخص ثالث در مرحلۀ واخواهی یا تجدیدنظر، وجود دارد و با امکان استیفای حقوق شخص ثالث از طریق ورود شخص ثالث، امکان اعتراض شخص ثالث وجود ندارد (نک: مدنی، ۱۳۷۵: ۲۴۸؛ قهرمانی، ۱۳۹۳: ۱۴۵ و ۱۴۶؛ ابهری، ۱۳۹۱: ۲۸۵). تقابل ورود شخص ثالث و اعتراض شخص ثالث، سبب شده است در برخی آرای قضایی، ورود ثالث شناخته شدن اعتراض شخص ثالث که پیش از حکم قطعی، اقامه شده و همچنین عکس آن، مطرح شود (نک: شهیدی، ۱۳۴۰: ۳۴؛ کریم‌زاده، ۱۳۷۸: ۱۱۰ و ۱۱۱).

در قانون آیین دادرسی مدنی به لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث، تصریح نشده است. با وجود این از مادۀ ۴۲۰ این قانون که اعلام کرده: «اعتراض اصلی باید به‌موجب دادخواست و به طرفیت محکوم له و محکوم علیه رأی مورد اعتراض باشد. این دادخواست به دادگاهی تقدیم می‌شود که رأی قطعی معترض عنه را صادر کرده است ...» استفاده شده که رأی مورد اعتراض شخص ثالث، لازم است قطعی باشد و به این ماده بر عدم امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی قطعی و لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث، استناد شده است (مهاجری، ۱۳۸۹: ۵۴؛ قهرمانی، ۱۳۹۳: ۱۴۵؛ مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۳۳۲).

در رأی شمارۀ ۶۳۰ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۳ شعبۀ ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران هم که به‌موجب دادنامۀ شمارۀ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۴۹۳ مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۶ شعبۀ ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تأیید شده است، اعلام شده؛ «نظر به اینکه دادنامه مورد اعتراض قطعیت نیافته و به دلالت

مواد ۴۲۰ و ۴۲۲ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، در اعتراض ثالث حکم معترض‌عنه باید دارای وصف قطعیت باشد، لذا چون دعوا مطابق قانون طرح نشده، دادگاه به استناد مواد ۲، ۴۲۰ و ۴۲۲ از قانون مرقوم قرار عدم استماع دعوی معترض ثالث را صادر و اعلام می‌دارد».

بر اساس دیدگاه مورد بحث، در صورتی که پس از صدور یک رأی غیرقطعی، شخص ثالثی مدعی باشد که آن رأی به حقوق او خلل وارد کرده است، در مهلت تجدیدنظرخواهی نمی‌تواند اعتراض ثالث کند، بلکه باید منتظر بماند، اگر محکوم‌علیه تجدیدنظرخواهی کرد، شخص ثالث می‌تواند در مرحلهٔ تجدیدنظر ورود کند و در صورت عدم تجدیدنظرخواهی و قطعی شدن رأی با سپری شدن مهلت تجدیدنظر، شخص ثالث می‌تواند نسبت به آن، اعتراض ثالث نماید (نظریهٔ شمارهٔ ۷/۴۰۶۵ مورخ ۱۳۸۲/۵/۲۵ اداره‌کل حقوقی، نک: ایرانی ارباطی، ۱۳۸۶: ۲۰۵).

حال اگر شخص ثالث به رأی غیرقطعی اعتراض کند و زمان رسیدگی به اعتراض، رأی قطعی شود، گفته شده، در چنین حالتی هم نباید اعتراض شخص ثالث به جریان بیفتد، بلکه باید رد شود، چون ملاک، زمان تقدیم دادخواست است (زراعت، ۱۳۸۹: ۸۶۱؛ بهرامی، ۱۳۸۸: ۳۵۷). در وضعیت عکس این حالت، ممکن است اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی قطعی انجام شود، اما به دلایلی از قبیل پذیرفته شدن واخواهی یا تجدیدنظر خارج از مهلت به‌دلیل عذر موجه، رأی از قطعیت خارج شود، درخصوص چنین وضعیتی در یک رأی قضایی، اعتراض شخص ثالث موضوعاً منتفی شناخته شده و قرار رد دعوا صادر شده است (دادنامهٔ شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۲۱۶۳۸۰۱۰۰۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، نک: پژوهشکدهٔ استخراج و مطالعات رویهٔ قضایی، ۱۳۹۶: ۱۵۹).

در مقابل دیدگاه کسانی که اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی را ناممکن و قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث را لازم می‌دانستند، دستهٔ دیگری از استادان و محققان دادرسی مدنی، اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی را ممکن می‌دانند و به عبارت دیگر، قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث را لازم نمی‌دانند و در این خصوص به اطلاق مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی و عدم منع صریح در قانون و عدم دلالت مادهٔ ۴۲۰ آن قانون بر لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض و اصل نسبی بودن آرای محاکم استناد شده است (شمس، ۱۳۸۷: ۴۶۶ و ۴۷۷؛ کریمی، ۱۳۸۹: ۱۹۳؛ افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۲۹۷ و ۲۹۸؛ حیاتی، ۱۳۹۰: ۲۵۷؛ کشاورز صدر، بی‌تا: ۸۳). در برخی از آرای قضایی نیز اعلام شده، شخص ثالث می‌تواند نسبت به هر رأیی که به حقوق او خلل وارد کند اعتراض کند و امکان ورود شخص ثالث، مانع اعتراض او نمی‌شود (حکم شمارهٔ ۱۱۶ مورخ ۲۸/۱/۲۲ شعبهٔ ۳ دیوان عالی کشور، نک: متین، بی‌تا: ۵۹).

همچنین گفته شده، اعتراض شخص ثالث در مقایسه با سایر شکایات از آرا، به واخواهی نزدیک‌تر است؛ چون هر دو نسبت به هر رأیی امکان‌پذیر هستند (حیاتی، ۱۳۹۰: ۶۵۱).

وضعیت مواد قانونی مربوط به اعتراض شخص ثالث از نظر موضوع مورد بحث، مشخص نیست و نه تصریحی به لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث شده و نه به‌صراحت، امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، اعلام شده است. مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی هر رأیی را که خلل به حقوق اشخاص ثالث وارد کند، قابل‌اعتراض شخص ثالث اعلام کرده است و اطلاق این مواد مورد استناد دیدگاه امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به آرای غیرقطعی قرار گرفته است. ولی می‌توان گفت این مواد در مقام بیان تمام شرایط رأی قابل‌اعتراض شخص ثالث نیستند تا عدم قید «قطعی» در این مواد، مستند نظر به عدم لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث و امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به آرای غیرقطعی قرار گیرد، بلکه این مواد در مقام بیان گستردگی دامنهٔ شمول آرای قابل‌اعتراض شخص ثالث از نظر مرجع صدور آن و مصادیق آرا از جهت احکام و قرارها هستند.

در مقابل، قید «قطعی» در مادهٔ ۴۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌تواند سبب شود این ماده، مستند محکمی برای دیدگاه لزوم قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث باشد؛ چون همان طور که گفته شده، این قید در تأیید این نظر است که مرجع صالح برای اعتراض شخص ثالث نسبت به آرای مرحله تجدیدنظر، دادگاه تجدیدنظر است، حتی اگر رأی دادگاه تجدیدنظر بر تأیید رأی دادگاه بدوی باشد (شمس، ۱۳۸۷: ۴۷۷).

به عبارت دیگر، قانون‌گذار در این ماده، قید «قطعی» را برای تعیین مرجع صالح برای اعتراض شخص ثالث آورده است در جایی که رأی مورد اعتراض، رأی قطعی مرحلهٔ تجدیدنظر در تأیید رأی بدوی است؛ چون در جایی که دادگاه تجدیدنظر، رأی بدوی را تأیید می‌کند، رأی اصلی در مرحلهٔ بدوی صادر شده است و رأی دادگاه تجدیدنظر صرفاً تأیید آن است، بنابراین، ممکن است تصور شود که در چنین مواردی، اعتراض شخص ثالث در دادگاه بدوی انجام شود. ولی این ماده، به اعتبار تأییدی که در دادگاه تجدیدنظر انجام شده، رأی مورد اعتراض را منتسب به دادگاه تجدیدنظر هم می‌داند و صرفاً دادگاه تجدیدنظر را مرجع اعتراض شخص ثالث نسبت به چنین رأیی، معرفی می‌کند. دلیل این حکم هم این است که به‌هرحال، رأی مورد بحث، با تأیید دادگاه تجدیدنظر، قطعی شده است و به دادگاه تجدیدنظر نسبت داده می‌شود و اگر اعتراض به این رأی در دادگاه بدوی، پذیرفته شود، مستلزم امکان رسیدگی و نقض رأیی برای دادگاه بدوی فراهم می‌شود که به تأیید دادگاه تجدیدنظر رسیده است و چنین مطلبی برخلاف سلسله‌مراتب مراجع قضایی و لزوم رعایت تفوق و

برتری مراجع درجه بالاتر است.

مسئلهٔ مؤثر در پذیرش یا عدم‌پذیرش امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، وضعیت تنافی یا عدم تنافی اعتراض شخص ثالث با ورود شخص ثالث است. می‌دانیم که به‌موجب مادهٔ ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی شخص ثالث می‌تواند در مرحلهٔ تجدیدنظر وارد دعوا شود، حال این سؤال مطرح است که شخص ثالثی که یک رأی صادر شده در مرحلهٔ بدوی را مخل حقوق خود می‌داند، وقتی می‌تواند از طریق ورود شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر اقدام کند و به دفاع از حقوق خود بپردازد، آیا با وجود چنین راهی، می‌توان پذیرفت که طریق اعتراض شخص ثالث هم به روی این فرد باز باشد؟ طرف‌داران دیدگاه عدم امکان اعتراض شخص ثالث ـ به شرحی که پیش از این گذشت ـ قائل به تنافی امکان ورود ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر با پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی هستند.

مبنای چنین منافاتی، عدم امکان برقراری راه‌های متعدد قانونی برای رسیدن به یک هدف و لزوم اکتفا به یک طریق برای هر هدف است. اما چنین مبنایی، ممکن است مورد خدشه و انتقاد واقع شود به اینکه دلیلی نمی‌تواند اقامه شود بر اینکه همیشه و در همهٔ موارد، لازم باشد به یک طریق برای رسیدن به یک هدف، اکتفا کنیم و از تهیهٔ طرق متعدد، اجتناب کنیم. در عمل هم مصادیق و نمونه‌هایی در قوانین داریم که برای یک هدف، طرق متعدد، وضع شده است؛ مانند خیارات متعدد در قراردادها که همهٔ آن‌ها طرقی هستند برای فسخ عقد، یا طرق متعدد شکایت از آرا که همهٔ آن‌ها راه‌هایی هستند برای بررسی رأی صادر شده و نقص آن، یا دعاوی اصل حق و مالکیت و دعاوی تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت، یا تعرض به سند عادی با اظهار تردید یا انکار یا ادعای جعل.

علاوه بر اینکه اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی برای شخص ثالث، مزایایی دارد که ورود او در مرحلهٔ تجدیدنظر، آن مزایا را ندارد و ورود شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر نمی‌تواند به‌طور کامل تأمین‌کنندهٔ حقوق شخص ثالث باشد به‌نحوی که او را از اعتراض شخص ثالث کاملاً بی‌نیاز کند. توضیح اینکه با ورود شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر، به دعوای شخص ثالث در همان مرحلهٔ تجدیدنظر رسیدگی می‌شود و رأی مرحلهٔ تجدیدنظر هم قطعی است، بنابراین، شخص ثالث، مرحلهٔ رسیدگی در دادگاه بدوی و رسیدگی دو مرحله‌ای را از دست می‌دهد و به دعوای او فقط در یک مرحله در دادگاه تجدیدنظر رسیدگی می‌شود. اما با اعتراض شخص ثالث به رأی مرحلهٔ بدوی، دعوای معترض ثالث در همان دادگاه بدوی صادرکنندهٔ رأی رسیدگی می‌شود و رأی مرحلهٔ بدوی قابل‌تجدیدنظر خواهد بود، بنابراین، در این حالت به دعوای شخص ثالث هم در مرحلهٔ بدوی و هم تجدیدنظر رسیدگی می‌شود و او می‌تواند از مزایای رسیدگی دو مرحله‌ای به دعاوی، بهره‌مند

شود. در تفسیر مقررات، لازم است به انصاف توجه شود (خدابخشی، ۱۴۰۰: ۱۲۰) و پذیرفتن امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، از این نظر که فرصت رسیدگی به ادعای شخص ثالث در مرحلهٔ نخستین دادرسی را فراهم می‌کند با انصاف، سازگارتر است.

از طرف دیگر، می‌توان گفت برقراری طرق متعدد برای رسیدن به یک هدف، حالت غالب نیست و در موارد خاصی در قانون، پیش‌بینی شده است و در موضوع مورد بحث هم اگر قانون‌گذار تصریح به امکان اعتراض شخص ثالث به رأی غیرقطعی کرده بود، امکان انتقاد از آن به‌دلیل امکان ورود ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر وجود نداشت، اما در وضعیت کنونی که با عدم صراحت قانون در این خصوص مواجه هستیم، امکان ورود شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر که مورد تصریح قانون (مادهٔ ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی) واقع شده، می‌تواند متمسکی باشد برای استدلال بر عدم امکان اعتراض شخص ثالث بر رأی غیرقطعی. علاوه بر اینکه برقراری طرق متعدد برای یک هدف نیز لازم است مبنا و منطق و دلایلی داشته باشد که ضرورت چنین مطلبی را توجیه نماید و از طرف دیگر این کار موجب اشکالات و وضعیت‌های بحث‌برانگیز و پیچیده شدن امور نشود.

۲-۱. اثر پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی

با فرض پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، در صورتی که رأی غیرقطعی بدوی، حکم غیابی باشد و هم مورد اعتراض شخص ثالث واقع شود و هم محکوم‌علیه غایب نسبت به آن واخواهی کند، مشکلی در عمل پیش نمی‌آید؛ چون در این فرض، هم مرجع اعتراض شخص ثالث و هم مرجع واخواهی، همان دادگاه صادرکنندهٔ حکم است و اعتراض شخص ثالث و واخواهی محکوم‌علیه به‌صورت توأم در آن مرجع رسیدگی می‌شود (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۳۱۲).

ولی اگر هم‌زمان با اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، محکوم‌علیه نسبت به آن تجدیدنظرخواهی کند، در این صورت چون مرجع اعتراض شخص ثالث، دادگاه صادرکنندهٔ رأی و مرجع رسیدگی به تجدیدنظرخواهی، دادگاه تجدیدنظر استان است، این سؤال مطرح می‌شود که وضعیت رسیدگی به این دو شکایت، چگونه است؟ گفته شده، در چنین صورتی ممکن است دادگاه بدوی، به‌دلیل خللی که رأی به حقوق شخص ثالث وارد کرده، آن را نقض کند و دادگاه تجدیدنظر آن را تأیید کند، بنابراین، احتمال صدور آرای متعارض وجود دارد و با سکوت قانون، اگر نپذیریم که دادگاه تجدیدنظر، تا صدور رأی قطعی درخصوص اعتراض شخص ثالث، قرار اناطه صادر کند، باید بپذیریم که در صورت صدور آرای متعارض، امکان اعادهٔ دادرسی با تفسیر موسع بند ۴ مادهٔ ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی وجود داشته باشد (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۲۹۹).

به نظر می‌رسد در چنین حالتی، توقف رسیدگی دادگاه تجدیدنظر تا تعیین تکلیف اعتراض

شخص ثالث را باید بپذیریم؛ زیرا ملاک مادهٔ ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی اقتضای همین مطلب را دارد و حکم مقرر در تبصرهٔ مادهٔ ۴۳۴ قانون آیین دادرسی مدنی هم بیانگر این قاعده است که اگر یک رأی موضوع دو شکایت قرار گیرد، رسیدگی در دادگاه صادرکنندهٔ رأی مورد شکایت، مقدم است و رسیدگی در دادگاه دیگر، لازم است متوقف شود تا تکلیف شکایت انجام شده در دادگاه صادرکنندهٔ رأی، مشخص شود. این ترتیب و راه حلی منطقی است؛ چون در صورت نقض رأی در مرجع صادرکنندهٔ آن، شکایت دیگر در مرجع دیگر، منتفی می‌شود.

مطلب دیگر اینکه با فرض پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، در صورتی که محکوم‌علیه از رأی صادرهٔ تجدیدنظرخواهی کرده باشد، این سؤال مطرح است که آیا شخص ثالثی که مدعی خلل به حقوق خود است، می‌تواند در مرحلهٔ تجدیدنظر، اعتراض شخص ثالث کند؟ برخی از استادان و محققان دادرسی مدنی، با وجود پذیرفتن امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، اما درخصوص فرض یادشده، اعلام کرده‌اند، شخص ثالث می‌تواند در مرحلهٔ تجدیدنظر ورود کند یا صبر کند و پس از صدور رأی مرحلهٔ تجدیدنظر، اعتراض شخص ثالث نماید (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۲۹۸؛ حیاتی، ۱۳۹۰: ۲۵۸). این حقوق‌دانان، استدلالی مطرح نکرده‌اند، ولی از سخن ایشان چنین فهمیده می‌شود که به خاطر امکان ورود شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر، اعتراض شخص ثالث در این مرحله را امکان‌پذیر ندانسته‌اند. این در حالی است که اگر امکان ورود شخص ثالث، مانع اعتراض شخص ثالث باشد، فرقی بین قبل از تجدیدنظرخواهی از رأی و بعد از آن نیست و اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی بدوی، پیش از تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه هم نباید پذیرفته شود.

به نظر می‌رسد اگر قائل به تنافی بین امکان ورود شخص ثالث و اعتراض شخص ثالث نباشیم و اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی را بپذیریم، در صورت تجدیدنظرخواهی محکوم علیه از رأی، اعتراض شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر را هم باید بپذیریم. از نظر چگونگی رسیدگی به اعتراض شخص ثالث و تجدیدنظرخواهی، این حالت هم مانند حالتی است که اعتراض شخص ثالث و تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه به‌صورت هم‌زمان انجام می‌شود یا ابتدا شخص ثالث اعتراض می‌کند و سپس محکوم‌علیه تجدیدنظرخواهی می‌کند.

در خصوص اعتراض شخص ثالث در مرحلهٔ فرجام گفته شده، معترض ثالث دادخواست اعتراض خود را به دیوان عالی کشور تقدیم می‌کند تا رسیدگی به فرجام‌خواهی متوقف شود و دادخواست اعتراض شخص ثالث برای رسیدگی به دادگاه صادرکنندهٔ رأی، ارسال گردد (حیاتی، ۱۳۹۰: ۲۵۸). از نظر این بحث، فرقی بین اعتراض شخص ثالث در مرحلهٔ فرجام و اعتراض شخص ثالث در مرحلهٔ

تجدیدنظر، وجود ندارد. بنابراین باید بر این اعتقاد بود که در صورتی که دادخواست اعتراض شخص ثالث در مرحلهٔ تجدیدنظر، تقدیم شود، لازم است رسیدگی مرحلهٔ تجدیدنظر تا تعیین تکلیف اعتراض شخص ثالث، متوقف شود. درخصوص مرجع تقدیم دادخواست اعتراض شخص ثالث در این حالت می‌توان گفت، اصل این است که دادخواست اعتراض شخص ثالث به دادگاه صادرکنندهٔ رأی داده شود و گواهی تقدیم چنین دادخواستی به دادگاه تجدیدنظر برای توقف رسیدگی، تحویل شود. اما اگر معترض ثالث، دادخواست خود را به دادگاه تجدیدنظر تقدیم کرد، دادگاه تجدیدنظر با توقف رسیدگی، دادخواست اعتراض شخص ثالث را به دادگاه صادرکنندهٔ رأی ارسال می‌کند.

در صورت پذیرش امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، این سؤال نیز مطرح است که آیا شخص ثالث می‌تواند از هر دو روش استفاده کند، درخصوص این سؤال به نظر می‌رسد امکان استفاده از هر دو شیوه، قابل‌قبول نیست؛ زیرا شخص ثالث ادعا دارد که رأی صادر شده به حقوق او خلل وارد کرده، بنابراین او می‌تواند نسبت به آن رأی، اعتراض کند یا در مرحلهٔ تجدیدنظر وارد شود. موضوع اعتراض و ورود در چنین وضعیتی یک مطلب است و همان طور که یک دعوا با دو دادخواست، قابل‌اقامه نیست و در صورت چنین اتفاقی، با ایراد امر مرتبط (بند ۲ مادهٔ ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی) دادخواست دوم قابل‌رسیدگی نخواهد بود، بلکه آن دعوا با دادخواست نخست، رسیدگی می‌شود، شخص ثالث هم در فرض مورد بحث، می‌تواند یکی از دو روش (اعتراض شخص ثالث و ورود شخص ثالث) را انتخاب کند و هر کدام را که اقدام کرد، ادعای او با همان طریق، قابل‌رسیدگی خواهد بود. امکان استفادهٔ شخص ثالث از هر دو شیوه (اعتراض شخص ثالث و ورود شخص ثالث) مستلزم رسیدگی موازی به یک دعوا در دو مرجع (بدوی و تجدیدنظر) یا تکرار رسیدگی به یک دعوا است که در هر دو حالت، علاوه بر اینکه چنین کاری بیهوده و غیرمنطقی است، می‌تواند منجر به صدور آرای متعارض در یک موضوع شود.

مباحثی که در این قسمت درخصوص اثر پذیرش امکان اعتراض شخص ثالث به رأی غیرقطعی مطرح شد، نشان‌دهندهٔ این است که پذیرش این مطلب، سبب طرح مباحث و موضوعات و حالت‌هایی می‌شود که تعیین راه حل مشخص درخصوص آن‌ها به آسانی امکان‌پذیر نیست و می‌تواند موجب ارائهٔ دیدگاه‌ها و ایجاد رویه‌های متعارض شود، در حالی که در فرض عدم پذیرش امکان اعتراض شخص ثالث به رأی غیرقطعی، از این مباحث و موضوعات و دیدگاه‌ها و رویه‌های متعارض، جلوگیری می‌شود. همین مطلب می‌تواند عاملی برای ترجیح دیدگاه عدم امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی شود، به‌ویژه اینکه اموری که ضرورت پذیرش اعتراض شخص ثالث به رأی غیرقطعی را توجیه نماید، به نظر نمی‌رسد.

۲. زمان اعتراض شخص ثالث

۲-۱. اعتراض شخص ثالث قبل از اجرای حکم

قانون آیین دادرسی مدنی برای اعتراض شخص ثالث مهلتی شبیه آنچه برای سایر شکایات (واخواهی، تجدیدنظر، اعادهٔ دادرسی و فرجام) از آرا مقرر کرده، وضع نکرده است. استادان و محققان دادرسی مدنی دلیل این مطلب را چنین بیان کرده‌اند که اگر مهلت خاص برای شکایت از رأی مقرر شود لازم است از تاریخ ابلاغ آن باشد و رأی به اشخاص ثالث، ابلاغ نمی‌شود، بنابراین قانون‌گذار مهلت خاصی برای اعتراض شخص ثالث مقرر نکرده است (نک: متین دفتری، ۱۳۸۱: ۱۵۶؛ مردانی و بهشتی، ۱۳۸۹: ۲۰۶؛ واحدی، ۱۳۷۸: ۲۷۴؛ حیاتی، ۱۳۹۰: ۲۶۰). با توجه به عدم تعیین مهلت خاص برای اعتراض شخص ثالث، شخص ثالث می‌تواند بدون مهلت خاص نسبت به رأیی که مدعی اخلال آن به حقوق خود باشد، اعتراض کند، حتی اگر رأی به او ابلاغ شده یا مطلع شده باشد (بهرامی، ۱۳۸۸: ۳۵۷). به‌طور مثال اگر رأیی علیه اصیل (موکل) صادر شود و این رأی به نماینده (وکیل) ابلاغ شود، نماینده می‌تواند هر زمان اصالتاً به این رأی اعتراض کند (شمس، ۱۳۸۷: ۴۷۵).

نکتهٔ مهم‌تر اینکه برخلاف سایر شکایات که مربوط به اصحاب دعوا هستند، اعتراض شخص ثالث مربوط به شخصی است که جزء اصحاب دعوا نبوده است. در سایر شکایات، در صورتی که محکوم‌علیه اعتراض نکند، در شرایطی حق اعتراض به رأی را از دست می‌دهد که در مراحل قبلی، جزء اصحاب دعوا بوده و چه بسا دفاعیات لازم را از خود به عمل آورده و دلایل و استدلال‌های خود را ارائه کرده است. اما اعتراض شخص ثالث، راه اعتراض شخص ثالثی است که در مراحل رسیدگی، جزء اصحاب دعوا نبوده و ادله و استدلال و دفاعیاتی از جانب او ارائه نشده و چه بسا اصلاً از دادرسی بی‌خبر بوده است. بنابراین، اعتراض شخص ثالث، راهی است که شخص ثالث، با در پیش گرفتن آن، برای نخستین بار فرصت ارائهٔ ادله و استدلال و دفاعیات خود را می‌یابد، به عبارت دیگر، اعتراض شخص ثالث، برای شخص ثالث، مرحلهٔ ابتدایی دادرسی و مانند تقدیم دادخواست بدوی برای خواهان دعوای بدوی است. بر این اساس، محروم‌شدن شخص ثالث از اعتراض شخص ثالث، بسیار متفاوت از محروم شدن محکوم‌علیه از سایر شکایات است و به همین دلیل قانون‌گذار نمی‌تواند مانند سایر شکایات، اعتراض شخص ثالث را مقید به مهلت خاصی کند، در غیر این صورت مانند این است که اقامهٔ دعوای بدوی خواهان را محدود به مهلت خاصی کرده باشد.

البته وضعیت اعتراض شخص ثالث از این نظر با واخواهی شباهت دارد؛ چون واخواهی نیز مربوط به محکوم‌علیهی است که در جلسات دادرسی حضور نداشته و از خود دفاع کتبی هم نکرده و اخطاریه نیز به او ابلاغ واقعی نشده است (مادهٔ ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی). به همین خاطر،

قانون‌گذار، واخواهی محکوم‌علیه غایب را نیز در خارج از مهلت مقرر، در صورتی که محرز شود از حکم غیابی بی‌اطلاع بوده می‌پذیرد (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی). اما تفاوت اعتراض شخص ثالث با واخواهی در این است که برخلاف اعتراض شخص ثالث، واخواه، جزء اصحاب دعوا و طرف دعوا بوده است، به همین خاطر، قانون‌گذار در واخواهی هم ابتدا مانند سایر شکایات، مهلت مقرر کرده (متن مادهٔ ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی و ابتدای تبصرهٔ ۱ آن)، ولی در ادامه، حق واخواهی محکوم‌علیه غایب در صورت عدم اطلاع از حکم غیابی در فرض ابلاغ قانونی حکم را بیان کرده است (ادامهٔ تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی).

با وجود آنچه گفته شد، درخصوص اعتراض شخص ثالث، لازم است توجه شود که اقتضای استحکام آرای صادره و ثبات روابطی که بر مبنای آن‌ها ایجاد می‌شود، این است که سعی شود مقررات به‌گونه‌ای باشد که آرا، جز در موارد ضروری، در معرض تزلزل و نقض قرار نگیرند. بر این اساس، بی‌وجه و غیرمنطقی نخواهد بود اگر قانون‌گذار برای شخص ثالثی که رأی به او ابلاغ می‌شود[1] یا از رأی مطلع می‌شود، مهلتی قرار دهد که در آن مهلت اگر می‌خواهد اعتراض خود را اعلام کند. البته در این صورت قانون‌گذار می‌تواند مهلتی بیشتر از سایر شکایات، به‌طور مثال یک یا دو ماه مقرر نماید.

مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از اجرای حکم، سخن به میان آورده است و به‌نحوی برای اجرای حکم، خصوصیت قائل شده و سعی کرده آن را نقطهٔ عطفی در اعتراض شخص ثالث قرار دهد. ظاهر این ماده این است که اعتراض شخص ثالث تا پیش از اجرای حکم، با محدودیتی مواجه نیست، ولی پس از اجرای حکم، با محدودیت روبه‌رو می‌شود.

ممکن است گفته شود، دلیل توجه قانون‌گذار به اجرای حکم در مادهٔ مورد بحث، این است که تا وقتی که حکمی اجرا نشده است، بررسی آن در پی اعتراض به آن، که ممکن است به نقض حکم بینجامد، با مانعی مواجه نیست، ولی پس از اجرای حکم، در صورتی که در اثر بررسی حکم به دنبال اعتراض به آن، حکم نقض شود، ما با مسئلهٔ بازگرداندن عملیات اجرایی مواجه هستیم که چه بسا با دشواری‌هایی روبه‌رو باشد. ولی این نکته اگرچه مطلب قابل‌توجهی است، اما اهمیت آن در حدی نیست که در اصل امکان یا عدم امکان شکایت از رأی، اثرگذار باشد و به نوعی بتواند مبنای تعیین

۱. یکی از مصادیق ابلاغ رأی به شخص ثالث در جایی است که دعوا توسط یا به طرفیت نماینده اصحاب دعوا رسیدگی می‌شود. در چنین مواردی رأی به نماینده ابلاغ می‌شود که خود او نسبت به آن رأی، ثالث به حساب می‌آید و اگر رأی را مخل به حقوق خود بداند می‌تواند به عنوان شخص ثالث نسبت به آن اعتراض نماید. رویهٔ قضایی می‌تواند ابلاغ رأی به شخص ثالث به درخواست یکی از طرفین آن را نیز مجاز و معمول نماید.

مهلت شکایت از رأی قرار گیرد. همان طور که موضوع شکایت‌های فرجام و اعادهٔ دادرسی، آرا و احکام قطعی است و قطعی بودن رأی، مستلزم لزوم اجرای آن است، در عین حال، مسئلهٔ اجرای رأی و حکم، مانع درخواست فرجام یا اعادهٔ دادرسی نسبت به آن نمی‌شود، بلکه صرفاً در مواردی و با شرایطی، ممکن است اجرای حکم مشروط به اخذ تأمین از محکوم‌له شود یا با اخذ تأمین از محکوم‌علیه، اجرای حکم متوقف شود (مواد ۳۸۶، ۳۸۹ و ۴۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی). در اعتراض شخص ثالث نیز، به‌موجب مادهٔ ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض شخص ثالث، مانع اجرای حکم نمی‌شود، مگر زیان ناشی از اجرای حکم، قابل‌جبران نباشد، که در این صورت، دادگاه به درخواست معترض و با اخذ تأمین مناسب، اجرای حکم را برای مدت معین به تأخیر می‌اندازد.

علاوه بر اینکه در موارد متعددی ممکن است لازم شود عملیات اجرایی حکمی که اجرا شده، بازگردانده شود که یکی از آن موارد، جایی است که حکم اجرا شده، در پی شکایت از آن و در رسیدگی مجدد، نقض شود.

نقش اجرای حکم در مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌تواند چنین تحلیل شود که همان طور که پیش از این گذشت، مبنای مقید نشدن اعتراض شخص ثالث به مهلت خاص، عدم ابلاغ رأی به شخص ثالث و عدم اطلاع او، اعلام شده است، ولی مرحلهٔ اجرای حکم دارای این خصوصیت است که غالباً همراه با اتفاقاتی است که در مرئی و منظر عموم، انجام می‌شود و به این ترتیب، سبب اطلاع عمومی افراد می‌شود. این در حالی است که امور مختلف مراحل دادرسی به‌گونه‌ای انجام می‌شود که به‌طور معمول، اشخاصی غیر از اصحاب دعوا، از دادرسی باخبر نمی‌شوند. بنابراین، در عمل اگر منطقی و قابل‌قبول است که عدم اطلاع اشخاص ثالث از دادرسی و آرای آن را تا پیش از اجرای حکم بپذیریم، اما با اجرای حکم و اطلاعی که با اجرای حکم برای عموم ایجاد می‌شود، اماره‌ای بر اطلاع هر شخص ثالث ایجاد می‌شود که می‌تواند نقطهٔ عطف شدن اجرای حکم و محدود شدن اعتراض شخص ثالث پس از اجرای حکم را توجیه کند.

مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض شخص ثالث را در دو مقطع در نظر گرفته و مطرح کرده است؛ اعتراض شخص ثالث قبل از اجرای حکم و بعد از اجرای حکم. با توجه به اینکه اجرای حکم، فرایندی است که با درخواست محکوم‌له و صدور اجرائیه شروع می‌شود و با اخذ محکوم‌به و صورتجلسهٔ آن، پایان می‌یابد و می‌تواند مدتی طول بکشد، این سؤال مطرح است که منظور از اجرای حکم در مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی چیست؟ برخی از محققان، اجرای حکم در این ماده را ناظر به اجرای مدلول حکم و پایان عملیات اجرایی و استیفای محکوم به دانسته‌اند (مهاجری، ۱۳۸۹: ۶۴؛ مهاجری، ۱۳۹۰: ۵۷۹؛ زراعت، ۱۳۸۹: ۸۷۸).

سؤال دیگر این است که آیا اجرای حکم در این ماده، صرفاً ناظر به اجرای حکم توسط دادگاه بر اساس مقررات اجرای احکام مدنی است یا اجرای حکم که به‌صورت ارادی توسط خود محکوم‌علیه انجام می‌شود و اجرای توافقی را هم دربر می‌گیرد؟ در پاسخ به این سؤال، لازم است به مبنای توجه قانون‌گذار به اجرای حکم در مادهٔ مورد بحث توجه شود. اگر مبنا، اشکالات و دشواری‌های بازگرداندن اجرای حکم باشد، در این خصوص، فرقی بین اجرای حکم توسط دادگاه و اجرای حکم به ارادهٔ خود محکوم علیه نیست. اما اگر مبنا، نقش اجرای حکم در اطلاع‌رسانی و آگاه شدن اشخاص ثالث باشد، وضعیت اجرای حکم توسط دادگاه با اجرای حکم با ارادهٔ محکوم‌علیه متفاوت است و اجرای حکم به ارادهٔ محکوم‌علیه همان نقش اجرای حکم توسط دادگاه را ندارد.

۲-۲. اعتراض شخص ثالث پس از اجرای حکم

در مادهٔ ۵۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) چنین آمده بود: «ممکن است اعتراض تا روز اجرای حکم معترض علیه بشود و بعد از اجرای حکم معترض علیه نیز شخص ثالث می‌تواند اعتراض نماید مگر اینکه ثابت شود که حقوقی که اساس و مأخذ اعتراض است به‌جهتی از جهات قانونی ساقط شده است»، ولی قانون‌گذار در مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی کنونی (مصوب ۱۳۷۹) در بیانی متفاوت اعلام کرده است: «اعتراض شخص ثالث قبل از اجرای حکم مورد اعتراض، قابل‌طرح است و بعد از اجرای آن در صورتی می‌توان اعتراض نمود که ثابت شود حقوقی که اساس و مأخذ اعتراض است به‌جهتی از جهات قانونی ساقط نشده باشد». از مقایسهٔ عبارت این دو ماده، به خوبی معلوم است که برخلاف مادهٔ ۵۸۷ که اثبات سقوط حق مبنای اعتراض را لازم دانسته، مادهٔ ۴۲۲ اثبات عدم سقوط حقی که مبنای اعتراض است را ضروری شناخته است. به این ترتیب بار اثبات سقوط حق مبنای اعتراض، از طرفین رأی مورد اعتراض برداشته شده و به‌جای آن، بار اثبات عدم سقوط حق مبنای اعتراض، بر معترض ثالث گذاشته شده است (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۳۱۱). در نتیجه برخلاف مادهٔ ۵۸۷ که به‌موجب آن، اصل بر پذیرش اعتراض شخص ثالث پس از اجرای حکم بود مگر سقوط حق مبنای اعتراض، ثابت می‌شد، بر اساس مادهٔ ۴۲۲، اصل بر عدم پذیرش اعتراض شخص ثالث بعد از اجرای حکم است، مگر معترض ثالث، عدم سقوط حق مبنای اعتراض را ثابت کند (نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۲۴۹ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۷ اداره کل حقوقی، نک: میرزایی، ۱۳۹۴: ۴۰۶ و ۴۰۷). بنابراین، مادهٔ ۴۲۲ اثر جدی‌تری بر اجرای حکم مورد اعتراض شخص ثالث، مترتب کرده است.

استادان و محققان دادرسی مدنی، حکم مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را که اثبات عدم سقوط حق مبنای اعتراض را به‌عنوان شرط پذیرش اعتراض شخص ثالث پس از اجرای حکم، مقرر

کرده است، مورد انتقاد قرار داده‌اند و اعلام کرده‌اند، عدم سقوط حق، نیاز به اثبات ندارد، بلکه سقوط حق، احتیاج به اثبات دارد (مهاجری، ۱۳۸۹: ۶۳؛ مهاجری، ۱۳۹۰: ۵۷۹؛ افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۳۱۱).

به نظر می‌رسد عبارت مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در قسمتی که از اثبات عدم سقوط حق، سخن گفته، اشکال دارد؛ چون در اختلاف بر سر بقا یا سقوط یک حق، اصل عدم سقوط و همچنین استصحاب وجود حق، اقتضا دارد که طرفی که سقوط حق را مطرح می‌کند، مدعی به حساب آید و او باید سقوط حق را ثابت کند، اما طرفی که بقای حق را مطرح می‌کند، منکر محسوب می‌شود و نمی‌توان از او خواست، عدم سقوط حق را ثابت کند. علاوه بر آن، اثبات عدم سقوط حق، در عمل چگونه امکان‌پذیر است؟ سقوط حق به سبب عوامل متعددی انجام می‌شود که یکی از آن‌ها ابراء است. ابراء با قصد صاحب حق و اعلام چنین قصدی محقق می‌شود، حال چگونه فرد می‌تواند ثابت کند که هیچ یک از عوامل سقوط حق، ازجمله ابراء، محقق نشده است؟ در دادرسی ممکن است اثبات عدم‌های محدود و مقید را با اثبات لوازم آن انجام داد. به‌طور مثال یک شخص می‌تواند با اثبات اینکه در فلان روز و فلان ساعت در فلان مکان بوده است، ثابت کند پس در آن روز و آن ساعت در فلان مکان دیگری که موضوع اختلاف است نبوده است، اما عدم‌های وسیع و گسترده از قبیل عدم سقوط حق، قابل‌اثبات نیستند. نهایت اینکه شخص بتواند عدم تحقق برخی از عوامل سقوط حق در زمان‌های خاص را ثابت کند، ولی وقتی نتواند عدم همهٔ عوامل سقوط حق در تمام مدت مورد اختلاف را ثابت کند، اثبات عدم‌های جزئی فایده‌ای ندارد.

بنابراین، اگر قصد قانون‌گذار در مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی این بوده که معترض ثالث، ثابت کند که بعد از ایجاد حق، هیچ یک از عوامل سقوط حق، ازجمله ابراء و اعراض، اتفاق نیفتاده است، این تکلیف به «ما لایطاق» و کاری نشدنی است. این اشکال بر بیان مادهٔ ۵۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) وارد نبود، چون در آن ماده، اثبات سقوط حق بر طرفین رأی مورد اعتراض، قرار داده شده بود و سقوط حق امری وجودی است که مشکلی از جهت قابلیت اثبات ندارد.

اشکال دیگری که درخصوص قسمت دوم مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مطرح شده این است که این ماده، امکان اعتراض شخص ثالث را منوط به اثبات عدم سقوط حق مبنای آن کرده است که این مستلزم یک رسیدگی مستقل به‌موجب یک پرونده جدا است (مهاجری، ۱۳۸۹: ۶۳). این ایراد هم به نظر می‌رسد وارد است، چون صرف‌نظر از قابل‌اثبات نبودن عدم سقوط دعوا، اگر چنین مطلبی قابل‌اثبات باشد، مستلزم یک دادرسی کامل و مفصل است. بنابراین برای به جریان افتادن اعتراض شخص ثالث، لازم است یک دادرسی مفصل درخصوص عدم سقوط حق مبنای

اعتراض، صورت گیرد و اگر نتیجهٔ آن دادرسی، اثبات عدم سقوط حق مبنای اعتراض بود، آن وقت اعتراض شخص ثالث به جریان می‌افتد.

این اشکال بر بیان مادهٔ ۵۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۷۹) هم وارد بود؛ چون آن ماده هم اثبات سقوط حق مبنای اعتراض را به‌عنوان مانع اعتراض شخص ثالث، مقرر کرده بود که لازمهٔ آن، انجام یک دادرسی کامل و مفصل درخصوص سقوط حق مبنای اعتراض، پیش از به جریان افتادن اعتراض شخص ثالث بود.

این در حالی است که چه اثبات سقوط حق مبنای اعتراض و چه اثبات عدم سقوط آن، از مسائل تعیین کننده در تعیین تکلیف اعتراض شخص ثالث و از اموری هستند که در دادرسی مربوط به رسیدگی به اعتراض شخص ثالث، باید مورد توجه و بررسی قرار گیرند و بخشی از رسیدگی به اعتراض شخص ثالث را تشکیل می‌دهند، نه اینکه به‌عنوان اموری مقدماتی و برای به جریان انداختن اعتراض شخص ثالث، پیش از به جریان انداختن اعتراض، مورد رسیدگی قرار گیرند. در همین خصوص گفته شده، حکم مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی بی‌فایده است؛ چون اثبات اینکه معترض ثالث، حق داشته یا نه، منوط به پذیرش اعتراض و رسیدگی به آن است و راه دیگری برای اثبات این حق وجود ندارد (کریمی، ۱۳۸۹: ۱۹۲).

اشکال، زمانی جدی‌تر نمایان می‌شود که توجه کنیم، موضوع اعتراض شخص ثالث، ادعای حقی است که شخص ثالث دارد، حال اگر لازم باشد به‌عنوان شرط به جریان انداختن اعتراض شخص ثالث، به سقوط یا عدم سقوط حق ادعایی رسیدگی شود و تکلیف آن مشخص شود، چنین کاری مستلزم این است که به سقوط یا عدم سقوط حقی رسیدگی شود که اصل وجود حق مورد بررسی واقع نشده و به عبارت دیگر، پیش از اثبات اصل حق، به مسئلهٔ بقا یا عدم بقای آن، رسیدگی کرده‌ایم و این معقول و منطقی نیست که بررسی سقوط یا عدم سقوط حق، شرط رسیدگی به اصل وجود حق باشد، بلکه رتبهٔ بررسی سقوط یا عدم سقوط حق، بعد از اثبات اصل وجود حق است.

اعتراض شخص ثالث برای معترض ثالث، مرحلهٔ بدوی اقامهٔ دعوا است و مشروط کردن آن به اثبات عدم سقوط حق مبنای اعتراض، مانند این است که همهٔ کسانی که می‌خواهند اقامهٔ دعوا کنند را مکلف کنیم، ابتدا ثابت کنند که مبنای حق ایشان، ساقط نشده تا پس از اثبات عدم سقوط حق، برای تعیین اینکه در اصل حقی داشته‌اند یا نه، به دعوای ایشان رسیدگی شود! این سخن همان طور که در حالت معمول دعاوی، سخنی نامعقول و غیرمنطقی است، در حالت ویژه اقامهٔ دعوا برای شخص ثالث که به‌صورت اعتراض شخص ثالث، انجام می‌شود هم نامعقول و غیرمنطقی است.

با توجه به همین مطالب است که اشکال دیگر قسمت دوم مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی

نمایان می‌شود و آن اینکه وجود حق، شرط پذیرش اعتراض شخص ثالث است و در این خصوص، اجرا یا عدم اجرای حکم مورد اعتراض، تأثیری ندارد و فرقی بین بعد از اجرا و قبل از اجرای حکم نیست (شمس، ۱۳۸۷: ۴۷۵؛ مهاجری، ۱۳۸۹: ۶۳؛ افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۳۱۰ و ۳۱۱؛ زراعت، ۱۳۸۹: ۸۷۹)، بلکه این قاعدهٔ عمومی دعاوی است و در همهٔ دعاوی، ذی‌نفع بودن خواهان و وجود حق، شرط پذیرش و موفقیت خواهان در دعوا است (شمس، ۱۳۸۷: ۴۷۵؛ افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۶: ۳۱۰؛ کریمی، ۱۳۸۹: ۱۹۱) و اختصاص به اعتراض شخص ثالث ندارد.

با توجه به اشکال‌های متعدد یادشده درخصوص قسمت دوم مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، لازم است تلاش شود در صورت امکان، معنایی از این قسمت ارائه شود که اشکال‌های یادشده را نداشته باشد یا اشکال‌های آن را کاهش دهد. در این راستا می‌توان بیان قانون‌گذار را حمل بر این معنا کرد که چون با اجرای حکم، نوعاً اشخاص ثالث از وجود دادرسی و رأی، مطلع می‌شوند، طبیعی است که هر فردی که حکم را به ضرر خود احساس کند، ظرف مدت متعارفی به آن اعتراض می‌کند. پس از سپری شدن مدت زمان زیادی از اجرای حکم، چنین تلقی می‌شود که اگر فردی در موضوع حکم، حقی داشته و اعتراض نکرده، از حق خود صرف‌نظر و اعراض کرده است؛ به‌دلیل اینکه اعراض و ابراء با قصد صاحب حق و اعلام آن با هر وسیله‌ای که دلالت بر آن می‌کند، محقق می‌شود. بر این مبنا، سپری شدن مدت طولانی از اجرای حکم و عدم اعتراض شخص ثالث، می‌تواند نشان‌دهندهٔ قصد شخص ثالث بر اعراض و ابراء و وسیلهٔ اعلام آن باشد. حال اگر فردی پس از چنین مدتی اعتراض کند، لازم است خلاف آنچه گفته شد را اثبات کند، یعنی اثبات کند که عدم اعتراض او در مدت طولانی پس از اجرای حکم، نشانهٔ قصد او بر اعراض و ابراء و وسیلهٔ اعلام چنین قصدی نیست، به‌طور مثال ثابت کند که با وجود اجرای حکم، از وجود آن بی‌خبر مانده یا به دلایل موجهی نتوانسته است اعتراض خود را به عمل آورد. طبیعی است که معترض ثالث لازم است در این ادعای خود، صداقت داشته باشد؛ چون افراد تکلیف دارند در تمام مقاطع و مراحل دادرسی و به‌ویژه در اثبات موضوعات، صداقت را رعایت نمایند (محسنی و داوودی، ۱۴۰۰: ۱۹۰).

نتیجه

از آنچه در این مقاله گذشت می‌توان نتیجه گرفت، اگرچه وضعیت مواد قانونی مربوط به اعتراض شخص ثالث به‌گونه‌ای است که موجب دیدگاه‌های متفاوت و متقابل درخصوص قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث و امکان یا عدم امکان اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی شده و تحلیل‌ها و استدلال‌های متقابلی در این زمینه ارائه شده و قابل‌طرح است، ولی در نهایت، به‌دلیل سؤال‌ها، اشکالات و مشکلاتی که پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی

ایجاد می‌کند، ازجمله اینکه در صورت اعتراض شخص ثالث به رأی در دادگاه بدوی و تجدیدنظرخواهی محکوم علیه از آن، تکلیف رسیدگی به پرونده در دادگاه بدوی و تجدیدنظر چطور خواهد بود و اینکه آیا هم‌زمان امکان اعتراض شخص ثالث به رأی بدوی و ورود او در مرحله تجدیدنظر وجود دارد یا نه؟ و در شرایطی که با امکان ورود شخص ثالث، ضرورتی به پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی، وجود ندارد، ترجیح با عدم پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی غیرقطعی و تأیید شرط قطعی بودن رأی مورد اعتراض شخص ثالث است.

در خصوص زمان اقامهٔ اعتراض شخص ثالث نیز به خاطر سؤال‌ها و اشکالات متعددی که نسبت به عبارت مادهٔ ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی قابل‌طرح است، لازم است این ماده را به‌گونه‌ای تحلیل و تفسیر کنیم که پاسخی منطقی و قابل‌قبول به سؤال‌های مربوط داده شود و اشکالات عبارت ماده یاد شده به حداقل برسد. سؤال مهم این بود که چرا قانون‌گذار، اجرای حکم را نقطهٔ عطف در امکان اعتراض شخص ثالث بر رأی قرار داده و اعتراض شخص ثالث پس از اجرای حکم را مشروط به اثبات عدم سقوط حق مبنای اعتراض می‌کند؟ عبارت اثبات عدم سقوط حق در این ماده نیز محل اشکال و انتقاد است. در پاسخ نهایی به سؤال یاد شده و برای رفع اشکال مذکور باید گفت، به‌موجب این ماده، قانون‌گذار، اجرای حکم را به‌دلیل ویژگی اطلاع‌رسانی عمومی آن، اماره بر اطلاع اشخاص ثالث قرار داده و سپری شدن مدت طولانی پس از اجرای حکم را هم اماره بر ابراء و اعراض حق شخص ثالث دانسته است، بنابراین اگر پس از مدت طولانی از اجرای حکم، شخص ثالثی بخواهد اعتراض نماید، لازم است خلاف این اماره‌ها را ثابت کند.

منابع

فارسی

- ابهری، حمید (۱۳۹۱)، **آیین دادرسی مدنی (۲)**، چاپ اول، بابلسر: دانشگاه مازندران.
- افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ اول، تهران: میزان.
- ایرانی ارباطی، بابک (۱۳۸۶)، **مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی**، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۸)، **آیین دادرسی مدنی ۳ و ۴**، چاپ یازدهم، تهران: نگاه بینه.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (۱۳۹۶)، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر (حقوقی) بهار ۱۳۹۳، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی (۲)**، چاپ اول، تهران: میزان.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۰)، «جستاری بر ماده ۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی، گریز از اطلاق گرایی و رسیدن به انصاف»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شمارهٔ ۱۱۳.
- زراعت، عباس (۱۳۸۹)، **محشای قانون آیین دادرسی مدنی**، چاپ سوم، تهران: انتشارات ققنوس.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، **آیین دادرسی مدنی پیشرفته**، جلد دوم، چاپ بیستم، تهران: دراک.
- شهیدی، موسی (۱۳۴۰)، **موازین قضایی محکمه عالی انتظامی از نظر تخلف اداری**، بی جا: ناشر کتابفروشی محمد علی علمی، چاپخانه علمی.
- کشاورز صدر، محمدعلی (بی تا)، تجدید رسیدگی: طرق فوق العاده رسیدگی مدنی اعتراض ثالث بر حکم فرجام اعاده دادرسی اعاده دادرسی کیفری، تهران: کتابفروشی دهخدا.
- قهرمانی، نصرالله (۱۳۹۳)، **مباحث دشوار آیین دادرسی مدنی**، جلد اول، چاپ سوم، تهران: خرسندی.
- کریم زاده، احمد (۱۳۷۸)، **نظارت انتظامی در نظام قضایی**، جلد دوم، چاپ اول، بی جا: ناشر روزنامه رسمی کشور.
- کریمی، عباس (۱۳۸۹)، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ دوم، تهران: مجد.
- متین، احمد (بی تا)، **مجموعه رویه قضایی قسمت حقوقی**، بی جا: مهر آیین.
- متین دفتری، احمد (۱۳۸۱)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: مجد.
- محسنی، حسن و حسین داوودی (۱۴۰۰)، «اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود در ادعا و دفاع»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۵، شمارهٔ ۱۱۶.
- مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه (۱۳۹۶)، **رویه قضایی در ایران در ارتباط با آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۷۵)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- مسیحی، مهرزاد (۱۳۸۷)، قانون آیین دادرسی مدنی در آیینه آرای قضایی و نظرات مشورتی، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸)، **رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی حقوقی**، جلد پنجم، چاپ دوم، تهران: جنگل.

- مهاجری، علی (۱۳۸۹)، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: فکرسازان.
- مهاجری، علی (۱۳۹۰)، **قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ اول، تهران: فکرسازان.
- میرزایی، علیرضا (۱۳۹۴)، **محشی قانون آیین دادرسی مدنی**، چاپ نهم، تهران: انتشارات بهنامی.
- مردانی، نادر و محمد جواد بهشتی (۱۳۸۹)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
- واحدی، قدرت الله (۱۳۷۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: میزان.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.539341.4423

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۱۶۵ تا ۱۸۶
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۶

مبانی جبران‌پذیری خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد

مجتبی زمانی*، جعفر عسگری**

چکیده

در مواردی که یکی از طرفین قراداد به هر دلیل نمی‌خواهد یا نمی‌تواند در موعد مقرر به تعهداتش عمل نماید طرف دیگر با یک نقض پیش از موعد یا غیرقابل‌پیش‌بینی مواجه است. نقض پیش از موعد قرارداد باعث ورود خسارات اصلی و تبعی به طرف مقابل است. خسارات قراردادی غالباً از نقض واقعی قرارداد نشئت می‌گیرند. با این حال نقض پیش از موعد نیز می‌تواند منجر به پیدایش خسارت اصلی و تبعی گردد. برخی از زیان‌های قراردادی به‌طور مستقیم و بلاواسطه از نقض عهد نشئت نمی‌گیرند اما به‌طور معمول در سیر طبیعی و متعارف امور ناشی از نقض عهد هستند. با وجود این، امکان جبران این‌گونه خسارات در حقوق ایران با مشکل اساسی مواجه است. مهم‌ترین مانع برای جبران چنین زیان‌هایی احتمالی بودن و عدم رابطهٔ سببیت عرفی بین زیان وارده و فعل زیان‌بار است. این پژوهش با روش تحلیلی ـ توصیفی و با استناد به اصول و قواعد مسلم فقهی و حقوقی از قبیل لاضرر، مقابله‌به‌مثل، بنای عقلا و حاکمیت اراده در پی امکان‌سنجی جبران‌پذیری خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد در حقوق ایران است.

واژگان کلیدی: خسارت اصلی، خسارت تبعی، نقض واقعی، نقض پیش از موعد، جبران‌پذیری

* دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران غرب)، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول)
m.zamani24062@gmail.com

** استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس)، تهرن، ایران
asgarilaw@gmail.com

مقدمه

تحولات زندگی مدرن باعث گردیده معاملات بشر از شکل ساده و سنتیِ خود فاصله گرفته و تابع تشریفات خاصی گردد. حتی در فرضی که قرارداد تابع تشریفات خاصی نیست، رعایت و انجام برخی از مقدمات اجتناب‌ناپذیرند. در اغلب موارد متعاملین به‌جهت رعایت این مقدمات، ناگزیر انجام تعهد اصلی را به یک زمان مشخص در آینده موکول می‌کنند. گاهی اوقات نیز بدون اینکه انجام امور مقدماتی لازم باشد، اراده و تمایل طرفین بر این است که تعهد دارای اجل باشد. لیکن قراردادهای موجل و مدت‌دار همواره در زمانِ معهود به هدفِ مقصود نمی‌رسد و بعضاً متعهد پیش از موعد اجرای تعهد صراحتاً اعلام می‌کند که توانایی انجام تعهد را نداشته یا اراده‌ای به ایفای تعهد خویش در زمان معهود ندارد. گاهی نیز با وصف عدم تصریح متعهد، اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد حاکی از آن است که متعهد به‌طور معمول قادر به ایفای تعهد در موعد مقرر نخواهد بود. در نظام حقوقی کامن‌لا[1] و برخی از مقررات بین‌المللی این اختیار به متعهدله داده شده است تا در چنین مواقعی انجام تعهدات خویش را به حالت تعلیق در آورده یا حسب مورد قرارداد را به‌صورت یک‌طرفه فسخ نماید. از این وضعیت در نظام کامن‌لا به «نقض قابل‌پیش‌بینی»[2] قرارداد تعبیر می‌شود که تابع احکام و آثار خاص خود می‌باشد (صفایی و عسگری، ۱۳۹۳: ۵).

در نظام حقوقی ایران که ایفای عین تعهد به‌عنوان یک اصل[3] پذیرفته شده است، متعهدله ناگزیر باید تا هنگام فرا رسیدن اجل خویشتن‌داری نموده و پس از حلول اجل در بدو امر ایفای عین تعهد را از متعهد بخواهد. چنانچه مفاد قرارداد جبران خسارات ناشی از عدم ایفای تعهد را پیش‌بینی نموده باشد متعهدله می‌تواند نسبت به مطالبهٔ آن‌ها نیز اقدام نماید.[4] حقوق ایران برای انتظار کشیدن متعهدله تا هنگام حلول اجل قراردادی توجیه مناسبی ندارد و مشخص نیست به چه علت متعهدله باید به قراردادی که اجرای آن ناممکن گردیده ملتزم باشد؟ پژوهش‌های متعددی در باب نقض پیش از موعد قرارداد صورت گرفته و پژوهشگران پیشین پس از بررسی قاعدهٔ نقض پیش از موعد به این نتیجه دست یافته‌اند که زمینهٔ پذیرش این نظریه در حقوق ایران وجود دارد (صفایی و عسگری، ۱۳۹۴: ۹۸ و ۱۳۹۳: ۵؛ طالب احمدی و کاظمی نجف آبادی: ۱۳۹۴؛ دیلمی، ۱۳۹۶: ۲۷؛ انصاری و بیات، ۱۳۹۱: ۴۷۵؛ امینی و دیگران، ۱۳۹۰: ۳۵؛ ۱۳۹۰: ۳۴۵؛ غفاری فارسانی،

1. Common Law
2. Anticipatory Breach

۳. اصل لزوم قراردادها و عموماتی نظیر اوفوا بالعقود.

٤. این رویکرد در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی انعکاس یافته است.

۱۳۸۸: ۲۳۳؛ کاظمی نجف آبادی، ۱۳۸۸: ۹۵).

به‌رغم بررسی‌های صورت گرفته، یکی از ابهامات موجود، گسترهٔ زیان‌های وارده به متعهدله است. بدیهی است متعهدله خواستار جبران کامل خسارات وارده به خویش است. متقابلاً متعهد تمایل دارد صرفاً تعهدات مندرج در قرارداد را جبران نموده و از تقبل هزینه‌های مازاد بر این تعهدات امتناع نماید. یکی از این خسارات «زیان‌های تبعی»[1] یا «ضررهای متعاقب»[2] است. به‌طور کلی در حقوق ایران جبران چنین خساراتی معمول نیست. مادهٔ ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی صراحتاً جبران زیان‌های باواسطه را نفی نموده، علت آن نیز فقدان رابطهٔ سببیت عرفی بین ضرر وارده و فعل زیان‌بار است. به همین جهت قوانین موجود ایران برای پوشش زیان‌های تبعی ناکافی به نظر می‌رسند. اما همان طور که گفته شد در حقوق کامن‌لا تحت شرایطی حکم به جبران این‌گونه ضررها داده می‌شود. این پژوهش با رویکردی نوگرایانه سعی دارد با بررسی مبانی موجود در فقه و حقوق ایران، جبران‌پذیری «ضررهای تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد»[3] را امکان‌سنجی نماید. در حقیقت سؤال اساسی این است که آیا فقه و حقوق ایران برای جبران چنین خساراتی پاسخ منطقی و معقول دارد یا اینکه برای حل این مسئله به ناچار باید از حقوق بیگانه کمک گرفت؟ برای پاسخ به این سؤال، ابتدا مفهوم خسارت تبعی و زیان‌های ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد تبیین، سپس با کنکاش در فقه و حقوق ایران پاسخی منطقی و مستدل به سؤال مذکور داده خواهد شد.

۱. مفهوم خسارات تبعی

در حقوق کامن‌لا خسارت را به دو دستهٔ «اصلی»[4] و «تبعی یا فرعی»[5] تقسیم می‌کنند. خسارات اصلی خساراتی هستند که به‌طور مستقیم و بدون واسطه از نقض عهد نشئت می‌گیرند و با پیمان‌شکنی رابطهٔ مستقیم دارند. اما خسارات تبعی که به آن‌ها «خسارت متعاقب» و «خسارت ویژه»[6] هم گفته می‌شود، خساراتی هستند که به‌طور طبیعی اما با واسطه، از نقض عهد ناشی می‌شوند. زیان‌های فرعی نیز زیان‌هایی هستند که به‌جهت نقض عهد، به متعهدله[7] تحمیل می‌شوند

1. Consequential Losses
2. Subsequent damages
3. Consequential damages Arising from Anticipatory breach of Contract
4. Essential
5. Incidental

خسارات فرعی خساراتی هستند که متعهدله برای کم کردن خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد توسط خوانده متحمل آن شده است. خسارات تبعی و فرعی تفاوت چندانی با هم ندارند و به طور کلی در مقابل خسارات اصلی به کار می‌روند (رنجبر، ۱۳۹۵: ۶۶).

6. Special damages
7. Promisee

و متعهدله در هنگام جلوگیری از ورود ضررهای جدیدتر متحمل آن‌ها می‌شود. به‌طور مثال اگر در قراردادِ بیع، فروشنده از تحویل کالای فروخته شده خودداری کند و نقض عهد او موجب گردد مواد اولیه گران‌تر شده و به کارخانهٔ خریدار نرسد و در اثر این اقدام فروشنده کارخانهٔ خریدار تعطیل گردد، خسارت ناشی از مطالبهٔ اضافه بهای کالای موضوع قرارداد به‌عنوان خسارت اصلی شناخته می‌شود. اما اگر به علت نرسیدن مواد اولیه به خریدار، کارخانهٔ وی تعطیل شود و سودی را که او به‌طور معمول می‌توانست کسب کند از دست بدهد چنین خسارتی خسارت تبعی خواهد بود. همچنین اگر مواد اولیهٔ معیوبی به متعهدله تحویل داده شود و او ناچار شود آن‌ها را بازگرداند هزینه‌های استرداد، خسارت فرعی خواهد بود (رنجبر ۱۳۹۵: ۶۵ و بادینی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۲). معمولاً به‌جهت تفاوت اندکی که بین خسارات تبعی و فرعی وجود دارد این دو زیان در مقابل خسارت اصلی به کار برده می‌شوند. البته اصطلاح «خسارت تبعی» در کامن‌لا متداول‌تر است. به‌طور معمول در کامن‌لا خسارت تبعی در ذیل عنوان «دوری زیان» مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لازم به ذکر است حقوق‌دانان انگلیس در ذیل مبحث دوری زیان از سه دسته خسارات سخن می‌گویند. دستهٔ اول خساراتی هستند که به‌طور طبیعی و مستقیم از نقض عهد ناشی می‌شوند و با عنوان «خسارت مستقیم»[1] شناخته می‌شوند. دستهٔ دوم خساراتی هستند که رابطهٔ مستقیم و بلاواسطه با فعل زیان‌بار ندارند لیکن ناشی از شرایط خاص بوده و در هنگام انعقاد عقد در محدودهٔ پیش‌بینی متعارف طرفین قرار داشته‌اند. این‌گونه خسارات که قابلیت جبران دارند «خسارات غیرمستقیم یا تبعی»[2] نامیده می‌شوند.[3] (Tweeddale A, 2017 March) سایر خسارات در دستهٔ سوم قرار می‌گیرند و به آن‌ها «خسارات دور»[4] گفته می‌شود. خسارات اخیر به‌جهت دور بودن از منبع زیان قابلیت جبران ندارند.[5] بنابراین خسارت غیرمستقیم و خسارت تبعی در حقوق انگلستان تقریباً به یک معنا هستند و مصادیق مختلفی از آن‌ها وجود دارد.

1. Direct damage
2. Indirect or Consequential Losses
۳.معیار تشخیص ضرر مستقیم از ضرر غیرمستقیم پروندهٔ هادلی و باکسندیل است (Hadley v. Baxendale). در کامن‌لا به طور سنتی بند دوم قاعدهٔ هادلی و باکسندیل را معادل ضرر غیرمستقیم یا تبعی می‌دانند. هرچند که اخیراً برخی از محاکم به نحوی اظهار نظر نموده‌اند که این امر را با تردید مواجه نموده است (Coulthard W. & Cifelli R. 2017 September)، اما این قاعده هنوز در انگلستان به قوت خود باقی است.
4. Remote damages
۵. زمان و مکان در تشخیص دوری زیان نقش مهمی ندارد بلکه تشخیص این امر بیشتر وابسته به معیارهای ذهنی است.

به‌عنوان مثال در حقوق انگلیس تحت یک قاعدهٔ مهم «زیان‌دیده می‌تواند در برخی شرایط خاص خواستار جبران خسارت اتکایی شود» (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۷). بر این مبنا از آنجا که متعاقدین با اتکا و اعتماد به تعهدات قراردادی طرف مقابل مبادرت به امضای قرارداد می‌نمایند، قرارداد باید آنان را تحت حمایت این اعتماد قرار دهد. بدین معنی که در صورت تخلف طرف مقابل، زیان‌دیده در پرتو اتکا و اعتمادی که به ایفای تعهدات طرف مقابل داشته حق دارد تمام خسارات ناشی از نقض تعهد را از او مطالبه کند. زیان اصلی و تبعی ناشی از اتکای اساسی را باید از یکدیگر تفکیک نمود. زیان‌های اصلی زیان‌هایی هستند که تحت اعتماد متعاقدین به دریافت عوض اصلی، به طرف قرارداد تحمیل می‌شود. اتکای تبعی به قرارداد نیز موجد هزینه‌های جنبی است که متعاقدین به امید اجرای قرارداد متحمل شده‌اند (Friedmann, 2001: 16).[۱]

در حقوق ایران اصل اولیه، عدم پرداخت خسارت است و خسارات ناشی از محروم ماندن از منافع محتمل‌الحصول نیز نفی شده است.[۲] از سوی دیگر ضمانت‌اجرای تخلف از انجام تعهدات قراردادی که شامل الزام متعهد، انجام تعهد توسط ثالث به هزینهٔ متعهد و نهایتاً فسخ قرارداد است، اصولاً دربارهٔ تعهدات اصلی قرارداد اعمال می‌شود. در مورد تعهدات تبعی نیز تردید در جبران‌پذیری وجود دارد اولاً به‌جهت مستقیم نبودن زیان‌ها؛ ثانیاً شمول قرارداد نسبت به این ضررها مسلم نیست تا بتوان با استناد به مسئولیت قراردادیِ متعهد، حکم به جبران ضرر داد. توسل به مسئولیت غیرقراردادی نیز با این مانع اساسی مواجه است که علاوه بر اثبات رابطهٔ سببیت که رکن رکین مسئولیت مدنی است، ضرر باید قطعی[۳] و مستقیم[۴] باشد.

با این حال قانون‌گذار ایران در برخی از مواضع تمایل خود را به جبران چنین خساراتی نشان داده است. به‌عنوان نمونه در بند «د» از مادهٔ ۴۸ شرایط عمومی پیمان آمده است: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمانکارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد بنا به مصلحت خود یا علل دیگر تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل که نباید بیشتر از ۱۵ روز باشد به پیمانکار ابلاغ می‌کند... اقدامات بعد از خاتمه دادن پیمان به شرح

۱. در پروندهٔ ریچموند ضرر تبعی این گونه تعریف شده است: «در خسارت تبعی ضرر یا آسیب به طور مستقیم و بلافاصله از فعل طرف مقابل ناشی نمی‌شود بلکه ضرر ناشی از پیامدها و نتایج عمل خوانده است.» (Fulbright N.R, 2016, 26 September).

۲. تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی

3. Certain
4. Direct

زیر است:...د) در صورتی که پیمانکار به‌منظور اجرای موضوع پیمان در مقابل اشخاص ثالث تعهداتی کرده است و در اثر خاتمه دادن به پیمان ملزم به پرداخت هزینه و خسارتهایی به آن اشخاص گردد این هزینه‌ها و خسارت‌ها پس از رسیدگی و تأیید کارفرما به حساب بستانکاری پیمانکار منظور می‌گردد».

هرچند که تصریح قانونی می‌تواند این خسارات را در ردیف تعهدات اصلی کارفرما قرار دهد لیکن مبنای پرداخت هزینه‌ها و خسارات وارده به پیمانکار که از فسخ قرارداد ناشی شده، اعتمادی است که پیمانکار بر مبنای آن مبادرت به قبول تعهد در مقابل اشخاص ثالث نموده است. بنابراین فلسفهٔ جبران این‌گونه خسارات را باید ناشی از توجه قانون‌گذار ایران به جبران زیان‌های تبعی و تمایل به اجرای اصل جبران کامل خسارات دانست. از طرفی قانون‌گذار ایران در مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی علاوه بر موارد مصرح، متعهد را ملزم به اجرای موارد نتایج عرفی قرارداد دانسته و برای تخلف از این امر خسارت پیش‌بینی نموده است.[۱] بنابراین حقوق ایران نیز با خسارات غیرمصرح قراردادی بیگانه نیست.

۲. مفهوم خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد

در قراردادهای موجل و بلند مدت، قبل از فرا رسیدن موعد اجرا، همواره این احتمال وجود دارد که یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها قادر به ایفای تعهدات خویش نباشد (Squillante, 1973: 374). بنابراین ممکن است قبل از فرارسیدن موعد اجرا متعهدله به این نتیجهٔ قطعی برسد که متعهد به‌طور معقول و متعارف در موعد مقرر به تعهد خویش عمل نخواهد کرد (Treitel, 1984: 285; Schlechtriem, 1998: 86). در چنین مواقعی انتظار کشیدن متعهدله برای اجرای تعهد بیهوده است. چه اینکه اوضاع و احوال حاکی از آن است که قرارداد عملاً پیش از موعد خود نقض شده است. این وضعیت «نقض قابل‌پیش‌بینی»[۲] نام دارد که در مقابل «نقض واقعی»[۳] به کار می‌رود[٤] (Feldhausen, March 2020). منظور از نقض واقعی این است که یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها به تعهدات قراردادی پایبند نباشند و

۱. مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.»
مادهٔ ۲۲۱ قانون مدنی: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.»

2. Anticipatory Breach
3. Actual breach

٤. در حقوق ایران به جای این اصطلاح از عبارات «نقض پیش از موعد»، «نقض احتمالی» و «نقض فرضی» نیز استفاده شده است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۵۵ به بعد).

در موعد مقرر به تعهدات خویش عمل ننماید. اما نقض پیش از موعد یا نقض قابل‌پیش‌بینی، مربوط به دورهٔ پیش از فرا رسیدن اجل تعهد است (Carter, 1991: 216).

حقوق ایران در مواجهه با چنین وضعیتی متأثر از اصل لزوم قراردادها این‌گونه نظر می‌دهد که متعهدله باید تا موعد معهود انتظار بکشد و تنها در آن زمان است که می‌توان به‌طور قاطع نظر داد که قرارداد نقض شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۸). اما در برخی از کشورها خصوصاً کشورهای تابع نظام حقوق کامن‌لا با توسل به مبنای غیرممکن شدن،[۱] نقض فعلی،[۲] نقض اجتناب‌ناپذیر،[۳] تهدید به نقض،[۴] شرط ضمنی،[۵] پیش‌شرط ضمنی،[۶] ایجاب و قبول،[۷] مسئولیت مدنی[۸] و سایر مبانی، این فرصت را در اختیار یکی از طرفین قرار می‌دهند تا چنانچه پیش از فرارسیدن موعد اجرای قرارداد موقعیت خود را با خطر نقض در آینده مواجه ببیند، برای برطرف کردن تهدید به‌وجود آمده و ایجاد اطمینان نسبت به اجرای به موقع قرارداد بتواند حقوق خود را محفوظ بدارد. به عبارت دیگر متعهدله در این صورت می‌تواند به قرارداد پایان داده و از ورود خسارات بیشتر به خود جلوگیری کند (Carter, 1991: 216).

پایان دادن به قرارداد یگانه ضمانت‌اجرای نقض قابل‌پیش‌بینی نیست. مطالعهٔ مقررات بین‌المللی، قوانین و رویهٔ قضایی کشورهای تابع کامن‌لا مانند انگلیس و آمریکا نشان می‌دهد که متعهدله می‌تواند از حق تعلیق قرارداد،[۹] مطالبهٔ تضمین اجرا[۱۰] و مطالبهٔ خسارت نیز به‌عنوان ضمانت‌اجرای نقض قابل‌پیش‌بینی استفاده کند (Honnold, 1999: 426; Feldhausen, March 2020). ممکن است متعهدله با اتکا و اعتماد به قرارداد، معاملات دیگری انجام دهد و در این راستا هزینه‌هایی را متقبل شود (Friedmann, 2001: 16). بدیهی است که هر یک از متعاملین برای انعقاد قرارداد انگیزه و اهدافی دارند و عدم اجرای کامل قرارداد منجر به عقیم ماندن این اهداف می‌شود. بنابراین خساراتی که متعهدله در نتیجهٔ نقض پیش از موعد متحمل آن می‌گردد منحصر به زیان‌های مادیِ مستقیم نیست بلکه ممکن است او به‌تبع زیان‌های مستقیم متحمل زیان‌های غیرمستقیم و تبعی گردد که به‌طور معمول در سیر طبیعی و متعارف امور ناشی از نقض عهد طرف مقابل هستند.

1. Impossibility
2. Present Breach
3. Inevitable Breach
4. Threatended Breach
5. Implied Term
6. Implied Conditions Precedent
7. Offer and Acceptance
8 .Tort
9. Suspention of Performance
10. Assurance of Performance

خسارات تبعی نتیجهٔ قهری نقض عهدند. بدین معنی که اگر قرارداد به‌طور کامل اجرا می‌شد این خسارات نیز به وقوع نمی‌پیوست. بنابراین تقصیر خوانده به‌طور غیرمستقیم در ایجاد زیان‌های تبعی نقش دارد (Siegenthaler & Griffiths, 2003: 447). به‌نحوی که می‌توان گفت اگر متعهد با رفتارخود موجبات نقض پیش از موعد را فراهم نمی‌آورد، طبیعتاً چنین زیان‌هایی نیز به متعهدله تحمیل نمی‌شدند. در حقوق انگلستان خسارات ناشی از چنین اقدامی را می‌توان بر پایهٔ تئوری نفع اتکاء[1] مطالبه کرد (stone, 2002: 435). بر اساس این نظریه زیان‌دیده می‌تواند در پرتو اتکا و اعتمادی که به ایفای تعهدات طرف مقابل داشته تمام خسارات ناشی از نقض تعهد را از او مطالبه کند. این خسارات دارای پوشش کامل است و شامل زیان‌های تبعی نیز می‌گردد. از سوی دیگر همان طور که گفتیم نظریهٔ نقض قابل‌پیش‌بینی مطالبهٔ خسارات قبل از موعد را توجیه‌پذیر نموده است (Gilbey, 1389: 286; Treitel, 1984: 478). لیکن باید توجه داشت که خسارات یاد شده باید در سیر طبیعی و متعارف امور قابلیت تحقق داشته باشند.

۳. موانع جبران‌پذیری خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد

در حقوق ایران «مسلم بودن» و «مستقیم بودن» خسارت از شرایط ضرر جبران‌پذیر است. لذا امکان جبران خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد در حقوق ایران با محدودیت‌هایی مواجه است و از حقوق بیگانه نیز به سهولت نمی‌توان کمک گرفت. چه اینکه مبانی موجود در حقوق کامن‌لا ولو اینکه به‌لحاظ ذهنی مطلوب باشند در فقه و حقوق ایران از اقبال کافی برخوردار نیستند. علاوه بر فقدان شرایط ضرر جبران‌پذیر، زیان‌های تبعی از نظر فقهی غالباً محتمل‌الحصول و مشمول عنوان کلی عدم‌النفع هستند (نجفی، ۳۷/۱۴۳۲: ۱۵). با این حال به نظر می‌رسد ایرادات فوق قابل‌رفع هستند و زیان‌های بالقوه‌ای که وقوع آن‌ها در آینده مسلم فرض می‌شود مانعی برای جبران ندارند. در حقوق مسئولیت لازم نیست ضرر حتماً فعلیت داشته باشد. بلکه باید در سیر متعارف امور امکان تحقق داشته باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۹۹). هر جا که امکان وقوع زیان معقول و متعارف باشد، ضرر مسلم فرض می‌شود. به‌عنوان مثال در فرضی که سرپرست خانواده در اثر حادثه تصادف دچار زیان‌های جسمی می‌شود اگرچه فقط صدمات وارده به جسم او ضرر فعلیت یافته است، اما اگر زیان وارده منجر به افزایش هزینه‌های زندگی او در آینده باشد نمی‌توان گفت زیان‌های آینده به علت عدم فعلیت، قابلیت جبران ندارد. زیرا خسارات مذکور عقلاً و عرفاً ناشی از حادثهٔ تصادف است. به عبارت دیگر با اینکه زیان فوق یک زیان مسلم‌الحصول نیست اما زیان

1. Reliance intrest

ممکن‌الحصولی است که به‌جهت وقوع حادثهٔ تصادف، به زیان‌دیده تحمیل شده است و باید آن را از زیان محتمل‌الحصول تفکیک کرد. به همین جهت است که قانون مسئولیت مدنی در مواد ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی حکم به جبران چنین زیان‌هایی داده است. در حوزهٔ مسئولیت قراردادی نیز قانون‌گذار متعهد قرارداد را ملتزم به نتایج عرفی قرارداد دانسته است. بنابراین اگر زیان‌های تبعی ناشی از نقض قرارداد عرفاً و عقلاً منسوب به ناقض قرارداد باشد، ضرر مسلم به شمار می‌آید. خسارات ناشی از غیرممکن شدن اجرای قرارداد را نباید صرفاً محدود به جبران زیان‌های اصلی نمود. آنچه اهمیت دارد این است که در اثر تخلف متعهد، ضرری به متعهدله وارد آمده که عقلاً و عرفاً ضرر ناروا به شمار می‌آید و لزوم جبران ضرر ناروا از بدیهیات عقلی است.

از سوی دیگر شرط مستقیم بودن ضرر نیز یک ضابطهٔ علمی دقیق نیست. دلیل این مدعا این است که قریب‌به‌اتفاق حقوق‌دانان ایران مستقیم بودن را به معنی وجود «رابطهٔ سببیت عرفی بین ضرر وارده و فعل زیان‌بار» دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۸۶؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۹۱؛ حیاتی، ۱۳۹۲: ۸۹؛ باریکلو، ۱۳۹۶: ۸۹). حال انکه اگر منظور از مستقیم بودن ضرر، رابطهٔ سببیت عرفی باشد با وجود رکن سوم مسئولیت مدنی (رابطهٔ سببیت)، تأکید بر مستقیم بودن ضرر بی‌فایده و تحصیل حاصل است. آنچه در متون فقهی مورد تأکید قرار گرفته نیز «سببیت» است (حسینی مراغی، ۲/۱۴۱۷: ۴۳۵) و مستقیم بودن، ضابطه‌ای است که از حقوق بیگانه به حقوق ما وارد شده است. در حقوق فرانسه نیز غالب حقوق‌دانان اعتقاد دارند مستقیم بودن تصویری از اصل کلی «رابطهٔ سببیت و علیت» بین ضرر وارده و فعل زیان‌بار است (Le Tourneau, et Cadiet, 1998: n812). در حالی که در حقوق کامن‌لا شرط مستقیم بودن، نخستین بار به‌عنوان ضابطه‌ای مادی مطرح گردیده است (تنک، ۱۳۹۸: ۷۵). به همین جهت برای تبیین آن از اصطلاح «دوری زیان» استفاده شده است. به مرور در حقوق کامن‌لا اهمیت ضابطهٔ مادی (مستقیم بودن) کاهش یافته و جای خود را به ضابطهٔ ذهنی قابل‌پیش‌بینی بودن داده است. بنابراین نباید شرایط مذکور را در ردیف موانع اساسی جبران‌پذیری خسارات پیش از موعد آورد. آنچه در فقه وحقوق ایران دارای اهمیت ویژه است رابطهٔ سببیت و انتساب ضرر به فاعل زیان است.

۴. مبانی جبران‌پذیری خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد

با وجود اینکه اصولاً اثبات مسئولیت قراردادی سهل‌تر از مسئولیت غیرقراردادی است، در مقولهٔ خسارات نقض پیش از موعد دشواری کار در اثبات رابطهٔ قراردادی و توسعهٔ مسئولیت به این‌گونه خسارات است. مهم‌ترین دشواری جبران ضرر غیرقراردادی نیز اثبات رابطهٔ سببیت است. قبل از برشمردن مبانی جبران زیان‌های تبعی نقض قابل‌پیش‌بینی در حقوق ایران، ذکر این نکته ضروری

است که با توجه به تمایز ساختار مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی، اصولاً امکان توسل توأمان به هر دو مسئولیت غیرممکن است اما تحلیل مبانی آتی نشان خواهد داد که جبران این‌گونه خسارات از طریق هر یک از شیوه‌های فوق، قابل‌تأمل و شایستهٔ اعتنا است.

۱-۴. قاعدهٔ لاضرر

دفع ضرر محتمل به‌عنوان یک مستقل عقلی در فطرت بشر وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۱۳۴). اگر از قراردادی احتمال وقوع زیان برود عقل حکم می‌کند که نباید تا فرارسیدن زیان به انتظار نشست؛ بلکه باید از وقوع زیان پیشگیری کرد. در فقه امامیه نیز دفع چنین ضرری مجاز شمرده شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۹: ۱۲۱). تعلیق اجرای قرارداد و اقدام به فسخ اقداماتی هستند که متعهدله می‌تواند برای دفع ضرر ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد به آن‌ها متوسل شود (دیلمی، ۱۳۹۶: ۴۳).

صاحب جواهر از بعضی فقهاء نقل کرده: «...هرگاه در عقد لازمی یکی از طرفین عملی منافی با حقی انجام دهد که طرف دیگر به سبب عقد مزبور کسب کرده، شارع مقدس بر اساس قاعده لاضرر برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و عقد از جهت او قابل‌فسخ شده تا به این وسیله از او دفع ضرر شود» (نجفی، ۲۷/۱۴۳۲: ۸۰). برخی از فقهای معاصر نیز در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد برای متعهدله حق فسخ قائل شده و گفته‌اند متعهدله می‌تواند به این طریق خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد. (طباطبایی یزدی، ۲/۱۳۷۸: ۱۷۲؛ خویی، بی‌تا/۵: ۶۳۴؛ موسوی خمینی، ۵/۱۳۸۴: ۵۶۵) طبق این نظر فسخ قرارداد به علت عدم انجام تعهد، قاعده‌ایست که در موارد عدم انجام تعهد، اجرا می‌شود.

اجرای عدالت اقتضا دارد که اولاً متعهدله در حد توان خود با خسارات مقابله نموده و از گسترش آن‌ها جلوگیری نماید (شهباز قهفرخی، ۱۳۹۹: ۱۳۹). ثانیاً زیان‌های متعهدله پس از تحقق، جبران گردد. در اینکه به استناد قاعدهٔ لاضرر می‌توان از ورود ضرر و گسترش آن جلوگیری کرد تردیدی وجود ندارد. بحث اصلی این است که بتوان از مفاد قاعدهٔ لاضرر برای جبران ضررهای تبعی ناشی از نقض پیش از موعد استفاده نمود. مشهور فقها معتقدند منظور از قاعدهٔ لاضرر این است که در دین اسلام حکم ضرری وضع نشده است[1] اما لزوم جبران ضرر به استناد این قاعده محل تردید است.

۱. دربارهٔ مفهوم قاعدهٔ لاضرر در فقه نظرات گوناگونی وجود دارد. این مفاهیم عبارتند از: نفی حکم ضرری (نائینی، ۳/۱۴۱۸: ۳۹۴) نفی حکم به لسان موضوع (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱) نفی ضرر غیرمتدارک (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۴) و نفی به معنای نهی (موسوی خمینی، ۳/۱۴۲۴: ۴۶۷). آنچه مشهور بین فقهای امامیه است نظر اول است.

از سوی دیگر به نظر اکثر فقیهان منافعی که متعهدله با اتکا و اعتماد به قرارداد انتظار تحصیل آن‌ها را دارد در ردیف عدم‌النفع قرار دارند و جبران‌پذیری آن‌ها واجد اشکال است. همچنین گفته شده ضرر ناشی از عدم‌النفع اساساً ضرر نیست[۱] و مال غیرِموجودی که تنها احتمال تحقق آن در آینده می‌رود نمی‌تواند مبنای جبران زیان باشد. مضاف بر اینکه رابطهٔ سببیت نیز بین عدم‌النفع و فعل زیان‌بار وجود ندارد. با این حال برخی از فقها مانند میرزای نائینی معتقدند عدم‌النفع چنانچه مقتضای وجودش فراهم باشد عرف آن را ضرر می‌داند[۲] (نائینی، ۳/۱۴۱۸: ۳۷۸). فقهای مشهوری من جمله میرفتاح مراغی و شیخ انصاری[۳] نیز از قابلیت جبران ضرر به استناد قاعدهٔ لاضرر دفاع نموده‌اند (شیخ انصاری، ۳/۱۴۱۵: ۱۹۰؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۸). برخی از روایاتی که به‌عنوان مدرک قاعدهٔ لاضرر مورد استناد قرار گرفته نیز مبیّن آن است که عدم‌النفع می‌تواند مشمول عنوان ضرر باشد (محدث نوری، بی‌تا/۱۳: ۴۴۷).

واقعیت این است که محدود کردن کارکرد قاعدهٔ لاضرر به احکام و افعال وجودی صحیح نیست زیرا این ترتیب موجب می‌شود که شرع نسبت به جبران ضرر بی‌تفاوت بماند و بی‌تفاوتی شرع نیز مجوزی برای ورود خسارت به دیگران و بلاجبران ماندن ضرر است. مفهوم چنین برداشتی این است که بگوییم شارع به تضرر بندگانش راضی است در حالیکه این امر عقلاً محال است. مضاف بر اینکه در حدیث نبوی «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» کلمهٔ ضرر در حالت نکره به کار رفته و افادهٔ عموم می‌کند (بهرامی احمدی، ۲/۱۳۹۰: ۱۹۹). بنابراین هر ضرری من جمله ضررهای تبعی ناشی از نقض پیش از موعد را می‌توان موضوع حکم روایت دانست. از سوی دیگر احکام تکلیفی بدون ضمانت‌اجرا فاقد کارکرد لازم هستند و عقل حکم می‌کند فلسفه وجودی احکام تکلیفی با احکام وضعی مناسب تأمین شود و جبران ضرر خصوصاً جبران کامل آن در راستای این هدف است. هرچند که چنین برداشتی از قاعدهٔ لاضرر در فقه مشاهده نمی‌شود و از عبارت فقهایی که تدارک ضرر را به استناد قاعدهٔ لاضرر تجویز نموده‌اند جبران کامل زیان قابل‌استخراج نیست، لکن همان طور که گفته شد بی‌تفاوت ماندن نسبت به خساراتی که ناشی از فعل غیر است نیز با عقل و منطق سازگاری ندارد و به معنی بی‌تفاوتی شریعت است. لذا به نظر می‌رسد باید مفاد قاعده را با لحاظ نیازهای فعلی جامعه تفسیر و تحلیل نمود. یقیناً پویایی فقه تحمیل این زیان‌ها را به طرفی که پایبند به قرارداد است

۱. عدم‌النفع لیس بضرر

۲. «...بل یعد عرفا عدم‌النفع بعد تمامیة المقتضي له من الضرر...»

۳. وی در چند موضع از قاعدهٔ لاضرر برای جبران ضرر استفاده نموده است (شیخ انصاری، ۳/۱۴۱۵: ۱۹۰).

برنمی‌تابد و آن را منطبق با عدالت و انصاف نمی‌داند. بنابراین در این راه باید با کسانی هم عقیده شد که مفاد قاعدهٔ لاضرر را با توجه به مقتضیات جامعه تبیین و تفسیر می‌نمایند. نتیجه اینکه هر ضرری من جمله ضررهای تبعی ناشی از نقض پیش از موعد را می‌توان موضوع حکم روایت دانست. از سوی دیگر مفاد روایت دلالتی بر قابل‌جبران نبودن خسارات ناشی از محروم ماندن از منافع ندارد.

۲-۴. نظریهٔ انتساب[1]

یکی از نظریات مهم در پی یافتن فلسفهٔ مسئولیت مدنی، «نظریهٔ قابلیت انتساب» است. بر مبنای این نظریه علت ایجاد مسئولیت مدنی انتساب زیان به عامل آن است. یعنی باید به این نکته توجه داشت که در نظر عرف تحقق ضرر به عامل زیان‌بار منسوب است یا خیر. ترجیح این معیار برای تشخیص قابلیت انتساب به‌جهت انعطاف و هماهنگی آن با نیازهای زندگی اجتماعی است. از سوی دیگر مفهوم ضرر چنان‌که دیدیم یک مفهوم عرفی است (دیلمی، ۱۳۹۶: ۴۴). فقها نیز در مواضع مختلف به لزوم احراز این ضابطه تأکید نموده‌اند (حسینی مراغی، ۳/۱۴۱۷: ۴۳۵؛ بجنوردی، ۲/۱۳۸۵: ۴۵؛ آل کاشف الغطاء، بی‌تا/۳: ۱۴۱). در نقض پیش از موعد قرارداد نیز اگر ناقض قرارداد با عملکرد خود موجب شود که متعهدله از کسب منافع معقول و متعارفی که در سیر طبیعی امور امکان حصول آن‌ها وجود دارد محروم شود، چنین زیانی را عرف منتسب به متعهد می‌داند.

اعمال نظریهٔ انتساب علاوه بر اینکه عدالت نزدیک است می‌تواند باعث جبران خسارات بیشتری از زیان‌دیده گردد. آنچه مهم است نقش فاعل در ایجاد ضرر است. نظریات جدید در حقوق مسئولیت مدنی تمایل به نظریهٔ قابلیت انتساب را نشان می‌دهد. در فقه امامیه نیز در مواضع مختلف به این مبنا توجه شده است (نجفی، ۳۷/۱۴۳۲: ۵۵؛ نایینی، ۱/۱۴۱۸: ۲۹۵؛ حسینی مراغی، ۲/۱۴۱۷: ۴۳۶).

انتساب زیان به فاعل این قابلیت را دارد که هر گونه خسارت اعم از قراردادی و غیرقراردادی را قابل‌جبران بدانیم. مسئولیت ناقض قرارداد در جبران خسارات تبعی به استناد انتساب دارای پوشش کامل است زیرا در نظریهٔ انتساب حتی خساراتی که ناشی از تقصیر نیستند قابلیت جبران دارند، چون در انتساب آنچه اهمیت دارد ناروایی زیان است (انصاری و مبین، ۱۳۹۰: ۶و۱۲). لذا به نظر می‌رسد نظریهٔ انتساب یکی از مهم‌ترین مبانی توجیه‌کنندهٔ زیان‌های تبعی ناشی از نقض پیش از موعد است.

۱. قاعدهٔ *novous actus interveniens* همانند نظریهٔ انتساب در حقوق ایران است. در حقوق انگلیس ممکن است به علت وجود یک سبب حائل Intervening causes ضرر وارده به تقصیر خوانده قابل انتساب نباشد.

مثلاً تنها شرکت تولیدکنندهٔ آهن در مقابل یک شرکت ساختمانی که در حال احداث یک پروژهٔ ساختمانی است، تأمین آهن پروژه را تا مدت ۶ ماه به‌عهده می‌گیرد. یک ماه پس از شروع انجام تعهد به‌دلیل سوء مدیریت، شرکت تولیدکنندهٔ آهن تعطیل شده و اجرای تعهد عملاً تا پایان قرارداد ناممکن می‌گردد. شرکت ساختمانی نیز ناگزیر در انجام تعهدات خود در مقابل خریداران دچار مشکل شده و در تحویل واحدها تأخیر می‌کند. در این فرض خسارات ناشی از تأخیر شرکت ساختمانی در مقابل خریداران عرفاً ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد است که قابل‌انتساب به شرکت تولیدکنندهٔ آهن است.

۳-۴. مقابله‌به‌مثل

در فقه برای جبران عدم‌النفع به آیات «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» و «جزاء سیئه سیئه مثلها» استناد شده است (حسینی عاملی، ۱۸/۱۴۱۸: ۴۷؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۷؛ اردبیلی، ۱۰/۱۴۰۳: ۳۱۵). از آنجا که متعهدله معمولاً با اعتماد متعارف به طرف قرارداد متحمل هزینه‌های جنبی می‌گردد در صورت نقض پیش از موعد قرارداد او دچار ضرر مضاعف خواهد شد و قاعدهٔ جواز مقابله‌به‌مثل می‌تواند در اینجا راهگشا باشد. زیرا با نقض عهد، هزینه‌ها و زیان‌هایی که خواهان با اتکا به اجرای قرارداد متحمل شده بدون دلیل در دست طرف دیگر باقی می‌ماند (جعفری لنگرودی، ۴/۱۳۹۱: ۱۴). در حالی که سبب این امر نقض عهد خوانده بوده است و قاعدهٔ جواز مقابله‌به‌مثل می‌تواند از بروز این ضرر ناعادلانه جلوگیری کند. البته باید توجه داشت که برای جبران زیان‌های ناشی از اعتماد و اتکا به قرارداد هنگامی می‌توان به قاعدهٔ مقابله‌به‌مثل استناد نمود که هزینه‌های به‌عمل آمده از سوی خواهان به نوعی موجبات نفع متعهد را فراهم آورده و متعهدله را مغبون نموده باشد. زیرا تلف کردن اموال، منافع و حقوق دیگران از مصادیق تعدی است و مطابق قاعدهٔ یادشده کسی که از تخلف طرف قرارداد متحمل خسارت گردیده می‌تواند به میزانی که اموالش مورد تضییع قرار گرفته از متعهد مطالبه نماید.

شکی نیست که اتلاف مال غیر بدون اجازهٔ صاحب مال مصداق تعدی و تجاوز است (یوسفی، ۱۳۹۷: ۳۵). اما آیا می‌توان به استناد این آیات اولاً به متعهد اجازه داد که او قرارداد را پایان یافته تلقی کند و ثانیاً زیان‌های ناشی از نقض را از متعهد مطالبه کند؟ در آیهٔ ۵۸ سوره انفال آمده است: «وَ إِمّا تَخافَنّ مِنْ قَوْمٍ خِيانَةً فَانْبِذْ إِلَيهِمْ عَلى سَواءٍ إِنّ اللّهَ لا يحِبُّ الْخائِنِينَ / چنانچه از خیانت قومی (از معاهدین خود) می‌ترسی در این صورت تو نیز با حفظ عدل و درستی، عهد آن‌ها را نقض کن، که خدا خیانتکاران را دوست نمی‌دارد». به دلالت این آیه پایان دادن به قرارداد با مفاد قاعدهٔ مقابله‌به‌مثل منافاتی ندارد. اما مشکل آنجاست که فقها معتقدند آیهٔ مذکور صرفاً ناظر بر حکم

تکلیفی است و دلالتی بر حکم وضعی ندارد. به عبارت دیگر مفهوم قسمت اخیر آیهٔ صرفاً تقاص و مقابله‌به‌مثل است نه جبران ضرر (انصاری، ۶/۱۴۱۵: ۳۱۴). اما برخی دیگر از فقها استدلال نموده‌اند اینکه صرفاً مفاد آیه را مجوزی برای تقاص بدانیم صحیح نیست. بلکه اجازهٔ شارع به مقابله‌به‌مثل را باید به معنای ضمان گرفت[1] (موسوی خمینی، ۱/۱۴۱۰: ۳۲۵). در تأیید این نظر گفته شده تجویز اخذِ مثل، به معنای ضمان است (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۱۰؛ لنگرودی، ۴/۱۳۹۱: ۱۴). برخی از فقها نیز اعتقاد دارند حکم به گرفتن مثل یا قیمت آنچه به آن تعدی شده است عرفاً کشف می‌کند که گیرندهٔ مثل یا قیمت، نسبت به آن دارای حق بوده است. بنابراین پرداختن مثل یا قیمت، مجانی و بدون عوض نیست بلکه تقاص چیزی است که ذمهٔ متعدی به آن مشغول است (موسوی خمینی، ۱/۱۴۱۰: ۳۲۵). همچنین برخی از فقها مانند مقدس اردبیلی و سید بحرالعلوم نیز به دلالت آیات یاد شده حکم به ضمان حبس‌کنندهٔ شخصِ صنعت‌گر داده‌اند (حسینی عاملی، ۱۸/۱۴۱۸: ۴۷؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۷؛ اردبیلی، ۱۰/۱۴۰۳: ۳۵). بنابراین فقه ما با جبران خسارات تبعی، غیرمستقیم و عدم‌النفع به استناد قاعدهٔ فوق چندان هم بیگانه نیست.

۴-۴. بنای عقلا[2]

اصل جبران ضرر دارای پشتوانهٔ عقلی است و همین پشتوانهٔ عقلی است که جبران‌پذیری تمام اقسام ضرر را توجیه‌پذیر می‌سازد. (محقق داماد، ۱/۱۳۷۳: ۱۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۵۶؛ غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۳۶) بنابراین اگر متعهد با اقدامات خود وضعیتی را به وجود آورد که پیش از موعد مقرر، قرارداد خاتمه‌یافته تلقی شود، متعهدلهِ عاقل و محتاط به‌منظور تقلیل خسارات[3] وارده به خود تا موعد اجرا منتظر نخواهد ماند. در قوانین ایران هم نمونه‌هایی از تأثیر این قاعده وجود دارد[4] (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۶۲).

هرچند جبران‌پذیری تمامی ضررهای تبعی به حکم عقل امری محال و غیرممکن است. لیکن سیرهٔ عملی خردمندان نشان می‌دهد که ایشان این قبیل ضررها را به‌طور مطلق نفی نمی‌نمایند. همین منطق عقلی می‌تواند جبران زیان‌های تبعی که رابطهٔ عرفی با حادثهٔ زیان‌بار دارند را توجیه نماید. در حقوق

۱. «... فیستفاد من إجازة الاخذ بالمثل والقیمة أن الاعتداء موجب للضمان، ولا یکون محرما صرفا...»

۲. منظور از بنای عقلا، استمرار روش و عمل قاطبهٔ عقلا در گفتار، رفتار و سایر روابط اجتماعی ایشان بدون در نظر گرفتن قومیت، مذهب و سایر امور از این دست است (انصاری و طاهری، ۱/۱۳۸۸: ۳۸۲).

3. Mitigation of Damages

٤. مواد ۲۱۸ مکرر، ۳۷۷ و ۳۸۰ قانون مدنی، مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۵۳۳ قانون تجارت و مادهٔ ۱۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی

(کاتوزیان، ۴/۱۳۸۳: ۲۴۶؛ نقیبی و زارچی‌پور، ۱۳۹۷: ۱۳) و فقه (حسینی مراغی، ۱/۱۴۱۷: ۳۱۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۹۰؛ موسوی بجنوردی، ۴/۱۴۱۹: ۱۸۱؛ موسوی خمینی، ۱/۱۴۱۰: ۳۲۳) برای جبران ضرر مورد انتظار به بنای عقلا استناد شده است. معمولاً گفته می‌شود در پذیرش مبنای عقلی، عدم ردع کافی است و نیازی به تأیید شارع وجود ندارد (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷: ۶۱؛ اصغری، ۱۳۸۴: ۳۹). بنابراین چنانچه جبران ضرر مورد نهی شارع قرار نگرفته باشد با جمع بودن سایر شرایط مسئولیت مدنی و بنا بر اصل اباحه می‌توان به‌طور استثنایی حکم به جبران این ضررها داد.

در عرف و عادت تجاری نیز برای طرفی که به‌طور متعارف و معقول می‌داند که قرارداد اجرا نخواهد شد حق تعلیق و فسخ قرارداد به رسمیت شناخته شده است.[1] یعنی عرف تجاری اقتضا دارد که به متعهدله اختیار داده شود تا با آینده‌نگری قبل از تحقق ضرر آن را دفع نماید (Feldhausen, March 2020؛ غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۵۲).

۵-۴. اصل حاکمیت اراده

بر مبنای این اصل طرفین عقد آزادند هر تعهدی را که بخواهند در مقابل یکدیگر پایه‌ریزی کنند و هر کسی که دارای اهلیت[2] است می‌تواند آزادانه هر تعهدی را بپذیرد. کسی نمی‌تواند در ایجاد مسئولیت یا تعهد، دیگری را محدود کند. به همین جهت است که گفته شده قدرت الزام‌آور تعهد ارادهٔ طرفین است (Lavowbiere, 1862: 23). این اصل مشتمل بر دو امر اساسی است. اول اینکه ارادهٔ آزاد منبع تعهدات و نظم حقوقی است. دوم؛ اراده هم منبع تعهد هم منبع آثار آن است[3] (سنهوری، ۱/۱۳۸۲: ۵۹).

امروزه افراد می‌توانند آزادانه و به دلخواه هر پیمانی را با یکدیگر منعقد نموده و حدود تعهدات و آثار آن را تعیین کنند. نتایج عهدشکنی بر مبنای این اصل قابل‌پیش‌بینی است. به همین جهت می‌توان گفت جبران زیان‌هایی که به علت نقض پیش از موعد از دست رفته است اثر خواست طرفین در هنگام انعقاد عقد است. عدالت معاوضی نیز اقتضا دارد چنین زیان‌هایی بلاجبران نماند (غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۳۹). در حقیقت متعاملین در زمان انعقاد عقد به حصول منافع گوناگونی نظر دارند، این منافع علاوه بر منافع اصلی شامل منافع تبعی و غیرمستقیم مانند منفعت اعاده، منفعت انتظار و منفعت اعتماد را نیز شامل شود. دلیل این مدعا آن است که اصولاً در هنگام انعقاد قرارداد،

1. Theory of specific performance
2. Capacity
۳. اصل حاکمیت اراده ریشه در عقاید کانت دارد. کانت معتقد بود «هر آنچه که قراردادی است عادلانه است». فلاسفهٔ قرن هجدهم اراده را منبع تمامی حقوق می‌دانستند (Ghestin, 1993: n39).

طرفین با حسن‌نیت و اعتماد به اینکه طرف مقابل به تمامی آثار و تبعات قرارداد پایبند است مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کنند. به عبارت دیگر در هر قراردادی این شرط ضمنی وجود دارد که طرفین علاوه بر پایبندی به مفاد قرارداد باید هر گونه تبعات منطقی و عرفی ناشی از تخلف خود را پذیرا باشند. قانون‌گذار ایران در مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی به این مهم تأکید نموده است. بنابراین جبران خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد را باید ناشی از احترام طرفین به حاکمیت ارادهٔ آنان دانست. قرارداد می‌تواند هر گونه منفعت ازکف‌رفتهٔ طرفین را پوشش دهد مشروط بر اینکه این ترتیب در قلمرو تراضی طرفین آمده باشد (رنجبر، ۱۳۹۵: ۱۰۷). اما اشکالی که این مبنا در عمل با آن مواجه می‌گردد این است که به دشواری می‌توان پذیرفت که طرفین تمامی خساراتی که از نقض عهد ناشی می‌شود را پیش‌بینی کنند (غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۵۱). چه اینکه جبران خسارات من جمله ضررهای غیرمستقیم با توسل به اصل حاکمیت اراده مستلزم آن است که طرفین با علم و آگاهی از احتمال وقوع چنین ضررهایی اقدام به انعقاد قرارداد نموده باشند (غمامی، ۱۳۸۳: ۸۳؛ Gilbey, 1389: 480). بنابراین در استناد به حاکمیت اراده باید جانب اعتدال را در پیش گرفته و از زیاده‌روی پرهیز کرد (سنهوری، ۱/۱۳۸۲: ۶۳). شکی نیست که حاکمیت اراده به معنای فلسفی آن کمی مبالغه‌آمیز به نظر می‌آید و امروزه باید حقوق را قدرت بالاتری نسبت به ارادهٔ طرفین دانست؛ لیکن نباید از این نکته هم غافل شد که حقوق به‌جهت اهمیت و اعتباری که برای حکومت اراده قائل است، برای پیمان خصوصی بین افراد نیز احترام و ارزش قائل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۱۱). مضاف بر اینکه نظم اجتماعی اقتضا دارد که عهدشکنی متعهد بی پاسخ نماند (Gilbey, 1389: 480; Corbin, 1952: 945). قانون مدنی نیز جبران خسارات عرفی را تجویز نموده و علاوه بر نتایج حاصله از موارد مصرح در قرارداد، متعاملین را ملزم به جبران نتایج غیرمصرح نیز می‌داند.[1] بنابراین بی‌مناسبت نخواهد بود اگر التزام به جبران زیان‌های ناشی از نقض پیش از موعد را در قالب شرط ضمنی یا شرط بنایی دو طرف نیز تعبیر و تفسیر نماییم (Smith, 1993: 203; Schlechtriem, 1998: 59-62؛ صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۵۶؛ دیلمی، ۱۳۹۶: ۴۱).

امروزه تغییرات مداوم شاخص‌های اقتصادی باعث شده است که متعاملین بر روی بندبند قرارداد حساب ویژه‌ای باز کنند و برای کوچک‌ترین تخلف طرف مقابل، خود را مستحق دریافت خسارت بدانند. بنابراین عجیب نخواهد بود اگر به این نظر قائل شویم که متعاملین با علم به اینکه تخلف

۱. مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم می‌باشند.»

آن‌ها دارای تبعات گسترده‌ای خواهد بود به انعقاد معامله مبادرت می‌ورزند؛ هرچند که این تبعات صراحتاً در متن قرارداد نیامده باشد. از سوی دیگر نمی‌توان حقوق متعهدله را منحصر در نفض پیش از موعد قرارداد دانست چه اینکه اعتماد متعارف و اتکای او به طرف مقابل باعث گردیده در رسیدن به نتایجی که در سر می‌پرورانده ناکام بماند. با اعمال این قاعده خواهان به منافعی که از اجرای قرارداد انتظار داشته دست خواهد یافت (Eisenberg, 2006: 979). شکی نیست که قراردادن زیان‌دیده در وضعیت اجرای قراداد، هدف اصلی از جبران خسارت است (Garner, 2004: 431; Pearce &Halson, 2008: 74). در حقوق انگلستان بر مبنای یک قاعدهٔ مهم «زیان‌دیده می‌تواند در برخی شرایط خاص به‌جای مطالبه خسارت متوقع، خواستار جبران خسارت اتکایی شود» (راف، ۱۳۹۰: ۲۴۷). این نظریه بر این مبنا استوار است که متعاقدین با اتکا و اعتماد به تعهدات قراردادی طرف مقابل مبادرت به امضای قرارداد نموده‌اند، بنابراین قرارداد باید آن‌ها را بر مبنای این اعتماد، مورد حمایت قرار دهد (امینی و پیری، ۱۴۰۰: ۱۵۵).

نتیجه

اصل جبران کامل خسارات زیان‌دیده که در بسیاری از کشورها پذیرفته شده، برخاسته از روح عدالت و انصاف است. به همین جهت این کشورها پذیرفته‌اند که اگر اوضاع و احوال نشان دهد شخص متعهد به‌طور معمول و متعارف قادر به انجام تعهداتش نیست و عدم انجام قرارداد قبل از موعد مقرر منجر به از دست رفتن منافعی خواهد شد که در سیر طبیعی و روال متعارف امور قابلیت تحقق دارند، جبران این خسارات به‌عهدهٔ ناقض قرارداد است. با وجود اینکه مقررات کنونی کشور ایران صراحتاً جبران خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد را تجویز نکرده است اما نیازی به تسری قواعد حقوق کامن‌لا نیز احساس نمی‌گردد. چه اینکه قواعد فقهی و اصول حقوقی پذیرفته‌شدهٔ سیستم حقوقی ایران جبران این‌گونه زیان‌ها را ناممکن نمی‌داند. در حقوق ایران شرط اساسی برای جبران چنین زیان‌هایی وجود رابطهٔ سببیت عرفی و انتساب آن به فعل زیان‌بار است. در صورت اثبات چنین شرطی می‌توان گفت که وقوع زیان برای شخص متعهد قابل‌پیش‌بینی بوده است. از سوی دیگر اصل حاکمیت اراده و شرط ضمنی و ارتکازی طرفین مبنای مناسبی برای جبران زیان‌های تبعی ناشی از از نقض پیش از موعد قرارداد هستند. علاوه بر این متعهد قرارداد باید همانند یک معاملِ معقول و متعارف رفتار نموده و حداکثر توان خویش را برای اجرای قرارداد به کار گیرد. حقوق ایران با این نظر بیگانه نیست و می‌توان از ظرفیت مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی برای این منظور کمک گرفت. عمومات «المومنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» این نظر را تقویت می‌کند. شایسته است پژوهشگران آتی نیز قواعد فقهی، حقوقی و نصوص قانونی را به‌نحوی به کار

گیرند که زیان‌های متعهدله به‌نحو کامل‌تری جبران گردد و تا حد امکان زیان‌دیده در وضعیت اجرای قرارداد قرار گیرد. توسعهٔ بیمهٔ مسئولیت به زیان‌های تبعی پیش از موعد یکی از راه‌هایی است که می‌تواند از تحمیل هزینه‌های پیش‌بینی نشده و احتمالی به ناقض قرارداد جلوگیری نموده و خسارات زیان‌دیده را پوشش دهد. لیکن این مقدار، کافی نیست. رویهٔ قضایی باید با توسل به مبانی موجود در فقه و حقوق نسبت به جبران زیان‌های تبعی حساسیت به خرج دهد تا خسارات معقول و متعارف زیان‌دیده، جبران نشده باقی نماند.

منابع

فارسی

- اصغری، سیدمحمد (۱۳۸۴)، «بناء عقلا»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شمارهٔ ۷۰.
- امینی، منصور، همایون مافی و حسین اعظمی چهاربرخ (۱۳۹۰)، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، **مجله مطالعات حقوقی**، دورهٔ سوم، شمارهٔ ۱.
- امینی، منصور و جواد پیری (۱۴۰۰)، «ضابطه ارزیابی خسارات ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظامهای حقوقی و اسناد بین‌المللی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۵، شمارهٔ ۱۱۴.
- انصاری، علی و فرهاد بیات (۱۳۹۱)، «مطالعه تطبیقی نقض قابل‌پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و نظام‌های حقوق ملی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شمارهٔ ۶۰.
- انصاری، علی و حجت مبین (۱۳۹۰)، «نظریه قابلیت انتساب در حقوق مسئولیت مدنی مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق فرانسه»، **پژوهش‌های حقوق تطبیقی**، شمارهٔ ۹۱، پیاپی ۷۱.
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری (۱۳۸۸)، **دانشنامه حقوق خصوصی**، چ سوم، تهران: جنگل-جاودانه.
- بادینی، حسن، و دیگران (۱۳۹۶)، خسارت تبعی در بیع بین‌المللی کالا، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، شمارهٔ ۷۹.
- باریکلو، علی رضا (۱۳۹۶)، **مسئولیت مدنی**، تهران: میزان.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، **قواعد فقه**، چاپ دوم، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، **الفارق**، ج ۴، تهران: گنج دانش.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۲)، **حقوق مدنی (مسئولیت مدنی)**، تهران: میزان.
- دیلمی، احمد (۱۳۹۶)، «نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد و منطق حل معضل ناشی از آن در فقه امامیه»، **پژوهش‌های حقوق تطبیقی**، دورهٔ بیست و یکم، شمارهٔ ۱.
- راف، آنه (۱۳۹۰)، **قواعد حقوق قرارداد انگلستان از دید رویهٔ قضایی**، ترجمه سیدمحمد موسوی، تهران: میزان.
- رنجبر، مسعودرضا (۱۳۹۵)، **تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد**، چاپ ۳، تهران: میزان.
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۲)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی جدید (دوره حقوق تعهدات)**، ترجمه: محمدحسین دانش‌کیا و سیدمهدی دادمرزی، جلد اول، چاپ اول، قم: دانشگاه قم.
- شهباز قهفرخی، سجاد (۱۳۹۹)، «تبیین و نقد نظریه تعامل متقارن در تعیین میزان تقصیر زیان‌دیده و خوانده دعوا در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۴، شمارهٔ ۱۱۱.
- صفایی، سیدحسین و جعفر عسگری (۱۳۹۳)، «نقض قابل‌پیش‌بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام «کامن‌لا» و کنوانسیون وین»، **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، شمارهٔ ۴۰.
- صفایی، سیدحسین و دیگران (۱۳۹۲)، **حقوق بیع بین‌المللی کالا**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صفایی، سیدحسین، و جعفر عسگری (۱۳۹۴)، «ماهیت و مبانی نظریه نقض قابل‌پیش‌بینی در فقه و حقوق ایران»، **فصلنامهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی**، شمارهٔ ۷۰.

- صفایی، سیدحسین و حبیب الله رحیمی (۱۳۹۷)، **مسئولیت مدنی تطبیقی**، تهران: شهر دانش.
- طالب احمدی، حبیب و عباس کاظمی نجف آبادی (۱۳۹۴)، «ضمانت‌اجرای احتمال نقض قرارداد در حقوق ایران و نظام حقوقی عرفی»، **مجله مطالعات حقوقی**، دوره هفتم، شمارهٔ ۴.
- غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۸۸)، «اثر نقض قابل‌پیش‌بینی بر روابط قراردادی»، **مجله مطالعات حقوق خصوصی**، سال سی و نهم، شمارهٔ ۲.
- غمامی، مجید (۱۳۸۳)، **قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، **الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری**، تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاظمی نجف آبادی، عباس (۱۳۸۸)، «تاریخچه شکل گیری قاعده نقش قابل‌پیش‌بینی در رویه قضایی کامن‌لا و ورود آن به مقررات داخلی و بین‌المللی»، **مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی**، شمارهٔ ۴۶ و ۴۷.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۴)، **قواعد فقه ۲ (بخش مدنی)**، تهران: انتشارات سمت.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۳)، **قواعد فقه ۱ (بخش مدنی)**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن (۱۴۲۷)، **دیدگاه‌های نو در حقوق**، تهران، میزان.
- نقیبی، سیدابوالقاسم و روح اله زارچی پور (۱۳۹۷)، «نظریه جبران خسارت عدم النفع محقق الحصول در فقه امامیه»، **فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی**، سال چهارم، شماره یازدهم.
- یوسفی، علی (۱۳۹۷)، **اصل جبران کامل خسارت در حقوق مسئولیت مدنی**، چ اول، تهران: جنگل جاودانه.

عربی

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، **کفایة الأصول**، قم: مؤسسة آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان**، جلد ۱، قم: دفتر نشر اسلامی.
- آل کاشف الغطا، شیخ محمد حسین (بی‌تا)، **تحریر المجله**، بی‌جا: مؤسسة الامام الصادق علیه السلام.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب**، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۹ق)، **فرائد الاصول (الرسائل)**، جلد ۲، تحقیق و إعداد: لجنه تحقیق تراث الشیخ الأعظم، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۱۸ق)، **مفتاح الکرامه**، چاپ اول، ج ۱۴، بیروت: دارالتراث.
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **عناوین الفقهیه**، ج ۱و۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا)، **مصباح الفقاهه**، تقریر: الشیخ محمدعلی التوحیدی، ج ۵، بی‌جا.
- سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴ق)، **قاعدة لاضرر و لاضرار**، چ اول، قم: دفتر آیةالله سیستانی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محدث نوری طبرسی، شیخ حسین (بی‌تا)، **مستدرک الوسائل**، ج ۱۳، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث،

- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقیه**، قم: نشر الهادی.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۵)، **قواعد فقهیه**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۰ق)، **کتاب البیع**، چ چهارم، قم: مطبعة مؤسسة اسماعیلیان.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۸۴)، **کتاب البیع**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشرآثار امام خمینی ره.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۴ق)، **تهذیب الأُصول**، تقریرات شیخ جعفر سبحانی، چ اول، قم: مطبعة مؤسسة العروج.
- نائینی، میرزا حسن (۱۴۱۸ق)، **منیه الطالب**، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۳۲ق)، **جواهرالکلام**، چاپ هفتم، بیروت: دارالکتب الاسلامی.

انگلیسی

- Carter, J. W (1991), **Breach of Contract**, Sydney: The Law Book Company Limited, ed. 2th.
- Corbin. Arthur Linton (1952), Corbin **on contract**, west publishing company, one volume edition, United States.
- Coulthard, Willl & Partner Rebecca Cifelli (2017), **Consequential Loss: do you know what you are excluding?** Last visited on Accessed 2020.11.15 <www.jws.com.au/en/insights/articles/2017-articles/consequential-loss-do-you-know-what-you-are-exclud>.
- Eisenberg, Melvin A (2006). **The Disgorgement Interest in Contract Law**, scholarship law.
- Feldhausen, Timothy J (2020). **Anticipatory Breach of Contracts May Become More Common in a Time of Uncertainty**, Last visited on Accessed 2020.11.15 <https://www.natlawreview.com/article/anticipatory-breach-contracts-may-become-more-common-time-uncertainty>.
- Friedmann, Daniel (2001), A Comment on Fuller and Perdue; The Reliance Interest in Contract Damage, Issues in Legal Scholarship.
- Garner, Bryan A (2004), **Black's Dictionary of Law**, 8 edn., New York, West Group.
- Ghestin, Jacques (1993), **Traité de droit civil: La formation du contrat**, Volumes 1-2: Les obligations, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Gilbey Strub, M (1989), **Anticipatory repudiation provisions & developing countries**, international & comparative law quarterly, vol.38.
- Honnold, John O (1999), Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, The Hague: Kluwer Law International, ed. 3th.
- Larombière, Léobon (1862), **Théorie et pratique des obligations**, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
- Le Tourneau, Philippe et Cadiet, Loic (1998), **Droit de la responsabilite**, Dalloz Action.
- Pearce, David & Halson, Roger (2008), **Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication**, Oxford Journal of Legal Studies 28. <https://philpapers.org/rec/PEADFB>.
- Schlechtriem, Peter (1998)**, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods**, Translated by G. Thomas, London, Oxford University Press.

- Siegenthaler, Thomas & Griffiths, Joseph (2003), **Indirect and Consequential Loss Clauses Under Swiss Law**, ilaw.
- Smith, J. C (1993), **The law of contract**, sweet & Maxwell, second edition, London.
- Squillante, Alphonse M (1973), Anticipatory repudiation and retraction.
- Stone, Richard (2002), **The Modern Law of Contract**, 6thed Covendish Publishing.
- Treitel, G. H (1984), **The Law of Contract**, Sweet & Maxwell.
- Tweeddale, Andrew (2017), last visited on 3March2019, <www.corbett.co.uk/all-damage-is-in-a-sense-consequential-so-what-in-law-are-consequential-losses>.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.549336.4712

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۱۸۷ تا ۲۱۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۱

فهرست‌بندی مواد مخدر و روان‌گردان در نظام عدالت کیفری ایران و ایالات متحدهٔ آمریکا

آزاده صادقی*

چکیده

در بسیاری از نظام‌های عدالت کیفری، سیاست‌گذاران تحت تأثیر مقررات کنوانسیون‌های مواد مخدر، از طریق فهرست‌بندی مواد تحت کنترل بر اساس میزان خطرناکی یا آسیب‌زایی آن‌ها، کیفرهای مرتبط با فعالیت‌های غیرقانونی دربارهٔ هر ماده را تعیین می‌کنند. با توجه به اهمیت مقولهٔ حاضر، در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و مطالعهٔ مقررات حوزهٔ مواد مخدر و روان‌گردان، تلاش شده است تا به این مسئلهٔ اصلی بپردازد که میزان خطرناکی مواد مخدر یا روان‌گردان بر اساس چه معیارهایی و در چه فرایندی سنجیده می‌شود و در واقع آن‌ها چگونه فهرست‌بندی می‌شوند. از مطالعهٔ تطبیقی مقررات مواد تحت کنترل در نظام عدالت کیفری ایالات متحده برای بررسی این معیارها نیز استفاده شد و در نهایت مقاله به این نتیجه رسیده است که در نظام حقوقی ایران به‌رغم افزوده شدن عبارت «دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیردارویی» در اصلاحات سال ۱۳۸۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر، هیچ معیاری برای رتبه‌بندی میزان خطرناکی این مواد معرفی نشده، اما در ایالات متحده ضمن قانون مواد تحت کنترل، این موضوع تا اندازه‌ای رعایت شده است. احراز ضرورت جدول‌بندی یک مادهٔ جدید در شرایطی که معیاری برای رتبه‌بندی خطرناکی آن‌ها وجود نداشته باشد، می‌تواند با ماندگارسازی ترس‌های قدیمی، هراس از مواد را برساخته و وضعیت را به نفع کنترل‌های سخت‌گیرانه ازجمله مجازات‌های شدید تغییر دهد. امری که در ایالات متحده به‌طور خاص در رابطه با برخی انواع مواد مخدر و روان‌گردان ضمن قانون مقابله با سوءمصرف مواد روی داده است. درک مفهوم «خطرناکی» در قالب برساختهٔ اجتماعی

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
sadeghiazade@yahoo.com

می‌تواند احتمالات مختلفی را راجع به چگونگی تطبیق این معیار بر یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان در راستای تأمین منافع گروه‌های ذی‌نفوذ ترسیم کند. اشکالات ناظر بر مراجع تصمیم‌گیرنده نیز این فرایند را تشدید می‌نماید.

واژگان کلیدی: مواد مخدر و روان‌گردان، مواد تحت کنترل، فهرست‌بندی، کیفرگذاری

مقدمه

اولین نمونهٔ فهرست‌بندی مواد مخدر در نظام عدالت کیفری ایران به‌موجب تصویب‌نامهٔ راجع به فهرست مواد مخدر مصوب ۱۳۳۸ صورت گرفته است که مادهٔ یک آن، مواد مخدر را به دو دسته مواد افیونی و حشیش و مشابهین آن، و سایر ادویهٔ مخدره[1] تقسیم می‌کند. سهم این سند در نظام کنترل مواد مخدر ایران را به این دلیل باارزش می‌دانیم که فرایند دوگانه‌سازی مواد مخدر به مواد طبیعی (سنتی) و صنعتی با اتکا آن آغاز و در مهم‌ترین مقررات کیفری مرتبط، یعنی مواد ۴ و ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر انعکاس یافته است.[2] بنابراین، آنچه امروز تحت عنوان مبارزه با «مواد مخدر» انسجام یافته و از انواع آن می‌شناسیم، بی‌شک وام‌دار مقررهٔ مذکور است. گذشتهٔ مواد روان‌گردان را نیز باید در قوانین پیش از انقلاب بیابیم. فهرست اولیهٔ این مواد به‌موجب قانون مربوط به مواد روان‌گردان (پسیکوتروپ) مصوب ۱۳۵۴[3] تنظیم و بر اساس مصوبهٔ سال ۱۳۸۴ هیئت وزیران به‌روزرسانی شده‌اند که البته ملاک اصلی را برای تعیین کیفرها نیز ایجاد کرده است؛ با این محتوا که رفتارهای غیرقانونی مرتبط با مواد مندرج در فهرست اول با ضمانت‌اجراهای بسیار شدیدتری در مقایسه با مواد مندرج در فهرست دوم، سوم و چهارم پاسخ داده شده‌اند.

این مرزبندی مشخص میان مواد مخدر و روان‌گردان و تعیین قلمروهای جداگانه برای آنان تحت تأثیر اصلاحات قانونی سال ۱۳۸۹ در رابطه با افزودن چندین مادهٔ روان‌گردان (آمفتامین، مت‌آمفتامین (شیشه)، اکستازی، ال.اس.دی، فلونیترازپام، جی. اچ. بی) به مقررات قانون اصلاح

۱. ادویه جمع «دواء» و به عنوان معادل فارسی واژهٔ "Drugs" به کار گرفته می‌شده و استفاده از آن در ادبیات نگارشی قبل از انقلاب مرسوم بوده است.

۲. در این تصویب‌نامه به دلالت مواد برشمرده‌شده، مواد مخدر مندرج در دستهٔ اول (تریاک، حشیش، گراس، چرس)، همگی جزو مواد طبیعی و با ریشهٔ گیاهی هستند و مواد مخدر مندرج در دستهٔ دوم (از جمله هرویین، مرفین و متادون) جزو مواد مخدری هستند که به صورت صنعتی تولید می‌شوند. در حال حاضر نیز بر اساس قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر، مواد مخدر بر اساس همین منطق تقسیم و مجازات‌های جداگانه‌ای برای آن‌ها مقرر شده است.

۳. ملاحظهٔ مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی در جریان تدوین این قانون نشان می‌دهد که نمایندگان کاملاً تحت تأثیر مقررات کنوانسیون مواد روان‌گردان بوده و بدون هیچ گونه اشکالی، لایحه را به تصویب رساندند.

قانون مبارزه با مواد مخدر (به‌طور خاص، مادهٔ ۸) و شاید مهم‌تر از آن، اضافه شدن عبارت «یا هر نوع مادهٔ مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیردارویی» در مادهٔ ۴، ۸ (و اکثر مواد)» تغییر یافت. از این پس، این امکان فراهم است تا هر زمان با تصویب مراجع مجاز، مواد روان‌گردان قانون پسیکوتروپ (و سایر روانگردان‌ها) به گسترهٔ سیاست‌های کنترلی قانون مبارزه با مواد مخدر اضافه شوند. مسئلهٔ اخیر وقتی در کنار این حقیقت قرار گیرد که مواد جدید تحت کنترل شناسایی‌شده در جهان عمدتاً در گروه روان‌گردان‌ها هستند (Farrell, 2010)، نگرانی عمیقی را در رابطه با چگونگی این انتخاب مهم و در نتیجه احتمال توسعهٔ قلمرو کیفری یک قانون سخت‌گیرانه ایجاد می‌کند.

بنابراین، با توجه به اینکه تعریف یک ماده به‌عنوان «مادهٔ مخدر یا روان‌گردان» و یا تحت عنوان کلی «مادهٔ تحت کنترل[1]»، وضعیت‌های حقوقی جدیدی را در رابطه با سیاست‌های کنترلی و همچنین مقررات کیفری ایجاد می‌کند و مهم‌ترین کاربرد فهرست‌بندی نیز تعیین مجازات است (Room & Lubman, 2010: 98)، ماهیت فرایند تصمیم‌گیری راجع به این مسئله اهمیت اساسی خواهد داشت. این امر مستلزم گمانه‌زنی‌های علمی پیرامون ویژگی‌های یک ماده از سوی نهادهای یا مقامات صلاحیت‌دار و تعیین سرنوشت حقوقی آن ماده و احتمالاً ضمانت‌اجراهای کیفری مرتبط است. در پژوهش حاضر بر این مسئله تمرکز خواهیم کرد؛ در واقع، آنچه در این مقاله قصد انجام آن را داریم، کشف و بررسی سازوکارهای انتخاب یک ماده به‌عنوان مادهٔ مخدر یا روان‌گردان مشمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و در حقیقت معیارهای تعیین خصوصیات و خطرناکی مواد و طرح مجموعه‌ای از ابهامات در رابطه با عملکرد نظام عدالت کیفری در این خصوص است که با نقد شایستگی مراجع تصمیم‌گیرندهٔ این حوزه تکمیل می‌شود.[2] در راستای بررسی مسئلهٔ اصلی پژوهش یعنی ارزیابی معیارهای حاکم بر میزان خطرناکی مواد مخدر، از مقررات ایالات متحدهٔ آمریکا که از سیستم فهرست‌بندی مواد و اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری متناسب با هریک از گروه‌ها، برای تحت کنترل قرار دادن مواد استفاده کرده است، نیز بهره خواهیم برد.[3]

1. Controlled Substance

۲. بر اساس اظهارات مدیرکل حقوقی و امور مجلس ستاد مبارزه با مواد مخدر، فهرست‌بندی مواد مخدر و روان‌گردان مورد توجه مقامات رسمی قرار گرفته و در لایحه‌ای که در سال ۱۳۹۸ تحت عنوان «لایحهٔ الحاق فهرست سه‌گانهٔ مواد مخدر و روان‌گردان‌ها به قانون» به مجلس شورای اسلامی ارائه شده است. لکن مشخصاتی از این لایحه تاکنون منتشر نشده است تا بتوان در رابطه با آن بحث کرد.

www.pana.ir/news/964655

۳. به زعم بسیاری از پژوهشگران، الکل و تنباکو دو ماده‌ای هستند که بنابر ملاحظات خاص، در فهرست ←

تحلیل و تبیین موضوع، با تکیه بر روش توصیفی تحلیلی، در پنج قسمت صورت گرفته است: در بخش اول مفهوم «دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیردارویی» واکاوی شد. در بخش دوم با عنوان مسئلهٔ معیارهای انتخاب یک ماده به‌عنوان ماده مخدر یا روان‌گردان مشمول قوانین کیفری در ایران، وجود یا عدم وجود معیارهای سنجش میزان خطرناکی مواد مخدر یا روان‌گردان برای شمول در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر در ایران تحلیل شده است. در بخش سوم، با توجه به بعد تطبیقی مقاله، تحت عنوان معیارهای سنجش میزان خطرناکی مواد مخدر و روان‌گردان در ایالات متحدهٔ آمریکا، این معیارها به طورخاص با ارجاع به دو قانون مهم «قانون مواد تحت کنترل مصوب ۱۹۷۱»[1] و «قانون مقابله با سوءمصرف مواد مصوب ۱۹۸۶»[2] تحلیل و تبعات اشکالات ناشی از فهرست‌بندی نادرست مورد بررسی قرار گرفت. در بخش چهارم، با عنوان کلی درجهٔ خطرناکی مواد به‌عنوان برساختهٔ اجتماعی، این مسئلهٔ مهم بررسی شد که در عمل رتبه‌بندی مواد بر مبنای میزان خطرناکی آن‌ها بیش از آنکه مبتنی بر واقعیت‌های عینی باشد، در مواجهه با هراس‌ها و منافع کارفرمایان اخلاقی برساخته می‌شود. در بخش پنجم با عنوان مراجع تصمیم‌گیرنده در رابطه با انتخاب مواد مخدر و روان‌گردان، نقش مقامات ارزیابی کننده و صلاحیت آن‌ها در فرایند تشخیص میزان خطرناکی نقد و تحلیل شد.

۱. مواجهه با مفهوم «دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیردارویی»

در نظام عدالت کیفری ایران، بر اساس اصلاحات سال ۱۳۸۹، قانون‌گذار عبارت «غیردارویی» را به‌عنوان وصف مواد مخدر یا روان‌گردانی که می‌توانند مشمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر شوند، انتخاب کرده است. به نظر ما بحث‌ها و تردیدهای فراوانی راجع به درستی این واژه‌گزینی با تکیه بر برخی ملاحظات پیش خواهد آمد. غیردارویی به تعبیر پزشکی، به این معناست که مادهٔ مورد نظر، مصرف پزشکی یا دارویی ندارد (Burke-Shyne et.al, 2017). این در حالی است که برخی مواد مخدر یا روان‌گردان می‌توانند در عین خطرناکی و لزوم تحت کنترل قرار گرفتن، مصارف دارویی نیز داشته باشند و افزودن این قید به‌عنوان خصوصیت غالب مواد مخدر و روان‌گردان مورد نظر قانون، حامل این پیام است که این دسته نمی‌توانند شناسایی شوند. ولی آیا قانون‌گذار چنین

کنوانسیون‌های بین‌المللی درج نشده‌اند و اکثر کشورها نیز این ماده را در فهرست‌شماری مواد تحت کنترل قرار نداده و صرفاً راجع به آن‌ها مقررات‌گذاری (Regulating) کرده‌اند. در پژوهش حاضر نیز به دلیل اینکه در نظام عدالت کیفری ایران، این دو ماده به عنوان مواد مخدر و روان‌گردان شناخته نشده‌اند، از بررسی آن‌ها چشم‌پوشی می‌شود.

1. Controlled Substance Act 1970
2. Anti-Drug Abuse Act of 1986

معنایی را واقعاً خواسته است؟ به عبارت دیگر، آیا قانون‌گذار قصد داشته که تنها مواد خطرناکی که مصارف دارویی ندارند را مشمول سیاست‌های افتراقی کند و مواد واقعاً خطرناکی را که در عین حال مصارف دارویی دارند به‌عنوان مواد تحت کنترل قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر نپذیرد.[۱]

در صورت پذیرش این تفسیر، عملکرد قانون‌گذار در کنار هم قرار دادن مواد مخدر خطرناکی که مصرف دارویی آنان تأیید شده است، با «مواد مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیردارویی[۲]» اشتباه بوده است. تریاک (و مشتقات آن نظیر سوخته و تفاله) و مورفین در مادهٔ ۴ و همچنین آمفتامین و مت‌آمفتامین در مادهٔ ۸ دارای مصرف دارویی هستند. بنابراین، می‌توان به این حقیقت اعتراف نمود که مسئلهٔ مصرف دارویی یک ماده، خصوصیتی نیست که همهٔ نظام‌های بهداشتی و حقوقی دنیا در مورد آن اتفاق‌نظر داشته باشند. ممکن است در برخی کشورها یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان به‌عنوان مادهٔ فاقد مصرف پزشکی برچسب خورده باشد، ولی در برخی دیگر مصرف دارویی آن پذیرفته شده باشد. به‌رغم تصوری که دربارهٔ هرویین در نظام حقوقی ایران شکل گرفته است، این ماده در برخی کشورها از فایدهٔ دارویی برخوردار بوده و در برنامه‌های درمانی کاهش آسیب و ترک اعتیاد مورد استفاده قرار می‌گیرد (Kleinman & Morris, 2020: 781-782). انگلستان، سوئیس، آلمان، بلژیک و اسپانیا که جزو کشورهای جریان‌ساز در رابطه با مواد مخدر هستند، این ماده اوپیودی را در پروتکل‌های درمانی برخی مصرف‌کنندگان گنجانده‌اند (Burke-Shyne et.al, 2017: 238-237).[۳] همین موضوع در مورد مت‌آمفتامین و آمفتامین نیز صادق خواهد بود. این دو ماده روان‌گردان در ایالات متحده در جدول دوم و در انگلستان در جدول «ب» قرار گرفته‌اند که به معنای پذیرش مصرف پزشکی آن به‌رغم قابلیت سوءمصرف بسیار بالا است (Kleinman & Morris, 2020) در ایران نیز مصرف پزشکی داروهای گروه آمفتامین‌ها و مت‌آمفتامین‌ها به‌صورت ترکیبات دارویی وجود دارد.[٤]

۱. با توجه به اینکه این ابهامات قانونی به نوبهٔ خود بر تصمیم‌گیری بزهکاران تأثیر خواهد گذاشت، دلالت‌های بسیار مهمی در بحث اصلاح قانون را می‌توانیم استنباط کنیم. برای مطالعهٔ بیشتر نک: بهره‌مند و ساکیانی، ۱۴۰۰: ۴۴-۲۱.

۲. این عبارت افزون بر مادهٔ ۴، و ۸، در مواد ۱، ۲ ، ۱۴، ۱۹، ۲۳، ۲۶، ۲۸، ۳۰، ۳۳، ۴۰، ۴۵ نیز تکرار شده است.

۳. در ایالات متحده نیز هرویین در جدول یک قرار گرفته و اجازهٔ استفاده از آن بنابراین تنها برای تحقیقات علمی و پزشکی داده شده است. به طور کلی هرویین درمانی، برای مصرف‌کنندگان مزمن مواد که به برنامه‌های متادون درمانی پاسخ‌گو نبودند، به صورت مستقل یا به صورت ترکیبی (با سایر مواد) به کار می‌رود. برای مطالعهٔ بیشتر در این زمینه نک: Blanke, 2011.

٤. قانون‌گذار طی مادهٔ ۴۱ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر بدون اشاره به هیچ معیاری اجازهٔ ساخت، فروش، نگهداری، خرید و مصرف تمامی انواع مواد مخدر یا روان‌گردان را برای مصارف پزشکی، تحقیقاتی و صنعتی (تحت ←

بر اساس این توضیحات، می‌توانیم قضاوتمان در مورد عملکرد قانون‌گذار را درست در نظر بگیریم.

حال اگر از مناقشه بر سر مفهوم غیرداروییِ دست برداریم و بپذیریم که غیردارویی نمی‌تواند ملاک تصمیم‌گیری شناخته شود، به مسئلهٔ اصلی خواهیم رسید؛ با این وصف که بالأخره چه ویژگی‌هایی می‌تواند برای تصمیم‌گیری راجع به سرنوشت قانونی یک مادهٔ معتبر شناخته شود. مواد بسیاری سالانه تولید و به فهرست داروهای موجود در بازار افزوده می‌شوند که برخی از آن‌ها پویایی بازارهای غیرقانونی را تضمین و حتی نظام طبقه‌بندی‌ها را با چالش مواجه می‌کنند (Farrell, 2010: 1151-1152). با توجه به سرعت بالای تولید مواد، در کشورهای مختلف شاهد موج‌های پی‌درپی فراوانی مواد مخدر یا روان‌گردان غیرقانونی هستیم. با در نظر گرفتن این تحولات، قانون‌گذار بر اساس چه معیار یا معیارهایی باید در مورد وضعیت قانونی یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان تصمیم‌گیری کند.

۲. شناخت مسئلهٔ معیارهای انتخاب یک ماده به‌عنوان مادهٔ مخدر یا روان‌گردان مشمول قوانین کیفری در ایران

ملاحظهٔ مقررات موجود نشان می‌دهد که هیچ معیاری به‌عنوان شاخص اصلی یا حداقل تأثیرگذار در معرفی یک ماده به‌عنوان مادهٔ تحت شمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر معرفی نشده است. قانون‌گذار به‌طور کلی در مورد مواد «مخدر» ضمن تبصرهٔ مادهٔ ۱، وزارت بهداشت را صرفاً مأمور احصای این مواد شناخته است، بی‌آنکه معیاری را معرفی کند.[۱] در ادامه مواد مخدری که مشمول این قانون قرار گرفته‌اند، طی مواد ۴ و ۸[۲] (و همچنین مادهٔ ۴۰) برشمرده و البته، تحت تأثیر تغییرات مستمر بازارهای مواد مخدر عبارت «دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیرداروییِ» به دنبالهٔ مواد ۴ و ۸ اضافه شده و مسئولیت تعیین این مواد به‌موجب مادهٔ ۴۶ برعهدهٔ مجلس شورای اسلامی قرار گرفت، ولی باز هم هیچ معیاری برای راهنمایی مقامات تصمیم‌گیرنده

مجوز وزارت بهداشت) را داده است. بنابراین، این مرجع می‌تواند بر اساس دیدگاه‌های خود اجازه مصرف پزشکی هر ماده مخدر یا روان‌گردانی را بدهد.

۱. تبصرهٔ مادهٔ ۱: «منظور از مواد مخدر در این قانون، کلیه موادی است که در تصویب‌نامه راجع به فهرست مواد مخدر مصوب ۱۳۳۸ و اصلاحات بعدی آن احصا یا توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به عنوان مخدر شناخته و اعلام می‌گردد.»

۲. بنگ، چرس، گراس، تریاک، شیره، سوخته، تفاله تریاک در مادهٔ ۴ و هروئین،مرفین، کوکائین و دیگر مشتقات شیمیایی مرفین و کوکائین و یا لیزرژیک اسید دی اتیل امید(ال.اس.دی)، متیلن دی اکسی مت‌آمفتامین (ام.دی.ام.آ یا اکستازی)، گاما هیدروکسی بوتیریک اسید (جی.اچ.بی)، فلونیتراز پام، آمفتامین و مت‌آمفتامین(شیشه) در مادهٔ ۸ احصا شده‌اند. به موجب مادهٔ ۴۰ نیز فعالیت‌های مجرمانهٔ مرتبط با متادون و کدئین مورد اشاره قرار گرفته است.

به چشم نمی‌خورد.[۱] موضع ما در برابر این جهت‌گیری قانون‌گذار طرح دو پرسش اساسی است: اول آنکه چرا به این مسئلهٔ پراهمیت توجهی نشده است؟ دوم، در نبود معیارهای قانونی و شفاف، مراجع مسئول چگونه می‌توانند در رابطه با مواد موجود یا نوظهور تصمیم بگیرند؟

جدای از این، همان طور که پیش‌تر بیان کردیم، قانون مربوط به مواد روان‌گردان صرفاً با اتکا بر فهرست‌بندی مندرج در کنوانسیون مواد روان‌گردان مصوب ۱۹۷۱، چهار فهرست از این مواد را ارائه و فعالیت‌های غیرمجاز مرتبط با آن‌ها را جرم‌انگاری نموده است، بدون آنکه معیار روشنی برای این تمیز چهارگانهٔ مواد از یکدیگر (شاید به جز منطق کنوانسیون) نام برده شود. البته، با توجه به متن قانون، تا این اندازه درست است که بگوییم با توجه به مادهٔ ۲، مواد فهرست اول به علت اینکه محدودهٔ استفادهٔ آن‌ها فقط برای مصارف تحقیقاتی پزشکی تعیین شده، خطرناک به حساب می‌آیند[۲] و مواد روان‌گردان مندرج در فهرست دوم، سوم و چهارم به خاطر اینکه تولید یا ارائهٔ آن‌ها برای مصارف پزشکی و دارویی تحت مجوزهای خاص پذیرفته شده است، کمتر خطرناک هستند. ولی نمی‌توانیم در مورد اینکه چرا مواد فهرست اول خطرناک‌تر هستند، دلیل و معیار قانونی ارائه دهیم.[۳] به همین منوال، وقتی که مقررات ناظر بر مواد فهرست دوم، سوم و چهارم یکسان است، نمی‌توانیم عملکرد قانون‌گذار در قرار دادن آن‌ها طی سه فهرست جداگانه را (جز با ملاحظهٔ کنوانسیون) منطقی بدانیم. فقدان ارائهٔ معیار برای تشخیص میزان خطرناکی وقتی در کنار تفاوت در کیفرگذاری مرتبط با دسته‌بندی مورد نظر قرار گیرد، اهمیت فوق‌العاده‌ای پیدا خواهد کرد؛ در حالی که فعالیت‌های مرتبط با مواد فهرست یک با مجازات‌های بسیار شدیدی همچون حبس ابد و حبس‌های طولانی‌مدت

۱. به طور کلی، این موضوع را می‌توان در بستر حق بر فهم قانون و در چهارچوب اصل حاکمیت قانون نیز معنا کرد. برای مطالعهٔ بیشتر نک: خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۸۷-۶۵.

۲. وزارت بهداری مجاز است مواد مندرج در فهرست شماره یک ضمیمه این قانون را منحصراً برای تحقیقات علمی و یا مصارف پزشکی تهیه و یا وارد نموده و طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب کمیسیون‌های بهداری مجلسین خواهد رسید، به مقادیر محدود فقط در اختیار سازمان‌های تحقیقی و پزشکی دولتی و یا وابسته به دولت و یا سازمان‌های تحقیقی و پزشکی دیگری که صلاحیت آن‌ها از طرف دولت تأیید شده باشد، قرار دهد.

۳. به نظر ما این فرض که مواد روان‌گردان مندرج در فهرست اول لزوماً خطرناک‌تر از سایر فهرست‌ها هستند، با توجه به عملکرد قانون‌گذار درست نیست. مت‌آمفتامین و آمفتامین هر دو جزو مواد فهرست دوم بودند، ولی در حال حاضر مشمول مادهٔ ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر قرار گرفته‌اند. بنابراین، قرارگرفتن در فهرست اول نبایستی به معنای بیشترین میزان خطرناکی برای یک ماده باشد. بلکه به نظر می‌رسد بر اساس منطق کنوانسیون، فهرست اول موادی را احصا می‌کند که مصرف دارویی نداشته باشند و غیردارویی بودن لزوماً به معنای پرخطر بودن نیست؛ موضوعی که قانون‌گذار در قانون مربوط به مواد روان‌گردان و قوانین بعدی به آن توجه کافی نکرده است.

پاسخ داده می‌شوند، همان فعالیت‌ها در رابطه با مواد فهرست دوم، سوم و چهارم با کیفرهای بسیار ملایم‌تری روبه‌رو می‌شوند.

افزون بر اینکه تصمیم‌گیری راجع به انتخاب یک ماده برای اینکه تحت شمول مادهٔ ۴یا ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر (و یا قانون مربوط به روان‌گردان) قرار گیرد، از لحاظ قانونی به هیچ معیاری وابسته نیست، تکرار عبارت «دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان صنعتی غیردارویی» در هر دو مادهٔ ۴ و ۸ و به‌طور خاص مسئلهٔ تفاوت قابل‌ملاحظه در مجازات‌ها، طرح این مسئله را نیز گریزناپذیر می‌کند که مراجع مسئول چگونه باید تشخیص دهند که یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان را در مادهٔ ۴ یا ۸ قرار دهند؟ درست است که به‌صورت سنتی و به دلالت مواد برشمرده شده، مواد مخدر مادهٔ ۴ کم‌خطر و مواد مخدر یا روان‌گردان مادهٔ ۸ پرخطر هستند، ولی با توجه به عدم وجود معیار مشخص برای ارزیابی میزان آسیب‌زایی آن‌ها، تنها گزینهٔ معنادار که اتفاقاً مبنای رویهٔ موجود نیز به حساب می‌آید، استناد به قیاس یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان با مواد مورد اشاره در مادهٔ ۴یا ۸ است. محققان این عملکرد را در بستر رویکرد «منتظر باش و ببین[1]» تحلیل کرده‌اند که بر اساس آن برای اینکه تصمیم بگیریم چه اندازه کنترل را نسبت به یک مادهٔ مخدر اعمال نماییم، باید منتظر باشیم تا ببینیم استفاده از آن ماده چه آثاری در جامعه ایجاد می‌نماید (Stogner et.al, 2012: 512-513).

اما به نظر می‌رسد در واقعیت هنجارگذاری کیفری زمانی که یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان در مقیاسی گسترده به شهرت رسیده است، سودمندی چندانی به بار نیاورد. از این حیث، استفاده از قیاس و بررسی مشابهت خطرناکی یک ماده با یک مادهٔ دیگر از جهت شدت عوارض در فرایند تصمیم‌گیری نمی‌تواند حتی در خوشبینانه‌ترین حالت ممکن، موفقیت چندانی در کاهش مصرف یک ماده ایجاد کند. نمونهٔ آشکار اجرای رویکرد را می‌توانیم در فرایند تغییر وضعیت قانونی مادهٔ روان‌گردان مت‌آمفتامین در ایران به وضوح مشاهده نماییم. عوارض نامطلوب مصرف شیشه آن‌قدر گسترش یافت که توانست مقامات را قانع سازد تا این ماده (و به همراه آن برخی مواد دیگر) را مشمول مقررات مادهٔ ۸ قانون اصلی قرار دهند، ولی با توجه به حجم بالای مصرف این ماده در کشور، این قانون‌گذاری به واقع شدید، نتوانست چندان مثمرثمر واقع شود و مصرف شیشه نه‌تنها کاهش که به چندین برابر رسید (صادقی، ۱۳۹۷: ۱۴۲-۱۴۳). برخی پژوهشگران معتقدند که در چنین بستری طبقه‌بندی ابزاری ازاعتبارافتاده است که توانی برای کاهش ارتکاب جرایم مرتبط با آن ماده ندارد.

1. Wait and See Approach

۳. معیارهای سنجش میزان خطرناکی مواد مخدر و روان‌گردان در ایالات متحدهٔ آمریکا و آثار عدم فهرست‌بندی

رسیدن به این نتیجه که در نظام عدالت کیفری ایران معیارهای فهرست‌بندی پیش‌بینی نشده است، ما را به این بحث هدایت می‌کند که در کشورهای دیگر، چگونه در مورد خطرناکی یک ماده، نحوهٔ کنترل و به‌تبع آن نوع ضمانت‌اجراهای کیفری، تصمیم‌گیری می‌شود. تأثیرپذیری از کنوانسیون‌های بین‌المللی مواد مخدر[۱]، ویژگی مشترک اکثر نظام‌های حقوقی در فهرست‌شماری مواد مخدر و روان‌گردان مستلزم کنترل به حساب می‌آید (Ray & Dhawan, 2010). قابلیت سوءمصرف، معیاری است که کنوانسیون واحد برای احراز یک ماده به‌عنوان مادهٔ مخدر معرفی کرده و بنابراین مسئلهٔ کنترل یک ماده تابع احتمال سوءمصرف آن قرار می‌گیرد (Room, 2011: 1895-1896). در ادامه، کنوانسیون با توجه به خصیصهٔ مصرف دارویی یک ماده، آن‌ها را در چهار فهرست جداگانه قرار داده است: موادی که به‌رغم مصارف درمانی دارای قابلیت سوءمصرف بالا هستند از موادی که قابلیت سوءمصرف داشته و مصارف درمانی نیز ندارند، تمیز داده شده‌اند. هرویین، کوکایین، و متادون در گروه اول، کدیین در گروه دوم و در عین حال هرویین و کانابیس در دستهٔ چهارم قرار می‌گیرند. کنوانسیون روان‌گردان نیز مواد روان‌گردان را در چهار فهرست بر مبنای معیارهای فوق جدول‌بندی کرده است که بر اساس آن ال.اس. دی و اکستازی در فهرست اول، آمفتامین و مت‌آمفتامین در فهرست دوم و فلونیترازپام در فهرست سوم قرار گرفته‌اند (Lohman & Barrett, 2020: 2-3).

رسم جدول‌بندی مواد مخدر و روان‌گردان[۲] در نظام‌های داخلی کشورها به‌عنوان معیار اساسی در چگونگی کنترل و تعیین ضمانت‌اجراهای کیفری معمول گردید (Room, 2011: 1895-1896).[۳]

۱. برای اولین بار کنوانسیون واحد در سال ۱۹۶۱ مواد مخدر (Narcotic Drugs) را در جدول‌های چهارگانه قرار داد و سپس کنوانسیون مواد روان‌گردان مصوب ۱۹۷۱ بر اساس همان الگو، روانگردان‌ها (psychotropic Substances) را فهرست‌بندی کرد. کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان مصوب ۱۹۸۸نیز ضمن وضع مقررات سخت‌گیرانه برای کنترل مواد مخدر و روان‌گردان مورد اشاره در دو کنوانسیون پیشین، پیش‌سازهای مواد مخدر و روانگردان (Precursor) را برشمرده و مقررات‌گذاری راجع به آن‌ها را ضروری شمرده است (قربانی، ۱۳۹۵: ۶۳-۵۹).

۲. گسترش مواد روان‌گردان جدید آن قدر در برخی کشورها همراه سریع اتفاق افتاده که به زعم برخی پژوهشگران، فهرست‌بندی آنان تقریباً بیهوده است، چراکه با اعلام یک ماده در فهرست، تولیدکنندگان غیرقانونی به سرعت موادی که آثاری مشابه مادهٔ اولیه دارد را به بازار ارائه می‌کنند (Kalant, 2010: 1148).

۳. بر اساس نتایج مطالعات، به رغم فهرست‌های ارائه‌شده از سوی کنوانسیون‌های مواد، تفاوت در طبقه‌بندی مواد بین ←

ایالات متحده، فهرست‌بندی مواد را طی قانون مواد تحت کنترل در سال ۱۹۷۰ آغاز و بر اساس سیستم تقریباً پیچیده‌ای، به‌روزرسانی آن مطابق با توسعه و تولید مواد جدید را تضمین نموده است. سه‌گانهٔ قابلیت سوءمصرف، مصرف دارویی (به‌عنوان درمان) و احتمال وابستگی شخص در صورت مصرف، متغیرهای اصلی در تصمیم‌گیری راجع به چگونگی کنترل یک ماده در یک نظام جدول‌بندی دارای پنج فهرست[1] به شمار می‌آیند (Lamp, 2019: 2-3). جدول یک، خطرناک‌ترین مواد را در خود جای می‌دهد؛ یعنی موادی که قابلیت سوءمصرف بالایی دارند، مصرف دارویی ندارند و مصرف آن‌ها حتی تحت نظارت پزشکی نیز ایمن نیست. از میان مشهورترین مواد تحت کنترل، هروئین، کانابیس، اکستازی و ال. اس. دی در دستهٔ اول، بیشتر اوپیودها ازجمله تریاک، متادون، مورفین، فنتانیل[2]، اکسی کدون[3]، و کوکایین، آمفتامین و مت‌آمفتامین در دستهٔ دوم، آنابولیک استروئید[4] و کدیین در دستهٔ سوم و ترامادول در دستهٔ چهارم قرار می‌گیرند. بنابراین، سطح سیاست‌های کنترلی یک ماده ازجمله تولید و توزیع و نگهداری همراه با افزایش یا کاهش رتبهٔ آن ماده در این جدول پنج‌گانه تغییر می‌کند.

کشورهای مختلف، حتی در کشورهایی که اشتراکات فرهنگی فراوانی دارد، امری معمول شناخته می‌شود (Rosenqvist, 2010).

۱. از حیث معیار اول، مواد مخدر مندرج در فهرست اول و دوم قابلیت سوء مصرف بالایی دارند و میزان این قابلیت در مورد بقیهٔ فهرست‌ها به صورت مقایسه‌ای رتبهٔ نزولی دارد؛ مواد فهرست سوم در مقایسه با دستهٔ اول و دوم قابلیت سوءمصرف کمتری دارند، و در مورد مواد فهرست چهارم و پنجم این قابلیت به ترتیب کمتر و کمترین خواهد بود. در رابطه با معیار دوم، مواد فهرست اول فاقد مصرف دارویی هستند، مواد فهرست دوم تحت شرایط خاص، امکان مصرف دارویی دارند ولی مواد مندرج در سایر فهرست‌ها همگی مصرف دارویی دارند. در مورد ویژگی سوم، مصرف مواد فهرست اول حتی تحت نظارت پزشکی نیز ایمن نیست. سوءمصرف مواد فهرست دوم می‌تواند اعتیاد فیزیکی و روانی شدیدی ایجاد کند. سوءمصرف مواد فهرست سوم می‌تواند اعتیاد روانی شدید یا اعتیاد فیزیکی در سطح متوسط ایجاد کند. سوءمصرف مواد فهرست چهارم می‌تواند اعتیاد روانی یا فیزیکی در سطح متوسط ایجاد کند. سوءمصرف مواد فهرست پنجم ممکن است اعتیاد فیزیکی یا روانی سبک ایجاد کند.

2-Fentanyl

فنتانیل ماده مخدری است که به قدری مصرف آن در امریکای شمالی رواج پیدا کرده که عموما یکی از علل اصلی بیش‌مصرفی و مرگ مصرف‌کنندگان به شمار می‌آید و موجب شده است تا ایالات متحده وضعیت اضطراری بهداشتی را در سال ۲۰۱۷ اعلام نماید (صادقی، ۱۴۰۰، ۵۷۶) با توجه به اینکه بیشتر مواد در دنیا ابتدا در ایالات متحده برای اولین بار تولید و سپس چگونگی تولید آنان به سایر کشورها نیز منتقل می‌شود، بایستی در آینده‌ای نه چندان دور منتظر ورود و سوءمصرف فراوان این ماده در ایران باشیم. اما نکته جالب آن است که این ماده بسیار خطرناک که در جدول دوم ایالات متحده قرار دارد، در نظام عدالت کیفری ایران هنوز فهرست‌بندی نشده است.

3-Oxycodone

4- Anabolic Steroid

این داروها به عنوان داروهای نیروزا در فعالیت‌های ورزشی مورد استفاده قرار می‌گیرند که البته مصرف آنان همواره در معرض نقد است.

به‌عنوان یک نکتهٔ کلیدی، کیفرگذاری جرایم مواد مخدر در دههٔ ۷۰ به بعد با اتکا بر این طبقه‌بندی صورت گرفت و از این حیث، تشخیص میزان خطرناکی و رتبه‌بندی یک ماده در فهرست مذکور، نوع و چگونگی کیفرها را سامان داد. اما چرخهٔ هراس اخلاقی و الزام به وجود پاسخ‌های نامتناسب کیفری، بالأخره در ایالات متحده جنگ با مواد مخدر را برپا کرد (نجفی ابرندآبادی و سیدزاده ثانی، ۱۳۹۱)، به طوری‌که در همان آغاز این جنگ، کارفرمایان اخلاقی[1] با تصویب مقررات عوام‌زدهٔ قانون مقابله با سوءمصرف مواد مصوب ۱۹۸۶، برخی از مقررات کیفری قانون داروهای تحت کنترل را اصلاح و کیفرهای واقعاً شدیدی را برای دسته‌ای از مواد مخدر و روان‌گردان تعیین کردند که خصوصیت الزام به تعیین حداقل اجباری مجازات[2]، به وصف سخت‌گیرانه آن می‌افزود (Sandoval, 2013, 48)؛ هرویین، متآمفتامین، اکستازی، ال. اس. دی، کراک کوکایین، جی. اچ. بی[3]، مواد تحت کنترلی هستند که انتخاب شده‌اند تا فعالیت‌های غیرقانونی مرتبط با آن‌ها در صورتی که از میزان خاص (وزن خاصی) بالاتر باشد، به‌موجب این قانون پاسخ داده شود، ولی مبنای انتخاب

1. Moral Entrepreneurs

کارفرمایان اخلاقی، از نظر جرم شناسان انتقادی، عبارت است از اشخاصی است که قدرت متقاعدسازی جامعه برای تدوین یا اجرای قواعدی را دارند که هماهنگ با باورهای اخلاقی آن‌هاست و به هراس اخلاقی دامن می‌زند، به گونه‌ای که در پایان سیاست‌های مطلوب این اشخاص تدوین و اجرا می‌شود (الله وردی و فرجیها، ۱۳۹۷: ۷۲).

۲. بر اساس مقررات مجازات‌های با حداقل اجباری (Mandatory Minimum Sentencing)، قاضی نمی‌تواند مجازاتی پایین‌تر از حداقل مورد اشاره در قانون تعیین کند، مگر در صورت همکاری اساسی بزهکار برای کشف جرم و تعقیب سایر بزهکاران. از این حیث محرومیت از تخفیف و تعیین مجازات‌های شدید دو خصوصیت عمدهٔ این قانون به حساب می‌آیند (Courtwright, 2004: 12-13) برای مطالعهٔ بیشتر راجع به بسترهای شکل‌گیری این قوانین نک: (مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲: ۱۵۰-۱۴۲).

3. Gamma-hydroxybutyrate(GHB)

گاما هیدروکسی بوتیریک اسید(جی، اچ. بی) مادهٔ روان‌گردانی است که به عنوان یکی از مواد کلوب‌های شبانهٔ جوانان مصرف می‌شود و قبلاً در فهرست چهارم قانون مربوط به مواد روان‌گردان، تحت کنترل قرار گرفته بود. در ایالات متحده، به رغم اینکه این ماده در جدول یک قرار گرفته و بنابراین فاقد مصرف دارویی شناخته شده، ولی در فهرست مقررات سخت‌گیرانه قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۹۸۶ نیامده است. البته، بسیاری از پژوهشگران با توجه به مصرف دارویی این ماده از قرارگیری این ماده در جدول یک انتقاد کرده‌اند (Griffin & Webb, 2018: 114). نکتهٔ جالب اما اینجاست که حتی یک مقالهٔ علمی هم راجع به آثار این ماده در رابطه با مصرف‌کنندگان و میزان آگاهی آنان تاکنون در ایران نوشته نشده است، ولی در مادهٔ ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر قرار دارد و اصلاً حساسیت‌برانگیز نیز نشده است. این مسئله را می‌توان با این عبارات مبنی بر اینکه اعمال ممنوعیت علیه موادی که نرخ مصرف بالایی ندارند، با دشواری روبه‌رو نیست (Caulkin & Reuter & coulson, 2011)، قابل درک دانست.

این مواد نامشخص است. از این حیث، به نظر می‌رسد تنها بتوان در بستر عوام‌گرایی، این بی‌ضابطگی در معرفی معیار را بتوان تحلیل کرد.

همان طور که پیش‌تر بحث کردیم، در ایران نیز سیاست‌گذاران معیار خاصی را برای تصمیمات مرتبط با فرایند انتخاب مواد مشمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و به‌طور خاص مادهٔ ۴ یا ۸ معرفی نکرده‌اند و از این جهت موضع دو کشور تا اندازه‌ای مشابه یکدیگر به نظر می‌رسد. دلیل اینکه چرا قانون‌گذار از معرفی معیار سرباز زده است، را نمی‌توان بدون توجه به علاقهٔ سیاست‌گذاران به وجود آزادی عمل و همچنین امکان استفاده حداکثری از عوام‌گرایی تحلیل کرد. آن‌ها احتمالاً عامدانه و برای اینکه اختیاراتشان برای تصمیم‌گیری راجع به ارزیابی میزان خطرناکی (و احتمالاً قضاوت‌های شخصی) محفوظ باقی بماند، اقدام جهت پذیرش معیارهای خطرناکی مواد و طبقه‌بندی آن‌ها را ضروری ندانند.

در واقع، بی‌معیاری موجب شده که طبقه‌بندی مواد در نظام عدالت کیفری ایران تاریخ تقریباً پرفراز و فرودی داشته باشد. مقایسهٔ قوانین مرتبط پس از انقلاب این ادعا را تأیید خواهد کرد. متادون در سال‌های اولیه جزو مواد مندرج در مادهٔ ۷ لایحهٔ قانونی و مادهٔ ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷ و در واقع همسان با هرویین در حوزهٔ کیفری قرار می‌گرفت، ولی در حال حاضر بر اساس مادهٔ ۴۰، فعالیت‌های غیرقانونی مرتبط با آن مشمول مادهٔ ۵ خواهد شد. جالب‌تر آنکه کلرور استیل و انیدریک استیک در سال ۱۳۵۹، جزو مواد مشمول مادهٔ ۸ بودند، اما در حال حاضر به‌عنوان پیش‌سازهای مواد تحت شمول مادهٔ ۴۰ قرار گرفته‌اند. حتی عصارهٔ شیمیایی حشیش و روغن حشیش نیز در سال‌های اولیه پس از انقلاب (در سال ۱۳۵۹ و ۱۳۶۷) تحت شمول مادهٔ ۷ قرار می‌گرفت، ولی به‌موجب اصلاحات ۱۳۷۶ از این ماده حذف شد. وقتی بی‌معیاری را در کنار کیفرگرایی حکومتی مقامات عدالت کیفری (میرسعیدی و کوره پز، ۱۳۹۸: ۱۹۰) قرار دهیم، قطعاً احتمال اینکه آنان مواد روان‌گردان جدید (و شاید بیشتر مواد) را در مادهٔ ۸ به‌جای مادهٔ ۴ قرار دهند، بیشتر می‌دانیم و بنابراین توسعهٔ قلمرو مقررات سخت‌گیرانه دور از ذهن نخواهد بود.

افزون بر این‌ها، در صورتی که معیاری برای شناسایی مواد مخدر و روان‌گردان نداشته باشیم، بازطبقه‌بندی این مواد در قوانین موجود خود به یکی از مسئله‌های مهم تبدیل خواهد شد. در نظام بین‌المللی کنترل مواد مخدر و روان‌گردان، امکان طبقه‌بندی مجدد این مواد طی سازوکار ویژه‌ای در

هر دو کنوانسیون مورد اشاره پذیرفته شده است.[۱] در ایالات متحده و بیشتر کشورها نیز از بازطبقه‌بندی به‌عنوان ابزاری که می‌تواند سوءمصرف و وضعیت خطرناکی یک ماده را با جدول تعیین‌شده متناسب سازد، استفاده می‌کنند (Caulkins et.al, 2021: 7). در حالی که در نظام عدالت کیفری ایران، این موضوع هرگز تبدیل به مسئله نشده است؛ هرچند که تجربه‌های عملی نشان می‌دهد که مواردی از این فرایند در رابطه با متادون یا روغن حشیش روی داده است، ولی فقدان معیار مشخص عرصه را برای اجرای سیاست‌ها و برنامه‌ها بر اساس آزمون و خطا و نه ادلهٔ تجربی آزاد می‌گذارد.

نبود معیارهای شفاف موجب شده است تا حتی در مورد اینکه چه موادی می‌توانند برای مصارف دارویی (و مخصوصاً درمان‌های نگهدارنده)، انتخاب شوند، اختلاف‌نظرهای فراوانی وجود داشته باشند. حال آنکه یکی از فواید مهم طبقه‌بندی تصمیم‌گیری راجع به‌نحوهٔ در دسترس‌پذیری یک ماده و موجود بودن آن برای مصارف پزشکی است (Room & Lubman, 2010: 98). در حال حاضر متادون، بوپرنورفین و شربت تریاک مهم‌ترین مواد مخدر و روان‌گردانی هستند که تحت اجازهٔ مراجع صالح و بر اساس مادهٔ ۴۰ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر، مصرف دارویی آن‌ها پذیرفته شده است، ولی واضح است که با توجه به عدم معرفی معیار، مراجع می‌توانند به تشخیص خود اجازهٔ مصرف پزشکی هر نوع ماده‌ای را بدهند.

۴. درجهٔ خطرناکی مواد به‌عنوان برساختهٔ اجتماعی؛ هراس از مواد به‌مثابهٔ معیار مهم سنجش خطرناکی میزان مواد و فهرست‌بندی آن‌ها

در شرایطی که معیارها مبهم باشد و یا اصلاً معیاری وجود نداشته نباشد، ممکن است آنچه آکرز از آن به‌عنوان پدیدهٔ «هراس از مواد[۲]» یاد می‌کند (Akers, 1992: 36; Stogner et.al, 2019: 519)، عامل انتخاب یک ماده و سیاست‌های کیفری باشد. به‌طور خاص، موادی که به تازگی در بازارها توزیع و مصرف می‌شوند و هنوز ضرورت طبقه‌بندی و تحت کنترل قرار گرفتن در مورد آن‌ها احراز نشده است، گزینه‌های عالی برای به قدرت گرفتن چنین ایده‌ها و اتفاقاتی هستند. بازنمایی اخبار و

۱. بر اساس مقررات کنوانسیون واحد، در صورتی که یکی از اعضا درخواست طبقه‌بندی یا بازطبقه‌بندی یک ماده را به دبیرکل ارائه دهد، سازمان بهداشت جهانی ماموریت خواهد داشت تا از طریق کمیتهٔ کارشناسی درمورد وابستگی به مواد در خصوص تحت کنترل قرار گرفتن آن ماده تحقیقات مختلفی را انجام و نتایج آن را برای کمیسیون مواد مخدر به عنوان رکن تصمیم‌گیرنده ارسال کند. کمیسیون با اکثریت آرا تصمیم‌گیری نهایی راجع به طبقه‌بندی مواد را برعهده دارد. البته، شورای اقتصادی اجتماعی سازمان ملل می‌تواند تصمیم کمیسیون را تغییر دهد، ولی تاکنون این اتفاق نیفتاده و عملاً نظر کمیسیون حاکم شناخته می‌شود (Dubber & Hörnle, 2014: 935-937).

2. Drug Scare/Panic

پیامدهای مرتبط به یک ماده، مخصوصاً آسیب‌های بهداشتی و جسمی که ارزش خبری بسیار بالای دارند (فرجیها، ۱۳۸۶: ۶۶-۶۴)، هراس از یک نوع مادهٔ مخدر را در میان تابعان رسانه‌ها ایجاد و کارگزاران اخلاقی را به واکنش جدی تحریک می‌کند و واقعیت برساخته می‌شود؛ بر این اساس، خطرناکی مواد، برساخته‌ای اجتماعی است از واقعیت، نه واقع‌نمایی آن (مردیها، ۱۳۹۷: ۲۳۳).

مادهٔ روان‌گردان اکستازی[1] از این حیث سوژهٔ مطالعات هراس از مواد شده است. کلسون و کالکینز دو نوع خطای فهرست‌بندی را شناسایی و معتقدند در مواردی که مادهٔ روان‌گردان به دلایلی در جدولی بالاتر از سطح واقعی قرار گیرد، خطای نوع اول رخ می‌دهد و اکستازی دقیقاً چنین جایگاهی دارد. به‌رغم اصرار جامعهٔ پزشکی بر قرارگیری این ماده در جدول سوم قانون داروهای تحت کنترل در ایالات متحده (و در انگلستان) و خطرناکی پایین آن، قدرت برتر دیدگاه تصمیم‌گیرندگان واقعی (نهادهای کنترل جرم در آمریکا) موجب شد تا این ماده در جدول اول (سخت‌گیرانه‌ترین وضعیت) جای داده و به‌تبع آن فعالیت در رابطه با آن مشمول مجازات‌های سخت‌گیرانه شود (Burke-Shyne et.al, 2017: 238). دیوید نات[2]، استاد داروشناسی و پژوهشگر عضو شورای مشورتی بریتانیا راجع به مواد[3]، با انجام پژوهشی جامع پیرامون ارزیابی میزان آسیب‌های مواد تحت کنترل، به این نتیجه رسید که آسیب‌های احتمالی ناشی از اکستازی حتی می‌تواند قابل‌مقایسه با آسیب‌های ناشی از اسب سواری باشد و بنابراین وجود آن در جدول اول و در کنار هرویین[4] در تعارض با داده‌های علمی و هم‌خوان با برتری اندیشه‌های محافظه‌کاری و تأمین منافع سیاسی است (Collins, 2011: 224-225).

نمونهٔ تاریخی اثرگذاری هراس از مواد را می‌توانیم در ایالات متحده در جریان ظهور کراک کوکایین به وضوح ببینیم. بر اساس قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۹۸۶، میزان مجازات فعالیت‌های غیرقانونی مرتبط با این ماده در مقایسه با کوکایین بر معیار صد به یک تعیین (که بر اساس آن مجازات ۵۰ گرم کراک کوکایین معادل ۵۰۰ گرم کوکایین بود) شد[5] و بنابراین قانون‌گذاران

1. MDMA/Ecstasy
2. David Nutt
3. Advisory Council on the Misuse of Drugs (ACMD)

٤. در بریتانیا مواد مخدر در سه جدول طبقه‌بندی شده‌اند که جدول یک اختصاص به خطرناک‌ترین مواد همچون هرویین دارد.

۵. انتقادات موجود پیرامون شدت کیفرهای مرتبط با کراک در مقایسه با سایر مواد تحت کنترل (از جمله کوکایین)، کنگره ایالات متحده را بر آن داشت تا با اعطای ماموریت به کمیسیون تعیین کیفر به واکاوی این موضوع بر پایهٔ ←

آن را خطرناک‌تر اعلام کرده‌اند (Walker, & Mezuk, 2018).جرم‌شناسان این تفاوت را نه به خطرناکی واقعی کراک کوکایین که به شکل‌گیری هراس از کراک کوکایین نسبت داده‌اند؛ رسانه‌ها با ارائهٔ تصاویری مانند بچه‌های کراک و برقراری رابطهٔ علی معلولی میان خشونت بازارهای مواد مخدر و کراک کوکایین (Reuter, 2010: 1151-1152)، و در حقیقت با رمزگذاری و رمزگشایی (الله‌وردی و فرجیها، ۱۳۹۳: ۷-۶)،[1] تصویر جرم را درحالی برمی‌ساختند که در عین حال با بی‌توجهی به این واقعیات که کراک کوکایین ارزان‌تر از کوکایین در جامعهٔ آمریکا به حساب می‌آمد و مصرف‌کننده‌های آن نیز عموماً جمعیت سیاه‌پوست فقیر بودند، در واقع‌نمایی اخبار اریب ایجاد می‌کردند (مردیها، ۱۳۹۷: ۲۳۴-۲۳۳).

استاگنر و همکاران در پژوهش خود راجع به فرایند فهرست‌بندی مادهٔ سالویا[2]، به این موضوع

پژوهش‌های علمی بپردازد. کمیسیون در اولین گزارش خویش در سال ۱۹۹۵ به این نتیجه رسید که چنین اختلافی موجب می‌شود تا خرده‌فروشان کراک بسیار بیشتر از توزیع‌کنندگان عمده، مشمول مجازات حبس شوند و بنابراین پیشنهاد داد که این اختلاف کاملاً از بین برود. افزون بر این، بسیاری از آسیب‌های منتسب به کراک از جمله ادعای خشونت بیشتر بازارهای کراک، به موجب ادلهٔ تجربی مردود شناخته شد. کمیسیون در گزارش منتشر شده در سال ۱۹۹۷، بر موضع پیشین اصرار کرده و پیشنهاد ۵ به ۱ را مطرح کرد که بار دیگر مورد موافقت کنگره قرار نگرفت. اغراق در خشونت‌آمیز بودن بازار کراک و یا آثار فیزیکی یا روانی آن به موجب گزارش‌های بعدی کمیسیون در سال‌های ۲۰۰۱ و ۲۰۰۲ تأیید شد. کمیسیون در گزارش‌های مکرر خود، ضمن تأکید بر آثار تبعیض نژادی ناشی از این اختلاف، پیشنهاد ۲۰ به ۱ را مطرح کرد که بار دیگر از سوی کنگره پذیرفته نشد. حتی در گزارش ۲۰۰۷ این کمیسیون، کاهش خشونت نیز ادعا شده بود؛ در این سال، خشونت ناشی از تجارت مواد است نه نوع مواد و بنابراین در هر بازار مواد مخدری این خشونت دیده می‌شود. در نهایت، پس از کشمکش‌های بسیار میان کنگره و کمیسیون تعیین کیفر، کنگره به اختلاف ۱۸ به ۱ قانع گردید و در قالب قانون کیفردهی عادلانه (Fair Sentencing Act)، تأثیر یافته‌های تجربی را بر قانون‌گذاری آشکار نمود. بر اساس این قانون، محکومیت به پنج سال حبس مستلزم نگهداری حداقل ۲۸ گرم کراک است که برای ۱۰ سال حبس، این رقم به ۲۸۰ گرم رسید و برای کوکایین همان مقدار قبلی باقی ماند (Didwania, 2020: 32-35).

۱. مقالهٔ جرم‌انگاری رسانه‌ای: رمزگذاری و رمزگشایی مستند شوک، اثری است که با مطالعهٔ موردی یکی از مستندهای مشهور، در حوزه بازنمایی‌رسانه‌ای متمایز به حساب می آید.

2. Salvia Divinorum

سالویا مادهٔ توهم‌زایی است که از گیاه سالویا دیوینوروم به دست می‌آید. در نظام حقوقی ایران، مدیرکل دفتر حقوقی و امور مجلس ستاد مبارزه با مواد مخدر کشور در مورد امکان سوء مصرف این ماده در ایران اظهار نگرانی کرده است: «شمال کشور ایران نیز که مستعد رشد گیاه مریم گلی است. به‌مراتب گیاهانی مانند سالویا کشت و برای معرفی به جوانان، در فضاهای مجازی تبلیغ می‌شود. مصرف‌کنندگان مخدر سالویا به محض مصرف دچار جنون آنی شده و ←

اشاره کردند که هراس از مواد جریان سیالی است که دائماً پاسخ‌های شکننده، ولی سخت‌گیرانهٔ پیشین را تکرار می‌کند. سالویا ماده‌ای بود که دولت فدرال کنترلی بر آن لازم ندانسته بود، اما با خودکشی چند نفر از مصرف کنندگان در سال ۲۰۰۶ و قتل یکی از نمایندگان کنگره در سال ۲۰۱۱ به دست یکی از مصرف‌کنندگان، نگرانی‌ها تشدید شد، تا جایی که به‌رغم عدم تصمیم‌گیری نهایی دولت فدرال، برخی ایالات[1] آن را در ردیف مواد تحت کنترل قرار دادند و ضمانت‌اجراهای کیفری برای فعالیت‌های غیرقانونی مرتبط با آن تعیین کردند (Stogner et.al, 2012: 512-513).

بر این اساس، تنها مرجع خطرناکی یک ماده، میزان آسیب جسمی یا روانی آن نیست، بلکه این خصیصه و رتبه‌بندی خطرناکی حاصل قضاوت انسان‌هاست و بنابراین اینکه چه کسانی آن ماده را مصرف می‌کنند، چه تعداد مصرف‌کننده وجود دارد، چگونه مصرف می‌شود و چه اتفاقات یا حوادث جنایی پیرامون آن ماده اتفاق افتاده و رسانه‌ها به چه صورت وقایع مرتبط با آن را گزینش و بازنمایی می‌کنند، تولید ماده چه منافع پزشکی یا اقتصادی به همراه دارد، در ارزیابی نهایی تأثیرگذارند. بنابراین، امتیازی که ما به آسیب‌های ناشی از مواد می‌دهیم و نه لزوماً آسیب‌زایی واقعی آن‌ها، سطح خطرناکی آن ماده را تعیین می‌کنند (Caulkins & Reuter & Coulson, 2011: 1889; Nutt & King & Phillips, 2010; Lee & Antin, 2011: 390).[2] احتمالاً یکی از دلایلی که موجب شده است کانابیس هنوز در جدول یک قانون داروهای تحت کنترل در آمریکا باشد، به‌رغم آنکه مصرف دارویی آن در اکثر ایالت‌ها پذیرفته شده و قانونی‌سازی پزشکی و حتی تفریحی آن در حال اجراست، را بتوان بر اساس همین موضوعات تحلیل کرد (صادقی، ۱۴۰۰: ۵۸۰-۵۷۹).

در نظام عدالت کیفری ما، شاید موقعیت کنونی اکستازی (در مادهٔ ۸) را بتوان بر اساس همین مقوله توجیه کرد. در واقع، بازنمایی رسانه‌ای[3] مصرف اکستازی توانست سیاست‌گذاران را قانع سازد

دست به قتل و جنایت‌ها می‌زنند، در واقع این ماده ریشه جنایی دارد. به طوری‌که حرکات فرد پس از مصرف شبیه به زامبی‌ها و آدم‌خوارها می‌شود.»

https://www.pana.ir/news/964655

۱. در ایالت‌های فلوریدا، میزوری، کانزاس، دلور، اوهایو و کلرادو این ماده در جدول یک قرار داده شد.

۲. حتی برخی از پژوهشگران به صورت رادیکال امکان سنجش آسیب‌های مواد و مقایسهٔ آن‌ها را از سوی هیأت‌های علمی ناممکن توصیف و معتقدند که طبقه‌بندی کاملاً علمی به صورت ذاتی قابل دسترس نیست (Kalant, 2010: 1147).

۳. بر اساس نتایج بسیاری از مطالعات تجربی صورت‌گرفته در ایران، مادهٔ روان‌گردان اکستازی بیشترین مصرف را در میان نوجوانان و جوانان در دههٔ ۸۰ داشته است (برای نمونه: محتشم امیری و همکاران، ۱۳۸۸؛ یکه فلاح و همکاران، ←

تا با وجود آنکه آمار نه چندان بالای مصرف این ماده در مقایسه با مصرف‌کنندگان هروییین یا شیشه، مجازات‌های مرتبط با فعالیت غیرقانونی را هم ردیف با شیشه و هروییین قرار دهند. هرچند که در مورد سخت یا سبک بودن این ماده، اختلاف‌نظر وجود دارد[۱] (احسان‌پور و همکاران، ۱۳۸۹: ۹۲)، ولی قرار گرفتن این ماده حتی به‌عنوان یک مادهٔ سخت، هرگز به این معنا نیست که باید مجازاتی مشابه با هروییین یا شیشه داشته باشد. [۲]

وضعیت ترامادول[۳] در ایران اما به‌صورت دیگری است. با اینکه گروه مصرف‌کنندهٔ این ماده بیشتر

۱۳۸۸؛ بارونی، رامین و اکبری، ۱۳۸۶): امری که با هراس‌انگیزی رسانه‌ها و کارفرمایان اخلاقی موجب شمول مادهٔ ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر بر این ماده شد؛ اما در دههٔ ۹۰ و در حال حاضر، با تعدد روانگردان‌ها و (به اصطلاح عامیانه قرص‌های جدید)، همراه با کاهش مصرف، تب و تاب رسانه‌ای آن نیز بسیار کاهش یافته است (حتی تعداد تحقیقات تجربی در دههٔ ۹۰ نیز بسیار انگشت‌شمار است). جریان کنونی اکستازی، نه تنها دستکاری رسانه‌ها در بازتاب اخبار را بازگو می‌کند، بلکه تا اندازه‌ای اعمال سخت‌گیرانه‌ترین واکنش را در برابر این ماده بی‌معنا می‌سازد. اگر یکی از معیارهای تعیین‌کنندهٔ میزان خطرناکی را مشخصات مصرف‌کنندگان بدانیم، (همچنان که در اکستازی این چنین بود)، این ماده در حال حاضر آن قدر خطرناک به حساب نمی‌آید تا مجازاتی مشابه هروییین در مقررات داشته باشد.

۱. چندین پژوهشگر با تحلیل محتوای مقاله‌های علمی منتشرشده در سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۵ در رابطه با اصطلاحات مواد مخدر یا روان‌گردان سبک و سخت، ابتدا به این موضوع اشاره کردند که در تمامی پژوهش‌های مورد مطالعه به‌رغم استفاده از این واژگان، هیچ مبنای علمی روشنی برای این عناوین ارائه نشده است و سپس در پاسخ به چرایی استفاده از این واژگان با وجود عدم شفافیت آن‌ها، توضیح داده‌اند که گاهی اوقات اصطلاحات علمی نیز می‌تواند تحت تأثیر میزان فراوانی و محبوبیت استفاده از یک واژه نزد مردم (فرایند مردمی‌سازی popularization) قرار گیرد و بنابراین تحت تأثیر تجربه و تفسیر مردم از مصرف مواد تبیین می‌شوند و از این حیث وجود اختلاف در طبقه‌بندی یک ماده به عنوان مادهٔ سبک یا سخت طبیعی و معمول است (Janik et.al, 2017: 636-640).

۲. در واقع، غیردارویی بودن مواد لزوماً به معنای ضرورت تعیین شدیدترین مجازات‌ها برای تمامی مواد مخدر یا روان‌گردان مشمول آن وصف نیست. حتی در قانون عوام‌زده مبارزه با مواد مخدر ایالات متحده، مواد مندرج در فهرست یک در رابطه با چگونگی تعیین کیفر از هم متفاوتند: به این صورت که قانون‌گذار سطح معینی از مجازات حبس را برای مقادیر متفاوت مواد پیش بینی کرده است (Hofer, 2015: 9). ولی در نظام حقوقی ایران مواد مندرج در مادهٔ ۸ یا مادهٔ ۴ از حیث مجازات مشابه یکدیگرند و معادل گرمی همهٔ آن‌ها یکسان است.

3. Tramadol

ترامادول ماده اوپیودی است که به تنهایی همراه با برخی قرص‌های مخدر یا روانگردان همانند مفدرون یا اکسی کدون و یا دیگر مخدرها مصرف می‌شود. این دارو در برخی کشورها و از جمله ایران به عنوان داروی نسخه‌ای (Prescription Drug) در داروخانه‌ها، تنها در صورت داشتن نسخهٔ پزشکی ارائه می‌شود (Lohman & Barrett, 2020: 5).

نوجوانان و جوانان‌اند و اتفاقاً شهرت زیادی نیز در میان آنان دارد و مرگ ناشی از مسمومیت آن نیز در صدر مسمومیت‌های دارویی و اولین علت مرگ ناشی از مسمومیت با ترکیبات مخدر است[1] (سراوانی، بدخش و شهرکی، ۱۴۰۰: ۱۶)، ولی هنوز جزو مواد تحت کنترل مقررات مواد مخدر یا روان‌گردان قرار نگرفته و به فعالیت‌های غیرقانونی مربوط به تولید یا توزیع آن، بر اساس قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ (به‌عنوان کالای مجاز ممنوعه) پاسخ داده می‌شود. چین، مصر و نیجریه درخواست تحت کنترل قرار گرفتن این ماده را به کمیسیون مواد مخدر داده‌اند، اما تاکنون این نهاد به این نتیجه نرسیده است که آن را در فهرست بین‌المللی قرار دهد (Lohman & Barrett, 2020: 2).[2] با وجود عدم فهرست‌بندی بین‌المللی، در ایالات متحده این ماده در فهرست چهارم قانون داروهای تحت کنترل قرار دارد (Kleinman & Morris, 2020).[3]

در مورد اکسی کدون نیز وضعیت درست مشابه ترامادول است. پذیرش ارائهٔ اکسی کدون از طریق داروخانه‌های دارای مجوز و تحت نسخهٔ پزشکی توسط وزارت بهداشتی نیز، هرچند نگرانی‌های کارشناسان را راجع به احتمال سوءمصرف آن برانگیخت،[4] اما موجب نشد تا توزیع آن کنار گذشته شود. این ماده اوپیودی در ایالات متحده به‌دلیل آنکه سوءمصرف آن در سال‌های اخیر

۱. سراوانی، بدخش و شهرکی، ۱۳۹۹: ۱۸-۱۷. با مطالعهٔ مقاله‌های منتشر شده از سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۹ در مورد عوارض ترامادول، ضمن اعلام اینکه بیشترین گروه مصرف‌کننده این ماده، نوجوانان و جوانان هستند و با توجه به احتمال مرگ آنان، بر ضرورت پیشگیری و افزایش آگاهی‌های جوانان هشدار داده‌اند (نک: نصیری و همکاران، ۱۴۰۰: ۳۱). نیز در پژوهشی تحت عنوان «بررسی اپیدمیولوژی انواع مسمومیت‌ها در اورژانس پیش‌بیمارستانی قائم‌شهر در سال ۱۳۹۵» به این نتیجه رسیدند که آمار مسمومیت ناشی از ترامادول بیشتر از مسمومیت‌های مخدر بوده و بیشترین مصرف را در میان جوانان داشته است. شهرت ترامادول در میان جوانان حتی در گفتمان مقامات رسمی نیز منعکس شده است.

۲. به رغم توصیهٔ هیئت بین‌المللی کنترل مواد مخدر و دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل، مبنی بر اینکه ترامادول بایستی به عنوان یکی از مواد تحت کنترل شناسایی شود، ولی کمیسیون مواد مخدر درخواست کشورهای متقاضی را با این استدلال که تحت کنترل قرار دادن این ماده به شدت دسترسی پزشکی آن را محدود می‌کند، رد کرده است (Lohman & Barrett, 2020: 2-3).

۳. در ایالات متحده ، مراجع مسئول می‌توانند موادی را که به عنوان مساله مورد توجه قرار گرفته‌اند، ولی هنوز اطمینانی برای جدول‌بندی آنها وجود ندارد، در فهرستی جداگانه تحت عنوان فهرست نگرانی (Concerning List) برشمردند (Caulkins et.al, 2021).

4- https://www.irna.ir/news/82221303

تصمیم‌گیری راجع به توزیع اکسی کدون در داروخانه‌ها، بازتاب رسانه‌ای فراوانی را ایجاد کرده است که تحلیل محتوای آن‌ها می‌تواند جریان‌های تأثیرگذار را به صورت دقیق شناسایی نماید.

به شدت گسترش یافته است، در جدول دوم قرار گرفت. اما در نظام عدالت کیفری ایران، به‌رغم آنکه در تصویب‌نامه راجع به فهرست مواد مخدر مصوب ۱۳۳۸ مورد اشاره قرار گرفته، ولی نام آن در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر به چشم نمی‌خورد.[۱] دلیل اینکه چرا با وجود آمارهای نگران‌کننده، جریان ترامادول و اکسی کدون به این صورت پیش‌می‌رود، را جز در بستر برساخته بودن خطرناکی نمی‌توانیم تفسیر کنیم؛ در واقع، تسامح مقامات رسمی در برابر این اتفاقات فعلی نشان می‌دهد که گروه‌های فشار در پس‌راندن نگرانی‌ها و کافی ندانستن میزان خطرناکی این مواد، تاکنون موفق بوده‌اند.

۵. مراجع تصمیم‌گیرنده در رابطه با انتخاب مواد مخدر و روان‌گردان

در ایالات متحده از دو شیوه برای تصمیم‌گیری راجع به تحت کنترل قرار دادن یک ماده و فهرست‌بندی آن استفاده می‌شود. ادارهٔ مبارزه با مواد مخدر[۲] به‌عنوان نهاد اصلی کنترل مواد، تحت نظارت دولت فدرال از طریق سازوکار ویژه‌ای می‌تواند یک ماده را به‌عنوان مادهٔ تحت کنترل شناسایی و آن را در درون یکی از فهرست‌ها جای دهد. کنگرهٔ ایالات متحده نیز می‌تواند با تصویب قانون وضعیت حقوقی یک ماده را تعیین نماید (Lampe, 2021). صلاحیت پارلمان به‌عنوان مرجع تصمیم‌گیرنده در اکثر کشورها نیز پذیرفته شده است.[۳]

شاید در گذشته انتظار برای تعیین سرنوشت یک ماده از سوی مراجع قانون‌گذاری مطلوب شناخته می‌شد، ولی در حال حاضر ظهور مواد جدید آن‌قدر سریع و ترس از آن به قدری قدرت می‌یابد که استفاده از این سازوکارهای زمان‌بر را به‌عنوان سازوکار معمول یا تنها سازوکار، غیرمعقول نشان می‌دهد. برای برطرف کردن این نقطه‌ضعف در برخی کشورها، از طبقه‌بندی فوق‌العاده[۴] (موقت) برای وضعیت فعلی یک ماده استفاده می‌شود تا ضمن کاستن از دغدغهٔ کنترل، فرصت برای ارزیابی علمی و دقیق آن‌ها جهت تصمیم‌گیری نهایی راجع به وضعیت قانونی یک ماده هنوز وجود داشته باشد. بریتانیا، آلمان، هلند و ایالات متحده در مورد برخی مواد از این سیستم استفاده می‌کنند.

۱. البته، ما معتقد نیستم که این ماده حتماً بایستی در قانون مذکور تحت کنترل قرار گیرد، بلکه معتقدیم با توجه به خطرناکی این ماده و تجربیات منفی ایالات متحده از سوء مصرف آن بایستی اقدامات احتیاطی انجام شود.

2. Drug Enforcement Agency

۳. البته در گذشته، دادستان کل ایالات متحده نیز اختیار تصمیم‌گیری راجع به چگونگی کنترل یک ماده را داشت ولی این اختیار در حال حاضر به اداره مبارزه با مواد مخدر تفویض شده است (Courtwright, 2004: 13).

4. Emergency Scheduling

اداره مبارزه با مواد مخدر ایالات متحده معمولاً از این فرایند برای جدول‌بندی آنالوگ‌های شیمیایی مواد تحت کنترل، تا زمانی که نتیجه‌گیری قطعی حاصل شود، استفاده می‌کند.

با وجود این اقدامات، برخی نویسندگان به‌طور کلی از اینکه نهادهای حقوقی و سیاسی مسئولیت ارزیابی علمی و تصمیم‌گیری نهایی راجع به چگونگی فهرست‌بندی مواد را برعهده دارند انتقاد (Griffin & Webb, 2018: 114) و بر شایستگی کمیته‌ها یا هیئت‌های علمی در این مسیر تأکید کرده‌اند. در واقع، به نظر می‌رسد سوءگیری این مراجع و بزرگ‌نمایی همیشگی مواد به‌عنوان تنها منبع مشکل صلاحیت آنان را با تردید روبه‌رو سازد (Coulson & Caulkins, 2012: 767). درست است که به‌طور کلی تصمیم‌گیری راجع به طبقه‌بندی یک ماده همیشه فراتر از واقعیات آسیب‌زای یک ماده و در واقع آمیخته با قضاوت‌های شخصی است، اما در مورد مراجع سیاسی به‌دلیل آنکه احتمال قضاوت ارزشی (و مداخله‌های گروه‌های فشار) آن‌ها بیشتر از کمیته‌های علمی وجود دارد (Kalant, 2010; Room, 2011)، این امر دارای حساسیت بیشتری است. قرار دادن اکستازی در جدول اول به‌جای جدول سوم به‌رغم توصیهٔ محققان، در ایالات متحده دلیلی است بر اینکه دست ملاحظات قدرت برتر است. اما حتی پیشنهاد برخی پژوهشگران برای واگذاری اختیارات تصمیم‌گیری در این حوزه به محققان و کمیته‌های علمی نیز همواره از سوی سیاست‌گذاران به‌دلیل پیچیدگی و اهمیت ابعاد سیاسی تصمیم‌گیری‌ها، غیرمنطقی توصیف شده است (Kalant, 2010: 1146).

در نظام عدالت کیفری ایران، تشخیص اینکه یک ماده، مادهٔ مخدر مشمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر است یا نه، به‌موجب تبصرهٔ مادهٔ ۱، برعهده وزارت بهداشت گذاشته شده است. در مورد تشخیص مواد روان‌گردان مشمول قانون مربوط به مواد روان‌گردان، نیز به‌موجب مادهٔ یک این قانون، همین وزارت (در صورت توصیهٔ کمیسیون مواد مخدر سازمان ملل متحد) مسئولیت تعیین این مواد را دارد، و البته هیئت وزیران تصویب‌کنندهٔ نهایی به شمار می‌آید. اما در سال ۱۳۸۹، مجلس شورای اسلامی به‌عنوان مرجع تصویب‌کنندهٔ مواد مخدر و روان‌گردان مشمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر تعیین گردید. با این اوصاف، اگرچه می‌توانیم مطمئن باشیم که تشخیص روان‌گردان‌های مشمول قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر به‌صورت انحصاری در اختیار مجلس است، اما این اطمینان در مورد مواد مخدر با توجه به تبصرهٔ مادهٔ یک قانون مورد تردید است. اگر درخصوص تشخیص «مواد مخدر» نیز همانند تشخیص روان‌گردان‌ها، معتقد به انتقال مسئولیت از وزارت بهداشت به مجلس شورای اسلامی باشیم، ماهیت به شدت سیاسی اصلاحات و تصمیمات راجع به مواد مخدر برجسته و ایرادات پیشین قابل‌طرح خواهد بود. اینجاست که می‌توان مناسبات قدرت و رقابت نیروهای مخالف در جریان سیاست‌گذاری را مشاهده کرد. منافع مختلف و متضاد در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند و قدرت برتر یکی از گروه‌های ذی‌سهم می‌تواند سرنوشت یک ماده مخدر یا روان‌گردان را تعیین کند (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴: ۱۷). برای نمونه، ممکن

است منافع اقتصادی مورد نظر یک گروه خاص موجب شود تا به‌رغم خطرناکی یک ماده، آن ماده تحت کنترل قرار نگیرد و یا برعکس ممکن است منفعت‌های پیروی محض از خواسته‌های عوام برای سیاست‌گذاران، ایجاب نماید تا فرایند جرم‌انگاری تحت تأثیر عوام‌گرایی، سخت‌گیرانه پیش رود و کیفرهای شدیدی را برای مقابله با یک مادهٔ مخدر خاص را لازم بشمارد.

افزون بر این، به نظر می‌رسد مسئلهٔ مرجع تصمیم‌گیرنده در نظام عدالت کیفری ایران با توجه به اینکه معیار خاصی برای ارزیابی میزان خطرناکی مواد پیش‌بینی نشده است و بنابراین احتمال اثرگذاری ملاحظه‌های فرهنگی، دیدگاه‌های عوام‌گرایانه و... نیز کم نخواهد بود، بیشتر از سایر کشورها اهمیت داشته باشد. از این حیث، گروه‌های قدرت می‌توانند حتی مسئلهٔ ارزیابی نیاز و وجود مشکل در رابطه با یک مادهٔ مخدر یا روان‌گردان را به‌دلیل تعارض با منافع خود به رسمیت نشناسند و فعالیت‌های مرتبط با یک ماده را در دایرهٔ رفتارهای مجاز یا در نهایت تخلف معرفی کنند و یا اینکه فرهنگ را به‌مثابهٔ جرم تعریف کنند (دانش ناری و دانش ناری، ۱۴۰۰: ۷۴). به‌رغم آگاهی از این نیروی پنهان قدرت، حتی هیچ کمیتهٔ علمی برای راهنمایی مقامات سیاست‌گذار پیش‌بینی نشده است، حال آنکه وجود این‌گونه هیئت‌های علمی امری معمول در فرایندهای تصمیم‌گیری است. شاید عدم وجود نیاز به تشکیل چنین کمیته‌ای به‌صورت رسمی را تفسیری بر برتری قدرت این نیروها بدانیم. افزون بر این، در ایالات متحده تصمیم ادارهٔ مبارزهٔ با مواد مخدر راجع به‌نحوهٔ کنترل یک ماده توسط اشخاص قابل‌تجدیدنظرخواهی بوده و بازنگری قضایی پذیرفته شده است (Lampe, 2021: 10) و آشکار است که در ایران چنین روندی وجود ندارد که این وضوح خود می‌تواند بار معنایی خاص را به مخاطبان نظام عدالت کیفری انتقال دهد؛ اینکه به‌طور کلی تصمیمات اصولاً توسط نهادهای صالح گرفته می‌شوند و بنابراین امکان اعتراض به آن‌ها غیرمنطقی خواهد بود.

نتیجه

در نظام عدالت کیفری ایران، قانون‌گذار تنها به ذکر عبارت «و دیگر مواد مخدر و روان‌گردان صنعتی غیردارویی» اکتفا کرده و هیچ‌گونه معیار شفافی برای تشخیص میزان خطرناکی انواع مواد مخدر یا روان‌گردان برای شمول در مواد مختلف همچون مادهٔ ۴ یا ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر معرفی نکرده است؛ به‌رغم آنکه می‌دانیم در اکثر کشورها همانند ایالات متحده، سیاست‌گذاران با اتکا بر معیارهایی همچون قابلیت سوءمصرف، مصرف دارویی و احتمال وابستگی در صورت مصرف، مواد تحت کنترل را رتبه‌بندی کردند و تلاش کرده‌اند تا متناسب با امتیاز یک ماده در این نظام رتبه‌بندی، مقررات کیفری و ازجمله کیفرگذاری را سامان بخشند.

بنابراین، سطح آسیب‌زایی یک ماده، به نظر ما مسئلهٔ اصلی در سیاست‌گذاری حوزهٔ مواد مخدر

و روان‌گردان به حساب آید، از این حیث که با تعیین آن، سرنوشت احتمالی مصرف‌کنندگان، توزیع‌کنندگان و تمامی حلقه‌های مرتبط با آن نوشته می‌شود و حتی می‌توانیم پیش‌بینی نماییم که چقدر باید برای مقابله با آن هزینه بپردازیم. بنابراین، این تصمیمات اولیه و شاید پیش پا افتاده برای برخی سیاست‌گذاران، اتفاقاً بسیار حیاتی به شمار آید. البته، ما دو مسئله را نیز می‌پذیریم: اول اینکه ارزیابی میزان آسیب‌زایی و خطرناکی مواد، مسئله‌ای همراه با قضاوت‌های اجتماعی همیشگی است و دوم اینکه به همین دلیل هیچ گاه علم نمی‌تواند دقیقاً میزان خطرناکی هر ماده را معین نماید، چراکه اگر این امر قابل‌تحقق بود، دیگر این اندازه تنوع فهرست‌بندی در کشورهای مختلف بی‌معنی به نظر می‌رسید.

در صورتی که به این موضوعات آگاه باشیم و بدانیم که دیدگاه‌های عوام‌گرایی در چنین بافتی به سرعت دست بالا را در مناسبات قدرت به دست می‌آورند، منطق و اهمیت فهرست‌بندی مواد را درک خواهیم کرد و بنابراین باید قبل از شیوع مصرف یک ماده، تصمیم بگیریم آن را تحت کنترل قرار دهیم، وگرنه تصمیم‌گیری راجع به مواد گرفتار گزاره‌های شبه‌علمی و ساده‌انگارانه خواهد شد و از سیاست‌های تجربه‌محور فاصله خواهیم گرفت. البته، تأیید ضرورت کنترل ماده به این معنا نیست که به مسئلهٔ تعیین ضمانت‌اجراهای کیفری برای مواد جدید، بی‌اعتقاد باشیم، بلکه بر این باوریم که نمی‌توانیم هر مادهٔ مخدر یا روان‌گردانی را به صرف امکان سوءاستفاده و هراس از آن مشمول مادهٔ ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر کنیم. این موضوع را وقتی در کنار این حقیقت قرار دهیم که بیشترین جمعیت کیفری زندان‌ها به زندانیان مرتبط با جرایم مواد مخدر اختصاص دارد، عملکرد سیاست‌گذاران را بسیار حساس خواهیم دانست. در نهایت، با اینکه نمی‌توانیم به این پرسش نهایی که با وجود همه مشکلات پیش‌گفته، آیا رسیدن به رویکردی جامع برای سنجش آسیب‌زایی مواد عملی خواهد شد، پاسخ دهیم، ولی حداقل می‌توانیم تلاش برای دستیابی به آن را آغاز کنیم.

منابع

فارسی

- احسان‌پور، سیدرضا، راحله رضایی و ندا اله‌بداشتی (۱۳۸۹)، «طبقه‌بندی نوین مواد مخدر در پرتو مطالعه تطبیقی»، **فصلنامهٔ حقوق پزشکی**، سال چهارم، شمارهٔ چهاردهم.
- الله وردی، فرهاد و محمد فرجیها (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری رسانه‌ای: رمزگذاری و رمزگشایی مستند شوک»، **مجله جهانی رسانه**، دورهٔ ۹، شمارهٔ ۱.
- الله وردی، فرهاد و محمد فرجیها (۱۳۹۷)، «برساخت اجتماعی «اراذل و اوباش» (چالشهای مفهومی طرح مبارزه با اراذل و اوباش از منظر جرم‌شناسی فرهنگی»، **پژوهشنامهٔ حقوق کیفری**، سال نهم، شمارهٔ ۲.
- بارونی، شعله؛ رامین، مهرداد؛ اکبری، احسان (۱۳۸۶)، «بررسی مصرف اکستازی در بین جوانان ۱۵-۲۵ سال مراجعه‌کننده به کافی شاپ‌های پنج منطقه تهران»، **مجلهٔ دانشکده پزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران**، دورهٔ ۶۵، شمارهٔ ۱۱.
- بهره‌مند، حمید و زهرا ساکیانی (۱۴۰۰)، «تصمیم‌گیری مجرمان از منظر اقتصاد رفتاری و دلالت‌های آن در سیاست‌گذاری کیفری»، **مجلهٔ حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۵، شمارهٔ ۱۱۵.
- جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و سیدمحمدجواد ساداتی (۱۳۹۴)، «مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفری»، **پژوهش حقوق کیفری**، سال سوم، شمارهٔ ۱۱.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۴، شمارهٔ ۱۱۱.
- دانش ناری، حمیدرضا و زهرا دانش ناری (۱۴۰۰)، «فرایند سیاست‌گذاری فرهنگی در نظام جرم‌انگاری ایران»، **فصلنامه مجلس و راهبرد**، سال ۲۸، شمارهٔ ۱۰۸.
- سراوانی، خدیجه، مهین بدخش و طیبه شهرکی (۱۳۹۹)، «مروری بر عوارض ناشی از اوردوز ترامادول»، **مجله پزشکی قانونی ایران**، دورهٔ ۲۷، شمارهٔ ۱.
- صادقی، آزاده (۱۳۹۷)، «ارزیابی اثربخشی سیاست‌های پلیسی کنترل بازارهای خرید و فروش مواد مخدر»، **فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی**، دورهٔ ۴۹، شمارهٔ ۱.
- صادقی، آزاده (۱۴۰۰)، «امکان‌سنجی اجرای سیاست قانونی‌سازی مواد مخدر در نظام عدالت کیفری ایران با رویکرد تطبیقی»، **فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی**، دورهٔ ۱۲، شمارهٔ ۲.
- فرجیها، محمد (۱۳۸۵)، «بازتاب رسانه‌ای جرم»، **فصلنامه رفاه اجتماعی**، شمارهٔ ۲۲.
- قربانی، ابراهیم (۱۳۹۵)، «تبیین وجوه اشتراک و افتراق کنوانسیونهای ۱۹۸۸،۱۹۷۱،۱۹۶۱ مواد مخدر با قوانین داخلی جمهوری اسلامی ایران»، **فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس**، سال ششم، شمارهٔ ۲۷.
- محشتم امیری، زهرا، آزاد خلیلی موسوی، مهرناز دوستدار صنایع، عباس جعفری شکیب، زهره پورسهیلی، و مریم مهدی‌پور (۱۳۸۸)، «میزان مصرف اکستازی در دانشجویان استان گیلان»، **فصلنامه پایش**، دوره هشتم، شمارهٔ چهارم.
- مردیها، مرتضی (۱۳۹۷)، «بازنمایی اخبار؛ تبیینی شناخت‌شناسانه»، **مجله جهانی رسانه**، دورهٔ ۱۳، شمارهٔ ۱.
- مقدسی، سیدمحمدباقر و محمد فرجیها (۱۳۹۲)، «ویژگی‌های سیاست کیفری عوام‌گرا: مطالعهٔ تطبیقی»، **مجله**

مطالعات حقوق تطبیقی، دورهٔ ۴، شمارهٔ ۲.

- میرسعیدی، منصور و حسین کوره پز (۱۳۹۶)، «نقش رهبران سیاسی اجتماعی در تعدیل سطح کیفرگرایی عمومی؛ مطالعه موردی کیفری مرگ»، **فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی**، دورهٔ ۴۹، شمارهٔ ۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و سیدمهدی سیدزاده ثانی (۱۳۹۱)، «رژیم بین‌المللی هراس اخلاقی: نقش رسانه»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شمارهٔ ۸.
- نصیری، ابراهیم، پیمان طالبی، قاسم محمودپور و جمال رضایی اوریمی (۱۴۰۰)، «بررسی اپیدمیولوژی انواع مسمومیت‌ها در اورژانس پیش‌بیمارستانی قائمشهر در سال ۱۳۹۵»، **مجله دانشگاه علوم پزشکی گیلان**، دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۱.
- یکه فلاح، لیلی، علی مومنی، احمد ترکاشوند، و حسن جهانی هاشمی (۱۳۸۸)، «فراوانی مصرف اکستازی و عوامل مؤثر در اعتیاد به اکستازی از دیدگاه دانشجویان دانشگاه علوم پزشکی قزوین»، **مجله دانشکده پرستاری و مامایی دانشگاه علوم پزشکی تهران**، دورهٔ ۱۵، شمارهٔ ۲.

انگلیسی

- Blanken, P. (2011). **Heroin-assisted treatment: from efficacy to effectiveness and long-term outcome**. Optima, Grafische Communicatie.
- Burke-Shyne, N., Csete, J., Wilson, D., Fox, E., Wolfe, D., & Rasanathan, J. J. (2017). "How drug control policy and practice undermine access to controlled medicines". **Health and human rights**, 19 (1), 237.
- Caulkins, J. P., Goyeneche, L. A., Guo, L., Lenart, K., & Rath, M. (2021). "Outcomes associated with scheduling or up-scheduling controlled substances". **International Journal of Drug Policy**, 91.
- Caulkins, J. P., Reuter, P., & Coulson, C. (2011). "Basing drug scheduling decisions on scientific ranking of harmfulness: false promise from false premises". **Addiction**, 106 (11).
- Collins, J. W. (2011). "Sending a message: Ecstasy, equasy and the media politics of drug classification". **Health, Risk & Society**, 13 (3).
- Coulson, C., & Caulkins, J. P. (2012). "Scheduling of newly emerging drugs: a critical review of decisions over 40 years". **Addiction**, 107 (4).
- Courtwright, D. T. (2004). "The Controlled Substances Act: How a "big tent" reform became a punitive drug law". **Drug and Alcohol Dependence**, 76 (1).
- Didwania, S. H. (2020). "Mandatory Minimum Entrenchment and the Controlled Substances Act." Ohio St. J. Crim. L., 18, 25.
- Dubber, M. D., & Hörnle, T. (Eds.). (2014). The Oxford handbook of criminal law. OUP Oxford.
- Farrell, M. (2010). "Classification and confusion". **Addiction**, 105 (7).
- Griffin, O. H., & Webb, M. E. (2018). "The scheduling of kratom and selective use of data". **Journal of psychoactive drugs**, 50 (2).
- Hofer, P. J. (2015). "Ranking Drug Harms for Sentencing Policy". Available at SSRN 2612654.
- Janik, P., Kosticova, M., Pecenak, J., & Turcek, M. (2017). "Categorization of psychoactive substances into "hard drugs" and "soft drugs": A critical review of terminology used in current scientific literature". **The American journal of drug and alcohol abuse**, 43 (6)
- Kalant, H. (2010). "Drug classification: science, politics, both or neither?".

Addiction, 105 (7).
- Kleinman, R. A., & Morris, N. P. (2020). "Is It Time to Reschedule Heroin?". **JAMA psychiatry**, 77 (8).
- Lampe, J. R. (2021). "The Controlled Substances Act (CSA): a legal overview for the 116th Congress". **Congressional Research Service: Report**.
- Lee, J. P., & Antin, T. M. (2011). "How do researchers categorize drugs, and how do drug users categorize them?". **Contemporary drug problems**, 38 (3).
- Lohman, D., & Barrett, D. (2020). "Scheduling medicines as controlled substances: addressing normative and democratic gaps through human rights-based analysis". **BMC international health and human rights**, 20 (1).
- Nutt, D. J., King, L. A., & Phillips, L. D. (2010). "Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis". **The Lancet**, 376 (9752).
- Ray, R., & Dhawan, A. (2010). "Drug scheduling—Science and cultural perspective". **Addiction**, 105 (7).
- Reuter, Peter (2010). "The limits of science", **Addiction**,105 (7).
- Room, R. (2011). "Scales and blinkers, motes and beams: Whose view is obstructed on drug scheduling?". **Addiction**, 106 (11).
- Room, R., & Lubman, D. I. (2010). "Politics and science in classifying the dangers of drugs". **Evidence-based mental health**, 13 (4).
- Rosenqvist, P. (2010). "National variations in classifications". **Addiction**, 105 (7).
- Sandoval, L. (2013). "The Anti-Drug Abuse Act of 1986: A policy analysis". California State University, Long Beach.
- Stogner, J., Khey, D. N., Griffin III, O. H., Miller, B. L., & Boman IV, J. H. (2012). "Regulating a novel drug: An evaluation of changes in use of Salvia divinorum in the first year of Florida's ban". **International Journal of Drug Policy**, 23 (6).
- Walker, L. S., & Mezuk, B. (2018). "Mandatory minimum sentencing policies and cocaine use in the US, 1985–2013". **BMC international health and human rights**, 18 (1).

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2021.539387.4426

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۲۱۳ تا ۲۴۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۴

نظریهٔ تحول غیرارادی خواسته در پرتو انتقال موضوع دعوا

عبدالوحید صباغی*، فریدون نهرینی**، علیرضا آذربایجانی***

چکیده

اصل تغییرناپذیری عناصر دعوا مانع از تصرفات بدون ضابطه در ارکان دعواست. ایجاد هرگونه تحول در خواسته، مقید به شرایط منصوص در مادهٔ ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی است. این ملاحظات در راستای اصل تناظر و حراست از حقوق خوانده در برابر هرگونه غافل‌گیری است، اما وقتی خوانده بدون رعایت اصل حسن‌نیت، در جریان رسیدگی اقدام به انتقال موضوع دعوا می‌نماید و منتقل‌الیه را ذی‌نفع در دعوا نموده و هم باعث ایجاد سند جدیدی ناشی از این انتقال گردیده و ظاهراً ایرادی بر دادخواست عارض نموده، دادگاه نباید با مشارالیه هم نظر و با برخوردی منفعلانه، اقدام به صدور قرار نماید، زیرا وظیفهٔ حراست از قانون در درجهٔ اول با خودِ قانون و بعد از آن وظیفهٔ دادگاه است و سکوت، ابهام یا اجمال قانون، نباید دستاویزِ طرفی گردد که خود را در معرض محکومیت یافته و با این اقدام قصد نموده دعوا را از قابلیت استماع خارج و رسیدگی به پرونده را عقیم نماید. این پژوهش با روش تحلیلی توصیفی منتج به این نتیجه می‌گردد که با بذل توجه به این دو تغییرِ طاری در ارکان دعوا، می‌توان خلأ مزبور را مرتفع و به دادرس این توانایی را اعطا نمود تا ضمن توجه به عملِ حقوقی مزبور، هم‌زمان با دعوت از منتقل‌الیه به دادرسی، ایجاد تحول در خواسته را نیز از آثار انتقال دعوا قلمداد و به‌موازات رسیدگی به خواستهٔ مندرج در دادخواست، قهراً در منطوق رأی نسبت به خواستهٔ جدید و همچنین راجع به سند متعلق به قائم مقام نیز نفیاً یا اثباتاً تصمیم بگیرد، زیرا اذن پذیرش قاعدهٔ انتقال دعوا و اصل قائم‌مقامی، باعث تسری لوازم آن به دادرسی است که ازجمله لوازم، سند

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران (پردیس بین‌المللی کیش)، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول) sabaghi_vahid@yahoo.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
f.nahreini@ut.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران
azarbaijani@ut.ac.ir

اخیر ایجاد شده در جریان رسیدگی به دعواست که به‌تبع فراخواندن قائم‌مقام به دادرسی، راجع به این سند نیز اتخاذ تصمیم می‌گردد.

واژگان کلیدی: دعوای مدنی، خواستهٔ دعوا، تحول غیرارادی، قائم مقام

مقدمه

دعوای حقوقی را می‌توان به‌مثابهٔ میدانِ مسابقه‌ای دانست که هر دو طرف با بهره‌گیری از تمام ظرفیت‌ها سعی در پیروزی داشته و بی‌شک کسی در این مصاف موفق است که به ابزار کارآمدتری مسلح و به موقع آن را به‌کارگیرد، ازطرفی تحقق عدالت در تمام شئون هدفِ غایی یک جامعه بوده که نیازمند ابزارِ حقوقی مکفی جهتِ نیل به این مهم است، ازاین‌رو قواعدِ آیین دادرسی به‌عنوان نصوصِ راهبردی، باید به‌گونه‌ای نظام‌مند شود که نتیجهٔ آن آسودگی خیالِ اصحاب دعوا از مواجه شدن با رویدادهای پیش‌بینی نشده باشد، به‌گونه‌ای که فرایند دادرسی مسیری که از ابتدا در پیش گرفته را به پایان رسانیده و موانعِ شکلی، توان اختلال در جریانِ آن را نداشته و یک پله جلوتر از اصحابِ دعوا گام بردارد، چراکه اگر این قواعد و نصوص ظرفیتِ پاسخ‌گویی به جوانب مختلف دعوا را نداشته باشند، نمی‌توان به آرمان عدالت‌خواهی دل خوش داشت و در این میان افرادی با سوءاستفاده از ضعف یا نقص قانون، راه را بر این مسیر بسته و دادخواهان را به بیراهه می‌کشانند، ازاین‌روست که تدوینِ تضمیناتِ کافی جهت حراست از دعاوی، آیین دادرسی را کارآمد و پویا جلوه‌گر می‌نماید. بر این اساس قانون باید جری مقررات خود را تضمین نماید، یعنی وقتی دعوا منطبق با نصوص اقامه گردید، حراست شکلی از آن را ضمانت نموده تا طرفِ دعوا نتواند با سوءاستفاده از نقص، ابهام یا سکوتِ قانون، آن را با اقدام خود از شکلِ قانونی انداخته و با عطف بماسبق نمودن اثر آن عمل، اتخاذ تصمیم در ماهیت را با چالش مواجه نماید.

بحثِ قائم‌مقامی، قدمتی ده‌ها ساله داشته و به قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ برمی‌گردد. مطابق مادهٔ ۵۴۱ آن قانون «دادخواست فرجامی از اشخاص مذکوره زیر پذیرفته می‌شود: ۱- مدعی و مدعی‌علیه و قائم مقام آنان از قبیل... منتقل الیه، در صورتی که انتقال بعد از اقامه دعوا شده باشد»، راجع به قید اخیر یکی از اساتید بیان داشته، در قانون سابقِ اصول محاکمات حقوقی، منتقل‌الیه جزء اشخاص قائم‌مقام تصریح نشده و محل اشکال بود، کمیسیونی مرکب از قضات وقت دیوان عالی کشور بعد از کودتای ۱۲۹۹برای توضیح بعضی از مواد آن قانون تشکیل و راجع به مسئلهٔ منتقل‌الیه چنین اظهارنظر نمود، اشخاصی که بعد از صدور حکم، موضوع دعوا به آن‌ها انتقال یافته باشد قائم مقام مدعی یا مدعی‌علیه محسوب و آنان نیز حق استیناف دارند، اعم از اینکه انتقال به آن‌ها قهری باشد و یا اختیاری و اگر در اثنای محاکمهٔ ابتدایی یا استینافی انتقال واقع شود،

منتقل‌الیه قائم‌مقام مدعی یا مدعی‌علیه بوده و به‌جای آن‌ها محاکمه می‌نماید (متین‌دفتری، ۱۳۴۲: ۵۰۶).

ملاحظه می‌گردد به‌رغم قدمت این بحث و اثراتی که نهاد قائم‌مقامی می‌تواند بر سایر ارکان دعوا داشته باشد، به‌نحو کاربردی به چشم مقنن نیامده و به بیانِ قاعده‌ای در مقررات بعدیِ منجر نشده است، قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۹ درمواردی به این مقوله، توجه داشته است از قبیل مباحث ایرادات «بند ۶ مادهٔ ۸۴»، اثر گزارش اصلاحی «مادهٔ ۱۸۴»، اثر حکم «مادهٔ ۳۰۳»، تجدیدنظرخواهی «مادتین ۳۳۷ و ۳۵۷»، فرجام‌خواهی «بند ۱ مادهٔ ۳۷۸»، و داوری «مادهٔ ۴۹۵»، لیکن راجع به‌نحوهٔ ورودِ قائم‌مقام به دادرسی و تأثیرات آن بر خواستهٔ دعوا و رویکرد محاکم در مواجهه با این مقوله، هیچ نصی تدوین نشده است. در رویهٔ قضایی نیز رأی تمیزی شمارهٔ ۲۲۶ مورخ ۱۳۱۸/۰۲/۱۳ دیوان عالی کشور مورد توجه است: «در صورتی که مدعی علیه در خلال جریان دعوا ملک مورد ادعا را به دیگری انتقال دهد، طرف دعوا از آن به بعد منتقل الیه بوده و به طرفیت او رسیدگی جریان و خاتمه خواهد یافت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۵۰۴).

با وجود این، چه در مقررات پیش‌گفته و چه در رویهٔ قضایی به این سؤالات پاسخی داده نشده که انتقالِ دعوا چه اثری بر خواسته تحمیل می‌کند؟ آیا دادرس مجاز به اتخاذ تصمیم خارج از خواسته و راجع به اعمال حقوقی و اسناد ایجاد شده مؤخر بر اقامهٔ دعوا می‌باشد یا خیر؟ آیا پذیرش این نظریه موجب تسلسل در رسیدگی نخواهد شد، یعنی دادگاه مجبور نیست با هر بار انتقال موضوع به ثالث، دائم ثالثی را به‌عنوان قائم‌مقام به دادرسی فرا خواند؟ عدم مداخله قائم‌مقام در بخشی از جریان دادرسی و اصل تناظر چگونه حل می‌شود؟

با بررسی سوابق پژوهشی در این خصوص به نظر می‌رسد این پژوهش اولین گام در این مسیر بوده و به امکان ورود دادرس در این عرصه می‌پردازد. ذیلاً به پیشینهٔ موضوع پرداخته شده، لکن تأکید می‌گردد که موضوع تحقیق مسبوق به سابقه‌ای نیست و در این حوزه صرفاً به مبحث قائم‌مقامی مختصر توجهی معطوف گردیده است. یکی از نویسندگان مرقوم داشته، انتقال دعوا یعنی انتقال مورد دعوا، ممکن است طرفِ دعوا در حیات خود با انجام انتقال، دیگری را صاحب حقوق موضوع دعوا نماید و منتقل‌الیه عیناً همان وضع را پیدا کند که ناقل داشت و به اصطلاح قائم مقام او شود، اولاً قوانین ما انتقال دعوا را منع نکرده‌اند، ثانیاً در بعضی موارد به جواز آن نظر داده و آثاری بر انتقال دعوا بار ساخته‌اند (مدنی، ۱۳۷۶: ۴۲۹)، یکی دیگر از اساتید بیان داشته انتقال دعوی به معنی انتقال مورد دعوی است و این انتقال درست است و بالجمله عروض دعوا بر مورد دعوا، خاصیت نقل و انتقال آن را سلب نمی‌کند، خواه دعوا در مراجع قضایی مطرح باشد

خواه نه (جعفری لنگرودی، ۳/۱۳۷۵: ۵۰۴). همین نویسنده در جای دیگری با ذکر اهم نمونه‌های قائم‌مقامی، شش قسم را برشمرده که در این میان هیچ اشاره‌ای به بحث انتقال دعوا نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۱۷).

حقوق‌دان دیگری اظهار داشته، در صورتی که سمتِ یکی از اصحاب دعوا که به آن سمت داخل در دادرسی نخستین شده زائل گردد، مثلاً مدعی یا مدعی‌علیه مال مورد ادعا را به دیگری فروخته یا هبه کرده است تکلیف چیست؟ چنانچه در اثنای دادرسی انتقال داده و دعوا به طرفیت منتقل‌الیه تعقیب وحکم محکومیت او صادر گردیده، قائم‌مقام اصحاب دعوا از قبیل منتقل‌الیه نیز می‌توانند از حکم پژوهش بخواهند، درمورد منتقل‌الیه قانون قید دارد به اینکه انتقال بعد از اقامهٔ دعوا شده باشد (متین دفتری، ۱۳۴۲: ۵۰۵)، حقوق‌دان دیگری عنوان نموده، ممکن است سمتِ یکی از اصحاب دعوا در حین دادرسی زائل شود، مثلاً خواهان یا خوانده مال مورد اختلاف را به شخص دیگری منتقل کند، در این صورت دعوا اصولاً باید به طرفیت منتقل‌الیه ادامه یابد (صدرزاده، ۱۳۸۲: ۲۷۶). در ارتباط با انتقال دعوا نیز یکی از شارحین بیان داشته، از ویژگی‌های حقوقِ مالی انتقال‌پذیری آن‌ها است، در نتیجه عمل حقوقی و هم در اثر واقعهٔ حقوقی ممکن است انتقال پیدا کنند (حیاتی، ۱۳۹۰: ۵۸). در همین راستا حقوق‌دانی شرح داده، دعاوی بین اشخاص به‌طور ارادی، به موجب عقود، توأم با حق اصلی منتقل می‌گردد (شمس، ۱۳۸۲: ۳۱۲). نویسنده‌ای دیگر مرقوم داشته، اگر دعوایی مطرح شود و در حین دعوا، نقل و انتقالی صورت گیرد، باید برابر اقرارنامهٔ جداگانهٔ شاکی یا خوانده، حق تعقیب دعوا را به منتقل‌الیه تفویض نماید. به عقیدهٔ ما عدم قید انتقال دعوا و حق تعقیب آن مانع از این نمی‌گردد که انتقال‌گیرنده حق ادامهٔ دعوا را داشته باشد (احمدی، ۱۳۷۷: ۱۲۵)، نویسندهٔ دیگری بیان داشته، علی‌رغم رایج نبودن چنین عملی در کشور تردیدی در صحت و امکان انتقال دعوا که موضوع آن حقوق مالی و قابل‌انتقال به دیگری باشد، وجود ندارد (عسکری، ۱۳۸۱: ۸۷)، به تحقیق حول این موضوع توسط حقوق‌دانان شرح مبسوط داده نشده و از این حیث با فقد منبع مواجه هستیم.

در عمل نظام قضایی ما به شدت نیازمند راهکاری جهت برون‌رفت از این معضل بوده و هدف از پژوهش حاضر نیز اثبات این مهم است که با تکیه بر نظریهٔ مطروحه، بروز این قابلیت همراه با شجاعتِ دادرسان میسر است. در این نوشته به موضوعاتِ تغییر ارکان دعوا، انتقال دعوا و مبانی قانونی آن، تبیین نظریهٔ موصوف، رویکردِ رویهٔ قضایی نسبت به آن و نقد چند رأی در این حوزه پرداخته شده است.

۱. تحول خواسته در شرایط معمول و در موقعیت‌های خاص

این گفتار به امکان دخالت در خواستهٔ دعوا پرداخته و ابتدا با توجه به سیر معمول پرونده، ظرفیت قانونی و اختیارات خواهان در این حوزه بررسی و سپس به متحول گردیدن خواسته در زمان انتقال موضوع خواسته به‌عنوان یک موقعیت ویژه در فرایند دادرسی پرداخته می‌شود.

۱-۱. دخل‌وتصرفاتِ معمول در خواستهٔ دعوا

عناصر یک دعوای حقوقی عبارتند از: اصحاب، خواسته و سبب دعوا. ممکن است پس از اقامهٔ دعوا به دلایلی نیاز به دخل‌وتصرف در این عناصر باشد، لازم به ذکر است، مداخله در دو رکنِ اصحاب و سبب دعوا، خارج از موضوع این پژوهش است. اجمالاً در این خصوص آن طور که گفته شده، در رکن اصحاب، امکانِ دخل‌وتصرف به دو شکلِ کیفی و کمی متصور است و منظور از قسم اول، آن دسته از تصرفاتی است که ناظر بر اصلاحِ مشخصات شناسنامه‌ای طرفین دعوا در دادخواست می‌باشد که به اشتباه درج گریده و مقصود از تغییرات کمی، آن دسته تصرفاتی است که ناظر بر کاستن از یا افزودن بَر اصحاب دعوا بوده و خود زایندهٔ مباحث مفصلی است که دعاوی ورود و جلب ثالث از آن جمله‌اند، دخل و تصرفات در رکن سبب نیز حاوی موضوعات متنوعی ازجمله، بحث اسباب متعدد در دعوای واحد، تغییر سبب، کاستن یا افزودنِ بر اسباب است که در جای خود به‌صورت مبسوط به همهٔ آن‌ها پرداخته شده است (صباغی، ۱۳۹۴: ۵۵). اصلِ تغییرناپذیری عناصر دعوا که بر مبنای اصلِ ممنوعیت غافل‌گیری شکل گرفته، مانع از دخالتِ بدون ضابطه در عناصر مزبور است. در پی تثبیت دعوا، رابطهٔ دعوایی مشمول اصل تغییرناپذیری و دوری از دسترس بودن قرار می‌گیرد، هنگامی که دعوا ساختار خود را یافت و تثبیت گردید این ساختار تا انتهای دادرسی باید حفظ شود، بر این بنیاد اصولاً طرفین و دادرسان نمی‌توانند خودسرانه موضوع دعوا را تغییر داده و یا چهارچوب آن را کاهش یا افزایش دهند (غمامی و محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۳). وقتی دعوایی طرح گردید اصولاً عناصر و چهارچوب آن نباید تغییر کند مگر در مواردی که مقنن خلاف آن را مجاز دانسته است، به‌عنوان مثال در این مرحله نمی‌توان شخص ثالثی را جایگزین مدعی کرد و سمت او را تغییر داد، موضوع خواستهٔ نخستین را دگرگون کرد یا دعاوی جدید طرح نمود (JeanVincent, 2003: 564)، انسجام دادرسی ایجاب می‌کند تا محدودیت‌هایی بر امکان تغییرپذیری موضوع دعوا وارد شود (مارتین، ۱۳۹۵: ۹۸). دادرس نمی‌تواند از حدود موضوع دعوا فراتر رفته و یا به کمتر از آنچه خواسته شده است رأی بدهد، دادرس باید در مورد تمام آنچه خواسته شده و صرفاً آنچه خواسته شده رأی صادر کند (محسنی، ۱۳۸۹: ۱۶۳). نقش فعال دادگاه بی‌حدومرز نیست و اقدامات و تحقیقات باید در جهت تکمیل دلایل استنادی اصحاب دعوا و یا

دلایل قانونی باشد و با سایر اصول حقوقی مانند اصل تسلط اصحاب دعوای مدنی و اصل تغییرناپذیری تعارض نداشته باشد (السان و محمودی، ۱۳۹۷: ۴۹۰). بر این اساس دخل‌وتصرفاتِ معمول نسبت به این رکن در قالبِ افزایش، کاهش یا تغییر خواسته و یا نحوهٔ دعوا، در مادهٔ ۹۸ قانون آیین دادرسی منصوص و مقید به قیودی شده است، اولاً محدود به پایانِ اولین جلسهٔ دادرسی، ثانیاً منوط به دو شرطِ وحدتِ منشأ و ارتباطِ کاملِ خواستهٔ جایگزین، افزایش یا تغییر داده شده با خواستهٔ ابتدایی گردیده است، نتیجهٔ عدم حصول این شرایط، سلبِ اختیار خواهان در انجام تحولات نسبت به خواسته، در جریان دادرسی خواهد بود.

۲-۱. تحولِ غیرمعمول در رکن خواسته

در شرایط عادیِ با تکیه بر اصول حاکم بر دادرسی، ضابطهٔ منصوص در مادهٔ ۹۸ قانون مزبور خالی از اشکالِ کلی است، اما باید پذیرفت امکان حدوثِ شرایط خاصی در جریان رسیدگی وجود دارد که نص مزبور دیگر پاسخ‌گو نبوده و سرگردانی طرفِ مقابل و دادگاه را به دنبال دارد، مسائلی که به‌رغم مهجور ماندن درحوزهٔ نظری، محاکم در عمل با آن مواجه و پاسخ واحدی هم به آن نداده‌اند. واضعین قوانین اموری را که معمولاً اتفاق می‌افتند در نظر می‌گیرند و نه هر مورد ویژه‌ای را، چراکه اگر هم می‌خواستند نمی‌توانستند تمامی موارد خاص را پوشش دهند.

ازاین‌رو در برخی موارد خوب است و حتی ضروری است لفظ قانون را رها کرده و به آنچه عقل و عدالت حکم می‌کنند و آنچه آهنگ انصاف دستور می‌دهد، عمل کنیم، بنابراین به نظر می‌رسد که انصاف از قصد و منظور موجود در قانون و نه الفاظ آن برمی‌خیزد (راسخ، ۱۳۸۸: ۲۸۸). در تفسیر مقررات نمی‌توان انصاف را نادیده گرفت (خدابخشی، ۱۳۹۹: ۱۲۰). وقایع یا اعمال حقوقی در برخی پرونده‌ها حادث می‌گردد که در ظاهر از یک‌سو نقصی را متوجه رکن خواسته نموده و از طرفِ دیگر، مادهٔ ۹۸ قانون مزبور کارآیی خود را به‌جهت فقدانِ شرایط پیش‌گفته از دست داده است. انتقال موضوع دعوا در جریانِ دادرسی، پیامد مزبور را به دنبال دارد، وقتی خواهان، خواستهٔ خود را به درستی در ستون مربوطه درج نموده باشد، اما در جریانِ دادرسی، موضوعِ دعوا به شخصِ ثالثی انتقال یابد، دو تحول مهم در ارکان دعوا رخ می‌دهد: اول آنکه منتقل‌الیه به‌جای طرف اصلی، درموضوع دعوا، ذی‌نفع شده در حالی که نام او در دادخواست ازجمله اصحاب نیست، دوم اینکه، خواستهٔ نخستین اکنون از جامعیت افتاده و عملاً ادامهٔ رسیدگی ماهوی با چالشِ ایراداتِ شکلی مواجه است، ایراداتی که به‌هیچ‌وجه منتسب به خواهان نبوده تا بتوان با اِعمال ضمانت‌اجرای قانونی پاسخ او را داد، بلکه این ایرادات اکثراً ناشی از سوءاستفادهٔ طرفی است که با این اقدام قصد دارد خواستهٔ دعوا را از قابلیت استماع خارج و رسیدگی به جریانِ

پرونده را عقیم نماید. اینکه گفته شود با تمسک به تأسیس‌های قانونی نظیر تأمین خواسته یا دستور موقت، می‌توان مانعی در مسیر انتقال موضوع خواسته ایجاد نمود، راهکار علمیِ این معضل نیست زیرا به دلایلی، نظیرعدم استطاعت مالی جهت تودیعِ خسارت احتمالی یا عدم موافقت دادگاه یا رئیس حوزهٔ قضایی با صدور قرار تأمین خواسته یا دستورموقت، ممکن است بهره‌گیری از تأسیس‌های مزبور میسر نگردد، پس باید متکی به قاعده‌ای عام از تمام دعاوی حراست نمود نه اینکه به صورت موردی و نسبت به افرادی که توان بهره‌مندی از تأسیسات تأمینیِ موصوف را دارند، به‌عنوان راهکارِ حراست از دعوا دلخوش داشت، توجه قانون‌گذار به اصول راهبردی دادرسی مدنی و طراحی قواعد دادرسی بر مبنای آن‌ها موجب می‌شود قواعد ماهویِ حقوق به درستی اجرا شوند و امنیت قضایی جامعه تأمین گردد (غمامی و محسنی، ۱۳۹۱: ۲۶۵). در جهت تعادل در تحلیل و جمع مصلحت مربوط به ترمیم دادرسی که هدف آن عبور از ایرادات و نواقص دادرسی و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت دعوا خواهد بود و نیز حقوق طرف دعوا به‌عنوان یکی از پایه‌های تشکیل فرایند دادرسی و در راستای رعایت اصولی چون تقابلی بودن دادرسی می‌توان گفت که باید فرصت و امکان دفاع در برابر دعوای ترمیم شده داده شود (فرحزادی، ۱۴۰۰: ۳۱۹). به‌عنوان مثال بهزاد دعوایی به طرفیت رضا مطرح نموده که ازجمله خواسته‌های دعوا، خواستهٔ ابطال سند می‌باشد، پس از سپری شدن جلسهٔ اول دادرسی، رضا که خود را در معرض محکومیت می‌بیند، ملک موضوع دعوا را به شخص ثالثی به نام علی انتقال می‌دهد که پیامد آن بر دادرسی موارد زیر است:

اولاً رکن اصحاب دعوا متحول شده و منتقل‌الیه نیز به‌عنوان قائم‌مقام در دعوا ذی‌نفع می‌گردد، ثانیاً رکن خواستهٔ دعوا نیز به هم می‌ریزد زیرا جهتِ نیل به خواستهٔ خواهان، باید سند بعدی انتقال که به نام علی که ایجاد شده نیز جزئی از خواسته و تحت دادرسی قرار داشته باشد تا خواستهٔ دعوا از جامعیت برخوردار و بتوان در ماهیت نسبت به آن سند نیز حکم صادر نمود، در غیر این صورت و صدور حکم بر له خواهان با بقای سندِ بَعدی، مالکیتِ موازی ایجاد و تعارض بین حکم و سندِ رسمی به وجود می‌آید و در نتیجه یا باید سندِ بَعدی هم جزء خواسته قلمداد و نسبت به آن تصمیم‌گیری شود و یا جهت جلوگیری از تالی‌فاسدِ اشاره شده با صدورِ قرارِ عدم استماع دعوا، رسیدگی به کیفیت مزبور را ناممکن دانست. این چالش فراروی محکمه است که باید در پرتو قواعد دادرسی و این اصل که قانون از متخلف حمایت نمی‌کند، چاره‌اندیشی شود، راه مرسوم برای گسترش قواعد و استفاده از آن‌ها برای جبران نقیصه‌ها و عقب ماندگی‌ها آن است که دادرس بکوشد تا از احکام جزئی در قانون قواعد کلی استنباط کند و آن گاه بر پایهٔ اصولِ استخراج شده و در پرتو هدف‌های قانون‌گذار و کشش و جاذبهٔ عدالت به احکام مورد نیاز دست یابد (کاتوزیان، ۲/۱۳۷۷: ۵۶۸).

در مثالِ یادشده، راجع به منتقلٌ‌الیه، هرچند با توجه به فراهم نبودن شرایط، استفاده از نهادِ جلب ثالث میسر نیست، لیکن نهادِ قائم‌مقامی به مدد می‌آید و بر این مبنا، تعقیبِ دعوا به طرفیتِ منتقل‌الیه بر اساس قاعدهٔ انتقال دعوا ادامه می‌یابد، اما در مورد تحولِ مربوط به رکنِ خواسته، مشکل به سادگی قابل‌رفع نیست و با توجه به فقدانِ قیودِ مصرحه، ازجمله سپری شدنِ جلسهٔ اول دادرسی، توسل به مادهٔ ۹۸ قانونِ مورد بحث موضوعاً منتفی و امکان افزایش خواسته بر آن اساس وجود ندارد، سایر مقررات قانون فوق‌الذکر نیز در این مقوله سکوت اختیار کرده و این درحالی است که قانون باید حافظِ اصول و نصوصِ خود باشد، این نقصِ قانونی که سوءاستفاده‌های زیادی را به دنبال خود داشته و نتیجهٔ آن طرح چندبارهٔ دعاوی و اطالهٔ دادرسی است، سبب می‌گردد دادخواهان به صورت ملموس اجرای عدالت را احساس نکنند. عدم احساس اجرای عدالت به سبب اطالهٔ دادرسی‌ها، معضلی است که می‌تواند سرخوردگی دادخواهان را به دنبال داشته باشد چراکه عدالت تأخیر شده، عدالت انکار شده است. دادگاه‌ها در مواجهه با این بحث موضع واحدی در پیش نگرفته و خود را از قید چاره‌جویی و حراست از دعوای مطروحه، رها دیده و با تکیه بر مقررات خشک و منفعل، به اشتباه ایراد را متوجه دادخواست دانسته، اقدام به صدور قرار می‌نمایند و در این میان عدالت است که در معرض آسیب قرار گرفته و این نجوا به گوش می‌رسد که، آیین دادرسی نمی‌تواند به‌خودی‌خود به عدالت منتهی شود، آیین دادرسی صرفاً وسیلهٔ برقراری صلح اجتماعی است، وظیفهٔ دادرس صدور رأی است و نه برقراری عدالت (مارتین، ۱۳۹۵: ۱۷۸).

اما نقش باورهای دینی و اصولِ عدالت‌محور، این زمزمه را برنمی‌تابد و بر این باور است که دادرس باید تلاش خود را به کار گرفته و از تمام ظرفیت‌ها برای نیل به احقاق حق استفاده کند، قاضی باید هدف خود را کشف حقیقت و رعایت مصالح و تأمین عقلانیت حقوقی قرار دهد، اگر نتیجهٔ اِعمال یک قانون، ناعادلانه یا غیرمعقول باشد او می‌تواند از اِعمال آن اجتناب و از تدابیر حقوقی دیگر استفاده کند، قانون نظم ناقص است و نمی‌توانیم در قانون همهٔ راه‌حل‌ها را بیابیم (انصاری، ۱۳۹۲: ۸۹). جست‌وجوی حقیقت قلب فرایند دادرسی است (محسنی، ۱۳۸۷: ۲۸۵). قضات موظفند که به مدد دانش حقوقی و تکنیک‌های تفسیر قوانین، آن را به مسیر عدالت هدایت نمایند، هدف از رسیدگی قضایی به دعاوی مردم، احقاق حق و اجرای عدالت است (واحدی، ۱۳۹۶: ۲۴). باور عدالت و انصاف، همان طور که در برخی محاکم دیدیم، دشوار نیست و علم به آن نیز قابل‌تحصیل است، ازاین‌رو علاوه بر اعتماد و ایمان به باور درونی عدالت، می‌توان به اندیشه‌های عادلانه‌ای که دیگران نیز برشمرده‌اند، استناد کرد (خدابخشی، ۱۳۹۹: ۱۲۹). این خطر جامعهٔ قضایی را تهدید می‌کند و باید با تکیه بر اصول، کنترل دعاوی را به دست محکمه سپرد تا

عدالتخانه از این گزند در امان باشد، دادرس در جریان رسیدگی از توانایی‌هایی خاص برای جهت‌دهی به رسیدگی و تأمین و تضمین حسن‌نیت به وسیلهٔ کسانی که درگیر دادرسی هستند بی‌بهره است و این نشان‌دهندهٔ فقر مقررات دادرسی ایران از جهت ضمانت‌اجراهاست. به‌راستی هنگامی که دادگستری را خدمت عمومی تلقی می‌کنیم که هزینه‌هایی را بر دوش دولت می‌نهد، رها بودن رسیدگی به دعوا در دستان طرفین اختلاف موافق مصالح اجتماعی نیست (غمامی و محسنی، ۱۳۹۱: ۲۰۱). پس باید با اعطای نقش فعال به دادرس، نقص یا سکوت قانون را جبران نمود، گاهی نیز که قانون نمی‌تواند تمام اعمال و وقایعی را که به حکم عقل و انصاف باید مشمول آن باشد در بر بگیرد دادرس باید متمم حکم ناقص را بیابد (انصاری، ۱۳۹۲: ۸۵). غیر از این باشد، باید همانند تحقق‌گرایان که قواعد حقوقی را مهم‌ترین عنصر تشکیل‌دهندهٔ هر نظام حقوقی می‌دانند، به واگذاری امر قضاوت به ماشین اندیشید و رایانه را جانشین دادرسان کنیم، امری که عدالت‌گرایان به شدت با آن مخالفند، یکی دیگر از وظایف دادرس مطابقت دادن حقوق و تحول واقعیت‌هاست، در واقع محاکم به‌دلیل تماس مستمر با واقعیت‌ها قواعدی ایجاد می‌کنند که در مقایسه با قوانین عادلانه‌تر و با نیازهای عملی سازگارتر هستند، رویهٔ قضایی امکان هم‌گامی با تحولات اجتماعی را دارد و می‌تواند از کهنگی و نقص قوانین به‌گونه‌ای مؤثر بکاهد و در واقع آمیزه‌ای از قدرت و عدالت است که نه خشکی و جمود قانون را دارد و نه ابهام عدالت را، حقوقی زنده و شاداب و نهالی انعطاف‌پذیر است (کاتوزیان، ۲/۱۳۷۷: ۵۸۱). پس در برخورد با این‌گونه موارد دادرس باید نقشی فعال ایفا نموده و با تمسک به قواعد و نظریاتِ چاره‌ساز، جامه‌ای نو بر قامتِ جریان دادرسی بپوشاند.

۲. انتقال دعوا، مبانی قانونی و محدودهٔ آن

در این مقال اجمالاً مفهوم قائم‌مقام و رد پای آن در قوانین موضوعه بررسی و سپس نوع دعاوی که مشمول این نظریه می‌گردند به صورت واضح مشخص گردیده و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که آیا نظریهٔ مورد بحث تمام دعاوی حقوقی را در دایرهٔ خود گرفته یا خیر؟

۲-۱. مفهوم

فرض بر روشن بودن مفهوم قائم‌مقامی است که اجمالاً در مقدمه به آن پرداخته و نظر حقوق‌دانان مورد بررسی قرار گرفت. در این خصوص یکی از اساتید به درستی بیان داشته، انتقال دعوا یعنی انتقال مورد دعوا، ممکن است طرف دعوا در حیات خود با انجام انتقال، دیگری را صاحب حقوق موضوع دعوا نماید و منتقل‌الیه عیناً همان وضع را پیدا کند که ناقل داشت و به اصطلاح قائم مقام او شود (مدنی، ۱۳۷۶: ۴۲۹). حقوق‌دان دیگری بیان داشته، قاعدهٔ قائم‌مقامی در حقوق مالی و قراردادهایی

که موضوع آن حقوق عینی و فروع راجع به آن است مورد اتفاق علمای حقوق است (جلیلوند و امینی، ۱۳۸۷: ۸۶). نویسندهٔ دیگری عنوان نموده، در مواردی که دعوای مطروحه به مال معینی وابسته باشد با واگذاری مال، انتقال تبعی عقد و انتقال دعوا به‌صورت توأم واقع خواهد شد مانند آنکه مالک پس از اقامهٔ دعوای خسارت علیه مستأجر به‌جهت تعدی و تفریطِ او ملک را بفروشد که خریدار، انتقال گیرندهٔ تبعی عقد و دعوا خواهد بود (شعاریان، ۱۳۹۴: ۴۰۱). همچنین گفته شده، بلاتردید قاعدهٔ انتقال دعوا به علت جواز حضور و دخالت قائم مقام به‌جای مالک و صاحب حق اولیه، از اصول مسلم و پذیرفته شده حقوق ماست (محمدزاده منفرد، ۱۳۹۴: ۳۴). نظریهٔ قائم‌مقامی از سوی اساتید حقوق ایران مورد پذیرش قرار گرفته است. به نظر می‌رسد علت پذیرش این تئوری استفادهٔ مکرر قانون از واژهٔ قائم‌مقام بدون روشن کردن مفهوم آن باشد. حقوق‌دانان به کار رفتن مکرر این واژه را در قانون معیار پذیرش نظریهٔ قائم‌مقامی دانسته‌اند (فاتحی، ۱۳۹۱: ۲۲).

۲-۲. مبانی قانونی

در نصوص قانونی، چه قوانین ماهوی و چه مقررات شکلی به وفور به موضوع قائم مقامی پرداخته شده است. مادتین ۳۳ و ۴۲ قانون ثبت اسناد و املاک، مادهٔ ۴۵ قانون تصفیه امور ورشکستگی، مادهٔ ۶۵ قانون محاسبات عمومی کشور، مواد ۱۷، ۲۵، ۲۶ و ۳۰ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، مادهٔ ۱۴ قانون تجارت الکترونیک، مادهٔ ۲ قانون تملک آپارتمان‌ها، مادتین ۱۳۱ و ۲۱۹ قانون مدنی، نمونه‌ای ازجمله قوانین ماهوی در این خصوص است و از بُعد مقررات شکلی مادهٔ ۵۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و مواد ۸۴، ۱۵۴، ۳۰۳، ۳۳۷، ۳۵۷، ۳۸۷ و ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ اشارهٔ صریح به قائم مقام داشته و در مادهٔ ۲۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۲ نیز به این نقش توجه شده و منتقل‌الیه در کنار وراث، از جملهٔ افرادِ قائم‌مقام شناسایی شده است. اشارات حقوق‌دانان در باب این مسئله به شرحی که در مقدمه بیان گردید قدمتی نودساله دارد و با این اوصاف بی‌تردید باید قاعدهٔ انتقال دعوا را از اصول پذیرفته شده در حقوق ایران دانست، با امضای اعتبار این قاعده که خود آبشخورِ اصلِ قائم‌مقامی است، نظریهٔ موضوعِ تحقیق را می‌توان استخراج نمود که همانا تحول غیرارادی خواستهٔ دعوا در پرتو انتقال موضوع دعواست.

۲-۳. مرزهای انتقال دعوا

محدودهٔ انتقال دعوا توجهاً به اصل تغییرناپذیریِ باید به صورت شفاف و البته مضیق تعریف و صرفاً در آن مرز قائل به تحول غیرارادی خواسته بود، به عبارت دیگر این نظریه تبصره‌ای است بر مادهٔ ۹۸ قانون مذکور و مرز زمانی آن را از حالت انحصار خارج نموده و به بعد از جلسهٔ اول

رسیدگی هم تعمیم می‌دهد، عبارتِ در پرتو انتقال موضوع دعوا ازاین‌رو پسوندِ نظریه قرار گرفته تا تحول غیرارادی را صرفاً زاییدهٔ قائم‌مقامی در دعوا معرفی کند.

برای نیل به این مهم پس از پذیرش اصل قائم‌مقامی و باز شناختن از مفاهیم دیگر نظیر نمایندگی یا شخص ثالث و تثبیت قاعدهٔ انتقال دعوا، به روشنی مشخص می‌شود که پیامدِ کدام‌یک از انواع قائم‌مقامی، تحول غیرارادی درخواست خواهد بود، بدیهی است همهٔ دعاوی قابلیت انتقال را نداشته و شماری از آن‌ها خروج موضوعی از بحث دارند. پس صرفاً دعاویِ مالیِ قابل‌انتقال، مطمح نظر است و دعاوی قائم به شخصیتِ طرفین در این دایرهٔ جایی ندارند، دعوا همیشه توأم و پیوسته به حقوق مالی و یا غیرمالی است، حقوق غیرمالی مانند حق زوجیت، حق ولایت و... اصولاً غیرقابل‌انتقال هستند. دعاوی طلاق و تمکین از حق زوجیت ناشی می‌شوند و از آنجا که غیرمالی‌اند، غیرقابل‌انتقال هم خواهند بود (حیاتی، ۱۳۹۰: ۵۸). در مواردی که حق اصلی دارای خصوصیتی منحصراً شخصی است، به‌موجب عقود قابل‌انتقال نمی‌باشند و نتیجهٔ انتقال دعوای مربوطه نیز منتفی می‌باشد، چنانچه دعوا به شخص متداعیین مربوط باشد قابل‌انتقال به دیگری نخواهد بود (شعاریان، ۱۳۹۴: ۴۰۰).

جایگزینی منتقلٌ‌الیه در دادرسی به قائم‌مقامی از مالکِ قبلی، به دنبال خود، مفهوم انتقال دعوا به‌عنوان یک قاعده پذیرفته شده در حقوق ایران را آورده است، اما هرچند درباب قائم مقامی و انواع آن و نیز مبحث انتقال دعوی، حقوق‌دانان به شرح فوق‌الذکر ارشاداتی داشته‌اند، اما این نظریه برای نخستین بار نقطه‌ای را در نظر گرفته که ورای این مسئله و فرع بر آن است. یعنی پس از پذیرشِ قاعدهٔ انتقال دعوی است که ضرورت نظریهٔ تحول غیرارادی خواسته،خود را نشان می‌دهد، به بیانِ رساتر از آثار اثبات قاعدهٔ انتقال دعوا، پذیرش نظریهٔ مطروحه است.

۳. تبیین نظریهٔ تحول غیرارادی خواستهٔ دعوی

در مقام تبیین موضوع ابتدا جهت تنویر اذهان سیری در قوانین خاص نموده تا مشخص گردد مقنن در تنگناهایی به‌دلیل فقر مقررات، دست به وضع نصوصی زده که کاملاً مغایر با اصول حاکم بر دادرسی بوده و چون نیک‌نظر شود، رد پای نامرئی نظریهٔ موصوف به وجه تقنینی در این دست از اقدامات دیده می‌شود.

۳-۱. نشانِ نظریه در قوانین موضوعه

جامعهٔ حقوقی ایران با تغییرات غیرارادی از این دست در خواستهٔ دعوا یا حتی در محکومٌ‌به بیگانه نیست و جست‌وجو در قوانینِ پراکنده ما را با نوعی تحوّل در خواسته مواجه می‌نماید که مقنن بنابر ملاحظاتی بی‌توجه به ارادهٔ خواهان و حتی بعضاً با تسری این تحول به حکم قطعیِ

محاکم، از خواستهٔ اولیه یا حتی محکومٌبِهِ قطعی، عدول و خواسته یا حکمِ قانونیِ دیگری که به زعم خود به صواب نزدیک‌تر می‌بیند را با مصلحت‌اندیشیِ تقنینی جایگزین آن‌ها نموده است، چند نمونه از این دست اقدامِ قانون‌گذار در جهت تنویر ذهن و سهولتِ هضمِ نظریهٔ مورد بحث را از نظر می‌گذرانیم:

الف) ماده‌واحدهٔ مصوب ۱۳۸۸/۲/۲ مجلس شورای اسلامی، قانون الحاق یک تبصره به مادهٔ ۱ لایحهٔ قانونی نحوهٔ خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸، که حکم زیر را به‌عنوان تبصرهٔ الحاقی به مادهٔ یک لایحهٔ قانونی مزبور مصوب ۱۳۵۸ آورده است:

در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرایی مبنی بر مالکیت قانونی اعم از اینکه به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد به‌موجب احکام لازم‌الاجرای قضایی ابطال گردیده یا می‌گردد، دستگاه مربوطه موظف است املاک یادشده را به مالک آن مسترد نماید، لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحدثات یا قرارگرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادرکنندهٔ حکم متعذر باشد دستگاه اجرایی ذی‌ربط می‌تواند با تأمین اعتبار لازم، نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید، در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع‌وقمع صادرشده باشد دادگاه مزبور با درخواست دستگاه اجرایی، دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرایی ذی‌ربط موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام نماید.

وفق این مقرره برخلاف اصلِ لازم‌الاجرا بودن آرای دادگاه‌ها، حکم قطعیِ صادره اجرا نمی‌شود و با صدورِ دستور موقتِ ویژه‌ای، به محکومٌعلیه فرصتِ تأمین اعتبارِ شش‌ماهه اعطا تا به‌جای محکومٌبه، نسبت به پرداخت قیمتِ ملک اقدام نماید، امری که اساساً خارج از خواستهٔ دعوا و حکم صادره می‌باشد، درخصوص این مقرره مباحث زیادی مطرح و ایراداتِ متعدد بر آن گرفته شده است، اگر حکمی صادر شود ولی اجرا نگردد مانند این است که حق مسلم دادخواهیِ افراد را برخلاف اصل سی‌وچهارم قانون اساسی از آنان سلب کنیم، شوربختانه وضع چنین مقرراتی که استحکام و موجودیت احکام محاکم را زیر سؤال می‌برد، موجب وهن نظام قضایی کشور و یأس افراد از دادخواهی است (حسنی، ۱۳۹۴: ۱۴). اکنون مجال پرداختن به صدق یا کذب ایرادات بیان شده نیست و صرفاً از باب تقریب ذهن به سمت نظریهٔ تحول غیرارادیِ خواسته بیان گردید.

ب) لایحهٔ قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۷:

ماده واحده: در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحدثات غیرمجاز در املاک مجاور

هر گاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبهٔ ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشهٔ ثبتی یا به علل دیگری که ایجاد کننده بنا یا مستحدثات از آن بی‌اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید، دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیهٔ خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد و در غیر این صورت حکم به خلع ید و قلع بنا و مستحدثات غیر مجاز داده خواهد شد.

تبصرهٔ سه مقررات این قانون نسبت به دعاوی مطروحه‌ای که تا تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون به حکم قطعی منتهی نشده لازم‌الرعایه است و هرگاه حکم قطعی صادر شده و اجرا نشده باشد ذی‌نفع می‌تواند با استناد به این قانون ظرف مدت دو ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون تقاضای اعادهٔ دادرسی نماید، بر اساس ماده‌واحدهٔ مزبور دادگاه به‌جای صدور حکم وفق خواسته، تکلیف به صدور حکم بر پرداختِ قیمت اراضی تصرف شده و اصلاحِ سندِ مالکیت طرفین دعوا را دارد و بر اساس تبصرهٔ سه این مقرره، راجع به احکام قطعیِ اجرا نشده نیز جواز اعادهٔ دادرسی به محکومٌ‌علیه اعطا گردیده است.

پ) لایحهٔ توقف اجرای احکام خلع ید و قلع‌وقمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع وزارت ورزش و جوانان مصوب ۱۳۹۲/۰۵/۱۶:

از تاریخ تصویب این قانون اجرای احکام خلع ید و قلع‌وقمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع سازمان تربیت بدنی که در اراضی متعلق به غیراحداث شده است برای مدت سه سال متوقف می‌شود، سازمان تربیت بدنی موظف است ظرف مدت یاد شده نسبت به توافق با مالکین اراضی یاد شده به‌نحو ممکن از قبیل خرید اراضی، واگذاری زمین یا ملک معوض، صدور مجوز و واگذاری سهام توافق نماید، بر اساس تبصرهٔ یک این ماده‌واحده درصورت عدم حصول توافق، بهای زمین بر اساس قیمت کارشناسی رسمی روز به نفع مالک، در صندوق دادگستری سپرده می‌شود و سند مالکیت به نام سازمان تربیت بدنی صادر می‌شود، هرچند این ماده‌واحده از نظر شورای نگهبان خلاف موازین شرع شناخته شده لیکن در این لایحه نیز اجرای حکم خلع ید که موضوع خواستهٔ دعوا بوده، متحول و در هر حال قیمت ملک به محکومٌ‌له پرداخت می‌شود، ملاحظه می‌گردد مقنن به صورت موردی و در جهت برون‌رفت از برخی معضلاتِ عملی تعرضی به اصول دادرسی به شکلِ تقنینی داشته اما جا دارد که در این راستا قواعدی ترسیم گردد تا حقوق ماهوی به‌صورت عام مورد حراست قرار گیرد، توجه قانون‌گذار به اصول راهبردی دادرسی مدنی و

طراحی قواعد دادرسی بر مبنای آن‌ها موجب می‌شود قواعد ماهویِ حقوق به درستی اجرا شوند و امنیت قضایی جامعه تأمین گردد (غمامی و محسنی، ۱۳۸۵: ۲۶۵).

ت) مادهٔ ۳۹ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵، اصل موضوع انتقال دعوا را ممکن دانسته و صرفاً وکلا را از انتقال دعاوی موکلین به خود منع نموده است. وفق نص مزبور «وکیل حق ندارد دعاوی را به‌طور مصانعه یا در ظاهر به اسم دیگری و در باطن به اسم خود انتقال بگیرد و این قبیل دعاوی در محکمه پذیرفته نخواهد شد»، مطابق مقررهٔ فوق به‌صراحت انتقال دعوا مورد پذیرش قرار گرفته است و صرفاً وکلای دادگستری از اینکه موضوع دعوا را به صورت پنهانی به خود انتقال دهند منع گردیده‌اند.

۲-۳. تبیین نظریه

تحول خواسته، خارج از ارادهٔ طرفین، بنا به مصالح و به‌نحو تقنینی در حقوق ما به کرات دیده شده است، با این وصف در شرایطی که مقنن بنا به ضرورت، اصولِ حاکم بر دادرسی را نادیده گرفته، هضم و پذیرشِ نظریهٔ تحول غیرارادی خواسته که به‌موازات اصول دادرسی و در راستای عدالت‌محوری و منطبق بر قاعدهٔ قائم‌مقامی بنا نهاده شده، سهل می‌نماید.

بدونِ شک اهمیت و جایگاه این نظریه، در حوزهٔ مقرراتِ شکلی راهگشای بسیاری از مشکلات و موجب صیانت از حقوقِ اکتسابی خواهان بوده و پیامدِ جلوگیریِ سوءاستفاده از سکوتِ قانون را به دنبال دارد، خصوصاً از طرح دعاوی بعدی نظیر اعتراض ثالث پیشگیری شده و نظم و امنیت قضایی تضمین می‌گردد. با تکیه بر این نظریه، انتقالِ مالِ موضوعِ دعوا در جریان رسیدگی و به‌تبع آن تولدِ یک سندِ جدید ناشی از عمل حقوقیِ مؤخر بر طرح دعوا، روند دادرسی را به بن‌بست نمی‌کشاند و همراه با تغییر در رکنِ اصحاب و دعوت از قائم‌مقام به دادرسی، تحول در رکنِ خواستهٔ دعوا نیز به وجود آمده و جریان رسیدگی با لحاظِ خواسته متحول شده ادامه می‌یابد «به تو پند می‌دهم که در هر قاعدهٔ عام حقوقی حتماً به انصاف توجه کنی و آن را استیفا نمایی که تمامی این‌ها در قانون عقل موجود است اگر چنین کنی مطمئنم هیچ گاه نور وجدانت خاموش نخواهد شد» (راسخ، ۱۳۸۸: ۲۸۸).

نکتهٔ حائز اهمیت اینکه اصل تغییرناپذیری عناصر دعوا، تقابلی با مبحث مزبور نداشته و این نظریه یک استثنا بر اصل مزبور نبوده و خروج موضوعی از آن دارد، با این توضیح که اصل تغییرناپذیری، خود مبتنی بر اصلِ ممنوعیتِ غافلگیری است و بر این اساس خواهان حق ندارد جز در محدودهٔ نصوص، تحولی درخواسته به وجود آورد. پس از اینکه دادخواست در دفتر دادگاه ثبت و پس از اولین جلسهٔ دادرسی تثبیت شد، دعوا مشمول اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی قرار می‌گردد، اصلی که ضامن ثبات دادرسی، نظم و سرعت و مانع اختلاط دعاوی و سردرگمی قاضی

و اصحاب دعواست (السان و محمودی، ۱۳۹۷: ۴۸۹). اما درجایی که شخصِ خوانده، همه را اعم از خواهان، محکمه و حتی مقنن را غافلگیر نموده و با اقدام خود، ارکان دعوا را به هم ریخته، اصلِ تغییرناپذیری هم موضوعاً منتفی شده و باید در این راستا، همگام با تحول در رکنِ اصحاب و جایگزینیِ قائم‌مقام به‌جای ید ناقل، موافق با تحول خواسته در برابر غافلگیریِ به وجود آمده نیز بود و بر این اساس است که باید خواستهٔ ابتدایی، قهراً متحول و تقویت شود. با رویکرد اخیر، این نظریه قابل‌دفاع است، زیرا اصولِ حقوقی، همیشه حامی افرادِ با حسن‌نیت می‌باشد. مقصود از تعهد طرفین به حفظ و رعایت عدالت در دادرسی این است که طرفین و وکلای آن‌ها مکلف به رعایت حسن‌نیت در روابط میان خود و دادگاه باشند و نمی‌توانند با تمسک به شیوه‌های غافلگیرانه از مقررات آیین دادرسی سوءاستفاده کنند (غمامی، ۱۳۹۰: ۱۰۵).

نظریهٔ مورد بحث، قاعدهٔ منصوص در مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی را نیز تضمین می‌کند، چراکه قاعدهٔ لزوم ذی‌نفع بودنِ متداعیین اقتضا دارد، منتقلٌ‌الیه جایگزینِ ید ناقل گردیده و به این اعتبار، اسنادِ تنظیمیِ مؤخر بر اقامهٔ دعوا نیز مورد توجه دادرس قرار گرفته و تحولِ ایجاد شده، اثری بر صحتِ جریان دادرسی نداشته باشد، زیرا با انتقالِ دعوا، ذی‌نفع واقعی، قائم‌مقام است و اگر بپذیریم که دعوا به طرفیتِ او جریان می‌یابد، ناگزیر اسنادِ مثبتِ جایگزینی هم به دنبال او به دعوا راه یافته و قهراً جزئی از خواسته قلمداد و خواستهٔ سابق متحوّل می‌گردد، پس پذیرش این نظریه علاوه بر نیاز حقوقی به شرحی که گذشت، باعث می‌شود از مقرراتِ آیینِ دادرسی به‌نحو شایسته صیانت گردد. اگر دادرس منفعلانه نظاره‌گرِ اقداماتِ انتقال‌دهنده باشد و خود را محصور در چهارچوب قواعدِ خشکِ دادرسی احساس کند، زمینهٔ رخت بربستن امید از اجرای عدالت را فراهم می‌آورد، دادرس باید در نقشِ عنصری فعال، منطبق با اصول و در جهت کشف حقیقت، امر دادرسی را اداره نماید. مدیریت قضایی و اداره و هدایت فرایند دادرسی باید به‌گونه‌ای باشد که جامعه به تضمین دادرسی عادلانه با چنان سازمان و سامانی اطمینان حاصل کند (فضائلی، ۱۳۹۳: ۱۶۳). اینکه دادرسی باید به‌موجب آیینی انجام شود پاسخ‌گوی نیازها نخواهد بود، اگر هدف این است که با نهاد دادرسی اختلاف حقوقی طرفین از بین رفته و صلح و آرامش به جامعه بازگردد، خودِ دادرسی و آیین آن متناسب با عناصر و ویژگی‌هایش باید به شکلی معقول و منطقی اداره شود، اگر هدف توانایی‌های دادرس را نظم و عدالت بدانیم، او باید بتواند در مقابل اقداماتِ طرفین دعاوی و یا هر شخصِ ظاهراً ذی‌نفعی که قصدِ تحقق یک تبانی را دارد بایستد، منافع عمومی نیز ایجاب می‌کند دادرسی به شکل عادلانه و کارا با همکاری قاضی و طرفین دعوا انجام شود (محسنی، ۱۳۸۹: ۳۶۸). اگر نتیجهٔ اقدام و تحلیل دادرس، غیرمنصفانه باشد که در بسیاری از موارد

خود دادرس نیز خارج از فضای دادرسی، آن را تأیید می‌کند در این صورت، نباید صرفاً با تکیه بر اینکه قانون است و من چه باید بکنم و مسئولیت با من نیست و از این قبیل سخنان، به نتیجهٔ غیرمنطقی یا غیرعادلانه حکم دهد. او باید مقدمات حرکت خود را بازبینی کند و این‌گونه بیاندیشد که حتماً برخی از مقدمات، ناصحیح یا نامربوط یا برخلاف اهداف و مبانی است که چنان نتیجه‌ای به بار آورده است (خدابخشی، ۱۳۹۹: ۱۲۵). همچنین این نظریه بر مبنای قاعدهٔ فقهی «اذن در شیء اذن در لوازم آن» هم قابلیت دفاع دارد، چراکه اگر قاعدهٔ انتقال دعوا پذیرفته شود، لاجرم لوازم آن را هم به دنبال خود می‌آورد، وقتی منتقل‌الیه را به‌عنوان قائم‌مقام در دعوا شناسایی و دادرسی از این پس به طرفیت او ادامه می‌یابد، لوازمی که نقشِ قائم مقامی را به وجود آورده (اسنادِ انتقالِ بعدی) نیز باید قهراً به خواسته افزوده تا رسیدگی به دعوا از هر حیث عاری از ایراد گردد و نسبت به سندِ مزبور نیز از جانب دادرس اتخاذ تصمیم شود، در غیر این صورت اصلِ قائم‌مقامی هیچ کارآیی نخواهد داشت. این نکته درخور توجه است که دو موضوعِ مختلف فراروی دادرس قرار دارد، احترام به قواعد و شناسایی قائم‌مقام به‌عنوان یکی از اصحابِ جدیدِ دعوا از یک سو و توجه به آزادی ارادهٔ انتقال‌دهنده از سوی دیگر، که باید آن‌ها را به بهترین شکلی جمع نماید، چراکه در حقوق ایران برخلاف حقوق برخی از کشورها، مانند هلند، که انتقالِ حقوقِ در حال نزاع ممنوع است (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۲۵۰). انتقال‌دهنده در پرتو اصل آزادیِ اراده، حق انتقالِ اموال خود را دارد و نمی‌توان او را از این حق محروم نمود، مطابق اصل آزادیِ گزینشِ طرفِ قرارداد، انسان‌ها در انتخاب طرفِ قراردادِ خود نیز آزادند، هیچ نیروی برتری نمی‌تواند آن‌ها را به قبولِ یک طرفِ قرارداد معین مجبور نماید (غمامی، ۱۳۷۷: ۱۵).

در پاسخ به این سؤالات که آیا اجرای این نظریه موجب تسلسل در روند رسیدگی نمی‌شود و آیا دادگاه مجبور خواهد بود به دفعاتی که انتقال موضوع به ثالث رخ می‌دهد، دائماً منتقل‌الیه اخیر را به دادرسی فرا خواند؟ و اینکه چگونه اصل تناظر و عدم مداخلهٔ قائم‌مقام در بخشی از جریان دادرسی توجیه می‌گردد؟ و نیز نحوهٔ فراخواندن و مداخلهٔ قائم‌مقام در دادرسی، آیا به موجب دادخواست صورت می‌گیرد یا خیر؟ باید گفت، اولاً بی‌تردید یکی از چالش‌ها در این حوزه می‌تواند مبحث تسلسل باشد، اما حقیقتاً چالشِ اخیر موضوع اصلی این نوشته نیست، به‌هرحال این نوشته به رفتارهای متعارف و معقول می‌نگرد که چرا مقنن حتی برای همین رفتار هم حکمی بیان نکرده است. به هر روی در موقعیت کنونی فرایند مبتنی بر زمان دادرسی‌ها مانع سوءاستفاده خواهد بود. ثانیاً این نظریه مبتنی بر منطق دادرسی و اصول حاکم، تبیین شده و غمض عین از آن، مشکلات عملی زیادی در پی داشته و دادرسی‌ها را به بن‌بست می‌کشاند که در مبحث نقد آرای قضایی،

نمونه‌هایی از این‌گونه بن‌بست‌ها آورده شده و ازاین‌رو نباید تردیدی در کارآمدی و اجرایی نمودن آن به خود راه داد، ثالثاً به موجب یک امر نانوشته، تثبیت این نظریه در رویهٔ قضایی به‌خودی‌خود، بازدارندگی از انتقالات توأم با سوءنیتِ موضوع خواسته را به دنبال دارد، زیرا خوانده بر این حقیقت اشراف می‌یابد که انتقال موضوع خواسته با هدفِ به بن‌بست کشیدن دادرسی، فرجامی نداشته و دعوای اقامه شده، به سبب اخیر با صدور قرار شکلی مختومه نمی‌گردد و جریان دادرسی تا اتخاذ تصمیم در ماهیت ادامه خواهد یافت. این نظریه بی‌تردید نقش عاملی بازدارنده را ایفا خواهد نمود.

اما درخصوص نحوهٔ فراخواندن و دخالت منتقل‌الیه در روند دادرسی، ابتدا موضع دو کشور اسلامی اجمالاً از نظر می‌گذرد، یکی از نویسندگان حقوق لبنان در این مورد بیان داشته «فرضی که مهم تشخیص داده شده است حالتی است که در طرفین اصلی دعوا به سبب قائم مقامی تغییر حاصل می‌شود و موضوعِ دعوا به واسطهٔ قائم مقامی به شخص دیگری منتقل شود، حال سؤال این است که آیا قائم‌مقامِ خاص جانشین سلف در دعوای اقامه شده نسبت به آن حق می‌گردد یا خیر؟ اگر قائم مقامی بعد از طرح دعوا و در حین دادرسی واقع گردد باید اقدامات تا زمانی که قائم مقام طرف دعوا قرار گیرد، متوقف گردد.» (نبیل اسماعیل، ۲۰۱۱: ۲۷۳). به نظر می‌رسد توقیف دادرسی در این جا پذیرفته شده است و این بدان معنی است که منتقل‌الیه بدون تقدیم دادخواست به دادرسی فراخوانده می‌شود.

در حقوق مصر نیز راجع به انتقال ارادی دعوا در جریان رسیدگی قانون راه حل صریحی پیش‌بینی ننموده و بین دادگاه‌ها در این خصوص اختلاف‌نظر وجود دارد، دادگاه تجدیدنظر مصر در دادنامهٔ شمارهٔ ۱۱۸۵ مورخ ۱۹۸۷/۵/۱۴ اعلام نموده، بیع مالِ محلِ نزاع، موجب توقیف دادرسی نمی‌شود و قائم مقام برای دفاع از منفعت شخصی خود لازم است وارد دعوا شود و صدور حکم بدون وارد شدن وی به دادرسی موجب اثر، نسبت به وی نمی‌باشد یعنی غیرقابل‌استناد نسبت به قائم‌مقام (انتقال گیرنده) می‌باشد (ابوالوفا، ۱۹۸۸: ۸۱۰). در رأی مشابه دیگری توسط این نویسنده بیان گردیده که بیع مال محل نزاع در اثنای دادرسی موجب نمی‌شود که انتقال گیرنده به محض انتقالِ موضوع دعوا و ایجاد قائم مقامی طرف دعوا قرار گیرد و طرفی که مال موضوع دعوا را منتقل کرده است همچنان به رغم انتقال موضوع دعوا، در دادرسی به اسم خودش باقی می‌ماند.

ملاحظه می‌گردد بر اساس این دو رأی، صدور قرار توقیف دادرسی در مواردی که خواستهٔ دعوا مورد انتقال قرار می‌گیرد ممنوع است. اما بعضی از حقوق‌دانان مصری بر این اعتقاد هستند که اگر قبل از صدور حکم و در اثنای دادرسی موضوع دعوا منتقل شود، دادرسی بر اساس مادهٔ ۱۳۰ قانون اصول محاکمات مدنی و تجاری مصر توقیف می‌گردد و اقداماتی که بعد از توقیف دادرسی انجام می‌شود و حکمی که پس از آن صادر می‌گردد باطل بوده و انتقال‌گیرنده می‌تواند به این بطلان

تمسک جوید (ابوالوفا، ۱۹۸۰: ۷۱۶). در حقوق ایران برخی قضات کماکان درگیر مباحث ابتدایی این معضل هستند، قضات دادگاه تجدیدنظر اصفهان در پاسخ به این سؤال که آیا انتقال دعوا از طرف خوانده به شخص ثالث ممکن است، دو نظر ابراز کرده‌اند. نخست، اگر انتقال دعوا به شخص ثالث اختیاری باشد، ممکن نیست یعنی قضات معتقدند که در حین دادرسی خوانده نمی‌تواند دعوای خود را طبق قرارداد به دیگری منتقل کند و طبق سکوت قانون دادگاه انتقال را نمی‌پذیرد. دوم، اگر انتقالِ حق و به‌تبع آن دعوا تا قبل از جلسهٔ اول دادرسی باشد و خوانده در جلسهٔ اول دادرسی انتقال حق را به دادگاه اعلام کند، ظاهراً امکان انتقال با همان دادخواست وجود دارد و دعوا ادامه پیدا می‌کند اما اگر انتقال در جلسات بعدی باشد با دادخواست جدید علیه انتقال گیرنده (خواندهٔ جدید) باید طرح دعوا کند (فرهنگی، ۱۳۹۳: ۵۹). اما هرچند عده‌ای معتقدند صدور قرار توقیف دادرسی، منحصراً در موارد تصریح شده در قانون باید باشد و نه در اشباه و نظایر آن (داج، ۱۳۹۱: ۱۰۹). توقیف دادرسی خلاف اصل بوده و تنها در مواردی امکان دارد که در قانون پیش‌بینی شده باشد (افتخار جهرمی، ۱۳۹۶: ۱۲۵). لیکن باید پذیرفت فراخواندن منتقل‌الیه به دادرسی صرفاً به موجب اخطاریه خواهد بود و نیاز به تقدیم دادخواست جدید نیست چرا قائل شدن به لزوم تقدیم دادخواست، موضوع را ارادی جلوه می‌دهد، به این معنی که ذی‌نفع در این خصوص مخیر است، حال آنکه نظریهٔ طرح شده بر این بنیاد است که تحول خواسته در این مقام خارج از اراده روی خواهد داد، آنچه ارادی بوده انتقال موضوعِ خواسته است اما این اقدامِ ارادی نتیجه‌ای غیرارادی را به دنبال دارد که همانا ایجاد تحول در ارکانِ اصحاب و خواستهٔ دعوا می‌باشد، پس بی‌نیاز از تقدیم دادخواست، دادگاه قائم مقام را به دادرسی فرا می‌خواند و این اقدامی شاذ و بی‌سابقه هم نیست چراکه قائم مقامان قهری (وراث) در چهارچوب مادهٔ ۱۰۵ قانون آیین دادرسی به همین کیفیت به دادرسی دعوت می‌شوند. پس با در نظر گرفتن مادهٔ ۷۲ قانون موصوف، اگر نشانیِ منقل‌الیه بر دادگاه معلوم باشد با ارسال اخطاریه، به دادرسی فراخوانده می‌شود و در غیر این صورت با توجه به مادهٔ ۱۰۵ قانون موصوف، قرار توقیف دادرسی صادر و به طرف اخطار تا نشانی قائم مقام را به دادگاه اعلام نماید، سپس با دعوت از نامبرده، دادرسی جریان می‌یابد، در صورت عجز از دستیابی به نشانی مزبور، وفق مقررات امکان دعوت از طریق نشر آگهی نیز متصور است.

برخلاف آنچه بیان شد در نگاهی تطبیقی، وضعیت مشابهی در نظام حقوقی فدرال آمریکا دیده می‌شود که باید دادخواستی به‌عنوان دادخواست تکمیلی تقدیم گردد. بند «د» قاعدهٔ ۱۵ قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال راجع به دادخواست تکمیلی است که اجازه می‌دهد ادعای جدید اضافه یا فرد جدید وارد دادرسی شود، در حالی که موجبات ورود یا طرح آن پس از طرح دادخواست اولیه به وجود

آمده است. دادگاه باید با رعایت انصاف و ارسال اخطاریه به طرف، در صورتی که ادعای جدید ناشی از دادخواست اولیه باشد، دادخواست تکمیلی را بپذیرد (Stempel, 2013: 457). راجع به اصل تناظر باید گفت، بی‌گمان جایگاه رفیع خود را دارد و به همین سبب است که اوراق قضایی و از جمله دادنامه به قائم‌مقام نیز ابلاغ می‌گردد، باید راهکاری اتخاذ شود که امکان ترمیم و اصلاح نواقصی که در روند دادرسی ایجاد می‌شود وجود داشته باشد امری که موجب حرکت دعوا از پوستهٔ دعوا و ورود در ماهیت دعوا می‌شود (فرحزادی، ۱۴۰۰: ۳۲۳). عدم مداخلهٔ قائم‌مقام در بخشی از فرایند دادرسی نیز هیچ مغایرتی با اصل مزبور ندارد زیرا از پیش، دعوا به طرفیت ید ناقل اقامه گردیده و مشارالیه تمام طرق دفاعی را در اختیار داشته است و اکنون ادامهٔ این جریان بر عهدهٔ منتقل‌الیه مستقر می‌گردد.

با این تفاسیر می‌توان پذیرفت نظریهٔ تحول غیرارادی خواسته، قادر به جمع میان این دو اعتبار متضاد است، یعنی هم ضامنِ مقررات قانونِ آیین دادرسی است، بدین شرح که اگر دعوایی به‌لحاظ شکلی در زمانِ اقامه، فاقد ایراد باشد، اقداماتِ بعدیِ طرفِ دعوا، صحتِ جریانِ دادرسی را مخدوش ننموده و اَعمالِ حقوقیِ اشخاص، قدرت قانون را تضعیف نمی‌کند و از سوی دیگر به آزادی ارادهٔ افراد زیر سایهٔ اصلِ سلطه احترام گذاشته و صرف اقامهٔ دعوا، موضوع خواسته را از قابلیت نقل‌وانتقال خارج نمی‌نماید، بلکه در صورت اخیر، همان گونه که دعوای اقامه شده به طرفیتِ منتقل‌الیه تعقیب می‌گردد به همان سیاق، سندِ حاکی از عملِ حقوقی بعدی که متعاقباً ایجاد گردیده نیز قهراً به خواستهٔ دعوا افزوده شده تا روند رسیدگی به شکلِ صحیح و اثربخش ادامه یابد. این تحول خواسته، در واقع ناشی از تغییرِ رکنِ اصحاب، در جریان دادرسی است، رکنی که در حینِ اقامهٔ دعوا فاقد نقص یا ایراد بوده و اکنون در جریان رسیدگی است که تغییر یافته و منتقل‌الیه جایگزین یکی از اصحاب شده، پس به‌تبع تغییر در این رکن، تحول سایر عناصر مرتبط با آن نیز امری اجتناب‌ناپذیر و منطبق با سایر تحولات است.

اکنون باید گفت، این نظریه مکملِ اصولِ حقوقی مرتبط با جریان دادرسی بوده و آرامش و اقناع وجدانی دادرس را درپی دارد، مقام اصول حقوقی درنظم حقوقی آن‌چنان رفیع است که از لحاظ روانی بر ذهن دادرس آرامش، اطمینان و اثر قطعی می‌نهد به‌نحوی که قاضی به‌جای اینکه مجری محضِ قانون باشد، پوشانندهٔ خطاها و نقاط ضعف آن به نفع نظم حقوقی می‌شود.

۴. آرای قضایی، نظریات مشورتی و نقد چند رأی

به‌منظور بیان اهمیت موضوع ابتدا آرایی از مراجع عالی قضایی و نظریات مشورتی را از نظر گذرانده و سپس به نقد چند رأی که در آن‌ها دادرس به سبب عدم توجه به آثار قائم مقامی خود را در بن‌بست دیده و منفعلانه اتخاذ تصمیم نموده خواهیم پرداخت.

۱-۴. قائم‌مقامی خاص در آینهٔ آرای مراجع عالی قضایی و نظرات مشورتی

رویهٔ قضایی علی‌رغم عدم وجود مقررات صریح و روشن و کامل در این باب، انتقال ارادی دعوا را عملاً پذیرفته و آرای متعددی در این خصوص صادر شده است (ظهیری موخر زارع، ۱۳۹۶: ۷۷). در ادامه موضع رویهٔ قضایی که حکایت از پذیرش قائم‌مقامی خاص دارد را از نظر می‌گذرانیم، با ذکر این مهم که در این مقام هیچ اشاره‌ای به تحول در رکن خواسته نشده و تنها یک رأی استثنایی به تازگی مبتنی بر این رویکرد صادر گردیده که در پایان این بند آورده شده است:

الف) دادنامهٔ شمارهٔ ۳۱۶ مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۰۳ شعبهٔ اول دادگاه عالی انتظامی قضات «قرار عدم استماع علیه خریدار ملک قانونی نیست»، در دعوایی که به خواستهٔ خلع ید از یک دستگاه آپارتمان و مطالبهٔ اجرت‌المثل اقامه گردیده بود، در جریان دادرسی، خواهان ملکِ مورد دعوا را به دو نفر دیگر منتقل نموده و خریداران، دعوا را تعقیب نمودند و دادگاه حقوقی قرار عدم استماع دعوا صادر نموده که دادگاه عالی انتظامی قضات این اقدام دادرس را تخلف دانسته است (کریم‌زاده، ۲/۱۳۷۶: ۲۷۹).

ب) حکم شمارهٔ ۲۲۶ مورخ ۱۳۱۸/۰۲/۱۳ شعبهٔ اول دیوان عالی کشور «اگر خواهان تصدیق داشته باشد که ملکِ مورد دعوا در حین محاکمهٔ بدوی در یدِ خوانده بوده و در خلال جریان دعوا از آن رفع ید نموده و وکیل خوانده نیز اظهار کند که موکلش بعد از صدور حکم بدوی، مورد دعوا را به دیگری انتقال داده است، در چنین صورتی دادگاه باید منتقل‌الیه را برای ختم جریان دعوا دعوت نماید» (متین، ۲/۱۳۸۱: ۳۱۲).

پ) حکم شمارهٔ ۹۳۰ مورخ ۱۳۱۰/۰۶/۰۴ محکمهٔ عالی انتظامی قضات «در خلال رسیدگی به اعتراض به حکم غیابی مدعی بدوی، مدعیٌ‌به را به دیگری منتقل ساخته و وکیلِ معترض ایراد کرده که منتقل‌الیه باید عرض حال جدید بدهد و وکالت او هم در دفاع از دعوا اختصاص به مدعیِ اول داشته و شامل دفاع از دعوای منتقل‌الیه نیست و دادگاه این اعتراض را وارد ندیده و حکم سابق را تأیید نموده تخلف نیست، زیرا تبدیل شخص مدعی به سمتِ قائم‌مقامیِ دیگری از او ولو اینکه قهراً اتفاق نیفتاده و از روی اختیار صورت گرفته باشد در نظر امین صلح موجب سلب حق وکالتِ وکیلِ طرف مقابل از دفاع نبوده است» (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۵/۱۳۸۷: ۸۱).

ت) نظریهٔ کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی در زمان حکومت قانون سابق «اگر ملک مورد دعوی در جریان دادرسی از طرف خواهان به شخص ثالث منتقل شود، انتقال‌گیرنده با استفاده از ملاک بند ۴ مادهٔ ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصرهٔ مادهٔ ۴۲ قانون ثبت، قائم مقام خواهان محسوب و می‌تواند دعوی را تعقیب نماید و دادگاه باید او را به قائم‌مقامی خواهان به دادرسی

دعوت نماید و اگر در اصل دعوا حکم بر محکومیت خوانده صادر شود دادگاه باید خوانده را به پرداخت خسارت دادرسی به نفع قائم‌مقامِ خواهان محکوم نماید» (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۵/۱۳۸۷: ۱۵۶).

ث) درخصوص تکلیف دادگاه در موردی که خوانده پس از اقامهٔ دعوای ابطال سند و در جریان دادرسی مالکیت خود را به شخص ثالث انتقال داده، موضوع در نشست قضایی تهران مطرح گردیده و کمیسیون نشست‌های قضایی بدین شرح اعلام نظر نموده است: «مستفاد از مادتین ۷۲ و ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۷۹ چنانچه محل اقامت منتقل الیه بر دادگاه معین باشد لزومی به توقیف دادرسی نبوده و رسیدگی ادامه می‌یابد در غیر این صورت دعوا موقتاً متوقف و مراتب به طرف دیگر دعوا اعلام می‌شود و پس از تعیین واعلام نشانی منتقل الیه رسیدگی ادامه می‌یابد». (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۹/۱۳۸۲: ۶۱)

ج) رأی شمارهٔ ۳۸۸۳ مورخ ۱۳۴۱/۱۲/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، این رأی در بحث بقای سمتِ ید ناقل درخور توجه است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شرح زیر رأی به نقض قرار فرجام‌خواسته صادر نموده است: «چون انتقال رقبات مزبور از طرف فرجام خوانده به دیگران نسبت به دعوای مطروحه مؤثر نیست و سبب خروج مشارالیه از طرفین دعوا نمی‌گردد و دفاع در قبال اداره خالصجات (خواهان) راجع به ابطال سند معامله منتقل‌الیهم از دولت به فرجام خوانده، با خود او می‌باشد، قرارعدم توجه دعوای پژوهشی مخدوش است و شکسته می‌شود» (انتشارات کیهان، ۱۳۵۰: ۹۱).

چ) حکم شمارهٔ ۷۷۲ -۷۰۹۳ مورخ ۱۳۱۰/۶/۱۰ دیوان عالی تمیز به قائم مقامی انتقال گیرنده از انتقال دهنده تصریح شده و لفظ قائم مقام اعم از انتقال گیرندهٔ قهری و ارادی دانسته شده اس. (مجموعه رویهٔ قضایی، ۱۳۹۶: ۸۷).

ح) در نظریهٔ مشورتی مورخ ۱۳۴۵/۱۰/۲۱ تأکید شده شخص ثالثی که حقوق خوانده به او واگذار شده قائم‌مقام مدعی‌علیه محسوب است و سازش‌نامه‌ای که بین خواهان و قائم مقام (خوانده) در دادگاه تنظیم شده به‌صراحت مادتین ۶۲۸ و ۶۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی (سابق) لازم‌الاجرا بوده و مانند احکام دادگستری به اجرا گذارده می‌شود. مفاد نظریهٔ شمارهٔ ۷ ممیز ۸۷۰۵ مورخ ۱۳۸۱/۰۹/۳۰ در پاسخ به استعلام رئیس شعبهٔ ۷ دادگاه عمومی بندر انزلی بر همین مبنا دلالت دارد (ظهیری موخر زارع، ۱۳۹۶: ۷۸).

خ) رأی استثنایی شمارهٔ ۱۴۰۰۱۲۳۹۰۰۰۴۷۵۷۷۴۴ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۷ صادره از شورای حل اختلاف خاوران. در این پرونده خواهان دعوایی به خواستهٔ الزام خوانده به حضور در دفترخانهٔ

اسناد رسمی و تنظیم و انتقال سند یک دستگاه خودرو اقامه نموده که پس از رسیدگی و با احراز مالکیت خوانده حکم غیابی وفق خواسته صادر می‌گردد. محکوم‌علیه غیابی نسبت به رأی صادره واخواهی نموده و ضمن انکار انجام هرگونه معامله با محکوم‌له (واخوانده) عنوان داشته که خودروی موصوف را به شخص ثالثی انتقال داده که مشارالیه ازجمله اصحاب دعوا نمی‌باشد. مرجع قضایی مجدداً درخصوص مالکیت خودرو استعلام به عمل آورده و مشخص می‌گردد که از خودروی موصوف در جریان دادرسی فک پلاک گردیده و در حال حاضر مالک خودرو منتقل‌الیهی است که جزء اصاب دعوا نیست. هرچند پس از انجام رسیدگی، قاضی مربوطه ماهیتاً دفاعیات واخواه مبنی بر عدم انجام معامله با واخوانده را پذیرفته و در منطوق رأی ضمن نقض دادنامهٔ واخواسته، حکم بر بی‌حقی خواهان نخستین صادر نموده، لیکن در اسباب توجیهی رأی، راجع به انتقال صورت گرفته در جریان دادرسی مطالب حائز اهمیتی درج گردیده که عیناً ذکر می‌شود: «... ملاحظه می‌گردد که در حال حاضر مالک پلاک، شخص ثالثی است که خودرو موصوف در جریان دادرسی به مشارالیه انتقال یافته، اما هرچند نامبرده ازجمله اصحاب دعوا نیست لیکن توجهاً به این امر که انتقال پلاک در جریان دادرسی صورت گرفته و از این حیث خللی متوجه شکل و طرح دعوا در زمان اقامه نمی‌باشد و هرچند این شورا بر مبنای قاعدهٔ قائم مقامی به تحول خواسته دعوا نظر دارد که اجمالاً مبتنی بر این رویکرد، انتقال رسمی مال موضوع خواسته بعد از اقامهٔ دعوا، جریان دادرسی را متعذر و مختل نمی‌نماید و مرجع رسیدگی کننده قهراً ضمن فراخواندن قائم مقام به دادرسی، درخصوص سند اخیرالصدور به نام قائم‌مقام، نیز رسیدگی و انشای رأی خواهد نمود، اما با صرف‌نظر نمودن از بسط موضوع و با عنایت به اسباب توجیهی معنون، توجهاً به اینکه واخواه منکر انجام هرگونه معامله‌ای با واخوانده بوده ... ضمن نقض دادنامهٔ واخواسته ... حکم بر بی‌حقی خواهان دعوای نخستین صادر و اعلام می‌گردد»، ملاحظه می‌شود، دیدگاه قاضی صادرکنندهٔ این رأی دقیقاً منطبق بر نظریهٔ مورد بحث است.

۲-۴. نقد چند رأی با توسل به قاعدهٔ انتقال دعوا

الف) دادنامهٔ قطعیت‌یافتهٔ شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۷۹۱۲۰۰۰۸۹۲ صادره از شعبهٔ سوم حقوقی شهرستان، ازجمله آرایی است که دادرس نسبت به حق خواهان بی‌توجه بوده و به صرفِ انتقالِ موضوعِ دعوا در جریانِ رسیدگی از جانب خوانده، قرار ردِ دعوی صادر نموده، در اسباب توجیهی رأی مزبورآمده است: «در خصوص دعوای به خواستهٔ ابطال اسناد رسمی و اعلام بیحقی خواندگان از حیثِ حقِ ارتفاق، نظر به اینکه هرچند در زمانِ تقدیم دادخواست، خانم (ر) در ملکِ موضوعِ خواسته مالکیت داشته است، اما چون در حین دادرسی به آقای (و) منتقل کرده است، از نظر دادگاه چون

دعوی به کیفیت مطروحه متوجه خانم (ر) نیست، لذا مستنداً به بند ۴ مادهٔ ۸۴ و مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌گردد، در مقام نقد باید گفت برخلاف استدلال دادگاه، کیفیت طرح دعوا در زمان تقدیم دادخواست است که باید ملاکِ سنجشِ اقدام خواهان باشد که از این منظر، اقدامِ خواهان فاقد هرگونه ایرادی بوده لیکن درخلالِ رسیدگی و به ارادهٔ خوانده ظاهراً دعوا واجد ایراد شده است، و لذا استعمال عبارتِ (دعوی به کیفیت مطروحه متوجه خانم (ر) نیست در اسباب توجیهی فاقد وجاهت است». در این پرونده آقای (و) باید به‌عنوان قائم‌مقامِ خاص، به دادرسی فراخوانده و دعوا به طرفیت او تعقیب می‌شد و این همان مسئلهٔ قائم‌مقامی و قاعدهٔ انتقال دعوا است که از نظر و قلم دادرس مغفول مانده است، اما راجع به سندِ انتقال یافتهٔ بَعدی به نام آقای (و) در پروندهٔ اشاره شده، نمی‌توان از مادهٔ ۹۸ قانون موصوف استفاده و نسبت به افزایشِ خواسته اقدام نمود. زیرا جلسهٔ اول دادرسی سپری شده است. از طرفی با سندی جدید مواجه هستیم که به نامِ شخصِ قائم مقام بوده و درشمار خواسته‌های منعکس در دادخواست نیامده است. پرواضح است اگر به غیر از این تدبیر عمل گردد و خواهان به طرحِ دعوی جدیدی مجبور شود، مجدداً خواندگان از این حربه بهره جسته و در جریان رسیدگی بعدی، باز هم موضوعِ خواسته را به شخصِ دیگری انتقال داده و دوری را به وجود خواهند آورد که هیچ گاه منجر به نتیجه نخواهد شد.

این نظریه بر آن است تا ورای مادهٔ ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و با توجه به ضرورتِ امر، بیان دارد که در شرایط خاص و راجع به دعاوی ویژه‌ای، به‌تبع انتقالِ قهری یا ارادی یا قانونی دعوا، تحولی در خواسته متجلی می‌شود که توجه به آن لازمهٔ یک دادرسی عادلانه است، چه در غیر این صورت عدالت چهرهٔ خود را از افراد ضعیف و کم‌بضاعتی که قادر نیستند خواستهٔ دعاوی خود را بدواً با تمسک به تأسیسی مانند دستور موقت تأمین نمایند، پوشانیده وخلأ قانون، اهرمی به دستِ افراد با سوءنیت می‌دهد تا مانند مثال‌های یادشده، بر رُخ عدالت سیلی بزنند. توجه به اسباب توجیهی دادنامهٔ شمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۷۱۱۹۶۰۰۰۲۸۵ مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۲۰ صادره از شعبهٔ ششم دادگاه تجدیدنظر استان فارس که در مقام تأیید رأی فوق‌الذکر صادر گردیده اهمیت این نظریه را به‌صورت عینی روشن می‌سازد: «در خصوصِ تجدیدنظرخواهی، چون برابر نامه اداره ثبت اسناد و املاک، پلاکِ دعوی به نام آقای (و) است هرچند بعد از طرح دعوی اصلی انتقال به وی صورت گرفته است، جریان رسیدگی مانعِ انتقال نبوده و ذی‌نفع می‌توانست با تمسک به مقررات قانونی مانند تأسیس حقوقیِ دستور موقت، از نقل‌وانتقال آن جلوگیری کند یا به محضِ وقوف بر انتقال مزبور دادخواستِ جلب شخص ثالث برای فراخواندنِ منتقل‌الیه به دادرسی تقدیم کند، علی‌هذا با ردِ تجدیدنظرخواهی آن را استوار می‌نماید».

دادنامهٔ قطعیِ موصوف از جهات مختلف درخور نقد است، این رأی نیز به‌سان دادنامهٔ بدوی، بی‌توجه به قاعدهٔ انتقال دعوا صادر گردیده است، چراکه اولاً به نهاد قائم‌مقامی بی‌توجهی شده زیرا برای فراخواندنِ منتقل‌الیه به دادرسی تقدیمِ دادخواستِ جلبِ ثالث را ضروری دانسته حال آنکه بر مبنای اصل، قائم‌مقام اساساً عنوانِ ثالث را ندارد و باید به جانشینی از یدِ ناقل به دادرسی دعوت شود، ثانیاً درست است که تأسیس حقوقیِ دستور موقت یکی از ابزارهای مؤثر جهت توقیف خواسته می‌باشد اما فراموش نکنیم که صدور آن منوط به تحقق شرایطی ازجمله تودیع خسارت احتمالی است، در فرضی که متقاضی از اقشار کم‌بضاعت بوده و نتواند از این تأسیس حقوقی استفاده کند، پاسخ محکمه چیست؟ آیا قواعد و مقررات باید به‌گونه‌ای تفسیر و اجرا شوند که دادخواهان را ناامید از اجرای عدالت نماید؟ اگرخواهان استطاعتِ مالی جهتِ استفاده از تأسیسِ حقوقی دستور موقت را نداشته و به‌لحاظ مالی محروم و متعذر باشد، باید از اجرای عدالت دلسرد شود؟ یا اینکه مقررات دادرسی باید در جوشنِ قاعده‌ای و به‌نحو اثربخشی مورد حراست قرار گیرد. دیگر نمی‌توان دادرسی‌ها را بدون پیش‌بینی ضمانت‌اجرای مؤثر برای اَعمال و اقدامات طرفین برگزار کرد.

لذا نظریهٔ تحول غیرارادی خواسته که فرع بر انتقال دعوا و از آثار قائم‌مقامی است در اینجا به مدد آمده و هم مقررات آیین دادرسی در این خصوص را تضمین می‌کند و هم مبتنی بر اصول ۱۵۶، ۶۱، ۳۶، ۳۵، ۳۴، ۱۵۹ و ۱۶۷ قانون اساسی و مُقوِّم عدالتِ قضایی است که بر آن مبنا دعوایی که به درستی طرح گردیده تا پایانِ دادرسی جریان صحیح خود را طی می‌کند.

ب) دادنامهٔ قطعیت‌یافتهٔ شمارهٔ ۹۵۰۹۹۷۷۹۱۲۰۰۰۵۴۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۷/۰۵ صادره از شعبهٔ سوم دادگاه حقوقی شهرستان جهرم نمونه‌ای دیگر از آرای محاکم است که به قوام بحث می‌افزاید، در این پرونده نیز احدی از خواندگان، موضوع دعوا که یک واحد آپارتمان است را در جریان رسیدگی به شخص ثالثی انتقال می‌دهد، دادگاه بدوی به موجب دادنامهٔ صدرالذکر چنین انشای رأی نموده: «درخصوصِ دعوای آقای ... به خواسته اثبات مالکیت نسبت به ششدانگ یک واحد آپارتمان و ابطال قرارداد، دادگاه با توجه به مفاد دادخواست تقدیمی، چون آپارتمان موضوعِ خواسته به آقای (ع) رسماً منتقل شده است، لذا طرح دعوی به کیفیت مطروحه قابل‌استماع نیست و قرار ردِ دعوا صادر و اعلام می‌نماید».

به‌موجب این رأی حق مکتسبه خواهان که باید دعوای ایشان مورد حراستِ قانون باشد با اقدامِ زیرکانهٔ خوانده و انتقالِ آپارتمان در خلالِ دادرسی به زعم دادگاه از قابلیت رسیدگی خارج گردیده است، از این رأی تجدیدنظرخواهی به عمل آمده و منتقل‌الیه نیز با تقدیم دادخواستِ مستقل به دادرسی جلب شده است. رأی دادگاه تجدیدنظر، اهمیت نظریهٔ موردبحث را بیش‌ازپیش آشکار

می‌کند، شعبهٔ دهم دادگاه تجدیدنظر استان فارس به‌موجب دادنامهٔ شمارهٔ ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۲۰۰۰۱۶۰۲ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۱ چنین اشعار داشته است: «در مورد دادخواستِ تجدیدنظرخواهی، نظر به اینکه موضوع دادخواست تقدیمی در مرحلهٔ نخستین پلاک‌های ۲۱-۲۹ و ۲-۲۹ تصریح و قید گردیده است در حالی که پلاکی که به نام آقای (ع) ثبت و سند صادر گردیده و خواهان نسبت به آن ادعای حق نموده پلاک ۴۷-۲۹ می‌باشد، ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامهٔ تجدیدنظرخواسته تأیید می‌شود و در مورد دادخواستِ جلبِ ثالث نیز به‌تبع انتفای اصلِ موضوع قرار ردِ دادخواست صادر و اعلام می‌شود».

صرف‌نظر از اینکه بر مبنای اصلِ قائم‌مقامی، منتقل‌الیه عنوان ثالث را نداشته و باید به‌عنوان قائم‌مقام، به دادرسی به طرفیت او جریان می‌یافت، ملاحظه می‌گردد دادگاه محترم تجدیدنظر به اصلِ قائم‌مقامی کاملاً بی‌توجه بوده است. بدیهی است که انتقالِ رسمی پلاک در جریان دادرسی به شخص ثالث باعث تولد یک سند رسمی دیگر شده که در مقام استانداردسازی و تجمیع دو پلاک، شمارهٔ آن نیز تغییر نموده است و این مسئله هرگز در زمان طرح دعوی نخستین وجود نداشته تا خواهان را مُقصر بدانیم. اگر نظریهٔ تحوّل غیرارادی خواسته فراروی دادگاه تجدیدنظر قرار داشت، پلاک جدیدِ ملک موضوع دعوا و سند بعدی تنظیم شده نیز جزء خواسته قلمداد و آقای (ع) نیز به‌عنوان قائم‌مقام محسوب می‌گردید و پرونده‌ای که چند سال در جریان رسیدگی قرار داشته و در زمان تقدیم دادخواست نیز هیچ ایرادی متوجه آن نبوده، به صرف اقدام عمدی خوانده که ملک را به همسر خود انتقال داده، بدونِ اتخاذ تصمیم در ماهیت، مختومه نمی‌گردید. دادگاه از یاد برده که وظیفهٔ حراست از دعاوی در برابر اقدامات مسموم افراد با سوءنیت را بر دوش خود دارد. اگرچه خودِ دادرسی ضمانت‌اجرای حقوق تعیین کننده و ماهوی اشخاص است، ولی باید در خودِ دادرسی ضمانت‌اجراهایی وجود داشته باشد تا این دادخواهی بهتر به اجرا در آید.

ج) دادنامهٔ شمارهٔ ۹۹۰۹۹۷۷۱۲۰۲۰۰۵۴۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۰۳ صادره از شعبهٔ ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان فارس، موضوع دعوا عبارت از اثبات مالکیت نسبت به یک قطعه پارکینگ و انباری و میزان ۳ مترمربع از یک دستگاه آپارتمان، ابطال صورت مجلس تفکیکی و نیز ابطال سند رسمی به میزان مورد ادعا بوده که پس از رسیدگی و انجام کارشناسی؛ دادگاه در مقطع ختم رسیدگی بوده که ناگاه خواندهٔ دعوا آپارتمانِ موضوع پرونده را با تمام لواحق به شخص دیگری انتقال می‌دهد، دادگاه نخستین بی‌توجه به این اقدام و به موجب دادنامهٔ شمارهٔ ۹۸۰۹۹۷۰۷۰۰۲۰۱۷۰۳ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۰۶ مبادرت به انشای رأی و پذیرش دعوا نموده و ضمن احراز مالکیت؛ حکم به ابطال سند در کنار سایر خواسته‌ها صادر نموده است. متعاقب تجدیدنظرخواهی نسبت به دادنامهٔ موصوف،

شعبهٔ ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان فارس به‌موجب دادنامهٔ مقدم‌الذکر و صرفاً با این استدلال که استعلام ثبتی حکایت از مالکیت فرد دیگری دارد که ایشان طرف دعوا نمی‌باشند، ضمن اقدام به نقض دادنامهٔ تجدیدنظرخواسته، قرار عدم استماع دعوای اولیه را صادر و اعلام نموده است.

ملاحظه می‌گردد دادگاه نخستین رأیی صادر نموده که منطبق با حراست از دعوای صحیحِ مطرح شده می‌باشد و اقدام بعدی خوانده را مؤثر در تصمیم‌گیری قلمداد ننموده، لیکن یدِ ناقل را به دادرسی فرا نخوانده و در اسباب توجیهی رأی نیز به قاعدهٔ قائم‌مقامی و نقشی که این تحول، در خواستهٔ دعوا بازی می‌کند اشاره نشده تا محکمهٔ تجدیدنظر را مجاب به اظهارنظر درخصوص این قاعده نماید؛ دادگاه تجدیدنظر هم بی‌توجه به نهاد قائم‌مقامی و به صرف یک استعلام ساده، از این مبانی اغماض و ساده‌ترین راه که همان صدور قرار عدم استماع دعوا می‌باشد را برگزیده است، در حالی که شایسته بود پرونده را به دادگاه بدوی اعاده تا منتقل‌الیه به‌عنوان قائم‌مقام به دادرسی دعوت و موضوع به طرفیت ایشان پیگیری می‌گردید و همچنین درخصوص سند بعدیِ به وجود آمده به نام منتقل‌الیه از جانب دادگاه بدوی نفیاً یا اثباتاً اظهارنظر و سپس رأی صادره به طرفین و شخص قائم‌مقام ابلاغ و در صورت اعتراض، خود به‌عنوان دادگاه عالی ماهیتاً به تمام موارد پرداخته و انشای رأی می‌نمود.

نتیجه

یکی از ویژگی‌های انسان قدرت اراده و آزادی اوست و در امور مالی قاعدهٔ سلطه مظهر این آزادی است. در این مبنا وقتی دعوایی از نوع دعاوی غیرشخصی، در محکمه اقامه شد، صرفِ طرح دعوا به‌خودی‌خود نمی‌تواند مانع از انتقالِ مالِ موضوعِ اختلاف باشد و موضوعِ خواسته به صرفِ اقامهٔ دعوا ممنوع از انتقال نبوده و می‌تواند در جریانِ رسیدگی به شخص ثالث انتقال یابد، چراکه این توانایی ناشی از اصل آزادی اراده و قاعدهٔ سلطه است، از سوی دیگر قانون نیز باید با آینده‌نگری، وضعیتِ بَعدی دعاوی و فروض احتمالی را اندیشیده و به نوعی جلوتر از اصحابِ دعوا قدم برداشته و در کنار تضمین مقرراتِ خود، متضمن اجرای عدالت و تکیه‌گاه متوسلین به محکمه باشد، در غیر این صورت قانون دستاویز سودجویان قرار گرفته و محاکم، دیگر ملجأ دادخواهان نخواهد بود.

در مقررات شکلی موارد متعددی را می‌توان برشمرد که مؤید پذیرش قاعدهٔ انتقالِ دعوا می‌باشد، بر این اساس است که بعضی از حقوق‌دانان برجسته و شارحان آیین دادرسی، اشارات مهمی به این موضوع داشته‌اند و رویهٔ قضایی نیز در بحث قائم‌مقامیِ منتقل‌الیه و تحولِ رکن اصحاب دعوا تقریباً به اجماع رسیده اما آنچه از نظرها مغفول مانده، تحولی است که تبع قائم‌مقامی، در رکن خواسته دعوا به وجود می‌آید، بر اساس نظریهٔ تحول غیرارادی خواسته، خلأ قانونی مربوط به چگونگی برخورد با سندِ اخیر، مُرتفع گردیده و آن را به‌عنوان تحولی قهری در خواستهٔ دعوا شناسایی و ازجمله

آثارِ انتقالِ موضوعِ دعوا محسوب می‌نماید، بدین نحو که دادرس، هم‌زمان با رسیدگی به وضعیتِ سندِ مربوط به ید ناقل (موضوعِ خواستهٔ اصلی) از آن پس همان گونه که به طرفیتِ قائم‌مقام دادرسی را ادامه می‌دهد، لاجرم و قهراً در تصمیم‌گیری نهایی نسبت به سند متعلق به قائم‌مقام نیز در چهارچوب نظریه و درمنطوق رأی اتخاذ تصمیم می‌نماید، از این طریق معضلِ چگونگیِ رسیدگی در برخورد با این موارد، مرتفع می‌شود. نکتهٔ مهم اینکه نظریهٔ موصوف در موضعی مضیّق جریان می‌یابد و برای امکان توسل به آن وجود چند شرط ضروری است:

۱. قابل‌انتقال بودن دعوا: دعوای اقامه شده از جمله دعاوی شخصی نباشد، به تعبیر دیگر، دعوای اقامه شده مالی قابل‌انتقال باشد.

۲. جامع، منجّز و عاری از نواقص بودنِ خواسته در زمان اقامهٔ دعوا، به‌نحوی که خواسته منطبق با قانون و فاقد ایراد و دربرگیرندهٔ تمام وقایع و اعمال حقوقی و اسناد مربوطه در زمانِ طرح دعوا باشد.

۳. تغییر رکنِ اصحاب در خلال دادرسی به دعوا، با این توضیح که در جریان رسیدگی، تمام یا قسمتی از موضوع دعوا یا حقی نسبت به آن، توسط یکی از اصحاب، به شخصِ ثالثی انتقال یافته و اسنادِ مربوطه در این خصوص به‌دلیل مؤخر بودنِ تاریخِ آن بر زمان اقامهٔ دعوا، طبیعتاً به‌عنوان یکی ازخواسته‌ها قید نگردیده باشد.

۴. تعذر اجرای حکم در صورت عدم پذیرشِ نظریهٔ تحول غیرارادی خواستهٔ دعوا، با این شرح که حصول خواسته (اجرای حکم و تحصیل محکومٌ‌به)، مستلزم تأثیر حکم بر اشخاص جایگزین و خواستهٔ متحول شده باشد.

در خاتمه به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد در این حوزه ورود نموده و با در نظر گرفتن نقش فعال طرفین در دعوای مدنی، دست بستهٔ دادرس را در راستای کنترل و حفظ دعاوی تثبیت شده باز گذارد و ضمن وضع مقرراتی، تحول خواسته در شرایط ویژه را رسمیت بخشیده و تمام فروعات این بحث را نیز از نظر تقنینی خود بگذراند. جهت پیشگیری از معضل تسلسل در روند رسیدگی، پیشنهاد می‌گردد مقنن در هر دعوایی حداکثر برای دو یا سه مرتبه، انتقال ارادی موضوع خواسته را تجویز نموده و پس از آن رأساً به دادرس این اختیار داده شود تا بی‌نیاز از اخذ خسارت احتمالی با صدور قراری تحت عنوان قرار تأمین دعوای متحول شده، از انتقال چندبارهٔ موضوع خواسته تا صدور حکم، جلوگیری نماید.

منابع

فارسی

- احمدی، نعمت (۱۳۷۷)، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ سوم، تهران: انتشارات اطلس.
- انصاری، باقر (۱۳۹۲)، **نقش قاضی در تحول نظام قضایی**، چاپ دوم، تهران: میزان.
- افتخار جهرمی گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- السان، مصطفی و نصیبه محمودی (۱۳۹۷)، «مطالعه تطبیقی اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی ایران و آمریکا»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۹، شماره ۲.
- جلیلوند، یحیی و عیسی امینی (۱۳۸۷)، «دو نقد بر رأی شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران»، **مجله کانون وکلا**، پاییز و زمستان، شماره ۲۰۲ و ۲۰۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، **الفارق دایرةالمعارف عمومی حقوقی**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، **دانشنامه حقوقی**، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: امیرکبیر.
- حسنی، محمدمهدی (۱۳۹۴)، «استثنا بر استثنا،نقدی بر ماده‌واحده الحاق یک تبصره به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک»، **فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان**، شماره ۱۴.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، **کلیات آیین دادرسی مدنی**، تهران: نشرمیزان.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، «جستاری بر ماده ۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی؛ گریز از اطلاق گرایی و رسیدن به انصاف»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- داج، محمود (۱۳۹۱)، **محشای قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ اول، نشر رسول.
- ریموند، مارتین (۱۳۹۵)، **اصول راهبردی دادرسی مدنی**، ترجمه: اسماعیل شایگان، چاپ اول، تهران: میزان.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۴)، **انتقال قرارداد، نظریه عمومی، عقود معین**، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، **آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته سه جلدی**، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: نشرمیزان.
- شهیدی، موسی (۱۳۸۲)، **مجموعه موازین قضایی محکمه عالی انتظامی قضات**، تهران: انتشارات رهام.
- صباغی، عبدالوحید (۱۳۹۴)، **دخل وتصرف در ارکان و عناصر دعوای حقوقی**، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی، شیراز، دانشکده حقوق دانشگاه شیراز.
- صدرزاده افشار، سیدمحسن (۱۳۸۲)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ اول، تهران: جهاد دانشگاهی.
- ظهیری موخر زارع، مصطفی (۱۳۹۶)، **قائم مقامی در دعاوی**، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی، کاشان، دانشکده علوم انسانی دانشگاه کاشان.
- عسکری، غلام حسین (۱۳۸۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد اول، قم: انتشارات دارالکتاب.
- غمامی، مجید (۱۳۷۷)، «آزادی گزینش طرف قرارداد»، **مطالعات حقوقی و سیاسی، مجله تحصیلات تکمیلی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران**، شماره ۱.
- غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۳۸۵)، «اصول تضمین کنندهٔ عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط

به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، **مجله حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۷۴.

- غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۳۹۱)، «اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثناءها و قیدهای آن»، **فصلنامه حقوق**، دوره ۴۲، شماره ۱.
- فاتحی، زینب (۱۳۹۱)، **تحلیل انتقادی مفهوم قائم مقامی در حقوق ایران و فقه امامیه**، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی،اصفهان،دانشکده علوم اداری و اقتصاد گروه حقوق دانشگاه اصفهان.
- فرهنگی، فهیمه (۱۳۹۳)، **بررسی مفهوم مالکیت دعوا آثار و نحوه انتقال آن**، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی، خوراسگان،دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان.
- فرحزادی علی اکبر و سیدرسول میرنژاد (۱۴۰۰)، «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- فضائلی، مصطفی (۱۳۹۳)، «جایگاه اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر و دکترین قضایی اسلام»، **فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب**، سال اول، شماره اول.
- کریم زاده، احمد (۱۳۹۴)، **نظارت انتظامی در نظام قضایی**، جلدم دوم، تهران: جنگل.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات**، چاپ سوم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **فلسفه حقوق**، جلد دوم، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کِلی، جان موریس (۱۳۸۸)، **تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب**، ترجمه: محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: انتشارات طرح نو.
- غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی فراملی**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- واحدی، قدرت‌اله (۱۳۹۶)، **بایسته‌های آیین دادرسی مدنی**، چاپ هشتم، تهران: نشر میزان.
- متین دفتری، احمد (۱۳۴۲)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: مولف.
- متین، احمد (۱۳۸۱)، **مجموعه رویه قضایی (مجلات حقوقی و کیفری)**، جلد دوم، تهران: رهام.
- **مجموعه رویه قضایی ۱۳۴۲ تا ۱۳۵۰**، دوره پنج جلدی، تهران: انتشارات کیهان.
- محسنی، حسن (۱۳۸۷)، «عدالت آیینی، پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، **فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، دوره ۳۸، شماره ۱.
- محسنی، حسن (۱۳۸۹)، **اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چهارچوب اصول دادرسی**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن (۱۳۸۹)، «فن اداره جریان دادرسی مدنی:سازماندهی دادرسی در قالب اصول دادرسی»، **فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، دوره ۴۰، شماره ۴.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۶)، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ اول، پایدار
- معاونت آموزش قوه قضائیه، (۱۳۸۷)، **رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی حقوقی**، جلد پنجم، چاپ اول، تهران، جنگل
- معاونت آموزش قوه قضائیه، (۱۳۸۷)، **رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی حقوقی**، جلد

چهارم، چاپ اول، تهران، جنگل

- معاونت آموزش قوه قضائیه، (۱۳۸۲)، **مجموعه نشست‌های قضایی دوره ۱۴ جلدی**، جلد نهم، تهران: جنگل
- محمدزاده منفرد، مریم (۱۳۹۴)، **انتقال دعوای مدنی**، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی، تهران،،دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران.
- محمدی، عبدالعلی (۱۳۷۱)، «اصل آزادی انتقال قرارداد»، **مجله تحقیقات حقوقی آزاد**، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، پیش شماره ۲.
- مهاجری، علی (۱۳۹۶)، **آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران**، تهران، فکرسازان
- هرمزی، خیراله (۱۳۹۲)، «تغییر عناصر دعوا، شرحی بر ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی»، **پژوهش‌های حقوق خصوصی**، سال دوم، شماره سوم.

عربی

- ابوالوفا، احمد (۱۹۸۸)، **نظرية الدفوع فی قانون المرافعات**، الطبعه الثانیه، بالاسکندریه: منشاءالمعارف.
- ابوالوفا، احمد (۱۹۸۰)، **نظرية الاحکام فی قانون المرافعات**، بالاسکندریه: منشاء المعارف.
- نبیل اسماعیل، عمر (۲۰۱۱)، **قانون اصول المحاکمات المدنیه**، الطبعه الثانیه، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه.

فرانسوی

- Vincent, Jean and Serge Guinchard (2003), **Procedure civile**, Paris: Dalloz.
- Lawrence B. Solum (2004), "**Procedural Justice",** California Law Review, Vol 78.
- Stempel, Jeffrey W. (2013), **Learning Civil Procedure**, second edition, USA: West academic Publishing.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.552865.4816

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۲۴۳ تا ۲۶۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۰۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۳

گونه‌شناسی واکنش‌ها در برابر تکدی؛ از سیاست کیفری تا سیاست اجتماعی

مرتضی عارفی*

چکیده

واکنش دولت‌ها در برابر تکدی به‌عنوان یک پدیده و رفتار اجتماعی متفاوت است و طیف گسترده‌ای از رویکردها را شامل می‌شود که از جرم‌انگاریِ صِرف تا عدم جرم‌انگاری را در بر می‌گیرد. قانون‌گذار در مادهٔ ۷۱۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، مطلق ارتکاب این عمل را جرم محسوب نموده است. این در حالی است که جرم‌انگاری فرایندی مبتنی بر عقلانیت است و با مدنظر قرار دادن واقعیت‌های اجتماعی انجام می‌شود. ازاین‌رو ضروری است الگوهای دیگر نیز مورد بررسی قرار گیرد تا از رهگذر آن موضع نظام عدالت کیفری ایران در مواجهه با این پدیده ارزیابی شود. بر این اساس مطالعهٔ تطبیقی واکنش شانزده کشور در قبال این پدیده گویای آن است که چهار کشورِ ایران، انگلستان، ولز و دانمارک تکدی را مطلقاً جرم‌انگاری کرده؛ هشت کشورِ فرانسه، آلمان، اسکاتلند، بلژیک، اردن، سنگاپور، ترکیه و سوئیس این رفتار را مشروط به شرایطی همچون اخلال در نظم، تهاجمی و آزار دهنده بودن و سوءاستفاده از اطفال و افراد آسیب‌پذیر جرم محسوب کرده‌اند و چهار کشور سوئد، نروژ، مالزی و کانادا نیز این رفتار را حسب مورد جرم‌انگاری نکرده یا از آن جرم‌زدایی کرده‌اند.

واژگان کلیدی: تکدی، سیاست کیفری، سیاست اجتماعی، جرم‌انگاری، جرم‌زدایی

* استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران m.arefi@basu.ac.ir

مقدمه

جرم‌انگاری فرایند و اقدامی است که عمیقاً تحت تأثیر گرایش‌های سیاسی و اقتصادی دولت‌ها است. در واقع قدرت و آزادی دو مقولهٔ اساسی در فرایند جرم‌انگاری هستند که در این میان دولت‌ها بر قدرت و در مقابل شهروندان و جامعهٔ مدنی به آزادی تکیه می‌کنند. به دیگر سخن، جرم‌انگاری صحنهٔ تقابل و هماوردی قدرت و آزادی است.

از تکدی تعاریف گوناگونی ارائه شده است لیکن دو تعریف ذیل به نظر مهم‌تر و جامع‌تر است. ایستادن در اماکن عمومی و درخواست کمک مادی از رهگذران یا به نمایش گذاشتن آسیب یا معلولیت خود یا دیگری برای جلب همدردی شهروندان (Abu Sari, 1986: 4). در تعریفی دیگر تکدی به معنای تحقیر خود در مقابل دیگران برای جلب ترحم و دلسوزی آن‌ها به قصد به دست آوردن پول از طریق پوشیدن لباس‌های مندرس، همراه داشتن اطفال و اَعمالی شبیه به آن ذکر شده است (Ash-Shathry, 2010: 26).

بنابراین تکدی به‌عنوان یک رفتار و پدیدهٔ اجتماعی در مواردی جرم محسوب و موضوع «مداخلهٔ کیفری[1]» قرار می‌گیرد. بنا به نقل یکی از جرم‌شناسان تاریخ اجتماعی جرم‌انگاری تکدی نشان می‌دهد که قوانین علیه متکدیان در اروپای قرن ۱۶ به‌منظور حمایت از منافع سرمایه‌دارانی که از کمبود نیروی کار ناشی از «مرگِ سیاه[2]» رنج می‌بردند تصویب شد (عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ۱۵۰).

در توجیه جرم‌انگاری این رفتار گاه به این موضوع اشاره می‌شود که تکدّی در زمرهٔ جرایم مانع است. جرایم مانع یا بازدارنده جرایمی هستند که فی‌نفسه از قبحِ ذاتی برخوردار نیستند، اما از آن جهت که می‌تواند مقدمه‌ای برای جرایم دیگر باشد تجریم می‌شود. در این راستا برخی بیان می‌دارند بزرگ‌ترین نگرانی آن است که متکدیان احتمال دارد در فعالیت‌های مجرمانه وارد شوند (Neocleous, 2000: 80). افزون بر آن گفتمان‌هایی همچون «قانون و نظم[3]»، «نفی مدارا[4]» و «جنگ در برابر جرم[5]» که نتیجهٔ غلبهٔ اندیشه‌های سیاسی بر نظام عدالت کیفری و به‌تبع آن «سیاسی شدن جرم[6]» است در توجیه جرم‌انگاری تکدی نقش دارد (عارفی، ۱۳۹۶: ۵۱).

1. Criminal intervention
2. Black death
مرگ سیاه، پدیده‌ای ویرانگر بود که بنا به نقل برخی منابع در قرن چهاردهم میلادی، موجب مرگ ۷۵ تا ۲۰۰ میلیون نفر در اوراسیا و اروپا شد.

3. Law and order
4. Zero tolerance
5. War on crime
6. The Politicization of Crime

این پژوهش با رویکرد تطبیقی، واکنش شانزده کشور با ساختارهای سیاسی، اقتصادی و حقوقی گوناگون را مورد کنکاش قرار می‌دهد. پرسش‌های اصلی این پژوهش آن است که موضع نظام حقوقی کشورها در قبال تکدی چیست؟ کدام‌یک رویکرد سزاگرایانه و تنبیهی را در قبال این پدیده در پیش گرفته‌اند و کدام‌یک به تدابیر پیشگیرانه، رفاهی و حمایتی روی آورده‌اند؟ و الگوی مطلوب مقابله با این پدیده از حیث اصول و مبانی جرم‌انگاری و تعهدات حقوق بشری دولت‌ها چیست؟

هدف از انجام این پژوهش، شناسایی الگو/ الگوهای قانون‌گذاری در برابر تکدی است. لیکن از آنجا که احصا و مطالعهٔ قوانین کیفری تمامی کشورها در یک مقاله امکان‌پذیر نیست تلاش شد تا نمایندگان نظام‌های حقوقی با رویکردهای سیاسی و اقتصادی گوناگون انتخاب[1] و بر مبنای آن، الگوهای مداخله در قبال تکدی به قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران معرفی تا در پرتو آن، رویکرد انسان‌مدار و کرامت‌مند را اتخاذ و مشخصاً مادهٔ ۷۱۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی مورد اصلاح و بازنگری قرار گیرد.

بر این اساس روش انجام این پژوهش تطبیقی و ابزار گردآوری اطلاعات، نسخهٔ معتبر و لازم‌الاجرای قوانین جزایی کشورهای مختلف و پژوهش‌های مرتبط به‌ویژه آرای «دادگاه اروپایی حقوق بشر[2]» است. پس از مطالعه، مشخص شد کشورها از سه الگو در مواجهه با تکدی پیروی می‌کنند: ۱. کشورهایی که تکدی را مطلقاً ممنوع می‌دانند و واکنش کیفری را در قبال آن اتخاذ می‌کنند (جرم‌انگاری محض). ۲. کشورهایی که این رفتار را مشروط به شرایطی جرم محسوب می‌کنند (جرم‌انگاری مشروط) و ۳. کشورهایی هستند که این رفتار را جرم محسوب نکرده و سیاست‌گذاری اجتماعی را جایگزین سیاست‌گذاری کیفری کرده‌اند (عدم جرم‌انگاری).

۱. پژوهش‌های تطبیقی دو گونه هستند. دستهٔ اول یا گونهٔ رایج آن است که یک یا دو کشور از نظام‌های حقوقی اعم از مشابه یا مختلف مورد مطالعه قرار می‌گیرند اما در پژوهش‌های گونهٔ دوم، یک‌سری از کشورها با یک ویژگی خاص (در پژوهش حاضر کشورهایی که با پدیدهٔ تکدی روبرو هستند) مورد مطالعه قرار گرفته و سپس الگوی قانون‌گذاری / مقرره‌گذاری به منظور تدوین یا اصلاح مقرره از آن استخراج می‌شود (توجهی و کوره‌پز، ۱۳۹۸: ۷۷). در پژوهش حاضر، رویکرد دوم اتخاذ شده لیکن به دلیل ضرورت محدودیت حجم مقاله، صرفاً کشورهای منتخب ذکر شده‌اند. در واقع به جای آنکه به شیوهٔ مرسوم سیاست کیفری ایران در قبال تکدی با یک یا دو کشور دیگر مورد مقایسه و ارزیابی قرار گیرد تلاش شده است تا الگوهای حقوقی مداخله در قبال تکدی در کشورهای منتخب استخراج و در ادامه ذیل هر الگو، کشورهایی که پیرو آن هستند مورد بررسی قرار گیرند.

2. ECHR (European Court of Human Rights)

۱. جرم‌انگاری محض

برخی از کشورها با تأکید افراطی بر مفهوم «نظم عمومی[1]» و با در پیش گرفتن سیاست‌هایی همچون «تسامح صفر[2]» و همچنین عدم توجه به محدودیت‌های نظام عدالت کیفری در مقابله با پدیدهٔ مجرمانه، نفس تکدی را جرم قلمداد می‌کنند. در گفتمان سیاسی چنین دولت‌هایی فقر افراد به عدم تلاش، بی‌عرضگی، عدم مسئولیت‌پذیری، فرهنگ متفاوت و عملکرد خودشان نسبت داده می‌شود. مجرمان فقیر ازجمله متکدیان به مانند مجرمان به عادت، به‌عنوان یک گروه دارای فرهنگ بیگانه، طبقهٔ مجزا و تفاله‌های به جا مانده از فرایندهای پُرسرعت جهانی شدن اقتصاد دیده می‌شوند (Morris, 2002: 11) که در ذیل موضع برخی از کشورهایی که از این الگو تبعیت می‌کنند تشریح می‌شود.

۱-۱. جمهوری اسلامی ایران

از آنجا که کشور منتفع (بهره‌بردار)[3] در این مقاله، ایران محسوب شده است لذا ضروری است ابتدا موضع این کشور در قبال تکدی بررسی و آنگاه الگوهای دیگری که مورد اقتباس کشورهای دیگر قرار گرفته‌اند مورد کنکاش قرار گیرد.

قانون مجازات عمومی، به‌عنوان نخستین قانون مدون جزایی در ایران، مصوب ۱۳۰۴ هجری شمسی است. این قانون در مادهٔ ۲۷۶ در باب «امور خلاف و مجازات آن‌ها» به تکدی به‌عنوان یک رفتارِ خلاف اشاره می‌کرد. نکته‌ای که ذکر آن ضروری است آن است که در قوانین پیش از انقلاب، جرایم از حیث شدت به سه دسته جنایت، جنحه و خلاف تقسیم می‌شدند. جنایات همچون قتل به‌عنوان شدیدترین جرم شناخته می‌شد و خلاف برای جرایم سبک و خفیفی همچون تخلفات راهنمایی رانندگی پیش‌بینی شده بود. مادهٔ فوق‌الذکر بیان می‌داشت: «نسبت به کلیه امور خلافی از قبیل عدم رعایت نظامات راجعه به بلدیه و نظمیه همچنین عدم رعایت نظامات راجعه به درشکه‌چی‌ها و شوفرها و حفظ حیوانات و همچنین راجع به ولگردی و گدایی و فحاشی و استعمال الفاظ رکیکه در معابر عمومی و امثال آن‌ها وزارت داخله نظامنامه لازمه تهیه نموده و مقررات آن پس از تصویب وزارت عدلیه به موقع اجراء گذاشته خواهد شد ولی در هر حال مجازاتی که به‌موجب نظامنامه مزبوره مقرر می‌شود نباید از یک روز حبس و سه قران غرامت کمتر و از یک هفته حبس و

1. Public order
2. Zero tolerance
۳. در حوزهٔ مطالعات تطبیقی حقوق کیفری، یکی از اهداف، استفاده از تجارب کشورهای دیگر و شناسایی نقاط ضعف و قوت و در نهایت بهره‌برداری از آن‌ها برای تدوین یا اصلاح یک مقررهٔ قانونی است. از آنجا که این مقاله در ایران نوشته شده است لذا هدف نویسنده تبیین الگوهای دیگر مقابله با تکدی برای قانون‌گذار داخلی است. از این رو اصطلاح کشور منتفع (بهره‌بردار، مقصد) استفاده شده است.

پنج تومان غرامت بیشتر باشد».

در راستایِ همین ماده، آیین‌نامهٔ امور خلافی مصوب سال ۱۳۲۴ تصویب شد. این آیین‌نامه در بند ۲۶ مادهٔ ۳ بیان می‌داشت: «اشخاص زیر به ۷ روز تا ده روز حبس تکدیری و از ۱۰۰ تا دویست ریال غرامت محکوم می‌گردند:... ۲۶- کسانی‌که با وجود قدرت و استطاعت (جسمانی) تکدی یا کلاشی را پیشه خود قرار داده و از این راه زندگانی نمایند».

پس از آیین‌نامهٔ فوق، مقرره‌ای که در راستای تکدی تصویب شد قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ بود که در مادهٔ ۵۵ در مقام شرح وظایف شهرداری بیان می‌داشت: «وظایف شهرداری به شرح زیر است: جلوگیری از گدایی و واداشتن گدایان به کار و توسعه آموزش عمومی و غیره».

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲ که در مقام بیان جرایم تعزیری و نخستین قانون جزایی مطابق آموزه‌های دینی و شرعی بود تکدی همانند ولگردی تجریم نشده بود. عدم مداخلهٔ قانون‌گذار اسلامی در قبال رفتار متکدیان به این دلیل بود که در آموزه‌های دینی برای کمک به نیازمندان و سائلین توصیهٔ فراوانی شده است. بر همین اساس است که برخی از حقوق‌دانان با انتقاد از جرم‌انگاری این عمل بیان می‌دارند فارغ از عوامل اقتصادی و اجتماعی زمینه‌ساز روی‌آوری عده‌ای به این عمل، به نظر می‌رسد در جامعهٔ ایران که با نوعی احساس ترحم و دیدگاه‌های مذهبی مربوط به دستگیری از نیازمندان با این معضل برخورد می‌شود تجریم، اثر مثبتی نخواهد داشت (حبیب‌زاده و زینالی، ۱۳۸۴: ۲۱).

به‌رغم آنکه جرم‌انگاری این عمل هم خلاف مقتضیات اجتماعی جامعهٔ ایران بود و هم با آموزه‌های دینی مخالفت داشت قانون‌گذار به یک‌باره در سال ۱۳۷۵ اقدام به تجریم این عمل کرد: «هر کس تکدّی یا کلاشی را پیشه خود قرار داده باشد و از این راه امرارِ معاش نماید یا ولگردی نماید به حبس از یک تا سه ماه محکوم خواهد شد و چنانچه با وجود توان مالی، مرتکب عمل فوق شود علاوه بر مجازات مذکور، کلیه اموالی که از طریق تکدّی و کلاشی به دست آورده است مصادره خواهد شد».

همان گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار در این ماده در مقایسه با آیین‌نامهٔ امور خلافی، شرایط تحقق جرم تکدی را سهل‌تر و مجازات آن را شدیدتر کرده است، زیرا در آیین‌نامهٔ امور خلافی تحقق تکدی، منوط به اولاً وجود قدرت و استطاعت جسمانی شخص متکدّی و ثانیاً حرفه و پیشه قراردادن این عمل شده بود در حالی‌که در مادهٔ ۷۱۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، صرف پیشه قرار دادن تکدی، جرم محسوب شده است و داشتن توان مالی برای شخصی‌که تکدی را پیشهٔ خود قرار داده است مجازات جداگانه‌ای تحت عنوان مصادره در پی دارد (نجفی ابرندآبادی و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۵).

بر این اساس می‌توان گفت که جرم محسوب کردنِ تکدّی در زمرهٔ جرایم وارداتی است و

قانون‌گذار بدون عنایت به دیدگاه مردم نسبت به این موضوع و واقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی، با تقلید از قوانین کیفری برخی کشورها، به مداخلهٔ کیفری نسبت به رفتار متکدّیان اقدام کرده است. رویکرد قانون‌گذار ایران در مادهٔ ۷۱۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی به مراتب نسبت به دیگر کشورها سرزنش‌آمیزتر است چراکه با عنایت به مفهوم مخالف قسمت دوم این ماده که به توان مالی متکدی اشاره می‌کند باید گفت که قسمت اول این ماده حتی تکدی با وجود توان مالی را نیز جرم تلقی می‌کند.

۲-۱. انگلستان و ولز

این عمل مطابق بند ۳ «قانون ولگردی مصوب ۱۸۲۴[1]» با اصلاحات بعدی جرم محسوب می‌شود. در قسمتی از این بند آمده است هر شخصی که ولگردی کند یا در مکان‌های عمومی، خیابان، بزرگراه‌ها، دادگاه یا پاساژ اقدام به تکدّی یا جمع‌آوری صدقه کند یا کودکان را به این کار بگمارد یا تشویق کند در حکم ولگرد و ناسازگار به حساب می‌آید. مجازات این عمل در حال حاضر با اصلاحاتی که در قانون فوق به عمل آمده است حداکثر ۱۰۰۰ پوند است.

در سال ۱۹۷۴ کارگروهی از سوی مقامات مسئول تشکیل شد تا منافع و مضرات جرم‌انگاری تکدی را بررسی کند. در گزارش این کمیته بیان شده کسانی که گدایی می‌کنند به‌جای مجازات نیاز به بازپروری دارند. به همین ترتیب، در سال ۱۹۸۱، دولت بریتانیا اظهار داشت که با نظر کمیتهٔ امور داخلی مبنی بر اینکه جرم گدایی باید در آینده نسخ شود، موافق است اما از انجام این کار در آن زمان خودداری کرد، با این توجیه که تکدی موجب مزاحمت عمومی می‌شود (Baker, 2009: 36).

با افزایش تعداد بی‌خانمان‌ها که در انگلستان به‌نحو قابل‌توجهی رسیده‌اند، قانون ولگردی به‌عنوان پاسخی ظالمانه به فقر با انتقاداتی مواجه شده است. به عقیدهٔ برخی از نویسندگان هنگامی که در سال ۱۸۲۴ این قانون به اجرا درآمد، طیف گسترده‌ای از افراد «بیکار و بی‌نظم[2]» را هدف قرار داد که تصور می‌شد «سرکش و ولگرد[3]» باشند. در حالی که در عصر حاضر این قانون در عمل می‌تواند علیه افراد فقیری که در خیابان به سر می‌برند و برای زنده ماندن تلاش می‌کنند استفاده شود. همچنین گفته می‌شود که این قانون در مورد «کهنه‌سربازان جنگ ناپلئونی[4]» که در خیابان گدایی می‌کردند و گاهی اوقات زخم‌های باز خود را به‌منظور تکدی نشان می‌دادند، تصویب شد. با وجود این مذاکرات منتهی به تصویب این قانون به وضوح گویای آن است که جرم تکدی با هدف کنترل جامع و کامل افراد فقیر و

1. Vagrancy Act 1824
2. idle and disorderly
3. rogues and vagabonds
4. veterans of the Napoleonic Wars

اینکه چه کسی مسئول این کنترل است به تصویب رسیده است (Hermer, 2020: 10).

غلبهٔ رویکرد سیاسی در این خصوص نیز غیرقابل‌کتمان است. چراکه با روی کار آمدن «مارگارت تاچر[1]» در انگلستان رویکرد حمایتی در قالب «دولت رفاه[2]» جای خود را به رویکرد بدنام کردن فقرا داد. در این بستر آن‌هایی که توان مالی ندارند مطرودند و حقوق شهروندی آن‌ها نادیده گرفته می‌شود. به‌عنوان نمونه در این دورهٔ سیاسی، «تاچر» به برخی از گروه‌های اجتماعی، برچسب توده‌های شروری می‌زد که سبک زندگی انگلیسی را بر هم می‌زنند (پاک‌نهاد، ۱۳۸۸: ۷۷).

مطابق برخی پژوهش‌ها در این کشور از سال ۲۰۰۵ بیش از ۱۵۰۰۰ محکومیت به تکدی ثبت شده که منجر به بیش از یک میلیون پوند جریمه شده است و در بازهٔ زمانی سال ۲۰۱۵ تا ۲۰۲۰، ۸۵۰۰ نفر بر اساس قانون ضدولگردی در انگلستان دستگیر شده‌اند که از این امر با عنوان «سوءاستفادهٔ ظالمانه از نظام عدالت کیفری[3]» یاد شده است (Hermer, 2021: 50).

۳-۱. دانمارک

پارلمان دانمارک در ماه ژوئن سال ۲۰۱۷ با اکثریت قاطع، قانونی را درخصوص ممنوعیت تکدی وضع کرد و در ژوئن سال ۲۰۲ دائمی شد که به نوعی پیروی از قوانینی است که دو کشور رومانی و یونان در این زمینه تدوین کرده‌اند. به‌موجب مادهٔ ۱۹۷ قانون کیفری دانمارک، هر شخصی که به‌رغم اخطارهای پلیس به تکدی‌گری کند یا به فردی که متعلق به خانوادهٔ خود است و کمتر از ۱۸ سال سن داشته باشد اجازهٔ تکدی بدهد، به حبس حداکثر تا شش ماه محکوم خواهد شد. اخطار پلیس نیز طبق این ماده به مدت پنج سال معتبر خواهد بود.

به‌موجب این قانون، پلیس با حضور در پیاده‌روها، مراکز خرید، ایستگاه‌های مترو و قطار به مقابله با متکدیان می‌پردازد. اگرچه این قانون همهٔ متکدیان را هدف قرار می‌دهد اما آشکارا تبعیض غیرمستقیمی را علیه متکدیان رومانیایی اِعمال می‌کند. چراکه پس از پذیرش رومانی در اتحادیهٔ اروپا، گروه‌هایی از مهاجران رومانیایی وارد دانمارک شدند و عملاً فرایند تصویب این قانون در این کشور سرعت پیدا کرد (Hansen, 2020: 18). عفو بین‌الملل، مدافعان حقوق شهروندی و دیگر سازمان‌های حقوق بشری با انتقاد از این اقدام دولت دانمارک، جرم‌انگاری تکدّی را بی‌اعتنایی و نقض تعهد دولت‌های عضو کنوانسیون میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به پاسداشت حقوق بنیادین شهروندان می‌دانند (Begging laws in Denmark, 2021). مجازات این عمل برای بار

1. Margaret Thacher
2. Welfare state
3. an outrageous abuse of the criminal justice system

اول، دو هفته حبس و تکرار آن موجب حبس چندماهه است. در این خصوص دادگاهی در «کپنهاگ[1]» در حکم بی‌سابقه‌ای یک مهاجر رومانیاییِ ۴۰ ساله که پدر ۵ فرزند بود را به ۱۴ روز حبس محکوم کرد و افزون بر آن کل پولی که وی از این طریق به دست آورده بود را مصادره کرد و وی به پرداخت هزینه‌های دادگاه که معمولاً به چندین هزار یورو می‌رسد محکوم شد. این حکم با توجه به پروندهٔ مشابه در دعوی «لاکتوس[2]» علیه سوئیس در ژانویهٔ سال ۲۰۲۱ بحث‌برانگیز شد. در این پرونده این کشور به‌واسطهٔ نقض مواد ۸ و ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و محکوم کردن این زنِ تبعهٔ رومانی به ۵ روز حبس و حدود ۵۰۰ یورو جزای نقدی محکوم شد.

در حالی‌که وزیر دادگستری این کشور در ماه می‌سال ۲۰۲۱ با انتشار یک یادداشتی ادعا کرد که قانون دانمارک مطابق موازین حقوق بشر است و مانند قانون سوئیس ناقض حقوق بشر نیست اما با وجود این مؤسسهٔ دانمارکی حقوق بشر در واکنش به رأی صادرهٔ دیوان اروپایی در قضیهٔ سوئیس اظهار داشت که قانون دانمارک درخصوص تکدی باید اصلاح شود.

قاضی دادگاه شهر کپنهاگ استدلال کرد که مرد رومانیایی در رفتار خود (تکدی) از زن رومانیایی در سوئیس «پرخاشگرانه‌تر[3]» عمل کرده است. او این ادعا را این‌گونه تأیید کرد که این مرد با کیسه‌ای پُر از بطری‌های خالی در پیاده‌رو نشسته بود و این امر نادیده گرفتن درخواست پول را برای عابران دشوار می‌کرد و دستش را به سمت آن‌ها دراز کرده بود و مستقیماً آن‌ها را خطاب قرار داده بود (denmark-national-court-rules-against-human-rights-judgement-migrant-begging-case, 2022).

۲. جرم‌انگاری مشروط

برخی از کشورها با اتخاذ رویکردی بینابین صِرف تکدی بماهوی تکدی را جرم محسوب نکرده بلکه تحت شرایط و موقعیت‌های خاصی این رفتار را ممنوع و جرم تلقی می‌کنند. این کشورها با درک این واقعیت که روی آوردن برخی افراد به تکدی در نتیجهٔ نیاز اقتصادی و فقر آن‌هاست، نفس این رفتار را جرم‌انگاری نکرده بلکه حسب مورد سوءاستفاده از این نیاز و وضعیت آسیب‌پذیری، ایجاد مزاحمت برای دیگر شهروندان و سوءاستفاده از اطفال و اجبار آن‌ها به تکدی را جرم‌انگاری می‌کنند که در ذیل این موارد بررسی می‌شود.

۲-۱. فرانسه

قانون ضد تکدی در این کشور در سال ۱۹۹۴ نسخ شده است. به دیگر سخن بعد از سال ۱۹۹۴،

1. Copenhagen
2. Lăcătuş
3. more aggressive

تکدی در چهارچوب شرایط سلبی ذیل مُجاز محسوب شد: الف) اینکه به روشی تهاجمی انجام نشود، ب) اینکه کودکان به گدایی گمارده نشوند و ج) چنانچه تأثیری بر نظم عمومی نداشته باشد. بنابراین در صورتی‌که تکدی یکی از شروط بالا را نقض کند جنبهٔ مجرمانه پیدا می‌کند (Derdak, 2020: 23).

بر این اساس بیان شده است که امروزه توسل به سازوکارهای پیشگیری از بزهکاری مخصوصاً در مورد انحرافات زمینه‌ساز جرایم، اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است و قانون‌گذاری بعضی از کشورها همچون فرانسه از برخی مصادیق جرایم مانع نظیر تکدی، جرم‌زدایی کرده و توسل به اقدامات پیشگیرانه را سرلوحهٔ سیاست جنایی خود قرار داده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۴۲).

مطابق با آخرین نسخهٔ قانون جزای فرانسه[1]، ذیل فصل ۷ با عنوان «جرایم علیه کرامت انسانی اشخاص[2]» از «بهره‌کشی از گدایی[3]» ذیل مواد ۲۲۵-۱۲-۵ تا ۲۲۵-۱۲-۷ نام برده شده است. به دیگر سخن، سوءاستفاده از دیگران برای تکدی یا تشکیل گروه مجرمانهٔ سازمان‌یافته برای این منظور به شرح زیر جرم محسوب می‌شود.

در مادهٔ ۲۲۵-۱۲-۵ بیان شده است که بهره‌کشی از گدایی زمانی محقق می‌شود که شخصی به هر طریقی مرتکب اَعمال زیر شود:

الف) سازماندهی تکدی دیگران به‌منظور بهره‌مندی از سود آن، ب) سود بردن از گدایی دیگران، تقسیم منافع آن یا دریافت یارانه از شخصی که عادتاً به تکدی می‌پردازد، ج) استخدام، آموزش یا اغوا کردن یک فرد به‌منظور بزرگ‌نمایی در گدایی یا اِعمال فشار بر او برای گدایی یا ادامهٔ آن، د) برای منفعت شخصی خود، شخصی را استخدام می‌کند، آموزش می‌دهد یا به تباهی می‌کشاند تا در ازای کمک مالی (هدیه[4])، در بزرگراه عمومی خدمات ارائه دهد.

در ادامه قانون‌گذار برخی رفتارها را در حکم بهره‌کشی از گدایی محسوب می‌کند؛ در صورتی که فرد نتواند [منشأ/ میزان] درآمدِ منطبق با سبک زندگی خود را توجیه کند و سبک زندگی وی گویای آن باشد که وی نمی‌تواند این میزان درآمد را داشته باشد در حالی‌که در عمل بر رفتار یک یا چند نفر که مرتکب گدایی می‌شوند تأثیر می‌گذارد یا در ارتباط مستمر و دائم با آن‌ها باشد چنین رفتارهایی نیز مشابه با عنوان مجرمانهٔ بهره‌کشی از گدایی است که مجازات این رفتار سه سال حبس و ۴۵ هزار یورو جزای نقدی است.

در مادهٔ ۲۲۵-۱۲-۶ بیان شده است که بهره‌کشی از گدایی مستوجب ۵ سال حبس و ۷۵ هزار

1. www.legifrance.gouv.fr
2. Offences against the dignity of persons/ Des atteintes à la dignité de la personne
3. The Exploitation of Begging/ De l'exploitation de la mendicité
4. Donation

یورو جزای نقدی خواهد بود در صورتی که:

الف) بزه‌دیدهٔ آن صغیر[1] باشد، ب) در مورد شخصی که آسیب‌پذیری خاص او [بزه‌دیده] به‌دلیل سن، بیماری، ضعف، ناتوانی جسمی یا روانی یا بارداری وی برای مرتکب آشکار یا شناخته شده باشد، ج) در صورتی که این جرم علیه حداقل دو نفر ارتکاب یابد، د) در مورد شخصی که در خارج از قلمرو جمهوری فرانسه یا به محض ورود به قلمروی این کشور به تکدی تحریک شده است، هـ) گدایی به واسطهٔ فشار شخصی که به حکم قانون یا دادگاه یا به‌طور طبیعی اختیاراتی نسبت به دیگری دارد از سوی بزه‌دیده ارتکاب یابد یا آنکه از سوی هر شخص دیگری که اقتداری بر وی دارد یا با سوءاستفاده از اقتداری که به واسطهٔ موقعیتش به او اعطاء شده است ارتکاب یابد، ز) با استفاده از زور، خشونت یا رفتار متقلبانه نسبت به فردی که گدایی می‌کند یا خانوادهٔ او یا فرد دیگری که به‌طور معمول با او در تماس است ارتکاب یابد، ح) توسط دو یا چند نفر که به‌عنوان مباشر یا شریک جرم عمل می‌کنند، اگرچه یک باند سازمان‌یافته را تشکیل نداده باشند.

و مادهٔ ۲۲۵-۱۲-۷ در این رابطه بیان می‌دارد: سوءاستفاده از تکدی شخصی دیگر مستوجب ده سال حبس و یک میلیون و پانصد هزار یورو جزای نقدی خواهد بود در صورتی که توسط یک گروه مجرمانهٔ سازمان‌یافته ارتکاب یابد.

۲-۲. آلمان

در مورد موضع قانون آلمان، مادهٔ ۲/۲۶۱ قانون مجازات آلمان مقرر می‌دارد که مجازات حبس مقرر برای تخلفات برای هر کسی که به تکدی‌گری متوسل شود یا نوجوانان را به انجام این عمل وادار کند یا آن‌ها را به گدایی فرستاده باشد، در نظر گرفته می‌شود. مجازات حبس تخلفات بیش از شش هفته و کمتر از یک روز نخواهد بود. با توجه به موضع قانون آلمان می‌توان گفت که همراهی کودکان خردسال برای گدایی یا اعزام آن‌ها به تکدی مستوجب حداکثر شش هفته و حداقل یک روز حبس است.

تکدی‌گری به‌طور کلی در آلمان یک جرم کیفری نیست، اگرچه ممکن است در سطح ایالتی مطابق با قوانین مربوطه در مورد استفاده از خیابان‌ها ممنوع شود. با این حال، در همهٔ ایالت‌ها، گداییِ به اصطلاح «تهاجمی[2]» ممنوع است، که شامل فعالیت‌هایی می‌شود که در آن یک گدا فعالانه به رهگذران نزدیک می‌شود یا با آن‌ها تماس می‌گیرد. دیده‌بان حقوق مسکن در گزارشی دربارهٔ قوانین ضدّ بی‌خانمانی در آلمان بیان می‌کند که اگر متکدی به دنبال رهگذران چندمتری با حالت التماس کردن و مطالبه کردن همراه با تماس فیزیکی به‌صورت کندن و نگه داشتن لباس فرد باشد گدایی

1. Minor
2. Aggressive

ممکن است تهاجمی تلقی شود (Housing Rights Watch, 2012: 3).

تکدی‌گری تهاجمی مشمول جریمه‌های نقدی است که بر اساس قانون اداری صادر می‌شود. در غیر این صورت، افسران پلیس می‌توانند به متکدیان دستور دهند که از تکدی‌گری دست بکشند و ترک کنند و در صورت عدم رعایت این دستور، جریمهٔ نقدی در نظر گرفته شود. علاوه بر این، برخی از ایالت‌ها قوانین دیگری را تصویب کرده‌اند که گدایی یا برخی از اَشکال تکدی‌گری را غیرقانونی می‌داند (مثلاً گدایی با استفاده از کودکان یا حیوانات). سطح اجرا در ایالت‌های آلمان به‌طور قابل‌توجهی متفاوت است. گرچه گدایی تنها در مواردی جرم است که با رفتار «پرخاشگرانه» همراه باشد، اما وجود آن به‌عنوان جرمی مجزا از سایر قوانین درخصوص رفتار پرخاشگرانه ضروری نیست (illegal-for-children-to-beg, 2022).

۲-۳. اسکاتلند

در اسکاتلند تکدی مستقلاً جرم‌انگاری نشده است مگر آنکه این رفتار جنبهٔ اذیت و آزار به خود بگیرد. در این کشور بر اساس مادهٔ ۵۰ قانون جزا، جرمی تحت عنوان «رفتار مداخله‌جویانه و آزاردهنده[1]» پیش‌بینی شده است که به‌موجب آن هر شخص عامدانه یا توأم با بی‌پروایی با رفتار آزاردهندهٔ خود موجبات ترس، وحشت و اضطراب دیگری را فراهم آورد تحت تعقیب قرار می‌گیرد. رفتار آزاردهنده شامل تعقیب کردن[2] و پاییدن[3] می‌شود. حقوق‌دانان این کشور در تشریح این جرم بیان می‌دارند مثلاً اگر تکدّی جنبهٔ تهاجمی و پرخاشگرانه به خود بگیرد به‌نحوی‌که متکدّی با به ستوه‌آوردن دیگری باعث شود وی کالایی را بخرد این عمل، مجرمانه است.

۲-۴. بلژیک

با وجود آنکه از تکدی در سال ۱۹۹۳ جرم‌زدایی شده است، اما مادهٔ ۲۳۴ قانون مجازات بلژیک مقرر می‌دارد هرکس به قصد تکدی به مسکن یا یکی از ملحقات آن بدون اجازهٔ مالک یا کسانی که در خانهٔ او زندگی می‌کنند وارد شود، مجازات آن حبس هشت روز تا یک ماه است. بر این اساس تکدی در خیابان و مکان‌های عمومی در این کشور جرم تلقی نمی‌شود. مطابق این ماده، مجازات افرادی که گواهی یا اوراق خلاف واقع مبنی بر نیاز به کمک در دست دارند حداقل هشت روز و حداکثر یک ماه حبس است.

۲-۵. اردن

مادهٔ ۳۸۹ قانون جزای اردن که در سال ۱۹۶۰ تصویب و در سال ۲۰۱۷ اصلاح شده است چنین

1. Intrusive and alarming behaviour
2. stalking
3. spying upon

مقرر می‌دارد: هر شخصی که در یک مکان عمومی به شیوه‌ای که نظم عمومی را مختل می‌کند یا به شیوه‌ای گستاخانه و تهاجمی برای گدایی یا جمع‌آوری صدقه و در تلاش برای تهیهٔ کمک‌های خیریه رفتار می‌کند از هر نوع یا تحت هر گونه ادعای دروغین یا متقلبانه، اعمّ از به نمایش گذاشتنِ زخم یا تغییر شکل یا هر وسیلهٔ دیگر یا سبب یا مشوق کودک زیر شانزده سال به این کار باشد به حبس حداکثر سه ماه یا در صورتی که دادگاه بخواهد وی را به مؤسسه‌ای که «وزیر توسعهٔ اجتماعی[1]» برای نگهداری از متکدیان تعیین می‌کند به مدت حداقل یک سال و حداکثر سه سال ارجاع دهد محکوم خواهد شد.

اما بر اساس این ماده، وزیر توسعهٔ اجتماعی ممکن است در هر زمانی که بخواهد، هر فردی را که به هر مؤسسه‌ای سپرده شده است، با شرایطی که مقتضی بداند، آزاد و در صورت نقض شرایط مقرر برای تکمیل دورهٔ محکومیت به مؤسسهٔ مذکور بازگرداند.

در صورت تکرار تکدی، دادگاه ممکن است تصمیم بگیرد تا فرد متکدی به مؤسسهٔ فوق‌الذکر به مدت حداقل یک سال و حداکثر سه سال فرستاده شود. در این شرایط وزیر توسعهٔ اجتماعی ممکن است وی را آزاد نکند مگر بعد از آنکه وی حداقل یک سوم دورهٔ محکومیتِ خود را سپری کند. همچنین در صورت تکرار این عمل برای مرتبهٔ دوم دادگاه ممکن است حکم به حبس سه‌ماههٔ وی یا چهارماهه در صورت تکرار این عمل در مرتبهٔ سوم یا بیشتر حکم بدهد.

هر شخصی که مطابق برخی از شرایط مذکور در مادهٔ ۳۸۹ از دیگران برای تکدّی استفاده کند (گدایی یا جمع‌آوری صدقه به‌منظور جلب کمک‌های خیریه تحت هر گونه ادعای دروغین یا متقلبانه و...) به حداقل یک سال حبس محکوم خواهد شد.

همچنین وزیر توسعهٔ اجتماعی می‌تواند یک یا چند کارمند را برای تحقیق در مورد جرایم موضوع این ماده در ارتباط با تکدی و جمع‌آوری صدقه و انفاق و دستگیری مرتکبین مأمور کند. بدین منظور کارمند منصوب از اختیار پلیس قضایی برخوردار خواهد بود.

در کلیهٔ موارد دادگاه می‌تواند وجوه و اموالی را که ناشی از تکدی در اختیار مرتکب قرار دارد مصادره و به وزارت توسعهٔ اجتماعی تحویل دهد تا آن را برای دستگاه‌ها و مؤسسات ذی‌ربط در حوزهٔ مراقبت از متکدیان هزینه کند.

اعطای برخی اختیارات به یک مقام اجرایی (وزیر توسعهٔ اجتماعی) ازجمله امکان آزادی متکدی مورد انتقاد برخی حقوق‌دانان قرار گرفته است چراکه وی یک مقام اداری است و نه قضایی.

در اردن، وزارت توسعهٔ اجتماعی یک واحد عمده و مهم برای مبارزه با تکدی و متکدیان ایجاد

1. The Minister of Social Development

کرده است که به آن «واحد مبارزه با متکدیان[1]» می‌گویند. این واحد دارای سه برنامه است: برنامهٔ کنترل متکدیان بزرگسال، برنامهٔ کنترل متکدیان غیربالغ و برنامهٔ مراقبت و بازپروری متکدیان، علاوه بر آن تیم‌های تخصصی برای مبارزه با تکدی در تمامی استان‌های کشور تشکیل شده است. این وزارتخانه با اعطای اختیارات پلیس قضایی به اعضای خود صلاحیت قانونی می‌دهند و برای جلوگیری از تکرار این جرم با ضمانت بزرگ‌سالان و خانواده‌های کودکان متکدی «تعهد کتبی[2]» از آن‌ها اخذ می‌شود. اما این رویهٔ اداری ممکن است مانع از انتقال آن‌ها به دادگاه صالح برای تعقیب آن‌ها به جرم تکدی طبق قانون جزایی اردن نباشد.

در صورتی که نوجوانان مرتکب این جرم شوند دادگاه از «مأمور تعلیق مراقبتی[3]»، که کارمند وزارت توسعهٔ اجتماعی است، می‌خواهد تا گزارشی دربارهٔ وضعیت نوجوان، اوضاع و احوال خانواده و محیط اجتماعی و همچنین شرایط پزشکی و سلامتی وی به‌منظور اتخاذ تدابیر اصلاحی ارائه بدهد تا زمینه برای اتخاذ تصمیم از جانب دادگاه فراهم شود (Al-Khawaldah,Al-Khseilat, 2021: 6).

۶-۲. سنگاپور

در این کشور قانونی تحت عنوان «قانون اشخاص تهی‌دست[4]» در سال ۱۹۸۹ به تصویب رسیده و در سال ۲۰۱۳ اصلاح شده است. مطابق مادهٔ ۲ این قانون، در صورتی‌که رفتار شخص دیگران را ترغیب و تحریک به دادن صدقه کند خواه این کار به بهانهٔ آواز خواندن، بازی کردن، پیشنهاد فروش یا به طریق دیگری باشد این عمل مصداق تکدّی است. اما این عمل به تنهایی جرم نیست بلکه در صورتی‌که شخص مصداق «متکدی دائمی[5]» باشد مجرم و مستحق مجازات خواهد بود. «متکدّیِ دائمی» نیز کسی است حداقل دو مرتبه سابقهٔ حضور در مکان عمومی را داشته باشد به‌نحوی‌که باعث ایجاد مزاحمت برای دیگران شود و در هر دو مرتبه در «خانهٔ رفاهی[6]» سکونت داشته باشد. مجازات متکدی دائمی جزای نقدی حداکثر ۳۰۰۰ دلار یا حبس حداکثر دو سال است.

۷-۲. ترکیه

مادهٔ ۲۲۹ قانون جزای ترکیه مصوب ۲۰۰۴ با اصلاحات سال ۲۰۱۶، تکدّی را در صورتی جرم می‌داند که با سوءاستفاده از اطفال و افراد معلول جسمی و ذهنی انجام شود. مجازات این عمل، از

1. Unit to combat begging
2. Written pledge
3. Probation officer
4. Destitute Persons Act
5. Habitual beggar
6. Welfare home

خانهٔ رفاهی اشاره به مؤسسه یا نهادی دارد که عهده‌دار پذیرش، مراقبت و بازپروری اشخاص تهی‌دست است.

یک تا سه سال حبس است. در صورتی‌که این عمل از سوی بستگان نسبی یا سببی یا همسر انجام شود مجازات قانونی تا یک دوم افزایش می‌یابد. همچنین در صورتی‌که این عمل در قالب یک گروه مجرمانهٔ سازمان‌یافته انجام شود مجازات این عمل افزایش می‌یابد.

۸-۲. سوئیس

قوانین و مقررات مربوط به تکدّی در این کشور در «کانتون[1]»های مختلف، متفاوت است. به‌عنوان نمونه، «پارلمان کانتون واد[2]» در سپتامبر ۲۰۱۶، تکدی را ممنوع و مستوجب ۵۰ تا حداکثر ۲۰۰۰ فرانک سوئیس بر حسب تکدی ساده یا تشکیل باند تعیین کرد. در ژنو و زوریخ نیز این عمل قبلاً ممنوع بود اما درخصوص اینکه آیا همچنان این ممنوعیت برقرار است یا نه بحث‌های زیادی وجود دارد. به‌عنوان نمونه در ژنو تکدّی از سال ۲۰۰۸ ممنوع اعلام شده بود اما در حال حاضر هزاران متکدّی در خیابان‌ها همچنان وجود دارند.

یکی از نمایندگان «حزب مردم[3]» در این رابطه با حمایت از ممنوعیت تکدّی، علت آن را وجود باندهایی می‌داند که با بهره‌کشی از متکدیان موجبات حاشیه‌نشینی آن‌ها را فراهم می‌کنند و از تهی‌دستی آن‌ها سوءاستفاده می‌کنند.

«دادگاه اروپایی حقوق بشر[4]» در دعوی «لاکتوس[5]» علیه سوئیس در ژانویهٔ سال ۲۰۲۱ حکم داد که مقامات سوئیسی حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی در مادهٔ ۸ «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر[6]» نقض کرده‌اند. در این پرونده شخص فوق‌الذکر برای گدایی در ملأعام در ژنو به پرداخت جریمه بیش از ۴۰۰ یورو و متعاقباً بازداشت وی به مدت پنج روز به‌دلیل عدم پرداخت جریمه محکوم شد. این فرد تبعهٔ کشور رومانی بود. در این خصوص دادگاه مستقر در «استراسبورگ[7]» خاطرنشان کرد که او فردی بی‌سواد از خانواده‌ای بسیار فقیر است و در زمان رسیدگی به پروندهٔ گدایی هیچ شغلی نداشت و مزایای اجتماعی دریافت نمی‌کرد، به طوری که گدایی در ملأعام وسیلهٔ بقای او بود.

بر اساس نظر دیوان اروپایی حقوق بشر، زمانی که شخص در چنین شرایط آسیب‌پذیری قرار می‌گیرد، تلاش وی برای رفع نیازهای اولیهٔ خود از طریق گدایی، حقی است که ریشه در «کرامت

1. Canton
2. Vaud parliament
3. People's Party
4. ECtHR
5. Lăcătuş
6. the European Convention on Human Rights (ECHR)
7. Strasbourg

انسانی[1]» دارد. در این رأی، دیوان تأکید کرد که کشورهای عضو اتحادیهٔ اروپا محدودیت‌های کمتری را نسبت به ممنوعیت کلی قانون کیفری ژنو اِعمال می‌کنند.

دیوان تأکید کرد که ممنوعیت کاملِ یک رفتار، اقدامی است رادیکال که مستلزم توجیه قوی و بررسی دقیق توسط دادگاه‌هایی است که اختیارات لازم را برای سنجش جوانب مختلفِ آن رفتار را داشته باشند. افزون بر آن، در قضیهٔ مطروحه، مجازات تعیین شده درخصوص مرتکب نه متناسب با هدف مقابله با جرم سازمان‌یافته است و نه با هدف حمایت از حقوق عابران، ساکنان و مغازه‌داران منطبق و سازگار است. در این قضیه دیوان به این نتیجه رسید که چنین مجازاتی کرامت انسانیِ مرتکب را نقض کرده و به حق مذکور در مادهٔ ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر لطمه وارد آورده است.[2]

۳. عدم جرم‌انگاری

جرم‌زدایی که به معنای پا پس کشیدنِ حقوق کیفری و اکتفا به اِعمال کنترل اجتماعی غیرقهرآمیز در قبال یک رفتارِ اجتماعی است، فرایندی است که دست‌کم دو جنبه دارد: بُعد نخست به دستگاه عدالت کیفری مربوط می‌شود که بنا به دلایل موجهه به این نتیجه می‌رسد که ضرورتی به باقی ماندن یک رفتار در سیاههٔ کیفری نیست. اما بعد مهم‌تر و دیگرِ این تغییر، نهادهای غیرکیفری، حمایتی و رفاهی هستند که باید نقش جدیدِ خود در مدیریت این رفتار را بپذیرند. به‌عنوان نمونه درخصوص تکدی، افزون بر جرم‌زدایی از این رفتار ضرورت دارد سیاست‌گذاران اجتماعی، نهادهای رفاهی را برای حمایت از فقرا و متکدیان تجهیز و برای جلوگیری از ورود آن‌ها به عرصهٔ ناهنجاری و احیاناً بزهکاری برنامه‌ریزی کنند. در این راستا برخی از جرم‌شناسان به درستی جرم‌زدایی را به منزلهٔ یک تغییر قلمداد کرده‌اند (محمودی جانکی، ۱۳۸۷: ۳۲۱).

بر این اساس برخی از کشورها با تبعیت از این الگو حسب مورد تاکنون تکدی را جرم‌انگاری نکرده‌اند یا آنکه در طول سالیان گذشته از این رفتار جرم‌زدایی کرده‌اند. به دیگر سخن، این دسته از کشورها، تکدی را حسب مورد از ابتدا یا در حال حاضر موضوع «سیاست اجتماعی[3]» و «رفاه اجتماعی[4]» قرار داده و پایبندی خود را به این عبارت نشان داده‌اند که «بهترین سیاست اجتماعی، بهترین سیاست جنایی نیز هست[5]» (غلامی، ۱۳۹۲: ۹۲).

1. Human dignity
2. application no. 14065/15, Lăcătuş v. Switzerland, 19.01.2021.
3. Social policy
4. Social welfare
5. The best social policy is the best criminal policy too

۱-۳. سوئد

اکثر متکدیان در این کشور، مهاجران فقیری هستند که از دیگر کشورهای اروپایی همچون رومانی و بلغارستان به سوئد مهاجرت کرده‌اند. در این کشور جرمی تحت عنوان تکدی وجود ندارد. بنا به گزارش خبرگزاری ایندیپندنت، در حالی‌که مطابق نظرسنجی‌ها، حدود نیمی از شهروندان سوئدی خواستار ممنوعیت تکدّی و جرم‌انگاری آن از سوی دولت هستند، اما دولت با این اقدام مخالف است. «استفان لاون[1]»، نخست وزیر سوئد در پاسخ به این مطالبهٔ عمومی بیان می‌دارد که دولت هیچ گاه فقر را جرم‌انگاری نخواهد کرد. وی در ادامه اظهار کرد که قانون‌گذاری بر علیه فقرا تنها اتلاف وقت است. در پاسخ به این مقاومت نخست وزیر، سفیر رومانی در سوئد با بیان اینکه تکدّی نه‌تنها در رومانی بلکه در برخی از کشورهای دیگر اروپایی نیز جرم است اظهار می‌دارد که عدم ممنوعیت تکدی در برخی کشورهای اروپایی همچون سوئد باعث شده است که تلاش‌های دولت رومانی برای ادغام و بازپروری اجتماعی و افزایش فرصت‌های شغلی با عدم موفقیت همراه باشد (almost-half-of-swedes, 2022).

بحث درخصوص ممنوعیت تکدی در طول سالیان اخیر همواره در این کشور وجود داشته است. در سال ۲۰۱۱ حزب «دموکرات‌های سوئد[2]» لایحه‌ای را درخصوص ممنوعیت تکدی به «پارلمان سوئد[3]» ارائه داد. در سال‌های ۲۰۱۵ و ۲۰۱۶ این حزب تلاش‌های بیشتری را در این خصوص انجام داد که جامعهٔ هدف آن صرفاً اتباع کشورهای دیگر بود. اما این تلاش‌ها از سوی کمیتهٔ قضایی پارلمان سوئد ناکام ماند چراکه به اعتقاد اعضای این کمیته، تکدی در این کشور جرم کیفری محسوب نمی‌شود (Källgren, 2020: 15).

در دسامبر سال ۲۰۱۸، «دادگاه عالی اداری سوئد[4]» حکم داد که ممنوعیت گدایی محلی، که توسط شهرداری شهر «ولینج[5]» در جنوب سوئد ارائه شده است، بر اساس قوانین ملی ناظر به نظم عمومی[6] قانونی است. پس از آن در حداقل ده شهر که مدیریت آن در اختیار احزاب «محافظه‌کار میانه‌رو[7]» بود ممنوعیتی را برای تکدّی در اماکن عمومی پیش‌بینی کردند. توضیح آنکه در سوئد، مدیریت دولتی در سطح ملی بر عهدهٔ شهرداری‌هاست و بر این اساس برخی از آن‌ها با این استدلال

1. Stefan Löfven
2. Sweden Democrats/ Sverigedemokraterna
3. Riksdagen/ Swedish Parliament
4. the Swedish Supreme Administrative Court
5. Vellinge
6. the Act on Public Order
7. conservative Moderate

که متکدیان نظم عمومی را مختل می‌کنند اقدام به ممنوعیت این عمل در میدان اصلی شهر کرده‌اند. این اقدام از سوی شهرداری‌ها انتقاد و اعتراض نهادها و سازمان‌هایِ حمایتی و رفاهی را موجب شده است که بیان می‌دارند ممنوعیت تکدّی مهاجران فقیر و بی‌خانمان از کشورهای اتحادیه اروپا و عمدتاً رومانی را هدف قرار می‌دهد (sweden-allows-local-ban-begging, 2021).

۲-۳. نروژ

در این کشور تکدی تاکنون جرم‌انگاری نشده است. چالش میان احزاب سیاسی در این کشور درخصوص جرم‌انگاری یا عدم جرم‌انگاری تکدی وجود دارد. احزاب محافظه‌کار طرف‌دار ممنوعیت این رفتار هستند آن‌ها بیان می‌دارند شهروندانِ «اُسلو[1]» باید بتوانند آزادانه به پارک بروند و از فضای عمومی استفاده کنند. این در حالی است که متکدیان با اصرار و سماجت، مانع تفریح شهروندان می‌شوند. همچنین محافظه‌کاران اظهار می‌دارند که دولت نروژ نباید مسئول فقر شهروندان کشورهای اروپای شرقی باشد که برای تکدی و کسب درآمد به نروژ مهاجرت می‌کنند (oslo-tries-to-crack-down-on-begging, 2017).

۳-۳. مالزی

در این کشور نیز همانند سنگاپور، «قانون اشخاص تهی‌دست[2]» وجود دارد که جامعهٔ هدف آن متکدیان و ولگردان هستند. این قانون در سال ۱۹۷۷ به تصویب رسیده و جایگزین «قانون ولگردی» مصوب ۱۹۶۵ شده است که مقتبس از «قانون ولگردی» مصوب ۱۸۲۴ انگلستان بود. تعریف متکدی در این قانون شبیه به همان تعریفی است که در قانون سنگاپور آمده است: «در صورتی‌که رفتار شخص دیگران را ترغیب و تحریک به دادن صدقه کند خواه این کار به بهانه آواز خواندن، بازی کردن، پیشنهادِ فروش یا به طریق دیگری باشد این عمل مصداق تکدّی است». اما تکدی در این کشور عنوان مجرمانه ندارد و صرفاً باعث می‌شود که شخص مدتی در خانه رفاهی تحتِ مراقبت، کنترل، انضباط و بازپروری قرار گیرد. به همین خاطر است که «وزارت امور زنان، خانواده و توسعه جامعه[3]» مالزی با تأکید بر اصلاح قانون فوق‌الذکر بیان می‌دارد قانون باید افرادی را که از دیگران برای تکدّی بهره‌کشی می‌کنند مورد مجازات قرار دهد.

مطابق قوانین موجود تنها در صورتی‌که متکدّی بدون رعایت تشریفات از این خانه‌ها فرار کند بابت تخلف از این امر، مجدداً به خانهٔ رفاه فرستاده می‌شود یا آنکه به حبس حداکثر سه ماه محکوم

1. Oslo
2. Destitute Persons Act
3. The Women, Family and Community Development Ministry

خواهد شد (government-to-amend-act-to-curb-begging, 2021).

۴-۳. کانادا

کانادا تقریباً ۴۰ سال قبل جرم تکدی را در سال ۱۹۷۲ لغو کرده است. در این سال هم دولت و هم مخالفان به این اجماع رسیدند که گنجاندن ولگردی در قوانین کیفری دیگر ضرورت ندارد در آن زمان در کانادا جرایمی که بیشتر نظم عمومی را مختل می‌کرد جایگزین گدایی شد. برخی از دولت‌های محلی تلاش کرده‌اند احکام ضدّ تکدی را دوباره در کانادا وضع کنند، اما موفق نبوده‌اند (Baker, 2009: 239).

نتیجه

دولت‌ها در مواجهه با تکدی سه نوع واکنش اتخاذ می‌کنند که انتخاب هر یک از این‌گونه‌ها می‌تواند متأثر از ایدئولوژیِ سیاسی، اقتصادی و گاه مبتنی بر توجیهات جرم‌شناسانه باشد و حتی در مواردی جنبهٔ تقلیدی و وارداتی پیدا کند و این در حالی است که جرم‌انگاری فرایندی مبتنی بر عقلانیت است و رسالت جرم‌انگاری سامان دادن به نیازهای گوناگون افراد جامعه و هدایت آن‌ها و برقراری توازن میان آزادی و قدرت است تا غایت اصلی حقوق کیفری که همان ایجاد نظم و تحقق عدالت است در جامعه حکم‌فرما شود.

با تأمل در سه الگوی تبیین شده در مقاله مشخص می‌شود که کشورهای گروه نخست، رویکرد سزاگرایانه و تنبیهی و کشورهای گروه سوم تدابیر رفاهی و حمایتی را در قبال متکدیان اتخاذ می‌کنند. کشورهای گروه دوم نیز رویکرد میانه را در پیش می‌گیرند. بدیهی است که اتخاذ هر یک از این مدل‌ها محصول عوامل گوناگون می‌تواند باشد. به‌عنوان نمونه اتخاذ رویکرد «نفی مدارا[1]» در انگلستان در نتیجهٔ نقل‌وانتقال این سیاست از ایالات متحدهٔ آمریکا و غلبهٔ دیدگاه‌های «محافظه‌گرایانه[2]» است؛ رویکردی «سخت‌گیرانه[3]» و مبتنی بر طرد و بدنام کردن فقرا که از زمان صدارت «مارگارت تاچر[4]» در این کشور آغاز شد.

به باور نگارنده معیار مشروعیت واکنش‌ها در حوزهٔ حقوق کیفری و ارزیابی عادلانه بودن و نبودن آن‌ها به‌طور کلی و در قبال تکدی به‌طور خاص، سنجه‌ای است به نام «کرامت انسانی[5]»؛ گوهر، ارزش و فضیلتی که مبنا و سرچشمهٔ حقوق و تکالیف انسانی است. بر این اساس در میان سه مدلِ

1. Zero tolerance
2. Conservatism
3. Punitiveness
4. Margaret Thatcher
5. Human dignity

ارائه شده، مدل مطلوب و انسانی دیدگاه سوم است. چراکه نگاه «ابزارگرایانه[1]» به کیفر ندارد و از سوی دیگر عدالت اجتماعی را مقدمه و شرط لازم عدالت کیفری می‌داند. در واقع در دیدگاه سوم، حاکمیت باور دارد که با برقراری عدالت اجتماعی، روی آوردنِ افراد به تکدی منتفی است و اگر شخصی به‌رغم توان مالی و بنا به انگیزه‌های سوداگرایانه به این کار مبادرت کند و به‌عنوان نمونه اطفال و نوجوانان را به‌عنوان وسیلهٔ تکدی به کار گمارد به واسطهٔ نقض کرامت انسانی بزه‌دیدگان، شایستهٔ واکنش کیفری است.

در این راستا جرم‌زدایی از تکدی در نظام حقوقی ایران امری ضروری است. جرم‌زدایی به معنای عدم کنترل و نظارت بر این رفتار و مشروع و مطلوب محسوب کردنِ آن نیست؛ بلکه مقصود از آن، خروج این رفتار از دایرهٔ حقوق کیفری و اِعمال تدابیر حمایتی و رفاهی در قبال مرتکبان است.

بر این اساس الگوی مطلوب و انسانی مقابله با این پدیده بر اساس ملاک‌های: الف) آموزه‌های دینی مبنی بر دستگیری از فقرا؛ ب) اصول جرم‌انگاری فلاسفهٔ حقوق کیفری همانند «جاناتان شُنشک[2]»؛ ج) تعهدات دولت در تضمین حق بر اشتغال به‌عنوان مصداقی از مصادیق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (نسل دوم حقوق بشر)، د) ضرورت مدنظر قرار دادن کرامت انسانی در امر جرم‌انگاری؛ هـ) رویهٔ دیوان اروپایی حقوق بشر، و) محدودیت‌های عملی دستگاه عدالت کیفری، جرم‌زدایی از این رفتار و تبعیت از الگوی سوم است.

در این راستا پیشنهاد نگارنده در حوزهٔ تقنینی تأکید بر مرحلهٔ قبل از وقوع جرم و تقویت تدابیر پیشگیرانه از رهگذر اتخاذ تدابیر پیشگیرانهٔ اجتماعی و جرم‌زدایی و عدول قانون‌گذار از مدل نخست و اتخاذ رویکرد سوم است. به دیگر سخن، ضرورت همگرایی عدالت اجتماعی و عدالت کیفری اقتضای آن را دارد که دولت‌ها با اتخاذ و اِعمال مؤلفه‌های عدالت اجتماعی ازجمله برابری فرصت‌ها و ایجاد توازن و تعادل میان ابزارِ در دسترس شهروندان و اهدافِ ترسیمی برای آن‌ها، عدالت اجتماعی را پیش‌شرطِ اِعمال کیفر، حداقل در برخی از حوزه‌ها مانند تکدی، تلقی کنند. در این چهارچوب عدالت اجتماعی جنبهٔ پیشگیری از جرم نیز دارد.

1. Instrumental
2. Jonathon schonsheek

منابع

فارسی

- پاک‌نهاد، امیر (۱۳۸۸)، **سیاست جنایی ریسک مدار**، چاپ اول، تهران: میزان.
- توجهی، عبدالعلی و حسین محمد کوره‌پز (۱۳۹۸)، «گونه‌شناسی محدودیت‌های حق دسترسی به وکیل در جرایم امنیتی با تأکید بر مرحله پیش‌دادرسی (مطالعه تطبیقی)»، **پژوهش حقوق کیفری**، سال هفتم، شمارهٔ ۲۷.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و امیرحمزه زینالی (۱۳۸۴)، « درآمدی بر برخی محدودیت‌های عملی جرم‌انگاری (ضرورت ارزیابی منافع و مضار ایجاد یک جرم)»، **نامه حقوقی مفید**، سال اول، شمارهٔ اول.
- عارفی، مرتضی (۱۳۹۶)، **مداخله نهادهای عدالت کیفری نسبت به متهمان فقیر**، پایان‌نامه برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده حقوق.
- عبدالفتاح، عزت (۱۳۸۱)، «جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدام است؟»؛ ترجمه و توضیح: اسماعیل رحیمی نژاد، **مجله حقوقی دادگستری**، شمارهٔ ۴۱.
- غلامی، حسین (۱۳۹۲)، «الگوها یا گونه‌های عدالت کیفری اطفال»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، شمارهٔ ۶.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۷)، جرم‌زدایی به منزله یک تغییر، فصلنامه حقوق، دورهٔ ۳۸، شمارهٔ ۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، محمدجعفر حبیب‌زاده و محمدعلی بابایی (۱۳۸۳)، «جرایم مانع (جرایم بازدارنده)»، **فصلنامه مدرس علوم انسانی**، دورهٔ ۸، شمارهٔ ۳۷.

انگلیسی

- Abu Sari', Muhammad (1986). The Phenomenon of Begging and Obstacles to Combating It, a paper submitted to the Police Academy, Egypt.
- Al-Khawaldah, Moayad Hosniy; Al-Khseilat, Abdullah Ahmed, (2021), "The Crime of Begging, a Comparative Study of the Jordanian, French, Belgian and German Laws", **Turkish Online Journal of Qualitative Inquiry**, Volume 12, Issue 3.
- Ash-Shathry, Abdulaziz (2010). Begging in the Saudi System of Trafficking in Persons, Master's Thesis in Criminal Justice. College of Graduate Studies, Naif University for Security Sciences, Saudi Arabia – Riyadh.
- Baker, Dennis J. (2009). "A critical evaluation of the historical and contemporary justifications for criminalising begging", **The Journal of Criminal Law**, Vol 73, Issue 3.
- Derdak, Noria (2020), How can it be that anti-poor orders still exist? in: The criminalization of homelessness, Homeless in Europe magazine.
- Hermer, Joe (2020), Will the uk government finally reperal archaic vagrancy law in England and wales? In: The criminalization of homelessness, Homeless in Europe magazine.
- Hermer, Joe (2021), **Policing Compassion: Begging, Law and Power in Public Spaces**, Bloomsbury Publishing.
- Hansen, Maja Lovbjerg (2020), Criminalising rough sleeping in Denmark, In: The criminalization of homelessness, Homeless in Europe magazine.

- Housing Rights Watch et al, (2012), **Report on Germany's laws penalising homelessness**.
- Källgren, Martin Enquist (2020), **The spread of anti-begging measures and the absence of free movement rights in Sweden**, In: The criminalization of homelessness, Homeless in Europe magazine.
- Morris L. (2002), Dangerous classes: The underclass and social citizenship. Routledge.
- Neocleous, Mark. (2000). **The Fabrication of Social Order; A Critical Theory of Police Power**, Pluto Press, First Publishing.

اسناد الکترونیک

- http://www.europarl.europa.eu/doceo/document//E-8-2017-007376_EN.html, Begging laws in Denmark, last visited on 15/10/ 2021.
- https://ec.europa.eu/migrant-integration/news/denmark-national-court-rules-against-human-rights-judgement-migrant-begging-case_en, last visited on 15/03/ 2022.
- https://www.streetchildren.org/legal-atlas/map/germany/status-offences/is-it-illegal-for-children-to-beg/ last visited on 25/02/2022.
- https://www.independent.co.uk/news/world/europe/almost-half-of-swedes-want-begging-banned-but-government-says-it-will-not-criminalise-poverty-10155691.html, last visited on 10/01/2022.
- http://www.dpa-international.com/topic/sweden-allows-local-ban-begging-181217-99-257353, last visited on 13/11/2021.
- https://www.newsinenglish.no/oslo-tries-to-crack-down-on-begging/ last visited on 10/05/2017.
- https://www.malaymail.com/malaysia/government-to-amend-act-to-curb-begging, last visited on 20/09/2021.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.539196.4417

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۲۶۵ تا ۲۸۲
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۰۵

چالش‌های رویهٔ قضایی در دعوای اثبات مالکیت

مجید عزیزیانی *

چکیده

دعوای اثبات مالکیت خصوصاً در اموال غیرمنقول که با الزامات و تشریفات قانونی مواجه است، در مراحل مختلف ثبت املاک درخصوص نحوهٔ ثبت چنین املاکی، قواعدی دارد که می‌بایست مورد توجه قرار گیرد و نمی‌توان اجابت چنین خواسته‌ای را به‌صورت مطلق در تمامی اموال غیرمنقول با یک شکل و کیفیت واحد، مورد پذیرش قرار داد. دعوای اثبات مالکیت ازجمله دعاوی حقوقی می‌باشد که درخصوص پذیرش آن در مراجع قضایی، تشتت آرای زیادی وجود دارد به‌نحوی که برخی محاکم با استناد به رأی وحدت‌رویهٔ شمارهٔ ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور دعوای اثبات مالکیت را مورد پذیرش قرار داده و معتقدند که الزام قانونی مالکین به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده، مانع از آن نمی‌باشد که محاکم دادگستری به اختلاف راجع به مالکیت ملک، رسیدگی نمایند و برخی دیگر از محاکم با استناد به مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک و مفاد رأی وحدت‌رویهٔ شمارهٔ ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۰۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و همچنین مفاد قانون تعیین تکلیف اراضی فاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۰ از پذیرش چنین دعوایی اجتناب می‌کنند. نتایج تحقیق حاضر این است که خواستهٔ اثبات مالکیت حداقل در اراضی دارای سابقهٔ ثبتی اساساً فاقد وصف دعوی و دارای وصف عدم مخالفت با اصل یا ظاهر است و صرفاً نوعی احراز مقدمات دعوی محسوب می‌شود که محاکم دادگستری مرجع رسیدگی به مقدمات دعوی محسوب نمی‌شوند؛ زیرا مرجع اعلام مالکیت در اموال غیرمنقول یاد شده، مراجع ثبتی است.

واژگان کلیدی: اثبات مالکیت، دادگاه، اموال غیرمنقول، خواسته

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
majidaziziyani@gmail.com

مقدمه

یکی از دعاوی که توسط اشخاص در مراجع قضایی طرح می‌گردد، دعوای اثبات مالکیت یا دعاوی شبیه به آن ازجمله دعوای اثبات حق ارتفاق و خلع ید توأم با خواستهٔ اثبات مالکیت و... است. بر اساس بند ۳ مادهٔ ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی خواسته می‌بایست معین شود و دعوی به مفهوم اخص به معنای توانایی قانونی مدعی حقوق تضییع یا انکار شده، در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاردن، وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی و برای طرف مقابل دعوی، توانایی قانونی مقابله با آن است (شمس، ۱۳۸۴: ۲۷۵). خواهان با استناد به مفهوم دعوی به معنای اخص فوق‌الذکر به‌دلیل اختلاف در مالکیت و حل‌وفصل کردن این موضوع توسط مرجع قضایی، چنین دعوایی را مطرح می‌نماید و درصدد این است که در صورت پذیرش چنین دعوایی توسط محکمه، آثار و ثمرات چنین خواسته‌ای ازجمله در مراجعه به مراجع ثبتی جهت صدور سند مالکیت، صدور حکم در خواسته‌های رفع تصرف عدوانی، خلع ید، مطالبهٔ اجرت‌المثل ایام تصرف، الزام به تحویل مبیع و... استفاده نماید. حتی به نوعی می‌توان همان طور که در منابع لاتین برخی دعاوی را دشوار می‌دانند (Ian Mcleod, 2003: 120-136) دعوای اثبات مالکیت را از این زمره دعاوی قلمداد کرد. یکی از مهم‌ترین مقدماتی که به استماع حداکثری دعاوی کمک می‌کند و بر اساس آن دعوا از مرحلهٔ بررسی شکلی عبور و در مرحلهٔ ماهیتی مورد بازبینی و تحلیل قرار می‌گیرد، عبور از ایرادات و نقایصی است که ممکن است در جریان دادرسی به معنای عام و دعوای طرح شده به معنای اخص مطرح شود (فرحزادی و همکاران، ۱۴۰۰: ۳۰۸).

دعوای اثبات مالکیت در کشور ما بیش از آنکه بر اساس مبانی و مفاهیم تئوری حقوقی و قانونی مورد بررسی قرار گیرد، همانند نظام حقوقی کامن‌لا بر اساس رویهٔ قضایی شکل گرفته در محاکم قضایی، مورد بررسی و عمل قرار می‌گیرد. این رویکرد دو اثر مهم به دنبال خواهد داشت. یکم، رشد بی‌رویهٔ قواعد دادرسی به‌دلیل تأکید نظام کامن‌لا بر شیوهٔ طرح دعوی و تقدم این قواعد بر قواعد ماهوی و دوم، ظهور پاره‌ای اعتراضات و تمسک به انصاف برای استماع دعاوی که در قالب نوشته‌های مرسوم قرار نمی‌گرفت. حقوق کامن‌لا به شدت شکل‌گرا شده و تبحر در رویهٔ قضایی عملی و فنی، مانع رشد اندیشه‌های مبنایی و فلسفی و تحلیل مسائل حقوقی بود. آثار این رویکرد هنوز پس از مقایسهٔ نظام کامن‌لا و رومی ژرمن، تفاوت بنیادین و فلسفی آن‌ها را نشان می‌دهد ((خدابخشی، ۱۳۸۷: ۲۹۶). هرچند نظام حقوقی و قضایی ایران با کیفیت یادشده از نظام حقوقی کامن‌لا متأثر نبوده و شکل‌گرایی محض یاد شده وجود ندارد، ولی معمولاً در قوانین شکلی ازجمله آیین دادرسی مدنی، عناوین خواسته‌ها جز در موارد استثنایی مثل دعوای ثلاثِ رفع تصرف عدوانی،

رفع ممانعت و مزاحمت از حق موضوع مواد ۱۵۸ الی ۱۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی، در سایر موارد، قانون‌گذار به ذکر عناوین خواسته نمی‌پردازد و این رویهٔ قضایی است که به‌عنوان مکمل برای طرح صحیح خواسته راهگشاست. توجه به مباحث تحلیلی، دیرتر از نظام رومی ژرمن شروع شده و تنها تأکید بـر قواعد مقایسهٔ نظام کامن‌لا و رومی ژرمن، تفاوت بنیادین و فلسفی آن‌ها را نشان می‌دهد. زیرا توجه به مباحث تحلیلی، دیرتر از نظام رومی ژرمن شروع شده و تنها تأکید بر قواعد دادرسی و عملی بود (L.A. Zaibrt, 1999: 101-102). لذا رویهٔ قضایی کشور ما هم متأثر از این امر بوده و توجه کاملی به فلسفهٔ چنین خواسته‌ای صورت نمی‌گیرد.

۱. مفهوم و قواعد شکلی دعوای اثبات مالکیت

برای درک بهتر مفهوم دعوای اثبات مالکیت، ابتدا می‌بایست مفهوم دقیق آن مشخص و تبیین گردد و سپس تشریفات رسیدگی به آن در رویهٔ محاکم قضایی بیان گردد.

۱-۱. مفهوم

کلمهٔ دعوی در لغت به معنای ادعا کردن، خواستن، نزاع و دادخواهی آمده است (معین، ۱۳۶۰: ۱۵۳۹) و در زبان حقوقی معانی متعدد دارد. مفهوم اخص دعوا توانایی قانونی مدعی حقوق تضییع یا انکار شده، در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاشتن، وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی و برای طرف مقابل دعوا، توانایی قانونی مقابله با آن است (شمس، ۱۳۸۴: ۲۷۵). رابطهٔ مالکیت یک رابطهٔ حقوقی و انتزاعی میان شخص و مال است (صفائی، ۱۳۹۰: ۱۱۴). هنگامی که دادخواست، حاوی عنوان دعوای اثبات مالکیت است، دعوی در مفهوم اخص یعنی دعوایی که در دادگستری مطرح گردیده است، صرف‌نظر از صحت و سقم پذیرش چنین دعوایی، موردنظر خواهان است. به این ترتیب، آنچه خواهان در این دعوی از دادگاه درخواست دارد (بند ۵ مادهٔ ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی) رسیدگی ماهوی به اختلاف ایجاد شده در مالکیت یک مال و حل‌وفصل اختلاف است. لذا معنای خواستهٔ اثبات مالکیت مورد درخواست خواهان این است که خواهان از دادگاه مطالبه می‌کند که مالکیت وی بر مال اعم از منقول و غیرمنقول را احراز و اعلام نماید و با صدور حکم اعلامی بین او و طرف دعوی، حل اختلاف نماید. خواستهٔ اثبات مالکیت ممکن است خواستهٔ واحد یک دادخواست باشد و یا به همراه خواسته‌های دیگر برای نمونه خلع ید یا اجرت‌المثل مطرح گردد. همچنین ممکن است موضوع آن مال منقول یا غیرمنقول و مال دارای سند عادی یا رسمی مالکیت باشد.

۱-۲. قواعد شکلی

خواهان مکلف است به‌موجب بند ۳ مادهٔ ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی در ستون خواستهٔ مربوطهٔ

دادخواست، عنوان دعوی یا خواستهٔ خود را به‌صراحت مشخص نماید. خواستهٔ اثبات مالکیت از زمرهٔ دعاوی مالی مربوط به اموال غیرمنقول بوده که می‌بایست توسط خواهان بر اساس بند ۳ مادهٔ ۵۱ فوق‌الذکر تقویم گردد، زیرا بر اساس مفهوم مخالف این بند، اصل بر مالی بودن دعوی است و تمامی دعاوی می‌بایست تقویم گردد و موارد استثنای آن در قسمت دوم آن ماده ذکر شده است و بر اساس بند ۱۲ مادهٔ ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ در دعاوی مالی غیرمنقول، از نظر هزینهٔ دادرسی باید مطابق ارزش معاملاتی املاک در هر منطقه محاسبه و بر اساس آن هزینهٔ دادرسی آن پرداخت شود.

رسیدگی به خواستهٔ اثبات مالکیت از حیث صلاحیت، صرف‌نظر از هر میزان رقم تقویم‌شده توسط خواهان، برخلاف حکم بند ۱۲ مادهٔ ۳ قانون اخیرالذکر (که از نقطه نظر صلاحیت، ارزش خواسته را همان قرار داده بود که خواهان در دادخواست تعیین می‌نمود)، همواره در صلاحیت محاکم قضایی است و از صلاحیت شورای حل اختلاف خارج است، زیرا بر اساس مفهوم مخالف بند الف مادهٔ ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴، این شورا صرفاً به دعاوی مالی منقول تا نصاب بیست میلیون تومان و همچنین سایر بندهای آن ماده، صلاحیت رسیدگی دارد و امکان رسیدگی به کلیهٔ دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول ازجمله خواستهٔ اثبات مالکیت در این شورا وجود ندارد. لذا حکم بند ۱۲ مادهٔ ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت در مورد تبعیت صلاحیت دادگاه از تعیین ارزش خواسته توسط خواهان در مورد اموال غیرمنقول با مادهٔ ۹ قانون شورای حل اختلاف نسخ ضمنی شده است. دادگاه در صورت تکمیل بودن پرونده بر اساس مادهٔ ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی می‌بایست دستور تعیین وقت رسیدگی را صادر و سپس جلسهٔ رسیدگی را تشکیل و مبادرت به استماع نماید و چنانچه قاضی پرونده، معتقد به غیرقابل‌استماع بودن دعوای اثبات مالکیت باشد، نمی‌تواند بدون تشکیل جلسهٔ رسیدگی مبادرت به صدور قرار عدم استماع نماید، زیرا قرار عدم استماع موصوف، فرع بر تشکیل جلسهٔ رسیدگی و استماع اظهارات اصحاب دعوی خصوصاً خواهان و توجه به حقوق اختصاصی ایشان تا جلسهٔ اول ازجمله امکان تغییر یا افزایش خواسته بر اساس مادهٔ ۹۸ قانون اخیرالذکر است و از این حیث تشکیل جلسهٔ رسیدگی حتی در تمامی خواسته‌های غیرقابل‌استماع ازجمله اثبات مالکیت در این حالت ضروری است. خواهان می‌تواند بر اساس مقررات و قیود ذکر شده در مادهٔ اخیرالذکر، خواستهٔ خود را تغییر یا افزایش دهد و محکمه در صورت دارا بودن شرایط قانونی، مکلف به پذیرش آن است. در حالی که اگر معتقد باشیم که با تقدیم دادخواست اثبات مالکیت در فرض پذیرش غیرقابل‌استماع بودن این خواسته، امکان صدور قرار عدم استماع دعوای برابر مادهٔ ۲ قانون یاد شده وجود دارد، حقوق قانونی خواهان برای تغییر یا افزایش

خواسته، تضییع خواهد شد. لازم به ذکر است حکم تبصرهٔ مادهٔ ۱۵ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در مورد صدور قرار رد دادخواست فوری و بدون تشکیل جلسهٔ رسیدگی در فرض تقدیم دادخواست اعسار از سوی اشخاص حقوقی یا اشخاص تاجر مسلم نزد دادگاه، امری کاملاً استثنایی بوده و در موارد استثنایی و مشکوک می‌بایست به حداقل اکتفا نماییم. مضافاً به اینکه فرض اخیر، صرفاً در مورد قرار رد دادخواست بوده و ارتباطی به قرار عدم استماع دعوی یا رد دعوی به‌دلیل فقدان شرایط قانونی دعوی ندارد. همچنین بر اساس اصل کلی لزوم تشکیل جلسهٔ رسیدگی مندرج در مادهٔ ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه مکلف به تشکیل جلسه است و موارد استثنای آن ازجمله امور حسبی و یا درخواست‌هایی مثل دستور فروش، دستور موقت و تأمین خواسته و... که نیاز به تشکیل جلسهٔ رسیدگی ندارد، می‌بایست مورد تصریح قرار گیرد.

۲. رأی وحدت‌رویهٔ ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰

۲-۱. مفاد رأی

بین دو شعبهٔ ۲۲ و ۱۵ دیوان عالی کشور درخصوص املاک بدون سابقهٔ ثبتی پیرامون استماع یا عدم استماع دعوی اثبات مالکیت اختلاف در رأی حادث گردید، بدین توضیح که شعبهٔ ۱۵ دیوان عالی کشور رأی شعبهٔ اول حقوقی دادگاه سبزوار مبنی بر صدور قرار عدم استماع دعوای اثبات مالکیت را تأیید و ابرام نموده، در حالی که شعبهٔ ۲۲ دیوان عالی کشور رأی صادره درخصوص صدور قرار عدم استماع دعوی اثبات مالکیت را به این دلیل که منعی از رسیدگی دادگاه به نزاع موضوع دعوی وجود نداشته و دادگاه مکلف است که به اختلاف حاصله رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید، قرار یاد شده را نقض کرده که در نهایت به‌دلیل اختلاف آرای دو شعبهٔ فوق‌الذکر، هیئت عمومی دیوان عالی طی رأی وحدت‌رویهٔ ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ بدین شرح اعلام نظر کرد: «دادگستری مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و شکایات می‌باشد و اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر این امر تأکید دارد. الزام قانونی مالکین به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده مانع از این نمی‌باشد که محاکم عمومی دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده رسیدگی نمایند بنابراین رأی شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص می‌شود.»

۲-۲. مجرای حکمی و موضوعی رأی

همان طور که از مفاد رأی وحدت‌رویهٔ فوق‌الذکر مشخص است، رأی وحدت‌رویهٔ یاد شده اساساً بر املاکی که به ثبت نرسیده‌اند، دلالت دارد و درخصوص املاکی که سابقهٔ ثبتی دارند، این رأی، شأن حکمی و موضوعی ندارد و استناد به این رأی وحدت‌رویه در برخی از آرای محاکم

به‌صورت مطلق برای پذیرش دعوای اثبات مالکیت فاقد وجاهت حقوقی و قانونی است. از سوی دیگر با وجود اینکه این رأی وحدت‌رویه در املاک فاقد سابقهٔ ثبتی دلالت دارد، درخصوص مفهوم املاک فاقد جریان ثبتی نیز اختلاف‌نظر است و باید گفت که قطعاً مراد و مقصود آن، املاکی که دارای یک یا چند مرحله است، مشمول نخواهد شد. ظاهراً مفاد رأی وحدت‌رویهٔ اخیرالذکر، دلالت بر قابل‌استماع بودن دعوای اثبات مالکیت درخصوص املاک فاقد سابقهٔ ثبتی دارد ولی درخصوص میزان اعتبار و استناد این رأی وحدت‌رویه حتی در املاک فاقد سابقهٔ ثبتی با توجه به تحولات قانونی اخیرالذکر به شرح آتی اظهارنظر خواهد شد.

برخی معتقدند تردیدی نیست که دعوای مالکیت درخصوص املاک فاقد جریان ثبتی قابل‌استماع است. گاه مشاهده شده است که محاکم از مفهوم مخالف این رأی استفاده کرده و در موارد دیگر نیز، دعوای اثبات مالکیت را قابل‌استماع ندانسته‌اند. حال آنکه، برخلاف آنچه مرسوم است، در نظام حقوقی ایران، دلالت رأی وحدت‌رویه، محدود و تفسیر آن مضیق خواهد بود. رأی وحدت‌رویه، برای حل اختلاف حداقل دو تفسیر مخالف نسبت به موضوعی مشابه صادر می‌شود و تنها در همین حدود معتبر است. الفاظ و عبارات رأی وحدت‌رویه، هرگز معادل الفاظ و عبارات قانون و حتی آیین‌نامه نیز نمی‌باشد؛ هرچند معمول بر این است که رأی وحدت‌رویه با ذکر ادله و توجیهات انشا می‌شود و این امر در راستای لزوم مستدل و موجه بودن رأی و برای هدایت حقوقی دادگاه‌ها مناسب است، اما هرگز نمی‌توان برای این ادله و جهات، اعتباری نوعی و لازم‌الاتباع قائل شد. زیرا، رأی وحدت‌رویه در حدود منطوق و موضوع مورد اختلاف به‌صورت مضیق قدرت اجرایی دارد و سایر جهات آن ارشادی بوده و تاب استنباط مفهوم مخالف و موافق ندارد.

مفاد مادهٔ ۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، درخصوص ممنوعیت صدور حکم کلی، سیطرهٔ خود را بر رأی وحدت‌رویه نیز دارد؛ ازاین‌روی، هیئت عمومی دیوان عالی کشور نمی‌تواند انتظار رعایت توجیهات، دلایل و یا مفاهیم رأی خود را از سوی دیگر مراجع داشته باشد. (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۳۰۸). به نظر می‌رسد غیر از اینکه صدور رأی وحدت‌رویه برای حل اختلاف حداقل دو تفسیر مخالف نسبت به موضوعی مشابه صادر می‌شود، اما به دلالت مادهٔ ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، مفاد رأی وحدت‌رویه در موارد مشابه برای کلیهٔ مراجع قضایی و غیرقضایی لازم‌الاتباع است و قید «در موارد مشابه» در مادهٔ فوق‌الذکر دلالت بر الزام‌آوری کلی رأی وحدت‌رویه که مختص حکم قانونی است، می‌باشد. لذا استناد به مادهٔ ۴ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر عدم صدور حکم کلی در مورد رأی وحدت‌رویه به حکم مادهٔ قانونی فوق‌الذکر محکوم به رد است. چون اگر رأی وحدت‌رویه قابلیت اعمال حکم کلی در موارد مشابه دیگر را نداشته باشد

با رأی اصراری صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور که صرفاً درخصوص حل اختلاف همان پرونده بر اساس مادهٔ ۴۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی صادر و الزام‌آور خواهد بود، فرقی نخواهد داشت. زیرا رأی وحدت‌رویه بر اساس مادهٔ ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای کلیهٔ مراجع قضایی و غیرقضایی لازم‌الاتباع است حال آنکه به شرحی که گذشت، رأی اصراری دارای خصوصیت فوق در موارد مشابه نخواهد بود. حتی برخی در سیطرهٔ اثرگذاری رأی وحدت‌رویه نظر داده‌اند، عبارات مادهٔ ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری تاب این تفسیر را دارد که تبعیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و شعب این دیوان از رأی وحدت‌رویهٔ دیوان عالی کشور را نیز در برگیرد (رفیعی، ۱۴۰۰: ۲۲۶).

۳. رأی وحدت‌رویهٔ ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۰۱

۳-۱. مفاد رأی

بین دو شعبهٔ ۴ و ۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و لرستان در خصوص لزوم مالکیت رسمی یا عادی برای استماع دعوای خلع ید اختلاف عقیده حاصل گردید، بدین توضیح که شعبهٔ چهارم تجدیدنظر استان تهران با توجه به اصل صحت معاملات و لزوم قراردادها و اینکه عدم رعایت مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت نمی‌تواند به ارادهٔ طرفین بر معامله خدشه‌ای وارد کند، دعوای خلع ید بر اساس سند عادی را قابل‌استماع دانسته ولی شعبهٔ پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان با استناد به مادتین فوق‌الذکر و عدم رعایت تشریفات ثبتی صرف‌نظر از صحت و سقم قرارداد، دعوای مزبور را غیرقابل‌استماع قلمداد می‌کرد که در نهایت به‌دلیل اختلاف آرای دو شعبهٔ فوق‌الذکر، هیئت عمومی دیوان عالی کشور طی رأی وحدت‌رویهٔ شمارهٔ ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۰۱ اظهار داشت که خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است بنابراین طرح دعوای خلع‌ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست. بنا بمراتب و با توجه به مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک رأی شعبه پنجم دادگاه تجدید نظر استان بنظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد صحیح و قانونی تشخیص می‌شود.

۳-۲. مجرای حکمی و موضوعی رأی

رأی وحدت‌رویهٔ فوق‌الذکر درخصوص شرط اصلی رسیدگی به دعوای خلع ید است و قدرمتیقن این رأی، لزوم احراز مالکیت است. اساساً خود این رأی وحدت‌رویه، موجب تناقض و تعارض‌های رویه‌ای در محاکم شده است، بدین نحو که اساساً مراد و مقصود از مالکیت در رأی یادشده، کدام نوع از مالکیت رسمی شامل عام و خاص است. اساساً نحوهٔ تنظیم این رأی به حدی ناصحیح است که حتی درخصوص اختلاف دو شعبهٔ ۴ و ۵ دادگاه تجدیدنظر مبنی بر رسمی یا عادی بودن مالکیت

در طرح دعوی خلع ید اظهارنظری نکرده است و صرفاً به اصل مالکیت اشاره کرده است در حالی که مالکیت بر اساس اسناد عادی هم طرفدارانی دارد. می‌توان نتیجهٔ این رأی را چنین توجیه کرد که چون رأی شعبهٔ ۵ دادگاه تجدیدنظر استان لرستان را مورد پذیرش و تأیید قرار داده است و شعبهٔ ۵ موصوف هم لزوم رسیدگی به دعوای خلع ید را صرفاً بر اساس اسناد رسمی قابل‌استماع دانسته، لذا طرح دعوای خلع ید صرفاً بر اساس اسناد رسمی قابل‌پذیرش است، هرچند بهتر بود که در نتیجهٔ رأی برای رفع ابهام در این خصوص، به‌صراحت به این امر اشاره می‌کرد. نکتهٔ قابل‌تأمل دیگر اینکه درخصوص نوع مالکیت رسمی، اختلاف‌نظر وجود دارد و به‌طور کلی اسناد رسمی بر حسب قوانین و مقررات خصوصاً مادتین ۱۲۸۶، ۱۲۹۱ قانون مدنی و مقررات کلی مندرج در قانون ثبت به انواع مختلفی ازجمله سند رسمی به معنای اخص، سند رسمی به معنای اعم، اسناد در حکم سند رسمی، اسناد دارای اعتبار سند رسمی تقسیم می‌شود که بیان رأی وحدت‌رویهٔ فوق‌الذکر درخصوص اینکه شامل کدام نوع از اسناد رسمی فوق‌الذکر است، ساکت به نظر می‌رسد.

۳-۳. تزاحم یا تعادل آرای وحدت‌رویه ۵۶۹ و ۶۷۲

ممکن است از جمع دو رأی وحدت‌رویهٔ فوق‌الذکر چنین بر آید که اولاً دعوای اثبات مالکیت در املاک فاقد سابقه توسط محاکم دادگستری قابلیت استماع داشته و محاکم امکان رسیدگی به چنین دعاوی را دارند. ثانیاً دعوای مرتبط با مالکیت که نمونهٔ اجلی آن دعوای خلع ید است، برای استماع و اجابت نیازمند احراز مالکیت است ولی باید گفت مالکیت مد نظر در رأی وحدت‌رویهٔ ۶۷۲ صرفاً مالکیت ناشی از غیر حکم دادگاه است و اتفاقاً ناظر بر مالکیت مدنظر مقنن بر اساس مفاد مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت می‌باشد و اساساً از رأی وحدت‌رویهٔ اخیرالذکر در مورد شخصی که دارای مالکیت رسمی موضوع قانون ثبت نمی‌باشد، نمی‌توان گفت که بتوان وی را مکلف کرد که برای استماع دعوی خلع‌ید و یا دعاوی مرتبط با آن، خواستهٔ اثبات مالکیت را توأم با دعوای اصلی مطرح کند، بلکه مثلاً با طرح دعوای خلع ید بدون نیاز به طرح خواستهٔ اثبات مالکیت، دادگاه با احراز ضمنی مالکیت خواهان و سایر شرایط دعوای موصوف، حکم به خلع ید صادر خواهد کرد. مؤید این حرف تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۹ است که به‌موجب این مقرره، در صورت طرح دعوای اعتراض به تشخیص ملی بودن اراضی، دادگاه ضمن احراز مالکیت قطعی و نهایی ذی‌نفع، حکم مقتضی مبنی بر ملی یا مستثنیات را صادر می نماید.

۴. اقسام املاک غیرمنقول با توجه به مراحل مختلف ثبتی و فروض مختلف دعوای اثبات مالکیت

اموال غیر منقول از حیث قواعد و مقررات ثبتی و ناقص یا کامل طی شدن این مراحل دارای اقسامی هستند. همچنین خواستهٔ اثبات مالکیت از حیث فقدان یا دارا بودن سند عادی یا رسمی توسط خواهان یا خوانده، دارای فروض مختلفی است که ذیلاً به آن پرداخته می‌شود.

۱-۴. اقسام اموال غیرمنقول در مراحل مختلف ثبتی

از حیث قواعد و مقررات ثبتی، اموال غیرمنقول از چند حالت اخیر خارج نیستند:

۱. املاکی که سابقهٔ ثبتی نداشته و آگهی نوبتی برای ثبت آن‌ها منتشر نشده است؛ ۲. املاکی که برای آن‌ها آگهی نوبتی منتشر شده امّا درخواست ثبت آن‌ها به عمل نیامده است، مانند آنچه در مادهٔ ۱۳۹ قانون ثبت اسناد و املاک به آن اشاره شده است و اصطلاحاً مجهول‌المالک ثبتی شناخته می‌شوند؛ ۳. املاکی که پس از انتشار آگهی نوبتی، درخواست ثبت آن‌ها صورت گرفته اما تحدید حدود قانونی آن‌ها انجام نشده است: نسبت به برخی املاک، عملیات ثبتی تا اجرای کامل مادهٔ ۱۱ قانون ثبت اسناد و املاک پیش رفته است بدین صورت که آگهی‌های نوبتی منتشر شده و شخص خاصی درخواست خود را برای ثبت ملک به‌صورت اظهارنامه به ادارهٔ ثبت داده و این اداره لیست افراد متقاضی ثبت را با ذکر نوع ملک و شمارهٔ تخصیص داده شده، منتشر کرده و مهلت اعتراض به ثبت به اتمام رسیده ولی، عملیات ثبتی ادامه نیافته و به تحدید حدود منجر نشده است؛ ۴. املاکی که تحدید حدود آن‌ها انجام شده، اما مالکیت آن‌ها در دفتر املاک به ثبت نرسیده است: نسبت به برخی املاک با وجود سپری شدن مهلت قانونی سی روز از تاریخ تنظیم صورت مجلس تحدید حدود و عدم وصول اعتراضی از سوی مجاوران نسبت به چنین تحدید حدودی به علل مختلف ازجمله عدم پیگیری متقاضی ثبت، عدم پرداخت هزینه‌های لازم، ملک در دفتر املاک به ثبت نرسیده است و ۵. املاکی که مالکیت آن‌ها در دفتر املاک، به ثبت رسیده است (فقیهی‌نژاد و بابائیان، ۱۳۸۹: ۳۵ و ۴۵).

به نظر می‌رسد از مداقه در مواد قانونی و مقررات ثبتی و از مجموع پنج مرحلهٔ ثبتی یادشده، صرفاً مرحلهٔ پنجم یعنی ثبت ملک در دفتر املاک، مالکیت به معنای خاص مدنظر قانون‌گذار محسوب می‌شود و در چهار مرحلهٔ اول ثبتی فوق‌الذکر بنا به هر دلیلی، مراحل کامل ثبتی آن به اتمام نرسیده است. مضافاً به اینکه مقنن در فصل سوم از باب اول قانون ثبت اسناد و املاک به آثار ثبت اشاره کرده که بعد از آن به ذکر مواد ۲۱ و ۲۲ به بعد همان قانون یعنی تکمیل مراحل ثبتی و ثبت در دفتر املاک اشاره می‌کند و تصریح مقنن در مادهٔ ۲۱ فوق‌الذکر مبنی بر صدور سند مالکیت پس از

اتمام عملیات مقدماتی ثبت، خود دلالت بر این دارد که تا قبل از ثبت در دفتر املاک و صدور سند مالکیت، عملیات مقدماتی ثبتی به اتمام نرسیده است و مالکیت مدنظر در رأی وحدت‌رویهٔ شمارهٔ ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۰۱ مبنی بر لزوم احراز مالکیت قبل از طرح و اقامهٔ دعوای خلع ید از اموال غیرمنقول، صرفاً اشاره به مرحلهٔ پنجم یعنی اتمام عملیات مقدمات ثبتی و ثبت‌نام مالک در دفتر املاک می‌باشد. نگارنده طی دادنامه‌ای مبسوط که جزو آرای برتر در جشنواره آرای دادگستری کل استان تهران انتخاب شده بود، پذیرش دعوای خلع ید را صرفا بر اساس حصول مرحلهٔ پنجم فوق‌الذکر یعنی ثبت ملک در دفتر املاک و صدور سند مالکیت قابل‌استماع دانسته و در آن دعوی که خواهان دارای صورت مجلس و تحدید حدود ناقص بود، قرار عدم استماع دعوی صادر گردید که البته بدون اعتراض از سوی اصحاب دعوی قطعی گردید.[1]

۲-۴. فروض مختلف طرح دعوای اثبات مالکیت در مراجع قضایی

دعاوی مرتبط با اموال غیرمنقول پیرامون خواستهٔ اثبات مالکیت از حیث فقدان یا دارا بودن سند عادی یا رسمی توسط خواهان یا خوانده، دارای فروض مختلفی است:

۱. دعوای اثبات مالکیت خواهان فاقد سند عادی یا رسمی به طرفیت خوانده مدعی مالکیت (فاقد سند عادی یا رسمی): در این فرض خواهان و خوانده هر دو مالکیت رسمی یا عادی نداشته و خواهان برای اثبات مالکیت خود مبادرت به طرح دعوای اثبات مالکیت کرده که رویهٔ عملی محاکم صرف‌نظر از ایرادات عدیده‌ای که ذیلاً ذکر می‌گردد، خواستهٔ مذکور را در فرض مذکور در صورت دارا بودن شرایط مورد رسیدگی ماهیتی قرار می‌دهند.

۲. دعوای اثبات مالکیت خواهان فاقد سند عادی یا رسمی به طرفیت خواندهٔ دارای سند عادی: در فرض حاضر خواهان دارای مالکیت عادی یا رسمی نبوده بلکه خوانده دارای مالکیت با سند عادی است. رویهٔ عملی محاکم در فرض حاضر همانند فرض گذشته، خواستهٔ مذکور را در صورت دارا بودن شرایط مورد رسیدگی ماهیتی قرار می‌دهند.

۳. دعوای اثبات مالکیت خواهان فاقد سند عادی یا رسمی به طرفیت خواندهٔ دارای سند رسمی: دعوای مزبور به این دلیل که خوانده دارای مالکیت رسمی است و تمامی تشریفات و مقدمات ثبتی طی شده است، قابلیت استماع را نداشته و هر گونه عدم توجه به مندرجات و محتویات اسناد رسمی برابر مادهٔ ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک ممنوع و تخلف است. برخی معتقدند با صدور سند رسمی

۱. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۷۰۹۹۷۲۹۹۳۷۰۰۴۱۰ چاپ شده در کتاب نقد رأي (بررسي و نقد آراي برگزيده جشنواره راي محاکم دادگستري استان تهران)، صفحات ۹۷ الي ۱۰۲.

دلیل مالکیت قانونی حاصل آمده و رسیدگی به دعوا امری بیهوده و تحصیل حاصل است و دیگر نباید به ادعای مالکیت دارندهٔ سند رسمی پرداخته شود بلکه دعوا باید در قالب دعاوی ابطال سند یا الزام به تنظیم سند مطرح شود (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۳۳۳).

۴. دعوای اثبات مالکیت خواهان دارای سند عادی به طرفیت خواندهٔ دارای سند عادی: فرض حاضر ناظر بر حالتی است که هم خواهان و هم‌خوانده دارای سند عادی هستند ولی مالکیت رسمی بر مال غیرمنقول ندارند. رویهٔ عملی محاکم در فرض حاضر همانند فرض اول و دوم، خواستهٔ مذکور را در صورت دارا بودن شرایط مورد رسیدگی ماهیتی قرار می‌دهند.

۵. دعوای اثبات مالکیت خواهان دارای سند عادی به طرفیت خواندهٔ دارای سند رسمی: حکم این فرض بر اساس رویهٔ قضایی همانند فرض شمارهٔ ۳ به‌دلیل مالکیت رسمی خوانده قابل‌استماع نمی‌باشد و در تقابل سند عادی با سند رسمی، سند رسمی دارای اعتبار است مگر اینکه خواهان بر اساس سند عادی یاد شده و لحاظ مادهٔ ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، دعوای ابطال سند مالکیت خوانده را مطرح کند. به نظر می‌رسد در فرض اخیر ذی‌نفع به‌جای طرح دعوای اثبات مالکیت، با استناد به سند عادی مقدم خود البته با رعایت ضوابط و مقررات قانونی (صرف‌نظر از اینکه برخی اساساً طرح دعوای موصوف را به‌دلیل تعارض سند عادی با سند رسمی قابل‌استماع نمی‌دانند) سند رسمی مؤخر را مورد ابطال قرار دهد. در املاک دارای سابقهٔ ثبتی استناد به مادهٔ ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور برای استماع دعوای اثبات مالکیت و پذیرش اسناد عادی به‌عنوان دلیل مالکیت در اموال غیرمنقول به این دلیل قابل‌رد است که اتفاقاً مقنن در مادهٔ فوق‌الذکر کلیهٔ معاملات عادی راجع به اموال غیرمنقول را ملزم به تنظیم سند در دفتر اسناد رسمی می‌داند و مفاد آن را غیرقابل‌استناد در برابر اشخاص ثالث می‌داند و اسناد عادی که اعتبار شرعی آن نزد محاکم مورد پذیرش قرار گرفته نیز قابل‌اعتنا هستند و مفاد مادهٔ فوق در جهت تأیید مالکیت رسمی بوده و اسناد عادی مورد پذیرش محکمه کفایت از ثبت اجباری اسناد ننموده و مادهٔ ۶۲ مذکور به هیچ عنوان نسخ کنندهٔ دلالت مفهوم مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت نبوده و مقنن در ذیل عبارت انتهای این ماده به بحث عدم قابلیت معارضهٔ اسناد عادی با رسمی اشاره نموده که بیان مفاد عبارت «اسناد عادی مورد پذیرش و دارای اعتبار شرعی نزد محکمه» این است که با وجود اسناد عادی معتبر در صورتی که در اسناد رسمی یاد شده مقررات قانونی و یا مالکیت ثبوتی مقدم لحاظ نگردیده باشد، قابل‌اعتنا آن هم صرفاً در محکمه است که البته تا زمان عدم ابطال اسناد رسمی توسط مراجع قانونی، اسناد رسمی مقدم بوده و ذکر اسناد عادی دارای اعتبار شرعی در مادهٔ یادشده در واقع برای مورد یادشده بوده وگرنه قصد مقنن برای نسخ اطلاق مواد فوق‌الذکر قانون ثبت مذکور نبوده است.

۶. دعوای اثبات مالکیت خواهان دارای سند رسمی به طرفیت خواندهٔ دارای سند رسمی: در فرض حاضر در مال غیرمنقول هم خواهان و هم خوانده، دارای سند مالکیت هستند و خواهان از دادگاه مطالبه می‌کند که مالکیت وی بر مال اعم از منقول و غیرمنقول را احراز و اعلام نماید و با صدور حکم اعلامی بین او و طرف دعوی، حل اختلاف نماید. در فرض حاضر به‌دلیل مالکیت رسمی هم‌زمان خواهان و خوانده در یک مال غیرمنقول، نوعی تعارض مالکیت حادث شده است که در مواد ۶ و ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک به این موضوع در مورد تعارض در اسناد رسمی پرداخته شده است و بر اساس بند ۵ مادهٔ ۲۵ قانون یادشده متناظر بر مادهٔ ۶ قانون موصوف، هیئت نظارت استان به این موضوع رسیدگی می‌کند. همچنین بر اساس مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی راجع به اشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض مصوب ۱۳۳۳: «هر موقع در هیئت نظارت تشخیص شود، نسبت به ملکی کلاً یا بعضاً اسناد مالکیت معارض صادر شده خواه نسبت به اصل ملک خواه نسبت به حدود یا حقوق ارتفاقی آن به ترتیب زیر عمل خواهد شد: ۲-... چنانچه دارنده سند مالکیت معارض با اخطاری که طبق مقررات آیین دادرسی مدنی به او ابلاغ شده است در مدت دو ماه از تاریخ ابلاغ به دادگاه محل وقوع ملک مراجعه نکند و گواهی طرح دعوی را به اداره ثبت محل تسلیم و رسید اخذ ننماید و دارنده سند مالکیت مقدم گواهی عدم طرح دعوی را از مراجع صالحه در مدت مزبور تقدیم دارد، اداره ثبت بطلان سند مالکیت معارض را نسبت به مورد تعارض در ستون ملاحظات ثبت ملک قید و مراتب را به دارنده سند مزبور و دفاتر اسناد رسمی اعلام خواهد نمود ...». لذا عملاً فرض شمارهٔ ۶ به‌دلیل ماهیت تعارض در اسناد، صرف‌نظر از عنوان خواستهٔ اثبات مالکیت، قابلیت استماع را نداشته و محاکم قضایی نمی‌توانند تا زمانی که توسط مرجع صالح یعنی هیئت نظارت استان، حکم مقتضی برای ابطال احدی از اسناد مالکیت متعارض صادر نشده باشد، ورود ماهیتی به دعوی داشته باشد. زیرا بر اساس بند ۵ مادهٔ ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک رسیدگی به تعارض در اسناد مالکیت کلاً یا بعضاً در صلاحیت هیئت نظارت ثبت استان است و از صلاحیت مراجع قضایی خارج است.

۷. دعوای اثبات مالکیت در مورد فرضی که سند عادی خرید مفقود و یا بیع به‌نحو شفاهی صورت گیرد: در فرض اخیر که سند عادی مفقود و یا بیع به‌نحو شفاهی واقع شده باشد، طرح دعوای اثبات وقوع بیع برای احراز مالکیت مدعی بلامانع است. در فرض اخیر لزومی به طرح دعوای اثبات مالکیت نمی‌باشد، بلکه با طرح دعوای اثبات وقوع بیع بر اساس ادلهٔ اثبات دعوی، مرجع قضایی پس از احراز عقد بیع و مالکیت بایع بر مبیع موضوع دعوی، با حکم به اثبات وقوع بیع، مالکیت منتقل‌الیه را به‌نحو ضمنی محرز دانسته است و منتقل‌الیه (مدعی دعوی) می‌تواند با استناد به رأی

دادگاه، از امتیازات لازم بهره‌مند شود.

از دیگر موارد طرح دعوای اثبات این است که اگر املاک شخصی توسط دادگاه انقلاب مصادره شود و شخصی مدعی مالکیت مقدم بر این املاک شود، در این صورت مطابق رأی وحدت‌رویهٔ ۵۸۱ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۲، دادگاه انقلاب صالح به رسیدگی است. به نظر می‌رسد حتی در فرض اخیر، طرح دعوای اثبات مالکیت قابلیت استماع را نداشته و مدعی مالکیت بر ملک موضوع دعوی همان طور که در رأی وحدت‌رویهٔ موصوف آمده است، هر نوع ادعای حقی که از طرف اشخاص حقیقی یا حقوقی نسبت به این اموال عنوان شود، می‌بایست اگر شخص ثالث باشد، دعوای متناسب بر اساس مقررات دعوای اعتراض ثالث در همان پرونده رسیدگی شده در دادگاه انقلاب، مطرح نماید و طرح دعوای علی‌حده اثبات مالکیت قابل‌استماع نخواهد بود.

۵. دیدگاه موافقان و مخالفان دعوای پذیرش دعوی اثبات مالکیت

در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش دعوای اثبات مالکیت در مراجع قضایی از این حیث نزاع و اختلاف‌نظر وجود دارد که برخی به‌عنوان موافقین، اعتقاد بر پذیرش چنین خواسته‌ای به استناد اصل صلاحیت عام محاکم دادگستری دارند و برخی دیگربه‌عنوان مخالفین نیز پذیرش چنین خواسته‌ای را فاقد وجاهت قانونی به‌دلیل عدم دارا بودن شرایط دعوی دارند.

۵-۱. دیدگاه موافقین پذیرش دعوای اثبات مالکیت

موافقین پذیرش دعوای اثبات مالکیت برای تقویت استدلال خود به دلایلی همچون ترافعی بودن دعوای اثبات مالکیت و حل‌وفصل نمودن آن توسط مراجع قضایی، اصل بر صالح بودن مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی به‌عنوان مرجع رسمی تظلمات و استثنائی بودن مراجع غیرقضایی در رسیدگی به اختلافات مردم، الزامی بودن رأی وحدت‌رویهٔ ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ مبنی بر رسیدگی محاکم دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملک، اشارهٔ مقنن در مواد ۱۰۱ و ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی به حکم اثبات مالکیت استناد می‌کنند که همگی دلالت بر پذیرش دعوای اثبات مالکیت توسط مراجع قضایی دارد و بر همین اساس معتقد هستند که پذیرش دعوای اثبات مالکیت با منع قانونی مواجه نبوده و محاکم دادگستری مکلف هستند برابر قوانین موضوعه به دعوای فوق‌الذکر رسیدگی نمایند و استنکاف از رسیدگی به دعوای فوق‌الذکر به بهانه‌های مختلف، مشمول استنکاف از رسیدگی به پرونده توسط قاضی و مجازات مندرج در مادهٔ ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) خواهد بود.

برخی معتقدند لازم‌الاتباع بودن نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور منحصر به مورد رأی است، یعنی امری است که موضوع انشا قرار می‌گیرد و شامل مقدمات، جهات و استدلال‌ها نمی‌شود؛ زیرا،

مادهٔ قانونی مستند رأی وحدت‌رویه، نظر اکثریت هیئت عمومی دیوان عالی کشور را نسبت به موارد مشابه لازم‌الاتباع اعلام کرده است، نه نسبت به استدلال مربوط به رأی و هیئت عمومی دیوان عالی کشور، قانون وضع نمی‌کند؛ لذا، نظر این هیئت را نمی‌توان قانون تلقی کرد (شهیدی، ۱۳۷۵: ۶۲). برخی نیز نقل کرده‌اند، صدور قرار عدم استماع در موارد یادشده به استناد مفهوم رأی وحدت‌رویهٔ مذکور، نادرست و ساده‌ترین راه برای پرهیز از ورود مقتدرانه به حوزهٔ بحث و رها نمودن خود از گرداب دشوار حقوقی است که مرز میان حقوق‌دان و حقوق‌خوان محسوب می‌شود (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۳۱۰). در برخی دیدگاه‌های حقوقی در منابع لاتین، صرف استناد به مالکیت رسمی را نوعی مالکیت ظاهری قلمداد کرده‌اند و آن را مالکیتی می‌دانند که بر اساس اسناد مکتوب حاصل می‌شود در حالی که آن فقط نوعی مالکیت ظاهری است و مالکیت از طرق دیگر هم با دلایل دیگر حاصل می‌شود (Henry Campbell, 2004: 283). برخی در پاسخ به مقدمه بودن دعوای اثبات مالکیت برای عدم پذیرش چنین خواسته‌ای پاسخ داده‌اند که ممکن است مقدمهٔ ادعا خود محل نزاع گردد، زیرا در مادهٔ ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی به امر منوط‌به اشاره شده و این همان مقدمهٔ دعوای ذی‌المقدمه است (غمامی و محسنی، ۱۳۹۰: ۱۱۴).

۲-۵. دیدگاه مخالفین پذیرش دعوای اثبات مالکیت

مخالفین پذیرش دعوای اثبات مالکیت نیز برای تقویت استدلال خود به دلایلی همچون صالح نبودن دادگاه برای خواستهٔ اثبات مالکیت و صدور سند مالکیت، غیرقابل‌ترافعی بودن دعوای اثبات مالکیت، واجد وصف دعوی نبودن دعوای اثبات مالکیت و مقدمه بودن آن برای سایر دعاوی، عدم اشارهٔ رأی وحدت‌رویهٔ ۵۶۹ برای الزامی بودن پذیرش دعوای اثبات مالکیت استناد می‌کنند. در مجموع و بنابر موارد فوق‌الذکر، این دیدگاه معتقد است که محاکم دادگستری امکان رسیدگی به دعوای اثبات مالکیت را نداشته و در صورت پذیرش چنین دعوایی عملاً امکان اجرای چنین حکمی با مشکل مواجه خواهد شد.

حتی برخی معتقدند بدیهی است کسانی که برای طرح دعوای خلع ید، طرح دعوای بدوی اثبات مالکیت را ضروری می‌دانند؛ در این مورد باید از اعتقاد خود دست برداشته و خواهان را از طرح دعوای اثبات مالکیت معاف نمایند؛ زیرا، طرح دعوای اثبات مالکیت ممکن است موجب تعارض رأی دادگاه با پروندهٔ ثبتی شود؛ حال آنکه، یکی از حکمت‌های تصویب قانون ثبت اسناد و املاک، جلوگیری از وقوع معاملات معارض است (زراعت، ۱۳۸۴: ۱۹). بعضی دیگر از محاکم چنین دعوایی را اجابت نموده و با ورود در ماهیت نسبت به آن حکم صادر می‌نمایند و یا اگر آن را رد کنند، علت را منتسب به اصل خواسته نمی‌نمایند (نوری نجفی، ۱۳۹۴: ۱۸۹).

۶. نظر ارجح و رویهٔ قضایی معیار

قبل از ورود به بحث ذکر این نکته لازم است که با توجه به حاکمیت مقررات قانون ثبت در سراسر کشور، امروزه اندکی اراضی و املاکی وجود دارد که هیچ گونه سابقهٔ ثبتی و آگهی نوبتی برای آن وجود نداشته باشد و غالباً نسبت به املاک یک یا چند مرحله از مراحل ثبتی طی شده است. هرگاه از املاک فاقد هر گونه سابقهٔ ثبتی موضوع رأی حدت رویهٔ ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ بحث می‌شود، مراد املاکی است که هیچ گونه مراحل ثبتی و آگهی‌های نوبتی را طی نکرده است. از مجموع نظر موافقان و مخالفان پذیرش و استماع دعوای اثبات مالکیت می‌توان گفت که پذیرش دعوای یاد شده در هیچ‌کدام از مراحل پنج‌گانهٔ ثبتی مذکور و در هیچ‌کدام از فروض شش‌گانهٔ طرح خواستهٔ اثبات مالکیت، قابلیت استماع و اجابت ندارد و استناد به رأی وحدت‌رویهٔ ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ حداقل در اراضی دارای سابقهٔ ثبتی از این حیث مردود به نظر می‌رسد که مقنن با تصویب قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۰ درخصوص املاک و اراضی فاقد سند رسمی از طریق کمیسیون موضوع مادهٔ ۱ آن قانون با حضور یک قاضی به انتخاب رئیس قوهٔ قضائیه، رئیس ادارهٔ ثبت، رئیس ادارهٔ شهرسازی و رئیس ادارهٔ جهاد کشاورزی حسب مورد تشکیل و آن هیئت با بررسی مدارک و دلایل ارائه شده خصوصاً میزان و نحوهٔ تصرفات متقاضی، رأی صادر می‌کند. هرچند در مادهٔ ۱ قانون اخیرالذکر قیودی ازجمله «صدور اسناد مالکیت برای ساختمان‌های احداث شده، اراضی با سابقهٔ ثبتی، قانونی بودن منشأ تصرفات متصرفان و...» ذکر شده است. لکن با تصویب قانون یاد شده و ملاک سایر مواد قانون ثبت اسناد و املاک، مرجع اعلام و تعیین مالکیت و صدور سند اموال غیرمنقول حداقل برای املاک دارای سابقهٔ ثبتی، کمیسیون فوق‌الذکر بوده و متقاضی چنانچه مدعی مالکیت و هرگونه حقی نسبت به اموال غیرمنقول فاقد سند رسمی مذکور است، می‌بایست با رعایت تشریفات و مقررات قانونی یاد شده، اقدامات لازم را انجام دهد و طرح دعوای اثبات مالکیت در این‌گونه اراضی دارای سابقهٔ ثبتی، بدون مراجعه به کمیسیون مذکور خلاف مقررات یاد شده است. مضافاً به اینکه با رسیدگی به دعوای اثبات مالکیت توسط مراجع قضایی، امکان تغایر رأی مرجع قضایی با مندرجات پروندهٔ ثبتی و مقررات آمرهٔ کمیسیون یاد شده که مرتبط با نظم معاملات بوده، وجود دارد. از سویی دعوای اثبات مالکیت حداقل در این‌گونه اراضی دارای سابقهٔ ثبتی از این حیث فاقد وصف ترافعی بودن است که این خواسته نوعی احراز مقدمات یعنی وجود مالکیت است و احراز و اثبات مالکیت خود نوعی مقدمهٔ واجب برای بسیاری از دعاوی ازجمله خلع ید و مطالبهٔ اجرت‌المثل ایام تصرف است و دعوای اثبات مالکیت به‌دلیل وصف مقدماتی بودن آن، فاقد شأن استقلالی است و محاکم

دادگستری مرجع استماع مقدمات دعاوی نبوده و مرجع اعلام و اثبات مالکیت، مراجع ثبتی بوده و مراجع قضایی بر حسب نوع هر دعوی، آثار مالکیت اعلام شده توسط مراجع قانونی و ثبتی را اعمال می‌کند. از سویی به نظر می‌رسد بر اساس مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی مدنی رکن اساسی استماع هر خواسته، احراز وصف دعوی و متعاقباً احراز عنوان مدعی است و مدعی در کلام و بیان فقها کسی است که ادعایی برخلاف اصل یا ظاهر مطرح می‌کند که در خواستهٔ اثبات مالکیت نسبت به اراضی دارای سابقهٔ ثبتی، خواهان ادعایی برخلاف اصل یا ظاهر مطرح نمی‌کند بلکه صرفاً تقاضای اثبات یک امری که حتی اختلافی بودن آن با طرف پرونده مشخص نمی‌باشد، را از محکمه خواستار شده است. به عبارتی حتی در املاک فاقد سابقهٔ ثبتی، شخص ادعا می‌کند با مفروض دانستن مالکیت خود، دعوای متناسب با نتیجهٔ مالکیت خود را وضع کند. در این صورت محکمه با بررسی دلایل و مدارک و مستندات تقدیمی مدعی و با احراز صحت ادعای وی، درخصوص خواستهٔ مورد ترافع اظهارنظر و فصل خصومت خواهد کرد. حسن تفسیر فوق این است که مراجع قضایی از حالت مرجع اعلام مالکیت بودن خارج و مرجع اعتباربخشی به آثار دعاوی مرتبط با مالکیت خواهد بود.

یکی از ویژگی‌های رأی قضایی شاخص و ممتاز این است که در صورتی که خواسته واجد ایرادات شکلی باشد، محکمه امکان صدور حکم ماهیتی را نداشته و بر اساس مادهٔ ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی دو ویژگی اساسی حکم، یعنی ابتدا ورود به ماهیت و سپس قاطع بودن جزئی یا کلی است که خواستهٔ اثبات مالکیت در اراضی دارای سابقهٔ ثبتی بنا به دلایلی که در مبحث فوق ذکر شد، فاقد دو شرط مذکور است. پیرامون خواستهٔ اثبات مالکیت خواهان درخصوص پلاک ثبتی مشخص به این دلیل که خواستهٔ اثبات مالکیت فاقد وصف دعوی بوده و اینکه ادعایی برخلاف اصل یا ظاهر مطرح نگردیده و متقاضی می‌بایست به مراجع ثبتی برای ادامه و پیگیری مقدمات ثبتی تا تکمیل آن اقدام نماید و اجابت خواستهٔ اثبات مالکیت از این حیث قابلیت استماع و اجابت را نداشته که هرگونه اتخاذ تصمیم در محکمهٔ قضایی بدون توجه به محتویات و مندرجات پروندهٔ ثبتی ممکن است با آن جریان و مقدمات ثبتی تعارض حاصل نماید و قواعد و مقررات ثبتی مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره بوده که نمی‌توان بدون توجه به آن، اقدامات قضایی را صورت داد، باید به استناد مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی صادر گردد.

به نظر می‌رسد استانداردهای لازم برای رسیدگی و صدور رأی نسبت به چنین خواسته‌ای این است که دادگاه بعد از وصول دادخواست، نسبت به کنترل مالی بودن خواسته و محاسبهٔ هزینهٔ دادرسی بر اساس خواستهٔ مالی مربوط به اموال غیرمنقول وفق قیمت منطقه‌ای ملک اقدام و سپس ضمن دستور تعیین وقت رسیدگی در صورت تکمیل بودن دادخواست، دستور استعلام آخرین

وضعیت ثبتی ملک از ادارهٔ ثبت محل برای جلوگیری از اطالهٔ دادرسی و وصول پاسخ آن استعلام در زمان تشکیل جلسهٔ اول رسیدگی را صادر نماید و سپس دادگاه در جلسهٔ رسیدگی با ملاحظهٔ پاسخ استعلام ثبتی از این حیث که ملک موضوع دعوی در کدام یک از اقسام اموال غیرمنقول در مراحل مختلف ثبتی و فروض مختلف دعوای اثبات مالکیت در مراجع قضایی قرار دارد (همان طور که در قسمت ۴ این مقاله تفصیلاً ذکر شد)، رأی مقتضی صادر می‌نماید. خواستهٔ اثبات مالکیت از حیث ماهیتی همان تعیین و اعلام مالکیت است که به نظر ما مرجع تعیین و اعلام مالک و مالکیت، مراجع قضایی نبوده و با توجه به قوانین مقدم و مؤخر ازجمله قانون ثبت اسناد و املاک و قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۰ که برای املاک فاقد سند رسمی تعیین تکلیف کرده، مراجع ثبتی بوده و اگر کسی نسبت به عدم رعایت تشریفات و مقررات آمرهٔ ثبت توسط مراجع ثبتی، اعتراضی داشته، می‌تواند دعوای متناسب را در مراجع قضایی و غیرقضایی صالحه مطرح نماید. در ضمن حتی اگر برخی مراجع قضایی، مبادرت به صدور حکم اثبات مالکیت نمایند، چنین حکمی اعلامی محسوب می‌شود.

نتیجه

در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش خواستهٔ اثبات مالکیت و دعاوی مرتبط با آن در مراجع قضایی همواره اختلاف رویه وجود دارد. به نظر می‌رسد در اموال غیرمنقول با مراحل پنج‌گانهٔ ثبتی و فروض شش‌گانه طرح دعوای اثبات مالکیت در اراضی دارای سابقهٔ ثبتی، محاکم دادگستری با استناد به مادهٔ ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و عدم طرح دعوی برابر قانون، امکان استماع و رسیدگی به چنین خواسته‌ای را ندارند و چنانچه شخص مدعی مالکیت در املاک است، می‌بایست با مراجعه به مراجع ثبتی و کمیسیون‌های مستقر در آن اداره نسبت به تقدیم و ارائهٔ مدارک خود اقدام و در صورت داشتن حقی، آن مراجع ثبتی و در نهایت کمیسیون مستقر در آن با عضویت قاضی و سایر مسئولین مربوطه، رأی صادر کند و مراجع قضایی، محل استیفاء حق است نه محل اعلام و اثبات مالکیت اشخاص. از سویی با رسیدگی مراجع قضایی به خواستهٔ مذکور، امکان تغایر با مندرجات، مقدمات و رسیدگی‌های پروندهٔ ثبتی و کمیسیون‌های مستقر در ادارهٔ ثبت وجود دارد در حالی که تشریفات ثبتی مرتبط با نظم عمومی و معاملاتی بوده که رعایت آن برای همهٔ مراجع قانونی و قضایی الزامی است. مضافاً به اینکه شأن مراجع قضایی در حل‌وفصل اختلافات و جایگاه نظارتی است و چنانچه هر کدام از اشخاص، مدعی خدشه بر مالکیت و اسناد صادره به نفع طرف مقابل هستند، می‌توانند با طرح دعوای شایستهٔ حقوقی ازجمله ابطال سند مالکیت، اعتراض به عملیات ثبتی و... حقوق قانونی خود را استیفا نمایند نه اینکه مستقیماً برای اثبات مالکیت به مراجع قضایی مراجعه نمایند.

منابع

فارسی

- **بررسی و نقد آرای برگزیده جشنواره رأی محاکم دادگستری استان تهران** (۱۳۹۹)، تهران: مرکز نشر مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۷)، «تحلیل حقوقی دعوای اثبات مالکیت»، **مجله پژوهش‌های حقوقی**، شماره ۱۴.
- رفیعی، محمدرضا (۱۴۰۰)، «چالش‌های نهاد آرای وحدت‌رویه»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- زراعت، عباس (۱۳۸۴)، «نحوه اثبات مالکیت در دعاوی خلع ید»، **نشریهٔ پیام آموزش**، شمارهٔ ۱۳.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۵)، **مجموعه مقالات حقوقی**، چاپ اول، تهران: نشر حقوق‌دان.
- صفائی، سیدحسین (۱۳۸۶)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد نخست، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- عبدالله، شمس (۱۳۸۴)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، تهران: انتشارات دراک.
- عبدالله، شمس (۱۳۸۹)، **دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم. تهران: انتشارت دراک.
- صفائی، سیدحسین (۱۳۸۶)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد نخست، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- فرحزادی علی اکبر، سیدرسول میرنژاد (۱۴۰۰)، «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی»، م**جله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- فقیهی‌نژاد، مهدی و سمیه بابایان فردویی (۱۳۸۹)، «دعوای مالکیت و خلع ید املاک در مراحل مختلف ثبتی در رویه قضایی ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۷۰.
- متین دفتری، احمد (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، تهران: انتشارات مجد.
- محسنی، حسن (۱۳۹۳)، **اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چهارچوب اصول دادرسی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی فراملی**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۵)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، تهران: انتشارات گنج دانش.
- معین، محمد (۱۳۶۰)، **فرهنگ فارسی**، جلد دوم. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- نوری نجفی، حسام الدین (۱۳۹۴)، **نمونه‌ای از آراء قضایی در مساحل حقوقی**، آمل: نشر ورسه.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- واحدی، قدرت‌الله (۱۳۷۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست. تهران: نشر میزان با همکاری نشر دادگستر.

انگلیسی

- L.A. Zaibrt (1999), "Philosophical Analysis and Criminal Law", **Buffalo Criminal Law Review**, vol. 4, no. 1.
- Black, Henry Campbell (2004), **Black's Law Dictionary**, Thomson-West, Eighth edition.
- Ian Mcleod (2003), **Legal Theory**, Palgrave Macmillan, Second edition.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.549098.4701

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۲۸۳ تا ۳۰۶
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۰۵

اجرای احکام مدنی از محل ارزهای دیجیتال

یاسر غلامی*، میثم جوادی**، محمدباقر مقدسی***

چکیده

مرحلهٔ اجرای احکام مهم‌ترین مرحله از فرایند دادخواهی است که در آن تلاش می‌شود از طریق معرفی و شناسایی اموال محکوم‌علیه، زمینهٔ اجرای حکم فراهم گردد. در این راستا بخش زیادی از قانون اجرای احکام مدنی و قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی به این موضوع اختصاص یافته است. نگاهی به این دو قانون نشان می‌دهد این قوانین عموماً اموال عینی مرسوم را به‌عنوان مال به رسمیت شناخته و نحوهٔ اخذ محکوم‌به از آن را بیان کرده‌اند. با این حال در یک دههٔ اخیر به دنبال توسعهٔ فناوری‌های نوین، ارزهای دیجیتال به‌عنوان رقیب ارزهای واقعی ظهور یافته و مقبولیت عمومی یافته‌اند. گرچه تاکنون در نظام حقوقی ایران قانونی در خصوص این ارزها تصویب نشده، ولی دکترین حقوقی و رویهٔ قضایی در پرتو قواعد حقوقی حکم به مالیت این ارزها صادر کرده است. در این میان پرسشی که مطرح می‌شود این است که چنانچه در زمان اجرای حکم، ارز دیجیتال به‌عنوان دارایی محکوم‌علیه شناسایی و معرفی گردد، آیا می‌توان محکوم‌به را از محل آن وصول کرد؟ بر اساس نتایج این تحقیق پاسخ این سؤال مثبت است. این تحقیق پس از ذکر مقدمه‌ای درخصوص ماهیت ارزهای دیجیتال به موضوع قابلیت شناسایی، توقیف و فروش ارزهای دیجیتال و برخی فروعات مهم آن پرداخته است. به‌رغم اینکه قوانین موضوعه مقرره‌ای در مورد این ارزها پیش‌بینی نکرده‌اند، ولی با تمسک به اصول کلی حاکم بر اجرای احکام و تدوین ضوابط شفاف در آینده و آموزش دادورزان، اجرای احکام قضایی از محل این ارزها تسهیل خواهد شد و جلوی تشتت رویه‌ها

* دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول)
yassergh8@gmail.com

** قاضی دادگستری، کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران
meysam.javadi313@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه بجنورد، بجنورد، ایران mbmoghadasi@ub.ac.ir

را خواهد گرفت. این تحقیق تلاش دارد به روش توصیفی ـ تحلیلی مهم‌ترین مسائلی که در اجرای احکام قضایی از محل ارزهای دیجیتال مطرح می‌شود را بیان و پاسخ آنان را ارائه نماید.

واژگان کلیدی: ارزهای دیجیتال، اجرای احکام، محکوم‌علیه، دادورز، محکوم‌به

مقدمه

بر اساس تعریف بانک مرکزی اروپا، ارز دیجیتال نوعی پول دیجیتال مقررات‌گذاری نشده است که به‌طور معمول از سوی توسعه‌دهندگان آن کنترل می‌شود و اعضای یک جامعهٔ مجازی خاص آن را پذیرفته و مورد استفاده قرار می‌دهند (روشن و دیگران، ۱۳۹۸: ۵۰). این نوع پول کارکردهای سه‌گانهٔ پول (سنجش ارزش، ذخیرهٔ ارزش، وسیلهٔ مبادله) را داراست (سلیمانی‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۷۳). در حقیقت ارزهای مبتنی بر فناوری رمزنگاری (کریپتوکارنسی)[1] محسوب می‌شوند که با قرار گرفتن ذیل عنوان کلی ارزهای مجازی، امنیت و صحت پرداخت‌ها و مبادلات را در چهارچوب عملکردی مشخص تضمین می‌کنند (خلیلی پاجی و شاملو، ۱۴۰۰: ۳۰).

این ارزها یک فرم از پول الکترونیکی‌اند؛ با این تفاوت که تمامی تراکنش‌ها در آن رمزنگاری می‌شوند و فاقد نقطهٔ مرکزی برای نظارت و کنترل شبکه و تراکنش‌ها بوده و تمامی تراکنش‌ها برای تمام اعضای شبکه شفاف است. برای مجموعهٔ این صفات از عناوینی همچون «ارز دیجیتال»، «رمزارز»، «پول مجازی» و «کریپتوکارنسی» استفاده می‌شود (حبیب‌زاده، ۱۴۰۰). بیشتر ارزهای دیجیتال به‌منظور امنیت بیشتر، حذف واسطه‌ها و ناشناس بودن طراحی شده‌اند (DeVries, 2016: 1). این ارزها توسط هیچ بانک یا مؤسسهٔ مالی یا حتی دولتی کنترل نمی‌شود و کاملاً غیرقابل‌ردیابی هستند، یعنی برخلاف پول‌های رایج مانند دلار، تحت نظارت بانک مرکزی تکثیر و تنظیم نمی‌شوند (محمدعلی‌نژاد و فرقانی، ۱۳۹۷). مشهورترین و معتبرترین ارز دیجیتال «بیت کوین»[2] است و پس از آن می‌توان از «اتریوم»،[3] «تتر»،[4] «لایت کوین»[5] و «کاردانو»[6] نام برد.امروزه ارزهای دیجیتال یکی از اقلام ارزشمند دارایی محکوم‌علیه به شمار رفته و هر روز به تعداد افرادی که این قبیل دارایی‌ها را جهت توقیف و مزایده به اجرای احکام معرفی می‌کنند، افزوده می‌شود. ارزش برخی ارزهای دیجیتال به اندازه‌ای است که یک یا چند ارز و یا حتی بخش کوچکی از یک ارز به تنهایی می‌تواند

1. Cryptocurrency
2. Bit Coin
3. Ethereum
4. Tether
5. Litecoin
6. Cardano

کفاف پرداخت کل محکومٌ‌به و هزینه‌های اجرایی را بدهد.[۱]

ارتباط فرایند اجرای احکام مدنی با ارزهای دیجیتال منحصر به احکامی که محکومٌ‌به آن ارزهای دیجیتال باشند نبوده و ممکن است به انحای مختلف ارزهای دیجیتال به‌عنوان یکی از اقلام دارایی‌های افراد در فرایند اجرای احکام دخیل گردد. در واقع گاهی ارز دیجیتال موضوع مستقیم حکم و محکومٌ‌به است مانند الزام به تسلیم مبیعی که ارز دیجیتال است. زیرا زمانی که خواستهٔ خواهان مقدار و نوع معینی از ارز خارجی باشد، دادگاه به ناچار باید به پرداخت همان ارز خارجی حکم صادر کند نه بهای آن (شمس، ۱۳۹۸: ۶۰۷). اما گاهی ارز دیجیتال به‌عنوان مال توسط محکوم‌علیه یا ثالث برای اجرای حکمی که محکومٌ‌به آن ارز دیجیتال نمی‌باشد معرفی می‌شود (مانند حکم به پرداخت خسارت یا پرداخت ثمن). گاهی نیز دادورز اجرای احکام با کمک محکوم‌له به وجود چنین ارزهایی در دارایی محکوم‌علیه علم حاصل می‌کند، هرچند محکوم‌علیه منکر آن بوده یا علی‌رغم عدم انکار حاضر به معرفی و ارائهٔ آن به اجرای احکام نیست.

پرسش اصلی این تحقیق عبارت از این است که آیا قابلیت توقیف و فروش ارزهای دیجیتال در اجرای احکام مدنی وجود دارد؟ فرضیهٔ این تحقیق پاسخ مثبت به این پرسش است. اما ورود مقولهٔ ارزهای دیجیتال به وادی اجرای احکام مدنی چالش‌های مختلفی را پیش رو دارد که این تحقیق درصدد پاسخ به آن‌هاست. اولین چالش عدم آشنایی اغلب مردم و دادورزان و قضات اجرای احکام با مفاهیم اولیهٔ مرتبط با معاملات ارزهای دیجیتال است. دومین چالش پیش رو ناظر بر مالیت داشتن یا نداشتن ارزهای دیجیتال در نظام فقهی و حقوقی ایران و سومین چالش ناظر بر روند عملیاتی و اجرایی و نحوهٔ توقیف و فروش این ارزها توسط متصدیان اجرای احکام دادگستری‌هاست. بر همین منوال تحقیق حاضر در ابتدا مهم‌ترین مفاهیم اولیهٔ حوزهٔ معاملات ارزهای دیجیتال را تعریف و تبیین نموده است. سپس در مبحثی مجزا جایگاه این ارزها از حیث ماهیت و مالیت آن‌ها در نظام حقوقی ایران تشریح شده است. در ادامهٔ کار و در چند فرض عمده، روش‌های عملیاتی و اجرایی نحوهٔ توقیف و فروش این ارزها در بسترهای معاملاتی ذکر شده و برای حل برخی فروعات پیش آمده در جریان اجرای احکام نیز راهکارمناسب ارائه گردیده است.

۱. مفهوم‌شناسی

با توسعهٔ شتابان فناوری دیجیتال، مفاهیم مطرح شده در حوزهٔ ارزهای دیجیتال نیز توسعه‌یافته و اصطلاحات جدیدی مطرح شده است؛ به‌گونه‌ای که در حال حاضر بیش از پنجاه اصطلاح

۱. در زمان نگارش مقاله ارزش ریالی یک عدد بیت کوین بیش از پانزده میلیارد ریال است.

تخصصی در این حوزه وجود دارد. تشریح همهٔ این اصطلاحات در حوصلهٔ این تحقیق نمی‌گنجد. با این حال به‌منظور درک بهتر مباحث، در ادامه دو اصطلاح پرکاربرد این حوزه تعریف می‌شود.

۱-۱. صرافی ارز دیجیتال[1]

بستری است که در آن اشخاص می‌توانند ارزهای دیجیتال را معامله و به ارز دیجیتال دیگر یا پول ملی تبدیل کنند. این صرافی می‌تواند ارزها را به کیف پول شخصی افراد منتقل نماید (Sood and et.al, 2013: 60). صرافی می‌تواند یک سایت، یک اپلیکیشن قابل‌نصب بر روی موبایل و یا هر دوی این‌ها باشد. به‌طور کلی دو نوع صرافی ارز دیجیتال وجود دارد: «صرافی متمرکز»[2] و «صرافی غیرمتمرکز».[3] صرافی متمرکز توسط یک نهاد یا شرکت خاص اداره می‌شود و کنترل صرافی و همچنین دارایی‌های داخل صرافی در دست چند شخص یا نهاد است. اما در صرافی غیرمتمرکز اداره‌کنندگان صرافی هیچ کنترلی بر دارایی افراد ندارند و دارایی آن‌ها را ذخیره نمی‌کنند (Russolillo and Jeong, 2018: 2). عملکرد صرافی‌ها نیز به دو روش است. در روش اول شخص با خودِ صرافی معامله می‌کند (از خود صرافی می‌خرد یا به خود صرافی می‌فروشد). در حالت دوم صرافی خودش طرف معامله نیست و فقط یک واسطه بین خریدار و فروشنده است و از انجام معاملات کارمزد می‌گیرد. در سطح جهانی، اغلب صرافی‌های معتبر مانند «بایننس»[4] و «کوین بیس»[5] به روش دوم کار می‌کنند، اما در ایران بیشتر صرافی‌ها تابع روش اول هستند.

۲-۱. کیف پول ارز دیجیتال[6]

وسیله‌ای برای دریافت، ارسال و ذخیرهٔ ارزهاست (Okic and et.al, 2019: 65-75). کیف پول دیجیتال، یا نرم‌افزاری است که روی موبایل یا کامپیوتر نصب شده یا «سخت‌افزاری»[7] مانند فلش مموری است که کلیدهای خصوصی ارزهای دیجیتال را به شکل آفلاین (بدون نیاز به اینترنت) در خود ذخیره می‌کند و به همین دلیل امنیت بیشتری نسبت به کیف پول‌های نرم‌افزاری دارد. کیف پول‌های نرم‌افزاری، رایگان هستند، اما کیف پول‌های سخت‌افزاری باید خریداری شوند. آدرس کیف پول هم رشته‌ای متنی منحصربه‌فرد از حروف و اعداد انگلیسی است که مانند شماره حساب، می‌توان آن را در اختیار فرستنده قرار داد تا برای فردی دیگر ارز دیجیتال ارسال کند.

1. Digital Currency Exchange (DCE)
2. Centralized Exchange (CEX)
3. Decentralized Exchanges (DEX)
4. Binance
5. Coinbase
6. Digital Wallet
7. Hardware Wallet

۲. جایگاه ارزهای دیجیتال در نظام حقوقی ایران

در خصوص ماهیت ارزهای دیجیتال و جوانب فقهی آن پیش از این پژوهش‌هایی صورت گرفته است. بر اساس این پژوهش‌ها ارزهای دیجیتال مالیت داشته و غرر در آن‌ها منتفی است. لذا به‌دلیل پذیرش عرفی معاملات آن‌ها صحیح است (روشن و دیگران، ۱۳۹۸: ۷۸-۴۹). نتیجهٔ این پژوهش‌ها را می‌توان در تعریف ارائه شده از مال مشاهده کرد. طبق این تعریف «مال آن است که در عرفِ زمانِ معاوضات، بتوان آن را در معرض معاوضه درآورد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۹). ازاین‌رو با توجه به این تعریف تردیدی در مالیت داشتن ارزهای دیجیتال نیست. کمااینکه در استفتایی که از رهبر معظم انقلاب درخصوص حکم استخراج و خرید و فروش ارز دیجیتال شده، ایشان اعلام کرده‌اند: «حکم آن تابع قوانین و مقررات نظام جمهوری اسلامی ایران است.» (http://www.eghtesadonline.com/n32Q3) علاوه بر این، مصوبهٔ هیئت وزیران با عنوان «آیین‌نامهٔ فرایند ماینینگ ارزهای دیجیتال» (۱۳۹۸) گویای پذیرش مشروعیت و مالیت ارزهای دیجیتال است. همچنین مصوبهٔ هیئت وزیران برای تعیین تکلیف تجهیزات استخراج ارزهای دیجیتال (۱۳۹۹) نیز دربردارندهٔ ضوابطی با هدف ساماندهی و ثبت هویت ماینرها[1] و سلامت فعالیت‌های این حوزه و حفاظت از منابع عمومی (برق) است که تماماً مؤید جواز و مشروعیت استخراج و معاملهٔ این ارزها از نظر دولت است.

در راستای تبیین جایگاه ارزهای دیجیتال در قوانین موضوعه باید به قانون مدنی و قانون تجارت الکترونیک نیز توجه داشت. قانون مدنی در تقسیم‌بندی اموال، آن‌ها را فقط از دو جهت تقسیم کرده است: نخست، اموال منقول و اموال غیرمنقول و دوم، اموالی که مالک خاص دارند یا فاقد مالک خاص هستند. با این حال از سایر مواد قانون مدنی تقسیمات دیگری نیز قابل‌استنباط است ازجمله تقسیم مال به عین و منفعت و مثلی یا قیمی و قابل‌بقا یا مصرفی. بر اساس شاخص منقول یا غیرمنقول بودن، ارزهای دیجیتال مال منقول‌اند؛ زیرا به راحتی قابلیت حمل و جابه‌جایی در صرافی و کیف پول‌ها را دارند. بر اساس شاخص عین یا منفعت بودن، ارز دیجیتال نمی‌تواند عین باشد زیرا عین وجود خارجی داشته و با حواس لامسه قابل‌درک است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵). در حالی که ارز دیجیتال وجود عینی و ملموس ندارد. از سوی دیگر نمی‌توان آن را منفعت تلقی نمود؛ زیرا منفعت چیزی است که از عین حاصل می‌شود و این خصیصه در ارزهای دیجیتال وجود ندارد. بر اساس

۱. به فرایند تولید بیت‌کوین و پردازش تراکنش‌های آن، استخراج یا ماینینگ گفته می‌شود و به دستگاه استخراج کننده نیز ماینر یا Asic گفته می‌شود.

شاخص مثلی یا قیمی بودن، باید آن را مثلی تلقی نمود؛ زیرا آن گونه که مادهٔ ۹۵۰ قانون مدنی مال مثلی را تعریف نموده، نظایر هر یک از ارزهای دیجیتال نوعاً زیاد است. بر اساس شاخص قابل‌بقا یا مصرفی بودن، ارز دیجیتال را باید مال مصرفی دانست؛ چراکه با نخستین استفاده از آن از بین می‌رود؛ اگرچه این از بین رفتن مادی نبوده بلکه از بین رفتن حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۶). چنان‌که با استفاده از پول مالکیت حقوقی شخص نسبت به آن از بین می‌رود. در واقع همان گونه که مصرف پول ملازمه با از بین رفتن آن دارد مصرف ارزهای دیجیتال نیز چنین است و با استفاده از آن عملاً شخص مالکیت حقوقی‌اش نسبت به ارز را از دست می‌دهد و به غیر منتقل می‌کند. کمااینکه در پژوهش‌های مرتبط با این حوزه، ماهیت پول برای این دسته از ارزها شناسایی شده است اما فرض چنین ماهیتی برای آن در کشور منوط به پذیرش رسمی و قانونی آن توسط حاکمیت (مانند رمزارزهای ملی) است (خادمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۶۶).

به نظر می‌رسد بتوان ارزهای دیجیتال و سامانه‌های مرتبط با آن را با قانون تجارت الکترونیک (۱۳۸۲) نیز تطبیق داد. بدین شرح که در بند «ز» مادهٔ ۲ این قانون در تعریف سیستم اطلاعاتی گفته شده: «سیستمی برای تولید (اصل سازی)، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام است.» بند «ح» درخصوص سیستم اطلاعاتی مطمئن بیان داشته: «سیستمی اطلاعاتی است که: ۱. به‌نحوی معقول در برابر سوءاستفاده و نفوذ محفوظ باشد. ۲. سطح معقولی از قابلیت دسترسی و تصدی صحیح را دارا باشد. ۳. به‌نحوی معقول، متناسب با اهمیت کاری که انجام می‌دهد پیکربندی و سازماندهی شده باشد. ۴. موافق با رویه ایمن باشد». از این منظر فناوری «بلاک‌چین»[1] که در ارزهای دیجیتال کاربرد دارد از نظر قانونی همان سیستم اطلاعاتی قابل‌اعتماد در قانون تجارت الکترونیک است. مادهٔ ۲ قانون مزبور همچنین تعدادی از ابزارهای فنی را برای ارسال، دریافت و ذخیرهٔ اطلاعات و سوابق الکترونیکی که توسط سیستم اطلاعاتی تعریف شده است، ارائه کرده که در معاملات ارزهای دیجیتال هم کاربرد دارند. همچنین بند (الف) این ماده داده‌پیام را چنین تعریف می‌کند: «داده‌پیام هر نمادی از یک رویداد، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری

[1]. همان‌گونه که برای انجام یک تراکنش مالی از یک واسطه نظیر بانک استفاده می‌شود، بلاک‌چین (Blockchain) این امکان را به خریداران و فروشندگان (ارسال‌کنندگان و دریافت‌کنندگان) ارز دیجیتال می‌دهد که به‌صورت مستقیم با هم در ارتباط باشند و نیاز به یک شخص ثالث به‌عنوان واسطه از بین برود. این شکل از تراکنش را «همتا به همتا» می‌نامند. بلاک‌چین از رمزنگاری به منظور ایجاد امنیت در تبادلات و حتی خرید و فروش ارز دیجیتال استفاده می‌کند. برخلاف سیستم‌های بانکی که دارای یک موقعیت مشخص بوده و در اصطلاح متمرکز عمل می‌کنند، مرکز داده‌ای که بلاک‌چین‌ها در آن قرار دارند، غیرمتمرکز بوده و در سراسر جهان پخش هستند.

یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود». بنابراین داده‌پیام به یک معنا اطلاعات و سوابق الکترونیکی است که از طریق ابزار، تولید، ارسال، دریافت یا ذخیره می‌شود. به‌عنوان مثال، شخص «الف» ارز دیجیتالی مانند بیت کوین را استخراج و در نهایت آن‌ها را می‌فروشد یا در تراکنش‌های خود در ازای کالا یا ارز دیجیتال دیگری به شخص «ب» می‌دهد. در این مثال، تراکنش‌ها و عملیات استخراج شخص «الف»، داده‌های پیام و پلتفرم فناوری بلاک‌چین که این سوابق الکترونیکی در آن ثبت شده‌اند، یک سیستم اطلاعاتی قابل‌اعتماد هستند. بنابراین افراد در قالب داده‌پیام می‌توانند ارز دیجیتال استخراج، تولید و خرید و فروش کنند و با این اوصاف می‌توان از شمول قانون تجارت الکترونیک بر ارزهای دیجیتال سخن گفت.

علاوه بر حقوق ماهوی در رویهٔ قضایی نیز در برخی موارد گرایش به مالیت‌انگاری ارزهای دیجیتال مشاهده می‌شود. هرچند تاکنون دعاوی زیادی درخصوص این ارزها در محاکم مطرح نشده است و رویهٔ واحدی وجود ندارد،[1] ولی در معدود پرونده‌های مطرح شده، رویهٔ قضایی مشروع بودن ارزهای دیجیتال را پذیرفته و به اعمال حقوقی انجام شده در این رابطه اعتبار داده است. چنان‌که شعبهٔ چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان بجنورد در یک پروندهٔ مرتبط به این مهم تصریح کرده است. در پروندهٔ مطروحه خواهان دعوایی به خواستهٔ تسلیم یک واحد بیت کوین به طرفیت خواندهٔ دعوی اقامه کرده و ادعا نموده یک واحد بیت کوین از خوانده خریداری کرده و ثمن را نیز پرداخت نموده اما مبیع تسلیم نگریده است. خوانده در بخشی از دفاعیات خود بیان داشته: «معامله بیت کوین نامشروع و باطل است، لذا به استناد مواد ۲۱۵ و ۲۱۷ قانون مدنی به‌دلیل فقدان مالیت داشتن موضوع

۱. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۵۶۵ مورخ ۰۴/ ۱۰/ ۱۳۹۸ در پاسخ به این پرسش که آیا خرید و فروش بیت‌کوین مجاز است و آیا نگهداری، وارد کردن و فروش دستگاه ماینر استخراج بیت کوین مجاز است؟، بیان کرده است: «پول یا ارز دیجیتالی که به صورت الکترونیکی توزیع و قابل استفاده می‌باشد مانند بیت کوین طبق بند «پ» ماده یک قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (۱۳۹۲) و اصلاحات بعدی، پول رایج خارجی و به تبع آن ارز مورد حمایت این قانون به شمار نمی‌رود و با لحاظ تصویب نامه مورخ ۱۳۹۸/۵/۹ هیأت وزیران، خرید و فروش آن و همچنین نگهداری، خرید و فروش و وارد کردن دستگاه استخراج بیت کوین در مقررات کیفری عنوان مجرمانه ندارد؛ مگر این که دستگاه استخراج بیت کوین در فهرست کالاهای تحت مقررات گمرکی مطرح و وارد کردن آن منطبق با کالاهای موضوع قاچاق شود یا عملکرد دستگاه‌های استخراج بیت کوین مشمول عنوان‌های دیگر مانند خرابکاری موضوع ماده ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) یا قانون مجازات استفاده‌کنندگان از آب، برق، تلفن، فاضلاب و گاز (۱۳۹۶) شود.»

دعوی و نامشروع بودن جهت معامله، رد دعوی خواهان را درخواست می‌کند.» به‌رغم این استدلال دادگاه صادرکننده رأی بیان کرده: «نه‌تنها حسب استعلام از بانک مرکزی دلیلی بر ممنوعیت و بطلان این نوع معاملات ارائه نشده، بلکه از سوی بانک مرکزی الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها نیز تنظیم شده است. علاوه بر این، طبق تعریفی که از مال در فقه صورت گرفته - المال ما یبذل به المال- و نظر امام خمینی (ره) در کتاب البیع، مال چیزی است که متقاضی داشته باشد و عُقلا نسبت به آن رغبت داشته باشند. لذا نتیجه گرفته می‌شود که بیت کوین نوعی مال (پول مجازی) است که در ازای معوضی قرار می‌گیرد و در شروط عوضین نیز مالیت داشتن جزو شروط است. با این حال هیچ قیدی مبنی بر اینکه آن مالیت حاصل از ارزش مصرفی باشد وجود ندارد؛ همچنان‌که پول متداول کاغذی نیز هیچ ارزش مصرفی ندارد؛ لکن تردیدی بر جایز بودن آن وجود ندارد. اساس ضابطه مالیت پیدا کردن یک شی ارزش داشتن آن بین عرف و عقلاست و در فقه ضابطه و معیارهایی که تصریح به لزوم فیزیکی بودن عوضین معامله نماید ملاحظه نمی‌گردد. در رابطه با شبهه غرری بودن این نوع معاملات نیز باید گفت هرچند ممکن است طرفین معامله از سازوکار فنی دقیق بیرونی بیت کوین خبر نداشته باشند لکن اجمالاً به کارکرد آن آگاهی داشته و با علم و اطلاع از درجه ریسک‌پذیری آن وارد معامله می‌شوند.» در نهایت دادگاه با توجه به اصل صحت معاملات و اصل تراضی دادوستد و اصل اباحه و با مثلی قلمداد کردن واحد بیت کوین مورد معامله و احراز ارکان عمومی عقد بیع، حکم بر الزام خوانده به تسلیم یک واحد بیت کوین صادر کرده است. این رأی در نهایت توسط دادگاه تجدیدنظر استان خراسان شمالی تأیید و قطعی شده است. علاوه بر این در یک پروندهٔ دیگر شعبهٔ ۱۴۹دادگاه کیفری دو شهرستان مشهد درخصوص اتهام متهمان پرونده مبنی بر فریب و کلاهبرداری از بزه‌دیدگان از طریق ارایه اطلاعات نادرست و اغفال آنان در فروش بیت کوین، ضمن پذیرش مالیت داشتن بیت کوین، با توجه به محتویات پرونده حکم به تحقق کلاهبرداری و محکومیت متهمان به رد مال داده است. بنابراین بر اساس حقوق ماهوی و آرای قضایی تردیدی در صحت معاملات ارزهای دیجیتال وجود ندارد.

۳. معرفی و شناسایی ارزهای دیجیتال به‌عنوان اموال محکوم‌علیه

ارتباط ارزهای دیجیتال در فرایند اجرای احکام مدنی از دو فرض کلی خارج نیست. فرض اول ناظر بر زمانی است که ارز دیجیتال محکومٌ‌به بوده و فرض دوم ناظر بر زمانی است که ارز دیجیتال به‌عنوان مال معرفی یا شناسایی شده از طرف محکومٌ‌علیه یا ثالث وارد فرایند اجرای حکم می‌شود. در فرض اول که ارز دیجیتال، موضوع دعوا و محکومٌ‌به پرونده بوده و با صدور اجراییه وصول یا استرداد آن، مقرر شده است، واحد اجرای احکام دو راهکار پیش رو دارد. راهکار اول این است که

محکوم‌له و محکوم‌علیه به پرداخت قیمت روز آن ارز توافق کنند، از این قرار که خوانده مبلغی را به ریال معادل قیمت روز آن به محکوم‌له پرداخته و پرونده مختومه گردد. راهکار دوم چنین خواهد بود که محکوم‌له جز به اجرای عین تعهد راضی نبوده که در این حالت وی باید شخصاً در یک صرافی داخلی یا خارجی یا یک کیف پول دیجیتال افتتاح حساب نموده یا آدرس کیف پول یا صرافی شخص مورد اعتماد خویش را به دادورز ارائه نماید تا تحت نظارت دادورز، محکومٌ‌به به حساب مقصد منتقل و مراتب صورتجلسه گردد. در این فرض اگر محکوم‌علیه فاقد ارز دیجیتال از نوع و به مقدار حکم صادره نباشد به ناچار باید از سایر اموال وی توقیف شده، صورت‌برداری گردیده و از طریق مزایده فروخته شود. سپس از محل وجوه حاصل از مزایده توسط دادورز یا تحت نظارت او، ارز دیجیتال معادل محکوم‌به از یکی از صرافی‌های معتبر خریداری شده و به حساب صرافی یا کیف پول محکوم‌له انتقال یابد. روش خرید ارز دیجیتال با وجوه حاصل از مزایدهٔ اموال محکوم‌علیه نیز می‌تواند به این ترتیب باشد که دادورز محکوم‌له را به افتتاح حساب نزد یک صرافی ایرانی ملزم نماید. سپس در قالب ریال وجوه به حساب صرافی منتقل گردد و با استفاده از آن ارز مورد حکم دادگاه برای محکوم‌له خریداری گردد. بدیهی است عملیات خرید می‌تواند در بستر صرافی متعلق به محکوم‌له انجام شود تا نیازی به انتقال مجدد آن‌ها به حساب محکوم‌له نباشد.

اما در فرضی که ارز دیجیتال محکومٌ‌به رأی دادگاه نبوده، بلکه به‌عنوان مالی است که خود محکوم‌له به اجرا معرفی نموده یا توسط دادورز شناسایی شده و یا شخص ثالث آن را به اجرا معرفی نموده است نحوهٔ اجرای حکم متفاوت و پیچیده‌تر خواهد بود.[1] در این فرض قانون اجرای احکام مدنی مقررات و تشریفاتی را در مسیر توقیف، صورت‌برداری، حفظ و فروش اموال پیش‌بینی نموده که اجرای این مقررات در رابطه با ارزهای دیجیتال چالش‌ها و دشواری‌های خاص خود را دارد. چالش‌هایی به شرح ذیل که حل آن‌ها مستلزم دانش تخصصی متصدیان اجرای احکام به‌ویژه دادورزان است.

۱. بر اساس ماده ۲۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی «کلیه محکومیت‌های مالی از جمله دیه، ضرر و زیان ناشی از جرم، ردّ مال و امثال آن‌ها جز محکومیت به پرداخت جزای نقدی، مشمول این قانون خواهند بود.» بر این اساس از آن جایی که احکام محاکم کیفری که جنبهٔ مالی دارد همانند احکام محاکم حقوقی است، اجرای حکم از محل ارزهای دیجیتال شناسایی شده از مجرم نیز امکان‌پذیر است. از این رو مطالب این مقاله در خصوص اجرای بخش مالی احکام کیفری و همچنین احکامی که صادرکنندهٔ آن‌ها مراجع غیردادگستری بوده اما اجرای آن بر عهدهٔ دادگستری است (از قبیل آرای صادره از مراجع حل اختلاف کار) قابل تعمیم است.

۱-۳. توقیف، صورت‌برداری و حفظ ارزهای دیجیتال

اولین و جدی‌ترین چالشی که دادورز در رابطه با ارز دیجیتال با آن موجه می‌شود چگونگی توقیف و صورت‌برداری و حفظ ارز دیجیتال است. مانع عملی پیش‌روی دادورز در توقیف ارزهای دیجیتال در این مهم نهفته است که کسی جز محکوم‌علیه نام کاربری و رمز ورود به صرافی و کیف پول وی را در اختیار ندارد و این چالش پیش خواهد آمد که دادورز اجرای احکام چگونه قدرت توقیف علی‌الرأس دارایی‌های وی در صرافی یا کیف پول را خواهد داشت؟ چراکه ارزهای دیجیتال یا در صرافی‌های داخلی و خارجی موسوم به «اکسچنج»[1] و یا در کیف پول‌های مخصوص موسوم به «والت»[2] نگهداری می‌شوند که هر دو از طریق ثبت‌نام در محیط مجازی ایجاد می‌گردند. بدین صورت که محکوم‌علیه در پایگاه اینترنتی یک صرافی دیجیتالی ثبت‌نام نموده و پس از گشایش حساب کاربری در بستر صرافی، به خرید و فروش ارزهای دیجیتال مبادرت می‌نماید. گرچه مشهورترین صرافی‌های ارز دیجیتال خارجی هستند، ولی تاکنون در داخل کشور نیز چند صرافی ایجاد شده و از افراد ثبت‌نام به عمل می‌آورند. علاوه بر حساب‌های افراد در صرافی‌ها که می‌تواند محلی برای نگهداری ارزهای دیجیتال باشد، کیف پول‌های دیجیتال نیز می‌تواند محل نگهداری ارزهای محکوم‌علیه باشد. نکتهٔ حائز اهمیت دسترسی انحصاری محکوم‌علیه به حساب‌های صرافی و کیف پول است و این اولین محدودیت متصدیان اجرای حکم در توقیف اموال محکوم‌علیه است.

قانون اجرای احکام مدنی در دو فصل مجزا به توقیف اموال منقول و غیرمنقول اشاره کرده است. ارزهای دیجیتال با توجه به خصایصی که دارند مال منقول تلقی می‌شوند؛ لذا مقررات ناظر بر توقیف اموال منقول نسبت به آن‌ها اعمال می‌شود. هرچند مطابق مادهٔ ۶۰ قانون اجرای احکام، عدم حضور محکوم‌له و محکوم‌علیه مانع توقیف نیست ولی با توجه به دسترسی انحصاری محکوم‌علیه به حساب‌های صرافی و کیف پول، این ماده کمکی به دادورز نخواهد کرد. با این حال صرف چنین محدودیتی نباید متصدی اجرا را از جست‌وجوی راه‌های مقتضی برای توقیف اموال باز دارد، بلکه با توجه با اصل فوریت و سرعت به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر اجرای احکام مدنی (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۶۲)، وی باید بدون هیچ اغماضی در پی راه‌هایی جهت توقیف اموال باشد. در این رابطه فروض مختلفی قابل‌طرح است.

۱-۱-۳. ارائهٔ اختیاری دسترسی دادورز به حساب صرافی و کیف پول توسط محکوم‌علیه

چنانچه محکوم‌علیه با اراده و اختیار خود زمینهٔ دسترسی دادورز به حساب صرافی و کیف پول

1. Exchange
2. Wallet

را فراهم نماید، خواه ارز دیجیتال در حساب صرافی ـ اعم از داخلی یا خارجی ـ و یا کیف پول باشد، امکان توقیف دارایی وی فراهم خواهد گردید. در این فرض دادورز مکلف است در اجرای تکلیف مقرر در مادهٔ ۶۷ قانون اجرای احکام مدنی تعداد و نوع ارزهای دیجیتال موجود در حساب یا کیف وی را صورت‌برداری نماید. مطابق مادهٔ ۷۰ قانون مذکور در صورت اموال باید تاریخ و ساعت شروع و ختم عمل نوشته شود و به امضای دادورز و حاضران برسد. با توجه به نوسان مداوم قیمت ارزهای دیجیتال[1] تهیهٔ صورت اموال با جزئیات فوق ضرورت دارد؛ زیرا مطابق مادهٔ ۷۳ قانون اجرای احکام مدنی «ارزیابی اموال منقول حین توقیف به عمل می‌آید و در صورت اموال درج می‌شود». لذا قیمت ارز در لحظهٔ توقیف ملاک عمل است و همان قیمت منشأ تصمیم دادورز در توقیف یا عدم توقیف سایر اموال محکوم‌علیه خواهد بود.

پس از صورت‌بردای از ارزهای دیجیتال محکوم‌علیه توسط دادورز، ضروری است ممنوعیت و محدودیت‌هایی برای محکوم‌علیه ایجاد گردد تا وی نتواند ارزها را فروخته یا به غیر منتقل نماید. بر اساس مادهٔ ۷۷ قانون اجرای احکام مدنی: «اموال توقیف شده در همان جا که هست حفظ می‌شود مگر اینکه نقل اموال به محل دیگر ضرورت داشته باشد». درخصوص ارزهای دیجیتال که هر آن دسترسی محکوم‌علیه به آن‌ها امکان‌پذیر است حفظ آن‌ها در همان محل (حساب صرافی یا کیف پول محکوم‌علیه) مناسب نبوده و آن را در معرض انتقال به غیر قرار می‌دهد. لذا به حکم قسمت اخیر مادهٔ ۷۷ ضرورت دارد به‌جای دیگر منتقل شود. از سوی دیگر، انتقال ارزهای دیجیتال به بستری جز بسترهای دیجیتال غیرممکن است. ازاین‌رو دادورز حسب تکلیف قانونی باید آن‌ها را برای حفاظت به شخص دیگری به‌عنوان حافظ بسپارد. این امر مستلزم این است که حافظ کیف پول یا حساب صرافی داشته باشد یا اگر نداشته باشد باید تحت نظارت دادورز افتتاح حساب نماید تا دادورز بتواند ارزهای موجود را به حساب او منتقل نماید. همچنین باید به تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی به انتخاب دادورز، حافظ تعیین شود و توسط دادورز عملیات نقل و انتقال ارز به حساب حافظ انجام شود. سپس مطابق مادهٔ ۸۰ قانون اجرای احکام مدنی رونوشت صورت اموال به شخصی که مسئولیت حفظ را بر عهده گرفته تحویل و رسید اخذ گردد. از این لحظه حافظ نسبت به اموال توقیف شده امین است و حق ندارد ارزهای توقیف شده را مورد استفاده قرار داده یا به کسی بدهد و به‌طور

۱. برخلاف بازار بورس ایران که صرفاً از ساعت ۹:۰۰ تا ۱۲:۳۰ فعالیت دارد، فعالیت بازار ارزهای دیجیتال ۲۴ ساعته است. علاوه بر این، برخلاف بازار بورس، بازار ارزهای دیجیتال فاقد دامنهٔ نوسان است. بنابراین ممکن است در یک لحظه و یا یک روز ارزش یک ارز بیش از ۱۰۰ درصد افزایش و یا کاهش پیدا کند.

کلی هرگاه حافظ مرتکب تعدی یا تفریط گردد مسئول پرداخت خسارت وارده بوده و حق مطالبه اجرت هم نخواهد داشت.

۲-۱-۳. عدم ارائهٔ اختیاری دسترسی دادورز به حساب صرافی و کیف پول توسط محکوم‌علیه

چالش عمدهٔ پیشِ‌روی دادورز در مقام توقیف ارزهای دیجیتال ناظر بر فرضی است که محکوم‌علیه حاضر به همکاری با وی نبوده و دسترسی دادورز به حساب صرافی یا کیف پول خود را جهت صورت‌برداری و حفاظت از آن‌ها فراهم نمی‌نماید. پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا امکان الزام و اجبار محکوم‌علیه به ایجاد دسترسی و افشای نام کاربری و رمز عبور حساب صرافی یا کیف پول وجود دارد؟ مادهٔ ۶۴ قانون اجرای احکام مدنی در مبحث توقیف اموال منقول مادی بیان کرده: «اگر مال معرفی شده در جایی باشد که در آن بسته باشد و از باز کردن آن خودداری نمایند دادورز (مأمور اجرا) با حضور مأمور شهربانی یا ژاندارمری یا دهبان محل اقدام لازم برای باز کردن در و توقیف مال معمول می‌دارد و در مورد باز کردن محلی که کسی در آن نیست حسب مورد نماینده دادستان یا دادگاه بخش مستقل نیز باید حضور داشته باشد». با این حال به نظر می‌رسد این ماده در توقیف قهری ارزهای دیجیتال کارآیی لازم را نداشته باشد؛ چراکه بدون در اختیار داشتن نام کاربری و رمز عبور حساب صرافی یا کیف پول به‌هیچ‌وجه امکان بازگشایی حساب و توقیف ارزها وجود ندارد. ضمن اینکه ایجاد دسترسی به ارزهای دیجیتال محکوم‌علیه از طریق روش‌هایی مانند تهدید، شکنجه و هک فاقد محمل قانونی است؛ زیرا از یک طرف طبق اصل ۳۸ قانون اساسی، مادهٔ ۷ قانون آیین دادرسی کیفری و بند ۹ ماده‌واحدهٔ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی هرگونه شکنجه ممنوع است. از سوی دیگر، استفاده از هکر و باز کردن حساب محکوم‌علیه از این طریق می‌تواند مشمول مادهٔ ۷۲۹ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی قرار گرفته و با ممنوعیت مواجه است.

با منتفی شدن اقدام قهری در این حالت بسته به اینکه صرافی محکوم‌علیه داخلی باشد یا خارجی حالات ذیل قابل‌تصور است:

الف) محل نگهدای ارزهای دیجیتال صرافی یا کیف پول داخلی باشد

با توجه به اینکه در صرافی‌های ایرانی از متقاضیان احراز هویت صورت می‌گیرد و متقاضی باید ضمن ارسال تصویر خود و اوراق هویتی، شمارهٔ حساب بانکی متعلق به خود را ثبت نماید تا زمینهٔ بروز پولشویی منتفی گردد، امکان شناسایی و توقیف اموال محکوم‌علیه در صرافی‌های داخلی وجود دارد. در این حالت با اختیار حاصل از عبارت پایانی مادهٔ ۱۹ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های

مالی دادورز می‌تواند به مدیر صرافی دستور توقیف حساب محکوم‌علیه را در قبال محکومٌ‌به صادر نماید. بر اساس این ماده: «مرجع اجراکننده رأی باید به درخواست محکوم‌له به بانک مرکزی دستور دهد که فهرست کلیه حساب‌های محکوم‌علیه در بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری را برای توقیف به مرجع مذکور تسلیم کند. همچنین دادگاه باید به درخواست محکوم‌له یا خوانده دعوای اعسار به مراجع ذی‌ربط از قبیل ادارات ثبت محل و شهرداری‌ها دستور دهد که بر اساس نشانی کامل ملک یا نام مالک پلاک ثبتی ملکی را که احتمال تعلق آن به محکوم‌علیه وجود دارد برای توقیف به دادگاه اعلام کند. این حکم در مورد تمامی مراجعی که به هر نحو اطلاعاتی در مورد اموال اشخاص دارند نیز مجری است». به محض وصول دستور توقیف، مدیر صرافی مکلف به‌تبعیت از دستور دادورز است وگرنه مطابق مادهٔ ۲۰ قانون اخیرالذکر به انفصال درجهٔ شش از خدمات عمومی و دولتی محکوم می‌شود.[۱]

ب) محل نگهدای ارزهای دیجیتال صرافی یا کیف پول خارجی باشد

در این حالت توقیف دارایی محکوم‌علیه در صرافی خارجی امکان‌پذیر نخواهد بود. زیرا اولاً امکان مکاتبهٔ دادورز با آن‌ها وجود ندارد و ثانیاً صرافی خارجی در اجرای دستور واحد اجرای احکام، خود را با تکلیفی مواجه نمی‌بیند و ضمانت‌اجرای کیفری مذکور در مادهٔ ۲۰ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی نیز قابل‌اجرا نخواهد بود. در این فرض صرفاً اگر محکوم‌له دلایل اثباتی کافی بر وجود ارزهای دیجیتال محکوم‌علیه را ارائه نماید، می‌تواند در چهارچوب قانون نحوهٔ اجرای محکومت‌های مالی مانع اثبات ادعای اعسار او گردد و سپس از طریق بازداشت محکوم‌علیه و اعمال فشار غیرمستقیم، وی را به برقراری زمینهٔ دسترسی دادورز به دارایی‌های دیجیتال خود ملزم نماید. همچنین در راستای اعمال مادهٔ ۳ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی همه چیز دایر مدار محکوم‌له است و وی می‌تواند به محکوم‌علیه فرصت دلخواه خویش را جهت ارائهٔ دسترسی اعطا نماید (موحدیان، ۱۳۹۵: ۲۶۵).

علی‌رغم منتفی بودن امکان توقیف ارزهای دیجیتال موجود در صرافی‌های خارجی، چنانچه محل نگهداری ارز، کیف دیجیتال محکوم‌علیه باشد، امکان وصول محکومٌ‌به وجود دارد. چراکه این

۱. بر اساس نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۲۱۷ مورخ ۱۹/ ۰۳/ ۱۳۹۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: «با توجه به بند «ج» ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) و تبصره ۱ همین ماده، انفصال از خدمات دولتی و عمومی اعم از دائم یا موقت در واقع از موارد محرومیت از حقوق اجتماعی است که گاه به صورت مجازات اصلی و گاه تبعی یا تکمیلی اعمال می‌شود.»

کیف‌ها حاوی یک «کد بازیابی»[1] دوازده و بعضاً بیست و چهار کلمه‌ای هستند که هنگام ثبت‌نام در اختیار شخص قرار داده می‌شود. این کد حکم کلید گاوصندوق را دارد و هر کس آن را در اختیار داشته باشد رسماً مالک دارایی‌های موجود در کیف است. هدف از پیش‌بینی این کد برای زمانی است که شخص نام کاربری و رمز ورود به کیف خود را فراموش کرده یا گم کرده است. به همراه داشتن این کد بازیابی کلمه آخرین راه دستیابی شخص به دارایی‌های دیجیتال خود خواهد بود و با از دست دادن آن دیگر هیچ راهی برای ورود و دسترسی به دارایی‌ها وجود ندارد. از آنجا که این کد اهمیت زیادی دارد ممکن است محکوم‌علیه آن را در منزل نگهداری کند. در این مواقع دستیابی دادورز به کد مذکور به منزلهٔ دسترسی وی به ارزهای دیجیتال محکوم‌علیه است. ازاین‌رو دادورز می‌تواند با اختیار حاصل از مادهٔ ۶۴ قانون اجرای احکام مدنی و پس از اخذ اذن ورود به منزل محکوم‌علیه در چهارچوب ضوابط قانونی به نوشتهٔ حاوی کد دسترسی یافته و زمینهٔ توقیف دارایی‌های محکوم‌علیه را فراهم آورد.

۲-۳. ارزیابی قیمت ارز دیجیتال

یکی از وظایف مأمور اجرا در حین توقیف اموال منقول، ارزیابی قیمت اموال است. مادهٔ ۷۳ قانون اجرای احکام مدنی بیان کرده قیمت اموال را محکوم‌علیه و محکوم‌له به تراضی تعیین می‌کنند و هرگاه طرفین حاضر نباشند یا حاضر بوده اما توافقی ننمایند، ارزیاب معین می‌گردد. البته ارزیاب هم بدواً باید به تراضی طرفین معین شود و در صورت عدم تراضی، دادورز شخصی را از میان کارشناسان رسمی دادگستری یا اشخاص معتمد و خبره تعیین می‌نماید. در هر صورت اگر در حین توقیف به ارزیاب دسترسی نبود، مال به قیمتی که محکوم‌له بیان می‌کند، توقیف خواهد شد. این پرسش مطرح می‌شود که درخصوص ارزهای دیجیتال فرایند ارزیابی باید چگونه انجام شود؟ آیا آنچنان که قانون اجرای احکام مدنی تکلیف نموده، باید کارشناس و ارزیاب تعیین گردد یا اینکه ارزهای دیجیتال منصرف از این حکم است؟

همان گونه که بیان شد قیمت ارزهای دیجیتال ثابت نبوده و هر لحظه در حال تغییر است. نوسان مداوم و بعضاً فاحش ارزهای دیجیتال یک از خصایص بارز این ارزهاست. از این حیث مشابه سهام لیست شده در بازار سهام هستند که با مکانیزم عرضه و تقاضا قیمت‌گذاری شده و هر لحظه در حال تغییر هستند. مرجع دستیابی به قیمت لحظه‌ای این ارزها علاوه بر عددی که تابلوی صرافی نشان

1. Recovery Phrase

می‌دهد، سایت‌های معتبر و جهانی ارزهای دیجیتال هستند.[۱] هرچند در برخی موارد اختلاف جزئی میان قیمت لحظه‌ای مندرج در صرافی‌های مختلف دیده می‌شود، اما در حدی نیست که به روند قیمت‌گذاری و ارزیابی خدشه وارد نماید.

همان گونه که بیان شد دادورز مطابق قانون مکلف به ارزیابی اموال حین توقیف است. به نظر می‌رسد ارجاع امر به کارشناس در این خصوص طریقیت دارد و نه موضوعیت. چراکه کارشناس در تعیین قیمت اختیاری ندارد و صرفاً بازگوکنندهٔ قیمت رسمی جهانی آن ارز دیجیتال از منابع رسمی است. چیزی که شخص دادورز هم با اندک آشنایی با حوزهٔ ارزهای دیجیتال توان بررسی و انجام آن را دارد. اما اگر همین آشنایی اندک هم وجود نداشته باشد می‌تواند از کمک یک کارشناس بهره گیرد. چراکه کار کارشناس هم چیزی بیش از مراجعه به منابع رسمی و اعلام قیمت روز ارزها به دادورز نخواهد بود. کمااینکه در مورد مشابهی در پروندهٔ اجرایی مطروحه در واحد اجرای احکام مدنی بجنورد دادورز اجرای احکام از رئیس اتحادیهٔ طلافروشان شهرستان به‌عنوان کارشناس برای دستیابی به قیمت روز یک واحد بیت کوین استعلام نموده و رئیس اتحادیه نیز با مراجعه به سایت‌های معتبر قیمت زمان مراجعه را اعلام کرده است.

بر همین اساس می‌توان گفت سایر تکالیف مقرر برای مأمور اجرا در فرایند ارزیابی هم سالبه به انتفای موضوع است. هرچند تکالیفی ازجمله لزوم ابلاغ نظریه به طرفین و اعطای فرصت اعتراض به نظریه و ارجاع امر به هیئت کارشناسی ممنوعیت قانونی ندارند، اما اهمیت خود را از دست می‌دهند. چراکه قلمرو قرار کارشناسی اظهارنظر شخصی و استنباطی آنان نیست بلکه بازگو کردن قیمت ارزهای دیجیتال در روز و ساعت معین بر اساس قیمت صرافی‌ها است.

۳-۳. فروش ارز دیجیتال و تسلیم عوض آن به محکوم‌له

چالش دیگری که دادورز با آن مواجه می‌شود، تکلیف قانونی وی به برگزاری مزایده است. مطابق مادهٔ ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی «فروش اموال از طریق مزایده به عمل می‌آید». برگزاری مزایده نیز فرع بر رعایت تشریفات ویژه‌ای از قبیل انتشار آگهی مزایده و رعایت موعد قانونی از تاریخ انتشار آگهی و واریز ده درصد از مبلغ به حساب سپرده دادگستری قبل از روز مزایده و سایر تشریفات است. رعایت این تشریفات هرچند درخصوص اموال منقول عینی بسیار ضروری و حافظ منافع طرفین پروندهٔ اجرایی است، اما درخصوص اموال غیرمادی مانند ارزهای دیجیتال چنین ضرورتی ایجاب

۱. از جمله این پایگاه‌ها می‌توان به پایگاه‌های اینترنتی بین‌المللی coinmarketcap، crypyocompare و wlordcoinindex و پایگاه اینترنتی داخلی arzdigital اشاره کرد.

نمی‌کند. کمااینکه درخصوص نحوهٔ فروش سهام محکوم‌علیه نزد سازمان بورس امکان فروش از طریق دو روش فروش از طریق مزایده و فررش سهام از طریق بورس وجود دارد (شمس، ۱۳۹۸: ۳۵۵). هرچند با توجه به سهولت فروش سهام از طریق بورس، محاکم عموماً روش دوم (فروش سهام در بورس) را انتخاب می‌کنند. ازاین‌رو به نظر می‌رسد مأمور اجرا پس از توقیف ارز دیجیتال و سپردن آن به حافظ، بدون لزوم رعایت محدودیت‌های مرسوم در قانون اجرای احکام مدنی در مبحث مزایده، باید آن‌ها را از طریق یک صرافی معتبر داخلی یا خارجی فروخته و وجه آن را به محکوم‌له تسلیم نماید. توجیه چنین اقدامی در این مهم نهفته است که ارزهای دیجیتال اساساً به‌گونه‌ای نیستند که خارج از بستر صرافی‌ها قابل‌فروش باشند.

پرسش مرتبطی که در رابطه با ارزیابی و فروش ارز دیجیتال مطرح می‌شود ناظر بر زمان فروش ارزهاست. همان گونه که بیان شد قیمت ارزهای دیجیتال هر لحظه در حال تغییر است. لذا این پرسش مطرح می‌شود که تکلیف دادورز در این رابطه چیست؟ پاسخ به این پرسش در گرو توجه به اصل فوریت اجرای حکم به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر اجرای احکام مدنی است (امینی و نیکوبیان، ۱۳۹۶: ۲۰). مطابق مادهٔ ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی جز در موارد قانونی امکان تأخیر یا توقف اجرای حکم وجود ندارد. بنابراین دادورز باید پس از توقیف و سپردن آن‌ها به حافظ امین و رفع تمام موانع در اولین فرصت ممکن به قید فوریت ارز را بفروشد و مابه‌ازای آن را به محکوم‌له تسلیم نماید.

آنچه در رابطه با نحوهٔ فروش قابل‌توجه است عبارت از این است که هیچ‌یک از ارزهای دیجیتال به‌طور مستقیم در قبال ارزهای ملی کشورها قابل‌خرید و فروش نیستند. در واقع نمی‌توان به‌طور مستقیم یک ارز دیجیتال مانند بیت کوین را با پرداختن ریال یا دلار یا پوند و... خرید و فروش کرد. خرید و فروش در این حوزه قواعد خاص خود را دارد. در دنیای ارزهای دیجیتال یک یا چند ارز که معادل قیمت روز دلار آمریکا هستند طراحی شده‌اند که نقش وسیلهٔ پرداخت را در معاملات این ارزها ایفا می‌نماید. مهم‌ترین ارزی که چنین نقشی را ایفا می‌کند ارز «تتر» است. بنابراین دادورز در هر خرید یا فروشی باید از طریق این ارز اقدام به معامله کند. به‌عنوان مثال هنگام فروش ارز بیت‌کوین در صرافی باید جفت ارز تتر ـ بیت کوین را انتخاب نماید تا به محض فروش بیت کوین معادل قیمت آن به تتر به حساب فروشنده در صرافی واریز شود.

چنانچه در این مرحله بستر انتخابی دادورز برای فروش، یک صرافی ایرانی باشد باید از طریق تبدیل تتر به ریال (انتخاب جفت ارز تتر ـ ریال) آن را به شکلی درآورد که امکان برداشت آن از طریق شبکهٔ بانکی وجود داشته باشد. در نهایت درخواست ریال را در صرافی ثبت نموده تا در مهلت

مشخصی صرافی مبالغ ریالی را به حساب محکوم‌له واریز نماید. ضمن اینکه اگر صرافی‌ای که ارزهای محکوم‌علیه در آنجا طی مکاتبهٔ قبلی توقیف شده باشد، ایرانی باشد دادورز بدون دخالت در فرایند فروش و تبدیل ارزها، می‌تواند به مدیر صرافی دستور فروش فوری ارزها به قیمت روز و تبدیل آن‌ها به ریال و در نهایت واریز به حساب سپردهٔ دادگستری را صادر نماید. بدیهی است مدیر صرافی مکلف به‌تبعیت از دستور صادره بوده و در غیر این صورت مطابق ۱۷ قانون اجرای احکام مدنی قابل‌تعقیب خواهد بود.

همان گونه که پیش از این بیان شد چنانچه صرافی‌ای که ارزهای محکوم‌علیه در آن قرار دارد، خارجی باشد باید آن‌ها را هنگام توقیف صورت‌برداری نموده و به حافظ امین سپرده باشد و در هنگام فروش نیز به ناچار باید شخص دادورز در فرایند فروش آن‌ها مداخله و نظارت نماید. در اینجا دادورز می‌تواند ارز دیجیتال توقیف شده را به یک صرافی ایرانی منتقل نماید و سپس به فروش برساند که در این صورت مراحل کار تابع فرض فوق‌الذکر است. چنانچه آن را در همان صرافی خارجی به فروش برساند به ناچار باید وجوه اولیه حاصل از فروش (ارز تتر) را به آدرس یکی از صرافی‌های معتبر ایرانی منتقل نماید و پس از انتقال، درخواست تبدیل آن به ریال و برداشت از شبکه بانکی را ثبت کرده و در پایان وجوه ریالی را به محکوم‌له تسلیم نماید.

۴-۳. اعادهٔ عملیات اجرایی در ارزهای دیجیتال

اجرای حکم آخرین مرحلهٔ اختلاف طرفین نیست و ممکن است تمام آنچه به‌عنوان عملیات اجرایی اتفاق افتاده است، اعاده گردد و به دنبال آن اختلاف‌های جدیدی به وجود آید. گاهی تضمین‌هایی که برای صحت رأی در قانون پیش‌بینی شده کافی نیست و رأی به دلایل مختلف در معرض نقض قرار می‌گیرد. گاهی نیز دلیلی یافت شده و مبنای اعادهٔ دادرسی قرار می‌گیرد و یا حکمی غیابی بوده و از آن واخواهی می‌شود یا رأیی موقتاً اجرا شده ولی در مرجع بالاتر نقض می‌شود. در تمام این حالات که از آن به‌عنوان اعادهٔ عملیات اجرایی یاد می‌شود باید آنچه از دارایی محکوم‌علیه خارج شده، بازگردد و خسارت وارده نیز جبران شود (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۴۷۳). مادهٔ ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی در این مورد بیان کرده: «هرگاه حکمی که به موقع اجرا گذارده شده بر اثر فسخ یا نقض یا اعاده دادرسی به‌موجب حکم نهایی بلااثر شود عملیات اجرایی به دستور دادگاه اجراکننده حکم به حالت قبل از اجرا بر می‌گردد و در صورتی که محکوم‌به عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد دادورز (مأمور اجرا) مثل یا قیمت آن را وصول می‌نماید. اعاده عملیات اجرایی به دستور دادگاه به ترتیبی که برای اجرای حکم مقرر است بدون صدور اجراییه به عمل می‌آید».

چالش پیشِ روی دادورز در اعادهٔ عملیات اجرایی در ارزهای دیجیتال در فرضی بروز می‌کند که

از زمان اجرای حکم تا زمان اعادهٔ عملیات اجرایی، قیمت ارز دیجیتال دچار نوسان شدیدی در جهت کاهش یا افزایش شده باشد. امری که با توجه به نوسان‌های مداوم در قیمت ارزهای دیجیتال بعید نبوده و محتمل‌الوقوع است. حال این پرسش پیش روی دادورز قرار می‌گیرد که در راستای اعادهٔ عملیات اجرایی و اعادهٔ وضع به حال سابق باید چگونه عمل کند؟

در پاسخ به این پرسش باید به وجوه کلی نحوهٔ ارتباط ارزهای دیجیتال با فرایند اجرای احکام نگریست و پاسخ متناسب با هر فرض را در قانون و دکترین حقوقی جست‌وجو کرد. فرض نخست زمانی است که محکومٌ‌به مستقیماً مرتبط با یک ارز دیجیتال بوده و تسلیم یا استرداد نوع و مقدار مشخصی از یک ارز مورد حکم دادگاه قرار گرفته است. از قبیل اینکه محکومٌ‌به، تحویل یک واحد بیت‌کوین بوده باشد و به محکوم‌له تحویل شده و سپس حکم صادره نقض شده و در این مدت بیت‌کوین دچار نوسان قیمت شده است. در این فرض اگر نوسان قیمت در جهت افزایش قیمت بوده باشد نظر به اینکه محکومٌ‌به ارز دیجیتال بوده، دادورز تکلیفی جز استرداد همان ارز از محکوم‌له و تحویل به محکوم‌علیه ندارد. با این اقدام دادورز اعادهٔ عملیات اجرایی انجام گرفته و افزایش قیمت ارز در این مدت نیز نمی‌تواند تأثیری بر موضوع داشته باشد؛ چراکه در این فرض عین محکومٌ‌به که در این فرض مال مثلی است (مددی و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۲۸) به محکوم‌علیه برگشته است و این افزایش قیمت ناشی از کار محکوم‌له نبوده تا مستحق چیزی باشد. مؤید این دیدگاه وحدت ملاک مادهٔ ۲۸۷ قانون مدنی در موضوع اقاله است که بیان کرده منافع متصل موضوع قرارداد (مانند افزایش قیمت) در فاصلهٔ عقد تا اقاله به مالک نخستین (در اینجا محکوم‌علیه) باز می‌گردد. زیرا فزونی قیمت در این فرض ناشی از کار محکوم‌له نبوده تا مستحق دریافت فزونی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲۳)، بلکه ناشی از روند بازار کریپتو بوده است. همچنین اگر نوسان قیمت در جهت کاهش بوده باشد و از زمان اجرای حکم تا اعادهٔ آن، قیمت ارز دیجیتال کم شده باشد باز هم تأثیری در تکلیف دادورز در مقام اجرای مادهٔ ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی ندارد و با استرداد همان نوع و مقدار ارز، بازگرداندن عملیات اجرایی پایان می‌پذیرد و چنانچه محکوم‌علیه مدعی تضییع حق یا ورود خسارتی باشد از آنجا که رسیدگی به این ادعاها در محدودهٔ حکم اجرایی نقض شده نبوده در چهارچوب اعادهٔ عملیات اجرایی قرار نمی‌گیرد و محکوم‌علیه باید برابر قواعد عام طرح دعوی نموده و در قالب دعوی مستقلی دعوی خود را پیگیری نماید (شمس، ۱۳۹۸: ۵۹۱).

چالش دیگر در رابطه با فرض فوق زمانی است که چنانچه ارز موضوع حکم (محکومٌ‌به) صرف‌نظر از کاهش یا افزایش قیمت آن، اساساً در دسترس محکوم‌له نباشد و وی نتواند یا نخواهد آن را برگرداند. در این حالت تکلیف دادورز در اعادهٔ عملیات اجرایی چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت

مطابق مادهٔ ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی دادورز باید مثل یا قیمت آن ارز را وصول نماید. در هر حال تهیه مثل آن ارز دیجیتال هم مستلزم پرداخت قیمت آن است و این مسئله پیش می‌آید که قیمت چه زمانی ملاک عمل است. قیمت زمان اجرای حکم یا قیمت زمان اعادهٔ حکم؟ در پاسخ باید گفت همان ملاکی که در زمان اجرای حکم رعایت می‌شود باید در زمان اعادهٔ حکم هم رعایت شود. چراکه قانون‌گذار در قسمت اخیر مادهٔ ۳۹ صراحتاً بیان کرده: «اعاده عملیات اجرایی به دستور دادگاه به ترتیبی که برای اجرای حکم مقرر است به عمل می‌آید». با نگاهی به قانون در می‌یابیم ترتیبی که برای اجرای حکم در این وضعیت مقرر شده مادهٔ ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی است که بیان داشته اگر عین محکومٌ‌به تلف شده یا در دسترس نباشد قیمت آن وصول می‌شود. هرچند ارز دیجیتال عین معین در معنای واقعی کلمه نیست و مالی مثلی و کلی است، اما بهتر است از وحدت ملاک همین ماده استفاده شود. البته مادهٔ ۴۶ درخصوص قیمت زمان اجرا و یا قیمت زمان اعاده ساکت است و به ناچار باید به قواعد عام حقوق مدنی مراجعه کرد و گفت ید محکوم‌له نسبت به ارز دیجیتالی که گرفته غصبی تلقی می‌شود و مطابق مادهٔ ۳۱۲ قانون مدنی «هرگاه مال مغصوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین‌الاداء را بدهد». این ماده که برگرفته از نظر مشهور فقهاست هم درخصوص عین معین و هم مال مثلی قابل‌اجراست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۲). بنابراین دادورز باید به میزان قیمت روز اعادهٔ اجرای حکم از سایر اموال محکوم‌له توقیف نماید و از محل وجوه حاصل از فروش آن‌ها ارز دیجیتال موضوع حکم دادگاه (محکومٌ‌به) را به وی برگرداند.

حتی در فرضی که قیمت حین‌الاداء (زمان اعادهٔ عملیات اجرایی) کمتر از بالاترین قیمت (اعلی القیم) باشد هم همین قاعده قابل‌اجراست. مثلاً اگر قیمت بیت‌کوین در زمان اجرای حکم معادل ده میلیارد ریال بوده و پس از اجرای حکم به پانزده میلیارد ریال هم رسیده ولی در زمان اعادهٔ عملیات اجرایی به هشت میلیارد ریال کاهش یافته است است به نظر می‌رسد چون آنچه از محکوم‌علیه گرفته شده باید همان به وی مسترد شود ـ که استردادش هم ملازمه با توقیف و فروش اموال محکوم‌له و خرید آن به قیمت روز دارد ـ بنابراین با پرداخت همان هشت میلیارد ریال به محکوم‌علیه، عملیات اجرایی اعاده گردیده است. کمااینکه اگر مرحلهٔ اجرای حکم بود ذمهٔ وی با پرداخت قیمت روز بیت‌کوین در برابر محکوم‌له بری می‌شد.

فرض دوم ناظر به زمانی است که محکومٌ‌به ارز دیجیتال نبوده بلکه به‌عنوان مال از طرف محکوم‌علیه یا ثالث برای اجرای حکم معرفی شده یا دادورز به کمک محکوم‌له آن را شناسایی و جهت اجرای حکم توقیف و سپس مبادرت به فروش نموده و از محل وجوه حاصل از فروش، حکم دادگاه را اجرا کرده است. در این فرض ارز دیجیتال محکومٌ‌به نبوده تا مطابق مادهٔ ۳۹ قانون اجرای

احکام به صرف استرداد آن به محکوم‌علیه اعادهٔ عملیات اجرایی انجام شود. بلکه محکومٌ‌به اجرای یک تعهد مالی دیگر از قبیل پرداخت ثمن یا پرداخت خسارت بوده که از محل ارز دیجیتال اجرا شده است. در این فرض اعادهٔ عملیات اجرایی دایرمدار همان مبلغی است که از محکوم‌علیه وصول و به محکوم‌له داده شده است. همان مبلغ محکومٌ‌به ملاک عمل دادورز است و باید از محکوم‌له مسترد شود و اگر امتناع کرد با توقیف اموال او که ازجملهٔ آن‌ها می‌تواند ارزهای دیجیتال وی باشد و فروش آن‌ها، معادل آنچه را از محکوم‌علیه اخذ شده بازستاند. اما در اینکه آیا محکوم‌علیه می‌تواند خسارت تأخیر تأدیه موضوع مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را ضمن اعادهٔ عملیات اجرایی مطالبه کند یا خیر اختلاف‌نظر است. برخی معتقدند طبق مادهٔ ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی فقط عملیات اجرایی بازگردانده می‌شود و برای مطالبهٔ این خسارت باید مطابق قواعد عام طرح دعوا گردد (شمس، ۱۳۹۸: ۵۷۸). برخی دیگر معتقدند با توجه به اینکه مادهٔ ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی از ترتیبات اجرای احکام سخن می‌گوید و مفاد مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز از وجه رایج به‌نحو مطلق یاد می‌کند، لذا دریافت خسارت در حین اعادهٔ عملیات اجرایی اولیٰ است (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۴۸۱). به نظر می‌رسد نظر اول با ظاهر قانون و قلمرویی که قانون از اعادهٔ عملیات اجرایی توصیف می‌کند، انطباق بیشتری دارد.

نتیجه

مرحلهٔ اجرای حکم به‌عنوان آخرین مرحلهٔ فرایند دادرسی از منظر مقام قضایی، خواهان و خواندهٔ دعوی حایز اهمیت است. چراکه در این مرحله مقام قضایی ثمرهٔ تصمیمی که در مرحلهٔ دادرسی اتخاذ کرده را می‌بیند، خواهان که پس از صدور حکم به محکوم‌له تغییر عنوان یافته به خواستهٔ خود می‌رسد و خوانده که در این حالت به وی محکوم‌علیه اطلاق می‌شود ملزم به پرداخت حکم یا انجام امری می‌شود.

در دعاوی که جنبهٔ مالی دارد و حکم صادره متضمن الزام محکوم‌علیه به پرداخت یا تحویل مالی است، اجرای حکم مستلزم پیدا کردن اموالی از محکوم‌علیه است. گرچه در گذشته اموال افراد به زمین، ماشین، وجه نقد و سایر اموال عینی و ملموس محدود می‌شد ولی امروزه در پرتو توسعهٔ فناوری دیجیتال اموال جدیدی مانند ارزهای دیجیتال مطرح شده که به‌عنوان بخش مهم و ارزشمندی از دارایی افراد مطرح می‌گردد. فارغ از فنی بودن معاملهٔ این اموال، سیال بودن قیمت آنان، مقبولیت عمومی جهانی، هزینهٔ کم نگهداری و ارزش بالای قیمتی آنان نسبت به سایر اموال موجب شده که به‌عنوان منبع مناسبی جهت اجرای احکام قضایی مطرح گردد.

با نگاهی به یافته‌های تحقیق، پاسخ به پرسش اصلی تحقیق که قابلیت یا عدم قابلیت توقیف و

فروش ارزهای دیجیتال در اجرای احکام مدنی بود، به دست آمده و فرضیهٔ اولیه تحقیق مبنی بر وجود این قابلیت تأیید گردید و مشخص شد که چنانچه این ارزها به‌عنوان دارایی محکوم‌علیه معرفی و درخواست شود باید مبلغ محکوم‌به از آن پرداخت گردد و متصدیان اجرای حکم اعم از قاضی اجرای احکام و مدیران و دادورزان نمی‌توانند در قبال معرفی چنین اموالی بی‌تفاوت باشند. بلکه باید از طریق ارائهٔ اختیاری یا غیراختیاری دسترسی به محل ارزها نسبت به توقیف و سپس فروش آن اقدام نمایند. البته قوانین موجود پاسخ‌گوی سؤال‌های احتمالی که ممکن است مطرح شود، نیست. مضاف بر این، معاملهٔ این ارزها نیازمند دانش تخصصی است که به نظر می‌رسد در حال حاضر واحدهای اجرای احکام و دادورزان آشنایی کافی با آن ندارند. در معدود مواردی که پرونده‌ای در این مورد تشکیل شده، اقدامات انجام شده نیز صرفاً نتیجهٔ اجتهاد و دانش فردی مأموران اجرا بوده است. شایان ذکر است اختیارات اجرایی و توقیفی دادورزان به شرح منعکس در این تحقیق برگرفته از عمومات قانون اجرای احکام مدنی ازجمله مواد ۱۴، ۲۴ و ۵۰ است.

در پایان دو پیشنهاد هم قابل‌ذکر به نظر می‌رسد: نخست اینکه به‌منظور وحدت‌رویه در اجرای احکام مرتبط با این ارزها ضروری است از طریق هم‌اندیشی با متخصصان این حوزه ضوابط توقیف و فروش ارزهای دیجیتال در حوزه اجرای احکام مدنی تدوین و در قالب شیوه نامه‌ای سراسری به مراجع قضایی ابلاغ گردد. یقیناً در کنار تدوین و ابلاغ این ضوابط، جذب و به‌کارگیری متخصصان آشنا به حوزه ارزهای دیجیتال و یا آموزش کارکنانی که مشغول به کار هستند، ضرورتی انکارناپذیر خواهد بود. دوم اینکه چنانچه در آینده یک یا چند ارز دیجیتال ایرانی و ملی ایجاد گردد این ارزهای ملی ممکن است داخلی یا بین‌المللی باشند. چنانچه داخلی باشند برخلاف سایر ارزهای دیجیتال متمرکز خواهند بود و به پشتوانهٔ ریال فعالیت خواهند کرد و توسط بانک مرکزی صادر و توزیع خواهند شد و قابلیت استخراج هم نخواهد داشت و فقط قابلیت استفاده در ایران را خواهد داشت. در این حالت پیشنهاد می‌شود مجلس یا دولت از طریق وضع قانون یا آیین‌نامه هر نوع ورود و دسترسی به سامانه‌های معاملاتی رمزارزهای ملی را منوط به ثبت‌نام رسمی و احراز هویت افراد نماید تا متصدیان اجرای احکام در زمان توقیف و ارزیابی این ارزها با موانعی از قبیل عدم تشخیص مالک قانونی و رسمی آن‌ها برخورد نکنند. بدیهی است در این حالت توقیف و فروش آن‌ها در فرایند اجرای احکام مدنی با سهولت همراه خواهد بود. اما چنانچه رمزارز ایرانی واجد جنبهٔ بین‌المللی باشد در این صورت در صرافی‌های بین‌المللی ذکر خواهد شد و پشتوانهٔ آن ریال نخواهد بود بلکه دارایی‌هایی از قبیل طلا و... خواهند بود که در این صورت نحوهٔ توقیف آن‌ها مطابق روش‌هایی خواهد بود که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت. در همین فرض هم پیشنهاد می‌شود اولاً، دولت در ساماندهی

این حوزه تعلل نکند و با تصویب مقرراتی الزام‌آور صرافی‌های ایرانی را ملزم به احراز هویت دقیق کاربران نماید. ثانیاً، دسترسی مقامات قضایی به اطلاعات مندرج در سامانه‌های معاملاتی جهت توقیف دارایی‌های دیجیتال محکومین امکان‌پذیر گردد. ثالثاً، مقنن باید متصرفین این‌گونه دارایی‌ها را نزد ادارات و محاکم قضایی مالک رسمی و قانونی آن‌ها تلقی نماید و در واقع با بنا نمودن یک فرض قانونی، متصرفین را مالک قانونی بداند تا محکومین اجرای احکام نتوانند در محاکم قضایی ادعای تعلق آن‌ها به غیر را مطرح نمایند.

منابع

فارسی

- امینی، منصور و امیر نیکوبیان (۱۳۹۶)، «مفهوم‌شناسی اصول اجرای احکام مدنی»، **مجله حقوقی دادگستری**، شمارهٔ ۹۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، **المدونه**، چاپ اول، تهران: نشر کتابخانه گنج دانش.
- خادمان، محمود، ابوطالب کوشا و فاطمه نوری (۱۴۰۰)، «شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۵، شمارهٔ ۱۱۵.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خلیلی پاجی، عارف و باقر شاملو (۱۴۰۰)، «جرم‌انگاری در حوزه رمزارزها»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، شمارهٔ ۲۱.
- حبیب‌زاده، طاهر (بی‌تا)، «رمزارزها در بستر مبانی فقهی و حقوقی و سیاست‌گذاری ایران»، قابل‌دسترس در www.drhabibzadeh.com.
- روشن، محمد، مصطفی مظفری و هانیه میرزایی (۱۳۹۸)، «بررسی فقهی و حقوقی بیت کوین»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دورهٔ ۲۲، شمارهٔ ۸۸.
- سلیمانی‌پور، محمدمهدی، حامد سلطانی‌نژاد و مهدی پورمطهر (۱۳۹۸)، «بررسی فقهی پول مجازی»، **فصلنامه تحقیقات مالی اسلامی**، شمارهٔ ۲.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، **اجرای احکام مدنی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: دراک.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **اعمال حقوقی**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **اموال و مالکیت**، چاپ بیست و هفتم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، **حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد**، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدعلی‌نژاد، بهزاد و شهاب فرقانی (۱۳۹۷)، «بررسی جنبه‌های استفاده از ارزهای دیجیتال بر تجارت الکترونیک در ایران»، **کنفرانس بین‌المللی نوآوری در مدیریت کسب‌وکار و اقتصاد**، تهران.
- مددی، مهدی، محسن قائمی خرق و قاسم شفیعی (۱۴۰۰)، «جستار فقهی حقوقی در مسئله قانونمندسازی ارزهای رمزنگاری شده»، **فصلنامه مجلس و راهبرد**، شمارهٔ ۱۰۵.
- موحدیان، غلامرضا (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی و اجرای احکام مدنی**، چاپ سوم، تهران: فکرسازان.

انگلیسی

- Okic, S., Cvetkovic, A., Adamovic, S., Ristic, N., Spalevic, P. (2019), "Comparative Analysis of Cryptocurrency Wallets Vs Traditional Wallets", **Ekonomika**, Vol. 65 (3).
- DeVries, P.D. (2016), "An Analysis of Cryptocurrency, Bitcoin, and the Future", **International Journal of Business Management and Commerce**, Vol. 1 (2). http://www.eghtesadonline.com/n32Q3
- Lansky, J. (2018), "Possible State Approaches to Cryptocurrencies", **Journal of Systems Integration**, Vol.9 (1).

- Russolillo, S., Jeong, E.Y. (2018), "Cryptocurrency Exchanges Are Getting Hacked Because It's Easy", **The Wall Street Journal**.
- Sood, A.K., Bansal, R., Enbody, R., Cybercrime: Dissecting the State of Underground Enterprise, IEEE Internet Computing, No.1, 2013.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.546398.4651

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۳۰۷ تا ۳۲۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۲۵

قاعدهٔ جمجمهٔ نازک
در حقوق کامن‌لا و حقوق کیفری ایران

جلال‌الدین قیاسی*

چکیده

در نظام کامن‌لا طبق قاعدهٔ «جمجمهٔ نازک» مجرم باید قربانی خود را همان گونه که هست یعنی با ملاحظهٔ تمام واکنش‌های محتمل قهری و اختیاریِ قربانی در نظر بگیرد. این مسئله در حیطهٔ واکنش‌های جسمی و روانی قربانی که اموری قهری هستند و همچنین عکس‌العمل ناشی از مصلحت‌اندیشی‌های عقلائی، آن‌چنان که در مورد مکرَه یا مضطر شاهد هستیم در هر دو نظام با اندک تفاوتی، امری مورد تسالم است و در استناد حادثه مورد لحاظ قرار می‌گیرد. در این مقاله با روش تحلیلی ـ توصیفی بررسی خواهد شد که در حیطهٔ واکنش‌های اختیاری برخاسته از اعتقادات قربانی مانند اینکه وی به دلایل مذهبی مانع درمان خود شود یا در عکس‌العمل به رفتار متهم صدمه‌ای بر خود وارد آورد، برخورد دو نظام چگونه خواهد بود. در حقوق کامن‌لا در پروندهٔ معروف بلاو و یا موارد دیگر، چنین عکس‌العملی پذیرفته شده و آن را قاطع رابطهٔ علیت ندانسته‌اند اگرچه برخی از حقوق‌دانان آن را مورد رد و نقد قرار داده‌اند. اما در حقوق ایران بر اساس قواعد فقهی و قوانین موضوعه چنین عکس‌العمل‌هایی قاطع رابطهٔ علیت است و مانع استناد حادثه به متهم می‌شود.

واژگان کلیدی: جمجمهٔ نازک، قربانی، نظام حقوقی کامن‌لا، نظام حقوقی ایران

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران jalalghiasi2001@yahoo.com

مقدمه

در حقوق کامن‌لا بر اساس قاعدهٔ «جمجمهٔ نازک[1]» قاتل باید قربانی خود را همان گونه که هست در نظر بگیرد[2]. یعنی جارح باید شرایط روحی و جسمی و حتی عقاید قربانی یعنی عکس‌العمل‌های ناشی از وضعیت خاص روحی و ذهنی قربانی و آثار فیزیکی مؤثر بر جسم وی که ناشی از رفتار جانی بوده را مدنظر قرار دهد. قاعدهٔ مذکور با نام دیگری یعنی جمجمهٔ پوست تخم‌مرغی[3] نیز شناخته می‌شود. این قاعده در هر دو رشته از حقوق یعنی مسئولیت مدنی و حقوق کیفری کاربرد دارد، بلکه اولین پروندهٔ مستند قاعده (Dulieu v. White and Sons 1901) مربوط به مسئولیت مدنی بوده که با فاصلهٔ هفت سال مقدم بر پروندهٔ هیوارد (۱۹۰۸) در امور کیفری است. اما با توجه به رویهٔ قضایی به نظر می‌رسد که رد پای قاعدهٔ جمجمهٔ نازک در رویهٔ قضایی آمریکا قدیمی‌تر از رد پای این قاعده در رویهٔ قضایی انگلیس است (عالی پناه و خدائی، ۱۳۹۹: ۳۲۷). در نظام حقوقی انگلستان در هر دو مسئولیت قراردادی و قهری، قابلیت پیش‌بینی ضرر شرط جبران خسارت است اما به‌عنوان یک استثناء طبق قاعدهٔ جمجمهٔ نازک، واردکنندهٔ زیان مسئول همهٔ خساراتی است که به شخص زیان‌دیده وارد شده است، حتی اگر این زیان بیش از مقدار قابل‌پیش‌بینی باشد. قاعدهٔ یادشده در مسئولیت مدنی در تقصیر عمدی و غیرعمدی و مسئولیت محض به کار گرفته می‌شود. (صفری و صفریان، ۱۳۹۶: ۸۰).

از آنجا که مسئولیت مدنی خسارات بدنی را نیز شامل می‌شود به‌طور طبیعی قاعدهٔ مذکور به موارد کیفری خسارات بدنی و قتل نیز سرایت کرده است. البته در اعمال قاعده باید همواره به تفاوت مسئولیت کیفری و مدنی و رعایت رکن روانی در مسئولیت کیفری توجه داشت (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۳۰۸).

در مسئولیت مدنی این قاعده در مورد خسارت‌های بدنی است اما در مورد خسارت ناشی از فقدان درآمد به قاعدهٔ مشابهی به نام میلیونر ژنده پوش[4] استناد می‌شود که مضمونی مشابه دارد و باید تمام خسارت ولو قابل‌پیش‌بینی نباشد پرداخت شود. طبق قاعدهٔ میلیونر ژنده‌پوش، خوانده (واردکنندهٔ زیان) باید خواهان (زیان‌دیده) را به‌گونه‌ای که هست بپذیرد، نه آن گونه که تصور و پیش‌بینی می‌کرده است. در تبیین این قاعده چنین گفته شده است: «چگونه می‌توان خسارت شکستن دست جراح یا هنرمندی را با بیکاره‌ای دغل برابر داشت و دم از عدالت‌خواهی زد؟» (کاتوزیان، ۱/۱۳۷۴: ۵۹).

1. Thin skull
2. Accused must take his victim as he find him
3. egg-shell skull
4. Shabby Millionaire Rule

در حقوق کیفری کامن‌لا، قاعدهٔ جمجمهٔ نازک در دعوای هِیوارد[1] ۱۹۰۸ مطرح شد. وی قصد داشت وقتی به خانه برگشت زنش را مورد ضرب و جرح قرار دهد. پس از بازگشت میان آن‌ها بگومگویی رخ داد و او با تهدیدات خشونت‌آمیز همسرش را از خانه فراری داد، همسر او در جاده غش کرد و مُرد. ادلهٔ پزشکی بیانگر آن بود که خانم هیوارد به وضعیت غیرمتعارفی مبتلا بود که هرگونه ترکیبی از ترس یا هیجان قوی همراه با تقلای بدنی موجب مرگش می‌شد. قاضی ریدلی[2] هیئت منصفه را راهنمایی کرد که لازم نیست انجام هیچ‌گونه خشونت بدنی ثابت شود بلکه مرگِ ناشی از ترس، به‌موجب یک عمل غیرقانونی مانند تهدید یا خشونت بوده کافی است» (Allen, 2007: 37).

در آن حادثه آقای هیوارد سبب و همسر وی مباشر بوده است که با خروج از خانه دچار مرگ می‌شود. اگرچه خروج خانم هیوارد از خانه عملی اختیاری بوده و باید علی‌القاعده رابطهٔ علیت را قطع کند ولی به‌دلیل بیماری‌ای که شوهر از آن خبر داشته، متهم سبب اقوی شناخته شده و مرگ به او منتسب شده است: «متهم در مقام دفاع نمی‌تواند بگوید جراحت یا مرگ قربانی ناشی از شرایط بدنی وی بوده است. در قضیهٔ هیوارد قاضی ریدلی تأکید کرد که شوهر موجب مرگ زن شده است و اینکه مرگ زن تا اندازه‌ای ناشی از شرایط پزشکی او بوده سخنی نامربوط است (Herring, 2006: 119). آشورث در مثالی دیگر چنین بیان می‌کند: «اگر متهم مرتکب یک تهاجم مختصر بر قربانی هموفیلی شود و او با این تهاجم بمیرد، این قاعده اعمال می‌شود تا متهم را مسئول مرگ به‌نحو تسبیب بشناسند» (Ashworth, 1992: 107).

قاعدهٔ جمجمهٔ نازک اصالتاً برای لحاظ شرایط جسمی و روانی قربانی توسط جانی، که در نظام حقوق اسلام و ایران نیز مورد تأیید قرار گرفته به‌کار می‌رفته اما بعدها معنای موسعی یافته است و حتی عقاید اشخاص را شامل شده است. البته اِعمال این قاعده در زمینهٔ اعتقادات مذهبی مورد اختلاف واقع شده و برخی آن را قابل‌اعمال نمی‌دانند زیرا اعتقادات مانند شرایط روانی و جسمانی نیست و قربانی را آسیب‌پذیر نمی‌سازد در مقابل گروهی معتقد به اعمال آن هستند زیرا اعتقادات بخش ذاتی وجود انسان است (صفری و صفریان، ۱۳۹۶: ۸۶). اما در هر حال در رویهٔ قضایی: «این قاعده که متهم باید قربانی خود را آن گونه که هست در نظر بگیرد محدود به نتایج حاصل از شرایط جسمی یا روحی قبلی نشده بلکه توسعه یافته تا وضعیت ذهنی و عقاید مذهبی را نیز در بر بگیرد» (Allen, 2007:37). اوج توسعهٔ این قاعده در قضیهٔ بلاو[3] است که به تفصیل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

1. Haywrard
2. Ridley
3. Blaue

این مسئله در حقوق کیفری و مسئولیت مدنی در دو جا مورد بررسی قرار گرفته است. یکی در بحث از شرط پیش‌بینی‌پذیری جهت مسئولیت مدنی یا کیفری و دیگری تأثیر عامل حائل در مسئولیت‌های یاد شده. در حقوق اسلامی و ایران نیز مفاد اجمالی این قاعده، در بند پ مادهٔ ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی یکی از عوامل مؤثر در قتل عمد شمرده شده است.

اجرای این قاعده در موارد روشنی مانند بیماری، پیری و کودک بودن قربانی با ابهام روبه‌رو نیست اما در حالاتی دیگر محل تأمل است. به‌عنوان مثال در برخی از نقاط ایران که به شکل افراطی به مسئلهٔ ناموسی حساسیت دارند، حتی ورود قانونی مأمور دولت به خانهٔ کسی ممکن است منجر به عکس‌العمل غیرمتعارف بانوان در خانه و ایراد آسیب به خود شود. نمونهٔ عینی این مسئله در زندان‌های یوگوسلاوی رخ داد که برای ایذاء مسلمانان جهت تغذیه به آنان گوشت خوک می‌دادند و بسیاری از آنان با امتناع از خوردن به‌طور طبیعی دچار سوء تغذیه و آسیب‌های شدید جسمی و گاه مرگ می‌شدند. منع از درمان، درمان‌های غیرصحیح به علل خرافی، ایراد آسیب بدنی به خود یا دیگری بنا بر اعتقادات غیرصحیح، همه در زمرهٔ رفتارهای برخواسته از اعتقادات قربانی است که گاه چون غیرقابل‌پیش‌بینی است، علی‌القاعده نباید به مرتکب نسبت داده شود. سؤال آن است که اگر کسی با علم و اطمینان از چنین عکس‌العمل‌هایی از جانب قربانی، سبب آن‌ها شود آیا حادثه به او یا قربانی یا هر دوی آن‌ها مستند خواهد بود؟ آیا قاعده‌ای که می‌گوید باید قربانی را همان طور که هست در نظر گرفت در حیطهٔ افکار و اعتقادات نیز جاری می‌شود؟ هدف این مقاله بررسی تطبیقی این قاعده در حقوق ایران و کامن‌لا است. مسئلهٔ بحث‌برانگیزی که در ذیل این قاعده در حقوق کامن‌لا مورد حکم قرار گرفته پروندهٔ معروف بلاو است که تقریر این مقاله بیشتر بر محور بررسی آن صورت خواهد گرفت.

۱. صُوَر مسئله

هنگام درگیری با یک انسان متعارف، میزان خسارات بدنی و نوع عکس‌العمل روانی وی در حد متعارف برای ما شناخته شده است. مثلاً می‌دانیم چنانچه سوزنی را در سر کسی فرو کنیم، استخوان سخت جمجمه مانع از ورود آن به مغز خواهد شد و ما با خونریزی اندکی در ناحیهٔ پوست سر روبه‌رو خواهیم شد. ضربهٔ یک خط‌کش به عضلات ران نه موجب شکستگی بلکه تنها موجب کوفتگی مختصری خواهد شد. زندانی به‌طور متعارف در اثر یک روز گرسنگی نخواهد مُرد، اما ریختن اسید در چشم منجر به نابینایی خواهد شد و امثال این‌ها.

در پرونده‌های آسیب بدنی، لحاظ نمودن همین عکس‌العمل متعارف بدن است که مدار مسئولیت کیفری، رکن روانی، نوع قتل، نوع آسیب جسمی و میزان مجازات در حقوق کیفری است. به نظر می‌رسد تصویر دقیق مسئله، شامل چهار حالت است:

حالت اول) شرایط جسمی مانند پیری، کودکی، بیماری و عکس‌العمل‌های جسمانی ناشی از آن. حالت دوم) شرایط روان‌شناختی و روحی مانند عکس‌العمل‌های ناشی از بیماری‌های عصبی و روانی. حالت سوم) عکس‌العمل‌های ناشی از مصلحت‌اندیشی عقلائی یک فرد سالم و متعارف در حالاتی مانند اکراه و اضطرار. حالت چهارم) شرایط فکری و ذهنی که شامل عقاید و افکار وایمان انسان به اموری است که عکس‌العمل‌های او را در رفتارهای اختیاری شکل می‌دهد.

۱-۱. شرایط جسمی

به نظر می‌رسد هر دو نظام می‌پذیرند اگر قربانی از ضعفی بدنی مانند کودکی یا پیری یا بیماری رنج ببرد متهم باید آن را مد نظر قرار دهد و فرار از مسئولیت با این عذر که مرگ یا صدمه بدنی، جزئاً یا کلاً ناشی از این نقطه ضعف بوده درست نیست. در هر دو نظام حقوقی در عمد بودن این قتل تردیدی وجود ندارد. به گفته آشورث: «طبق یک قاعدهٔ کلی، قانون در حل مسئله علیت تأثیر رفتار شخص مختار را بر زمینه قبلی آن در نظر می‌گیرد.[۱] این قاعده برای تعمیم به مواردی است که مجنی‌علیه دارای شرایط ویژه‌ای است که او را آسیب‌پذیر می‌سازد و گاهی به‌عنوان قاعدهٔ «جمجمهٔ نازک» یا قاعده‌ای که متهمان باید قربانیان خود را آن گونه که هستند در نظر بگیرند شناخته می‌شود. اگر قربانی هموفیلی با تهاجمی مختصر بمیرد طبق این قاعده متهم مسئول مرگ او به‌نحو تسبیب است» (Ashworth, 1992: 106). در فقه و حقوق ایران نیز تأثیر شرایط جسمی قربانی از طرف جانی در نوع قتل مسئله‌ای مسلم است و بند پ ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی بدان تصریح دارد.

۲-۱. شرایط روحی و روانی

عکس‌العمل غیرارادی قربانی گاه ناشی از بازخورد غیرارادی بدن در مقابل تحریکات موضعی[۲] مثل خاراندن، قلقلک، فرو کردن جسم تیز در بدن یا وصل کردن برق به بدن است و گاه عکس‌العملی روانی است، مثل نشان دادن رنگ قرمز به کسی که به‌طور ناخودآگاه با دیدن آن می‌ترسد یا کنترل خود را از دست می‌دهد یا زندانی کردن شخصی با بیماری روانی خاص که در تنهائی دچار توهم می‌شود و بر اثر وحشت به خود یا دیگری آسیبی می‌رساند و گاه عکس‌العمل مذکور اختیاری اما مبتنی بر وضعیت روحی و حالات عصبی شخص یا مصلحت‌اندیشی اوست مانند اینکه می‌دانیم اگر به کسی دشنام دهیم او نیز به‌دلیل عصبی بودن بیش از حد مرتکب ضرب و جرح یا توهین خواهد شد. در حالت دوم از حالات چهارگانه، اگر رفتار قربانی جنبهٔ قهری و جبری داشته باشد در استناد

۱. یعنی باید رابطه متقابل رفتار شخص مختار و زمینه‌ای که در آن زمینه عمل کرده با هم مد نظر قرار گیرد.

2. stimulation

نتیجهٔ حاصله به مرتکب تردیدی وجود ندارد،[۱] زیرا رفتار قربانی عکس‌العملی قهری است نه اختیاری و بیشتر شبیه حالت اتوماتیزم در کامن‌لا و قاعدهٔ جبر و اضطرار در حقوق ایران است.

۳-۱. واکنش‌های اختیاری و عقلائی

قاعدهٔ جمجمه نازک از این هم فراتر رفته و به رفتارهای اختیاری قربانی مانند فرار و آسیب دیدن در هنگام خطر که به‌عنوان عکس‌العملی متعارف صورت می‌گیرد، نیز توسعه یافت. بنابراین حالت اکراه و اضطرار مشمول همین حالت سوم می‌شود و با اینکه قربانی از لحاظ روحی و عصبی فردی سالم است اما مصلحت‌اندیشی او اقتضا می‌کند آسیبی به جسم یا مال خود یا دیگری وارد کند. در پروندهٔ معروف رابرتس[۲] ۱۹۷۲ وی قربانی را که یک زن بود سوار ماشین کرده وی را تهدید و به او پیشنهاد رابطهٔ جنسی داد. او هم از ماشین بیرون پرید و مجروح شد. قاضی ژوری را راهنمایی کرد که اگر احساس کنند قربانی مجبور[۳] بوده، متهم باید محکوم شود. او به حکم اعتراض کرد و ادعا نمود که قاضی در راهنمایی هیئت منصفه اشتباه کرده است.

قاضی لرد استیونسن[۴] در همین مورد می‌گوید ما پرونده‌های زیادی از یک قرن قبل را بررسی کردیم که قربانی بر اثر تهدید خود را به رودخانه پرت کرده یا از پنجره بیرون انداخته که آخرین آن کیس لوئیس[۵] در سال ۱۹۷۰ است (Herring, 2006: 116).

برخی از حقوق‌دانان معتقدند معیار در انتساب حادثه به راننده آن است که رفتار قربانی معقول و متعارف باشد (Herring, 2006: 116). یعنی اگر نوع مردم در چنین شرایطی قرار بگیرند چنین رفتاری می‌کنند.

برخی دیگر معتقدند معیار در پرونده (روبرتس) نه معقول بودن عمل قربانی بلکه قابلیت پیش‌بینی عکس‌العمل او به شکل متعارف و معقول است. تفاوت دو معیار در این است که اگر کسی را در شرایط اضطراری بگذاری ممکن است عمل غیرمتعارفی بکند ولی این عمل غیرمتعارف

۱. وفق ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی در اجتماع سبب و مباشر: «... در صورتی که مباشر در جنایت بی اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است». البته از آنجا که تنها حالت چهارم، موضوع بحث این مقاله است از شرح و بسط حالات سه گانه دیگر خودداری می شود.

2. R v Kennet Roberts

۳. باید توجه داشت در کامن‌لا بر عملی که شخص به شکل اختیاری اما بر اثر اکراه یا اضطرار انجام می‌دهد اجبار اطلاق می‌شود همان گونه که در ادبیات حقوقی ایران تا قبل از انقلاب چنین اطلاقی شایع بود.

4. Stephenson

۵. در کیس People v Lewis ، قربانی که از درد گلوله رنج می‌کشید و یک ساعت طول می‌کشید تا بمیرد با بریدن حلق خود پنج دقیقه بعد مرد. دادگاه متهم را مسئول مرگ دانست و او را به قتل غیرعمدی محکوم کرد.

قابل‌پیش‌بینی باشد (Herring, 2006: 116). مثلاً اگر کسی دیوانه‌ای را که در حالت مورد تمسخر قرار گرفتن سابقهٔ آسیب رساندن به خود را دارد مورد تمسخر قرار دهد و او با چاقو خود را زخمی کند چنین عکس‌العملی معقول و متعارف نیست، اما پیش‌بینی آن معقول است و در اینجا حادثه به شخصی که دیوانه را مورد تمسخر قرار داده مستند است.

در خصوص این پرونده، برخی مانند آشورث معیار را تزاحم قرار می‌دهد، یعنی از یک معیار ذهنی (قابلیت پیش‌بینی) به معیار عینی تزاحم می‌پردازد و معتقد است باید دید قربانی در شرایطی بوده که مضطر به انجام کاری شود که منجر به حادثه شده یا نه و در صورت چنین شرایطی تنها اگر عمل کاملاً غیرعاقلانه و احمقانه نباشد (شرط عدمی) حادثه به مرتکب مستند خواهد بود نه قربانی (Ashworth, 1992: 107).

در پروندهٔ ربرتس با اجتماع سبب و مباشر روبه‌رو هستیم که در حقوق انگلیس و آمریکا نیز ذیل عنوان عامل مداخله‌گر[1] یعنی عاملی که میان رفتار اولیه و نتیجهٔ حاصله، حائل می‌شود مطرح می‌شود. قاعدهٔ کلی آن‌ها نیز همان است که عامل مداخله‌گر (مباشر) مسئول است (Smith and Hogan, 2005: 56). اما استثنائاتی بر این قاعده وجود دارد (Ashworth, 1992: 104). این استثنائات تقریباً همان مواردی است که در حقوق ما تحت عنوان سبب اقوی از مباشر شناخته می‌شود.[2] بنابراین در حقوق کامن‌لا، کسی که سبب اکراه، اضطرار یا اجبار دیگری شود فعل به او منتسب بوده و مسئول است.

قاعدهٔ مسئول دانستن سبب اقوی از مباشر در کامن‌لا، مشروط بدان است که فعل مجنی‌علیه (مباشر) واکنشی طبیعی و مورد انتظار از یک فرد متعارف باشد. آنان چون کار مجنی‌علیه را تابعی از کار متهم می‌دانند[3] آن را قاطع رابطهٔ علیت بین رفتار متهم و حادثه نمی‌دانند و متهم را مسئول می‌دانند. این قاعده در بند ج مادهٔ ۲۶۲ مجموعه استفان بدین شکل است: «کسی قاتل شمرده می‌شود که علیه دیگری زور و فشاری به کار گیرد یا او را تهدید و وادار به انجام کاری نماید که سبب مرگ او شود به شرط آنکه با توجه به شرایط، این کار برای رهایی از زور یا تهدید، از نظر قربانی ابزار طبیعی گریز بوده است» (حسنی، ۱۳۸۵: ۳۸۹). در حقوق ایران و فقه اسلامی نیز اجمالاً اگر کسی موجب اجبار، اکراه یا اضطرار دیگری شود مسئول شناخته شده و جز در اکراه در قتل، حادثه به او منتسب خواهد بود. حالت اضطرار نیز مورد اختلاف است و چندان در قانون و فقه منقح نشده است

1. Intervening cause

۲. مانند اکراه، اجبار، اضطرار، جائی که مباشر جاهل یا فریفته شده باشد، جائی که مباشر، حیوان، عوامل طبیعی، کودک غیر ممیز یا مجنون باشد (قیاسی ، ۱۳۹۴: ۱۱۹).

3. Dependent cause

هرچند از نظر نویسنده اضطرار نیز ملحق به اکراه و اجبار است.[۱]

۴-۱. رفتارهای اعتقادی

در موسع‌ترین تفسیر از قاعدهٔ جمجمه نازک، وارد حوزهٔ رفتارهای اختیاری قربانی می‌شویم که ناشی از اعتقادات مذهبی یا برخاسته از سنت‌های محلی است. مثلاً در عرف یک محل اگر زنی مورد تجاوز جنسی قرار گیرد خودکشی کرده یا توسط برادرانش به قتل می‌رسد. آیا در این صورت می‌توان گفت زانی قاتل است؟ برخی از حقوق‌دانان کامن‌لا معتقدند: «اگر کسی که به او تجاوز شده خودکشی کند، ممکن است کسی بگوید گلوله علت مرگ بوده. مسلماً به همان معنا که در قضیه بلاو زخم علت مرگ بوده، در اینجا تجاوز، علت مؤثر و معتنابه نبوده ولی متهم باید قربانی خود را همان گونه که هست در نظر بگیرد. ممکن است این حکم، نتیجهٔ پرونده مربوط به دییر[۲] باشد که قربانی زخم خود را تشدید و موجب مرگ خود شد ولی قتل عمد تأیید شد زیرا اگر عمل متهم نبود قربانی خود را نمی‌کشت پس عمل متهم علت مرگ است. پروندهٔ دییر خیلی منطبق با قاعده‌ای نیست که می‌گوید عمل احمقانهٔ قربانی زنجیر علیت را می‌شکند» (Smith and Hogan, 2005: 68).

در چنین مواردی مسئله با یک دشواری تحلیلی روبه‌رو می‌شود که پروندهٔ بسیار معروف بلاو مصداق بارز آن است. در دعوای بلاو در سال ۱۹۷۵ متهم (بلاو) دختری را چاقو زد و ریهٔ او را سوراخ کرد. در بیمارستان به مجروح گفته شد برای نجات وی انتقال خون لازم است. او به‌دلیل اینکه عضو گروه شاهدان یهوه[۳] بود[٤] و این کار را مخالف عقاید خود می‌دانست قبول نکرد و مُرد. مدارک پزشکی نشان داد که اگر وی مداوا را قبول می‌کرد نمی‌مرد. متهم به قتل غیرعمد محکوم شد. وی در تجدیدنظرخواهی گفت رد انتقال خون توسط قربانی کاری غیرمعقول بوده و حلقهٔ زنجیر علیت را پاره می‌کند اما ادعای او رد و توسط قاضی لاتن[۵] این قاعده بیان شد که همواره سیاست حقوق کیفری آن بوده، کسانی که علیه دیگران خشونت به کار می‌برند باید قربانی خود را آن گونه که هست در نظر بگیرند. در این حالت قربانی را باید انسان به تمام[٦] یعنی با تمام شرایط جسمی و روحی و عقیدتی و نه فقط جسمی[۷] در نظر گرفت. قابل‌قبول نیست مهاجم بگوید عقاید مذهبی قربانی که مانع درمان

۱. جهت مطالعهٔ تفصیلی مطلب نک: جلال الدین قیاسی، ۱۳۹۱.

2. Dear
3. Jehovah's Witnesses

٤. گروهی از مسیحیان که عقاید خاصی دارند و معتقد به تثلیث نیستند. آنان تزریق خون از دیگری به مریض را به دلیل باورهای مذهبی ممنوع می‌دانند.

5. Lawton
6. whole man
7. Physical

شده غیرمعقول است. مسئله این است که علت مرگ جراحت چاقو بوده و رد مداوا توسط قربانی حلقهٔ علیت را قطع نمی‌کند» (Allen, 2007: 38).

دخالت قربانی در اشکال مختلف اجتماع اسباب، اجتماع سبب و مباشر یا اجتماع مباشر و سبب[1] نیز مطرح می‌شود. در حقوق کامن‌لا برای اینکه دخالت شخص ثالث (مجنی‌علیه) نتواند حلقهٔ علیت بین رفتار متهم و جنایت را بشکند و در نتیجه مرگ به متهم استناد داده شود، دو معیار معقول یا متعارف بودن[2] رفتار مجنی‌علیه و دیگری قابل‌پیش‌بینی بودن این رفتار به شکل معقول و متعارف ارائه شده که قبلاً ذکر شد.

در چنین حالتی گویی رفتار قربانی مورد قصد مرتکب بوده و او با پیش‌بینی وقوع چنین عکس‌العملی فعل خود را انجام داده است و لذا جنایت مورد علم و قصد او بوده است. بنابراین رفتار قربانی حلقهٔ علیت بین فعل متهم و حادثه را نمی‌شکند و مرگ به متهم مستند خواهد بود.

بنابراین طبق معیار معقول و متعارف بودن عمل، متهم در قضیهٔ بلاو نباید محکوم می‌شد زیرا قربانی با عملی غیرمتعارف حلقهٔ علیت بین عمل متهم و حادثه را شکسته بود. اما طبق معیار دوم یعنی بر اساس قاعده‌ای که «متهم باید قربانی خود را چنان‌که هست در نظر بگیرد» وی محکوم است چون عمل قربانی قابل‌پیش‌بینی است و متهم باید قربانی خود را چنان‌که هست یعنی با تمام عقاید و افکار و عکس‌العمل‌ها (خواه معقول و خواه غیرمعقول) در نظر بگیرد (Herring, 2006: 117).

نویسنده در ادامه تصریح می‌کند که به نظر می‌رسد بین این دو معیار تعارض است و به‌عنوان راه حل باید معیار انتظار معقول را انتخاب کنیم ولی در عین حال شرایط نوعی قربانی را در نظر بگیریم مثلاً باید دید اگر هر شاهد یهوه‌ای (نه فقط قربانی در دعوای بلاو) بود چنین عمل می‌کرد؟ به لسان حقوقی ما، منظور وی آن است که باید معیارِ استناد، قابلیت پیش‌بینی عکس‌العمل قربانی باشد، اما این پیش‌بینی نوعی است یعنی لازم نیست هر انسان متعارفی چنین عکس‌العملی انجام دهد بلکه اگر نوع کسانی که شرایط فکری قربانی را دارند چنین عکس‌العملی داشته باشند کافی است ولو اینکه این عکس‌العمل نوعی معقول هم نباشد.

۱. در مورد تمایز دو حالت (سبب + مباشر) و (مباشر + سبب) که ناظر به تقدم و تأخر آن‌ها است (قیاسی، ۱۳۹۴: ۱۶۹).

۲. ترجمه‌ای است از واژهٔ reasonableness که در ادبیات حقوقی ما بیشتر به معقول بودن ترجمه شده است؛ اما به نظر می‌رسد متعارف بودن ترجمه مناسب‌تری است. بنابراین جهت رساتر و دقیق‌تر بودن ترجمه، سعی می‌کنیم هر دو واژه را در کنار هم و به شکل عطف بیان استفاده کنیم.

۲. تحلیل قضیه بلاو از سوی حقوق‌دانان کامن‌لا

به نظر می‌رسد حکم قضیه بلاو مانند یک استخوان لای زخم در ذهن حقوق‌دانان کامن‌لا گیر کرده و آن را چندان معقول وموجه نیافته‌اند، لذا سعی در توجیه یا تقیید یا رد آن کرده‌اند. بر اساس استقصای نگارنده هفت دیدگاه مختلف در مورد این پرونده ابراز شده است که در اینجا با دسته بندی این دیدگاه ها، بدین تحلیل‌ها اشاره می‌کنیم.

۲-۱. تأیید و توجیه حکم بلاو

۲-۱-۱. خاص بودن حکم بلاو

برخی قضیهٔ بلاو را یک قضیهٔ خاص و به قول فقها «قضیهٌ فی واقعه» اعلام کرده‌اند. قضیه بلاو مشکل ایجاد کرده و سعی کرده‌اند با توجه به قاعدهٔ حساسیت قربانی آن را حل کنند. دادگاه گفت مراد از قربانی، انسان با کلیت اوست[1] نه فقط جنبهٔ جسمانی[2] پس متهم نمی‌تواند بگوید کار قربانی غیرمتعارف بوده است. اظهارنظر قاضی در قضیهٔ بلاو فقط برای توجیه همان تصمیم بوده و اگر گسترش یابد نتایج نامطلوبی به بار می‌آورد مانند اینکه اگر الف به ب تجاوز کند و او به خاطر روان‌نژندی یا برای اینکه برای الف مشکل ایجاد کند خودکشی کند یا انگشت او را ببرند و او با پارچهٔ کثیف آن را بسته و مریض شود و از قبول درمان امتناع نماید و خلاصه اینکه پذیرش هر کاری از جانب قربانی به‌دلیل اینکه چنین فکری دارد، دلیل بر انتساب فعل به متهم نیست (Williams, 1983: 399). چنین برخوردی در واقع به معنای نفی قاعدهٔ مذکور است.

۲-۱-۲. ترک فعل بودن عمل بلاو

در حقوق کامن‌لا اگر عامل جدیدی در حادثه مداخله کند[3] تنها در حالات خاصی مسئول است. یکی از این شرایط آن است که دخالت عامل مداخله‌گر مستقل باشد یعنی معلول عامل پیشین نباشد و دیگر آنکه فعل مثبت باشد.

«این اصل که ترک فعل[4] معمولاً حلقهٔ علیت مقتضی[5] را نمی‌شکند توضیح خوبی برای پروندهٔ بلاو (۱۹۷۵) است. در آنجا ضارب محکوم شد. او اعتراض کرد که خودداری از پذیرش خون دلیل

1. whole man
2. physical man
3. Intervening Cause

٤. البته با نگاه دقی، نهی و اجازه ندادن تزریق خون را نمی‌توان ترک فعل گفت ولی با دید مسامحی و عرفی صدق ترک فعل بر آن خالی از اشکال است و در هر صورت نویسنده با این نگاه که عمل قربانی ترک فعل بوده به توجیه حکم قضیه بلاو می‌پردازد.

5. pre-existing causal chain

مرگ بوده. هرچند دادگاه عالی[1] پذیرفت که آن هم یک علت مرگ بوده ولی دادگاه استیناف با قیاس به پروندهٔ اسمیت[2] به درستی حکم کرد که ضربهٔ جارح هنوز در حال عمل کردن بوده است. اگرچه وکیل متهم در دعوای بلاو برای توجیه حکم وی گفت عمل قربانی غیرمعقول بوده اما دادگاه گفت متهم باید او را چنان‌که هست در نظر می‌گرفت (Simester and Sullivan, 2003: 105).

۳-۱-۲. لزوم مستقل بودن عمل ثالث

مورد دیگر در توجیه حکم بلاو قاعده‌ای است که کلارکسون آن را چنین بیان می‌کند: مداخلهٔ ارادی شخص ثالث، زنجیرهٔ سببیت را قطع می‌کند[3] این مداخله باید مستقل باشد یعنی معلول عمل خود سبب اولیه نباشد. در دعوای پگت ۱۹۸۳ متهم دختری را به‌عنوان گروگان و سپر خود قرار داد و به مأمورین شلیک کرد و آن‌ها در مقام دفاع از خود شلیک کردند و دختر کشته شد. با اینکه افعال پلیس دخالت ارادی ثالث تلقی می‌شود اما چون امر مستقلی نبود[4] و عکس‌العملی به رفتار خود متهم بود، اخلاقاً عملی غیرارادی تلقی شد که به‌طور معقولی قابل‌پیش‌بینی بوده و بنابراین متهم محکوم شد (کلارکسون، ۱۳۷۱: ۱۳۶). چنین قاعده‌ای در حقوق ما با این اطلاق پذیرفته نشده است. مثلاً اگرچه عمل جراحی مجروح توسط پزشک ناشی از ضرورت است، اما اگر وی در همین عمل ضروری مرتکب تقصیر شود مسئول است.

۴-۱-۲. تمسک به دعوای وال[5] در سال ۱۸۰۲

در این دعوا حاکم یک کلنی استعماری، سربازی را به هشتصد ضربه غیرقانونی شلاق محکوم کرد. سرباز هم الکل می‌خورد تا حالش بهتر شود، ولی این کار حال وی را وخیم‌تر کرد و مُرد (Allen, 2007: 42). قاضی مک دونالد[6] ژوری را راهنمایی کرد که کسی حق ندارد دیگری را در وضعیتی خطرناک قرار دهد که وی بر اساس دانش یا مصلحت‌اندیشی یا مهارت خود مصیبت را بدتر کند (Allen, 2007: 43).

1. crown court
2. Smith

۳. ثالث می‌تواند خودِ قربانی و مداخله می‌تواند از نوع ترک فعل باشد.

٤. در موارد دیگری دخالت پزشک را چون پاسخی به نیاز درمان است آزادانه ندانسته و گفته‌اند در جائی که رفتار متهم، پزشک را در چنین وضعیتی قرار داده عمل پزشک علت مستقل نبوده و لذا قاطع علت نیست و لذا پزشک به شکل انحصاری مسؤول نیست و حداقل با هم مسؤولند (Simester and Sullivan, 2003: 93).

5. Wall
6. Mac Donald

۲-۲. نقد و رد حکم قضیه بلاو

۲-۲-۱. رد حکم بلاو

برخی از حقوق‌دانان حکم پروندهٔ بلاو را نپذیرفته و در رد آن گفته‌اند اگر قربانی با عمل احمقانه‌ای درمان زخم را قبول نکند، عدالت حکم می‌کند مهاجم، مسئول وخیم‌تر کردن زخم نباشد ولی پرونده‌ها خلاف این است وی به عنوان مثال قضیه بلاو را نقل می‌کند و سپس می‌گوید باید در این احکام تجدیدنظر کرد (Williams, 1983: 397).

اسمیت و هوگان همچنان که دیدیم در قضیهٔ دییر که بر اساس قاعدهٔ جمجمه نازک، حکم آن صادر شده بود اعلام کردند: قضیهٔ دییر خیلی منطبق با قاعده‌ای نیست که می‌گوید عمل احمقانه قربانی زنجیر علیت را می‌شکند (Smith and Hogan, 2005: 68). یعنی نمی‌توان به شکل مطلق هر رفتاری از قربانی را پذیرفت. البته برخی ولو پذیرفته‌اند که عمل احمقانهٔ قربانی قاطع زنجیر علیت است، اما در صغرای قضیه تشکیک کرده‌اند و عمل بلاو یا هر عمل دیگری که با اعتقاد مذهبی صورت می‌گیرد را مصداق عمل احمقانه نمی‌دانند. «هرچند یک خودداری کاملاً نامعقول از معالجه ممکن است زنجیرهٔ سببیت را بگسلد، اعتقادات مذهبی نمی‌تواند چنین اثری داشته باشد» (استیو براندن، ۱۹۹۵: ۲۲). به گفتهٔ هارت و هانور «آیا می‌توان از کسی که حیاتش در معرض خطر است انتظار داشت که از اعتقادات مذهبی مستحکم خود دست بردارد؟ پاسخ مطمئناً باید منفی باشد» (هارت و هانور، ۱۳۸۹: ۱۳۱). اما سایر اعتقادات که جنبهٔ مذهبی ندارد مورد تشکیک واقع شده است. «هرگاه قربانی از معالجه خودداری کند، زیرا می‌گوید من تنها می‌خواهم توسط پزشکان سفیدپوست انگلوساکسون مورد معالجه قرار گیرم و به‌دلیل نبودن چنین پزشکی، بیمار فوت کند چه باید گفت؟ (استیو براندن، ۱۹۹۵: ۲۲).

۲-۲-۲. نقد حکم بلاو

برخی نیز بر این حکم از این حیث انتقاد کرده‌اند که مثلاً ممکن است قربانی قبلاً چنین عقیده‌ای نداشته و به خاطر لجبازی از قبول خون خودداری کرده است (Smith and Hogan, 2005: 67). یعنی اصل قاعده را قبول دارند اما در مقام اثبات نمی‌توان دریافت که انگیزهٔ قربانی چیست، آیا واقعاً ایمانش او را بدین کار واداشته یا عامل دیگری.

۲-۳. مقید کردن حکم بلاو

برخی نیز خواسته‌اند در صورت پذیرش حکم پرونده بلاو، آن را محدود و مقید به رفتار غیرمتعارف شخص قربانی نمایند. اما اگر مجروح کودک باشد و پدر و مادرش نگذارند خون به او

تزریق شود، مسئولیت جارح باقی است چون جرح علت مؤثر و اساسی[1] است و پدر و مادر هم مرتکب قتل شناخته می‌شوند (Smith and Hogan, 2005: 69).

۳. داوری در خصوص آرای حقوق‌دانان کامن‌لا

به نظر می‌رسد حقوق‌دانان کامن‌لا در قضیهٔ بلاو دقت لازم را به کار نبرده‌اند زیرا اصولاً دلیل اینکه گفته می‌شود «متهم باید قربانی را چنان‌که هست در نظر بگیرد» آن است که چنین ملاحظه‌ای کاشف از رکن روانی، سوءنیت، قصد قتل یا قصد آسیب شدید به قربانی است.[2]

بنابراین در چنین مواردی قبل از هر چیز باید به مسئلهٔ علم متهم به وضعیت خاص قربانی توجه کرد. از آنجا که قاعدهٔ جمجمهٔ نازک ریشه در قواعد مسئولیت مدنی دارد و در آنجا اصولاً این قاعده تخصیصی بر اصل قابلیت پیش‌بینی است (عالی پناه و خدائی، ۱۳۹۹: ۳۲۳). حقوق‌دانان غیرکیفری نه‌تنها اشاره‌ای به لزوم علم خوانده ندارند بلکه تصریح دارند که فلسفهٔ قاعده، جبران خسارت‌های غیرقابل‌پیش‌بینی ناشی از ناتوانی جسمی و روحی در مورد انسان است (غمامی ۱۳۸۸: ۱۶۱). اما در بحث از پروندهٔ بلاو ذکری از این شرط به میان نیامده و معلوم نیست بلاو می‌دانست قربانی از گروه شاهدان یهوه هست یا نه، اگرچه وقتی گفته می‌شود که متهم باید قربانی را چنان‌که هست در نظر بگیرد لازمهٔ معنای «در نظر گرفتن» علم بدان اوضاع و احوال است. اما استلزام به چنین رابطهٔ منطقی‌ای در توصیفات قاعده و شرح وقایع پرونده‌ها دیده نمی‌شود.

اما عبارت برخی از حقوق‌دانان برجستهٔ نظام کامن‌لا نشان می‌دهد که علم به وضعیت مجنی‌علیه در انتساب حادثه به متهم شرط است: «قاعدهٔ جمجمهٔ نازک در بحث علیت، ممکن است عملاً اثری بر مصادیق خود نداشته باشد زیرا اکثر جرایم سنگین نیازمند اثبات رکن روانی یعنی (اثبات اینکه مثلاً متهم قصد خطر ایجاد آسیب بدنی شدید را داشته یا آن را پیش‌بینی می‌کرده) هستند و غالباً می‌توان نشان داد که رکن روانی وجود نداشته زیرا متهم از وضعیت قربانی آگاهی نداشته» (Ashworth, 1992: 116) عدل و انصاف نیز اقتضا دارد متهم در صورتی مسئول باشد که علم به شرایط قربانی من‌جمله عقاید و افکار او داشته باشد.

لزوم علم، در اعمال قاعدهٔ جمجمهٔ نازک در حقوق کیفری، معنایش آن است که رفتار قربانی قابل‌پیش‌بینی است. تنها بحثی که باقی می‌ماند آن است که آیا همین رفتار قابل‌پیش‌بینی اما غیرمعقول و غیرمتعارف، می‌تواند موجب انتساب جنایت به متهم شود یا برعکس، حلقهٔ علیت را

1. substantial

۲. قانون‌گذار ایران در دو مادهٔ ۱۵۳ و ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی علم به واقعه را به منزلهٔ قصد وقوع آن گرفته است.

قطع می‌کند؟ در مباحث پیشین دیدیم این مسئله با دو رویکرد مواجه شده است. از یک‌سو برخی معتقدند انسان را باید به شکلی یکپارچه با مجموعه‌ای از جسم، روح، افکار، عقاید و ایمان‌های خاص در نظر گرفت و باورها و ایمان نیز جزء جدایی‌ناپذیر از وجود انسان است. اما در رویکردی دیگر برخی میان اوصاف جسمی و روحی با افکار و عقاید تفاوت قائل می‌شوند و با استدلال‌های مختلفی می‌کوشند حکم پروندهٔ بلاو را به‌گونه‌ای مقید کرده یا اختصاص به واقعه‌ای خاص دهند یا اصولاً آن را غیرقابل‌دفاع می‌دانند و معتقدند به شرط آنکه قربانی فردی عاقل و بالغ و مختار باشد متهم ضامن رفتارهای احمقانهٔ قربانی نیست ولو از آن اطلاع داشته و برایش قابل‌پیش‌بینی باشد. به نظر می‌رسد نظر اخیر با چهارچوب قواعد حقوقی کامن‌لا سازگاری بیشتری داشته و قابل‌پذیرش‌تر است به همین جهت برخی به عادلانه بودن آن نیز تصریح کرده اند (Williams 1983: 396).

۴. راه‌حل مسئله در حقوق ایران

مسلماً دو صورت مذکور در حالت اول و دوم (نقاط ضعف جسمی و روانی)، در فقه و حقوق موضوعهٔ ایران (بند پ مادهٔ ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی) مورد بحث و حکم قرار گرفته است (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۶: ۳۰۱ و میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰: ۱۲۳). حالت سوم ناظر به تسبیب در اکراه، اجبار و اضطرار بود که به‌دلیل محوریت حالت چهارم در مقاله، چون بحث از آن به درازا می‌کشد از ورود بدان پرهیز می‌کنیم. حالت چهارم که محور اصلی بحث این مقاله و درخصوص مواردی بود که دخالت قربانی یا شخص ثالث برخاسته از یک عقیده و ایمان فکری است باید از لحاظ فقهی و قانون موضوعه ایران مورد بررسی قرار گیرد.

۴-۱. بررسی فقهی مسئله

اگر بخواهیم به فرمول کلی فقها توجه کنیم در اینجا با حالت اجتماع سبب و مباشر و ضمان بر مباشر روبه‌رو هستیم. فقها در حالتی مشابهِ قضیهٔ بلاو به‌گونه‌ای دیگر فتوا داده‌اند. اگر کسی را در آتش بیندازند و او تعمداً از آن خارج نشود تمامی فقها قصاص را منتفی دانسته‌اند (طوسی، ۵/۱۴۱۴: ۱۶۱؛ طوسی، ۷/۱۳۸۷: ۱۸؛ محقق حلی، ۴/۱۴۰۹: ۹۷۲؛ النووی، بی‌تا/۱۸: ۳۷۹؛ نجفی، ۴۲/۱۳۶۷: ۲۷) اما درخصوص دیه دو نظر وجود دارد:

الف) اکثر فقها دیه را منتفی می‌دانند. زیرا از دیدگاه عرف چنین ترک فعلی به منزلهٔ فعل است و گویی خود او در میان آتش نشسته است و قربانی علیه خویش اقدام کرده و اگر شک هم داشته باشیم اصل بر برائت ذمه است (طوسی، ۵/۱۴۱۴: ۱۶۱). القاء در آب اندک (مثل استخری کم عمق) و بقای عمدی قربانی تا زمان موت (ابن قدامه ۹/۱۴۰۴: ۳۲۷) یا کسی که رگش را بزنند و آن را نبندد (ابن ادریس، ۲۵/۱۴۱۰: ۴۲۸) مثال‌های دیگری در این مورد است.

ب) کسی که وی را به درون آتش انداخته ضامن دیه است، زیرا سوختن نتیجهٔ فعل او است و حتی اگر مجنی‌علیه قدرت بر نجات خویش داشته باشد و خود را نجات ندهد باز فعل به جانی مستند است همان گونه که اگر جانی کسی را مجروح کند و او خود را مداوا نکند تا بمیرد، مرگ مستند به جانی است (شهید ثانی، ۱۵/۱۴۱۶: ۷۱، النووی، بی‌تا/۱۸: ۳۷۹، طوسی ۷/۱۳۸۷: ۱۸).

از میان مثال‌های فقهی، پروندهٔ بلاو به حالت ترک درمان شبیه‌تر است که غالب فقها جارح را مسئول دانسته‌اند. مثال فقها ناظر به ترک درمان است، اما استدلال آنان نهی از درمان توسط قربانی را نیز در برمی‌گیرد. استدلال فقها در این خصوص شبیه همان دیدگاه حقوق کامن‌لا است: «اگر مجروح قادر به نجات خود با مداوا باشد و اختیاراً آن را ترک کند، جارح قصاص می‌شود، زیرا اگرچه ترک مداوا در مرگ مؤثر است ولی مرگ مستند به مقتضی (جرح) و از آثار آن است و مداوا از قبیل مانع است. پس اگر مانع وجود نداشت مرگ به مقتضی استناد داده می‌شود. امر وجودی ناشی از امر وجودی است و مستند به امر عدمی نمی‌شود. این مثل آن است که کسی دیگری را بکشد و او بتواند با دفاع مانع از قتل خود شود ولی دفاع نکند شکی نیست که قتل مستند به قاتل است نه مقتول.[1] البته مقتول مرتکب حرام شده که خود را نجات نداده ولی این منافاتی با استناد مرگ به مهاجم ندارد» (خویی، بی تا/۲: ۶).

بر اساس مبنای آیة الله خویی، فارغ از اینکه رفتار قربانی معقول و متعارف بوده یا نه و اگر معقول نبوده آیا به شکل معقولی قابل‌پیش‌بینی بوده یا نه، جارح چون مقتضی مرگ است همواره ضامن است. اگر این مبنا پذیرفته نشود (روحانی، ۲۶/۱۴۱۲: ۲۲) همچنان که نویسنده نیز آن را نمی‌پذیرد (قیاسی ، ۱۳۹۴: ۱۷۷)، مسئلهٔ استناد جنایت به قربانی یا هر دو (مجنی‌علیه و متهم) مطرح می‌شود. با توجه به دخالت اختیاری قربانی از یک‌سو و شکل حادثه که اجتماع سبب و مباشر است از سوی دیگر، و ادعای اجماع بر ضمان مباشر مگر آنکه سبب اقوا باشد (نجفی، ۳۷/۱۳۶۷: ۵۴) حکم مسئله، استناد حادثه به خود قربانی است.

۲-۴. بررسی قانونی مسئله

در اینجا اگر به‌دلیل عقاید خاصی، عکس‌العمل قربانی به شکل غیرمتعارفی باشد، باید دید آیا جارح از آن عقاید اطلاع داشته یا نه. اگر متهم به عقاید قربانی جهل داشته در این صورت قطعاً عمل

۱. چنین مثالی صحیح نیست، در دفاع مشروع شخص می‌تواند مانع از اصل عمل شود ولی در فرض مسأله، اصل عمل (جرح) صورت گرفته و مجروح می‌تواند مانع از تأثیر عمل شود. در دفاع مشروع عمل قاتل کشنده بوده ولی در فرض مسأله عمل جارح فقط اقتضای مرگ را داشته است.

به خود قربانی مستند خواهد شد مانند آنکه متهم بدون علم به عقاید خاص مذهبی قربانی، غذای مسمومی را نزد قربانی به قصد قتل او بگذارد و قربانی علی‌رغم آگاهی از مسمومیت اما به دلایل مذهبی مثل اینکه تا اجل انسان نرسد نخواهد مرد غذا را بخورد، مسلماً عمل عمدی و عالمانه مباشر (قربانی) قاطع رابطهٔ علیت بین عمل سبب و حادثه خواهد بود و مرگ به خود او مستند خواهد بود. اما اگر متهم به عقاید قربانی علم داشته باشد و قربانی مانع درمان خود شود یا مانند مسلمانان بوسنیائی از خوردن گوشت حرام خودداری کند، در این صورت از چند طریق ممکن است بر استناد این فعل به متهم استدلال شود که باید صحت و سقم آن مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۲-۴. استناد به اطلاق بند الف مادهٔ ۲۹۰

ممکن است چنین استدلال شود که علم متهم به عکس‌العمل قربانی، کاشف از قصد متهم به نتیجهٔ حاصله است.[۱] بنابراین عمل متهم مشمول اطلاق بند الف مادهٔ ۲۹۰ خواهد شد که مقرر می‌دارد: «جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود: الف- هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیرمعین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتکابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود».

اما این استدلال ناتمام است، زیرا طبق اطلاق بند الف مادهٔ ۲۹۰ قصد قتل، خواه عمل نوعاً کشنده باشد یا نباشد خواه به مباشرت یا تسبیب، موجب عمد بودن قتل است. اما باید توجه داشت در حالت تسبیب، این ماده ناظر به تسبیب محض است نه تمام صُوَر تسبیب. به عبارت دیگر این اطلاق در حالات خاصی مقید شده است مانند آنکه در اجتماع سبب و مباشر، طبق قول مشهور فقها همواره مباشر ضامن است ولو سبب هم قصد قتل داشته باشد و در قانون سال ۹۲ نیز در مادهٔ ۵۲۶ در خصوص اجتماع سبب و مباشر مسئله به قاضی و در واقع به عرف واگذار شده که بر طبق آن لزوماً هر قاصدی عرفاً ضامن نیست، مانند مثال مشهور فقها که اگر کسی چاهی به قصد قتل بکند و دیگری کسی را عمداً درون آن بیاندازد، حافر با آنکه قصد قتل هم داشته اما مسلماً ضامن نیست. به نظر می‌رسد عرف در قضیهٔ بلاو و مثال‌های مشابه که مصداقی از حالت کلی اجتماع مباشر و سبب است در استناد فعل قتل به متهم دارای تردید باشد.

از سویی دیگر قاعدهٔ رفتار انسان مختار می‌گوید حتی اگر متهم قصد تحقق چنین عکس‌العملی از جانب قربانی را داشته باشد اما دخالت مجنی‌علیه ولو ناشی از افکار خاص، چنین رابطه‌ای را قطع

۱. این که علم جایگزین قصد می‌شود مورد اختلاف است. (قیاسی، ۱۳۹۰: ۱۳۹).

کرده و نتیجهٔ حاصله به خود قربانی استناد داده می‌شود، زیرا ما ضامن افکار پوچ و خیالات و خرافات دیگران نیستیم. اختلافی بودن مسئله در کامن‌لا نیز مؤید این تردید عرفی است زیرا در کامن‌لا به‌دلیل عدم تقید به یک متن خاص برخورد عرفی با مسائل بیشتر است و چنان‌که دیدیم حکم قضیه بلاو در همین نظام حقوقی با اشکالات فراوانی روبه‌رو شده است.

۲-۲-۴. طرح مسئله در چهارچوب قواعد تسبیب

ممکن است گفته شود طبق قواعد تسبیب اگر با علم به اینکه شخصی طبق عقاید مذهبی گیاه‌خوار و خام‌خوار است را به‌طور غیر قانونی زندانی کنند و در آنجا مواد غذایی مانند شیر و گوشت و غیره را در دسترس وی قرار دهند اما وی از خوردن گوشت خودداری کند تا بمیرد، مسئله مصداقی از اجتماع اسباب و مادهٔ ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی است که مقرر می‌دارد اگر همهٔ اسباب قصد ارتکاب جنایت داشته باشند در این صورت شرکت در جرم محسوب می‌شود. قربانی قاصد است زیرا علم به نتیجهٔ حاصله دارد و متهم قاصد است چون علم به عقیدهٔ قربانی دارد و طبق مادهٔ ۱۵۳و ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی علم به حادثه مساوی با قصد آن است و در نتیجه هر دو ضامن هستند. این استدلال در قضیهٔ بلاو نیز حاکم است.

در پاسخ می‌توان گفت، اولاً نباید به شکل فلسفی به مسئله نگریست و نخوردن غذا در مثال بالا را امری عدمی و بی‌اثر در مرگ دانست، خصوصاً اینکه چنین کاری به شکل عمدی صورت بگیرد. بلکه عرف عدم خروج از آتش را بقا در آتش (روحانی، ۲۶/۱۴۱۲: ۲۲؛ طوسی ۵/۱۴۱۴: مسئله ۲۰، ۱۶۱؛ طوسی، ۷/۱۳۸۷: ۱۸؛ محقق حلی، ۴/۱۴۰۹: ۹۷۲؛ النووی، المجموع بی‌تا/۱۸: ۳۷۹؛ نجفی، ۴۲/۱۳۶۷: ۲۷) یا نخوردن غذا را که امری عدمی است چه بسا امری وجودی تلقی کند. در آن صورت مسئله (در وضعیت نخوردن غذا) از حالت اجتماع اسباب به اجتماع سبب و مباشر و در مورد ماندن در آتش به شکل (حدوث مباشرت بر مباشرت) تبدیل می‌شود و به‌طور طبیعی خود قربانی مسئول مرگ خود است. در قضیه بلاو هم نهی او از مداوا، فعل است نه ترک فعل و مسئله در قالب اجتماع مباشر و سبب است که طبق نظر نویسنده هر دو ضامن هستند (قیاسی، ۱۳۹۴: ۱۷۱)، اما طبق مادهٔ ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مسئله به عرف واگذار شده و عرف نیز در استناد مرگ به متهم حداقل تردید دارد.

اما در مثال دیگر یعنی کسی که قصد تعرض و تمتع جنسی مادون زنا دارد و زن با علم به اینکه وی قصد زنا ندارد به‌دلیل ایمان مذهبی یا سنت‌های محلی خود را از مکان بلندی پرتاب می‌کند، مسئله از باب اجتماع سبب و مباشر است و چنان که گفتیم استناد عرفی قتل به شخص متعرض در چنین موردی با تردید و بلکه با انکار همراه است. به‌علاوه با توجه به تعریف اضطرار در قانون مجازات اسلامی به

سختی می‌توان قضیه بلاو را تسبیب در اضطرار دانست و اگر هم اضطرار بدانیم عکس‌العمل صورت گرفته با آن تناسبی ندارد، بنابراین استناد قتل به متهم از این حیث نیز مورد تردید است.

۳-۲-۴. حل مسئله از طریق استناد به تقصیر

آیا می‌توان گفت کسی که دیگری را در وضعیتی قرار می‌دهد که احتمال بالایی می‌دهد به‌دلیل اعتقاداتش به خود آسیب برساند، مرتکب تقصیر شده است و عملش مصداق تبصرهٔ مادهٔ ۱۴۵ و بند پ مادهٔ ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی بوده و موجب ضمان به‌نحو شبه عمد است؟ در اینجا دو مسئله وجود دارد یکی آنکه آیا چنین عملی تقصیر هست یا نه و دیگر آنکه با فرض تقصیر بودن موجب ضمان می‌شود یا نه؟

اگر ثابت شود که حتی با فرض تقصیر، چنین عملی ضمان ندارد و قابل‌استناد به مقصر نیست، سؤال از اینکه چنین رفتاری تقصیر هست یا نه، بی‌مورد و بی‌نتیجه است. ما پیش از این دیدیم که در مواردی مانند قضیهٔ بلاو حتی اگر متهم عامد باشد باز نمی‌توان حادثه را به او استناد داد. بنابراین در مواردی که عمد موجب ضمان نمی‌شود تقصیر به طریق اولیٰ موجب ضمان نخواهد شد لذا سؤال از اینکه چنین عملی تقصیر هست یا نه نیز ثمری نخواهد داشت.

۴-۲-۴. تمسک به بند پ مادهٔ ۲۹۰

آیا می‌توان با توجه به عبارت بند پ مادهٔ ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «... لکن درخصوص مجنی‌علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود...» چنین قتلی را عمد دانست؟ ممکن است گفته شود بند پ در مقام تعیین نوع قتل است در حالی که اشکال در محل بحث، استناد قتل است اما چنین اشکالی وارد نیست زیرا بند پ، هم در مقام تعیین استناد و هم نوع قتل است یعنی مقرر می‌دارد اگر مرگی متعاقب چنین عملی رخ داد به مرتکب مستند و نوع آن نیز عمد است. اما علی‌رغم آن به نظر می‌رسد پاسخ به سؤال بالا منفی است، زیرا اگرچه عبارت «یا هر وضعیت دیگر» اشعار دارد که موارد یاد شده همچون پیری یا ضعف تمثیلی است و منحصر بدانان نیست اما توسعهٔ موارد یادشده به اعتقادات منتفی یا حداقل محل تردید است و همان گونه که برخی از حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند «در این بند نامتعارف بودن با توجه به مصادیق آن (بیماری، پیری، ضعف) دایرمدار توانایی جسمانی و روانی است و سایر ناهنجاری‌های فردی مؤثر در مقام نیست ... لذا سایر ویژگی‌های فردی از قبیل نژاد، دین، اعتقادات، رابطهٔ نسبی یا سببی ... از شمول این بند خارج هستند» (آقایی نیا، ۱۳۹۳: ۱۲۱). در پایان می‌توان گفت حکم این مسئله در حقوق ایران با توجه به مادهٔ ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «در کلیه موارد مذکور در این فصل هرگاه جنایت منحصراً مستند به عمد و یا تقصیر

مجنی‌علیه باشد ضمان ثابت نیست. در مواردی که اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مرتکب باشد لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنی‌علیه باشد مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست»، ضمان (قصاص یا دیه) متهم تنها نسبت به جراحت وارده است.

نتیجه

اینکه رفتار غیرمتعارف و ناشی از ایمان و اعتقاد از جانب قربانی قاطع رابطهٔ علیت بین متهم و حادثه هست یا نه، در حقوق کامن‌لا مورد اختلاف قرار گرفته است برخی آن را تأیید و توجیه کرده و برخی رد یا نقد نموده و برخی ضمن تأیید، دامنهٔ آن را محدود کرده‌اند. اما در حقوق ایران این مسئله باید در قالب‌های مختلفی که حقوق ما پذیرفته است بررسی شود. از حیث استناد به بند پ مادهٔ ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی استناد قتل به متهم منتفی است، زیرا توسعهٔ موارد یاد شده به اعتقادات منتفی یا حداقل محل تردید است. تمسک به اطلاق بند الف مادهٔ ۲۹۰ که قصد را به‌نحو مطلق موجب قتل عمد می‌داند و علم متهم به عکس‌العمل قربانی نیز به منزلهٔ قصد است نیز درست نیست. این اطلاق مقید می‌شود زیرا رفتار آگاهانهٔ قربانی حتی در مواردی که قصد قتل توسط مرتکب وجود دارد، رابطهٔ سببیت را قطع می‌کند. از حیث قواعد تسبیب این مسئله ابتدا در چهارچوب اجتماع مباشر و سبب به نظر می‌رسد، اما با دقت بیشتر باید آن را در قالب حدوث مباشرت بر مباشرت ارزیابی و قتل را به خود قربانی استناد داد. تمسک به تقصیر متهم نیز جایز نیست زیرا وقتی عمد مباشر موجب استناد قتل به او نباشد تقصیر به طریق اولیٰ نخواهد بود. حتی در چهارچوب قواعد فقهی که طبق اصل ۱۶۷ در موارد ابهام باید بدان مراجعه کرد نیز طبق آرای فقها قتل مستند به خود قربانی است و در هر صورت در تمام حالات، استناد قتل به عامل نخستین (متهم) مورد تردید است و تردید در ضمان مساوی با عدم ضمان است و متهم تنها مسئول جراحت وارده است.

منابع

فارسی

- آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۳)، **جرایم علیه اشخاص (جنایات)**، چاپ دوازدهم، تهران: میزان.
- استیو، برندن (۱۳۷۶)، **مروری بر حقوق جزای انگلستان**، ترجمه حسین میرمحمدصادقی، تهران: میزان.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۶)، **جرایم علیه اشخاص**، چاپ اول، تهران: میزان.
- حسنی، محمودنجیب (۱۳۸۵)، **رابطه سببیت در حقوق کیفری**، مترجم سیدعباس نیای زارع، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- صفری، محسن و مهدی صفریان (۱۳۹۶)، «قاعده جمجمه پوست تخم مرغی در حقوق انگلستان و ایران»، **حقوق خصوصی**، دورهٔ ۱۴، شمارهٔ ۴.
- عالی‌پناه، علیرضا و محبوب خدائی (۱۳۹۹)، «قاعدهٔ جمجمهٔ نازک؛ عدم تأثیر وضعیت خاص زیان‌دیده بر جبران زیان‌های بدنی در کامن‌لا»، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، دورهٔ ۵۰، شمارهٔ ۲.
- غمامی، مجید (۱۳۸۸)، **قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹۴)، **تسبیب در قوانین کیفری**، چاپ سوم، تهران: جنگل.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹۱)، «تسبیب در اضطرار»، **دوفصلنامهٔ علمی حقوق تطبیقی**، شمارهٔ ۲۳.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹۰)، «معاونت در جرم از دیدگاه فقه اسلامی»، **فصلنامه پژوهشی حقوقی**، سال سوم، شمارهٔ سوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، **الزامات خارج از قرارداد**، جلد ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- کلارکسن، کریستوفر (۱۳۷۱)، **تحلیل مبانی حقوق جزا**، مترجم: حسین میرمحمدصادقی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۴۰۰)، **جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص**، چاپ سوم، تهران: میزان.
- هارت و هانوره (۱۳۸۹)، **سببیت در حقوق کیفری**، ترجمه حسین آقائی نیا، تهران: میزان.

عربی

- ابن ادریس (۱۴۱۰ق)، **السرائر**، در سلسله الینابیع الفقهیه، جلد ۲۵، بیروت: دارالتراث.
- ابن قدامه (۱۴۰۴ق)، **المغنی**، چاپ اول، بیروت: دارالفکر.
- خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا)، **مبانی تکلمة المنهاج**، جلد ۲، نجف: طبعة الادب.
- رشتی، میرزا حبیب‌الله (بی‌تا)، **کتاب الغصب**، بی‌جا: بی‌نا.
- روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۱۲ق)، **فقه الصادق**، چاپ سوم، قم: دارالکتاب.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۸، چاپ سوم، المکتبة المرتضویه.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۰ق)، **النهایه**، سلسلة الینابیع الفقهیه، جلد ۳۹، چاپ اول، مؤسسة الفقه الشیعه.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۴ق)، **الخلاف**، ج ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- محقق الحلی، جعفربن حسن (۱۴۰۹ق)، **شرایع‌الاسلام**، جلد ۴، چاپ دوم، بی‌جا: استقلال.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، **جواهرالکلام**، جلد ۳۴، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- النووی، محی‌الدین یحیی بن شرف (بی‌تا)، **المجموع**، جلد ۱۸، بی‌جا: بیروت، دارالفکر.

انگلیسی

- Andrew Ashworth (1992), **Principles of criminal law**, Oxford university press, 2th ed.
- Ap Simester and Gr Sullivan (2003), **Criminal Law Theory and Doctrine**, 2th ed, Oxford, U.S.
- Clarkson C.M.V (1987), **Understanding Criminal law**, Fontana press, London.
- Glanville Williams (1983), **Text book of criminal law**, 2th ed, London, Stevens & Sons.
- H.L.A. Hart and Honore (1985), **Causation in the Law**, second edition Oxford university press.
- Herring Jonathan (2006), **Criminal Law (Text – cases and materials)**, Oxford, USA.
- Michael Allen (2007), **Text book on Criminal Law**, Oxford, 9 t h ed.
- Smith & Hogan (2005), **Criminal Law**, U.S.A New York, Oxford.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.546166.4626

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۳۲۹ تا ۳۴۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۲

قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضاییِ اشخاص حقوقی؛ تهدیدی جدی علیه تضمین حقوق بزه‌دیده

سیدسجاد کاظمی*، حامد چگینی**

چکیده

به‌موجب مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری یکی از مهم‌ترین اهداف صدور قرارهای تأمین کیفری «تضمین حقوق بزه‌دیده و جبران ضرر و زیان وارده به وی» است؛ اما بنابر صراحت مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، قرارهای تأمین کیفری برای جرایم اشخاص حقوقی محدود به دو قرار شده که به‌کارگیری این دو قرار هم برخلاف قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقیقی، الزامی نبوده و به «صلاحدید» مقام قضایی واگذارشده است. در پژوهش حاضر به روش توصیفی ـ تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به‌نقد و بررسی قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی جرایم اشخاص حقوقی در راستای تضمین حقوق بزه‌دیده پرداخته‌شده است. قرارهای پیش‌بینی‌شده برای اشخاص حقوقی تناسبی با شدت و گسترهٔ فراوان جرایمی که امروزه اشخاص حقوقی در آن‌ها درگیر شده و تعداد زیادی از افراد را قربانی اقدامات زیان‌بار خود به‌ویژه در حوزه‌های مالی و اقتصادی می‌کنند نداشته و انجام اصلاحات از جانب قانون‌گذار همگام با بسیاری از کشورها که برای اشخاص حقوقی قرارهای تأمین کیفری متنوعی را منظور داشته و اجازهٔ استفاده از دیگر قرارها از قبیل قرار وثیقه را نیز صادر کرده‌اند اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. همچنین در زمینهٔ قرار نظارت قضایی علی‌رغم ابهام قانونی و البته برخلاف نظر برخی نویسندگان حقوقی به نظر می‌رسد می‌توان متناسب با جرم ارتکابی شخص حقوقی و البته موضوع و زمینهٔ فعالیت این شخص از برخی دستورهای این قرار در رابطه با این اشخاص بهره گرفت.

واژگان کلیدی: قرار، تأمین کیفری، نظارت قضایی، شخص حقوقی، تعقیب

* دانشیار گروه حقوق، دانشکدهٔ ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران (نویسنده مسئول)
sskazemi92@malayeru.ac.ir

** استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران
hch.chegini@yahoo.com

مقدمه

بعد از تفهیم اتهام در اشخاص حقیقی و «تبیین اتهام» در اشخاص حقوقی و در صورت توجه اتهام و وجود دلایل کافی، مقام قضایی نیازمند صدور یکی از قرارهای تأمین کیفری برای تأمین برخی اهداف است. هدف از صدور قرارهای تأمین کیفری بر اساس آنچه در مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ذکرشده، «دسترسی به متهم و حضور به‌موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی» ذکرشده است. در این ماده (در مقایسه با پنج قرار تأمین کیفری قانون سابق) با پیش‌بینی ده قرار متنوع و بعضاً متفاوت تلاش شده اهداف فوق‌الذکر بهتر و بیشتر تأمین گردد (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۱۲) و دستِ مقام قضایی برای یافتنِ بهترین مصداق قرار تأمین کیفری که با «نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقهٔ متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او» (مادهٔ ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری) تناسب داشته باشد، باز گذاشته شود.

در رابطه با اشخاص حقوقی قانون‌گذار در سال ۱۳۹۴ با اضافه کردن یک‌فصل نه ماده‌ای به قانون آیین دادرسی کیفری درصدد برقراری یک نظام دادرسی و تعقیب مختص این اشخاص بوده است. در این فصل، یک ماده به موضوع قرار تأمین کیفری اشخاص حقوقی اختصاص پیدا کرده که طی آن دو قرار مختص این اشخاص مورد پیش‌بینی قرارگرفته است؛ «الف - قرار ممنوعیت انجام بعضی از فعالیت‌های شغلی که زمینه ارتکاب مجدد جرم را فراهم می‌کند. ب - قرار منع تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی از قبیل انحلال، ادغام و تبدیل که باعث دگرگونی یا از دست دادن شخصیت حقوقی آن شود...». با توجه به اینکه امروزه اشخاص حقوقی در قالب اشخاص حقوقیِ حقوقِ عمومی و خصوصی فعالیت‌های گسترده‌ای در حوزه‌های اقتصادی، تجاری، اداری و... داشته و به‌تبع آن جرایم به‌غایت زیان‌بار و شدیدی نیز از جانب ایشان در حال وقوع است لذا کفایت بررسی پیش‌بینی صرفاً دو قرار برای تحقق اهداف قرارهای تأمین کیفری مندرج در مادهٔ ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری در تعقیب جرایم اشخاص حقوقی نیازمند بررسی و مطالعه است.

پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی و با بهره‌مندی از ابزار کتابخانه‌ای درصدد یافتن پاسخ یا پاسخ‌هایی برای یک پرسش اصلی است که آیا قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی موجود برای اشخاص حقوقی می‌تواند تضمین‌کنندهٔ حقوق بزه‌دیده یا بزه‌دیدگان جرایم ارتکابی این اشخاص و جبرانی برای ضرر و زیان‌های وارده به ایشان باشد؟ در راستای یافتن پاسخی برای این پرسش اساسی، برخی پرسش‌های فرعی نیز مطرح می‌گردند که می‌بایست برای آن‌ها نیز پاسخ‌های مناسبی ارائه گردد. این پرسش‌ها ازاین‌قرارند؛ اولاً آیا مقام قضایی «مکلف» به استفاده از قرارهای تأمین کیفری

برای اشخاص حقوقی است؟ و ثانیاً در صورت تصمیم مقام قضایی برای شخص حقوقی این مقام تنها مجاز به بهره‌گیری از دو قرار مقرر در مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری بوده یا می‌تواند از سایر قرارهای تأمین کیفری (مادهٔ ۲۱۷) نیز استفاده نماید؟ ثالثاً، آیا پیش‌بینی صرفاً دو قرار تأمین دربارهٔ اشخاص حقوقی می‌تواند اهداف قرارهای تأمین کیفری مندرج در مادهٔ ۲۵۰ قانون به‌ویژه هدف بسیار مهم «تضمین حقوق بزه‌دیده» را درخصوص این اشخاص برآورده سازد؟ درنهایت اینکه آیا قرار نظارت قضایی صرفاً اختصاص به اشخاص حقیقی دارند یا اینکه امکان بهره‌گیری ازاین‌قرار دربارهٔ جرایم اشخاص حقوقی هم وجود دارد؟

اما قبل از ورود به مباحث اصلی ابتدائاً باید بررسی نمود اساساً اشخاص حقوقی امکان ارتکاب چه جرم یا جرایمی را دارند. با توجه به ماهیت اعتباری و انتزاعی اشخاص حقوقی، این اشخاص امکان ارتکاب برخی جرایم را نداشته اما گسترهٔ وسیعی از جرایم می‌تواند در دامنهٔ ارتکاب اشخاص حقوقی قرار گیرند. ورود به این موضوع از این نظر مهم است که در ارزیابی نهایی ما از قرارهای تأمین کیفری پیش‌بینی‌شده برای اشخاص حقوقی بسیار اثرگذار خواهد بود. پس از بررسی موضوع فوق، به ارزیابی دیگر موضوعات مرتبط با قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در وضعیت فعلی حقوق کیفری کشورمان پرداخته می‌شود.

۱. جرایم قابل‌انتساب به اشخاص حقوقی و تهدید «حقوق بزه‌دیده»

در قانون مجازات اسلامی اصل بر مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی است و اشخاص حقوقی به‌موجب مادهٔ ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی در صورت تحقق دو شرط، «ارتکاب بزه توسط نمایندهٔ شخص حقوقی» و «ارتکاب بزه به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی» مسئولیت خواهند داشت. مادهٔ ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی با پذیرش عام مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی تحولی را در شناسایی و برقراری بازخواست کامل اشخاص حقوقی در قبال اقدامات و رفتارهای زیان‌بار این اشخاص ایجاد نموده است (گلدوزیان و گلریز، ۱۳۹۷: ۲۱۸). همان‌گونه که می‌دانیم جرایم به‌موجب مادهٔ ۱۴ قانون مجازات اسلامی و بر مبنای مجازات تعیینی برای آن‌ها به جرایم مستوجب حد، قصاص، دیه و تعزیر تقسیم شده‌اند. در زمینه اینکه از منظر قانون‌گذار چه رفتار و جرایمی قابلیت انتساب به اشخاص حقوقی را دارند این ماده معیار مشخصی را ارائه ننموده و صرفاً از تبصرهٔ ماده ۱۴[1] می‌توان مطمئن شد که جنایاتی که مستوجب دیه هستند از جانب اشخاص حقوقی قابلیت

۱. «چنانچه رابطه علیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت واردشده احراز شود دیه و خسارت، قابل مطالبه خواهد بود...».

ارتکاب داشته فلذا اشخاص حقوقی ممکن است مرتکب جنایاتی از قبیل قتل، ضرب یا جرح شوند؛ بنابراین اگر در اثر تصمیمات شخص حقوقی یا اقدامات این شخص قتل یا دیگر جنایات علیه تمامیت جسمانی ارتکاب یابد مانند اینکه در اثر مصرف محصولات یک شخص حقوقی تجاری افرادی دچار مرگ شده یا نقص عضو یابند یا آسیبی به ایشان وارد آید شخص حقوقی (در کنار اشخاص حقیقی مرتکب) مسئولیت داشته و می‌بایست پاسخ‌گوی اقدامات خود باشد. البته اگرچه ارتکاب جنایات عمدی از جانب اشخاص حقوقی نامحتمل و بعید به نظر نمی‌رسد اما حتی در صورت وقوع این‌گونه جنایات صرفاً می‌توان اشخاص حقیقی درگیر که مستقیماً مرتکب این‌گونه جنایات شده‌اند را مستوجب کیفر قصاص دانست.

در خصوص جرایم مستوجب تعزیر، با توجه به اطلاق مادهٔ ۱۴۳ و همچنین تعزیری بودن تمامی مجازات‌های منظور شده برای این اشخاص در مادهٔ ۲۰ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد از منظر قانونی منعی در انتساب جرایم مستوجب تعزیر به اشخاص حقوقی وجود نداشته باشد. از ارتکاب هدفمند و سازمان‌یافتهٔ جرایم مهمی مانند قاچاق کالا یا مواد مخدر تا جرایم ساده‌تری مانند توهین، افترا یا نشر اکاذیب می‌بایست در نظر داشت امروزه طیف وسیعی از جرایم اشخاص حقوقی، در زمرهٔ جرایم اقتصادی و مالی قرار می‌گیرد (یوسفیان شوردلی، ۱۳۹۰: ۳۷۲). این اشخاص امروزه درگیر پرونده‌های به‌غایت بزرگی مانند پول‌شویی، تبانی، جعل و اختلاس‌های سازمان‌یافته می‌شوند. مسلماً آنچه ضرورتِ مقابله با جرایم اشخاص حقوقی را دوچندان ساخته و پیش‌بینی مقررات ویژه‌ای برای رسیدگی افتراقی به جرایم ارتکابی از جانب ایشان را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد همین جرایم اقتصادی و مالی است. البته در گسترهٔ جرایم مستوجب تعزیر برخی جرایم نیز قرار دارند که صرفاً از جانب اشخاص حقیقی قابلیت ارتکاب داشته و اصطلاحاً «قائم به شخص حقیقی» هستند؛ از این دسته می‌توان به جرایمی مانند عدم پرداخت نفقهٔ افراد واجب‌النفقه، روابط منافی عفت تعزیری از قبیل تقبیل و مضاجعه یا رانندگی بدون داشتن گواهینامهٔ معتبر و... اشاره داشت.

اما آیا اشخاص حقوقی ممکن است مرتکب جرایم مستوجب حد گردند؟ پاسخ به این سؤال مقداری چالش‌برانگیزتر از جرایم مستوجب تعزیر یا دیه است. برخی نویسندگان با اشاره به پاره‌ای دلایل از قبیل عدم ذکر مجازات حد در مادهٔ ۲۰ و تبصرهٔ مادهٔ ۱۴ قانون مجازات اسلامی (موسوی مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۸)، بی‌ربط بودن برخی قیود و شرایط مندرج در مادهٔ ۲۰ برای تعیین مجازات جرایم مستوجب حد از قبیل «شدت جرم ارتکابی» و «نتایج زیان‌بار آن» (موسوی مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۹)، ناممکن بودن امکان ارتکاب جرایم مستوجب حد از جانب شخص حقوقی (نبی‌پور، ۱۳۸۹: ۱۳۴ و پوربافرانی و سیفی، ۱۳۹۴: ۱۱۰) و همچنین عدم امکان اجرای

مجازات‌های حدی از قبیل شلاق، رجم یا حبس بر اشخاص حقوقی، جرایم مستوجب حد را قابل‌انتساب به اشخاص حقوقی نمی‌دانند؛ اما در مقابل عده‌ای دیگر، با این استدلال که امکان ارتکاب جرم به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی وجود دارد مانند اینکه نمایندهٔ یک شرکت در راستای تخریب برند و لطمه زدن به اعتبار و حیثیت شرکت رقیب مدیرعامل آن را قذف کند (حاجی‌ده‌آبادی و حبیبی‌تبار، ۱۳۹۷: ۱۰۹)، جرایم مستوجب حد را قابل‌انتساب به اشخاص حقوقی می‌دانند. به‌علاوه اینکه شخص حقوقی ممکن است مرتکب جرم افساد فی‌الارض از طریق اشاعهٔ فحشا یا توزیع مشروبات الکلی شده (جعفری، ۱۳۹۵: ۲۷) یا اینکه گروه و سازمانی را برای مقابله با نظام تشکیل داده و از طریق نمایندگان خود آن را اداره نماید.

می‌توان از میان نظرات فوق قائل به این شد که به‌استثنای جرایم مستوجب حدی که قائل به شخص حقیقی بوده و صرفاً انسان‌ها امکان ارتکاب آن‌ها را دارند از قبیل شرب خمر یا زنا و لواط یا حتی سرقت حدی (پوربارفرانی و دیگران، ۱۳۹۹: ۵۳)، دیگر جرایم مستوجب حد مانند افسادفی‌الارض، بغی، محاربه یا قذف را قابل‌انتساب به اشخاص حقوقی دانست (حاجی‌ده‌آبادی و حبیبی تبار، ۱۳۹۴: ۱۱۳)؛ مانند جایی که شخص حقوقی از طریق نمایندگان خود مبادرت به قوادی کرده و به‌صورت سازمان‌یافته زنان و مردان را برای ارتکاب اعمال منافی عفت به همدیگر برساند. در این فرض می‌توان علاوه بر اشخاص حقیقی درگیر، شخص حقوقی را نیز مسئول شناخت اما دربارهٔ وی صرفاً می‌توان از مجازات‌های تعزیری مقرر در مادهٔ ۲۰ بهره گرفت؛ بنابراین برخلاف نظر بعضی حقوق‌دانان (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۶۶-۶۵)، حداقل در جرایم مستوجب حدی که قائم به شخص حقیقی نیستند می‌توان این جرایم را قابل‌انتساب به اشخاص حقوقی دانست.

بنابراین و با بررسی‌های فوق مشخص است که حقوق افراد جامعه به‌شدت در معرض خطر ارتکاب جرم از جانب اشخاص حقوقی قرار دارد و چنانچه اقداماتی چون قرارهای تأمین کیفری پیش‌بینی‌شده برای این اشخاص نتواند اهداف مقرر در مادهٔ ۲۴۷ قانون آیین دادرسی را محقق نماید بزه‌دیدگان جرایم این اشخاص تضمینی برای حقوق ازدست‌رفته خود نخواهند داشت.

۲. قرار تأمین کیفری برای اشخاص حقوقی؛ اجبار یا اختیار؟

قرارهای تأمین کیفری ازجمله قرارهای اعدادی هستند که ازیک‌طرف به‌دلیل ارتباط نزدیک آن با حقوق و آزادی‌های اشخاص و به‌جهت دیگر به‌دلیل حمایت از زیان‌دیدگان جرم و حمایت از حقوق عامهٔ جامعه از اهمیت و جایگاه بالایی برخوردار هستند. قرارهای تأمین کیفری با نیت تأمین اهداف مندرج در مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری صادر می‌شوند. درواقع قانون‌گذار با این مبنا موضوع قرارهای تأمین کیفری را در قانون دادرسی کیفری گنجانده که اولاً، «به متهم دسترسی داشته و حضور

به‌موقع وی در جلسات تعقیب کیفری را تضمین نماید»، ثانیاً، «از فرار یا مخفی شدن متهم جلوگیری نماید» و در انتها اینکه، «حقوق بزه‌دیده و جبران ضرر و زیان‌های وی تضمین گردد». حال پرسش این است که اگر بدون بهره‌گیری از قرار تأمین کیفری اهداف فوق تضمین‌شده باشد آیا همچنان مقام قضایی مکلف به استفاده و صدور قرارهای تأمین کیفری است؟ مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری با به‌کار بردن عبارت «در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین کیفری زیر را صادر می‌کند...»، به نظر می‌رسد اعتقاد به الزامی بودن صدور یکی از قرارهای تأمین کیفری در هر پرونده در صورت توجه اتهام به متهم را داشته است؛ یعنی در هر پروندهٔ کیفری ولو با تعدد اتهامات از میان قرارهای ده‌گانه مادهٔ ۲۱۷ می‌بایست حداقل یک قرار که متناسب با جرم ارتکابی و متهم است صادر گردد مطابق با این ماده پس از تفهیم اتهام تنها در صورتی صدور قرار تأمین کیفری الزامی است که نسبت به انتساب اتهام به متهم دلایل کافی وجود داشته باشد. در صورت توجه اتهام حتی چنانچه قاضی علم به عدم فرار متهم داشته و از حضور او مطمئن هم باشد باز موظف است تأمین لازم را اخذ کند چون گرفتن تأمین یک مقررهٔ آمرهٔ شکلی بوده و تخطی از آن جایز نیست.

نکتهٔ قابل‌توجه این است که هر قرار تأمین کیفری که از طرف بازپرس صادر می‌شود باید با مواردی چون اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله در باب اتهام، احتمال فرار متهم، سابقهٔ کیفری متهم، جنسیت یا وضعیت و... تناسب داشته باشد (مادهٔ ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری) و درواقع بین حالات فوق و قرار تأمین کیفری صادره باید یک توازن برقرار باشد. رعایت تناسب در اخذ تأمین به حدی موردتوجه قانون‌گذار است که مقام قضایی خاطی را مستوجب محکومیت انتظامی دانسته است (مصدق، ۱۳۹۵: ۱۶).

در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قانون‌گذار با تصویب مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری دست به نوآوری زده و قرارهای تأمین کیفری ویژهٔ این اشخاص را به تصویب رسانده است. این ماده مقرر می‌دارد: «در صورت وجود دلایل کافی دایر بر توجه اتهام به شخص حقوقی و در صورت اقتضا منحصراً صدور قرارهای تأمینی زیر امکان‌پذیر است. این قرارها ظرف ده روز پس از ابلاغ، قابل‌اعتراض در دادگاه صالح است: الف) قرار ممنوعیت بعضی از فعالیت‌های شغلی که زمینه ارتکاب مجدد جرم را فراهم می‌کند. ب) قرار منع تغییر اداری در وضعیت شخص حقوقی از قبیل انحلال، ادغام و تبدیل که باعث دگرگونی یا از دست دادن شخصیت حقوقی آن شود. تخلف از این ممنوعیت موجب یک یا دو نوع از مجازات‌های تعزیری درجه هفت یا هشت برای مرتکب است».

در مقایسهٔ قرارهای تأمین کیفری بین اشخاص حقوقی و حقیقی این سؤال مطرح می‌شود که آیا در بحث الزامی یا اختیاری بودن این قرارها اشخاص حقوقی هم از سازوکار پیش‌بینی‌شده برای

اشخاص حقیقی تبعیت می‌کنند یا اینکه با توجه به قرارهای پیش‌بینی‌شده مختص اشخاص حقوقی (مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری) این اشخاص تابع مقررات ویژه خود هستند؟

در خصوص قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقوقی چند چالش اساسی مطرح می‌شود؛ ابتدا اینکه آیا اعمال این قرارها توسط مقام رسیدگی‌کننده الزامی است یا از اختیارات وی می‌باشد؟ اگر قائل به اختیاری بودن قرارهای مذکور باشیم در این حالت صرفاً شخص مقام رسیدگی‌کننده است که در صورت صلاحدید می‌تواند درخصوص اشخاص حقوقی قرارهای فوق را صادر نماید که این موضوع با روح مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری سازگار به نظر می‌رسد، چون مادهٔ ۶۹۰ مقر داشته است در صورت وجود دلایل کافی دایر بر اتهام شخص حقوقی و «در صورت اقتضاء» صدور قرارهای تأمین کیفری امکان‌پذیر است. بالعکس اگر نظر به اجباری بودن این قرارها داشته باشیم، مقام رسیدگی در هر زمان که دعوایی علیه شخص حقوقی طرح شود می‌بایست قرارهای تأمین فوق را نسبت به شخص حقوقی اعمال نماید و با توجه به اینکه قرارهای مذکور با فعالیت و وضعیت شخص حقوقی در ارتباط هستند در صورت عدم تصمیم‌گیری درست، این قرارها می‌توانند آثار سوئی چون ضررهای مالی و یا معنوی فراوان مانند لطمه به اعتبار را برای شخص حقوقی به همراه داشته باشد. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۹۰-۷/۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۷ مقرر داشته است، با توجه به عبارت «در صورت اقتضاء» در ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در صورت توجه اتهام به شخص حقوقی، اختیار صدور یا عدم صدور قرار تأمین به قاضی رسیدگی‌کننده محول شده است. بر این اساس، اگر اوضاع‌واحوال و محتویات پرونده اقتضاء داشته باشد، صدور یک یا هر دو تأمین موضوع این ماده لازم «و در غیر این صورت لازم نیست» و تشخیص وجود مقتضای صدور قرار بر عهده مرجع رسیدگی‌کننده است. البته این موضوع خود می‌تواند سبب اختلاف رویه نزد مراجع قضایی شود به‌دلیل آنکه درخصوص موضوعی واحد ممکن است یک مقام قضایی صدور قرار تأمین کیفری را نسبت به شخص حقوقی مقتضی دانسته و مقام قضایی دیگر در مورد مشابه صدور قرار تأمین کیفری را لازم نداند و همین امر سبب تعارض رویه را فراهم آورده و تضییع حقوق بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی را موجب شود (بشیریه و پورقاسم، ۱۳۹۸: ۱۳۷). از عبارت «در صورت اقتضاء» برداشت‌های دیگری نیز متصور است؛ از یک‌جهت می‌توان با توجه به اصول حاکم بر قرارهای تأمین کیفری منظور از عبارت مذکور را به معنای تناسب قرارهای صادره با جرم ارتکابی، شدت رفتار، شخصیت بزهکار و... دانست. از جهت دیگر درخصوص عبارت «در صورت اقتضاء» می‌توان قائل به این برداشت بود که در صورت نیاز و ضرورت و با توجه به جرم ارتکابی و شخص حقوقی مجرم می‌توان برای این شخص قرار تأمین

کیفری صادر نمود. در هر صورت و با توجه به تفسیر غالبی که از عبارت «در صورت اقتضاء» مندرج در ماده قابل‌استنباط است و در نظریهٔ مشورتی اداره کل حقوقی نیز بر آن تأکید شده، مختار دانستن مقام قضایی دراین‌باره قابل‌نقد بوده و به نظر می‌رسد قانون‌گذار دربارهٔ اشخاص حقوقی نیز به همان شیوه‌ای که برای اشخاص حقیقی صدور حداقل یک قرار تأمین را در مادهٔ ۲۱۷ ضروری دانسته است در اینجا نیز می‌بایست صدور حداقل یک قرار تأمین کیفری را ضروری شمرده و قاضی را مختار در صدور یا عدم صدور قرار تأمین باقی نمی‌گذاشت. محول کردن تصمیم‌گیری راجع به صدور یا عدم صدور قرار تأمین کیفری برای شخص حقوقی به قاضی رسیدگی‌کننده، علاوه بر تشتت آراء، موجبات نقض جدی تضمین حقوق بزه‌دیده را نیز باعث می‌گردد. به‌علاوه ممکن است اسباب سوءاستفادهٔ اشخاص حقوقی را نیز فراهم آورده و این اشخاص با روش‌هایی از قبیل انحلال ارادی موجبات انحراف مسیر دادرسی کیفری و مختومه شدن پرونده را فراهم آورند.

نکتهٔ دیگر این است که آیا قاضی می‌تواند درخصوص شخص حقوقی نسبت به یک پرونده بدون تبیین اتهام اقدام به صدور قرار تأمین کیفری نماید؟ همان طور که در مادهٔ ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری بیان‌شده است درخصوص اشخاص حقوقی بحث تفهیم اتهام وجود ندارد بلکه قانون‌گذار از اصطلاحی متفاوت با عنوان «تبیین اتهام» استفاده کرده که متناظر آن تا قبل از تصویب قانون مذکور در نظام کیفری ایران وجود نداشت. همین موضوع بیان‌گر آن است که قانون‌گذار در تلاش بوده که اولاً جایگاه نمایندهٔ قانونی با متهم تداخل پیدا ننماید چراکه نمایندهٔ قانونی متهم نیست و تنها به نمایندگی از شخص حقوقی جهت دفاع در مراجع قضایی حاضر می‌شود، لذا مقنن به همین خاطر از واژهٔ «تفهیم» استفاده نکرده است. علاوه بر آن مستنبط از مادهٔ فوق می‌توان استدلال نمود ابتدا مقام قضایی باید اتهام شخص حقوقی را تبیین نماید و پس‌ازآن در صورت اقتضاء اقدام به صدور قرار تأمین کیفری نماید. اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریهٔ مشورتی ۷/۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۷ قرار تأمین کیفری ویژهٔ اشخاص حقوقی را فرع بر تبیین اتهام دانسته است.

هرچند قانون‌گذار نمایندگان شخص حقوقی را از الزامات و محدودیت‌های متهم که یکی از آن‌ها صدور قرار تأمین کیفری می‌باشد معاف دانسته است و صدور قرار تأمین کیفری برای شخص حقوقی را با به کار بردن واژهٔ «در صورت اقتضا» از اختیارات دادگاه لحاظ نموده است، لکن قطعاً اختیاری بودن یا عدم صدور قرار تأمین کیفری برای شخص حقوقی موجب خواهد شد که حقوق بزه‌دیده بدون تضمین و در معرض تضییع قرار گیرد لذا به نظر می‌رسد بهتر بود صدور قرار تأمین کیفری برای اشخاص حقوقی به‌صورت اجباری از طرف مقنن مورد تصویب قرار می‌گرفت.

۳. انواع قرار تأمین اشخاص حقوقی

همان گونه که گذشت قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ صرفاً دو نوع قرار تأمین کیفری را برای اشخاص حقوقی پیش‌بینی کرده که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۳. قرار ممنوعیت از انجام بعضی از فعالیت‌های شغلی که زمینهٔ ارتکاب مجدد جرم را فراهم می‌کند

این قرار تأمین کیفری درخصوص اشخاص حقوقی در مواردی صادر می‌شود که موضوع فعالیت شخص حقوقی زمینهٔ ارتکاب جرم را فراهم نموده باشد. در چنین حالتی مقام قضایی باید آن بخش از فعالیت شخص حقوقی را که امکان مجدد جرم را فراهم می‌سازد ممنوع کند، لیکن ممنوع کردن تمام فعالیت شخص حقوقی مجاز نیست. به‌عنوان‌مثال یک شرکت آپارتمان‌سازی که از طریق جلب سرمایه‌های اشخاص در قبال تحویل واحدهای آپارتمانی، به تعهدات خود عمل ننموده و به اتهام کلاهبرداری نزد مقام قضایی احضار شده است، با صدور قرار منع از انجام بعضی فعالیت‌های شغلی از پیش‌فروش آپارتمان‌های در حال ساخت خود منع می‌گردد و یا اگر یک شخص حقوقی که در حوزهٔ چاپ و نشر کتاب فعالیت می‌کند، چنانچه در ضمن انتشار کتاب اقدام به جعل اسکناس نماید و در این خصوص نزد مقام تحقیق احضار شود با جمع سایر شرایط قانونی می‌توان قرار ممنوعیت از فعالیت شغلی چاپ کتاب که زمینهٔ انتشار جعل اسکناس را فراهم نموده است صادر کرد تا دامنهٔ قربانیان جرم بیشتر نشود (جان‌نثارکهنه شهری، ۱۳۹۵: ۱۱۱).

درواقع هدف از صدور این قرار این است که تا تعیین تکلیف نهایی در مورد اتهام انتسابی، زمینهٔ فعالیت شخص حقوقی که به سبب آن در معرض اتهام قرارگرفته، متوقف شود تا در صورت محکومیت، تعداد قربانیان فراتر نرود. به نظر می‌رسد این قرار با وجود اینکه تنها برخی فعالیت‌های شخص حقوقی را ممنوع می‌کند، نمی‌تواند حقوق بزه‌دیدگان جرم شخص حقوقی را تضمین کند و صرفاً در پیشگیری از افزایش بزه‌دیدگان تأثیر خواهد داشت. به‌عنوان نمونه در مثال فوق که شخص حقوقی درزمینهٔ پیش‌فروش آپارتمان‌های در حال ساخت مرتکب کلاهبرداری می‌شود ممنوع کردن فعالیت آن تأثیر چندانی در حال بزه‌دیدگان فعلی نخواهد داشت بلکه ممکن است از بزه‌دیدگی افراد جدید جلوگیری کند درحالی‌که اگر به‌جای این قرار از قرارهایی چون توقیف اموال و دارایی‌های شخص حقوقی استفاده می‌شد، قطعاً حقوق بزه‌دیده نیز به‌نحو مطلوب‌تری مورد تضمین قرار می‌گرفت.

به بیان دیگر همان گونه که قانون‌گذار با تصویب مادهٔ ۶۹۱ صدور قرار تأمین خواسته علیه شخص حقوقی را با نگاه تضمین حقوق بزه‌دیدهٔ شخص حقوقی پیش‌بینی نموده و با صدور این قرار و توقیف اموال شخص حقوقی در مراحل مختلف دادرسی تلاش در جهت حفظ و تضمین حقوق

بزه‌دیدهٔ شخص حقوقی داشته است، در قرارهای تأمین کیفری نیز با به‌کارگیری تدابیری چون توقیف اموال و دارایی شخص حقوقی می‌توانست اقدامی مثبت در تضمین حقوق بزه‌دیده به عمل آورد.

علاوه بر موارد مذکور یکی دیگر از دلایل ناکارآمدی این قرار درجهت تحقق اهداف قرارهای تأمین کیفری خصوصاً تضمین حقوق بزه‌دیده این است که قرار مذکور مشابه با مجازات بند (پ) مادهٔ ۲۰ قانون مجازات اسلامی است که به نظر می‌رسد چنین اقدامی در عرصهٔ قانون‌گذاری مرسوم و شایسته نباشد، به‌دلیل آنکه هدف از مجازات اهدافی چون ارعاب، اصلاح و سزا دادن است که متفاوت از اهداف قرارهای تأمین کیفری که شامل دسترسی به متهم، حضور به‌موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی می‌باشد، است (زینتی، ۱۳۹۶: ۶۳).

لازم به ذکر است چند ایراد و چالش اساسی دیگر به این قرار مطرح است اولاً اینکه نحوهٔ اجرای این قرار و مراجع صالحی که این قرار باید به آن‌ها اعلام شود مشخص نیست و همچنین نحوهٔ نظارت و مرجع ناظر بر این ممنوعیت نیز مشخص نشده است لذا بهتر بود قانون‌گذار یا قوهٔ قضائیه در زمان تصویب آیین‌نامهٔ «شیوهٔ اجرای قرارهای نظارت قضایی و تأمین قضایی»[1]، شیوهٔ اجرا و نحوهٔ نظارت بر این قرار را مانند قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقیقی پیش‌بینی و موارد مشابهی را نیز برای اشخاص حقوقی در نظر می‌گرفت.

ثانیاً برخلاف قرار تأمین کیفری بند ب مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری هیچ ضمانت‌اجرایی برای تخلف از اجرای این قرار توسط قانون‌گذار در نظر گرفته نشده است یعنی مشخص نیست اگر شخص حقوقی، فعالیت‌هایی را که از طرف دادگاه منع شده است مجدداً انجام دهد چه ضمانت‌اجرایی خواهد داشت. لذا بهتر بود مقنن چنین مواردی را موجب لغو قرار یا تبدیل قرار منع فعالیت به‌قرار تأمین کیفری شدیدتری می‌دانست؛ چنین اقداماتی در تضمین حقوق بزه‌دیده نیز نقش مؤثری خواهد داشت (نوبخت، ۱۳۹۶: ۱۰۵).

۲-۳. قرار منع تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی

این قرار زمانی صادر می‌شود که حفظ شرایط شخص حقوقی در زمان تحت تعقیب قرار گرفتن، به‌منظور انجام تحقیقات مقدماتی، کشف حقیقت، حفظ آثار و دلایل جرم و جبران ضرر و زیان بزه‌دیدگان احتمالی ضروری است به‌عنوان‌مثال یک شرکت خدماتی با ادعای تمهید مقدمات دریافت تسهیلات از بانک‌ها از مراجعه‌کنندگان مبالغی دریافت کرده، لیکن به وعدهٔ خود عمل ننموده و به همین دلیل علیه این شخص حقوقی به اتهام کلاهبرداری شکایت مطرح‌شده است. در چنین

۱. مادهٔ ۱۲ و ۱۳ آیین‌نامهٔ شیوهٔ اجرای قرارهای نظارت قضایی و تأمین قضایی

وضعیتی معمولاً مسئولین شرکت به دنبال برهم زدن وضعیت شرکت از طُرُق مختلفی چون انحلال، ادغام با شرکتی دیگر یا تبدیل وضعیت در جهت جلوگیری از دسترسی به اسناد مثبت واهی بودن ادعای آن‌ها و در نتیجه فرار از بار مسئولیت کیفری و تضییع حقوق مشتریان هستند. مقام قضایی با صدور قرار منع تغییر اداری در وضعیت شخص حقوقی، تلاش می‌کند که از امحای ادله و آثار اتهام و نیز تضییع حقوق بزه‌دیدگان احتمالی جلوگیری کند (مصدق، ۱۳۹۵: ۶۶).

مقنن برخلاف بند (الف) مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری در قرار تأمین کیفری پیش‌بینی‌شده ویژهٔ اشخاص حقوقی در بند (ب) مادهٔ مذکور برای تخلف از این قرار ضمانت‌اجرا تعیین نموده و مقرر داشته «تخلف از این ممنوعیت موجب یک یا دو نوع از مجازات‌های تعزیری درجه هفت یا هشت برای مرتکب است»؛ یعنی اگر نمایندگان شخص حقوقی پس از ممنوعیت از تغییر ارادی اقدام به تغییر در وضعیت شخص حقوقی نمایند به مجازات‌های مقرر (تعزیری درجهٔ هفت یا هشت) محکوم خواهند شد (مؤذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۲). به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این قرار تأمین کیفری در تلاش بوده است اقدامی در جهت تضمین حقوق بزه‌دیده نماید، لیکن به‌رغم این تلاش در این قرار نیز حقوق بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی تضمین نخواهد شد. به‌دلیل آنکه مجازات‌های تعزیری درجهٔ هفت، مشمول حبس (حداکثر تا شش ماه)، شلاق و جزای نقدی و محرومیت از حقوق اجتماعی است و مجازات‌های تعزیری درجهٔ هشت نیز حبس (حداکثر سه ماه) شلاق و جزای نقدی است.

اگر قائل به این باشیم که این مجازات‌ها باید درخصوص شخص حقوقی اعمال شود از میان مجازات‌های تعزیری درجهٔ هفت صرفاً جزای نقدی و محرومیت از حقوق اجتماعی و از میان جرایم تعزیری درجهٔ هشت تنها جزای نقدی نسبت به اشخاص حقوقی قابل‌اعمال است که با توجه به مبالغ کمی که برای جزای نقدی در جرایم تعزیری درجهٔ هفت و هشت در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است با جرایم اشخاص حقوقی خصوصاً اشخاص حقوقی متمول چون شرکت‌های تجارتی بزرگ که ارتکاب جرم معمولاً منافع زیادی را برای آن‌ها به دنبال دارد سازگاری نخواهد داشت.

در فرض دیگر اگر قائل به این باشیم که مجازات‌های پیش‌بینی‌شده برای تخلف از قرار تأمین کیفری بند (ب) مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری باید درخصوص نمایندگان شخص حقوقی اعمال شود، در این صورت نیز همان گونه که ذکر شد با توجه به اینکه مجازات‌های مقرر در مجازات‌های تعزیری درجهٔ هفت و هشت مشمول مجازات‌های سبکی هستند لذا این امکان وجود دارد که نمایندگان اشخاص حقوقی خصوصاً اشخاص حقوقیِ حقوقِ خصوصی در مقابل‌جرایم ارتکابی و منافع بالای آن، پس از صدور قرار تأمین کیفری مقرر در بند (ب) ماده ۶۹۰ اقدام به تغییر ارادی در شخص حقوقی نموده و تن به تحمل مجازات‌های ناچیز درجهٔ هفت و هشت تعزیری

بدهند. لذا واضح است این قرار نیز حقوق بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی را تأمین نخواهد کرد و آن‌چنان‌که شایسته است متناسب بااهمیت جرایم اشخاص حقوقی مورد تصویب قرار نگرفته است. بنابراین بی‌توجهی قانون‌گذار محترم در باب قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقوقی کاملاً مشهود است (قدسی و فاضلی، ۱۳۹۹: ۲۳۱).

۴. ناکافی بودن قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقوقی در تأمین حقوق بزه‌دیده

با توضیحات قبل به نظر می‌رسد دو قراری که به‌عنوان قرار تأمین کیفری برای اشخاص حقوقی در مادهٔ ۶۹۰ مصوب شده، اهداف قرارهای تأمین کیفری را به‌صورت کامل محقق نخواهند کرد؛ چراکه هدف از قرارهای تأمین کیفری موارد مندرج در مادهٔ ۲۱۷ است. اما به نظر می‌رسد قرارهای پیش‌بینی‌شده برای اشخاص حقوقی بیشتر نوعی اقدام تأمینی جهت جلوگیری از ادامهٔ جرم یا گسترش تبعات آن می‌باشد. اکثر اشخاص حقوقی جهت منافع مالی و سودآوری تشکیل می‌گردند و با توجه به اینکه بیشتر جرایم اشخاص حقوقی جرایم مالی هستند لذا قرارهای تأمین کیفری مالی نسبت به شخص حقوقی عمدتاً می‌تواند حالت بازدارندگی بیشتر داشته باشد (Fieberg, 1999: 65). به‌علاوه غالباً بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی قربانیان جرایم مالی هستند و این قربانیان اموال و دارایی خود را به خاطر بزه‌دیده شدن توسط اشخاص حقوقی از دست می‌دهند، لذا بهتر بود قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقوقی از تأمین‌هایی تشکیل می‌شد که برای شخص حقوقی به‌طور مستقیم بار مالی داشته باشد حتی مقنن می‌توانست مواردی چون تأمین‌های کیفری شخص حقیقی مثل اخذ وثیقه، اعم از وجه نقد، ضمانت‌نامهٔ بانکی، مال منقول یا غیرمنقول که قابل‌تسری به شخص حقوقی هم هستند و اهداف قرارهای تأمین را نیز بهتر تأمین می‌کنند برای شخص حقوقی در نظر بگیرد (محمدی، ۱۳۹۷: ۵۲). علی‌رغم اینکه قانون‌گذار ایران در بحث مسئولیت کیفری و دادرسی اشخاص حقوقی از قانون فرانسه اقتباس نموده است، لیکن قانون‌گذار فرانسه در بحث تأمین کیفری اشخاص حقوقی مصادیق بهتری را نسبت به قانون ایران در نظر گرفته است و در ماده ۴۵-۷۰۶ قانون، تودیع وثیقه، ایجاد اقدامات احتیاطی شخصی یا واقعی برای تضمین حقوق بزه‌دیده، ممنوعیت صدور چک و استقرار تحت نظارت نمایندگی دادگستری را برای یک دورهٔ شش‌ماهه قابل‌تمدید به‌عنوان تأمین‌های قابل‌صدور برای اشخاص حقوقی در نظر گرفته و مقرر داشته در صورت نقض نظارت قضایی موارد ۴۳-۴۳۴ و ۷-۴۳۴ قانون جزای این کشور اجرا می‌شود (تدین، ۱۳۹۴: ۴۲۳).

علاوه بر موارد مذکور، قرارهای تأمین کیفری درخصوص برخی از اشخاص حقوقی خصوصاً اشخاص حقوقیِ حقوقِ عمومی مثل شهرداری‌ها با توجه به ماهیت و نوع فعالیت‌های آن‌ها امکان‌پذیر نیست و درخصوص این اشخاص در زمینهٔ قرار تأمین کیفری با خلأ قانونی مواجه هستیم

(قناد و اکبری، ۱۳۹۴: ۴۱). به‌عنوان‌مثال فرض شود شهرداری به‌عنوان یک شخص حقوقی مرتکب جرمی در حوزهٔ خدمات عمومی شده است، با توجه به نوع خدمات این شخص و نیاز شهر به ارائهٔ این خدمات نمی‌توان از قرار تأمین کیفری مندرج در بند الف مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری (منع برخی فعالیت‌های شغلی مرتبط با جرم) استفاده کرد و جلوی فعالیت‌های شهرداری را در حوزهٔ ارائهٔ خدمات عمومی گرفت. همچنین قرار تأمین کیفری مقرر در بند ب مادهٔ ۶۹۰ نیز (قرار منع تغییر ارادی) درخصوص اشخاص حقوقی چون شهرداری امکان‌پذیر نیست و صدور این قرار نیز به‌منظور جلوگیری از تغییراتی چون تبدیل، ادغام و انحلال هیچ‌گونه کارآیی ندارد؛ بنابراین قرارهای تأمین کیفری مندرج در مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری درخصوص برخی اشخاص حقوقی عملاً قابل‌اجرا نبوده و همین موضوع سبب عدم تضمین حقوق بزه‌دیدگان این اشخاص خواهد شد.

پرسشی که مطرح است اینکه آیا مقام قضایی می‌تواند به‌صورت هم‌زمان از دو قرار تأمین کیفری مختص اشخاص حقوقی استفاده نماید؟ به نظر می‌رسد برخلاف دیدگاه برخی نویسندگان که معتقدند نمی‌توان در یک پرونده برای شخص حقوقی متهم از هر دو قرار استفاده نمود (خالقی، ۱۳۹۵: ۵۵۵)، منعی در این رابطه وجود نداشته باشد و مقام قضایی مجاز باشد در صورت صلاح‌دید و درصورتی‌که نیاز باشد از هر دو قرار در یک پرونده به‌صورت هم‌زمان بهره گیرد (برای تائید این نظر ر.ک: پورقاسم و بشیریه، ۱۳۹۸: ۱۳۵ و طهماسبی، ۱۳۹۸: ۲۴۰). مخالفان در توجیه دیدگاه خود به موضوعاتی مانند لزوم رعایت اصل تناسب و همچنین مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری که در آن به‌صراحت از صدور یک قرار صحبت به میان آمده است اشاره دارند، اما به نظر می‌رسد این امر دربارهٔ اشخاص حقوقی صدق نکند. زیرا اولاً قانون‌گذار در مادهٔ ۶۹۰ برخلاف مادهٔ ۲۱۷ صحبتی از لزوم استفاده از یک قرار ذکری به میان نیاورده، ثانیاً، برخی مواقع اصل تناسب تأمین دربارهٔ اشخاص حقوقی می‌تواند با صدور هردوی قرارهای تأمین مقرر در مادهٔ ۶۹۰ قانون تأمین گردد، زیرا ماهیت قرارهای تأمین کیفری مقرر در این ماده به‌نحوی است که بیشتر جنبهٔ احتیاطی داشته و جنبهٔ نظارت قضایی و پیشگیرانه این دو قرار بر جنبهٔ تأمینی آن‌ها غلبه دارد. به دیگر سخن، این دو قرار بیشتر از آنکه اهداف مقرره برای صدور قرارهای تأمین کیفری به‌ویژه تضمین حقوق بزه‌دیده و جبران خسارات وارده به وی در اثر جرم ارتکابی را تأمین نماید، جنبهٔ افزایش نظارت دستگاه عدالت کیفری بر شخص حقوقی متهم داشته تا از ارتکاب مجدد جرایم مشابه (با عنوان مجرمانه‌ای که شخص حقوقی به آن متهم است) و یا به انحراف کشانیدن جریان تعقیب کیفری پیشگیری نماید.

موضوع دیگر اینکه به نظر می‌رسد درهرصورت در همهٔ پرونده‌های مرتبط با اشخاص حقوقی به‌ویژه اشخاص حقوقیِ حقوقِ خصوصی مقام قضایی موظف است از قرار دوم تأمین کیفری مندرج

در مادهٔ ۶۹۰ یعنی منع تغییر ارادی استفاده نماید تا از تبعات بعدی انحلال، ادغام یا تبدیل ارادی این اشخاص که در راستای به بن‌بست کشانیدن تعقیب کیفری ممکن است از جانب اداره‌کنندگان صورت گیرد جلوگیری نماید؛ بنابراین صدور این قرار یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر در راستای استمرار جریان دادرسی و همچنین تأمین حقوق جامعه و بزه‌دیده بوده و نمی‌بایست به اختیار یا صلاح‌دید قاضی واگذار گردد.

درنهایت اینکه اگرچه در مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری طی دو بند، صرفاً دو قرار تأمین مختص اشخاص حقوقی پیش‌بینی گردیده اما به نظر می‌رسد در راستای ارائهٔ راهکاری باهدف تضمین بیشتر و بهتر حقوق بزه‌دیدگان، قرار تأمین خواسته مندرج در مادهٔ ۶۹۱ را نیز بتوان به‌نوعی سازگار با اهداف قرارهای تأمین کیفری دانسته و آن را نوعی قرار تأمین کیفری تلقی کرد و از آن‌ها علیه اشخاص حقوقی استفاده نمود. اشخاص حقوقی برای فعالیت‌های خود نیاز به فعال بودن حساب‌های بانکی و آزاد بودن اموال و دارایی خود دارند، اگر مقام قضایی درصورت توجه اتهام به این اشخاص در مراحل تعقیب و تحقیق، با صدور قرار تأمین خواسته نسبت به توقیف اموال و دارایی‌های آن‌ها اقدام کند این امر علاوه بر اقداماتی چون پیشگیری از گسترش دامنهٔ جرم، سبب تضمین حقوق بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی خواهد شد و با توجه به اینکه یکی از کیفرهای مرسوم برای اشخاص حقوق جزای نقدی است از این طریق می‌توان پس از محکومیت شخص حقوقی اجرای حکم کیفری را تسهیل نمود.

۵. قرار نظارت قضایی

یکی از نوآوری‌های قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بحث پیش‌بینی قرارهای نظارت قضایی است که در مادهٔ ۲۴۷ مورد تصریح قرارگرفته است. تا قبل از این، قرار نظارت قضایی در نظام کیفری ایران سابقهٔ تقنینی نداشته و به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران تصویب این قرار را از نظام کیفری فرانسه اقتباس نموده است.

قرارهای نظارت قضایی همانند قرارهای تأمین کیفری آزادی متهم را محدود می‌کند و بیشتر ناظر بر ممنوعیت فعالیت‌های اجتماعی مرتبط با وقوع جرم و یا محرومیت استفاده از تسهیلات اجتماعی است، لیکن میزان محدودیت‌های مقرر در قرارهای نظارت قضایی به‌مراتب خفیف‌تر از محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده در قرارهای تأمین کیفری است.

مادهٔ ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته است: «بازپرس می‌تواند متناسب با جرم ارتکابی، علاوه بر صدور قرار تأمین، قرار نظارت قضایی را که شامل یک یا چند مورد از دستورهای زیر است، برای مدت معین صادر کند: الف- معرفی نوبه‌ای خود به مراکز یا نهادهای تعیین‌شده

توسط بازپرس ب - منع رانندگی با وسایل نقلیه موتوری پ- منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتکابی ت - ممنوعیت از نگهداری سلاح دارای مجوز ث - ممنوعیت خروج از کشور». با دقت در این ماده محرز است که برخلاف قرارهای تأمین کیفری که مقام تحقیق در صورت توجه اتهام به متهم «مکلف» به تعیین یکی از آن‌ها برای متهم است در قرارهای نظارت قضایی مقام قضایی در استفاده از آن‌ها با توجه به اتهامات متهم و شرایط پرونده مختار است. لازم به ذکر است مقام قضایی می‌تواند قرارهای نظارت قضایی را به‌صورت مستقل و یا به همراه قرارهای تأمین کیفری نسبت به متهم اعمال نماید. مطابق با تبصرهٔ مادهٔ ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری استفاده از قرارهای نظارت قضایی به‌صورت مستقل و بدون همراهی با قرارهای تأمین کیفری صرفاً در جرایم تعزیری درجهٔ هفت و هشت امکان‌پذیر است که مقام قضایی با توجه به اهمیت کم جرم ارتکابی اقدام به استفادهٔ انحصاری از این قرارها می‌کند. در ضمن صدور قرار تأمین و نظارت قضایی باید مستدل و موجه بوده و با توجه به اهمیت جرم و شدت مجازات در نظر گرفته شود (رنجبر و فرج‌پور، ۱۳۹۶: ۲۱۶).

پرداختن به توضیحات راجع به قرارهای نظارت قضایی درخصوص اشخاص حقیقی از موضوع این نوشتار خارج است، لیکن درخصوص اشخاص حقوقی به نظر می‌رسد برخلاف نظر برخی نویسندگان (پورقاسم و بشیریه، ۱۳۹۸: ۱۳۸)، این قرار اختصاص به اشخاص حقیقی نداشته و می‌توان دربارهٔ اشخاص حقوقی هم از آن‌ها بهره برد. مهم‌ترین دلیل برای این موضوع را علاوه بر اینکه در متن مواد مربوط به‌قرار نظارت قضایی صراحتی برای انحصار آن در اشخاص حقیقی مشاهده نمی‌گردد، به موضوع مهم تضمین حقوق جامعه و بزه‌دیدگان احتمالی اشخاص حقوقی اشاره داشت. با توجه به قرارهای نظارت قضایی مقرر در مادهٔ ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری، از بین پنج قرار نظارت قضایی پیش‌بینی‌شده صرفاً بند پ آن یعنی «منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتکابی» درخصوص اشخاص حقوقی قابل‌اعمال است. با صدور این نوع قرار نظارت قضایی چون فعالیت شخص حقوقی زمینه‌ساز وقوع جرم بوده بنابراین شخص حقوقی از اشتغال به فعالیت‌هایی که مرتبط با جرم ارتکابی است منع می‌گردد.

مواد ۱۲ و ۱۳ آیین‌نامهٔ «شیوهٔ اجرای قرارهای نظارت و تأمین قضایی» به بحث چگونگی و شیوهٔ اجرای این نوع قرار نظارت قضایی پرداخته است. مطابق مادهٔ ۱۲ آیین‌نامهٔ مذکور «چنانچه قرار نظارت مبنی بر منع اشتغال به حرفه، شغل یا کار معین بوده و متهم به آن اشتغال داشته باشد، قاضی صادرکننده قرار مراتب را حسب مورد باید به کارفرما و یا بالاترین مدیر یا مسئول محل اشتغال متهم و یا نهاد و سازمان مربوط ابلاغ نماید. مرجع یادشده موظف است ضمن رعایت دستور قضایی مراتب اقدام خود را به مرجع صادرکننده قرار نظارت اعلام کند. چنانچه متهم دارای جواز کار یا

پروانه اشتغال باشد، جواز کار یا پروانه اشتغال وی باید از طریق مرجع مربوط و با اعلام قاضی موقتاً اخذ و مراتب به مرجع صادرکننده یا اجراکننده قرار گزارش گردد».

به‌طور کلی دربارهٔ قرارهای نظارت قضایی برای اشخاص حقوقی می‌توان این استنباط را برداشت کرد که علی‌رغم اینکه قرارهای نظارت قضایی مختص اشخاص حقوقی در ماده‌ای جداگانه یا در فصل آیین دادرسی جرایم اشخاص حقوقی (مواد ۶۸۸-۶۹۶) پیش‌بینی نشده و قرارهای نظارت قضایی پیش‌بینی شده در مادهٔ ۲۴۷ نیز منطبق با طبع فرد انسانی است لیکن در اجرای مادهٔ ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری[1] و با توجه به اهداف و ماهیت قرارنظارت قضایی، قرار موضوع بند (پ) مادهٔ ۲۴۷ با عنوان «منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتکابی» درخصوص اشخاص حقوقی امکان‌پذیر بوده و سایر قرارهای نظارت قضایی مادهٔ مذکور درخصوص شخص حقوقی قابلیت اعمال ندارند.

البته درخصوص قرار نظارت قضایی موضوع بند (پ) مادهٔ ۲۴۷ در رابطه با اشخاص حقوقی باید متذکر شد که اگر این قرارها در جرایم تعزیری درجهٔ هفت و هشت شخص حقوقی به‌تنهایی مورد حکم قرار گیرند مانع خاصی وجود نخواهد داشت و یا حتی اگر این قرار به‌صورت توأمان با بند (ب) مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری به‌عنوان قرار تأمین کیفری اشخاص حقوقی صادر شود بازهم مشکلی نخواهد بود لیکن اگر قرار نظارت قضایی مذکور «بند (پ) مادهٔ ۲۴۷» با قرار تأمین کیفری بند (الف) مادهٔ ۶۹۰ باهم مورد حکم قرار گیرند با چالش مواجه خواهیم شد. به‌طوری‌که به‌دلیل آنکه قرار نظارت قضایی بند (پ) مادهٔ ۲۴۷ با قرار تأمین کیفری موضوع بند (الف) مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری «ممنوع شدن شخص حقوقی از برخی فعالیت‌های شغلی که زمینه ارتکاب مجدد جرم را فراهم می‌کند» هم‌پوشانی دارد، جواز یا عدم جواز آن‌ها قابل‌بحث است. در پاسخ به این چالش می‌توان گفت قانون‌گذار در جای دیگری در بحث مجازات‌های اصلی و تکمیلی که از یک نوع می‌باشند در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۲۳ قانون مجازات اسلامی تکلیف را مشخص کرده است؛ به‌موجب این تبصره، «چنانچه مجازات تکمیلی و مجازات اصلی از یک نوع باشد، فقط مجازات اصلی مورد حکم قرار می‌گیرد»؛ دلیل این امر هم منتفی شدن مسئلهٔ تکمیل مجازات اصلی به‌دلیل یکسان بودن نوع مجازات اصلی و تکمیلی می‌باشد. با قیاس از مادهٔ مذکور درخصوص صدور هم‌زمان قرار تأمین کیفری بند الف مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری و قرار نظارت قضایی بند

۱. «در مواردی که مقررات ویژه برای دادرسی جرایم اشخاص حقوقی مقرر نشده است مطابق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری که در مورد این اشخاص قابل اجرا است اقدام می‌شود».

(پ) مادۀ ۲۴۷ همان قانون نیز می‌توان گفت در مواقعی که قرار تأمین کیفری مذکور درخصوص اتهام اشخاص حقوقی صادر می‌گردد، با توجه به ماهیت تکمیلی قرارهای نظارت قضایی نیازی به صدور این نوع قرار نظارت قضایی نمی‌باشد و چون هر دو از یک نوع می‌باشند دیگر امر تکمیل مصداق پیدا نمی‌کند. با توجه به نوع قرارهای تأمین کیفری ویژه اشخاص حقوقی و قرار نظارت قضایی موردبحث و با مدنظر قرار دادن بحث‌های مطرح‌شده در این خصوص، به نظر می‌رسد برای برآورده ساختن بهتر اهداف مدنظر قانون‌گذار در صدور قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی و با لحاظ لزوم صدور قرار تأمین واحد برای متهم، بهترین راه صدور هم‌زمان قرار تأمین کیفری موضوع بند (ب) مادۀ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری و قرار نظارت قضایی بند (پ) مادۀ ۲۴۷ قانون مذکور می‌باشد؛ تا هم از تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی که موجب دگرگونی یا از دست دادن شخصیت حقوقی آن می‌شود جلوگیری شده و شخصیت حقوقی این اشخاص برای پاسخ‌گویی در برابر اعمال مجرمانه خود حفظ گردد و هم این اشخاص از فعالیت‌های شغلی مرتبط با جرم ممنوع گردند و زمینۀ ارتکاب مجدد جرم از بین برود. راهکار دیگر برای این چالش را می‌توان چنین در نظر گرفت که با توجه به اینکه مقنن از تصویب قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی اهداف مشترکی چون تحت‌نظر قرارگرفتن متهم و کنترل وی را داشته است به نظر می‌رسد علی‌رغم اینکه می‌توان از بند (پ) مادۀ ۲۴۷ به‌عنوان قرار نظارت قضایی برای اشخاص حقوقی استفاده کرد، اگر مقام قضایی در صدور قرار تأمین کیفری هردو قرار پیش‌بینی‌شده در مادۀ ۶۹۰ را صادر نماید به‌طور خودکار اهداف قرارهای نظارت قضایی نیز تأمین می‌شود و نیازی به صدور قرار نظارت قضایی نخواهد بود.

در انتها یادآور می‌شود که استفادۀ قاضی از بند (پ) مادۀ ۲۴۷ در راستای منع از فعالیت شغلی مرتبط با جرم در قیاس با بند (الف) مادۀ ۶۹۰ چند تفاوت و ارجحیت به همراه خواهد داشت؛ اول، اگر قاضی به‌جای بند (الف) مادۀ ۶۹۰ از بند (پ) مادۀ ۲۴۷ بهره بگیرد می‌تواند به‌صورت هم‌زمان با بند (پ) مادۀ ۲۴۷ (منع فعالیت شغلی مرتبط با جرم)، از بند (ب) مادۀ ۶۹۰ هم در یک پرونده استفاده نماید و در واقع بین دو این دو قرار جمع حاصل نموده و در این راستا مخالفتی هم از جانب آن دسته از دکترین که اعتقاد به استفادۀ انحصاری از یکی از قرارهای تأمین کیفری مادۀ ۶۹۰ در هر پرونده دارند (خالقی، ۱۳۹۵: ۵۵۵) را متوجه خود نبیند. دوم، قرارهای نظارت قضایی مادۀ ۲۴۷ مطابق صدر این ماده برای مدت معینی از جانب قاضی صادر می‌شوند؛ یعنی اینکه قاضی موظف است به هنگام صدور قرار و در متن قرار، مدت لازم‌الاجرا بودن این قرار را تعیین نماید. این موضوع برخلاف قرارهای تأمین کیفری مادۀ ۶۹۰ می‌باشد که در ماده برای آن‌ها مدت معین و مشخصی تعیین نگردیده است و قاعدتاً تا انتهای پرونده و صدور رأی قطعی که می‌تواند مدت زمانی طولانی

نیز باشد این قرار پابرجا خواهد ماند. سوم، به‌موجب مادهٔ ۲۵۳ قانون اگر شخص حقوقی متهم دستور مرتبط با قرار نظارت قضایی را به‌درستی اجرا نموده باشد با درخواست وی و تائید دادستان، این موضوع می‌تواند تخفیف مجازات را برای این شخص حقوقی به همراه داشته باشد. این در حالی است که اجرای درست قرارهای تأمین کیفری مندرج در مادهٔ ۶۹۰ از جانب مرتکب تأثیری در مجازات بعدی شخص حقوقی نخواهد داشت. مادهٔ ۲۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری دراین‌باره مقرر می‌دارد؛ «در صورتی‌که متهم دستورهای مندرج در قرار نظارت قضایی را رعایت نماید، بنا به درخواست وی که باید به تأیید دادستان برسد و یا پیشنهاد دادستان، دادگاه می‌تواند با رعایت مقررات قانونی در مجازات وی تخفیف دهد».

نتیجه

قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی صرفاً دو قرار تأمین کیفری (و قرار تأمین خواسته) را برای اشخاص حقوقی منظور داشته و مقام قضایی را مکلف به استفاده از این دو قرار در صورت صلاح‌دید کرده است؛ اما با توجه به اینکه اشخاص حقوقی ممکن است اولاً مرتکب جرایم مهمی به‌ویژه در حوزهٔ جرایم مالی و اقتصادی تعزیری شده که افراد زیادی را درگیر کرده و قربانی اقدامات خود می‌کنند و ثانیاً، این اشخاص نیز به‌مانند اشخاص حقیقی ممکن است با ترفندهایی از دسترس خارج‌شده، روند محاکمه را مختل کرده یا به انحراف بکشانند و از این طریق احقاق حق و جبران خسارات بزه‌دیدگان و جامعه را ناممکن کنند، لذا ضرورت داشت قانون‌گذار اجازهٔ بهره‌گیری از قرارهای تأمینی دیگر از قبیل قرار تودیع وثیقه را نیز می‌داد. این قرارهای تأمین کیفری می‌توانست تضمین‌کنندهٔ جبران زیان‌ها و خساراتی باشد که در اثر جرایم ارتکابی اشخاص حقوقی به بزه‌دیدگان وارد آمده است و اشخاص حقوقی با روش‌هایی از قبیل انحلال، ادغام یا تبدیل خود یا حتی انتقال اموال و دارایی‌ها درصدد عدم جبران آن‌ها باشند؛ بنابراین وضعیت فعلی به‌هیچ‌عنوان نمی‌تواند اهداف قرارهای تأمین کیفری را در قبال جرایم ارتکابی اشخاص حقوقی تأمین و تضمین نماید.

در خصوص صدور قرار تأمین خواسته علیه شخص حقوقی نیز باید اشعار نمود درخصوص توقیف اموال اشخاص حقوقیِ حقوقِ خصوصی می‌توان با صدور قرار تأمین خواسته در جهت تضمین حقوق بزه‌دیده اقدام نمود اما این موضوع درخصوص بعضی از اشخاص حقوقیِ حقوقِ عمومی مثل دولت و شهرداری‌ها قابل‌اجرا نیست. به‌علاوه در حوزهٔ قرار نظارت قضایی نیز چنانچه مقام قضایی بخواهد از این قرارها برای اشخاص حقوقی استفاده کند صرفاً قرار مندرج در بند (پ) مادهٔ ۲۴۷ تحت عنوان «منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتکابی» درخصوص اشخاص

حقوقی قابل‌اجرا است و سایر قرارهای این ماده درخصوص اشخاص حقوقی قابلیت اجرا ندارند. قرار بند (پ) مادهٔ فوق نیز اگر بخواهد با قرارهای تأمین کیفری هم‌زمان مورد صدور قرار گیرند این قرار را صرفاً با بند (ب) مادهٔ ۶۹۰ می‌توان صادر کرد، زیرا قرار بند (پ) مادهٔ ۲۴۷ با قرار تأمین کیفری بند (الف) مادهٔ ۶۹۰ از نظر ماهیت از یک نوع می‌باشند و صدور هم‌زمان آن‌ها مفید به‌فایده نخواهد بود و حتی در صورت صدور هم‌زمان عملاً هیچ نفعی را برای بزه‌دیدگان جرایم اشخاص حقوقی نخواهد داشت و هیچ تضمینی برای حقوق آن‌ها نخواهد بود؛ لذا عملاً قرارهای نظارت قضایی پیش‌بینی‌شده در قانون آیین دادرسی کیفری در تضمین حقوق بزه‌دیده تأثیری نخواهند داشت.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ ۲۹، تهران: نشر میزان.
- بشیریه، تهمورث و علی پورقاسم (۱۳۹۸)، «قرارهای تأمین کیفری اشخاص حقوقی»، **مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل**، شمارهٔ ۴۶.
- بهزادنسب، حمیدرضا (۱۳۹۶)، **جلوه‌های آیین دادرسی کیفری افتراقی در مرحله تحقیقات مقدماتی قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه فردوسی مشهد.
- پوربافرانی، حسن و مهدیه سیفی (۱۳۹۴)، «گونه شناسی مجازات شخص حقوقی»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، شمارهٔ ۹.
- پوربافرانی، حسن و اصغر احمدی و جواد پولادی (۱۳۹۹)، «چالش‌های اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۴، شمارهٔ ۱۱۱.
- تدین، عباس (۱۳۹۴)، **قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه**، چاپ دوم، تهران: معاونت حقوقی قوه قضائیه.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۵)، «مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ایران» **پژوهشنامه حقوق کیفری**، شمارهٔ ۱۴.
- چگینی، حامد (۱۳۹۹)، **رسیدگی به جرایم اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران**، رساله برای دریافت درجه دکتری، دانشگاه عدالت.
- جان نثارکهنه شهری، علی (۱۳۹۵)، **بررسی نوآوری‌های قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در قانون آیین دادرسی کیفری**، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز.
- حاجی ده آبادی، احمد و محمود حبیبی تبار (۱۳۹۷)، «امکان‌سنجی قابلیت انتساب جرایم حدی به اشخاص حقوقی»، **مجله حقوق اسلامی**، سال ۱۵، شمارهٔ ۵۸.
- خالقی، علی (۱۴۰۰)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد اول، چاپ چهل و سوم، تهران: نشر شهر دانش.
- رنجبر، حسین و محمدصادق فرج پور (۱۳۹۶)، «قرار نظارت قضایی در قانون آیین دادرسی کیفری»، **مجله مطالعات حقوق**، شمارهٔ ۱۰.
- زینتی، زهرا (۱۳۹۶)، **تحلیل نظام دادرسی ناظر بر جرایم اشخاص حقوقی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ چهارم، انتشارات میزان.
- قدسی، ابراهیم و حسین فاضلی هریکندی (۱۳۹۹)، «چالش‌های تحقیقات مقدماتی اشخاص حقوقی»، **مجله حقوقی دادگستری**، سال ۸۴، شماره ۱۱۱.
- قناد، فاطمه و مسعود اکبری (۱۳۹۴)، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تصفیه»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۷۹، شمارهٔ ۹۱.
- کاظمی، سید سجاد (۱۳۹۸) **آیین دادرسی کیفری**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- گلدوزیان، ایرج و امین گلریز (۱۳۹۷)، «اهلیت جنایی اشخاص حقوقی»، **مجله حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۲، شمارهٔ ۱۰۲.

- مصدق، محمد (۱۳۹۵)، **قرارهای تأمین کیفری، نظارت قضایی و قرارهای نهایی**، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
- محمدی، ناصر (۱۳۹۷)، **رسیدگی کیفری افتراقی به اتهام شخص حقوقی**، چاپ اول، تهران: انتشارات ترخون.
- موذن زادگان و دیگران (۱۳۹۸)، «کاربست آیین دادرسی کیفری افتراقی، نسبت به اشخاص حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، **مجله پژوهش حقوق کیفری**، شمارهٔ ۲۹.
- موسوی مجاب، سیددرید و علی رفیع زاده (۱۳۹۴)، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه **پژوهش حقوق کیفری**، شمارهٔ ۱۳.
- نبی پور، محمد (۱۳۸۹)، «شرایط مسئولیت کیفری در لایحه قانون مجازات اسلامی»، **مجله تعالی حقوق**، شمارهٔ ۷.
- نوبخت، سجاد (۱۳۹۶)، **تحولات مسئولیت کیفری و دادرسی کیفری جرایم اشخاص حقوقی در حقوق ایران**، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- یوسفیان شوردلی، بهنام (۱۳۹۰)، «مسئولیت اشخاص حقوقی در جرایم اقتصادی یا سازمان‌یافته: رویکردهای نوین ملی و بین‌المللی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شمارهٔ ۵۶.

انگلیسی

- Fieberg, Gerhard (1999) "National Developments in Germany: An Overview", in: **Albin Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities**, International Colloquium, Berlin, 4-6 May.

شناسهٔ دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2022.544179.4557

مقالهٔ پژوهشی، دورهٔ ۸۷، شمارهٔ ۱۲۱، بهار ۱۴۰۲، صفحات ۳۵۱ تا ۳۷۸
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۱۴

مطالعهٔ تطبیقی روش جبران زیان معنوی با تأکید بر رویکرد رویهٔ قضایی ایران

عباس میرشکاری*، فاطمه‌سادات حسینی**

چکیده

زیان معنوی، آسیبی است که به حقوق غیرمالی شخص وارد می‌شود. از دیرباز در امکان جبران این نوع از زیان، تردیدهایی وجود داشته است. برای نمونه، در نظام حقوقی آمریکا، آن‌چنان‌که از زیان‌دیدگان مالی حمایت می‌کردند، از اشخاصی که زیان معنوی دیده بودند، حمایت نمی‌کردند. بیم از اینکه خسارت معنوی به میزان واقعی ارزیابی نشده و این دغدغه که روش مناسبی برای جبران آن وجود ندارد، سبب می‌شد دادگاه‌ها تمایلی به جبران آن نداشته باشند. با این حال، دادگاه‌ها به‌ویژه با استفاده از علم روان‌شناسی در حرکتی تدریجی به سمت پذیرش زیان معنوی پیش رفتند. در نظام حقوقی ایران نیز، با وجود آنکه تردیدهایی در جبران زیان معنوی وجود داشته اما همینک و با توجه به‌صراحت ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، کمتر در لزوم جبران چنین زیانی تردید وجود دارد. بااین‌حال، آنچه هنوز مبهم می‌نماید، روش جبران این زیان است. این ابهام، سبب شده تا برخی از دادگاه‌ها به استناد اینکه روش مشخصی برای جبران وجود ندارد، از صدور حکم امتناع ورزند. پژوهش حاضر درصدد است با استفاده از روش توصیفی، تحلیلی و کاربردی و با استفاده از آرای قضایی و نیز بررسی نظام حقوقی آمریکا روش جبران زیان معنوی را مطالعه نماید. به‌نظر می‌رسد استفاده از روش عذرخواهی و نیز پرداخت پول، ابزارهای مناسبی برای جبران باشند. البته قاضی باید در هر مورد و متناسب با شرایط هر پرونده، تشخیص دهد که کدام‌یک از روش‌های فوق، با «اوضاع و احوال قضیه» سازگارتر بوده و بهتر می‌تواند زیان زیان‌دیده را جبران کرده و یا حداقل، خسارت او را تسکین دهد.

واژگان کلیدی: زیان، عذرخواهی، جبران، آبرو و حیثیت، قاضی

* استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول) Mirshekariabbas1@ut.ac.ir

** استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ غیرانتفاعی رفاه، تهران، ایران Hosseini@refah.ac.ir

مقدمه

زیان، لطمه‌ای است که به یکی از حقوق قانونی اشخاص وارد می‌شود. در قوانین ایران، تعریفی از ضرر به عمل نیامده است، اما در دکترین حقوقی با ارجاع موضوع به عرف گفته شده است: «هرجا نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامتی و حیثیت و عواطف شخص لطمه‌ای وارد آید، می‌گویند ضرری به بارآمده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۲). یکی از اقسام زیان، زیان معنوی است. گفته‌شده «زیانی که به شخصیت، عواطف یا حیثیت تجاری انسان وارد می‌شود و اعتبار او را خدشه‌دار می‌سازد»، خسارت معنوی است (حسینی و همکاران، ۱۳۹۸: ۸۳). همچنین صدمه به منافع عاطفی و غیرمالی و علایق خانوادگی، ضرر به عرض و شرف زیان‌دیده یا یکی از اقارب او، ضرر به اعتبار و شعور و زیان به احساسات و شخصیت، همه از مصادیق ضرر معنوی دانسته‌شده‌اند (اژدری و همکاران، ۱۳۹۷: ۸). از آنجا که ضررهای مادی و بدنی اغلب نمود بیرونی دارند و محسوس هستند راحت‌تر شناسایی شده و در ضرورت جبران آن تردید نمی‌شود. حال آنکه در زیان معنوی، کار به این آسانی نیست؛ به‌دلیل محسوس و ملموس نبودن این زیان، هم در درک ضرورت جبران آن و هم در نحوه جبران و ارزیابی آن با دشواری روبه‌روییم (Stolker,1999:87).

در نظام حقوقی آمریکا بین زیان‌های مالی و غیرمالی تفاوت قائل می‌شدند، (Keefe, 2002: 363) آن‌ها بر این باور بودند که زیان‌های مالی و حتی زیان‌های بدنی قابل‌دیدن هستند و در نتیجه زیان‌دیده نمی‌تواند دربارهٔ آن تمارض یا اغراق کند، (Grey, 2011: 1) در حالی که زیان‌های معنوی ملموس و محسوس نبوده و صرفا باید به اظهارات زیان‌دیده توجه شود (Grey, 2011: 1). در این رویکرد توجه به خسارت معنوی نیز از باب زیان‌های مالی بود که ایجاد می‌کرد (Sugarman, 2013: 202). به‌علاوه مسئلهٔ دیگر آن بود که چگونه می‌توان میزان زیان معنوی را تخمین زد یا چگونه می‌توان آن را جبران نمود (Sugarman, 2013: 204). برخی زیان‌های روحی را به‌دلیل ذهنی بودن و دشواری در احراز، رد می‌کردند (Nolan & Ursin, 1982: 583). برخی هم نمی‌توانستند به اظهارات زیان‌دیده در این‌باره اعتماد نمایند (Givelber, 1982: 42-44). به‌خصوص که باور داشتند زیان معنوی بیش از آنکه معلول رفتار زیان‌دیده باشد، معلول روحیهٔ حساس و شکنندهٔ زیان‌دیده است (Mitchell v. Rochester Ry., (N.Y. 1896). به‌علاوه پذیرش این نوع زیان، افراد را با مسئولیت‌های غیرقابل‌پیش‌بینی مواجه می‌کند (Pagekeeton., 1984: 54,55). همچنین نگرانی از ورود سیلی از دعاوی مانع پذیرش زیان معنوی می‌شد (Marlowe, 1988: 764). به این ترتیب در اولین بیانیهٔ مسئولیت مدنی، جز در موارد استثنایی مثل تحویل نادرست جنازه یا عدم تحویل تلگراف، زیان معنوی را نپذیرفتند (Magruder, 1936: 874). اما ظهور مبانی نظری جدید در حوزهٔ خسارات معنوی

نظیر اینکه ماهیت غرامت پرداخت‌شده به زیان‌دیده، جبرانی نبوده و برای تسلی خاطر زیان‌دیده است و نیز قابلیت تشخیص بسیاری از مصادیق زیان‌های معنوی به‌لحاظ پیشرفت‌های پزشکی، نظر غالب را بر آن قرار داد که این زیان‌ها هم قابل‌جبران است البته با روش‌های متناسب با خود. (Grey, 2011: 2) دادگاه‌ها هم به این سمت متمایل شدند (Kuresh, 1982: 583- 604; Grey, 2011: 1) و غفلت از زیان معنوی را جایز ندانستند (Warren, 1990: 193). در نتیجه، امروزه شاهد آنیم که در نظام حقوقی مذکور تردیدی در ضرورت جبران خسارات معنوی نیست و از راهکارهای متعددی برای جبران و ارزیابی آن استفاده می‌شود. برای مثال کوتاه‌شدن دورهٔ زندگی به‌عنوان یکی از خسارت‌های قابل‌جبران شناخته‌شده‌است. درد و رنج که ممکن است پایگاه مادی هم نداشته باشد و حتی همراه با زیان بدنی هم نباشد، علاوه بر اختلالات روانی به رسمیت شناخته شد. (Visscher, 2010, 48) علاوه بر این‌ها خسارتی که به‌واسطهٔ ازدست‌رفتن مطبوعیت و از دست رفتن لذت‌های متعارف زندگی هر فرد ایجاد می‌شد نیز به‌عنوان نوعی از خسارت معنوی در بسیاری از ایالات پذیرفته‌شد. (Slensnick & Mulliken, 2004: 249).

در نظام حقوقی ایران نیز درخصوص قابلیت جبران زیان معنوی تردید وجود داشت: چنان‌که برخی معتقدند که کسر اعتبار و حیثیت و صدمات روحی قابل‌اندازه‌گیری و تقویم به پول نیستند. در واقع، چطور ممکن است آبرو و حیثیت را با پول سنجید و مبلغی وجه در برابر آن قرار داد؟ آیا توهین به شخصیت انسانی نیست که حیثیت و اعتبار و عاطفه‌اش با پرداخت پول اندازه گرفته شود؟ آیا محکوم شدن عامل زیان به پرداخت خسارت معنوی، برای زیان‌دیده اعادهٔ حیثیت و اعتبار می‌نماید و عاطفهٔ جریحه‌دار شده را باز می‌سازد؟ به نظر اینان، پاسخ همهٔ این پرسش‌ها منفی بوده و تصور می‌کنند که پرداخت مبلغی وجه ولو هنگفت در حق زیان‌دیده نه‌تنها آرام‌بخش تألمات روحی او نخواهد بود و اعتبار و حیثیت او را جبران نخواهد کرد، بلکه توهینی است به شخصیت او، زیرا او در برابر آبرو و حیثیت خود، پول دریافت می‌کند و با این عمل ناپسند ارزش و معنویت خود را از دست می‌دهد (آخوندی، ۱۳۸۲: ۲۷۴). تحت تأثیر همین تردیدها، علی‌رغم تصریح بر لزوم جبران خسارت معنوی در اصل ۱۷۱ قانون اساسی و برخی قوانین دیگر، با نظر کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی مبنی بر فقدان جواز شرعی مطالبهٔ زیان معنوی (پرسش و پاسخ از کمیسیون، ۱۳۶۲: ۳۹) و نظریه شورای نگهبان در مورد تبصره ۱ ماده ۳۰ قانون مطبوعات در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۵ مبنی بر «تغایر تقویم خسارت معنوی به مال و امر مادی با موازین شرعی» (مدنی، ۱۳۷۶: ۶۶) قابلیت مطالبهٔ خسارت معنوی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸حذف شد. با این حال، اندک‌اندک این تردیدها از میان رفت. چنان‌که در نظریات رسمی بر این نکته تصریح شد که:

«مقررات مربوط به مطالبه ضرر و زیان مادی و معنوی (نیز) نسخ نشده و اصل ۱۷۱ ق.ا. هم به این قبیل خسارات تصریح کرده است». (نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۵۹۴۷ به تاریخ ۱۳۶۸/۱۰/۳؛ به نقل از: شهری و حسین‌آبادی، ۱۳۷۲: ۲۳) بنابراین رویکرد تغییر کرد؛ مدت‌هاست لزوم جبران خسارات معنوی امری بدیهی شمرده می‌شود، زیرا روح و روان انسان‌ها همچون جسم و مال ایشان و حتی بیشتر ارزشمند است و نباید مورد تعرض قرار بگیرد. این وظیفهٔ نظام حقوقی در هر جامعه است که از سرمایهٔ معنوی مردم حمایت کند و بداندیشان یا بی‌احتیاطان را از ایراد لطمه به جان و روان دیگران بازدارد. به‌علاوه، گفته شده که هرچند ارزیابی و جبران خسارت دشوار است، اما دشواری امر نباید باعث نفیِ اصلِ قضیه شود. در واقع، اگرچه جبران زیان معنوی مهم است، اما صرف‌نظر از روش تعیین‌شده، هدف، شناسایی حقانیت زیان‌دیده و سزاواری او برای حمایت‌شدن است. اینکه دادگاه از آنکه حیثیتش بر باد رفته حمایت‌می‌کند، نشان از این دارد که نظام حقوقی، زیان‌دیده و حق او را به رسمیت می‌شناسد (Lambert, 1999:165). از سوی دیگر، جبران ضرر معنوی نه‌تنها خلاف اخلاق نیست، بلکه عدم جبران این‌گونه خسارات و معافیت واردکنندهٔ زیان معنوی از مسئولیت، خلاف اخلاق است.

با توجه به همین نکته‌ها، نظام حقوقی ایران نیز، با تصویب ماده ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به سمت قابلیت پذیرش زیان معنوی حرکت کرد. بر اساس ماده ۱۴ قانون اخیرالذکر، «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های... معنوی... ناشی از جرم را مطالبه کند». با وجود اطلاق این حکم، در تبصره ۲ این ماده، تلاش شده تا قلمروی مطالبهٔ ضرر معنوی محدود شود. چنان‌که در این تبصره می‌خوانیم: «... مقررات مرتبط به ... ضرر معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود». بدین ترتیب، در جرایم تعزیری و نیز، مستوجب دیه تنها باید به اعمال تعزیر و دریافت دیه بسنده کرد و زیان معنوی در این موارد، قابل‌مطالبه نیست؛ رویهٔ قضایی نیز از همین رویکرد پیروی کرده و زیان معنوی را با دیه قابل‌جمع نمی‌داند. با این حال، حقیقت این است که این دیدگاه، اصل جبران کامل خسارات را نادیده گرفته و سبب بدون جبران ماندن بخشی از زیان‌ها می‌شود. به‌ویژه، عدم امکان جمع تعزیر و زیان معنوی بیشتر قابل‌انتقاد به‌نظر می‌رسد؛ چه با توجه به ماهیت جداگانهٔ هر یک (مسئولیت کیفری و مدنی) دلیلی برای عدم امکان جمع آن‌ها وجود ندارد. به هر روی، در وضعیت کنونی، خسارت معنوی با دیه و نیز، با تعزیرات منصوص شرعی قابل‌جمع نیست. جدا از نادرستی این منطوق، باید از مفهوم مخالف آن استفاده کرد. بدین ترتیب، جمع میان زیان معنوی با سایر مجازات‌ها، شدنی خواهد بود. به‌علاوه، با توجه به اینکه حکم تبصره خلاف اصل قابلیت جبران

زیان معنوی است (ماده ۱۴) باید آن را به‌صورت مضیق تفسیر کرد. برای همین، زیان معنوی تنها با «تعزیرات منصوص شرعی» به معنای خاص کلمه قابل‌جمع نیست، بدین ترتیب، زیان معنوی با سایر تعزیرات (حکومتی) قابل‌جمع خواهد بود (میرشکاری، ۱۳۹۵: ۸۳).

به‌هرحال، مسئلهٔ اصلی بعد از پذیرش زیان معنوی، این است که چه روشی بهتر می‌تواند زیان وارده را جبران کند؟ در واقع مشکل آنجاست که اگر محاکم زیان‌های معنوی را به رسمیت هم بشناسند باز این پرسش اساسی مطرح است که چگونه در پی جبران آن برایند؟ از چه ابزاری برای جبران خسارت معنوی با تنوعی که برای آن متصور است استفاده کنند و چه معیارهایی را در نظر بگیرند؟ به‌خصوص آنکه زیان معنوی پایگاه محسوس و مادی ندارد و دشوارتر آنکه هر کس به شکلی متفاوت آن را تجربه می‌کند. قضات باید از چه شیوه‌ای استفاده کنند که هم خسارت زیان‌دیده جبران شود و هم بیش از آن مورد حکم قرار نگیرد؟ در این خصوص قوانین موجود ما راهکاری ارائه نداده‌اند؛ البته با توجه به ویژگی‌های زیان معنوی این امر می‌تواند از محاسن نظام حقوقی ما قلمداد گردد. چراکه اختیار تعیین روش در هر پرونده به‌عهدهٔ دادگاه قرار می‌گیرد و این موضوع باعث انعطاف در جبران خسارت‌های معنوی و همگامی با نیازها می‌شود. در رویهٔ قضایی نمونه‌هایی از روش‌های جبران خسارت نظیر روش عذرخواهی، انتشار حکم عامل زیان در جراید و حتی روش‌های مالی مشاهده می‌شود و این پرسش را ایجاد می‌کند که برای مثال عذرخواهی شیوهٔ مناسبی برای جبران زیان معنوی است؟ در چه مواردی و تا چه حدی می‌تواند مؤثر باشد؟ یا اگر قرار است از روش مالی استفاده کنیم ارزیابی بر چه اساسی باید صورت بگیرد؟

در ادبیات حقوقی ایران، پژوهش‌های ارجمندی در رابطه با خسارت معنوی صورت‌گرفته‌است؛ با این حال، اغلب این پژوهش‌ها ناظر به پذیرش ضرورت جبران خسارت معنوی است، عمدتاً نیز، تلاش شده با تأکید بر منابع فقهی، خسارات معنوی نیز همچون خسارات مالی قابل‌جبران دانسته‌شود (نیک‌فرجام، ۱۳۹۲: ۱۱۵؛ ربانی، ۱۳۹۹: ۱۱۱). در برخی از پژوهش‌ها نیز، تلاش شده بر لزوم قابلیت مطالبهٔ زیان معنوی در مصادیق خاص، تأکید شود. برای مثال در مقاله «جبران خسارت معنوی ناشی از معالجات پزشکی در حقوق ایران و آمریکا» نویسندگان می‌کوشند خسارات معنوی ناشی از معالجات پزشکی را قابل‌جبران بدانند (صالحی و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۹). در پژوهش‌های «شیوه‌های جبران خسارت معنوی در زندگی مشترک زوجین» (مرادزاده و رضوی، ۱۳۹۵: ۵) و «جبران مالی خسارت معنوی در طلاق ناشی از سو رفتار» (داوودی، ۱۳۹۰: ۱۲۳) نیز به جبران خسارت معنوی در حوزهٔ خانواده پرداخته‌شده‌است. عمدتاً نیز، رویکرد این مقاله‌ها، تفسیر متون قانونی مربوط است و کمتر تلاش شده دیدگاه رویهٔ قضایی در این خصوص بررسی‌شود. با توجه به

این نکته، در مقالهٔ پیش‌رو تلاش می‌شود دیدگاه‌های موجود در رویهٔ قضایی نیز بررسی گردد. به‌علاوه، با توجه به اینکه یکی از موانع اصلی بر سر راه پذیرش کامل جبران زیان معنوی، عدم وجود روش مناسب برای جبران این زیان است، تلاش می‌شود بر سر روش جبران زیان معنوی گفت‌وگو شود. همچنین، برای استفاده از تجربهٔ سایر نظام‌های حقوقی، تلاش‌می‌شود رویکرد نظام حقوقی آمریکا درخصوص زیان معنوی نیز، بررسی گردد. بر این اساس، در بند نخست مقاله، به روش جبران آن در حقوق آمریکا و سپس به رویکرد نظام حقوقی ایران پرداخته خواهد شد.

۱. روش جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی آمریکا

ضرورت جبران خسارات معنوی در حقوق آمریکا مورد تردید نیست، گرچه هدف اساسی در جبران آن بیشتر تسلی خاطر زیان‌دیده و تسکین آلام اوست. در نظام حقوقی آمریکا روش ثابتی برای جبران زیان معنوی وجود ندارد، با این حال، تلاش برای بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیتی که پیش از وقوع زیان داشته، هدف اصلی است (Buccafusco & Bronsteen, 2008: 1549). با توجه به این هدف می‌توان گفت، برای جبران خسارت معنوی دو روش مالی و غیرمالی وجود دارد (Buccafusco & Bronsteen, 2008: 1549). در روش غیر مالی از طرقی مانند عذرخواهی از زیان‌دیده، انتشار خبر برائت زیان‌دیده یا اعلام جرم عامل زیان در جراید استفاده می‌شود. این روش‌ها تا حدی می‌توانند زیان‌دیده را به وضع قبل برگردانند یا دست‌کم از ضرر بیشتر او جلوگیری نمایند (Faure, 2009: 27, 29). (Halson, 2015: 22, 23). با این حال در مواردی که جبران خسارت از طریق غیرمالی ممکن نباشد، از روش‌های مالی استفاده می‌شود. در این روش، دشواری اصلی آن است که خسارات معنوی قیمت بازاری یا مظنهٔ مشخصی ندارند، به‌علاوه، با توجه به ماهیت غیرمحسوس و متغیر بر اساس افراد، ارزیابی آن دشوار است (Laure, 2009: 48). با توجه به این دشواری، در برخی از موارد، بیش از آنکه خسارت وارده ارزیابی‌شود، رفتار عامل زیان مورد بررسی قرارمی‌گیرد: در مواردی که عامل زیان با رفتاری سهل‌انگارانه و به‌صورت غیرعمد موجب ورود زیان به زیان‌دیده می‌شود، قضات از روش خسارت اسمی[1] استفاده می‌کنند. در این موارد حکم به خسارت اسمی نمادی است برای نشان دادن تسامح عامل زیان که در صورت تدبیر می‌توانست از آن جلوگیری کند. حکم به خسارت نمادین برای آن است که رفتار ناشایست عامل زیان، تقبیح شود و از این طریق زیان‌دیده تسکین یابد (Wells, 2021: 6,7,8). قابل‌توجه است که میزان خسارت اسمی نباید آن قدر باشد که جنبهٔ تنبیهی داشته باشد (Sugarman, 2004: 210). این روش، گرچه همراه با پرداخت پول است، لیکن به‌دلیل ناچیز بودن

1. Nominal damages

مبلغ، بیشتر به جبران غیرمالی می‌ماند. برای مثال در آمریکا در تجاوز به املاک دیگران از خسارت نمادین استفاده می‌شود، زیرا خسارت مادی وارد نشده و درعین‌حال لازم است برای رضایت خاطر زیان‌دیده اقدامی انجام و فعل عامل زیان تقبیح شود (Hasen, 2017: 38). از نهاد خسارت تنبیهی نیز، بر مبنای توجه به رفتار عامل زیان استفاده می‌شود.[1] ماهیت این خسارت نیز ترمیم نیست، بلکه حکم به آن نشان‌دهندهٔ رفتار ناشایست و مستوجب شماتت عامل زیان است که در تسکین خاطر زیان‌دیده نیز بی‌تأثیر نیست (کوشش‌کار و قاسمی، ۱۳۹۸: ۵۲؛ Markel, 2009: 1383). به‌عنوان نمونه در این رابطه دو مثال آورده می‌شود؛ در یک مورد تکنسین خون‌گیری اشتباهاً از سوزن استفاده‌شده دوباره استفاده کرده بود و زیان‌دیده که برای اهدای خون به بانک خون رفته بود را توصیه به آزمایش ایدز پس از ۶ ماه نموده بود، زیرا در صورت انتقال ویروس اچ‌آی‌وی حداقل ۶ ماه زمان برای آشکارشدن بیماری لازم است. زیان‌دیده در مدت ۶ماه با اضطراب و نگرانی مواجه بود. با این حال به‌دلیل احتمال کم سرایت بیماری دادگاه خسارت تنبیهی برای تکنسین تعیین کرد. در یک مثال دیگر، مدیر یک دبیرستان یکی از دانش‌آموزان را در حال کشیدن سیگار دید و بدون این‌که توضیحی از او بخواهد به تصور اینکه ماده مصرف‌شده ماری‌جوآنا است او را به مدت ۲۰ روز تعلیق کرد. دانش‌آموز گرچه به‌لحاظ احساسی متأثر نشده بود، اما به خاطر آبرو و کرامت خویش شاکی بود. بسیاری دادگاه‌ها در چنین مواردی به‌دلیل فقدان خسارت عاطفی به خسارت اسمی یا گاهی تنبیهی بسنده می‌کنند (Faure, 2009: 52).

در مواردی که دادگاه‌ها تمایل دارند تا با تأکید بر زیان وارده، غرامت را تعیین کنند، اختلاف‌ها بیشتر می‌شود: برخی برای جبران زیان‌های معنوی روش یکسان‌سازی یا متعارف‌سازی را پیشنهاد می‌کنند. اینان زیان معنوی را نیز بر اساس معیار انسان متعارف درنظرگرفته و آن را بدون توجه به ویژگی‌های شخصی و بر اساس پرونده‌های سابق و رویهٔ موجود ارزیابی می‌کنند. اینان می‌پذیرند که نظریه‌شان به‌دلیل عدم توجه به‌خصوصیات شخصی هر زیان‌دیده که در میزان واقعی زیان قطعاً مؤثر است، ایراد دارد، لیکن بر این عقیده‌اند که این روش به‌دلیل اینکه قابل‌پیش‌بینی و قابل‌مدیریت است کارآمدتر خواهد بود، به‌خصوص آنکه برای بیمه‌گرها هم مساعدتر است. طبق نظر ایشان، اگر تفاوت‌های فردی، قربانی نظم اداری شود اشکالی ندارد، به‌ویژه آنکه فلسفهٔ جبران خسارت معنوی ترمیم و جبران به معنای واقعی نیست، بلکه تسکین زیان‌دیده است (Avraham, 2015: 11). بنابراین این دسته استفاده از روش مقطوع خسارت را در خسارت معنوی نیز مناسب دیدند (Faure, 2009:

1. Punitive Damage

48). اینان به مفهومی به نام انصاف افقی نیز، استناد می‌کنند: انصاف افقی به آن معناست که افراد با خسارات مشابه و شرایط برابر، مبلغ مشابهی برای خسارت معنوی دریافت کنند. برای مثال، زیان به بینایی در یک چشم برای الف و ب، خسارت معنوی یکسانی ایجاد می‌کند. اما سؤال اساسی آن است که آیا واقعاً امکان همانندی خسارت وجود دارد؟ اشخاص با توجه به موقعیت‌هایی که دارند، حادثه‌ها را به شکل‌های گوناگونی تجربه می‌کنند: خسارت به آبرو برای یک معلم و ولگرد خیابانی یکسان نیست، همچنان‌که خسارت ازدست‌دادن لذت ورزش برای یک جوان فوتبالیست و یک مرد هفتاد ساله یکسان نخواهد بود. این نکته، نشان‌می‌دهد که ایجاد انصاف افقی دشوار و در عمل بحث‌برانگیز است (Blumstein et al , 1991: 171). بدین ترتیب، ایراد اصلی این روش، به بی‌اعتنایی به «ویژگی‌های شخصی زیان‌دیده» بازمی‌گردد؛ ویژگی‌هایی که در مفهوم ضرر معنوی دخالت مستقیم دارد و میزان زیان را در هر مورد تعیین می‌کند. درست است که در خسارت معنوی هدف تسکین زیان‌دیده است، ولی طبیعی است که وضعیت خاص هر زیان‌دیده در این تسکین مؤثر است.

با نقد این روش، برخی روش طبقه‌بندی خسارات معنوی را پیشنهاد کردند. به باور اینان، با ایراد خسارت معنوی، باید دید تا چه اندازه، عملکرد اجرایی، احساسی، اجتماعی و شغلی فرد تحت‌تأثیر قرار گرفته است، یعنی باید دید خسارت در این حوزه‌ها برای زیان‌دیده چه اثراتی داشته‌است. بر اساس آثار هر آسیب، خسارت‌ها طبقه‌بندی می‌شود، به‌گونه‌ای که خسارت‌های جدی در طبقات نخست و خسارت‌های جزئی در طبقات پایین قرار می‌گیرند. بر همین اساس نیز، خسارات به خسارات حداقلی، خفیف، متوسط، شدید، خیلی شدید و فاجعه‌بار طبقه‌بندی شده و میزان غرامت برای هر طبقه تعیین می‌شود (Ubel, 2008: 208). با این حال، نکته در این است که در این روش، در هر طبقه و با ورود خسارت‌های مشابه، زیان‌دیدگان مثل هم آسیب نمی‌بینند. بدین ترتیب، این شیوه باعث می‌شود بعضی‌ها بیش از حد و برخی کمتر از میزان واقعی زیان، خسارت بگیرند (Avraham, 2015: 10).

یک روش برای محاسبهٔ خسارت معنوی در حقوق آمریکا به روش پرداخت روزانه معروف است[1]؛ در این روش مدت احتمالی که زیان‌دیده با خسارت دست‌وپنجه نرم می‌کند توسط کارشناس مشخص می‌گردد و سپس بر اساس واحد زمانی مثلاً روزانه مبلغی معین می‌گردد. برای مثال روزانه ۱۰$. این روش هیچ معیار دقیقی برای رسیدگی مشخص نمی‌کند و تنها مبلغی که برای واحد زمانی مشخص آورده می‌شود امکان به‌کارگیری در سایر دادگاه‌ها را دارد. بسیاری از قضات این روش را

1. Per-diem Method

به‌دلیل کاربرد کاملاً کمی و ریاضیاتی رد کردند (Geistfeld, 1995: 783).

در مقابل برخی برای ارزیابی زیان معنوی شیوهٔ تمایل به پرداخت را پیشنهاد دادند؛ شیوهٔ تمایل به پرداخت آن است که ببینیم با توجه به پیش‌بینی خطر خسارت، هر کس چه قدرحاضر است بپردازد تا از آن زیان جلوگیری کند. در حقیقت در این روش از مردم سؤال می‌شود که چقدر حاضرند بپردازند تا از خسارت مثلاً از دست دادن یکی از عزیزانشان جلوگیری کنند. سپس این رقم در میزان خطر ضرب می‌شود و رقم خسارت را به‌دست‌می‌دهد. به عبارت دیگر یک انسان متعارف حاضر است برای اجتناب از خطر ۱ از ۱۰۰۰۰ چه قدر پول بدهد تا در وضعیت زیان قرار نگیرد؟ اگر این رقم برای مثال ۲٫۵۰ $ باشد، خسارت خواهان ۲۵۰۰۰ $ خواهدبود. همچنین می‌توان حداقل رقمی را که خطاکار بالقوه حاضر است برای جبران خطر احتمالی بپردازد و مسئولیتش را بیمه نماید، در نظر گرفت و مبنای پرداخت خوانده قرار داد (Geistfeld, 1995: 775).

البته این روش هم مصون از انتقاد نیست، زیرا سطح دارایی مالی در آن مؤثر است و کسی که پول کمتری دارد و رقم کمتری می‌تواند بپردازد، لزوماً زیان معنوی کمتری نمی‌بیند. حتی اگر مبلغ قابل‌پرداخت برای متوسط جامعه ملاک قرارگیرد، مسئلهٔ دیگری مطرح‌می‌شود که آیا متوسط مردم واقعاً مایل به پرداخت آن مبلغ برای اجتناب از خطر هستند. ممکن است افرادی به‌دلیل بعید دانستن زیان اصلاً حاضر به پرداخت نباشند، در حالی که اگر زیان رخ دهد قطعاً متأثر خواهند شد (Geistfeld, 1995: 775).

به‌هرحال باید اذعان نمود که مبلغ مورد نظر به آسانی به‌دست‌نمی‌آید، چراکه هیچ کارکرد تجاری واضحی برای تمایل به چنین پرداختی وجود ندارد. به‌علاوه، در تعیین رقم بدون شک قدرت سازگاری افراد مختلف با مسائل و تجربهٔ آن‌ها از خسارت متفاوت خواهد بود. در واقع زیان بالقوه است و ما می‌خواهیم ببینیم مردم برای پیشگیری از این زیان حاضرند چه قدر بپردازند. اما نکته آنجاست که علاوه بر سطح ثروت و درآمد افراد و اصلاً تمایل ایشان برای پرداخت، خصوصیات شخصی آن‌ها نیز در تعیین رقم مؤثر است. برای مثال، اگر از مردم پرسیده‌شود چه قدر حاضرند بپردازند تا از ۱٪ خطر از دست دادن عضوی از بدن اجتناب‌کنند، بسیاری از ایشان آن را مثلاً یک صدم ارزش‌گذاری می‌کنند، برخی نیز ممکن است خطر ۱٪ را چشمگیر و برخی ناچیز بدانند و دیگرانی در اندازهٔ آن اغراق‌کنند (Sugarman, 2013: 215). بنابراین تئوری تمایل به پرداخت از رابطهٔ بین پول و خطر بر اساس قیمت‌های بازار استفاده می‌کند. شاید این روش در مورد خسارات معنوی پدیدآمده از نقض قراردادها مناسب باشد، اما در مواردی نظیر زیان معنوی وارد بر بدن مثل قطع عضو یا زیان معنوی کاهش عمر، امر را پیچیده‌تر می‌کند.

در کنار این روش‌های عمدتاً نوعی (Avraham, 2015: 10)، تمایل دادگاه‌ها به ارزیابی شخصی خسارات معنوی است، زیرا هر زیان‌دیده‌ای اثرات خسارت را به‌صورت متفاوت تجربه می‌کند (Stapley V. Hejylet, [2006] BCCA 34, at para 107)، بر این اساس، تعیین میزان خسارت با توجه به درمان پزشکی و روند آن، زمان ازدست‌رفته، فعالیت‌های زیان‌دیده که ترک شده، اثر خسارت روی نحوهٔ زندگی خواهان که پیش از فعل‌زیان‌بار داشته، شرایط خانوادگی او، وضعیت دوستان و همکاران وی، نیازهای خاص خواهان برای احساس رضایت، طول مدت زیان، اعتبار زیان‌دیده و جایگاه اجتماعی او و هم‌پوشانی چند عنوان زیان صورت‌می‌گیرد (Dorey & Rentiers, 2014: 3). حتی در بعضی از اقسام خسارت معنوی نظیر خسارت کاهش زندگی که تا حدی امکان تعیین رقم مقطوع بر اساس آمار و میانگین طول عمر انسان‌ها و احتمال خطراتی همچون بیماری‌ها و صدمات وجود دارد، باز دادگاه‌ها تمایل به تأثیر ویژگی‌های شخصی دارند (Landfeld, 1982: 555).

در راستای همین باور، برخی معتقدند پاسخ به برخی سؤالات نظیر اینکه مثلاً چه میزان پول می‌تواند شادی شما که در اثر صدمه وارده، از بین رفته را جبران کند یا تسلی‌بخش شما باشد، می‌تواند راهگشا باشد. در این روش رابطهٔ بین درآمد و هر اتفاقی در زندگی مثلاً محرومیت از یک فعالیت بررسی می‌شود (بادینی و حسینی، ۱۴۰۰: ۲۱۵). به‌موجب این تئوری باید بررسی‌شود افزایش چه میزان پول به درآمد زیان‌دیده می‌تواند معادل شادی ازدست‌رفته، به زیان‌دیده شادی بدهد. محاسبهٔ نسبت بین این دو، نرخ مناسبی از میزان پولی که رضایت زیان‌دیده را با توجه به رنجی که کشیده تأمین می‌کند، به‌دست می‌دهد (Oswald et al, 2008: 221). در واقع موضوع اصلی این نظریه میزان شادی به‌دست‌آمده در قبال افزایش مشخصی بر میزان درآمد است. البته سطح زندگی و رفاه جامعه بر این احساس شادی بی‌تأثیر نیست. (Oswald et al, 2008: 220, 221, 222)

ازجمله ابزارهایی که در آمریکا برای واقعی‌تر شدن میزان خسارت تعیینی از آن، استفاده می‌شود، استفاده از هیئت منصفه است. می‌توان مدعی شد اهمیت هیئت منصفه در نظام حقوقی آمریکا بیش از هر کشور دیگری است. در اصلاحیه هفتم قانون اساسی آمریکا در راستای حفظ حقوق مردم، در برخی دعاوی حقوقی علاوه بر دعاوی کیفری هیئت منصفه پیش‌بینی شده است (Czerwien, 2014: 430). بنابراین در نظام حقوقی آمریکا در تعیین مسئولیت و میزان خسارت هیئت منصفه می‌تواند اثرگذار باشد. از نظر حقوق‌دانان آمریکایی هیئت منصفه تأثیر غیرقابل‌انکاری در مسئولیت مدنی دارد. رویهٔ قضایی آمریکا مؤید آن است که بیشترین میزان جبران خسارت مربوط به آرائی است که هیئت منصفه صادرکرده‌اند (صفری و دهقانی، ۱۳۹۸: ۱۴۰). در اغلب موارد ارجاعی به هیئت منصفه قضات از ارائهٔ استانداردهای ارزیابی خسارت به هیئت منصفه خودداری می‌کنند و تنها از

ایشان می‌خواهند با توجه به وضعیت زیان‌دیده مبلغی را مشخص‌کنند که احتمالاً بتواند او را تسلی‌دهد (Geistfeld, 1995: 721).

به‌هرروی، در روش مالی، هدف اصلی فراهم کردن رضایت خاطر، تسلی و آرامش و دلداری زیان‌دیده است تا از طریق معادل مالی بتواند بخشی از رضایت خاطر را به‌دست‌آورد یا جایگزینی هرچند نامشابه برای شادی ایجاد کند. همچنین، تلاش برای سازگاری زیان‌دیده با وضع جدید هم مهم است. (Buccafusco) شاید مقداری پول در مقابل تجربهٔ شخصی درد و رنج جسمی و روحی و ازدست‌دادن مدتی از زندگی و امثال آن، دست‌کم آرامشی نسبی برای خواهان فراهم کند، گرچه نمی‌تواند دشواری‌های زندگی او را کاهش‌دهد (Andrews V.Grand and Toy Alberta Ltd (1978),83 DlR (3d)452 (scc)) (Garrow, Halsen, 269).

بدین ترتیب، دادگاه‌ها تلاش‌می‌کنند به میزانی از غرامت رأی بدهند که زیان‌دیده را تسکین داده و او را به آرامش برساند. با این حال، به‌منظور اینکه دست دادگاه در تعیین غرامت بی‌اندازه باز نباشد و خوانده و بیمه‌گر او با ارقام غیرقابل‌پیش‌بینی روبه‌رو نشوند، برای غرامت سقف تعیین شده است (Faure, 2008: 223; Jolowicz,1963: 202).

بر این اساس، برای خسارت‌های معنوی، سقف مشخصی برای غرامت تعیین می‌شود تا بیش از آن امکان تعیین خسارت وجود نداشته باشد. تقریباً در تمام ایالات آمریکا این سقف‌گذاری انجام شد. یعنی در همهٔ موارد ولو در غیر روش‌های طبقه‌بندی، سقفی برای خسارات معنوی در نظر گرفته شد تا از ارقام نجومی، غیرواقعی و غیرقابل‌پیش‌بینی اجتناب‌شود. اما ایالت‌ها در عملکردشان در این باب متفاوت بودند. مثلاً برخی نظیر کالیفرنیا برای اشکال خاص خسارت مانند اشتباهات پزشکی سقف قرار دادند یا برخی ایالات به قضات اجازه دادند در موارد واقعاً شدید از میزان حداکثر بیشتر تعیین خسارت کنند (Avraham, 2015: 12).

۲. روش جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران

به‌طور کلی در حقوق مسئولیت مدنی، برای جبران زیان، دو شیوهٔ جبران عینی و بدلی وجود دارد (صفایی و ذاکری نیا، ۱۳۹۴: ۲۸۳-۲۶۵). در روش عینی، تلاش می‌شود منبع زیان از بین برود، برای نمونه، آنجا که مال مغصوب در ید غاصب است، حکم به استرداد آن می‌تواند زیان‌دیده را به وضعیتی که پیش از ورود زیان داشته، بازگرداند. همچنین، می‌توان شخصی که سبب ازبین‌رفتن زیبایی دیگری شده را به پرداخت هزینهٔ عمل جراحی زیبایی محکوم نمود تا زیبایی ازدست‌رفته، باز گردد یا آنگاه که شخصی درصدد است با انتشار مطلبی کذب آبروی دیگری را ببرد، پیش از انتشار، دستور توقیف مطلب را صادر کرد تا از اساس، زیانی به وجود نیاید. در این نمونه‌ها، منبع ایجاد زیان

(با استرداد، عمل جراحی زیبایی یا دستور توقیف) ازبین‌می‌رود. طبیعتاً، روش عینی از آنجا که به هدف حقوق مسئولیت مدنی یعنی بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیت نخست، نزدیک‌تر است، مطلوب‌تر نیز بوده و بر روش بدلی برتری دارد (میرزایی گرمی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۴۵-۱۲۹) اما همیشه، این روش قابل‌کاربرد نیست. در فرضی که مال ازبین‌رفته و یا مطلبی که سبب لطمه به آبروی دیگری می‌شود، منتشر شده، دیگر راهی برای ازبین‌بردن منبع زیان وجود ندارد. در این فرض، از روش بدلی استفاده می‌شود (فصیحی‌زاده و سعیدی، ۱۳۹۵: ۲۲۸-۲۲۵ و ۲۴۶). در زیان‌های مالی، اجرای این روش، با دشواری خاصی روبه‌رو نیست: مالی که امکان استرداد آن وجود ندارد، در بازار مثل یا قیمت دارد. بنابراین، در فرضی که امکان استرداد خود مال وجود ندارد، به ناچار، باید به سراغ بدل آن رفت (آقابابا، ۱۳۹۷: ۵۵-۶۱ و ۶۸) اما این روش، در زیان معنوی، جوابگو نیست. آبروی ازدست‌رفته الف، نظیری ندارد. منحصربه‌فرد و مخصوص آقای الف است. بنابراین، نمی‌توان برای آن بدلی درنظرگرفت. در این موارد، بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیت نخست، یعنی جایی که از اساس، زیانی پدید نیامده، شدنی نیست اما باید تلاش کرد تا زیان‌دیده به نزدیک‌ترین موقعیتی که پیش از ورود زیان داشته، بازگردد. برای تحقق این هدف، در رویهٔ قضایی ایران، از دو روش، بیشتر استفاده می‌شود: یکی روش غیرمالی و مشخصاً عذرخواهی و دیگری، روش مالی و پرداخت پول. در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بر امکان استفاده از این دو روش تأکید شده است. البته این تأکید مانع استفاده از سایر روش‌های جبران خسارت نیست. بنابراین با توجه به مبانی نظری جبران خسارت معنوی، نظیر تسلی خاطر زیان‌دیده و تأمین آرامش و خرسندی نسبی او روش‌های غیرمالی و مالی در جبران این خسارات مورد مطالعه قرارمی‌گیرد.

۱-۲. روش‌های غیرمالی

از مهم‌ترین مصادیق جبران غیرمالی خسارت معنوی، الزام عامل زیان به عذرخواهی است تا از این طریق زیان‌دیده تا حدی آرامش پیدا کند. الزام عامل زیان به عذرخواهی در نظام حقوقی ایران، در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی پیش‌بینی شده است. (اکبری آرائی و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۵۱) در رویهٔ قضایی نیز، ازاین‌روش، استفاده می‌شود. برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۹۳۲ مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۶ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، از الزام به عذرخواهی و درج در روزنامه به‌عنوان شیوهٔ جبران خسارت معنوی استفاده کرده است. بر اساس بخش‌هایی از این رأی، «... تجدیدنظرخوانده برای صدور حکم طلاق مدارکی به ظاهر منتسب به وزارت اطلاعات که دلالت بر سابقه محکومیت وی دارد ارایه نموده در حالی که مدارک مزبور

مجعول بوده... و با ارایه این اسناد لطمات جبران ناپذیری به حیثیت شغلی و شخصی و خانوادگی وی واردنموده... با احراز تقصیر تجدیدنظرخوانده در ورود ضرر معنوی به تجدیدنظرخواه،... به تجویز... مواد ۱ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی حکم به الزام تجدیدنظرخوانده نسبت به عذرخواهی از تجدیدنظرخواه از طریق درج در روزنامه‌های کثیرالانتشار صادر و اعلام می‌نماید...».

در پرونده‌ای دیگر، خواهان در آزمون دورهٔ دستیاری رشتهٔ تخصصی ارتودنسی در سال ۱۳۷۳ شرکت کرده و شرایط لازم برای قبولی در این آزمون را به دست آورده، اما خوانده یعنی وزارت بهداشت، از پذیرش وی خودداری کرده‌است، سرانجام پس از نه سال، با پیگیری‌های انجام‌گرفته و با اخذ حکم از دیوان عدالت اداری، برای تحصیل به دانشگاه شهید بهشتی معرفی‌می‌شود. خواهان بر این باور است که خوانده موجب تضییع حقوق وی شده است. برای همین، الزام وزارت بهداشت به جبران کلیهٔ خسارات مادی و معنوی را خواستار می‌شود. در دادنامه شماره ۸۹۰۰۲۰۰ به تاریخ ۸۹/۳/۱۸ صادره از سوی شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران مندرج در پرونده کلاسه ۳۲۶/۲۹/۸۸ چنین آمده است: «... درخصوص خسارت معنوی مورد مطالبه خواهان دادگاه توجهاً به اینکه قصور خوانده در عدم پذیرش خواهان در دوره دستیاری بر اساس دادنامه صادره از سوی شعبه سوم دیوان عدالت اداری محرز و مسلم بوده که این عدم پذیرش خواهان در طول مدت ۹ سال یقیناً موجبات ورود تالمات روحی را برای نامبرده فراهم‌نموده لذا این دادگاه با احراز ورود خسارت معنوی به خواهان از این حیث مستنداً به مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون‌مسوولیت‌مدنی حکم بر الزام خوانده به عذرخواهی از نامبرده با درج در یکی از جراید کثیرالانتشار صادر و اعلام می‌نماید...».

در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۷۳۶ صادره از سوی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران مندرج در پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۰۸۱۳ نیز، اگرچه دادگاه به عذرخواهی به‌عنوان یکی از روش‌های جبران زیان معنوی چشم داشته اما از آن استفاده نمی‌کند. در بخشی از این دادنامه، چنین می‌خوانیم: «در خصوص دادخواست آقای... به طرفیت ۱- وزارت بهداشت... به خواسته الزام خواندگان به جبران خسارت مادی و معنوی... عیب و نقص وسایل و تجهیزات ابزار اداری دولت... محرز است.... دادگاه... درخصوص خواسته خواهان مبنی بر عذرخواهی رسمی در جراید،... با بررسی اوراق پرونده و مفاد ماده ۱۰ از قانون‌مسؤولیت‌مدنی نظر به اینکه از صراحت ماده قانونی استنباط‌می‌شود که این امر به‌طور اختیاری به دادگاه تجویزشده‌است که با درنظرگرفتن کلیه شرایط، حکم به عذرخواهی رسمی در جراید صادرنمایند. بنابراین، دادگاه با توجه به مجموع اوضاع و احوال دعوی خواهان را در این قسمت غیروارد تشخیص

و... حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید ...». این تفسیر نمی‌تواند نادرست باشد؛ زیرا به روشنی در ماده ۱۰ آمده است: «... هرگاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر، علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذر خواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید». بدین ترتیب، صدور حکم برای عذرخواهی مشروط به اهمیت زیان و نوع تقصیر است. در نتیجه، اختیار دادرس برای حکم یادشده، صلاحدیدی است. این تفسیر درست و با ظاهر ماده سازگار است، اما استفادهٔ دادرس از این اختیار به ناروا انجام گرفته، حق این بود که دادرس با ذکر توجیه و دلیل منطقی و با استناد به اهمیت و نوع تقصیر، دلیل عدم استفاده از روش یاد شده را بیان می‌کرد. برای نمونه، در تصمیم نهایی شماره ۹۷۰۹۹۷۲۰۶۴۱۰۰۰۰۱ شعبه اول کمیسیون جبران خسارات استان مازندران، با استدلال تلاش شده لزوم عذرخواهی از زیان‌دیده، توجیه شود. در این تصمیم که خواسته آن، جبران خسارات مادی و معنوی ناشی از بازداشت بی‌جهت متهم به مدت ۲۴۷ روز بوده، چنین آمده است: «... به‌جهت وجود شرایط مورد نظر در درخواست ازجمله صدور حکم برائت آقای... از اتهام حمل و نگه‌داری مواد مخدر و گواهی قطعیت آن ... نظر به این‌که متهم (متقاضی فعلی آقای...) از تاریخ ۹۴/۸/۴ تا ۹۵/۳/۸ در بازداشت به‌سر می‌برد و از طرفی، نظر به این‌که آزادی به‌عنوان یک ودیعه الهی و والاترین ارزش در جامعه می‌باشد که با توجه به اصل ۳۷ قانون اساسی که می‌بایست این اصل نصب‌العین قوای حاکمیتی به‌ویژه قضات دادگستری باشد از اصول پذیرفته‌شده در قانون اساسی است بنابراین تعرض به این آزادی آن هم از ساختمان حقوقی جامعه که اعتماد عمومی بر آن است نباید در قالب صرف تاسف بسنده گردد بلکه شایسته است جبران این خسارت فراهم گردد. خوشبختانه جبران خسارات ناشی از بازداشت بی‌جهت در قوانین ملی و اسناد فراملی پیش‌بینی شده‌است. به‌گونه‌ای که قانون اساسی که در رأس هرم قوانین داخلی و به‌عنوان پاسدار و نگهبان آزادی‌های فردی است در اصل ۱۷۱ به آن اشاره‌کرده‌است. البته در قوانین داخلی ازجمله در قانون مسئولیت مدنی و قوانین ماهوی دیگر به این مهم پرداخته‌شده‌است. لیکن در مواد ۲۵۵ تا ۲۶۱ قانون آیین‌دادرسی کیفری اصلاحی ۱۳۹۴ قانون‌گذار به‌صورت ضابطه‌مند و با ساختار تعریف‌شده و شیوه اجرای آن نیز در آیین‌نامه مورخ ۹۵/۸۰/۴ تصریح گردیده‌است. البته در اسناد فراملی ازجمله بند ۵ ماده ۹ از میثاق حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ که مقنن ایرانی متعاقبا در راستای ماده ۹ از قانون مدنی آن را تصویب و اکنون در حکم قانون محسوب‌می گردد و پاراگراف یکم از اعلامیه سازمان ملل درباره اصول بنیادی دادگری برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت... به این مهم اشاره‌شده‌است. مع‌الوصف اعضای کمیسیون با عنایت به صدور حکم برائت به شماره... از سوی

شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی شهرستان ساری و قطعیت آنکه حاکی از بی‌گناهی متقاضی یادشده دارد و نظریه کارشناس رسمی دادگستری که مصون از اعتراض باقی‌مانده‌است مستندا به مواد ۲۵۵ با لحاظ ماده ۱۴، ۲۵۷، ۲۵۸، ۲۵۹ و ۲۶۰ از قانون‌آیین‌دادرسی کیفری اصلاحی ۱۳۹۴... پیرامون خسارت معنوی (کسر حیثیت و اعتبار)به درج حکم اعتذار در جرائد کثیرالانتشار صادر و اعلام می‌گردد....» (برای بررسی تطبیقی نحوه جبران خسارات واردشده به محکومان بی‌گناه، ر.ک: یوسفیان‌شوره‌دلی و رسولی‌آستانی، ۱۳۹۲)

به‌هرروی، پرسش جدی این است که آیا عذرخواهی روش مناسبی برای جبران همهٔ زیان‌های معنوی است یا خیر. برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۴۳۵۰۱۰۲۰ مورخ ۱۳۹۷/۹/۱۷ صادره از شعبه ۲۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین می‌خوانیم: «در خصوص دادخواست... به طرفیت شرکت هواپیمایی... به خواسته مطالبه خسارت مادی و معنوی ناشی از لغو پرواز بدین توضیح مختصر که ایشان در تاریخ ۱۳۹۶/۸۰/۲۴ بلیط رفت‌وبرگشت از ارومیه به مقصد استانبول تهیه‌می‌نماید... لیکن پس از مراجعه به فرودگاه استانبول با پرواز کنسل‌شده مواجه‌می‌گردد و تماس‌های وی با شرکت خوانده جهت تعیین تکلیف وی بلانتیجه می‌ماند و از آن‌جا که ارز مکفی به همراه ندارد نمی‌تواند از شرکت‌های هواپیمایی آن شهر بلیط برگشت تهیه‌نماید و التماس‌های وی که استاد دانشگاه می‌باشد مؤثر واقع نمی‌گردد تا این‌که فردی ایرانی به وی مبلغی قرض و نهایتا با عزیمت به تبریز و از آن‌جا به ارومیه به منزل خویش می‌رسند:... آنچه دادگاه را در پرونده حاضر به پذیرش ادعای خواهان مجاب‌نموده‌است نه صرفا نفس خلف وعده شرکت خوانده در لغوشدن پرواز می‌باشد بلکه بیشتر بی‌اهمیتی به وضعیت مسافری می‌باشد که در کشوری دیگر رهانموده‌است و اندیشه‌ای در ذهن خود نمی‌پروراند که چگونه وی را به وطن خویش بازگرداند... تا جایی که فردی که ازجمله اساتید دانشگاهی و از نخبگان این میهن می‌باشد برای رفع نیازهای خود و بازگشت به وطن مجبورگردد در مقابل‌هر فردی دست‌کمک دراز نماید و در مقابل‌بیگانگان ابن‌السبیل گردد و شخصیت اجتماعی خویش را در پس نگاه‌های تحقیرآمیز دیگران خردشده ببیند لذا این دادگاه... شرکت خوانده را به عذرخواهی رسمی در یکی از جراید کثیر الانتشار مکلف می‌نماید...». در این رأی دغدغهٔ قاضی نسبت به رعایت حرمت شخصیت افراد و شان ایشان قابل‌تقدیر است. این‌که به ویژگی‌های شخصی و مالی زیان‌دیده، شرایط وقوع زیان که در یک کشور خارجی و نه مثلاً در یکی از شهرهای کشور است و نیز به بی‌توجهی و بی‌تفاوتی خوانده به اوضاعی که ممکن است برای افراد اتفاق افتد، توجه شده، سبب می‌شود رأی صادره با «اوضاع و احوال قضیه» سازگارتر باشد. با این حال، به‌نظرمی‌رسد شیوه‌ای که برای جبران درنظرگرفته‌شده، چندان مناسب نیست. در حقیقت،

صرف عذرخواهی نمی‌تواند آسیبی که به آرامش روحی خواهان رسیده را جبران کند. در این موارد و نیز، در مواردی که عذرخواهی و به‌طور خاص، انتشار آن در جراید، سبب آگاهی عموم مردم از ماجرا می‌شود و مصلحت زیان‌دیده در عدم آگاهی عموم مردم از اتفاق رخ داده است، دادگاه نباید از این روش استفاده کند. در این فرض‌ها، به‌نظرمی‌رسد با استفاده از روش‌های دیگر مانند پرداخت پول، بهتر می‌توان زیان‌دیده را تسکین داد.

با این حال، در فرضی که پرواز، داخلی باشد، به نظر می‌رسد صرف عذرخواهی بتواند روش مؤثری باشد، چنان‌که شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در پرونده‌ای به خواستهٔ مطالبهٔ خسارت ناشی از تأخیر در پرواز داخلی، در دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۷۵۷۶۱۰۱۳۷۶ از همین روش استفاده کرده و به شرح ذیل رأی داده است: «... خواهان اعلام داشته که وی در تاریخ ۱۳۹۶/۶/۵ مسافر پرواز شماره ۱۱۱۷ شرکت خوانده از مبدا تهران به مقصد مشهد بوده که به علت تأخیر در پرواز که می‌بایست در ساعت ۱۵:۳۵ صورت می‌پذیرفت با پنج ساعت و نیم تأخیر در ساعت ۲۱ شب... به مقصد رسیده که در نتیجه وقت مسافران بی‌جهت هدر شده... لذا دادگاه نظر به مراتب فوق با احراز تأخیر در پرواز هواپیما... حکم به الزام شرکت هواپیمایی... به عذرخواهی از خواهان... در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار هم‌زمان با درج حکم در آن روزنامه صادر و اعلام می‌نماید...»

به هر روی، باید توجه داشت که فقط الزام به عذرخواهی راهکار اعادهٔ زیان‌دیده به وضع سابق نیست، می‌توان از طرق دیگر خرسندی ازدست‌رفتهٔ زیان‌دیده را به او بازگرداند. برای مثال در مورد خوانده‌ای که علی‌رغم قوانین حقوق رقابت به قصد اضرار اقداماتی علیه رقبای تجاری خود انجام داده و از این طریق به ایشان ضرر معنوی وارد کرده است، انتشار حکم محکومیت وی می‌تواند آرامش ازدست‌دفته و حتی اعتبار کاسته‌شده زیان‌دیده را بازگرداند (بادینی، ۱۳۹۱: ۶۲). همین امر در مورد انتشار حکم برائت نیز جاری است؛ انتشار حکم برائت مجرم پس از محکومیت بیانگر بی‌گناهی اوست و انتشار این حکم تا حد زیادی برای زیان‌دیده اثرگذار خواهد بود. البته این امر مانع مسئولیت دولت درخصوص خطای نظام قضایی در این‌باره نخواهد بود. (قربان‌زاده و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۸۰) همچنین این امر، در حالتی که متهم به جرم بازداشت می‌شود اما جرم او اثبات نمی‌شود یا قرار منع تعقیب صادر می‌شود، قابل‌استفاده است.

به‌هرحال باید بدانیم در عرصهٔ جبران خسارت‌های معنوی شکل جبران اساساً موضوعیت ندارد؛ در حقیقت روش‌هایی که به بهترین نحو ممکن است زیان را برطرف نمایند باید به کار گرفته شوند. اشکال مذکور مثال‌های رایجی در این موضوع است، با این حال راه برای استفاده از سایر روش‌ها بسته نیست. بنابراین در هر پرونده با توجه به اوضاع و احوال قاضی می‌تواند روش مناسبی برگزیند.

مثلاً اعلام نام عامل زیان در رسانه‌ها (پرچمی و درخشان، ۱۳۹۷: ۵۸)، حکم به پرداخت تمام هزینه‌های درمان در اختلالات روانی، حکم به ایجاد تفریح خاصی برای زیان‌دیده، حکم به ضرورت کمک فاعل زیان به زیان‌دیده برای مدتی و... همه از روش‌های غیرپولی جبران خسارت معنوی محسوب می‌شوند. با این حال، بیشترین استفادهٔ رویهٔ قضایی از روش عذرخواهی است و از سایر طرق کمتر استفاده می‌شود.

نکتهٔ دیگر آن است که در همهٔ مواردی که جبران زیان از طریق غیرمالی صورت می‌گیرد، در صورت ضرورت و عدم جبران کامل زیان، امکان بهره‌گیری از روش پولی نیز وجود دارد. بنابراین از روش پرداخت پول به‌طور مستقل یا مکمل روش‌های غیرپولی می‌توان بهره‌برد.

۲-۲. پرداخت پول

روش‌های غیرمالی همیشه مؤثر نیستند، گاهی باید کاری کرد تا زیان‌دیده از طریق به‌دست‌آوردن معادل تا حدی آرامش و شادی ازدست‌داده را بازیابد. برای مثال خسارت معنوی قهرمان ورزشی که ماه‌هاست در تلاش است تا در یک مسابقهٔ بین‌المللی شرکت کند و در اثر عمل عامل زیان این فرصت را ازدست‌می‌دهد، یا خسارت روحی مسافری که لحظات کشندهٔ قبل از سقوط را تجربه‌کرده و در نهایت از مرگ نجات پیدا می‌کند، به معنای واقعی کلمه قابل‌جبران نیست اما پرداخت مبلغی پول می‌تواند زیان‌دیده را آرام‌ترکند (اصغریان و همکاران، ۱۳۹۹: ۸۲۰).

بنابراین برخی از دادگاه‌ها تلاش‌می‌کنند تا با الزام عامل زیان به پرداخت مبلغی پول به زیان‌دیده، زیان معنوی او را جبران کنند. با این حال، پرسش جدی اینجاست که چگونه می‌توان زیان وارده را با پول ارزیابی‌کرد؟ برخی از دادگاه‌ها با استناد به کنوانسیون‌های بین‌المللی، زیان وارده را ارزیابی می‌کنند. برای نمونه، شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی تهران در دادنامه شماره ۸۸۰. ۶۱۷ به تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱۴ در پرونده کلاسه ۸۸۰۹۹. ۱۸۲ درخصوص مطالبهٔ خسارت ناشی از تأخیر در پرواز تهران ـ مشهد، پس از بیان لزوم اجرای تعهد در موقع تعیین‌شده، چنین تصمیم‌گرفت: «... در صورت عدم انجام تعهد، متضرر در صورت اثبات تقصیر شخص متعهد و رابطه علیت متعارف بین فعل زیان‌دیده و شخص مقصر، حق مطالبه خسارت وارده را دارد... دادگاه با عنایت به اینکه خواهان‌ها شخصاً.. خسارت معنوی را با لحاظ پروتکل گواتمالا هر یک را مبلغ بیست و دو میلیون ریال و فرزندشان را مبلغ پنج میلیون ریال اعلام‌کردند با توجه به وضعیت شغلی و اعتبار کاری خواهان‌ها و درآمد ماهانه ایشان ادعای آن‌ها را محمول بر صحت تشخیص و... حکم بر محکومیت شرکت خوانده به پرداخت... ۴۹/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت خسارت معنوی... صادر و اعلام می‌دارد».

پس از تجدیدنظرخواهی، شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱. ۷۶۸ به

تاریخ ۱۳۹۱/۸/۱۷ عیناً دادنامه شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی را تأیید می‌نماید. در این پرونده، خواهان، خسارت معنوی خویش را با استفاده از ماده ۸ پروتکل گواتمالا که مسئولیت تأخیر در حمل‌ونقل را یک میلیون و پانصد هزار فرانک تعیین‌کرده، خواسته است. دادگاه اما به استناد همین پروتکل، خسارت معنوی هر یک از خواهان‌ها را مبلغ بیست و دو میلیون ریال و فرزندشان را مبلغ پنج میلیون ریال اعلام‌کرد. در نخستین نگاه، ممکن است استناد به پروتکل یادشده درست دانسته‌شود؛ چه ایران با تصویب «قانون اجازه الحاق دولت شاهنشاهی ایران به کنوانسیون ۱۲ اکتبر ۱۹۲۹ ورشو و پروتکل ۲۸ سپتامبر ۱۹۵۵ لاهه و کنوانسیون ۱۸ سپتامبر ۱۹۶۱ گوادالاخارا و پروتکل ۸ مارس ۱۹۷۱ گواتمالا» توسط مجلس شورای ملی در ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ و تصویب مجلس سنا در ۱۳۵۴/۲/۳۱ به پروتکل یادشده پیوسته است، اما باید به این نکته توجه داشت که پروتکل ۸ مارس ۱۹۷۱ گواتمالا، شرایط ویژه‌ای برای لازم‌الاجرا شدن داشته‌است که هیچ‌گاه این شرایط محقق نشده است (جباری، ۱۳۸۸: ۵۰). برای همین استناد به آن نمی‌تواند درست باشد. همچنین، پروتکل یادشده، اصلاحیه‌ای به کنوانسیون ۱۲ اکتبر ۱۹۲۹ ورشو، «مربوط به یکسان‌کردن برخی از مقررات حمل‌ونقل هوایی بین‌المللی» است؛ به‌موجب بند یک ماده نخست کنوانسیون پیش‌گفته نیز، «این کنوانسیون در مورد هر نوع حمل‌ونقل بین‌المللی اشخاص و لوازم یا کالا... اجرا می‌شود». بدین ترتیب، و از آنجا که حمل‌ونقل موضوع این پرونده، داخلی است، روشن است که کنوانسیون و پروتکل اصلاحی آن نمی‌تواند در پرونده پیش‌رو مورد استناد قرارگیرد (برای تحلیل بیشتر، ر.ک: میرشکاری، ۱۳۹۳: ۱۲۱).

برخی دیگر، تلاش می‌کنند از اختیار صلاحدیدی خویش استفاده کرده و خسارت را به میزانی که تشخیص می‌دهند، قابل‌جبران بدانند. برای نمونه، مادری باردار برای تشخیص ابتلا یا عدم ابتلای جنین به بیماری هموفیلی به آزمایشگاهی خصوصی مراجعه می‌کند. آزمایشگاه، جنین را سالم توصیف می‌کند این در حالی است که اندکی پس از تولد، ابتلای نوزاد به بیماری هموفیلی محرز می‌شود. با طرح دعوا از سوی والدین کودک علیه آزمایشگاه، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۰۲۹ به تاریخ ۱۳۹۱/۱/۷ از سوی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران مندرج در پرونده کلاسه ۸۷۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۱۲۹۷ چنین صادر می‌شود: «... آقای دکتر س.ز. در تشخیص بیماری هموفیلی آقای محمدمهدی دچار اشتباه تشخیص گردیده‌است و اشکال تشخیصی ایشان منجر به تولد نوزادی با بیماری هموفیلی B شده است... درخصوص مطالبه خسارت معنوی نظر به اینکه بدون هیچ گونه تردیدی مبتلا شدن خواهان به بیماری نارسایی خونی باعث ورود صدمات روحی و روانی شدید به خواهان شده است... دادگاه به استناد مواد ۱و۲ قانون‌مسوولیت‌مدنی خوانده

را به پرداخت پنج درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت خسارات معنوی محکوم واعلام‌می‌دارد». اگرچه اصل صدور حکم به لزوم جبران زیان معنوی درست است اما دادرس محترم، هیچ معیاری برای تعیین پنج درصد دیه کامل بابت خسارت معنوی ارائه‌نمی‌دهد. در واقع، دادگاه، هیچ دلیلی ارائه‌نمی‌کند که چرا و چگونه خسارت معنوی خواهان را به این اندازه برآورد می‌کند. این روش در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۸۷۱۲۶۰۰۸۲۳ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۰ موضوع پرونده شماره ۹۴۰۶۶۶ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی سنندج نیز دیده‌می‌شود: «... خواهان اظهار داشته است: اینجانب در سمت مدیرعامل شرکت... تسهیلاتی را از بانک... در سال ۱۳۶۸ دریافت نمودم که اصل و سود آن در سال ۱۳۹۲ بازپرداخت شد... بانک برخلاف قانون و موازین شرع... مبادرت به اعلام نام اینجانب به‌عنوان تسهیلات مشکوک‌الوصول نموده و این امر سبب کسر حیثیت و اعتبار تجاری اینجانب از سال ۱۳۹۲ به بعد شده‌است... با عنایت به مراتب فوق:... با توجه به شخصیت خواهان به‌عنوان فعال تجاری و عضو هیئت مدیره اتحادیه تعاونی‌های... کشور، لطمات وارده به اعتبار شخصی و اجتماعی ناشی از اقدام بانک خوانده عرفا غیرقابل‌انکار است؛ لذا در نظر این دادگاه وقوع زیان معنوی محرز است... در این راستا... اولا تعیین نحوه جبران زیان معنوی بسته به تشخیص قضایی دادگاه دارد و ثانیا تقویم زیان معنوی به پول رایج هم خالی از اشکال بوده چراکه ساده‌ترین و معمول‌ترین شکل ترمیم و جبران این نوع زیان تلقی شده و معمول دادگاه‌ها هم همین است و با وضعیت خوانده دعوا که مؤسسه اعتباری است مطابقت و هم‌خوانی دارد. بنا به جمیع جهات حکمی و موضوعی فوق... حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۳۰۰ میلیون ریال، زیان‌های معنوی وارده به خوانده و الغاء تصمیم مبنی بر درج نام خواهان در ردیف دارندگان تسهیلات مشکوک‌الوصول در سیستم بانکی کشور... صادر و اعلام می‌گردد...» چنان‌که ملاحظه می‌گردد در این حکم، با حذف اسم خواهان از ردیف دارندگان تسهیلات، منبع ضرر ازبین‌برده‌می‌شود و از این حیث او در موقعیت قبل قرارمی‌گیرد، بابت خسارت معنوی وارده نیز، دادگاه روش مالی را انتخاب‌می‌کند، با این حال، در ارزیابی این خسارت به پول، صرفا به اختیار دادگاه و نه عوامل مشخص اشاره‌می‌کند.

در پروندهٔ دیگری، وکیلی از سوی خواهان دادخواستی به خواستهٔ تقاضای صدور حکم مبنی بر مطالبهٔ خسارت مادی و معنوی وارده به‌دلیل ازبین بردن فیلم و عکس جشن عروسی ارائه داده و در شرح آن چنین می‌نویسد: «موکل، خواهان فوق الذکر در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۹ جشن عروسی خود را برگزارمی‌نماید و از خوانده محترم به‌عنوان فیلم‌بردار و عکاس می‌خواهد که کارهای مربوط به فیلم‌برداری و عکاسی از مجلس ایشان را برعهده‌بگیرند... اما متاسفانه خوانده محترم با انجام

اقدامات غیرحرفه‌ای باعث ازبین‌رفتن فیلم‌ها و عکس‌های متعلق به خوانده شده...». دادگاه بخش لاران در دادنامه شماره ۲۰۰۶۲۹ به تاریخ ۱۳۹۴/۸/۲۵ به شرح زیر اقدام به صدور رأی می‌نماید: «خوانده با حضور در جلسه اول رسیدگی اقرارنموده‌است که قصور و بی‌احتیاطی ایشان منجر به ازبین‌رفتن فیلم عروسی شده‌است... علی‌هذا دادگاه بنابر مراتب مطروح و با احراز ارکان مسئولیت مدنی و اینکه بر اساس مقررات قانون‌مسئولیت‌مدنی، خسارت معنوی در کنار خسارت مادی قابل‌جبران می‌باشد و شکل و شیوه جبران خسارت به اختیار دادگاه می‌باشد، مستنداً به مواد ۱، ۲ و ۳ از قانون‌مسئولیت‌مدنی حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۶۰۰ هزار تومان بابت خسارت مادی و نیز ۶۰۰ هزار تومان بابت خسارت معنوی وارده به ایشان صادر و اعلام‌می‌نماید...». این رأی عیناً توسط شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری طی دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۳۸۱۴۷۰۰۰۷۶ به تاریخ ۱۳۹۵/۱/۲۹ تایید می‌شود. در پرونده مشابهی، شعبه ۱۲ دادگاه عمومی اصفهان در دادنامه به تاریخ ۱۳۹۸/۰۵/۰۸، پس از بیان لزوم جبران زیان معنوی چنین تصمیم‌می‌گیرد: «... این دادگاه جهت جبران این خسارت موضوع را به کارشناس ارجاع کرد تا کارشناس بررسی کند اگر زوجین تمایل‌داشته‌باشند زمینه‌ای فراهم کنند تا مجددا با تهیه مقدماتی، مشابه عکس و فیلم‌های مراسم عروسی، از خود عکس وفیلم تهیه کنند، چه میزان هزینه صرف‌می‌شود تا بتوان موجب خشنودی زیان‌دیدگان را فراهم آورد، کارشناس جمع هزینه مربوط به تجدید مراسم جهت فیلم‌برداری و عکس‌برداری شامل... را جمعا... ریال برآورد کرده است... درخصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر خسارت معنوی خواسته خواهان‌ها را ثابت تشخیص و مستندا به مواد ۱ و ۲ و ۳ ق.م.م. و ماده ۱۴ ق آدک حکم به الزام خوانده جمعا... به پرداخت ۲۰۹۰۰۰۰۰۰ ریال به‌عنوان اصل خواسته... صادر و اعلام می‌نماید...».

در پروندهٔ نخست، دادرس پس از بیان اینکه «هزینه انجام عمل فیلم‌برداری ۶۰۰ هزار تومان می‌شود»، حکم به محکومیت خوانده به «پرداخت مبلغ ۶۰۰ هزار تومان بابت خسارت مادی و نیز ۶۰۰ هزار تومان بابت خسارت معنوی وارده به ایشان صادر و اعلام می‌نماید...». دادرس محترم، اگرچه نمی‌گوید اما بنا به ظاهر، اعتقاد دارد که خسارت معنوی خواهان، اگر بیش از خسارت مادی وی نباشد، کمتر نیست. برای همین، برای هر دو، مبلغی یکسان در نظر می‌گیرد، با این حال، صرف‌نظر از درستی یا نادرستی این روش، حقیقت این است که مبلغ منظورشده به‌عنوان خسارت مادی، اجرت عمل خوانده است که ناروا و بی‌آنکه به تعهد خویش عمل کند، در تصرف خویش نگاه داشته است، بنابراین، تردیدی در لزوم استرداد آن نیست. به همین دلیل، تلقی آن به‌عنوان خسارت، قابل‌توجیه نیست. با توجه به این سخن، ادامهٔ مسیر دادگاه درخصوص خسارت معنوی

نیز، نادرست خواهدبود، زیرا برای محاسبهٔ خسارت معنوی، به معیاری تکیه‌کرده که از اساس، نادرست است. در پروندهٔ دوم، دادرس، خوانده را به پرداخت هزینه‌های لازم برای تجدید مراسم محکوم می‌کند تا «اگر زوجین تمایل داشته باشند زمینه‌ای فراهم کنند تا مجددا با تهیه مقدماتی، مشابه عکس و فیلم‌های مراسم عروسی از خود عکس و فیلم تهیه‌کنند». این تصمیم، قابل‌توجیه است، زیرا در مرحلهٔ جبران زیان، عادلانه‌ترین راه این است که قاضی روشی که بیشترین هماهنگی را با وضعیت طرفین پرونده دارد، در نظر بگیرد. چنین اختیاری بر اساس ماده ۳ قانون‌مسئولیت‌مدنی به قاضی داده شده‌است: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع واحوال قضیه تعیین خواهد کرد».

برخی دیگر از دادگاه‌ها، از روش پرداخت نمادین استفاده‌می‌کنند. در دادنامه شماره ۴۴۲ به تاریخ ۱۳۸۵/۵/۳۰ صادره از سوی شعبه ۳۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران (مندرج در کلاسه پرونده ۱۵۰/۳۹/۸۴) چنین می‌خوانیم: «... یک محکومیت حتی نمادین به جبران خسارت معنوی به‌خودی‌خود نشان‌دهنده اهمیت خسارات معنوی و ذی‌حق بودن خواهان و رد اتهام بی‌اعتنایی نظام حقوقی به این نوع خسارت است و به‌علاوه، صرف این محکومیت نمادین موجب تسکین آلام زیان‌دیده خواهد بود.. بنا به مراتب فوق، خوانده را به پرداخت... یک ریال به‌عنوان خسارت معنوی ناشی از لطمه به حیثیت خواهان در اثر فریب در ازدواج... در حق خواهان محکوم می‌نماید...».

بخش شگفت‌آور رأی جایی است که دادرس عامل زیان را به «پرداخت یک ریال» محکوم می‌کند. با توجه به این بخش، این پرسش جای طرح دارد که مبنای دادرس در صدور چنین حکمی چیست؟ پاسخ به این پرسش در بخشی از رأی مورد بحث با عبارت «یک محکومیت حتی نمادین به جبران خسارت معنوی...» داده شده است. به این ترتیب، به نظر می‌رسد دادرس قصد داشته تا عامل زیان را به‌صورت نمادین محکوم‌کند، اما خسارت نمادین یا اسمی چیست؟ در حقوق انگلستان، «در مواردی که یکی از طرفین قرارداد را نقض‌کرده اما در عمل خسارتی متوجه طرف مقابل نشده باشد، مبلغ بسیار ناچیزی به‌صورت نمادین به‌عنوان خسارت تعیین می‌شود و مورد حکم قرارمی‌گیرد. تعیین این نوع خسارت، برای جبران ضرر از زیان‌دیده نیست، بلکه برای انعکاس قبح نقض قرارداد است و جنبه نمادین دارد» (حسینی‌مدرس و گلشنی، ۱۳۹۲: ۲۷). این در حالی است که با توجه به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مبنی بر لزوم وقوع ضرر برای تحقق مسوولیت مدنی، بدون وجود زیان، فرض مسئولیت دورازذهن است، به‌علاوه، استفاده از خسارت نمادین، زمانی پذیرفتنی است که زیان چندانی به اشخاص وارد نشده باشد، در این موارد، تنها با هدف بازدارندگی و برای آنکه از زشتی رفتار عامل زیان کاسته نشود، وی به پرداخت مبلغی محکوم می‌شود اما در

پروندهٔ پیش‌رو، با توجه به فریب خواهان توسط خوانده، تصور عدم ورود زیان دشوار است. برای همین، پناه بردن دادرس به خسارت نمادین به نظر اشتباه می‌رسد.

با این حال استفاده از روش‌های غیرترمیمی جبران خسارت نظیر خسارت نمادین یا خسارت تنبیهی می‌تواند در خساراتی نظیر خسارت وارد به حقوق شخصیت به‌ویژه از طریق مطبوعات بیشتر مثمرثمر باشد و ضمن جبران خسارت زیان‌دیده در بازدارندگی نیز مؤثر خواهد بود. (صادقی‌مقدم، ۱۳۹۰: ۲۴۲) البته استفاده از این روش منوط به پذیرش آن توسط قانون‌گذار است.

چنان‌که از نظر گذشت در نظام حقوقی ایران نیز روش‌های متعددی استفاده می‌شود تا زیان معنوی بدون جبران باقی نماند. گرچه عمدهٔ راه‌حل‌ها حول الزام به عذرخواهی و جبران مالی است اما روش کار قضات نشان می‌دهد هدف، تلاش برای جبران زیان معنوی است و این همان فلسفهٔ جبران در خسارات معنوی است. بنابراین در ارائهٔ روش برای جبران زیان‌های معنوی دو نکته نباید از نظر دور بماند؛ نخست آنکه در جبران زیان معنوی هدف ترمیم نیست، بلکه تسکین خاطر است و ازاین‌رو در انتخاب روش، این امر باید مد نظر باشد. دوم آنکه تعیین روش جبران بدون درنظرگرفتن ویژگی‌های شخصی زیان‌دیده، عرف حاکم بر جامعه و شرایط موجود ممکن نیست.

بنابر آنچه مطرح شد پیشنهاد می‌شود قضات از اختیار ارائه‌شده در ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی بهره برده و در شخصی‌شدن میزان خسارت استفاده‌کنند. برای مثال اگر واقعاً عذرخواهی می‌تواند زیان‌دیده را آرام کند ازاین‌روش و اگر محکومیت خوانده یا انتشار حکم محکومیت او ممکن است چنین تأثیری داشته باشد از همان استفاده شود. ممکن است این روش‌ها در کنار الزام خوانده به پرداخت مبلغی وجه یا انجام عملی معین کارگر افتد.

البته طبقه‌بندی خسارات معنوی اگر امکان در نظر گرفتن ویژگی‌های شخصی برای خسارت‌های شدید باشد روش مناسبی است، اما نیازمند تهیهٔ فهرستی از صدمات معنوی و تعیین طبقات متناسب با آن است. به‌علاوه در نظرگرفتن سقف پرداخت برای تقویم خسارات معنوی در پیشگیری از رقم‌های هنگفت مؤثر خواهد بود. البته اقداماتی از این دست نیازمند وضع قانون است.

نتیجه

این مقاله، در پی پاسخ به دو پرسش بود: نخست اینکه آیا زیان معنوی، قابل‌جبران است یا خیر. ابتدا، تلاش شد تا پاسخ این پرسش، در نظام حقوقی آمریکا داده شود. دیدیم که در این نظام حقوقی، اگرچه ابتدا، به‌دلیل غیرمادی بودن این نوع زیان و ترس از اغراق زیان‌دیده یا تمارض او و عدم امکان ارزیابی این نوع از زیان رویهٔ قضایی، آن را قابل‌جبران نمی‌دانست، اما در حرکتی آرام و تدریجی، به سمت پذیرش جبران زیان معنوی قدم برداشته شد. در نظام قانون‌گذاری ایران نیز، اگرچه رویکرد

قانون مدنی، بر تغافل از زیان معنوی استوار بود اما در قوانین بعدی تلاش شد زیان معنوی به رسمیت شناخته شده و قابلیت جبران آن پذیرفته شد. رویکردی که پس از انقلاب اسلامی نیز، در قانون اساسی ادامه یافت تا اینکه با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۷۸، این نوع از زیان از فهرست زیان‌های قابل‌مطالبه حذف شد. با این حال، کمی بعدتر، در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و سپس، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار مجدداً زیان معنوی را به‌عنوان زیان قابل‌مطالبه شناخت. با توجه به همین تحولات تقنینی، رویهٔ قضایی نیز، نتوانست موضع روشنی در این خصوص داشته باشد. در حالی که برخی از دادگاه‌ها، همچنان درصدد انکار زیان معنوی هستند، پاره‌ای دیگر تلاش می‌کنند به استناد نصوص شرعی و قانونی، زیان معنوی را به رسمیت بشناسند.

به نظر می‌رسد دلیل اصلی انکار از سوی رویهٔ قضایی، به این باز می‌گردد که پس از پذیرش امکان جبران زیان معنوی، باید به روش جبران آن اندیشید: برخلاف زیان‌های مالی، تدارک روشی قاطع و ثابت برای جبران زیان معنوی، شدنی نیست. با توجه به استقرای صورت گرفته در رویهٔ قضایی، مشخص شد عمدتاً از دو روش عذرخواهی و پرداخت پول برای جبران استفاده می‌شود. دربارهٔ نخستین روش، باید به یاد داشت که عذرخواهی، نمی‌تواند همیشه سبب جبران و حتی تسکین خاطر زیان‌دیده بشود. این نکته در مورد استفاده از پول کمتر وارد است: گرچه با پرداخت مبلغی پول به زیان‌دیده، به‌طور کامل نمی‌توان حیثیت و اعتبار شخص زیان‌دیده را جبران کرد، با وجود این، دادن مبلغی پول به وی، می‌تواند تا اندازه‌ای باعث تسکین آلام روحی زیان‌دیده شده و به سازگاری او با شرایط جدید کمک کند. با این حال، دشواری اصلی از اینجا آغاز می‌شود که روش دقیقی برای تعیین میزان پولی که باید تعیین شود، وجود ندارد. در رویهٔ قضایی، گاه از ارقام موجود در برخی از کنوانسیون‌ها و گاه از خسارت نمادین استفاده می‌شود، با این حال، عمدتاً دادگاه‌ها به اختیار خویش استناد کرده و اندازهٔ غرامت را به صلاحدید خویش تعیین می‌کنند.

به هر روی، باید این نکته را در نظر داشت که در خسارات معنوی تعیین دقیق شیوهٔ جبران نه ممکن و نه صحیح است، زیرا وقتی نمی‌توان تمام اقسام یا مصادیق چنین زیانی را تحدید کرد، چه‌طور می‌توان روش ارزیابی یکسان و معلومی را در نظر گرفت. به نظر می‌رسد درست‌ترین کار این باشد که اختیار تعیین روش به قاضی سپرده شود تا متناسب با «اوضاع و احوال قضیه»، «میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن» را تعیین کند، امکانی که در نظام حقوقی ما در ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی به قاضی داده شده است. با توجه به این اختیار، قاضی در هر پرونده و متناسب با اتفاق پیش‌آمده و زیان وارده، باید ببیند که زیان چگونه قابل‌جبران است؟ آیا با عذرخواهی خسارت

زیان‌دیده جبران می‌شود یا لازم است از آن فراتر رفت و حکم محکومیت عامل زیان یا تقصیر او را در جراید علنی نمود یا اینکه افزون بر این‌ها، باید عامل زیان را به پرداخت مبلغی پول در حق زیان‌دیده محکوم نمود؟

بدین ترتیب، در هر مورد دادگاه بر اساس اختیاری که مادهٔ یادشده، به قاضی داده باید بهترین روش را اتخاذ کند. روشن است که در این مسیر قاضی باید برای تصمیم خود دلایل متقنی داشته باشد تا رأی‌اش با نقض مراجع عالی مواجه نشود. بنابراین در هر مورد باید ویژگی‌های شخصی زیان‌دیده، عامل زیان و متعارف جامعه در نظر گرفته شود. عواملی نظیر سن، جنسیت، وضعیت تأهل، موقعیت تحصیلی، شغلی، اقتصادی، اجتماعی، وضعیت روحی پیش از زیان، امکانات، تفریحات، زندگی روزمره، مدتی که زیان‌دیده با آن خسارت درگیر است، فضای فرهنگی محل زندگی و... در تصمیم قاضی تأثیرگذار است. برای مثال نسبت ناروا دادن به دختری ۲۰ ساله که در شرف ازدواج است همان ضرر معنوی را وارد نمی‌کند که به زنی ۷۰ ساله این نسبت داده شود. ممکن است با انتشار حکم محکومیت عامل زیان، زن ۷۰ ساله آرامش نسبی بیابد، حال آنکه آن دختر جوان با وجود این اعلان نتواند موقعیت‌های قبل را داشته باشد و فرصت‌های مناسب ازدواج را برای همیشه از دست بدهد. از دست دادن اعتبار در بازار طبیعتاً همان‌قدر که یک تاجر سال‌خورده را می‌آزارد، یک نوجوان تازه وارد کارشده را متأثر نمی‌کند. ازدست‌دادن فرزند برای والدین پیری که تنها همان یک فرزند را داشته‌اند همان‌قدر آزاردهنده نیست که برای والدین دارای چند فرزند و... به‌علاوه افراد در برابر صدمات یکسان عمل نمی‌کنند؛ برخی با صبر در برابر وقایع خیلی زود به موقعیت عادی برمی‌گردند در حالی‌که عده‌ای دیگر در همان حادثه به دارو و... متوسل می‌شوند و مدت‌ها زمان می‌برد تا بهبود یابند، برخی همراهی دوستان و خانواده‌شان به سازگاری ایشان با شرایط کمک می‌کند، در حالی که دیگران از آن محرومند. گاهی شرایطی پس از حادثه اتفاق می‌افتد که از بار زیان می‌کاهد مثلاً زن جوانی که همسرش را از دست‌داده اندکی پس از آن ازدواج مناسبی می‌کند و... در همهٔ این مثال‌ها میزان زیان متفاوت است، پس باید نتیجهٔ ارزیابی هم متفاوت باشد و به همین دلیل است که شیوهٔ ارزیابی واحد و قاطع نیست. در هر مورد قاضی باید ببیند چه روشی بیشترین کارآیی را دارد. بدیهی است در تمام مصادیق، معیار شخص متعارف است و بر اساس رفتار و انتظارات یک شخص متعارف البته در شرایط زیان‌دیده، ارزیابی صورت می‌گیرد.

منابع

فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۸۲)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد ۱، تهران: انتشارات سمت.
- اژدری، حسن، نجادعلی الماسی و ایرج پورعرفان (۱۳۹۷)، «مطالعه تطبیقی خسارت معنوی در حقوق ایران و مصر از منظر اخلاقی»، **نشریه پژوهش‌های اخلاقی**، شماره ۳۳.
- اصغریان، مجتبی، حمیدرضا چاووشی و جمشید نورشرق (۱۳۹۹)، « رویه قضایی محاکم ایران در مورد صدمات روانی وارده بر مسافران هوایی و نحوه جبران آن»، **نشریه مطالعات حقوق خصوصی**، سال پنجاهم، شماره ۴.
- اکبری‌آرائی، منصور، رضا نیک‌خواه و سیامک جعفرزاده (۱۳۹۹)، «عذرخواهی به‌عنوان یکی از شیوه‌های جبران خسارت معنوی در مسئولیت‌مدنی، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۱۰۹.
- آقابابا، زهرا (۱۳۹۷)، «بررسی شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی در ایران و حقوق نوین اروپا»، **مطالعات حقوق**، شماره ۱۹.
- بادینی، حسن (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از رقابت نامشروع تجاری»، **مطالعات حقوق خصوصی**، شماره ۴.
- بادینی، حسن و فاطمه‌سادات حسینی (۱۴۰۰)، «مطالعه تطبیقی ارزیابی خسارت لذات یا مطبوعیت زندگی در صدمات بدنی»، **مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۵۱، شماره ۲.
- پرچمی، داوود و فاطمه درخشان (۱۳۹۷)، « بررسی مجازات‌های اجتماعی جایگزین حبس و کاهش جرم»، **مطالعات جامعه‌شناسی**، سال دهم، شماره ۴۰.
- جباری، منصور (۱۳۸۸)، «مروری بر اسناد حاکم بر حقوق حمل‌ونقل بین‌المللی هوایی و سیر تحول آن»، **پژوهش حقوق عمومی**، دوره ۱۱، شماره ۲۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **دانشنامه حقوقی**، جلد ۴، تهران: گنج دانش.
- حسینی مدرس، سیدمهدی و عصمت گلشنی (۱۳۹۲)، «طریق جبرانی پرداخت خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلستان و طرح آن در حقوق ایران»، **دانش حقوق مدنی**، شماره ۲.
- حسینی، فاطمه‌السادات، محمود قیوم‌زاده و محمدرضا رهبرپور (۱۳۹۸)، «نگرش فقهی و حقوقی بر چالش مفهوم جبران مالی ضرر معنوی در محاکم قضایی»، **نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی**، شماره ۳.
- داوودی، هما (۱۳۹۰)، «جبران مالی خسارت معنوی در طلاق ناشی از سوء رفتار»، **نشریه فقه و حقوق خانواده**، شماره ۵۴.
- ربانی، مسعود (۱۳۹۹)، «ارزیابی و ارزش‌گذاری و جبران پایاپای خسارات معنوی در تصمیمات قضایی»، **مبانی فقهی حقوق اسلامی**، شماره ۲۵.
- شهری، غلامرضا و امیر حسین‌آبادی (۱۳۷۲)، **مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مسائل مدنی از سال ۱۳۵۸ به بعد، نظریات اداره حقوقی از سال ۵۷ تا ۷۱**، جلد ۱، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
- صادقی‌مقدم، محمدحسن و جعفر نوری یوشانلوئی (۱۳۹۰)، «تحول مسئولیت مدنی در حقوق ایران و فرانسه با

تأکید بر شناسایی خسارات غیر ترمیمی»، **فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، دوره ۴۱، شماره ۴.

- صالحی، حمیدرضا، سیدمحمد رضوی، رسول رفیعی و یونس کاووسی (۱۳۹۹)، «جبران خسارت معنوی ناشی از معالجات پزشکی در حقوق ایران و آمریکا»، **حقوق پزشکی**، شماره ۵۳.
- صفایی، سیدحسین و حانیه ذاکری‌نیا (۱۳۹۴)، «بررسی تطبیقی شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی غیرقراردادی»، **فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۴۵، شماره ۲.
- صفری، ناهید و پرویز دهقانی (۱۳۹۸)، «هیئت منصفه در دعاوی حقوقی»، **مطالعات حقوق معاصر**، شماره ۱۸.
- فصیحی‌زاده، علیرضا و سمیه سعیدی (۱۳۹۵)، «تحلیل انتقادی جایگاه دیه بر اساس ترتیب عقلانی روش‌های جبران خسارت»، **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، شماره ۱۵.
- قربان‌زاده، اسدالله، محسن رهامی و بهروز گلپایگانی (۱۳۹۹) « مفهوم و مبانی جبران خسارت از محکومان بی‌گناه با مطالعه تزبیقی در نظام حقوقی ایران»، **فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد**، دوره سیزدهم، شماره ۴۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **مسوولیت مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کوشش‌کار، ریحانه و وحید قاسمی‌عهد (۱۳۹۸)، «بررسی تطبیقی جبران خسارت معنوی هتک حیثیت اشخاص در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، **نشریه دانش حقوق مدنی**، شماره ۱۵.
- مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۶)، **حقوق اساسی**، تهران: سروش.
- مرادزاده، حسن و فهیمه‌سادات رضوی (۱۳۹۵)، «شیوه‌های جبران خسارت معنوی در زندگی مشترک زوجین»، **نشریه فقه و حقوق خانواده**، شماره ۶۴.
- میرزایی‌گرمی، احمد، علیرضا لطفی‌دودران و مظفر باشکوه (۱۳۹۹)؛ «مطالعه تطبیقی مبانی نظری، اهداف و شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه ایران، فرانسه و انگلستان»، **فقه و مبانی حقوق اسلامی**، شماره ۳.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۵)، **رساله عملی در مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۳)، «نقد یک رای، در زمینه مطالبه زیان ناشی از تأخیر در پرواز»، **فصلنامه قضاوت**، شماره ۷۹.
- نیک‌فرجام، زهره (۱۳۹۲)، «جبران خسارت معنوی در فقه و حقوق»، **نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی**، شماره ۱۱.
- یوسفیان‌شوره‌دلی، بهنام و لیلا رسولی‌آستانی (۱۳۹۲)، « نگرش تطبیقی به جبران خسارات واردشده بر محکومان بی‌گناه؛ از نظر تا واقعیت»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۸۲.

لاتین

- Nolan, Virginia E. Ursin, Edmund., (1982), **Negligent Infliction of Emotional Distress: Coherence Emerging from Chaos**, 33 HASTINGS L.J. 583, 604
- Avraham, Ronen., (2015), **Estimating pain and suffering damages**. Paths are many, loss is one, Oxford university press.

- Blumstein, Bovbjerg. Solan, Frank, Am. Blumstein. James. F., (1991), **Beyond Tort Reform , Developing Better Tools for assessing damages for personal injury** ,Yale journal of regulation,vol8, seen at http://www.digitalcommons.law. yale.edu/cgi/ article1174, accessed at 24/2/2016
- Buccafusco, Christopher. Bronsteen, John. Masur, Jonathan S., (2009), **Hedonic adaption and the settlement of civil lawsuits**, Chicago kent college of law.
- Czerwien, Joseph., (2014), **Preserving civil jury right, reconsidering the scope of the seventh amendment**, vol 65, issue 2, case western reserve law review.
- Dorey, Diana, l. Rentiers, Brent, L., (2014), **The calculation of damages for Bodily injury claims**, Dolden wallace folick LLP.
- Faure, Michael., **Tort law and economics**, vol1, Sedition, Encyclopedia of law and economics, 2009.
- Geistfeld, Mark., (1955), **Placing a Price on pain and suffering: A method for helping juries determine Tort damages for nonmonetary injuries**, California law review, vol 83, n3, seen at: http://www.scholarship.law.berkeley.edu, accessed at 22/5/2017
- Givelber, Daniel., (1092), **The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct**, 82 COLUM. L. REV. 42, 44–45.
- Grey, Betsy., (2011), **Neuroscience and emotional Harm in tort law: Rethinking the American approach to free- standing emotional distress claims**, Doi: 10.1093, Arizona staye university.
- Halson, (2015), **The recovery of damages for non-pecuniary loss in the united kingdom**, Chinese journal of comparative law3 (2),Doi: 10.1o93, 2015
- Hasen, Richard. L., (2017), **Remedies**, Wolter Kluwer,4edition.
- Keefe, Lauren., (2002), **Tort Law - New Mexico Limits Recovery of Negligent Infliction of Emotional Distress to Sudden**, Traumatic Accidents - Fernandez v. Walgreen Hastings Co., 30 N.M. L. Rev. 363.
- Kuresh, Caroline C., (1996), **New Jersey Development: The Extension of the Bystander Liability Doctrine for Emotional Distress to Unmarried Cohabitants: A Critique of Dunphy v. Gregor**, 48 RUTGERS L. REV. 497, 499;
- Lambert, Faivre, Y., Le droit et la., (1992), **morale dans la réparation du dommage corporel**, Dalloz, chapter 135
- Landefeld, Steven, Seskin, Eugene P., (1982),**The economic value of life: Linking theory to practice**, vol 72, n6,AJPh.
- Magruder, Calvert) و1936), **Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts in the Harvard Law Review 49** HARV. L. REV. 1033.
- Markel, Dan., (2009), **How should punitive damages work**? 15U.Pa.L. Rev.1383, available at heinonline.org.
- Marlowe, Douglas B. Comment, (1988), **Negligent Infliction of Mental Distress**: A Jurisdictional Survey of Existing Limitation Devices and Proposal Based on an Analysis of Objective Versus Subjective Indices of Distress, 33 VILL. L. REV. 781, 784.
- Oswald, Andrew, J., Powdthavee, Nattavudh, Death., (2008), **Happiness and the calculation of compensatory Damages,** The Journal of legal studies, vol.37, No. s2, legal implications of the new research on happiness, seen at: http://www.Jstor.org/stable /10. 1086/595674
- PAGE KEETON ET, W. et AL., **PROSSER AND KEETON ON THE LAW**

OF TORTS, at 54–55 (5th ed. 1984).

- Slesnick, Frank, Mulliken. Cynthia, (2004), Assessing economic damages in personal injury and wrongful death litigation: The state of Kentucky, journal of forensic economics 17 (2), seen at http://jstor.org,accessed at 11/11/2016
- Stolker, Carel., (1999), **The Unconscious plaintiff: Conscioousness as a prerequisite for compensation for non pecuniary loss**. The international and comparative law, Quarterly, Cambridge university press, vol 39, n.1.
- Sugarman, Stephen D., (2013), **Tort damages for non-economic losses**, Edward Elgar.
- Sugarman, Stephen, D., (2004), **Tort Reform Throngh damages Law Reform; An American perspective**, the sydney law review, vol 27, seen at http://www.scholarship.law.berkeley.edu,accessed at 15/6/2017
- Ubel, Peter, A., Loewenstein, George., (2008), **Pain and suffering awards: they shouldn, t be (Just) about pain and suffering**, The Journal of legal studies, vol 37, no s2, Legal implications of the new research on happiness, The university of Chicago press for the university of Chicago law school, seen at: http://www.Jstor.org/stable/10.1086/529072 accessed at 15/05/2018
- Visscher, Louis, Karapanou, Via., (2010), **Towards a better assessment of pain and suffering damages**, JFTL1.
- warren, Neocoleous, M., (1997), **Personal injury practice and dure in Europe**, routledge – Cavendish, London.
- Warren, Samuel D. & Louis D. Brandeis, (1990), **The Right to Privacy**, 4 HARV. L. REV. 193.
- Wells, Michael., (2021), **Nominal damages and the Roberts stratagein**, Georgia law review, n12.