مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ٤۰-۱
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۰/۰۳/۰٦

مطالعه تطبیقی روش ارزیابی عدم‌النفع با تاکید بر رویه قضایی ایران

عباس میرشکاری،[۱] فاطمه سادات حسینی،[۲] افروز صمدی[۳]

چکیده

عدم‌النفع، جلوگیری از پیدایش منفعتی است که هنوز به وجود نیامده، اما مقتضی ایجاد را داشته‌است. درباره امکان یا عدم‌امکان مطالبه عدم‌النفع، همیشه تردید وجود داشته‌است. به نظر می‌رسد تردید از اینجا آغاز می‌شود که در این نوع خسارت، همه چیز جنبه احتمالی داشته و هیچ‌گاه با یقین نمی‌توان اصل و نیز اندازه مسوولیت عامل زیان را مشخص کرد. برای همین، اگر بتوان روش درستی برای ارزیابی اصل تحقق نفع مورد انتظار و میزان آن به دست‌آورد، پذیرش امکان مطالبه عدم‌النفع آسان‌تر خواهد شد. در نوشتار پیش رو، با روش کتابخانه‌ای و تا اندازه‌ای میدانی، اطلاعات مختلف در خصوص موضوع جمع‌آوری و سپس تلاش‌شده با روش تحلیلی توصیفی و با تاکید بر رویه قضایی و بهره‌گیری از تجربیات دیگر نظام‌های حقوقی، بر روش ارزیابی عدم‌النفع تمرکز شود. در این راستا، پیشنهاد شده هرگاه فعل عامل زیان به عنوان قاطع وضعیت زیان‌دیده پیش از وقوع زیان باشد، میزان خسارت با توجه به پیشینه و سابقه شخص اخیر مورد ارزیابی قرار گیرد و هرگاه مانع از کسب منفعتی جدید برای زیان‌دیده شود، وضعیت هم‌نوعان وی برای ارزیابی اصل و میزان عدم‌النفع مورد توجه قرار گیرد. هم‌چنین باید توجه داشت که غایت زمانی ارزیابی زیان اصولا تا مدتی است که زیان‌دیده به وضعیت پیشین خود بازگردد؛ در غیر این صورت، عرف و قانون می‌توانند به عنوان معیارهایی جهت تعیین حداکثر زمان ارزیابی و جبران عدم‌النفع به کار گرفته شوند.

واژگان کلیدی: عدم‌النفع، محقق‌الحصول، محتمل‌الحصول، خسارت از دست دادن درآمد، از دست دادن فرصت.

---

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
Mirshekariabbas1@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
Hosseini.fatemesadat@yahoo.com

۳. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
afsamadi@yahoo.com

درآمد

در تعریفی ساده از زیان، می‌توان آن را به ایراد آسیب به حقوق‌قانونی اشخاص معناکرد؛ در واقع، هرجا که حقی وجود داشته باشد، ایراد هرگونه لطمه به آن حق، به عنوان زیان قابل تعریف است. با توجه به این نکته، گاه، آسیب به حقوق موجود اشخاص وارد می‌شود؛ برای نمونه، آنجا که شخص الف، درخت سیب متعلق به شخص ب را قطع می‌کند، حق موجود او را از بین برده‌است. در اینجا، کمتر درباره اصل و حتی اندازه مسوولیت الف تردید به‌وجود می‌آید. الف درخت موجود را از بین برده؛ درختی که در وجود آن هیچ تردیدی نیست و ارزش ریالی آن نیز با ارجاع موضوع به بازار قابل تشخیص‌است؛ اما گاه، بحث لطمه به حقوق موجود اشخاص مطرح نیست، بلکه بحث بر سر آسیب به حقوقی است که در زمان فعل زیان‌بار، هنوز به وجود نیامده است. برای نمونه، در همان مثال درخت سیب، ب می‌تواند مدعی شود که در صورتی که الف درختان سیب را قطع نمی‌کرد، این درختان در سال آینده، ده تن سیب می‌دادند. در این فرض، ب نسبت به حقوقی، خود را زیان‌دیده می‌داند که هنوز به‌وجود نیامده‌اند. در واقع، الف، مانع از ایجاد حق برای ب شده‌است، نه این‌که حق موجود او را از بین برده باشد. آیا در این فرض هم می‌توان به آسانی و همانند فرض نخست، قائل به مسوولیت الف شد؟ تردید اصلی، از اینجا آغاز می‌شود که همه چیز جنبه احتمالی دارد و هیچ‌گاه با یقین نمی‌توان اصل و اندازه مسوولیت عامل‌زیان را مشخص‌کرد؛ آیا اگر الف، اقدام به قطع سیب‌ها نمی‌کرد، واقعا در سال آینده، درخت‌ها سیب می‌دادند؟ اگر می‌دادند، به چه میزان؟ به علاوه، به فرض که حکم به مسوولیت الف بابت قطع درختان داده‌شد، او تا چه زمانی، باید بابت درختان قطع‌شده، مسوول باشد؟ آیا برای یک‌سال، مسوول خواهد بود یا تا ابد و یا آن‌که می‌توان مدت مشخصی را برای مسوولیت او تعیین‌کرد؟

در خصوص جایگاه عدم‌النفع در فقه، اجمالا باید بدانیم اغلب فقها بر این باورند که عدم‌النفع موجب ضمان نیست. ایشان معتقدند بر عدم‌النفع، ضرر مالی صدق نمی‌کند. مثلا اگر شخصی می‌خواهد زمینش را آباد کند و در آن ساختمان بسازد، اما دیگری مانع انجام این کار می‌شود، چنین منعی مصداق ضرر در مال نیست، زیرا مالی وجود ندارد تا دچار کمبود شود. همین‌طور اگر شخصی مالک مالی است که

می‌خواهد آن را به بالاترین قیمت بفروشـــد و دیگری مانع فروش‌آن می‌شود تا قیمت مال ســـقوط می‌کند، ضرر مالی به وی وارد نکرده اســـت؛ چرا که عین مال او موجود اســـت و بر سود حاصل از فروش قبل از تحقق معامله، مال صادق نیست تا از فقدان آن ضرر لازم آید (وحدتی شـــبیری، ۱۳۹۵: ۳٤٥-۳٤٦). عده‌ای‌دیگر اما بر این باورند که در وجود دلیل فقهی بر لزوم جبران خســـارت عدم‌النفع، جای تردیدی نیست. به نظر ایشـــان اگر مقتضی منفعت، کامل و نفع در معرض وصول باشـــد؛ بدین معنا که روال عادی امور چنان است که نفعی را به طور مسلم به شخص می‌رساند، جلوگیری از رسیدن نفع از نظر عرف، خسارت و ضرر انگاشته می‌شود (همان‌جا).

در نظـــام حقوقی ایـــران، اگرچه پژوهش‌هـــای ارجمندی دربـــاره عدم‌النفع صورت‌گرفته، اما عمدتاً در محدوده پذیرش اصل مســـوولیت عامل‌زیان باقی‌مانده و کمتر تلاشی برای بررسی نحوه ارزیابی آن صورت‌گرفته‌است. به‌علاوه، رویکرد اصلی مقالات، بررســـی نظری موضوع اســـت، این در حالی است که بررسی رویکرد رویه قضایی دادگاه‌های ایران نیز به همان اندازه مهم و مفید فایده است. در این مقاله تلاش می‌شـــود با بررســـی آرای صادره، رویکرد دادگاه‌های کشور در این خصوص مطالعه شـــود؛ همچنین هدف اصلی از نگارش این مقاله، ارائه راهکار برای ارزیابی عدم‌النفع اســـت. با این حال، پیش از ورود به این مباحث، لازم است مفهومی کلی از عدم‌النفع ارائه شود. سپس به مطالعه موضوع در رویه و حقوق خارجی می‌پردازیم و در نهایت نحوه ارزیابی بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم عدم‌النفع

قانون‌گـــذار ایران عدم‌النفع را تعریف نکـــرده، برخی از حقوق‌دانان نیز، بدون ارائه تعریفی از عدم‌النفع، از دســـت دادن منفعت را ضرر می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۹۷). بعضـــی «حرمـــان از منافعی که به احتمال قریب به یقین، حســـب جریان عادی امور، اوضاع و احوال خاص، امید وصول به آن معقول، مترتب و مقدور بوده باشـــد» را عـــدم النفع‌دانســـته‌اند. همچنین گفته‌اند «عدم‌النفع ممانعـــت از منفعت بالقوه قابل پیش‌بینی و مورد انتظار اســـت که مقتضی آن حاصل شـــده و وجود آن از نظر عرف عقلا قطعی و مسلم است» (روشن، ۱۳۹۷: ٦٤). در تعریف دیگری از عدم‌النفع، گفته شده است: «ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن حاصل شده است؛

مانند توقیف غیرقانونی شـــاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ٤٤٥).

بدین ترتیب، عدم‌النفع جلوگیـــری از پیدایـش منـــفعتی است که هنـوز به وجود نیامده اما مقتضی ایجاد را داشـــته است. با این تعریف، عدم‌الـــنفع از تفویت منفعت متمایز می‌شـــود. منفعت مالی اسـت که اگر چه اسـتقلال نداشته و به تدریج از مال دیگری حاصل‌می‌شـــود، اما موجوداست (صـــفایی، ۱۳۸۲: ۷۵) و دقیـــقاً به همین دلیل، درباره مسوولیت کسی که سبب تفویت منفعت شـــده، تردیدی وجـود ندارد (مرندی، ۱۳۹٦: ۹۵)، اما مـــقصود از نفع در عـــبارت «عدم‌النفـع»، جلوگیری و ممانعت از ایجاد منفعت است؛ در واقع، عـــملی از سـوی دیگری موجب می‌شود منفعت اصلا ایجاد نشود و این در حالی اسـت که در تفویت منفعت، منفعـت موجود از بین می‌رود. برای نمونه، هرگاه شخصی خانه دیگری را از روی عدوان تصـــرف کرده و مانع سکونت او در خانه شـــود، این منفعت قابل مطـــالبه اسـت؛ چرا که از مالیت برخوردار است. در همین مثال، اگر مالک خانه ادعا کـــند که قصد فروش آن را داشـــته و در نتیجه این تصرف عدوانی از ســـودی که درنتیجه فروش خانه عاید او می‌شـــده محروم گشته است، خسارت مورد ادعای او در زمره عدم‌النفع قرارمی‌گیرد (سامت، ۱۳۷۷: ۵۳).

عدم‌النفع را می‌توان به اعتبار درجه احتمال تحقق آن به ســـه دســـته تقســـیم کرد: قطعی‌الحصول، محتمل‌الحصول و ممتنع‌الحصول (آب سردی، ۱۳۹٦: ٦٨ و ٦٩؛ سامت، ۱۳۷۷: ۵۵؛ بهرامی‌احمدی، ۱۳۸٦: ٦-٨). احتمال تحقق منفعت محقق‌الوصول بســـیار بالا و احتمـــال تحقق منفعت ممکن‌الحصول پایین اســـت. به هرروی، به نظر می‌رســـد عدم‌النفع قطعی‌الحصول، منفعتی اســـت که اگر عمل عامل زیان نبود، قطعا و بنا بر ســـیر متعارف امور، حاصل می‌شـــد. برای نمونه، اگر درختی در سن باروری قطع‌شـــود، می‌توان با یقین گفت که اگر قطع نمی‌شد، سال آینده سیب می‌داد. در این فرض، با عدم‌النفع قطعی‌الحصول روبه‌رو هستیم. در واقع، اگرچه احتمال خشک‌سالی، آتش‌گرفتن و ســـایر عواملی که ممکن‌است باعث عدم ارائه محصول بشود، همچنان وجـــود دارد، اما در نگاه عرف، وجود درخت در ابتدای ســـن باروری، کافی‌اســـت تـــا قطع آن را به معنای جلوگیـــری از ایجاد منافعی بدانیم کـــه در صورت عدم‌قطع

درخت، یقیناً به وجود می‌آمد، اما اگر درخت از سن باروری گذشته باشد، با عدم‌النفع ممتنع‌الحصول روبه‌روییم. در میانه این دو نوع، می‌توان از منافع ممکن‌الحصول نیز نام‌برد؛ منافعی که اگرچه از مقتضی ایجاد آن‌ها کاسته شده، اما در نگاه عرف، همچنان امید تحقق این منافع بیشتر از بیم عدم پیدایش آن‌ها است. برای نمونه، در همان مثال درخت، اگر درخت در اواخر سن باروری باشد، از احتمال باروری درخت کاسته می‌شود؛ گرچه نمی‌توان با آن به مانند منافع ممتنع‌الحصول برخورد کرد.

این مفهوم از نظریه مشورتی اداره حقوقی هم برداشت می‌شود؛ چنان‌که در مورد شخص بی‌کار یا وسایلی که دائما در کسب درآمد استفاده نمی‌شوند، منفعت را ممکن‌الحصول دانسته و در صورت اشتغال به کار یا استفاده دائمی از اشیاء در کسب درآمد این منافع را قطعی‌الحصول تلقی‌کرده است.[۱]

۲. موضع فقه و نظام قانون‌گذاری ایران در خصوص عدم‌النفع

در این قسمت، ابتدا به بررسی آرای فقها در خصوص امکان یا عدم امکان مطالبه عدم‌النفع پرداخته شده و سپس موضع قانون‌گذار در دو حوزه حقوقی و کیفری مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲-۱. موضع فقه

در فقه، در خصوص امکان مطالبه عدم‌النفع اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها، در خصوص ضرر بودن عدم‌النفع تردید کرده (بحرالعلوم، ۱٤۳۱: ۳۲۵؛ نجفی خوانساری، ۱٤۱۸: ۳۷۱) و از این رو، جبران آن را قابل مطالبه نمی‌دانند. به نظر این گروه، به نقص در یک چیز ضرر می‌گویند؛ در حالی که عدم‌النفع، عدم تحقق زیاده در یک چیز است؛ از این رو نمی‌توان آن را به عنوان ضرر در نظر گرفت (غروی اصفهانی، ۱۳۷٤: ۷٤۵). افزون بر این، بعضی بر این باورند که بین نفع و ضرر که ضد محسوب می‌شوند، شق سومی نیز وجود دارد که همان عدم‌النفع است (مروج جزائری، بی‌تا: ٥٦٦). طبق این استدلال، عدم‌النفع در برابر ضرر، استقلال داشته و نمی‌توان آن دو را مشابه هم دانست. بعضی دیگر نیز با تفاوت قائل شدن

---

۱. نظریه شماره ۷/۸۰٤۷ به تاریخ ۱۳۸۲/۹/۳۰ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه؛ همچنین در برخی آراء صادره از این اصطلاحات استفاده‌شده و زیان عدم‌النفع ممکن‌الحصول برخلاف محقق‌الحصول قابل جبران شناخته نشده است. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: آراء ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۱۱٤ مورخ ۱۳۹۳/۲/۹ و ۹٤۰۹۹۷۰۲۰۸۳۰۰٤۵۹ مورخ ۱۳۹٤/٤/۲۳.

میان عدم‌النفع و تقویت منفعت، اولی را قابل مطالبه ندانسته و حکم به جبران دومی داده‌اند؛ همانند زمانی که بنده‌ای زندانی شده و از منافع حاصل از ایام کار خود محروم می‌شود (یزدی نجفی، بی‌تا: ٥٥٤).

در مقابل گفته شده که قابلیت مطالبه عدم‌النفع از حدیث لاضرر قابل استنباط است؛ چرا که به موجب این حدیث، هیچ ضرری از رهگذر قوانین اسلامی ایجاد نمی‌شود؛ خواه این ضرر ناشی از وجود حکم ضرری باشد خواه عدم وجود حکم و سکوت قانون. برابر این نظر، حدیث لاضرر افزون بر نفی حکم ضرری، قابلیت جعل حکم را نیز دارد (وحدتی شبیری، ۱۳۹۵: ۳٤۷؛ حسینی، ۱۳۹۷: ٤۳؛ حسینی، ۱٤۱۷: ۳۳۵). این گروه نیز ضرر را به معنای نقصان مال می‌دانند، ولی از آن‌جایی که عرف برای عدم‌النفع مالیت قائل می‌شود، نقصان آن را هم مصداق ضرر می‌دانند (حسینی، ۱۳۹۷: ۵۰).

هم‌چنین گفته می‌شود که نفع ملکه مال است و اصولا شأن مال این است که نفع و سود به همراه داشته باشد. از این رو، عدم نفع را که باعث انفکاک این ملکه از مال می‌شود، می‌توان عرفاً مصداق ضرر دانست (روشن، ۱۳۹۷: ٦٦).

افزون بر حدیث لاضرر، جواز مقابله به مثل و کلیات قواعد مربوط به اتلاف و تسبیب نیز به عنوان مبانی قابلیت جبران عدم‌النفع برشمرده می‌شود (اصغری اقمشهدی، ۱۳۸۱: ۸٦).

به هر روی، با توجه به منابع مطالعه شده در این بند، آنچه محرز است این است که در ادبیات فقهی، تمرکز اصلی بر روی قابلیت یا عدم قابلیت عدم‌النفع بوده و فقها درباره روش ارزیابی عدم‌النفع نکته‌ای مطرح نکرده‌اند.

۲-۲. موضع قوانین حقوقی

در نگاهی گذرا به قوانین‌موجود می‌توان مصادیقی از عدم‌النفع را ملاحظه کرد. برای مثال، به نظر می‌رسد قانون مدنی در ماده ٥۳٦، کم شدن حاصل را نوعی عدم‌النفع و ضمان‌آور دانسته است (کرمی،۱۳۹۱ : ۱۰٦). پس از آن می‌توان از ماده ۳۷ قانون تسریع محاکمات ۱۳۰۹ یادکرد که بدون این که صریحاً نامی از عدم‌النفع ببرد، از خسارت ناشی‌از تنزل قیمت که از مصایق بارز عدم‌النفع است، نام برده می‌شود: «در دعاوی که موضوع آن استردادعین بوده و مدعی مطالبه اجرت‌المثل و یا خسارت

ناشی از تنزل قیمت نماید ... محکمه میزان خسارت را پس از محاکمه معین‌می‌نماید». در این ماده، به‌طور ضمنی عدم‌النفع ولو به‌طور جزئی و یکی از مصادیق آن، خسارت شمرده شده است. ماده ٤٩ قانون ثبت علائم مصوب ۱۳۱۰ نیز به طور کلی عدم‌النفع را ضرر شـــمرد: «در مورد خســـاراتی که ... مطالبه می‌شود خسارات شامل ضررهای وارده و مـــنافعی خواهد بود کـــه طرف از آن محروم شده‌اســـت». ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرســـی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با بیان آن‌که «ضرر ممکن‌اســـت به‌واسطه از بین رفتن مالی باشـــد یا به واسطه فوت شدن منـــفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده اســـت» صراحتاً عدم‌النفع را ضرر تلقی کرد. تصویب این ماده که بنابه پیشـــنهاد وزیر دادگســـتری وقت، طرح شد و به تصویب رسید، موجب یک سری مخالفت‌ها گردید که نهایتاً مرحوم دکتر متین‌دفتری با ارائه نظـــر مرحوم میرزا حبیب‌الله رشتی مبنی بر ضرر بودن عدم‌النفع، آتش مخالفت‌ها را فرونشـاند (متین‌دفتری، ۱۳٤۲: ۱۰۵).

هم‌چنین ماده ۸ قانون مســـئولیت مدنی مصداقی از عدم‌النفع را بیان‌می‌کند. در این ماده خسارت شخصی که در اثر انتشارات خلاف واقع مشتریان خود را از دست داده، قابل جبران تلقی شـــده اســـت که به نظر می‌رســـد این کاهش یا از دست دادن مشتری مصداقی از عدم‌النفع باشد.

در ماده ۱۳۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳٤۷ می‌خوانیم: «مدیران و مدیرعامل نمی‌توانند معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشـــد انجام دهند. هر مدیری که از مقررات این ماده تخلف‌کند و تخلف او موجب ضرر شـــرکت‌گردد مسؤول جبران آن خواهد بود. منظور از ضرر در این ماده اعم اســـت از ورود خســـارت یا تفویت منفعت». در این ماده، از قرینه عبارت «ورود خســـارت» می‌توان برداشت کرد که مراد قانون‌گذار از «تفویت منفعت» چیزی غیر از خسارت وارد شده است یعنی خسارتی که قراراست در آینده وارد شود.

پس از این قوانین، نوبت به بررســـی قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌رســـد که با صراحتی بیش از سایر قوانین به موضوع عدم‌النفع پرداخته‌اســـت. ماده ۵۱۵ این قانون پس از بیان انواع خسارت‌هایی که قابل مطالبه اســـت، می‌گوید: «خسارت ناشـــی از عدم‌النفع قابل‌مطالبه نیست ...». بدین‌ترتیب، آن‌گونه که از ظاهر این ماده برمی‌آید، عدم‌النفع قابل مطالبه نیست.

۳-۲. موضع قوانین کیفری

مـــاده ۹ قانو نآیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در خصوص عدم‌النفع حکم صریحی بیان کرده بود. بر اساس این ماده «... ضرر و زیان‌های قابل مطالبه به شرح ذیل هستند ... ۲- منافعی که ممکن‌الحصول بـــوده و در اثر ارتـــکاب جرم، مدعی خصوصی از آن‌ها محروم و متضرر می‌شـــود». قانون آیین دادرســـی کیفری جدید نیز تفاوت چندانی از این جهت ندارد. به موجب ماده ١٤ این قانون، شـــاکی می‌تواند جبران تمام ضـــرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشـــی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۲ قیدی به صدر ماده اضافه می‌کند مبنی بر این که: «منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص‌دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین، مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول ... شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شـــرعی و دیه نمی‌شود ...». همان‌گونه که مشاهده می‌شود، صدر مـــاده همان رویه قانون ســـابق را در پیش‌گرفته و منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند، اما تبصره ۲ قید صدق اتلاف را به این منافع اضافه‌کرده؛ این در حالی اســـت که مشخص نیست منظور از منافع ممکن‌الحصولی که صدق اتلاف نماید، چیست؟ به عبارت دقیق‌تر، معلوم نیســـت مراد قانون‌گذار از «اتلاف» در این ماده چه بوده است. ممکن‌است گفته شـــود که معنای لفظی اتلاف مورد نظر بوده است؛ یعنی قانون‌گذار در صـــدد بیان این موضوع بوده که منفعت باید تلف شـــود تا بتوان خســـارت آن را مطالبه‌کرد. این برداشت صحیح نیست؛ چرا که بیشتر به تفویت منفعت نزدیک است تا منافـــع ممکن‌الحصول. در واقع، در فرض منافع ممکن‌الحصول هنوز منفعتی به وجود نیامده تا فرض اتلاف آن پیش بیاید.

ممکن‌است گفته شود که اتلاف مذکور در مقابل تسبیب قرار دارد؛ بدین معنا که هرگاه از بین رفتن منافع به مباشـــرت صورت پذیرد، قابل جبران اســـت و هرگاه با واســـطه باشـــد امکان جبران وجود ندارد، ولی به نظر می‌رسد این توجیه هم قابل انتساب به ماده نباشد؛ چراکه دلیلی برای تفاوت قائل شدن میان اتلاف مباشرتی و به تسبیب وجود ندارد. شاید بهتر باشد گفته شود منظور قانون‌گذار این است که منافعی قابل مطالبه هســـتند که حتمی‌الحصول باشند (خداداده، ١٣٩٦: ٨). به همین دلیل هم از واژه اتلاف اســـتفاده شـــده که گفته شود به قدری احتمال به دست آمدن این منافع

وجود داشـــت که در واقع از دست رفتن آن‌ها نوعی اتلاف است. شاید قانون‌گذار با استفاده از این شیوه بیان در صدد هم‌سو شدن با فقه و جلوگیری از ایرادهای احتمالی فقهای قائل به «عدم‌النفع لیس بالضرر» برآمده است؛ چراکه در فقه این نظر وجود دارد که ضرر به معنای نقص در مال یا شـــی اســـت و عدم ایجاد زیاده‌ای بر آن، نمی‌تواند مصداق ضرر باشد (غروی، ١٤٣٦: ٤٣٦).[1] هرچند این توجیه بیشتر با ماهیت موضوع بحث هم‌خوانی دارد، ولی نامناســـب بودن ظاهر ماده را به شـــیوه‌ای که هست توجیه نمی‌کند. دلیلی نداشت که قانون‌گذار در راستای بیان امکان مطالبه عدم‌النفع حتمی و قطعی، به جای صراحت از این شیوه بیان استفاده کند.

در آخرین توجیه می‌توان واژه اتلاف را به صورت گسترده تفسیرکرد؛ در این تفســـیر، اتلاف را نباید تنها در معنای محدود «اتلاف بالمباشره» دید، بلکه باید آن را اعم از اتلاف بالمباشره و بالتسبیب دانست. بدین ترتیب، مراد قانون‌گذار این بوده که رابطه سببیت میان فعل عامل‌زیان و عدم‌النفع احراز شود و فرقی نمی‌کند که این رابطه به صورت مســـتقیم باشد یا واسطه‌ای در کار باشد (شهیدثانی، ۱۳۸۰ :۳۰). در فقه نیز اتلاف در دو معنای اعم و اخص به کار می‌رود. در معنای اعم، اتلاف شـــامل اتلاف بالمباشـــرت و بالتسبیب می‌شود (حلی، ١٤٠٨: ٢٦٣)؛ با این حال، قسمت دوم تبصره کمتر قابل‌تعدیل‌است؛ در واقع، به موجب این‌قسمت، نمی‌توان منافع ممکن‌الحصول و دیه را با یکدیگر جمع کرد؛ همچنین اســـت عدم‌النفع و تعزیر؛ در حالی که این هر دو قابل ایراد اســـت؛ دیه قادر به جبران همه زیان‌ها نیســـت، پس چگونه می‌توان به پرداخت آن قناعت‌کرده و همه زیان‌ها را جبران‌شده دانست. همچنین تعزیر مجازات است و هدفش چیز دیگری غیر از جبران زیان است؛ پس چرا نتوان تعزیر و عدم‌النفع را بـــا یکدیگر جمع‌کرد؟ به هر روی، با وجود صراحت حکـــم قانون‌گذار، در رویه قضایی، آرایی مبنی بر لزوم جبران منافع از دســـت‌رفته دیده می‌شود. برای نمونه، در دادنامه شـــماره ۱۳۹۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی جزایی شهرستان ورامین که ســـرانجام به وسیله شعبه ۵۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شـــماره ۹٤۰۹۹۷۰۲۷۰۳۰۰۳۰۵ به تاریخ ۱۳۹٤//۳/۱ تایید شده، چنین آمده

۱. «... الضرر هو نقص فی الشـــیء و هو عدم مامن شأنه التمامیه فهو عدم التمامیه لا عدم الزیاده ... و عدم الزیاده لیس بنقص حتی یرجع الی الضرر ...».

اســـت: «در خصوص دادخواست ... به خواســـته مطالبه ضرر و زیان ناشی از حادثه رانندگی ... در مورد خسارت ناشی از عدم حضور در محل کار و قطع حقوق ماهانه، نظر به محتوای اســـتعلام‌های واصله و کارشناسی که از اعتراض خوانده مصون مانده و نیز اســـناد و مدارک ارائه‌شده از سوی خواهان که دلالت بر اشتغال وی در شرکت موصوف می‌نماید و اســـتمرار درآمد وی با اشـــتغال در آن شرکت محرز می‌باشد که تقصیر خوانده و به‌تبع آن آسیب خواهان موجب محروم ماندن خواهان از دست‌یابی بـــه نفعی بوده که در صورت عدم وقوع حادثه قطعاً از آن بهره‌مند می‌گردیده اســـت، لـــذا با عنایت به موازین قانونی از جمله قواعد لاضرر و تســـبیب و با لحاظ مقررات مســـئولیت مدنی و مواد یک الی ســـه قانون موصوف و این کـــه مطالبه ضرر و زیان ناشـــی از ایام بی‌کاری به لحاظ از بین رفتن توان و قوای کاری خواهان علاوه بر دیه جزء منافع ممکن‌الحصول بوده و مصداق عدم‌النفع نمی‌باشـــد و نیز با در نظر گرفتن محتـــوای اظهارات خواهان در جلســـه ۱۳۹۳/۹/۲۶ کـــه از مجموعه دلایل و مدارک ارائه‌شـــده و ادعاهای مطروحه از ســـوی خوانده پرداخت خســـارت فراتر از دیه به شـــرح لیست ارائه‌شده ضم پرونده که در جلسه موصوف نامبرده صرفاً اخذ مبلغ پنج میلیون و پانصد هزار تومان از مجموع ادعای خوانده را قبول نموده اســـت مستنداً به مـــواد (۱۹۸) و(۵۱۵) و (۵۱۹) و (۵۲۰) قانون آیین دادرســـی مدنی و مواد یک الی ســـه قانون مسئولیت مدنی حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت مبالغ آتی‌الذکر در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید ...». از این رای می‌توان اســـتنباط کرد که قاضی صرف‌نظر از مبلغ دیه، خســـارت وارده به خواهان را ارزیابی نموده و بدان حکم داده اســـت. به هر روی، شاید برای عادلانه‌تر شدن حکم قانون‌گذار بتوان گفت که از نظر قانون‌گـــذار، منافع ممکن‌الحصول با توجه به عدم قطعیت کافی در تحقق آن‌ها، با دیه قابل جمع نیســـت و اگر چه بنا به قاعده کلی (صدر ماده ١٤) این دســـته از خسارات قابل مطالبه اســـت، اما در خسارات بدنی، فرض بر این است که منافع ممکن‌الحصول در تعیین میزان دیه در نظر گرفته شـــده اســـت؛ بر همین اســـاس، اگر جنس منافع از دست‌رفته، قطعی‌الحصول باشد، با دیه قابل جمع خواهد بود.

٤-۲. جمع قوانین حقوقی و کیفری

ظاهراً تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکمی مخالف ماده ١٤ قانون آیین دادرسی کیفری را بیان کرده است. در مقام جمع این دو حکم می‌توان گفت با توجه به این‌که قانون آیین دادرسی کیفری مطالبه عدم‌النفع را پذیرفته است و از آنجا که این قانون تنها در ارتباط با جرائم قابل طرح است، خسارت عدم‌النفع فقط وقتی قابل مطالبه است که ناشی از ارتکاب جرم باشد؛ بدین ترتیب، عدم‌النفع تنها در امور کیفری قابل مطالبه بوده و در امور مدنی قابل مطالبه نیست (کرمی، ۱۳۹۱: ۱۰۸). به عبارت دیگر، حکم عام عدم امکان خسارت عدم‌النفع در خصوص امور کیفری تخصیص خورده است (ره‌پیک، ۱۳۷۹: ۳۵)، اما به‌نظر نمی‌رسد دلیل منطقی برای تمایز گذاشتن جبران ضرر بر اساس سبب ایجاد آن وجود داشته‌باشد؛ در واقع، چه فرقی است میان عدم‌النفعی که بر اساس جرم ایجاد شده با عدم‌النفعی که بر اساس عملی غیر مجرمانه حاصل شده باشد؟ ممکن‌است گفته شود دلیل قابل مطالبه بودن عدم‌النفعِ ناشی از جرم، لزوم سخت‌گیری بر مجرم است که در فرض عدم تحقق جرم چنین سَخت‌گیری‌ای ناروا است، اما در پاسخ باید گفت که وقتی ضرری ایجاد شده و وقتی هدف جبران‌ضرر است، چه فرقی است میان آن که سبب ایجاد آن جرم باشد یا غیر جرم؟

در تفسیری دیگر می‌توان‌گفت که قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی از عدم امکان مطالبه «عدم‌النفع» سخنی نگفته، بلکه «خسارت ناشی از عدم‌النفع» را قابل مطالبه ندانسته است. به این ترتیب، نص فوق در مقام آن است که مطالبه خسارت از خسارت را منع کند نه آن‌که مطالبه عدم‌النفع به عنوان خسارت اولیه را رد نماید. بر همین اساس، ممکن است ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی جدید را جایگزین ماده ۷۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق دانست که در آن نوشته شده بود: «خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست». در بعضی آرای صادر شده از دادگاه‌ها از جمله دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۷۸۷۱۰۸۰۰۳۵۷ مورخ ۱۳۸۷/٤/۲۷ صادره از شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی سنندج نیز این تمایز میان «عدم‌النفع» و «خسارت ناشی از عدم‌النفع» مشاهده شده و مورد نخست، قابل مطالبه در نظر گرفته شده است. در این دادنامه آمده است: «آن چه که در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین

دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قید شده است که قابل مطالبه نمی‌باشد، خسارت ناشی از عدم‌النفع می‌باشد نه خود عدم‌النفع». بر این اساس، قانون آیین‌دادرسی‌مدنی در برابر خود عدم‌النفع و نه خسارات ناشی از آن، موضعی در پیش نگرفته است. برای همین، باید با توجه به اصول حقوقی و سایر قوانین و به ویژه، ملاک قانون آیین دادرسی کیفری موقعیت عدم‌النفع را در وضعیت کنونی مشخص کرد و اگر حصول منافعی که زیان‌دیده از به دست آوردن آن محروم شده، براساس عرف ممکن باشد، نباید در مسوولیت عامل زیان تردید کرد.

بدین ترتیب و همان‌گونه که از مطالعه قوانین یادشده قابل استنباط است، قانون‌گذار ایران در برخی موارد، به صورت مصداقی تلاش کرده وضعیت عدم‌النفع را در وضعیت‌های موردی و خاص نشان دهد؛ در مواردی هم که به بیان قاعده کلی پرداخته، تنها به قابلیت یا عدم قابلیت مطالبه عدم‌النفع اشاره کرده و هیچ‌گاه روش ارزیابی آن را مشخص نکرده است، این امر، کار قاضی را برای اتخاذ تصمیم در مورد میزان غرامت قابل مطالبه از سوی زیان‌دیده دشوار می‌کند.

۳. رویکرد رویه قضایی ایران در برابر عدم‌النفع

در این بخش برای روشن‌کردن موضع نظام قضایی کشور به بررسی برخی پرونده‌های مطروحه پیرامون موضوع عدم‌النفع پرداخته‌می‌شود تا رویکرد دادگاه‌ها دراین خصوص مشخص شود.

پرونده نخست: خواهان‌ها دادخواستی به‌طرفیت اداره کل راه و شهرسازی استان ک. به خواسته «تقاضای صدور حکم به الزام خوانده به پرداخت خسارت وارده به مایملک موکلین در خصوص تعریض جاده دو بانده ...» ارائه می‌دهند. در شرح دادخواست که توسط وکیل ایشان نوشت ه‌شده، می‌خوانیم: «موکلین اینجانب مشاعاً مالک یک واحد پذیرایی بین راهی با پروانه ... می‌باشند. مکان مذکور سابقاً با رعایت حریم بنا از آن نقشه‌برداری‌گردیده است، لیکن اخیراً اداره فوق جهت تعریض‌جاده و دو بانده کردن آن از سمت قروه به‌سوی همدان، مکان تجاری موکلین را داخل در حریم و مایملک خود قرار داده و بابت آن ریالی به عنوان خسارت به موکلین اینجانب پرداخت نکرده‌اند. حال به‌لحاظ این‌که با احداث و راه‌اندازی جاده و قرار گرفتن واحد خدماتی در کنار جاده، عملاً امکان بهره‌برداری از آن به‌لحاظ خطرات

ناشـــی از توقف خودرو و ایجاد تصادف وجودندارد و واحد مذکور به‌سبب احداث جاده از لحاظ درآمد نیز بســـیار سیر نزولی داشـــته و با این وضعیت مکان یادشده از حیث کســـب و کار اعتبار خود را از دست داده و وضعیت معیشتی سه خانوار را در مضیقه قرار داده است، با ارجاع موضوع به کارشناسی، معاینه محل و بررسی اسناد و مدارک مذکور، تقاضای برآورد خسارت وارده از لحاظ کسب و کار موکلین و سپس الزام خواندگان به پرداخت آن در حق موکـــلین را دارم». خوانده در لایحه ارائه‌شده می‌نویسد: «با دقت در دادخواست خواهان، ملاحظه می‌فرمایند که مشارالیه خسارت ناشی‌از تضعیف منافع و عدم‌النفع را مطالبه نموده است، این در حالی است که مطابق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرســـی مدنی که اشـــعار می‌دارد: خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیســـت، لذا خواسته خواهان فاقد وجاهت قانونی و محکوم به رد است».

دادگاه موضوع را به کارشناس ارجـــاع می‌دهد. کارشناس نیز با بیان گزارشی از مشـــهودات خود، ســـرانجام چنین نتیجه می‌گیرد: «... با احداث بانـــد جدید ... با توجه به موقعیت جغرافیایی ملک و نوع کسب و پیشه و به دلیل عدم وجود پارکینگ مناســـب جهت پارک خودروها، عملاً حق اســـتفاده و انتفاع از ملک خواهان‌ها سلب می‌گردد و استفاده از آن مستلزم ایجاد پارکینـــگ مناسب در محدوده پذیرایی‌است». سرانجام دادگاه در دادنامه شماره ۵۴۹ به تاریـــخ ۱۳۹۳/۷/۲۳ چنین تصمیم می‌گیرد: «در خصوص دادخواست تقدیمی ... نظر به ایـــن‌که مطالبه خسارت و ضرر و زیان ناشی از عدم‌النفع و محتـــمل‌الوقوع در حقـــوق ایران فاقد جایگاه قانونی می‌باشد، لذا دعوای خواهان وارد و ثابـــت نبوده و... حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌گردد ...».

از نحـــوه بیـــان دادگاه، آنجا که عدم‌النفع را در کنـــار واژه محتمل‌الوقوع قرار می‌دهد و به‌ویژه اســـتناد دادگاه به وحدت ملاک از ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری برمی‌آید که دادگاه حق خواهان را حقی قطعی و قابل استقرار ندانسته و آن را احتمالی می‌بیند، برای همین، خواســـته خواهان را نمی‌پذیرد؛ این در حالی‌است که با توجه به نظریه کارشـــناس، مشخص‌اســـت که خواهان، حقی قطعی‌الحصول داشته که با اقدام خوانده، عملا استفاده از آن، ممتنع شده است.

پرونده دوم: در دادنامه شـــماره ۱۳۵۹ به تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۸ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرســـتان سامن می‌خوانیم: «در خصوص دعوای آقای ... به طرفیت وزارت راه و ترابری به خواسته رسیدگی و صدور حکم مبنی بر محکومیت خوانده به پرداخت خســـارت وارده به مرغداری از حیث از دست دادن قابلیت انتفاع ... بدین نحو که ماحصل خواســـته خواهان این اســـت که مالک یک واحد مرغداری در روســـتای کرتیل‌آباد می‌باشـــد که جهت تمدید پروانه بـــه اداره دامپروری جهاد کشاورزی ملایر مراجعه نموده که مسوولین آن اداره ضمن خودداری از تمدید پروانه اظهار نمودند که چون فاصله مرغداری با خط راه‌آهن کمتراز دویســـت متر می‌باشد، امکان تمدید آن میســـر نمی‌باشـــد، فلذا یا باید مسیر راه‌آهن تغییر کند یا مرغداری به جای دیگری منتقل گردد چون این امر ســـبب می‌شود که مرغداری از قابلیت انتفاع خارج‌شـــود ... دادگاه نظر به مجمـــوع اوراق و محتویات پرونده ... در محدوده مورد ادعا هنوز خطوط راه‌آهن احداث نشده و مورد بهره‌برداری قرار نگرفته؛ ثانیاً، تمدید یا عدم تمدید پروانه بهره‌برداری ناشی از عمل خواندگان نمی‌باشد؛ ثالثاً، هنوز خسارتی به خواهان وارد نشده تا بتواند آن را مطالبه کند و با عنایت به این‌که حسب محتویات پرونـــده، مرغداری مورد ادعا متروکه می‌باشـــد و عملاً از آن بهره‌برداری نمی‌گردد و خسارت ناشی از عدم‌النفع نیز قابل مطالبه نمی‌باشد؛ زیرا مقتضی آن موجود نگردیده اســـت لذا دعوای خواهان را غیروارد تشـــخیص و... رای به بی‌حقی‌خواهان صادر و اعلام می‌دارد ...».

از ایـــن رای به‌خوبی قابل اســـتنباط اســـت که دادرس عدم‌النفـــع را به طور کلـــی نمی‌راند، بلکه میان عدم‌النفعی که مقتضی‌آن موجود اســـت و غیر آن، تفکیک قائل‌می‌شـــود و تنها دومی را قابل‌جبران نمی‌داند. بدین تعبیر، عدم‌النفعی که مقتضی آن موجود اســـت را می‌توان عدم‌النفع محقق‌الحصول دانســـت؛ یعنی منفعتی که اگر فعل زیان‌بار به‌وقوع نمی‌پیوســـت، آن منفعت یقیناً عاید شخص می‌شد. در برابر این منفعت، عدم‌النفع ممکن‌الحصول است؛ یعنی نفعی که امیدی به‌دست آمدنش نبود. در خصوص قابل مطالبه نبودن این نوع اخیر از عدم‌النفع به دلیل فقدان شرط مسلم بودن نباید تردید کرد (امینی و پیری، ۱۳۹۹: ۱۴۰).

پرونده ســـوم: با توجه به تفکیک گفته‌شده در بالا، دادگاه‌ها در بعضی از آرای

خود عدم‌النفع را مصداق ضرر دانسته و مطالبه آن را به‌حق می‌دانند. برای‌نمونه، در یک پرونده که خودروی آقای الف که توسط وی اجاره شده و از محل آن کسب درآمد می‌شد، توسط شخصی به‌صورت غیر قانونی توقیف شده بود، شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ٦٢٢ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۵ و شعبه ٦ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۱۰۱ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۲، توقیف خودرو را سبب محرومیت مستاجر اتومبیل از منافع مسلم‌الحصول آن دانسته و خوانده را مکلف به پرداخت مبلغ اجاره‌ای دانست که در مدت توقیف از سوی مستاجر به موجر پرداخت می‌شده است. در بخشی از رای دادگاه تجدید نظر به این نکته استناد می‌شود که «از تاریخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۹ (توقیف خودرو) تا یافتن و استرداد آن به خواهان در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۲٦ نامبرده به‌عنوان مستأجر اتومبیل از منافع مسلم‌الحصول آن محروم گردیده»، لذا «مسئولیت جبران آن به استناد مواد یک و دوم قانون مسئولیت‌مدنی به عهده تجدید نظرخوانده می‌باشد». با این حال، حقیقت این است که با توجه به اصل نسبی بودن آثار قراردادها، اجرتی که در توافق موجر و مستاجر تعیین شده، علی‌الاصول نمی‌توان به شخص ثالث یعنی عامل زیان تسری‌یابد؛ بنابراین بهتر بود در این فرض، دادگاه میزان درآمدی که عامل زیان می‌توانست از محل خودروی توقیف شده‌اش به‌دست آورد را محاسبه کند.

پرونده چهارم: در دادنامه شماره ۱۲۸۵ به تاریخ ۱۳۸۹/۹/۲۷ صادره از سوی شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی مشهد راجع به مطالبه هزینه‌های ازکارافتادگی اتومبیل می‌خوانیم: «... اصل جبران کامل خسارت اقتضای اعاده وضعیت زیان‌دیده را به حالت سابق بر حادثه دارد و قواعد مسؤولیت مدنی بر این اساس منطقی و عقلی مستقر شده‌اند و عنوان خاصی را از شمول خود خارج نمی‌کنند، بلکه قواعد ویژه‌ای را برای احراز مسؤولیت و لزوم جبران ضرر پیش‌بینی می‌کنند و هر خسارتی که عرفاً در چارچوب این قواعد قرارگیرد قابل‌جبران می‌باشد و اگر در مواردی نیز، عناوین خاصی مانند «عدم النفع» ... مورد بحث قرار می‌گیرد؛ نه به این جهت است که مصداق ضرر نیستند یا با فرض ضرر، قابل‌جبران نمی‌باشند، بلکه به جهت دور بودن از منشاء خسارت و غیر قابل پیش‌بینی بودن یا قطع رابطه سببیت و سایر دلایل، از فرایند قواعد مسؤولیت مدنی خارج می‌باشند و رفته‌رفته اطلاق‌گرایی و تاکید بر

این عناوین، جای خود را به اعمال یا عدم اعمال قواعد مسؤولیت مدنی داده است و در وضعیت موجود نیز باید منظور قانون‌گذار را بر این اساس تفسیر نمود و در فرض ممنوعیت خسارتی که مصداق عدم‌النفع می‌باشد، بایدگفت هر آنچه که بر اساس سیر متعارف امور و عرفاً قابل جبران نباشد و انتظار غیر متعارف بر تحقق آن وجود داشته باشد، این عنوان (عدم‌النفع) را دارد و نباید این عنوان را بر هر خسارتی حمل نمود و به‌همین جهت نیز، در متون فقهی در خصوص جبران یا عدم جبران و یا ضرر یا عدم صدق ضرر بر این عنوان اختلاف است و برخی به‌صراحت آن را مصداق ضرر می‌دانند (انصاری، ۱۳۹۹: ۲۴۲) و برخی فی‌الجمله قابل جبران می‌دانند (حسینی، ۱٤۱۷: ۳۳۵) و برخی نیز که آن را مصداق ضرر نمی‌دانند درمورد تفاوت با ضرر واقعی بیان داشته‌اند ... اگر تنها تصور عدم تحقق زیادت نباشد بلکه از بین رفتن منفعت ممکن‌الحصول عرفی که مقتضی آن موجود است در میان باشد، نمی‌توان با تاکید بر اطلاق عدم‌النفع، آن را ممنوع دانست و منظور قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۵۱۵قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز بر این اساس به‌دست می‌آید و این مفهوم (عدم‌النفع) دارای شبهه مفهومی است و هرگز نمی‌توان مصداق خاصی از ضرر را داخل یا خارج از آن دانست، بلکه در هر مورد با رعایت اصول مسؤولیت مدنی باید موضوع را به‌دست آورد و در صورت تطبیق با آن، به تحقق عدم‌النفع یا غیر آن نظر داد و به همین‌جهت در موضوعی دیگر مانند خسارت ناشی‌از تحقق جرم، ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری از منافع ممکن‌الحصول یاد می‌کند و به این معنی نیست که تنها در مورد جرایم این منافع جبران می‌شوند یا به این معنی نیست که عدم‌النفع و منافع «ممکن‌الحصول» یکسان هستند، بلکه هر دو متن قانون را باید بر اساس قواعد مسؤولیت مدنی تحلیل و تفسیر نمود و آن‌چه را که عرف قابل جبران و سبب تضییع حقوق زیان‌دیده می‌داند، جبران‌کرد و آنچه که قابل پیش‌بینی نیست و تحمیل آن بر عامل حادثه، منطق روشن عقلی و عرفی ندارد، غیر قابل جبران دانست و این امر، نزاعی مصداقی است که در هر مورد باید احراز شود و به همین جهت اگر متن تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین‌دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری نبود، باز هم بخشی از خسارات قابل جبران نبود و نام‌گذاری آن به هر صورت که باشد، تأثیری در این

وضعیت به‌وجود نمی‌آورد و نظر به این‌که در این دعوا، بر اساس منطق روشن عرفی، از کار انداختن اتومبیل، سبب محرومیت از دریافت خسارت ممکن‌الحصول و قابل پیش‌بینی شده است ... لذا با اجازه حاصل از ماده ۳۱ قانون شوراهای حل‌اختلاف، ضمن نقض این قسمت از دادنامه و ثابت دانستن دعوای تجدید نظرخواه، حکم بر محکومیت آقای ... به پرداخت مبلغ نود هزار تومان دیگر، علاوه بر مبالغی که در دادنامه بدوی به ثبوت رسیده‌است، در حق تجدید نظرخواه صادر و اعلام می‌دارد» (خدابخشی، ۱۳۹۲، ۸۵۲).

نکته سزاوار ستایش در این رای، تلاش دادرس برای رهایی از قالب و شکل در مسوولیت مدنی است. او بر این باور است که در مسوولیت مدنی، بر خلاف سایر رشته‌های حقوقی، نباید گرفتار عنوان‌ها و قالب‌های از پیش تعیین‌شده بود. ما تنها با نهادی با نام «زیان» سر و کار داریم و این محتوا در ظاهر هر قالبی باشد، فرقی نمی‌کند. برای همین، عنوان‌های مرسوم مانند عدم‌النفع و منافع ممکن‌الحصول را باید نادیده‌گرفت. مهم این است که زیانی وارد شده و شرایط لازم از جمله مسلم بودن را داشته باشد، دیگر فرقی میان قالبی که برای آن طراحی شده، وجود ندارد. این باور را باید ستود و تقویت‌کرد. در واقع، اگر توانستیم پس از گذشت سال‌ها نبرد و تلاش، حقوق قراردادها را از حصار تنگ چارچوب‌ها برهانیم، چرا در حوزه مسوولیت مدنی در همین راستا قدم برنداریم؟

پرونده پنجم: در دادنامه شماره ۹۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹ صادره از سوی شعبه ۱۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران نوشته شده است: «خواسته خواهان ... به طرفیت خوانده آقای ... عبارت است از مطالبه هزینه‌های درمان و خسارت ایام بیکاری مقوم به هفتصد میلیون ریال با احتساب خسارات دادرسی، اینک دادگاه با توجه به محتویات پرونده و ملاحظه محتویات پرونده کیفری استنادی به شماره بایگانی ۹۰۰۶۱۵ شعبه چهارم اجرای احکام دادسرای ناحیه یک تهران، محرز است که خواهان در اثر بی‌احتیاطی خوانده در امر رانندگی دچار مصدومیت شده و در این ارتباط بنا به حکایت پرونده کیفری مورد اشاره و گواهی‌های پزشکی قانونی موجود در پرونده، نامبرده به مدت یازده ماه و هفت روز طول درمان داشته که بالطبع ایشان در این مدت توان انجام کار و امرار معاش را نداشته و از سوی دیگر حقوق‌بگیر هیچ

مرجع خصوصی یا عمومی نبوده است و به حکایت محتویات پرونده، نامبرده مدرس زبان انگلیسی بوده است (و این امر در استعلام واصل‌شده از سوی کانون زبان ایران که تحت شماره ۳۳۳۰ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۱ ثبت دفتر دادگاه شده است به اثبات رسیده است) و از این طریق امرار معاش و گذران زندگی می‌کرده است با حدوث حادثه مورد بحث خواهان از انجام کار و امرار معاش بازداشته شده است، حسب پاسخ استعلام مذکور میزان حق‌التدریس نامبرده درهرساعت به عنوان مدرس‌زبان انگلیسی در سطح ... بالغ بر هشتاد و پنج هزار ریال می‌باشد، نظر به این‌که ساعت کار در هر شبانه‌روز وفق مقررات مربوطه از جمله ماده ۵۱ قانون‌کار مصوب ۱۳۶۸/۷/۲ هشت ساعت می‌باشد و با احتساب پنج روز کاری در هر هفته و نتیجتاً چهل ساعت کار در هر هفته و یکصد و شصت ساعت در هر ماه و با التفات به این‌که حسب نظریه کارشناس‌رسمی دادگستری منتخب این دادگاه ... میزان هزینه درمان خواهان نامبرده ناشی از صدمه‌های بدنی‌وارده از سوی خوانده ناشی از بی‌احتیاطی در امر رانندگی تاکنون ... ریال بوده و هزینه جراحی خروج میله فلزی از استخوان درشت‌نی خواهان بالغ بر ... ریال می‌باشد و با التفات به این‌که این نظریه به اصحاب دعوی ابلاغ و از هرگونه گزندی در امان مانده است و از سوی دیگر نظر به این‌که حسب صریح ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی دیه تعیین‌شده ... به عنوان مجازات می‌باشد نه از باب خسارات و ضرر و زیان‌های وارده به مصدوم (خواهان)، لذا دادگاه دعوی‌خواهان را صحیح و مطابق قانون دانسته مستنداً به ماده یک و دو قانون‌مسوولیت‌مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر محکومیت خوانده جمعاً به مبلغ ... ریال به عنوان اصل خواسته ... در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدید نظر در دادگاه تجدید نظر استان تهران است».

در این پرونده دادرس به درستی خسارت عدم‌النفع خواهان را پذیرفته است، لیکن به‌نظر می‌رسد در نحوه ارزیابی راه صوابی را در پیش نگرفته است: در رای مذکور ساعات کاری بر اساس قانون کار به مدت پنج روز در هفته و هر روز هشت ساعت تعیین شده است، حال آن‌که بهتر است وضعیت کاری خود فرد ملاک باشد؛ به‌این‌نحو که اگر سه روز کارمی‌کرده یا شش روز، همین تعداد معیار محاسبه باشد؛

زیرا او به این ترتیب کسب درآمد می‌کرده است؛ به‌ویژه آن‌که، اگر ملاک ارزیابی ساعات کار قانون‌کار باشد، دستمزد هم باید بر اساس حداقل حقوق در قانون فوق در نظر گرفته می‌شد، در حالی که دادرس میزان درآمد فرد در گذشته را ملاک ارزیابی درآمد او قرار داده است.

٤. ارزیابی عدم‌النفع در حقوق ایران و حقوق تطبیقی

در این قسمت، ابتدا به بررسی تجربه کشورهای دیگر در خصوص ارزیابی عدم‌النفع پرداخته می‌شود و سپس حقوق ایران از این منظر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

٤-١. ارزیابی عدم‌النفع در مطالعه تطبیقی

بعضی اصطلاح عدم‌النفع را معادل عبارت "Loss of Profit" در نظام کامن‌لا می‌دانند (سکوتی، ۱۳۹۰: ۹۸)، اما به نظر می‌رسد عبارت مذکور به معنی زیان وارد بر سود است که می‌تواند مصداقی از عدم‌النفع باشد (Miller, 1932: 4). برای مثال در صدمه بدنی به زیان‌دیده و طرح دعوای مطالبه خسارت از دست دادن درآمد توسط او، خواهان دعوا می‌تواند علاوه بر اصل خسارت، زیان وارد بر سودی را که می‌توانسته از مبلغ غرامت کسب کند و به دلیل تطویل فرایند دادرسی از آن محروم شده را مطالبه کند (Jolowicz, 1959)؛ چنین خسارتی، زیان سود یا همان loss of profit است؛ بنابراین استعمال این عبارت معادل عدم‌النفع صحیح نیست. در چنین مواردی که معادل دقیق عبارات در نظام حقوقی دیگر یافت نمی‌شود، بهتر است اصل موضوع و مصادیق آن و به‌عبارت بهتر، رویکرد آن نظام حقوقی را در موضوعات زیرمجموعه بررسی نماییم تا درباره آن امر گرایش حقوق خارجی را دریابیم (شیروی، ۱۳۹۸: ۸۷)؛ بنابراین در این قسمت مصادیقی از عدم‌النفع را بررسی‌می‌کنیم تا ببینیم موضع نظام کامن‌لا در جبران زیان مربوط به عدم‌النفع چگونه است. در این مسیر، قابل ذکر است که خسارت مربوط به از دست دادن درآمد در اثر زیان بدنی، خسارت ناشی از محرومیت از دارایی و زیان از دست دادن فرصت، زیان بستگان متوفی در صدمه بدنی، مصادیقی از عدم‌النفع است که در کامن‌لا پذیرفته‌شده و منجر به صدور حکم به جبران گردیده‌است (Elliot, 2013: 375).

بر اثر زیان بدنی، شخص ممکن است توانایی کسب درآمد را از دست

بدهد. در این حالت، زیـــان‌دیده درآمدی که می‌توانست در صورت عدم وقوع ضرر کسب کند را مطالبه می‌کـــند. چند حالت برای ارزیـــابی این زیان می‌توان در نظر گرفت. در فرضی که زیان‌دیده پیش از وقوع خســـارت شـــاغل بوده، ارزیابی دشوار نیســـت (Cane, 2006: 140). برای نمونه، در پرونده دانلی علیه جویس[1] در انگلیس دادگاه برای مادر کودک خردسـالی که به دلیل ورود صدمه‌بدنی به فرزندش مجبور به ترک شغل خویش و مراقبـــت از فرزنـدش شده‌بود، به اندازه درآمدی که از شغلش داشت، خسارت مقررکرد. در این فرض، درآمد از دست‌رفته خواهان، محقق‌الحصول بوده و اثر خطای زیان‌دیده بر از دســـت دادن آن محرز اســـت (Elliot,2011: 378). در ایـــن دعاوی، ضرر وارده در آینده کمتر احتمالی اســـت و برای همین دادگاه‌ها آن را می‌پذیرند. با این حال، نکته مهم این اســـت کـــه در این فرض، نباید تنها به میزان درآمدی که فرد در زمان وقوع زیان از محل شغلش به دست می‌آورد تکیه کرد، بلکه باید ارزش قابلیت کســـب درآمد او برای آینده را نیز بر اســـاس روند شغلی‌اش که طبیعتا با گذر زمان افزایش می‌یابـــد، ارزیابی‌نمود (Barrie, 2005: 445). از این رو، در محاسبه خسارت در چنین مواردی، افزون بر درآمد پیشین شخص، اضافه حقوقی متعارفی که از دســـت رفته نیز مورد حکم واقـــع می‌شود. از این روش تحت عنوان «روش ضریب»[2] یاد می‌شـــود (Lewis et al, 2002: 410). بعضی بر این عقیده‌اند که اگر شخص به طور کلـــی از کار افتاده باشـــد، تعداد سال‌های مورد انتظاری که او می‌توانست به فعالیت مشغول باشد نیز باید در نـظر گرفته شود (Smith & Taylor, 1996: 176).

در پرونده کالت علیه اســـمیت و شـــرکت فوتبال میدلزبرو[3] در ســـال ۲۰۰۸، دادگاه با خواهانی هجده ســـاله مواجه بود که در یک مســـابقه فوتبال به وسیله تکل خطرناک بازیکن حریف از دو جا دچار شکـستگی استخوان پا شده بود به نحوی که طبق نظر پزشـکان متخـــصص دیگر قادر به ادامـه فوتبال به صورت حرفه‌ای نبود؛ در هنگام ورود خـــسارت او در آکادمی باشـــگاه منچـــستر یونایتد مشغول بوده و قرارداد حرفه‌ای به مدت یک سال داشـــته است و هنوز جزء ذخیره‌های تیم منچستر

1. Donnelly V. Joyce [1972]
2. Multiplier- Multiplicand method
3. Collett V. Smith and Middlesbrough Football Company [2008]

به شمار می‌رفته است. در مطالبه خسارت در این پرونده، دادگاه زیان وارده بر خواهان را با توجه به آینده قابل پیش‌بینی او توسط کارشناسان بر اساس مدارک راجع به توان‌مندی‌های او و امکان پیشرفت متعارف، چهار و سه دهم میلیون پوند برآورد کرد (Elliot, 2011: 380). با توجه به پرونده مطرح شده باید گفت که در خصوص اشخاصی که هنوز در حال تحصیل و کسب مهارت هستند و وارد بازار کار نشده‌اند، وضعیت و سطح تحصیلی و استعداد آن‌ها، سطح تحصیلات و کار پدر و مادر و خواهران و برادران او در تعیین وضعیت شغلی او در آینده و میزان درآمدی که در اثر حادثه وارد شده از دست داده است، مورد توجه قرار می‌گیرد (Smith & Taylor, 1996: 176).

گاهی با وجود آن‌که شخص پیش از ورود زیان شغل ثابتی داشته، اما درآمد او نامعین یا متغیر بوده است؛ در این فرض، محاسبه سطح درآمد زیان‌دیده دشوارتر است و طبعاً اثبات میزان سطح درآمد با خواهان است. البته دادگاه نیز برای محاسبه صحیح این موضوع تلاش می‌کند؛ مثلا ممکن است محدوده زمانی طولانی‌تری را برای ارزیابی درآمد در نظر گیرد یا از ابزارهای کمکی دیگر استفاده نماید؛ مثلاً جزئیات درآمد اعلام‌شده برای مالیات در سال‌های قبل را ملاحظه کند یا سایر اسناد و مدارک را بررسی نماید. در مواردی که شخص خوداشتغال است ملاحظه و تحلیل حساب‌های بانکی او کمک می‌کند. همچنین می‌توان درآمد افرادی در موقعیت او را در نظرگرفت (Smith & Taylor, 1996: 176).

گاهی اوقات نیز، خواهان با وجود آن‌که شغل ثابتی داشته، مدعی‌می‌شود در حال تغییر شغل بوده و با وقوع حادثه زیان‌بار، این امکان از وی سلب شده است. در این فرض، باید به درجه احتمالی موفقیت خواهان برای تغییر شغلش توجه‌کرد. به عنوان مثال در پرونده دالی علیه والاس (۱۹۹۸)[1] زیان‌دیده که در تصادف جاده‌ای به سختی صدمه دید و توانایی کارکردن را از دست داد، در تلاش بوده با کسب مهارت‌های لازم به جای اشتغال به کارمندی، معلم تئاتر شود. در زمان حادثه هنوز مشخص‌نبوده که قادر به کسب همه مهارت‌ها هست یا خیر؛ با این حال دادگاه احتمال موفقیت او را پنجاه درصد تخمین زد و خسارت را بر این اساس محاسبه

1. Doly V. Wallace [1998]

نمود (Elliot, 2011 : 387).

دشـــوارترین فرض در حالتی پیش می‌آید که شخص شغل ثابتی ازقبل نداشته اســـت؛ در این فرض، دعوا تنها در صورتی منتج به موفقیت می‌شود که احتمال زیاد قابلیت درآمد برای آینده اثبات شود؛ در غیر این صورت برای آینده نیز مطابق وضعیت فرد پیش از ورود زیان تصمیم‌گیری می‌شـــود (Elliot, 2011: 487). به نظر می‌رسد اگر ضرر و زیان از دست دادن درآمد را از قابلیت کسب درآمد تفکیک کنیم مشکل تا حدودی مرتفع می‌شود. زیان از دست دادن درآمد با توجه به شرایط و درآمد فعلی و احتمالات قطعی آینده محاســـبه می‌شود، ولی زیان از دست دادن قابلیت نیاز به اثبات دارد که وجود شرایطی در زیان‌دیده می‌تواند به احراز آن کمک کند؛ مثلا کسی که در یکی از گرایش‌های پزشکی در حال گرفتن تخصص است، به احتمال قطعی در آینده وضعیتی از درآمد را خواهدداشـــت که در نظر گرفتن آن برای دادگاه دشوار نخواهد بود. به هر حال تاثیر درآمد کنونی برامکان کسب درآمد آینده امری انکارناپذیر است. این راه حل در پرونده فورســـبرگ علیه ماسلیم[1] استفاده شده است. در زمان حادثه به شـــدت قدرت درآمد خواهان از بین رفته و بـــی‌کار بوده، لیکن پیش‌تر در یک واحد صنعتی کار می‌کرده است و به دلیل علاقه شخصی به مسابقات موتورسواری به جهت پیشرفت در این زمینه از کارش بیرون آمده بود. آرزوی این فرد موفقیت و ستاره شدن در زمینه مذکور بود. او هیچ سودی از مسابقات موتورسواری نبرد و فقط درآمدش از هفته‌ای هفتاد و هشت دلار به هفته‌ای چهل و پنج دلار کاهش پیدا کرد. در رسیدن به رقم هفتصد دلار به عنوان ضرر اقتصادی، قاضی از این حقیقت که خواهان فقط گه‌گاه پول در می‌آورده و احتمالاً تا مدتی می‌توانسته این چنین عمل کند چشم‌پوشی‌کرد و رقم خسارت را بر قابلیت کســـب درآمد او متمرکز نمود.[2] هم‌چنین، در این موارد با اســـتفاده از روش ضریب که پیشتر به آن اشاره شد، از اطلاعات موجود در خصوص متوســـط افراد مشـــابه، می‌توان درآمد زیان‌دیده‌ای که تا پیش از زیان شاغل نبوده را محاسبه کرد (Lewis et al, 2002: 410).

در نهایت به نظر می‌رســـد هرگاه عدم‌النفع در خصوص درآمد از دست رفته

1. Forsberg V .Maslin
2. Forsberg v Maslim [1968] S.AS.R.432.

فرد باشـــد، میزان خســـارت در حقوق انگلیس با توجه به وضعیت اشـــتغال کنونی زیان‌دیده تعیین می‌شـــود. همچنین در راستای تعیین درآمد از دست رفته و خسارت قابل پرداخت، از بعضی از جدول‌هایی که مربوط به ســـطح درآمد و وضعیت اشتغال افراد گوناگون بوده و اطلاعات آن در نتیجه بررسی‌های آماری صورت پذیرفته تعیین شده است، استفاده می‌شود (Lewis et al, 2002. : 412).

مثـــال دیگـــر از عدم‌النفع، در خصـــوص محرومیـــت از دارایی‌های یک فرد مطرح می‌شـــود. اگر کسی مانع استفاده شخص از دارایی‌اش گردد، باید منفعتی که او می‌توانســـت از محل دارایی‌اش اســـتفاده کند را به عنوان خسارت بپردازد. به عبارت دیگر، ایجـــاد محرومیت برای مالـــک در بهره‌برداری از دارایـــی‌اش برای عامل این محرومیت ضمان ایجاد می‌کند (Van Dom, 2013: 204).

در حقوق آلمان این موضوع تحت عنوان نقض حق مالکیت مطرح و شـــامل مواردی می‌شود که مالک به خاطر صدمه به مالش از منفعت آن محروم می‌گردد و نیز مواردی که به دلیل سرقت یا هر امر مشابه امکان استفاده از اموال را از دست می‌دهد. در پرونده‌ای موضوع از این قرار بود که در اثر سهل‌انگاری متصدی اسکله، دیوار آن فروریخت و در نتیجه کشتی خواهان نتوانست به مدت هشت ماه حرکت‌کند، دادگاه منفعتی که مالک کشـــتی به این وســـیله از دســـت داده بود را قابل مطالبه و محاسبه دانست و بر اساس رویه معمول در استفاده از کشتی میزان خسارت را معلـــوم نمود (Van Dom, 2013: 205).

در حقوق انگلســـتان ابتدا کمی مقاومت در پذیرش این دعاوی وجود داشت؛ به این دلیل که در حقوق این کشـــور خسارات اقتصادی محض قابل جبران نیستند و اختلاف در این بود که آیا زیان وارد بر منفعت، خسارت صرف اقتصادی است یا خیر. در بســـیاری از دعاوی که خسارت اقتصادی صرف پذیرفته نمی‌شد، مشکل در اثبات رابطه سببیت وجود داشت. در پرونده‌ای که در یک کارخانه فولاد به دلیل قطع برق خسارتی ایجاد شد و دادگاه کنداکتور برق را مسئول شناخت، نتوانست خسارت‌هایی که کارخانه مذکور به طور غیر مســـتقیم از این قطع انرژی متحمل شده بود را احراز کند، اما در صورتی که ضرر قابل انتســـاب به خوانـــده باشـــد در حکم به جبران به خصوص در سال‌های اخیر تردید نمی‌شود. برای مثال در پرونده دیگری، طبق قرارداد

مالک با پیمان‌کار، او موظف به ساخت یک کتاب‌فروشی طبق قرارداد برای مالک بوده و در نهایت زمان تحویل به دلیل معیوب بودن موضوع قرارداد و به‌منظور تعمیر آن به تعویق افتاد و به ناچار برای هشت ماه دیگر امکان افتتاح و استفاده از کتاب‌فروشی برای مالک مهیا نشد، مجلس اعیان انگلیس منفعت از دست‌رفته مالک را مسلم و خسارت را قابل جبران دانست. در سال‌های اخیر نگاه رویه قضایی به جبران خسارت عدم‌النفع منعطف‌تر شده به نحوی که حتی خسارات معنوی ناشی از آن را قابل مطالبه می‌دانند و به طریق اولی در لزوم جبران خسارات مادی تردید نمی‌کنند (Greene, 2012: 56,256).

گاه عمل عامل زیان باعث می‌شود مثلا خسارت سود و منفعتی که مالک می‌توانست در صورت عدم سهل‌انگاری پیمانکار در بازسازی منزل و در نتیجه بالاتر رفتن قیمت خانه کسب کند، قابل مطالبه باشد (Elliot, 2011: 375). در پرونده ریگان علیه املاک پاول (۲۰۰۶)[1] خوانده دعوا مشغول ساخت ساختمان جدیدی در همسایگی خواهان بود به طوری که بخشی از این ساختمان جدید نور بخشی از سالن منزل خواهان را کم‌کرده و حدود پنج‌هزار پوند از ارزش خانه او می‌کاست. خواهان از دادگاه صدور قرار فوری بر توقف ساخت و تغییر نقشه آن بخش از ساختمان را خواستارشد و تاکید کرد برای او نور کافی مهم است و به دنبال خسارت نیست؛ لیکن خوانده به کارش ادامه داد و تا زمان دادرسی فرابرسد بخش زیادی از ساختمان را تکمیل‌کرده بود. در این پرونده دادگاه بر حق بودن مطالبه زیان از دست دادن نور منزل صحه گذاشت (VanDom, 2013 :204).

مصداق دیگری از زیان مورد بحث را می‌توانیم در مبحث از دست دادن فرصت ببینیم؛ گاهی شخص در موقعیتی قرار دارد که امکان تحصیل منفعت در آینده را دارد یا فرصت دارد تا از وقوع زیانی جلوگیری کند. مثلا شخص امکان شرکت در یک مسابقه را دارد و شرکت او در مسابقه فرصتی است که می‌تواند برای تحصیل جایزه مسابقه از آن بهره ببرد و گاهی شخصی که در معرض وقوع زیانی قرار گرفته است، فرصت دارد برای جلوگیری از وقوع آن یا دست‌کم جلوگیری از گسترش و توسعه آن اقدام کند؛ مثلا فردی که مبتلا به بیماری شده است هنوز

1. Regan V. Paul Properties [2006]

فرصت دارد معالجه و درمان کند، لـذا هرگـاه تقصـیر دیگـری باعـث شـود که فـرد این فرصت را از دست بدهد مســـئله زیـــان از دســت دادن فرصت مطرح می‌شـود که با توجه به درجه موفقیت در کســـب فرصت مذکور قابل جبران شـــناخته می‌شود (بهاری اردکانی، ۱۳۹۵: ۷۲).

زیان از دســـت دادن فرصت در حقوق فرانسه سابقه طولانی دارد و مهم‌ترین مثال‌هایی که می‌زنند از دســـت دادن فرصت شـــرکت در مســـابقه، تحصیل جایزه و پیش‌گیری بیماری اســـت. برای مثال در مواردی که به دلیل عدم تشـــخیص به‌هنگام بیماری ســـرطان در زیان‌دیده، فرصت درمان زودتر و شاید تقلیل خسارت از دست رفته بود، به‌رغم دشـــواری اثبات رابطه سببیت، آن را غیر ممکن ندانستند و با استفاده از نظر کارشـــناس درصدی که تقصیر پزشک موثر بوده، محاسبه و به عنوان خسارت از دست دادن فرصت پرداخت شـــد (Van Dom, 2013: 337). در پرونده دیگری که یک پرورش‌دهنده اســـب به دلیل صدمه بدنی که تقصیر و مسئولیت خوانده در آن محرز شـــده بود، نتوانست اســـب‌هایش را برای شرکت در دو مسابقه مهم آماده کند؛ دیوان عالی فرانسه زیان از دست دادن چنین فرصتی را به خصوص با توجه به سوابق خواهان مسجل و قابل جبران دانست (Van Dom, 2013: 338). در پرونده دیگری یک اسکی‌ســـوار در اثر تصادم با اسکی‌سوار دیگری مجروح و برای مدتی از شرکت در مســـابقات بازماند، دادگاه ادعای خواهان را در احراز رابطه ســـببیت بین شخص راهنمای اسکی‌ســـوار که وظیفه شناسایی اطراف و اطلاع‌رسانی به او برای پیش‌گیری از تصادم را داشـــته پذیرفت و او را مســـئول جبران از دســـت دادن فرصت خواهان دانست (Van Dom, 2013: 338).

در حـــقوق انگلـیس زیـان فرصـــت از دست رفـته پذیـرفـته شـده اسـت و گـرچـــه بیـشتر راجـــع به خسـارات قـراردادی کـــاربرد دارد، لیـکن بـه طـور کـلی نیز به خـصـوص در زیـان‌هـای مـالی قابـل شناسـایی اسـت. بـرای مـثال در پرونـده چاپلین علیه هیکس (۱۹۱۱)[1] خانمی به عنوان یکی از پنجاه نفر برای شرکت در مسابقه زیبایی پذیرفته شده بود که در آن مسابقه دوازده نفر به عنوان بازیگر تئاتر انتخاب و در آن زمینه مشـــغول به کار می‌شدند. او به دلیل تخلف تنظیم‌کننده قرارداد

1. Chaplin V. Hicks [1911]

نتوانست در موعد مقرر برای شرکت در مسابقه مذکور حاضر شود و در نتیجه شانس ورود به بازیگری تئاتر را از دست داد و در پی مطالبه خسارت، دادگاه را در ورود زیان و برقراری رابطه سببیت متقاعد نمود. در رای دادگاه بدوی و تجدید نظر گرچه بر دشواری محاسبه این زیان به دلیل احتمالی بودن گزینش وی تاکید شد، با این حال بر جبران خسارت حکم دادند. ارزیابی زیان به این شکل صورت‌گرفت که شانس او را بر اساس نظر کارشناس یک چهارم در نظر گرفتند و بر این مبنا خسارت را محاسبه کردند (Ramsay, 2011: 1226).

در پرونده دیگری دادگاه بر ضرورت جبران خسارت از دست دادن فرصت تاکید کرده و وجود درصدی از قطعیت برای نیل به هدف را لازم دانسته است (Ramsay, 2011: 1229).

در پرونده کیچن علیه انجمن نیروی هوایی سلطنتی (۱۹۵۸) [1] حکم به مسئولیت وکیلی داده شد که شانس استفاده از طرح دعوا و دریافت خسارت بر مبنای قانون تصادفات مرگ‌بار را از موکل سلب کرده بود و از آنجا که احتمال موفقیت در دعوا بر اساس نظر کارشناس شصت و شش درصد معین‌شد، دادگاه به همین میزان خسارت را ارزیابی نمود.

در پرونده Allied Maples Group Ltd V. SSimmons [1995] به موجب حکم دادگاه خواهان توانست خسارت ناشی از فرصت از دست رفته برای مذاکره در باب اجاره را از وکلایش دریافت کند (Van Dom, 2013: 339).

در آلمان سخت‌گیری بیشتری در خصوص زیان از دست دادن فرصت مشاهده می‌شود، اما به معنی انکار شناسایی و جبران نیست. به‌عنوان نمونه، در مثالی که راجع به پزشک بیان شد در حقوق آلمان رویه آن است که در صورت ادعای بیمار مبنی بر این‌که پزشک شانس درمان او را به دلیل عدم شناسایی به موقع کاسته است، در صورتی که بتواند مدارکی ارائه کند که بیش از پنجاه درصد عمل پزشک موثر بوده است، انقلاب دعوا رخ داده و آن‌گاه پزشک باید ثابت‌کند تقصیر و قصوری نبوده و اگر هم بوده در وضع بیمار تفاوت چندانی ایجاد نمی‌کند؛ به نحوی که اگر بیماری شناسایی هم می‌شد قابل درمان نبود. اگر پزشک این را بتواند اثبات‌کند، از مسئولیت

1. Kitchen V. Royal Air Forces Association [1958]

مبرا خواهد شـــد و در غیر این صورت، مسئول جبران خسارت زیان‌دیده خواهد بود (Ramsey, 2011: 340).

در حقوق ایالات متحـده آمریکا زیان از دست دادن فرصت پذیـرفته شـده و به خصوص برای عدم تشـــخیص یا تشـخیص نادرست در پزشـکی مورد اسـتفاده است و گرچه سخت‌گیری اندکی در اثبات رابطـــه سببیت مشـــاهده می‌شود، به هر حـــال قابل مطالبه و جبران اســـت (Fischer, 2001: 602)؛ برای مـــثال در پرونده Hotson V. East Berkshire Aria Health Authority [1987] خواهـــان پرونده در اثر سقوط دچار آسیب در پا و به بیمارستان خوانده برای درمـــان منتقل شـد. در بیمارستان وضعیت او را به درستی تشخیص ندادند و در نتیجه زیان‌دیده به بیـــماری خاصی که خون به استخوان نمی‌رسد و مشکـــلاتی برای بیمار ایجاد می‌کـند دچـار شد. ادعای خواهان این بود که اگر در بیمارستان خون کافی به او داده می‌شـــد این وضع برای او پیش نمی‌آمـــد. دادگاه بدوی بر اســـاس نظر کارشـناسان که تاثیر این سهل‌انگاری را بیست و پنـج درصد تعیین کـرده بودند، خوانده را مسئول این درصد از زیان وارد بر خواهان شناخت و دادگاه تجـــدید نظر نیز این رای را تایـــید کرد (Fischer, 2001: 622)؛ بنابراین به‌نظر می‌رسـد این قسـم زیان در سایر نظام‌های حقوقی پذیرفته است و دشـــواری در اثبات رابطه سببیت و نحوه ارزیابی زیان است. در این راســتا دادگاه‌ها بر اســاس نظر کارشناســان مبنی بر درجه تاثیرگذاری عامل زیان در از بین بردن فرصت و احـــتمال وقـوع آن در آینده اقدام به ارزیابی می‌کنند (Fischer, 2001: 622).

بنابراین زیان از دســت دادن فرصت در حقوق کشـــورهای مختلف نیز قابل جبران بوده و در ارزیابی آن، احتمال به دست آوردن منفعت توسط زیان‌دیده و میزان تأثیر عامل زیان در از دست دادن آن، مورد توجه قرار می‌گیرد.

مصداق دیگری از عدم‌النفع جبران خسارت بازماندگان متوفی(که در اثر عمد یا خطا کشـــته شده) به استناد از دســـت دادن منافعی است که اگر همسر یا والدینش زنده می‌ماندند عائد می‌شـــد. در نظام‌هـــای حقوقی دیگر این موضوع را تحت عنوان خسارت کمانه‌شده[1] مطرح و در جبران آن تردید نمی‌کنند (Lambert, 2000: 285).

1. Ricochet Damages

در این موارد سخت‌گیری در اثبات درجه وابستگی و پذیرش آن است که نسبت به آن متفاوت عمل می‌شود (Robert, 1999: 83)؛ ضمن این‌که در میزان ارزیابی عوامل مختلفی موثر است. برای مثال برای کودکی که حمایت مالی پدرش را از دست داده تنها تا زمانی ارزیابی صورت می‌گیرد که قاعدتاً باید وارد بازار کار شود؛ یا در مورد زوجه متوفی امکان ازدواج مجدد او به لحاظ سن و تعداد بچه‌ها در نظر گرفته می‌شود. به علاوه در ارزیابی بررسی‌خواهد شد که اگر متوفی زنده می‌ماند، چه میزان از درآمدش را و تا چه زمانی به این افراد اختصاص می‌داد (Atkinson, 2002: 14).

بنابراین به نظر می‌رسد در نظام‌های حقوقی مورد اشاره آن‌چه مهم است وجود ضرر و اثبات آن است. اگر ضرر وارد شود باید جبران گردد و این نظام قضایی است که بر اساس معیارهای مناسب که مطرح شدند در هر مورد امر ارزیابی را هر قدر هم دشوار باشد به عهده دارد.

۲-٤. ارزیابی عدم‌النفع در حقوق ایران

مهم‌ترین پرسش آن است که به فرض پذیرش ضرورت جبران عدم‌النفع، ارزیابی آن چگونه خواهد بود؟ همان‌گونه که گفته شد، هم در ادبیات فقهی و هم در ادبیات قانون‌گذاری، آنچه مساله اصلی را تشکیل می‌دهد، قابلیت یا عدم قابلیت مطالبه عدم‌النفع است، برای همین، هیچ روش خاصی برای ارزیابی میزان نفع از دست رفته ارائه نشده است، این در حالی است که این سوال، یک سوال اساسی است که زیان بر اساس چه معیارهایی و تا چه زمانی قابل محاسبه است؟ با توجه به آن‌چه گفته‌شد و مثال‌هایی که از حقوق خارجی و در نظام داخلی مطرح گردید، معلوم است که شیوه ارزیابی در هر مورد بسته به ماهیت نفع مورد دعوا تفاوت دارد. به عبارت دیگر، محرومیت استفاده از اموال با محرومیت از کسب درآمد و این هر دو، با محرومیت از فرصت متفاوت‌اند. در همه آن‌ها معیار مشترک احتمالی بودن نفع مورد انتظار است و اولین معیار در ارزیابی آن است که این نفع تا حدی مورد انتظار و قابل پیش‌بینی باشد که تصور حصول آن به وهم و گمان محدود نشود و بر اساس سیر متعارف امور به نتیجه بیانجامد (روشن، ۱۳۹۷: ٦٤). شیوه ارزیابی و غایت زمان ارزیابی عدم‌النفع در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-٤. شیوه ارزیابی میزان عدم‌النفع در حقوق ایران

به‌نظر می‌رسد برای ارزیابی زیان، باید با توجه به تاثیر عمل عامل زیان، میان دو حالت قائل به تفکیک شویم: گاه عمل عامل زیان مانع ادامه وضعیت موجود زیان‌دیده شده و گاه عمل عامل زیان مانع کسب امتیاز تازه برای فرد می‌شود. در هر یک از این حالات، ویژگی‌های شخصی خواهان می‌تواند تا حدی که منطقی است مورد توجه قرار گیرد. برای مثال، استفاده معمول فرد از دارایی‌اش، تدابیری که مسئول رستوران همواره در جذب مشتری بیشتر داشته هم می‌تواند در ارزیابی اثرگذار باشد (Malkin, 1985: 687). در ادامه این دو فرض مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

الف. عمل عامل زیان؛ قاطع وضعیت موجود زیان‌دیده

گاه عامل زیان باعث می‌شود که زیان‌دیده وضعیتی را که در آن قرار داشته از دست بدهد. برای نمونه، اگر یک مکانیک اتوبوس مشتری را سر موعد تعمیر نکرده و تحویل ندهد، موظف به پرداخت خسارتی معادل تعداد روزهایی است که راننده اتوبوس در نتیجه این تأخیر، موفق به انجام شغل خود نشده است (شهیدی، ۱۳۸۹: ۷۳). در این خصوص، درآمد معمولی که راننده اتوبوس در روزهای قبل از فعالیت خود به دست می‌آورده مورد محاسبه قرار گرفته و به عنوان خسارت عدم‌النفع به او پرداخت می‌شود. حقوق‌دان‌ها هم در این خصوص هم‌عقیده هستند، چنانچه در مورد جراحی که دست او در اثر فعلی زیان‌بار آسیب دیده و قادر به ادامه حرفه خود نیست گفته شده که کارشناس باید با توجه به شهرت پزشک و عایدات متوسط او در سال‌های گذشته، میزان خسارت عدم‌النفع وارد شده را محاسبه کند (امامی، ۱۳۹۰: ٤۷۹). ماده ۷۲ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳٥٤ نیز که در مورد روش محاسبه بیمه از کار افتادگی است، به همین موضوع نظر داشته و حق بیمه تعلق گرفته را با توجه به متوسط درآمد گذشته زیان‌دیده تعیین می‌کند.[1] نمونه‌ای دیگر از این مورد، در دادنامه شماره ١٦٤ به تاریخ ۱۳۹۲/۲/۳۱ شعبه دوم دادگاه عمومی بخش چهاردانگه متجلی می‌شود جایی که چنین می‌خوانیم که: «در خصوص دعوی آقای ... به طرفیت شرکت آب و فاضلاب چهاردانگه به خواسته الزام خوانده

---

۱. ماده ۷۲ قانون تأمین اجتماعی: « میزان مستمری ماهانه از کارافتادگی کلی ناشی از کار عبارتست از یک سی‌ام مزد یا حقوق متوسط بیمه‌شده ضرب در سنوات پرداخت حق بیمه مشروط بر این‌که ...».

به پرداخت خسارات وارده به خودرو بابت خواب خودرو ... بدین شرح که خواهان در دادخواست تقدیمی عنوان داشته کامیونت وی در زمان عبور از خیابان به داخل گودال سقوط کرده که حسب نظریه کارشناس تأمین دلیل علت حادثه نشت آب از لوله اصلی و نشست خاک در اثر این نشت بوده است که دادگاه موضوع را به کارشناس رسمی دادگستری ارجاع که کارشناس اولیه و هیأت سه نفره کارشناسی خوانده دعوی را به میزان پنجاه درصد در ایجاد حادثه مقصر تشخیص داده‌اند؛ بنابراین دادگاه با عنایت به مفاد دادخواست تقدیمی و مستندات پیوست و ملاحظه نظریه کارشناسان منتخب و همچنین نظریه کارشناس‌رسمی‌دادگستری در امور وسایل نقلیه موتوری زمینی که در نظریه‌ای که در مهلت قانونی مصون از اعتراض طرفین مانده اجرت روزانه خودرو را پانصد هزار ریال تعیین‌نموده خواسته خواهان را ثابت و وارد تشخیص و به استناد مواد ۱۹۸، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی خوانده را به پرداخت پنجاه درصد خسارات وارده به میزان (... ریال با توجه به مستندات پیوست دادخواست و ... ریال بابت یک ماه اجرت خودرو) ... به‌عنوان اصل خواسته ... در حق خواهان محکوم می‌نماید ...». این دادنامه مورد تأیید شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر نیز قرار گرفت. از آن‌جایی که در این دعوا، خسارت خواب خودرو مورد مطالبه قرار گرفته بر می‌آید که این خودرو پیش از وقوع حادثه مشغول به کار بوده و برای مالک خود منبع درآمدی به حساب می‌آمده است که خسارت عدم‌النفع نیز باتوجه به همین سابقه مورد ارزیابی و حکم واقع شده است.

در واقع، اگر با سابقه مشخصی در مورد زیان مواجه باشیم، امر ارزیابی بر اساس آن سابقه و مدارک موجود صورت‌می‌گیرد. برای مثال در از دست دادن قدرت کسب درآمد مثلا در اثر صدمه بدنی، در صورت وجود سابقه شغلی، دادگاه‌ها مشکل چندانی ندارند و ارزیابی خسارت را بر اساس سوابق موجود به علاوه امکان ترقی و پیشرفت و مزایای آن شغل انجام می‌دهند (Barrie, 2005: 445).

ب. عمل عامل زیان؛ مانع کسب امتیاز جدید

گاه عمل عامل زیان مانع کسب امتیاز تازه برای فرد می‌شود. به بیان دیگر، گاه در فقدان فعل زیان‌بار، زیان‌دیده می‌توانست امتیازی را تحصیل کند که در نتیجه فعل

زیان‌بار از دســـتیابی به آن محروم شده است. مثال این مورد، مثال جوانی بی‌کار است که بر پایه ســـیر طبیعی امور و با توجه به دانش و تخصص خود، امکان دست‌یابی به شـــغلی پردرآمد را دارد ولی در نتیجه حادثه‌ای از این موقعیت باز می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۸۲). این موضوع در دادنامه شـــماره ۸۹۰۰۲۰۰ به تاریخ ۱۳۸۹/۳/۱۸ صادره از شـــعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران مندرج در پرونده کلاسه ۳۲٦/۲۹/۸۸ قابل مشاهده اســـت. ماجرا از این قرار اســـت که خواهان در آزمون دوره دستیاری رشته تخصصی ارتودنســـی در سال ۱۳۷۳ شرکت‌کرده و شـــرایط لازم برای قبولی در این آزمون را به دست آورده، اما خوانده یعنی وزارت بهداشت، از پذیرش وی خودداری کرده‌اســـت. ســـرانجام پس از نه ســـال، با پیگیری‌های انجام گرفته و با اخذ حکم از دیوان عدالت اداری، برای تحصیل به دانشـــگاه شهید بهشتی معرفی می‌شود. خواهان بر این باور اســـت که خوانده موجب تضییع حقوق وی شده است. برای همین، الزام وزارت بهداشـــت را به جبران کلیه خســـارات مادی و معنوی اعم از تعطیلی مطب و هزینه‌هـــای ایاب و ذهاب و پیگیری و مابه‌التفاوت تعرفه دندانپزشـــکی با متخصص ارتودنســـی را خواستار می‌شـــود. دادگاه موضوع را به کارشناس ارجاع می‌دهد و او بر اســـاس مابه‌التفاوت کارکرد و درآمد دندانپزشک عمومی با متخصصین ارتودنسی مبلغی مشـــخص می‌کند. بر اســـاس بخشـــی از این نظریه، «کلیه دفاتر از سال ۱۳۷٤ لغایت ۱۳۸۳ بررســـی‌گردیده که برای هر سال دفاتر مربوط به ویزیت روزانه بیماران و انجام اقدامات درمانی برای هر بیمار وجود داشـــته، ولی دفاتر مربوط به حق‌العلاج و ویزیت دریافتی مربوط به ســـال‌های ۱۳۷۹ و ۱۳۸۲ موجود بوده است که با در نظر گرفتن میزان درآمد به تناسب سال‌های مذکور که از همان افزایش بیست درصدی به ازای هر سال تبعیت می‌کرده، اظهار نظر شد ه‌است و از طرفی، در نظریه ارائه‌شده به هیچ عنوان از کلمه احتمالی استفاده نشده است و میزان درآمد نامبرده صرفاً بر اساس میزان درآمد خود وی محاسبه‌گردیده است و مابه‌التفاوت اعلام‌شده اگر کمتر از میزان واقعی نباشد، بیشـــتر نیز نمی‌باشد». سرانجام دادگاه چنین تصمیم می‌گیرد: «دادگاه با در نظر داشتن مراتب موصوف، از آنجائی که اخذ مدرک دستیاری براساس ضوابط و مقررات و عرف حاکم بر جامعه پزشکی تاثیر مستقیم و غیر قابل انکاری بر میزان حق ویزیت بیماران داشـــته و محرومیت از این ارتقاء علمی با وصف فراهم بودن شرایط

آن یقیناً موجب محرومیت از حقوق ناشی از این ارتقاء علمی گردیده که در صورت عدم جلوگیری خوانده از ورود خواهان به این دوره، منافع و عواید حاصله ناشی از این ارتقاء علمی که یکی از آن منافع یقیناً مابه‌التفاوت هزینه‌های درمان به خصوص حق ویزیت بیماران بر اساس تعرفه‌های اعلام‌شده ازسوی خوانده خواهد بود برای خواهان محقق می‌گردید و این منافع تفویت‌شده منافع محقق‌الحصول خواهان تلقی می‌گردد؛ لذا دعوی خواهان را در این خصوص وارد و ثابت دانسته و با منطبق دانستن نظریه کارشناس با اوضاع و احوال قضیه مستنداً به مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱ و ۲ و ۳ و ۱۱ قانون مسئولیت مدنی حکم بر محکومیت خوانده را به پرداخت مبلغ ... بابت اصل خسارات مادی وارده به خواهان به انضمام هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل بر اساس تعرفه موجود در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید ...».

در پرونده مذکور باید به نوع و میزان زیان‌های خواهان پرداخت؛ به‌راستی خواهان با اقدام خوانده، دچار چه نوع زیان‌هایی شده‌است؟ دادرس پرونده بر این باور است که مدرک تحصیلی تاثیر مستقیم و فراوانی بر روی درآمد شخص می‌گذارد. برای همین، اقدام خوانده که نهایتاً سبب تاخیر در اخذ مدرک خواهان شده، سبب کاهش درآمد خواهان و در نتیجه، زیان وی شده است، اما در این مسیر، دادرس با یک مانع روبه‌رو است: عدم‌النفع؛ چه خوانده مال موجود خواهان را از میان نبرده، بلکه تنها او را از درآمدی که می‌توانست به‌دست بیاورد، محروم کرده است. بدین ترتیب، نوع زیان خواهان، «عدم‌النفع» است. با توجه به نوع زیان و تردیدهایی که همیشه درباره مسلم بودن وقوع آن وجود داشته، می‌توان درباره درستی نگاه دادرس تردید کرد، اما به‌نظر می‌رسد دفاع از درستی رای دادرس رواتر باشد؛ توضیح آن‌که، کارشناس درآمد خواهان را به عنوان یک پزشک عمومی در سال‌های ۱۳۷٤ تا ۱۳۸۳ بررسی و برمبنای این درآمد، مراجعه‌کنندگان به خواهان را مشخص‌کرده و در نهایت، با توجه به تعرفه دستمزد پزشک متخصص، درآمدی که خواهان می‌توانست به‌دست بیاورد را تعیین کرده است. بدین ترتیب، مبنای اصلی زیان مورد ادعای خواهان، مسلم است، تعرفه پزشکان متخصص نیز با توجه به میزان اعلامی از سوی وزارت بهداشت مشخص است. در نتیجه، محاسبات کارشناس احتمالی نیست؛ چنان‌که در بخشی از

نظریه تکمیلی کارشناس آمده است: «میزان درآمد نامبرده صرفاً بر اساس میزان درآمد خود وی محاسبه‌گردیده است»، اما یک ایراد باقی‌است: خواهان در آزمون سال ۱۳۷۳ شرکت‌کرده است، باتوجه به‌این که تحصیل در دوره تخصص چند سالی طول‌کشیده و نهایتاً منجر به صدور مدرک‌می‌شـــود، برای‌همین درست‌نیســـت که مبنای درآمدی که از کف خواهان رفته را از ســـال ۱۳۷٤ آغاز کنیم. در واقع، حتی اگر خوانده مانع تحصیل خواهان نمی‌شـــد، خواهان نمی‌توانست در سال ۱۳۷٤ مدرک دلخواه خویش را به‌دست آورد، پس این‌که خواهان را از سال ۱۳۷٤ مستحق درآمد یک دندانپزشک متخصص بدانیم، اشتباه اســـت. همچنین باید به این نکته هم توجه داشت که دادگاه تعداد مشتریان خواهان را در طول سال‌های مورد بحث ثابت در نظر گرفته و بر اساس همین تعداد، میزان درآمد او را برآورد کرده است، این در حالی است که لزوما تعداد مراجعه‌کنندگان به پزشـــک عمومی با متخصص یکسان نیست؛ بنابراین مبنای برآورد دادگاه با ایراد مواجه است (میرشکاری، ۱۳۹۸: ٦۰).

همان‌گونه که مشـــخص اســـت در این فرض، سوابق درآمدی فرد در گذشته، قابل اعتنا نیســـت؛ چرا که وضعیت آینده فرد با آنچه در گذشـــته بوده تغییر پیداکرده و نمی‌تواند ملاک عمل قرار گیرد. در واقع، اگرچه خواهان ســـابقه درآمدی مشخصی داشته، اما این سوابق معیار مناسبی برای ارزیابی زیان فرد نیست؛ زیرا فرد می‌توانسته با کسب درجه تخصص، درآمدی متفاوت با دندان‌پزشک عمومی کسب‌کند؛ بنابراین ارزیابی باید بر اســـاس ضابطه‌ای باشـــد که میزان صحیح خســـارت واردشده جبران گردد. در این فرض و نیز در فرضی که سابقه مشخصی در کار نباشد، به‌نظر می‌رسد وضعیت متعارف را به عنوان مبنای محاسبه باید در نظر گرفت (Butt, 2008: 763)؛ هم‌چنین همان‌گونه که در مطالعات تطبیقی انجام شـــده در این پرونده و ذیل شماره (۱-٤) اشـــاره شد، گاه از وضعیت هم‌نوعان زیان‌دیده برای محاسبه عدم‌النفع استفاده می‌شود. برای نمونه، در پرونده شـــماره ۷۷٦/۸٦ طرح شده در شورای حل اختلاف ســـنندج، خواهان مدعی این بود که در اثر تقصیر خوانده، از حضور در دفتر وکالت و انجام مشـــاوره و دریافت درآمدهای ناشی از آن محروم شده است. در این پرونده، شـــورا با در نظر گرفتن درآمد روزانه سایر وکلای مشـــابه خواهان، میزان منفعت از دســـت رفته او را محاسبه کرد. در دادنامه شماره ۱۰۲۰ مورخ ۱۳۸٦/۱۲/۲۰ مرتبط با

این پرونده آمده که «با توجه به عدم حضور در آن روز دفتر وکالت تعطیل گردیده و نظر به این‌که اقل درآمد روزانه وکیلی هم‌طراز با خواهان یک میلیون ریال می‌باشد، [خواهان] خواستار مطالبه خسارت می‌باشد ... و در واقع خواند با تقصیر خود زمینه خسارت روزانه یک میلیون ریال و موجبات آن را برای خواهان فراهم کرده است که در این صورت قهرا ضامن است و در مانحن فیه نیز سببی که موجب ورود ضرر به خواهان شده و رابطه سببیت با آن دارد عدم عمل به موقع خوانده به وظایف قراردادی بوده است که ارکان قانونی دعوی مطالبه خسارت فراهم شده است؛ لذا با توجه به توجیهات فوق، دعوای خواهان ثابت تشخیص داده و مستندا به مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ... ریال در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید».

۲-۲-٤. غایت زمانی ارزیابی عدم‌النفع در حقوق ایران

مسئله دیگر غایت زمانی است که ارزیابی تا آن زمان باید صورت گیرد. در واقع، مساله مهم این است که عامل زیان تا کی باید به پرداخت غرامت در حق شخصی که به او به صورت عدم‌النفع زیان وارده شده، ادامه دهد. به‌نظر می‌رسد در درجه نخست، معیار اصلی در پاسخ به این پرسش، بازگشت فرد به حالت عادی باشد؛ یعنی عامل زیان باید به پرداخت غرامت ادامه دهد تا زمانی که زیان‌دیده به وضعیت نخستش بازگردد. از این رو در مواردی که نفع مورد تعدی و شانس از بین‌رفته یا محرومیت ایجادشده و ... برای مدت مشخصی در گذشته اتفاق افتاده و در زمان صدور حکم، شخص به وضعیت نخستش بازگشته، مثلا کارگری برای شش ماه از کار افتاده‌شده یا اتومبیلی برای سه ماه توقیف غیر قانونی شده، در این صورت دادرس باید به اندازه مدتی که شخص از حقش محروم شده حکم دهد، اما اگر در زمان دادرسی مانع برطرف نشده اما برای مدتی معین و محدود در آینده ادامه یابد که طبق نظر کارشناس قابل پیش‌بینی باشد یا حرمان‌های حاصل‌شده همیشگی باشد و خواهان را در آینده به طور کامل یا دست‌کم برای مدت طولانی و البته غیرقابل پیش‌بینی متاثر کند، دادرس باید خسارت را برای چه مدت ارزیابی کند؟ به‌نظر می‌رسد پاسخ قطعی به این پرسش مقدور نیست و در هر مورد باید بر اساس عرف و قضاوت آن راجع به منفعت از بین‌رفته یا بر اساس قانون تصمیم‌گرفت. با این حال، می‌شود از دو ملاک کلی بهره برد: نخست این‌که برای برخی موارد می‌توان از

طبیعت امـور اسـتفاده کرد. برای نمونه، فردی که درختی را قطع کرده، برای مدتی که عرفا آن درخت در سـن باروری قرارداشته، باید غرامت بدهد یا در فرضی که پدری کشته شده، باید به مدتی که عرفا آن پدر زنده می‌ماند (سـن امید به زندگی) توجه‌کرد؛ بـا این حـال، در کنار این عامل، باید به قانون نیز توجه نمـود. برای مثال اگر در اثر فعل زیان‌بار زیان‌دیده فوت‌کند و فرزندان او از حمایـت‌های مالی پدر محروم‌گردند، برای جبران چنین خسارتی بر فرض پذیـرش تا چه زمان می‌توان ارزیابی انجام داد؟ یقینا پدر تا آخر عمر فرزندان وظیفه حـمایت مالی از ایشـان را برعهده ندارد و این از نظر عرف هم پذیرفته است. می‌توان گـفت خـسارت او تا زمانی قابل ارزیابی اسـت که به سنی برسد که دیگر پدر قانونا مکلف به پرداخت نفـقه او نبوده است (ماده ۵ قانون مـسئولیت مدنی). این معـیار در سـایر نظـام‌های حـقوقی هم پذیـرفته شده است. حقوق‌دانان چنین اسـتدلال می‌کـنند که زیان‌دیده به فرض زنده بـودن، برای همه عمر و به اندازه تمام درآمدش بسـتگانش را مورد حمایـت قرار نمی‌داد (Atkinson, 2002: 14). با این مبنا، وقتی خودروی زیان‌دیده برای مدت چند سـال در توقیف بوده، چون در تـمام آن مـدت قابل انتفاع بوده و این حق از خواهان سلب شـده، خـسارت برای تـمام آن مـدت در نظر گرفته می‌شود، اما اگر پروانه رسـتوران خـواهان برای مثال ده سـال معتبر بوده که از آن میزان سـه سال باقی مانده و طبق ضـوابط اتـحادیه به دلیـل فقـدان پارکینگ نتواند مجوز مجدد بگیرد، خوانده دعوا بـرای مدت سه سال مـسئول خـواهد بود.اگر به دلیل صدمه بدنی زیان‌دیده برای هـمیشه از امکان کسب وکار محروم شود، زیان وارد بر درآمد او در سایر نظام‌های حـقوقی بر اسـاس طول عمر متعارف به علاوه طول عمر کاری او در کنار محاسبه احتمال خـطرات موثر در نظرگرفته می‌شـود (Nieswiadomy: 1988, 3). به این منظور در کشـورهای مذکور جداولی طراحی‌شـده که طول عمر کاری در مشـاغل مختلف را با توجه به سـن و جنس افراد مشـخص‌می‌کند. همچنین ارقامی به عنوان درصد خطراتی که برای هر شـغلی با توجه به سن افراد معلوم شده، معین‌می‌گردد و قضات و هیأت منصفه از این اعداد در ارزیابی استفاده می‌کنند (Brennan, 2016: 6). اگر چنین جداولی در دسـت نباشد می‌توان با استفاده از نظر کارشناسان امر، اعدادی را در نظرگرفت (حسینی، ۱۳۹۸ : ۱۷۶).

برآمد

۱- عدم‌النفع می‌تواند قسمی از زیان و قابل مطالبه باشد و آن‌چه مانع شناسایی آن به عنوان ضرر می‌شـــده، دشواری‌های مربوط به تعریف ضرر، تعیین مصادیق آن، احراز انتســـاب آن به عامل و در نهایت روش محاسبه آن است؛ از این رو اگر عملی در عرف به عنوان خسارت تلقی‌شود، گریزی از جبران آن وجود ندارد.

۲- در حقوق خارجی همین دشـــواری‌ها در شناسایی مصادیق عدم‌النفع بوده، لیکن از آن گذشـــته‌اند و به واقعیت عرفی آن توجه نموده و با اســـتفاده از روش‌های مناسب در پی ارزیابی آن برآمده‌اند.

۳- در حقوق ایران، رویه به ســـمت پذیرش این زیان است و دشواری علاوه بر اثرگذاری سبقه تاریخی فقهی، نبود معیارهای ارزیابی است.

٤- ضابطه اصلی در محاســـبه، آن‌گاه که سابـــقه مشـــخصی برای زیان‌دیده موجود است، همان سابقه و در صورتی که او از دریـافت امتیاز ویژه‌ای محروم شده است یا خســـارت برای آینده و بدون سوابق گذشته اســـت، ملاک ارزیابی، محاسبه بر اســـاس متعارف باشـــد. غایت ارزیابی زیان نیز تا هنـــگامی است که زیان‌دیده به وضعیت پیشـــین خود بازگردد و در غیر این صـــورت، می‌تواند به موجب عرف یا قانون مشخص شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اصغری آقمشـــهدی، فخرالدین (۱۳۸۱)، «**خســـارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا مصوب ۱۹۸۰**»، نامه مفید، شماره ۲۹.

* آبســـردی، نرگس و ازغ، یعقوب (۱۳۹٦)، «**محرومیت از کار و ضمان آن در فقه و حقوق موضوعه**»، مطالعات حقوق، شماره ۸.

* امامی، حسن (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، تهران: اسلامیه.

* امینـــی، منصور و پیری، جواد (۱۳۹۹)، «**ارزیابی خســـارات ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱٤.

* بهاری اردکانی، ابوالفضل و هاشـــمی باجگانی، ســـیدجعفر و ســـلیمیان، ابالفضل (۱۳۹۵)، «**مسئولیت مدنی فرصت از دست‌رفته**»، مجلس و راهبرد، شماره ۸٦.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، **ترمینولـــوژی حقوق**، جلد دوم، چاپ شانزدهم، تهران: گنج دانش.

* حسینی، امراله (۱۳۹۷)، «**جبران خسارت عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه در نظام بانکی**»، فقه و اصول، شماره ۲، سال ۲۵.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۲)، **مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* خـــداداده، منیژه و الهیـــان، مجتبی (۱۳۹٦)، «**ممکن‌الحصـــول و صدق اتلاف**»، مطالعات علوم‌اجتماعی، دوره سوم، شماره ۱.

* روشن، محمد و جعفری، علی‌اکبر و جهان‌تیغی، مجتبی (۱۳۹۷)، «**بررسی قابلیت جبران‌پذیری عدم‌النفع در فقه امامیه**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۱.

* سامت، محمدعلی (۱۳۷۷)، «**فوت منفعت یا عدم‌النفع در حقوق ایران و اسلام**»، نشریه دانشکده حقوق وعلوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ٤۲.

* ســـکوتی، رضا و شـــمالی، نگار (۱۳۹۰)، «**جایگاه عدم‌النفـــع در حقوق ایران**»، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱، شماره ۲.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، **آثار قراردادها و تعهدات**، جلد چهارم، تهران: مجد.

* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، **حقوق تطبیقی**، چاپ ۱۱، تهران: سمت.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
* غروی اصفهانی، محمدحسین (بی‌تا)، **نهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، جلد چهارم، قم: موسسه آل‌بیت علیهم‌السلام لاحیاءالتراث.
* کرمی، سکینه (۱۳۹۱)، «**تحلیل فقهی حقوقی خسارت ناشی از تفویت منفعت**»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۸، شماره ۲۹.
* متین‌دفتری، احمد (۱۳٤۲)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد دوم، چاپ دوم، بی‌جا.
* مرندی، محمدرضا و پنهانی، زهرا (۱۳۹٦)، «**خسارت عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران، مطالعات علوم سیاسی**»، حقوق و فقه، دوره سوم، شماره ۱/۳.
* میرشکاری، عباس (۱۳۹۹)، **رساله عملی در مسئولیت مدنی**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۹۵)، «**ضمان ناشی از خسارت عدم‌النفع در نظریه فقهی وحید بهبهانی**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ٤۹، شماره ۲.

ب. عربی

* انصاری، مرتضی (۱۳۹۹)، **ارشاد الطالب الی تعلیق المکاسب**، مهر.
* بحرالعلوم، علاءالدین (۱٤۳۱ ق)، **مصابیح الاصول**، جلد سوم، چاپ سوم، بی‌جا: دارالزهرا.
* حسینی، میرعبدالفتاح (۱٤۱۷ ق)، **العناوین الفقهیه**، جلد نخست، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
* حلی، نجم‌الدین جعفربن‌حسن (محقق) (۱٤۰۸ ق)، **شرائع الاسلام فی‌مسائل الحلال و الحرام**، جلد نخست، قم: موسسه اسماعیلیان.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (۱۳۸۰)، **تحریرالروضه فی شرح اللمعه**، تهیه‌کنندگان: علیرضا امینی و محمدرضا آیتی، چاپ سوم، تهران: سمت.
* غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷٤)، **نهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، جلد دوم، قم: ایران.

* کاتوزیان، ناصـــر(۱۳۸۹)، **الزام‌های خارج از قرارداد**، جلد نخســـت، چاپ نهم، تهران: دانشگاه تهران.
* مروج جزائری، محمدجعفر (بی‌تا)، **منتهی الدرایه**، جلد ششم، بی‌جا.
* نجفی خوانساری (۱٤۱۸ ق)، **منیه الطالب**، ج ۳، بی‌جا: مؤسسه النشر الاسلامی.
* یزدی نجفـــی، محمدابراهیم (بی‌تا)، **حاشـــیه فرائد الاصول**، جلـــد دوم، بی‌جا: دارالمهدوی.

پ. انگلیسی

* Atkinson, R.G (2002), **Damages in an action for wrongful death**, Queensland law reform commission, issues paper wp vol 56, seen at http://www.qlrc.qld.gov.au/pdf-file,accessed at 17/11/2017
* Barrie, peter (2005), **personal injury Law**, oxford university press, second edition
* Brennan, Niamh, Hennessy, John, **Forensic accounting and the calculation of personal injury damages**, Bar review, vol 6, no.9, accessed at: http://www.hdl.handleinet/10197/ 5885, seen at:11/11/2016
* Butt, Zultan, Haberman, Steven, Verrall, Richard, Wass, Victoria, (2008), **Calculating compensation for loss of future earnings: Estimating and using work-life expectancy**, Journal of the Royal statistical society, series A, vol. 171, no.4,seen att:http://www.jstor.org/stable/30130781,accessed at 15/05/2018
* Cane, Peter (2006), **Atiah's Accidents**, compensation and the law, cambridge university press, seventh edition
* Elliot, Catherine, Quinn, Frances (2011), **Tort law**, pearson, 8edition
* Fischer, David (2001), **Tort recovery for loss of a chance**, University of missiouri school of law scholarship repository
* Greene, Brendsn (2012), **Tort Law**, Hodder Education

❋ Lambert- Faivre, Y, **Droit du dommage corporel, Systemes d, indemnisation**, Dalloz, 4edition

❋ Lewis, Richard, Mcnabb, Robert, Robinson, Helen, Wass Victoria (2002), **"Court awards of damage for loss of future earning: an emprecial study and an alternative method of calculation"**, Journal of law and society, Vol 29, N. 3.

❋ Miller, Vernon, X, Damages (1932), **"Responsibility and loss of profits"**, Marquette law review, vol4, Issue 1.

❋ Nieswiadomy, Michael, Silberg, Eugene (1988), **Calculating changes in worklife expectancies and lost earnings in personal injury cases**, Journal of risk and insurance association, vol.55, n,3, seen at:http://www.jstor.org/stable 253251, accessed at:15/05/2018.

❋ Ramsey, SirVivian (2011), **Establishing claims for damages, costs and interest in international Arbitration**, High court, London.

❋ Robert, l. Rabin (1987), **The historical development of the fault principle: A Reinterpretation**, 15 A.L. Rev: seen at http://www.law.stanford. edu, accessed at 11/3/2016.

❋ Smith, James B, Taylor, Jack A. (1996), **"Injuries and loss of earnings"**, Alabama lawyers, vol. 57, no. 3.

❋ Van Dam, Cees (2013), **European tort law**, 2edition, Oxford

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ٦۹-٤۱
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۱/۱٦ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۰۸/۰۸

اعتبارسنجی نظریه «مطلق بودن حق حبس»

مصطفی شاهبازی،[۱] مهدی سجادی کیا[۲]

چکیده

با مطالعه آثار موجود در خصوص حق حبس، می‌توان به این نتیجه رسید که این حق به‌عنوان یک «حق مطلق منفی» برای طرفین عقود معاوضی وجود دارد که مطابق آن، طرفین قراردادی در آنِ واحد و بلافاصله بعد از انعقاد قرارداد می‌توانند از انجام تعهدات خود استنکاف ورزیده (جنبه منفی حق مذکور) و انجام تعهدات خود را منوط به انجام تعهدات توسط طرف مقابل بنمایند. در این نظریه، این حق به‌طور مطلق و بدون هیچ‌گونه شرط و قیدی (استناد پذیری مطلق) برای هریک از طرفین وجود دارد (تعدد حق حبس؛ حق حبس بایع و حق حبس مشتری)؛ این نظریه در ماده ۳۷۷ قانون مدنی متجلی شده است. در فرایند تحقیق به این برایند می‌رسیم که این قرائت از حق مذکور خالی از ایراد نبوده و باید آن را مخالف برخی از اصول حقوقی و فقهی قلمداد کرد و در بعضی از موارد نیز منتهی به «نقض غرض» می‌شود. علاوه بر این، نظریه «معلق بودن» با کاربرد «ایراد و دفاع» را می‌توان به عنوان نظریه جایگزین ارائه کرد. طبق این نظریه، حق حبس نه تنها مطلق و منفی نیست، بلکه به تعداد طرفین متعدد نمی‌شود.

واژگان کلیدی: حق حبس، حق مطلق، عقود معاوضی، امتناع از انجام تعهد، اجرای فوری تعهدات.

---

۱. دکترای تخصصی، پژوهشگر و مدرس حقوق خصوصی، دانش‌آموخته دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول)
Shahbazimostafa@gmail.com
۲. دانشجو دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران و پژوهش‌گر پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه
Mahdi.sajadikia@gmail.com

درآمد

هرچند ضمانت اجرای تعهدات غیر از تعهدات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲٤۲۱)، اما غرض اصلی از وضع ضمانت اجرا ایجاد پشتوانه‌ای مطمئن جهت اجرای مفاد قرارداد است؛ زیرا ظهور نتایج قرارداد، هدف اصلی طرفین از انعقاد آن است (موسوی و اصانلو، ۱٤۰۱، ۲۵۱). اگر متعهدِ متخلف را که علاقه‌ای به اجرای قرارداد نشان نمی‌دهد، نتوان ملزم به اجرای تعهد خویش کرد، تکلیف و تعهد در روابط حقوقی و اجتماعی مفهوم خود را از دست خواهد داد. چگونه می‌توان شخص را متعهد به انجام یا ترک عملی دانست، در حالی که وادار ساختن او به اجرای آن ممکن نباشد. قانون باید رساندن حق را به صاحب آن از راه الزام مدیون، در چهارچوب مقررات تأمین کند وگرنه مفهوم و معنایی برای حق در پهنه اجتماع نمی‌توان شناخت (شهیدی، ۱۳۸۳: ٤٤)؛ لذا در اهمیت ضمانت اجرا و ابزارهای ضمانتی همین‌قدر بس که اجرا شدن قانون[1] را تضمین می‌کنند و اهمیتی به‌مثابه اصل قانون دارند. از سویی همان‌گونه که رصد کردن قانون و توسعه کمی و کیفی قانون، جایگاه ویژه‌ای به‌لحاظ تأمین نیازهای اجتماعی و ... دارد، ابزارهای ضمانتی حائز اهمیت ویژه‌ای می‌باشند و باید بر اساس اقتضا شرایط زمان و مکان خود تفسیر شوند (پورمحمدی و سیمایی صراف، ۱٤۰۲: ۷٦)؛ زیرا امروزه هدف از وضع ضمانت اجرا صرفاً اجرای تعهد و احترام به موازین حقوقی نیست، بلکه مبانی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و ... نیز مورد نظر قرار می‌گیرد (ملایی، ۱۳۹٤: ۲۷۹).

یکی از ابزارهای ضمانتی، «حق حبس» است که نه تنها در حقوق معاملات، بلکه در حقوق خانواده ره یافته و علاوه بر عرصه قوانین ملی توانسته در قوانین تجارت بین‌الملل نیز جایگاهی را به خود اختصاص دهد. از همین رو، ارائه تفسیری که بتواند جایگاه حقیقی این ابزار را به نمایش گذارد راهگشا خواهد بود. با مطالعه آثار نگاشته شده در زمینه حق حبس، این نظریه تایید می‌شود که این حق به عنوان حق مطلق و منفی مورد توصیف و شناسایی قرار گرفته است (قنبری، ۱۳۷۲: ۱۰٦؛ احمدی، ۱۳۷۵: ۳۲۳؛ نوین، ۱۳۸٤: ۱۵۵؛ قاسم زاده، ۱۳۸۳: ش۲۱٤)؛ هرچند که در تألیفات حقوقی این نظریه با این عنوان مطرح نشده است، اما با توجه به آثار و

---

۱. به معنای عام که شامل قراردادها نیز می‌شود.

شـــرایطی که برای این حق بر می‌شمارند، می‌توان این عنوان را بر نظریات ارائه شده منطبق دانست.

ســـوال اصلی این تحقیق آن اســـت که آیا این قرائـــت از حق حبس می‌تواند صحیح باشـــد. با توجه به یافته‌های موجود در این زمینه، این مطلب تایید می‌شود که این برداشت از حق حبس دچار آسیب‌های جدی بوده و بعضاً با قواعد مسلم حقوقی در تعارض است.

در خصوص پیشینه تحقیق حاضر می‌توان گفت به‌رغم تعدد نگاشته‌ها در این زمینـــه، اکثر این آثار با پذیرش این مطلـــب که حق حبس از قواعد عمومی قراردادها اســـت، به شرح و بسط عوارض این حق از جمله آثار، شـــرایط و دامنه آن از لحاظ حقوقی و فقهی پرداخته‌اند؛ بدون این که نسبت به ماهیت این حق اظهار نظری داشته باشند. نوشـــته پیش رو، صرف نظر از عوارض این حق و عدم ارائه تکرار مکررات، به شـــیوه توصیفی تحلیلی، به بررســـی و بیان ایرادات قرائـــت متداولِ از حق حبس می‌پـــردازد. ناگفته نماند برخی از تألیفات موجود همچون «آثار قراردادها و تعهدات» دکتر شـــهیدی به صورت مختصر نسبت به ماهیت این حق اظهار نظر داشته و برخی از مطالب موجود در این زمینه را مورد نقد قرار داده‌اند.

پژوهش پیش‌رو از دو بخش اصلی تشکیل شده است؛ بخش نخست به تبیین نظریـــه حق حبس به‌عنوان حق مطلق اختصاص یافته و بخش دوم با عنوان «ادله عدم امکان توصیف حق حبس به‌عنوان حق مطلق و منفی» به بیان ادله مختلف مبنی بر این که حق مذکور را نمی‌توان به عنوان حق مطلق شناسایی کرد می‌پردازد.

۱. تبیین نظریه «حق حبس به‌عنوان حق مطلقِ منفی»

در تعاریفی که در خصوص حق حبس ارائه شده است، غالباً آن را از اقتضائات عقود معاوضی، خصوصاً بیع دانسته و در تعریف آن معتقدند که به‌صرف ایجاد عقد و عدم توافق طرفین بر زمانی خاص برای انجام تعهد، باید هریک آنچه را به‌موجب عقد منتقل کرده است، تسلیم نماید. همچنین هریک از طرفین می‌تواند انجام تعهد خویش، یعنی تســـلیم عوض را، موکول به انجام تعهد طرف مقابل بنماید که این موکول کردن انجام تعهد خود به انجام تعهد توســـط طرف مقابل را حق حبس دانسته‌اند (باقری و طباطبایی، ۱۳۸٤: ۸۲؛ فروحی،۱۳۸۵: ۲۰٦؛ عدل، ۱۳۸۵: ۲۷۱؛ امینی و دیگران، ۱۳۹٦:

۹۱؛ عظیم‌زاده، ۱۳۹۰: ۲؛ صفا، ۱۳۸٦: ٦۰؛ مراغی، ۱٤۱۷: ۲۵۱).[۱]

عدالت معاوضی،[۲] اســـتناد پذیری مطلق حق حبس (سعیدی، ۱۳۸۷: ۱٤۷)؛ و ارائه راه‌های خروج از بن‌بســـت ناشی از اجرای حق حبس که در کتب فقهی به آن‌ها اشاره شده است[۳] (طوســـی، ۱۳۸۷: ۸۸؛ میرزای قمی، ۱٤۱۳: ۱۵۵؛ ابن ادریس حلی، ۱٤۱۰: ۳۰٦)؛ سه مؤیدی هستند که دلالت می‌کنند بر این که توصیف عمومی از حق حبس، به عنوان حق مطلق و منفی اســـت؛ چرا که به صـــرف انعقاد قرارداد، طرفین مکلف به اجرای تعهد خود هســـتند و هیچ‌کدام بر دیگری ترجیحی ندارند و هرکدام می‌تواند فارغ از هرگونه شـــرطی، اجرای تعهد خود را موکول به اجرای طرف مقابل بنماید (اســـتناد پذیری مطلق حق حبس) و اگر هر دو در اجرای این حق خود اقدام نمایند، قرارداد با بن‌بســـت مواجه خواهد شـــد، از این رو راهکارهایی از جمله قرعه (باقری و طباطبایی، ۱۳۸٤: ۸۹) برای خروج از این بن بست ارائه شده است.

پایه اصلی این نظریه بر این امر بنا شـــده اســـت که حق حبس، حقی مطلق و منفی اســـت و اســـتناد و اعمال آن مقید به امری نشده است. نتایج این امر را می‌توان چنین برشمرد:

نخســـت، طبق این نظریه، طرفین به محض انعقاد عقد معاوضی می‌توانند ابتدا به‌ساکن و بدون هیچ گونه شرطی از اجرای تعهداتشان به استناد حق مذکور خودداری کنند (انعقاد قرارداد موجد حق حبس).

دوم، این حق همان‌گونه که در ماده ۳۷۷ قانون مدنی بیان شده به طور مستقل برای هر یک از طرفین در نظر گرفته شده است؛ لذا برای هر یک از طرفین یک حق وجود دارد. به عبارت دیگر طبق این نظر، دو حق حبس ایجاد می‌شـــود: حق حبس بایع و حق حبس مشتری؛ که این دو حق در عرض یکدیگر توصیف شده‌اند.

ســـوم، حق مذکور به‌صورت هم‌زمان برای طرفین در نظر گرفته شـــده است؛

---

۱. عباراتی که فقها بیان داشـــتند بدین نحو بوده اســـت: «فلکل منهما الامتناع عن التقدم» و «جاز لکل منهما الامتناع عن التسلیم قبل تسلیم الأخر».

۲. که اکثر نویسندگان به‌عنوان مبنای حق حبس بدان اشاره کرده‌اند.

۳. چرا که به‌صرف انعقاد قرارداد، طرفین مکلف به اجرای تعهد خود هســـتند و هیچ‌کدام بر دیگری ترجیحی نـــدارد و هر کدام می‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای طرف مقابل بنماید و اگر هر دو در اجرای این حق اقدام نمایند، اجرای قرارداد با بن‌بســـت مواجه خواهد شـــد، از این رو راه کارهایی برای خروج از این بن‌بست ارائه شده است.

بدین معنی که هر یک از طرفین در آنِ واحد از آن برخوردار می‌شـــوند؛ چرا که حق حبس، ناظر به «زمان مشترک تسلیم» است. عنصر «زمان» در حق حبس نقش بنیادینی را ایفا می‌کند؛ لذا برای پی بردن به صحت و عدم صحت نظریه مذکور، باید به بررسی کیفیت زمان تســـلیم و تسلم در عقود معاوضی پرداخت که برای جلوگیری از تکرار، در ذیل ادله فقهی ارائه می‌شود.

نکته مهم این است که حق حبس در حقـــوق اروپایی کـمی متفاوت از نظام حقوقی ایران اســـت؛ زیرا در حقوق اروپـــایی این حق به عنوان حق «دفاع و ایراد» توصیف شـــده اســـت؛ در حالی که بر اساس توصیف مـــادۀ ۳۷۷ قانون مدنی این حق یک حق مطـــلق است. توضیح بیشتر آن‌کـه، در حـــقوق اروپـایی طبیعت این حق به‌گونه‌ای اســـت که در مرحـــلۀ اجرا به‌کار می‌آید و هنگامی اعمال می‌گردد که طرف دیگر از انجام دادن تعـــهد خود سر باز زنـــد، به‌همین دلیل اسـت که بعضی تصریح کرده‌اند حق حبس یک حـق مطلق نیسـت؛ یعنی ابتدا قابـل اجرا نیسـت و از مصـادیق «دفـاع متقابل» متبایعان به شمار می‌رود؛ بنابراین نمی‌تـوان آن را در شـمار حـــقوق عینی و دینی آورد و اساســاً حقی اســـت که در مرحلۀ دفاع به کار می‌رود (سعیدی، ۱۳۸۷: ۱٤٤ـ ۱٤٥).

برخی دیگر از حقوق‌دانان این حق را «ایراد» تلقی کرده‌اند؛ یعنی ایراد هر یک از متبایعـــان در مقابل امتناع از انجـــام دادن تعهد طرف دیگر؛ و آن را به صورت یک حق مطلق که برای متعاقدان منظور شـــده باشد، نپذیرفته‌اند و بر این اساس استدلال کرده‌اند که اگر چنین باشـــد (یعنی حق مـــطلق) باید ابتدا به‌ساکن هم مجری باشد؛ در حالی که چنین نیست. از علمای حـــقوق فرانسه، کلن و کاپیتان معتقدند که حق امتنـــاع از اجرای تعهـــد را نمی‌توان یک حق مطلق به شـــمار آورد؛ بلکه حق دفاعی است که قانون برای متبایعین در صورت انجام ندادن تعهد در مقابل هم شناخته است (فتحی‌پور، ۱۳٤۲: ۵۲).

حقـــوق مدنی قدیم مصر در ماهیت حـــق حبس مردد بود، اما در قانون جدید مصر، مانند قوانین بعضی از کشـــورها همچون آلمان، حق حبس یک «دفاع» شناخته شده اســـت. از نوشـــته‌های حقوق‌دانان مصری نیز برمی‌آید که حق حبس را «ایراد» تلقی کرده‌اند؛ زیرا «حق امتنـــاع از اجرای تعهد» در زبان عربی به قاعدۀ «الدفع بعدم

تنفیذ العقد» تعبیر شده که مراد از آن ایراد به عدم اجرای تعهد است. در حقوق قدیم فرانسه تعبیر Exception nom adimpleleti contractus، که در حقوق رم کاربرد داشته، به کار رفته است (سنهوری، ۱۹۹۷: ۲، ۲۰۸). در مادهٔ ۸۳ قانون قراردادهای سوئیس،[1] در صورتی که عدم اجرای یک طرف تا حدودی ظاهر باشد؛ مثلاً اعسار او منجر به ورشکستگی شود که نتواند تعهدات خود را ایفا کند یا محجور از تصرف در اموال خود شود که در صورت بدتر شدن اوضاع اقتصادی او، حقوق طرف مقابل را مسلماً به خطر اندازد، وی حق خودداری از اجرای تعهد خود را دارد؛ البته تا زمانی که اجرای مقابل تأمین شود. در قراردادهای بیع نیز وضعیت مشابهی، مطابق قاعدهٔ یادشده پیش‌بینی شده است.

در این مسأله که آیا حق حبس حقی است که ابتدا و بالذات برای متعاقدین منظور گردیده یا دفاع یکی از آنان در مقابل دیگری است، بین علمای حقوق اختلاف است. برخی از نویسندگان بیان داشتند که ثمره این اختلاف در سه عرصه ظهور پیدا می‌کند: نخست، تعیین تکلیف نمائات و نتایج و منافع؛ دوم، تلف هر یک از عوضین و سوم، کیفیت حق وراث نسبت بدان. هرگاه حق حبس را مطلق بدانیم، به محض امتناع یکی از طرفین از ایفای تعهد خود، قرارداد آن ها منحل می‌شود[2] و اگر در فاصله بین زمان انعقاد عقد تا زمان امتناع از اجرای تعهد نمائاتی در مال تحت تصرف یکی از طرفین حاصل شود متعلق به شخص او می‌باشد و طرف دیگر نسبت بدان حقی نخواهد داشت.[3] همچنین در این صورت هرگاه یکی از طرفین فوت شود، وراث وی

1. Swiss contract law-swiss code of obligations.

۲. البته بدیهی است که صرف امتناع یکی از طرفین از اجرای تعهدات قراردادی خویش، موجب انحلال قرارداد نخواهد شد؛ به‌عبارتی انحلال قرارداد یا مستند به فسخ یا اقاله و یا انفساخ قرارداد است و نمی‌توان تنها با استناد به امتناع یکی از طرفین از اجرای تعهدات خود، قرارداد را منحل دانست؛ در واقع در این فرض می‌توان با استناد به امتناع متعهد، ممتنع را اجبار نمود و یا قرارداد را فسخ کرد که توضیح تفصیلی، در این نوشتار نمی‌گنجد.

۳. مطابق آنچه که بیان گردیده، گمان می‌رود نویسنده محترم عقیده بر این داشته است که با امتناع متعهد، قرارداد از هنگام انعقاد منحل می‌گردد که نمی‌توان این نظر را مورد قبول دانست. همان‌طور که بیان شد نمی‌توان امتناع را موجب انحلال قرارداد دانست، بلکه امتناع ممکن است منجر به فسخ قرارداد شود که در صورت فسخ قرارداد، قرارداد کاملاً صحیح و از زمان انعقاد تا هنگام فسخ در عالم اعتبار دارای حیات حقوقی بوده و نباید از آثار آن غافل شد؛ در نتیجه از هنگام عقد تا هنگام فسخ قرارداد، نماآت و منافع در مالکیت طرف مقابل ایجاد شده است نه متصرف آن که از زمان عقد دیگر مالکیتی نداشته و تنها مستند به حق حبس، مورد معامله را در تصرف داشته است. در مجموع این

نمی‌توانند با اجرای تعهد مربوط به خود، طرف دیگر را ملزم به اجرای تعهد نمایند و اگر یکی از عوضین تلف گردد، از مال کســی تلف شده که متصرف آن بوده است و نــه طرف مقابل وی.[۱] حال اگر حق حبس را یک نوع حق دفاع و ایراد بدانیم، عکس نتایج بالا حاصل می‌شود (فتحی‌پور، ۱۳٤۲: ۵۲).

۲. ادله عدم امکان توصیف حق حبس به‌عنوان حق مطلق

در این قســمت در تقویت آنچه بیــان گردید و با توجه به مبانی نظام حقوقی ایران که متأثر از مباحث اصولی و فقهی اســت، به ادله مختلفی از جمله ادله اصولی، فقهی و عقلی اشــاره می‌شــود و در صدد اثبات این مهم می‌کوشــد که حق حبس نمی‌تواند به‌عنوان حق مطلق شناسایی شود.

۱-۲. ادله اصولی عدم امکان توصیف حق حبس به‌عنوان حق مطلق

در این فرصت در جهت اثبات فرضیه تحقیق، به دو دلیل عقلی استناد می‌شود که دلیل اول ناظر به تلازم بین تکلیف ظرفین و دلیل دوم ناظر به غیرمستقلات عقلیه می‌باشد.

۱-۱-۲. عدم تلازم بین تکلیف طرفین به وجوب تسلیم

بــا تبیین زمان انجام تعهدات که منتهی به اثبات «اصل اجرای فوری تعهدات» می‌شــود، می‌توان گفت که هر یک از طرفین به تنهایی و مستقلاً مخاطب این وجوب هستند (ســبزواری، ۱٤۱۳: ۲۷٤)[۲] و در زمان جعلِ وجوب، تلازم و ارتباطی بین این دو تکلیف (تکالیف بایع و مشتری) لحاظ نشده است (اصفهانی، ۱٤۱۸: ۳۷۲)[۳] و بین این دو تلازمی نیست (ایروانی، ۱٤۰٦: ۸۱)؛[٤] چرا که برای اثبات تلازم بین دو تکلیف، نیازمند دلیل هستیم که دلیلی بر آن وجود ندارد و اصل هم «عدم تلازم» است. با نفی «تلازم» در حقیقت حق حبس به عنوان یک حق مطلق نفی می‌شــود؛ زیرا حق حبس به عنوان حق مطلق، ناشی از قائل شدن به تلازم بین دو تکلیف هست؛ بدین معنی که

اندیشه شاذ و قابل ایراد و نقد است.

۱. مستند به «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» می‌توان این ادعا را اثبات کرد.

۲. «فتــدل علیه إطلاق الأدله الثلاثه من الکتاب و الســنه و الإجماع علی وجوب الوفاء بالعقد بمفاده المطابقی و الالتزامی العقلائی و هذا الوجوب مطلق علی کل منهما و لیس بمشروط بقبض الآخر».

۳. «و علیه فیحصل لکل منهما بســبب هذا الالتزام استحقاق تســلّم العین بإزاء تسلیم بدلها من دون تعلیق الالتزام کل منهما علی شیء».

٤. «فلوامتنع أحدهما عن الابتداء عصیانا لم یکن للآخر ذلک لأنّ عصیان أحدهما لایسوغ فعل الآخر».

قائـــلان به حق حبس به عنوان یک حق مطلق معتقدند که حکم وجوب فوری اجرای تعهدات هر یک از طرفین، منوط به اجرای طرف مقابل شـــده اســـت (بدین معنی که ایفای تعهدات بایع متوقف بر اســـتیفای تعهدات مشـــتری است و به‌عکس، به‌عبارت دیگر تسلیم در برابر تسلیم است). این اصل با اطلاق خود و تاکید بر فوریت اجرای تعهدات از ســـوی هر یک از طرفین، نافی این تلازم اســـت و به نظر می‌رسد اگر این تلازم بین دو تکلیف وجود داشته باشد، فقط در زمان جعل و ثبوت است، نه در عالم اثبات و خارج؛ بدین معنی که مثلاً در بیع، پرداخت ثمن منوط به پرداخت مبیع نشده اســـت و اگر هم شده باشد، فقط در عالم ثبوت و مربوط به زمانی است که شارع دو مفهوم عوضیت و معوضیت را تصور و جعل کرده است؛ نه در مقام اجرای تعهدات. از سویی همبستگی و علقه‌ای که طرفداران حق حبس بین دو عوض و دو تعهد بدان اشـــاره می‌کنند، در مرحله ثبوت و انشاست (خویی، ۱٤۱۷: ۵۹۲)؛[1] نه در مرحله اجرا و اثبات؛ چرا که برای معوض بودن عقد همین بس که در زمان انعقاد، عقد دارای دو طرف باشـــد، لذا اگر در زمان انعقـــاد دارای دو طرف بود، ولی در زمان اجرا یکی از طرفین به هردلیلی موجودیت خود را از دســـت داد، عقد کماکان معوض است و این باعث نمی‌شود که عقد از معوضیت خارج شود.

در ادامه شش دلیل بر عدم تلازم اقامه می‌شود:

نخست، دلیل وفا به عقد، که یکی از مبانی حق حبس است، ظاهر در این است که هر یک از دو تســـلیم به مجرد تمام شـــدن عقد صورت گیرد و تسلیم را منوط به اجرای طرف دیگر عقد نکرده است؛ بنابراین لزوم تسلیم اعم است از این که دیگری تسلیم بکند یا نه و برای تقییدِ «تسلیم»، دلیلی در دست نیست.

دوم، اگر بین این دو تکلیف ملازمه باشـــد، باید استحقاق مطالبه، بعد از تسلیم هر یک از عوضین به وجود آید؛ این در حالی اســـت که هیچ‌کس به این مطلب قائل نشـــده و همه فقها و حقوق‌دانان به این امر معتقدند که به صرف انعقاد عقد، برای هر یک از طرفین حق مطالبه و استحقاق عوضین است (رشتی گیلانی، ۱۳۱۱: ۱۱۰).[2]

ســـوم، اگر تســـلیم در مقابل تسلیم اســـت، در جایی که تعهد یکی از طرفین

---

۱. «فان کون الثمن عوضا فی مقام الإنشاء».

۲. «نســـب تحریر المسأله علی الوجه الاوّل الموافق للمتن الی المسالک و الرّیاض و مجمع البرهان و قال انّا لم نجد قائلا بتوقف استحقاق المطالبه علی التّسلیم».

قرارداد مؤجل باشد، دلیلی نیست که حق حبس وی از بین برود (یزدانی و جهانگیری، ۱۳۹۱: ۳۶).

چهارم، اگر تسلیم در برابر تسلیم باشد و تسلیم هریک از طرفین منوط و متوقف بر تسلیم دیگری باشد، این منجر به دور می‌شود و بطلان دور در علم فلسفه و منطق اثبات شده است. برخی از محققان در این زمینه اظهار داشته‌اند: «باید توجه داشت که لزوم تسلیم هریک از عوضین، مشروط به تسلیم دیگری نیست؛ زیرا مستلزم دور خواهد بود و در نتیجه هیچ‌گاه لزوم وفای به این شرط و عقد محقق نخواهد شد» (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۵: ۱۰). ایشان در جای دیگری بعد از ارائه مباحثی در مقام نتیجه‌گیری چنین می‌نگارد: «نتیجه این که، لزوم تسلیم در برابر تسلیم را نمی‌توان مفاد عقد دانست و باید آن را مرتبط به مرحله اجرا محسوب نمود؛ در نتیجه، حق حبس را بر این اساس نمی‌توان ثابت کرد؛ زیرا تاکنون فقط ثابت گردیده که مفاد عقود تملیکی، تملیک در برابر تملیک است و نتیجه به مالکیت طرف مقابل درآمدن مال، لزوم رفع منع تصرف از آن برای بهره‌برداری طرف دیگر است و این تعهد به تسلیم و تسلیط مال غیر به غیر (صاحب مال)، مشروط یا معلق بر تسلیم متقابل نیست» (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۵: ۸).

پنجم، برخی فقها همچون صاحب جواهر (نجفی، ١٤٠٤: ١٤٥)[1]، سید احمد خوانساری (خوانساری، ١٤٠٥: ١٩٧)[2]، محقق سبزواری (محقق سبزواری، ١٤١٣: ٢٧٥)[3]، محقق اردبیلی (نجفی، ١٤٠٤: ١٤٦)،[4] میرزا حبیب‌الله رشتی (رشتی گیلانی، ۱۳۱۱: ۱۱۰)[5] و موسوی خمینی (موسوی خمینی، ١٤٢١: ٥٦١)[6] در خصوص عدم

---

۱. «قدعرفت أن وجوب التقابض علیهما مطلق غیر مشروط بشیء».
۲. «أنّ وجوب التسلیم علی کلّ منهما لیس مشروطا بتحقّقه من الآخر».
۳. «ثمَّ إن وجوب التقابض مستقل مطلق غیر مشروط بقبض الآخر کما أن أصل وجوب الوفاء بالعقد کذلک بالنسبه إلیهما و من لوازم کون وجوب الوفاء و وجوب القبض مطلقا و غیر مشروط بوفاء الآخر و قبضه أن امتناع أحدهما عن الوفاء و القبض لایوجب جواز عدم وفاء الآخر و عدم التسلیم علیه» و «وجوب التسلیم وجوب نفسی مطلق یعم کلا من المتعاوضین فی عرض واحد».
٤. «ثبوت الانتقال بالعقد یقتضی وجوب الدفع علی کل واحد منهما عند طلب الآخر، و عدم جواز الحبس حتی یقبض حقه، و جواز الأخذ لکل حقه من غیر إذن الأخر، لأن ذلک هو مقتضی الملک».
۵. «و لایتوقف تسلیم احدهما الی الاخر فلیس المستاجر الامتناع عن دفع الاجره لتسلم العمل و لا للموجر الامتناع عن تسلیم العمل یتسلم العین المعمول فیها لیسلم الاجره بل یجب علی کلّ منهما التّسلیم قبل الآخر».
٦. «یجب علی کلّ من المتبایعین تسلیم ما وقع علیه العقد و ذلک لا لأجل ... و لا لأجل بناء عقود

وجود تلازم، مطالبی را ارائه داده‌اند که در عقد نکاح نیز به چشـــم می‌خورد (بحرانی، ۱٤۰۵: ٤۹٦).[1]

ششـــم، علاوه بر آن چه که بیان شد، می‌توان گفت نفی تلازم بین دو تسلیم با قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» نیز قابل تایید است؛ بدین توضیح که اگر تســـلیم در مقابل تســـلیم باشد و با تسلیم هر یک، تســـلیم بر دیگری واجب می‌شـــود و بین دو تکلیف تلازم وجود دارد، در جایی کـــه قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» جاری اســـت و تســـلیمی از هیچ یک از طرفین صورت نگرفته؛ چرا بایع باید منافع مبیع را به مشـــتری‌ای بدهد که هیچ التزامی به تسلیم ندارد و هیچ گونه تسلیمی از ســـوی وی اتفاق نخواهد افتاد. به عبـــارت دیگر، از آن جا که منافع از عین تبعیت می‌کنند، در این جا که عین مبیع تسلیم نمی‌شود، منافع هم نباید تسلیم گردد و از این که منافع را باید تســـلیم کرد، می‌توان نتیجه گرفت که تسلیم در مقابل تسلیم نیست و تلازمی وجود ندارد.

در نهایت برخی از فقها در راســـتای نفی تلازم ســـوالی را مطرح کرده و بدان پاســـخ داده‌اند؛ بدین بیان: در جایی که یکی از طرفین از تسلیم خودداری می‌کند، آیا طرف مقابل می‌تواند از تسلیم خودداری کند؟ ظاهر کلمات و نظرات فقها، این است که چنین حقی برای طرف مقابل وجود ندارد (محقق سبزواری، ۱٤۲۳: ٤۸۵).[2]

بعد از نفی «تلازم» که اساس نظریه مشهور (حق مطلق) است، در ادامه به تبیین سایر ادله اصولی می‌پردازیم.

۲-۱-۲. اثبات ادعا از طریق قاعده «امر به شئ مقتضی نهی از ضد»

علم به حکم شـــرعی، امری ممکن الوجود و نیازمند به علت است. منشأ این علمِ تصدیقی، قیاس منطقی می‌باشد (نه تمثیل و نه استقرا؛ زیرا با استقرا، حکم شرعی

المعاوضات علی تسلیم کلّ منهما ما عنده فی قبال تسلیم الآخر؛ بدعوی أنّه من الشروط الضمنیّه التی التزمها المتعاملان، کما علیه جمع من المحقّقین ضروره عدم اشـــتمال البیع إلّا علی التملیک بالعوض تملیکاً إنشـــائیاً فقط، بلا التزام بأمر آخر ... بل لأنّ التسلیم و التسلّم من الأحکام العقلائیّه المترتّبه علی البیع».

۱. الـــزوج قد ملک البضع بمجـــرد، العقد، کما أنها قد ملکت المهر فی الصوره المفروضه کذلک ... ما اقتضاه العقد من انتقال کلّ من العوضین إلی الآخر و وجوب تسلیمه إلیه من غیر توقفه علی شیء».

۲. «ولوامتنع أحدهما من التسلیم فهل للآخر الحبس حتّی یرضی صاحبه بالتسلیم؟ ظاهرهم المنع من ذلک».

را نمی‌تـــوان اثبـــات کرد و تمثیل هم نزد ما حجت نیســـت). قیاس چه اقترانی و چه استثنایی از دو مقدمه یعنی صغری و کبری تشکیل می‌شود و با توجه به این دو مقدمه، دو گونه دلیل تشکیل می‌شود:

نخســـت، دلیل عقلی: اگر هر دو مقدمه قیاس غیر عقلی باشد، دلیل متشکل از آن ها دلیل شرعی (به معنای اخص و در مقابل دلیل عقلی) نامیده می‌شود.

دوم، اگـــر هر دو مقدمه، عقلی یا یکی عقلی و دیگری شـــرعی باشـــد، دلیل متشـــکل از آن ها دلیل عقلی نامیده می‌شـــود. دلیل عقلی خود بر دوگونه مستقلات عقلیه و غیر مســـتقلات عقلیه است. مستقلات عقلیه در جایی است که هر دو مقدمه دلیـــل عقلی، عقلی باشـــند؛ مثلا عقل ابتدا حکم می‌کند به ایـــن که «فلان کار خوب است» و سپس حکم می‌کند به این که «هر چیزی که عقل به آن حکم می‌کند شرع نیز حکمی مانند عقل دارد». به مستقلات عقلیه، «ملازمات عقلیه» هم اطلاق می‌شود. غیر مســـتقلات عقلیه در جایی است که یک مقدمه عقلی و دیگری غیر عقلی باشد؛ مثلا «شرع حکم می‌کند به وجوب ذی‌المقدمه» و سپس عقل حکم می‌کند به این که «وقتی ذی المقدمه واجب باشد مقدمه آن نیز واجب خواهد بود» (ناصری راد، ۱۳۹۱: ۱۸۳).

یکی از مباحثی که ذیل غیر مســـتقلات عقلیه مطرح می‌شود این است که «آیا امر به شـــئ مقتضی نهی از ضد آن هســـت؟» قبل از هر چیز باید مفردات این قاعده عقلی اصولی روشن شود تا محل نزاع مشخص گردد.

ضد بر دو قســـم ضد عام و ضد خاص اســـت. ضد عام به معنی نقیض است. اگـــر مولا امر به نماز کرده پس ترک نماز حرام اســـت و ضد خاص عبارت از کاری است که وجودش با انجام واجب جمع نمی‌شود؛ مانند این که مولا امر به از بین بردن سریع نجاست از مسجد کرده است در حالی که زمان برگزاری نماز فرا رسیده است؛ در ایـــن صورت اگر بگوییم که وجوب چیزی اقتضا حرمت ضدش را دارد، امر به از بین بردن نجاســـت به معنی نهی کردن از نماز خواندن است. به عبارت دیگر، ضد در اصطلاح اصولی به معنای هر چیز معاند و ناســـازگار است؛ بنابراین شامل نقیض شئ که امر عدمی است (مانند لاانسان در برابر انسان) و امر وجودیِ ناسازگار با شئ (مانند خوردن در برابر نماز) می‌شود.

مقصود از اقتضا «ضرورت ثبوت نهی از ضد در هنـــگام امر به فعل» اســـت.

مقصود از نهی در این جا «نهـــی مولوی از ســـوی شارع» اسـت گرچه نهـی تبعی باشد.

محل نزاع در مســئله ضد این اســت که: «آیا هنگامی کـــه امر مولا به چیزی تعلق می‌گیرد لازمه‌اش این است که نهـی او به ضـد عام یا ضـد خاص آن نیز تعلق گیرد؟».

یکی از ادله عدم امکان تشـــریع حق حبسِ به‌عنـــوان حق مطلق، همین قاعده اصولی است. در صورت پذیرفتن این که امر به شئ مقتضی نهی از ضد عامش هست، این نتیجه قابل اســـتنباط است که حق حبس به عنوان یک حق مطلق، قابل پذیرش و مشروع نیست؛ زیرا همان‌گونه که گذشت در مسئله «امر به شئ ...»، علمای علم اصول ضد را به ضد عام و ضد خاص[1] تقســیم می‌کنند. ضد عام همان نقیض شـــئ اســـت و نقیض هر شـــئی، رفع آن شئ اســـت؛ مثلاً انسان نقیضش، لاانسان می‌شود و نقیض وجود، عدم می‌شود (مظفر، ۱۳۷۹: ۳۲). [2] مشهور اصولیون در این مسئله عقیده دارند که امر به شـــئ مقتضی از نهی از ضد عامش هســـت و ضد عام منهی عنه مولاست. به‌عبارت دیگر وقتی مولا به شئی امر می‌کند، نقیض آن شئ که همان ضد عام مأموربه اســـت، مورد نهی و غضب مولاست. حال در مســـئله حق حبس نیز چنین است. در خصوص تســـلیم و اجرای فوری تعهدات اوامر زیاد و مؤکدی از سوی شارع رسیده کـــه نه تنها فقها از آن ها «حکم وجوب» را اســـتنباط کرده‌اند، بلکه از آن ها «وجوب فوری» را برداشـــت کرده‌اند؛ به گونه‌ای که هرگونه تأخیر در اجرای تعهدات را گناه و موجب ضمان دانســـته‌اند. وقتی «تسلیم» مأموربه باشد، ضد عام یا همان نقیض آن «ترک تســـلیم» می‌شـــود که مورد نهی و غضب مولاست. «ترک تسلیم» همان «حبس کردن» است، لذا مورد نهی شارع است. به عبارت دقیق‌تر، «حبس کردن یا همان حق حبس»، مصداقی از «ترک تسلیم» است.

بـــه عنوان دلیل دیگـــر باید گفت اگر حق حبس را بـــه عنوان یک حق مطلق بپذیریم، این حق دچار «تخصیص اکثر» شـــده اســـت؛ در حالی که مشهور اصولیون

---

۱. ضد خاص: هر امر وجودی ناسازگار و معاند با شئ است.

۲. «للتقابل اربعه اقســـام: ۱- تقابل النقیضین او الســـلب و الایجاب، مثل الانســـان و لاانسان، سواد و لاسواد، منیر و غیرمنیر و النقیضان امران وجودی و عدمی، ای عدم لذلک الوجودی و هما لایجتمعان و لایرتفعان ببدیهه العقل ولاواسطه بینهما».

تخصیص اکثر را مصداقی از «تخصیص مستهجن» دانسته و آن را ناپسند و قبیح می‌شمارند (عراقی، بی‌تا: ۱۶۳). مخصِصات این حق را می‌توان به مخصِصات انواعی و افرادی تقسیم کرد؛ به طور مثال، حق حبس در کلیه عقود معاوضی تدریجی الحصول قابلیت جریان را ندارد؛ لذا در اجاره اموال، عمری، رقبی و سکنی حق حبس راه ندارد. همچنین درصورتی که موضوع و متعلق عقد، عمل باشد مثل قراردادهای پیمانکاری، حق مذکور راه ندارد. این‌ها نمونه‌هایی از مخصصات انواعی هستند که به یک عقد خاصی اختصاص ندارند.[1]

۲-۲. ادله فقهی عدم امکان توصیف حق حبس به عنوان حق مطلق

در این جا به دو دلیل فقهی اشاره می‌کنیم: «اصلِ اجرای فوری تعهدات» و «عدم جواز پرداخت دین».

۱-۲-۲. تعارض حق حبس با اصلِ اجماعی «اجرای فوری تعهدات»

از آن جا که حق حبس ناظر به زمان مشترک تسلیم است و عنصر زمان نقش اساسی در این میان دارد، لذا برای تبیین این دلیل باید به بررسی زمان تسلیم از لحاظ فقهی و حقوقی بپردازیم.

الف. زمان تسلیم و تسلم در عقود معاوضی از منظر فقه

عقد به صرف ایجاب و قبول منعقد می‌شود و این ادعا مستنبط از مواد ۱۹۱ و ۳۳۹ قانون مدنی بوده و می‌توان گفت اصولاً قبض و تسلیم در مرحله تکوین عقد مؤثر نیست (قاسم زاده، ۱۳۸۳: ۱۹۱). با این وجود، برخی از فقها (بروجردی، ۱۳۷۹: ۱۶۰؛ مراغی، ۱٤۱۷: ۲٦۰) لزوم تسلیم و تسلم عوضین را از مسلمات معاوضات دانسته و یک حیثیت مهم در عقود معاوضی و حتی غیر مالی می‌دانند. دلیل این امر آن است که اگر لزوم تسلیم هم زمان و یا آمادگیِ تسلیم جزء ماهیت عقد نباشد، لااقل مورد توجه و اراده ضمنی مَتعاقدین در هر عقد معاوضی است (نجفی خوانساری، ۱٤۱۸: ۳۳۹). برخی از فقها عقیده‌ای فراتر داشته و غرض اصلی از معاوضات را تسلیم و تسلم می‌دانند تا جایی که التزام به تسلیم را حاکم بر قاعده سلطنت بر اموال

---

۱. در همین زمینه مقاله‌ای باعنوان «بازخوانی حق حبس (اعتبارسنجی کارایی حق حبس با توجه به قلمرو عملیاتی آن)»، در مجله آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸ به چاپ رسیده است. در این مقاله مواردی که حق حبس در آن‌ها جریان ندارد، ذکر شده است.

و قاعده حرمت تصرف در مال غیر دانسته‌اند (نجفی خوانساری، ۱٤۱۸: ۳٤۷). برخی از اســـاتید در همین خصوص چنین اظهار می‌کنند: «سیره قطعی عقلا بر این است که قبض و اقباض در معاوضات شـــرط کمال ملکیت است؛ یعنی به صرف عقد، مالکیتی متزلزل ایجاد می‌شـــود که با تســـلیم و تســـلم کمال یافته و از تزلزل خارج می‌گردد» (گرجی، ۱۳۸۷: ۵۷).

در همین راســـتا، در فقه اسلامی چنانچه در عقد بیع موعدی برای تسلیم مبیع تعیین نشـــده باشد، بایع ملزم به تســـلیم فوری آن بوده و فقط در صورتی که در عقد شرط تاخیر تسلیم مبیع وجود داشته باشد، عمل بدان لازم و تأخیر جایز شمرده شده اســـت (نائینی، ۱۳۷۳: ۳۳۹؛[1] نجفی، ۱٤۰٤: ۱٤٤؛ محقق حلی، ۱٤۰۸: ۲۹؛ اصفهانی، بی‌تا: ۳۳؛ موســـوی خمینی، ۱٤۲۵: ٤۱۷؛ عاملـــی، ۱٤۱۳: ۲۳۷) و در این مورد میان فقهای امامیه اختلافی نیست؛ از همین رو بندهای ۳ و ٤ ماده ۳٦۲ قانون مدنی نیز از جمله نتایج بیع صحیح را لزوم و وجوب تســـلیم مبیع توسط فروشنده و متقابلاً تأدیه ثمن از جانب خریدار می‌داند.

جمع کثیری از فقها اظهار داشـــته‌اند که «اطلاق عقد مقتضی تســـلیم عوضین اســـت و اگر طرفین از تســـلیم امتنـــاع ورزند، هر دو اجبار می‌شـــوند و اگر یکی از متعاملین امتناع ورزد ممتنع اجبار می‌شـــود» (محقق حلی، ۱٤۰۸: ۲۹؛ اصفهانی، بی‌تا: ۳٤). همان‌گونه که در این عبارت و عبارات مشـــابه که در متون فقهی به وفور یافت می‌شود تصریح شده اســـت، در وهله اول ایفای تعهدات از سوی طرفین به صورت فوری وجوب دارد و صحبتی از حق حبس نشده و طرفین مکلف به انجام تعهداتشان هســـتند و در صورت مواجه شدن با «امتناع» طرفین یا یکی از آن‌ها، از اجبار استفاده می‌شـــود؛ بـــدون آن که حرفی از حق حبس به میان آید؛ لـــذا اصل در همه تعهدات، اجرای فوری آن اســـت و تأخیر در انجام تعهد موجب ضمان خواهد بود مگر توافق دیگری شـــده باشـــد و یا نوع معامله و وضعیت موضوع آن به نحوی باشد که عرفاً یا قانوناً تأخیر در آن ملاحظه شـــود؛ بنابراین در عقد بیع بـــه عنوان مصداق بارز عقود معاوضی، بایع ملزم به تســـلیم فوری مبیع و مشـــتری متعهد به تأدیه بی درنگ ثمن

---

۱. «من أعظم الشّـــروط الّتی یتضمّنها العقد هو التّســـلیم و التّســـلم ... فإذا لم یکن العقد خیاریا یجب التّسلیم علی الطّرفین».

است؛ زیرا اقتضای اطلاق عقد، فوریت قبض و اقباض است و مقصود، فوریت عرفی اســـت که با توجه به وضعیت مبیع ممکن است متفاوت باشد (باقری، ۱۳۹٦: ۱۲۹). در نتیجه عدم توافق بر تأخیر، به مثابه توافق بر حال بودن و اجرای فوری تعهد است (شـــهید اول، ۱٤۱۷: ۲۰۲)[1] و این اجرای فوری تعهد حتـــی منوط به مطالبه متعهدله نخواهد بود و متعهدله نیز نمی‌تواند از پذیرش تعهد سر باز زند و استناد به عدم مطالبه بنماید (خویی، ۱٤۱۰: ٤۸؛ ذوالمجدین، ۱۳۳٦: ۳۹۱).[2]

حقوق‌دانان از «حکم وجوب فوری تسلیم و تسلم» که فقها بدان ملتزم هستند، اصل «اجرای فوری تعهدات»، را ارائه داده‌اند که مفاد این حکم و اصل، عیناً مبیّن یک امر می‌باشـــد. برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند: «بر هر یک از دو طرف عقد واجب اســـت آن چه را دیگری به ســـبب عقد استحقاق پیدا کرده است به او تسلیم کند؛ چه مفروض این اســـت که هرکدام آن چه را که از طرف دیگر به او منتقل شـــده اســـت مالک شـــده‌اند و لازمه مالکیت، تسلیم مملوک است به مالک، به علاوه شرط ضمنی ارتکازی هم همین اقتضا را دارد» (گرجی، ۱۳۸۷: ۵۵). وجوب اجرای تعهدات بیانگر الزام طرفین به اجرای قرارداد اســـت (رودیجانی، ۱۳۹٦: ۱٤۸) که این الزام برخاسته از خود عقد است.

ب. زمان تسلیم و تسلم در عقود معاوضی از منظر حقوق

تســـلیم مورد معامله از تعهدات متعاقدین اســـت و این تعهد حال محســـوب می‌گردد و عرف حکم بر اجرای معاملـــه در اولین فرصت دارد (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۳٤؛ احمـــدی، ۱۳۷۵: ۲۹٤؛ صفایـــی، ۱۳۹۸: ۲۰۷) که از این به‌عنـــوان اصل فوری بودن اجرای تعهدات یاد می‌شود. این اصل از بندهای ۳ و ٤ ماده ۳٦۲ قانون مدنی مستنبط می‌گردد و ماده ۳۷٦ این قانون از اجبار متعهد ممتنع صحبت به میان آورده اســـت و قانون‌گذار خودداری طرفین از تسلیم را نمی‌پذیرد و حتی تأخیر در تسلیم را در حکم

---

۱. «من باع شیئا بنقد کان الثمن عاجلا و إن باعه و لم یذکر لانقدا و لانسیه، کان الثمن أیضا عاجل».
۲. «کما یجب علیه أخذه إذا دفعه إلیه المشتری و لیس له الامتناع من أخذه». البته این نظر مشهور فقها در این زمینه هســـت. برخی از فقها معتقدند که با مطالبه طرف مقابل، ایفای تعهدات واجب می‌شود. صاحـــب جواهر در این خصوص می‌فرماید: «أن وجوب التســـلیم الذی اقتضاه العقد بعد الطلب، فلا تجب حینئذ قبله» (نجفی، ۱٤۰٤: ۱٤٦) و قانون مدنی نظر مشـــهور را اختیار کرده اســـت (ماده ۲۲٦ قانون مدنی و ماده ۳۲٦ قانون آیین دادرســـی مدنی) همین امر در ماده ۵۹ کنوانســـیون بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ پذیرفته شده است؛ به خلاف حقوق فرانسه (مواد ۱۱٤٦ و ۱۱۳۹ قانون مدنی).

خودداری از تسلیم به شمار آورده است (رسوق، ۱۳۹۰: ۳۳۷)؛ البته بدیهی می‌نماید که وفق اصل حاکمیت اراده، توافق در زمان تسلیم دارای وجاهت است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۳۱). در کنوانسیون وین نیز قاعده اولیه این است که زمان تسلیم کالا بر طبق قرارداد معین شود و یا به‌طور ضمنی امکان تشخیص زمان اجرای قرارداد مشخص باشد (همان: ۱۲۶). در حقوق لبنان در صورتی که عقد به‌صورت مطلق باشد، اجرای تعهد باید فوراً به عمل آید.[1] همین امر در بند ۱ ماده ۳۴۶ قانون مدنی مصر نیز مشاهده می‌شود که تحت عنوان «الاصل فی الالتزام ان یودی فورا» آمده است (سنهوری، ۱۹۵۸: ۷۷۸). ماده ۳۴۴ قانون مدنی سوریه نیز عبارات قانون مدنی مصر را تکرار کرده است (عدی، ۱۹۷۹: ۶۳).

زمانی که انظار فقها را در این خصوص مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم، اصل مذکور (اصل اجرای فوری تعهدات) به عنوان یک اصلِ «بلاخلاف» جلوه می‌کند، بلکه می‌توان به جرأت ادعا کرد؛ این مورد از مواردی می‌باشد که بر آن «اجماع مسلمین» صورت گرفته است.[2] در خصوص منشأ این التزام فوری، برخی از فقیهان اطلاق عقد (اردبیلی، ۱۴۱۲: ۵۰۴)، برخی دیگر به حکم عقل (باقری، ۱۳۹۶: ۱۲۷) و برخی دیگر استناد به شرط ضمنی (ایروانی، ۱۴۰۶: ۸۱؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۱۶۳)[3] استناد کرده‌اند که با توجه به این اظهارات می‌توان گفت از لحاظ فقهی، طرفین مکلف

---

۱. فی أی وقت یجب التسلیم: ماده ۴۰۷ تاریخ بدء العمل: «یجب ان یکون التسلیم فی الوقت المعین له فی العقد و اذا لم یعین وقت وجب التسلیم علی اثر انشاء العقد مع مراعاه المهل التی تقتضیها ماهیه المبیع او العرف. ان البائع الذی لم یمنح المشتری مهله للدفع لایلزم بتسلیم المبیع مادام المشتری لم یدفع الیه الثمن و لایقوم مقام دفع الثمن عرض کفاله او غیرها من وجوه التأمین».

۲. در علم اصول سه اصطلاح وجود دارد: «اجماع»، «بلاخلاف» و «بلاخلاف اجده یا لانعلم فیه خلافا». در «اجماع» علاوه بر این که معمول فقها متعرض مسئله شده و نظر خودشان را بیان کرده‌اند، اتفاق نظر هم وجود دارد. «بلاخلاف» عبارت است از این که آن‌هایی که مسئله را عنوان کرده‌اند، نسبت به حکم آن، اختلافی ندارند؛ بنابراین ممکن است اکثر فقها متعرض مسئله نشده باشند اما کسانی که مسئله را مطرح نموده‌اند، نسبت به حکم آن اتفاق دارند. «بلاخلاف» نسبت به «اجماع» ضعیف‌تر است. «بلاخلاف اجده یا لانعلم فیه خلافا» معنای این تعبیر این است که فرد تحقیق و فحص کامل نکرده ولی به مقداری که تتبع نموده، مخالفی در مسئله نیافته است. این تعبیر از «بلاخلاف» ضعیف‌تر است؛ زیرا «بلاخلاف» شهادت به عدم الخلاف است، اما این تعبیر شهادت به عدم خلاف نیست.

۳. «نعم أصل الدّفع فی أوّل أزمنه العقد ... من الشّرط المضمر فی العقد»، «... فللشّرط الضّمنی من المتعاوضین فإن بناءهما بحسب العاده هو التّسلیم و التسلّم بحیث صار ذلک من الأمور الارتکازیّه عند العرف»؛ هر چند برخی هم چون شیخ انصاری، «شرط ضمنی» را به عنوان مبنای این حق قبول ندارند.

به اجرای فوری تعهداتِ مطلق خود هستند. در فقه حبس حقوق دیگران و نپرداختن دین از کبائر شـــمرده شده است؛ تا آن جا که در صورت خودداری از تسلیم، جمعی از فقها معتقدند که حاکم از باب امر به معروف، ممتنع را مجبور به تسلیم می کند نه از بـــاب ولی ممتنع (اصفهانی، ۱٤۱۸: ۳۷۲).[۱] تفاوت این که حاکم از باب ولی ممتنع وارد شـــود یا از باب امر به معروف، در این است که مجرای اولی (ولی ممتنع بودن) حقوق اســـت و مجرای دومی (امر به معروف) احکام تکلیفیه است. پس در صورت تخلف از ادای حقوق، متخلف، ممتنع محســـوب می‌شود و در صورت امتناع از ادای حق، فقط حاکم ولی ممتنع محســـوب می‌شـــود نه دیگران، اما در خصوص امتناع از تکالیف، ممتنع فاعل منکر است. پس بر هرکسی که شرایط امر به معروف را داراست، واجب است که امر به آن کند و این حکم مختص حاکم نیست (موسوی، ۱٤۳۳: ۳۰).

توضیـــح آن که، حق حبس به عنوان یک حق مطلـــق، اثری متعارض با اصل اجـــرای فوری تعهـــدات دارد؛ بدین نحو که اصل مزبور بر اجرای هرچه ســـریع تر تعهدات از سوی طرفین تاکید دارد و هرگونه تاخیر را جایز ندانسته و موجب ضمان می‌داند؛ در حالی که حق حبس برخلاف مفاد این اصل، به‌عنوان یک حق مطلق اجازه اجـــرا نکردن تعهدات را به طرفین می‌دهـــد. وقتی فقها و حقوق‌دانان، اصلی را تحت عنوان «اصل اجرای فوری تعهدات» تاســـیس می‌کنند، باید سایر قواعد نیز هم راستا و هم جهت با این اصل باشـــند و از آن تبعیت کند که حق حبس در این خصوص با اصل مذکور هم‌خوانی ندارد. آن چه که با این اصل هم راســـتا می‌باشـــد «حق مطالبه همزمان» (موسوی خمینی، ۱٤۲۱: ٥٦۳)[۲] است که یک امر ایجابی است؛ این در حالی اســـت که بزرگانی از فقها و حقوق‌دانان مخالف توصیـــف حق حبس به عنوان حق مطلق هستند؛ زیرا حق مذکور نه تنها دلیلی از کتاب و سنت ندارد، بلکه در مبانی آن

---

۱. «وحیث إنّ وجوب التسلیم من آثار الملک بما هو ملک لا من آثار البیع بما هو بیع فیجب علی کل منهما التسلیم و إن امتنع الآخر، فإنّ ظلم أحد لایسوغ ظلم الآخر، کما أنّه إذا امتنعا معا لایجبران علی التسلیم إلّا من باب الأمر بالمعروف، لا من باب الامتناع عن حق حتی یرفع أمره إلی الحاکم الذی هو ولی الممتنع، إذ لیس لکلٍ منهما إلّا الملک فقط، و لااثر للملک إلّا السلطنه التکلیفیه، و لاوجوب علی من بیده المال إلّا بعنوان أداء مال الغیر».

۲. در کتـــاب البیـــع نیز بعد از بیان حـــق حبس به صورت معلق، وجود حـــق مطالبه را برای طرفین مفروض دانسته شده است: «و یترتّب علی ذلک عند العقلاء، حقّ الامتناع إذا امتنع صاحبه من التسلیم، کما أنّ لکلّ منهما حقّ المطالبه».

به‌شدت اختلاف است.

۲-۲-۲. عدم جواز تاخیر در پرداختن دین

برخی از فقها خودداری طرفین از تسلیم مورد تملیک و تعهد خویش به طرف مقابل را گناه دانسته‌اند (محقق سبزواری، ۱٤۲۳: ۹۷) و مبنای تسلیم را در زمانی که یکی از طرفین از تسلیم خودداری می‌کند، امر به معروف بیان کرده‌اند (اصفهانی، ۱٤۱۸: ۳۷۲)[1] و همان‌گونه که گذشت، نه تنها بر حاکم بلکه بر هر کس که شرایط امر به معروف را دارد واجب است، تسلیم را از شخص ممتنع از باب امر به معروف بخواهد؛ چرا که وی فاعل منکر است و این بدان علت است که در فقه، حبس حقوق دیگران و تاخیر در پرداخت دین از کبائر شمرده شده است که قبلاً به آن اشاره شد.

برای بررسی اعتبار صحت نظرِ این دسته از فقها می‌توان گفت: بین گناه بودن تاخیر در پرداخت دین و شرعی بودن حق حبس، تقابل وجود دارد که این تقابل از نوع نقیضان است؛ بدین توضیح که اگر حق حبس به‌عنوان حق مطلق که به طرفین به طور هم‌زمان و مستقل از یکدیگر حق امتناع از اجرای تعهدات را می‌دهد، از لحاظ شرعی جایز باشد؛ پس تاخیر در ادای دین از طریق حق حبس گناه نیست و اگر تاخیر در ادای دین گناه باشد، حق حبس (به عنوان حق مطلق) که مصداقی از مصادیق تاخیر در پرداخت دین است از لحاظ شرعی جایز نیست. در همین راستا برخی از حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند: «حبس هر یک از دو مورد معامله تا دریافت مورد دیگر، درصورت پذیرش این حق از منظر فقهی نمی‌تواند عمل خلاف و گناه محسوب شود و پذیرش حق حبس با خلاف شرع بودن آن تعارض دارد» (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷٤).

در ادامه می‌توان اظهار داشت فقها با تاکیدهای فراوانی، با استفاده از آیات و روایات قطعی الصدور و الدلاله، این نکته را گوشزد کرده‌اند که تاخیر در ادای دین به طور مطلق جایز و مشروع نیست؛ چرا که ادله عدم جواز تاخیر پرداخت دین با اطلاق خودشان شامل هر گونه دینی می‌شود (البته بحث از موارد استثنایی منصرف است)؛ تا بدان جا که برخی از فقها حق حبس را حتی در عقد بیع منتفی دانسته (حسینی

---

۱. «فیجب علی کل منهما التسلیم و إن امتنع الآخر، فإنّ ظلم أحد لایسوغ ظلم الآخر، کما أنّه إذا امتنعا معا لایجبران علی التسلیم إلّا من باب الأمر بالمعروف، لا من باب الامتناع عن حق حتی یرفع أمره إلی الحاکم الذی هو ولی الممتنع».

روحانـــی، ۱٤۱٤: ۱۵۰)[1] و ایـــن نظر را به اکثر فقها نســـبت می‌دهند (نجفی، ۱٤۳٤: ۳۳٤).[2] استدلال این مطلب چنین است که با تحقق انتقال مورد عقد، تسلیم مال مورد انتقال به منتقل‌الیه ضروری است که هر یک از دو طرف می‌تواند بدون اذن دیگری در ملک خود تصرف کند و امتناع یکی از دو طرف از تســـلیم مورد تعهد خویش، مجوز امتناع طرف دیگر از ادای مورد تعهد وی نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱٦۵).

۳-۲. حصر عقلی؛ دلیل دیگر بر عدم امکان توصیف حق حبس به‌عنوان حق مطلق

دلیلِ «حصر عقلی»، در صدد اثبات این مهم است که حق حبس صرفا در حد یک عنوان و مفهوم اســـت و اساسا حتی در مرحله ثبوت) امری به عنوان حق حبس وجود ندارد و آن چه که بدان حق حبس اطلاق می‌شود، یک مفهوم کاملا ذهنی است که هیچ وقت پا به عرصه وجود نمی‌گذارد و وجود خارجی ندارد.

۱-۳-۲. نکات مغفول در ماده ۳۷۷ قانون مدنی

در این راستا باید به تحلیل دقیق ماده ۳۷۷ قانون مدنی به‌عنوان خاستگاه اصلی این حق پرداخت؛ چرا که در این ماده قواعد و شـــرایط تحقق و اجرای این حق بیان شده است.

الف. حق حبس، حقی مغیا و موقت

حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ قانون مدنی مغیا به غایت اســـت؛ زیرا در این ماده آمده اســـت: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود». در این ماده حق خودداری از تسلیم مبیع یا ثمن، نهایتا «تا» یا «به» زمان آمادگی طرف مقابل محدود شـــده است؛ به عبارت دیگر، با حضور و اعلام آمادگی یکی از طرفین به تســـلیم، حق حبس دیگری منتفی می‌شود و باید تعهداتش را ایفا کند. این که برخی از نویســـندگان کتب حقوقی، بیان کرده‌اند که با «تسلیم عملی» حق حبس ساقط می‌شود، اجتهاد در مقابل نص محسوب می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲٤). بـــه عبارت دیگر، از عبارت ماده ۳۷۷ قانون مدنی استفاده می‌شود که حق حبس مورد معامله تا حاضر شدن طرف دیگر به تسلیم مورد

---

۱. «و فی الجمیع نظر ... و ثانیاً: إنّه فی البیع ... و إن کان فی صحهٔ هذا الشرط فی محلّه کلاماً من جهه کونه خلاف الکتاب و السنّه».

۲. از همین جا معلوم می‌شود که مبنای حق حبس، اجماع نمی‌تواند باشد.

تعهد خویش باقی خواهد بود نه تا تسلیم مورد تعهد به وسیله طرف مقابل و این معنی با حق حبس مورد عقد، تا تسلیم طرف دیگر که معمولا بیان می‌شود، مغایرت دارد؛ زیرا حاضر شدن طرف دیگر عقد برای تسلیم، با تسلیم مورد عقد به‌وسیله طرف مقابل تفاوت دارد (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۵٤).

شعبه چهارم دیوان عالی کشور نیز در حکم شماره ۲۸۷ مورخ ۱۳۱۷/ ۱/۲۸ نظری را ابراز نموده است که مؤید آنچه بیان شد می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹٦: ۱٤۸؛ متین دفتری، ۱۳۸۸: ۷۳). در این حال؛ یعنی در جایی که یکی از طرفین حاضر به تسلیم است؛ هرچند هنوز تسلیم نکرده است، دیگر حق حبس جایگاهی ندارد؛ چرا که حق حبس مغیا به غایت است که در این حالت، غایت حاصل است و با بودن غایت، طرف مقابل دیگر حق حبس ندارد و در صورت امتناع طرف مقابل، بی‌تردید باید متوسل به اجبار ممتنع شد (قنبری، ۱۳۷۲: ۱۰۸).

ب. مانعه الجمع بودن حق حبس و اجبار

این یک امر بدیهی است که «الزام و اجبار» که خود یک ابزار ضمانتی مستقل است، با حق حبس جمع نمی‌شود؛ به‌عبارت دیگر، نسبت این دو ابزار ضمانتی با یکدیگر «مانعه الجمع» است و از همین جا روشن می‌شود که نظر برخی از نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۷٦: ۱۰۰) در پاسخ به این سوال که آیا دادگاه می‌تواند دعوای یکی از طرفین که خود تعهداتش را ایفا نکرده است مبنی بر الزام طرف مقابل به ایفای تعهداتش را بپذیرد، به درستی پاسخ منفی داده‌اند و دلیل خود را این امر ذکر کرده‌اند که اگر دادگاه شخص را ملزم به ایفای تعهداتش کند، به جز نادیده انگاشتن حق حبس نیست. چگونه می‌توان با داشتن حق حبس، شخص را مجبور به تسلیم ثمن کرد که در واقع صورت خاصی از اسقاط حق حبس وی می‌باشد. از طرفی، پذیرفتن دعوی اجبار از جانب کسی که خود به تعهدات خویش عمل ننموده امتیازی است بلامرجح برای او که با ماده ۳۷۷ قانون مدنی نیز تعارض دارد؛ زیرا کسی می‌تواند اجبار طرف مقابل را به انجام تعهدات پذیرفته شده از دادگاه بخواهد که به تعهدات خویش عمل کرده باشد (عدل، ۱۳۸۵: ۲۷۱؛ رشتی گیلانی، ۱۳۱۱: ۱۱۱).[1] ماده ۱٦۱۲ قانون مدنی

۱. «فلو وجب علی احدهما الاقباض قبل قبض القابل لزم ارتفاع یده عن ماله بلاعوض».

فرانسه[1] نیز موید همین نظر است و رویه قضایی این نظر را تصدیق می‌کند. بر اساس این ماده در صورتی که خریدار ثمن معامله را تادیه نکند، فروشـــنده ملزم به تســـلیم مبیع نیســـت؛ بنابراین فروشنده نمی‌تواند تحویل کالا را بخواهد در صورتی که قیمت را نپرداخته است؛ چرا که بر هر یک از طرفین ایفا و استیفائی وجود دارد و نمی‌توان ایفا را پیش از اســـتیفا طلب مطالبه کـــرد و بی‌تردید در صورت انجام تعهد، نمی‌توان طرف مقابل را ملزم به اجرای تعهداتش نمود و اعتقاد بر این امر اساساً فاقد وجاهت است (فتحی‌پور، ۱۳٤۲: ٤۹).

۲-۳-۲. احصای حالت‌های احتمالی در خصوص ایفا یا عدم ایفای تعهدات

بعد از بیـــان دو مقدمه و تحلیل ماده ۳۷۷ قانـــون مدنی، باید حالـــت‌های چهارگانه قابل پیش‌بینی در خصوص اجرا و عدم اجرا تعهـــدات از سوی طرفین را بررسی کرد.

الف. اجرای تعهدات از سوی طرفین

این حالت ایده‌آل‌ترین فرض در اجرای تعهدات قراردادی اســـت که نیازی به حق حبس نیســـت؛ طرفین تعهدات قراردادی خود را به طور کامل و بدون هیچ گونه نقصـــی اجرا می‌کنند که در این حالت نه تنها نیازی به حق حبس نیســـت، بلکه حق حبس در این صورت بلاموضوع می‌شود.

ب. عدم اجرای تعهدات از سوی طرفین

در این صورت همان‌گونه که اکثر فقها تصریح کرده‌اند، هر دو «الزام و اجبار» به ایفای تعهدات خود می‌شـــوند (اصفهانی، ۱٤۱۸: ۳۷۲)[2] و این در حالی اســـت که «الـــزام و اجبار» خود به‌عنوان یک ابـــزار ضمانتی علی‌حده‌ای برای به اجرا در آوردن تعهدات قراردادی تعریف شـــده و با به میدان آمدن «الزام و اجبار»، حق حبس، نقشی نمی‌تواند داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸٦: ۲۹۳).

پ. امتناع از ناحیه یکی از طرفین

امتناع از ناحیه یکی از طرفین را بایستی در دو حالت بررسی کرد:

نخســـت، اجرا از ســـوی طرف مقابل: که در این صورت شخص ممتنع اجبار

1. Art 1612: The seller is not reqired to deliver the thing if the buyer dose not pay the price of it and if the seller has not granted him a delay for the payment.

۲. «أنّه لوامتنعا معا عن التسلیم ... فیجبران معا علی أداء الحق».

می‌شود (اصفهانی، ۱۳۱۸: ۲۷۳)؛[1] در این جا، برای ممتنع حق حبس نیست و می‌توان الزام و اجبارش را از دادگاه خواست؛ زیرا ماده ۳۷۷ قانون مدنی برای حبس و امتناع از ایفای تعهدات، غایتی ذکر کرده است که عبارتند از: «آمادگی طرف مقابل به انجام تعهدات خود»؛ این در حالی است که در فرض مذکور، طرف مقابل تعهدات خود را انجام داده است و با توجه به این که غایت به نحو اتم و اکمل حاصل شده است؛ در نتیجه می‌توان «الزام و اجبار» ممتنع به ایفای تعهداتش که ضمانت اجراهایی علی‌حده و مستقل هستند را از دادگاه مطالبه کرد. همین نتیجه را می‌توان با «قیاس اولویت» گرفت؛ بدین معنی که در ماده ۳۷۷ قانون مدنی غایت حق حبس، آمادگی طرف مقابل به انجام تعهداتش بیان شده است و در جایی که یکی از طرفین تعهداتش را انجام داده، به طریق اولی حق حبس طرف مقابل زائل خواهد شد.

دوم، اعلام آمادگی طرف مقابل به ایفای تعهداتش: در این حالت با توجه به این که غایت در ماده ۳۷۷ قانون مدنی «حضور یکی از طرفین به تسلیم» ذکر شده است و این غایت در این حالت محقق است، طرف مقابل که از اجرای تعهداتش خودداری می‌کند، ممتنع تلقی می‌شود که باز پای «الزام و اجبار» به میان خواهد آمد و همان مطالب بالا در خصوص «الزام و اجبار»، تکرار می‌شود.

ت. اعلام آمادگی طرفین با اختلاف در خصوص آغازگر اجرای تعهدات

در این صورت همان‌طور که شیخ انصاری و بسیاری از فقهای دیگر فرموده‌اند، از محل بحث خارج است و اصلا جای حق حبس نیست، بلکه طرفین اجبار می‌شوند (خویی، ۱٤۱۷: ۵۹۳؛[2] موسوی خمینی، ۱٤۲۱: ٥٦٣).[3] در این زمینه یکی از نویسندگان چنین می‌نگارد: «ظاهر کلام برخی از فقها نیز آن است که اگر میان طرفین در این که کدام یک آغازگر اجرای قرارداد باشند نزاع در گیرد، حق حبس وجود ندارد» (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۵: ۱۷). محقق اصفهانی نیز معتقد است اگر طرفین در مقام تسلیم عوضین باشند، ولی بر سر این که کدام یک ابتدا شروع به تسلیم

---

۱. «و منها: أنّه لوامتنع أحدهما عن التسلیم مع بذل الآخر و تمکینه من التسلیم فإنّه یجبر علیه».
۲. «ثم انه إذا کان کل منهما حاضرا للتسلیم و وافقا لتسلیم الآخر و لکن لایبادره الّا أن یبادر الآخر بالتسلیم لغرض فی ذلک فهل تجری الوجوه المتقدمه هنا أیضا أم لا؟ الظاهر أن هذه مسأله أخری غیر المسأله المتقدمه».
۳. «لو کان کلّ منهما باذلاً، لکن اختلفا فی التقدّم و التأخّر؛ لغرض عقلائی، أُجبرا علی التسلیم».

کند نزاع داشته باشند و در نتیجه هر کدام تسلیم را منوط به قبض عوض آن کند، حق حبس معنا ندارد و باید هر دو را اجبار کرد (اصفهانی، ۱٤۱۸: ۳۷٤).[۱]

در خصوص «اجبار طرفین» که باید به طور هم‌زمان باشد، باید گفت این امر امکان ندارد؛ زیرا در صورت درخواست مورد عقد به وسیله یکی از دو طرف و خودداری طرف دیگر از تسلیم تا تسلیم مورد دیگر، هرگاه طرف دوم، تسلیم را به وسیله طرف دیگر درخواست نکند، هیچ یک ملزم به تسلیم نخواهد شد؛ زیرا فرض این است که طرف دوم به حق از تسلیم مورد تعهد خویش امتناع ورزیده است و متقابلا هم الزام طرف نخست (خواهان) را به تسلیم مورد تعهد خویش درخواست نکرده تا بتوان خواهان را ملزم به تسلیم کرد؛ یعنی در حقیقت «الزام خوانده» به علت استناد به حق حبس و «الزام خواهان» به دلیل عدم درخواست طرف مقابل مقدور نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷٤). از همین رو برخی از فقها همچون صاحب «ریاض المسائل» در زمان طرح مسئله قید «مع امکانه» را آورده است (حائری، ۱٤۱۸: ۳۵۵)[۲] که این خود می‌تواند حاکی از این باشد که نمی‌توان طرفین را هم‌زمان اجبار کرد.

۱. «و إذا تشاحا فی البدئه بالتسلیم ففیه وجهان: ... و هذا أجنبی».
۲. «فإن امتنعا أجبرهما الحاکم معاً مع إمکانه».

برآمد

۱- در خصوص حق حبس می‌توان دو توصیف متفاوت ارائه کرد. در توصیف عمومی که اکثر حقوق‌دانان داخلی بدان گرایش دارند، این حق به استناد عدالت معاوضی، استنادپذیری مطلق و راه‌های خروج از بن بست، به عنوان «حق مطلق» معرفی شده است؛ بدین معنی که ابتدا به‌ساکن قابلیت اجرایی دارد و طرفین در همان ابتدا و بعد از انعقاد قرارداد می‌توانند به آن استناد کرده و از اجرای تعهدات قراردادی خود امتناع کنند. بر اساس این توصیف، حق مذکور آثاری را در پی دارد: نخست، طرفین به محض انعقاد عقد معاوضی می‌توانند ابتدا به‌ساکن و بدون هیچ‌گونه شرطی از اجرای تعهداتشان به استناد حق مذکور خودداری کنند؛ دوم، این حق همان‌گونه که در ماده ۳۷۷ قانون مدنی بیان شده، به طور مستقل برای هر یک از طرفین در نظر گرفته شده است و لذا دو حق حبس ایجاد می‌شود: حق حبس بایع و حق حبس مشتری که در عرض یکدیگر توصیف شده‌اند. در صورت تعدد اطراف عقد معاوضی، به همان تعداد نیز حق حبس وجود دارد؛ سوم، این حق به صورت هم‌زمان برای طرفین در نظر گرفته شده و هر یک از طرفین در آنِ واحد از آن برخوردار می‌شوند؛ چراکه حق حبس ناظر به زمان مشترک تسلیم است؛ عنصر «زمان» در حق حبس نقش بنیادینی را ایفا می‌کند. از آن جا که این توصیف قرارداد را با بُن‌بست مواجه می‌کند، «کارکرد اجتماعی» حق مذکور را کاهش داده و به انزوا کشیده می‌شود.

۲- توصیف دیگر از حق حبس با عنوان «ایراد و دفاع»، موجد این آثار است که: نخست، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند ابتدا به‌ساکن به این حق استناد کند، بلکه هر یک مکلف هستند بر اساس اصلِ «اجرای فوری تعهدات»، تعهدات خود را ایفا کند؛ دوم، این حق به‌طور مستقل برای هر یک از طرفین وجود ندارد و فقط یک حق حبس برای طرفی است که به تعهداتش پای‌بند بوده و با عهدشکنی طرف مقابل مواجه شده است؛ سوم، طبق توصیف اخیر، این حق فقط در زمان اجرای تعهدات فعلیت می‌یابد و قبل از آن چنین حقی وجود ندارد تا زمینه سوء استفاده را فراهم کند. توصیف اخیر با ایرادهای توصیف قبلی مواجه نیست؛ با قواعد حقوقی و فقهی هم‌خوانی بیشتری دارد؛ سبب افزایش «کارکرد اجتماعی» حق حبس می‌شود و به این جهات، نسبت به توصیف نخست ترجیح دارد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* احمدی، حسین‌علی (۱۳۷۵)، **اجرای تعهد قراردادی**، تهران: برهمند.

* امینی، اعظم و حائری، محمدحسن و ناصری مقدم، حسین (۱۳۹۶)، «**بررسی فقهی حقوقی موجدات و مسقطات حق حبس در عقود معاوضی**»، جستارهای فقهی و اصولی، سال۳، شماره ۹.

* ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱٤۰٦)، **حاشیه المکاسب**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

* باقری، احمد و طباطبایی، سیدمحمد (۱۳۸٤)، «**حق حبس**»، مجله مطالعات اسلامی، شماره ٦۷.

* باقری، احمد (۱۳۹٦)، **فقه مدنی عقود تملیکی بیع-اجاره**، چاپ سوم، تهران: سمت.

* پورمحمدی، رضا و سیمایی صراف، حسین (۱٤۰۲)، «**جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸٦)، **الفارق دائره المعارف عمومی حقوق**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش، ۱۳۸٦.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت تئوری موازنه**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱٤۲۵ق)، **تحریرالوسیله**، برگردان: علی اسلامی، جلد دوم، چاپ بیست و یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

* رسوق، محسن (۱۳۹۰)، **تسلیم مبیع و ثمن و آثار آن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و مقایسه آن با فقه و حقوق ایران و سوریه**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.

* رودیجانی، محمدمجتبی (۱۳۹٦)، **حقوق مدنی۳ مسئولیت قراردادی (ضمانت‌های اجرای مفاد قرارداد)**، چاپ دوم، تهران: آوا.

* ره‌پیک، حسن (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی عقود معین (۱)**، چاپ نخست، تهران:

خرسندی.
* شاهنوش فروشـــانی، محمدصالح (۱۳۹۵)، «**مبانی و قلمرو حق حبس در حقوق ایران و فقه امامیه و مقایسه آن با حقوق کامن لا، فرانسه و آلمان**»، قضاوت، دوره ۱۶، شماره ۸۶.
* ســـعیدی، محمدعلی (۱۳۸۷)، **حق عینی و دینی**، رســـاله دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **آثار قراردادها و تعهدات**، چاپ نخست، تهران: مجد.
* صفا، محمدعلی (۱۳۸۸)، «**حق حبس**»، فقه و تاریخ تمدن، سال ۵، شماره ۲۰.
* صفایی، ســـید حسین و عادل، مرتضی و کاظمی، محمود و میرزانژاد، اکبر (۱۳۹۳)، **حقوق بیع بین‌المللی بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده امریکا**، چاپ چهارم، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
* صفایی، ســـید حسین (۱۳۹۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سی و یکم، تهران: میزان.
* عدل (منصور السلطنه)، مصطفی (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی**، چاپ نخست، بی‌جا: طه.
* عظیـــم‌زاده، فائزه (۱۳۹۰)، «**حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام**»، فقه و حقوق خانواده، سال ۱۶، شماره ۵۴.
* فتحی‌پـــور، احمـــد (۱۳۴۲)، «**حق امتناع از اجرای تعهد**»، حقوق امروز، ســـال ۱، شماره ۵.
* فروحـــی، حمید (۱۳۸۵)، «**lien یا حق توقیف مال برای جبران هزینه طلبکار در حقوق آمریکا و مقایســـه اجمالی آن با حق توقیف در حقوق ایران**»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۹۲.
* قاســـم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات نظری و کاربردی**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* قنبری، محمدرضا (۱۳۷۲)، **مجموعه مقالات حقوقی**، چاپ نخســـت، تهران: گنج دانش.
* کاتوزیـــان، ناصر (۱۳۷۶)، **حقوق مدنی قواعـــد عمومی قراردادها**، جلد چهارم،

چاپ نخست، تهران: شرکت انتشارات با همکاری بهمن برنا.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹٦)، **عقود معین**، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار
* گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۷)، مبانی حقوق اسلامی، چاپ نخست، تهران: مجد.
* متین دفتری، احمد (۱۳۸۸)، **مجموعه رویه قضایی بخش حقوقی**، نظریات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، چاپ نخست، تهران: آثار اندیشه.
* ملایی، مهدی (۱۳۹٤)، **فلسفه ضمانت اجرای قرارداد**، رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی.
* موسوی، حیدر (۱٤۳۳ق)، **درس خارج فقه**، مدرسه فقاهت، دروس حوزه بیروت العلمیه.
* موسوی، سید عباس و اصانلو، اکبر (۱٤۰۱)، «**انتفای عقد به سبب عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ایران و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۲۰.
* ناصری راد، علی (۱۳۹۱)، **کاملترین تلخیص اصول فقه**، جلد نخست، چاپ نخست، مشهد: شفا.
* نوین، پرویز (۱۳۸٤)، **حقوق مدنی ۳ در عقود و تعهدات**، چاپ نخست، تهران: تدریس.
* یزدانی، غلامرضا و جهانگیری، محسن (۱۳۹۱)، «**تاریخچه و قلمرو حق حبس در فقه امامیه**»، آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره ۱، شماره ٦.

ب. عربی

* ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱٤۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* اردبیلی، احمد (۱٤۱۲ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، جلد هشتم، چاپ نخست، قم: موسسه النشرالاسلامی.
* اصفهانی، سید ابوالحسن (بی‌تا)، **وسیله النجاه**، جلد دوم، چاپ نخست، بی‌جا: بی‌نا.
* اصفهانی، محمدحسین (۱٤۱۸ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، جلد پنجم، چاپ

نخست، قم: أنوار الهدی.
* بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱٤۰۵ق)، **الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره**، جلد بیست و چهارم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* بروجردی، مرتضی (۱۳۷۹)، **المستند فی شرح العروه الوثقی**، جلد سی‌ام، چاپ چهارم، قم: موسسه احیاء آثار امام خویی.
* حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی (۱٤۱۸ق)، **ریاض المسائل**، جلد هشتم، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
* حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱٤۱٤ق)، **فقه الصادق (علیه السلام)**، جلد بیست و دوم، بی‌چا، قم: موسسه دارالکتاب.
* حلی(محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفربن حسن (۱٤۰۸ق)، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
* موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱٤۲۱ق)، **کتاب البیع**، جلد پنجم، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
* خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱٤۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، جلد سوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
* خویی، سید ابوالقاسم (۱٤۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، جلد دوم، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
* خویی، سید ابوالقاسم (۱٤۱۷ق)، **مصباح الفقاهه**، مقرر: محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد هفتم، چاپ نخست، قم: انصاریان.
* ذوالمجدین، زین‌العابدین (۱۳۳٦)، **ترجمه و شرح تبصره علامه حلی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
* رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله (۱۳۱۱)، **کتاب الإجاره**، چاپ نخست، بی‌جا: بی‌نا.
* سبزواری، سید عبدالأعلی (۱٤۱۳ق)، **مهذّب الأحکام**، جلد هفدهم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
* سنهوری، احمد عبدالرزاق (۱۹۵۸م)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**،

جلد سوم، چاپ نخست، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
* طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن(۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
* عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱٤۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه**، جلد سوم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد (شهید ثانی) (۱٤۱۳ق)، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
* عدی، ولید (۱۹۷۹م)، **القانون المدنی السوری**، بیروت: بی‌نا.
* عراقی، آقا ضیاءالدین علی کزازی (بی‌تا)، **القواعد الفقهیه (نهایه الأفکار)**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱٤۲۳ق)، **کفایه الأحکام**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی (۱٤۱۷ق)، **العناوین الفقهیه**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* مظفر، محمدرضا (۱۳۷۹)، **المنطق**، چاپ نخست، قم: دارالتفسیر (اسماعیلیان).
* میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱٤۱۳ق)، **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: مؤسسه کیهان.
* نائینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۳۷۳)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، جلدهای نخست و دوم، چاپ نخست، تهران: المکتبه المحمدیه.
* نجفی خوانساری، شیخ موسی (۱٤۱۸ق)، **منیه الطالب (تقریرات میرزا محمدحسین نائینی)**، جلد نخست، چاپ نخست، بی‌جا: بی‌نا.
* نجفی، محمدحسن (۱٤۳٤ق)، **جواهرالکلام**، جلد هشتم، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
* نجفی، محمدحسن (۱٤۰٤ق)، **جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الإسلام**، جلد بیست و سوم، چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۱۰۷-۷۱
تاریخ دریافت: ۱٤۰۱/۱۰/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۰۳/۱۷

سیاست‌گذاری حقوقی و پیشگیری از تشتت آراء؛ کاهش دامنه تفسیرپذیری قوانین از طریق یادداشت توضیحی و آزمایشگاه قضایی

حمید بهره‌مند بگ‌نظر،[۱] امیرکیا عامری ثانی،[۲] آذر فرهمند،[۳] امیرحسین حاجی‌زاده[٤]

چکیده

سیاست‌گذاری حقوقی با رویکردی مسأله‌محور و میان‌رشته‌ای که از دانش سیاست‌گذاری عمومی وام گرفته است، حل مسائل نظام حقوقی را دنبال می‌کند. تشتت آراء در محاکم یکی از معضل‌های نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است که به عنوان یک مسأله، آن طور که باید مورد توجه نبوده و اقدام مؤثری در راستای حل آن صورت نگرفته است. عوامل متعددی را می‌توان برای تشتت آراء برشمرد، اما ابهام قوانین را باید مهم‌ترین آن‌ها دانست.

مقاله حاضر با روشی توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، دو پیشنهاد کلی را به منظور پیشگیری از تصویب قوانین مبهم که زمینه‌ساز تشتت آراء خواهد شد ارائه کرده است؛ پیشنهاد نخست، وارد نمودن «یادداشت‌های توضیحی» به نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است تا منبعی برای کمک به احراز نظر و هدف مقنن از وضع قانون باشد و به عنوان جایگزینی برای مشروح مذاکرات منتشر نشده نمایندگان مجلس عمل نماید؛ پیشنهاد دوم که از آزمایشگاه‌های اقتصادی و آزمایشگاه‌های سیاستی الهام گرفته شده است، ایجاد یک «آزمایشگاه قضایی» به منظور سنجش استنباط قضات از متن لایحه قضایی در یک محیط شبه‌واقعی، پیش از تصویب قانون است تا شکاف میان تقنین و اجرا به حداقل برسد.

واژگان کلیدی: سیاست‌گذاری حقوقی، سیاست‌گذاری عمومی، تشتت آراء، یادداشت توضیحی، آزمایشگاه اقتصادی، آزمایشگاه سیاستی، آزمایشگاه قضایی.

---

۱. استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
Bahremand@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
Amirkia.ameri@ut.ac.ir

۳. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز
Azar.fmd75@gmail.com

٤. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق ثبت اسناد و ملاک، دانشکده فارابی دانشگاه تهران
A.haji1370@gmail.com

درآمد

دولت[1] متولی حل مسائل عمومی یک کشور است. حل مسائل عمومی با چالش‌های گوناگونی در عرصه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، امنیتی و البته حقوقی و قضایی مواجه است. هرچند با بیان عنوان سیاست‌گذاری حقوقی، قوه قضاییه به ذهن متبادر می‌شود، اما بسیاری از چالش‌های نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نه تنها مرتبط با قوه قضاییه نیست، بلکه حل آن‌ها نیز خارج از اختیاراتی است که در اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی برای این قوه در نظر گرفته شده است. هرچند در نگاه اول یافتن راه حل برای بسیاری از مسائل موجود در دادگستری‌ها از جمله اطاله دادرسی و عدم اتقان آراء، در دستان قوه قضاییه است و البته در این راستا نیز اقداماتی صورت گرفته است،[2] اما ریشه این مشکلات را باید در خارج از این قوه جست‌وجو کرد. به همین علت است که قوه قضاییه نمی‌تواند به تنهایی برخی از مسائل دائمی دادگستری را به نحوی مطلوب مرتفع سازد. در واقع، با وجود این‌که بعضی مسائل از جمله اطاله دادرسی عمری هم‌پایه سن دادگستری در ایران دارد (جوانمرد، ۱۳۹۹: ۱۵۵)، عدم توجه به بایسته‌های سیاست‌گذاری عمومی و اتخاذ راه‌حل‌های سطحی و عدم توجه به ریشه‌های مسأله، موجب ناکامی در بهبود این معضل شده است. از رویکرد کلی مطرح‌شده در این مقاله می‌توان در حل کلیه مسائل نظام حقوقی بهره جست، اما مسأله‌ای که به طور خاص مورد توجه این نوشته قرار دارد، «تشتت آراء» در محاکم است.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که در زمره نظام‌های حقوق نوشته[3] قرار دارد، قانون منبع اصلی و لازم‌الاتباع است و رویه قضایی منبعی ثانویه است و بر خلاف نظام کامن لا[4] پیروی از رویه قضایی جز در مورد آراء وحدت رویه، برای قضات الزامی نیست. هرچند به موجب اصل هفتاد و سوم قانون اساسی، تفسیر قوانین عادی بر عهده مجلس شورای اسلامی است، اما با توجه به طولانی بودن فرایند تفسیر

---

1. State

۲. به عنوان نمونه، بنگرید به: دستورالعمل ارزیابی اتقان آراء قضایی مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۳۰ و دستورالعمل رسیدگی به پرونده‌های معوق و تعیین تکلیف فوری به آن‌ها مصوب ۱۳۹۸/۱۰/۹ که توسط رئیس قوه قضاییه ابلاغ شده است.

3. Written Law

4. Common Law

از طریق قانون‌گذاری، عملاً در مرحله اجرا، تفسیر قوانین به منظور تمیز حق توسط دادرسان صورت می‌گیرد و مطابق اصل مشهور یکصد و شصت و هفت قانون اساسی تفسیر قانون نه تنها یک اختیار، بلکه وظیفه قضات است. با این حال، تردیدی وجود ندارد که استنباط‌ها از متن قانونی واحد حتی توسط متخصص‌ترین و متبحرترین حقوق‌دانان نیز دارای تفاوت‌های عمده است. شاید به همین دلیل بوده است که مطابق اصل صد و شصت و یکم قانون اساسی «ایجاد وحدت رویه» برعهده دیوان عالی کشور قرار داده شده است.

البته با توجه به الزامی نبودن تبعیت از رویه قضایی به معنای عام در نظام حقوقی ایران، در صورتی که این تفاسیر متعدد زیاد باشد، امکان بهبود تشتت آراء از این طریق وجود ندارد و آراء وحدت رویه نیز نمی‌تواند مشکلات را حل کند؛ زیرا اولاً، اولاً امکان شناسایی تمامی موارد صدور آراء متفاوت در موارد مشابه که ناشی از استنباط متفاوت از قانون است برای قوه قضاییه وجود ندارد و اطلاع اشخاصی که به لحاظ قانونی امکان درخواست صدور رای وحدت رویه را دارند نیز در عمل مبتنی بر اقبال است؛ ثانیاً، ورود گسترده دیوان عالی کشور در عمل باعث نقض اصل تفکیک قوا از طریق دخالت در صلاحیت انحصاری مجلس در قانون‌گذاری می‌شود. آنچه که بیش از هر چیز باعث استنباط‌های متفاوت از متن قانون می‌شود، ابهام، اجمال و سکوت قانون است. به‌رغم ابلاغ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری در تاریخ ۱۳۹۸/۷/٦ و تأکید بر لزوم «شفافیت و عدم ابهام» و «استحکام در ادبیات و اصطلاحات حقوقی» در بند ۹ آن، که به نوعی اصول پیشگیری از تشتت آراء هستند، در قانون‌گذاری‌های پس از ابلاغ این سیاست‌های کلی چنانچه در ادامه تبیین می‌شود کماکان رویه سابق ادامه پیدا کرده است.

تشتت آراء در کلیه دعوای حقوقی، کیفری، تجاری، خانواده و اداری، پیش‌بینی‌پذیری دستگاه قضایی و در نتیجه امنیت قضایی شهروندان را به شدت کاهش می‌دهد. هرچند با توجه به اوضاع و احوال خاص و بسیار متنوع هر پرونده نمی‌توان توقع یکسان‌سازی کامل آراء قضات را داشت، باید برای تامین امنیت قضایی که در اسناد بالادستی از جمله بند ١٤ اصل سوم قانون اساسی و همچنین سیاست‌های کلی امنیت قضایی سال ۱۳۸۱ بر آن تأکید شده است با پیشگیری از تفاسیر متعدد از

متن قانون، تشتت آراء را به حداقل ممکن رساند. با این حال، حل مسأله تشتت آراء تنها با اقدامات پس از تصویب قانون ممکن نیست و چنانچه بیان شد مجلس شورای اسلامی و دیوان عالی کشور نیز امکانات لازم برای حل مشکل را ندارد و این جا است که اهمیت سیاست‌گذاری حقوقی هویدا می‌شود.

در سیاست‌گذاری حقوقی برای پیشگیری از تشتت آراء، علاوه بر اقداماتی پسینی، به سازکارهایی پیشگیرانه نیز باید نظر داشت. در برخی از کشورها از یادداشت‌های توضیحی به عنوان منبعی به منظور تفهیم هدف قانون استفاده می‌شود و آزمایشگاه‌های اقتصادی و آزمایشگاه‌های سیاستی نیز با هدف نزدیک نمودن سیاست‌گذاری به اجرا پدید آمده‌اند. در همین راستا، ابتدا به تشریح مفهوم و ویژگی‌های سیاست‌گذاری عمومی و سیاست‌گذاری حقوقی پرداخته می‌شود. سپس به ضرورت توجه به سیاست‌گذاری حقوقی در موضوع تشتت آراء اشاره شده و در پایان با توصیف چیستی یادداشت توضیحی و تبیین منبع الهام آزمایشگاه حقوقی یعنی آزمایشگاه‌های اقتصادی و سیاستی، مدل کلی پیشنهادی ارائه می‌شود. نظر به ضرورت تبیین کافی مفاهیم نو (مانند سیاست‌گذاری حقوقی) و حجم محدود ادبیات این حوزه، به ارائه کلی مدل پیشنهادی بسنده می‌شود و در پژوهش‌های آتی جزئیات آن می‌تواند مورد مداقه قرار گیرد. همچنین نقطه تمرکز این مقاله، لوایح قضایی خواهد بود که علت این انتخاب، در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱. از سیاست‌گذاری عمومی تا سیاست‌گذاری حقوقی

سیاست‌گذاری عمومی دارای شاخه‌های متعددی است. از جمله آن‌ها می‌توان به سیاست‌گذاری اقتصادی، سیاست‌گذاری سلامت، سیاست‌گذاری آموزشی، سیاست‌گذاری فرهنگی و سیاست‌گذاری جنایی اشاره کرد. سیاست‌گذاری حقوقی را نیز هرچند مفهوم جدیدی است و تعریف مشخصی از آن وجود ندارد، می‌توان به این شاخه‌ها اضافه کرد. در ادامه، پیش از تبیین مفهوم سیاست‌گذاری حقوقی لازم است سیاست‌گذاری عمومی و ویژگی‌های آن شناخته شود.

۱-۱. سیاست‌گذاری عمومی

دانش سیاست‌گذاری عمومی[1] به عنوان شاخه‌ای عملی از علوم سیاسی و به دنبال پیاده‌سازی مطلوب سیاست‌های نظری است، تعریف‌های متنوعی ارائه شده است. در خلاصه‌ترین مورد، سیاست‌گذاری عمومی را «علم دولت در عمل» تعریف کرده‌اند (مولر، ۱۳۷۸: ۱۱). در تعریف دیگری این‌طور بیان شده که سیاست‌گذاری عمومی عبارت است از: «مجموعه اقدامات هدفمند که به وسیله یک بازیگر یا مجموعه‌ای از بازیگران در مواجهه با یک مشکل یا موضوع خاص دنبال می‌شود» (اشتریان، ۱۳۹۶: ۲۷). در این تعریف به یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های سیاست‌گذاری عمومی که همانا «مسأله‌محوری»[2] است توجه شده است.

۱-۱-۱. مسأله محوری

می‌توان «مسأله محوری» را رکن رکین سیاست‌گذاری عمومی دانست. سیاست‌گذاری عمومی کاملاً مسأله‌محور است؛ بدین معنا که به دنبال شناسایی یک مسأله مشخص و یافتن یا ساختن یک راه حل است و در همین راستا به صراحت، صِرف مطالعه یک پدیده را رد می‌کند (Moran et al, 2006: 40). به عبارتی، سیاست‌گذاری عمومی به‌رغم انجام مطالعات گسترده نظری، به دنبال راهکارهای عملی است و حتی مطالعات نظری خود را نیز با هدف اشراف و شناخت بهتر و جامع‌تر از یک مسأله عمومی دنبال می‌کند.

۱-۱-۲. میان‌رشته‌ای بودن

سیاست‌گذاری عمومی هرچند به عنوان یک رشته دانشگاهی ایجاد شده است، اما رسالت آن، استفاده گسترده از سایر علوم را اجتناب‌ناپذیر ساخته است. هر مسأله سیاستی اجزاء گوناگونی دارد که حل هر یک از آن‌ها نیازمند یک حوزه تخصصی دانشگاهی مجزا است (Moran et al, 2006: 40-41). به عبارتی، مسائل بغرنج پدید آمده در جامعه امروز را نمی‌توان صرفاً با عینک یک دانش خاص بررسی کرد، بلکه مطالعات میان‌رشته‌ای و توسل به روش‌ها و یافته‌های سایر علوم امری بسیار ضروی است. سیاست‌گذاری عمومی با نگاهی چند بُعدی به مسائل، به شدت بر مطالعات

1. Public policy
2. Problem oriented

میان رشته‌ای متمرکز است.

۲-۱. سیاست‌گذاری حقوقی

سیاست‌گذاری حقوقی مفهومی است نوپدید که به خوبی تعریف نشده است. پیش از هر چیز باید بیان داشت مقصود ما از سیاست‌گذاری حقوقی، مفهومی متفاوت از «سیاست حقوقی»[1] است که با تصمیمات قضایی و برخی امور تأثیرگذار بر این تصمیمات چه در حقوق داخلی (Clayton, 2015) و چه در حقوق بین‌المللی (سیفی و رضادوست، ۱۳۹۹: ۷۶) ارتباط دارد. در یکی از تعاریف ارائه‌شده برای سیاست‌گذاری حقوقی گفته شده «سیاست‌گذاری حقوقی تصمیم‌گیری، اقدام و برنامه‌ریزی دولت در زمینه مسائل حقوقی است» (نیازپور، ۱۳۹۹: ۷۹۳). مطابق تعریفی دیگر «سیاست‌گذاری حقوقی فرایندی است که در چهارچوب آن، پس از شناسایی مشکلات و مسائل حقوقی و تهیه دستور کار و اولویت‌گذاری در راستای شناسایی راهکارها، اجرای آن‌ها و ارزیابی تدابیر اجرا شده گام برداشته می‌شود» (جنیدی، ۱۳۹۹: ۱۹). سیاست‌گذاری حقوقی را باید شاخه‌ای از سیاست‌گذاری عمومی دانست که با استفاده از اصول و مبانی این دانش و در قالب فرایند سیاست‌گذاری عمومی به دنبال حل مسائل نظام حقوقی است. منظور از مسأله یک «مسأله عمومی»[2] است که موجب اخلال در کارکرد و ایفای وظیفه نظام حقوقی شده است؛ وظیفه‌ای که عبارت است از تنظیم روابط میان اشخاص خصوصی از یک سو و روابط میان دولت و مردم از سوی دیگر که موضوع دو شاخه اصلی علم حقوق یعنی حقوق خصوصی و حقوق عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۸۲)، اما مشخصه‌ای که سیاست‌گذاری حقوقی را قابل توجه می‌نماید، دارا بودن ویژگی‌های سیاست‌گذاری عمومی از جمله مسأله‌محور و میان رشته‌ای بودن است.

هرچند نظام حقوقی ما با مسائل متعددی رو به رو است که در حل آن‌ها پای‌بندی به بایسته‌های سیاست‌گذاری حقوقی ضروری است، در این نوشته بر آن هستیم تا بر یک مسأله مشخص که عبارت است از «تشتت آراء» در محاکم متمرکز شویم. تشتت در آراء صادر شده از محاکم ریشه در مسائل متعدد دارد که در ادامه

1. Legal policy
2. Public problem

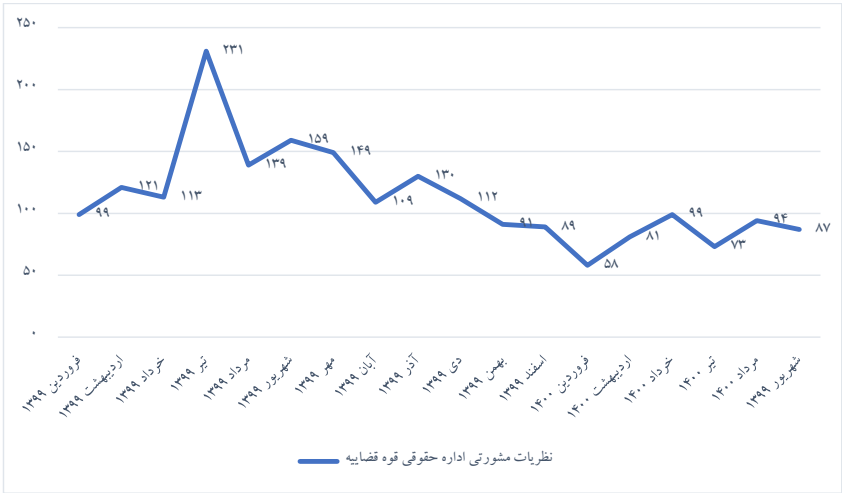
پس از توصیف وضعیت موجود، و با استفاده از رویکردی مسأله محور و میان‌رشته‌ای به ارائه مدل کلی پیشنهادی می‌پردازیم.

۲. تشتت آراء

تشـــتت که در لغت به معنای پراکنده شـــدن و پریشانی است (دهخدا، ۱۳۷۷: ٦٧٤٦)، در خصـــوص آراء، یکی از چالش‌های نظام حقوقی ایران اســـت که کم‌تر به عنوان یک مسأله مورد توجه سیاست‌گذاران و دانشگاهیان بوده است. پیش‌بینی‌ناپذیر بودن رویه قضایی، یکی از مهم‌ترین عوامل اخلال در امنیت حقوقی شهروندان است. همان‌طـــور که در مواد ۱ و ۲ ســـند امنیت قضایی ۱۳۹۹ مصـــوب رئیس قوه قضاییه اشـــاره شده است، تضمین «اصل اعتماد و انتظار مشروع» در گرو ایجاد آسایش خاطر برای شـــهروندان از طریق پیش‌بینی‌پذیر نمودن نظام حقوقی است. البته بدیهی است کـــه قانون‌گذار نمی‌تواند تمامی شـــرایط و وضعیت‌هایی را که در زمان اجرای قانون پیش می‌آید پیش‌بینی کند و حتی در مواردی به طور عمدی از واژگان مبهم اســـتفاده می‌کند تا قانون با شرایط غیر قابل پیش‌بینی قابل انطباق باشد (انصاری، ۱۳۹۹: ۱۲٤). به عبارت دیگر، در مواردی تشـــتت آراء نه تنها امری مذموم نیست بلکه در صورتی که ناشـــی از تلاش برای نیل به عدالت در موقعیت‌های خاص باشـــد بسیار مطلوب اســـت. بر این اساس، در این نوشتار رفع تشتت آراء به طور مطلق مورد نظر نیست و راهکارهای پیشنهاد شده نیز به دنبال هر چه پیش‌بینی‌پذیرتر کردن رویه قضایی تا حد امکان و کاهش موارد حدوث ابهام غیر ضرروی در مقام تمیز حق است.

هرچند اصل وجود تشـــتت آراء بدیهی به نظر می‌رسد، اما به منظور رعایت اصول پژوهش به ادله‌ای چند اشاره می‌شود. به عنوان نخستین دلیل می‌توان به تعداد بسیار زیاد نظریات مشورتی اداره کلی حقوقی قوه قضاییه در راستای رفع ابهام قضات اســـتناد نمود. هرچند که به نظر می‌رســـد تمامی اســـتعلامات صورت گرفته از اداره حقوقی معاونت حقوقی قوه قضاییه منتشـــر نمی‌شود، همان‌طور که در نمودار شماره ۱ مشـــخص شده است، دست‌کم در سال ۱۳۹۹ به طور میانگین حدود یکصد و سی نظریه مشورتی در هر ماه منتشر شده است که در مجموع به حدود ۱۵۰۰ مورد در این سال می‌رسد. همچنین از آغاز سال ۱٤۰۰ تا پایان شهریور ماه این سال، حدود پانصد نظریه مشورتی با میانگین ماهانه تقریباً هشتاد مورد منتشر شده است. هرچند به طور

کلی صدور نظریه مشورتی امری مثبت است، اما از تعداد نظریات مشورتی صادر شده می‌توان به ابعاد میزان ابهام و تفسیرپذیری قوانین موجود پی برد.



نمودار شماره ۱- نظریات مشورتی صادر شده توسط اداره حقوقی قوه قضاییه [۱]

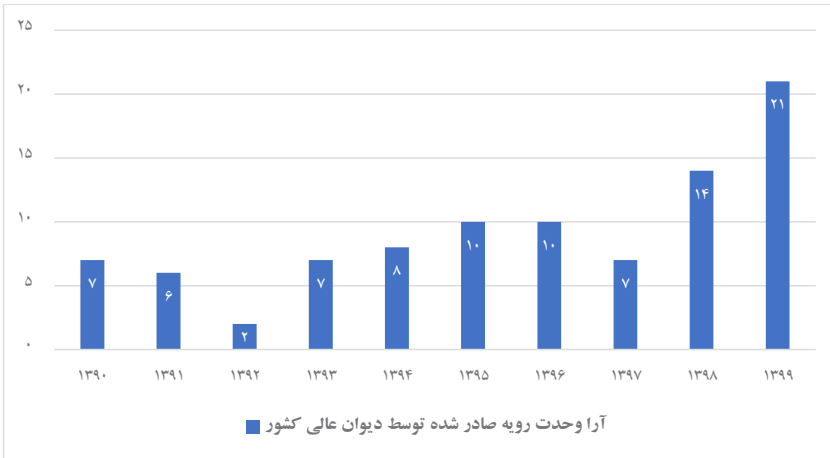
به‌رغم ابلاغ «سیاست‌های کلی نظام قانون گذاری» در تاریخ ۱۳۹۸/۷/٦ و تأکید بر لزوم «شفافیت و عدم ابهام» در قوانین در بند ۹ آن، قانون‌گذاری‌های پس از ابلاغ این سیاست‌های کلی کماکان حکایت از وجود ابهام شدید دارد که منتهی به سردرگمی قضات و تشتت آراء شده است. برای نمونه، در خصوص قانون کاهش مجازات حبس تعزیری که در تاریخ ۱۳۹۹/٤/۱۱ لازم الاجرا شد تا شهریور سال ۱٤۰۰ دست کم در حدود یکصد و هشتاد نظریه مشورتی صادر شده است. همچنین دو رای وحدت رویه شماره ۷۹٦ و ۸۰۷ پیرامون آراء متعارض در خصوص قانون کاهش مجازات حبس تعزیری توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده است. طبق گفته معاون حقوقی وقت قوه قضاییه، پیش از لازم‌الاجرا شدن این قانون

۱. این آمار بر اساس تعداد رکوردهای ارائه شده در قسمت «جست‌وجوی نظریه مشورتی» تارنمای اداره حقوقی قوه قضاییه (https://edarehoquqy.eadl.ir) استخراج شده است.

نسبت به ایجاد یک کارگروه ویژه جهت پاسخ به ابهامات پیش آمده برای قضات در خصوص قانون کاهش مجازات حبس تعزیری اقدام شد،[1] اما همان‌طور که در نمودار شماره ۱ مشخص است، هم‌زمان با لازم‌الاجرا شدن قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، تعداد نظریات مشورتی افزایشی قابل ملاحظه داشته است. البته تعداد نظریات مشورتی منتشر شده حاکی از آن است که ابهام در قوانین محدود به قوانین تازه به تصویب رسیده نیست و طیف گسترده‌ای از قوانین را شامل می‌شود.

به عنوان دومین دلیل بر وجود تشتت آراء می‌توان به تعداد آراء وحدت رویه صادرشده توسط دیوان عالی کشور اشاره داشت که در سال ۱۳۹۹ به عدد بیست و یک رسیده است و طی ده سال اخیر به طور میانگین سالانه نه رای وحدت رویه صادر شده است (نمودار شماره ۲). این تعداد بدون در نظر گرفتن آراء وحدت رویه صادر شده توسط دیوان عدالت اداری است که تا ابتدای سال ۱۴۰۰ در حدود هزار و سیصد و پنجاه مورد برآورد می‌شود (رفیعی،۱۴۰۰: ۲۳۸). گرچه مطابق اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی ایجاد وحدت رویه یکی از اهداف تاسیس دیوان عالی کشور است، باید به این مسأله نیز توجه کرد که تفسیر قانون عادی طبق اصل هفتاد و سوم قانون اساسی برعهده مجلس است و صدور آراء وحدت رویه نباید جایگزین تفسیر قانونی مجلس شورای اسلامی شده و به نوعی قانون‌گذاری بدل گردد. البته گاهی صدور رای وحدت رویه علاوه بر این‌که خلاف نظر روشن قانون‌گذار بوده، نقض غرض شده و خود موجب افزایش تشتت آراء شده است و به تعبیری به «رای کثرت رویه» تبدیل شده است (خدابخشی، ۱۳۹۹: ۲۳۵). همچنین در مواردی اعتبار یا عدم اعتبار یک رای وحدت رویه خود ممکن است محل اختلاف و تشتت آراء شود (کاظمی، ۱۳۹۶: ۱۵۴-۱۵۶). تشریح مشکلات نهاد وحدت رویه فراتر از حوصله این نوشته است، اما ابهامات و نظرات بسیاری متفاوتی در خصوص ایرادات ساختاری و کارکردی نهاد وحدت رویه به عنوان یکی از راهکارهای اصلی رفع تشتت آراء میان حقوق دانان وجود دارد (رفیعی،۱۴۰۰: ۲۲۴-۲۴۴). با این حال علاوه بر ادله آماری که در خصوص وجود تشتت آراء بیان شد می‌توان به سیاست‌های اتخاذ شده توسط قوه قضاییه در سند تحول قضایی نیز استناد نمود.

1. https://www.isna.ir/news/99041712833/



نمودار شماره ۲- آراء وحدت رویه صادر شده توسط دیوان عالی کشور طی ده سال گذشته [1]

در نخستین مأموریت ذکر شده در سند تحول با عنوان «رسیدگی به تظلمات، تعدیات، شـــکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات»، به عنوان اولین چالش به «غیرمتفن بودن برخی از آراء و تصمیمات قضایی» اشـــاره و مهم‌ترین عامل آن وجود «تعارض، ابهام و نقص قوانین و مقررات دانســـته شـــده اســـت. در واقع در این سند تفصیلی که ده‌ها چالش و عامل برای مســـائل فعلی دســـتگاه قضایی ذکر شده است، وجـــود تعارض و ابهام در قوانین پیش از هرچیز مورد توجه قرار گرفته و راهبردها و راهکاریی برای حل آن ارائه شـــده است. در سند تحول قضایی (مأموریت نخست)، به راهکارهایی برای رفع چالش‌های مذکور اشاره شده است از جمله: «پیگیری تنقیح و اصـــلاح قوانین و مقررات متعارض، مبهم و ناقص با تمرکز بر ده قانون اولویت‌دار بـــا توجه به بررســـی آراء قضایی و نظرات حاصل از نشســـت‌های قضایی و نظرات مشورتی اداره کل حقوقی».

حال با این توضیحات، تلاش می‌شود با الهام از برخی روش‌های استفاده‌شده در سایر کشورها (یادداشت توضیحی) و همچنین طراحی آزمایشگاه حقوقی بر مبنای

1. https://divanealee.eadl.ir/آرائ-دیوان-عالی-کشور/آرائ-وحدت-رویه

آزمایشگاه‌های مشـــابه ایجادشده در عرصه علوم انسانی، الگوی کلی متناسب با نظام حقوقی جمهوری اســـلامی ایران به منظور کاهش ابهام و تفســـیرپذیری قوانین ارائه شود.

۳. راهکارهای پیشگیری از تشتت آراء

بخش گســـترده‌ای از تشـــتت آراء موجود در محاکم ریشه در قوانین موجود دارد. با این حال، در کنار رفع ابهام از قوانین موجود از طریق شناسایی قوانین و مواد قانونی که بیشترین نظریات مشورتی در خصوص آن‌ها صادر شده است و در اولویت قرار دادن آن‌ها جهت اصلاح، ایجاد سازکار مناسب برای افزایش کیفیت قوانین آینده و جلوگیری از پیش‌آمد تجربه‌هایی مشـــابه با قوانینی همچون قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ضروری اســـت. همان‌طور که بیان شـــده است، وجود اختلاف نظر از منظر حقوق‌دانان در زمینه‌های مختلف امری عادی اســـت، اما تفاوت آرا در دستگاه قضایی که متصدی فصل خصومت یا اجرای عدالت است، تبعات ناخوشایندی برای مردمـــی که به امید حل و فصل دعاوی و احقاق حـــق به قاضی رجوع کرده‌اند، دارد (الهام و کریمی، ۱۳۹٤: ۱۹٤). یکی از اصلی‌ترین ویژگی‌های بیان شـــده برای قانون، «روشن بودن» است (عبدالله‌زاده شهربابکی، ۱٤۰۰: ٤٤). روشن بودن قانون علاوه بر تســـهیل درک شهروندان از متن قانون به عنوان مخاطب اصلی، از تفسیرهای متشتت در مقام تمیز حق توســـط دادرســـان نیز جلوگیری می‌کند؛ لذا تدوین قوانین شفاف نیازمند رعایت اصول قانون‌گذاری و فرایندی مطلوب است که خروجی آن از کیفیت لازم برخوردار باشـــد. با این حال، واقع‌نگر بودن ضروری است؛ زیرا هرچند در نظام حقوقی مدون، اولین و مهم‌ترین منبع پاسخ به تمام مسائل قانون است، امروزه فرض کمال قانون، فرضی غیر واقعی است. قانون هیچ‌گاه همه راه‌حل‌ها را در خود به کمال ندارد، پس برای فصل خصومت و اعمال حق چاره‌ای جز تفســـیر قانون برای قاضی و مفســـر باقی نمی‌نماند (سلاجقه، ۱۳۹۲: ۱۵). البته لزوم تفسیر قانون همیشه به دلیل نواقص شـــکلی و ماهوی و کم‌کاری قانون‌گذار نیست، بلکه هر مجری قانون در مقام اجرا و تطبیق دادن حکم با موضوع ناگریز از نوعی تفســـیر است (گلدوزیان، ۱۳۷۷: ۹۵). به علاوه در کنار بسترهای حقوقی و قضایی مؤثر بر تفسیرهای گوناگون، بسیاری

از عوامل روانی و «سوگیری‌های شناختی»[1] نیز بر تفسیر قضات تأثیر اساسی دارند (ساکیانی و واعظی، ۱۴۰۱). بر این اساس میزانی از تفاوت در تفاسیر و آراء قضات طبیعی و ضروری است. با در نظر گرفتن این واقعیت، باید به ایجاد سازِکارهایی پرداخت که اشتباهات انسانی را در مقام نگارش متن قانون کاهش داده و تفسیرپذیری قانون را به حداقل ممکن برساند. اساساً صدور آرای مختلف در موضوع و شرایط یکسان، ریشه در تفسیرپذیری قانون دارد که این امر نیز خود به دلیل عدم اطلاع از هدف قانون‌گذار یا ابهام در آن است. یادداشت‌های توضیحی و آزمایشگاه قضایی بر بسترهای ایجادکننده امکان تفاسیر متفاوت در شرایط یکسان متمرکز هستند و به ترتیب اعلام رسمی هدف مقنن و شبیه‌سازی اجرای قانون پیش از لازم الاجرا شدن قانون را دنبال می‌کنند. مدل کلی ارائه شده در این مقاله دارای رویکرد پیشینی است و به دنبال پیشگیری از تدوین و تصویب قوانینی است که به دلیل ابهام در متن موجب تشتت آرا می‌شوند.

در ادامه با تشریح مفهوم یادداشت‌های توضیحی و کاربرد آن‌ها در کشورهای دیگر، به تبیین ضرورت استفاده از آن‌ها در نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود، سپس با توضیح ایده آزمایشگاه قضایی، الگوی پیشگیری از تشتت آرا تکمیل می‌گردد.

۱-۳. یادداشت توضیحی[2]

قضات به عنوان مفسران قوانین از روش‌های گوناگونی استفاده می‌کنند. از جمله روش‌های تفسیر می‌توان به تفسیر لفظی، تفسیر ژنتیک، تفسیر سیستماتیک، تفسیر احتیاطی و تفسیر منصفانه اشاره داشت که هر یک از آن‌ها ممکن است مورد استفاده قضات قرار گیرد (بابایی‌مهر، ۱۳۸۸: ۱۸۱-۱۸۲). علاوه بر این، تفسیر منطقی یا تفسیر مضیق به نفع متهم در قوانین کیفری نیز بسیار پرکاربرد است. با این حال در صورت شفافیت و احراز نظر مقنن مجالی برای توسل به سایر تفاسیر باقی نمی‌ماند؛ زیرا با توجه به این‌که مطابق اصل هفتاد و سوم قانون اساسی، مفسر قوانین عادی مجلس شورای اسلامی است، در صورتی که مجلس تفسیر خود از قانون را اعلام نماید که همانا اعلام نظر مقنن در خصوص منظور قانون است، این نظریه تفسیری

1. Cognitive bises
2. Explanatory Notes

برای تمامی مجریـــان از جمله قضات لازم الاجرا خواهد بود و حتی برخلاف قاعده عـــام ماده ٤ قانون مدنی در خصوص اثر قانون نســـبت به آتیه، تفســـیر قانون عطف بماسبق می‌شود[1] (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۳۳).[2] لازم به ذکر است برخی از قوانین تصویب شـــده در نظام حقوقی ایران که تعداد مواد آن‌ها نیز قابل ملاحظه است از جمله قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و بسیاری از قوانین دیگر، مطابق اصل هشـــتاد و پنجم قانون اساســـی به تصویب کمیسیون‌های داخلی می‌رسند و به صورت آزمایشی به اجرا گذاشته می‌شود. نکته قابل توجه این‌که، مشـــروح مذاکرات این قوانین در دسترس نیست و این مسأله تفسیر قوانین از طریق احراز نظر مقنن را بســـیار دشوار ساخته است. برای این مشکل، در برخی از کشورها به منظور کمک به تفســـیر قانون و همچنین تدویـــن قوانین با کیفیت به نحوی که از خاستگاه اصلی خود یعنی آسیب‌شناسی‌ها و راهکارهای کارشناسان فاصله نگیرند، از «یادداشت‌های توضیحی» استفاده می‌کنند.[3]

یادداشت توضیحی عبارت است از یک سند که توسط تدوین‌کننده پیش‌نویس لایحه همراه با پیش‌نویس به مجالس قانون‌گذاری ارســـال می‌شود و بیان‌گر هدف و ضرورت تصویب قانون، اثر مقرره‌های پیش‌بینی‌شـــده در آن، پیشـــینه این سیاست و از همه مهم‌تر بیان یادداشـــت‌هایی برای هر یک از مواد قانون اســـت (Common-wealth of Australia, Senate, 2004). یادداشـــت‌های توضیحی موجب می‌شوند کـــه مقنن، مردم و البتـــه محاکم، مقصود قانون و نحوه دقیـــق اجرای آن را به نحوی مطلوب درک کنند (Neill, 2005: 71). کاربرد یادداشـــت‌های توضیحی به کمک به فهم هدف قانون‌گذار محدود نیســـت، بلکه قابلیت مداقه در مسائل فنی و پیچیده در

---

۱. لازم به ذکر است مطابق نظریه تفسیری شماره ۷٦/۲۱/۵۸۳ مورخ ۷٦/۳/۱۰ شورای نگهبان، «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم الاجرا است؛ بنابراین در مواردی که مربوط به گذشته است و مجریان برداشت دیگری از قانون داشته‌اند و آن را به مرحله اجراء گذاشته‌اند، تفسیر قانون به موارد مختومه مذکور تسری ندارد».

۲. البته ملاحظاتی در تفسیر قانون توسط مجلس شورای اسلامی وجود دارد، از جمله لزوم بر خلاف شـــرع و اصول غیر از اصل هفتاد و سوم قانون اساســـی نبودن و همچنین لزوم حفظ حقوق مکتسبه افراد و عدم تقنین در مقام تفسیر(تقی‌زاده و بانشی: ۱۳۹٤).

۳. مـــعادل‌های انگلیـــسی مختلفی برای یادداشـــت توضیحی به کار می‌رود از جمله: Explana-tory Statement, Explanatory Memoranda, Explanatory Memorandum و Explanatory Notes، که همگی دارای معنایی یکسان هستند (Alex Hickman, 2014: 2).

فرایند قانون‌گذاری را نیـــز بالا می‌برد و تمرکز قانون‌گذاران در مباحثه‌های مربوط به پیش‌نویس قانون را افزایش می‌دهد (United Kingdom, House of Commons 2013). در یادداشـــت‌های توضیحی علاوه بر بیان هدف کلی از قانون، برای هر ماده قانونی یک یادداشـــت تدوین می‌شـــود که هدف از آن ماده را به طور مشخص تعیین می‌کند. در استرالیا به موجب ماده ۳۵ قانونِ «تفسیر قوانین»[1] مصوب ۱۹۸٤ [2] به امکان استفاده از یادداشـــت‌های توضیحی به عنوان ابزار و منبعی برای تفسیر قانون تصریح شده است. همچنین دستورالعمل‌هایی برای نحوه تهیه یادداشت‌های توضیحی تدوین شـــده است.[3] نقدهایی نیز در مورد یادداشت‌های توضیحی وجود دارد از جمله این‌که گفته شده است برخی از یادداشت‌های توضیحی صرفاً بازنویسی مواد قانونی است و کمک چندانی به فهم خواننده نمی‌کند (Sainsbury, 2011: 64). البته در راستای رفع این مشکل در دســـتورالعمل‌ها بر شاخص‌هایی تأکید شده است که در یادداشت‌های توضیحی باید مورد توجه قرار گیرد؛ از جمله آن‌که یادداشـــت توضیحی نباید تکرار، بازنویســـی یا خلاصه ماده قانونی باشد.[4] یادداشـــت‌های توضیحی نه تنها در بسیاری از کشورها با نظام‌های حـــقوقی گوناگون از جمله استرالیا، انگلستان، ایالات متحده آمریکا، بلژیک، نیوزلند و ســـنگاپور مورد اســـتفاده قرار می‌گیرند، بلکه سازمان ملل متحد نیز نســـبت به انتشار یادداشت توضیحی هـــمراه با برخی از اسناد خود اقدام می‌کند.[5] یادداشـــت‌های توضیحی باید به همراه قوانین منتشر شود و این انتشار مورد تأیید مقنن باشـــد تا بتوان از آن به عنوان منبعی رســـمی جهت تفسیر قانون استفاده کرد. نحوه تـهیه و مسئول تهیه یادداشت‌های توضیحی در کشـورهای مختلف یکسان نیســـت. یادداشـــت توضیحی اصولاً توسط قانون‌گذار تهیه می‌شـــود (Neill, 2005:

1. The Interpretation of Legislation Act
2. Section 35(b)(iii) of the Interpretation of Legislation Act 1984: available at: https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/interpretation-legislation-act-1984/128
3. Guide to preparing an explanatory memorandum: available at: https://www.vic.gov.au/sites/default/files/2019-12/Guide-to-preparing-an-explanatory-memorandum-Office-the-Chief-Parliamentary-Counsel.pdf
4. Guide to preparing an explanatory memorandum: available at: https://www.vic.gov.au/sites/default/files/2019-12/Guide-to-preparing-an-explanatory-memorandum-Office-the-Chief-Parliamentary-Counsel.pdf , P.7
5. https://www.un.org/en/ga/about/ropga/expntes.html

76)، به عبارت دقیق‌تر، در کشـــورهایی از جمله اســـترالیا و انگســـتان فردی به نام راهنمـــا و به عنوان نماینده نهادی (مانند وزارت‌خانه)، یک گزارش سیاســـتی حاوی آسیب‌شناســـی و راهکار برای یک مسأله عمومی را به دفترهای مشورت پارلمانی[1] که وظیفه نگارش پیش‌نویس قانون را دارند ارائه می‌کند. تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون[2] بر اساس سازکاری مشـــخص با راهنما در تعامل هستند و در ضمن تهیه پیش‌نویس لایحه، نسبت به نظارت و اصلاح یادداشت توضیحی تهیه شده توسط راهنما نیز اقدام می‌کنند.[3]

اســـتفاده از اسناد توضیحی به منظور کمک به احراز هدف قانون‌گذار در زمان اجرا، محدود به نظام کامن‌لا نیست، بلکه در برخی از نظام‌های حقوق نوشته نیز استفاده از متون تفصیلی تحت عنوان «گام‌های اولیه»[4] که همان صورت جلســـات یا مشروح مذاکرات اســـت که در آن به مقاصد مقنن و مبانی راهکار تقنینی اشاره می‌شود بسیار متداول شـــده است (Stefanou & Xanthaki, 2016: 327). در مقایسه میان مشروح مذاکرات در نظام‌های حقوق نوشـــته و یادداشت‌های توضیحی در کامن‌لا گفته شده است که یادداشت‌های توضیحی بسیار خلاصه‌تر هستند و برخلاف مشروح مذاکرات کمتر به عنوان منبع معتبر تفســـیر قانون استفاده شـــده‌اند (Stefanou & Xanthaki, 2016: 327). هرچند تفاوت‌های نظام‌های حقوقی نوشـــته و کامن‌لا بنیادی است، اما اندیشـــمندان عرصه قانون‌گذاری بر آنند که قانون‌نویسی دیگر موضوعی ملی نیست، بلکه به رغم ضرورت توجه به ویژگی‌های نظام‌های داخلی، قواعد قانون‌نویسی برای افزایش کیفیت قانون به ســـرعت در حال جهان‌شمول شدن هستند (زانتاکی، ۱۴۰۰: ۲۴۸). یادداشت‌های توضیحی و مشروح مذاکرات در نظام‌های حقوقی مختلف مورد اســـتفاده قرار گرفته اســـت، اما از نظر میزان اعتبار در زمان تفسیر قضایی میان آن‌ها تفاوت‌هایی وجود دارد. چنان‌که بیان شـــد در استرالیا اعتبار یادداشت‌های توضیحی برای تفسیر مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است. البته در سایر کشورها از جمله

1. Office of Parliamentary Counsel (OPC)
2. Drafter
3. Guide to preparing an explanatory memorandum: available at: https://www.vic.gov.au/sites/default/files/2019-12/Guide-to-preparing-an-explanatory-memorandum-Office-the-Chief-Parliamentary-Counsel.pdf, PP.4-5.
4. Travaux Préparatoires

انگلستان هرچند یادداشـــت‌های توضیحی به عنوان منبعی برای درک بهتر نظر مقنن معرفی شـــده‌اند، ارزش بالاتری نسبت به ســـایر منابع و روش‌های تفسیر ندارند.[1] در انگلســـتان انتشار یادداشت‌های توضیحی رایج اســـت و هرچند به صورت رسمی به عنوان منبع تفسیر معرفی نشده‌اند، استفاده عملی از یادداشت‌های توضیحی در تفسیر قوانین به حدی رایج و مهم اســـت که بی‌توجهی به آن‌ها در زمان اصلاح قانون مورد انتقاد متخصصان قانون‌نویسی قرار گرفته است و عدم استفاده از چنین ابزار مفیدی را تأسف‌بار دانسته‌اند (زانتاکی، ۱٤۰۰: ۲۸۸).

مقنن با تدوین هر حکم قانونی به دنبال اجرای یک سیاست است و هدف او از اجرای سیاست اســـت که باید مبنای تفسیر قانون در وضعیت‌های پیش‌بینی نشده قرار گیرد. ابهام قضات در زمان اجرای سیاســـت اســـت که عامل ناگزیر شدن ایشان از تفســـیر بوده و به تشتت آراء منتهی می‌شـــود. در یادداشت‌های توضیحی «هدف» قانون‌گذار مشـــخص می‌شـــود و نه «قصد» او. یادداشـــت‌های توضیحی برای تفسیر قصدگرایانه، روشی ایده‌آل است و در متن‌گرایی نیز خالی از فایده نیست. قضات در تفســـیر قانون به طور کلی از دو روش «قصدگرایانه» و «متن‌گرایانه» استفاده می‌کنند. قضات قصدگرا برای تفسیر مفاد قانون به دنبال احراز نظر مقنن هستند و بدین منظور به تاریخچه تقنینی مراجعه می‌کنند، در حالی که قضات متن گرا که در اقلیت هستند، بدون مراجعه به تاریخچه قانون به دنبال کشـــف معانی از طریق بررســـی کلمات و ساختار متن قانون هســـتند (رینرسون، ۱۳۹۹: ۲۰٤). متخصصان عرصه قانون‌نویسی، نکاتی را در خصـــوص نگارش متن قانون برای قضات قصدگرا و متن‌گرا به تفکیک بیان نموده‌اند. قانون‌نویسی برای قـــضات قصدگرا به سادگی از طریق فراهم آوردن اطلاعات کافی برای ایشـــان به منظور فهم نظر قانون‌گذار محقق می‌شـــود، اما برای قـــضات متن‌گرا توصیه می‌شود که معانی و عبارات مبهم در بخش تعریف قوانین تشـــریح شـود و با توجه به عـلاقه این دســـته از قضات به اصـول استـنباط، باید با حذف عبارات غیر ضـــروری این امکان از ایشـان سلـب شود (رینرسون، ۱۳۹۹: ۲۰۷-۲۰۸). علاوه بر این، مهم‌ترین دلایل ارائه شده توسط متن‌گرایان این است اساساً

---

۱. برای نمونه، بنگرید به: مقدمه قانون حقوق مصرف‌کننده ۲۰۱۵ انگلستان، قابل دسترس در:
https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes/division/1?view=plain

چیـــزی به نام قصد مقنن وجود ندارد و حتی در صورت وجود، این قصد قابل احراز نیســـت؛ چرا که افراد بسیار متعددی در فرایند تدوین قانون مشارکت داشته‌اند که هر یک دارای قصدی خاص بوده و در همین راســـتا اســـت که برخی ترجیح داده‌اند به جای استفاده از عبارت «قصد مقنن»[1] از «هدف مقنن»[2] استفاده کنند.[3] بدین ترتیب اگر یادداشـــت‌های توضیحی به طور رســـمی به عنوان هدف مقنن منتشر شوند، باید بیان داشت که قصد مقنن وجود دارد و قابل احراز نیز هست. البته این بدان معنا نیست که با ورود یادداشت‌های توضیحی متن‌گرایی و متن‌گرایان به کلی کنار می‌روند؛ چرا که نقدهایی جدید ممکن اســـت بر این شـــیوه از احراز نظر مقنن وارد شود، اما از طریق ایجاد معیاری رسمی برای قصدگرایان و اقناع بخشی از متن‌گرایان، بدون تردید دایره روش‌ها و منابع رجوع قضات برای تفســـیر کاهش یافته و برخی از بسترهای تشتت آفرین حذف می‌شود.

بر این اساس قضات متن‌گرا نیز در صورت وجود راهنمای رسمی مقنن مانند مقدمه یا بخش تعاریف قانون از آن استقبال می‌کنند؛[4] چرا که یادداشت‌های توضیحی در صورتی که دارای اعتبار رســـمی به عنوان معیار تفســـیر قانون و احراز نظر مقنن باشند، خود، بخشی از متن هستند که توسط واضع متن قانون تدوین شده و رسمیت پیدا کرده است. قلمداد شـــدن یادداشت‌های توضیحی به عنوان بخشی از متن قانون یا به عنوان یک مرجع تفســـیری ثانویه رســـمی، هم جواب‌گوی موضوعیت داشتن متن برای متن‌گرایان اســـت و هم طریقیت داشتن آن برای قصدگرایان (افشار، ۱۳۹۷: ۵۳). بدین ترتیب یادداشـــت‌های توضیحی نیز که در وهله اول از طریق بهبود کیفیت تعامل و افزایش شفافیت میان بازیگران در مرحله تدوین قانون به بهبود کیفیت فرایند سیاســـت‌گذاری و قانون‌گذاری کمک می‌کند، در مرحله پس از تصویب قانون نیز با

1. Intention
2. Intention
3.See: https://www.supremecourt.uk/docs/statutory-interpretation-a-collaboration-between-democratic-legislatures.pdf: pp.4-7
٤. البته اســـتدلال فوق الذکر به معنای پیروی مطلق قضات متن‌گرا از یادداشت‌های توضیحی نیست، اما این‌طور می‌توان استنباط نمود که یادداشت‌های توضیحی می‌تواند بخشی از مهم‌ترین دغدغه‌های متن‌گرایان را مرتفع نموده و ایشـــان به اســـتفاده از یادداشـــت‌های توضیحی ترغیـــب نماید. البته با گذشـــت زمان و آزمون و خطای این اســـناد در نظام‌های حقوقی، مقنن شاید بتواند جایگاه تفسیری یادداشت‌های توضیحی را ارتقاء داده و تا حدی الزامی نماید.

ارائه متنی رسمی از قصد و هدف مقنن از تدوین یک ماده قانونی مشخص، نظر مقنن را بـــه قضات مقاصدی و هدف قانون[1] را به قضات متن‌گرا ارائه می‌کند. همچنین این نکته اساســـی باید مورد توجه باشد که متن‌گرایی نیز در حالت افراطی خود است که بـــه طور محض قصد مقنن را مورد بی‌توجهی قرار می‌دهد، اما متن‌گرایان علی‌القاعده بـــه دنبال احـــراز نظر مقنن با تکیه بر متن قانون هســـتند، آن هم بدون تاثیرپذیری از منابع و عوامل خارجی و تنها با تکیه بر متن قانون (الماسی و واعظی، ۱۴۰۱: ۷۴). بر این اســـاس و نظر به این‌که در سیاست‌گذاری حقوقی مسأله‌محور به دنبال حل تمام و کمال یک مســـأله نیستیم بلکه هدف کاهش میزان آسیب است، جز در مورد قضاتی که توســـل آن‌ها به متن‌گرایی افراط‌گرایانه اســـت، هرگونه کمک به فهم هدف مقنن می‌تواند به کاهش اختلاف نظرهای قضایی در مقام تمیز حق منتهی شود.

بدون تردید به کارگیری یادداشت‌های توضیحی بدون آسیب نیست و سوال‌های مهمی نیز در خصوص چگونگی استفاده از آن در نظام‌های حقوقی مطرح شده است. به عنوان نمونه، با توجه به متعدد و متنوع بودن روش‌ها و منابعی که برای تفسیر مورد مراجعه قضات قرار می‌گیرد، این سوال پیش می‌آید که برای یادداشت‌های توضیحی چه جایگاه و اعتباری باید قائل بود.[2] در پاســـخ باید بیان داشـــت که حتی در صورتی که یادداشت های توضیحی تنها به عنوان منبعی غیررسمی منتشر شوند نیز به وحدت رویه بیشتر دست کم در میان قضات مقاصدی منجر خواهد شد، اما در شرایط مطلوب باید به عنوان هدف مقنن و مرجع رسمی رفع ابهام منتشر شوند. باید توجه داشت که بر خلاف مشروح مذاکرات در نظام‌های حقوقی نوشته از جمله ایران که متونی رسمی اما بســـیار تفصیلی هستند و خود می‌توانند منشـــاء اختلاف نظر شوند، یادداشت‌های توضیحی به صورت متون بسیار کوتاه در کنار هر ماده قانونی قرار می‌گیرند و از این طریق مقصود از وضع هر قاعده را به طور مشخص و رسمی اعلام می‌کنند.

یادداشت‌های توضیحی در صورتی می‌توانند منجر به کاهش دامنه تفسیرپذیری قوانین شوند که خود به عاملی تشتت‌آفرین تبدیل نشوند. در صورتی که درجه اعتبار

---

۱. بـــه گفته قاضی هولمز به عنوان یک قضای متن‌گرا :«ما به آنچه منظور قانون‌گذار بوده نیاز نداریم، ما تنها می‌پرسیم که قانون چه می‌گوید» (رینرسون، ۱۳۹۹: ۲۰۴).

2.See: https://www.supremecourt.uk/docs/statutory-interpretation-a-collaboration-between-democratic-legislatures.pdf. P.7

و جایگاه اســـناد توضیحی اعم از مشروح مذاکرات یا یادداشت‌های توضیحی در یک نظام حقوقی مشـــخص نباشـــد، خود می‌تواند موجب تفاسیر متشتت قضات و حتی گســـترش دامنه تفسیرپذیری قوانین شوند. یادداشـــت‌های توضیحی با هدف کاهش شـــکاف میان حداقلی بودن بیان قانون و ضرروت فهم تفسیر اصلی (هدف مقنن) و اجرای درست قانون تدوین می‌شـــود (زانتاکی، ۱٤۰۰: ۲۸۵). همان‌طور که بیان شد، قانون‌گذاران در مواردی به طور عمدی از واژگان مبهم استفاده می‌کنند، اما در بسیاری از عرصه‌ها که امر اجرا پیچیده و غیرقابل پیش‌بینی است مقنن می‌تواند از طریق اسناد توضیحی، دســـت‌کم هدف از اجرای قانون را برای مخاطب مشخص نماید (زانتاکی، ۱٤۰۰: ۲۸۵). همچنیـــن با رعایت برخی اصول از جمله این‌که یادداشـــت توضیحی نباید تکرار، بازنویســـی یا خلاصه ماده قانونی باشـــد؛ چنان‌که در دســـتورالعمل تهیه یادداشت‌های توضیحی در استرالیا این‌گونه مقرر شده است، می‌توان از تشتت‌زا شدن یادداشت‌های توضیحی تا حد زیادی پیشگیری نمود. تفسیرپذیری متون قانون در هر حال غیر قابل اجتناب اســـت، اما به منظور پیشـــگیری از افزایش تشتت آراء از طریق افزودن متنی به متن قانون، ضروری است که برای یادداشت‌های توضیحی جایگاهی به عنوان منبع رســـمی به منظور احراز «هدف» مقنن قائل شـــد تا دســـت‌کم قضات مقاصدی به منبعی واحد برای احراز هدف قانون‌گذار دسترســـی پیدا کرده و تشـــتت آراء ایشان در پرونده‌های با شرایط مشابه کاهش یابد.

بررســـی تفصیلی ســـازکار تهیه یادداشـــت‌های توضیحی و تعامل تهیه‌کننده پیش‌نویس و راهنما از حوصله این مقاله خارج است، اما مبتنی بر توضیحات اجمالی ارائه شده در خصوص یادداشـــت توضیحی و چیستی و کاربرد آن، در ادامه به لزوم تهیه یادداشت توضیحی در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

۲-۳. کاربست یادداشت توضیحی در نظام حقوقی ایران

تهیه یادداشت توضیحی برای کلیه قوانین امری مفید خواهد بود؛ زیرا مجریان قانون که الزاماً مقام قضایی نیســـتند (به عنوان نمونه کارمندان قوه مجریه) می‌توانند از یادداشـــت توضیحی به منظور اجرای بهتر قوانین استفاده نمایند.[۱] با این حال، با توجه

۱. به عنوان نمونه «قانون ویروس کرونا» بریتانیا یا (Coronavirus Act) در ســـال ۲۰۲۰ با بیش از یکصـــد ماده قانونی به تصویب رســـید. به همراه این قانون یادداشـــت‌های توضیحی در بیش از نود صفحه منتشر شد. برای مشاهده یادداشت‌های توضیحی این قانون، بنگرید به:

به مسأله مورد نظر این مقاله که تشتت آراء در محاکم است باید بر لوایح قضایی متمرکز بود. از مفهوم «لوایح قضایی» تعریف مشخصی در دست نیست و هرچند در یکی از نظریات تفسیری شورای نگهبان[1] به آن اشاره شده، هنوز مفهومی بسیار مورد مناقشه است که تعاریف موسع و مضیقی از آن وجود دارد (کاشانی، ۱۳۹۵: ۱۳-۱۴). مفهوم مورد نظر از لایحه قضایی در این مقاله، آن دسته لوایحی هستند که پس از تبدیل شدن به قانون در بردارنده هر نوع ضمانت اجرای کیفری یا مدنی هستند که این موضوع وجه‌شبه تعریف‌های گوناگون ارائه شده از لایحه قضایی نیز هست (کاشانی، ۱۳۹۵: ۲۰)، و مهم‌تر آن‌که اصولاً تفسیر آن‌ها عمدتاً توسط قاضی انجام می‌شود و نه مجریان در سایر قوا و که از جمله آن‌ها می‌توان به قانون مدنی، قانون مجازات اسلامی به عنوان قوانین ماهوی و همچنین قوانین آیین دادرسی به عنوان قوانین شکلی اشاره کرد. هر دو پیشنهاد این مقاله تنها در خصوص لوایح قضایی ارائه شده‌اند؛ چرا که یادداشت توضیحی در خصوص کلیه قوانین و مقررات خارج از موضوع این مقاله است و در آزمایشگاه حقوقی نیز چنانچه بیان خواهد شد، هدف، اجرای آزمایشی قانون و تحلیل استنباط مجریان و مفسران قانون در دادگاه، یعنی قضات است.

بر این اساس و با توجه به عدم تفکیک میان تهیه‌کننده پیش‌نویس قانون از تهیه‌کننده برنامه سیاستی و در واقع عدم تمرکز تهیه پیش‌نویس قانون در نهادی واحد در ایران (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۷: ۲۶۰)، در ساختار و رویه قانون‌نویسی موجود، در خصوص لوایح، معاونت حقوقی قوه قضاییه باید پس از تهیه پیش‌نویس لایحه، با همکاری فرد یا تیم تهیه‌کننده، گزارش کارشناسی نسبت به نگارش یادداشت توضیحی برای مواد قانونی اقدام نماید.[2] پس از تهیه لایحه قضایی و یادداشت‌های

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/notes

۱. از نظریه شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰شورای نگهبان: «۱- فرق لوایح قضایی و غیر قضایی مربوط به محتوای آن است و محتوای لوایح قضایی را فصل یازدهم قانون اساسی به ویژه اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ و ۱۵۸ و موضوعات مربوط به آن‌ها در اصول دیگر فصل یازدهم و سایر اصول مربوط به امور قضایی معین می‌کند».

۲. به طور سنتی در انگستان نگارش پیش‌نویس به صورت متمرکز در واحدهای مشورت پارلمانی انجام می‌شود و هرگونه سند سیاستی فارغ از تهیه‌کننده آن باید برای این واحدها جهت نگارش پیش‌نویس قانون ارسال شود (Ilbert, 1901: 84). البته در کشورهای مختلف از مدل‌های گوناگونی استفاده می‌شود و تمرکز در نگارش پیش‌نویس در واحدهای مشورت پارلمانی در کشورهای تحت سنت بریتانیایی از جمله کانادا، استرالیا، نیوزلند و هند وجود دارد (Page, 2009: 792).

توضیحی آن، هر دو به دولت یا مجلس شـــورای اسلامی ارسال می‌شوند. در صورت ارســـال لایحه قضایی و یادداشـــت توضیحی به دولت و ســـپس به مجلس شورای اســـلامی، هرگونه تغییر در هر یک از آن‌ها نیازمند جلب موافقت قوه قضاییه است و از این حیث مشـــکلی متوجه فرایند پیشنهادی نیست،[۱] اما هرگونه تغییر در متن قانون باید با تغییر در یادداشـــت توضیحی متناظر همراه باشـــد.[۲] در صورتی یادداشت‌های توضیحی قابل اســـتناد در دادگاه به عنوان منبعی جهت احراز نظر مقنن هستند که به طور رســـمی توسط مجلس به متن قانون الصاق شوند. در خصوص طرح‌های قانونی نیز یادداشت‌های توضیحی باید توسط مجلس شورای اسلامی تهیه شود و می‌توان از ظرفیت معاونت قوانین مجلس برای تهیه و نظارت بر رعایت اصول نگارش یادداشت توضیحی استفاده نمود.

البته تعیین ســـازکار و نحوه تدوین یادداشـــت‌های توضیحی از یک طرف و تعامل قوای سه‌گانه در تهیه و تغییر در یادداشت‌های توضیحی از سوی دیگر نیازمند قانون و مقرره مناسب است. با این حال هرچند اظهار شده اگر قانون مطابق با اصول قانون‌نویســـی نوشته شده باشد و در خصوص هر موضوع، با دقت تمام آنچه را لازم است صریحاً ذکر شده باشـــد، محلی برای تفسیر ایجاد نمی‌شود (پارسا،۱۳۹۰: ۲۰)، امـــا حتی با رعایت تمام و کمال اصول قانون‌گذاری و در اختیار داشـــتن متبحرترین نیروی انسانی و تهیه یادداشـــت‌های توضیحی نیز نباید پنداشت که ابهام و اجمال یا ســـکوت به طور کامل مرتفع می‌شـــود، بلکه در سیاست‌گذاری عمومی، همواره باید شکاف میان تدوین سیاست[۳] و پیاده‌سازی[۴] را در نظر داشت. به عبارتی، همواره میان

---

۱. با توجه به نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ شورای نگهبان مورخ ۱۳۷۹/۷/۳، در لوایح قضایی که توســـط رئیس قوه قضاییه تهیه و به دولت ارسال می‌شود، امکان ایجاد هرگونه تغییر بدون جلب موافقـــت رئیس قوه قضاییه وجود ندارد. با این حال، در ســـال ۱۳۹۲ با الحاق یک تبصره به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مقرر شد دولت موظف است ظرف سه ماه از زمان ارسال لایحه قضایی نسبت به ارسال آن به مجلس شورای اسلامی اقدام کند، در غیر این صورت رئیس قوه قضاییه می‌تواند مستقیماً لایحه قضایی را به مجلس ارسال کند.

2. Guide to preparing an explanatory memorandum: available at: https://www.vic.gov.au/sites/default/files/2019-12/Guide-to-preparing-an-explanatory-memorandum-Office-the-Chief-Parliamentary-Counsel.pdf, P.4.

3. Policy design

4. Implementation

آنچه که به تصویب می‌رسد و آنچه که اجرا می‌شود تفاوت وجود دارد. یادداشت‌های توضیحی نیز تنها با تعیین هدف مقنن و قائل شـــدن جایگاهی رســـمی برای آن‌ها به عنوان منبع تفســـیر، موجب کاهش تشـــتت آراء بین بخش قابل ملاحظه‌ای از قضات مقاصدی و بخش کوچک‌تری از قضات متن‌گرا خواهد شـــد. به دلیل همین شـــکاف میان سیاست و اجرا، نه تنها اسناد توضیحی و بلکه مشروح مذاکرات و سایر روش‌ها (از جمله آزمایشگاه قضایی) نیز هیچ‌گاه نمی‌توانند موجب وحدت رویه کامل شوند؛ که البته این وحدت رویه مطلوب نیست، بلکه تنها موجب کاهش بسترهای زمینه‌ساز تشتت آراء می‌شوند. در همین راستا، علوم غیرحقوقی گام‌هایی در جهت حل مشکل پیاده‌سازی موفق سیاســـت و کاهش شکاف میان ســـیاست و اجرا برداشـته‌اند که دســـت‌آوردهای آن به طور مستقل یا به عنوان مکمل یادداشت‌های توضیحی در نظام حقوقی قابل اســـتفاده است. در ادامه به تبیین مفهوم آزمایشگاه قضایی و نقش آن در کاهش تفسیرپذیری قانون در عرصه اجرا می‌پردازیم.

٤. آزمایشگاه در سیاست‌گذاری

آزمایشگاه در لغت به معنای «محل امتحان» آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۲٤). هرچند زمانی که صحبت از آزمایـــش و آزمایشـــگاه به میان می‌آید، علوم تجربی به ذهن متبادر می‌شوند، اما باید بیـان داشت که در عـلوم اجتـماعی نیز آزمایشـگاه‌هایی ایجاد شـــده اســـت که در آن‌ها «یک محیط»، به عنوان موضـــوع، مورد مشاهده و آزمایش قـرار می‌گیرد (Noviani et al., 2015: 95). به عبارتی، آنچه در عالم نظریه صحیح به نظر می‌رســـد برای کاربردی‌سازی و استفاده عملی نیاز به امتحان در عرصه عمـــل دارد. با توجه به ابتنـــای علوم طبیعی بر تجربه، به نتایـــج حاصل از این علوم همواره اطمینان بیشتری وجود داشته است، برخلاف علوم انسانی که با حضور انسان مختار و پیش‌بینی‌ناپذیر، نتایج به‌دســـت آمده در مقایســـه با علوم طبیعی متزلزل شده است؛ چرا که بررسی رفتار انسان در آزمایشگاه به منظور تحلیل میزان تکرارپذیری آن ممکن نبود (نظرپور، ۱۳۸٤: ۱). به منظور حل این چالش‌ها، آزمایشگاه‌هایی با عنوان آزمایشـــگاه اقتصادی و آزمایشگاه سیاستی به وجود آمده تا خلأ موجود در رشته‌های علوم انســـانی نیز تا حد امکان کاهش یابد. به منظور تبیین خاستگاه ایده «آزمایشگاه قضایی»، در ادامه به صورت اجمالی به تشریح مفهوم آزمایشگاه اقتصادی و آزمایشگاه

سیاستی می‌پردازیم.

۱-٤. آزمایشگاه اقتصادی[1]

اقتصاد پیشـــگام وارد نمودن آزمایشگاه به عرصه علوم انسانی بود. در اقتصادِ آزمایشگاهی، ایجاد شرایطی کنترل شده دنبال می‌شود تا با در نظر داشتن این واقعیت کـــه در محیط حقیقی کنترل‌پذیـــری کمتری وجود دارد، در راســـتای فهم این‌که در اجرا با چه مســـائلی مواجه خواهیم شد تلاش شود (Roth, 1993: 5). در خصوص نحوه کارکرد آزمایشگاه اقتصادی گفته شـده به طور کلی اقتصاد آزمایشگاهی نظم و انضباطی است که در آن امکان بررسی داده‌ها در یک محیط کنترل شده فراهم می‌شوند (Murray Webster, 2007: 511). بـــه تعبیر دیگر، «افراد را در جایگاه تصمیم‌گیری قرار داده و سعی دارد این تصمیمات را در شرایط کنترل شده و با ثابت بودن شرایط محیطی برای همه افراد، ثبت و از طریق آن‌ها مفاهیمی مانند آزمایش بازار مانند خرید و فروش کالاها و تصمیمات بازار، انتخاب‌های استراتژیک مانند انصاف، برابری‌طلبی، مشـــارکت، فرصت‌طلبی، نفع شخصی، نوع‌دوستی و هم‌چنین انتخاب‌های پارامتریک را اندازه‌گیری و فرضیه‌هایی را در مورد آن‌ها آزمون کند» (پورفرج و دیگران، ۱۳۹۵: ۳٤). آزمایشگاه اقتصادی به مطالعه اقتصاد و تصمیم‌گیری‌های راهبردی پرداخته و با استفاده از روش‌های گوناگون به دنبال فهم بیشتر تعاملات انسانی در تصمیم‌گیری‌های اقتصادی است.[2] یکی از مهم‌ترین ویژگی‌ها و کارکردهای آزمایشگاه اقتصادی، آزمودن یک نظریه، کشف دلایل شکست و از همه مهم‌تر ارزیابی یک پیشنهاد سیاستی است (V. Smith, 1994: 113). کارکرد ارزیابی یک پیشنهاد سیاستی همان ویژگی است که در مدل پیشـــنهادی آزمایشگاه قضایی نقشی حیاتی ایفا می‌کند و می‌توان آن را هدف آزمایشـــگاه قضایی دانست که عبارت اســـت از به حداقل رساندن شکاف میان قانون (سیاست) و اجرا از طریق کاهش تفسیرپذیری متن قانون.

---

1. Economics Laboratory
2. Economics Laboratory. (n.d.). Retrieved September 1, 2021, from https://econlab.ucsd.edu/

۲-٤. آزمایشگاه سیاستی[1]

دومیـــن مدل آزمایشـــگاه که در حوزه سیاســـت‌گذاری به کار گرفته شـــده، آزمایشگاه سیاستی است. از آزمایشـــگاه سیاستی تعاریف و مدل‌های مختلفی وجود دارد که وجه شـــباهت همه آن‌ها عبارت است از وجود گروهی از افراد یا یک محیط برای فعالیـــت‌های نوآورانه‌ای که در سیاست‌گذاری قابل استفاده باشد (Hinrichs-Krapels et al., 2020: 2). در آزمایشگاه سیاستی مهم‌ترین هدف کاهش شکاف میان پژوهش و اجرا است.[2] به تعبیر دیگر، آنچـــه که پژوهشگران یا تحلیل‌گران سیاستی به عنوان یک مسأله شناســـایی و برای آن راهکارهـای عملی تدوین می‌کنند، ممکن اســـت با واقعیت عرصه عمل متفاوت باشـــد و بدون توجه بـــه اقتضائات اجرایی و توانایی مجریان تدوین شده باشـد. به همین علت در آزمایشـگاه‌های سیاسـتی تلاش بر آن اســـت تا با استفاده از روش‌های متعدد نوآورانه و میان‌رشته‌ای و با هـــمکاری با ذی‌نفعان[3] از جمله مجریان، نسبت به سیاست‌گذاری‌های واقعی‌تر و عملی‌تر اقدام شـــود (Whicher & Crick, 2019: 290). در آزمایشگاه سیاســـتی تأکید زیادی بر ذی‌نفعان وجود دارد که شـــاید مهم‌ترین مصـداق آن، مجریان آن سیـاست باشند. به کارگیری روش‌های شـواهد پایه[4] در تهیه پیشـنهادهای سـیاستی و همـچنین آزمایـش و اعتبارسنـــجی این سـیاست‌ها با اسـتفاده از روش‌های گـوناگون به منظـور کاهش شکاف میان تدوین سیاست و اجرا نقـــطه تمـرکز آزمایشـــگاه‌های سیاستی است (Vincent, 2016: 1). تمایل و آگاهی نســـبت به اهمیت آزمایشـــگاه‌های سیاستی به ویژه با توجه به مســـائل پیچیده نوظهور، روز به روز در حال افزایش اســـت؛ به ویژه در حوزه استفاده از روش‌های نوآورانه در نهادهای عمومی و دولتی (Lewis, 2021: 243). برای نمونه در انگلســـتان، طیف وسیعی از آزمایشـــگاه‌های سیاستیِ دولتی با عناوین گوناگون مورد استفاده قرار می‌گیرد (Whicher, 2021: 253). آزمایشگاه‌های سیاستی دارای مدل‌های گوناگونی هستند و در علوم بسیار متنوعی مورد استفاده قرار

---

1. Policy Laboratory
2. https://nrisp.ac.ir/fa/aboutpl
3. Stakeholders
٤. برای مطالعه بیشـــتر از در خصوص نقش آزمایشـــگاه‌های سیاستی در سیاست‌گذاری شواهدْپایه، بنگرید به: (Hinrichs-Krapels et al., 2020).

می‌گیرند که بـــه علت عدم کاربرد در مقاله حاضر از ورود به جزئیات آن صرف نظر می‌شـــود.[۱] با این توضیحات در خصوص آزمایشگاه‌های اقتصادی و سیاستی، به ارائه مدل آزمایشگاه قضایی در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

۳-٤. آزمایشگاه قضایی

در مورد مدل آزمایشگاه قضایی باید بیان داشت، این عنوان با توجه به مخاطب و مجری اصلی لوایح قضایی انتخاب شـــده اســـت.[۲] لوایح قضایی پس از تصویب و تبدیل به قانون، منبعی هستند که دادرسان در مقام تمیز حق و صدور رای مورد استناد قـــرار می‌دهند. به منظور به حداقل رســـاندن ابهام، اجمال و ســـکوت در قوانین، در مدل پیشـــنهادی باید پیش از تصویب لایحه و به صورت نوعی جمع‌سپاری حقوقی تخصصی و شبیه‌سازی محیط واقعی، پیش‌نویس لایحه به همراه تعدادی از پرونده‌های فرضی برای قضاتی که به صورت تصادفی و بدون در نظر گرفتن تجربه و تحصیلات و سایر ویژگی‌های فردی انتخـاب می‌شـوند ارسال شود و از ایشان درخواست شود کـــه با فرض ملاک عمل بودن این پیش‌نویس، چه تصمیماتی را اتخاذ خواهند نمود. استفاده از روش نمونه‌گیری تصادفی[۳] در این آزمایشگاه اهمیت اساسی دارد؛ چرا که در این روش هر یک از نمونه‌ها احتمال انتخاب یکسان دارند (Taherdoost, 2016: 20) و بـــا توجه به این‌که پس از تصویب قانون امـــکان پیش‌بینی این‌که کدام قاضی در کـــدام دادگاه و چگونه متن قانون را تفســـیر کند وجود ندارد و قضات مختلفی با ویژگی‌های گوناگون، مفســـر قانون خواهند بود. در نتیجه به منظور شبیه‌سازی فضای واقعی، ضروری اســـت به مانند وضعیت حقیقی تصویب قانـــون، از نمونه تصادفی استفاده شود. با توجه به این‌که در فرایند سیاست‌گذاری و تدوین لوایح از نظر قضات اســـتفاده می‌شود، در آزمایشـــگاه قضایی به دنبال تغییر در آسیب‌شناسی و راهکارها

---

۱. مطابق نتایج یک پژوهش که آن پنجاه و دو آزمایشگاه سیاستی در استرالیا و نیوزلند مورد بررسی قرار گرفت، بیش از نیمی از آزمایشـــگاه‌های سیاستی در حوزه مدیریت دولتی و حکمرانی، سلامت، آموزش و ... فعالیت می‌کنند و نکته قابل ملاحظه این‌که در حدود یک چهارم از این آزمایشگاه‌ها بر پلیس، جرم و مسائل قضایی متمرکز هستند (Lewis, 2021: 245).

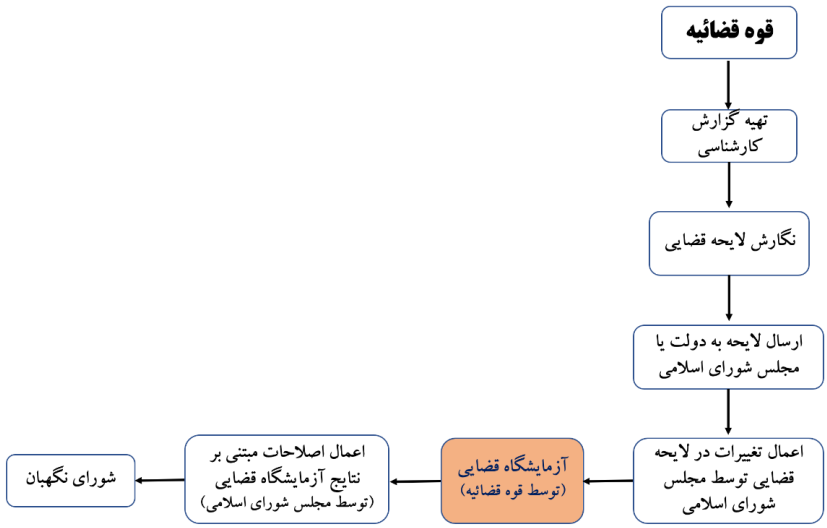
۲. لازم به ذکر است که مدل پیشنهادی قابل اعمال در دستورالعمل‌ها، بخشنامه‌ها و شیوه‌های نامه‌های ابلاغی توســـط رئیس قوه قضاییه نیز هست، اما در این مقاله با توجه به تمرکز بر موضوع تشتت آراء صرفاً لوایح قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

3. Random Sampling

نیســـتیم، بلکه این موارد باید با جمع‌سپاری و استفاده از نظر قضات در زمان تدوین قانـــون مورد توجه قرار گیرند؛ لذا در آزمایشـــگاه قضایی صرفاً نحوه اجرا و ابهامات احتمالی که قضات در مقام صدور رای با آن مواجه هستند، بررسی می‌شود و آخرین ابهامات موجود نیز بر اساس نتایج دریافت شده از پاسخ قضات به پرونده‌های فرضی در پیش‌نویس قانون اعمال می‌شود.

آزمایشگاه قضایی شبیه‌ســـازی امر قضا پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون است. همان‌طور که در آزمایشـــگاه‌های اقتصادی و سیاســـتی پیش از اجرای سیاســـت به صورت رسمی، سیاست در فضای شبیه‌سازی شده پیاده‌سازی می‌شود، در آزمایشگاه قضایی نیز قضات به اجرای مفاد قانون و صدور رای در خصوص پرونده‌های فرضی می‌پردازند. با بررسی آراء صادر شده در فضای شبیه‌ساز شده، بخش زیادی از ابهاماتی که به تفاســـیر حقوقی متشتت منتهی می‌شود شناســـایی شده و به اصلاح پیش‌نویس قانون منجر می‌شود. از طریق شناســـایی و استفاده از قضات با رویکردهای تفسیری مقاصدی و متن‌گرا در آزمایشـــگاه قضایی می‌توان ابهامات مختلف ایجاد شـــده برای هر یک از این گروه‌ها را تشـــخیص داد و ضمن حفظ هدف سیاست‌گذار، نسبت به رفع ابهام‌ها اقدام کرد. آزمایشـــگاه قضایی و یادداشت‌های توضیحی می‌توانند به طور مســـتقل نیز مورد اســـتفاده قرار گیرند، اما در صورتی که از هر دو این روش‌ها برای کاهش تشت آراء استفاده شـــود، در شبیه‌سازی می‌توان فهم قضات از یادداشت‌های توضیحی را نیز مورد آزمایش قضایی قرار داد.

بـــا وجود عدم امکان تغییر در لوایح قضایی توســـط دولت و به اعتقاد برخی محدود بودن اختیار دولت به تعیین طریق جبران کاهش درآمد یا تامین بودجه اجرای مفاد لایحه (زمانی و باقری خوزانی، ۱۳۹۷: ۳۸)، نظر به این‌که ممکن است این لوایح در مجلس شورای اسلامی تغییر یابند، ضروری است آزمایشگاه قضایی پس از انجام آخرین تغییرات در مجلس و پیش از تصویب انجام شود. البته با توجه به این‌که بستر آزمایشگاه قضایی در قوه قضاییه اســـت، آزمایش قضایی باید بر عهده قوه قضاییه و یا همکاری مجلس شـــورای اسلامی انجام شود. پس از آماده شدن نسخه نهایی طرح یا لایحه در مجلس شورای اسلامی، این وظیفه قوه قضاییه است که به عنوان آخرین مرحله، نتایج آزمایش قضایی را به مجلس شورای اسلامی اعلام نماید (شکل-۱).



شکل ۱- جایگاه آزمایشگاه قضایی در فرایند تدوین و تصویب لوایح قضایی

هرچند افراد مختلفی از جمله وکلا و ضابطان دادگستری نیز دارای تأثیر قابل توجهی در رای صادر توسط قاضی شده هستند، اما نظر به نقش و جایگاه قاضی به عنوان تنها مفسر قانون و صادرکننده رای، در آزمایشگاه قضایی صرفاً قضات مخاطب قرار می‌گیرند و استفاده از نظرات وکلا، ضابطان و البته اساتید حقوق و متخصصین سایر علوم مرتبط می‌تواند به صورت جمع‌سپاری در مرحله تدوین طرح یا لایحه استفاده شود.

در نهایت لازم به توضیح است که به منظور کاهش تشتت آراء، و ایجاد وحدت رویه، روش‌های نوین دیگری به جز مدل ارائه شده در این مقاله نیز پیشنهاد شده که از جمله آن‌ها استفاده از روش‌های مبتنی بر «منطق فازی»[1] است (Klofas et al, 2010: 19). بدون تردید پیاده‌سازی مدل یادداشت توضیحی و آزمایشگاه قضایی نیازمند پیش‌بینی سازِکار اجرایی دقیق است که ورود به جزئیات

1. Fuzzy logic

آن از حوصله این نوشتار خارج اســـت. در واقع، محل قرارگیری آزمایشگاه حقوقی در فرایند سیاست‌گذاری، چهارچوب و اصول تدوین یادداشت‌های توضیحی و البته نهاد متولی اجرای هر یک از این دو پیشنهاد، محل تأمل بیشتر است، اما در خصوص مدل کلی ارائه‌شـــده می‌توان این طور بیان داشت که استفاده از ترکیب یادداشت‌های توضیحی و آزمایشگاه حقوقی، با ارائه یک منبع به جای مشروح مذاکرات یا در کنار آن و البته اجرای آزمایشی لایحه قضایی در یک محیط شبه واقعی، نقش انکارناپذیری در کاهش تشتت آراء نخواهد داشت.

برآمد

۱- سیاست‌گذاری حقوقی به عنوان زیرمجموعه دانش سیاست‌گذاری عمومی به دنبال حل مسائل عمومی در یک نظام حقوقی است. ویژگی‌های سیاست‌گذاری عمومی به ویژه مسأله‌محور و میان‌رشته‌ای بودن در سیاست‌گذاری حقوقی نیز وجود دارد. حذف تشتت آراء به عنوان یکی از مسائل نظام حقوقی ایران که کمتر به عنوان یک مسأله مورد توجه قرار گرفته، نیازمند رفع ابهام از قوانین موجود است، اما سازِکاری لازم است تا از تصویب قوانین مبهم و مجمل در آینده پیشگیری شود و نمی‌توان تنها بر رفع ابهام از قوانین فعلی متمرکز بود.

۲- در نبود مشروح مذاکرات و حتی در صورت انتشار آن، به منظور کشف هدف مقنن از اجرای یک سیاست یا قاعده، ضروری است تا منبعی جایگزین در نظر گرفته شود. یادداشت‌های توضیحی که در بسیاری از کشورها به منظور تفهیم هدف قانون‌گذار به مجریان قانون و همچنین به عنوان منبعی برای تفسیر قوانین تدوین و همراه قوانین منتشر می‌شوند، می‌توانند با توجه به ملاحظات نظام حقوقی ایران به این نظام وارد شده و جایگزینی مناسب برای مشروح مذاکرات یا مکمل آن‌ها باشند. بومی‌سازی و تطبیق مدل داخلی یادداشت‌های توضیحی با ویژگی‌های نظام حقوقی ایران، به منظور پیشگیری از هرگونه آثار جانبی که منجر به پیچیده‌تر شدن تفسیر قانون و افزایش ابهام در کشف نظر مقنن شود ضروری است.

۳- آزمایشگاه حقوقی می‌تواند با توجه به کارنامه موفق آزمایشگاه‌های اقتصادی و سیاستی در کاهش شکاف میان نظر و عمل، سازِکار پیشگیرانه مناسبی برای تدوین قوانین روشن باشد. ایجاد محیط شبه‌واقعی و آزمودن قانون در این محیط و اصلاح لوایح و طرح‌ها بر اساس بازخوردهای دریافت شده از استنباط مقامات قضایی از متن قانون، می‌تواند تشتت آرا در مورد قوانین آتی را کاهش دهد و از تجربیات مشابه با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و سایر قوانین موجود پیشگیری کند. فازبندی اجرای سازِکارهای ابداعی همچون آزمایشگاه حقوقی به منظور انجام آزمون و خطا پیش از استفاده عمومی از آن در خصوص کلیه لوایح قضایی امری حیاتی است؛ چرا که جست‌وجوی نگارندگان نیز حاکی از عدم وجود تجربه مشابه در دیگر کشورها است و امید است که در صورت موفقیت این ایده در عمل، نظام حقوقی ایران

نخستین به کارگیرنده این روش باشد.

٤- در این مقاله به کلیات مدل پیشـــنهادی اکتفا شـــد؛ چرا که با توجه به نو بودن مفاهیم سیاســـت‌گذاری عمومی و سیاســـت‌گذاری حقوقی از یک طرف و البته یادداشت‌های توضیحی و آزمایشـــگاه‌های حوزه علوم انسانی در میان حقوق‌دانان از ســـوی دیگر و همچنین ضرورت بیان توضیحـــات کافی در خصوص هر یک از این مفاهیم، امکان ورود به جزئیات در این نوشـــتار ممکن نیست و بدون تردید کاربست هر یک از آن‌ها در نظام حقوقی ایران، نیازمند پژوهش‌های بیشتر و عمیق در خصوص هر یک از مفاهیم ارائه شده است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اشـــتریان، کیومرث (۱۳۹٦)، **سیاست‌گذاری عمومی در ایران**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* الهام، غلامحســـین و کریمی، مهـــدی (۱۳۹٤)، «**تأثیر عوامل قانونی و فراقانونی خاص بر تفاوت آرا در تعیین مجازات قضایی در جرایم مشابه**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، شماره ٤ و ۵.

* افشـــار، ســـجاد (۱۳۹۷)، «**رهیافت مؤلف‌گرا در تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۷، شماره ۲۰.

* الماســـی، مسعود و واعظی، احمد (۱٤۰۱)، «**مبانی و پیامدهای نص‌گرایی قانونی در نظام‌های قضایی معاصر**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۱، شماره ۳۵.

* انصـــاری، باقر (۱۳۹۹)، **اصول و فنون قانون‌گذاری (تنظیم پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح، تنقیح و تدوین قوانین)**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* بابایی‌مهـــر، علی (۱۳۸۸)، «**تفســـیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی**»، مجله حقوق خصوصی، دوره ٦، شماره ۱٤.

* پارســـا، محمد (۱۳۹۰)، **بررسی و تحلیل عوامل و زمینه‌های اختلاف قضات در فهم و تفسیر قوانین کیفری**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

* پورفـــرج، علیرضا و گیلک حکیم‌آبـــادی، محمدتقی و انصاری ســـامانی، حبیب (۱۳۹٤)، «**روش‌شناســـی اقتصاد آزمایشگاهی برای مطالعه انسان اقتصادی اسلام؛ دینداری و رفتار اقتصادی**»، مطالعات اقتصاد اسلامی، دوره ۷، شماره ۲.

* تقی‌زاده، جواد و بانشی، حسن (۱۳۹٤)، «**حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در مقام تفسیر قانون از منظر شورای نگهبان**»، دانش حقوق عمومی، دوره ٤، شماره ۱۲.

* جنیـــدی، لعیا (۱۳۹۹)، «**درآمدی بر دانشـــنامه سیاستگذاری حقوقی (دیباچه)**»، دانشنامه سیاســـت‌گذاری حقوقی، به کوشش: لعیا جنیدی و امیرحسن نیازپور، چاپ نخست، تهران: معاونت تدوین، تنقیح وانتشار قوانین مقررات ریاست جمهوری.

* جوانمرد، بهروز (۱۳۹۹)، «**اطاله دادرســـی**»، دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، به

کوشـــش: لعیا جنیدی و امسرحســـن نیازپور، تهران: معاونت تدوین، تنقیح وانتشار قوانین مقررات ریاست جمهوری.

* حبیب‌نژاد؛ سید احمد و عامری، زهرا (۱۳۹۹)، «**قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتـــو مدل‌های پیش‌نویس نگاری تقنینی**»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۷، شـــماره ۱۰۲.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، **حقوق دعاوی ۸، تحلیل و نقد رویه قضایی (حقوقی، اجتماعی، فلسفی)**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* دهخـــدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، **لغت‌نامه دهخدا**، چاپ دوم، تهران: مؤسســـه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

* رفیعی، محمدرضـــا (۱٤۰۰)، «**چالش‌های نهاد آراء وحدت‌رویه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱٤.

* رینرســـون، آرتور جی (۱۳۹۹)، **قانون‌نویســـی گام به گام**، چاپ نخست، تهران: سمت/ مجلس شورای اسلامی.

* زانتاکی، هلن، (۱٤۰۰)، **قانون‌نویســـی (هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گری)**، چاپ نخست، تهران: سمت و مجلس شورای اسلامی.

* زمانی، امین‌اله و باقری خوزانی، محمدحســـن (۱۳۹۷)، «**صلاحیت رئیـــس قوه قـضاییه در ارسـال مستقـیم لوایـــح قضایی به مجلس شورای اسلامی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۲، شماره ۱۰۳.

* ســـاکیانی، زهرا و واعظی، سید عباس حســـن (۱٤۰۱)، «**اثرسنجی سوگیری‌های شـــناختی بر کیفیت عدالت در تصمیم‌گیری قضـــات دادگاه‌های کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* سلاجقه، انیســـه (۱۳۹۲)، **أصول تفسیر قانون**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، کرمان، دانشگاه شهید باهنر.

* سیفی، سیدجمال و رضادوست، وحید (۱۳۹۹)، «**مفهوم سیاست حقوقی در رویه قضایی بین‌المللی**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، شماره ۹۱.

* عبداله‌زاده شـــهربابکی، آزاده (۱٤۰۰)، **درآمدی بر کیفیت قانون**، چاپ نخســـت، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۲)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ هشتاد و هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاشانی، جواد (۱۳۹۵)، «**مفهوم لایحه قضایی**»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۸، شماره ۵۳.
* کاظمی، سید مهدی (۱۳۹٦)، «**تهافت رویه قضایی محاکم کیفری استان تهران در خصوص اعتبار رأی وحدت رویه شماره ٦۳۳**»، فصل‌نامه رای، دوره ٦، شماره ۱۸ پیاپی.
* گلدوزیان، ایرج (۱۳۷۷)، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* مولر، پیر (۱۳۷۸)، **سیاست‌گذاری عمومی**، برگردان: حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* نظرپور، محمدنقی (۱۳۸٤)، «**آزمون‌های تجربی در اقتصاد و کاربرد آن در اقتصاد اسلامی**»، اقتصاد اسلامی، دوره ۵، شماره ۱۷.
* نیازپور، امیرحسن (۱۳۹۹)، «**کنشگران دولتی سیاست‌گذاری حقوقی**»، در: سیاست‌گذاری حقوقی، به کوشش: لعیا جنیدی و امیرحسن نیازپور، چاپ نخست، تهران: معاونت تدوین، تنقیح وانتشار قوانین مقررات ریاست جمهوری.

ب. انگلیسی

* Alex Hickman. 2014. **"Explanatory Memorandums for Proposed Legislation in Australia: Are They Fulfilling Their Purpose? | Australasian Parliamentary Review."** Australasian Parliamentary Review 29(2):116–39.
* Clayton, Cornell W. 2015. **The Politics of Justice: Attorney General and the Making of Government Legal Policy**. Routledge.
* Commonwealth of Australia, Senate, Standing Committee for the Scrutiny of Bills. n.d. **The Quality of Explanatory Memoranda Accompanying Bills**, Third Report of 2004.
* Hinrichs-Krapels, Saba, Jocelyn Bailey, Harriet Boulding, Bobby

Duffy, Rachel Hesketh, Emma Kinloch, Alexandra Pollitt, Sarah Rawlings, Armida van Rij, Benedict Wilkinson, Ross Pow, and Jonathan Grant. 2020. **"Using Policy Labs as a Process to Bring Evidence Closer to Public Policymaking: A Guide to One Approach."** Palgrave Communications 6(1):1–9.

❋ Ilbert, Courtenay. 1901. **Legislative Methods and Forms**. Oxford: Carendon Press.

❋ Klofas, John, Natalie Kroovand Hipple, and Edmund McGarrell. 2010. **The New Criminal Justice: American Communities and the Changing World of Crime Control**. Routledge.

❋ Lewis, Jenny M. 2021. **"The Limits of Policy Labs: Characteristics, Opportunities and Constraints."** Policy Design and Practice 4(2):242–51.

❋ Moran 1946-, Michael, Martin Rein 1928-, and Robert E. Goodin, eds. 2006. **The Oxford Handbook of Public Policy** / Edited by Michael Moran, Martin Rein and Robert E. Goodin. New York: Oxford University Press.

❋ Murray Webster, Jr. and Jane Sell. 2007. **Laboratory Experiments in the Social Sciences**. first. california: Elsevier Inc.

❋ Neill, Patrick O. 2005. **"Was There an EM ?'— Explanatory Memoranda in the Commonwealth Parliament 1901-82."** Australian Law Librarian, 13(1):61–79.

❋ Noviani, Leny, Budi Eko Soetjipto, and Muhammad Sabandi. 2015. **"Economic Education Laboratory: Initiating a Meaningful Economic Learning through Laboratory."** Journal of Education and Practice 6(33):93–98.

❋ Page, Edward C. 2009. **"Their Word Is Law: Parliamentary Coun-**

sel and Creative Policy Analysis." Public Law 4:790–811.

❋ Roth, Alvin E. 1993. **"The Early History of Experimental Economics."** Journal of the History of Economic Thought 15(2):184–209.

❋ Sainsbury, Maree. 2011. **"Context or Chaos: Statutory Interpretation and the Australian Copyright Act."** Statute Law Review 32(1):54–75.

❋ Smith, Vernon L. 1994. **"Economics in the Laboratory."** Journal of Economic Perspectives, 8 (1): 113-131. Stefanou, Constantin, and Helen Xanthaki, eds. 2016, Drafting legislation: a modern approach. Routledge.

❋ Taherdoost, Hamed. 2016. **"Sampling Methods in Research Methodology; How to Choose a Sampling Technique for Research."** How to Choose a Sampling Technique for Research, International Journal of Academic Research in Management (April 10, 2016).

❋ United Kingdom, House of Commons, Procedure Committee. 2013. **Explanatory Statements on Amendments,** Fourth Special Report.

❋ van Veenstra, A.F. and Kotterink, B., 2017. **Data-driven policy making: The policy lab approach**. In Electronic Participation: 9th IFIP WG 8.5 International Conference, ePart 2017, St. Petersburg, Russia, September 4-7, 2017, Proceedings 9 (pp. 100-111). Springer International Publishing. Vincent, S. n.d. How to Implement Experimental, Creative and Citizen-Centred Approaches in the Public Sector? Lab connections conference, EU policy lab, European joint research centre, Brussels.

❋ Whicher, Anna. 2021. **"Evolution of Policy Labs and Use of Design for Policy in UK Government."** Policy Design and Practice 4(2):252–70.

❋ Whicher, Anna, and Tom Crick. 2019. **"Co-Design, Evaluation and the Northern Ireland Innovation Lab."** Public Money and Management 39(4):290–99.

پ. منابع آنلاین

❋ https://edarehoquqy.eadl.ir

❋ https://www.isna.ir/news/99041712833, (last visited on 10/09/ 2022).

❋ https://divanealee.eadl.ir

❋ Chief Parliamentary Counsel, **Section 35(b)(iii) of the Interpretation of Legislation Act 1984**: available at: https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/interpretation-legislation-act-1984/128 (last visited on 20/08/ 2022).

❋ Office of the Chief Parliamentary Counsel, **Guide to preparing an explanatory memorandum**: available at: https://www.vic.gov.au/sites/default/files/2019-12/Guide-to-preparing-an-explanatory-memorandum-Office-the-Chief-Parliamentary-Counsel.pdf, (last visited on 25/09/ 2022).

❋ General Assembly of the United Nations, **Rules for procedures**, https://www.un.org/en/ga/about/ropga/expnte.shtml, (last visited on 08/11/ 2022).

❋ **Coronavirus Act 2020 Explanatory Notes**, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/notes, (last visited on 10/11/ 2022).

❋ **Consumer Rights Act 2015 Explanatory Notes**, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes/division/1?view=plain, (last visited on 08/10/ 2022).

❋ **Economics Laboratory**. (n.d.). Retrieved September 1, 2021, from https://econlab.ucsd.edu, (last visited on 01/09/ 2021).

❊ https://nrisp.ac.ir/fa/aboutpl, (last visited on 09/10/2020).

❊ Unknown, Statutory Interpretation: **A Collaboration between Democratic Legislatures and the Courts?** https://www.supreme-court.uk/docs/statutory-interpretation-a-collaboration-between-democratic-legislatures.pdf, (last visited on 05/05/2023).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲۴/ صفحات: ۱۳۵-۱۰۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۵

پیش‌بینی مرحله پیش‌دادرسی اداری در دستگاه‌های اجرایی ایران با رویکرد قضازدایی؛ چالش‌ها و راهکارها

محمدقاسم تنگستانی،[۱] عباس توازنی‌زاده،[۲] محمدحسین صادقی[۳]

چکیده

با توجه به گسترش نقش دولت در اجتماع و به‌تبع آن افزایش روابط و اختلافات میان اداره‌شوندگان با دولت، واگذاری حل و فصل تمامی این اختلافات به قوه قضاییه نه ممکن است و نه مطلوب. بر این اساس، طراحی سازِکارهای درون‌سازمانی برای تسریع در حل و فصل اختلافات اداری تحت عنوان «پیش‌دادرسیِ» اداری به‌عنوان یکی از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مذکور، مورد توجه سیاست‌گذاران نظام‌های حقوقی مختلف قرار گرفته است؛ گرچه ایده فوق در برخی کشورها هنوز محل مناقشه است. با توجه به تجارب عملی نظام‌های حقوقی فرانسه و انگلستان، مقاله حاضر با روش توصیفی تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری تا چه حدودی با اقتضائات نظام حقوق اداری ایران سازگار است. با تفکیک میان نهاد پیش‌دادرسی اداری از مراجع شبه‌قضایی و نظارت قضایی، به نظر می‌رسد تفسیر اراده قوه مؤسس از یک‌سو و احکام قوانین مهمی همچون قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و قانون برنامه ششم توسعه و وجود سازِکارهای پیش‌دادرسی اداری در برخی دستگاه‌های اجرایی، همگی مؤید آن است که نه‌تنها پیش‌دادرسی به لحاظ حقوقی ممکن، بلکه شناسایی آن در راستای کاهش حجم دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری، در صورت تأمین الزامات پذیرش این نهاد، حداقل در خصوص برخی از دعاوی مهم و پرتکرار اداری لازم است.

واژگان کلیدی: پیش‌دادرسی اداری، قضازدایی، دعاوی اداری، دادرسی اداری، اطاله دادرسی، دیوان عدالت اداری، دستگاه اجرایی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.
m.tangestani@khu.ac.ir

۲. دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
abbas_tavazoni@yhaoo.com

۳. دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
mhhsadeghi@alumni.ut.ac.ir

درآمد

مدیریت مطلوب امور قضایی در قوه قضاییه و مشـــخصاً دیوان عدالت اداری از یک‌ســـو و رعایت اصل حاکمیت قانون بر اداره و تضمین حقوق اداره‌شوندگان در مقابل امتیازات حاکمیتی دستگاه‌های اجرایی از سوی دیگر، اقتضاء می‌کند قانون‌گذار در راســـتای کاهش حجم فزاینده دعاوی اداری مطروحه در دیوان و همچنین ارتقاء کارآمـــدی اداره (با تأکید بر کارآمدی دولت، کنترل قضایی اعمال صلاحیت‌های اداره و تقویت ســـاز،کارهای درون‌سازمانی برای حل و فصل اختلافات اداری)، مرحله‌ای قبل از «دادرسی اداری» ایجاد کند که اصطلاحاً «پیش‌دادرسی» اداری نامیده می‌شود.[۱] در این مسیر، شناسایی قواعد موجود این نهاد در نظام‌های حقوقی مطرح مانند فرانسه (به‌دلیل تاثیرپذیری نظام حقوق اداری ایران از این کشـــور) و انگلستان (به‌دلیل یافتن زمینه‌هایی از پیش‌دادرســـی در نظام اداری و مشـــخصاً دستگاه مالیه این کشور) مفید است. در نگاه نخست با عنایت به مشکلات موجود در دادرسی قضایی (به‌ویژه حجم فزاینده دعاوی و اطاله دادرسی) و با حفظ امکان اعتراض قضایی به تصمیمات اداری، به‌نظر می‌رسد می‌توان نهاد پیش‌دادرسی اداری را شناسایی نمود؛ کما این‌که در سازمانی به اهمیت سازمان امور مالیاتی کشـــور، پیش‌دادرسی اداری به‌رسمیت شناخته‌شده و اجرا می‌شـــود. البته ضرورت دارد (به ترتیبی که در متن این نوشـــتار بیان می‌شود)، میان سه مرحله «پیش‌دادرسی» اداری، «مراجع شبه‌قضایی» و «نظارت قضایی» تفکیک قائل شویم. به صورت اجمالی، منظور از پیش‌دادرسی، انجام رسیدگی (مجدد) اداری توسط دستگاه‌های اجرایی به درخواست اشخاص در خصوص تصمیمات مقامات و مراجع مزبور، قبل از طرح دعوا در دادگستری (در معنای عام) است.

این نوشـــتار با روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و با برگرفتن روش توصیفی تحلیلی در صدد پاســـخ‌گویی به این پرســـش‌ها است: پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری تا چه حدودی با اقتضائات نظام حقوق اداری ایران سازگار است؟ منافع این نهاد کدام است و در صورت اثبات لزوم تأسیس این نهاد، ایده مذکور با چه سازِکارهایی قابل تحقق است؟

اهمیت و ضرورت تحقیق، در دستیابی به نتایج کاربردی برای نظام اداری ایران

---

۱. همچنین می‌توان از آن تحت عنوان «مراجعه قبلی به اداره» پیش از طرح شکایت قضایی تعبیر کرد.

در پرتو مطالعه تطبیقی موضوع اســـت. با عنایت به حجـــم فزاینده دعاوی اداری در ایران و ضرورت کاهش حجم دعاوی مزبور (ضمن حفظ حق دادخواهی اشخاص)، یافته‌های این پژوهش رهاورد مناســـبی را پیش‌روی سیاست‌گذاران نظام اداری کشور قرار می‌دهد. نتیجه مشـــخص پژوهش حاضر، انتخاب میان چهار گزینه است: گزینه نخســـت این‌که، نهاد مذکور با شـــرایط نظام اداری ایران هم‌خوانی ندارد؛ گزینه دوم این‌که، نهاد عام و فراگیر پیش‌دادرسی اجرایی گردد؛ گزینه سوم این‌که، پیش‌دادرسی اداری در ســـازمان‌هایی که بیشـــترین فراوانی دعاوی مطروحه (علیه آن‌ها) را دارند، به‌صورت آزمایشی اجرایی شود؛ گزینه چهارم هم می‌تواند به این ترتیب باشد که در کوتاه‌مدت و به صورت آزمایشـــی، گزینه سوم؛ و در بلندمدت، گزینه دوم مورد اقدام قرار گیرد.

در خصوص مســـئله‌های این نوشـــتار (جز در مواردی که در این مقاله مورد ارجاع قرار گرفته) پژوهش مســـتقلی انجام نشـــده اســـت. مقالـــه حاضر پیش‌تر در قالب گزارش پژوهشـــی تحت عنوان «امکان‌سنجی پیش‌بینی مرحله پیش‌دادرسی در دســـتگاه‌های دولتی» در پژوهشگاه قوه قضاییه انجام شده که پس از اعمال اصلاحات ماهوی، ساختاری و شکلی، به ترتیب حاضر ارائه شده است.

این نوشتار در قالب چهار بند ابتدا به مفهوم‌شناسی موضوع پرداخته، سپس با تبیین دلایل موافقان و مخالفان پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرســـی اداری، تجارب نظام‌های حقوقی فرانســـه و انگلســـتان را در بند «رهیافت تطبیقی» بررسی نموده و در نهایت، امکان پیش‌بینی نهاد مذکور در نظام حقوق اداری ایران را واکاوی می‌نماید.

۱. مفهوم‌شناسی پیش‌دادرسی اداری و اصطلاحات مشابه

منظور از نهاد پیش‌دادرســـی اداری در این نوشتار، مراجعه اشخاص به دستگاه اداری مربوط در صورت اعتراض به تصمیم یا اقدام آن مرجع، پیش از طرح دعوا در مرجع ذی‌صلاح قضایی اســـت تا بدین طریق، دستگاه ذی‌ربط با بررسی درخواست مزبور، در صورت لزوم در تصمیم مربوط بازنگری نماید. رســـیدگی به درخواســـت فوق می‌تواند توســـط همـــان مقام اتخاذ کننده تصمیم مورد اعتراض یا توســـط مقام مافـــوق وی صورت پذیرد. نهـــاد فوق در انتقاد از پیچیدگـــی، زمان‌بر بودن و حجم گســـترده دعاوی اداری در مرجع قضایی پیش‌بینی شـــده اســـت؛ این در حالی است

که رسیدگی‌های شـــبه‌قضایی توسط نهادهایی با ترکیب هیأت‌گونه صورت می‌گیرند که در درون دســـتگاه اداری با داشـــتن ساختار نسبتاً مستقلی و بعضاً با تبعیت از آیین رسیدگی خاص انجام می‌شود. مراجع شبه‌قضایی مؤلفه‌های دادرسی قضایی را دارند؛ جز آن‌که قاضی اقدام به رســـیدگی نمی‌کند، لزوماً دارای آیین رســـیدگی مشـــخصی نیســـتند (حداقل در ایران)، آراءشـــان اعتبار امر مختوم را نـــدارد و ذیل قوه قضاییه ســـازماندهی نمی‌شوند. ویژگی مشترک پیش‌دادرسی اداری و مراجع شبه‌قضایی، حل و فصل اختلاف قبل از طرح دعوا در دادگســـتری، رســـیدگی درون دستگاه اجرایی مربوط و امکان اعتراض قضایی نســـبت به آراء و تصمیمات آن‌ها است. پیش‌دادرسی برخلاف مراجع شـــبه‌قضایی، توسط «مرجع» نسبتاً مستقلی از مقام اتخاذکننده تصمیم مربوط صورت نمی‌گیرد، بلکه توســـط مقامات اداری انجام می‌شـــود. بر این اساس، رسیدگی‌های مراجع شبه‌قضایی، سازمان‌یافته‌تر و تا حدودی بی‌طرفانه‌تر از رسیدگی در قالب پیش‌دادرسی است.

در مقابل، «دادرســـی به‌معنـــی اخص مجموعه عملیاتی اســـت که به مقصود پیداکـــردن یک راه‌حل قضایی بـــه‌کار می‌رود مانند مجموعـــه مقرراتی که برای اخذ تصمیم در یک دعوی معین به‌کار برده می‌شـــود» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۷۳). در این نوشتار منظور از دادرسی، دادرسی اداری است. در دادرسی اداری، مرجع قضایی مصوبـــات، تصمیمات و اقدامات دســـتگاه اداری را کنترل می‌کنـــد. نتیجه این کنترل می‌تواند به لغو و ابطال تصمیمات اداری منتهی شـــود (راســـخ، ۱۳۸۸: ۳۶؛ Garner, 1999: 852).

تمامی مؤلفه‌های دادرسی اداری، در پیش‌دادرسی اداری وجود ندارد؛ گرچه در کارکرد (رفع اختلاف و رســـیدگی به شکایات)، مشترک به‌نظر می‌رسند. توضیح آنکه دادرسی به‌مثابه یک عمل قضایی، از جهت سازمانی از وظایف مرجع خاصی (دادگاه) است که ذیل قوه قضاییه قرار دارد. از حیث شکلی نیز عمل قضایی، با رعایت قواعد و اصول از پیش‌تعیین‌شـــده‌ای (آیین دادرســـی) صورت می‌گیرد (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۲۵) و خروجی این رســـیدگی، صدور رأی دارای اعتبار امر مختوم است. شایان ذکر است پیش‌دادرسی اداری و رســـیدگی‌های شبه‌قضایی فاقد مؤلفه‌های فوق می‌باشند. با عنایت به نکات فوق، برای توصیف رســـیدگی‌های قضایی از اصطلاح «دادرســـی»

اســـتفاده می‌شود و این اصطلاح نوعاً درخصوص دو مورد دیگر (پیش‌دادرسی اداری و مراجع شبه‌قضایی) مورد استفاده قرار نمی‌گیرد.[۱]

باید میان ســـه نهاد «پیش‌دادرسی» اداری، رسیدگی توسط «مرجع شبه‌قضایی» و «بازنگری قضایی» تفکیک قائل شـــد. پیش‌دادرسی اداری به لحاظ زمانی، مقدم بر دو نهاد دیگر اســـت. رسیدگی مراجع شبه‌قضایی، از سازمان‌یافتگی بیشتری نسبت به پیش‌دادرســـی اداری برخوردار اســـت؛ ویژگی مثبت پیش‌دادرسی اداری نیز انعطاف بیشـــتر و تشریفات کمتر در رسیدگی به درخواست اشخاص و تحمیل هزینه کمتر به طرفین اختلاف است. در هر حال، هر دو نهاد پیش‌دادرسی اداری و مراجع شبه‌قضایی، نافی صلاحیت صلاحیت مراجع ذی‌صلاح قضایی نیست.

۲. دیدگاه‌های موافق و مخالف نهاد پیش‌دادرسی اداری

۱-۲. دلایل مخالفان

برخی صاحب‌نظران به ســـازکارهای رسمی بازنگری قضاییِ تصمیمات اداره تمایـــل دارند و دلیل اصلـــی آن را اجرای اصل حاکمیت قانـــون و رعایت مُرّ قانون در اداره می‌داننـــد (هداونـــد، ۱۳۸۹: ۵۰۰). مخالفان پیش‌دادرســـی اداری با تأکید بر اهمیـــت بازنگری قضایـــی از طریق دادگاه‌هـــا به دلایل زیر برای موجه‌ســـازی نظر خود اســـتناد می‌کننـــد: صلاحیت ذاتی قاضی (و قوه قضاییـــه) در زمینه حل و فصل اختلافـــات و بی‌طرفی قاضی (رضایـــی‌زاده، ۱۳۹۱: ۲۱۷–۲۱۸). برخی مخالفت‌ها با مراجع شـــبه‌قضایی، در مورد پیش‌دادرسی اداری نیز تا حدودی صادق است. توضیح آن‌که، تشـــکیل مراجع اخیر درون قوه مجریه مغایر اصل تفکیک قوا دانســـته شـــده؛ زیرا «رســـیدگی به مطلق دعاوی و اختلافات جزء صلاحیت‌هـــای ذاتی قوه قضاییه بـــوده و مداخله قوای دیگر در این امور به منزله نقض اســـتقلال قوه قضاییه و مغایر اصل تفکیک قواســـت» (رســـتمی و همکاران، ۱۳۸۸: ٥٤). بر این اساس رسیدگی به دعـــوای اداری علی‌الاصول باید در صلاحیت قوه قضاییه باشـــد و لذا پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری، ظاهراً مغایر اصل تفکیک قواست.

از حیـــث بی‌طرفی نیز غالباً پذیرفته شـــده «هیچ‌کـــس علی‌الاصول نمی‌تواند

---

۱. گرچه باید اذعان داشـــت در مورد هر سه اصطلاح فوق، نوعی «رسیدگی» در معنای عام آن انجام می‌شود. بر این اساس، دادرسی نوع خاصی از رسیدگی است که متصف به وصف «قضایی» است.

دادرس یا داور اختلافات خود با دیگران باشد و لازم است که مرجع مستقل و بی‌طرفی برای تمییز حق و رسیدگی به دعاوی و اختلافات وجود داشته باشد» (هداوند و آقایی‌طوق، ۱۳۸۹: ۱۰۵). در پیش‌دادرسی مقامی که تصمیم مورد اختلاف را اتخاذ کرده، مجدداً تصمیم قبلی خود را ارزیابی و رسیدگی می‌نماید. لذا طبعاً به نظر قبلی خود بیش از هر نظر مخالف دیگری تمایل دارد؛ زیرا قبول نظر شاکی به‌معنای مخدوش‌شدن دلایل و ارزیابی تصمیم‌گیرنده است؛ امری که کمتر از سوی مقامات اداری موردپذیرش قرار می‌گیرد.

افزون بر ایراد اصل تفکیک قوا، آسیب‌های احتمالی نهاد پیش‌دادرسی اداری عمدتاً ناظر بر نقض بی‌طرفی به دلیل جانب‌داری اداره از تصمیمات قبلی خود، عدم رعایت کامل اصول دادرسی منصفانه در مراجع اداری و تأخیر در فرایند احقاق حق است.

۲-۲. دلایل موافقان

از سوی مقابل می‌توان با تأکید بر کارآمدی اداره، بر آن بود که با پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری می‌توان حجم فزاینده دعاوی اداری در مراجع قضایی اداری را کاهش داد. در این روش به‌جای شروع فرایند زمان‌بر و پیچیده دادرسی اداری می‌توان راه‌حلی ساده و آسان‌تر را انتخاب کرد و آن، مراجعه مجدد به اداره است. در این روش، اداره‌شونده درخواست ارزیابی و رسیدگی مجدد به موضوع را می‌نماید (رسیدگی ارفاقی)[۱] و یا این‌که به مقامات مافوق شخص تصمیم‌گیرنده مراجعه می‌شود تا از نظم سلسله‌مراتبی اداره استفاده شود و مقام مافوق دستور رسیدگی مجدد را صادر کند (رسیدگی سلسله‌مراتبی).

پیش‌دادرسی اداری از این جهت که پس از اعتراض شخص به تصمیم اداری، سریع‌تر به تصمیم (اصلاحی) اداری منتهی می‌شود، کارآمد است. منظور از کارآمدی، به‌کارگیری ابزارهای مدیریتی برای دستیابی به اهداف قانونی مورد نظر با کمترین هزینه ممکن است (امین‌ورزلی، ۱۳۸۹: ٤-٥). بهتر آن‌که سازکاری درون‌سازمانی و غیرقضایی[۲] ایجاد شود تا اختلافات با اداره‌شوندگان سریع‌تر رسیدگی شده و در

۱. «رسیدگی ارفاقی» به معنای انعطاف مقام اداری در تصمیم خود پس از درخواست اداره‌شونده مبنی بر تجدید رسیدگی است.

۲. برای ملاحظه مبانی فقهی الزام‌آور بودن رجوع بدوی به مراجع غیرقضایی حل اختلاف، بنگرید

نهایت، خروجی مورد نظر حاصل گردد.

در پاسخ به ایراد مغایرت پیش‌دادرسی با تفکیک قوا به نظر می‌رسد اداره‌شونده در درخواست اعمال پیش‌دادرسی اداری در جست‌وجوی یک راه‌حل اداری است تا تلاش شود قبل از مراجعه به دادگاه، اختلاف حل و فصل گردد.[1] فرض وی این است که با مراجعه دوباره و تکرار خواسته خود، با سهولت و سرعت بیشتر به هدف خویش نائل می‌گردد و لذا به اداره مراجعه می‌کند و نه دادرس. همچنین مراجعه مجدد به اداره به معنای سلب حق دادخواهی اشخاص نیست و از این رو مغایرتی با اصل تفکیک قوا ندارد.

ایراد مغایرت با «بی‌طرفی در رسیدگی» نیز هر چند ظاهراً ایرادی جدی می‌نماید، اما چندان وارد نیست؛ چراکه در پیش‌دادرسی اداری گویی این موافقت ضمنی از سوی اداره‌شونده وجود دارد که گرچه اداره احتمالاً بی‌طرف نیست، اما خواستار رسیدگی مجدد اداره است. در واقع، وی با علم به عدم بی‌طرفی و گرایش طبیعی تصمیم‌گیرنده به نظر قبلاً اتخاذ شده، خواستار اعمال پیش‌دادرسی اداری می‌شود. هرچند عدم بی‌طرفی مقام اداری به نفع اداره محتمل است، اما می‌توان با پیش‌بینی مجموعه‌ای از کدهای رفتاری و الزامات قانونی برای رسیدگی به درخواست اشخاص، تاحدودی از بی‌طرفی وی اطمینان حاصل کرد.

ایراد مربوط به تأخیر در فرایند دادخواهی نیز گرچه به طور کلی قابل انکار نیست، اما با تعیین محدوده زمانی مشخص برای رسیدگی به درخواست اشخاص، تا حدودی می‌توان از اطاله فرایند رسیدگی کاست.

۳. رهیافت مطالعه تطبیقی

دلیل انتخاب حقوق اداری فرانسه، تاثیرپذیری نظام اداری و دادرسی اداری ایران از این کشور و دلیل انتخاب نظام حقوقی انگلستان، یافتن زمینه‌هایی از پیش‌بینی نهادهای جایگزین دادرسی اداری از جمله پیش‌دادرسی اداری و همچنین تطبیق پیش‌دادرسی مالیاتی انگلستان با پیش‌دادرسی موجود در قانون مالیات‌های مستقیم در ایران است.

به: رجبی و اونق، ۱۳۹۹: ۹۸-۹۷.

۱. بر این اساس، این امر نافی صلاحیت عام مراجع قضایی در رسیدگی به اختلافات نیست.

۱-۳. پیش‌دادرسی در حقوق اداری فرانسه

پیش‌دادرسی اداری یکی از نظام‌های «جایگزین حل و فصل اختلافات»[1] در فرانسه است که ریشه در دوران «وزیر- قاضی»[2] در این کشور دارد. معنای اجمالی تئوری وزیر- قاضی این است که بدواً وزارتخانه و ادارات دولتی، قاضی حل و فصل اختلافات خود با افراد هستند. به علت بدبینی انقلابیون فرانسوی به دادگاه‌ها و تلقی خاص آنان از تفکیک قوا، فرض بر این قرار گرفت که اساساً دادرسی اداری باید درون قوه مجریه سامان‌دهی شود تا استقلال این قوه حفظ شود و لذا رجوع به قوه قضاییه برای حل و فصل اختلافات اداری، ناقض تفکیک قوا تصور می‌شد (مؤتمنی‌طباطبایی ۱۳۸۷: ۵۸،۵۹).

به منظور درک بهتر پیش‌دادرسی اداری، توجه به تحول صورت‌گرفته در نظام دادرسی فرانسوی یعنی تحول از عدالت تحفظی به عدالت تفویضی که به‌نحوی افزایش صلاحیت برای شورای دولتی بوده، ضروری است. پیش‌دادرسی اداری یادگار تاریخی دوران عدالت تحفظی در این کشور است که در شرایط موجود تعدیل شده است. به موجب قانون مصوب ۲٤ ماه می ۱۸۷۲ رسماً صلاحیت رسیدگی نهایی بدون تایید رئیس دولت، به شورای دولتی واگذار شد؛ امری که به آن سیستم عدالت تحفظی (La justice retenu حفظ‌شده به‌وسیله رئیس دولت) گفته می‌شد، به عدالت تفویضی (La justice deleque به‌وسیله شورای دولتی) تبدیل گردید» (رضایی‌زاده، ۱۳۹۱: ۳۸). در این زمینه رأی مشهور شورای دولتی تحت عنوان کادو یا کادت[3] در سال ۱۸۸۹ حائز اهمیت است؛ توضیح‌آنکه در دوران عدالت تحفظی وزارت‌خانه‌ها هنوز وظایفی را انجام می‌دادند که ماهیت قضایی داشت. مدعی ورود خسارت از یک عمل اداری ابتدا باید برای جبران خسارت به وزارت‌خانه مربوط یا شوراهای فرمانداری مراجعه می‌نمود. ادارات دولتی در مورد دعوایی که خود یک طرف آن بودند قضاوت نموده و به صدور حکم مبادرت می‌کردند (حیدری، ۱۳٤۷: ۱۸).

در سال ۱۸۸۹ دکترین وزیر- قاضی طبق حکم کادو متروک گردید. حکم کادو مرحله نهایی پیشرفت طولانی در راه منهدم‌ساختن تئوری قاضی- وزیر بود. انتقاد

1. Alternative dispute resolution
2. le minister - juge
3. Cadot

مطرح در دوره یادشده، این بود که وزیر در این موارد هم قاضی و هم یکی از طرفین دعوی بود. شورای دولتی دادخواست کادو را مستقیماً و بدون صدور حکم قبلی وزیر کشـــور پذیرفت. با این حکم شورای دولتی به طور مشخص و قطعی جدایی دستگاه اداری را از ارکان عدالت اداری برقرار کرد (حیدری، ۱۳٤۷: ۱٤۸-۱٤۹).

تحول مزبور و حذف نظام قضاوت وزارتی و افزایش صلاحیت شورای دولتی به معنای پذیرش تصمیم وزیر صرفاً به‌عنوان یک تصمیم اداری و نه قضایی است که قابل بازنگری قضایی به وســیله شورای دولتی می‌باشد، اما با تغییراتی ظریف نسبت به نظام وزیر- قاضی، پیش‌دادرسی فعلی در دستگاه‌های اداری بازمانده مفید در نظام اداری فرانسه اســت. دلیل فایده‌دار بودن این نهاد، کاهش حجم دعاوی مطروحه در شـــورای دولتی و رســیدگی فوری و تخصصی به موضوع اختلاف است. رسیدگی «اداره فعال» در مقایســه با رســیدگی شـــورای دولتی هرچند ممکن است رسیدگی منصفانه‌ای تلقی نشـــود، اما به‌دلیل اشـــراف ماهوی بر موضوع، به‌مراتب تخصصی‌تر است. بخشـــنامه ۹ فوریه ۱۹۹۵ بر لزوم طرح شـــکایت در جهت حل اختلافات در چارچوب سلســـله‌مراتب اداری پیش از طرح آن نزد دادگاه تمرکز دارد (بل و بایرون، ۱۳۹۰: ۱٦٦).

در فرانســـه ســـه نوع دادخواهی اداری وجود دارد: دادخواهی سلسله‌مراتبی (تقاضـــا به مافوقِ مقام تصمیم‌گیرنده)؛ دادخواهی ارفاقـــی یا ارحامی (تقاضا به مقام تصمیم‌گیرنده) و دادخواهی‌های قیمومتی (شـــکایت بـــه مقام نظارت‌کننده قیمومتی) (رضایی‌زاده، ۱۳۹۱: ۲۱۵-۲۱٦). در شرایط فعلی دادرسی اداری فرانسه، پیش‌دادرسی از دو قاعده قابل اســـتنباط است: الزام شاکی در مراجعه به اداره؛ قاعده تصمیم قبلی. این دو قاعده هرچند ظاهراً شـــکلی و تشـــریفاتی به‌نظر می‌رسند، اما هر دو مبتنی بر رجوع قبلی اداره‌شـــونده به اداره برای حل اختلاف پیش از طرح شکایت نزد دادرس اداری اســـت. این فرصت برای هر شاکی به‌وجود آورده اســـت تا قبل از مراجعه به دادگاه، بتواند به طور مستقیم به اداره مربوطه مراجعه و تقاضا نماید که تصمیم یا اقدام متخذه را مورد بازنگری قرار دهد. این فرصت اجازه می‌دهد که مشکلات میان اداره و شاکی حل و فصل گردد و شاکی درگیر دادگاه و آیین دادرسی و پرداخت هزینه‌های

دادرسی[1] نگردد (نوین، ۱۳۹۰: ۲۸٦-۲۸۷).

البتـــه مراجعه به اداره (پیـــش از مراجعه به دادگاه) در برخـــی موارد به یک الزام تبدیل شـــده و تعداد آن‌ها هر روز بیشـــتر می‌شـــود. ماده ۱۳ قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۸۷ مقرر کرده که تصویب‌نامه‌ای در شـــورای دولتی شرایط این تکلیف را در مورد اختلافات قراردادی و اختلافات و مســـئولیت‌های خارج قراردادی اشخاص حقوقی حقوق عمومی پیش‌بینی می‌کند (رضایی‌زاده، ۱۳۹۱: ۱٤٦).

قاعده تصمیم قبلی در واقع یک شرط شکلی برای اقامه دعوا است؛ شاکی باید اثبات کند که یک شرط بسیار مهم را رعایت کرده است: شرط تصمیم پیشین.[2] شاکی در ابتـــدا ایرادهای وارد به یـــک عمل یا تصمیم اداره را ابراز می‌کند و اداره مکلف به رســـیدگی است. البته در صورتی که اداره ظرف چهار ماه، نظری در مورد درخواست خواهان ارائه ندهد، فرض بر این اســـت که درخواســـت وی رد شـــده است (بل و بایرون، ۱۳۹۰: ٤۷). فرض اخیر به نفع اداره‌شونده بوده و به وی اجازه می‌دهد که به دادرس اداری مراجعه کند. بدین ترتیب، قبل از مدت چهار ماه و یا در صورت فقدان تصمیم قبلی امکان شـــکایت نزد قاضی اداری برای اداره‌شونده وجود نخواهد داشت. پیش‌بینی این ضمانت اجرا برای شاکی در واقع توصیه به استفاده از راه حلی ساده‌تر، سهل‌الوصول‌تر، تخصصی‌تر و موثرتر است. به‌علت سابقه تاریخی نهاد پیش‌دادرسی در فرانسه، مقامی که صالح به تصمیم‌گیری درباره درخواست اداره‌شونده می‌باشد و با تصمیم وی رعایت قاعده تصمیم قبلی برای دادرس اداری احراز می‌شود، وزیر است.

با قانون مصوب ســـال ۱۸۷۲ و رأی کـــادت در ســـال ۱۸۸۹ هر چند نظام قاضی- وزیر ظاهراً منســـوخ شد، اما بقایای مفیدی در نظام دادرسی اداری فرانسه بر جای گذاشـــت: نهاد پیش‌دادرسی اداری مستنبط از قواعد شکلی «الزام اداره‌شونده به مراجعـــه به اداره» و «تصمیم قبلی». نکته قابل‌تأمـــل در مرزگذاری میان نظام قاضی- وزیر و پیش‌دادرســـی فعلی این‌که در تئوری قاضی- وزیر به علت برداشـــت خاص فرانسوی از تفکیک قوا، گویی تصمیم متخذه از سوی وزیر یک حکم است، اما رأی کادت تصمیـــم را در عـــداد تصمیمات اداری صرف قرار می‌دهـــد که قابل بازنگری

---

۱. در برخی پژوهش‌ها، راهکارهایی برای کاهش هزینه‌های دادرســـی احصا شـــده است (بنگرید به: حبیبی درگاه، ۱۳۹۹، ۵۷-۵٦).

2. Decision prealable

قضایی است.

۲-۳. پیش‌دادرسی در نظام اداری انگلستان

ورود به مطالب مربوط به پیش‌دادرسی در حقوق اداری انگلستان نیازمند ارائه برخی توضیحات درخصوص تأثیر عقاید حقوق اساسی دایسی بر نظام حقوقی این کشور و تفکیک درخواست‌های بازنگری قضایی مطرح در دادگاه عالی عدالت از نظام‌های حمایتی جایگزین از جمله بازنگری اداری و دادگاه‌های اختصاصی اداری است. دایسی در سال ۱۸۸۵ اعلام کرد که تفاوتی بین حقوق عمومی و خصوصی در کامن‌لا نیست و کامن‌لا وجود نظام حقوق اداری را آن‌چنان‌که در فرانسه وجود دارد، به رسمیت نمی‌شناسد (Eftekhar, 2011: 109).

در کشوری که در سابقه تاریخی حقوق آن اساساً حقوق اداری به رسمیت شناخته نشده، تفکیک صلاحیت دادگاه اداری از دادگاه‌های عمومی معنا ندارد[1] و در نتیجه شکایات افراد در مقام احقاق حق در برخورد با ادارات و درخواست بازنگری قضایی در صلاحیت دادگاه عالی عدالت است. معنای اصلی بازنگری قضایی، اعمال نظارت دادگاه عالی بر مقامات عمومی به‌منظور مطابقت با دکترین خروج از صلاحیت[2] است. صلاحیت دادگاه عالی در بازنگری قضایی، اغلب به صلاحیت نظارتی برمی‌گردد. در نتیجه گسترش دولت رفاهی و افزایش اختیارات اقتصادی و اجتماعی دولت‌ها، برخوردهای میان شهروندان با دولت بالا گرفت و در نتیجه برای رفع اختلاف «دیوان‌های اداری» یا به تعبیری «دادگاه‌های اختصاصی اداری» شکل گرفتند که قسمی از نظام‌های جایگزین حل اختلاف می‌باشند، اما این دیوان‌ها را نمی‌توان پیش‌دادرسی دانست. مراد ما از پیش‌دادرسی اداری، «مراجعه مجدد به اداره» و «بازنگری درون‌سازمانی» در ادارات است. پیش‌دادرسی از قاعده «تعهد به انجام نهایت تلاش قبلی» استنباط می‌شود که مورد تأکید دادرسان انگلیسی است. «دادگاه‌ها تعهد به نهایت تلاش قبلی را با تمسک به ضرورت اجتناب از غصب وظایف نهادهای بازنگری اداری که به‌وسیله پارلمان ایجاد شده‌اند، همچنین با استناد به منفعت عمومی در حفاظت از سرعت رسیدگی در بازنگری قضایی، از طریق برخورد با آن

---

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص الگوهای دادرسی اداری خصوصاً انگلستان، بنگرید به: تنگستانی، ۱۳۹۶: ۱۱-۱۶.

2. Ultra Vires

به‌عنوان آخریـــن راه‌حل و کاهش تعداد دادخواســـت‌ها در دادگاه‌ها توجیه می‌کنند» (هداوند، ۱۳۸۹: ۵۸٦)؛ بنابراین، تمایل دادرســـان قضایی به اعمال قاعده مزبور ناشی از تلقی خاص آنان از صلاحیت‌های اعطاءشده به قوه مجریه توسط پارلمان و رعایت حدود میان قوای مجریه و قضاییه اســـت. دلیل دوم دادرسان کاملاً عمل‌گرایانه[1] بوده و هدف اصلـــی آنان از مراجعه اولیه به اداره و اعمال بازنگری اداری و کاهش حجم دعاوی مطروحه نزد آنان است.

یکی از مثال‌های برجســـته اختلافات اداری میان افراد و دولت در انگلســـتان، اختلافات در مورد میزان تشـــخیص مالیات یا چگونگی وصول آن است که عمدتاً به دلیل برخورداری اداره مالیاتی از اقتدارات و ترجیحات ناشـــی از قدرت عمومی،[2] در برخورد با حقوق مؤدیان مالیاتی چالش‌برانگیز می‌نماید. در انگلســـتان نظام دادرسی مالیاتی عمدتاً در چارچوب «دیوان‌های رســـیدگی‌کننده به اختلافات مالیاتی»[3] تحلیل می‌شـــود. قوانین حاکم بر محاکم اداری که شیوه رســـیدگی آن‌ها را مشخص می‌کند عبارت است از قانون «محاکم و رسیدگی‌ها»[4] و «دیوان مالیاتی» که به تجدید نظرخواهی مربوط به اظهارنامه‌های مالیاتی و اظهارنامه‌های ارزش افزوده مالیاتی رسیدگی می‌کند (هیـــأت پژوهش‌گران کاوندیش، ۱۳۸۷: ۱۹٤–۱۹٦)، اما منافع پیش‌دادرســـی اداری، نظام مالیه عمومی این کشور را به سمت استفاده روزافزون از این نهاد رهنمون داشته اســـت؛ بنابراین با تفکیک میان دیوان‌های مالیاتی، از بازنگری قضایی در قالب دادگاه عالی عدالت در مطالب ذیل به ســـایر نظام‌هـــای حمایتی جایگزین در رفع اختلافات مالیاتی می‌پردازیم.

پیش‌دادرســـی اداری در چارچوب اداره درآمدها و گمرکات سلطنتی (خارج از دیوان‌های مالیاتی) در دو حالت متصور و ممکن اســـت: ۱- مراجعه مؤدی به اداره مالیاتی؛ ۲- درخواســـت «بازبینی درون‌ســـازمانی». پس از ابلاغ تصمیم مالیاتی اداره مذکور مبنی بر تشـــخیص مالیات یا اعمال جرائم مالیاتی، مؤدی ظرف ســـی روز از

---

1. Pragmatic

۲. برای مطالعه تطبیقی اقتدارات دســـتگاه مالیاتی در انگلســـتان، بنگرید به: رســـتمی و کتابی‌رودی، ۱۳۹۲: ۳۵-۱۹.

3. Tribunals dealing with revenue

٤. آخرین قانون مصوب حاکم بر دیوان ها «قانون دیوان‌ها، دادگاه ها و اجرای احکام» (Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007) مصوب ۲۰۰۷ است.

این فرصت برخوردار اســت که به‌طور کتبی اعتراض کنــد. اداره به اعتراض ظرف ســی روز رسیدگی می‌کند و این رسیدگی ممکن است به پذیرش اعتراض و اصلاح تصمیم اولیه ختم شــود، اما چنانچه اعتراض مؤدی مورد تأیید قرار نگیرد، مؤدی از این فرصت برخوردار اســت که خواهان بازبینی درون‌ســازمانی تصمیم اداره شود. بازبینی درون‌ســازمانی اداره توســط مقام اداری صورت می‌گیرد که در جریان اتخاذ تصمیم اولیه مشــارکت نداشته اســت. چنانچه مؤدی با بازبینی درون‌سازمانی موافق نباشــد یا نتیجه آن مــورد پذیرش او قرار نگیرد، می‌تواند بــه دیوان مراجعه کند، اما به طور هم‌زمان نمی‌تواند هم درخواســت بازبینی درون‌سازمانی داشته باشد و هم به دیــوان مراجعه کند. مقام بازبینی‌کننده ظرف چهــل و پنج روز تصمیم خود را اعلام می‌کند. اگر ظرف مدت مذکور شــخص رســیدگی‌کننده به نتیجه نرسد، می‌تواند از مؤدی درخواست تمدید مهلت کند؛ در صورت عدم موافقت مؤدی، وی مجاز است به دیوان مراجعه کند. همچنین مؤدی چنانچه با نتیجه بازبینی درون‌ســازمانی موافق نباشد، ظرف سی روز از تاریخ ابلاغ نتیجه می‌تواند به دیوان مراجعه کند.

با عنایت به گزارش‌برگ[1] منتشــر شــده از اداره درآمدها و گمرکات سلطنتی، نوعی دیگر از ســازکارهای جایگزین حل و فصل اختلافات[2] قابل شناســایی باشد. در ایــن گزارش که حاوی اطلاعاتی درخصوص روش‌هــای جایگزین حل و فصل اختلافات مالیاتی است، آمده: «در ADR یک مقام اداره درآمدها و گمرکات سلطنتی آموزش‌دیده در مهارت‌های میانجی‌گری و تکنیک‌های مربوط، به‌عنوان شخص ثالث بی‌طرف اقدام می‌کند».[3] با توجه بــه واژه Mediation منظور از این مقام، میانجی‌گر است و تفاوت عمده آن بی‌طرفی بیشتر نسبت به روش بازبینی درون‌سازمانی است. در بازبینی درون‌سازمانی یکی از کارکنان اداره اقدام به بازبینی می‌کند، اما در میانجیگری شــخص ثالث و بی‌طرف، منتها وی منصوب از طرف اداره اســت. در منافع و فواید این روش آمده که ADR راهی برای حل اختلافات با یکدیگر اســت. جایی که یک

1. Factsheet
2. Alternative dispute resolution
3. Her Majesty's Revenue and Customs, Alternative Dispute Resolution, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/701213/CCFS21.pdf

اختلاف وجود دارد، به کاهش وقت و هزینه رسیدگی (برای هر دو طرف اختلاف) و کاهش نیاز به دادرسی مالیاتی، کمک می‌کند.

٤. پیش‌دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران

استفاده از فواید عملی پیش‌دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران نیازمند تبیین وضعیت فعلی و سپس بررسی امکان تسری سازکارهای موجود به حوزه‌های مهم در روابط اداری است. به‌نظر می‌رسد نگاهی عمل‌گرایانه ما را به این نظر رهنمون می‌سازد که در شرایط فعلی پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری (به عنوان شرط الزامی طرح دعوا در مرجع قضایی) در قالب قواعدی عام برای نظام اداری، درخصوص کلیه دعاوی اداری قابل اجرا نبوده و مآلاً به نتیجه مطلوب منتهی نخواهد شد. شایان ذکر است مواد ٦٩ تا ٧٦ «لایحه قانون اصول و آیین‌های تصمیم گیری اداری»، «بازنگری اداری و تجدید رسیدگی» را در تمامی ادارات عمومی پیش‌بینی نموده که چندان واقع‌بینانه و قابل اجرا نیست. به نظر می‌رسد مناسب باشد ابتدا پیش‌دادرسی‌های موجود در قوانین ضمن تدوین کدهای رفتاری مقامات اداری (در راستای تضمین بی‌طرفی رسیدگی‌کننده) تقویت شود. البته در روابط مهم و چالش‌برانگیزی که با فقدان پیش‌دادرسی مواجه است، می‌توان با پیش‌بینی شرایط و ضوابط خاصی، سازکارهایی مشابهِ اندک نهادهای موجود برای برخی از دعاوی مهم و پرتکرار اداری پیشنهاد نمود.

٤-١. امکان‌سنجی حقوقی شناسایی نهاد پیش‌دادرسی اداری

قانون اساسی صراحتی در زمینه امکان یا لزوم پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری یا نفی آن ندارد. با توجه به بررسی‌های تطبیقی پیش‌گفته، استفاده از «تجارب پیشرفته بشری» مندرج در اصل دوم قانون اساسی مورد تأکید قوه موسس است. از جمله طرق دستیابی به اهدافی مانند تأمین قسط و عدل، به‌کارگیری تجارب بشری می‌باشد. پیش‌دادرسی نیز یکی از تجارب نظام‌های حقوقی مطرح است. همچنین در مقدمه قانون اساسی که منبعی قابل اتکاء برای تفسیر این قانون است، بر کارایی بیشتر نظام اجرایی و سرعت بیشتر در اجرای تعهدات اداری تأکید شده است.

ممکن است برخی با استناد به اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، الزامی نمودن پیش‌دادرسی اداری را مغایر این اصل و به طور

کلی مغایر اصل تفکیک قوا (اصل پنجاه و هفتم) و حق دادخواهی اشخاص (اصل سی و چهارم) بدانند، اما به‌نظر می‌رسد پیش‌دادرسی اداری یک مرحله قبل از دادخواهی است و اداره‌شونده خود خواهان تجدید رسیدگی اداره می‌باشد. در هر حال، الزام به مراجعه مجدد به اداره در پیش‌دادرسی، سالب حق دادخواهی مصرح در اصل سی و چهارم قانون اساسی نخواهد بود؛[1] گرچه باید اذعان داشت الزام به طی‌نمودن این مرحله، در صورت باقی ماندن اعتراض، حق دادخواهی اشخاص را با تأخیر مواجه می‌نماید.[2] در نتیجه می‌توان گفت قانون اساسی هرچند تصریحی در این زمینه ندارد، اما پیش‌بینی آن را منع نکرده و تفسیر غایت‌مدارانه و عملگرایانه از این قانون مقتضی پیش‌بینی نهاد پیش دادرسی حداقل در برخی از دعاوی اداری است.

در قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ تکالیفی برعهده قوه قضاییه نهاده شده که از جمله آن‌ها رفع خلاءهای قوانین قضایی با رویکرد پیشگیری از وقوع اختلاف است. در بند الف ماده ۳۸ قانون مذکور «قوه قضاییه مکلف است نسبت به ... اصلاح و رفع خلاءهای قوانین قضایی با رویکرد پیشگیری از وقوع ... اختلاف[3] ... اقدام و لوایح مورد نیاز را تهیه و از طریق دولت ... به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند». یکی از اقسام مهم اختلافات، اختلافات اداری است و مشخصاً می‌توان یک شرط شکلی و آئینی در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری پیش‌بینی نمود؛ بدین صورت که خواهان مکلف به طی تشریفات

---

۱. شورای نگهبان در نظرات مختلف خود، صلاحیت مراجع شبه‌قضایی را منوط به امکان نظارت قضایی بر آن نموده است. برای ملاحظه برخی نمونه‌ها در این زمینه، بنگرید به: اکبری، ۱۳۹۹: ۱۳. همچنین لازم است به مصوبه شماره ٦٣٠ شورای‌عالی انقلاب فرهنگی درخصوص تشکیل هیئت عالی تجدیدنظر وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اشاره کرد که صلاحیت رسیدگی به اعتراضات اشخاص از مراجع ذیربط در دستگاه‌های فوق را دارد. نفی صلاحیت مرجع قضایی در رسیدگی به اعتراضات اشخاص از آرای هیأت فوق، مغایر اصول سی و چهار، یکصد و پنجاه و نه و یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی است (اکبری، ۱۳۹۹: ۵۰).

۲. بندهای ۵ و ٦ سیاست‌های کلی نظام قضایی مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ به ترتیب تحت عناوین «تمرکز دادن کلیه امور دارای ماهیت قضایی در قوه قضاییه با تعریف ماهیت قضایی و اصلاح قوانین و مقررات مربوط براساس آن و رسیدگی ماهوی قضایی به همه دادخواهی‌ها و تظلمات» و «کاستن مراحل دادرسی به منظور دستیابی به قطعیت احکام در زمان مناسب»، اجرای نهاد پیش‌دادرسی را با ملاحظات مهمی مواجه می‌کند؛ گرچه نباید سیاست کلی قضازدایی و خاصه «استفاده از روش داوری و حکمیت در حل و فصل دعاوی» (بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قضایی) را نادیده انگاشت.

۳. البته در پیش‌دادرسی، اختلاف ایجاد شده، اما هنوز به دادگاه ارجاع نگردیده است.

پیش‌دادرسی اداری موجود در قوانین باشد و در صورتی که از تجدید رسیدگی اداری نتیجه‌ای حاصل نگردید، رسیدگی به اختلاف بر اساس اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی در صلاحیت دیوان است.[۱]

در قانون برنامه ششم توسعه حکمی مشخص در مورد پیش‌دادرسی اداری یافت نمی‌شود، اما می‌توان رویکرد کلی و اراده مقنن را از بند الف ماده ۱۱۶ این قانون استنباط کرد. در این بند آنچه برای مدیریت کلان قوه قضاییه مطلوب انگاشته شده، کاهش مراجعه مردم به مراجع قضایی و تسریع در حل و فصل اختلافات می‌باشد، اما فقط به یکی از سازکارهای حل و فصل غیر قضایی اختلافات یعنی نهاد داوری اشاره شده است. قوه قضاییه می‌تواند در یک اقدام راهبردی به مطلوب قانون‌گذار استناد کند و سایر اقسام حل و فصل اختلافات را پیش‌بینی نماید. کاهش مراجعه مردم به مراجع قضایی و تسریع در حل و فصل اختلافات، اهدافی هستند که در نهاد پیش‌دادرسی اداری و بازنگری اداری نیز قطعاً یافت می‌شوند.[۲]

شرط «الزام به دادخواهی مقدماتی اداری» یا به‌تعبیر دیگر شرط «نهایت تلاش قبلی اداره‌شونده» در دعاوی که قوانین و مقررات پیش‌دادرسی برای آنان پیش‌بینی نموده‌اند، با ادبیاتی در سیاق موجود قانون دیوان قابل پیش‌بینی است. به عنوان نمونه می‌توان این شرط را در چارچوب ماده ۱۷ قانون مزبور درج نمود و ضمانت‌اجرای عدم رعایت آن، صدور قرار عدم استماع باشد، یا اینکه عدم رعایت شرط الزام به دادخواهی اداری یکی از موارد صدور قرار رد شکایت موضوع ماده ۵۳ این قانون باشد. در حقوق فرانسه ضمانت اجرای عدم رعایت این شرط عدم پذیرش دادخواهی در مراجع قضایی اداری است.

در مواد ٦۹ تا ۷٦ «لایحه قانون اصول و آیین‌های تصمیم‌گیری اداری» که توسط مرکز (وقت) مطالعات توسعه قضایی قوه قضاییه تهیه گردیده به «بازنگری اداری و تجدید رسیدگی» پرداخته شده است. این لایحه هرچند سعی در مدون‌سازی

---

۱. به نظر می‌رسد پذیرش مراجع شبه‌قضایی توسط شورای نگهبان مبتنی بر استدلال فوق باشد. در غیر این صورت، مصوبه مجلس در مغایرت آشکار با قانون اساسی بوده و طبعاً توسط شورا مورد ایراد قرار خواهد گرفت.

۲. قانون‌گذار با الزامی‌نمودن سازکار داوری در ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ تمایل خود به کاهش مَراجعه مردم به مراجع قضایی را نشان داده است؛ گرچه موضوع داوری، خارج از بحث نوشتار حاضر است.

اصول حقوق اداری قابل شناسایی در پرتو حکمرانی خوب و الزامات اداره شایسته داشته است، اما سرنوشت آن مبهم بوده و موکول‌کردن تحقق پیش‌دادرسی به زمانی که این لایحه به سرانجام برسد، نظام اداری و بازنگری قضایی ایران را از فواید عملی آن محروم می‌کند. از سوی دیگر، پیش‌بینی و اجرای موردی پیش‌دادرسی اداری در برخی حوزه‌های چالش‌برانگیز می‌تواند تجربه مناسبی را پیش‌روی قانون‌گذار ایرانی قرار دهد و ایده‌های خام را به نتایج ملموسی تبدیل کند. بنابراین اجرای پیش‌دادرسی اداری در یک یا چند حوزه تاثیرگذار به مراتب عملیاتی‌تر از پیش‌بینی یک نهاد عام و فراگیر برای کل نظام اداری است.

مخاطب احکام مندرج در ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و ماده ۱۱۶ قانون برنامه ششم توسعه، قوه قضاییه است. همچنین اشاره به «منشور حقوق شهروندی»، که با استناد به اصل یکصد و سی و چهارم قانون اساسی توسط دولت وقت تهیه و تنظیم گردیده،[1] از باب آشنایی با سوابق موضوع مفید به‌نظر می‌رسد. در ماده ۲۱ منشور در پرتو حق اداره شایسته، این حق را برای شهروندان ایرانی اعلام نموده که چنانچه تصمیمات نهادهای اداری یا کارکنان را خلاف قوانین و مقررات بدانند، از طریق مراجعه به مراجع اداری، تقاضای احقاق حق کنند. از آنجا که این ماده مراجع اداری را جداگانه و در کنار مراجع قضایی ذکر کرده می‌توان منظور تدوین‌کنندگان را مرجعی غیر دیوان عدالت اداری دانست. همچنین ماده ۲۳ منشور هرچند بر بازنگری و تجدید رسیدگی صراحت ندارد، اما مقامات و ماموران اداری را مکلف نموده در صورتی که درخواستی را رد می‌نمایند، با تقاضای اداره‌شونده به صورت مکتوب به وی پاسخ دهند.

در ماده ۲۵ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳/۰۱/۲۵ «دادخواهی سلسله‌مراتبی اداری» (مراجعه به مقام مافوق) مقرر شده است. به‌موجب این ماده مناقصه‌گر می‌تواند به بالاترین مقام دستگاه مراجعه کند؛ دستگاه ظرف پانزده روز به شکایت رسیدگی می‌کند. در صورتی که دستگاه شکایت را وارد نداند، شاکی می‌تواند به هیأت رسیدگی به شکایات (موضوع ماده ۷ قانون) مراجعه و در مرحله بعد از

۱. اجرای منشور مزبور در دولت‌های بعد، طبعاً منوط به تأیید مفاد و محتوای آن و سیاست کلی دولت در مواجهه با مسأله مذکور است.

آرای قطعی این مرجع به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان خواستار بازنگری قضایی گردد. در پاسخ به این پرسش که آیا شاکی برای مراجعه به دیوان عدالت اداری لزوماً باید مرحله پیش‌دادرسی را طی کرده باشد؟ رجوع به متن بند الف ماده ۲۵ حاکی از تخییری بودن شکایت شاکی به بالاترین مقام است، اما ممکن است گفته شود رعایت تقدم زمانی میان مراحل پیش‌دادرسی، مرجع شبه‌قضایی و دادرسی اداری به معنای الزامی‌بودن مراجعه بدوی به اداره باشد. رویه دیوان در مورد رسیدگی به دعاوی در صلاحیت مراجع شبه‌قضایی، در صورتی که اقدام به طرح دعوا در مرجع مربوط نشده باشد، صدور قرار رد دعوا است (مولابیگی، ۱۳۹۳: ٦٥-٦٤). از آنجا که در بند ج ماده مزبور در صورت عدم پذیرش نتیجه توسط شاکی، هیأت رسیدگی به شکایات صالح می‌باشد و دیوان نیز در صورت عدم مراجعه به هیأت خود را صالح به رسیدگی نمی‌داند، لذا گویی نوعی الزام به طی طریق مذکور وجود دارد؛ البته در صورتی که قانون‌گذار این مرحله را در همه موارد الزامی اعلام کند.

هر چند این نوع دادخواهی اداری در قانون مزبور به‌عنوان پیش‌دادرسی درنظر گرفته شده، اما اعمال آن از سوی دستگاه مناقصه‌گزار نیازمند تهیه دستورالعمل نحوه رسیدگی است.

دولت علاوه بر تدوین «دستورالعمل»هایی که متضمن کدهای رفتاری حاکم بر مقامات اداری بازبینی‌کننده است، می‌تواند پیشنهاد نهاد پیش‌دادرسی در حوزه سازمان‌های مناقشه‌برانگیز در زمینه حقوق شهروندان مانند شهرداری‌ها، سازمان تامین اجتماعی و ... را در قالب لایحه ایجاد نهاد پیش‌دادرسی اداری به مجلس ارائه دهد. نکته قابل-تأمل این‌که قانون‌گذار در جزء الف بند ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان از میان مصادیق مختلف و متعدد «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی» فقط صراحتاً نام دو نهاد «شهرداری» و «سازمان تأمین اجتماعی» را ذکر نموده است؛ این صراحت می‌تواند نشان‌دهنده حجم گسترده دعاوی مطروحه علیه این دو نهاد در دیوان باشد که این امر می‌تواند توجیه‌کننده شناسایی نهاد پیش‌دادرسی اداری، در گام نخست در مراجع مزبور باشد. پیش از هر اقدامی در این زمینه، اقتضا دارد شرایط و ضوابط مربوط به رسیدگی به درخواست شهروندان با رویکرد دفع حداکثری ایرادهای وارد به نهاد مزبور تأمین شود که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

– تعیین محدوده زمانی کوتاه (برای مثال، سی‌روزه) برای رسیدگی؛

– ترجیح رسیدگی سلسله‌مراتبی توسط مقامات مافوق اشخاص اتخاذ کننده تصمیم مورد اعتراض؛

– بهره‌گیری از فناوری‌های دولت الکترونیک با رویکرد تسریع و تسهیل فرایند دریافت و رسیدگی به درخواست‌ها؛

– تعیین دعاوی مشمول بر اساس معیارهای مهم و پرتکرار بودن دعاوی اداری (عدم قابلیت دفاع شمول ایده مذکور نسبت به کلیه دعاوی اداری)؛

– تدوین ضوابط (حداقلی) رسیدگی توسط اشخاص رسیدگی‌کننده و به‌ویژه تنظیم کدهای رفتاری اشخاص مزبور؛

– موثر محسوب کردن تعداد اعتراضات (وارد) به مقامات و مأموران دولتی در فرایند ارتقا و انتصاب آن‌ها به پست‌های مدیریتی.

۲-٤. مطالعه موردی پیش‌دادرسی اداری در امور مالیاتی

سازمان امور مالیاتی کشور مرجع تشخیص و وصول مالیات در نظام مالیه عمومی ایران است و از امتیازاتی ویژه در اعمال حاکمیت دولت برخوردار است که اصطلاحاً «اعمال قدرت مالیاتی» نامیده می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: حق اخذ اطلاعات، اسناد و مدارک، حق بازرسی، حق ارزیابی، تحقیق و رسیدگی. در میان ضمانت اجراها نیز ضمانت اجرای اداری شامل تهیه اظهارنامه برآوردی[1] و تشخیص مالیات بر مبنای آن و جرایم مالیاتی قابل اشاره است (رستمی، ۱۳۸۷: ۱٦۸–۱۷۳).

طبق ماده ۲۳۸ قانون مالیات‌های مستقیم[2] مؤدی می‌تواند در مهلت سی‌روزه به اداره مالیاتی مراجعه و با ارائه مدارک و مستندات مربوط به‌صورت کتبی تقاضای رسیدگی مجدد نماید. اداره ظرف مدت مذکور مهلت دارد به تقاضای دادخواهی

---

۱. قبل از اصلاحات سال ۱۳۹٤ قانون مالیات‌های مستقیم، این اختیار تشخیص علی‌الراس نامیده می‌شد که به اظهارنامه برآوردی تغییر یافته است. مبنای تشخیص علی‌الراس قرائن مالیاتی و اعمال ضرایب بود، اما در اصلاحیه اخیر مبنای اظهارنامه تهیه‌شده به وسیله اداره مالیات، بانک اطلاعاتی مربوط به نظام جامع مالیاتی کشور است. در هر حال این اختیار در مورد مؤدیانی به‌کار می‌رود که اظهارنامه را به‌موقع تسلیم نکرده یا برخلاف واقع ارائه داده باشند.

۲. در نظام دادرسی مالیاتی ایران مرجع شبه‌قضایی، هیأت حل اختلاف مالیاتی موضوع ماده ۲٤٤ قانون مالیات‌های مستقیم است. پیش‌دادرسی در قانون مزبور در چند حالت متصور است: مراجعه به اداره مالیاتی و اعتراض به برگ تشخیص؛ اعتراض به غیرعادلانه بودن مالیات‌های قطعی و درخواست رسیدگی از وزیر امور اقتصادی و دارایی.

ارفاقی مؤدی رسیدگی کند که نتیجه رسیدگی از سه حالت خارج نیست:

نخســـت، اعتراض مؤدی را می‌پذیرد و مندرجات برگ تشـــخیص را رد می نماید که به‌معنای اصلاح تشخیص سابق، رفع اعتراض و مختومه‌شدن آن است؛

دوم، در صورتی‌که مدارک و مستندات مؤدی را موثر در تعدیل درآمد تشخیص دهـــد و نظر وی مورد قبول مؤدی قرار گرفت این نـــوع نتیجه به‌منزله توافق اداره و مؤدی است و قانون‌گذار با اجازه جرح و تعدیل درآمد مشمول مالیات امکان حصول آن را فراهم کرده است؛

ســـوم، دلایل مؤدی را موثر در رد برگ تشخیص یا تعدیل آن نداند که پرونده را برای رسیدگی به هیئت حل اختلاف مالیاتی ارجاع می‌نماید (رستمی، ۱۳۹۵: ۱۸۵).

از میان اقسام سه‌گانه دادخواهی اداری به‌نظر می‌رسد رسیدگی مجدد موضوع این ماده همان رســـیدگی ارفاقی یا ارحامی باشد، چرا که رسیدگی توسط مقام مافوق صورت نمی‌گیرد. دیگر آن‌که در بندهای ۱ و ۲ پیش‌دادرســـی به نتیجه رسیده اما در بند سوم پیش‌دادرسی به نتیجه نرسیده و اختلاف به مرجع شبه‌قضایی ارجاع می‌شود. این موضوع نشان‌دهنده تقدم زمانی پیش‌دادرسی بر مراجع شبه‌قضایی و سپس مراجع بازنگری قضایی اســـت که باید در پیش‌بینی این نهاد در سایر سازمان‌ها مورد استفاده قرار گیرد.

در ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی سال ۱۳۷۱ در صورتی کـــه مؤدی مدعی غیرعادلانه بـــودن مالیات قطعی موضوع ایـــن قانون و مالیات‌های غیرمستقیم باشد، می‌تواند از وزیر امور اقتصادی و دارایی تقاضای رسیدگی مجدد به موضوعی نماید. این نظارت موردی اســـت (نظام‌مند نمی‌باشد) و حسب درخواست مؤدی اعمال می‌شود، اما به‌دلیل حمایت از مؤدی که از تمامی راه‌حل‌های موجود نظام دادخواهی ناامید شده و بر غیرعادلانه بودن مالیات تشخیصی اصرار دارد، می‌تواند به یک مقام عالی مراجعه و از وی تقاضای رســـیدگی مجدد نماید. هدف پیش‌دادرسی مقرر در این ماده رسیدگی به ادعای غیرعادلانه بودن مالیات تشخیص‌داده‌شده است؛ برخلاف رســـیدگی در مرجع قضایی که درصدد تطبیق تصمیمات و اقدامات اداری با قوانین است.

البته ممکن اســـت این گونه تصور شود که ماده ۲۵۱ مکرر، دادخواهی اداری

نیســـت، بلکه چون وزیر موضوع را به یک هیأت ارجاع می‌دهد و هیأت یک مرجع شـــبه‌قضایی است، لذا این طریق تشریفاتی شـــبه‌قضایی می‌باشد و نه یک دادخواهی سلســـله‌مراتبی اداری. در پاســـخ باید گفت در متن ماده از عبـــارت «تقاضای تجدید رســـیدگی» استفاده شده که یادآور رسیدگی مجدد اداره است. همچنین اعضای هیأت توســـط وزیر منصوب می‌شـــوند. به نظر می‌رسد وزیر می‌بایســـت ابتدا به موضوع رســـیدگی نماید و در صورتی که دلایل را نســـبتاً موجه دانست، موضوع را به هیأت برای رسیدگی ارجاع دهد. دلیل ارجاع به هیأت، تخصصی‌بودن مباحث مالیاتی است. در متن قانون از عبارت «وزیر می‌تواند» استفاده شده که نشان‌دهنده صلاحیت اختیاری وزیر است که اعمال آن نیاز به ارزیابی مقدماتی موضوع از سوی وزیر دارد.

برآمد

۱- مخالفان پیش‌دادرسی معتقدند رعایت اصل حاکمیت قانون بر اداره ایجاب می‌کند دعاوی اداری نزد قاضی مستقل و با رعایت کامل اصول دادرسی منصفانه مطرح شود. هم‌چنین مخالفت‌هایی که با مراجع اختصاصی اداری بیان می‌شود در مورد پیش‌دادرسی اداری نیز تا حدودی صادق است. پیش‌دادرسی اداری از این منظر، ناقض تفکیک قوا دانسته شده است؛ زیرا رسیدگی به مطلق دعاوی در صلاحیت مراجع قضایی است و اعطای صلاحیت رسیدگی به اختلاف به قوه مجریه، ناقض استقلال قوه قضاییه است. از سوی دیگر، تضمینی در خصوص بی‌طرفی رسیدگی‌کننده در نهاد پیش‌دادرسی اداری وجود ندارد، اما موافقان با تأکید بر لزوم وجود سازِکار درون‌سازمانی برای رسیدگی به شکایات معتقدند پیش‌دادرسی حجم دعاوی اداری را کاهش می‌دهد، نفع عمومی را در پی دارد و منجر به تسهیل دستیابی اداره به اهداف مقرر قانونی می‌شود؛ پس کارآمد است و از این جهت که اداره را به خروجی مطلوب نزدیک می‌سازد، کارا خواهد بود؛ بنابراین حکمرانی خوب نیز قانون‌گذار را مجاب به پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری می‌کند. در پاسخ به ایراد نقض تفکیک قوا، باید گفت هرچند اختلافی میان اداره و شهروند ایجاد شده است، اما اداره‌شونده خود خواستار طی راه‌حل اداری است؛ ضمن این‌که در فرض اجباری بودن طی مرحله مذکور، استفاده از پیش‌دادرسی اداری، سالب حق دادخواهی شهروندان نزد مرجع ذی‌صلاح قضایی نیست. در پاسخ به نقض بی‌طرفی در رسیدگی نیز باید گفت علاوه بر این‌که پیش‌دادرسی، دادرسی به معنای دقیق نیست، با پیش‌بینی کدهای رفتاری برای مقام اداری در این مرحله بی‌طرفی تاحدودی تضمین خواهد شد. همچنین در پیش‌دادرسی سلسله‌مراتبی، مقام رسیدگی‌کننده همان مقام تصمیم‌گیرنده نیست و این به نفع اداره‌شونده می‌باشد.

۲- دو قاعده «الزام به دادخواهی مقدماتی اداری» و قاعده «تصمیم قبلی» حاکی از به رسمیت شناخته شدن نهاد پیش‌دادرسی اداری در فرانسه است. ضمانت اجرای عدم رعایت این دو قاعده، عدم پذیرش دادخواهی توسط قاضی اداری است. در نظام اداری انگلستان نیز قضات دادگاه‌ها با تأکید بر قاعده «نهایت تلاش قبلی»، شاکی را به سمت استفاده از سازِکارهای درون‌سازمانی ادارات رهنمون می‌سازند.

۳- بـــا توجه به فواید منطقـــی به لحاظ مبانی نظـــری و تجارب عملی موفق پیش‌دادرســـی اداری در نظام‌های حقوقی پیشرو، به نظر می‌رسد مقنن ایرانی می‌تواند بازنگـــری اداری را حداقل در برخی دعاوی اداری مهـــم و پرتکرار (و نه در تمامی دعاوی اداری) به عنـــوان یک مرحله قبل از مراجعه به دیوان عدالت اداری پیش‌بینی کند. با تفســـیر به نفع اداره‌شـــونده می‌توان از مســـتندات موجود در قوانین مانند بند الف ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه کشـــور به طور مشخص پیشنهاد پیش‌بینـــی قاعده الزام خواهان به طی بازنگری اداری (در صورتی که مرجع بازنگری اداری در قوانین و مقررات پیش‌بینی شـــده باشـــد و نه کلیه دعاوی اداری) در قانون تشکیلات و آیین دادرســـی دیوان عدالت اداری را مطرح نمود. ضمانت اجرای عدم رعایت این قاعده می‌تواند حســـب مورد صدور «قرار عدم استماع دعوا» یا «قرار رد شکایت» باشد. پیش‌بینی نهاد پیش‌دادرسی اداری به صورت یک مرحله اجباری برای رسیدگی به کلیه دعاوی اداری، موجه و قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.

٤- الزامی‌نمودن ســـازکار پیش‌دادرســـی اداری علاوه بـــر فواید عملی متعدد مترتب بر آن از جملـــه کاهش حجم دعاوی مطروحه در دیوان، به لحاظ حقوقی نیز ممکن است؛ زیرا نهاد پیش‌دادرسی ســـالب حق دادخواهی قضایی اشخاص نیست، بلکه پیش‌بینی یک مرحله رســـیدگی پیش از دادخواهی می‌باشـــد. پیش‌بینی مرحله پیش‌دادرســـی اداری مشـــخصاً برای برخی از دعاوی پرتکرار موضوع بندهای ۱ و ۳ ماده ۱۰ قانون دیوان، قابل توصیه و پیشـــنهاد است؛ چراکه دعاوی موضوع بند ۲ ماده مذکور پیش از طرح در دیوان، حسب مورد در یک یا دو مرحله در مراجع شبه‌قضایی مورد رسیدگی قرار می‌گیرند.

۵- بی‌تردید کارایی پیش‌دادرســـی اداری در کاهش اطاله دادرســـی، منوط به پیش‌بینی شـــرایط و ضوابط دقیق برای حصول اطمینـــان از امکان تحقق هدف فوق اســـت. بر این بنیـــاد، پیش‌بینی نهاد مزبور در کلیه دعـــاوی اداری، در وضعیت فعلی نظام اداری ایران ممتنع است. درخصوص دعاوی مهم و پرتکرار نیز اجرای ایده فوق مستلزم تدارک شـــرایط لازم نظیر تعیین محدوده زمانی کوتاه برای رسیدگی، ترجیح پیش‌دادرسی سلسله‌مراتبی، بهره‌گیری از فناوری‌های دولت الکترونیک جهت تسریع و تســـهیل در فرایند رســـیدگی و تدوین ضوابط رسیدگی و از جمله کدهای رفتاری

برای رسیدگی به درخواست‌های شهروندان می‌باشد. در غیر این صورت، اضافه‌نمودن یک مرحله به مراحل رسیدگی، نه‌تنها مطلوبیت نداشته بلکه موجب اطاله بیشتر فرایند کلی دادرسی نیز گردیده و مآلاً منجر به افزایش مشکلات موجود می‌شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸٤)، **مبانی سیاست**، چاپ دهم، تهران: توس.

* اکبری، مینـــا (۱۳۹۹)، «**وضعیت حقوقی هیئت عالی تجدیدنظر وزارتین علوم و بهداشـــت و نظارت قضایی بر آن**»، گزارش نشســـت علمی پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.

* امین‌ورزلـــی، نصرالدین (۱۳۸۹)، «**حسن‌جریان امور؛ کنکاش نظری و مفهومی و شاخص‌ســـازی**»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش و برنامه‌ریزی سازمان بازرسی کل کشور، سال سوم، شماره ۲٤.

* بل، جان و بایرون، سوفی (۱۳۹۰)، **مبانی حقوق عمومی فرانسه**، برگردان: علیرضا اسدپور تهرانی، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹٦)، «**مطالعه تطبیقی جایگاه دادگاه‌های اداری در نظم قضایی**»، گزارش پژوهشی پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران: قوه قضاییه.

* تنگســـتانی، محمدقاسم (۱۳۹۷)، **استقلال و مسئولیت قوه قضاییه**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ بیســـت و دوم، تهران: گنج دانش.

* حبیبـــی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «**مفهوم اصل دسترســـی ارزان به دادگســـتری و جلوه‌های آن**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٤، شماره ۱۰۹.

* حیدری، مســـعود (۱۳٤۷)، **شـــورای دولتی مطالعه تطبیقی در دادرسی اداری**، تهران: دانشگاه تهران.

* راســـخ، محمـــد (۱۳۸۸)، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، چاپ نخست، تهران: دراک.

* رجبی، عیسی و اونق، شهرزاد (۱۳۹۹)، «**الزام‌آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان**»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸٤، شماره ۱۱۱ .

* رســـتمی، ولی و همکاران (۱۳۸۸)، **دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران**، چاپ نخست، تهران: گرایش.

* رستمی، ولی و کتابی رودی، احمد (۱۳۹۲)، «**اختیارات و اقتدارات دستگاه مالیاتی؛ زمان و شیوه وصول مالیات (مطالعه موردی دو کشور ایران و انگلستان)**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ٤، شماره ۲.

* رستمی، ولی (۱۳۸۷)، «**اقتدارات و اختیارات دستگاه مالیاتی در حقوق مالیاتی ایران**»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره شماره ۳۸، شماره ۳.

* رستمی، ولی (۱۳۸۸)، «**حقوق مؤدیان مالیاتی**»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره شماره ۳۹، شماره ۱.

* رستمی، ولی (۱۳۹۵)، **مالیه عمومی**، چاپ پنجم، تهران: میزان.

* رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۹۱)، **حقوق اداری تطبیقی با تاکید بر دادرسی اداری در شورای دولتی فرانسه**، چاپ نخست، تهران: مجد.

* طباطبایی‌موتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، **حقوق اداری تطبیقی حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ**، چاپ دوم، تهران: سمت.

* مولابیگی، غلامرضا (۱۳۹۳)، **صلاحیت و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ نخست، تهران: جنگل جاودانه.

* نوین، پرویز (۱۳۹۰)، **اصول حقوق عمومی حقوق اداری و دادرسی اداری تطبیقی ایران- فرانسه- انگلستان**، چاپ نخست، تهران: جنگل.

* هداوند، مهدی و آقایی‌طوق، مسلم (۱۳۸۹)، **دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.

* هداوند، مهدی (۱۳۸۹)، **حقوق اداری تطبیقی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: سمت.

* هیأت پژوهشگران کاوندیش (۱۳۸۷)، **نظام حقوقی انگلستان**، برگردان: نسرین مهرا، چاپ نخست، تهران: میزان.

ب. انگلیسی

* Eftekhar Jahromi (G) (2011), **A miscellany of law texts and other materialls for law student**, Tehran: Ganjedanesh publication.

❋ Garner B. (1999), **Black's Law Dictionary Seventh Edition**, United States of America, West Group.

❋ Her Majesty's Revenue and Customs, **Alternative Dispute Resolution**, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/701213/CCFS21.pdf.

❋ **Oxford dictionary of law** (6th edition) (2008), Tehran: Mizan publication.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۱۸۰-۱۳۷
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۲/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۱۱/۰۱

چالش‌های قضایی جنبه عمومی قتل عمد در فرایند رسیدگی کیفری ایران

سعید قائدی،[۱] فضل‌الله فروغی[۲]

چکیده

در نظام تقنینی ایران برخلاف سایر نظام‌های حقوقی، سیاست کیفری یکپارچه‌ای در خصوص جنبه عمومی قتل عمد مشاهده نمی‌شود. آشفتگی حاصل از سیاست جنایی تقنینی و رویکردهای دوگانه آن، رویه قضایی را با چالش مواجه نموده است. حق بزه‌دیده بر تعیین کیفر در قتل عمد و غلبه جنبه خصوصی آن، جنبه عمومی را به حاشیه کشانده است، به نحوی‌که در تصمیمات مقام‌های تعقیب و تحقیق در دادسرا و دادگاه کیفری یک غالباً به جنبه خصوصی قتل عمد و تقاضای قصاص ولی‌دم توجه شده است و در مواردی که از حیث جنبه عمومی اقدام یا مجازاتی تعیین می‌شود، در شیوه تحقیقات جنایی، رسیدگی، صدور حکم و اصول حاکم بر آن‌ها، واجد اشکالاتی از حیث رعایت اصول دادرسی منصفانه، حقوق دفاعی متهم و حقوق جامعه است. پژوهش حاضر با بهره‌گیری از روش تحلیلی توصیفی و جمع‌آوری اطلاعات مورد نیاز با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای و با تکیه بر پرونده‌های قتل عمد موجود در نظام عدالت کیفری ایران، به برشماری چالش‌های موجود در رویه قضایی مبادرت کرده است و ضمن تاکید بر لزوم سیاست‌گذاری جنایی منسجم به منظور حفظ حقوق جامعه، بر آن است که به تبیین دوگانگی نظام تقنینی و نقش آن در شکل‌گیری رویه قضایی موجود از طریق بیان جلوه‌های آن، پرداخته و راهکارهای برون‌رفت از وضعیت موجود، تا زمان اتخاذ سیاست قانونی یکپارچه، با رویکردی مبتنی بر دادرسی عادلانه ارائه نماید.

واژگان کلیدی: چالش‌های قضایی، جنبه عمومی، قتل عمد، سیاست جنایی تقنینی، رویه قضایی.

---

۱. دانشجوی دکتری دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
saeedghaedilaw@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه شیراز
foroghi@yahoo.com

درآمد

مطابق نظریه مجازات،[1] حقوق کیفری می‌تواند و باید به عنوان ابزاری برای بیان الزام اجتماعی به‌هنجار در برابر آسیب استفاده شود. بر اساس نظریهٔ خطاکاری بزرگ‌تر،[2] فرض می‌شود که جرم مبتنی بر نفرت نه تنها به بزه‌دیده مستقیم آسیب می‌زند (که این اصل در تمام جرائم مشترک است)، بلکه سبب صدمات شدیدتر به هم‌گروهان بزه‌دیده و در سطح گسترده‌تر به جامعه می‌گردد. در این زمینه نظریهٔ مجرمیت یا تقصیر،[3] جرم‌های مبتنی بر نفرت را به دلیل انگیزه خاص، بیش‌تر قابل سرزنش می‌داند و سرانجام، براساس نظریهٔ برابری،[4] قانون جرم‌های مبتنی‌بر نفرت به عنوان وسیله‌ای که به طور عادلانه هنجارهای در نظر گرفته شده را توزیع می‌کند، می‌تواند واکنش شدیدتر نسبت به مرتکب جرم در نظر گیرد (عباچی، ۱۳۹۲: ۵۶۸). پدیده‌های ضد اجتماعی به میزان واحدی نظم اجتماعی را به مخاطره نمی‌اندازند، برخی از جرائم که توام با خشونت و نفرت است، در تمامی جوامع به ویژه جوامعی که دارای حکومت مرکزی به عنوان عامل استقرار نظم و امنیت هستند، امری مذموم و محکوم است. در این بین، سلب حیات انسان توسط همنوع به نحو عمدی، از بزرگترین چالش‌های جامعه بشری در طول تاریخ بوده است و بشر از قدیم‌الایام به انحاء گوناگون به مقابله با این جرائم طبیعی[5] پرداخته است و تمدن بشری همواره آن را قبیح دانسته و تلاش نموده است، مسبب آن را با مجازاتی هم‌سان و در برخی از دوره‌ها، بیش از سلب حیات مواجه کند.

در حقوق اسلام، قتل عمد از گناهان کبیره محسوب می‌شود؛ به طوری‌که قرآن کریم در آیات مختلف این امر را مذموم و نزد خدای متعال منفور دانسته و به ابعاد

---

1. theory of punishment
2. greater wrongdoing thesis
3. culpability thesis
4. equality thesis

۵. برخی از فلاسفه حقوق کیفری معتقدند دست‌کم بخشی از جرائم، فی‌نفسه جرم هستند و اراده دولت صرفاً کاشف از آن‌هاست. گاروفالو از اصحاب مکتب تحققی ایتالیایی، در یک تقسیم‌بندی، جرائم را به جرائم طبیعی و قراردادی تقسیم کرده است. از منظر گاروفالو، جرائم طبیعی، احساسات عالیه بشری از قبیل احساس شفقت و انسان دوستی یا احساس تقوی و درست‌کاری را به طور طبیعی جریحه‌دار می‌کند. در مقابل جرائم قراردادی را جامعه (حکومت) برای حفظ منافع خود وضع نموده است و چه بسا احساسات عالیه بشری را نقض نکنند (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۱۸۹).

فردی، اجتماعی و فرهنگی آن پرداخته است. در آیه ۳۲ سوره مائده، سلب حیات انسان محقوق‌الدم معادل کشتن همه انسان‌ها تلقی شده است، در آیه ۱۷۹ سوره بقره، کشتنِ به عنوان قصاص، حیات جامعه است و در آیه ۳۳ سوره اِسراء، به ولی‌دم سلطه و اقتدار بر جان قاتل اعطاء کرده است. در حقوق کیفری ایران، قانون‌گذار به تأسی از آموزه‌های فقهی، پاسخ کیفری به قتل نفس، با ملاحظهٔ عمد یا غیرعمد بودن و شرایط قاتل و مقتول، حسب مورد، قصاص، دیه یا عفو تعیین شده که ویژگی مشترک غالب این پاسخ‌ها این است که شکایت، رسیدگی و صدور حکم و حتی اجرای آن در اختیار ولی‌دم می‌باشد و به تعبیر حقوقی واجد جنبه خصوصی است. برخلاف نصوص قانونی و مستفاد از آیات یاد شده، حقوق کیفری اسلام توجهی بیش از حق و سلطهٔ اولیای دم به قتل عمد دارد و این آیات به وضوح اهمیت گناه قتل عمد و پیامد اجتماعی و جنبه عمومی آن را متذکر شده و قصاص قاتل را حیات جامعه می‌داند.

قانون‌گذار ایران همواره به جنبه خصوصی قتل عمد توجه بیشتری داشته است، در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، صرفاً به حق اولیای دم اشاره کرده بود و ضمن قابل‌گذشت تلقی نمودن آن، جامعه و دستگاه عدالت قضایی را فاقد نقش و مداخله می‌دانست. خلاء قانونی جنبه عمومی قتل عمد نگرانی‌هایی در مورد امکان سوءاستفاده تبهکاران به دنبال داشت چه آن‌که مرتکبان چنین جرائم سنگینی قطعاً، علاوه بر پاسخ‌گو بودن در قبال بزه‌دیدگان مستقیم، برای جامعه نیز خطرناک محسوب می‌شوند و تلقی ماهیت خصوصی صرف برای این جنایات قابل دفاع نیست؛ این در حالی بود که سابقه تقنینی پاسخ کیفری به جرم قتل در مقررات عرفی‌محور (قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰٤) همچون سایر کشورها، غلبه جنبه عمومی بر جنبه خصوصی را نشان داده و آن را غیر قابل گذشت تلقی کرده بود. گذشت زمان، نظام قانون‌گذاری را متوجه معایب عدم پیش‌بینی مجازات برای جنبه عمومی قتل عمد کرد و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، به بخشی از نگرانی‌ها خاتمه داد. قانون اخیر و ماده ٦۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵،[1] رویه قضایی را

۱. «هر کس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد دادگاه مرتکب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید».

به ســـمت سلیقه‌ای شدن مجازات با تعیین شروطی سوق داد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، انتظار جامعه حقوقی و قضات را برآورده نکرده و ضمن نسخ صریح قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، همچنان اصرار بر عدم تغییر یا اصلاح ماده ٦١٢ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ دارد؛ این در حالی است که در برخی از مواد همین قانون، با احاله به تعزیر ماده ٦١٢، به شروط پیش‌بینی شده در این ماده اشاره‌ای نکرده است. بر این اساس، شاهد تحولات گسترده و البته به صورت تدریجی تکمیلیِ جنبه عمومی قتل عمد در حقوق کیفری ایران هستیم.

با ملاحظه سیاســـت جنایـــی تقنینی، رویکـــرد فاقد انســـجام قانون‌گذار در اســـاس تعیین کیفر، نحوه صدور حکم و حتی اجرای آن، مشـــخص می‌شود و پیامد اجتناب‌ناپذیر آن، رویه قضایی موجود را رقم زده اســـت؛ به نحوی‌که قضات به ویژه در دادسرا اغلب به جنبه خصوصی بزه توجه کرده و دادگاه کیفری یک، بدون صدور کیفرخواســـت از حیث جنبه عمومی و بدون رعایت حقـــوق دفاعی متهم و جامعه، مجازاتی فاقد هرگونه بازدارندگی تعیین می‌نماید.

این مقاله ضمن اشاره کوتاه به سوابق تقنینی جنبه عمومی قتل عمد، می‌کوشد، به چالش‌های رویه قضایی نســـبت به جنبه عمومی قتل عمد با بررســـی پرونده‌های متعدد در دادگســـتری پرداخته و حسب مورد، برای قائق آمدن بر چالش‌های موجود راهکارهایی ارائه نماید. بر همین مبنا نوشـــتار حاضر به دنبال بررسی، تحلیل و پاسخ به این پرسش اساسی است که سیاست جنایی تقنینی راجع به جنبه عمومی قتل عمد چگونه اســـت و چالش‌های قضایی جنبه عمومی قتل عمد و راهکارهای آن چیست. پژوهش پیش‌رو در ســـه بند سامان داده شده است، نخســـت به پیشینه جنبه عمومی قتل عمد در نظام تقنینی ایران پرداخته است. در بند دوم ضرورت هماهنگی سیاست جنایـــی تقنینی و قضایی و در بند ســـوم چالش‌های قضایی موجود نســـبت به جنبه عمومـــی بزه قتل عمد در مراحل دادســـرا، دادگاه و اجرای احکام کیفری مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. سیر قانون‌گذاری جنبه عمومی قتل عمد در حقوق کیفری ایران

قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰٤ تحت تاثیر حقوق عرفی، بدون اســـتثناء و هرگونه شـــرطی، برای جنبه عمومی قتل مجازات تعیین کرده بود و صرفاً رضایت

اولیـــای دم موجبات تخفیف قاتل را فراهم می‌کرد.[۱] پس از پیروزی انقلاب اســـلامی در سال ۱۳۵۷ و در پی اسلامی‌سازی قوانین موجود، قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ به عنوان نخســـتین قانون کیفری مبتنی بر آموزه‌های اسلامی تصویب شد و به موجب نصوص آن مجازات قتل عمدی قصاص بود. یک ســـال پس از آن، ماده ۱۵۹ قانـــون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲،[۲] تعقیب و مجـــازت قاتل عمدی را متوقف بر مطالبه صاحب حق کرده و در صـــورت عدم تقاضای ولی‌دم و یا عدم امکان قصاص به هر جهت، کیفر دیگری پیش‌بینی نشده بود. بی‌توجهی به جنبه عمومی قتل عمد در قوانین اخیر در حالی بود که قانون‌گذار در قتل غیرعمدِ ناشی از تقصیر در تصادفات رانندگی، حتی با وجود گذشـــت اولیای دم، قائل به جنبـــه عمومی و مجازات قاتل بود. بر این اساس، قوانین فوق از یک‌سو، رویکرد عدول از معیارهای متعارف قانون‌گذاری برای جنبه عمومی قتل عمد از جهت اخلالی که در امنیت عمومی ایجاد می‌کند پیش گرفت و از سوی دیگر، به جهت پیش‌بینی جنبه عمومی برای قتل غیرعمد در تصادفات، فاقد مبانی توجیهی لازم و دارای سیاستی دوگانه بود.

با گذشـــت زمان و ظهور تحولات اجتماعی و مطالبهٔ توامان جامعه حقوقی و افکار عمومی، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۲۰۸،[۳] اقدام به پیش‌بینی مجازات برای جنبـــه عمومی قتل عمد نمود، لیکن اجـــرای کیفر تعزیری برای قاتل عمـــدی را موکول به عدم شـــکایت اولیای دم و یا اعلام گذشـــت آن‌ها، در صورت اخلال در نظم جامعه یا تجری مرتکب و دیگران کرد. پیش‌بینی این شـــرایط در حالی بود که قبل از تصویب ماده مذکور، مواردی وجود داشـــت که امکان اجرای قصاص به هر جهت غیر از عدم شـــکایت یا اعلام گذشـــت ولی دم فراهم نبود و قانون‌گذار در قانون اخیر، به جنبه عمومی در این خصوص و موارد مشـــابه آن اشـــاره‌ای نکرده

۱. در ماده ۱۷۱ این قانون آمده است: «هرکس عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که منتهی به موت مجنی‌علیه گردد بدون این‌که مرتکب قصد کشـــتن را داشته باشد به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده ســـال محکوم خواهد شد مشـــروط بر این‌که آلتی که استعمال شده است آلت قتاله نباشد و اگر آلت قتاله باشد مرتکب در حکم قاتل عمدی است».

۲. «در حقوق‌النـــاس تعقیب و مجازات مجرم متوقف بر مطالبـــه صاحب حق یا قائم مقام قانونی او است».

۳. «هر کس مرتکب قتل عمد شـــود و شـــاکی نداشته یا شاکی داشـــته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و اقدام وی موجب اخلال در نظم جامعه یا خوف شده و یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد موجب حبس تعزیری از سه تا ده سال خواهد بود».

بـــود. از طرفی، ایـــن قانون از طریق ارائه ضابطهٔ ذهنی به قضات در رعایت شـــرایط دیگر همچون اخلال در نظم جامعه یا بیم تجری، ابهاماتی را رقم زد و سرآغاز اتخاذ رویکرد سلیقه‌ای گشت. در سال ۱۳۷۵ با اصلاحاتی در بخش تعزیرات، ماده ٦١٢ به تصویب رسید که از جهت ماهیت حکم بیان‌گر تفکر قانون‌گذار سال ۱۳۷۰ بود، ولی از حیث قلمرو شـــمول از ماده ۲۰۸ وســـیع‌تر بود و با افزودن عبارتِ «یا به هر علت قصاص نشود»، دامنه شمول اجرای جنبه عمومی قتل عمد و تعزیر را به تمام مواردی که مرتکب به هر علت قصاص نشود، تسری داد؛ به گونه‌ای‌که به درستی می‌توان ماده ٦١٢ را ناســـخ ماده ۲۰۸ دانست (زراعت، ۱۳۹۲: ۱۷۱). رویه قضایی پس از تصویب ماده ٦١٢ به برداشت‌های مضیق از ماده فوق که صرفاً جنبه عمومی قتل عمد را ناظر به عدم امکان اجرای قصاص در موارد اثبات آن می‌دانست، خاتمه داد و به درستی با رویکرد موســـع و اطلاق‌محور، عبارت یا به هر علت قصاص نشود را افزون بر موارد مســـتوجب قصاص که با مانع اجرایی مواجه می‌شـــدند، مواردی را هم که قتل شرعاً و قانوناً مســـتوجب قصاص نبود، واجد جنبه عمومی دانســـت. تفسیر منطقی قضات، سیاســـت جنایی تقنینی را با تحول نسبی روبه‌رو کرد و قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ در برخی مواد (۳۰۵ و ۳۱۰) همچون قتل غیر مسلمان توسط مسلمان و قتل دیوانه توسط عاقل، قاتل را مستحق تعزیر مقرر در ماده ٦١٢ دانست ولی تا بدان‌جا پیش نرفت که نص واحدی را پیش‌بینی و ضابطه ذهنی ماده ٦١٢ را نسخ نماید. با توجه به عدم ذکر مشـــابهی برای ماده ۲۰۸ در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در حال حاضر در مواردی که قصاص نفس به هر علت اجرا نشـــود، مجازات مذکـــور در ماده ٦١٢ قابل اعمال خواهد بود. این مجازات ســـه تا ده سال حبس اســـت که برای اعمال آن باید اثبات شـــود که اقدام مرتکب موجب اخلال در نظم جامعه یا خوف شده و یا این‌که بیم آن رود که عدم مجازات جانی موجب تجری و گستاخی مرتکب یا دیگران خواهد شد. تشـــخیص این امر طبق نظریه مشورتی شـــماره ۷/۱۸٤۸ مورخ ۱۳۷۱/۵/۲٦ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، با مرجع رسیدگی‌کننده می‌باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹٤: ۲۸۳).

به نظر می‌رســـد با توجه به برداشت موسع قضات در زمان حاکمیت ماده ٦١٢ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵، قانون‌گذار ۱۳۹۲ چاره کار و تمایل خود به توســـعه جنبه عمومی را نشان داده، ولی به همه مواردی که قصاص مشکل اجرایی یا

تشـــریعی دارد تسری نداده است. به سخن دیگر، قانون‌گذار در هر مورد که قتل عمد صورت گیرد و امکان قصاص وجود نداشـــته باشد، جهت اعمال تعزیر به ماده ٦١٢ ارجاع نداده اســـت و تنها به برخی از قتل‌ها اشاره کرده که در این‌گونه موارد رعایت شرایط ذهنی ماده ٦١٢ لازم نیست ولی در سایر موارد احراز شرایط ضرورت دارد. با این همه، برخی معتقدند با توجه به این‌که منتهی نشدن اقدام مرتکب به چنین نتایجی بعید به نظر می‌رســـد، می‌توان گفت که این مجازات باید علیه همه قاتلان عمدی که قصاص نمی‌شـــوند اجرا شـــود. به همین دلیل، ذکر قیود در ماده ٦١٢ اضافی به نظر می‌رســـد؛ به ویژه آن‌که مرتکب در هر حال عمل حرامی را مرتکب شده و در نتیجه باید تعزیر شـــود (همان‌جا) و نظر غالب در فقه اسلامی نیز این است که امکان تعزیر همه معاصی وجود دارد (حســـینی، ۱۳۹۳: ١٢٤). برخی دیگر بر این باورند که چنین نیســـت که در هر قتل عمدی اگر قاتل قصاص نشـــود، بیم تجری مرتکب یا دیگران می‌رود یا سبب اخلال در نظم، صیانت و امنیت جامعه می‌شود، مواردی یافت می‌شود به خصوص در بند ب و پ ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی که قتل عمد بدون قصد صریح و در قتل‌های خانوادگی که اقدام قاتل ســـبب اخلال در نظم نمی‌شـــود یا بیم تجری نمی‌رود (حاجی‌ده‌آبادی، ١٤٠١: ٣٦٩).[1]

۲. ضرورت هماهنگی سیاســـت جنایی تقنینی و قضایی در جنبه عمومی قتل عمد

سیاست جنایی[2] به عنوان یکی از شاخه‌های علوم جنایی، با بهره‌گیری از منابع و یافته‌های این رشته، مرکب از کلیه اقدامات سرکوب‌گرایانه و غیرسرکوب‌گرایانه با هدف مبارزه با بزهکاری و پیشـــگیری از آن صورت می‌گیرد (محسنی، ١٣٩٦: ٧٥). برخی در تعریف سیاست جنایی بیان کرده‌اند: بهترین روش‌هایی که هیأت اجتماع با توسل به آن، پاسخ‌های مختلف به پدیده مجرمانه را سامان می‌بخشد (دلماس مارتی،

---

۱. به جهت همین اختلافات، هیأت وزیران در تاریخ ١٤٠٠/٠٢/٢٦ اقدام به تصویب لایحه اصلاحی ماده ٦١٢ نمود که در آن به‌رغم حذف شرایط مذکور در ماده ٦١٢، صرفاً به شاکی نداشتن یا گذشت بعد از شـــکایت اشاره کرده و مجدد اختلافات ســـابق پیرامون شمول یا عدم شمول تعزیر در تشریع را مرتفع ننموده اســـت و حتی از شیوه نگارش ماده، غلبه تعزیر در مرحله عدم اجرای قصاص و در فرض اثبات آن به جهات پیش‌گفته قابل برداشـــت اســـت. این لایحه در تاریخ ١٤٠٠/٣/٨ در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردیده است.

2. Criminal Policy

۱۳۸۱: ۲۳). سیاســـت جنایی هر کشور در سطوح مختلفِ تقنینی، قضایی، اجرایی و مشارکتی انعکاس می‌یابد که در این میان سطوح تقنینی و قضایی اهمیت ویژه‌ای دارد و لازم است سیاست جنایی تقنینی در نصوص خود اهداف واحدی را در موضوعات مشـــابه دنبال نماید تا رویه قضایی به تأســـی از آن، این اهداف را پی‌گیرد. سیاســـت جنایی تقنینی همان تدبیر قانون‌گذار در مورد جرم و واکنش علیه آن است و سیاست جنایی قضایی، نحوه برخورد و برداشت مراجع قضایی از سیاست جنایی تقنینی است (اکبـــری، ۱۳۹۳: ۹۸). اکنون به اهمیت هماهنگی انواع سیاســـت جنایی و دوگانگی سیاست جنایی تقنینی در جنبه عمومی قتل عمد پرداخته می‌شود.

۱-۲. اهمیت هم‌سویی

اندیشمندان سیاست جنایی، انواعی برای آن قائل شده‌اند که برخی به سیاست جنایی تقنینی و قضایی (لازرژ، ۱۳۹۶: ۱۱۷) و برخی نیز به سیاســـت جنایی اجرایی و مشـــارکتی، افزون بر دو نوع پیش‌گفته اشاره کرده‌اند (محسنی، ۱۳۹۶: ۷۷). در هر حال سیاســـت جنایی قانونی و سیاست جنایی قضایی، مهم‌ترین انواع سیاست جنایی می‌باشند و این دو سیاست سهم عمده‌ای در ترسیم سیاست کیفری دارند. نکته مهم و اساسی در آن، هماهنگی بین این دو است. طبعاً هماهنگی هر چه بیشتر این سیاست‌ها موجب هم‌افزایی آن‌ها و در نتیجه برایند مطلوب خواهد شـــد. به همین ترتیب عدم هماهنگی بین آن‌ها موجب تقابل و خنثی شـــدن نیروهـــا و در نهایت، عدم موفقیت سیاســـت جنایی کلان در نظام عدالت کیفری می‌گردد. بررسی جلوه‌های گوناگون از سیاســـت جنایی تقنینی در قلمرو جنبه عمومی قتل عمد، مبین این واقعیت اســـت که اهداف مکنون و مستتر آن، نه تنها در تعارض و تهافت با ابعاد مختلف سیاست جنایی به ویژه سیاســـت جنایی قضایی می‌باشد، بلکه در این نوع سیاست، اهداف متعارض دنبال می‌شود. مصداق بارز این تعارض و ناهماهنگی در قوانین کیفری بعد از انقلاب می‌باشد که در این‌جا به برخی از مصادیق آن توجه می‌شود.

۲-۲. دوگانگی تقنینی در اِعمال جنبه عمومی قتل عمد

وضع قوانین شفاف و بدون ابهام از لوازم حکومت مطلوب و از آثار حاکمیت قانون است. فقدان معیاری مشخص، مقبول و مورد اجماع جهت ارزیابی کیفی قوانین خصوصـــاً قوانین کیفری در ایران، نتیجه مســـتقیم ابهـــام در جایگاه و وضعیت اصل

شفافیت در حقوق ایران است (موذن‌زادگان و رهدار، ۱۳۹۷: ۱۹۳). ملاحظه تحولات قانون‌گذاری و نصوص مرتبط با جنبه عمومی قتل عمد، آشکار می‌کند که قانون‌گذار با تردیدهایی در اصل تعیین کیفر و مصادیق آن در برهه‌های مختلف برای مباشر قتل عمد مواجه بوده و سیاستی یکپارچه اتخاذ ننموده است. همان‌گونه که سخن به میان آمد، در سال ۱۳٦۱ اساساً اعتقادی به جنبه عمومی نداشت و فقط به حق اولیای دم و قابل‌گذشت بودن آن اشاره کرده بود. با قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ (ماده ٦۱۲) نیز تمامی موارد قتل عمد را با تعیین شروطی مستحق مجازات ندانست. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، برخی از قتل‌ها را بدون هرگونه شرطی، شایسته کیفر تعزیری دانست که می‌توان به مواد ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۵، ۳٦۵، ٤۲۰، ٤۲۲ و ٤۲٦ ناظر بر ماده ٤٤۷ [1] اشاره کرد. در قانون اخیر، مواردی چون جرم‌انگاری قتل مهدورالدم، جرم‌انگاری قتل قاتل توسط اولیای دم بدون اذن دادگاه، قتل فرزند از سوی پدر یا جدپدری و قتل توسط فرد مست و مسلوب‌الاختیار، گونه‌هایی است که از یک سو، گویای افزایش اهمیت جنبه عمومی از سوی قانون‌گذار است و از دیگر سو، مبین ترجیح دیدگاه‌های فقهی تامین‌کننده امنیت عمومی از سوی مقنن است. اهمیت جنبه عمومی قتل عمد از حیث برداشتن شروط ماده فعلی آن، مورد توجه هیأت وزیران در لایحه اصلاحی ماده ٦۱۲ بوده است ولی با وجود حذف شروط، همچنان ابهاماتی به شرحی‌که در مطالب سابق ذکر شد وجود دارد و با تعیین مجازات حبس درجه چهار از حیث جنبه عمومی قتل عمدی، مواردی که قاتل علم به عدم قصاص داشته را سزاوار تعیین حداکثر مجازات حبس نموده است.[2] با این حال لازم است مجلس شورای اسلامی اقدام به ایجاد تغییرات قابل توجه در لایحه اصلاحی نماید؛ چه آن‌که تصویب بر مبنای لایحه پیشنهادی نه تنها ابهامات را مرتفع نکرده که تغییر برجسته‌ای در مجازات ایجاد نمی‌شود.

---

۱. «در کلیه مواردی که در این کتاب به کتاب پنجم «تعزیرات» ارجاع داده شده است، در خصوص قتل عمدی مطابق ماده (٦۱۲) آن قانون و در سایر جنایات عمدی مطابق ماده (٦۱٤) و تبصره آن عمل می‌شود».

۲. ماده ۲۹ لایحه پیشگیری از آسیب‌دیدگی زنان و ارتقای امنیت آنان در برابر سوء رفتار که در کمیسیون اجتماعی مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱٤۰۱/۹/۲۰ به تصویب رسید، بیان داشته است: «هرکس مرتکب قتل عمد زنی شود و به هر علت قصاص نشود چنان‌چه قتل همراه با طرح و نقشه قبلی باشد به حبس درجه سه و در غیر این صورت به حبس درجه چهار محکوم می‌شود».

قانون‌گذار نه تنها در خصوص جنبه عمومی قتل عمد؛ که در خصوص شروع به آن نیز سیاست متناسبی اتخاذ ننموده و شروع‌کننده قتل عمدی را شایسته مجازاتی بیش از مباشـــر آن دانسته اســـت. توضیح آن‌که، بند الف از ماده ۱۲۲ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲، برای شروع‌کننده به جرائمی که کیفرِ قانونی آن‌ها سلب حیات است، حبس تعزیری درجه چهار پیش‌بینی کرده اســـت که بر اساس ماده ۱۹ این قانون پنج تا ده ســـال اســـت؛ این در حالی است که برای مباشر قتل عمد بر مبنای ماده ٦۱۲ سه تا ده ســـال حبس تعیین نموده است. شـــدید بودن مقرره ۱۲۲ با رفع برخی تردیدها در خصوص عدم تســـری بند الف آن در خصوص شروع‌کننده قتل عمد، با ماده ۱۵ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ آشـــکار گردید و ماده ٦۱۳ قانون تعزیرات نســـخ صریح شد (احمدزاده و تام، ۱۳۹۹: ۱٦۳). نکته شایان توجه آن است که در صورت تصویب لایحه اصلاحی ماده ٦۱۲ با کیفیت ارسالی به مجلس، مجازات قاتل از حیث جنبه عمومی قتل عمد با مجازات شـــروع‌کننده آن هر دو حبس درجه چهار اســـت. نمونه دیگر، قتل فرزند توسط پدر می‌باشد که براساس ماده ٦۱۲ پدر به سه تا ده سال حبس محکوم می‌شود، حال چنان‌چه پدر شخص دیگری را اکراه به قتل فرزند خویش نماید، طبق ماده ۳۷٦ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به مجازات معاون قتل عمدی یعنی حبس تعزیری تا بیست و پنج سال محکوم می‌شود.[۱]

سیاســـت جنایی تقنینی در جنبه عمومی قتل نفس نیز متناســـب نمی‌باشـــد و قانون‌گذار بین قتل عمدی و غیرعمدی در مجازات از طرف جامعه تفاوت قائل شده است، انتظار می‌رود مجازات شـــخصی که با سوء نیت و به نحو برنامه‌ریزی شده‌ای اقدام به قتل شخص بی‌گناهی می‌کند، از شخصی که بدون هرگونه سبق تصمیم و نیت مجرمانه و به نحو غیرعمد مرتکب قتل دیگری می‌شود، هم‌سان نباشد و مجازات قاتل عمد به مراتب شـــدیدتر از قاتل غیرعمد باشد. قانون‌گذار در قانون حدود و قصاص مصـــوب ۱۳٦۱، بدون توجه بـــه این انتظارات، نه تنها جنبـــه عمومی برای قتل عمد تعیین ننمود که اقدام به تعیین جنبه عمومی برای قتل غیرعمد ناشـــی از تقصیر در امر رانندگی کرد و در مورد اخیر حتی در صورت رضایت اولیای دم، مقصر را شایســـته

۱. برخی در رفع این چالش آورده‌اند که شـــاید بتوان شـــدت کیفر قانونی را این‌گونه توجیه نمود که در این نحوه از قتل، پدر علاوه بر قتل فرزند خود، مسبب قتل اکراه شونده نیز شده‌اند (بیگی، ۱۳۹۹: ۱۳۲).

کیفر تعزیری می‌دانست.

در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، علاوه بر تعیین مجازات برای تقصیر کیفری منتهی به قتل در تصادفات، به موجب ماده ٦١٦ تصریح شـــد که در مواردی که قتل غیرعمدی (شـــبه عمدی) به‌واسطه بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی یا فقدان مهارت و یا عدم رعایت نظامات دولتی واقع شـــود، مســـبب به حبس یک تا سه سال محکوم خواهد شـــد؛ این در حالی اســـت که نظام تقنینی برای قتل غیرعمد با ماهیت شـــبه‌عمد (موضوع بند الف ماده ۲۹۱ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲)،[1] در صورتی‌کـــه ولی‌دم به قاتل اعلام رضایت کند یا دیه دریافـــت نماید، هیچ‌گونه جنبه عمومی پیش‌بینی نکرده اســـت. به عبارتی، در قتل شبه‌عمد ناشی از تقصیر (در حکم شبه‌عمد) و قتل غیرعمد با ماهیت شبه‌عمد تفاوت قائل شده است؛ در حالی‌که انتظار می‌رود شخصی که عمد در فعل دارد لیکن قصد نتیجه را فاقد است، از طرف جامعه نیز پاسخ‌گو باشد.

با توجه به آن‌چه ذکر شد و قبل از پرداختن به چالش‌های قضایی در خصوص جنبه عمومی قتل عمد، شـــایان توجه اســـت که برخی معتقدنـــد: جنبه عمومی جرم همیشـــه وجود دارد و بدون جنبه عمومی، جرم قابل تصور نیست (آخوندی، ۱۳۸۹: ١٦٩). بر اســـاس دیدگاه این دســـته از حقوق‌دانان، شرایط ماده ٦١٢ امری زاید است و این قیود نتیجه بدیهی و ذاتی رفتار مرتکب اســـت و هر جرمی واجد جنبه عمومی اســـت. برخی نیز برای قتل عمد امکان عدم تحقق شـــرایط منـــدرج در ماده ٦١٢ و در نتیجه عدم تعزیر مرتکب قائل هســـتند (حاجی‌ده‌آبـــادی، ١٤٠١: ٣٦٩). به عقیده نگارندگان، شـــرایط موجود در ماده ٦١٢، امری زائد است و بی‌تردید هر قتلی تبعات ماده یادشده از جمله اخلال در نظم عمومی و بیم تجری را به دنبال دارد؛ بنابراین لازم اســـت قانون‌گذار با نص واحد و بدون پراکندگی موجود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، شـــرایط را حذف یا نســـخ نماید، اما تا زمان اصلاح تقنینی، با توجه به این‌که شرایط موجود در ماده اخیر، جزیی از ارکان عنصر مادی را تشکیل می‌دهد ضرورت دارد این شـــرایط احراز شود و مشـــخص کردن رخداد بالفعل (اخلال در نظم) و یا

۱. «جنایت در موارد زیر شـــبه عمدی محسوب می‌شـــود: الف- هرگاه مرتکب نسبت به مجنیٌ‌علیه قصد رفتاری را داشته لکن قصد جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته باشد و از مواردی که مشمول تعریف جنایات عمدی می‌گردد نباشد ...».

احتمال بالقوه (تجری مرتکب یا دیگران) با حضور به موقع مقامات قضایی در صحنه قتل و با بررسی معیارهای نوعی و شخصی، امری سهل و ساده است.

۳. جلوه‌های چالش قضایی جنبه عمومی قتل عمد

سیاست جنایی سرگردان،[۱] رویه قضایی را ناچار به اتخاذ رویکرد جدید فارغ از نصوص قانونی و شکل‌دهی به سیاستی جدید در موارد سکوت کرده است و رویه قضایی را واجد کارکردهای متفاوت از پیش، ساخته است. برای فهم بهتر موضوع و انسجام در بیان چالش‌ها و گونه‌های آن، لازم است چالش‌های جنبه عمومی قتل عمد در دادسرا، دادگاه و اجرای احکام کیفری از یکدیگر منفک و به ترتیب بررسی و تحلیل شود. ذکر این نکته ضروری است که برخی از چالش‌ها همه مراحل رسیدگی کیفری را در بر می‌گیرد.

۱-۳. چالش‌های قضایی جنبه عمومی قتل عمد در دادسرا

جرم پدیده‌ای ضد اجتماعی است و تحت هر شرایطی نظم اجتماعی از وقوع جرم لطمه می‌بیند (طهماسبی، ۱۳۹۸: ۸۷). جرم می‌تواند دو حیثیت داشته باشد، حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حقوق جامعه و حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین.[۲] به موجب مواد ۱۱ و ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تعقیب متهم و اقامه دعوای عمومی وظیفه دادستان و دادسرا است. به تصریح ماده ۲۳ نیز دادستان ریاست دادسرا را بر عهده داشته و به تعداد لازم دارای دادیار و بازپرس است. با توجه به مقام‌های اشاره شده در دادسرا، وظایف آن‌ها متفاوت و هر یک دارای شئونی است که مستفاد از قانون به شأن تعقیبی و تحقیقی قابل تقسیم است. اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق از یک سو، به عدم مداخله مقام تعقیب در وظایف تحقیقی و از سوی دیگر، به عدم دخالت مقام تحقیق در اقدامات تعقیبی اشاره دارد (قائدی، ۱۳۹۶: ۱۹). در بزه قتل عمد با توجه به صلاحیت اختصاصی

---

۱. تدوین یک سیاست جنایی دقیق بر سه محور هماهنگی در مطالعه، روش در تحقیق و تجربه در مسیر عمل قرار دارد و پیشنهادات مجرد بی‌توجه به محورهای یاد شده فاقد کارایی لازم و تهی از محتوای منضبط و کارساز است (نوربها، ۱۳۷۸: ۱۲۳).

۲. ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «محکومیت به کیفر فقط ناشی از ارتکاب جرم است و جرم که دارای جنبه الهی است، می‌تواند دو حیثیت داشته باشد: الف- حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلال در نظم عمومی. ب- حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین».

بازپرس، سایر مقام‌ها از جمله دادستان و دادیار امکان ورود به تحقیقات و انجام اقدام تحقیقی ندارند و تحقیق توسط بازپرس و تعقیب توسط دادستان انجام می‌شود. بر همین مبنا، در بندهای آتی مراحل تعقیب و تحقیق مجزا شده و به چالش‌های قضایی جنبه عمومی قتل عمد در این مراحل می‌پردازیم.

۱-۱-۳. در مرحله تعقیب

دادستان وظیفه تعقیب دعوی عمومی در جرائم غیر قابل گذشت بر عهده دارد و شخصی که مرتکب قتل عمد شده است حتی در صورت عدم شکایت ولی‌دم، تحت تعقیب دادستان به عنوان مدعی‌العموم قرار می‌گیرد. این مقام در تعقیب مرتکب قتل عمد با چالش‌هایی روبه‌رو است که مهم‌ترین آن‌ها ذکر می‌شود.

الف. عدم توجه کافی دادستان

دادستان نقشی اساسی در فرایند دادرسی کیفری ایفا می‌نماید؛ نقشی که فراتر از تعقیب پرونده است. به همین خاطر، متصف به وصف قاضی است. وظیفه اصلی مقام تعقیب، پیگیری دعوای عمومی است (گلدوست و قلی‌پور، ۱۳۹٤: ۱۳۰). با این حال به جهت کثرت وظایف و اختیارات دادستان یا تاکید بیش از حد وی به جنبه خصوصی قتل عمد، امر تعقیب و پیگیری دعوای عمومی و حفظ حقوق جامعه به خوبی انجام نمی‌شود. یکی از چالش‌ها در جنبه عمومی قتل عمد، توجه بیش از حد دادستان به لزوم شکایت ولی‌دم مقتول و فقدان توجه کافی به جنبه عمومی قتل عمد است. اهمیت این امر زمانی برجسته می‌شود که اقدام به قتل به طرق خاصی است. به عنوان نمونه، می‌توان قتل‌های موسوم به خانوادگی برای حذف عضو دیگر خانواده را ذکر کرد به ویژه زمانی که مباشر با اعضای دیگر خانواده همکاری نموده و ارتکاب قتل با هم‌دستی معاون یا معاونین خانوادگی است. مصداق رایج آن، پدری است که از وضعیت فرزند خویش عاصی شده و با طراحی ضمن تحریک مادر خانواده، اقدام به قتل فرزند می‌کند. در این صور از قتل‌ها نه تنها معاونت اعضای خانواده به سختی قابل اثبات است؛ که وراث مقتول که برخی از اعضای خانواده و در مواردی معاونین قتل هستند به عنوان اولیای دم شکایتی نمی‌نمایند یا در صورت شکایت، بلافاصله اعلام رضایت می‌کنند نمونه دیگر، قتل عمدی شخصی توسط برادر خویش است. مقام تعقیب در این موارد، تعقیب را آغاز می‌کند، اما این تعقیب یا با جدیت و فوریت

آغاز نمی‌شود و یا در مراحل بعدی با اهتمام لازم دنبال نمی‌شود تا مجازاتی متناسب با اخلال ایجاد شـــده در نظم جامعه در نظر گرفته شـــود. به طور مثال، دادستان حق فرجام‌خواهـــی از احکام دادگاه کیفری یـــک راجع به جنبه عمومی قتل عمد و اعمال تعزیر موضوع ماده ٦١٢ قانون مجازات اســـلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ به موجب رای وحدت رویه شـــماره ٦٩٨ هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور دارد،[1] با بررســـی آراء صادر شـــده، اکثریت قریب به اتفاق آراء با همـــان کیفیت صدور بدون هرگونه فرجام‌خواهی قطعیت یافته است و حتی به علت انفعال مقام تعقیب، مرتکب با اسقاط حق فرجام‌خواهی و درخواســـت اعمال ماده ٤٤٢ قانون آیین دادرسی کیفری،[2] میزان مجازات را تا یک چهارم کاهش می‌دهد. در این راستا، در یکی از دادنامه‌های صادره از شعبه اول دادگاه کیفری یک استان فارس با موضوع قتل عمد شخصی توسط برادر خویش، چنین آمده اســـت:[3] «در خصوص اتهام آقای ... دایر بر ایراد جرح عمدی با ســـلاح گرم منجر به قتل برادرش از جهت جنبه عمومی، با توجه به محتویات پرونده ... و کشف آلت جرم (سلاح کلت کمری) و مهمات مربوطه و اظهارات و اقرار صریح و مطابـــق واقع متهم ... به نظر دادگاه با توجه به این‌که اقدام متهم موجبات اخلال در نظم و آســـایش عمومی را فراهم و بیم تجری مرتکـــب و دیگران می‌رود ... بزه‌های انتسابی ... محرز و مســـلم است، دادگاه با استناد به ماده ٦١٢ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵... و رعایت مواد ۳۷ و ۳۸ قانون اخیرالذکر باتوجه به شـــرایط ســـنی و وضعیت خاص و گذشـــت اولیای دم مقتول که موجبات تخفیف را توجیه می‌نماید، حکم بر محکومیت متهم ... به تحمل هجده ماه حبس تعزیری ... از باب جنبه عمومی

---

۱. «تعیین کیفر در حدود مقررات ماده ٦١٢ قانون مجازات اسلامی با احراز عمدی بودن قتل به طریق مقتضی و ســـایر شرایط مذکور در این ماده ملازمه داشته و رسیدگی به آن نیز براساس تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، از خصایص دادگاه کیفری استان می‌باشد و رای صادر شـــده از دادگاه کیفری استان نیز ظرف مهلتی که برای تجدید نظرخواهی مقرر گردیده قابل رسیدگی در دیوان عالی کشور است ...».

۲. «در تمام محکومیت‌های تعزیری در صورتی که دادســـتان از حکم صادره درخواســـت تجدیدنظر نکرده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند پیش از پایان مهلت تجدیدنظرخواهی با رجوع به دادگاه صادرکننده حکم، حق تجدیدنظرخواهی خود را اســـقاط یا درخواســـت تجدیدنظر را مســـترد نماید و تقاضای تخفیف مجـــازات کند. در این صـــورت، دادگاه در وقت فوق‌العاده با حضور دادســـتان به موضوع رسیدگی و تا یک چهارم مجازات تعیین شده را کسر می‌کند. این حکم دادگاه قطعی است».

۳. در این پرونده به شماره ١٤٠١١٢٩٢٠٠٠٢٢٨٨٩٧٦، ولی دم که ولی قهری فرزند مقتول نیز است، در همان مرحله اولیه تحقیق در دادسرا، اصالتاً و به ولایت از صغیر، اعلام رضایت می‌کند.

قتل عمدی و تحمل شش ماه حبس تعزیری ... و ضبط سلاح ... از حیث خرید، حمل و نگهداری سلاح و مهمات غیرمجاز صادر و اعلام می‌گردد ...».[۱]

صـــرف نظر از این‌که دادگاه به رضایت ولی‌دم بعد از ســـقوط قصاص مجدداً ترتیب اثر داده و آن را موجب تخفیف قضایی دانســـته است؛ حال آن‌که وفق تبصره دو ماده ۳۸ قانون مجازات اســـلامی،[۲] تخفیف مجدد ممنوعیت قانونی دارد، در نهایت برای متهم هجده ماه حبس تعزیری تعیین کرده است. دادنامه مذکور ابلاغ و دادستان از رای صادر شده به جهت عدم تناسب مجازات با بزه قتل عمد با کیفیت ارتکابی یا مخالفت آن با قانون به جهت تخفیف مجدد، فرجام‌خواهی نکرده است و محکوم‌علیه نیـــز از فرصت پیش آمده بهره برده و تقاضای اعمال ماده ٤٤٢ قانون آیین دادرســـی کیفری با اســـقاط حق فرجام‌خواهی کرده است و دادگاه مجدد ضمن تشکیل جلسه، دو ماه از کیفر هجده ماه حبس محکوم‌علیه را کسر نموده است.

بی‌تردید، دادنامه صادر شده نخستین بازدارندگی لازم ندارد و ضرورت داشت دادستان در جهت حمایت از حقوق جامعه، حداقل به منظور جلوگیری از اعمال ماده ٤٤٢ نسبت به جنبه عمومی فرجام‌خواهی می‌کرد؛ افزون بر این، به جهت این‌که دادگاه رضایت اولیای دم را بعد از ســـقوط قصاص موجب تخفیف مجدد دانسته و اشاره به شرط سنی و وضعیت خاص به نحو کلی شده است و از طرفی دادگاه ارتکاب قتل را مخل امنیت عمومی و بیم تجری تلقی کرده، خلاف قانون می‌باشـــد و در راستای بند پ ماده ٤٣٣ [۳] و بند الف ماده ٤٦٩ قانون آیین دادرسی کیفری امکان فرجام‌خواهی و نقض دادنامه توصیف شده در دیوان عالی کشور وجود داشته است. در چنین وضعیتی محکوم‌علیه به طور قطع درخواســـت اعمال مواد ۵۸ و ٦٢ قانون مجازات اسلامی و ماده ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری راجع به آزادی مشـــروط و نظارت تحت تدابیر الکترونیکی نیز می‌کند.

---

۱. قســـمتی از دادنامه شماره ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۹۲۳۵۱۷۸، مورخ ۱٤۰۱/۹/۲۹، شعبه اول دادگاه کیفری یک استان فارس

۲. «هرگاه نظیر جهات مندرج در این ماده در مواد خاصی پیش‌بینی شـــده باشـــد، دادگاه نمی‌تواند به موجب همان جهات، مجازات را دوباره تخفیف دهد».

۳. در بند پ ماده ٤٣٣ قانون آیین دادرســـی کیفری در مقام تعیین اشـــخاصی که حق تجدید نظر و فرجام دارند، چنین آمده اســـت: «دادســـتان از جهت برائت متهم، عدم انطباق رأی با قانون و یا عدم تناسب مجازات».

عدم فرجام‌خواهی دادستان نسبت به دادنامه صادره از شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس با موضوع قتل عمدی فرزند توسط پدر،[1] مبین این واقعیت است که دادستان به جنبه خصوصی قتل عمد توجه بیشتری دارد و جنبه عمومی در این قتل و موارد مشابه که تعداد آن رو به افزایش است، مغفول مانده است. با بررسی پرونده، در زمان قتل، مادر مقتول نظاره‌گر قتل بوده است، دادسرا او را به اتهام معاونت در قتل عمدی بازداشت می‌نماید و ایشان پس از تودیع تامین و آزادی، بلافاصله به قاتل اعلام رضایت می‌کند و در نهایت قرار منع تعقیب وی صادر می‌شود. در این دادنامه آمده است: «در خصوص اتهام آقای ... دایر بر مباشرت در قتل عمدی فرزندش با اسلحه شکاری از جهت جنبه عمومی، نگهداری یک قبضه سلاح شکاری به نحو غیرمجاز ... متهم نزد بازپرس به صراحت اعلام نموده که از دست او عاصی شده بودم خیلی فحش می‌داد آبرو برایم نگذاشته بود خودم کشتمش ... یک تیر به سینه‌اش زدم و یک تیر دیگر هم به زیر گلویش و کنار گوشش اینجاها بود ... مادر مقتول در دادگاه نیز به صراحت اعلام نمود که بر رضایت خود باقی هستم ... بزه منتسبه محرز و مسلم است و دادگاه به استناد مواد ... و بند الف ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی اصل قتل عمد محرز و مسلم می‌باشد ... و چون اقدام متهم موجب اخلال در امنیت جامعه و بیم تجری مرتکب و دیگران گردیده است، دادگاه با استناد به ماده ٦١٢ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ متهم را به تحمل سه سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی محکوم می‌نماید ...».

با مطالعه پرونده مذکور، ارتکاب قتل در تاریخ ۱۴۰۰/۱/۸ بوده و متهم توسط دادگاه در تاریخ ۱۴۰۰/٤/۹ (قبل از صدور رای) و در حالی که تقریباً سه ماه از بازداشت وی گذشته با تودیع وثیقه آزاد گردیده است. پس از صدور دادنامه نخستین و ابلاغ آن، محکوم‌علیه به جهت عدم فرجام‌خواهی دادستان تقاضای اعمال ماده ٤٤٢ قانون آیین دادرسی کیفری نموده است و دادگاه نیز به موجب دادنامه دیگر، میزان یک چهارم از کیفر رای فوق را تخفیف داده است.[2] به محض قطعیت دادنامه،

---

۱. دادنامه شماره ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۲۵۳٦٦۲۱۹، مورخ ۱٤۰۰/٤/۹، شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس

۲. دادنامه شماره ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۷٤۸۷۳۰۹، مورخ ۱٤۰۰/۹/۲۳، شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس

محکوم‌علیه روانه زندان شـــده و بلافاصله در تاریخ ۱٤۰۰/۱۲/۱٤ اولین مرخصی به وی اعطاء شـــده اســـت و بعد از مرخصی، به موجب رای دادگاه، به جهت تقاضای دادســـتان، قرار مراقبت الکترونیکی او به مدت حبس باقی مانده صادر شـــده است. در تاریخ ۱٤۰۲/۱/۲۳ توســـط نگارنده ردیف اول با محکوم‌علیه مصاحبه شد و بیان می‌دارد: «یک بچه دیگر هم مثل قبلی که زدمش دارم، اذیت من می‌کند، خواســـتم او را هم بکشـــم که مادرش نگذاشـــت». بر این مبنا دادستان از جهت جنبه عمومی دفاع جامعـــه را به خوبی تامین ننموده و این پیام را بـــه جامعه القاء کرده که امکان تحمل چهار ماه حبس پس از اقدام به فرزندکشی وجود دارد.[۱]

از موارد مشابه، قتل‌های موسوم به ناموسی است. معمول آن قتل زوجه یا دختر خانواده توسط زوج یا اعضای دیگر خانواده است. در قتل‌های ذکر شده به جهت عدم سرزنش قاتل توسط ولی‌دم، اصولاً شکایتی نمی‌شود و در این موارد دادستان به جهت عدم شکایت صاحب حق یا رضایت بعدی وی، پیگیری لازم نمی‌کند.[۲]

ناگفتـــه نماند گاهی نصوص قانونی نیز وظیفه دادســـتان در حمایت از حقوق جامعه و جنبه عمومی را نادیده می‌گیرد و دادستان هم بر آن دامن می‌زند. آراء متعدد صادر شده از محاکم کیفری یک حداقل حبس یعنی سه سال را برای قاتل عمد تعیین نموده اســـت و فرجام‌خواهی دادستان به جهت این‌که دیوان عالی کشور مرجع نقض یا ابرام آراء اســـت، تاثیری در مجازات ندارد؛ زیرا بر اساس بند الف ماده ٤٦۹ قانون آیین دادرســـی کیفری مجازات تعیینی در چهارچوب قانون می‌باشد و به‌رغم اشاره به حق دادســـتان مبنی بر فرجام‌خواهی در موارد عدم تناسب مجازات وفق بند پ ماده ٤۳۳ این قانون، عملاً این حق به موجب بند الف ســـلب شـــده است و دادستان نیز با این اســـتدلال اقدامی نمی‌کند. پیشنهاد می‌شود تا زمان اصلاح، در این موارد دادستان فرجام‌خواهی نموده تا اقلّ آن از درخواست محکوم‌علیه مبنی بر تسلیم به رای و تقلیل

---

۱. به همین دلیل اســـت که هیأت وزیران در لایحه اصلاحی ماده ٦۱۲، مواردی که قاتل علم به عدم قصاص در ارتکاب قتل داشته را با حداکثر حبس درجه چهار قابل مجازات دانسته است.

۲. بـــه عنوان نمونه، می‌توان به دادنامه‌های ذیل جهت مراجعه به ســـامانه ملی آرای قضایی اشـــاره کرد که همگی نیز با اســـقاط حق فرجام‌خواهی توسط محکوم‌علیه، یک چهارم مجازات تقلیل یافته است. دادنامه شماره ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۹۰۳۲۸۵۸ صادره از شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان فارس، دادنامـــه ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۵۱۱۸۲۲۰ صادره از شـــعبه اول دادگاه کیفری یک اســـتان فارس، دادنامه ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۱۵۲۷٦۹۰ صادره از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس.

مجازات جلوگیری شود.

ب. نبود سازِکار مشخص در استرداد اتباع خارجی

چالـــش قضایی دیگـــر در مرحله تعقیب، ارتکاب قتل عمد توســـط مهاجران افغان، اســـت. از یک‌ســـو، اصولاً هویت دقیق قاتل به جهت اقامت غیرمجاز و سیال بودن مشـــخصات او شناسایی نمی‌شود و از سوی دیگر، قاتل به محض ارتکاب قتل متواری و از طریق مبادی غیررســـمی از کشور خارج می‌شود.[1] تعقیب به جهت عدم تابعیت ایرانی طرفین و عدم شناســـایی دقیق مقتول و ولی‌دم آن با جدیت یا فوریت انجام نمی‌شـــود و همین امر عدم توفیق در تعقیـــب و تحقیقات بعدی به دنبال دارد و جنبه عمومی قتل و تنبیه قاتل از این حیث با مشـــکل مواجه می‌شـــود. پرونده‌های بسیاری در دادسرا است که به جهت آسیب فوق سال‌هاست که مفتوح مانده و گاهی اولیای دم مقتول برای درخواست دیه از بیت‌المال نیز شناسایی نمی‌شوند.

از طرفی، در فرض شناسایی هویت مرتکب، مواردی است که به محض فرار، در کشور متبوع خود دستگیر شـــده و به‌رغم وجود توافق‌نامه استرداد بین جمهوری اسلامی ایران و افغانستان در سال ۱۳۸۸، به جهت تحولات سیاسی افغانستان، اقدامات از طریـــق پلیس بین‌الملل فراجا به دلیل عـــدم همکاری دولت متبوع آن‌ها فاقد نتیجه است. مصداق آن، پرونده موسوم به نظامی‌ها در شعبه ویژه قتل عمد دادسرای عمومی و انقلاب شیراز است که مرتکبان دارای تابعیت افغانستان بوده و بلافاصله پس از قتل هم‌وطن خویش متواری شده و در افغانســـتان دستگیر و اقدامات در راستای عودت آن‌هـــا بی‌حاصل بوده اســـت؛ بدین ترتیب، در این موارد ارتـــکاب قتل، نظم عمومی داخلی را با اخلال مواجه نموده و متهمان متواری و در خارج از کشور می‌باشند.

پ. عدم تقاضای تشدید قرار تأمین کیفری از طرف دادستان

نمونه دیگر از چالش‌های مرحله تعقیب، عدم تقاضای تشدید تامین در صورت صدور قرار تامین نامتناســـب برای متهم قتل عمد است؛ توضیح آن‌که، چنان‌چه به هر

---

۱. ارتـــکاب برخی از قتل‌ها توســـط اتباع افغان علیـــه هموطنان خویش، ناشـــی از وجود ارتباط و خصومت‌های بین آن‌ها در افغانســـتان است. این گونه قتل‌ها اصولاً با سبق تصمیم بوده و قاتل صرفاً برای ارتکاب قتل و از مبادی غیررسمی، ورود غیرمجاز به ایران دارد. شناسایی و دسترسی به مرتکب در این موارد با دشـــواری زیادی همراه است چه آن‌که برنامه‌ریزی سابق در نحوه و کیفیت اقدامات قبل و بعد از قتل که معمولاً با از بین بردن جسد مقتول (مانند سوزاندن یا انداختن در نقاط دورافتاده و متروک) همراه است، تلاش‌های ماموران و مقامات مربوطه را بی‌اثر می‌کند (قائدی، ۱۴۰۲: ۱۴۶).

جهت ولی‌دم شـــکایتی از مرتکب نکرده یا بلافاصله پس از قتل به وی اعلام رضایت نماید، با توجـــه به این‌که تعزیر قتل عمدی از باب جنبه عمومی، حبس درجه چهار[۱] می‌باشـــد، محتمل است که عقیده بازپرس و دادگاه بر این باشد که شرایط ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرســـی کیفری وجود ندارد و در بدو تحقیقات و یا پیش از صدور رای برای متهم قرار بازداشت موقت یا تامین متناسب صادر نکند.[۲]

در این موارد، دادگاه در زمان صدور رای و در توجیه کیفر رفتار ارتکابی وفق مـــاده ٦١٢ قانون تعزیرات، ارتکاب قتل توســـط متهم را مخل نظم عمومی می‌داند و بازپرس در زمان صدور قرار جلب به دادرســـی، تاکید بر احراز و رخ‌داد شرایط ماده اخیر دارد و بر همین اســـاس این قرار را صـــادر می‌نماید. این تصمیمات قضایی در حالی است که یکی از شرایط مندرج برای صدور قرار بازداشت موقت، به موجب بند پ ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری، اخلال در نظم عمومی به دنبال آزادی متهم پس از قتل اســـت که به نظر می‌رسد این تصمیمات (آزادی با تامین نامتناسب از یک ســـو و صدور قرار جلب به دادرسی و رای دادگاه بر مبنای اخلال در نظم عمومی از سوی دیگر) به ویژه بلافاصله بعد از دستگیری متهم در لحظات اولیه قتل، با یکدیگر منافات دارد که تبعات منفی آن در مصاحبه کوتاه انجام شده از محکوم‌علیه در مباحث سابق ملاحظه گردید.

دادســـتان در چنین مواردی بایســـتی به موجب ماده ٢٤٤ قانون آیین دادرسی کیفری تقاضای تشـــدید تامین کیفری نماید.[۳] جهـــت جلوگیری از این وقایع بود که قانون ســـابق آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بازداشـــت موقت الزامی را پیش‌بینی کرده بود. در لایحه اصلاحی ماده ٦١٢ که در سال ١٤٠٠ به تصویب هیئت وزیران رســـید و تقدیم مجلس شد، به بازداشت موقت الزامی مجدداً

---

۱. از مواردی که امکان صدور قرار بازداشـــت موقت در آن جایز اســـت، جرائم با مجازات تعزیری درجه چهار و بالاتر به موجب بند ب ماده ۲۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری است.

۲. در ایـــن راســـتا می‌توان بـــه پرونده شـــماره ١٤٠٠١٢٩٢٠٠٠٠١٠١٤٤٩ که دادنامه آن به شـــماره ١٤٠٠١٢٣٩٠٠٠٢٥٣٦٢١٩ در مباحث ســـابق آورده شـــد توجه کرد که قبـــل از صدور رای، متهم با تصمیم دادگاه پس از گذشت سه ماه از ارتکاب قتل ضمن تودیع تامین نامتناسب (قرار وثیقه به مبلغ پانصد میلیون تومان) قبل از صدور دادنامه آزاد شده است.

۳. «دادســـتان در جریان تحقیقات مقدماتی تا پیش از تنظیم کیفرخواست می‌تواند تشدید یا تخفیف تامین را از بازپرس درخواســـت کند ... پس از تنظیم کیفرخواست نیز دادستان می‌تواند حسب مورد، از دادگاهی که پرونده در آن مطرح است، درخواست تشدید یا تخفیف تأمین کند ...».

توجه نموده است.

ت. فقدان تقاضای تعقیب تمامی شرکای قتل در منازعات منتهی به آن

شـــرکت در نزاع‌های دســـته جمعی منتهی به قتل عمدی بـــه جهت حضور شـــرکت‌کنندگان متعدد و ناشـــناس در آن، مقـــام تعقیب را در شناســـایی متهمان و مشارکت‌کنندگان در قتل با چالش جدی مواجه می‌نماید. این امر سبب شده است که به منظور جلوگیری از اطاله تحقیقات و به دنبال فشـــارهای اولیای دم، اهتمام درخور جهت تعقیب دیگر متهمان از ناحیه دادســـتان ملاحظه نشود و تحقیقات مقدماتی نیز در خصوص هر یک از متهمان به خوبی انجام نگردد و در نهایت پرونده در دادســـرا صرفاً نســـبت به برخی از متهمان تشکیل و اتخاذ تصمیم گردد. در این موارد معمول است بعد از صدور کیفرخواست، دادگاه کیفری یک یا دیوان عالی کشور، مقام تعقیب را متوجه تعقیب و شناسایی دیگر متهمان نماید. مکرر مشاهده شده است که در زمان تعقیب، متهمان به خوبی شناسایی و تحت پیگرد قرار نگرفته‌اند و دادگاه و دیوان عالی کشـــور پرونده را واجد ایراد دانسته و به جهت نقص در تحقیقات عودت داده است و بـــا عنایت به این‌که در زمان نقص و اعاده پرونـــده، مدت طولانی از تاریخ منازعه گذشـــته است، عملاً شناسایی سایر شـــرکای قتل امکان‌پذیر نمی‌باشد و بدین ترتیب علاوه بر تضییع حقوق ولی‌دم، جامعه نیز متضرر می‌شـــود و جنبه عمومی قتل نسبت به آن‌ها مغفول می‌ماند.

ث. ضرورت اشاره به جنبه عمومی قتل عمد در کیفرخواست

عدم اشـــاره به جنبه عمومی قتل عمد در کیفرخواست و عدم تقاضای اعمال ماده ٦١٢ قانون مجازات اســـلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ در فرض گذشت بعدی ولی‌دم، یکی از چالش‌های قضایی در مرحله تعقیب است. اصل منع تعقیب و محاکمه مجدد اقتضای تعقیب و رسیدگی واحد دارد. منظور از دادرسی مضاعف این است که فردی برای یک اتهام دو بار مورد دادرســـی و محاکمه قرار گیرد.[1] در پرونده‌های قتل

۱. قاعـــده منع مجازات مضاعـــف که از آن به Non bis in idem تعبیر می‌شـــود، در اصل به لحاظ جلوگیری و تعدیل اعمال حاکمیت یک‌ســـویه حکومت‌ها در خصوص مجرمان وضع شده و حاصل قاعده کلی دیگری تحت عنوان منع محاکمه مجدد اســـت که در متن بســـیاری از اسناد بین‌المللی و کنوانســـیون‌ها از قبیل میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاســـی نیز از آن یاد شده است. البته تفکیک چندانی نیز میان این دو قاعده، هم در اسناد بین‌المللی و هم در مقالات و کتب ملاحظه نمی‌شود. به این ترتیب، ممنوعیت مجازات مضاعف مفهومی بوده اســـت که در قاعده کلی منع محاکمه مضاعف

عمد دادستان پس از تعقیب و صدور قرار جلب به دادرسیِ بازپرس، تنها در خصوص جنبه خصوصی کیفرخواست صادر و تقاضای قصاص متهم با توجه به مطالبه ولی‌دم می‌نماید.[۱]

صدور کیفرخواست نسبت به جنبه خصوصی و عدم اشاره به کیفر متهم در فرض گذشت بعدی اولیای دم، رسیدگی دادگاه نسبت به جنبه عمومی را از حیث عدم رعایت تشریفات اساسی و اصول دادرسی منصفانه، همان طور که در مباحث آتی ذکر می‌شود، با چالش مواجه می‌کند و اقدام مجدد و تشکیل پرونده مجزا در این خصوص با اصل منع تعقیب و محاکمه مجدد منافات دارد. توجه نکردن به جنبه عمومی در کیفرخواست قتل عمد، رای را شایسته نقض وفق بند ب ماده ٤٦٩ قانون آیین دادرسی کیفری در دیوان عالی کشور می‌کند، اگرچه دیوان عالی کشور تاکنون ورودی به این موضوع نداشته است و آرایی در این خصوص ملاحظه نگردید.

۲-۱-۳. در مرحله تحقیق

تحقیقات مقدماتی کلیه اقدامات، وظایف و اختیارتی است که بر اساس قانون به بازپرس سپرده شده است (یوسفی، ۱۳۹۵: ۳۳). به‌رغم تصریح ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری به انجام تحقیقات مقدماتی تمامی جرائم توسط بازپرس، شاهد پیش‌بینی و مداخله سایر مقامات در امر تحقیق به موجب قانون یا رویه قضایی هستیم. با این همه، ماده مذکور تحقیقات مقدماتی جرائم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری را وظیفه انحصاری بازپرس دانسته است که یکی از جرائم ذکر شده در این ماده، جرائم مستوجب کیفر سلب حیات است؛ بنابراین تحقیقات مقدماتی بزه قتل عمدی در صلاحیت بازپرس است. بازپرس در تحقیقات جنبه عمومی قتل عمد با چالش‌هایی مواجه است که به برخی از آن‌ها توجه می‌شود.

مستتر باقی مانده و یا تسامحاً به عنوان یک مفهوم واحد و متناظر و مترادف با منع محاکمه مجدد مطرح شده است (توجهی و قربانی، ۱۳۸۸: ۱٤٥).

۱. می‌توان به کیفرخواست‌های شماره ۹۹۱۰٤۳۷۱۲٥۹۰۰۷۸۰، ۱٤۰۰۱۲٤۳۰۰۰۰۰۱٤۹٦٥، ۱٤۰۰۱۲٤۳۰۰۰۰۰۱۰۸۸۲، ۱٤۰۰۱۲٤۳۰۰۰۰۰۱۹۱۱٤۲، ۱٤۰۱۱۲٤۳۰۰۰۰۱۹۱۱٤۲، ۱٤۰۰۱۲٤۳۰۰۰۰۰٥٤۹۰۳ صادر شده از دادسرای عمومی و انقلاب شیراز اشاره کرد که در مراحل بعدی (دادگاه یا اجرای احکام) اولیای دم گذشت نموده‌اند و دادگاه بدون کیفرخواست و انجام تعقیب و تحقیق پیرامون جنبه عمومی قتل عمد، حکم به تعزیر وفق ماده ٦۱۲ قانون تعزیرات داده است.

الف. ورود مقام‌های قضایی فاقد صلاحیت به تحقیقات جنایی

مطابـــق اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیـــق،[1] به منظور تضمین و حفظ حقوق و آزادی‌های فردی، جلوگیری از اســـتبداد قضایـــی، رعایت اصل بی‌طرفی و نهایتاً محقق شدن دادرسی منصفانه، هر یک از دو مرحلهٔ تعقیب و تحقیق، به مقامات قضایی مستقل سپرده شده است. قانون‌گذار در ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری در غیـــر از جرائم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون و برخلاف اصل مذکور، وظیفه تحقیقات مقدماتی را بر عهده دادستان و دادیار نیز گذاشته است. با این حال در جرائم مستوجب مجازات سلب حیات، وظیفه انحصاری تحقیقات مقدماتی برعهده بازپرس یا جانشین وی (دادرس دادگاه در غیاب بازپرس یا رئیس شعبه دادگاه در حوزه قضایی بخش)[2] اســـت. با وجود تاکید قانونی، در حوزه‌های قضایی کـــه با کمبود بازپرس مواجه‌اند، شـــاهد ورود دادستان یا دادیار تحقیق به امر تحقیقات نســـبت به قتل عمد با وجود حضور دادرس دادگاه هســـتیم. این امر در بسیاری از حوزه‌های قضایی کشور امری رایج اســـت؛ چه آن‌که این حوزه‌ها یا فاقد منصب بازپرســـی هستند و یا این‌که فقط دارای یک بازپرس می‌باشـــند که به جهتی در دادســـرا حضور ندارد. در این حوزه‌ها، به‌رغم پیش‌بینی تبصره ماده ۹۲ قانون آیین دادرســـی کیفری و تعیین جانشین بازپرس (دادرس دادگاه)، در عمل دادســـتان یا دادیارِ تحقیق حداقل در ســـاعات غیراداری و در مراحـــل اولیـــه تحقیقات به ویژه صحنه قتل، وظایـــف تحقیقی را بر دوش دارند. گاهی مشـــاهده می‌شود که امر تحقیقات توسط این مقامات انجام می‌شود ولی امضاء ذیل صورت‌جلســـه یا قرار تامین کیفری در راستای اعتباربخشی به تحقیقات، توسط بازپرس در زمان حضور درج می‌شود.

ورود دادستان یا دادیار تحقیق به تحقیقات مقدماتی جنبه عمومی قتل عمد در فرض عدم شـــکایت شـــاکی در مراحل اولیه یا گذشت وی در طول تحقیقات، با این تلقی که مجازات تعزیری درجه چهار نسبت به جنبه عمومی قتل عمد پیش‌بینی شده است، در ســـال‌های اولیه بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹٤، به امری متداول تبدیل گشته بود که بعدها توسط دادگاه کیفری یک و یا دیوان

1. The principle of separation between prosecution and investigation

۲. بنگرید به تبصره ماده ۹۲ و ماده ۳۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری

عالی کشـــور، رویه‌سازی شده و تحقیقات را صرفاً در صلاحیت انحصاری بازپرس و تحقیقات انجام شده توسط دادستان و دادیار را خلاف نصوص قانونی دانست. انجام تحقیق توسط دادستان و تجمیع اختیارات تعقیبی و تحقیقی، به جهت این‌که دادستان طرف دعوی عمومی است، خلاف دادرسی منصفانه و حقوق دفاعی متهم به ویژه در قتل عمد حتی در صورت رضایت شاکی خصوصی است.

توجیهات مختلفی نســـبت به مداخله دادســـتان یا دادیار در جنبه عمومی قتل عمد است که می‌توان به موارد ذیل اشاره و در جهت رد آن استدلال متقابل ارائه نمود:

نخست، جنبه عمومی قتل عمد واجد حبس تعزیری درجه چهار است، بر این اســـاس با توســـل به ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری و عدم تصریح به جرائم با مجـــازات تعزیری درجه چهار، امکان ورود این مقامات به فرایند تحقیق وجود دارد؛ در حالی که به عقیده نگارندگان کیفر سلب حیات مندرج بند الف ماده ۳۰۲ به عنوان مجازات اصلـــی و ابتدایی در غالب موارد، معیار تعیین صلاحیت برای ورود مقامات تحقیق است نه تعیین تعزیر به عنوان مجازات غیرابتدایی و فرعی.

دوم، عدم همکاری دادرس یا دادرسان دادگاه به جهت تراکم پرونده‌ها با تلقی و توجیه‌نمایی وفق ماده ۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری؛[1] در حالی که اقدامات مذکور در ماده ۷۷ ماهیتاً تأمینی است نه تحقیقی؛ بنابراین اقدامات دادستان و دادیار جانشین وی متضمن اختیار انجام تحقیقات، از جمله بازجویی از متهم نیست (خالقی، ۱۳۹۳: ۷۹).

ســـوم، ورود و مداخلـــه در این مـــوارد در جهت همـــکاری و نظارت بر امر تحقیقات در راستای ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری[2] توسط دادستان یا دادیار در غیاب او اســـت. این استدلال نیز مخدوش است؛ چه آن‌که حتی در صورت حضور و داشتن قیمومت دادستان در امر نظارت و ارائه تعلیمات، این امر نافی حضور بازپرس و وظایف تحقیقی او نیست.

---

۱. «در صورت مشهود بودن جرائم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده (۳۰۲) این قانون، تا پیش از حضور و مداخله بازپرس، دادســـتان برای حفظ آثار و علائم، جمع‌آوری ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم اقدامات لازم را به عمل می‌آورد».

۲. «دادستان در اموری که به بازپرس ارجاع می‌شود، حق نظارت و ارائه تعلیمات لازم را دارد».

ب. فقدان فوریت در تحقیقات مقدماتی

اصول مختلفی تحت عنوان اصول دادرسی عادلانه بر فرایند رسیدگی کیفری حاکم است که نقش مهمی در حفظ حقوق و آزادی‌های افراد و نظم عمومی جامعه دارند، یکی از مهم‌ترین این اصول که در اعلامیه‌ها و اسناد متعدد بین‌المللی و ملی به رسمیت شناخته شده، اصل سرعت می‌باشد و بدین معناست که به یک دعوی در کوتاه‌ترین زمان با دقت، رعایت اصول، حفظ حقوق اساسی متهم و بزه‌دیده و نظم عمومی، رسیدگی شود. تسریع در دادرسی علاوه بر پیشگیری از جرم و تحقق دادرسی عادلانه، مصالح متهم، بزه‌دیده و جامعه را دربردارد و همین مزایا باعث جایگاه ویژه این اصل در بین سایر اصول شده است (اسدی‌نیا، ۱۳۹۹: ۲۳۱). رعایت فوریت و تسریع در تحقیقات مقدماتی جرائم خشونت‌بار به ویژه قتل دارای اهمیت ویژه‌ای است و چنان‌چه بازپرس با تاخیر تحقیقات مقدماتی را آغاز نماید و یا ادامه تحقیقات با فوریت دنبال نشود، آثار منفی فراوانی متوجه جامعه می‌گردد. یکی از علل اصلی پرونده‌های مسن موجود در شعب ویژه قتل عمدی دادسرا، عدم تسریع در فرایند تحقیقات جنایی است.

به مواردی از موضوعات رایج که عدم اقدام به موقع و فقدان فوریت در شناسایی متهمان و دسترسی به آن‌ها، روند تحقیقات و حقوق جامعه نسبت به جنبه عمومی را با آسیب جدی مواجه می‌نماید، توجه می‌شود: اولیای دم به جهات مختلف در قتل‌های ناموسی و خانوادگی مداخله‌ای نمی‌نمایند و متهم نیز بلافاصله بعد از ارتکاب قتل متواری می‌شود. در این‌گونه قتل‌ها اشخاص حمایت‌کننده از قاتل، مساعدتی در جلب نمی‌کنند و حتی موجبات خلاصی او را فراهم می‌نمایند، در این وضعیت تاخیر در تحقیقات می‌تواند آسیب جدی به روند تحقیقات وارد نماید؛ به‌خصوص در مواردی که جسد بعد از مدت‌ها کشف می‌شود. نمونه دیگر، نوزاد رها شده توسط والدین است که تاخیر در تحقیقات می‌تواند هرگونه سرنخ در راستای شناسایی و دسترسی به متهمان که اصولاً رابطه خونی با نوزاد دارند و شکایتی نمی‌کنند را از بین ببرد و حقوق جامعه مخدوش شود. مصداق دیگر، برخی از پرونده‌ها است که بین ایراد جراحت به مقتول تا زمان فوت یا به عبارت بهتر قتل وی، وقفه‌ای است که عدم امکان شکایت توسط مضروب اولیه و مقتول بعدی و

گزارش درگیری ساده توسط مرجع انتظامی به دادستان و عدم اقدام به موقع بازپرس و تصور وی به جرح ساده، باعث امحاء ادله و عدم شناسایی یا متواری شدن مرتکب را فراهم می‌نماید. مثال دیگر، در پرونده‌هایی است که ارتکاب قتل عمد در ساعت غیراداری انجام شده و با وجود این‌که بازپرس در وقت کشیک مکلف به حضور در صحنه قتل بوده است،[1] به وظیفه قانونی با این استدلال که جسدی در صحنه نیست و مقتول به بیمارستان منتقل شده، عمل نکرده و موجب تاخیر در دستگیری متهم شده است؛ حال آن‌که مهم‌ترین اثر حضوری فوری و به موقع بازپرسان در صحنه قتل این است که دلایل و آثار جرم به شکل واقعی مورد توجه و مشاهده او قرار می‌گیرد (عزیزمحمدی، ۱۳۹۳: ۱۸). نمونه دیگر از عدم جدیت و فوریت در تحقیقات مقدماتی، نزاع‌های منتهی به قتل عمدی است که تمامی منازعه‌کنندگان به دلیل اطالهٔ در کشف و یا دستگیری برخی متهمان، به خوبی شناسایی نشده و موجبات متواری شدن متهمان دیگر و گاهی اخلال در تحقیقات علی‌رغم شناسایی و دستگیری فراهم شده است. این وضعیت در قتل‌ها و منازعه‌کنندگان دارای تابعیت افغانستان مشکل اساسی است؛ چه آن‌که زمانی‌که قاتل یا عاملان نزاع افغان و دارای اقامت غیرمجاز هستند، بلافاصله بعد از ارتکاب جرم متواری می‌شوند و از مرزهای غیررسمی به افغانستان برمی‌گردند و در مواردی که مقتول و خانواده وی نیز هویت مشخصی ندارند جنبه عمومی با چالش مواجه می‌شود. وجه مشترک عموم موارد فوق که بخش زیادی از پرونده‌های مسن در شعب ویژه قتل عمدی را به خود اختصاص داده است، عدم اقدام به موقع مقام تحقیق است.

پ. بی‌توجهی بازپرس

مصادیق متعددی را می‌توان ذکر کرد که مقام تحقیق و به طور خاص بازپرس در پرونده‌های قتل عمد، به جنبه عمومی قتل و حقوق جامعه توجه کافی ندارد. دادستان نماینده جامعه و طرف دعوی عمومی است و بازپرس به عنوان مقام مستقل، اقدام به انجام تحقیقات می‌نماید. بازپرس در انجام تحقیقات همواره بایستی اصل بی‌طرفی را رعایت نماید و ضمن توجه به حقوق دفاعی متهم و جلوگیری از ورود

۱. ماده ۱۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «هنگام تحقیق محلی و معاینه محل، چنانچه بازپرس لازم بداند، شخصاً حاضر می‌شود، اما در جرائم موضوع بند (الف) ماده (۳۰۲) این قانون و همچنین هنگام معاینه اجساد، مکلف است شخصاً و در اسرع وقت حضور یابد».

و مداخله دادستان در امر تحقیقات، موظف نیز می‌باشد که توأمان حقوق خصوصی و حقوق عمومی را حفظ نماید و از این حیث توازنی ایجاد کند. در غیر این صورت با وجود رعایت حقوق متهم، حقوق جامعه به خوبی تأمین نمی‌گردد و این خلاف اصل بی‌طرفی بازپرس است. عدم صدور قرار بازداشت موقت یا صدور قرار تامین نامتناسب[1] در مواردی که ولی‌دم شکایتی نمی‌کند یا بعد از شکایت و در مراحل اولیه تحقیقات، اعلام رضایت می‌نماید، از مصادیق بی‌توجهی به جنبه عمومی است. به عبارتی، بازپرس با این استدلال که ولی‌دم شکایتی نکرده است و جنبه عمومی قتل عمدی حبس تعزیری درجه چهار است و شرایط ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری وجود ندارد، در همان مراحل اولیه تحقیقات اقدام به صدور قرار تامین نامتناسب می‌کند. این تصمیم در مواردی که آزادی متهم بلافاصله بعد از قتل، مخل نظم عمومی است؛ که غالباً نیز چنین است، به جهت وجود موارد و شرایط مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مذکور، غیرقانونی است.

ت. لزوم انجام تحقیقات و اتخاذ تصمیم نهایی پیرامون جنبه عمومی قتل عمد

رویه قضایی بر این گونه است که به محض ارجاع پرونده قتل عمد به شعبه بازپرسی، بازپرس تحقیقات را آغاز می‌نماید. سپس اولیای دم را دعوت تا مشخص نموده خواهان قصاص هستند یا خیر. اتهامی که به متهم تفهیم می‌شود اصولاً مباشرت در قتل عمدی است مگر این‌که جرائم دیگری نیز رخ داده باشد که آن جرائم نیز تفهیم می‌شود. قرار تامین از نوع بازداشت موقت است و در پایان نیز قرار جلب به دادرسی نسبت به جنبه خصوصی اتهام قتل عمد صادر می‌شود. این رویه غالب شعب ویژه قتل عمدی در دادسرا است. چنان‌که مشاهده شد بازپرس ورودی به جنبه عمومی قتل عمد نمی‌کند.[2]

---

۱. مرجع تحقیق در انتخاب نوع قرار تامین، اختیار نامحدود نداشته، ملزم به رعایت اصل تناسب تامین است. بدین معنا که «قرار تامین باید با نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او متناسب باشد» (ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری) در عین حال باید توجه داشت که لزوم تناسب تامین، نه تنها در صدور آن بلکه در تداوم آن نیز باید رعایت گردد و در نتیجه قرار تامین باید هم متناسب باشد و هم متناسب بماند (خالقی، ۱۳۹۵: ۲۳۰).

۲. به عنوان نمونه، می‌توان به قرارهای جلب به دادرسی به شماره ۱۴۰۱۱۲۳۹۰۰۰۷۷۷۶۵۴۷،

عدم اشـــاره به جنبه عمومی قتل عمد در قرار جلب به دادرسی در حالی است که به موجب ماده ٦١٢ قانون مجازات اســـلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵، شرایط موجود در ماده یادشـــده بایستی بررســـی گردد که آیا محقق شده است یا خیر و به نظر می‌رسد بازپرس در قرار اخیر باید به تحقق یا عدم تحقق این شـــرایط اشـــاره کند؛ چه آن‌که شـــرایط مذکور از ارکان جنبه عمومی جرم است. بر اساس رویه موجود، بازپرس در جریان تحقیقات مقدماتی دستوراتی جهت احراز شرایط ماده مزبور صادر نمی‌کند؛ در حالی‌که اخذ سوابق اجتماعی، کیفری و اشتهار متهم، حضور در صحنه ارتکاب قتل و بررسی اخلال در نظم محل وقوع قتل، ملاحظه شرایط متهم، بزه‌دیده و وضعیت وقوع جرم، جهت احراز شرایط ماده ٦١٢ ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

همان‌گونه که ســـخن به میان آمد، دادستان نیز بر اساس قرار جلب به دادرسی بازپرس، نســـبت به جنبه خصوصی کیفرخواســـت صادر نموده و با توجه به مطالبه ولی‌دم می‌کند و دادگاه در مواردی‌که به هر جهت قصاص اجرا نمی‌شود، بدون توجه به فقدان اظهار نظر در خصوص جنبه عمومی در دادسرا و بدون بررسی عینی و نقص در تحقیقات، اقدام به تعیین تعزیر با ملاک ذهنی و پرسشـــی مگر می‌شود مخل نظم عمومی نباشـــد؟ وفق ماده ٦١٢ می‌نماید که این امر از حیث عدم رعایت تشـــریفات اساســـی دادرسی واجد اشکال است. بدیهی اســـت اقدام به تشکیل پرونده مجدد نیز خلاف اصل منع تعقیب و تحقیق مجدد اســـت؛ بنابراین راهبرد آن اســـت که تا زمان اصلاح ماده مذکور، بازپرس این شـــرایط را احـــراز و در پایان و در قرار نهایی اتخاذ تصمیم نماید تا تحقیقات و رســـیدگی با چالش و ایرادِ عدم رعایت تشریفات اساسی و دادرسی مضاعف مواجه نشود.

در همین راســـتا تاکید می‌شود که ارتکاب قتل عمد بدون حصول شرایط ماده ٦١٢ امکان‌پذیر نیســـت و این شـــرایط زاید اســـت و همواره قرار جلب به دادرسی نســـبت به جنبه عمومی صادر می‌شـــود. این مهم در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شـــماره ۷/٦٦٢٩ مورخ ۱۳۸۵/۹/٤ بدین نحو آمده اســـت که: «در قتل عمدی ممکن نیســـت که بیم تجری منتفی باشـــد و عدم تعقیب قاتل موجب تجری

۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۰۹۸۱۹۸۵، ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۵٦۹۱۲۳۷، ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰٤۱۲۹۸۰۵، ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۰۰۲۱۳۲۸ صادر شـــده از شعبه هشتم بازپرسی دادســـرای عمومی و انقلاب شیراز اشاره کرد.

دیگران نشـــود و لذا صدور قرار منع تعقیب توجیه قانونی ندارد». نظریه از این جهت که بر تعزیر مرتکب قتل عمدی جرم تاکید دارد، اقدامی شایســـته است، ولی ارائه آن به عنوان یک نظریه خلاف‌ناپذیر قابل انتقاد اســـت. به نظر می‌رسد که اخلال در نظم و امنیت جامعه، نتیجه طبیعی قتل عمدی باشـــد و فلسفه جرم‌انگاری بر همین اساس بوده اســـت (آقایی‌نیا، ۱۳۹۳: ۲۷۸) و از مسلمات عقلی و منطقی است که هر جرمی در جامعه به وقوع می‌پیوندد به نوعی اخلال در نظم جامعه ایجاد می‌نماید (الهی‌منش و مرادی، ۱۳۹۲: ۳۷۱).

۲-۳. چالش‌های قضایی جنبه عمومی قتل عمد در دادگاه

دادگاه کـــه اصولاً دادگاه کیفری یک اســـت (در مواردی نیـــز دادگاه اطفال و نوجوانان اســـت)[1] در خصوص جنبه عمومی قتل عمد با چالش‌هایی مواجه است که به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۲-۳. دوگانگی نظام کیفردهی

مرحله صدور حکم در فرایند دادرســـی کیفری، از حیـــث میزان تبعیت مقام قضایـــی از هر یک از الگوهـــای کیفرگزینی، اهمیتی بنیادین در سرنوشـــت اصحاب پرونده و دســـتیابی یا عدم‌دستیابی به اهداف تعریف شـــده کیفر دارد. شیوه اعمال و اجـــرای مجازات و معیارهای تاثیرگذار در تعییـــن آن را باید به عنوان جزئی از پیکر مجـــازات در نظر گرفت. بـــر همین مبنا ایجاد توازن و تعـــادل میان مدل‌های قانونی مجـــازات و الگوهای قضایی تعییـــن آن، امری کاملاً ضروری تلقی می‌شـــود (مهرا، ۱۳۸۹: ۳۵۲). اعطای اختیار به دادگاه جهت تعیین کیفر از میان انتخاب‌های گوناگون کیفر، آزادی برای تعیین سیاست کیفری تلقی می‌گردد (سبزواری، ۱۳۹۱ : ۵۰). از این رو، اتخاذ واکنش کیفری هدفمند و مبتنی بر اصول علمی و هم‌ســـو با اهداف حقوق کیفـــری، باعث ارتقاء کارآمدی نظام عدالت کیفری شـــده و نیـــل به اهداف تعریف شـــده ناشـــی از اعمال کیفر را به نحو عالمانه و عادلانه‌تری محقق می‌سازد (محسنی و رحیمیان، ۱۳۹۸: ۵۹). ملاحظه ســـابقه تقنینی جنبه عمومی قتل عمدی حکایت از فراز و فرودهایی در تعیین کیفر و شیوه اجرای آن دارد. به بیان دیگر، نه تنها سیاست

---

۱. ماده ۳۰٤ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «به کلیه جرائم اطفال و افراد کمتر از هجده سال تمام شمسی در دادگاه اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌شود ...».

جنایی تقنینی با تزلزل در اســـاس تعیین یا عدم‌تعیین کیفر مواجه است که فاقد مولفه و معیارهایی در تعیین کیفر جنبه عمومی قتل عمد است. نتیجه بدیهی این امر، تعیین کیفر جنبه عمومی قتل عمد بر اســـاس متغیرهای گوناگون و شـــکل‌گیری رویه‌های قضایی غیر منســـجم در شـــعب دادگاه کیفری یک اســـت. در بندهای آتی بر اساس هـــر یک از انواع نظام‌های کیفردهی، رویکـــرد محاکم کیفری یک مورد ارزیابی واقع می‌شود.

الف. نظام کیفردهی جرم‌مدار

در این نظام کیفردهی که نظام کیفرهای معین نیز نامیده می‌شود، بر اساس اصل قدیمی تناسب جرم و مجازات، قاضی در مقام تعیین کیفر بیش از ویژگی‌های مجرم، بر نوع و شدت جرم ارتکابی تاکید دارد. در این نوع نظام، شدت مجازات تابع میزان صدمه و قابلیت ســـرزنش متهم اســـت. با چنین دیدگاهی اصل فردی کردن مجازات تحت‌الشـــعاع قرار می‌گیرد. این رویکرد به خطایی که مجرم مرتکب شده است توجه دارد (کاتینگهام، ۱۳۸٤: ۱٤۷). رویه قضایی در پرونده‌های مختلف با گرایش به سمت تعیین مجازات ثابت، از نظام مذکـــور تبعیت می‌نماید. در یکی از دادنامه‌های صادره از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس بر اساس مبنای جرم محوری چنین آمده است:[1] «در خصوص اتهام آقای ... دایر بر مباشرت در قتل عمدی (پدر خویش) ... با عنایت به مفاد شـــکایت اولیه اولیای دم و ملاحظه اقاریر متهم ... که ابراز داشته: اتهام را قبول دارم و شـــب هنگام بود که من و پدرم خوابیده بودیم ... مشکلی با او نداشتم و شـــب‌ها با یکدیگر در یک مکان می‌خوابیدیم و شب واقعه از خواب برخواستم و یک کارد برداشتم و چندین ضربه به سینه و قلب پدرم فرود آوردم، انگیزه خاصی از این موضوع نداشـــتم و چند ســـال قبل نیز برادرم را به همین شیوه به قتل رساندم که خانواده (اولیای دم) رضایت مـــن دادند ... علی‌هذا با عنایت به مطالب معنونه ... بزه انتسابی به متهم محرز و مسلم بوده از این‌رو مستنداً به ... و ماده ٦۱۲ قانون مجازات

---

۱. جهت مطالعه بیشتر بنگرید به: دادنامه‌های ذیل در سامانه ملی آرای قضایی: ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۲٤٦٦۰٥۳ شـــعبه پنجم دادگاه کیفری یک اســـتان فارس، ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۳۸۱۸۲٦۹ شـــعبه دوم دادگاه کیفری یـــک اســـتان فـــارس، ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۲٥٦۱٥۹۹ شـــعبه ســـوم دادگاه کیفری یک اســـتان فارس، ۹۹۰۹۹۷۷۱۲۰۸۰۰٥۲۲ شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس، ۹٦۰۹۹۷۷۱۲۰۷۰۰٦۲٥ شعبه اول دادگاه کیفری یک استان فارس.

اســـلامی تعزیرات ... در خصوص جنبه عمومی بزه قتل عمدی با عنایت به نوع جرم و شـــیوه ارتکاب آن و گســـتره آثار زیان‌بار آن که اعمال حداکثر مجازات تعزیری را توجیه می‌کند و بیم تجری مرتکب و ســـایرین حکم به محکومیت متهم به تحمل ده سال حبس تعزیری صادر و اعلام می‌نماید ...».[1]

در دادنامه دیگر صادر شده از شـــعبه سوم دادگاه کیفری یک استان فارس بر اســـاس نظام کیفری‌دهی جرم‌مدار مقرر شـــده است: «در خصوص اتهام آقای ... دایر بر مباشرت در قتل عمدی (مادرخویش) ... با این توضیح که متهم با مادر خویش در یک منزل سکنی داشته است و به جهت اعتیاد به مواد مخدر از مادر کهن‌سال خویش تقاضـــای پول به منظور خرید مواد مخدر می‌نماید که به دلیل اجتناب از دادن پول از ســـوی آن مرحوم متهم یک چکش از آشپزخانه برداشته و دو ضربه به ناحیه سر وی وارد می‌آورد ... علی‌هذا با عنایت به مطالب معنونه ... مستنداً به ... و ماده ٦١٢ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات حکم به محکومیت متهم به پرداخت نصف دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیای دم ... و تحمل ده سال حبس تعزیری از باب جنبه عمومی بزه قتل عمدی صادر و اعلام می‌نماید ...».[2]

ب. نظام کیفردهی مجرم‌مدار

در این نظام کیفردهی، در مقام کیفرگزینی به شخصیت متهم به عنوان عامل و متغیر تاثیرگذار بر نوع و میزان کیفر توجه می‌شـــود. در این نظام که به نظام کیفرهای نامعین یا غیرثابت[3] یا کیفردهی مبتنی بر واقعیت مجرمانه[4] نیز شـــهرت یافته اســـت، دادگاه به تشـــخیص خود و بر اســـاس شـــخصیت و ویژگی‌های متهم و با اختیارات قضایی گســـترده (البتـــه در محدوده حداقل و حداکثر قانونی) نســـبت به تعیین کیفر اقدام می‌نماید (محســـنی و رحیمیان، ۱۳۹۸: ٦١). در واقع، به جای اصل تناسب جرم و مجازات از اصل تناســـب مجازات با مجرم بهره گرفته می‌شود. دادگاه کیفری یک در برخی از پرونده‌ها با رویکرد مجرم‌مدار اقدام به تعیین مجازات خفیف برای جنبه

---

۱. دادنامه شـــماره ۱۴۰۰۱۲۳۹۰۰۰۱۵۲۷٦۹۰، مورخ ۱۴۰۰/۳/۳، شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس

۲. دادنامه شـــماره ۹۸۰۹۹۷۷۱۲۰٦۰۰۵۰۵، مورخ ۱۳۹۸/۹/٦، شعبه ســـوم دادگاه کیفری یک استان فارس

3. Indeterminate sentencing

4. Real offence santencing

عمومی قتل عمدی می‌نماید.[۱]

در یکی از دادنامه های صادر شـــده از شـــعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس بر اساس مبنای مجرم‌محوری چنین آمده است:[۲] «درخصوص اتهام آقای... دایر بر قتل عمدی... متهم پس از دســـتگیری نزد ماموران بیان داشـــته است: با هم درگیر شـــدیم با بیل که در دست داشتم چند ضربه به کمر و پا و سر او زدم که متوجه شدم از سرش خون می‌آید و او به زمین افتاد من او را کشیدم و به داخل بردم و به... زنگ زدم آمـــد و انداختیم داخل صندوق آوردیم پارک آزادی انداختیمش پایین... در مورد جنبه عمومی جرم قتل عمد با عنایت به ماده ۳۷ قانون مجازات اســـلامی و ماده ٦١٢ قانون تعزیرات و به لحاظ صیانت و امنیت جامعه و بیم تجری مرتکب و دیگران متهم را به تحمل سه سال حبس تعزیری... محکوم می‌نماید...».[۳]

بـــا توجه به دادنامه‌های ذکر شـــده، محاکم کیفری یـــک در کیفرگزینی جنبه عمومی قتل عمد، تابع نظام کیفردهی واحدی نمی‌باشـــند و هر یک از شعب بسته به نوع و کیفیت قتل ارتکابی با تغییر موضع و نوع نظام کیفردهی، مواجه می‌شوند و حتی یک شعبه سیاســـت کیفرگزینی یکپارچه‌ای اتخاذ نمی‌نمایند. به‌رغم این‌که در توجیه آراء محتمل اســـت گفته شود، بسته به نوع پرونده و انگیزه قاتل و سایر کیفیات، نوع نظام کیفردهی متفاوت شـــده است، نگارندگان با مراجعه به پرونده‌هایی که منتهی به دادنامه‌های اشـــاره شده در متن و پانویس شده است، با تفاوت در کیفیات پیش‌گفته، مواجه نگردیدند و حتی در مواردی با انگیزه و نوع اقدام مشـــترک مرتکبان، سیاستی

---

۱. بـــه عنـــوان نمونه، دادنامـــه شـــماره ١٤٠١١٢٣٩٠٠٠٩٢٣٥١٧٨، مورخ ١٤٠١/٩/٢٩، شـــعبه اول دادگاه کیفری یک اســـتان فارس با موضوع قتل عمدی برادر توســـط برادر دیگر و دادنامه شـــماره ١٤٠٠١٢٣٩٠٠٠٢٥٣٦٦٢١٩، مورخ ١٤٠٠/٤/٩، شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس با موضوع قتل عمدی فرزند توســـط پدر خویش، که در مطالب پیش‌گفته آمده اســـت، بر مبنای مجرم‌محوری صادر شده است.

۲. جهـــت مطالعـــه بیشـــتر بـــه دادنامه‌هـــای زیـــر در ســـامانه ملـــی آرای قضایـــی توجـــه کرد: ١٤٠١١٢٣٩٠٠٠٩٠٣٢٨٥٨ شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان فارس، ١٤٠١١٢٣٩٠٠٥١١٨٢٢٠ شعبه اول دادگاه کیفری یک استان فارس.

۳. دادنامه شماره ١٤٠١١٢٣٩٠٠٠٣٦٩٠١٤٤، مورخ ١٤٠١/٥/٦، شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فـــارس. پس از صدور دادنامه مذکور، با اســـقاط حق فرجام‌خواهـــی محکوم‌علیه، به موجب دادنامه شماره ١٤٠١١٢٣٩٠٠٠٤٦٥٠٨٧١، مورخ ١٤٠١/٦/٦ همین دادگاه، دو ماه از حبس تعیینی تقلیل یافته است.

متعارض ملاحظه شد.[۱]

به دنبال تالی فاسد تاکید بیش از حد بر هر یک از نظام‌های مذکور و یا به‌کارگیری ناصحیح آن‌ها در پرونده‌های با کیفیت مشابه، نظام کیفری رهنمودمدار[۲] پیشنهاد شده است.[۳] هدف از رهنمودهای تعیین مجازات، تهیه سازکاری است که بر مبنای آن استانداردهای معقول و متناسبی را برای تعیین مجازات تعریف کرده و با هدف جلوگیری از تشتت در رویه‌های تعیین کیفر، تناسب کیفر را با شدت بزه ارتکابی و میزان سابقه مرتکب بزه تضمین می‌نماید (Hauhart, 2009: 534)؛[۴] بنابراین ایجاد تناسب بین کیفر و نتیجه زیان بار ناشی از بزه، ایجاد نظام عادلانه‌تر در مقام کیفرگزینی، کاستن از شدت کیفرها، کاهش اختیارات قضایی در تعیین کیفر، حذف آزادی زودهنگام برای محکومان، از جمله اهدافی است که نظام کیفردهی رهنمودمحور آن‌ها را دنبال می‌کند (Morley, 2014: 2). تا زمان تحولات قانونی در این حوزه، هر شعبه از دادگاه کیفری یک یا محاکم کیفری یک در هر استان با حضور همه قضات آن استان با استفاده از ظرفیت پرونده شخصیت تشکیل شده به موجب ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری،[۵] می‌تواند رویه نوشته‌ای جهت تعیین مجازات

---

۱. به عنوان مثال می‌توان به دادنامه‌های شماره ۱۴۰۱۱۲۳۹۰۰۰۹۲۳۵۱۷۸ و ۱۴۰۰۱۲۳۹۰۰۰۲۵۳۶۶۲۱۹ (صادر شده بر اساس نظام کیفردهی مجرم‌محور) جهت تطبیق با دادنامه‌های دیگر در نظام کیفردهی جرم‌محور اشاره کرد.

2. .Sentencing guidelines

۳. نخستین جرقه رهنمودهای تعیین مجازات در کتابی به عنوان «قانون بدون نظم» (Law without Order) زده شد که در سال ۱۹۷۳ توسط یک قاضی خوشنام دادگاه بخش جنوبی نیویورک به نام ماورین فرانکل نوشته شد. او پیش از آن‌که قاضی شود استاد دانشکده حقوق دانشگاه کلمبیا بود. وی در این کتاب مطرح کرد که در مسئله تعیین مجازات، اکثر قضات دارای احساسات دیگرآزارانه و فاقد اطلاعات روان‌شناختی و جامعه‌شناختی هستند. او در تایید ادعاهای خود، مثال‌هایی را از آرایی ذکر کرد که به نحو توجیه‌ناپذیری نامتجانس بودند (Rakoff, 2013: 6).

٤. کاربست این رهنمودها به این صورت است که ابتدا قانون‌گذار یک بازه مشخص (حداقل و حداکثر کیفر) را برای هر جرم در نظر می‌گیرد و آن‌گاه کمیسیونی مرکب از نخبگان حقوقی و قضایی اعم از قضات، وکلا و حقوق‌دانان دانشگاهی، فروض مختلف آن جرم را در محدوده‌ای که قانون‌گذار مشخص کرده است، طبقه‌بندی می‌کنند و فاصله حداقل و حداکثر قانون را که مقنن تعیین کرده است، متناسب با این فروض مختلف به درجات خردتری تقسیم می‌کنند و در نهایت مقداری آزادی عمل نیز به قاضی داده می‌شود تا بتواند اوصاف واقعه مجرمانه خاص را در حکم خود لحاظ کند (صبوری، ۱۳۹۷: ۱٤۰).

۵. به موجب این ماده، یکی از کیفرهایی که تشکیل پرونده شخصیت در آن ضرورت دارد، حبس تعزیری درجه چهار به عنوان مجازات قانونی جنبه عمومی قتل عمد است، این پرونده که حاوی

جنبه عمومی قتل عمدی با دسته‌بندی قتل‌ها و مرتکبان با کیفیت مشابه و با تعیین محدوده خردتری از مجازات در چهارچوب قانون ایجاد نماید. نظارت دادسرا و دادگاه بر تشکیل صحیح پرونده شخصیت در واحد مددکاری اجتماعی که حاوی اطلاعات کافی از وضعیت مادی، خانوادگی، تحصیلی، اجتماعی، پزشکی و روان‌پزشکی متهم است، همراه با بهره‌گیری حداکثری از محتویات آن، تاثیر چشمگیری بر کیفرگزینی مقامات قضایی و اتخاذ نظام کیفردهی متناسب با ویژگی‌های شخصیتی و رفتاری متهم دارد.

۲-۲-۳. رسیدگی بدون کیفرخواست

کیفرخواست را می‌توان ابزاری دانست که به وسیله آن، دادستان متهمان را در دادگاه کیفری مورد تعقیب قرار می‌دهد و خواستار محکومیت کیفری آنان می‌شود (آخوندی، ۱۳۸۸: ۱۲۲). به موجب ماده ۳۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه کیفری یک فقط در صورت وجود کیفرخواست مبادرت به رسیدگی می‌نماید و امکان رسیدگی بدون کیفرخواست، جز در جرائمی که به موجب قانون تحقیقات مقدماتی آن در صلاحیت مستقیم دادگاه است میسر نمی‌باشد. با این همه، جنبه عمومی قتل عمدی به موجب رویه قضایی از این قاعده مستثنی شده است و نمی‌توان مبنای صحیحی برای آن یافت؛ توضیح آن‌که، در مواردی که اولیای دم نسبت به مرتکب شاکی و مطالبه قصاص می‌نمایند، بازپرس تنها در خصوص جنبه خصوصی قرار جلب به دادرسی صادر می‌کند و دادستان نیز بر همین مبنا کیفرخواست صادر و تقاضای قصاص می‌نماید و در صورتی‌که ولی‌دم پس از صدور حکم اعلام گذشت کند، رویه قضایی به این ترتیب است که دادگاه با فرم و قالبی که از قبل تنظیم شده، اقدام به تعیین کیفر نسبت به جنبه عمومی قتل عمد وفق ماده ٦١٢ قانون تعزیرات، بدون تشکیل جلسه و رسیدگی ترافعی می‌نماید. با توجه به این‌که احراز برخی از شرایط ماده مذکور ضرورت حضور متهم یا نماینده دادستان را ایجاب می‌نماید، به نظر می‌رسد اقدام فوق‌العاده دادگاه در تعیین مجازات با ملاک ذهنی از پیش تعیین شده (قتل عمد = با اخلال در نظم)، واجد ایراد از حیث عدم رعایت حقوق دفاعی

گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم و گزارش پزشکی و روان پزشکی است، نقش بسزایی در شناخت شخصیت مرتکب و متناسب‌سازی کیفر با وضعیت او دارد.

متهم و عدم رعایت تشـــریفات اساسی دادرســـی به جهت عدم انجام تحقیق و اتخاذ تصمیم نهایی و صدور کیفرخواست توسط دادسرا است.

در جهت مرتفع شدن اشکال یادشده، نمی‌توان قائل به تشکیل پرونده و اقدام مجدد دادســـرا شـــد؛ چه آن‌که این امر با اصل منع تعقیب و محاکمه مجدد در تقابل اســـت و شایسته است که دادســـتان برای جنبه عمومی نیز کیفرخواست صادر نماید، تا در صورت عدم اجرا یا تشـــریع قصاص، دادگاه با تعیین وقت رسیدگی و ابلاغ به دادستان، متهم و وکیل وی، ضمن تشکیل جلسه، حکم مقتضی صادر نماید. از طرفی، با توجه به فقدان نص صریح مبنی بر لزوم رســـیدگی مجزا به تقاضای قصاص ولی‌دم و تعزیر ماده ٦١٢ نســـبت به جنبه عمومی قتل عمد، به عنوان راهکار پیشنهاد می‌شود که در موارد تقاضای قصاص ولی‌دم، دادگاه در جلســـه تعیینی شـــرایط ماده ٦١٢ نیز بررســـی و اظهارات دادســـتان و دفاع متهم و وکیـــل وی در این خصوص اخذ و در زمـــان صدور حکم به قصاص، تعزیر ماده مذکور نیز تعیین تا در صورت عدم اجرای قصاص، تعزیر اجرا و از تردد بعدی پرونده بین واحد اجرا و دادگاه خودداری شـــود. در صورت اجرای قصاص، واحد اجرای احکام نســـبت به تعزیر پیش‌بینی شده قرار موقوفی اجرا به جهت فوت محکوم‌علیه صادر می‌کند.[1] به نظر می‌رسد تصویب ماده ٤٢٩ قانون مجازات اســـلامی مبنی بر صدور حکم اولیه به قصاص و سپس حکم به تعزیر حســـب ماده ٦١٢ بدون سلب حق ولی‌دم، دلالت بر عدم اشکال شرعی نسبت به پیشنهاد اخیر است.

۳-۲-۳. عدم توجه کافی دادگاه

غلبـــه جنبه خصوصی قتل عمـــد، موجبات بی‌تفاوتی رویـــه قضایی به جنبه عمومی آن و حقوق جامعه را فراهم کرده اســـت. دادسرا، دادگاه و حتی واحد اجرای احکام کیفری نیز با توجه به رویکرد قابل خدشـــه قانون‌گـــذار، جنبه خصوص قتل عمـــدی را در اولویت قرار داده‌اند به نحوی‌کـــه در صورتی‌که به هر جهت قصاص اجرا نشـــود، هر یک از نهادها رویکردی متفاوت نســـبت به پرونده اتخاذ می‌نمایند. مرحله رســـیدگی به جهت این‌که سرنوشت پرونده و متهم را مشخص می‌کند، حائز

---

۱. ماده ۵۰۵ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «در مواردی که مطابق مقررات، اجرای رای موقوف می‌شود، قاضی اجرای احکام کیفری قرار موقوفی اجرا صادر می‌کند».

اهمیتی بیش از سایر مراحل دادرسی است. دادگاه کیفری یک در تعیین مجازات جنبه عمومی قتل عمد، دو رویه را از حیث تشـــکیل یا عدم تشکیل جلسه دنبال می‌کند؛ با این شـــرح که، در صورتی‌که کیفرخواست بر اســـاس جنبه عمومی صادر شده باشد، با تشـــکیل جلسه مقدماتی و رسیدگی و با حضور متهم و نماینده دادستان، در نهایت رای صادر می‌نماید و در صورتی که بر اســـاس جنبه خصوصی کیفرخواســـت صادر شـــده است و در دادگاه نیز حکم قصاص متهم صادر شود، در صورت گذشت بعدی ولـــی‌دم، بدون تعیین وقت و احضار متهم، به تعیین کیفرِ جنبه عمومی قتل می‌پردازد. بی‌تردید، رویکرد اولیه با مبانی ســـازگاری دارد، اما رویه بعدی با ایرادهایی به شرح پیش‌گفته روبه‌رو است.

با بررســـی رویه قضایی محاکم کیفری یک، به نظر می‌رســـد زمانی که ولی‌دم اعلام رضایت می‌نماید، تعیین جنبه عمومی قتل، موضوعی حاشـــیه‌ای و کلیشـــه‌ای می‌شـــود و در خصوص تعیین مجازات، اختلافی بین قضات از حیث نظر اقل و اکثر ملاحظه نکردند و تعیین مجازات از ضابطه معین و حساب شده‌ای برخوردار نیست. در این راســـتا پذیرش اکثریتی درخواست‌های موضوع ماده ٤٤٢ قانون آیین دادرسی کیفری توسط محاکم کیفری یک و اعمال تخفیف یک چهارم به‌رغم اختیار دادگاه در کاهش، نشـــان‌گر عدم توجه کافی به جنبه عمومی قتل است. این بی‌توجهی در زمان اعمال بدون قاعده برخی از نهادهای ارفاقی در مرحله اجرا از جمله آزادی مشـــروط و مراقبت الکترونیکی، برجســـته می‌شود تا جایی که اساساً محکوم‌علیه در صورتی‌که مشـــمول عفو و مرخصی نگردد (که برای اکثریت نیز اعمال می‌شود)، در شدیدترین حالت، بعد از گذشـــت دو الی سه سال از زندان آزاد می‌شود. نتیجه بدیهی اتخاذ این رویه در یکی از دادنامه‌های اشـــاره شده،[1] آمده است که محکوم‌علیه دو الی سه سال بعد از قتل برادر خویش و پس از آزادی، اقدام به قتل پدر خود می‌نماید.

۳-۳. چالش‌های قضایی جنبه عمومی قتل عمد در اجرای احکام کیفری

مرحلـــه اجرای احکام کیفری آخرین مرحله فرآیند دادرســـی کیفری در نظام حقوقی ایران اســـت. این مرحله، ثمره فرایند رسیدگی و برآمد همه تلاش‌های پیشین

۱. دادنامه شـــماره ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۱۵۲۷٦۹۰، مورخ ۱٤۰۰/۳/۳، شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس.

مجریان قانون اســـت. در این مرحله کنش‌گرانی وجود دارند که وظیفه اجرای احکام کیفری را برعهده دارند. در زمینه ساختار اجرا دو الگو وجود دارد که در ایران اجرای احکام بر عهده دادسرا و زیر مجموعه قوه قضاییه است[1] و به موجب ماده ٤٨٤ قانون آیین دادرســـی کیفری، اجرای احکام بر عهده دادســـتان است. معاونت اجرای احکام کیفری، در جنبه عمومی قتل عمدی با آســـیب‌هایی مواجه است که به مهم‌ترین آن‌ها توجه می‌شود.

۱-۳-۳. جنبه عمومی قتل عمد و سازِکارهای ارفاقی

بنـــد ث ماده ٤٧ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ تعلیق اجرای مجازات تعزیر بدل از قصاص نفس را ممنوع اعلام کرده اســـت؛ با وجود این، قانون‌گذار پس از از اجرای یک ســـوم مجازات حبس، امکان آزادی مشروط محکوم‌علیه قتل عمدی را به جهت عدم ایجاد ممنوعیت پذیرفته است و با این‌که در ماده ٦٢ قانون مذکور، حبس درجه چهار را مشمول نظارت سامانه‌های الکترونیکی قرار نداده بود، تبصره ۲ ماده ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، امکان تحت نظارت قرار گرفتن حبس‌هـــای تعزیری درجه چهار را پس از اجرای یک چهارم مجازات پیش‌بینی کرد؛ بنابرایـــن با توجه به این‌که کیفر جنبه عمومی قتـــل عمد، حبس تعزیری درجه چهار اســـت، امکان اعمال آزادی مشـــروط پس از اجرای یک سوم مجازات و امکان اتخاذ تدابیر الکترونیکی بعد از اجرای یک چهارم مجازات وجود دارد. صرف نظر از این‌که مشخص نیســـت به چه جهت قانون‌گذار در تعلیق و آزادی مشروط سیاستی دوگانه دارد، این ایراد منبعث از نظام تقنینی اســـت و نمی‌توان به عنوان چالش قضایی مطرح نمود.

آســـیب قضایی در جایی است که واحد اجرای احکام بدون رعایت تشریفات و شـــرایط مندرج در ماده ۵۸ قانون مزبور به ویـــژه قیود موضوع بندهای الف و ب، پیشـــنهاد آزادی مشـــروط را به دادگاه می‌دهد و بدون رعایت شرایط تعویق مراقبتی، پرونـــده را جهت صدور قرار مراقبت الکترونیکی به دادگاه صادرکننده حکم ارســـال می‌نمایـــد. اگرچه قانون‌گـــذار در بند اخیر ماده ۵۸، قاضی اجـــرای احکام را مکلف به احراز شـــرایط موضوع بندهای الف و ب نموده اســـت، اما رویه قضایی به جهت

---

۱. برخی از کشـــورها از الگوی دیگر تبعیت می‌نمایند که در ایـــن الگو، اجرای احکام زیر مجموعه دادگاه صادرکننده حکم و یا دادگاه مستقل اجرای احکام می‌باشد (مودن‌زادگان و جهانی، ۱٤۰۰: ۳۵).

سیاســـت‌های بدون ضابطه کاهش جمعیت کیفری زندان، بدون رعایت و احراز این شرایط، اقدام به ارسال پرونده به دادگاه می‌نماید. با بررسی رویه قضایی محتمل است که دادگاه به هر جهت این پیشـــنهاد را در نوبت‌های اولیـــه نپذیرد، اما واحد اجرای احکام کیفری در راســـتای سیاســـت‌نمایی اخیر، هر ماه اقدام به ارسال پرونده می‌کند تا در نهایت برای دادگاه چاره‌ای جز پذیرش درخواســـت به جهت تردد بیش از حد پرونـــده نماند. این چالش در پرونده‌های متعدد مشـــاهده شـــد. نظارت تحت تدابیر سامانه‌های الکترونیک نیز به همین کیفیت است.

۲-۳-۳. جنبه عمومی قتل عمد و اعطای مرخصی و عفو به محکوم‌علیه

تبصره ٤ ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری، اعطای مرخصی به محکومانی که مشمول تعلیق اجرای مجازات نمی‌باشند را منوط به تحمل یک سوم میزان مجازات کرده اســـت. با توجه به این‌که تعزیر قتل عمد همان‌طور که ذکر گردید، حبس درجه چهار و مستثنی از مقررات تعلیق اجرای مجازات است، با این حال این مقرره قدرت اجرایی کافی در رویه قضایی ندارد و با متروک شـــدن آن مواجه هستیم، از این حیث سیاســـت‌های قانونی و قضایی هم‌سو نیستند و شـــاهد اعطای مرخصی به محکومان متعدد قتل عمد بدون رعایت نص مذکور فارغ از هر گونه ضابطه هستیم. لازم به ذکر اســـت که اگرچه سابقاً اعطای عفو خصوصی به قاتلان عمدی نسبت به جنبه عمومی بزه آن‌ها ممنوع بود، اما در وضعیت و زمان کنونی اعطای عفو خصوصی به محکومان قتل عمد به موجب آیین‌نامه‌های متعدد، امری رایج است که جای تأمل دارد.

چالش‌های مذکور حکایت از مغفول ماندن جنبه عمومی قتل عمدی در واحد اجـــرای احکام کیفری و رویه قضایی ایران دارد. دادســـتان بـــه عنوان نماینده جامعه مســـئول تعقیب متهمانی اســـت که جرائم آن‌ها جامعه را با اخلال حداکثری مواجه نموده اســـت، قتل عمدی مصداق آشـــکار این اخلال جدی است و لازم است مقام تعقیب در سیاســـت‌های تعقیبی و اجرایی از رویکردهای دوگانه پرهیز نماید. روشن اســـت که دادســـتان در مرحله اجرا به حقوق جامعه در جنبه عمومی قتل عمد توجه کافی ندارد و از این حیث جامعه متضرر می‌شـــود. در پایان بحث به عبارتِ یکی از قضات اجرای احکام کیفری قتل عمدی بســـنده می‌شـــود که: «گذشت اولیای‌دم در مرحله اجرا، پرونده قتل عمدی را با توهین ساده برابر می‌نماید».

برآمد

۱- جهت تضمین حتمیت و قطعیت جنبه عمومی جرم قتل عمد در فرایند رسیدگی کیفری ایران، ضرورت دارد سیاست جنایی تقنینی با تحولاتی در حوزه‌های ماهوی و شکلی مواجه شود و اهداف واحد و منسجمی دنبال کند. رویکرد ضعیف و دوگانه قانونی در تعیین کیفر، نحوه رسیدگی و اجرای مجازات نسبت به جنبه عمومی قتل عمد، رویه قضایی را با چالش‌هایی مواجه کرده است. در این راستا پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در وهله اول شرایط زاید موضوع ماده ٦١٢ را برداشته و سپس اقدام به تعیین مجازات و ارائه معیار در دسته‌های مختلف بر اساس کیفیت قتل، سوابق مرتکب، میزان اخلال در نظم عمومی و سایر اوصاف موثر با بهره‌گیری از پرونده شخصیت به منظور ایجاد رویه قضایی یکپارچه نماید. در مسائل مرتبط با آیین دادرسی کیفری جرم قتل عمد از جمله قرار بازداشت موقت الزامی، مقرراتی را وضع کند.

۲- برخی از چالش‌های جنبه عمومی قتل عمد بدون خلاء یا ایراد قانونی به جهت ناهماهنگی سیاست جنایی قضایی با سیاست جنایی تقنینی است که لازم است سیاست جنایی قضایی در دادسرا، دادگاه و اجرای احکام کیفری، رویکرد یکپارچه‌ای در حمایت از حقوق جامعه دنبال نماید. دادستان به عنوان مدعی‌العموم پرچم‌دار حمایت از حقوق جامعه در مراحل مختلف رسیدگی کیفری نسبت به جنبه عمومی قتل عمد است. مقام تحقیق و رسیدگی باید حقوق متهم و جامعه را با تکیه بر اصل بی‌طرفی رعایت نماید و ضمن ایجاد توازن، توجه داشته باشد که مرتکب قتل عمد، حق حیات انسانی را سلب نموده است. بی‌توجهی مقامات مذکور در مراحل مختلف رسیدگی نسبت به جنبه عمومی قتل عمد، جامعه را با آسیب ثانوی و تجری مواجه می‌کند و چالش‌هایی چون عدم جدیت و فوریت در تعقیب و تحقیقات مقدماتی، مداخله مقامات قضایی فاقد صلاحیت در تحقیقات جنایی، عدم تقاضای تشدید تامین و تعقیب تمامی منازعه‌کنندگان در قتل عمد، فقدان تعقیب، تحقیق، رسیدگی و صدور حکم نسبت به جنبه عمومی قتل عمد در صورت مطالبه قصاص توسط ولی‌دم، دوگانگی نظام کیفردهی و به‌کارگیری افراطی، ناموجه و زودهنگام نهادهای ارفاقی، به همراه دارد.

۳- تـــا تنظیـــم و تصویب قانون جدید کـــه ضرورتی غیر قابل انکار اســـت، پیشنهادهای زیر برای هر یک از مراحل قابل طرح است:

۱-۳- پیشـــنهاد برای مرحله تحقیقات مقدماتی و دادســـرا: مقام‌های تعقیب و تحقیق ضمن احترام به وظیفه ذاتی و شـــئون تعقیبی و تحقیقی یکدیگر، با جدیت و فوریـــت در مواردی که اولیای‌دم مقتول شـــکایتی نمی‌کنند یا اعلام رضایت دارند یا شناسایی نمی‌شوند، نسبت به شناسایی و دستگیری مرتکبان قتل عمد و منازعه‌کنندگان در آن اقدام نماینـــد. در وظایف و اختیارات خویش با رعایت اصل بی‌طرفی همواره حقوق جامعه را لحاظ و در موارد شکایت و تقاضای قصاص ولی‌دم، نسبت به احراز شـــرایط ماده ٦١٢ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) و اتخاذ تصمیم نهایی و صدور کیفرخواســـت نســـبت به جنبه عمومی قتل عمد اقدام کنند. دادستان ضمن تعامل با نهادهای متولی و مرتبط با ســـاماندهی اتباع خارجی به ویژه افغان، اجرای کامل طرح سرشـــماری اتباع بیگانه را در حوزه خود دنبال کند و نســـبت به اتباع بیگانه متواری با همـــکاری مقام تحقیق از طریق پلیس بین‌الملل فراجـــا و اینترپل اقدامات لازم در راســـتای اســـترداد آن‌ها انجام دهد. در صورت عدم شکایت ولی‌دم یا اعلام رضایت آن‌ها بلافاصله بعد از قتل، صدور قرار بازداشت موقت مورد نظر قرار گیرد و دادستان در مقام اعتراض نســـبت به تامین غیرمتناســـب و آراء غیرقانونی، درخواست تشدید تامیـــن و فرجام‌خواهی نماید یا با اعتراض، از تخفیف مجدد مرتکب با اســـقاط حق فرجام‌خواهی جلوگیری کند.

۲-۳- پیشـــنهاد برای مرحله رســـیدگی و دادگاه: در موارد شکایت اولیای دم و تقاضای قصاص، در جلســـه تعیینی و با حضور متهم و دادستان، شرایط ماده ٦١٢ نیز بررســـی شود و زمانی که حکم به قصاص صادر می‌شود، در همان دادنامه، تعزیر ماده ٦١٢ تعیین تـــا در صورت عدم اجرای قصاص به هر جهت، تعزیر تعیینی بدون اطاله و گذر پرونده از اجرای احکام به دادگاه، اجرا شود. در صورت اجرای قصاص واحد اجرا نســـبت به جنبـــه عمومی به جهت فوت محکوم‌علیه قـــرار موقوفی اجرا صادر می‌نماید. در صورت عدم پذیرش پیشنهاد مزبور و اعتقاد به عدم امکان تشکیل جلســـه و تعیین توأمان قصاص و تعزیر، بعد از گذشت ولی‌دم، نسبت به تعیین وقت رسیدگی برای بررسی جنبه عمومی قتل عمد و ارکان آن و ابلاغ آن به دادستان، متهم

و وکیل وی اقدام شـــود. در کیفرگزینی نســـبت به جنبه عمومی قتل عمدی، سیاست روشـــن و یکپارچه‌ای را دنبال کند و هر شـــعبه یا محاکم کیفـــری یک با ایجاد رویه داخلی، قتل‌ها و مرتکبان با کیفیات مشابه را دسته‌بندی نموده و با بهره‌گیری از پرونده شخصیت، برای هر دسته محدوده خردتری از مجازات در چهارچوب تقنینی تعریف نماید. درخواســـت‌های تقلیل حبس یا اعمال آزادی مشروط و یا نظارت تحت تدابیر الکترونیکی را از حیث شرایط به دقت بررسی و با در نظر گرفتن حقوق جامعه و بیم تجری مرتکب یا دیگران اتخاذ تصمیم نماید.

۳-۳- پیشـــنهاد برای مرحله اجرای احکام کیفری: دادســـتان به عنوان رئیس اجرای احکام، از اتخاذ رویکرد دوگانه در تعقیب و اجرا نســـبت به جنبه عمومی قتل عمد خودداری نماید و به حقوق جامعه در اجرای حکم توجه نماید. نهادهای ارفاقی و شمول آن نسبت به محکوم‌علیه را با بهره‌گیری از پرونده شخصیت، به دقت بررسی و در مواردی که نوع و کیفیت قتل ارتکابی و آثار زیان‌بار آن، تجری جامعه و مرتکب را در پی دارد، از پذیرش درخواســـت آزادی مشـــروط، مرخصی و سایر سازِکارهای ارفاقی خودداری کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آخوندی، محمود (۱۳۸۹)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.

* آخوندی، محمود (۱۳۸۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد ششم، چاپ دوم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.

* آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۳)، **جرائم علیه اشخاص**، چاپ سیزدهم، تهران: میزان.

* احمدزاده، رسول و تام، مجتبی (۱۳۹۹)، **ملاحظاتی درباره قانون کاهش مجازات حبس تعزیری**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* اسدی‌نیا، شهناز (۱۳۹۹)، «**جلوه‌های اصل سرعت در آیین دادرسی کیفری نوین ایران**»، مطالعات حقوق، بهار، شماره ٤.

* اکبری، عباسعلی (۱۳۹۳)، «**جستاری در آسیب‌شناسی سیاست جنایی حاکم بر جرائم مواد مخدر**»، سلامت اجتماعی و اعتیاد، دوره ۱، شماره ۲.

* الهی‌منش، محمدرضا و مرادی اوجقاز، محسن (۱۳۹۲)، **جرائم علیه اشخاص**، چاپ نخست، تهران: مجد.

* بیگی، جمال (۱۳۹۹)، «**ابهام‌ها و چالش‌های قانونی کیفر معاونت در قتل عمدی و تبیین راهکارهای فقهی و حقوقی**»، جستارهای فقهی و حقوقی، سال ششم، شماره ۲۰.

* توجهی، عبدالعلی و قربانی قلجلو، مهدی (۱۳۹۹)، «**ممنوعیت محاکمه و مجازات مجدد در حقوق کیفری ایران و تعارض‌های آن با اسناد بین‌المللی**»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۸، شماره ٤٥.

* حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱٤۰۱)، **جرائم علیه اشخاص(قتل)**، چاپ سوم، تهران: میزان.

* حسینی، سید محمد (۱۳۹۳)، **سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران**، چاپ سوم، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

* خالقی، علی (۱۳۹٥)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ سی و دوم، تهران: شهر دانش.

* رحمـــدل، منصور (۱۳۸۵)، «**جنبه عمومی قتل عمد**»، مجله حقوقی دادگســـتری، دوره ۷۰، شماره ٥٤.
* رسولی، اسحاق، شهرام ابراهیمی و فضل‌الله فروغی (۱٤۰۰)، «**چالش‌های قضایی و اجرایی زندان‌زدایی در سیاســـت جنایی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.
* زراعت، عباس (۱۳۹۲)، **حقوق جزای اختصاصی ۱**، چاپ سوم، تهران: فکرسازان.
* ســـبزواری‌نژاد، حجـــت (۱۳۹۱)، «**نظام تعویق کیفر: از نظـــر تا عمل (مطالعه تطبیقی)**»، پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی، دوره ۱، شماره ۲.
* صبوری‌پور، مهدی (۱۳۹۷)، «**نظام‌مندسازی کیفرگزینی تعزیری در حقوق ایران**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ٤۸، شماره ۱.
* طهماسبی، جواد (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* عباچی، مریم (۱۳۹۲)، **جرم‌های مبتنی‌بر نفرت**، در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، چاپ دوم، تهران: میزان.
* عزیزی، حسین (۱۳۹۷)، «**بررسی تاثیرات حضور اتباع بیگانه در امنیت کشور با تاکید بر اتباع افغانی**»، مجله جغرافیا و روابط انسانی، دوره ۱، شماره ۳.
* عزیز محمدی، نورالله (۱۳۹۳)، **تحقیقات قضایی در قتل**، چاپ دوم، تهران: بهنامی.
* فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۹۲)، **جرم‌انگاری فایده‌گرایانه**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* قائدی، سعید (۱۳۹٦)، **حدود تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق با تاکید بر قانون آیین دادرســـی کیفری ۱۳۹۲**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، شیراز: دانشگاه شیراز.
* قائدی، ســـعید (۱٤۰۲)، «**چالش‌های قضایی ارتکاب قتل عمد توسط اتباع افغان و راهکارهای آن**»، تمدن حقوقی، دوره ٦، شماره ۱٦.
* کاتینگهام، جان (۱۳۸٤)، «**فلســـفه مجازات**»، برگردان: محســـن برهانی و ابراهیم باطنی، مجله فقه و حقوق، سال اول.
* گلدوســـت جویباری، رجب و قلی پور جمنانی، فرامرز (۱۳۹٤)، «**عدول از اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در قانون آیین دادرســـی کیفری ۱۳۹۲**»، مجله

حقوقی دادگستری، سال ۷۹، شماره ۹۲.
* لازرژ، کریستین (۱۳۹٦)، **درآمدی بر سیاست جنایی**، برگردان؛ علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: میزان.
* یوسفی، ایمان (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
* محسنی، فرید (۱۳۹٦)، **جرم‌شناسی**، چاپ دوم، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
* محسنی، فرید و رحیمیان، رضا (۱۳۹۸)، «**از کیفرگذاری تقنینی تا کیفرگزینی قضایی؛ مدل‌ها و معیارها (با تاکید بر رویه قضایی ایران)**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
* موذن‌زادگان، حسنعلی و جهانی، بهزاد (۱٤۰۰)، «**ساختار اجرای احکام کیفری ایران در پرتو اصل استقلال قضایی**»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۹، شماره ۱۸.
* موذن‌زادگان، حسنعلی و رهدارپور، حامد (۱۳۹۷)، «**اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۱.
* مهرا، نسرین (۱۳۹۸)، «**رهنمودهای تعیین مجازات در انگلستان و ولز**»، فصل‌نامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ٤۰، شماره ۳.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹٤)، **جرائم علیه اشخاص**، چاپ بیستم، تهران: میزان.
* می‌ری، دلماس مارتی (۱۳۹۸)، **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* نوربها، رضا (۱۳۷۹)، «**سیاست جنایی سرگردان**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵.

ب. انگلیسی

* Hauhart, Robert (2009). **Sentencing Guidelines: Lessons from Pennsylvania**, Contemporary Sociology, Vol. 38, No. 6.
* Morley, Andrew (2014). **Minnesota Sentencing Guidelines Commission: An analysis of sentence fairness and prison population**,

Celebrating Scholarship & Creativity Day, Paper 5.

❊ Rakoff, Jed (2013). **Why the Federal Sentencing Guidelines Should Be Scrapped**, Federal Sentencing Reporter, Vol. 26, No. 1, 6-9.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۲۰۲-۱۸۱
تاریخ دریافت: ۱٤۰۰/۱۰/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۱/۰۲/۳۰

تعدد جرم در ارتکاب توامان جرائم مزاحمت تلفنی، توهین و تهدید

جلال‌الدین قیاسی،[۱] عباس غالب‌زاده[۲]

چکیده

جرم مزاحمت تلفنی از جرائم نو و دارای ماهیت خاص است که استفاده از وسیله تلفن و سایر دستگاه‌های مخابراتی در شکل‌گیری آن موضوعیت دارد. در برخی از حالت‌ها، مرتکبان علاوه بر ایجاد مزاحمت تلفنی، افعال مجرمانه دیگری از قبیل توهین، تهدید را نیز مرتکب می‌شوند و در برخی از مواقع نیز، این وسایل صرفاً برای ارتکاب جرائم مذکور به کار گرفته می‌شود. در حالت ارتکاب توامان این بزه با جرائمی چون توهین و یا تهدید، در تشخیص اعمال مقررات تعدد اعم از مادی یا معنوی و یا عدم اعمال این مقررات، اختلاف نظرهایی مشاهده می‌شود؛ به نحوی که در رویه قضایی و دکترین حقوقی، برخی این حالت را منطبق با «جرم شامل» و دارای عنوان مجرمانه خاص «مزاحمت تلفنی»، عده دیگری تعدد معنوی و گروهی نیز تعدد مادی می‌دانند؛ افزون بر موارد یادشده، تصور تعدد نتیجه نیز در این حالت وجود دارد؛ در حالی که با بررسی استدلال‌های موجود در رویه قضایی و دکترین حقوقی و با بررسی تحلیلی ارکان بزه مزاحمت تلفنی، توهین یا تهدید، پذیرش دیدگاه دیگری که ترکیبی از تعدد معنوی (تعدد عنوان) و تعدد مادی است و این نوشتار به تفصیل آن پرداخته است، ارجح به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: مزاحمت تلفنی، تعدد معنوی، تعدد مادی، تعدد نتیجه، جرم شامل.

---

۱. دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم
jalalghiasi2001@yahoo.com
۲. دانشجوی مقطع دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسوول)
abbasghalebzadeh@gmail.com

درآمد

جرم مزاحمت تلفنی از جمله جرائم علیه شخصیت معنوی و پدیده‌ای نوظهور اســـت که آسایش افراد را مورد حمله قرار داده است. با پیشرفت تکنولوژی و اختراع گوشی‌های هوشمند و سایر دســـتگاه‌های مخابراتی و همچنین آسان شدن دسترسی عامه جامعه به آن‌ها، بزه مزاحمت تلفنی غالباً از طریق این وســـایل صورت می‌گیرد. افراد با استفاده از وسایل مخابراتی، در برخی مواقع برای دیگران صرفاً ایجاد مزاحمت می‌نماینـــد؛ گاهی عـــلاوه بر ایجاد مزاحمت و مقارن بـــا آن، جرائمی چون توهین یا تهدید را نیز مرتکب می‌شـــوند و در مواقعی هم صرفاً برای ارتکاب جرائم توهین یا تهدید، از این وســـایل استفاده می‌کنند بدون آن‌که رفتار ارتکابی مزاحمت تلفنی تلقی شود.

در ارتکاب بزه مزاحمت تلفنی به تنهایی، رویه قضایی با کمتر مشکلی مواجه اســـت، ولی در اکثر پرونده‌ها، محتوای صوت یا تصویر مبادله شـــده بین مرتکب و مخاطب، متضمن محتوای موهن و یا تهدیدآمیز است که در تشخیص اعمال مقررات تعدد اعم از مادی، معنوی، نتیجه و یـــا تلقی مجموع رفتارهای ارتکابی تحت عنوان جرم شـــامل (مزاحمت تلفنی) مشـــکلاتی را به‌وجود آورده و منتهی به صدور آرای قضایی متفاوتی شـــده اســـت؛ در حالی که هماهنگی بیـــن آرای مراجع قضایی برای جلوگیری از صدور آرای متناقض از اساســـی‌ترین اصول ضروری در نظام قضایی هر کشـــور به حساب می‌آید و مراجع قضایی برای رعایت آن باید تمام تلاش خود را به کار گیرند (عزیزیانی، ۱٤۰۱: ۱٥٤).

مقاله حاضر در تلاش برای رســـیدن ایـــن اصل ضروری و همچنین در جهت ارائه پیشنهاد، در صدد پاسخ به این سوال است که در موارد ارتکاب بزه‌های توهین و تهدید از طریق تلفن یا ارتکاب توامان این بزه‌ها با بزه مزاحمت تلفنی، چند بزه قابل تحقق است و حدوث این حالت را باید منطبق با کدام حالت از تعدد جرم دانست.

با اصلاح ماده ۱۳٤ قانون مجازات اســـلامی مصـــوب ۱۳۹۲ به موجب قانون کاهـــش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ و شـــمول اعمال مقررات تعدد مادی جرم نســـبت به جرائمی که دارای مجازات‌های تعزیری درجه هفت و هشت هستند، طبق بند ت این ماده، (جرم مزاحمت تلفنی نیز جزء این دســـته‌ها اســـت) تشخیص

حالت‌های تعدد جرم از اهمیت به‌ســـزایی برخوردار اســـت. پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی، تعریـــف دقیقی از جرم مزاحمت تلفنی ارائه می‌دهد و ضمن تبیین حد و مرز هر یک از انواع حالات تعدد، فرض ارتکاب جرائم توهین، تهدید از طریق تلفـــن و یا ارتکاب توامان آن‌ها با بزه مزاحمت تلفنی را با اشـــاره به رویه قضایی و دکترین حقوقی مورد تحلیل قرار می‌دهد. این نکته یادآور می‌شود که جرائم توهین و تهدید از باب غالب عنوان شده است، اما اختلاف‌های موجود تنها به این رفتارها ختم نمی‌شـــود و با توجه به تبیین و تفکیک رفتار فیزیکی این بزه‌ها از یکدیگر به‌ویژه بزه مزاحمت تلفنی، در نمونه‌های دیگر هم می‌توان مسأله را حل نمود. برای انطباق فرض تحقیـــق یعنی ارتکاب توامان بزه‌های مزاحمـــت تلفنی، توهین و تهدید با حالت‌های تعدد، بررســـی ارکان این بزه‌ها از اهمیت به‌سزایی برخوردار است که ابتدا به صورت مختصر به آن پرداخته می‌شود. سپس چهار دیدگاه ارائه شده در خصوص تعدد چنین فروضی بیان و نقد می‌شود و در پایان دیدگاه مختار در این مقاله ارائه می‌شود.

۱. مزاحمت تلفنی

۱-۱.تعریف

قانون‌گذار از واژه «مزاحمت» و یا جرم «مزاحمت تلفنی» تعریف مشـــخصی ارائه نکرده است و صرفاً در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ برخی از مصادیـــق مزاحمت از جمله مزاحمت ملکی (مـــاده ٦٩٠)، مزاحمت برای بانوان و اطفال (ماده ٦١٩) و مزاحمت تلفنی (ماده ٦٤١) را جرم‌انگاری و برای آن‌ها مجازات تعیین کرده است. واژه «مزاحمت» در لغت به معنای «ممانعت و تعرض و معارضه و بازداشتگی، زحمت و تصدیع و آزردگی، زحمت دادن، رنج رسانیدن، زحمت کردن، انبوهی و فشار بر یکدیگر، تنگی نمودن بر کسی» (دهخدا، ١٣٤٥: ٢٧٣٩) آمده است و در تعریف جرم مزاحمت تلفنی آورده‌اند: مزاحمت «مفهومی عرفی است که حسب مورد باید با لحاظ نفس رفتار، شـــخصیت طرف، زمان ارتـــکاب، دفعات اقدام، نوع وســـیله ارتکاب و امثال آن‌ها ارزیابی شود» (آقایی‌نیا، ۱۳۹۲: ۲۲۸)؛ بنابراین با توجه به عدم تعریف دقیقی از این جرم از سوی قانون‌گذار، برای یافتن مصادیق آن ناگزیر باید به عرف مراجعه کرد. در تشـــخیص مصادیق مزاحمت تلفنی می‌توان بیان داشت که نحوه اســـتفاده از تلفن در نظر عرف مشخص است و به نظر می‌رسد فلسفه وضع

جرم‌انگاری مزاحمت تلفنی از سوی قانون‌گذار، مقابله با اشخاصی است که به استفاده نادرســـت و غیر مجاز از این وسیله روی آورده‌اند و به دیگر سخن، شخص فاعل با استفاده سوء از وسیله تلفن و یا سایر دستگاه‌های مخابراتی، برای دیگران به نحوی از انحاء ایجاد مزاحمت می‌نماید.

۲-۱. رکن قانونی

قانون‌گذار در بیان رکن قانونی بزه مزاحمت تلفنی در ماده ٦٤١ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۷۵ بیان می‌دارد: «هرگاه کســـی به وســـیله تلفن یا دستگاه‌های مخابراتی دیگر برای اشـــخاص ایجاد مزاحمت نماید علاوه بر اجرای مقررات خاص شـــرکت مخابرات، مرتکب به حبس از یک تا شـــش ماه محکوم خواهد شـــد». طبق ماده ١٠٤ قانون مجازات اســـلامی اصلاحی ۱۳۹۹ این جرم قابل گذشت است و طبق تبصره این ماده، حداقل و حداکثر آن با توجه به این‌که مجازات آن، درجه هفت است به نصف تقلیل یافته اســـت. با این اوصاف در حال حاضر، حداقل مجازات این جرم پانزده روز و حداکثر آن ســـه ماه حبس اســـت و طبق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجازات آن درجه هشت محسوب می‌شود.

۳-۱. رکن مادی

در بیـــان رکن مادی بزه مزاحمت تلفنی، ابتدا باید به رفتار فیزیکی آن اشـــاره شود. رفتار فیزیکی این بزه با توجه به ماده ٦٤١ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ ، «ایجاد مزاحمت» است که تنها به صورت فعل امکان‌پذیر است و می‌تواند به اشکال گوناگون از قبیل تماس صوتی، پیام کوتاه یا تک زنگ، زنگ زدن و قطع کردن، فوت کـــردن، تولید صداهای مهیب یا نامتعارف، بیان مطالـــب آزاردهنده، اخبار دروغین و غیره نمایان شود. این نکته نیز قابل ذکر است که محتوای تماس صوتی یا پیام می‌تواند عبارات حاوی الفـــاظ توهین‌آمیز، تهدید و عبارات مجرمانه دیگر یا صرفاً اعمال غیر مجرمانه همانند حرف‌های بی‌ربط باشد و رفتاری را می‌توان مزاحمت‌آمیز تلقی کرد که از نظر عرف، نوعاً مزاحمت‌آمیز باشد.

مزاحمت تلفنی جرمی ســـاده اســـت؛ زیرا از افعال و اقدامات متعدد و متنوع تشکیل نشده است (حبیب‌زاده و علی‌پور، ۱۳۹۱: ٦٥). علاوه بر آن، عنصر مادی این جرم، در یک زمان اتفاق می‌افتد و تحقق آن نیازمند تکرار رفتار فیزیکی نیســـت؛ زیرا

ماده ٦٤١ قانون مذکور اطلاق داشته و قانون‌گذار نیز صرفاً بر «ایجاد مزاحمت» تاکید می‌نماید؛ لذا مقید کردن این جرم به تکرار رفتار، نیاز به نص قانون دارد و یا باید تکرار در معنا و مفهوم جرم نهفته باشد.

رفتار فیزیکی این بزه، به علت استفاده از وسیله تلفن و یا دستگاه‌های مخابراتی، ماهیتی متفاوت از سایر جرائم دارد و متشکل از دو رکن، مبدا و مقصد است. برای نمونه در تماس صوتی، مبدا همان برقراری تماس از ناحیه مرتکب و مقصد»دریافت تماس و به صدا درآمدن تلفن مخاطب است؛ هر چند که عرف این دو رکن را به علت فاصله کوتاه و غیر قابل توجه بین آن‌ها، تنها یک رفتار تلقی می‌کند.

٤-١. نتیجه جرم

نکته دیگری که در بحث عنصر مادی بزه مزاحمت تلفنی، پرداختن به آن از اهمیت بالایی برخوردار است، مطلق یا مقید بودن این بزه است. به عبارت دیگر، آیا برای تحقق این جرم علاوه بر ارتکاب رفتار فیزیکی آن، نتیجه دیگری نیز شرط است یا خیر. برخی از نویسندگان اعتقاد بر مقید بودن این جرم دارند و عنوان می‌کنند: ایجاد مزاحمت در ماده ٦٤١ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اشاره به حصول نتیجه مجرمانه داشته و در این جرم لازم است که اقدامات بزهکار متوجه فردی خاص بوده و جسم یا روان او را مورد حمله قرار داده باشد و اگر فردی برای دیگری یک پیام ارسال کند، جرم زمانی تحقق پیدا می‌کند که مخاطب آن پیام را رویت و قرائت کند و تا قبل از رویت، رفتار در مرحله شروع به جرم قرار دارد (حبیب‌زاده و علی پور، ۱۳۹۱: ۷۲). همچنین صدور رای وحدت رویه شماره ۷۲۱ مورخ ۱۳۹۰/٤/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور را دلیل دیگری بر مقید بودن این جرم دانسته‌اند. حقوق‌دان دیگری به همین منوال این جرم را مقید به حصول نتیجه مجرمانه می‌داند و اذعان می دارد در مزاحمت تلفنی باید نتیجه مقصود مرتکب محقق شود (اردبیلی، ۱۳۹۳: ٢٦). یکی دیگر از حقوق‌دانان نیز در بیان سوء نیت خاص این بزه بیان می‌کند به علت آن‌که نتیجه جرم یعنی مزاحمت، شرط وقوع جرم است، سوء نیت خاص یعنی قصد ایجاد نمودن مزاحمت نیز باید احراز شود (آقایی‌نیا، ۱۳۹۲: ۲۳۱). نویسندگان مذکور قید «ایجاد مزاحمت» در ماده ٦٤١ را دلیل بر مقید تلقی نمودن این بزه می‌دانند؛ در حالی‌که این ماده اطلاق دارد؛ نصی نه بر به عادت بودن جرم یا

مقیـــد بودن آن وجود ندارد و عبارت «ایجـــاد مزاحمت» در متن این ماده، نفس جرم اســـت و نه شرط آن؛ به عبارت دیگر، رفتار فیزیکی این جرم همان «ایجاد مزاحمت» اســـت و این رفتار نیز مقید به نتیجه‌ای نشده است؛ زیرا زمانی می‌توان جرمی را مقید تلقی نمود که تحقق آن مقید به حصول نتیجه مجرمانه، یعنی صدمه و خسارت باشد (صانعی، ۱۳۸۲: ۳٤۹). یا قانون‌گـــذار در زمان تعریف جرم، نتیجه حاصل از جرم و خسارت وارده بر بزه‌دیده را از عوامل تشکیل دهنده جرم محسوب نماید (علی‌آبادی، ۱۳۹۲: ۹۳). در ایـــن موضوع نیز زمانـــی می‌توان جرم مزاحمت تلفنی را مقید قلمداد کرد که قانون‌گذار در متن ماده «تماس مخابراتی» را «رفتار» تلقی می‌نمود و مزاحمت را شـــرط آن؛ در حالی که در عنصر قانونی این جرم، چنین موضعی اتخاذ نشده است و لذا دلیلی بر مقید تلقی کردن این جرم وجود ندارد.

در ســـال ۱۳۹۰ اختلاف مراجع قضایی و صـــدور آرای متفاوت در خصوص تعیین دادگاه صالح به رســـیدگی جرم مزاحمت تلفنی، منتهی به صدور رای وحدت رویه شماره ۷۲۱ مورخ ۱۳۹۰/٤/۲۱ شد. در این رای آمده است: «وقوع بزه مزاحمت برای اشـــخاص به وسیله تلفن یا دستگاه‌های مخابراتی دیگر موضوع ماده ٦٤۱ قانون مجازات اسلامی منوط به آن است که نتیجه آن که مقصود مرتکب است محقق گردد؛ بنابرایـــن در مواردی که اجرای مزاحمت از یک حوزه قضایی شـــروع و نتیجه آن در حوزه قضایی دیگر حاصل شود، محل حدوث نتیجه مزبور، محل وقوع جرم محسوب و مناط صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده نیز همین امر خواهد بود ...». برخی از قائلان به مقید بودن جرم مزاحمت تلفنی، در تایید نظر خود به این رای استناد می‌کنند.

ظاهر ایـــن رای وحدت رویه در ابتدا مقید بودن ایـــن جرم را به ذهن متبادر می‌نماید، اما با مداقه در گزارش پرونده و فلسفه جرم‌انگاری این رفتار و اطلاق ماده ٦٤۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، باید جرم را مطلق دانست؛ زیرا:

نخست، موضوع رای وحدت رویه، اختلاف در صلاحیت محلی یعنی مقررات شکلی محل رسیدگی به جرم است و نمی‌توان آن را به موارد دیگر، از جمله مقررات ماهوی تعمیم داد؛

دوم، رفتار فیزیکی جرم مزاحمت تلفنی به علت اســـتفاده از وسیله تلفن و یا دستگاه‌های مخابراتی دیگر، ماهیتی متفاوت از دیگر جرائم دارد و همین امر، موجبات

برداشـــت اشتباه را فراهم آورده است؛ زیرا رفتار فیزیکی این جرم به تنهایی دارای دو رکن، مبدا و مقصد است؛ (هر چند که به علت فاصله بسیار کم بین این دو، عرف آن را یک رفتار تلقی می‌کند) یعنی صرف نظر از آن‌که این جرم ساده (غیر مرکب) است، ولی رفتار فیزیکی آن از دو قســـمت تشکیل می‌شود که به نظر، مقصود رای وحدت رویـــه از عبارت «اجرای مزاحمت از یک حوزه قضایی شـــروع و نتیجه آن در حوزه قضایی دیگر حاصل شـــود»، اشاره به رکن دوم رفتار فیزیکی این جرم است نه نتیجه حاصـــل از رفتار. ناگفته نماند هر گاه جرائم دیگری از قبیل توهین، تهدید و افترا که جز جرائم مطلق محسوب می‌شوند از طریق دستگاه تلفن ارتکاب یابند رفتار فیزیکی آن‌ها نیز متشـــکل از دو رکن به شرح فوق خواهد بود. نتیجه غیر متعارف مقید تلقی کردن جرم مزاحمت تلفنی، به علت اشـــاره رای وحـــدت رویه مذکور به قید نتیجه، آن اســـت که؛ در صورتی که جرائم توهین، تهدید یا افترا از طریق تلفن و یا ســـایر دســـتگاه‌های مخابراتی رخ دهد باید آن‌ها را جرم مقید تلقی کرد؛ زیرا در آن صورت نیز ارتکاب رفتار فیزیکی این جرائم از یک حوزه قضایی شروع و نتیجه آن در حوزه قضایی دیگر محقق می‌شـــود؛ در حالی که اســـتماع الفاظ توهین‌آمیز، تهدیدآور و یا افترا، با وجود آن‌که شـــرط تحقق رکن مادی این جرائم هستند، نتیجه مجرمانه آن‌ها محسوب نمی‌شوند.

ســـوم، در استدلال معاون قضایی دیوان عالی کشـــور در گزارش پرونده رای مذکور آمده است: «در تشخیص محل وقوع جرم مزاحمت تلفنی و صلاحیت مرجع رســـیدگی‌کننده به آن در مواردی که قسمتی از فعل تشـــکیل‌دهنده آن از یک حوزه قضایی صادر و حاصل آن در حوزه قضایی دیگر بروز نموده و کامل شود، رویه‌های مختلف اتخاذ نموده‌اند». پر واضح اســـت دیوان عالی کشور اثر رفتار مرتکب یا همان محل بروز و نمایان شـــدن آثار اقدامات مرتکب را، نه به عنوان نتیجه جرم، بلکه به عنوان بخشـــی از رفتار فیزیکی تشـــکیل دهنده رکن مادی بزه مزاحمت تلفنی تلقی می‌کند.

چهارم، قید «ایجاد مزاحمت» در ماده ٦٤١ صرفاً اشـــاره به رفتار فیزیکی جرم مذکور دارد و نه نتیجه آن. بـــه عبارت دیگر، مرتکب باید رفتار نوعا مزاحمت‌آمیزی ایجاد کند؛ هر چند که مخاطب آزرده خاطر نشود و آرامش وی متزلزل نگردد.

۵-۱. رکن معنوی

با توجه به اصل عمدی بـــودن جرائم، مزاحمت تلفنی نیز جزء جرائم عمدی محسوب می‌شود. همچنین تحقق عنصر روانی این بزه، علاوه بر سوء نیت عام (عمد در رفتار) نیازمند سوء نیت خاص یعنی قصد خاص مزاحمت نیز است و لذا در موارد شماره‌گیری ناشی از اشتباه توسط مرتکب، به علت عدم وجود سوء نیت خاص، جرم تحقـــق پیدا نمی‌کند (حبیب‌زاده و علی‌پور، ۱۳۹۱: ۷۵). البته اگر محتوای یک مکالمه آزار دهنده باشـــد و مرتکب نیز به آن علم داشته باشد باید با توجه به پذیرش «قصد غیر مستقیم» در ماده ١٤٤ قانون مجازات اسلامی، عقیده بر کامل شدن رکن روانی این جرم داشت. در تایید این ادعا برخی از حقوق‌دانان قصد غیر مستقیم یا تبعی را برای احراز مسئولیت کافی می دانند (میرمحمدصادقی، ۱/۱۳۹۲: ۱۰۸). در فقه از قصد غیر مستقیم به نیت تبعی تعبیر شده است (محمدخانی، ۱۳۹۵: ۲۷۸).

۲. جرم توهین

ماده ٦٠٨ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ به بیان رکـــن قانونی جرم توهین پرداخته و به موجب بنـــد ج ماده ۱ قانون کاهش مجازات حبـــس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ مجازات این جرم به جزای نقدی درجه شـــش تبدیل شـــده اســـت. در بیان رکن مادی توهین باید اذعان داشـــت این جرم مطلق و نیازمند نتیجه خاصی نیســـت. همچنین صرف عمد (سوء نیت عام) و آگاهی به موهن بودن رفتار کافی است و لذا وجود سوء نیت خاص یا همان قصد تخفیف و تحقیر مخاطب ضرورت ندارد (میرمحمد صادقی، ٤/١٣٩٩: ٣١ -٣٢).

۳. جرم تهدید

جرم تهدید نیز در ماده ٦٦٩ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی دارای مجازات شـــلاق تا هفتاد و چهار ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال است که طبق تبصره ماده ١٠٤ قانون مجازات اســـلامی اصلاحی ۱۳۹۹ به علت قابل گذشـــت بودن، حداقل و حداکثر مجازات حبس آن به نصف تقلیل می‌یابد، اما در هر صورت مجازات آن طبق ماده ۱۹ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ درجه شش محسوب می‌شود. علاوه بر این، جرم تهدید با توجه به اطلاق ماده ٦٦٩ و عبارت «اعم از این‌که به این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد»، مطلق

و به نظر صرف عمد در رفتار یا همان وجود سوء نیت عام کافی است و سوء نیت خاص در آن شرط نیست.

٤. دیدگاه‌های مختلف در رویه قضایی

بیان شد که بزه مزاحمت تلفنی گاه مقارن با جرائم دیگری از قبیل توهین و تهدید به وقوع می‌پیوندد و یا در مواقعی مرتکب، بزه‌های توهین و تهدید را از طریق وسیله‌های مخابراتی انجام می‌دهد؛ به نحوی که در این خصوص دکترین حقوقی و رویه قضایی برای تشخیص عنوان یا عناوین مجرمانه منطبق با رفتارهای ارتکابی یا شمول مقررات تعدد بر این رفتارها با اختلاف نظر مواجه‌اند. در ارتکاب توامان بزه مزاحمت تلفنی به همراه بزه‌های توهین و تهدید، غالباً سه دیدگاه مختلف در رویه قضایی و دکترین حقوقی و حتی چهار دیدگاه وجود دارد. در دیدگاه نخست، حالت ارتکاب توامان بزه‌های مزاحمت تلفنی و توهین و یا تهدید را عنوان «جرم شامل» و تنها قائل بر تعیین مجازات جرم مزاحمت تلفنی هستند. در دیدگاه دوم برخی از حقوقدانان و رویه قضایی معتقد بر تحقق تعدد معنوی (تعدد عنوان) هستند. در دیدگاه سوم نیز ممکن است تصور حالت تعدد نتیجه به ذهن خطور کند و در نهایت طبق دیدگاه چهارم، عده‌ای فرض را بر تعدد مادی می‌گذارند. در ادامه هر یک از دیدگاه‌ها، مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت نظر مختار ارائه می‌شود.

٤-١. دیدگاه نخست

دیدگاه نخست که در رویه قضایی نیز بعضاً از آن پیروی نموده‌اند و نظریات مشورتی هماهنگ با این دیدگاه صادر شده است، فرض ارتکاب توامان بزه‌های مزاحمت تلفنی، توهین و تهدید را «جرم شامل» و عنوان مجرمانه «مزاحمت تلفنی» را مناسب این حالت می‌دانند. در جرم شامل، هر چند که طبق بند د ماده ١٣٤ قانون مجازات اسلامی اصلاحی مصوب ۱۳۹۹، مقررات تعدد جرم اعمال نمی‌شود، اما به علت متعدد بودن رفتارها، مقنن حکم آن را در بخش مقررات تعدد جرم بیان می‌کند. در این حالت فردی مرتکب چند رفتار می‌شود که هر یک از این رفتارها دارای یک عنوان مجرمانه قابل تعقیب است، اما در قانون، جمع این جرائم تحت یک عنوان مجرمانه خاص معرفی شده است (الهام و برهانی، ۱۳۹۷: ۲۳۲). برای نمونه، اگر افرادی با حمل سلاح و هتک حرمت منزل و آزار و یا تهدید مرتکب سرقت شوند

مجموع این جرائم در قانون با ماده ٦٥١ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ قابل مجازات است. به عبارت دیگر این حالت مشمول بند د ماده ١٣٤ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹ است. در این بند آمده است: «در صورتی که مجموع جرائم ارتکابی در قانون عنوان مجرمانه خاصی داشته باشد، مقررات تعدد جرم اعمال نمی‌شود و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شود». هر چند قانون‌گذار و برخی از حقوق‌دانان چنین حالتی را «عنوان مجرمانه خاص» می‌نامند، ولی به نظر «جرم شامل» که پاره‌ای از حقوق‌دانان برای تعبیر این حالت استفاده می‌کنند عبارت رساتری است (طاهری‌نسب، ۱۳۷۹: ۱۰۲؛ زراعت، ۱۳۹۲: ۷۹).

در رویه قضایی آرایی مطابق این دیدگاه صادر شده است. برای نمونه، شعبه ١١٦٤ دادگاه عمومی جزایی تهران در دادنامه‌ای بیان می‌دارد: «تهدید و توهین از طریق تلفن، جرم خاص مزاحمت تلفنی است» و فاعل را تنها به مجازات این جرم محکوم نموده است. این رای نیز در شعبه ۵۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۰۱۵۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۱ تایید شده است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۳: ١٤٤).[1] در این دادنامه به نظریه مشورتی شماره ۷/۵۷۱۲ مورخ ۱۳۹۰/٦/۱۲ اداره حقوقی قوه قضاییه که در آن، تهدید و توهین از طریق تلفن را، جرم خاص مزاحمت تلفنی (جرم شامل) تلقی نموده، استناد شده است. سابقه این دیدگاه، در آراء دیوان عالی کشور هم به چشم می‌خورد. شعبه چهارم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰٦٤۰۰۰٦٤ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۷، در رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی، جرم توهین به همراه جرم مزاحمت تلفنی را، عنوان خاص مزاحمت تلفنی (جرم شامل) تلقی کرده است. قسمتی از دادنامه مذکور بدین شرح است: «با توجه به این‌که پیامک‌های تلفنی به وسیله تلفن همراه صورت پذیرفته است و با التفات به این که منظور مقنن از مزاحمت تلفنی، ارتکاب هر گونه اقدامی است که توسط مرتکب انجام شده و برای مخاطب ایجاد مزاحمت نماید و استعمال الفاظ موهن و توهین‌آمیز و آزاردهنده نیز که به طریق ارسال پیام تلفنی به وسیله تلفن همراه باشد از وصف مزاحمت برخوردار می‌باشند و توهین مورد نظر دادگاه بدوی مزبور هم که مرجع تجدید نظر یادشده از طریق صدور دادنامه مارالذکر

۱. به نقل از گروه پژوهشی چراغ دانش، ۱۳۹۵: ٦٧.

مبـــادرت به پذیرش و تایید آن نموده اســـت منصرف از جهـــات فوق نبوده و بزهی مســـتقل از حاصل نموده‌اند محســـوب نمی‌گردد تا کیفری سوای مجازات مزاحمت تلفنی مترتب بر آن باشـــد» (پژوهشکده اســـتخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹٤: ۲۵۳-۲۵٤).[۱]

همچنین برخی از نظریات مشورتی صادره از اداره حقوقی قوه قضاییه در رابطه با موضوعات مرتبط با بزه مزاحمت تلفنی، مطابق با این دیدگاه است. برای نمونه اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشـــورتی شـــماره ۷/۹۲/۹۵۱ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲٦ و در پاسخ به سوالات مرتبط با موضوع بحث، اذعان داشته: «اگر تماس تلفنی به طور مکرر و توام با توهین باشد یا ارسال پیامک‌های تلفنی با محتوی توهین‌آمیز بیش از یک بار صورت گیرد، چون مجموع اعمال ارتکابی در قانون، عنوان مجرمانه خاص مزاحمت تلفنـــی تلقی می‌شـــود، لذا مجازات مرتکب طبق تبصره ۲ مـــاده ۱۳٤ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ (بند د ماده ۱۳٤ همین قانون اصلاحی ۱۳۹۹) تعیین می‌شود، اما تماس تلفنی یک بار توام با توهین یا ارســـال یـــک پیامک با محتوی توهین آمیز فقط توهین تلقی می‌شـــود؛ با این حال تطبیق اعمال ارتکابی متهم با عناوین مجرمانه مقرر در قانون به عهده قاضی رســـیدگی کننده اســـت». در نظریات مشورتی شماره ۳۹۵۷/۷ مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۵، شـــماره ۱۸۱۳/۷ مورخ ۹/۷/ ۱۳۹۱ و شـــماره ۳٤۰۲/۷ مورخ ۱۳۸۹/٦/۹ نیز همین دیدگاه مورد پذیرش قرار گرفته است.

به نظر می‌رســـد رویه مذکور و تلقی جرم شامل برای مجموع افعال مجرمانه (مزاحمت تلفنی، توهین و یا تهدید)، خالی از اشـــکال نباشـــد؛ چگونه ممکن است شـــخصی که به دفعات و با به کار بردن رکن مادی جرائـــم گوناگون، همانند تهدید دارای مجازات (تا هفتاد و چهار ضربه شـــلاق و یک ماه تا یک‌ســـال حبس)، توهین (جزای نقدی درجه شش) و مزاحمت تلفنی (پانزده روز تا سه ماه حبس) اقدام نموده است، تنها تحت یک عنوان مجرمانه (بزه مزاحمت تلفنی) که مجازات کمتری نسبت به بزه تهدید دارد محکوم شـــود؟ آیا به جای ســـخت‌گیری بیشتر نسبت به بزهکار با وجود ارتکاب بزه‌های متعدد، به وی تخفیف داده نشـــده است؟ نهایتاً آیا تلقی چنین تعریفـــی از بند د ماده ۱۳٤ صحیح بوده و محمـــل قانونی دارد؟ در فرض آن‌که یکی

۱. به نقل از: گروه پژوهشی چراغ دانش، ۱۳۹۵: ۵۳.

از افعال مجرمانه مذکور مشـــمول حد قذف باشد چه رویکردی باید پیش گرفت؛ در حالی که جرم قذف جز جرائم با مجازات حدی و غیر قابل تغییر و تبدیل اســـت؟ از طرف دیگر بند د ماده ۱۳٤ قانون مجازات اســـلامی تنها مشـــمول حالتی است که در قانون به صراحت رفتارهای مشـــخص و متعدد که غالباً خود به تنهایی دارای عنوان مجرمانه و قابل مجازات هســـتند تحت یک عنوان مجرمانه واحد جرم‌انگاری، و برای آن‌ها تعیین کیفر شده است و غالباً نیز به علت وجود چنین شرایط و اوضاع احوالی، مجازات در خور توجهی برای آن پیش‌بینی می‌شـــود. به عبارت دیگر اعمال مجرمانه مذکور باید به صورت دقیق و شفاف توسط قانون‌گذار تصریح شده باشد؛ در حالی که در جرم مزاحمت تلفنی چنین سیاستی از سوی مقنن اتخاذ نشده است. از طرف دیگر اصل بر جاری بودن قواعد تعدد جرم است و جرم شامل یک استثناء قانونی است که خلاف اصل محســـوب می‌شود و در استثناء باید به قدر متیقن اکتفا و از گسترش آن جلوگیـــری نمود. در مانحن فیه نیز مرتکـــب موجب نقض ارزش‌های اخلاقی متعدد شـــده که مستحق سرزنش قانونی متعدد اســـت؛ بنابراین دلیلی بر تلقی این حالت به عنوان جرم شامل وجود ندارد و وسعت دادن به ماده مذکور و برداشت‌های ناصحیح از دامنه آن و جا دادن رفتارهای غیر مصرح در قلمرو این ماده، غیر منطقی اســـت و دخالت در امر قانون‌گذاری محسوب می‌شود.

مثال‌هایی که نویســـندگان کتب حقوقی به عنـــوان مصداق‌هایی از رفتارهای مجرمانه متعدد که جرم شـــامل هستند ارائه داده‌اند نیز با این استدلال مطابقت می‌کند. بـــرای نمونه، جرم نهب و غارت موضوع ماده ٦٨٣ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۷۵ (شـــمس ناتری و دیگران، ۱۳۹٦: ۳٦۷)، ماده ٦٥٦ همین قانون که شکســـتن حرز محل سکنی برای سرقت را دو جرم ورود غیر مجاز به منزل اشخاص و سرقت محســـوب ننموده و هر دو این رفتار را تحت لوای جرم واحد ســـرقت با هتک حرز تلقی می‌نماید (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۱۸۱؛ الهام و برهانی، ۱۳۹۷: ۲۳۲).

با این تفاســـیر باید قائل بر این نظر شد که ارتکاب توامان بزه مزاحمت تلفنی به همراه توهین و یا تهدید مشـــمول بند د ماده ۱۳٤ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹ نیست و در صورتی که فرد علاوه بر ایجاد مزاحمت تلفنی، مرتکب بزه توهین و تهدید نیز شود؛ اعم از این‌که تمامی افعال مجرمانه در یک ارتباط مخابراتی و یا در

چند ارتباط مخابراتی باشد، مشمول عنوان جرم شامل نیست، بلکه در صورت وقوع ارکان تمامی جرائم مذکور، باید اعتقاد بر تحقق مستقل تمامی این جرائم به صورت جداگانه داشت که در ادامه این مقاله، به صورت دقیق تر بررسی و مطرح می‌شود.

۲-٤. دیدگاه دوم

دیدگاه دوم علاوه بر این‌که در رویه قضایی طرفدارانی دارد، برخی از حقوق‌دانان نیز از این نظر پیروی نموده‌اند. در این دیدگاه، حالت ارتکاب توامان بزه مزاحمت تلفنی به همراه جرائم دیگر توهین و یا تهدید را تعدد معنوی (تعدد عنوان) می‌دانند و قائل بر آنند که مرتکب تنها به مجازات جرم اشد محکوم می‌شود. برای نمونه، شعبه ۱۰۳۳ دادگاه عمومی جزایی تهران، ارتکاب توهین و ایجاد مزاحمت تلفنی از طریق پیامک‌های ارسال شده از ناحیه فاعل را، با این استدلال که رفتار واحد از ناحیه متهم دارای عناوین مجرمانه متعدد است، به مجازات اشد جرم مزاحمت تلفنی محکوم کرده است. این رای در شعبه ۳۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۹۰۰۷٤٥ مورخ ۱۳۹۳/٦/۱۲ تایید شده است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹٦: ۱۷۷). در رای مذکور، به عبارت «متن پیامک‌های ارسال شده» آمده که نشان می‌دهد پیامک واحد نبوده و لذا رفتارهای متعددی از ناحیه فاعل جرم سر زده است (به نقل از گروه پژوهشی چراغ دانش، ۱۳۹۵: ۸۲). در پرونده دیگری که پیامک‌های ارسالی از ناحیه متهم علاوه بر ایجاد مزاحمت، حاوی توهین و تهدید بوده است، به‌رغم تلقی آن‌ها به عنوان تعدد جرم از سوی دادگاه بدوی، شعبه ۲۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۰۳۵۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ همه موارد را فعل واحد دارای عناوین مجرمانه متعدد تلقی کرده و تنها مجازات جرم مزاحمت تلفنی را استوار دانسته و دادنامه سابق را نسبت به مابقی اتهامات نقض نموده است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹٤: ۲۳۳-۲۳٤).

در رابطه با فرض مذکور، نظریات مشورتی نیز وجود دارد. در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۵۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۳/۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه آمده است: «... اگر تحقیقات انجام یافته حاکی از این باشد که مرتکب قصد ایجاد مزاحمت داشته و به کار بردن الفاظ توهین‌آمیز نیز در راستای این قصد؛ یعنی با استفاده از دستگاه

مخابراتی به قصد ایجاد مزاحمت، الفاظ توهین آمیز نیز بوده است، عمل وی می‌تواند از مصادیق تعدد معنوی ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ باشد ...» همچنین در قسمتی از نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۹۱۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۸ عنوان شده است: «در صورتی که شخصی با سوء استفاده از دستگاه مخابراتی با فعل واحد هم ایجاد مزاحمت کند و هم به دیگری توهین نماید، در اینجا می‌توان ارتکاب تعدد معنوی جرائم مزبور یعنی مزاحمت تلفنی و توهین را پذیرفت که در این صورت مطابق ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باید عمل گردد ...» (به نقل از بسامی، ۱۳۹۸: ۸۲-۸۳). در بین اساتید و نویسندگان حقوقی نیز برخی از این دیدگاه پیروی نموده‌اند. یکی از حقوق‌دانان در این رابطه عنوان می‌کند: «در صورت ایجاد مزاحمت تلفنی توام با ارتکاب جرائم دیگری از قبیل توهین، مقررات تعدد معنوی اعمال می‌گردد» (میرمحمدصادقی، ٤/١٣٩٩: ١٣٦) و برخی دیگر اذعان دارند: «اصولاً دفعات تماس تلفنی نه شرط وقوع تعدد مادی است و نه یک بار تماس تلفنی شرط وقوع تعدد معنوی» (اردبیلی، ۱۳۹۳: ٢٤). همچنین در ارتکاب جرم مزاحمت تلفنی توام با توهین، قواعد تعدد معنوی را جاری دانسته‌اند (دانشخواه، ۱۳۹۲: ١٥٤) و در مقابل، بعضی عنوان نموده‌اند که موضوع عمل واحد مشمول دو عنوان مجرمانه مستقل نیست و احتمال تعدد معنوی را ضعیف دانسته‌اند (زراعت، ۱۳۹۲: ٨٦).

به نظر نمی‌توان به طور مطلق، ارتباط مخابراتی واحد اعم از تماس یا پیامک را رفتار واحد تلقی و این حالت را تعدد معنوی تلقی کرد، بلکه باید حالت‌های متعدد را به صورت جداگانه از یکدیگر تفکیک نمود و در هر مورد مشخص کرد که آیا مرتکب طی تماس مخابراتی اعم از تماس واحد یا متعدد، علاوه بر به کار بردن عبارت توهین‌آمیز و یا تهدیدآور رفتار دیگری را که تشکیل دهنده رکن مادی بزه مزاحمت تلفنی است به کار برده است یا خیر. به نظر می‌رسد تماس مخابراتی واحد به معنای رفتار واحد نیست و این احتمال وجود دارد که فاعل در طی تماس واحد، رفتارهای متعدد که تشکیل دهنده جرائم متعدد از قبیل توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی باشد را به کار گیرد. برای مثال، شخص مرتکب ضمن تماس با مخاطب و پس از بازگو نمودن مطالبی که عرفاً آزار دهنده است و یا حتی بیان حرف‌های بی‌ربط که عرف آن را مزاحمت‌آمیز تلقی می‌کند، حین قطع ارتباط، او را مورد اهانت نیز قرار

دهد یا برای طرح شـــکایت قانونی تهدیـــد کند. در این فرض نمی‌توان تماس واحد مرتکب را رفتار واحد تلقی کرد؛ زیرا رفتار فیزیکی هر یک از این جرائم، به صورت جداگانه توســـط مرتکب محقق شـــده و در مثال فوق، اگر مرتکب بدون به کار بردن الفاظ موهن یا تهدیدآمیز تماس را قطع می‌نمود، همان میزان رفتار وی می‌توانســـت موجد عنوان بزه مزاحمت تلفنی باشد. برای نمونه، شخصی در طی یک تماس تلفنی به دیگری فحاشـــی کنـــد و پس از آن با به کار بردن مطالـــب آزار دهنده یا یادآوری خاطراتی که عرفاً موجب آزار مخاطب می‌شـــود مرتکـــب مزاحمت تلفنی نیز گردد؛ در این حالت به علت تفکیک هر یک از رفتارهای مجرمانه (فحاشـــی و مطالب آزار دهنده) از یکدیگر، باید آن را مشمول مقررات تعدد مادی دانست.

۳-٤. دیدگاه سوم

این دیدگاه در رویه قضایی یافت نشـــد، لیکن در فرض ارسال پیامک موهن یا تهدیدآمیز ممکن اســـت این تصور ایجاد شود که چنین حالتی منطبق با تعدد نتیجه است؛ به این ترتیب که ارسال یک پیامک توهین‌آمیز منتهی به وقوع دو نتیجه مجرمانه (مزاحمت تلفنی و توهین) شده است؛ در حالی‌که چنین حالتی نمی‌تواند تعدد نتیجه باشـــد، بلکه منطبق با تعدد معنوی (تعدد عنوان) اســـت که دلایـــل آن در ادامه ذکر خواهد شـــد. در این خصوص که آیا تعدد نتیجه نوعی تعدد معنوی اســـت یا تعدد مادی، اختلاف نظر اســـت؛ با این توضیح که تعدد نتیجه از آن حیث که با یک رفتار محقق می‌شـــود شـــبیه تعدد معنوی و از حیث دیگر که منتهی به وقوع نتایج مجرمانه متعدد می‌شود شبیه تعدد مادی است و بین حقوق‌دانان در این مورد اختلاف است و به ضرس قاطع نمی‌توان یکی از این دیدگاه‌ها را غلط و دیگری را صحیح دانســـت؛ زیرا بحث در نام‌گذاری است و قانون‌گذار که فصل الخطاب است نیز در این مورد از نظر موضوعی ســـکوت نموده است؛ هر چند که در ماده ۱۳٤ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹ در بیان احکام تعدد مادی به آن اشـــاره می‌کند، اما حکم آن را همانند حکم تعدد معنوی (تعدد عنوان) موضوع ماده ۱۳۱ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ تلقی نموده است.

از نظـــر نویســـندگان، تعدد نتیجه از این جهت که منتهـــی به وقوع چند جرم می‌شود بیشتر شـــبیه به تعدد مادی است. به نظر می‌رسد چنین حالتی منطبق با تعدد

نتیجه نمی‌باشد؛ زیرا تعدد نتیجه زمانی به‌وقوع می‌پیوندد که رفتار واحد موجب بروز نتایج مجرمانه متعدد شود؛ در حالی که در این‌جا رفتار واحد (ارسال پیامک) تنها یک نتیجه مجرمانه دارد، اما بر آن نتیجه واحد، عناوین مجرمانه متعدد، یعنی تعدد معنوی (تعدد عنوان) صدق می‌کند. از طـــرف دیگر در تعدد معنوی (تعدد عنوان)، با تحقق فعل مجرمانه یا همان رفتار فیزیکی، هر دو عنوان مجرمانه با هم و بدون تفاوت زمانی محقق می‌شـــوند؛ در صورتی که در تعدد نتیجه هر چند که رفتار فیزیکی واحد است ولـــی نتایج می‌تواند بعداً و با فاصله زمانی رخ دهد و به عبارت دیگر در تعدد نتیجه دو جرم در طول یکدیگر هســـتند و برخی از جرائم نیز ناشـــی از یکدیگرند (قیاسی، ۱۳۸۸: ۱۳٦)؛ مانند کسی که در رودخانه مواد سمی می‌ریزد و بعدا منجر به مسمومیت مردم و مرگ ماهی‌ها و خشـــک شدن درختان و غیره می‌شود. در این مثال اگر صرف ریختن ســـم در رودخانه جرم باشد نتایج بعدی پس از ارتکاب رفتار ابتدایی رخ می دهد و لذا تحقق جرائم در طول یکدیگر است. همچنین در تعدد معنوی (تعدد عنوان) بین عنوان‌ها «رابطه علیت» وجود ندارد، ولی در تعدد نتیجه بین جرائم «رابطه علیت» وجود دارد؛ لذا در زمان ارســـال یک متن توهین‌آمیز دو نتیجه حاصل نمی‌شود، بلکه هم‌زمـــان دو عنوان بر رفتار واحد صدق می‌کند کـــه رابطه علیتی نیز بین آن‌ها وجود ندارد.

٤-٤. دیدگاه چهارم

دیدگاه چهارم حالـــت توامان ارتکاب بزه‌های مزاحمـــت تلفنی، توهین و یا تهدید را تعدد مادی فرض می‌کند. تعدد مادی یا تعدد واقعی به فرضی گفته می‌شود که شـــخصی مرتکب دو یـــا چند عمل مجزا و جداگانه‌ای شـــود که هر یک جرم به شـــمار می‌رود (نوربها، ۱۳۹۰: ٤۱۰). در رویه قضایی برخی از مراجع قضایی، ارسال پیامک‌هـــای کوتاه حاوی عبارات توهین و تهدیدآمیـــز را تعدد مادی تلقی نموده‌اند؛ برای نمونه شعبه ۱۰۱ عمومی جزایی شهرستان ری، در چنین حالتی فاعل جرم را به سه جرم توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی محکوم نموده است که این رای نیز در شعبه ۲۳ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران نیز طی دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۰۰۰۵۲۳ مورخ ۱۳۹۳/٤/۳۱ تایید گردیده است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹٦: ۸۱). همچنین شـــعبه ۲۱ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۰۳۲٤ مورخ ۱۳۹۳/٤/۱۰ در تایید دادنامه شعبه ۱۰۵۱ دادگاه عمومی

جزایی تهران، توهین از طریق مزاحمت تلفنی را مصداق تعدد مادی دانسته است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۳۱). صدور این آرای قضایی نشان می‌دهد که از نظر این محاکم، در ارتکاب توامان بزه‌های توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی رفتارهای مجرمانه متعددی از سوی مرتکب به‌وقوع پیوسته است؛ زیرا وجه تمایز تعدد مادی با تعدد معنوی، تعدد در رفتار است.

۵-٤. دیدگاه پنجم (مختار)

به نظر می‌رسد هیچ یک از دیدگاه‌های پیش‌گفته نمی‌تواند به صورت مطلق صحیح باشد و باید قائل به دیدگاه دیگری بود که ترکیبی از حالت‌های تعدد مادی و معنوی است. همان‌طور که در دیدگاه سوم نیز اشاره شد، تماس مخابراتی همانند ارسال یک پیامک موهن یا تهدیدآمیز، منطبق با حالت تعدد معنوی است. تعدد معنوی دارای یک ماهیت و یک کارکرد است؛ منظور از ماهیت آن، همان ارتکاب رفتار مجرمانه واحد است که مشمول دو یا چند عنوان مجرمانه می‌شود و از طرف دیگر کارکرد آن همان اعمال کیفر اشد است (پوربافرانی و دیگران، ۱۳۹۹: ۵۰). در تعریفی دیگر از ماهیت این حالت می‌توان بیان داشت که رفتار واحد مرتکب، چندین ماده از قانونی جزایی را نقض می‌کند (گارو، ۱۳۹۹: ۱۷٦). برخی از نویسندگان معتقدند که در این حالت تعدد وجود نداشته، بلکه جرم واحد رخ داده که دارای عناوین متعدد است و به نوعی اختلاف در وصف جرم است که باید وصف صحیح آن لحاظ شود و اصولاً با مرجح دانستن وصف شدیدتر، به حل این اختلاف حکم داده‌اند (استفانی و دیگران، ۱۳۸۳: ۷۸۱). به این نکته نیز باید توجه داشت که تعدد معنوی شامل تمامی حالاتی که رفتار واحد دارای دو عنوان مجرمانه قانونی باشد، نمی‌شود، بلکه تعدد عنوان تنها زمانی مصداق پیدا می‌کند که رابطه آن دو عنوان مجرمانه با یکدیگر، عموم و خصوص من وجه باشد نه عموم و خصوص مطلق؛ زیرا در عموم و خصوص مطلق، قاعده تخصیص جاری می‌شود و عنوان خاص، عام را تخصیص می‌زند. برای مثال جعل در ماده ۵۲۳ قانون به صورت عام جرم‌انگاری شده و دارای مجازات است؛ از سوی دیگر قانون‌گذار جعل در شناسنامه را جداگانه و به صورت خاص جرم‌انگاری کرده که در این مورد عنوان خاص، عموم ماده ۵۲۳ را تخصیص می‌زند (زراعت، ۱۳۹۲: ۷۷). اگر دو عنوان با یکدیگر تعارض نمایند؛ در حالی که یک عنوان

نسبت به عنوان دیگر از جهتی عام و از جهت دیگر خاص باشد، در این صورت برخی از مصادیق صرفاً شامل عنوان اول و برخی شامل عنوان دوم و یا حتی مشمول هر دو عنوان است و در این حالت شمول هر دو عنوان بر یک مصداق مشترک همان تعدد معنوی است (زراعت، ۱۳۹۲: ۷۹). همچنین اگر یک عمل مشمول عنوان مقید و یک عمل مطلق باشد قاعده «تقیید» تعارض را از بین می‌برد و عنوان مقید بر عنوان مطلق تقدم دارد و تنها یک عمل باقی می‌ماند (نجیب الحسنی، ۱۹۸۸: ۹۰۶).[۱]

حال با تفصیلی که از تعدد معنوی (تعدد عنوانی) به عمل آمد، باید به این پرسش پاسخ داد که آیا هر رفتار موهن و یا تهدیدآمیزی که از طریق تلفن و یا هر دستگاه مخابراتی دیگر رخ دهد، به نوعی مزاحمت تلفنی تلقی می‌شود. همان‌طور که گفته شد قانون‌گذار از جرم مزاحمت تلفنی تعریفی ارائه نکرده و حقوق‌دانان نیز برای یافتن تعریف آن به تعریف لغوی یا عرف مراجعه می‌کنند. در یک جمع بندی این نتیجه به دست آمد که ارتکاب هر گونه رفتاری که نوعاً مزاحمت آمیز باشد، اگر از طریق تلفن یا سایر دستگاه‌های مخابراتی صورت گیرد، باید داخل در عنوان بزه مزاحمت تلفنی تلقی شود؛ لذا به نظر می‌رسد هر رفتار موهن یا تهدیدآمیز و رفتارهای مجرمانه مشابه دیگر؛ از قبیل افترا و نشر اکاذیب صرف نظر از این‌که خود جرم محسوب می‌شوند، اگر از طریق وسیله تلفن یا سایر دستگاه‌های مخابراتی صورت پذیرند از این جهت که نوعاً آزار دهنده محسوب می‌شوند عنوان مزاحمت تلفنی نیز بر آن‌ها صدق می‌کند؛ زیرا علاوه بر آن‌که از طریق تلفن مخابره شده‌اند، واجد وصف آزار دهنده نیز خواهند بود و نوعاً مزاحمت‌آمیز محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر همان رفتار واحد مرتکب هم‌زمان متضمن دو وصف مجرمانه است. پس از پذیرش این مبنا؛ یعنی تلقی دو عنوان مجرمانه بر رفتار واحد، باید به این پرسش پاسخ داد که در این حالت، جرائم مزاحمت تلفنی و توهین و تهدید از کدام نسبت‌های چهارگانه تبعیت می‌کنند که به نظر نویسندگان نسبت فی مابین بزه‌های یادشده در این حالت عموم و خصوص من وجه است؛ زیرا هر گونه توهین و یا تهدید، مزاحمت تلفنی تلقی نمی‌شود، ولی اگر توهین یا تهدید از طریق وسیله تلفن و یا دستگاه مخابراتی باشد، علاوه بر این‌که خود مشمول عناوین مجرمانه توهین و یا تهدید است، مزاحمت تلفنی نیز محسوب می‌شود. از طرف دیگر هر گونه مزاحمت

۱. به نقل از زراعت، ۱۳۹۲: ۷۲,

از طریق تلفن و یا دستگاه مخابراتی الزاماً حاوی عبارات موهن و یا تهدیدآمیز نیست؛ زیرا محتوای مزاحمت تلفنی می‌تواند صرفاً فوت کردن، حرف‌های بی‌ربط، عاشقانه و غیره باشد که عنوان مجرمانه جداگانه‌ای محسوب نمی‌شوند؛ لذا باید رابطه بین جرم مزاحمت تلفنی و جرائم توهین و تهدید را عموم و خصوص من وجه دانست و با توجه به این‌که رابطه بین دو عنوان مجرمانه، عموم و خصوص من وجه است باید تعدد معنوی (تعدد عنوان) را بر آن‌ها جاری دانست.

در ترسیم یک فرض عملی، اگر فردی با مخاطب تماس برقرار نموده و طی دقیقه اول صرفاً برای او با به کار بردن حرف‌های عاشقانه، مزاحمت ایجاد کند جرم مزاحمت تلفنی محقق شده است. حال فرض کنید این شخص به مکالمه خود ادامه دهد و در دقیقه دوم به مخاطب اهانت کند که جرم توهین نیز تحقق پیدا می‌کند و از آن جهت که بر همان عبارت توهین‌آمیز (رفتار واحد) که به وسیله تلفن بوده است عنوان مزاحمت تلفنی نیز صدق کرده، رفتار واحد مرتکب در دقیقه دوم مشمول دو عنوان مجرمانه توهین و مزاحمت تلفنی بوده و مشمول تعدد معنوی است. همچنین اگر در فرض مذکور مرتکب به مکالمه خود ادامه داده و برای مثال در دقیقه سوم مخاطب را تهدید کند، بر عبارت تهدیدآور مرتکب، عنوان مزاحمت تلفنی نیز صدق می‌کند که عمل واحد مرتکب در دقیقه سوم نیز مشمول دو عنوان مجرمانه تهدید و مزاحمت تلفنی بوده و در این قسمت هم، حالت تعدد معنوی جاری است.

در یک جمع‌بندی کلی در مثال یادشده، با فرض نادری از حالت تعدد مواجه خواهیم بود که دادرس باید بین سه جرم؛ جرم ارتکابی در دقیقه اول (مزاحمت تلفنی)؛ جرم ارتکابی در دقیقه دوم (توهین+ مزاحمت تلفنی= تعدد معنوی= جرم اشد)؛ جرم ارتکابی در دقیقه سوم (تهدید+ مزاحمت تلفنی= تعدد معنوی= جرم اشد)، تعدد مادی را جاری کند. ذکر این نکته نیز خالی از فایده نخواهد بود که در فرض فوق این احتمال وجود دارد که مرتکب از طریق وسیله تلفن و بدون به کار بردن عبارات مزاحمت‌آمیز، صرفاً به مخاطب توهین نماید و یا وی را تهدید کند که در این فرض بزه مزاحمت تلفنی جداگانه محقق نمی‌شود، بلکه تنها همان رفتار واحد (توهین یا تهدید) مشمول دو عنوان مجرمانه توهین و یا تهدید به همراه مزاحمت تلفنی است و مشمول قواعد تعدد معنوی (تعدد عنوان) خواهد بود.

برآمد

۱- دکترین حقوقی و رویه قضایی در فرض ارتکاب بزه‌های توهین و تهدید و جرائم همانند در زمانی که به وسیله تلفن یا دستگاه‌های مخابراتی دیگر رخ می‌دهد، در تشخیص اعمال مقررات تعدد اعم از مادی یا معنوی یا عدم اعمال این مقررات، با اختلاف نظر مواجه است و سه یا حتی چهار دیدگاه وجود دارد؛ دیدگاه اول قائل بر «جرم شامل» و تلقی عنوان جرم «مزاحمت تلفنی» بر تمامی جرائم است؛ دیدگاه دوم این حالت را تعدد معنوی می‌داند؛ دیدگاه سوم معتقد بر تعدد نتیجه است و دیدگاه چهارم آن را تعدد مادی به شمار می‌آورد.

۲- این مقاله دیدگاه دیگری که ترکیبی از تعدد معنوی (تعدد عنوان) و تعدد مادی است، ارائه داد. عنوان مزاحمت تلفنی بر بزه توهین و تهدیدی که از طریق تلفن یا سایر دستگاه مخابراتی دیگر رخ می‌دهد صدق می‌کند؛ زیرا رفتارهای بزه‌های یادشده، علاوه بر آن‌که خود جرم تلقی می‌شود، واجد وصف مزاحمت‌آمیز نیز است. به عبارت دیگر رفتار واحد مرتکب دارای دو عنوان مجرمانه؛ یعنی حسب مورد، توهین یا تهدید و مزاحمت تلفنی است و با توجه به این‌که رابطه آن‌ها عموم و خصوص من وجه است با حالت تعدد معنوی (تعدد عنوان) مواجه خواهیم شد. از طرف دیگر اگر مرتکب طی یک تماس تلفنی علاوه بر به کار بردن رفتارهای آزار دهنده غیر مجرمانه که تشکیل دهنده رکن مادی مزاحمت تلفنی است، مخاطب را مورد توهین یا تهدید نیز قرار دهد، با فرض نادری از حالت تعدد مواجه خواهیم بود که دادرس باید بین سه جرم؛ یعنی مزاحمت تلفنی؛ توهین+ مزاحمت تلفنی= تعدد معنوی= جرم اشد و تهدید+ مزاحمت تلفنی= تعدد معنوی= جرم اشد، قواعد تعدد مادی را جاری کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۲)، **حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)**، چاپ ششم، تهران: میزان.

* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۷)، **حقوق جزای عمومی**، جلد سوم، چاپ شانزهم، تهران: میزان.

* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، «**نقد و بررسی تعدد معنوی جرم تهدید از طریق مزاحمت تلفنی**»، حقوق: رای، دوره سوم، شماره ۷.

* استفانی، گاستون و لواسور، ژرژ و برنار بولوک (۱۳۸۳)، **حقوق جزای عمومی**، برگردان: حسن دادبان، جلد دوم، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.

* الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۷)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: میزان.

* بسامی، مسعود (۱۳۹۸)، **تعدد اعتباری(معنوی) جرم در رویه قضایی و دکترین**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (۱۳۹٦)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (کیفری) تابستان ۱۳۹۳**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (۱۳۹٤)، **مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری) بهار ۱۳۹۲**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (۱۳۹۳)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه های تجدید نظر استان تهران (کیفری) بهار ۱۳۹۲**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* پوربافرانی، حسن و احمدی، اصغر و پولادی، جواد (۱۳۹۹)، «**چالش‌های اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی**»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸٤، شماره ۱۱۱.

* حبیب‌زاده، محمدجعفر و علی‌پور، عادل (۱۳۹۱)، «**تحلیل جرم ایجاد مزاحمت تلفنی**»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره دوم.

* دانشخواه، اعظم السادات (۱۳۹۲)، «**ارزیابی جرم مزاحمت تلفنی در سیاست کیفری**

ایران»، حقوق: راه وکالت، پاییز و زمستان، سال پنجم، شماره ۱۰.
* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، **لغت‌نامه دهخدا**، جلد سیزهم، چاپ دوم، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
* زراعت، عباس (۱۳۹۲)، «**تمایز حالت تعدد معنوی جرائم از عناوین مشابه**»، حقوق: مطالعات حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۲، سال چهل و سوم، شماره ۳.
* شمس ناتری، محمدابراهیم و کلانتری، حمیدرضا و زارع، ابراهیم و ریاضت، زینب (۱۳۹۶)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* صانعی، پرویز (۱۳۸۲)، **حقوق جزای عمومی**، تهران: طرح نو.
* عزیزیانی، مجید (۱۴۰۱)، «**تاثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری؛ از تئوری تا رویه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
* علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۹۲)، **حقوق جنایی**، جلد نخست، تهران: فردوسی.
* قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۸)، «**بررسی وحدت یا تعدد جرم در حالت تعدد نتیجه**»، فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۲۰
* گارو، رنه (۱۳۹۹)، **مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا**، برگردان و تطبیق: سید ضیاءالدین نقابت، جلد سوم، تهران: مجد.
* گروه پژوهشی چراغ دانش (۱۳۹۵)، **جرم مزاحمت تلفنی در رویه دادگاه‌ها**، چاپ نخست، تهران: چراغ دانش.
* محمدخانی، عباس (۱۳۹۵)، **عنصر روانی جرم**، جلد نخست، تهران: میزان.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۹)، **حقوق کیفری اختصاصی (٤) جرائم علیه شخصیت معنوی اشخاص**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، **حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرائم علیه اشخاص**، چاپ سیزدهم، تهران: میزان.
* نوربها، رضا (۱۳۹۰)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، چاپ بیست و نهم، تهران: گنج دانش.

ب. عربی

* نجیب حسنی، محمود (۱۹۸۸)، **شرح قانون العقوبات اللبنانی**، جلد دوم، لبنان: الحلبی الحقوقیه.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۲۲۲-۲۰۳
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۵/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۰۳/۲۰

قابلیت اعمال ضابطه قیمت زمان اجرای حکم در شیوه جبران نقدی خسارت

محمدحسین استا،[۱] غلامرضا اسماعیلی[۲]

چکیده

در شـــرایط اقتصادی فعلی که تورم به‌طور قابل توجهی قیمت‌ها را تحت تأثیر قرار داده و کاهش ارزش پول ملی موجب خســـارت بیشـــتر به زیان‌دیده‌ها می‌شود، موضوع جبران خسارتِ به‌روزرسانی‌شـــده بر اساس قیمت زمان پرداخت از اهمیت بالایی برخوردار است. پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی تحلیلی به بررسی قابلیت اعمال ضابطه قیمت زمان اجرای حکم در شیوه جبران نقدی خسارت در نظام حقوقی ایران می‌پردازد و در این راستا، ضمن تحلیل چالش‌ها و تعارض‌های موجود در قوانین، راهکارهای قانونی برای رفع مشـــکلات را بررســـی و رویه‌ای بهینه برای جبران خســـارات مبتنی بر ارزش واقعی زمان پرداخت ارائه می‌دهد. نتایج این مطالعه نشـــان می‌دهد که دادگاه‌ها می‌توانند با اســـتفاده از ظرفیت‌های موجود در قوانین و با توجه به اصول جبران کامل خســـارت و قاعده لاضرر، خســـارت‌های ناشی از تأخیر پرداخت را با ارزشـــی به‌روز شده جبران کنند؛ به گونه‌ای که زیان‌دیده بتواند در زمان واقعی پرداخت، خود را در موقعیت مشابهی قرار دهد.

واژگان کلیدی: خسارت، حین الاداء، تاخیر تادیه، جبران کامل خسارت، تورم، اعتبار امر قضاوت شده.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
re.mo1391@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه پیام نور واحد بوشهر، ایران
rezaa.ismaeli5770@gmail.com

درآمد

حقوق‌دانان «خسارت» را مترادف با ضرر و زیان می‌دانند (بابائی، ۱۳۹۷: ٤٠؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۸؛ میرشکاری و حسینی،۱٤۰۲: ۳۵۲)؛ به‌طوری‌که دارای مفهومی گسترده و عرفی است (بهرامی، ۱۳۹۳: ۱٦۷؛ بابائی، ۱۳۹۷: ٤٠؛ شهبازی و دیگران، ۱٤۰۲: ۱۳۸) و در منابع اسلامی نیز وضع به همین منوال است؛ به طوری که خسارت دربرگیرنده کلیه ضرر و زیان‌های وارده به اشخاص است (محقق داماد، ۱/۱۳۹۹: ۱۸۳)، اما باید متذکر شد که از نقطه نظر حقوقی، هر ضرری قابلیت جبران را ندارد و عبارت «بدون مجوز قانونی» در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نشان می‌دهد که حقوق ضررهای نامتعارف و غیر مشروع را از ارکان مسئولیت مدنی می‌شناسد وگرنه خسارتی که عرف از آن بی‌اعتنا می‌گذرد یا قانون مباح می‌شمرد یا رابطه مستقیم با تقصیر مرتکب ندارد، برای عامل آن ایجاد تعهد نمی‌کند (بابائی، ۱۳۹۷: ٤٠).

مطابق مقررات قانونی، شیوه و طریقه جبران خسارت با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، در اختیار دادگاه است. «راه‌های جبران خسارت به طور کلی عبارت‌اند از: جبران عینی (اعاده به وضع سابق) و دادن معادل؛ و جبران خسارت از طریق دادن معادل نیز به دو نوع، جبران غیر نقدی خسارت و جبران نقدی تقسیم می‌شود» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۳۹). بهترین شیوه جبران خسارت با توجه به هدف مشترک مسئولیت مدنی و احکام غصب (کاتوزیان، ۲/۱۳۹۵: ۲۲۰) ،آن است که وضع زیان‌دیده کاملاً به حالت پیش از ورود ضرر بازگردانده شود و چون مسئولیت مدنی به دنبال جبران کامل خسارت است، شیوه جبران عینی (اعاده به وضع سابق) بر دیگر راه‌های جبران خسارت ترجیح دارد. البته این شیوه جبران خسارت، در عین حال که مناسب‌ترین شیوه است، همواره موجب جبران کامل خسارت نمی‌شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۳۹) و به همین دلیل دادگاه‌ها در غالب موارد، شیوه جبران نقدی خسارت را در پیش می‌گیرند؛ یعنی در دعاوی مسئولیت مدنی پرداخت مبلغی پول بر عهده مسئول قرار می‌گیرد. «در قانون مدنی، جبران نقدی ضرر، در خصوص خسارت وارد به مال، قیمت نامیده شده است» (همان: ۲٤۲). البته دادگاه نیز پس از تعیین مبلغی به عنوان خسارت و قطعی شدن حکم، اصولاً حق تغییر مبلغ

معـین‌شده را ندارد و زیان‌دیده تنـها امـکان تمسک به خسارت تأخیر تادیه موضـوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مـــدنی را خواهد داشـــت (بابائی، ۱۳۹۷: ۲۱۸)؛ که چون شاخص تورم رسمی اعلامی بانک مرکزی با تورم عرفی واقعی فاصله بســیار زیادی دارد، به نحو کامل خسارات وارده را پوشش نمی‌دهد.

مســـألهای که هم‌اکنون دادگاه‌ها را با چالش جدی مواجه کرده، این اســـت که با توجه به طولانی بودن فرایند رســـیدگی از زمان انجام کارشناسی تا حصول قطعیت و اجـــرای حکم و نیز تورم افسارگســـیخته موجود در جامعـــه و کاهش ارزش پول، پرداخت همان مبلغ موضوع حکم به محکوم‌له، از یک ســـو مغایر با انصاف و عدالت و هدف غایی مســـئولیت مدنی است و از ســـوی دیگر، تجویز امکان دخل و تصرف در حکم دادگاه پس از قطعیت آن نیز، مســـتلزم نادیده گرفتن قاعده اعتبار امر مختوم داشتن آن موضوع است که چنین امری اصولاً امکان‌ناپذیر است.

این نوشـــتار درصدد اســـت تا در پرتو ظرفیت موجود مقررات نظام حقوقی ایران، جهت برون‌رفت از چالش پیش‌آمده، ضمن تحلیل موضوع، راهکار ارائه کند و در پی پاسخ به این پرسش است که آیا دادگاه امکان صدور حکم به جبران خسارات وارده از باب اتلاف به مباشـــرت یا تســـبیب؛ و نقص وارده به مال از باب خســـارت پولی یا فـــوت منفعت (اجرت‌المثل)، بر مبنای زمان واقعـــی اجرای حکم را دارد یا خیر. به طور مثال، در فرض مســـتحق للغیر درآمدن مبیع و ابطال معامله یا در فرض غصب ملک توســـط غاصب که خریدار جاهـــل و مالک (عین یا منفعت) حق رجوع به فروشـــنده و غاصب را جهت دریافت خسارات وارده و منافع فوت‌شده دارد یا در صورت اتلاف مال، آیا در این خصوص، پس از احراز ارکان اثباتی هر یک از دعاوی ذکرشـــده و تعیین شیوه نقدی جبران خسارت از سوی دادگاه، در جهت جبران کامل خسارات وارده به خریدار و مالک، دادگاه می‌تواند ارزیابی خسارات وارده را به زمان اجـــرای عینی حکم صادره موکول نماید یا خیر. در این راســـتا، ابتدا به مبانی قانونی بحث پرداخته می‌شود. سپس مفاهیم قیمت زمان پرداخت و کاهش ارزش پول ارائه و پس از تبیین جهات توجیهی پرداخت به قیمت زمان اجرای حکم و ارائه دیدگاه‌های مربوط، راهکارهایی پیشنهاد می‌شود.

۱. مبانی قانونی

در خصوص موضوع، با قوانین به ظاهر متعارض روبه‌رو هستیم؛ بند ١٤ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ با آخرین اصلاحات تا تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۸ مقرر داشته: « در صورتی‌که قیمت خواسته در دعاوی مالی در موقع تقدیم دادخواست مشخص نباشد مبلغ دو هزار ریال تمبر الصاق و ابطال می‌شود و بقیه هزینه دادرسی بعد از تعیین خواسته و صدور حکم دریافت خواهد شد و دادگاه مکلف است قیمت خواسته را قبل از صدور حکم مشخص نماید». همچنین ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اعلام می‌دارد: « خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل جبران خسارات ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت‌المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید. خوانده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیرمحق بودن در دادرسی به او واردشده از خواهان مطالبه نماید. دادگاه در موارد یادشده میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده و ضمن حکم راجع به اصل دعوا یا به‌موجب حکم جداگانه محکوم‌علیه را به تأدیه خسارت ملزم خواهد نمود». ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ نیز مقرر داشته است: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد. جبران زیان را به صورت مستمری نمی‌شود تعیین کرد مگر آن‌که مدیون تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آن‌که قانون آن را تجویز نماید». مواد ۱ و ۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵٦ به ترتیب بیان داشته است: «هیچ حکمی از احکام دادگاه‌های دادگستری به‌موقع اجرا گذارده نمی‌شود مگر این‌که قطعی شده یا قرار اجرای موقت آن در مواردی که قانون معین می‌کند صادرشده باشد» و «حکمی که موضوع آن معین نیست، قابل اجراء نمی‌باشد». از سوی دیگر، ماده ۳۱۲ قانون مدنی در مبحث غصب مقرر می‌دارد: «هرگاه مال مغصوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین‌الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت

آن را بدهـــد». مطابق تبصـــره ماده ۱۹ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی: «در صورتی که حکم به پرداخت قیمت مال صادر شود، قیمت زمان اجرای حکم ملاک اســـت»؛ همچنین ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی اعلام می‌دارد: «اگر در اثر آســـیبی که به بدن یا ســـلامتی کسی وارد شده، در بدن او نقصی پیدا شـــود یا قوه کار زیان‌دیده کم گردد و یا از بین برود و یا موجب افزایش مخارج زندگانی او بشود، واردکننده زیان مســـئول جبران کلیه خسارات مزبور است. دادگاه جبران زیان را با رعایت اوضاع و احوال قضیه به طریق مستمری و یا پرداخت مبلغی دفعتاً واحده تعیین می‌نماید و در مواردی که جبران زیان باید به طریق مســـتمری به عمل آید تشـــخیص این‌که به چه اندازه و تا چه مبلغ می‌توان از واردکننده زیان تأمین گرفت با دادگاه اســـت. اگر در موقع صدور حکم تعیین عواقب صدمات بدنی به‌طور تحقیق ممکن نباشـــد دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو سال حق تجدید نظر نسبت به‌حکم خواهد داشت».

همان‌طور که ملاحظه می‌شـــود منطوق صریح ماده ۳۱۲ قانون مدنی و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری حکایت از ضرورت جبران خسارت به قیمت حین (یوم) الادا؛ یعنی قیمت زمان اجرای حکم را دارد؛ این در حالی اســـت که دیگر مواد قانونی، دادگاه‌ها را مکلف به تعیین قیمت خواسته قبل از صدور حکم و ممنوعیت از صدور حکم نامعین می‌کند. رویه قضایی نیز بر همین اساس و از باب مسامحه، قیمت حین پرداخت را به لحاظ موانع قانونی مورد اشـــاره، قیمت زمان رســـیدگی و صدور حکم می‌داند.[1] به عبارت دیگر، تعارضات متصور از دو جهت است: نخست، تعارض میـــان حکومت قاعده اعتبار امـــر مختوم و فراغ دادرس از یک طرف با امکان دخل و تصرف بعدی در حکم قطعی از طرف دیگر؛ دوم، تعارض میان ضرورت معین بودن حکم دادگاه از یک طرف با امکان پرداخت به قیمت زمان اجرای حکم از طرف دیگر. با این اوصاف، تعارض ظاهری میان مقررات مورد اشـــاره چگونه قابل رفع اســـت و با وجود موانع قانونی پیش‌گفته، چگونه امکان اعمال قیمت خســـارات وارده به زمان اجرای حکم وجود دارد؟ برفرض امکان رفع تعارض ظاهری، آیا مفاد ماده ۳۱۲ قانون

۱. برای نمونه می‌توان به دادنامه صادره از شـــعبه دوم دادگاه تجدید نظر اســـتان کردستان به شماره ۹۵۰۹۹۷۸۷۱۶۴۰۰۷۴۸ مـــورخ ۱۳۹۵/۸/۲۳ اشـــاره کرد که کاهش ارزش ثمن را بر اســـاس نظریه کارشناس که در زمان رسیدگی ارائه گردیده، مورد حکم قرار داده است.

مدنی و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری قابلیت تسری به خسارات ناشی از فوت منفعت و خسارت پولی را دارد؟

۲. مفاهیم قیمت زمان پرداخت و کاهش ارزش پول

در قوانین متعدد از جمله مواد ۳۱۲ قانون مدنی، ٤۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تبصره ماده ۳٦ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری عبارات «حین الاداء»، «زمان پرداخت»، «یوم الاداء» و «زمان اجرای حکم» آمده است که همه در یک معنا استعمال شده است، اما در قانون و دکترین حقوقی تعریفی اصطلاحی از آن‌ها ارائه نشده است که به نظر می‌رسد ناشی از روشن بودن معنای آن عبارات باشد و منظور از عبارات مورد اشاره این است که ملاک محاسبه، روز پرداخت و اجرای حکم دادگاه است و نه زمان وقوع فعل زیان‌بار یا زمان صدور حکم؛ زیرا پرداخت خسارت باید به نحوی باشد که زیان‌دیده بتواند در روز پرداخت، خود را در موقعیت مشابهی قرار دهد.

از طرفی، مستفاد از ماده ۲۷۵ قانون مدنی[1] یکی از شرایط اساسی صحت وفای به عهد و سقوط تعهد، وجود وحدت میان موضوع تعهد و موضوع تادیه است؛ یعنی برای این‌که متعهد برائت ذمه پیدا کند، باید همان موضوع تعهد را تادیه کند و نمی‌توان طلبکار را مجبور کرد که چیزی غیر از موضوع تعهد را بپذیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ٤۸-٤۹؛ شهیدی،۱۳۹۱: ٤۰). در مواردی که موضوع تعهد، پرداخت وجه رایج است، نیز این شرط باید رعایت شود و بدهکار مقدار پولی را به طلبکار پرداخت کند که تعهد به پرداخت آن را در موعد مقرر به عهده گرفته است. مثال دیگر ماده ۳٦۲ قانون مدنی است که مطابق آن، یکی از آثار بیع این است که فروشنده ضامن درک مبیع می‌شود؛ بر این اساس، این پرسش مطرح می‌شود که در بیع فضولی چنانچه مالک معامله را اجازه نکند، آیا صرف استرداد ثمن دریافتی در زمان وقوع معامله برای برائت فروشنده کافی است یا آن‌که وی مکلف است ثمن دریافتی را به قیمت روز به خریدار مسترد کند. در پاسخ باید گفت در صورتی‌که مبیع مستحق للغیر درآمده، فروشنده به تعهد

۱. ماده ۲۷۵ قانون مدنی در این باره مقرر می دارد: « متعهدله را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شیء قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد».

خود عمل‌نکرده اســت (کاتوزیان، ۱۳۹٤: ۸۰-۸۳)؛ بنابراین فروشــنده باید علاوه بر اســترداد ثمن معامله به خریــدار از باب ضمان درک، میــزان کاهش ارزش (قدرت خرید) ثمن پرداختی توســط خریدار را نیز از باب ضمان قهری (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۷۳؛ جــوادی،۱٤۰۲: ٤۱) جبران نماید و علم و جهل خریدار نیز، تأثیری در این خصوص ندارد (میرشــکاری، ۱٤۰۱: ۲٦۲). بدین ترتیب، در معاملات فضولی، فروشــنده می‌بایست ثمن را متناسب با شــاخص تورم عرفی موضوعی[1] روز اجرای حکم، تعدیل و ســپس به خریدار پرداخت کند (اســتا و دیگران، ۱٤۰۲: ٥٦)؛ یا در مواردی‌که دستگاه اجرایی در جهت منافع عمومی اقدام به خریداری و تملک اراضی و املاک مــردم می‌نماید، باید تلاش کرد تا حقوق مالک به بهترین نحو ممکن حفظ شود. بر همین اساس این پرسش مطرح می شود که مالک مستحق قیمت زمان تصرف دســتگاه اجرایی اســت یا قیمت زمان پرداخت ارزش ملک. پاسخ پرسش مذکور را می‌بایســت در ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومــی، عمرانی و نظامی دولت یافت که مقــرر می‌دارد: « ملاک تعیین قیمت عبارت اســت از بهای عادله روز تقویم اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خســارات مشابه واقع در حوزه عملیات‌طرح بدون در نظر گرفتن تأثیرطرح در قیمت آن‌ها»؛ بنابراین اگر دســتگاه اجرایی تمامی شرایط تملک را رعایت نکند و مالک نیز بدون تاخیر، اقدام به مطالبه حقوقش نماید، مالک مستحق قیمت روز پرداخت خواهد بود؛ چرا که با عدم رعایت تشریفات از سوی دستگاه اجرایی، تصرف دولت غاصبانه

---

۱. رای وحدت رویه شــماره ۸۱۱ هیات عمومی دیوان عالی کشــور: «با عنایت به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در موارد مســتحق للغیر درآمدن مبیع و جهل خریدار به وجود فســاد، همان‌گونه که در رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز بیان شده است، فروشــنده باید از عهده غرامات وارده به خریدار از جمله کاهش ارزش ثمن برآید. هرگاه ثمن وجه رایج کشــور باشد، دادگاه میزان غرامت را مطابق عمومات قانونی مربوط به نحوه جبران خسارت از جمله صدر ماده ۳ قانون مســئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشــناس و بر اســاس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشــابه همان مبیع هستند، تعیین می‌کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است». رأی مورد اشاره در واقع شاخص را تورم موضوعی (واقعی) تعیین کرده و مبنــای آن چیزی جزء رعایــت انصاف و در نظرگرفتن واقعیات جامعه و اعلام غیر منصفانه و غیر واقعی بودن شــاخص تعیینی در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیســت. شاخص تعیینی در رأی وحدت رویه مذکور حکمی استثنائی و خاص نیست، بلکه به تمامی موارد نقض تعهدات پولی قابل تسری است.

بوده و تمام احکام غصب در آن قابل اجرا خواهد بود (میرشکاری، ۱٤۰۱: ٤۳۸).

۳. جهات توجیهی پرداخت به قیمت زمان اجرای حکم

در ادامه به ابعاد مختلف بحث ملاک پرداخت خسارت بر اساس روز اجرای حکم، پرداخته می‌شود و توجیهات این نظریه مورد بحث می‌قرار می‌گیرد.

۱-۳. اصل جبران کامل خسارت

این اصل که از آن به «جبران خوب» (میرشکاری، ۱٤۰۱: ٤۰۱) و «جبران کارآمد» (قسمتی تبریزی، ۱۳۹٤: ۱۳۵) نیز تعبیر شده، بیان‌گر این است که همه زیان باید جبران شود؛ یعنی جبران خسارت می‌بایست به نحوی باشد که زیان‌دیده را در موقعیت قبل از وقوع حادثه زیان‌بار قرار دهد. البته اصل جبران کامل خسارت، دارای دو جنبه اثباتی و نفیی می‌باشد؛ جنبه اثباتی ناظر به جبران کامل خسارت وارده است و جنبه نفیی ناظر بر ممانعت از افزایش دارایی زیان‌دیده است؛ به طوری که جبران خسارت نباید به گونه‌ای باشد که وضعیت زیان‌دیده، نسبت به قبل از ورود ضرر بهتر شود (بابائی، ۱۳۹۷: ۲۰۵). در خصوص زیان‌دیده که مستحق دریافت غرامت شده نیز این اصل حاکم است؛ پس باید گفت که غرامت نیز مشمول اصل جبران خسارت می‌شود و پرداخت آن باید بر اساس قیمت روز اجرای حکم صورت گیرد تا عرفا بتوان گفت که همه خسارت وارده به زیان‌دیده جبران شده است. در خصوص آثار مسئولیت مدنی نیز انصاف جایگاه و نقش فوق‌العاده‌ای دارد و این موضوع در مقررات هم منعکس شده است. ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی که کیفیت و طریق جبران خسارت را در اختیار محکمه گذاشته و بر اساس آن، محکمه می‌تواند شیوه جبران خسارت منصفانه‌تری برگزیند، دارای چنان قلمرو وسیعی است که تردیدی در قاعده بودن انصاف در آثار و دعوی مسئولیت مدنی باقی نمی‌گذارد (بادینی و اسلامی فارسانی، ۱۳۹۲: ٤۲). انصاف و عدالت اقتضاء می‌کند که خسارت در هر حال جبران شود و ضرری بدون جبران باقی نماند؛ از این رو می‌توان گفت حتی مبنای اصل جبران کامل خسارت نیز چیزی جز انصاف و عدالت نیست و پرداخت غرامت بر اساس قیمت زمان اجرای حکم عادلانه‌تر خواهد بود.

۲-۳. اصل جبران فوری

بر اساس این اصل، خسارت وارده باید بلادرنگ جبران شود؛ یعنی می‌باید در کوتاه‌ترین زمان ممکـــن، زیان‌دیده به وضعیت پیش از زیان برگردد؛ «چراکه با وقوع زیان، زیان‌دیده از مســـیر عادی و همیشگی زندگی‌اش خارج شده، حقوق مسئولیت مدنی به دنبال این اســـت که او را به زندگـــی برگرداند و هرچه این اتفاق زودتر رخ دهد، بهتر اســـت» (میرشـــکاری، ۱٤۰۱: ٤۰۸). لازم به ذکر است که «اگرچه در نظام حقوقـــی ما نص ویژه‌ای وجود ندارد، امـــا با توجه به این‌که اصل بر عدم وجود اجل اســـت و نیز، اصل بر فوریت اجرای تعهد است، دراین‌باره نباید تردید کرد؛ بنابراین قائل به اعطای مهلت به عامل زیان برای پرداخت غرامت، خلاف هدف یادشده است. افزون بر این، از ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی نیز می‌توان لزوم فوریت در جبران زیان را برداشـــت کرد» (میرشـــکاری، ۱٤۰۱: ٤۰۹). این ماده پس از بیان اختیار دادگاه در تعییـــن «میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن»، چنین مقرر می‌دارد: «جبران زیان را به‌صورت مستمری نمی‌شود تعیین کرد مگر آن‌که مدیون تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آن‌کـــه قانون آن را تجویز نماید»؛ بنابراین عدم پرداخت فوری و به موقع غرامت، موجب ایراد خســـارت دیگری بـــه زیان‌دیده تحت عنوان کاهش ارزش پول شده که باید از طریق اعمال پرداخت به قیمت زمان اجرای حکم جبران شود.

۳-۳. قاعده لاضرر

طبق این قاعده که از پشـــتوانه محکم کتاب و روایات برخوردار اســـت،[۱] «در اســـلام حکمی که از آن ضرری ناشی شـــود وجود ندارد، خواه حکم تکلیفی باشد و خواه حکم وضعی. بر اساس این قاعده هر ضرری باید جبران گردد و نتیجه آن اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر است» (بهرامی، ۱/۱۳۹۰: ۲٦۸-۲۷۰). جبران زیان باید به نحوی باشـــد که تمامی خسارات وارده ناشی از زیان را جبران کند؛ بنابراین با عنایت به تورم موجود، پرداخت غرامت باید به نرخ روز اجرای حکم باشـــد و از این حیث،

---

۱. معروف‌ترین روایت موجود در این خصوص، روایت موثقه زراره از امام باقر (ع) اســـت که پیامبر اسلام (ص) خطاب به سمره بن جندب در جریان اختلافی که با مرد انصاری داشت فرمودند: «إنک رجل مضار و لاضرر و لاضرار علی مؤمن» (کلینی؛ اصول کافی «کتاب المعیشه»؛ باب اضرار؛ روایت ۸). از دیگر مســـتندات قاعده مزبور، می‌توان به آیات ۱۷۸، ۲۳۱، ۲۳٤ و ۲۸٤ ســـوره بقره و آیه ۷ سوره طلاق اشاره کرد.

نظریه برآمده از تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری منطبق بر قاعده لاضرر و مؤید آن است.

٤-۳. قاعده احترام مال مردم

«مقصود از احترام مال مردم، مصونیت اموال آنان از تصرف و تعدی است؛ بدین معنا که اولاً تعدی و تجاوز نسبت به آن‌ها جایز نیست و ثانیاً در فرض وقوع تعدی و تجاوز، متجاوز مسئول و ضامن است» (محقق داماد، ۱/۱۳۹۹: ۲۹۳). پرداخت غرامت از سوی عامل زیان باید به نحوی صورت گیرد که به بهترین وجه احقاق حق زیان‌دیده صورت پذیرد. لازمه احترام به مال مردم نیز همین است و در نتیجه اگر پرداخت غرامت می‌خواهد صورت گیرد باید مطابق قیمت زمان اجرای حکم باشد تا این حرمت و احترام به مال دیگران در عمل مراعات شود.

٥-۳. جبران کاهش ارزش پول

از آنجاکه پول (وجه رایج) در موضوع بحث ما نیز در مبحث پرداخت غرامت به شیوه جبران نقدی جایگاه حائز اهمیتی دارد و با پذیرش این‌که ارزش پول به عنوان یک مال قیمی (قانع، ۱۳۹۸: ۲۳۹) روز به روز با توجه به تورم در حال کاهش است و چون مبنای پرداخت غرامت نیز مبالغی از پول می‌باشد؛ بنابراین با کاهش ارزش پول، هر قدر پرداخت غرامت به تأخیر افتد، زیان‌دیده بیشتر متضرر خواهد شد (عبدی و باقری،۱٤۰۲: ۳۳۱)؛ بنابراین ملتزم به پذیرش پرداخت غرامت به قیمت روز اجرای حکم خواهیم بود و این پرداخت به قیمت روز اجرای حکم، کاهش ارزش پولی که باید در موعد خود پرداخت می‌شد را جبران می‌کند.

٤. بیان دیدگاه‌ها درباره امکان اعمال قیمت زمان اجرای حکم

در موارد شیوه جبران نقدی خسارت و پرداخت قیمت، در خصوص امکان پیاده‌سازی ملاک قیمت زمان اجرای حکم، برخی معتقدند که با توجه به ضرورت معین بودن حکم دادگاه و نیز حاکم بودن قاعده اعتبار امر مختوم، امکان اعمال چنین ضابطه‌ای وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد که نظام حقوقی ایران از چنین ظرفیتی برخوردار است. بر این اساس، پس از طرح و بیان دیدگاه رایج، دیدگاه نگارندگان نیز ارائه و سپس جهات نادرستی عقیده رایج و نحوه اعمال ضابطه ارائه شده از سوی نگارندگان تبیین می‌شود.

۱-٤. دیدگاه رایج

از منظر دیدگاه حاضر می‌توان گفت که به نظر می‌رسد بین دو دسته مقررات مورد اشاره تعارضی وجود ندارد؛ چرا که خواهان نمی‌تواند در بدو امر مطالبه قیمت کند و خواسته خواهان حتماً باید استرداد عین مال باشد و دادگاه نیز تکلیفی بر تحقیق در مورد از بین رفتن یا تلف شدن مال ندارد و صرفاً در صورت احراز غاصبانه بودن تصرف، حکم به استرداد مال می‌دهد و پس از این در صورت قطعیت رأی و صدور اجرائیه و پیگیری موضوع در واحد اجرای احکام و احراز تلف شدن حقیقی یا حکمی مال موضوع حکم، به استناد مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون مدنی و ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی[1] به قیمت روز محاسبه شده و از محکوم دریافت می‌شود. در امر کیفری نیز همین‌گونه است و به عنوان مثال، وقتی مالی به سرقت می‌رود یا به هر طریقی از ید شاکی خارج می‌شود، دادگاه کیفری حکم به رد مال می‌دهد و اگر در زمان اجرای حکم، مال موضوع حکم تلف شده باشد، در صورت مثلی بودن، مثل و اگر قیمی باشد، قیمت آن پرداخت می‌شود؛ بنابراین بین بند ١٤ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین و تبصره ماده ۱۹ تعارضی وجود ندارد؛ چرا که بند ١٤ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مربوط به خواسته مطالبه وجه است، ولی تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری مربوط به خواسته استرداد مالی است که در نهایت در اجرای احکام مشخص می‌شود که آن مال تلف شده است. افزون بر این، هر چند ماده خاصی درباره زمان تقویم خسارت وجود ندارد، اما برخی حقوق‌دانان با اتخاذ ملاک از مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و تمسک به اصل جبران کامل خسارت، حکم به قیمت روز پرداخت داده‌اند که البته با مسامحه، قیمت روز را قیمت زمان صدور رأی می‌دانند (بابائی، ۱۳۹۷: ۲۱۵)؛ بنابراین دیدگاه رایج بر آن است که دادگاه نمی‌تواند تقویم خسارت را به واحد اجرای احکام بسپارد و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری نیز منصرف از مطالبه خسارت است و

---

۱. ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی مقرر می‌دارد: «اگر محکوم به عین معین بوده و تلف شده و یا به آن دسترسی نباشد قیمت آن با تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی به وسیله دادگاه تعیین و طبق مقررات این قانون از محکوم‌علیه وصول می‌شود و هرگاه محکوم‌به قابل تقویم نباشد محکوم‌له می‌تواند دعوی خسارت اقامه نماید».

مشمول آن نمی‌شود.

۲-٤. دیدگاه نگارندگان

مواد ۳۱۲ قانون مدنی و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری را می‌توان از مبانی و دلایل حقوقی «قیمت زمان اجرای حکم» به حساب آورد. با لحاظ چنین مبنایی باید گفت که میان دو دسته مقرره مورد اشاره تعارضی ظاهری، اما قابل رفع وجود دارد و امکان جمع هر دو بر اساس قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» فراهم است؛ بدین نحو که باید گفت، شانیت و جایگاه بند ١٤ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین همان‌طور که از عنوان آن قانون مشخص است در خصوص نحوه چگونگی وصول درآمدهای دولت است که به همان ترتیب مقرر می‌بایست اقدام شود. به‌طوری‌که صرفاً از حیث هزینه دادرسی و قطعیت یا عدم قطعیت حکم، مؤثر در مقام است؛ پس می‌توان گفت دادگاه از جهت تعیین میزان هزینه دادرسی و قطعیت حکم، قبل از صدور حکم مطابق بند ١٤ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین قیمت خواسته را تعیین می‌کند و مطابق تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری از جهت مبلغ قابل پرداخت به زیان‌دیده نیز، همان‌طور که در خصوص پرداخت دیه، رویه قضایی به همین سمت سوق پیدا کرده (احسان‌پور و امی، ۱۳۹۹: ٣٦)، قیمت زمان اجرای حکم ملاک عمل قرار خواهد داد. از طرفی لازم به ذکر است که نتیجه حاصل با ماده ۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز منافاتی ندارد؛ چرا که منظور مقرره مذکور از معین بودن موضوع خواسته، مبهم نبودن موضوع حکم و به عبارت دیگر امکان اجرای آن است.«مبهم بودن را در واقع می‌توان، مانع اجرای رای دانست نه این‌که شرط اجرای رای، فقدان ابهام باشد» (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۷۳)؛ این در حالی است که موضوع حکم، امری است که دادگاه نسبت به آن قضاوت کرده است (شمس، ۱/۱۳۹۹: ٢٦٥) که در اینجا آن مالی است که حکم به جبران قیمت آن داده می‌شود؛ بنابراین نمی‌توان گفت اعمال ضابطه قیمت زمان اجرای حکم باعث مبهم شدن حکم موضوع دعوی خواهد شد. بر همین اساس شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان بوشهر طی دادنامه شماره ١٤٠٢٣٩٣٩٠٠٠١١٩٤٥١٢ [1] به تاریخ ١٤٠٢/٥/٢٣ چنین تصمیم می‌گیرد:

---

۱. دادنامه مورد اشاره از سوی یکی از نگارنگان مقاله حاضر انشاء گردیده که به لحاظ عدم اعتراض،

«راجع به دادخواســـت ... تایید بطلان بیع فی ما بین اصحاب دعوا در خصوص یک قطعه زمین به مســـاحت ســـیصد و هفتاد و هشت متر مربع قسمتی از پلاک ثبتی ... و ابطـــال مبایعه‌نامه عادی مورخ۱۳۹۱/۱۱/۱۵ موضـــوع معامله مذکور و ابطال اقرارنامه رســـمی به بیع مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۵ ... و اســـترداد ثمن معامله به مبلغ یکصد و هفتاد میلیون ریال و مطالبه غرامات وارده ناشـــی از مستحق للغیر درآمدن مبیع با جلب نظر کارشـــناس ... مخلص کلام وکیل خواهان که در دادخواست تقدیمی منعکس گردیده این می‌باشد که مطابق مبایعه‌نامه و اقرارنامه رسمی مورد اشاره، آنچه از سوی خوانده بـــه موکل در ازاء مبلغ یکصد و هفتاد میلیون ریال که تماماً نیز دریافت نموده واگذار شد، جزء اراضی ملی و به عبارت دیگر متعلق به غیر می‌باشد و وکیل خوانده دعوی طی ... ضمن اذعان به تعلق ملک به دولت، مدعی طرح دعوی در این خصوص علیه منابع طبیعی و آبخیزداری گردید که با وجود صدور اخطاریه جهت ارائه گواهی طرح دعوی، اقدامی به عمل نیاورد. از طرفی کارشناس مربوطه میزان کاهش قدرت خرید ثمن پرداختی را پانزده میلیارد ریال اعلام نمود که مصون از مناقشه باقی ماند و مورد پذیرش دادگاه نیز واقع شد ... بنا به مراتب پیش‌گفته و این‌که بیع فاسد اثری در تملک ندارد، دادگاه دعوی خواهان را وارد و محمول بر صحت تلقی به مستند به مواد ۳۶۵ و ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی و ۱ و ۲ و ۳ قانون مســـئولیت مدنی و ملاک قسمت سوم ماده ۵ قانون اخیرالذکر و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرســـی کیفری و رای وحدت رویه شـــماره ۸۱۱ هیات عمومی دیوان عالی کشـــور و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرســـی مدنی، ضمن تایید بطلان بیع و ابطال مبایعه‌نامه موضوع دعوی و اقرارنامه رسمی مورد اشـــاره، حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ پانزده میلیارد ریال که ثمن معامله نیز مســـتتر در آن اســـت به نرخ روز اجرای حکم بر اساس شاخص تورم عرفی موضوعی که در صورت کاهش ارزش خسارت تعیین شده و درخواست محکوم‌له از طریق کارشناســـی مجدد محاسبه و ارزیابی خواهد ... له خواهان صادر و اعلام می‌نماید ...».

قطعیت نیز حاصل کرد.

۳-٤. ارزیابی دیدگاه‌ها

در مقام ارزیابی دیدگاه‌های بیان‌شـــده، با توجه به این‌که طبق اصول، در امور کیفری نیز هر جا نیازمند پرداخت قیمت است، می‌بایست دادخواست مطابق مقررات حاکم بر دعاوی حقوقی تنظیم و تقدیم شود (خالقی، ۱۳۹٤: ۳۰۳)؛ بنابراین نمی‌توان گفت که تبصره ماده ۱۹ صرفاً مربوط به امور کیفری و یا حتی استرداد مال است، پس قابل تسری به دعاوی حقوقی توجها «دعوی خسارت» نیز هست. علاوه بر این، استناد به ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی نیز وجهی ندارد؛ چرا که منصرف از حالتی است که تلف حقیقی یا حکمی عین، در حین تقدیم دادخواست یا اثنا دادرسی محرز باشد. البته اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه ای قابل تامل به شـــماره۷/۱٤۰۱/٥٦۲ مورخ ۱٤۰۱/۰٦/۱۲ [1] تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرســـی کیفری را مربوط به جایی قلمداد نمـــوده که دادگاه حکم به پرداخت قیمت مال، بـــدون تعیین مبلغ صادر می نماید و مواردی که دادگاه رای به پرداخت وجه صادر می کند را مشـــمول تبصره ندانسته، اما غافل از این‌که اگرچه تعهد اصلی عامل زیان، رد عین یا مثل مال از دســـت‌رفته است، اما دادگاه در حکم ناممکن بودن ارائه عین و مثل مال را احراز کرده، عامل زیان را به پرداخت قیمت آن محکوم می‌کند؛پس می‌توان گفت که تعهد عامل زیان از رد عین یا مثل، به پرداخت قیمت تبدیل می‌شـــود و وی به پرداخت وجه رایج، مدیون شناخته می‌شود (محســـنی و میرشـــکاری، ۱۳۹٥: ۱٤۸). افزون بر این محاکم کیفری نیز در مواردی که به موضوعات با جنبه حقوقی رسیدگی می‌کنند، تابع اصول و قواعد حاکم بـــر دعاوی حقوقی از جمله ضرورت معین بودن حکم صادره می‌باشـــند. همچنین با وجود پیش‌بینی موارد قانونی از ســـوی قانون‌گذار در جهت پرداخت قیمت و بهاء به نـــرخ روز، آنچه منطق حکم می‌کند، ارائه تفســـیری راهکارگونه از مقررات و زدودن موانع برای نیل به هدف غایی قانون‌گذار است و از طرف دیگر، عقیده بر امکان جبران خســـارت تأخیر وارده به زیان‌دیده، از طریق سازِکار پیش‌بینی‌شده در ماده ٥۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی(شهیدی و ایران مهر، ۱۳۹۱: ۱۷) نیز به لحاظ فاصله بسیار زیاد شاخص رسمی بانک مرکزی با تورم عرفی واقعی

1.https://edarehoquqy.eadl.ir/moduleId/1286/controller/Search/action/Detail?IdeaId=25837

نمی‌تواند جبران‌کننده زیان واقعی وارده بر وی باشـــد. همچنین پرداخت قیمت روز خواسته در واحد اجرای احکام به لحاظ رعایت حقوق زیان‌دیده منصفانه و عادلانه‌تر است.

۵. راهکار

اینک پس از رفع تعارض ظاهری میان مقررات مورد اشاره، باید به این پرسش پاسخ داد که با وجود حاکمیت قاعده فراغ دادرس و اعتبار امر قضاوت شده، چگونه می‌توان خسارت وارده به زیان‌دیده را بر اساس ملاک قیمت زمان اجرای حکم اعمال کرد؟

چاره کار، اســـتفاده از ظرفیت قانونی و اتخاذ ملاک[1] از قســـمت سوم ماده ۵ قانون مســـئولیت مدنی است که بر اســـاس آن در صورتی که در موقع صدور حکم، تعیین عواقب صدمات بدنی به‌طور تحقیق ممکن نباشد دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو ســـال حق تجدید نظر نســـبت به حکم را خواهد داشـــت. بر همین اساس در صورت کاهش ارزش خســـارت مورد حکم در طول زمان، دادرس می‌تواند در حکم خود تجدید نظر کند، اما ممکن اســـت در بقای اعتبار بند یادشده با وجود قاعده فراغ دادرس تردید شـــود. همان‌طور که می‌دانیم، بر اســـاس قاعده یادشده، دادرس پس از صدور حکم اختیار تغییر آن را ندارد (شـــمس، ۲/۱۳۸۹: ۲۱٤). با وجود این‌که قانون آیین دادرسی مدنی سابق طی ماده ۱۵۵ به این قاعده تصریح کرده بود، اما قانون جدید حکم ویژه‌ای در این خصوص ندارد و تنها از ماده ۸ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌توان وجود این قاعده را برداشـــت کرد. ســـؤال قابل طرح در این رابطه، این اســـت که با وجود قاعده فراغ دادرس، آیا بند ۳ ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی نسخ شده است. به نظر می‌رسد این ماده با وجود تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به سال ۱۳۷۹ همچنان به قوت خود باقی اســـت؛ زیرا قانون مســـئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹ و در زمان حاکمیت قانون آیین دادرســـی مدنی مصوب ســـال ۱۳۱۸ تصویب شده است و بـــه عبارتی، قانون‌گذار با علم به وجود قاعـــده فراغ دادرس، مبادرت به وضع ماده ۵

۱. باید گفت که تنقیح مناط و الغای خصوصیت برخلاف قیاس، از شـــیوه‌های تفسیری متون شرعی و قانونی بوده و نوعی توسعه در موضوع هستند و تمامی حجیت آن‌ها به اصاله الظهور برمی‌گردد و الزاماً منعی در جهت تمسک به آن وجود ندارد.

قانون مسئولیت مدنی نموده است. از طرفی، قانون عام مؤخر نمی‌تواند قانون خاص مقدم را نسخ کند (قافی و شریعتی، ۱/۱۳۹۳: ۲۴۳)؛ بنابراین اگر پس از صدور حکم دادگاه مبنی بر محکومیت عامل زیان به جبران خسارت زیان‌دیده، ارزش مبلغ موضوع حکم کاسته شود، دادرس حق دارد مبلغ تعیینی را از طریق ارجاع مجدد موضوع به کارشناسی و با در نظر گرفتن تورم عرفی موضوعی تغییر دهد؛ به طور مثال، اگر پس از احراز ارکان دعوی مطالبه خسارت وارده به خودرو یا مطالبه اجرت‌المثل و یا غرامات ناشی از مستحق للغیر درآمدن قطعه زمین (مبیع) و تعیین قیمت آن بر اساس نظریه کارشناس رسمی دادگستری، ارزش خسارات تعیین شده از زمان صدور حکم تا زمان پرداخت تغییر یابد، دادگاه از طریق ارجاع مجدد به کارشناس، قیمت خسارات تعیین شده در حکم را بر اساس شاخص تورم عرفی مال مربوطه، به‌روز رسانی می‌کند. در این راستا اداره کل حقوقی قوه قضاییه طی نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۵۱۹ مورخ ۱۴۰۱/۸/۹ [1] بیان داشته است: «در فرض سؤال که برخی املاک بنیاد شهید و امور ایثارگران بدون سپری کردن مقررات و الزامات قانونی به تملک دیگر دستگاه‌های اجرایی درآمده است و مرجع قضایی با تلقی موضوع به عنوان تلف حکمی و از باب غصب، حکم به پرداخت قیمت روز و اجرت‌المثل ایام تصرف صادر می‌کند؛که در اجرای ماده ۳۱۲ قانون مدنی، محکوم باید قیمت روز ملک را پرداخت کند، صرف درج قیمت روز ملک در دادنامه مانع از تجدید ارزیابی و تعیین بهای روز آن در زمان پرداخت به محکوم‌له نیست. این روند از شمول تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ خروج موضوعی دارد و تکلیف به تجدید کارشناسی برای تعیین قیمت روز، برگرفته از مقرره‌ای است که موضوع را به قیمت روز احاله کرده است (ماده ۳۱۲ قانون مدنی)».

1.https://edarehoquqy.eadl.ir/moduleId/1286/controller/Search/action/GeneratePDF?IdeaId=25975

برآمد

۱- در قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی، ملاک زمان تقویم خسارت وارده بیان نشده و حکم به جبران خسارت مطابق قیمت زمان اجرای حکم نیز، با اصول کلی و منطق حقوق مسئولیت مدنی و اصل جبران کامل خسارت منطبق است. از این ملاک می‌توان به عنوان قاعده‌ای کلی در نحوه جبران خسارت استفاده کرد.

۲- پذیرش ضابطه مورد اشاره به عنوان قاعده عمومی، مانع سوء استفاده سودجویان خواهد شد و آنان به جای تاخیر در جبران خسارت و وارد نمودن زیان مضاعف به زیان‌دیده، جبران فوری خسارات وارده را انتخاب خواهند کرد؛ بر این اساس می‌توان گفت در حقوق ایران ملاک تقویم خسارت، همان‌طور که در خصوص پرداخت دیه نیز رویه قضایی به همین سمت سوق پیدا کرده، «زمان اجرای حکم» لحاظ شده است و اگر ارزش خسارت در حکم صادره از دادگاه نخستین تعیین شود، زیان‌دیده در مرحله تجدید نظر نیز می‌تواند مبلغ خسارت مورد ادعا را افزایش دهد و این اقدام ادعای جدیدی محسوب نمی‌شود؛ چراکه خواسته اصلی، قیمت آن مال یا جبران خسارت ناشی از اتلاف آن است و ارزش تعیین‌شده، چهره فرعی دارد و از قبیل ضرر و زیان خواسته اصلی و اقساط اجاره و اجرت‌المثل پس از صدور حکم است (بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی)؛ بنابراین هرگاه ارزش خسارات تعیین‌شده از زمان صدور حکم تا زمان پرداخت تغییر یابد، معیار تقویم، قیمت زمان پرداخت است.

فهرست منابع

* بابائی، ایرج (۱۳۹۷)، **حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳)، **ضمان قهری «مسئولیت مدنی»**، چاپ دوم، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

* بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، **قواعد فقه**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ بیست و دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، **مجموعه محشی قانون مدنی**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* خالقی، علی (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ بیست و هشتم، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

* خدابخشی، عبداله (۱۳۹۳)، **حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* شمس، عبداله (۱۳۹۹)، **اجرای احکام مدنی**، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: دراک.

* شمس، عبداله (۱۳۸۹)، **آیین دادرسی مدنی- دوره پیشرفته**، جلد دوم، چاپ بیست و چهارم، تهران: دراک.

* شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، **آثار قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی جلد سوم)**، چاپ پنجم، تهران: مجد.

* صفایی، سید حسین (۱۳۹۳)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ بیستم، تهران: میزان.

* صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۲)، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، چاپ پنجم، تهران: سمت.

* صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۹)، **مسئولیت مدنی تطبیقی**، چاپ دوم، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

* قافی حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۳)، «**اصول فقه کاربردی (مباحث الفاظ)**»،

جلد نخست، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **الزام های خارج قرارداد-مسئولیت مدنی**، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران: دانشگاه تهران.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹٤)، **دوره حقوق مدنی؛ عقود معین (معاملات معوض-عقود تملیکی)**، جلد نخست، چاپ سیزدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **وقایع حقوقی-مسئولیت مدنی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۹)، **قواعد فقه (بخش مدنی)**، جلد نخست، چاپ پنجاه و چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* میرشکاری، عباس (۱٤۰۱)، **رساله عملی در مسئولیت مدنی**، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* احسان‌پور و امی، سید رضا و احمد (۱۳۹۹)، «**مبانی فقهی حقوقی دیه یوم الاداء؛ موضوع ماده ٤۹۰ قانون مجازات اسلامی**»، مطالعات فقه اقتصادی، سال دوم، شماره ۲.
* استا، محمدحسین و افراس، غلامحسین و احمدی، جعفر (۱٤۰۲)، «**تحلیل تطبیقی قابلیت مطالبه زیان تفویت فرصت ناشی از تاخیر در تادیه پولی در فقه و حقوق**»، فصل‌نامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی (پژوهشکده حقوق و قانون ایران)، دوره ٦، شماره ۱۹.
* بادینی، حسن و اسلامی فارسانی، علی (۱۳۹۲)، «**نقش انصاف در مسئولیت مدنی**»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۳.
* جوادی، مهدی (۱٤۰۲)، «**تحلیل و نقد رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور پیرامون مسئولیت فروشنده در ضمان درک**»، نقد و تحلیل آراء قضایی، دوره ۲، شماره ۳.
* رستمی چلکاسری، عباداله و سرگزی، محمدرضا و فرهانی روحانی، نوشین (۱۳۹۳)، «**ماهیت و گستره غرامت قابل مطالبه از بایع در مبیع مستحق للغیر (نقد**

و بررســـی رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور)»، فصل‌نامه رأی: مطالعات آرای قضایی، سال سوم، شماره ۷.

* شـــهبازی، محمدحســـین و اکبری دهنو، میثم و حاجیان، هانی (۱۴۰۲)، «**مطالعهٔ تطبیقـــی روش جبران زیان معنو ی با تأکید بر رویکرد رویهٔ قضایی ایرا ن**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.

* شـــهیدی، ســـپیده و ایران‌مهر، رضا (۱۳۹۱)، «**پاسخ به پرسش‌های ۴۵۷ و ۴۵۸**»، ماهنامه قضاوت، شماره ۷۷.

* قانع، احمدعلی (۱۳۹۸)، «**بررسی مشروعیت اجاره پول**»، مطالعات اقتصاد اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۱.

* قســـمتی تبریزی، علی (۱۳۹۴)، «**اصل جبران کامل زیان**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۱۳.

* عبدی، مونا و باقری، محمود (۱۴۰۲)، «**حقوق ناشی از تأخیر در پرداخت تعهدات پولی**»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۳.

* محسنی، حسن و میرشکاری، عباس (۱۳۹۵)، «**مطالبه زیان دیرکرد پرداخت دین ناشی از ضمان قهری**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۱.

* میرشـــکاری، عباس (۱۳۹۲)، «**تحلیل تأثیر جبران زیان بعد از وقوع آن در دیه**»، فصل‌نامه علمی تخصصی دانشگاه علم و فرهنگ، سال دوم، شماره ۲.

* میرشکاری، عباس و حسینی، فاطمه سادات (۱۴۰۲)، «**مطالعه تطبیقی روش جبران زیان معنوی با تأکید بر رویکرد رویهٔ قضایی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۱، شماره ۱۲۱.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۲٤۱-۲۲۳
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۳/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۰۸/۲۰

بررسی داوری‌پذیری دعاوی دوران تصفیه امور ورشکستگی

مرضیه دبیری قصرعاصمی،[۱] فیض‌الله جعفری[۲]

چکیده

در حقوق ایران، ارجاع دعوای ورشکستگی به داوری ممنوع است (ماده ٤۹٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). در برخی کشورها این ممنوعیت با شناخت صلاحیت انحصاری برای دادگاه‌های ویژه ورشکستگی ایجاد گردیده است، لیکن در خصوص داوری‌پذیری دعاوی مرتبط با ورشکستگی که در دوران تصفیه ممکن است اقامه شود، مقررات حقوقی مشخص وجود ندارد. برای پاسخ‌گویی به این پرسش که آیا این دعاوی داوری‌پذیر هستند یا خیر، باید ریشه و علت داوری‌پذیر نبودنِ اصل دعوای ورشکستگی معلوم شود. در این مورد علل مختلفی مانند مغایرت با نظم عمومی یا حمایت از حقوق طلبکاران ذکر شده است. به نظر می‌رسد ریشه اصلی این ممنوعیت در محدودیت ذاتی داوری است؛ داوری قابلیت حل و فصل دعوای ورشکستگی را به نحو مؤثر ندارد.

در خصوص داوری‌پذیر بودن دعاوی دوران تصفیه، نوشته حاضر به روش تحلیلی توصیفی به این نتیجه می‌رسد که باید قائل به تفکیک شد؛ بدین صورت که اگر دعاوی طرح شده در دوران تصفیه، نشأت گرفته از حقوق و تکالیف آمره در قوانین ورشکستگی بوده و در جهت اجرای حکم ورشکستگی و تبیین صحیح حقوق طلبکاران باشد، به تبعیت از اصل دعوای ورشکستگی قابل ارجاع به داوری نیست، اما دیگر دعاوی که منشأ پیدایش آن‌ها، قوانین دیگری غیر از ورشکستگی است، داوری‌پذیر هستند.

واژگان کلیدی: داوری‌پذیری، تصفیه ورشکستگی، دعوی، اهلیت، حل اختلاف.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا-همدان
Marzie69dabiri@gmail.com

۲. دکتری حقوق خصوصی و عضو هیأت علمی دانشگاه بوعلی سینا-همدان (نویسنده مسئول)
jafarylaw@yahoo.com

درآمد

حمایت قضایی از اشـــخاص و حل اختلافات آن‌هـــا از طریق دادگاه دولتی، یک حق و ســـازکار اولیه و پیش‌فرض است که در قانون اساسی تضمین شده است. طرفین باید بدانند چه زمانی و تحت چه شرایطی می‌توانند از این سازکار حل اختلاف پیش‌فـــرض انصراف داده و به جای آن، داوری یا ســـایر روش‌های جایگزین دادگاه را انتخـــاب کنند. مزایـــای ویژه رجوع به داوری و حل و فصـــل اختلافات از طریق آن، موجب شـــده که اســـتقبال زیادی از آن به عنوان یکی از شیوه‌های حل اختلاف جایگزین دادگاه به عمل آیـــد (هولتزمن، ۱۳۸۱: ٤٥). در خصوص بعضی از دعاوی که محاکم دولتی بر اســـاس اصل حاکمیت خود، صلاحیت ذاتی و انحصاری دارند، محدودیت‌هایی در ارجاع به داوری براســـاس سیاست‌های عمومی کشور وضع شده و این‌کـــه کدام موضوع قابلیت ارجاع بـــه داوری دارد و کدام موضوع قابل ارجاع به داوری نیست، به اهداف و سیاست‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی دولت‌ها بستگی دارد (Kocev: 5). از جمله این دعاوی، دعوای ورشکســـتگی اســـت و در خصوص علت آن بیان شده که دعوای ورشکستگی مرتبط با نظم عمومی است و هدف اصلی آن حمایت از حقوق طلبکاران ورشکســـته و رعایت اصل تســـاوی در توزیع دارایی ورشکسته میان آن‌ها است (صدرزاده افشار، ۱۳۸۰: ۳۸۷). به علاوه گفته شده در مورد دعوای ورشکســـتگی چون بار کیفری موضوع نیز مورد نظر است و تاجر ورشکسته در بسیاری از موارد مرتکب جرم شده است و رسیدگی به امور کیفری صرفاً به لحاظ اهمیت موضوع و ارتباط با نظم عمومی به عهده دولت است، لذا نمی‌توان ارجاع این امور را به داوری خواست (اسدی‌نژاد، ۱۳۷۸: ۳۸۷).

فایده تحقیق حاضر این اســـت که دعاوی اعم از قـــراردادی و غیرقراردادی ممکن اســـت پس از صدور حکم ورشکستگی و در دوران تصفیه امور ورشکستگی از جانب کســـانی مطرح شود که قبل از ورشکستگی، خود را طلبکار می‌دانستند و یا بعداً طلبکار یا ذی‌حق شده‌اند؛ منشأ حق و دعوا هم ممکن است قبل از ورشکستگی به وجود آمده باشـــد یا این‌که بعد از ورشکستگی ایجاد شده باشد. آیا این دعاوی به تبعیت از دعوای ورشکستگی، مطلقاً قابلیت ارجاع به داوری ندارند یا بر اساس اصل داوری‌پذیری دعاوی، قابل ارجاع به داوری هســـتند؟ آیا اگر اراده قانون‌گذار بر ایجاد

ممنوعیت یا محدودیت بود، مانند دعوای ورشکستگی، صریحاً بیان می‌نمود؟ آیا باید بین دعاوی مختلف، حسب ارتباط و تأثیرپذیری آن‌ها از دعوای ورشکستگی، تمایز قائل شد؟ هدف از نوشته حاضر، رسیدن به پاسخ این پرسش‌ها است که در قوانین نسبت به آن‌ها تعیین تکلیف نشده است و قضات و مجریان قانون در صورت برخورد با چنین مسأله‌ای، در صدور حکم و اعمال قانون و اجرای عدالت با مانع و ابهام روبه‌رو می‌شوند. لذا در صدد ارائه ضابطه و معیاری برای رفع چنین مانعی هستیم.

۱. دعاوی دوران تصفیه ورشکستگی

پس از صدور حکم ورشکستگی، تصفیه امور ورشکستگی آغاز می‌شود، منظور از تصفیه، جمع‌آوری و تعیین میزان اموال ورشکسته، نقد کردن آن‌ها، وصول مطالبات و تقسیم دارایی او میان طلبکارانش است (اسکینی، ۱۳۸۹: ۱۲۱). ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی حق انعقاد قراردادی که مؤثر در حقوق طلبکارانش باشد را ندارد؛ مثلاً نمی‌تواند به نفع طلبکاری بر مالی از اموال خود وثیقه برقرار کند، این قرارداد نسبت به هیأت طلبکاران او فاقد اثر است و مال مورد وثیقه باید در اختیار مدیر تصفیه قرار گیرد (حسنی، ۱۳۸۲: ۷۰). اصولاً ورشکسته از مداخله در هر آنچه که سرنوشت طلبکاران را تحت تأثیر قرار می‌دهد ممنوع است؛ بر این اساس، اموال مادی و اموال غیرمادی یا حقوق مالی از جمله مطالبات و اختیارات مالی نظیر حق فسخ و ابراء، اعم از این‌که موجود باشند یا در آینده به مالکیت ورشکسته درآیند، مشمول منع مداخله‌اند (کاویانی،۱۳۹۱: ۱۳۳)؛ بنابراین از تاریخ صدور حکم ورشکستگی هرکس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی از منقول یا غیرمنقول داشته باشد باید به طرفیت مدیر تصفیه اقامه نماید و کلیه اقدامات اجرایی نیز مشمول همین مقرره است (ماده ٤١٩ قانون تجارت)؛ زیرا مدیر تصفیه اداره اموال و محافظت از آن‌ها را برعهده دارد و در کلیه دعاوی و اقدامات قضایی، قائم مقام ورشکسته است؛ خواه موضوع درباره اقامه دعوا برای مطالبه حقوق ورشکسته باشد یا در مورد دعوایی باشد که قبل از صدور حکم ورشکستگی شروع شده است و یا این‌که اعتراض یا تجدید نظرخواهی نسبت به احکامی باشد که درباره این نوع دعاوی صادر شده است (سماواتی، ۱۳۹۵: ۳۲۱).

حال که اصل دعوای ورشکستگی قابل ارجاع به داوری نیست، آیا متفرعات

آن و دعـــاوی میان تاجر و طرف مقابل او در جریان صدور حکم ورشکســـتگی نیز قابلیـــت ارجاع بـــه داوری را ندارد؟ مثلاً در یک قرارداد بین تاجر و شـــخص ثالث، شـــرط داوری وجود دارد. داور حین رســـیدگی با ورشکستگی تاجر مواجه می‌شود. در چنین وضعیتی، آیا داور باید رســـیدگی خود را ادامه دهد یا قرار توقف رسیدگی تـــا زمان جایگزینی مدیر تصفیه صادر نماید؟ آیا موافقت‌نامه داوری با حادث شـــدن ورشکستگی همچنان نافذ و معتبر است یا داور باید عدم صلاحیت خود را اعلام کند؟ همچنین گاه موافقت‌نامه داوری وجود ندارد و بعد از ورشکستگی، اهلیت ورشکسته بـــرای انعقاد موافقت‌نامه داوری مورد تردید قرار می‌گیرد؛ در این صورت آیا می‌توان گفت مدیر تصفیه قائم مقام او در انعقاد موافقت‌نامه داوری اســـت؟ اگر پاسخ سؤال اخیر مثبت باشـــد، در کدام دعاوی، امکان انعقاد موافقت‌نامه داوری برای مدیر تصفیه وجود دارد؟ پاسخ این سؤالات مستلزم بررسی این امر است که دعاوی دوران تصفیه قابل ارجاع به داوری می‌باشـــند و آیا مدیر تصفیـــه اختیار انعقاد قرارداد داوری برای دعاوی مربوط به ورشکسته را دارد.

۲. دیدگاه‌های مختلف در مورد داوری‌پذیری دعاوی دوران تصفیه

در مورد دعاوی متعددی که در دوران تصفیه امور ورشکستگی اقامه می‌شود، دیدگاه‌های متفاوتی از سوی حقوق‌دانان ارائه گردیده است؛ یک دیدگاه این است که تمام این دعاوی، صرف نظر از منشـــأ و تأثیر و ارتباط مستقیم و مؤثر آن‌ها با دعوای ورشکســـتگی، قابلیت ارجاع به داوری را دارنـــد. قائلان به این دیدگاه، تفکیکی میان دعاوی قائل نشـــده‌اند و دعاوی مربوط به تصفیه امور ورشکسته را مطلقاً قابل ارجاع به داوری می‌دانند؛ هرچند اصل ورشکســـتگی را بدین لحاظ که دارای آثار عمومی و اجتماعی است، قابل ارجاع به داوری ندانسته‌اند (زراعت، ۱۳۸۳: ۱۳۲۷). این استدلال به معنای قابل داوری دانســـتن همه موضوعات، حتی مسائل مربوط به ملاحظات نظم عمومی است و مبتنی بر این تفکر است که باید داوری را در همه اختلافات پذیرفت؛ چـــرا که در صورت نقض نظم عمومی توســـط داور، دادگاه‌ها قـــادر خواهند بود که موضـــوع مربوط را در بازنگری رأی صادره مورد بررســـی و نظارت قرار دهند و در صورت تعارض با نظم عمومی نســـبت به ابطال رأی داوری اقدام کنند (ایرانشـــاهی، ۱۳۹۳: ۱۶). البتـــه برخـــی از محققان بر این باورند که ارتبـــاط داوری پذیری و نظم

عمومی محدود اســـت، این دو مفاهیم جداگانه هستند و هم‌بستگی با یکدیگر ندارند. این مطلب که اگر موضوع دعوایی مرتبط با نظم عمومی باشد، آن دعوا داوری ناپذیر نخواهد بود مؤید این نظر است. در توجیه این نظر گفته شده است که غیر قابل داوری بـــودن برخی از دعاوی، به محدودیت داوری به عنوان یک روش حل اختلاف مبتنی بر رضایت طرفین مربوط است نه نظم عمومی (حبیبا و شوشتری، ۱۳۹۹: ۱۰). چنین نظری از حیث انطباق با اصول حقوقی و قواعد آمره ورشکســـتگی قابل تأمل است؛ زیرا اصل دعوای ورشکســـتگی قابل ارجاع به داوری نیست و دعاوی دوران تصفیه هم که ارتباط مستقیم و مؤثری با ورشکستگی دارند و همچون دعوای ورشکستگی، دارای ملاحظات مربوط با نظم عمومی اقتصادی می‌باشـــند، بایستی به تبعیت از آن، قابلیت ارجاع به داوری نداشـــته باشند. همچنین این روش نمی‌تواند خلأهای مربوط را پرکند؛ یک خلأ این اســـت که رأی ممکن اســـت به هر دلیل، مانند عدم اعتراض یا اســـقاط حق اعتراض، وارد مرحله نظارت قضایی نگردد؛ در حالی که در واقعیت، ناقض حقوق عمومی و قواعد نظم عمومی باشـــد و این نظر ورشکستگی و مقررات آن را نادیده می‌گیرد.

دیدگاه دیگر این است که، هیچ‌یک از دعاوی دوران تصفیه امور ورشکستگی قابل ارجاع به داوری نیســـتند؛ این دیدگاه ممکن است از منظر حفظ حقوق اشخاص ثالث توجیه شود؛ زیرا ورشکستگی، حقوق اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌دهد، در نتیجـــه این دادگاه‌ها هســـتند که می‌توانند چنین پرونده‌ها و رســـیدگی‌هایی را به درســـتی آغاز نموده و به انجام برســـانند و در خصوص موضوعات مربوط به حقوق طلبکاران و وضعیت بدهکاران تصمیم‌گیری نمایند (همان: ۱۶۲). اشـــکال این دیدگاه این اســـت که برخی دعاوی را که ارتباط مستقیم و محوری با ورشکستگی ندارند و امکان ارجاع آن‌ها به داوری وجود دارد را نادیده می‌گیرد؛ در حالی که داوری دارای مزایایی است و اصل بر داوری‌پذیر بودنِ دعاوی می‌باشد. این دیدگاه همچنین داوری که یک شـــیوه مرسوم جایگزین حل و فصل اختلافات می‌باشد را نادیده گرفته است. در داوری هدف حل و فصل اختلافات با هزینه کمتر و با سرعت بیشتر و بر طبق یک آیین دادرســـی منعطف‌تر و به وسیله اشخاصی است که مورد اعتماد طرفین هستند یا از آن‌چنان اطلاعات فنی برخوردار هســـتند که نمی‌توان آن را از قضات انتظار داشت

(صفایی، ۱۳۷۵: ۹۰)؛ بنابراین منطق حکم می‌کند که قائل به تفکیک میان دعاوی شد؛ برخی دعاوی قابل ارجاع و برخی غیرقابل ارجاع به داوری باشند.

۳. دعاوی غیرقابل ارجاع به داوری

داوری در رسیدگی به اختلافات ناشی از ورشکستگی که چندین طرف را درگیر فرایند رسیدگی می‌کند مشکلاتی دارد؛ زیرا داوری ماهیت و جوهر قراردادی دارد و با توجه به اصل اثر نسبی بودن قراردادها، به دیگر اشخاص مرتبط با دعوای ورشکستگی که طرف قرارداد داوری نیستند، تسری نمی‌یابد و به نوعی هدف از داوری که حل و فصل مؤثر اختلافات است محقق نمی‌گردد؛ با ارجاع برخی از دعاوی به داوری و برخی دیگر به دادگاه، هدف داوری و حل اختلاف به درستی محقق نمی‌شود و باید به آن‌ها به طور جمعی و یکپارچه در دادگاه رسیدگی کرد. و به تبعیت از آن، دعاوی منصوص ناشی از دعوای ورشکستگی که ساخته و پرداخته قوانین امری ورشکستگی می‌باشند و با صدور حکم ورشکستگی، اقامه آن‌ها موضوعیت پیدا می‌کند و بیشتر تشریفاتی برای اجرای جمعی یا سازماندهی مجدد دارایی و کسب و کار مدیون هستند (شهبازی‌نیا و دیگران، ۱۳۹۸: ۹)، قابلیت ارجاع به داوری ندارند؛ مانند اختلافات ناشی از اقدامات عضو ناظر. ممکن است عضو ناظر در انجام تکالیف و وظایف قانونی خود مرتکب تقصیر شود؛ مثلاً اموال تاجر را مهر و موم نکند و منجر به وقوع خسارت به حقوق طلبکاران یا تاجر گردد یا مثلاً از تصدیق طلب‌های مسلم و قبول شده از سوی مدیر تصفیه خودداری نماید و به این دلیل دعوایی علیه وی اقامه شود. این دعاوی که جهت اجرای فرایند تصفیه ورشکستگی بوده و منشأ پیدایش آن‌ها خود ورشکستگی است، قابل ارجاع به داوری نیست. به‌علاوه در مواردی مدیر تصفیه وظایف خود را انجام نمی‌دهد، به طور مثال مدیر تصفیه از فروش اشیاء فاسد شدنی و اشیایی که کسر قیمت پیدا می‌کند، خودداری کند یا در وصول مطالبات تأخیر یا تساهل نماید و مرتکب تقصیر گردد یا اقدامات تأمینی نسبت به مطالبات تاجر صورت ندهد. همچنین است دعوای اعتراض به تصدیق مطالبات طلبکاران که از سوی طلبکاران صورت می‌گیرد. این دعاوی قابلیت ارجاع به داوری را ندارند؛ زیرا منشأ پیدایش آن‌ها دعوای ورشکستگی می‌باشد و جهت اجرای حکم ورشکستگی و تسهیل اجرای فرایند ورشکستگی ایجاد شده‌اند.

٤. دعاوی قابل ارجاع به داوری

داوری در رسیدگی به دعاوی که منشأ پیدایش آن‌ها قوانین امری ورشکستگی نمی‌باشد و دعاوی که قابلیت طرح و موضوعیت یافتن آن منوط به احراز و صدور حکم ورشکستگی نیست، بلکه ناشی از حقوق خصوصی میان ورشکسته و طرف مقابل او می‌باشد و در صورت عدم وقوع ورشکستگی، قابلیت طرح و رسیدگی آن‌ها مطرح است و نشأت گرفته از قوانین موضوعه و مقررات حقوقی هر کشوری غیر از قانون ورشکستگی می‌باشد، محدودیت ذاتی و طبیعی ندارد. دعوای الزام به انجام تعهد قراردادی، دعوای الزام به انجام تعهد ناشی از قانون، وقایع حقوقی، دعوای اثبات وقوع خسارت و جبران آن، دعوای صحت و بطلان معامله، دعوای شخص ثالث علیه مدیر شرکت به دلیل اقدامات متقلبانه، نمونه‌ای از این دعاوی هستند؛ دعاوی که در روابط و تعاملات خصوصی اشخاص و برگرفته از قوانین موضوعه هر نظام حقوقی قابلیت طرح آن ها وجود دارد و اقامه و قابلیت رسیدگی آن‌ها از قوانین و مقررات ورشکستگی هر نظام حقوقی خروج موضوعی دارد. این دعاوی ممکن است در دوران تصفیه امور ورشکستگی مطرح گردند یا اقامه نشوند. در صورت طرح نیز ماهیت وجودی دعوا تغییر نمی‌یابد و ورشکستگی تأثیری بر چنین دعاوی ندارد؛ زیرا این دعوای از دعاوی مالی و رایج نشأت گرفته از قوانین ماهوی هر نظام حقوقی می‌باشد.

در حقوق تطبیقی، با رایج شدن موافقت‌نامه داوری، دادگاه‌های ورشکستگی در موارد متعددی با موافقت‌نامه‌های داوری مواجه می‌شدند که یک طرف آن شخص ورشکسته است. سپس قضات ورشکستگی باید تعیین می‌کردند که آیا این شرط داوری معتبر و قابل اجرا است یا این‌که از اجرای آن باید امتناع کرد و خودشان به اختلاف رسیدگی کنند. در بادی امر، دادگاه‌های ورشکستگی معمولاً اجرای موافقت‌نامه داوری را نمی‌پذیرفتند، اما با گذشت زمان و تبیین نقش مهم داوری در روابط بین‌المللی اشخاص، داوری را نه به عنوان یک مرجع شبه قضایی بلکه به عنوان یک نوع قرارداد تلقی کردند. بر این اساس که یک موافقت‌نامه باید توسط دادگاه ورشکستگی اجرا شود؛ مگر این‌که اجرای آن مغایر حقوق قانونی ورشکستگی یا مغایر نظم عمومی ورشکستگی باشد (Haggard, 1986: 6;

(Banker, 2020: 4; Van de Ven, 2017: 51). در پرونده Northern Pipeline v Constr co. v. Marathon Pipeline Co دیوان عالی کشور ایالات متحده اعلام نمود که قانون اصلاح ورشکستگی مصوب ۱۹۷۸ به دادگاه‌های ورشکستگی اختیار وسیعی داده است و این امر خلاف قانون اساسی است و باید میان مسائلی که راجع به تجدید ساختار روابط بدهکار و طلبکار است و در حیطه اختیار قانون ورشکستگی فدرال می‌باشد با مسائل راجع به حقوق خصوصی ایجاد شده توسط دولت مانند حق جبران خسارت قراردادی تمایز قائل گردید. متعاقب چنین رأیی، قانون‌گذار با ایجاد دوگانگی، قانون ورشکستگی را اصلاح کرد که بر اساس آن موضوعات به دو گروه اساسی و غیر اساسی دسته‌بندی شدند (Eisenberg, Catanese, Lawand, 2017: 3.)؛ بنابراین صلاحیت دادگاه ورشکستگی رسیدگی به موضوعاتی است که شامل تجدید ساختار روابط بدهکار و موضوعات ناشی از قانون، مانند پرداخت بدهی‌ها، تعلیق دعاوی، اعتراض بر مطالبات می‌باشد (Mclaghling, 2006: 2). در نتیجه آنچه ورشکستگی نامیده می‌شود، اصل دعوای ورشکستگی همراه با مسائل اساسی آن است و مسائل غیر اساسی که شامل دعاوی ایجاد شده از حقوق خصوصی شهروندان مانند حق جبران خسارت یا نقض قراردادی و دعوای علیه اقدامات متقلبانه مدیر و هر گونه دعاوی مالی مرسوم ناشی از رابطه قراردادی و غیر قراردادی و دعاوی مرتبط بوده یا جزء مسائل غیراساسی ورشکستگی قلمداد شدند، قابل ارجاع به داوری می‌باشند (Kirgis, 2009: 35).

در فرانسه نیز صلاحیت انحصاری دادگاه‌های تجاری در ماده ۱۷٤ قانون ورشکستگی فقط شامل موضوعات اساسی ورشکستگی می‌شود (لیو، میستلیس، کرول، ۱۳۹۱: ۲۲٤). معیار دیگر این‌که، داوری به عنوان شیوه حل اختلاف توافقی دارای محدودیت‌های ذاتی است. داوری دارای مشکلات ذاتی برای تأثیرگذاری بر اشخاص ثالث است؛ زیرا داوری از یک منظر ماهیت قراردادی دارد[1] و مشمول اصل

۱. در خصوص ماهیت داوری اختلاف نظر وجود دارد. برخی ماهیت آن را قراردادی می‌دانند؛ زیرا خاستگاه داوری قرارداد است، طبق این نظر، موافقت‌نامه داوری دارای اهمیت دسته اول می‌باشد؛ به گونه‌ای که همه جنبه‌های فرایند داوری را کنترل می‌کند و در صورت عدم وجود موافقت‌نامه، هیچ نوع از داوری نمی‌تواند موجود باشد. برخی ماهیت داوری را صلاحیتی می‌دانند. نهاد داوری

اثر نسبی بودن قراردادها می‌شـــود. از جمله دلایل قراردادی بودن ماهیت داوری این است که:

نخســـت، از حیث موقعیت داوران که در حقیقت نمایندگان طرفین هســـتند. داوران هیچ‌گونه وظیفه عمومی را اجرا نمی‌کنند و قدرت و اختیارشـــان را از قرارداد طرفین به دست می‌آورند. به طور خلاصه، داوران به عنوان نمایندگان طرفین منصوب می‌شـــوند تا اختلاف را از طرف آن‌ها حل کنند. رابطه بین طرفین و داوران از ماهیتی خصوصی بیش از ماهیت عمومی برخوردار اســـت. در واقع، رابطه بین طرفین، رابطه اصیل و نماینده اســـت و در این رابطه، دادگاه حق مداخله ندارد؛ چون مبنای اختیار داور تنها موافقت‌نامه داوری است (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۸: ۱۸۲)؛

دوم، رأی داوری که به اختلاف طرفین خاتمه می‌دهد و الزام‌آور تلقی می‌شود، خود از آثار قرارداد داوری است. طرفین با نهایی کردن توافق خود ملزم به اجرای مفاد قرارداد با کلیه تبعات آن، از جمله رأی داوری می‌شـــوند؛ بنابراین قرارداد را می‌توان مبنـــای تعیین ماهیت حقوقی نظـــام داوری و آرای صادره از مرجع داوری دانســـت (همان: ۱۸٤)؛

ســـوم، طرفین از اختیار نامحدود در انتخاب قانون حاکم بر آیین رســـیدگی و قانون مناســـب حاکم بـــر قرارداد اصلی برخوردارنـــد. داوران ملزم به اعمال قانون تعیین‌شده توسط طرفین هستند. زمانی که مسأله انتخاب قانون مناسب مطرح می‌شود، داوران باید به قرارداد یا توافق داوری برای یافتن قانون ماهوی بر طبق تصریح طرفین یا خواســـته ضمنی آن‌ها توجه نمایند (همان: ۱۸٦). در مجموع، نهاد داوری مبتنی بر قصد و رضای طرفین می‌باشـــد و قرارداد منشأ داوری است و به آن اعتبار می‌بخشد و این طرفین قرارداد هســـتند که زمان و مکان داوری و تعداد و شـــخصیت داوران و قانون ماهوی و آیین دادرســـی حاکم بر دعـــوا را تعیین می‌نمایند، در نتیجه حاکمیت

واجد وصف قضایی است و وظایف داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود. این نظریه اعتبار موافقت‌نامه داوری، اختیارات و رســـیدگی داوران را وابسته به مقامات قانون‌گذاری و قضایی محل تشکیل دیوان داوری می‌داند. همچنین برخی ماهیت داوری را مختلط می‌دانند و معتقدند داوری دارای آثار قضایی و قراردادی اســـت؛ بدین معنا که از یک ســـو برای ایجاد داوری نیاز به توافق طرفین وجود دارد و از ســـوی دیگر شناسایی نظام داوری از دیدگاه قانون نیز ضروری است. برخی نیز برای داوری ماهیت مســـتقل و خودمختار و خودآیین قائل هستند و داوری را مســـتلزم سازِکار مستقل از قرارداد و نظام قضایی می‌دانند (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۵).

اراده در این نظریه نقش برجسته‌ای دارد؛ زیرا طرفین بدون مداخله دستگاه قضایی دولتی، اختیارات و وظایف داوران را کنترل می‌کنند (همان: ۱۷۹). با این حال بر نظریه قراردادی بودن داوری انتقاداتی وارد است. در مسأله ورشکستگی و دعاوی مرتبط با آن، باید گفت موضوعات اساسی ورشکستگی توسط دادگاه‌های ملی کارآمدتر از داوری مورد رسیدگی واقع می‌شوند؛ بنابراین در هر دعوا با این پرسش روبه رو هستیم که آیا داوری می‌تواند اختلاف را به شیوه مؤثر حل کند.

۵. انعقاد موافقت‌نامه داوری و تأثیر آن بر دعاوی دوران تصفیه

بدیهی است رسیدگی توسط داور نیاز به وجود موافقت‌نامه داوری دارد. با تفکیک صورت‌گرفته بین دعاوی دوران تصفیه و قابلیت ارجاع برخی از این دعاوی با معیار ارائه شده، به بررسی اهمیت زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری جهت رسیدگی به دعاوی مطرح شده در دوران تصفیه که قابلیت ارجاع به داوری دارند می‌پردازیم. به تعبیر دیگر، موضوع بررسی این است که صدور حکم ورشکستگی چه تأثیری بر موافقت‌نامه داوری موجود دارد. بدیهی است در مورد آن دسته از دعاوی که قابلیت ارجاع به داوری ندارند، احراز و وجود موافقت‌نامه داوری موضوعیت نمی‌یابد؛ زیرا با فرض وجود موافقت‌نامه در زمان قبل یا بعد از ورشکستگی، امکان ارجاع چنین دعاوی به داوری وجود ندارد و موافقت‌نامه داوری بی‌اعتبار است، اما در مورد دعاوی قابل ارجاع به داوری، مسأله زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری اهمیت دارد.

۱-۵. انعقاد موافقت‌نامه داوری قبل از حکم ورشکستگی

در مواردی که قبل از صدور حکم ورشکستگی در خصوص یک رابطه حقوقی، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی بین تاجر و شخص ثالث یا طلبکاران او موافقت‌نامه داوری وجود دارد و سپس حکم ورشکستگی صادر می‌شود، ابتدا باید بررسی کرد که آیا حجر ورشکسته سبب زوال موافقت‌نامه داوری می‌شود. حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از این‌که بتواند امور خود را به طور مستقل اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد(صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۲۰۷). ممکن است این سؤال مطرح شود که با توجه به ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که یکی از موارد زوال داوری را حجر یکی از طرفین داوری ذکر نموده است، آیا این حجر شامل ورشکسته می‌شود.

به عنوان یک نظر می‌توان معتقد بود که، از شـــرایط انعقاد صحیح موافقت‌نامه داوری، داشـــتن«اهلیت اقامه دعوا» می‌باشد (ماده ٤٥٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی) و بدون آن، قرارداد داوری باطل اســـت؛ از سوی دیگر، مطابق قانون، ورشکسته اهلیت اقامه دعوا ندارد (بند ۳ ماده ٨٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی)؛ لذا با صدور حکم ورشکســـتگی، ورشکســـته اهلیت اقامه دعوا را از دست می‌دهد و دچار نوعی حجر می‌شود (ماده ٤١٩ قانون تجارت) و صلاحیت انعقاد قرارداد داوری را از دســـت می‌دهد، و بالتبع طبق ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، حجر (ورشکستگی) از عوامل زوال داوری است.

نظر دیگر این اســـت که قبل از صدور حکم ورشکستگی، تاجر اهلیت انعقاد موافقت‌نامـــه داوری را دارد و وجود اهلیت در زمان انعقاد قرارداد شـــرط اســـت و نمی‌توان به علت ورشکســـتگی که بعداً حادث می‌شود، موافقت‌نامه داوری سابق را غیر معتبر قلمداد کرد. به تعبیر دیگر، عدم ورشکســـتگی شـــرط وقوع قرارداد داوری اســـت، ولی شـــرط بقای آن نیست. در حقوق برخی کشـــورها، ورشکستگی تأثیری بر اعتبـــار موافقت‌نامه داوری ندارد و موافقت‌نامـــه داوری در صورت صدور حکم ورشکســـتگی همچنان معتبر می‌ماند، مثل ایالات متحده آمریکا و انگلســـتان؛ و منع ورشکســـته از مداخله در اموالش به دلیل حجر او نیست، بلکه بنا به سوء ظنی است که جامعه نســـبت به او دارد. علت این‌که ورشکسته نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند، عدم اهلیت او نیست، بلکه از آن جهت است که اموال ایشان متعلق حق دیگران قرار گرفته اســـت. (شـــهیدی، ١٣٨٦: ٢٦٢). قانون مدنی نیـــز در ماده ۱۲۰۷ در مقام بیان اشـــخاص محجور، به ورشکسته اشـــاره‌ای ننموده است، از این رو اطلاق حجر بر ورشکســـته ناشی از اختلاط مفاهیم اســـت و در مواردی که قرینه‌ای بر تسری این عنوان بر او وجود ندارد، باید به موارد یقینی بســـنده کرد (قبادی، ١٤٠٠: ١١٣)؛ پس قدر متیقن این است که زوال داوری در اثر حجر عام موضوعیت پیدا می‌کند و حجر ورشکســـته موجب زوال داوری نمی‌گردد. در هر حال این بحث در مورد داوری‌های ملی مشمول قانون آیین دادرسی مدنی است و در مورد داوری تجاری بین‌المللی کمتر موضوعیت دارد.

۲-۵. فقدان موافقت‌نامه داوری قبل از ورشکستگی

در مواردی که قبل از صدور حکم ورشکستگی، موافقت‌نامه داوری میان ورشکسته و اشخاص طرف قرارداد با او وجود ندارد، وضعیت داوری‌پذیری دعاوی دوران تصفیه امور ورشکسته چگونه است؟ آیا مدیر تصفیه به عنوان قائم مقام شخص ورشکسته صلاحیت انعقاد موافقت‌نامه داوری جهت ارجاع دعاوی دوران تصفیه به داوری را دارد؟

پاسخ مثبت ترجیح دارد؛ زیرا این سؤال در مورد دعاوی قابل ارجاع به داوری است و از سایر دعاوی منصرف است. به‌علاوه در اقامه دعوا و یا ارجاع آن به داوری، مدیر تصفیه قائم مقام ورشکسته است و صلاحیت تصمیم‌گیری دارد. همچنین از یک سو، مطابق ماده ٤٥٨ قانون تجارت، صلاحیت مدیر تصفیه جهت صلح دعاوی که هیأت طلبکاران در آن ذی‌نفع می‌باشند را با شرایطی پذیرفته شده و از سوی دیگر، مطابق مقررات قانونی از جمله اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قابلیت یا عدم قابلیت صلح دعاوی، با قابلیت و عدم قابلیت ارجاع آن به داوری رابطه و ملازمه دارد. هر چند داوری و صلح، هر دو ماهیتی مستقل و ویژه دارند، اما شباهت‌هایی نیز میان آن ها وجود دارد. مثل هماهنگی در اهداف از قبیل رفع خصومت و حل اختلاف و این که در هر دو قرارداد وجود دارد (حکمی‌صفت، ۱۳۹۳: ۸۱). اصطلاح ختم دعوی به صلح در ماده ٤٥٨ در معنی وسیع آن باید تفسیر شود که به معنی موافقت با داوری نیز هست؛ بنابراین رجوع به داوری توسط مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر اشکالی ندارد، لیکن رأی داور نمی‌تواند مخالف قواعد آمره ورشکستگی باشد؛ مثل این‌که در دعوی بین مدیر تصفیه و شخص طرف دعوی، داور رأی به بیش از مبلغی بدهد که طبق قواعد تصفیه به طرف دعوی تعلق می‌گیرد (اسکینی، ۱۳۹۰: ٣٦).

در سایر کشورها نیز صلح و داوری در کنار هم مورد توجه قرار گرفته است؛ مثلاً بند یک ماده ١٦٧٦ قانون قضایی بلژیک بیان می‌کند هر اختلافی که در مورد رابطه حقوقی خاص بروز کرده است و یا ممکن است بروز کند و در خصوص آن اجازه مصالحه وجود داشته باشد، می‌تواند موضوع موافقت‌نامه داوری قرار گیرد (لیو، میستلیس و کرول، ۱۳۹۱: ۲۱۱). این امر مؤیدی بر امکان انعقاد موافقت‌نامه

داوری از سوی مدیر تصفیه و نیز به تبع آن ارجاع آن دسته از دعاوی که داوری‌پذیر هستند، به داوری می‌باشد. بدیهی است دعاوی که ارتباط مستقیم با رسیدگی به اصل دعوای ورشکستگی دارد، چون موضوعاً قابلیت ارجاع به داوری ندارند، مدیر تصفیه نیز صلاحیت ارجاع این دسته از دعاوی را به داوری ندارد. در واقع، بخشی از اختیارات و صلاحیت‌های نهاد تصفیه، انعقاد قرارداد داوری در دعاوی‌ای است که قابلیت ارجاع به داوری دارند.

٦. داوری‌پذیری دعاوی دوران تصفیه و اصل تساوی طلبکاران

رعایت اصل تساوی طلبکاران ورشکسته به عنوان یکی از اصول مسلم حاکم بر ورشکستگی است. سؤال این است که آیا ارجاع برخی دعاوی به داوری در تضاد با این اصل نیست؟ اصل تساوی نوعی سازکار توزیع دارایی شخص ورشکسته به صورت عادلانه میان طلبکارانش با هدف برقراری نظام تصفیه جمعی و تضمین منافع طلبکاران از طریق تقسیم دارایی ورشکسته به نسبت مساوی میان طلبکاران می‌باشد. اصل تساوی طلبکاران، یعنی همه طلبکاران بدون وثیقه به نسبت طلبشان از اموال بدهکار از موقعیت برابری بهره‌مند خواهند شد (عالی‌پناه، ۱۳۹۷: ۵). در مقررات ورشکستگی ایران مقررات شفافی در خصوص اهمیت توجه به منافع بستانکاران به عنوان یک کل واحد و جلوگیری از تبعیض بین آن‌ها ملاحظه می‌گردد. به نظر می‌رسد حمایت از اصل تساوی بستانکاران شرکت تجارتی ورشکسته در قالب بطلان هرگونه ترجیح بستانکاری بر دیگری می‌تواند دارای مزایای متعددی باشد (صادقی و کوشکی، ١٤٠١: ٦). البته این اصل با استثنائاتی نیز مواجه است و طبق قانون، بعضی از طلبکاران بر سایرین مرجح هستند. اولویت طلبکاران دارای وثیقه، طلبکاران ممتاز، اولویت مطالبات بانکی نسبت به سایر مطالبات اشخاص در ورشکستگی مشتری بانک (ماده ٢٤ قانون اساسنامه بانک ملی ایران) اولویت مطالبات دارندگان چک‌های تضمین شده و امتیاز طلبکار در ورشکستگی مسؤولان متضامن (هر طلبکاری برای دریافت کل طلب خود می‌تواند وارد هر یک از هیأت غرمایی مسئولان تضامنی شود)، از مصادیق این استثنائات می‌باشند (صقری، ١٣٧٦: ٢٥٣). علاوه بر این گاه ترجیح یکی از طلبکاران در پرداخت مطالبات او شرط ضروری امکان ادامه فعالیت‌های ورشکسته است که تحت عنوان تئوری کارایی اقتصادی به نام «فروشنده بحرانی»

در حقوق خارجی مطرح شـــده اســـت (عالی‌پناه، ۱۳۹۷: ۱۷). حال می‌توان این‌گونه برداشت نمود که در خصوص رابطه داوری پذیری دعاوی و اصل تساوی طلبکاران، اصل تســـاوی طلبکاران در مرحله شناسایی و تصدیق اصل مطالبات اعمال نمی‌شود، بلکه در مرحله وصـول مطالبات و تقسیم دارایی بین طلبکاران حاکم است؛ بدین معنا کـــه اگر امکان پرداخت طلب برخی از طلبـــکاران و ترجیح آن‌ها بر دیگر طلبکاران به عنوان استثنائی بر اصـــل تساوی طلـــبکاران وجود دارد، قابلیت ارجاع به داوریِ برخی از دعاوی که به طور مســـتقیم ارتباطی با رسیدگی به اصل دعوای ورشکستگی ندارد، به عنوان یک شیوه حل اختلاف خصوصی نیز امری بعید و دور از ذهن نیست و مغایرتی با اصل تســـاوی طلبکاران در چنین دعاوی ندارد. همچنین اصل تســـاوی طلبکاران شامل آن دسته از دعاوی‌ای می‌شود که منشأ پیدایش آن ورشکستگی است و دعاوی که حق منشـــأ پیدایش آن‌ها از قوانین ورشکستگی نشأت گرفته است. این دعاوی با توضیحات فوق‌الذکر قابلیت ارجاع به داوری را ندارند.

برآمد

۱- در خصوص رابطه داوری و ورشکستگی، اصل دعوای ورشکستگی طبق قانون داوری‌پذیر نمی‌باشد، اما در خصوص دعاوی دوران تصفیه ورشکستگی، با توجه به سکوت قانون‌گذار و عدم منع قانونی در ارجاع دعاوی دوران تصفیه به داوری و با توجه به این‌که اصل بر داوری‌پذیر بودنِ دعاوی است؛ مگر خلاف آن در قوانین موضوعه تصریح شود و این‌که استثناء باید تفسیر مضیق گردد و امکان توسعه وجود ندارد، باید بررسی شود که وضعیت داوری پذیر بودنِ این دعاوی به چه صورت است.

۲- به نظر می‌رسد بایستی میان انواع دعاوی مطرح شده در جریان تصفیه تفکیک قائل شد؛ نمی‌توان اظهار داشت هرگونه ادعای قراردادی یا مالی علیه ورشکسته قابلیت ارجاع به داوری را ندارد. دعاوی‌ای که منشأ پیدایش آن‌ها، حقوق و تکالیف ایجاد شده در قانون ورشکستگی و در جهت تسهیل اجرای حکم ورشکستگی می‌باشد و در صورت فقدان وقوع ورشکستگی قابلیت طرح آن‌ها وجود ندارد، داوری‌پذیر نیستند؛ زیرا داوری دارای محدودیت ذاتی جهت حل و فصل مؤثر چنین دعاوی می‌باشد. چنین دعاوی‌ای در حقوق طلبکاران و اشخاص ثالث بسیار مؤثر است و مشمول اصل رعایت تساوی حقوق طلبکاران قرار می‌گیرد، اما دعاوی‌ای که منشأ پیدایش آن‌ها حقوق خصوصی ایجاد شده بین ورشکسته و طرف مقابل او می‌باشد و با حکم ورشکستگی موجودیت پیدا نمی‌کند، بلکه قبل از وقوع توقف و ورشکستگی نیز امکان طرح آن‌ها وجود داشته است و منشأ آن‌ها قوانین و مقررات موضوعه دیگر نظام حقوقی، جز قانون خاص ورشکستگی می‌باشد و به نوعی ممکن است صرفاً اثر غیر مستقیم و غیر اساسی بر ورشکستگی داشته باشند، قابل ارجاع به داوری می‌باشند.

۳- از حیث داوری‌پذیری شخصی، یعنی اهلیت ورشکسته یا اختیار مدیر تصفیه برای ارجاع دعاوی قابل ارجاع به داوری، ورشکستگی اشخاص، باعث انحلال و زوال قرارداد داوری نمی‌شود و مشمول ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیست؛ همچنین در مورد دعاوی‌ای که طبق تفکیک مذکور در این مقاله، از نظر موضوعی داوری‌پذیر هستند، مدیر تصفیه

صلاحیت و اختیار انعقاد موافقت‌نامه داوری نسبت به آن‌ها را دارد؛ زیرا هر دعوایی که قابل فیصله از طریق صلح و سازش توسط مدیر تصفیه است، از جانب مدیر تصفیه قابل ارجاع به داوری نیز می‌باشد.

٤- پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در خصوص دعاوی بعد از صدور حکم ورشکستگی به صراحت تعیین تکلیف کند و با توجه به مزایا و کاربرد گسترده نهاد داوری، در خصوص ارجاع یا عدم ارجاع دعاوی دوران تصفیه امور ورشکسته مقرراتی وضع نماید تا زمینه صدور آرا متعارض و اعمال رویه‌های مختلف قضایی حذف شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اســـدی‌نژاد، محمد (۱۳۷۸)، **داوری تجاری بین‌المللی ایران و آنســـیترال**، چاپ نخست، دانشگاه گیلان.

* اســـکینی، ربیعـــا (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته**، چاپ سیزدهم، تهران: سمت.

* اســـکینی، ربیعـــا (۱۳۹۰)، «**داوری پذیری دعاوی در حقوق ایران**»، در: مجموعه مقالات همایش صدمین ســـال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.

* ایرانشـــاهی، علیرضا (۱۳۹۳)، **اعتراض بـــه رأی داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.

* حبیبا، ســـعید و شوشـــتری، زهرا (۱۳۹۹)، «**نظم عمومی و داوری پذیری دعاوی مالکیت فکری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٤، شماره ۱۱۰.

* حســـنی، علیرضا (۱۳۸۲)، «**بررســـی آثار حکم ورشکســـتگی نسبت به تاجر ورشکسته**»، مجله دادرسی، شماره ۳۹.

* حکمی‌صفت، هانیه (۱۳۹۳)، **بررســـی تحلیلی رابطه ورشکســـتگی و داوری**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، همدان: دانشگاه بوعلی سینا.

* زراعت، عباس (۱۳۸۳)، **قانون آیین دادرســـی مدنی در نظم حقوقی ایران**، چاپ نخست، تهران: دانش‌پذیر.

* سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۹۵)، **اصول ورشکستگی**، چاپ نخست، تهران: مجد.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸٦)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ ششم، تهران: مجد.

* صادقی، محسن و کوشکی، مصطفی (۱٤۰۱)، «**تحلیل حقوقی-اقتصادی معاملات قبل از صدور حکم ورشکســـتگی شرکت‌های تجارتی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۷.

* صدرزاده افشار، محســـن (۱۳۸۰)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ ششم، تهران: جهاد دانشگاهی.

* صفایی، حسین (۱۳۷۵)، **حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی**، چاپ نخست،

تهران: میزان.
* صفایی، حسین و قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۸)، **اشخاص و محجورین**، چاپ پانزدهم، تهران: سمت.
* صقری، محمد (۱۳۷۶)، **حقوق بازرگانی ورشکستگی نظری و عملی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* عالی‌پناه، علیرضا (۱۳۹۸)، «**اصل تساوی بستانکاران در تصفیه شرکت‌های تجاری در حقوق ایران و انگلستان**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۴، شماره ۸۶.
* قبادی، سحر (۱۴۰۰)، **مطالعه تطبیقی آثار ورشکستگی بر داوری در حقوق ایران و آمریکا**، چاپ نخست، تهران: مجد.
* قبادی، سحر و شهبازی‌نیا، مرتضی و عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۹۸)، «**مطالعه تطبیقی جهات محدودیت داوری در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره اول.
* کاویانی، کوروش (۱۳۹۱)، **حقوق ورشکستگی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* کرول، استفان و لیو، جولیان دی. ام و میستلیس، لوکاس (۱۳۹۱)، **داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی**، برگردان: محمد حبیبی مجنده، چاپ نخست، قم: دانشگاه مفید.
* مافی، همایون و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹۵)، «**ماهیت حقوقی نهاد داوری**»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱.
* هولتزمن، هوارد ام. (۱۳۸۱)، **داوری در ایالت متحده آمریکا**، برگردان: علی قاسمی، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۲۵.

ب. انگلیسی

* Brekoulakis, Stavros; Mistelis, L. (2009), **On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern**, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, No. 20, PP. 19-45.
* Eisenberg, Leah M.; R. Catanes, Katherine R.; Lawand, Sam (2017), **Arbitration And Bankruptcy: a Tug of War**; Journal of Taxation &

Regulation of Financial Institutions, Vol. 31, Issue 2, PP. 17-22.

❋ Haggard, Thomas R. (1986), **Labor Arbitration and Bankruptcy: a Trek into the Serbonian Bog**, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 17, Issue 2, PP. 171-202.

❋ Kirgis, Paul F. (2009), **Arbitration, Bankruptcy And Public Policy: a Contractarian Analysis**, Faculty Law Review Articles, University of Montana, No. 125.

❋ Kocev, Ljuben (2019), **Arbitrability of Competition Law Disputes**, Available at: https://repository.ukim.mk/bitstream/20.500.12188/16963/1/2.-Ljuben-Kocev.pdf, (Last visited: 14 July 2023).

❋ Mclaughlin, Joseph T. (2014), **Arbitrability: Current Trends in the United States**, Arbitration International, Vol. 12, Issue 2, PP. 113-136.

❋ Rizk, Laila, (2020), **The Enforceability of Arbitration Agreements In Bankruptcy Throughout The United States**, ST. John,s Law Scholarship Repository, Vol. XII, No. 24.

❋ Van De Ven, Fabian (2017), **Insolvency In International Commercial Arbitration**, Master Thesis, University Of St.Gallen.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۲٦۰-۲٤۳
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۹/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۱۰/۲٦

بازپژوهی نظریه غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه[۱]

سجاد علمی کنک‌لو،[۲] علی غریبه،[۳] اسماعیل صغیری[٤]

چکیده

مطابق قسمت اخیر ماده ۲٤٤ قانون مدنی: «شرط نتیجه قابل اسقاط نیست». اکثریت علمای حقوق نیز برای تبیین این حکم اظهار داشته‌اند، در مواردی که شرط نتیجه به نفس انشاء تشکیل شود، به لحاظ تحقق شرط، امکان اسقاط آن قابل تصور نیست و در صورتی که تحقق شرط یاد شده به جهتی از جهات ممتنع گردد، اساساً شرطی تشکیل نشده است تا از اسقاط آن صحبت شود؛ با وجود این، این کاوش بین علمای حقوق قاعده بر نداشته و بررسی‌های فقهی نیز گویای این امر است که از نظر فقهای عظام، امکان اسقاط شرط نتیجه مقدور نمی‌باشد.

این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی نظریات علمای حقوق و فقهای عظام، از جمله با احتجاج به مکانیسم‌های حقوقی تعلیق و توقیت، قسمت اخیر ماده ۲٤٤ قانون یاد شده مشعر بر غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه را، ناظر به اندراج شرط مزبور در غالب موارد دانسته و با ارائه تحلیل‌های نوین، قابلیت اسقاط شرط یادشده را در سلسله مواردی استنتاج و اصلاح مقرره فوق را به قانون‌گذار پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: شرط، شرط نتیجه، اسقاط شرط، فقه، قانون مدنی.

---

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری نویسنده اول تحت عنوان «شرط نتیجه» با راهنمایی آقای دکتر علی غریبه و مشاوره آقای دکتر اسماعیل صغیری در دانشگاه آزاد واحد تبریز است .

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
sajad.elmii@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).
gharibelawyer@gmail.com

٤. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز ، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
esmaeilsaghiri@yahoo.com

درآمد

بـــه موجب مـــاده ۲٤٤ قانون مدنی: «طرف معامله که شـــرط به نفع او شـــده می‌تواند از عمل به آن شـــرط صرف نظر کند در این صورت مثل آن اســـت که این شـــرط در معامله قید نشده باشد، لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست»؛ با وجود ماده مذکور، اختلافی بین علما در خصوص قابلیت اســـقاط شـــرط فعل توسط مشروطله و در مواردی که شـــرط مزبور به ســـود طرفین باشد به تراضی آن‌ها، وجود نداشته و النهایه تردیدها در خصوص قابلیت اسقاط شرط یادشده به نفع شخص ثالث می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۹۹؛ شـــهیدی، ۱۳۹۱: ۱۲٦) در حقیقت از اسقاط شروط صحیح آنچه بیشتر در معرض تضارب اندیشه‌ها قرار گرفته، همانا قابلیت اسقاط شرط صفت اســـت (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۹۰؛ محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۲۳ ؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۷۱ ؛ امامی، ۱۳۹۰: ۳۵۲ ؛ شهیدی، پیشین: ۱۲۷؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۱۹۸).

می‌دانیم که بررســـی نظریات موجود پیرامون قابلیت اســـقاط شـــروط فعل و صفت، موضوع تحقیق حاضر نیست، لیکن در خصوص شرط نتیجه به عنوان موضوع پژوهش حاضر باید گفت، هر چند به موجب ماده ۲٤٥ همان قانون که مقرر داشـــته: «اسقاط حق حاصل از شرط ممکن است به لفظ باشد یا به فعل یعنی عملی که دلالت بر اســـقاط شرط نماید»، تردیدی در قابلیت اسقاط حق فسخ ناشی از امتناع یا بطلان شرط نتیجه در حدود قلمرو ماده ۲٤۰ قانون مذکور وجود ندارد. باید دانست این امر غیر از اســـقاط خصوص شرط نتیجه است که تحلیل آن به صورت مستقل در ادبیات حقوقی کشـــور وجود دارد. در حقیقت بررسی‌های به عمل آمده گویای این امر است که اگر چه از نظر فقها و نیز اکثریت حقوق‌دانان، شـــرط مزبور قابل اسقاط نیست؛ با وجود این، همان‌طور که در مباحث آتی بدان خواهیم پرداخت، در این خصوص بین علما تشـــتت عقیده وجود داشـــته و برخی از تحلیل‌های ارائه شده مشعر بر غیر قابل اســـقاط بودن شـــرط نتیجه، از جمله به لحاظ عدم بررسی طرق مختلف انشاء شرط مزبور و نیز برخی از نظریات موجود در خصوص قابلیت اســـقاط شـــرط یادشده به واســـطه انتقادهای وارده، از اتقان لازمه برخوردار نمی‌باشـــند از سوی دیگر، قابلیت اســـقاط شرط نتیجه از جمله بر اساس مکانیسم‌های تعلیق و توقیت، در خور ارزیابی است. با توجه به مطالب پیش‌گفته، در این نوشتار به منظور تحلیل نظریات موجود و

توسعه ادبیات حقوقی کشور در این زمینه، سعی بر آن است تا جریان اسقاط در شرط نتیجه، طی دو نظریه مستقل مورد بررسی قرار گیرد.

۱. نظریه غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه

برای نیل به هدف تحقیق حاضر، در این قسمت، به بررسی نظریه فقهای عظام و نیز اکثریت علمای حقوق که در حقیقت قائل به غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه هستند، می‌پردازیم.

۱-۱. بررسی نظریه فقها

تحقیقات صورت گرفته حکایت از این دارد که فاضل نراقی در عوائدالایام و میرفتاح مراغی در العناوین، اولین فقهایی هستند که نظریه شروط را مستقلا و تحت عنوان قاعده مورد بررسی قرار داده‌اند (نراقی، ۱٤۰۸: ۱۲۷؛ مراغی، ۱٤۱۷: ۲۷۲)، لیکن نخستین فقیهی که نظریه شروط را با ظرافتی ستودنی و فراتر از قاعده، توسعه و مشخصا اسقاط آن را نیز مورد بررسی قرار داده است، صاحب مکاسب می‌باشد. در حقیقت ایشان در خصوص قابلیت اسقاط شروط صحیح به صورت خلاصه و لیکن به غایت جامع و مانع اظهار داشته‌اند، در صورتی می‌توان شروط مزبور را اسقاط کرد که شروط یادشده، قابلیت اسقاط را داشته باشند؛ در این صورت است که مشروطله حق اسقاط شرط را خواهد داشت (انصاری، ۱٤۳۲: ۱۷۹). مولف مذکور برای مواردی مثل شرط مالکیت مشتری بر مال که همانا از مصادیق شرط نتیجه است می‌افزایند که در این قبیل موارد اسقاط جایز نیست (همان) می‌دانیم که قانون مدنی احکام شروط ضمن عقد را از کتاب المکاسب شیخ انصاری اخذ نموده است (محقق داماد، ۱۳۹۰الف: ٦۱)؛ لذا شایسته است برای کشف مراد قانون‌گذار مبنای نظر مولف مذکور دایر بر غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه نیز بررسی گردد.

در این خصوص گفته شده، با تحقق شرط نتیجه، مشتری بر مال، مالکیت یافته و مالکیت نیز با اسقاط از بین نمی‌رود (پایانی، ۱۳۹۲: ۲۱۵)؛ در حالی که به نظر می‌رسد از بین رفتن علقه مالکیت از بحث حاضر خروج موضوعی دارد؛ توضیح این‌که هر چند با فرض پذیرش اسقاط شرط نتیجه‌ای که متضمن تملیک مال به مشروطله باشد، ممکن است گفته شود پس از اسقاط شرط، مالکیت مشتری گسیخته خواهد شد؛ این امر فرع بر اسقاط شرط نتیجه بوده و به عبارت دیگر از عوارض آن

اســـت؛ در حالی که موضوع ما، اسقاط شـــرط نتیجه می‌باشد و نه آثار آن؛ به‌ویژه که استدلال یادشده با روح مفهوم اعراض نیز منافات دارد؛ بنابراین باید گفت مبنای نظر صاحب مکاسب این است که شرط مذکور از موارد شرط نتیجه بوده و از آن‌جا که به مجرد انشاء آن شرط و با فرض وجود سایر شرایط مربوط، این شرط محقق می‌شود، اسقاط آن قابل تصور نخواهد بود؛ این است که شارح مسلم مکاسب شیخ اعظم نیز، مبنای غیر قابل اســـقاط بودن شـــرط نتیجه را در تحقق آن به نفس انشاء دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱٤۲۹: ۳۵۱).

باید افزود ســـایر فقهای متاخر بر شیخ انصاری نیز به تبع ایشان در خصوص غیر قابل اســـقاط بودن شرط نتیجه اظهار داشته‌اند، چنانچه برای حصول شرط نتیجه سبب خاصی وجود نداشـــته باشد و شرط مزبور به مجرد اشتراط محقق شود مجالی برای اســـقاط وجود نداشته و سخن از اسقاط شرط، معنی نخواهد داشت (اصفهانی، ۱٤۱۹: ۲۰۵؛ شهیدی تبریزی، بی‌تا: ۵۷۸؛ ایروانی نجفی، ۱۳۸٤: ٦۸؛ بجنوردی، ۱٤۳۰: ۳۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۲۵۰؛ سبحانی، ۱٤۱٤: ۵۲۸).

۲-۱. نظریه اکثریت حقوق‌دانان

بررســـی منابع حقوقی گویای این امر است که اگر چه از نظر اکثریت علمای حقوق با توجه به قســـمت اخیر ماده ۲٤٤ قانون مدنی که اشـــعار داشته شرط نتیجه قابل اســـقاط نیست، شرط مزبور قابل اسقاط نمی‌باشد؛ لیکن در خصوص مبنای غیر قابل اسقاط بودن شرط یادشده، بین این دسته از حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. در حقیقت گروهی از حقوق‌دانان با اســـتدلالی مشتمل بر این‌که در صورت پیش‌بینی شرط نتیجه، با وقوع عقد نتیجه مورد نظر محقق می‌شود که در این صورت موضوعی برای اســـقاط باقی نمی‌ماند و یا شـــرط مزبور محقق نمی‌شـــود که در این فرض نیز، اسقاط شرطی را که محقق نشـــده است نمی‌توان تصور کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۰۲؛ شهیدی، ۱۳۹۱: ۱۲۹؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۱۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۷۱؛ افتخاری، ۱۳۸۲: ۲٦۲؛ امامی، ۱۳۹۸: ۲۰٦؛ قاســـم‌زاده، ۱۳۹۸: ۱٤۰؛ قاسم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۰: ۹۵؛ عـــدل، ۱۳۸۹: ۱٤٦؛ امینی، ۱٤۰۱: ۸۸؛ شـــیروی، ۱۳۹٦: ۱۱٦؛ ره‌پیک، ۱۳۹۸: ۱۷٦)، نظر به غیر قابل اســـقاط بودن شـــرط نتیجه داده‌اند؛ این در حالی اســـت که پاره‌ای از حقوق‌دانان، مبنای غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه را در عدم امکان الزام

مشـــروط‌علیه به ایفای شرط مزبور دانســـته‌اند (امامی، ۱۳۹۰: ۳۵۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸٦: ۱۹۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۰ب: ۷۵).

به نظر می‌رســـد مبنای اخیر صحیح نباشد. در حقیقت این که مبنای غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه را در غیر قابل اسقاط بودن آن پنداشته و عدم قابلیت اسقاط را از آن استنتاج نماییم، مبتنی بر مصادره به مطلوب است؛ زیرا محل نزاع، همانا مبنای غیر قابل اســـقاط بودن شرط یادشده بود؛ بنابراین نمی‌توان غیر قابل الزام بودن شرط نتیجه را به عنوان مبنا معرفی و غیر قابل اســـقاط بودن آن را اســـتنباط نمود؛ وانگهی در شـــرط صفت نیز، به‌ویژه اگر متعلق آن عین معین باشد، امکان اجبار مشروط‌علیه وجود ندارد؛ در حالی که یکی از نویسندگان مزبور شرط صفت را قابل اسقاط می‌داند (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۲۳). مولف اخیر مبنای نظر خویش مشـــعر بر غیر قابل اسقاط بودن شـــرط نتیجه به لحاظ عدم قابلیت اجبار مشروط‌علیه را به صورت غیر مدلل، به قانون‌گذار نیز نسبت داده است (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۷۵).

۲. نظریه قابل اسقاط بودن شرط نتیجه

در مباحث گذشـــته، نظریه غیر قابل اسقاط بودن شـــرط نتیجه که مشتمل بر بررســـی تنها نظریه موجود میـــان فقهای عظام و نیز اکثریت علمـــای حقوق بود، به فراخور پژوهش حاضر مورد بررسی قرار گرفت، لیکن جست‌وجوهای به عمل آمده حاکی از آن است که نظریه قابل اسقاط بودن شرط نتیجه میان علما، به طور کلی هم بیگانه نبوده و از ســـوی دیگر ارزیابی قابلیت اســـقاط شرط نتیجه بر اساس برخی از مکانیســـم‌های حقوقی، یکی از جلوه‌های این تحقیق می‌باشد. از این رو، ابتدا نظریه اقلیت حقوق‌دانان مبتنی بر قابل اســـقاط بودن شرط نتیجه حسب مورد، تبیین، نقد و سپس تحلیل‌های نوین صورت خواهد گرفت.

۲-۱. نظریه اقلیت حقوق‌دانان

بررسی‌های به عمل آمده حکایت از آن دارد که نظریه قابل اسقاط بودن شرط نتیجـــه نیز در ادبیات حقوقی کشـــور وجود دارد. یکی از علمـــا (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۷۱) در مقام شـــرح قسمت اخیر ماده ۲٤٤ قانون مدنی که مقرر داشته، شرط نتیجه قابل اســـقاط نیست، برخلاف نظر سابق خویش مبتنی بر غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه اظهار داشته‌اند، اگر شرط نتیجه معلق بر حصول امر محتمل الوقوع باشد،

اسقاط آن به وسیله مشـــروطله قبل از حصول امر محتمل مذکور فاقد اشکال بوده و قانون مدنی از این نکته غلفت کرده اســـت (همو، ۱۳۹۱: ۲۱۳)؛ اگرچه همان‌طور که در مباحث آتی خواهیم دید، به نظر می‌رســـد قابلیت اسقاط شرط یادشده منحصر به معلق بودن شرط نیست.

یکی دیگر از نویســـندگان با ارائه مثالی مشـــتمل بر این‌که، چنانچه در معامله اسبی شرط شود که از نژاد ترکمن باشد و بعد از معامله معلوم گردد که اسب از نژاد ترکمن نیســـت، اظهار داشته، شرط مزبور از اقسام شـــرط نتیجه بوده و افزوده است مشروطله می‌تواند با قبول اسبی که از نژاد ترکمن نیست، شرط نتیجه را اسقاط نماید (حائری شاهباغ، ۱۳۸۷: ۲۲۳).

به نظر می‌رسد عقیده مزبور قابل مناقشه باشد در حقیقت شرط پیش‌بینی شده در مثال مذکور، از اقســـام شرط صفت است و نه نتیجه؛ تعریف ارائه شده در قسمتی از ماده ۲۳٤ قانون مدنی متضمن این‌که شـــرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله نیز، توهم اطلاق شـــرط نتیجه به شـــرط مندرج در مثال پیشـــین را که از مصادیق بارز شرط صفت است، از ذهن می‌زداید؛ به علاوه، مقنن در قســـمت اخیر ماده ۲٤٤ قانون مدنی اشعار داشته: «شـــرط نتیجه قابل اسقاط نیست»؛ بنابراین سخن از اسقاط آن بدون ارائه تحلیل، اجتهادی غیر مدلل در مقابل نص مقرره یادشده می‌باشد.

شـــایان ذکر است مولف مزبور شرط نتیجه را به تحقق امری در خارج تعریف و از جمله شـــرط مالکیت مال معین برای یکی از متعاقدین یا مطلقه شـــدن زنی را به عنوان مثال‌هایی برای شـــرط نتیجه آورده اســـت (همان: ۲۱۵)؛ بنابراین و از آنجا که مولف منبع یادشده، تحقق شرط نتیجه را به دو صورت دانسته و در خصوص یکی از صور آن اظهار داشـــته، شرط نتیجه چنانچه از اموری باشد که به نفس اشتراط محقق می‌شـــود، اسقاط ممکن نیســـت (همان: ۲۲٤) و اگرچه ایشان در منبع مذکور به شق دوم شـــرط نتیجه از نظر خویش اشـــاره‌ای نکرده است، تدقیق و تدبر در اندیشه‌های ایشـــان و به‌ویژه ارائه مطلقه بودن زن به عنوان مثالی برای شرط نتیجه، به‌رغم این‌که برای حصول آن اســـباب خاصی، از جمله صیغه طلاق و ... ضرورت دارد از یک سو و شرط نتیجه را به دو صورت انگاشتن، با وجود اشاره ننمودن به مفهوم قسم دوم آن

از سوی دیگر، گویای این امر است که به ظاهر مبنای نظر ایشان در خصوص قابلیت اســقاط شرط نتیجه، همانا مفهوم مخالف ماده ۲۳٦ قانون مدنی است که مقرر داشته: «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشــتراط حاصل می‌شود»؛ لذا پرســش این است که آیا می‌توان با احتجاج به مفهوم مقرره یادشده، شرط نتیجه را دو قسم انگاشته و گفته شود برخی از اقسام شرط نتیجه به محض انشاء محقق می‌شوند؛ لذا این قبیل شروط از قابلیت اسقاط برخوردار نمی‌باشــند، اما برخی از شقوق شرط نتیجه به مجرد اشتراط حاصل نمی‌شود. بر این اساس، آیا در قسم اخیر از شرط نامبرده، امکان اسقاط مقدور است؟

ممکن است با نگرشی سطحی به تعریف مفهوم مخالف مشعر بر این‌که، مفهوم آن چیزی است که در جمله به آن تصریح نشده و لیکن از آن فهمیده می‌شود (قمی، ۱۳٦۲: ۱۸۱؛ خراسانی، ۱٤۳۲: ۲۱۷؛ خوئی، ۱٤۱۰: ٥٤؛ مظفر، ۱۳۸٦: ۱۹۸) گفته شود، مــاده ۲۳٦ قانون مزبور واجد مفهوم بــوده (باقری و دیگران، ۱۳۹٤: ۱۷۷) و بنابراین پاســخ مثبت می‌باشد؛ لیکن به نظر می‌رسد این پاسخ صحیح نیست؛ زیرا مفهوم ماده ۲۳٦ قانون یادشــده، از نوع مفهوم وصف بوده و حجیــت آن از نظر علمای اصول، محل تردید جدی است (قمی، ۱۳٦۲: ۱۸۱؛ خراسانی، ۱٤۳٤: ۲۸٤)؛ خاصه آن‌که این مفهوم مزبور از ماده مرقوم متبادر به ذهن نیز نمی‌شود؛ لذا باید گفت اساساً ماده مورد بحث تاکیدی بر ضرورت تحقق شــرط نتیجه به نفس اشتراط، به شرح مستنبط از آن قسمت از ماده ۲۳٤ همان قانون است که مقرر داشته: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شــرط شود» در حقیقت قانون‌گذار با وضع ماده مرقوم، خواسته است آن دسته از اعمال حقوقی و از جمله عقود عینی که برای تحقق به سبب خاصی چون (قبض) در عقود مزبور نیاز دارند را از قلمرو شرط نتیجه خارج کند؛ اگر چه در مثال موصوف به نظر می‌رسد، چنانچه در عقود عینی چون رهن، ایجاب راهن متضمن اذن در قبض نیز باشــد و یا این‌که عین مرهونه در ید مرتهن باشــد، مستفاد از ملاک ماده ۸۰۰ قانون مدنی که مقرر داشته: «در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج به قبض نیست»، امکان تشکیل رهن و حتی سایر عقود عینی به شرح معنونه در قالب شرط نتیجه وجود دارد. تحلیل بیشتر در این زمینه از حوصله این مختصر خارج است.

یکــی از علما نیز، انشــاء طلاق را با شــرط نتیجه در صورتی که با اســباب

مخصوص شـــرعی محقق شـــود را صحیح انگاشـــته و در توجیه نظر خویش افزوده است: «اگرچه شرط مزبور به شرط فعل برمی‌گردد، لیکن از اقسام شرط نتیجه بوده و محمول بر صحت است» (شهابی، ۱۳۹۰: ٥٦).

قطع نظر از این‌که به نظر می‌رسد شرط مزبور به شرط فعل بر نمی‌گردد، بلکه مصداق بارز شرط فعل است و در مقام دوران امر بین این‌که شرط یاد شده از مصادیق شرط فعل است یا نتیجه، حسب اقتضای اصل صحت به لحاظ ضروری نبودن تحقق شرط به ننفس اشتراط در شرط فعل بر خلاف شرط نتیجه، باید شرط مذکور را شرط فعل انگاشـــت؛ می‌توان گفت: مبنای نظر فقهای عظـــام و اکثریت علمای حقوق در خصوص غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه، همانا تحقق آن به مجرد انشاء بود؛ از این رو، چنانچه هر یک از علما، شـــرط نتیجه را در صورتی که به مجرد انشاء نیز محقق نشـــود، صحیح بداند، به ظاهر می‌توان قابلیت اسقاط شرط نتیجه را به چنین شخصی و در اینجا، به مولف نسبت داد.

۲-۲. ارائه تحلیل‌های نوین

همان‌طور که در مباحث قبلی گذشـــت، قدر جامع نظر فقهای عظام و اکثریت علمای حقوق در خصوص غیر قابل اســـقاط بودن شـــرط نتیجه، این بود که چنانچه شرط مزبور به مجرد اشـــتراط محقق شود، اسقاط آن قابل تصور نبوده و در صورتی که به جهتی از جهات قانونی تشکیل آن به نفس انشاء ممتنع گردد، اسقاط آن مصداق نخواهد داشـــت و اگر چه نظر مزبور در حدود قلمرو خود از اســـتغنای حقوقی لازم برخوردار بوده و قابل پیروی به نظر می‌رسد؛ با این وصف در این قسمت سعی بر آن است تا رد پای سلسله مواردی که در آن‌ها شرط نتیجه به نفس انشاء تشکیل شده، اما بر اساس اصول مسلم حقوقی، فرصت اسقاط شرط یادشده وجود دارد، جست‌وجو، جمع‌آوری و تحلیل شود.

۱-۲-۲. ارزیابی اسقاط شرط نتیجه در عقد معلق

می‌دانیم که هر گاه طرفین عقد اثر ناشـــی از آن را بدون هیچ قید و شرطی به وجود آورند، عقد منجز و چنانچه اثر عقد را موکول به امر دیگری نمایند، عقد معلق خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۵۱) قانون‌گذار نیز جز در موارد اســـتثنایی مانند ضمان و نکاح معلق (مواد ٦٩٩ و ١٠٦٨ قانون مدنی)، عقد معلق را صحیح محسوب (همان:

۵۸) و در حدود قلمرو خود معتبر انگاشته است (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) بنابراین و از آنجا که از یک سو تاثیر عقد معلق منوط به حصول معلق‌علیه می‌باشد (ماده ۱۸۹ قانون مدنی) و از سوی دیگر به لحاظ تبعی بودن شرط نسبت به عقد، نفوذ آن منوط به نفوذ عقد است (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۳)؛ لذا پرسش این است که چنانچه عقدی به صورت معلق انشاء و ضمن آن یک عمل حقوقی در قالب شرط نتیجه و به نحو منجز اندراج شود، آیا مشروط له می‌تواند قبل از حصول معلق‌علیه، شرط مزبور را اسقاط کند.

به نظر می‌رسد پاسخ مثبت است. در حقیقت همان‌طور که گذشت، علت عدم قابلیت اسقاط شرط نتیجه در صورتی که برای تحقق به سبب خاصی نیاز نداشته باشد، این است که این شرط به نفس انشاء تشکیل می‌شود؛ از این رو، اسقاط آن قابل تصور نبود، لیکن در موضوع ما، مکانیسم حقوقی تعلیق به شرح یادشده، تاثیر عقد را منوط به تحقق معلق‌علیه نموده و نظر به این‌که به لحاظ وابسته بودن شرط به عقد، بالتبع نفوذ شرط نیز تا زمان تاثیر عقد متزلزل است، لذا اسقاط آن در فرض مورد بحث، با هیچ مانعی مواجه نخواهد شد.

۲-۲-۲. بررسی اسقاط شرط نتیجه در شرط معلق

می‌دانیم که نهاد شرط به‌رغم تبعی بودن نسبت به عقد، ساختمان حقوقی مشابهی با عقد داشته و لذا برخی از علمای حقوق، حتی شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را ناظر به کلیه قراردادها و تعهدات دانسته و افزوده‌اند که شروط ضمن عقد نیز از این حیث امتیازی نسبت به سایر قراردادها ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۰)؛ این است که یکی از نویسندگان، بحث تعلیق در شروط ضمن عقد را بخشی از تعلیق در اعمال حقوقی دانسته (محقق داماد، ۱۳۹۰الف: ١٤٤) و در خصوص تبیین ماهیت وجه التزام، از شرط نتیجه معلق نیز صحبت نموده است (همان: ٤٧٧)؛ حتی برخی از علما در تالیفات خویش، مشخصاً شرط نتیجه معلق را طی مبحثی مستقل مورد بررسی قرار داده و اظهار داشته‌اند که شرط نتیجه معلق مطابق قاعده صحیح بوده و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۷۷).[1] در مقام تقویت این نظرات می‌توان

۱. شایان ذکر است، برای تبیین ماهیت و اعتبار تعدیل ثمن به وسیله پرداخت مابه التفاوت در زمان پرداخت آخرین قسط؛ به شرط نتیجه معلق استناد شده است (ساردوئی‌نسب و آقابابائی دهکردی، ۱۳۹۸: ۱۰۱). همچنین ماهیت شرط فاسخ که حصول آن به صورت معلق است، در قالب شرط نتیجه

گفت، چنانچه شرط نتیجه معلق، ضمن عقدی وارد قصد مشترک طرفین گردیده و در حکم وضعی آن از این حیث که امکان انشـــاء آن به صورت معلق وجود دارد یا خیر؛ تردید حاصل شود، نظر به این‌که، شرط به عنوان نهاد وابسته عقد، جزء عقد مشروط محسوب می‌شود، مشمول اصل صحت عقود می‌شود؛ از این رو، به نظر می‌رسد باید به صحت شرط نتیجه معلق که با مکانیسم حقوقی خود، به نحو تعلیق در تاثیر انشاء می‌شـــود، اظهار نظر کرد. قانون‌گذار در سلســـله مواد قانون مدنی، شرط نتیجه معلق را پیش‌بینی نموده اســـت؛ از جمله ماده ۱۱۱۹ قانـــون مزبور به عنوان مصداق بارزی از شـــرط نتیجه معلق مقرر می‌دارد: «طرفین بعد از ازدواج می‌توانند هر شـــرطی راکه مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشـــد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شـــرط شود هرگاه شـــوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد».

ملاحظه می‌شـــود که قانون‌گذار با شناسایی تحقق وکالت در مواردی از جمله تجدید فراش توســـط شـــوهر یا ترک انفاق، به صراحت شرط نتیجه معلق را پذیرفته است؛ لذا پرسش این است که آیا در صورت انشاء شرط نتیجه به نحو معلق، مشروطله می‌تواند شرط مزبور را اسقاط کند. به نظر می‌رسد در پاسخ باید قائل به تفصیل شد؛ در حقیقت بعد از تحقق معلق‌علیه امکان اسقاط این شرط مقدور نبوده، اما در موضوع بحث ما همان‌طور که گفته شـــده (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۱۳) چنانچه مشروطله قبل از تحقق معلق‌علیه قصد اســـقاط شرط نتیجه را داشته باشد، امکان آن قابل تصور خواهد بود.

۳-۲-۲. ارزیابی اسقاط شرط نتیجه در صورت پیش‌بینی توقیت تحقق عقد

همان‌طـــور که تحقق عقد می‌تواند معلق بر حدوث احتمالی واقعه‌ای در آینده باشد، ممکن است معلق بر فرا رسیدن زمان معینی نیز بشود؛ مانند این‌که متعاقدین در زمان حاضر، تشکیل بیعی را برای سه ماه بعد انشاء نمایند که در این صورت عقد بیع

تحلیل و توجیه گردیده است (صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹٤: ۷۱)؛ لذا می‌توان گفت، در صحت انشاء شرط نتیجه به صورت معلق، بین محققان تردیدی وجود ندارد.

پس از سه ماه در عالم اعتبار تحقق پیدا کرده و در بستر زمانی بین انشاء آن تا رسیدن موعد یادشده نیز، معتبر انگاشـــته می‌شود. این قبیل عقود را نباید با عقد معلق اشتباه کرد. در حقیقت اگر چه در زمان انشاء، عقدی به وجود نمی‌آید، لیکن تشکیل آن بعد از رسیدن مدت مذکور قطعی است؛ این در حالی است که تحقق عقد معلق منوط به تحقق احتمالی معلق‌علیه به عنوان یک امر خارجی اســـت (شـــهیدی، ۱۳۸۸: ۹۹). با وجود این و به‌رغم قطعی بودن تشکیل عقد در صورت پیش‌بینی توقیت تحقق آن، بر خلاف عقد معلق که در حدود قلمرو خود از بدو انشـــاء واجد آثار حقوقی است، در صورت انشـــاء عقد به صورت معلق بر زمان مشخص، نمی‌توان چنین عقدی را معتبر یا غیر معتبر انگاشـــت، لیکن بدیهی است که بعد از انقضای مدت، چنین عقدی معتبر محســـوب خواهد شـــد (همان‌جا)؛ بنابراین چنانچه در عقد معلق که به‌رغم احتمالی بودن حصـــول معلق‌علیه با لحاظ این‌که از زمان انشـــاء در حدود قلمرو خود واجد اثر حقوقی اســـت، شـــرط نتیجه در آن پیش‌بینی و قابلیت اسقاط آن قبل از حصول معلق‌علیه اســـتنتاج شـــود، نظر به این‌که با وجود قطعی بودن تشکیل عقد در صورت پیش‌بینی توقیت تحقق آن، عقد از بستر زمانی بین انشاء تا رسیدن اجل معهود، نفوذ حقوقی به اندازه عقد معلق نیز ندارد، از این رو، در صورت پیش‌بینی شرط نتیجه در چنین عقدی، به طریق اولی امکان اسقاط آن درخور بررسی است.

با توجه به آنچه گذشت، پرسش این است که چنانچه عقدی به صورت موجل انشاء و ضمن آن یک عمل حقوقی در قالب شرط نتیجه و به نحو منجز اندراج شود، آیا مشروطله می‌تواند قبل از رسیدن اجل معهود، شرط را اسقاط کند. به نظر می‌رسد پاســـخ مثبت است و همان‌طور که گذشت، علت عدم قابلیت اسقاط شرط نتیجه در صورتی که برای تحقق به سبب خاصی نیاز نداشته باشد، این است که شرط مزبور به نفس انشـــاء تشکیل می‌شود؛ از این رو، اسقاط آن قابل تصور نبود، لیکن در موضوع ما، مکانیســـم حقوقی توقیت تحقق عقد به شـــرح عنوان شده، تاثیر عقد را موکول به رســـیدن موعد قراردادی نموده و از آنجا که نفوذ شرط به عنوان امری وابسته به عقد، فرع بر نفوذ عقد می‌باشد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۳)، نفوذ شرط پیش‌بینی شده در عقد نیز با توجه به طبع عقد مزبور و به تبع آن، منوط به رسیدن اجل قراردادی بوده و اسقاط آن در فرض یادشده با مانعی مواجه نخواهد شد.

٤-۲-۲. بررسی اسقاط شرط نتیجه در صورت پیش‌بینی توقیت تحقق شرط

از جمله مواردی که با استفاده از مکانیسم آن، قابلیت اسقاط شرط نتیجه در خور ارزیابی است، انشاء شرط نتیجه به صورت توقیت تحقق آن است. با الهام از بحث قبلی می‌توان گفت: چنانچه در شرط نتیجه معلق که به‌رغم احتمالی بودن حصول معلق‌علیه، با لحاظ این‌که از زمان انشاء در حدود قلمرو خود واجد اثر حقوقی است، قابلیت اسقاط آن قبل از حصول معلق‌علیه پذیرفته شود، پس در صورت پیش‌بینی توقیت تحقق شرط نتیجه نظر به این‌که شرط مزبور از بستر زمانی بین انشاء لغایت رسیدن اجل معهود، نفوذ حقوقی به اندازه شرط معلق ندارد، در صورت انشاء شرط نتیجه به صورت توقیت تحقق آن، به طریق اولی امکان اسقاط آن اقتضای بررسی را دارد.

لذا پرسش این است که چنانچه طرفین تشکیل شرط نتیجه را به نحو ارادی و نه وابسته به امری خارجی مثل موارد عقد معلق یا شرط معلق، به زمان معینی موکول کنند، آیا می‌توان از اسقاط شرط یادشده صحبت کرد. به نظر می‌رسد با توجه به خلاقیت اراده، چنانچه مثلا متعاقدین تشکیل وکالت را به صورت منجز و لیکن در قالب توقیت تحقق آن ظرف دو ماه بعد از وقوع عقد انشاء کنند، چنین شرطی از اقسام شرط نتیجه بوده و از آنجا که نفوذ شرط منوط به رسیدن موعد پیش‌بینی شده می‌باشد، مشروطله می‌تواند قبل از رسیدن اجل قراردادی، شرط را اسقاط نماید.

۵-۲-۲. امکان‌سنجی اسقاط شرط نتیجه در عقود غیر نافذ

از ظاهر ماده ۱۹۰ قانون مدنی مشتمل بر احصاء شرایط اساسی برای صحت معاملات، چنین برمی‌آید که فقدان هر یک از شرایط پیش‌بینی شده در این ماده، ملازمه با بطلان عقد دارد. قطع نظر از برخی شرایط مندرج در ماده مرقوم، چون قصد طرفین به عنوان سازنده عقد و نیز مشروعیت جهت معامله با در نظر گرفتن احکام مربوط به معاملات فضولی و اکراهی که حسب مورد با اجازه مالک در نهاد معاملات فضولی و رضایت شخص مکرَه در نهاد معاملات اکراهی تنفیذ می‌شوند (مواد ۲٤۷ و ۲۰۹ قانون مدنی) معلوم می‌گردد که از جمله معاملات فضولی و اکراهی در زمره معاملات باطل نبوده، بلکه غیر نافذ هستند که با لحوق رضای بعدی مالک یا مکرَه،

نافذ و با رد اشـــخاص نامبرده باطل می‌شـــوند، از این رو معاملات یادشـــده را باید در زمـــره معاملات صحیح و در نهایت بی‌اعتبار محســـوب کرد و نه معاملات باطل (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۲٦).

با وجود این، به‌رغم صحیح بودن معاملات مزبور به شـــرح عنوان شده، عقود فضولـــی و اکراهی به عنوان عقود غیر نافذ، در عالم حقـــوق موجود اعتباری ناقص هستند که هرگاه نقص آن با تنفیذ بعدی مرتفع شود، عقد نافذ و کامل می‌شود و آثار قانونـــی آن جریان پیدا می‌کند، لیکن اگـــر مالک یا مکرَه معاملات مزبور را رد نماید، همان موجود اعتباری ناقص نیز کان لم یکن تلقی می‌شـــود (همان: ۱۷٤)؛ بنابراین و با توجه به متزلزل بودن عقد فضولی و اکراهی در بستر زمانی بین انشاء عقد و اتخاذ تصمیم مالک، در مقابل این پرسش که چنانچه مثلا عقدی به صورت فضولی تشکیل و ضمن آن شـــرط نتیجه‌ای گنجانده شود آیا مشروطله می‌تواند شرط را اسقاط کند، می‌توان گفت از زمان تشکیل عقد فضولی لغایت تنفیذ یا رد مالک، مشروطله به‌ویژه اگر شـــخص مالک باشد که حکم وضعی نهایی عقد به اراده او بستگی دارد، می‌تواند قبل از تنفیذ یا چنانچه تنفیذ وی در آن واحد، متضمن اسقاط شرط نتیجه نیز باشد، از شرطی که به نفع وی شده است صرف نظر نموده و آن را اسقاط کند.

بر این اســـاس و چنانچه اسقاط شرط نتیجه در مثال فوق که مربوط به معامله فضولی بود پذیرفته شـــود، باید گفت از آنجا که در عقد فضولی قصد فضول از یک سو و قصد و رضای شخص اصیل از سوی دیگر، برای تشکیل آن کفایت می‌کند، لذا در عقد اکراهی که هم قصد و هم رضا از ناحیه متعاقدین وجود داشته و نهایت این‌که، رضای شخص مکرَه در حالت کره ایجاد شده است، در صورت پیش‌بینی شرط نتیجه، در فاصله بین تشـــکیل عقد اکراهی لغایت لحـــوق رضای بعدی مکرَه، به طریق اولی می‌توان از اسقاط شرط مزبور سخن گفت.

باید افزود قابلیت اســـقاط شـــرط نتیجه با تحلیل‌های صورت گرفته، به شرح معنونـــه، در هر مورد که عقدی به جهتی از جهـــات قانونی مانند وقف به ضرر دیان (ماده ٦۵ قانون مدنی)، معاملات سفیه نسبت به اموال خود (ماده ۱۲۱٤ قانون مدنی) و معامله راهن نسبت به عین مرهونه (ماده ۷۹۳ قانون مدنی) به صورت غیر نافذ تشکیل و در آن شرط نتیجه گنجانده شود، جریان خواهد داشت.

برآمد

۱- بیشتر نظریات سابق در خصوص قابلیت اسقاط شرط نتیجه؛ به شرحی که در قسمت مربوطه مورد بررسی قرار گرفت، واجد منقصت حقوقی بوده و از استغنای علمی لازم جهت متابعت برخوردار نمی‌باشند، لیکن نظریه غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه با تحلیل مشتمل بر این‌که، چنانچه شرط مزبور به نفس اشتراط محقق شود، اسقاط آن قابل تصور نخواهد بود و چنانچه تشکیل آن به جهتی از جهات قانونی ممتنع شود، شرطی تشکیل نشده است تا از اسقاط آن صحبت شود؛ در صورتی که عقد و شرط نتیجه به صورت مطلق انشاء شده و یا عقد به لحاظ جریان عدم نفوذ با هر مبنایی متزلزل نباشد، قابل پیروی است.

۲- با توجه به تحلیل‌های صورت گرفته می‌توان گفت، چنانچه عقدی به صورت معلق یا به نحو توقیت تحقق آن انشاء و ضمن آن شرط نتیجه گنجانده شود با توجه به مکانیسم‌های حقوقی تعلیق و توقیت در عقود که حسب مورد تاثیر عقد را منوط به حصول معلق‌علیه یا رسیدن اجل معهود می‌نمایند و لحاظ این‌که نفوذ شرط مندرج در آن‌ها به عنوان امری وابسته به عقد، فرع بر نفوذ عقود مزبور می‌باشد، چنانچه شرط نتیجه ضمن عقود یادشده اندراج شود، اسقاط آن قبل از تحقق معلق‌علیه یا رسیدن اجل قراردادی، با توجه به طبع عقود مزبور و به تبع آن‌ها، با هیچ مانعی مواجه نخواهد گردید. همچنین است عقدی که به نحو منجز و غیر موجل انشاء و ضمن آن شرط نتیجه به صورت معلق یا با توقیت تحقق آن، وارد قصد مشترک طرفین شود. اسقاط شرط یادشده قبل از حصول معلق‌علیه در قسم نخست و قبل از رسیدن اجل قراردادی در قسم دوم، قابل تصور است. عقود فضولی و اکراهی در زمره عقود صحیح بوده و در نهایت بی‌اعتبار محسوب می‌شوند؛ لذا با توجه به متزلزل بودن این عقود در بستر زمانی بین انشاء تا تنفیذ مالک در عقد فضولی و لحوق رضای مکرَه در عقد اکراهی و به طور کلی در هر عقدی که به جهتی از جهات، به لحاظ جریان عدم نفوذ متزلزل بوده و ضمن آن، شرط نتیجه پیش‌بینی شده باشد، از زمان تشکیل عقود لغایت زمان تنفیذ، امکان اسقاط شرط یادشده فراهم است.

۳- اگر چه قسمت اخیر ماده ۲۴۴ قانون مدنی مقرر داشته: «شرط نتیجه قابل

اســـقاط نیست»، اما به نظر می‌رسد مقرره یادشده ناظر به غالب موارد و از جمله ناظر به اندراج شرط یادشده در عقد به صورت مطلق است و نه مطلق شرط نتیجه؛ بنابراین و همچنین جهت مرتفع شدن تشتت نظرات، اصلاح مقرره فوق به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افتخـــاری، جواد (۱۳۸۲)، **کلیات عقود و حقوق تعهدات**، چاپ نخســـت، تهران: میزان.

* امامی، سید حســـن (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، چاپ سی و دوم، تهران: اسلامیه.

* امامی، اسداله (۱۳۹۸)، **کلیات حقوق تعهدات**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* امینی، عیســـی (۱٤۰۱)، **حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال**، چاپ نخســـت، تهران: گنج دانش.

* باقری، عباس و شـــیری، جمشید و ســـخنور، مهدی (۱۳۹٤)، «**نگاهی متفاوت به قابلیت امکان اعمال عقود تشـــریفاتی در قالب شرط نتیجه**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۷، شماره ۱۱.

* بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸٦)، **کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی ۳**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* پایانی، احمد (۱۳۹۲)، **ترجمه و توضیح مکاسب**، تصحیح و تحقیق: محمد مسعود عباسی، جلد دهم، چاپ سوم، قم: دارالعلم.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، **مجموعه محشی قانون مدنی**، تهران: گنج دانش.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **مبســـوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

* حائری شـــاهباغ، سید علی (۱۳۸۷)، **شرح قانون مدنی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

* ره‌پیک، حســـن (۱۳۹۸)، **حقوق مدنی: حقوق قراردادها**، چاپ نخســـت، تهران: خرسندی.

* ساردوئی‌نسب، محمد و آقابابائی دهکردی، پیمان (۱۳۹۸)، «**ماهیت و اعتبار شرط تعدیل ثمن به وسیله پرداخت مابه‌التفاوت در زمان پرداخت آخرین قسط**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.

* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶)، **حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، **شروط ضمن عقد**، چاپ سوم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ هفتم، تهران: مجد.
* شهابی خراسانی، محمود (۱۳۹۰)، **قواعد فقه (خلاصه تقریر درس)**، چاپ پنجم، تهران: دانشگاه تهران.
* صدیقیان، عبدالله و جعفری ندوشن، جواد (۱۳۹٤)، «**قلمرو نفوذ شرط فاسخ**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۸۹.
* صفایی، سید حسین (۱۳۸۵)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* عدل، منصور (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
* قاسم‌زاده، سید مرتضی و ره‌پیک، حسن و کیایی، عبدالله (۱۳۹۰)، **تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی**، چاپ پنجم، تهران: سمت.
* قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۹)، **اصول قراردادها و تعهدات**، چاپ چهاردهم، تهران: دادگستر.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد نخست، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰الف)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چاپ دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰ب)، **قواعد فقه بخش مدنی ۲**، چاپ یازدهم، تهران: سمت.
* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۵)، **بررسی فقهی حقوق خانواده**، چاپ هجدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* مظفر، محمدرضا (۱۳۸٦)، **اصول فقه**، جلد دوم، برگردان: محسن غرویان، چاپ ششم، قم: دارالفکر.

ب. عربی

* انصاری، مرتضی (۱٤۳۲ق)، **کتاب المکاسب**، جلد ششم، چاپ هجدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
* ایروانی نجفی، میرزاعلی (۱۳۸٤)، **حاشیه المکاسب**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: کیا.
* اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱٤۱۹ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، جلد پنجم، چاپ نخست، بی‌جا: بی‌نا.
* بجنوردی، سید محمدحسن (۱٤۳۰ق)، **القواعد الفقهیه**، جلد سوم، چاپ چهارم، قم: دلیل ما.
* خراسانی، محمدکاظم (۱٤۳٤ق)، **کفایه الاصول**، جلد نخست، چاپ چهارم، قم: ظهور.
* خوئی، سید ابوالقاسم (۱٤۱۰ق)، **محاضرات فی اصول فقه**، جلد پنجم، چاپ پنجم، قم: صدر.
* سبحانی، جعفر (۱٤۱٤ق)، **المختار فی احکام الخیار**، چاپ نخست، قم: موسسه الامام الصادق (ع).
* شهیدی تبریزی، میرفتاح (بی‌تا)، **هدایت الطالب الی اسرار المکاسب**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: دارالکتاب.
* طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱٤۲۹ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، جلد سوم، چاپ دوم، قم: موسسه طیبه لاحیاء التراث.
* قمی، ابوالقاسم (۱۳٦۳)، **قوانین الاصول**، چاپ نخست، تهران: علمیه اسلامیه.
* مراغی، میرعبدالفتاح (۱٤۱۷ق)، **العناوین الفقهیه**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: موسسه نشر الاسلامی.
* موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲)، **کتاب البیع**، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
* نراقی، احمد (۱٤۰۹ق)، **عوائد الایام**، چاپ دوم، قم: مکتبه بصیری.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۲۸۸-۲٦۱
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۵/۲٦ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۱۰/۰۲

مطالعه تطبیقی حق حبس تصرف[۱]

محمدمجتبی رودیجانی،[۲] حکمت‌الله عسکری،[۳] بهنام انصافی آذر[٤]

چکیده

حق حبس در حقوق ایران با در نظر گرفتن ماده ۳۷۷ قانون مدنی تشریح می‌شود. این ماده ذیل مبحث تسلیم در عقد بیع آمده و حقوق‌دانان عمدتاً در مبحث مربوط به حق حبس، تنها به این ماده پرداخته‌اند، اما نگاهی به دیگر مقررات و بررسی فقهی موضوع و تطبیق آن با حقوق خارجی، نشان می‌دهد که در حقوق ایران دو نوع حق حبس شامل«حق حبس متعادل» (در مواردی که تعادل بین عوضین وجود دارد) و «حق حبس تصرف» (حق قانونی برای بستانکار جهت نگه داشتن اموال مدیون) قابل شناسائی است؛ در حالی که بررسی حق حبس متعادل در آثار نویسندگان حقوقی، مجالی برای بررسی مستقل حق حبس تصرف باقی نگذاشته و این نوع حق حبس با تصویب قانون راجع به بدهی واردین به مهمان‌خانه‌ها و پانسیون‌ها به سال ۱۳۱۲ به حقوق ایران وارد شده است. این مقاله به روش توصیفی تحلیلی و با مطالعه تطبیقی، در پی شناسایی حق حبس تصرف به عنوان نهادی مستقل در حقوق ایران است. یافته تحقیق، تعریف جامع از حق حبس تحت عنوان حق قانونی برای شخص در اموال دیگران است تا بدهی و تعهد مربوط به آن‌ها انجام شود. این تعریف علاوه بر در برگرفتن انواع حق حبس، با عبور از دیدگاه سنتی راه را برای استفاده از انواع دیگر حق حبس از جمله «حق حبس دریایی» که خود گونه‌ای از حق حبس تصرف است، هموار می‌کند.

واژگان کلیدی: حق حبس، قرارداد، حبس متعادل، حبس تصرف، اجبار به تسلیم.

---

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «بررسی تطبیقی اجرای عین تعهد و ارتباط آن با سایر ضمانت‌های اجرای مفاد قرارداد در حقوق ایران و انگلیس» با راهنمایی آقای دکتر حکمت‌اله عسکری و مشاوره آقای دکتر بهنام انصافی آذر در دانشگاه آزاد اسلامی‌واحد شیراز است.

۲. دانشجوی دکتری گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران
rodijani@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)
Hekmat_askari@yahoo.com

٤. استادیار گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران
ensafy@gmail.com

درآمد

«حق حبس»[1] عبارت اســـت از «حقی قانونی که بر اساس آن شخص حق دارد کـــه کالا یا ثمن و بهای کالای دیگری را نزد خـــود نگه دارد تا این که بدهی یا تعهد مربوط به آن‌ها تأدیه یا انجام شـــود» (Collin, 2013: 127)؛ یا به عبارتی دیگر «حق قانونی برای شخص است که در اموال دیگران ثابت می شود تا این که بدهی پرداخت و تعهد مربوط به آن‌ها انجام شود» (A.garner, 2019: 941). چنین تعریفی انواع حق حبس را در بر می‌گیرد؛ بنابراین تعریف حق حبس به این صورت که، هر یک از این دو طرف معاوضه می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به تسلیم عوض قراردادی کند، این اختیار را حق حبس می‌نامند (کاتوزیان، ۱۴۰۲/٤: ۸۷)، تنها یک نوع از حق حبس را تعریف می‌کند و به همین دلیل ناقص اســـت. تقریباً تمامی نویســـندگان در حقوق ایران تعریف اخیر را به نوعی تکرار کرده‌اند (شـــهیدی، ۱۴۰۲/۱: ۳۹ و علی‌احمدی، ۱۳۷۵: ۲۳٤ و قاســـم‌زاده،۱٤۰۱: ۲۱٤). اشکال از اینجا ناشی می‌شود که برخی گمان کرده‌اند در حقوق ایران تنها یک نوع حق حبس و آن هم تنها در عقود معوض وجود دارد (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۱/۳: ۱٦۹۸ و اندرز، ۱٤۰۲: ۱۳۲)؛ در حالی که می توان نشانه‌هایی از دیگر انواع حق حبس یافت که اشاره خواهد شد.

ماده ۳۷۷ قانون مدنی ایران مذکور می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری نماید تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر این‌که مبیع یا ثمن مؤجل باشـــد، در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشـــد باید تسلیم شود». برخی نویسندگان به حق مذکور «حق حبس قانونی» گویند (سوادکوهی، ۱۳٥٤: ٤). به نظر می‌رســـد دلیل نویسندگان برای بیان این مطلب آن است که مبنای چنین حقی حکم قانون است. منتها با مطالعه حقوق ایران ملاحظه می‌شود که در واقع دو نوع حق حبس وجود دارد: نخســـت، «حق حبس متعـــادل یا متقارن» که در واقع همان حق حبس نامبرده در ماده ۳۷۷ قانون مدنی می‌باشد؛ دوم، «حق حبس تصرف» که به واســـطه آن طلبکار می‌تواند اموال بدهکار را نزد خود نگه دارد تا بدهکار بدهی خـــود را تصفیـــه نماید. این حق حبس در برخی قوانین تصریـــح گردیده که به آن‌ها

1. right of lien

پرداخته می‌شـــود. ماده ۱٦۱۲ قانون مدنی فرانسه[1] نیز بیان‌گر حق حبس متعادل است. بر اســـاس این ماده «در صورتی که خریدار ثمن معامله را تأدیه نکند، فروشـــنده نیز ملزم به تسلیم مبیع نمی‌باشـــد؛ بنابراین خریدار نمی‌تواند تحویل کالا را بخواهد، در صورتی که قیمت را نپرداخته اســـت».[2] ماده ۳۸۷ قانـــون مدنی اردن[3] نیز بیان‌گر حق حبس است: «هر شـــخصی که ملتزم به تحویل کالایی شـــده باشد می‌تواند از وفای به عهد خود امتناع کنـــد مادامی‌که طلبکار وی به التزامی‌که بر عهده‌اش بوده و همان التزام نیز موجب التزام مدیون یعنی طرف مقابل شـــده و با آن مرتبط می‌باشـــد، عمل نکرده باشد»[4] (ابوبکر، ۲۰۰۳: ۱۰۸). ماده ۱٤۷ قانون مدنی سوریه[5] نیز همـــین مفهوم را در بر دارد (عدی، ٤٦:۱۹۸۲) و ماده ۲٤٦ قـــانون مدنی مصر[6] نیز همان عبارات را تکرار کرده است (ســـنهوری، ۲/۱۹۹۸: ۱۱۳٦). مطابق ماده ۳۲۵ قانون مدنی یونان،[7] «حق حبس یک توقف و تعلیق در اجرای قرار داد است به این منظور که طرف دیگر قـــرارداد، تعهد خود را انجام دهد» (statholos, 2018: 154). البته در حقوق یونان اصطلاح title rentention را در معنای حق حبس اســـتعمال کرده‌اند که معنای حق حبس مال توســـط بایع به منظور اســـتیفاء ثمن یا حبس ثمن توسط مشتری به منظور تحویل مبیع را دارد.

فقها نیز به طور مبســـوط به شرح و بسط حق حبس پرداخته و آن را به همان صورت، یعنی حق حبس در عقود معوض شرح داده‌اند؛ مثلاً هنگامی‌که از حق حبس ســـخن می‌گویند به این موضوع می‌پردازند که بایع حق حبـــس مبیع را تا زمانی که

---

1. french civil code 1804(Reform of French contract law to take effect on October 1, 2016).

2. Art 1612: "The seller is not required to deliver The thing if the buyer does not pay the price of it and if the seller has not granted him a delay for the payment".

فروشـــنده را نمی‌توان برای تحویل کالا اجبار نمود مادامی‌که خریـــدار هنوز قیمت کالا را نپرداخته اســـت و همچنین به فروشنده تضمین لازم برای دریافت ثمن در برابر تحویل کالا از سوی وی داده نشده باشد.

۳. القانون المدنی الاردنی صادر بتاریخ ۱۹۷٦

٤. کل من التزم بأداء شیء أن یمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم یوف بإلتزام فی ذمته نشأ بسبب ألتزام المدین و کان مرتبطاً به

۵. القانون المدنی السوری صادر بتاریخ ۱۹٤۹/۵/۱۸

٦. القانون المدنی المصری صادر بتاریخ ۱۹٤۳

7. Hellas civil code 1930

ثمن را قبض نکرده است دارد[1] (الکاسانی الحنفی، ۲/۱٤۰۹: ۲۸۸) و (ابن عابدین، ۵/۲۰۰۵: ٦۹) و (الکرکی،۵/۱٤۱۰: ۲۹۲). با بررسی انواع حق حبس، مشخص خواهد شد که بهترین تعریف برای حق حبس همان تعریفی است که در ابتدا ارائه شد؛ زیرا در برگیرنده تمام انواع حق حبس است. علاوه بر این، علت انتخاب نظام‌های حقوقی مطالعه شده برای تطبیق با حقوق ایران این است که نظام فرانسوی که قانون مدنی ایران علاوه بر فقه امامیه از آن متأثر است به نوبه خود بر حقوق کشورهایی نظیر مصر، سوریه، اردن و یونان تأثیرگذار بوده است و علاوه بر این، نظام حقوقی انگلیس در زمینه حق حبس قرابت‌هایی با نظام‌های متأثر از حقوق فرانسه دارد؛ هر چند نظام حقوقی فرانسه جزء حقوق نوشته (رومی ژرمنی) و نظام حقوقی انگلیس جزء حقوق نانوشته است. در این قسمت غرض از مطالعه این نظام‌های حقوقی، توجه به مشترکات آن‌ها در مورد موضوع مقاله بوده است.

به طور کلی «حق حبس متعادل» در مورد عقود تملیکی و «حق حبس تصرف» در مورد عقود عهدی قابلیت اعمال دارد. تشخیص این دو نوع حق حبس، وجه تمایز آن‌ها و آثار آن‌ها در مقاله حاضر مورد بررسی قرار گرفته و سعی شده به این سوال اساسی پاسخ داده شود که هنگام مواجه شدن با هر یک از انواع حق حبس با توجه به تفاوت احکام و شرایط آن‌ها، جهت انجام تعهدات چه تمهیداتی باید در نظر گرفته شود. به این منظور، مطالب در دو بند کلی ارائه خواهد شد: نخست، انواع حق حبس که در آن به بررسی حق حبس متعادل و حق حبس تصرف پرداخته شده؛ دوم، احکام و آثار این دو حق حبس که در آن به حق حبس در معاملات معوض و غیر معوض و نیز شرایط اعمال و سقوط حق حبس و حق حبس کلی و جزئی پرداخته شده است. البته در این راه با توجه به عنوان مقاله، بیشتر تاکید بر حق حبس تصرف بوده و شرایط و احکام و آثار این نوع حق حبس مورد بررسی قرار گرفته است. در این مقاله سعی شده با دیدگاهی نوگرایانه در مورد حق حبس، از دیدگاه سنتی که صرفاً به

---

۱. للبائع حبس المبیع الی قبض الثمن (مراقبت از قرارداد شکل‌یافته و حقوق برآمده از آن هم برای متعاقدین و هم اشخاص ثالث ضروری است که مقنن به آن توجه داشته است. بر پایه اصل لزوم و توافقات خصوصی، اصل صحت، اصل لزوم وفای به عهد هم مقنن فرانسوی و هم مقنن ایرانی تلاش لازم در حفظ قرارداد نمودند) مواد ۲۱۹، ۲۲۰ و ۱۰ قانون مدنی ایران) (بنگرید به: موسوی و اصانلو، ۱٤۰۱: ۲۷۳).

مبانی و احکام و شـــرایط حق حبس متعادل پرداخته، فاصله گرفته شود و اثبات شود حق حبس تصرف دارای موجودیتی مســـتقل و نیازمند تبیین احکام و شرایط و مبانی آن تحت عنوان مجزا می‌باشد.

۱. انواع حق حبس

همان‌طور که در مقدمه اشـــاره شد می‌توانیم در حقوق ایران قائل به وجود دو نوع حق حبس شـــویم، «حق حبس متعادل» و «حـــق حبس تصرف». برای تبیین این مطلب، علاوه بر ماده ۳۷۷ قانون مدنی باید برخی قوانین خاص نیز مورد بررسی قرار گیرند. علاوه بر این، بررسی ســـایر نظام‌های حقوقی مفید فایده خواهد بود. البته در حقوق انگلیس نویســـندگان قائل به وجود سه نوع حق حبس شده‌اند و علاوه بر دو مورد گفته شده «حق حبس دریایی» را ذکر کرده‌اند که البته همان‌طور که توضیح داده خواهد شد، می‌توان آن‌را تحت شمول حق حبس تصرف قرار داد.

۱-۱. حق حبس متعادل (متقارن)[1]

ایـــن نوع حق حبس تنها در عقود معوض قابل اجراســـت؛ یعنی در جایی که تعـــادل و برابری بین عوضین وجود دارد (امینـــی و دیگران، ۱۳۹۶: ۹٤) و دو طرف هم‌زمـــان باید عوض و معوض را مبادله نماینـــد. به عبارت دیگر این نوع حق حبس در قراردادهـــا وجود دارد؛ جایی که مطالبه عوض و معوض از طرف بایع و مشـــتری وجود دارد. در واقع در هر قـــراردادی بر اساس اموال (عوضـین) موجود، پرداخت متساوی وجود دارد. یعنی طرفیـــن باید تعهدات خود مـبنی بر تأدیه ثـمن و تسلـیم مبیع را انجام دهند تا تعهـدات سـاقط شـوند. این حق حـبس باعث می‌شود تا افراد اموالی را که در قرارداد انتظار داشته‌اند به دست بـیاورند. پس اگر یک طرف بخواهد عوض قرارداد را که متوقع بوده، به دست بیاورد می‌تواند از این حبـــس استفاده کند (Judge, 2015 : 332). از این حق حبس با عنوان حق تصرف و گرو بر داشتن مورد معامله نیز نام برده شـــده اســـت (رمضانی نوری، ۱۳۷۵: ۲٦۳). این همان حق حبسی است که در ماده ۳۷۷ قانون مدنی ایران از آن نام برده شده است (کیائی، ۱۳۷٦: ۲۱۵) و فقها نیز از آن به عنوان حقی شـــرعی برای طرفین معامـــله نام برده‌اند. چـــنان‌که گفته شده: «اگر فروشنده از تسلیـــم مبیع خـــودداری کند مشـــتری نیز می‌تواند از

1. Equitable line

تحویل و پرداخت ثمن خودداری کند و در این صورت مرتکب خطا و گناهی نشـــده است»[1] (انصاری،۳/۱۳۸۲: ۱۲۰). نویسندگان از این حق حبس به عنوان حق حبس در عقود معوض یاد می‌کنند (باقرزاده، ۲۲:۱۳۸۳). در حقوق لبنان نیز نویســـندگان اشاره کرده‌اند که این حق حبس ناظر به عقود معوض است؛ زیرا برای هر یک از متعاقدین در ایـــن عقود حق امتناع از انجام تعهد قبل از اجـــرای تعهد طرف مقابل وجود دارد (محمصائی، ۲/۱۳٤۷: ۲٥٦). در واقع غرض اصلی از معاوضه، تســـلیم مبیع و ثمن از طرف هر کدام از طرفین معامله اســـت، ولی در همین حال برای هر کدام از متعاملین به صورت برابر و متســـاوی حق حبس ایجاد می‌شود، تا زمانی که طرف مقابل مورد معامله را تســـلیم نماید. ماده ٤٥٩ قانون مدنی مصر نیز به این نوع حق حبس اشـــاره دارد: «هنگامی‌که تمام یا قســـمتی از ثمن باید به صورت حال و بدون مدت پرداخت شود، فروشنده می‌تواند مبیع را حبس کند تا زمانی که آنچه را که مستحق است یعنی ثمـــن را دریافت نماید».[2] ماده ۵۸ کنوانســـیون بیع بین المللـــی[3] نیز در مقام بیان حق حبس متعادل است. بر اســـاس این ماده: «اگر در قرارداد زمان خاصی برای پرداخت ثمن مشخص نگردیده باشـــد، خریدار می‌تواند تا زمانی که فروشنده، کالا و یا اسناد مربوط به آن را در اختیار وی قرار نداده، از پرداخت ثمن خودداری نماید» (ســـکوتی نسیمی، ۱۳۷۷: ٤).

ماده ٤۷ قانون فروش کالای هند مصوب ۱۹۳۰[4] حق حبس متعادل را پیش‌بینی کرده اســـت. به موجب این ماده «فروشـــنده در صورت پرداخت نشدن قیمت کالا از جانب خریدار می‌تواند از تحویل کالا خودداری نماید» (Kulshreshth, 2007: 151). در حقوق کانادا از این حق حبس با عنوان «حق حبس خاص» نام برده شـــده اســـت (Chapaman, 1989: 181) که به معنی حق حبسی است که به موجب آن اموالی که

---

۱. لوا متنع البائع من التسلیم فإن کان لحق کما لوا متنع المشتری عن تسلیم الثمن فلا اثم (جواز مقابله به مثل: این قاعده را که از آیات قرآن همچون آیه ۱۹۰ ســـوره بقره (فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم) و آیه ۵۹ ســـوره حج (جزاء ســـیئته سیئته مثله) اصطیاد می‌شود، می‌توان جزو مبانی حق حبس متعادل دانست (بنگرید به: شهبازی و دیگران، ۱٤۰۲: ۱۳۱).

۲. اذا کان الثمن کله او بعض مســـتحق الدفع فی الحال ، فللبائع یحبس المبیع حتی یســـتوفی ما هو مستحق له

3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980.

4. Indian sale of goods Act 1930

به موجب قرارداد مورد نقل و انتقال قرار می گیرند، توسط طرفین حبس می‌شوند تا تعهدات نسبت به آن‌ها انجام شود. تفکر سنتی در خصوص حق حبس در حقوق ایران که آن را منحصر در حق حبس متعادل می‌داند، تا آنجا پیش رفته که نویسندگان حتی در بررسی تطبیقی حق حبس صرفا به تطبیق حق حبس متعادل در حقوق ایران و سایر نظام‌های حقوقی پرداخته اند (میری و دیگران، ۱٤۰۱: ٦۲) و (عبادی و دیگران، ۱٤۰۱: ٤۹). بر این مبنا نویسندگان در حقوق ایران عمدتا استقلالی برای حق حبس تصرف قائل نشده‌اند (فتوحی راد و دیگران، ۱٤۰۰: ۷۸٤)؛ در حالی که حق حبس تصرف نهادی کاملا مجزا با شرایط خاص خود است.

۲-۱. حق حبس تصرف[1]

این نوع حق حبس عبارت است از حقی قانونی که به بستانکار اجازه می‌دهد تا اموال و دارایی‌های بدهکار را نگه دارد و به عبارت دیگر وی در آن‌ها دارای حق تصرف است تا این‌که طرف مقابل بدهی خود را تصفیه نماید (Story, 2007: 271). با بررسی این نوع حق حبس تفاوت آن با حق حبس متعادل روشن می‌شود. برخی نویسندگان این تعریف را به عنوان تعریف حق حبس در حقوق ایران به صورت مطلق به کار برده و توجهی به تفاوت حق حبس متعادل و حق حبس تصرف نداشته‌اند (عسکری و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۲۹).

۱-۲-۱. مبانی و شرایط حق حبس تصرف

در حق حبس تصرف نوعی حق تصرف و ید تسلط بر دارایی و اسناد و سایر اموال متعلق به دیگری برای طلبکار ایجاد می‌شود و این نوع حق حبس باقی می‌ماند تا این‌که بدهکار دین خود را که کالاها بابت آن حبس شده‌اند بپردازد. البته شخصی که نسبت به دارایی دیگری از حق حبس تصرف بر خوردار است نمی‌تواند خود اقدام به فروش آن کالاها نماید، بلکه باید به موجب حکم دادگاه اقدام کند. به این حبس، «حق حبس معمولی یا عمومی» نیز گفته می‌شود (رمضانی نوری، ۱۳۷۵: ۳۲۱). به نظر می‌رسد که بتوان این نوع حق حبس را به نوعی با وثیقه مرتبط دانست؛ زیرا برای بستانکار در اموال بدهکار برقرار شده است. به طور کلی وثیقه به دو نوع عام و خاص تقسیم‌بندی می‌شود (رعدی، ۱۳۷۸: ۲٦). وثیقه عام عبارت است از اموال

1. Possessory lien

و دارایی مدیون که پشـــتوانه دین وی هســـتند و اگر بدهی خود را نپرداخت طلبکار می‌تواند طلب خود را از اموال وی اســـتیفاء کند (جعفـــری لنگرودی، ۱۴۰۱: ۲۶۹). مطابق قســـمت اخیر مـــاده ۴۹ قانون اجرای احکام مدنی مصـــوب ۱۳۵۶ «محکوم‌له می‌تواند درخواســـت کند که از اموال محکوم‌علیه معـــادل محکوم به توقیف گردد». وثیقه خاص نیز عبارت از وثیقه‌ای است که طی قراردادی بین دائن و مدیون، پشتوانه دین قرار می‌گیرد مانند عقد رهن (ماده ۷۷۱ قانون مدنی)؛[1] بنابراین به نظر می‌رســـد حق حبس تصرف را بتوان تابع وثیقه عام دانست؛ زیرا در وثیقه خاص باید قراردادی تحـــت عنوان خاصی که در قانون آمده بین طرفین موجود باشـــد مانند عقد رهن، اما حق حبس تصرف همانند وثیقه عام نســـبت به هر مالـــی که از مدیون در ید طلبکار باشد برقرار می‌شود.

ماده ۱۷۰ قانون قـــرارداد هند مصوب ۱۸۷۲ [2] حق حبس تصرف را پیـــش‌بیـــنی کرده اســـت. در حـــقوق کانـــادا نیز از این حق حبـــس نام برده شده که الـــبته در این نظام حقوقی همـــان اصطلاح حـــق حـــبس مـــعمولی یا عمـــومی را به کار بـــرده‌اند (Chapama, 1989: 181). مثلاً حمل کننده کالا به وســـیله کشـــتی، دارای یک حق حبس اســـت که بر اساس آن می‌تواند بابت کرایه کشـــتی، کالاها را حبس کرده و از تحویل آن‌ها خودداری نماید تا این‌که صاحب کالاها بدهی مربوط به کرایه کشـــتی را بپردازد. این یک حبس معمولی اســـت که البته خود این حق حبس می‌تواند ناشی از قرار داد باشـــد (Ashfield, 2012: 464)؛ یعنی طرفین ضمن قرارداد حمل کالا شرط کنند اگر کرایه پرداخت نشـــد، صاحب کشـــتی حق حبس کالا را داشـــته باشد که با حق حبس در عقود معوض متفاوت اســـت؛ چون صاحب کشتی معامله ای بر اساس کالاهای موجود درکشتی انجام نداده است، بلکه تنها آن‌ها را حمل می‌کند. البته عرف تجـــاری معمولاً این نوع حق را مقـــرر می‌کند. در حقوق انگلیس این نوع حق حبس برای تمام نمایندگان اعم از حق‌العمل کار، وکیل، عامل و غیره مقرر شـــده اســـت. به این صورت که نماینده می‌تواند کالاهایی که نزد وی قرار داده شده یا اوراق بهادار و به طور کلی، تمامی اموالی که نزد وی قرار دارد را به منظور دســـتیابی به طلب خود

---

۱. رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد.رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.

2. Indian Contract Act 1872

که ناشی از انجام دستورات آمر بوده است، حبس نماید تا زمانی که همه طلب وی تصفیه شود (Tritel, 2019 : 689). در حقیقت این نوع حق حبس نیز ضمانت اجرای مفاد قرارداد است منتها از حبس عوضین در مقابل هم ناشی نمی‌شود.

ماده ۳۷۱ قانون تجارت ایران در این زمینه مذکور می‌دارد: «حق‌العمل کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت به قیمتی که اخذ کرده حق حبس خواهد داشت» و این در واقع ضمانت اجرای تعهدات آمر در مقابل حق‌العمل کار است (حسنی، ۱۳۸۹: ۵۸۳). هر چند برخی از نویسندگان گفته‌اند که هیچ رابطه تقابل بین طلب حق‌العمل کار و کالاهای موضوع معامله وجود ندارد و این همان نکته‌ای است که به آن اشاره شد، ولی به این نکته توجه نکرده‌اند که این نوع حق حبس در هر حال ناشی از قراردادی است که بین حق‌العمل کار و صاحب کالا بسته شده و اگر آن قرار داد وجود نداشت، حق حبس هم وجود نداشت. البته ممکن است که این حق حبس بر اساس رابطه غیرقراردادی شکل گیرد. به عنوان مثال شخصی مالی از دیگری در اختیار دارد و به علت تصادف از او طلبکار می‌شود، در این حالت نمی‌توان با دیدگاه سنتی قائل به وجود حق حبس گردید؛ زیرا اولا، باید بین دو دین تقابل وجود داشته باشد؛ ثانیا، بین این دو ادعای متقابل و دوجانبه ارتباط و تلازم وجود داشته باشد. این شرایط در مثال فوق وجود ندارد. در حالی که با توجه به حق حبس تصرف و شرایط حاکم بر آن در اینجا نیز حق حبس قابل توجیه خواهد بود. در مباحث بعدی توضیح داده خواهد شد که شرط لازم و کافی برای اعمال حق حبس تصرف، قابل مطالبه بودن بدهی می‌باشد؛ بنابراین در این نوع حق حبس به دو شرط اصلی اعمال حق حبس متعادل نیاز نیست و به صرف وجود شرط قابل مطالبه بودن بدهی امکان اعمال حق حبس تصرف وجود دارد.

۲-۲-۱. سابقه حق حبس تصرف و مصادیق آن در نظام‌های حقوقی و فقه

حق حبس تصرف در حقوق ایران در «قانون راجع به بدهی واردین به مهمان‌خانه‌ها و پانسیون‌ها» مصوب ۱۳۱۲/۶/۱ پیش‌بینی شده که بر اساس آن صاحبان مهمان‌خانه‌ها حق حبس اموال بدهکار را برای بدهی آن‌ها از بابت کرایه منزل و قیمت غذا و غیره دارند. در حقوق انگلیس به موجب قانون ۱۸۷۸ [1] صاحب

1. Innkeepers Act 1878

مسافرخانه نسبت به کالاهایی که نزد او سپرده شده، به نسبت پولی که طلب وی می‌باشد به خاطر خدمات ارائه شده به مسافر و کرایه، حق حبس خواهد داشت (M.Walker, 2012 : 401). تاثیر قانون مصوب در حقوق ایران از قانون مصوب در حقوق انگلیس در این مبحث مشهود است. به عبارت دیگر در تاریخ ۱۳۱۲/۶/۱ که مطابق با ۱۹۳۳/۸/۲۳ است، قانونی در ایران تصویب شده که منطبق با قانون ۱۸۷۸ در حقوق انگلیس می‌باشد. در فقه نیز در موارد متعدد به حق حبس تصرف پرداخته شده؛ هر چند به صورت خاص و به عنوان حق حبسی جداگانه به آن پرداخته نشده، منتها با دقت در مباحث مطرح شده از ناحیه فقها، می‌توان بین احکام و شرایط دو نوع حق حبس متعادل و حق حبس تصرف قائل به تفکیک گردید.

برخی از فقها عقیده دارند در جایی که معاوضه وجود ندارد، حق حبسی نیز وجود نخواهد داشت، مثلاً اگر اجرت خیاط پرداخت نشود، وی حق حبس لباس دوخته شده را نخواهد داشت چون معاوضه وجود ندارد» (طباطبائی یزدی، ۲/۱٤۱۷: ٥۹٦). پاسخ اشکال این است که در این موارد نیز معاوضه وجود دارد به این صورت که خیاطی و دوخت لباس در برابر ثمن قرار می‌گیرد یعنی عوضین وجود دارد، خیاط اجیر است و حق حبس پیرو سلطه‌ای است که خیاط بر آن لباس دارد که در اینجا وجود دارد. در هرحال حتی اگر عقیده اول را هم بپذیریم که در اینجا معاوضه وجود ندارد باز هم نمی‌توانیم قائل شویم که حق حبس وجود ندارد؛ زیرا حق حبس در حقیقت ضمانت اجرای قرارداد است و فرقی نمی‌کند مستقیماً در یک عقد معوض باشد یا به طور غیر مستقیم از قرارداد حمایت کند. البته نظر دوم با توجه به این که این قرارداد نوعی اجاره اشخاص است، بهتر به نظر می‌رسد. به عبارت دیگر، در این مثال مواجه با حق حبس تصرف می‌باشیم. اشکال وارد بر نظر این دسته از فقها آن است که تنها قائل به حق حبس متعادل می‌باشند؛ در حالی که با تبیین حق حبس تصرف از این شبهات نیز جلوگیری خواهد شد.

بنابراین حق حبس تصرف مربوط به تسلط و تصرف کالاهایی است که نزد طلبکار وجود دارد و این طلبکار می‌تواند یک نماینده حق العمل کار باشد و یا اینکه طلب ناشی از دستمزد باشد (مانند مثالی که در فقه گفته شده است) و تا هنگامی که

بدهی مربوط تصفیه نشده باشد، این اموال در حبس باقی خواهند ماند.[۱] بر این اساس در عقـــدی مانند وکالت نیز می‌توان قائل به وجود حق حبس تصرف شـــد. به عنوان مثال، وکیلی که دســـتمزد خود را دریافت نکرده می‌تواند مدارک موکل را تا پرداخت حق الوکاله نزد خود نگه دارد.

برخـــی از فقها معتقدند در این موارد آنچه در ید عامل و نماینده باقی می‌ماند، امانت اســـت و نمی‌تواند آن را حبس کند (طباطبائی یزدی،۲/۱٤۱۷: ۵۹۷)؛ در حالی که وقتی قائل باشـــیم در بیع که عقد تملیکی اســـت و به مجرد ایجاب و قبول مبیع و ثمن منتقل می‌شوند (ماده ۳۳۹ قانون مدنی ایران) حق حبس وجود دارد و حبس هر کدام از عوضین در واقع حبس مال متعلق به دیگری است. در اینجا که مال دیگری در اختیار متصرف قرار دارد، حق حبس تصرف به همان صورتی که در حق حبس متعادل قائل هستیم، وجود خواهد داشت. به عنوان نکته آخر در این مبحث باید گفت که به نظر می‌رسد دلیل وجود چنین حقی در ایران، همان قوانین خاص در این زمینه باشد. به عبارت دیگر، برای اعمال این حق نیازمند وجود قانون باشیم و نظرات فقهای امامیه نیز می‌تواند به عنوان دلیل صحت این حق در نظر گرفته شـــود، منتها برای اعمال آن نیاز به وجود قانون داریم. در حقوق انگلســـتان از حق حبسی تحت عنوان حق حبس دریایی (بحری)[۲] نام برده شـــده که بر اساس این نوع حق حبس، یک کشتی می‌تواند در مقابل طلب طلبکاران حبس شود (A.Garner, 2019: 943). این حق حبس برای ملوانان کشـــتی به نسبت دســـتمزد آن‌ها و همچنین سایر اشخاصی که در اثر برخورد و تصادم با کشـــتی زیان دیده‌اند، در نظر گرفته شده است. در واقع این حق حبس بر خلاف حق حبس متعادل، مســـتقر و مبنی بر حق تســـلط ناشی از قرارداد بین طرفین نیســـت (Judge, 2015: 332)، اما می‌توان آن را به نوعی با حق حبس تصرف مرتبط دانســـت؛ زیرا در هر حال از قراردادی ناشی می‌شود که بین ملوانان و صاحب کشتی برای کار در کشـــتی منعقد شده اســـت، اما در مورد ضرر و زیان ناشی از تصادم این نوع حق حبس به هیچ وجه ارتباطی با قرارداد نمی‌یابد و می‌توان آن را حق حبس در تعهدات خارج از قرارداد دانســـت. چنین حق حبسی تنها در حقوق کشورهایی نظیر

۱. در حقوق انگلیس برای شرکت‌های تجاری این حق را قائل شده‌اند که به ازای بدهی اعضایشرکت بتوانند سهام آن‌ها در شرکت را حبس کنند تا بدهی خود را بپردازند (Geoffrey, 2019: 277).

2. Maritime line

انگلیس و اسکاتلند که حمل و نقل دریائی بخش اعظم روابط تجاری آن‌ها را تشکیل می‌دهد مشاهده می‌شود (M.Walker, 2012 : 412). با توجه به توضیحات ارائه شده می‌توان حق حبس دریایی را تابع حق حبس تصرف قرار داد.

۲. احکام و آثار حق حبس متعادل و حق حبس تصرف

در این قسمت به بیان احکام و آثار حق حبس در قراردادها پرداخته می‌شود.

۲-۱. عـــدم اختصاص حق حبس به عقد بیـــع و تفکیک مصادیق حق حبس تصرف از حق حبس متعادل

حق حبس موجود در معاملات معوض مختص بیع نیست. این نوع حق حبس را برخی حق حبس کلاسیک هم نامیده‌اند (باقرزاده، ۱۹:۱۳۸۳). البته مورد غالب حق حبس نیز همین مورد اســـت. برخی معتقدند که بهتر اســـت به جای ماده ۳۷۷ قانون مدنـــی ایران که حق حبس را در مورد بیع به کار برده باید ماده‌ای به طور عام تدوین شـــده و به جای بیع، مطلق تعهد در آن آورده شود (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰: ۷۷٦). نویسندگان حقوقی به پیروی از فقه، حبس را در عقد اجاره جاری می‌دانند. البته حق حبس در عقودی که یک مورد معامله وجود دارد مانند هبه یا قرض جاری نیســـت و مفهوم حق حبس متعادل به خوبی دلیل این امر را روشن می‌سازد؛ زیرا حق حبس در معاملات در جایی وجود دارد که دو عوض در مقابل هم قرار گیرند. پس حق حبس به عنوان قاعده در تمام عقود معوض وجود دارد؛ بنابراین اجیر برای اســـتیفای اجرت خـــود حق حبس دارد. مثلا در جایی گفته شـــده که اجیر حـــق دارد هنگامی‌که برای کارهایی نظیر آرد کردن گندم یا دوختن لباس اجیر می‌شود در صورتی که اجرت خود را دریافت نکرد، آرد یا لباس را نزد خود حبس کند تا این‌که اجرت مربوطه پرداخت گـــردد همانند عقد بیـــع که بایع حق حبس مبیع را تا دریافـــت ثمن دارد[۱] (طباطبائی حکیم،۱۲/۱٤۰٤: ٦۱)؛ این در حالی اســـت که با تحلیلی که ارائه شد این مورد کاملا منطبق با مفهوم حق حبس تصرف می‌باشـــد. اجاره عقدی معوض اســـت و به همین دلیل اگر موجر از تســـلیم عین مســـتأجره خودداری نماید، مستاجر نیز می تواند مال الاجاره را حبس نماید، اما در مثال مربوط به حبس کارهایی که اجیر انجام داده مانند

۱. کان للأجیر علی الطحن و القصاره حبس الدقیق و الثوب لإستیفاء الأجره کما أن للبائع حبس المبیع لأستیفاء الثمن

لباس دوخته شده تا زمان پرداخت اجرت، حق حبس متعادل مصداق ندارد و موضوع تحت شـــمول حق حبس تصرف قرار می‌گیرد. مـــاده ۳۸۸ قانون مدنی اردن نیز حق حبس را در کلیه عقود معوض مقرر کرده است.[۱] در حقوق لبنان نیز اشاره شده که حق حبس در کلیه عقود و معاملات معوض جاری اســـت؛ مثلاً ماده ۵۸۲ قانون موجبات و عقود لبنان حق حبس در اجاره را پیش‌بینی کرده اســـت. البته دیوان عالی لبنان طی حکمی در تاریخ ۱۹٦۷/۱/۱۱ حق حبس اثاثیه مســـتأجر که در محل مورد اجاره قرار دارند را برای موجر به رسمیت شناخته است تا بتواند طلب خود بابت کرایه را استیفاء نماید (ناصیف، ۵/۱۹۹٤: ۳۰۳). مواد ٦۰۵ و ٦۰۸ قانون مدنی مصر نیز از همین رویه پیروی کرده‌اند (سنهوری، ۲/۱۹۹٤: ۱۱۵٤). به نظر می‌رسد با توجه به این‌که بررسی حق حبس تصرف به صورت مجزا مورد نظر فقها و نویسندگان حقوقی در ایران نبوده احکام و شرایط و مصادیق این دو ذیل مبحث واحد آورده شده؛ این در حالی است که با مداقه در احکام و شرایط حق حبس تصرف و حق حبس متعادل به روشنی می‌توان دریافت که حق حبس تصرف می‌بایســـت به صورت جداگانه بررسی شود. احکام و شرایط و مبانی این حق حبس با حق حبس متعادل متفاوت بوده و آوردن هر دو ذیل یک عنوان موجب ایجاد تعارض بین مباحث می‌شود؛ چنان‌که در مثال مربوط به اجیر گفته شـــد. به عبارت دیگر، عدم بررسی جداگانه حق حبس تصرف موجب می‌شود که نتوانیم برخی مصادیق حق حبس را تحت شـــمول حق حبس متعادل توجیه کنیم؛ در حالـــی که با تبیین مبانی و شـــرایط و احکام حق حبس تصرف در حقوق ایران از تعارض جلوگیری شده و مشخص می‌شود که این نوع حق حبس کاملا با حق حبس متعادل متفاوت بوده و می‌بایست تحت عنوان جداگانه‌ای بررسی گردد.

۲-۲. دیدگاه ســـنتی حال بودن مبیع و ثمـــن در حق حبس متعادل و تطبیق مصادیق با حق حبس تصرف

برخی فقها قائل هســـتند که به هنگام اطلاق بیع، ابتدا باید بایع مبیع را تسلیم نماید؛ مگر این‌که شـــرط شده باشد که یکی از طرفین باید ابتدا مورد معامله را تسلیم نماید (علامـــه حلی، ۱/۱٤۱٦: ٤۹۱)، اما دلیلی برای ایـــن موضوع ذکر نکرده‌اند، اما

۱. لکل واحد من المتعاقدین فی المعاوضات المالیه بوجه عام أن یحتبس المعقود علیه و هو فی یده حتی یقبض البدل المستحق

برخی گفته‌اند که: «بایع باید ابتدا مبیع را تسلیم نماید؛ زیرا برای بایع حق حبسی در مورد مبیع جهت استیفاء ثمن وجود ندارد»[۱] (روحانی، ۶/۱۴۱۸: ۵۰۸). اگر قائل شویم که بایع باید ابتدا تسلیم را انجام دهد دیگر بحثی راجع به حق حبس وجود نخواهد داشت، اما باید توجه داشت که در واقع دو نوع عقد از لحاظ نتیجه وجود دارد «عهدی و تملیکی».[۲] در عقود تملیکی مانند بیع تملیکی به موجب بندهای ۳ و ٤ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران بایع و مشتری بعد از عقد ملزم به تسلیم مبیع و ثمن هستند و هیچ یک ترجیحی بر دیگری ندارد.

پس حق حبس برای هر دو وجود دارد؛ چنان‌که گفته شده برای بایع حق حبس مبیع تا زمان اخذ ثمن و برای مشتری نیز حق حبس ثمن تا زمان اخذ مبیع وجود دارد[۳] (نجفی خوانساری، ۱/۱٤۱۸: ۳۳۹) و به عبارت دیگر حق حبس هر یک از متعاملین، در ازای حق حبس دیگری است.[٤] البته این حق حبس در صورتی وجود دارد که شرط نشده باشد که مبیع یا ثمن حال باشد؛ زیرا در این صورت حق مطالبه وجود دارد (ماده ۳۷۷ قانون مدنی ایران)، اما در عقود عهدی مانند تعهد مستخدم به انجام خدمت در قبال دستمزد نمی‌توان حق حبس معاملات تملیکی را جاری دانست؛ زیرا عوض و معوض در این قراردادها به این صورت است که به عنوان مثال ابتدا مستخدم یا اجیر باید خدمت خود را انجام دهد تا بعد از آن مستحق دستمزد شود؛ بنابراین اجاره اشخاص عقدی عهدی محسوب می‌شود نه تملیکی. هر چند برخی از نویسندگان در نوشته‌های اولیه خود قائل به این بوده‌اند که اجاره اشخاص عقد تملیکی است و اجیر به محض وقوع عقد مالک اجرت می‌شود، اما نمی‌تواند قبل از انجام عمل مطالبه اجرت نماید (کاتوزیان، ۱۳۳۹: ۲۳۸)، اما همین نویسندگان نیز در نوشته‌های بعدی خود بیان نموده‌اند (کاتوزیان، ۱٤۰۲: ۲۰۹) که اجاره اشخاص عقدی است که تعهدات موجود درآن هم‌زمان نیستند؛ بنابراین باید آن را عهدی شمرد و با این استدلال قبل از تسلیم عمل، حق حبس برای اجیر قائل نشد؛ در حالی که

---

۱. ان قلنا بوجوب البدئه للبائع فلیس له حبس المبیع الی استیفاء الثمن.

۲. عقد تملیکی عقدی است که نتیجه مستقیم آن انتقال مالکیت یا حق عینی جزئی‌تر است (مانند بیع و صلح) و عقد عهدی عقدی است که سبب ایجاد، انتقال و یا سقوط تعهد است مانند وکالت و جعاله.

۳. فللبائع حبس المبیع لیأخذ الثمن و للمشتری حبس الثمن لیتسلم المبیع.

٤. ان حق الحبس لیس لمجرد ثبوت حق للحابس علی الاخر فیکون الحبس بإزاء الحبس.

با تحلیلی که در مورد حق حبس تصرف گفته شـــد نیاز به ایجاد تکلف نیست. گفتیم که در حق حبس تصرف نوعی حق تصرف و ید تســـلط بر دارایی و اســـناد و سایر اموال متعلق به دیگری برای طلبکار ایجاد می‌شود و این نوع حق حبس باقی می‌ماند تا این‌که بدهکار دین خود را که کالاها بابت آن حبس شـــده‌اند بپردازد. اجیر نیز در مواردی که اجرت وی پرداخت نمی‌شـــود دارای حق حبس می‌باشد منتها حق حبس تصرف. در موارد بسیاری اجیر به حبس وسایل مربوط به کارفرما اقدام نموده تا بدهی مربوط به اجرت اجیر از طرف کارفرما پرداخت شـــود. این عمل صرفاً با حق حبس تصرف قابل توجیه می‌باشد.

۳-۲. حق حبس کلی و جزئی و توجیه آن در حق حبس تصرف

در عقـــود معوض بایع حق دارد کـــه کل مبیع را قبض کند تا هنگامی که تمام ثمن پرداخت نشده است. پس اگر حتی جزئی از ثمن هم باقی مانده باشد، حق حبس کل مبیع برای بایع وجود خواهد داشت؛ زیرا آن تسلیمی که گفته شده بایع باید انجام دهد در صورتی اســـت که کل ثمن را دریافت نماید و در این صورت اســـت که حق حبس بایع ساقط می شود؛ بنابراین این حق حبس حقی غیر قابل تجزیه است (ملاک ماده ٤٠٧ قانون مدنی در خیار تأخیرتأدیه ثمن).

برخی نویســـندگان گفته‌اند که عادلانه‌ترین راه این است که در این موارد قائل به تجزیه حق حبس شـــویم، اما خود آن‌ها نیز اذعان کرده‌اند که در این مورد نیازمند نص قانون هستیم که در حال حاضر وجود ندارد. (کاتوزیان، ٤/١٤٠٢: ٩٩)، اما فقهاء به صراحت اعلام می‌کنند که حق حبس در مورد امتناع از تسلیم قسمتی از عوض نیز ثابت است[1] (نجفی،٣٣/١٣٦٨: ١٤٨).

در واقع شـــرط ضمنی در معاوضه بر حسب بناء عقلاء و عادت این است که تسلیم و تسلم صورت بگیرد و این جزء «امور ارتکازی»[2] نزد عرف است؛ بنابراین بایع می‌تواند مبیع را تا اخذ ثمن حبس نماید و مشـــتری نیز می‌تواند ثمن را تا تسلیم مبیع حبس نماید، اما بعد از این‌که عقد بیع فسخ یا باطل شد، حق حبس نیز از بین می‌رود؛ زیرا هنگامی‌که کاشف به عمل می‌آید که عقد باطل بوده تعهدات و هر آنچه در ضمن

---

۱. ان حق الحبس ثابت بالا متناع من بعض العوض.
۲. ثابت شده

آن بوده نیز باطل می‌شـــود،[1] اما استدلال شـــده که اجماع وجود دارد که مقتضی حق حبس بعد از فســـخ عقد هم وجود دارد و بطلان آن را به خاطر فسخ یا بطلان متبوع نمی‌پذیریـــم؛ زیرا هنگامی که متبـــوع از بین می‌رود اثر یا تابع یعنی حق حبس از بین نمی‌رود و دلیل آن، این است که عقد بیع سببی برای مطلق وجود حق حبس است نه سببی برای بقای آن؛ بنابراین هنگامی که عقد به وجود می‌آید حق حبس هم به وجود می آید و بعد از آن وجود حق حبس تابع عقد نیســـت؛ یعنی بقای آن نیازمند وجود عقد نمی‌باشـــد (نجفی خوانســـاری، ۳۳۹:۱٤۱۸) در هر حال حتی اگر قائل شویم که حق حبس بعد از فسخ عقد باقی می‌ماند، نمی‌توانیم این حق را ناشی از عقد معوض بدانیم چون عقدی وجود ندارد؛ بنابراین می‌توانیم آن را جزء حق حبس تصرف بدانیم که توضیح آن گذشت. به عبارت دیگر حق حبس بعد از فسخ عقد با دیدگاه سنتی در مورد حق حبس متعادل قابل توجیه نمی‌باشد و می‌بایست در مورد آن قائل به وجود حق حبس تصرف باشـــیم. تنها در این صورت اســـت که می‌توانیم حق حبس بعد از فســـخ عقد را توجیه نماییم. حق حبس متعادل تابع معاوضه است یعنی تا هنگامی‌که معاوضه وجـــود دارد، این نوع حق حبس نیز وجود دارد ولی بعد از فســـخ عقد (یا انحلال عقد به سببی از اسباب قانونی مانند تفاسخ یا انفساخ) وجود حق حبس صرفاً با حق حبس تصرف قابل توجیه است.

٤-۲. سقوط حق حبس تصرف

به دلیل این‌که حق حبس یک حق قانونی اســـت، طـــرف معامله نمی‌تواند به استناد این‌که طرف دیگر از حق حبس استفاده کرده و از پرداخت ثمن یا تسلیم مبیع خودداری می‌کند، قرارداد را فســـخ نماید؛ بنابرایـــن تنها زمانی می‌توان حق حبس را ساقط کرد که یا تسلیم و تسلم به طور کامل صورت بگیرد و یا این‌که بر اساس توافق طرفیـــن حق حبس را از بین برود (کاتوزیـــان، ٤/۱٤۰۲: ۱۰۵). ماده ٤۲ قانون فروش کالا[2] در انگلیس نیز همین مطلب را بیان کرده است (Ashfield, 2012 : 451) در حق حبس تصرف نیز همیـــــن مطلب صادق است؛ مثلاً وکیلی که اسناد موکل را حبس کرده تـــا موکل اجرت وی را بپردازد بعد از تصفیه مطالبات وی، حقی بر آن اســـناد

---

۱. ماده ۲۳۱ قانون مدنی اردن: «اذا بطل الشیئ بطل ما فی ضمنه» (ابوبکر، ۲۰۰۳: ۸٦).
2. Sale of goods Act, 1979.

نخواهد داشـــت. مطابق ماده ۳۲۵ قانون مدنی یونـــان[1] «حق حبس یک وقفه و تعلیق در اجرای قرار داد اســـت تا این‌که مدیون به تعهد خود عمل نماید و بعد از آن ساقط می‌شـــود» (Stathoulos, 2018 : 154). در واقع حق حبس به عنوان ضمانت اجرای مفـــاد قرار داد تا هنگامی ضرورت آن وجود دارد کـــه از تعهدات موجود در قرارداد حمایت نماید؛ بنابراین اگر دین به دیگری انتقال یابد و طرف قرارداد در برابر اســـتناد کننده به حق حبس بری شود (مانند حواله) حق حبس نیز از بین می‌رود.

۵-۲. شـــرایط اعمال حق حبس در دیدگاه سنتی و مقایسه آن با حق حبس تصرف

از مجموع بحث‌های راجع به حق حبس به نظر می رســـد که در دیدگاه سنتی می توان برای حق حبس دو شـــرط قائل شـــد: اول این‌که، بین دو دین تقابل وجود داشته باشد؛ یعنی شخص اول مدیون شخص دوم و شخص دوم مدیون شخص اول باشـــد و ایفای دین اول متوقف بر ایفای دین دوم و به عکس باشـــد. شرط تقابل بین دو دین در ماده ۳۲۵ قانون مدنی یونان مورد توجه قرار گرفته اســـت. به این صورت کـــه در حق حبس دو ادعا و مطالبه باید در مقابـــل هم قرار گیرند. تنها زمانی مدیون می‌تواند به حق حبس که در حقوق یونان به «عذر» تعبیر شـــده اســـتناد کند که شرط تقابل وجود داشته باشد (stathoulos, 2018: 154). به عبارتی عقد باید از دو طرف قابل الزام باشـــد (قاسم‌زاده، ۱۴۰۱:۴۲۹)؛ پس در عقدی مانند هبه، به همین دلیل حق حبس وجود ندارد. البته دینی منظور اســـت که قانونی و مســـتحق اداء باشد؛ بنابراین برای دین طبیعی (ماده ۲۶۶ قانون مدنی ایران) نمی‌توان حق حبس قائل شد (حاتمی و رودیجانی، ۱۳۸۵: ۶۲-۶۳).

شـــرط دوم این اســـت که بین این دو ادعای متقابل و دوجانبه ارتباط و تلازم وجود داشـــته باشد. مثلاً عقد بیع موجب ملتزم شـــدن طرفین در مقابل هم می‌شود، پـــس علاوه بر این‌که بین تعهدات دو طرف تقابل وجود دارد، ناشـــی از عقد بیع نیز هستند؛ بنابراین بین آن‌ها تلازم نیز وجود دارد. در ماده ۳۲۵ قانون مدنی یونان اشاره شـــده که حق حبس باید در مورد بدهی قابل پرداخت اعمال شود. شرایطی که گفته شـــد در مورد حق حبس متعادل (عقود معوض) به کار می‌رود، اما نویســـندگان آن‌ها

1. hellas civil code 1930.

را بـــه طور عام به کار برده‌اند، در صورتی که با ملاحظه انواع حق حبس و بررســـی تفاوت‌های آن‌ها مشخص خواهد شد که در حق حبس تصرف تنها شرط آخر، یعنی قابل پرداخت بودن بدهی را می‌توان قائل شد. به عبارت دیگر در حق حبس تصرف هیچ‌یک از شـــروط تقابل بیـــن دو دین و ارتباط و تلازم بیـــن دو دین به مفهومی‌که گفته شـــد، وجود ندارد؛ زیرا این شـــرایط در مورد عقود معوض است و دلیل این‌که نویســـندگان حقوقی و فقها از این شرایط فراتر نرفته‌اند این است که برای حق حبس تصرف وجودی مستقل قائل نبوده‌اند. با مداقه در ماده ۳۲۵ قانون مدنی یونان می‌توان شـــرط لازم و کافی برای حق حبس تصرف را قابل پرداخت بودن بدهی دانست. این موضوع با توجه به تعریف ارائه شـــده از حق حبس نیز قابل توجیه اســـت؛ زیرا گفته شد که این نوع حق حبس عبارت است از حقی قانونی که به بستانکار اجازه می‌دهد تـــا اموال و دارایی‌های بدهکار را نگه دارد و به عبارت دیگر وی در آن‌ها دارای حق تصرف است تا این‌که طرف مقابل بدهی خود را تصفیه نماید.

٦-۲. تکلیف قرارداد بـــا اعمال حق حبس در حق حبس متعادل و حق حبس تصرف

در این مبحث سعی شده به تبیین تکلیف قراردادی که حق حبس در آن اعمال می شود، پرداخته شود.

در ماده ۳۲۹ قانون مدنی یونان اشـــاره شده که «اگر این قضیه به دادگاه ارجاع شـــد و قاضی تشـــخیص داد ادعای بدهکاری که حق حبس را طلب می‌کند صحیح نیست؛ بنابراین قرارداد را هم‌زمان و با هم واقع می‌کند» (Statholos, 2018: 154)، امـــا اگر طرفین حق حبس را به طریق صحیح اعمال کنند می‌بایســـت تکلیف قرارداد مشخص شود.

برخی از فقهاء معتقدند که اگر طرفین عقد، از تســـلیم خودداری نمایند حاکم آن‌هـــا را وادار به اجرای عقد می‌کند و اگر یکی از آن‌هـــا خودداری کرد، وی اجبار می‌شـــود (علامه حلی، ١٣٧٦: ٢٦٧). به نظر می‌رسد این دسته از فقهاء بدون نام بردن از حق حبس در صدد بیان این مطلب هستند که در عقود معوض طرفین باید بلافاصله تعهدات خود را انجام دهند؛ مگر این‌که اجلی معین شده باشد (ماده ۳۷۷ قانون مدنی ایران)؛ در حالی که گفته شـــده حق حبس علاوه بر مبنای قانونی دارای مبنای شرعی

نیز هست حتی برخی از نویسندگان لبنانی با تأثیر از حقوق انگلیس حق حبس متعادل را به حق حبس انصافی (ادوارد عطیه، ۱۹۹۳:٦٤۲) تعبیر کرده‌اند و در واقع با توجه به اشاره تمامی نظام‌های حقوقی به حق حبس می‌توان گفت که بنای عقلاء[1] بر استفاده از حق حبس در قرارداد حکم می‌کند، پس با این مبنا باید به دنبال راه حلی برای مسأله بود نه این‌که از حق حبس عدول نماییم. در واقع حق حبس وسیله اجبار متعهد به منظور اجرای تعهد مقابل آن است و مسأله نیز در مورد حق حبس متعادل و در عقود معوض است؛ زیرا در حق حبس تصرف تنها یک شخص است که باید اجبار به انجام تعهد شود. در این مورد چهار قول وجود دارد که برخی از نویسندگان (کاتوزیان، ٤/١٤٠٢: ١٠٧) به آن‌ها پرداخته‌اند، البته بدون ذکر این‌که هر قول منتسب به کدام فقیه است، اما در فقه (علامه حلی، ١/١٤١٦: ٥٦٣)، هر قول منتسب به شخصی است و فقها اقوال مختلف در مساله را بیان و به تشریح آن پرداخته‌اند.

از قول شافعی نقل شده که «اگر بایع و مشتری، هیچکدام مبیع و ثمن را تسلیم و تسلم نکنند، حاکم هر دو را اجبار می کند که مبیع و ثمن را حاضر کرده و تسلیم نمایند یا این‌که آن‌ها را به شخصی مورد اعتمادی که معتمد هر دو است بسپارند تا وی این کار را انجام دهد» (علامه حلی، ١/١٤١٦: ٥٦٣).

قول دوم بدون این‌که منتسب به شخصی شود، نام برده شده؛ به این ترتیب که «هیچکدام از طرفین اجبار نمی‌شوند بلکه از تنازع منع می‌شوند تا یکی از آن دو، مورد معامله را تسلیم کند و آن‌گاه دیگری اجبار می‌شود؛ چون بر هر یک از طرفین ایفاء و استیفایی وجود دارد و نمی‌توان ایفاء را پیش از استیفاء طلب، تکلیف کرد». قول دوم نیز به نوعی به قول اول بر می‌گردد؛ هر چند نویسندگان به این موضوع توجه نکرده‌اند؛ زیرا اگر تعهدات را در مورد عقود تملیکی بدانیم یا باید هر دو اجبار شوند یا هیچ‌یک اجبار نشوند (علامه حلی، ١/١٤١٦: ٥٦٣).

قول سوم منتسب به مالک و ابوحنفیه است که «مشتری مجبور به تأدیه ثمن می‌شود؛ زیرا حق عینی بر مبیع دارد، ولی بایع چون حق عینی بر ثمن ندارد نباید اجبار شود. البته در جایی که ثمن کلی فی‌الذمه است نه عین معین» (علامه حلی، ١/١٤١٦: ٥٦٤). این قول از این جهت مواجه با اشکال است که اگر خریدار حق عینی بر مبیع

---

۱. اتفاق انسان‌های متعارف در هر عصر و زمان صرف نظر از مذهب، نژاد سرزمین و جنس بر امری.

پیدا کرد، چرا باید ابتدا اجبار به تأدیه ثمن شـــود؛ درحالی که باید گفته می‌شـــد بایع اجبار به تسلیم مبیع شود چون هنوز حق وی بر ثمن تحقق خارجی نیافته است، ولی نویسندگان حقوق مدنی (کاتوزیان، ٤/١٤٠٢: ١٥١) به این موضوع نیز توجه نکرده‌اند.

نظر احمد حنبل و شیخ طوسی (طوسی، ٣/١٤٠٧: ١٥١) مبنی بر این است که «ابتداً بایع اجبار به تسلیم می‌شود؛ زیرا مالکیت وی بر ثمن مستقر است و بیمی ندارد که ثمن تلف شود و می‌تواند ثمن را حواله کند، ولی مالکیت خریدار بر مبیع استقرار ندارد و باید تســـلیم شود تا استقرار پیدا کند» (علامه حلی، ١/١٤١٦: ٥٦٤). این قول نیز مواجه با این اشـــکال است که عقد بیع عقدی تملیکی است و استقرار مالکیت در عالم اعتبار اســـت؛ پس مالکیت خریدار نیز بر مبیع مســـتقر خواهد بود. فقیه مذکور قول اول که هر دو طرف اجبار به تسلیم و تسلم می‌شوند را پذیرفته است. در حقوق ایران نیز مطالعه آثار نویســـندگان حقوقی نشـــان می‌دهد که همین قول پذیرفته شده و نویســـندگان حقوقی قائل به این مطلب هستند (کاتوزیان، ٤/١٤٠٢: ١٠٢ و کیانی، ١٣٧٦: ٢٣٥). نزد فقهاء دلیل این موضوع «شهرت» بیان شده و گفته شده نظر مشهور بین فقهاء این اســـت؛ در حالی که گفته شـــده ظن حاصل از شـــهرت حجیت ندارد (مظفـــر، ٢/١٤٠١: ٢٩٥)؛ پس نمی‌توان به آن تکیه کرد. در هر حال به عنوان نتیجه در حقوق ایران می‌توان قائل به این شـــد که نظر اول ارجح اســـت، اما نه به دلیل شهرت بلکه به این دلیل که در عقود معوض غرض اصلی برخوردار شـــدن بایع و مشتری از ثمن و مبیع است و چون هیچ‌یک از آن‌ها را نمی‌توان بر دیگری ارجح دانست و حق حبس نیز حقی قانونی و شـــرعی است؛ بنابراین بهترین راه اجبار از طریق حاکم برای انجام تعهدات خواهد بود. گفته می‌شود «اجبار از طریق حاکم»؛ چون اگر طرف مقابل یا ثالثی مبیع یا ثمن را به اجبار و عنف از دارنده حق حبس بگیرد، وی می‌تواند اعاده وضع به حالت سابق را بخواهد (مواد ٢٧٣ قانون موجبات و عقود لبنان و ٣٢٩ قانون مدنی اردن که مدت سه ماه از تاریخ علم به خارج شدن مال از ید حابس را برای اعاده قـــرار داده‌اند) (ابوبکر، ٢٠٠٣: ١٠٩؛ ناصیف، ٥/١٩٩٤: ٤٣٦). پذیرش این موضوع در حقوق ایران نیز خالی از اشـــکال خواهد بود. همان‌طور که گفته شد این موارد همگی در حق حبس متعادل قابل توجیه می‌باشـــد، ولـــی در حق حبس تصرف تنها یکی از طرفین قرارداد است که باید اجبار به انجام تعهد شود. در این‌جا منظور اجرای قهری و اجباری متعهد است که به طور مستقیم صورت می‌گیرد و آن عبارت است از این‌که

مفاد عقد با حکم صادره از طریق دادگاه به طور مستقیم توسط مأمور اجرا (دادورز) و یا خود متعهدله اجرا گردد؛ مانند این‌که عین مورد معامله تخلیه و تسلیم خریدار شود یا از محل فروش اموال مدیون بدهی او را بپردازند. ماده ٤١ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ١٣٥٦ مذکور می‌دارد: «هر گاه محکوم‌علیه طوعاً حکم دادگاه را اجرا ننماید، دادورز (مأمور اجرا) به ترتیب مقرر در این قانون اقدام به اجرای حکم می‌کند» و ماده ٤٢ همان قانون نمونه بارز اجبار مستقیم تعهد را بیان می‌کند: «هر گاه محکوم به عین معین منقول یا غیر منقول بوده و تسلیم آن به محکوم ممکن باشد، دادورز (مأمور اجرا) عین آن را گرفته و به محکوم‌له می‌دهد»؛ بنابراین بحث‌هایی که در مورد حق حبس متعادل در این خصوص مطرح می‌شود در حق حبس تصرف موضوعیت نخواهد داشت. در حقوق ایران این موضوع نیز تفکیک نشده و به عبارت دیگر در هنگام بررسی تکلیف قراردادی که حق حبس در مورد آن اعمال می‌شود به حق حبس تصرف پرداخته نشده و دلیل آن دیدگاه سنتی در مورد حق حبس و عدم استقلال حق حبس تصرف در نزد نویسندگان حقوقی است.

۷-۲. حق حبس دریایی (بحری) و توجیه آن به عنوان مصداقی از حق حبس تصرف

بر اساس حق حبس دریایی یک کشتی می‌تواند در مقابل طلب طلبکاران حبس شود (Blacks law dictionary, 2019: 943). این حق حبس برای ملوانان کشتی به نسبت دستمزد آن‌ها و همچنین سایر اشخاصی که در اثر برخورد و تصادم با کشتی زیان دیده‌اند، در نظر گرفته شده است. در واقع این حق حبس بر خلاف حق حبس متعادل، مستقر و مبنی بر حق تسلط ناشی از قرارداد بین طرفین نیست (Judge. Stephen, 2012: 412; M. Walker 2015: 332)، اما می‌توان آن را به نوعی با حق حبس تصرف مرتبط دانست؛ زیرا در هر حال از قراردادی ناشی می‌شود که بین ملوانان و صاحب کشتی برای کار در کشتی منعقد شده است، اما در مورد ضرر و زیان ناشی از تصادم این نوع حق حبس به هیچ وجه ارتباطی با قرارداد نمی‌یابد و می‌توان آن را حق حبس در تعهدات خارج از قرارداد دانست؛ اصطلاحی که برخی از نویسندگان به کار برده‌اند (باقرزاده، ۱۳۸۳: ۲۳). چنین حق حبسی تنها در حقوق کشورهایی نظیر انگلیس و اسکاتلند که حمل و نقل دریایی بخش اعظم روابط تجاری آن‌ها را تشکیل می‌دهد، مشاهده می‌شود.

برآمد

۱- بـــا در نظر گرفتن نظرات مختلف حقوقی و فقهی، در ارائه تعریف جامعی از حـــق حبس می‌توان گفت: «حق قانونی برای شـــخص کـــه در اموال دیگران ثابت می‌شـــود تا این‌که بدهی و تعهد مربوط به آن‌ها انجام شود». این تعریف می‌تواند در بردارنده این معنی باشـــد که شخص می‌تواند مثلا کالا یا بهای کالا را تا تسلیم مورد معاملـــه از طرف مقابل حبس نماید و یا این‌که مثلا حق العمل کار اموال متعلق به آمر را جهت استیفای طلب خود حبس نماید. این تعریف می‌تواند انواع حق حبس را در برگیرد. به همین جهت است که حق حبس را باید در حقوق ایران به دو دسته تقسیم نمود: «حق حبس متعادل» و «حق حبس تصرف». نوع سومی‌هم وجود دارد که آن را «حق حبس بحری» نامیده‌اند و می‌توان آن را تابعی از حق حبس تصرف دانست؛ زیرا احکام آن منطبق با حق حبس تصرف می‌باشد.

۲- مـــاده ۳۷۷ قانـــون مدنی ایران تنها بیان‌گر حق حبس متعادل اســـت و در مورد حق حبس تصرف در حقـــوق ایران می‌توان به قانون راجع به بدهی واردین به مهمان‌خانه‌ها و پانســـیون‌ها مصوب ۱۳۱۲ استناد کرد که معادل آن در حقوق انگلیس تحت عنوان قانون صاحبان مســـافرخانه مصوب ۱۸۷۸ تصویب شده است. در حقوق ایران ماده ۳۷۱ قانون تجارت که بیـــان کرده حق‌العمل‌کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده یا نسبت به قیمتی که اخذ کرده است، حق حبس خواهد داشت، بیان‌گر حق حبس تصرف می‌باشد.

۳- در حق حبس تصرف به خلاف حق حبس متعادل، به طور غیر مستقیم از یک قرارداد حمایت می‌شـــود؛ در حالی که حق حبس متعادل تنها در جاهایی وجود دارد که تعادل بین عوضین وجود داشـــته باشد؛ بنابراین در مورد حق حبس تصرف، ایـــن بحث که کدام‌یک از طرفین بایـــد زودتر تعهد خود را انجام دهند پیش نمی‌آید؛ زیـــرا طلبکار در رابطه موجد حق حبس تصرف، بر بدهکار رجحان دارد، اما در مورد حق حبس متعادل چنیـــن رجحانی به دلیل هم زمانی و تعادل عوضین، وجود ندارد؛ به همین دلیل باید مطابق اســـتدلال گفته شده، قائل به هم‌زمانی انجام تعهد شویم. به عبارت دیگر، در حق حبس تصرف هیچ‌یک از شـــروط تقابل بین دو دین و ارتباط و تلازم بین دو دین به مفهومی‌که گفته شد وجود ندارد؛ زیرا این شرایط در مورد عقود

معوض است و دلیل این‌که نویسندگان حقوقی و فقها از این شرایط فراتر نرفته‌اند آن است که برای حق حبس تصرف وجودی مستقل قائل نبوده‌اند.

٤- حق حبس در عقود تملیکی مانند بیع و اجاره اشیاء وجود دارد، اما در عقود عهدی مانند اجاره اشخاص نمی‌توان همانند عقود دسته اول، حق حبس شناخت. در عقود تملیکی حق حبس متعادل وجود دارد؛ چون تعهدات متعادل وهم‌زمان هستند و ترجیحی وجود ندارد که بگوییم مثلاً بایع یا مشتری باید ابتدا تعهد خود را انجام دهد، اما در عقدی مانند اجاره اشخاص تا هنگامی که اجیر خدمت را انجام نداده، مستحق چیزی نیست؛ پس نمی‌تواند قبل از انجام عمل حق حبس متعادل داشته باشد. البته در صورتی که عمل انجام شود و مستأجر اجرت را نپردازد، اجیر می‌تواند از حق حبس تصرف استفاده کند؛ ضمن این‌که، به نظر می‌رسد حق حبس تصرف را باید مختص موارد مصرح قانونی دانست؛ زیرا نظرات فقهاء در این زمینه را می‌توان به عنوان تأییدی کلی بر این موضوع که حق حبس تصرف را پذیرفته‌اند دانست؛ در حالی که در قوانین موجود تنها در برخی موارد به ذکر این نوع حق حبس پرداخته شده است؛ بنابراین با توجه به سکوت قانون در سایر موارد و ذکر حق حبس تصرف در مواردی خاص، باید حق حبس تصرف را تنها در موارد ذکر شده جاری دانست.

۵- بررسی حق حبس متعادل در حقوق ایران بررسی کامل و جامعی از حق حبس نبوده و مصادیق بسیاری را در بر نمی‌گیرد. راه حل، مجزا نمودن حق حبس تصرف از حق حبس متعادل و بررسی مبانی و احکام و شرایط حق حبس تصرف به صورت مستقل است.

منابع فهرست

الف. فارسی

* امینی، اعظم و حائری، محمدحسن و ناصری مقدم، حسین (۱۳۹۶)، «**بررسی فقهی حقوقی موجدات و مسقطات حق حبس در عقود معاوضی**»، جستارهای فقهی و اصولی، سال سوم، شماره ۹.

* اندرز، داود (۱۴۰۲)، «**حق حبس در معاملات از منظر فقه و حقوق**»، مطالعات فقه اقتصادی، دوره ۵، شماره ۳.

* باقرزاده، احد(۱۳۸۳)، «**اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیر متقارن**»، تهران: دادرسی، شماره ۴۷.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۱)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد نهم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۰)، **مجموعه محشی قانون مدنی**، چاپ هشتم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۱)، **حقوق تعهدات**، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.

* حسنی، حسن (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت**، چاپ هفتم، تهران: میزان.

* حاتمی، علی‌اصغر و رودیجانی، محمدمجتبی (۱۳۸۵)، «**تعهدات طبیعی**»، مجله دانشکده علوم انسانی (سمنان)، سال پنجم، شماره ۱۴.

* رمضانی نوری، محمود (۱۳۷۵)، **فرهنگ حقوقی مدین**، چاپ دوم، تهران: مدین.

* رعدی، کامبیز (۱۳۷۸)، **توثیق اسناد تجاری**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، شیراز: دانشگاه شیراز.

* سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۷۷)، «**حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ و مطالعه تطبیقی آن در حقوق ایران**»، تبریز: نشریه ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، سال۴۱، شماره ۱۶۹.

* سوادکوهی، فتح‌الله (۱۳۵۴)، **رهن قضائی**، چاپ نخست، تهران: نقش جهان.

* شهبازی، محمدحسین و اکبری دهنو، میثم و حاجیان، هانی (۱۴۰۲)، «**مطالعه تطبیقی عدم النفع در فقه و قوانین آیین دادرسی مدنی ایران**»، مجله حقوقی

دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.
* شـــهیدی، مهدی (۱٤۰۲)، **عقود معین**، جلد نخســـت، چاپ بیست و نهم، تهران: مجد.
* عبادی، توحید و لطفی، علیرضا و نوشادی، ابراهیم (۱٤۰۱)، «**بررسی تطبیقی حق حبس در فقه، حقوق ایران و کانادا**»، مطالعات میان‌رشته‌ای فقه، سال نخست، شماره ۹.
* عســـکری، جعفر و نجف‌آبادی فراهانی، مرتضـــی و مصطفایی، مصطفی (۱۳۹۸)، «**مطالعه تطبیقی ایراد عدم اجرا در نظام رومی ژرمنی (فرانســـه، آلمان، سوئیس)، کنوانســـیون بیع بین‌المللی و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران**»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ششم، شماره ۱.
* علی‌احمدی، حســـین (۱۳۷۵)، **اجرای تعهد قراردادی**، چاپ نخســـت، ورامین: برهمند.
* فتوحی راد، رضا و عابدی، محمد و خدابخشـــی، عبداله (۱٤۰۰)، «**حق حبس در اجرای تعهدات متقابل**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۱، شماره ٤.
* قاســـم‌زاده، ســـید مرتضی (۱٤۰۱)، **اصول قراردادها و تعهدات**، چاپ شانزدهم، تهران: دادگستر.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۲)، **قواعد عمومی‌قراردادها**، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۲)، **حقوق مدنی (معاملات معوض و تملیکی)**، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیـــان، ناصر (۱۳۳۹)، «**حق حبس و تسلیم منفعت در اجاره اشخاص**»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، سال دوم، شماره‌های ۳ و ٤.
* کیائی، عبدالله (۱۳۷٦)، **التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله**، چاپ نخست، تهران: ققنوس.
* محمصانی، صبحی (۱۳٤۷)، **قوانین فقه اســـلامی**، برگردان: جمال‌الدین محلاتی، جلد دوم، بی‌چا، تهران: فاروس.
* مظفر، محمدرضا (۱٤۰۱)، **اصول فقه**، برگردان: محســـن غرویان و علی شیروانی،

جلد دوم، چاپ بیستم، قم: دارالفکر.
* موسوی، سید عباس و اصانلو، اکبر (۱۴۰۱)، «**انتفای عقد به سبب عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ایران و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۲۰.
* میری، حمید و کاویار، حسین و تقی‌پور درزی نقیبی، محمدحسین (۱۴۰۱)، «**حق حبس، شرایط و آثار آن در حقوق ایران و انگلستان**»، حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۷۲.

ب. عربی

* انصاری، مرتضی (۱۳۸۲)، **مکاسب**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: آرموس.
* ابوبکر، محمد (۲۰۰۳)، **القانون المدنی الاردنی**، چاپ نخست، عمان (اردن): دارالعلمیه الدولیه.
* ابن عابدین، محمدامین (۱۴۱۵ق)، **حاشیه الرد المحتار**، جلد پنجم، بی‌چا، بیروت: دارالفکر.
* ادوارد عطیه، باتریک (۱۹۹۳)، **بیع البضائع الانجلیزی**، برگردان: ریاض ذهنری، چاپ نخست، بیروت: دارالجیل.
* روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۸ق)، **منهاج الفقاهه**، جلد ششم، چاپ چهارم، نجف: علمیه.
* سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸)، **الوسیط فی الشرح القانون المدنی الجدید**، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه.
* طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۷ق)، **العروه الوثقی**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
* طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۰۴ق)، **مستمسک العروه الوثقی**، جلد دوازدهم، چاپ چهارم، قم: منشورات مکتبه آیت‌الله المرعشی نجفی.
* طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۷ق)، **خلاف**، جلد سوم، بی‌چا، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
* علامه حلی، ابی منصور جمال‌الدین (۱۴۱۶ق)، **تذکره الفقهاء**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البیت.

* علامه حلی، ابی منصور جمال‌الدین (۱۳۷٦)، **تبصره المتعلمین**، برگردان: ابوالحسن شعرانی، چاپ نخست، تهران: انتشارات اسلامیه.
* کاسانی حنفی، علاءالدین ابوبکر (۱٤۰۹ق)، **بدائع الصنایع**، جلد دوم، چاپ نخست، بی‌جا، بی‌نا.
* کرکی، علی ابن الحسین (۱٤۱۰ق)، **جامع المقاصد فی الشرح القواعد**، جلد پنجم، چاپ نخست، قم: مؤسسهٔ آل البیت.
* ناصیف، الیاس (۱۹۹٤م)، **موسوعه العقود المدنیه والتجاریه**، جلد پنجم، چاپ دوم، بیروت: بی‌نا.
* نجفی خوانساری و منیه الطالب موسی بن محمد (۱٤۱۸ق)، **تقریرات میرزای نائینی**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

پ. انگلیسی

* A.garner, Bryan (2019), **Blaks Law Dictionary**, 11th edition, Dallas: Thomson west.
* Ashfield, Ewan (2012), **Sale of Goods**, 8th edition, London: Oxford university press.
* Chapaman, F.A.R (1989), **Fundamentals of Canadian law**, 5th edition, Toronto: Mcgrawill.
* Collin, P.H (2013), **Law Dictionary**, 6th edition, Dehli: Universal book stall.
* Geoffrey, Morse (2019), **Company Law** ,13thedition, London: Sweet and Maxwell.
* Judge, Stephen (2015), **Business Law**, 10th edition, London: Macmillan law masters.
* Kulshreshtha, V.D (2007), **Business Law**, 7th edition, Dehli: Vikas publishing house.
* M. Walker, David (2012), **Principles of Scottish Private Law**, 8th edition, London: Oxford university press.

❊ Stathoulos, Michel (2018), **Contract Law in Hellas**, 10th edition, Athens: Kluwer law.

❊ Storey, I.R (2007), **Conveyancing**, 6th edition, London: Butterworths.

❊ Treitel, G.H (2019), **The Law of Contract**, 15th edition, London: Sweet and Maxwell.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۳۲۹-۲۸۹
تاریخ دریافت: ۱٤۰۱/۱۱/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۰۳/۲۳

مصونیت‌یابی در زندان از طریق توسل به خشونت؛ پیش‌فرض‌های فرهنگی[۱]

مهرداد ره‌نورد واقف،[۲] سید درید موسوی مجاب،[۳] محمد فرجیها[٤]

چکیده

زندان محیطی است که زندانیان در شرایطی مشحون از روابط قدرت، هنوز منطقی رفتار می‌کنند؛ از این رو نمی‌توان گفت زندانیان خشونت را برای لذت بردن از خشونت انجام می‌دهند. انتخاب رویکرد «خشـــونت برای خشـــونت» در تحلیل و تبیین خشـــونت زندان نادرست است. خشـــونت زندان، منطق خاص خود را دارد و دقیقاً از مناسبات عقلانی پیروی می‌کند، اما چگونه می‌توان خشـــونت ورزیدن را در چارچوب رفتار منطقی و عقلانی تبیین کرد؟ پاسخ این پرسش را باید در فرهنگ زندان جســـت‌وجو کرد. این فرهنگ زندان است که رفتار منطقی و غیرمنطقی را ترسیم می‌کند.

پرســـش مقاله حاضر آن اســـت که، نقش فرهنگ در تنظیم خشـــونت در زندان چیست و تأثیر فرهنگ بر جریان‌سازی و تشـــدید خشونت چگونه است. برای فهم بهتر پیش‌فرض‌های فرهنگی تشـــدید کننده خشـــونت در زندان، از روش مصاحبه عمیق با بیست نفر از زندانیان دو زندان در یکی از استان‌های شمالی کشور بهره گرفته شده است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد پیش‌فرض‌های فرهنگی بازتولید شـــده در فرهنگ زندان، در مجموع موجب شکل‌گیری ذهنیت مصونیت‌یابی از طریق توســـل به خشونت می‌شـــوند. زندانیان به این درک فرهنگی می‌رسند که برای بزه‌دیده نشـــدن درون زندان، باید به خشونت متوسل شـــوند. زندانیان معروف به زندانیان سفت، زندانیانی محسوب می‌شـــوند که در برابر کوچک‌ترین بی‌احترامی، شدیدترین واکنش را نشـــان می‌دهند و در صورت مورد تعرض قرار گرفتـــن، به خوبی مقاومت می‌کنند و حتماً انتقام تعرض را می‌گیرند. همچنین زندانی ســـفت در هر اختلافی اولین گزینه حل اختلاف را متوسل شـــدن به خشـــونت می‌داند. در مقابل، زندانیان نرم که مطابق این الگـــوی فرهنگ زندان رفتار نمی‌کنند، دائم در معرض بزه‌دیدگی هستند.

واژگان کلیدی: خشونت در زندان، فرهنگ زندان، پیش‌فرض‌های فرهنگی، انتقام.

---

۱. این مقاله برگرفته از رســـاله دکتری نویسنده اول با عنوان «تحلیل جرم‌شناختی خشونت ناشی از روابط قدرت در زندان» با راهنمایی آقایان دکتر ســـید درید موســـوی مجاب و دکتر محمد فرجیها در دانشـــگاه تربیت مدرس است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
Mehrdadvaqef1369@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
d.mojab@modares.ac.ir

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

درآمد

هر محیط و بافتاری، الزامات و قواعد رفتاری و مقتضیات خاص خویش را داراست و در این بین، نهادهای فراگیر[1] همچون سربازخانه‌ها، آسایشگاه‌های روانی و مدارس شبانه‌روزی و البته زندان‌ها وضعیت خاص‌تری دارند. در این بین وضعیت زندان به عنوان تنها نهاد فراگیر تنبیهی، شاید وضعیت خاص‌تری باشد. زندان‌ها برخلاف سایر نهادهای فراگیر، نهادی تنبیهی هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۱۶؛ Bottoms, 1999: 208). هرچند جایگزینی حبس به جای مجازات‌های بدنی در زرادخانه کیفری ابتدا امیدوارکننده بود، اما به‌تدریج مشکلات زندان نمایان شد (ارل، ۱۳۹۷: ۱۳). در این میان، فرهنگ زندان باید به مثابه یک مجموعه متشکل اجتماعی مجزا با ارزش‌ها، قواعد و تنظیم‌گری‌های مختص خود مورد تحلیل قرار گیرد. این مجموعه اجتماعی، سرمایه‌ها و دانش خاص زیستن و عقلانیت ویژه خود را می‌طلبد. خشونت در زندان، موضوعی معمول و متداول به شمار می‌آید و منطق بازی در زندان است. این خشونت به بخش طبیعی و عادی زندان تبدیل شده‌است؛ به گونه‌ای که وجود خشونت در زندان کسی را شوکه نمی‌کند (Sklansky, 2021:181؛ غلامی، ۱۳۸۱: ۱۶۰) همگان انتظار آن را دارند و به عکس، این فقدان خشونت در زندان است که موجب شوکه شدن می‌شود. یکی از مهم‌ترین عوامل شکل‌گیری خشونت زندان، فرهنگ زندان است. فرهنگ زندان با شکل‌دهی به پیش‌فرض‌های فرهنگی موجب می‌شود که باعث می‌شوند افراد برای مصونیت‌یابی خویش به خشونت دست بزنند. پیش‌فرض‌های فرهنگی

---

۱. نهادهای فراگیر (Total Institution) طبق تعریف اروینگ کافمن (Erving Goffman) مکان‌هایی برای سکونت و کار هستند که در آن‌ها تعداد زیادی از افراد که وضعیت مشابه هم دارند برای مدت‌زمان نسبتاً قابل توجهی، از جامعه جدا و تفکیک می‌شوند و به‌شکلی محصور و تحت مدیریت و کنترلی رسمی در کنار هم زندگی می‌کنند. نهادهای فراگیر معمولاً به وسیله موانع فیزیکی و تعهد تمام وقت اعضایشان به عدم خروج از این نهادها، از دید جامعه پنهان هستند. نهادهای فراگیر یک زندگی تکراری و با برنامه‌ریزی خاص زمانی و مکانی تکرار شونده را تحمیل می‌کنند که واحد آن معمولاً یک روز است و پس از اتمام یک روز، دوباره برنامه‌ها با همان نظم خاصی که دیروز و روزهای قبل انجام شده، تکرار می‌شود. در این زمینه بنگرید به:
Aubert, Vilhelm (1965), The Hidden Society, Totowa, N. J.: Bedminster Press; Stolley, K. S. (2005), The Basics of Sociology, Greenwood Publishing Group. p. 68

در حقیقت انگاره‌های ذهنی و ذهنیت‌ها، تصورات، برداشت‌ها و نگرش‌هایی هستند که در دل فرهنگ زندان وجود دارد و باعث تولید، تجویز، نهی و بازتولید یک سری رفتارها می‌شوند (Murata, 2007: 41). پیش‌فرض‌های فرهنگی ذهنیت و برداشت‌هایی جمعی و نشان‌گر عرفِ نگرش‌ها و ذهنیت‌ها در یک مجموعه هستند که به طور مستمر تولید و بازتولید می‌شوند. این تولید و بازتولید مورد حمایت اغلب افراد مجموعه است و نگرش متفاوت با این پیش‌فرض‌ها برای فرد هزینه‌بردار خواهد بود (Ibid: 42). این امور از آنجایی که فرهنگی محسوب می‌شوند، در قلب زندان رسوب کرده‌اند و از سطح اقناع و وادار کنندگی بالایی برخوردارند. همچنین تغییر آن‌ها نیز بسیار سخت است. این پیش‌فرض‌های فرهنگی زندانیان را قانع یا وادار به انجام یا ترک‌رفتاری خاص می‌کنند. در واقع رفتارهای درون زندان به هنجارهای فرهنگی زندانیان گره خورده است (Trammell, 2012: 61). به این ترتیب باید گفت که رابطه مستقیمی بین رفتارها و هنجارهای فرهنگی افراد وجود دارد. به طور خلاصه در مورد رابطه بین فرهنگ و خشونت می‌توان گفت که ارزش‌های موجود در یک بافتار موجب بازتولید خشونت می‌شود (Byrne et al., 2008: 40).

خشونت در زندان را این‌گونه می‌توان تعریف کرد: «هر گونه استفاده و تهدید غیرموجه و غیرمشروع از قدرت فیزیکی واقعی در زندان» (Bottoms, 1999: 214؛ شمس، ۱۳۹٤: ۹٦). در پژوهش حاضر صرفاً استفاده عامدانه از قدرت فیزیکیِ منجر به آسیب جسمانی از این تعریف مورد نظر است. این خشونت توسط یک زندانی علیه زندانی دیگر رخ می‌دهد.[۱]

آمارها در آمریکا نشان می‌دهد که در فاصله بین سال‌های ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۰، حدود سی و چهار هزار ضرب و جرح و نزاع بین زندانیان رخ داده است (Stephan and Karberg, 2003: 26). طبق آمار رسمی در انگلستان در سال ۲۰۲۱ سیصد و نود و شش مرگ در زندان رخ داد که این آمار به نسبت سال ۲۰۲۰ که آمار مرگ در زندان دویست و هشتاد و سه بود، چهل درصد افزایش داشته است. همین‌طور در سال ۲۰۲۱ تعداد نوزده هزار و چهارصد و هفتاد ضرب و جرح در

۱. جا دارد در خصوص خشونت زندانیان نسبت به زندانبانان و زندانبانان نسبت به زندانیان و همچنین خشونت جمعی در زندان نیز پژوهش مستقلی انجام شود.

زندان رخ داده اســـت که از این میان دو هزار و نُه مورد از آن‌ها ضرب و جرح‌های بســـیار شـــدید بوده اســـت (Ministry of Justice, 2021). با تمام این اوصاف یک چیز قطعی به نظر می‌رســـد؛ مهم نیست خشـــونت در زندان چگونه برآورد می‌شود؛ مهم این اســـت که بدانیم زندانیان نســـبت به افرادی که در جامعـــه زندگی می‌کنند احتمال بیشـــتری دارد که بزه‌دیده خشونت جسمی شوند (Ricciardelli, 2014: 78). بررســـی‌ها نشـــان می‌دهد مردان زندانی هجده برابر مردان در بیرون از زندان بزه‌دیده خشـــونت فیزیکی می‌شوند و زنان زندانی نیز بیســـت و هفت برابر بیشتر از زنان در بیرون از زندان احتمال دارد که بزه‌دیده خشـــونت جسمی شوند (Catalano, 2005: 6)؛ بنابراین باید گفت زندان محیطی خشـــن است که خشونت یا تهدید به خشونت به مثابه یک واقعیت، همواره و به شـــکلی فراگیر در زیست روزمره ساکنان آن یعنی زندانیان قابل مشاهده است (Ricciardelli, 2014: 79). البته شاید بتوان گفت که این امکان خشونت؛ و نه خود خشونـــت واقعی است که دغدغـه همیشـگی زندانیان، مأموران، مدیران و خانواده‌های زندانیان اســـت (غلامپور، ۱۳۹۸: ۳۷؛ Byrne et al., 2008: 124;) در زندان امکانِ خشـــونت بســـیار بیشتر از خودِ خشونت بالفعل است؛ اما این امر باعث نمی‌شـــود که فضای زندان را خشن ندانیم. احتمال خطر خشونت، فراگیر بودن و شـــایع بودن تهدید خشونت، عدم توازن قدرت بین زندانی و زندانی و بین زندانی و پرسنل زندان و محرومیت‌های ذاتی موجود در زندان که بر روی تصور زندانیان از هویت خودشـــان و دیگران تأثیر می‌گذارد و جنبه‌های دیگر تجربه زندان، محیطی مملو از احتمال خشونت را به وجود می‌آورد (Mears et al., 2013: 700).

ساختار غیر رسمی جامعه زندانیان[1] نقش چشم‌گیری در این فضای خشن ایفا می‌کند. تمسک به فرهنگ خشـــونت‌طلبی و انتقام‌طلبی در بافتاری شکل می‌گیرد که خشونت به شکل ارزش محسوب شود و مورد استقبال آن فرهنگ قرار گیرد (Mears et al., 2013: 700). بافتـــار می‌تواند یا این سیســـتم باوری و اعتقادی را مهار کند یا برعکس به آن شاخ و برگ دهد. در واقع بافتار و ساخَتار محیط باعث می‌شود افراد با هم‌سو کردن اعمالشان با باورها و انتظارات یک گروه بزرگتر، رفتار خود را تبیین کنند و هویت‌های شخصی خود را بسازند (Brookman et al., 2011: 398). خشونت در

1. Prison society

فرهنگ زندان صرفاً یک عمل فیزیکی و عینی نیست؛ بلکه سازمان‌دهنده سلسله‌مراتب زندانیان و تعیین‌کننده موقعیت‌های آتی است؛ به این معنی است که موقعیت‌های آتی زندان، مولودِ کنش و واکنش شکل‌یافته پیشین است. این‌که زندانیان چگونه به کوچک‌ترین تعرض‌ها واکنش نشان می‌دهند، چیزهای زیادی درباره این‌که چگونه به اهانت‌های بزرگ واکنش نشان خواهند داد به ذهن تداعی می‌کند. پیش‌فرض‌های فرهنگی زندان، خشونت را عادی‌سازی می‌کنند. از این رو خشونت در زندان به هیچ وجه امری غیرعادی و استثنایی محسوب نخواهد شد (Trammell, 2012: 94). فهم پیش‌فرض‌های فرهنگی و هنجارهای غیر رسمی زندان می‌تواند به فهم خشونت در زندان کمک شایانی کند. می‌توان گفت که زندانی با زیست در زندان، مفهوم اجتماعی دعوا و خشونت‌ورزی را می‌فهمد.

پژوهش پیش‌رو، در صدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که چگونه فرهنگ حاکم بر زندان منجر به جریان‌سازی و تشدید خشونت در زندان می‌شود و کدام پیش‌فرض‌های فرهنگی در میان زندانیان آنان را مستعد خشونت‌ورزی آن هم صرفاً برای صیانت از خود و نه صِرف بهره‌گیری و استثمار دیگران می‌کند؛ پدیده‌ای که می‌توان آن را مصونیت‌یابی از طریق اعمال خشونت نامید. پدیده‌ای که در زندان مشاهده می‌شود. به‌رغم پژوهش‌های گسترده و پرسابقه در خصوص نقش فرهنگ در شکل‌گیری، رواج و تشدید خشونت در زندان در کشورهای غربی به ویژه ایالات متحده امریکا، ادبیات کیفری ایران در این زمینه با خلأ چشم‌گیری مواجه است. در این راستا پژوهش حاضر در صدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که «فرهنگ» در زندان‌های «ایران» تا چه میزان و به چه شکلی می‌تواند در شکل‌گیری، رواج و تشدید خشونت در زندان نقش داشته باشد.

این پژوهش به دنبال شناسایی نقش فرهنگ و پیش‌فرض‌های فرهنگی در شکل‌گیری خشونت در زندان است و لذا روش پژوهش کیفی انتخاب شده است. برای درک تجربه زیسته زندانیان و سازکارهایی که اصولاً در هیچ آمار و گزارش رسمی منعکس نمی‌شود، همچنین انگیزه زندانیان از خشونت‌ورزی و عدم تمسک به گزینه‌های غیرخشن و چگونگی شکل‌گیری و جلوه‌های متفاوت خشونت در بافتار زندان، از ابزار مصاحبه عمیق استفاده شده است. در این راستا منحصراً با افرادی

که در خصوص خشـــونت در زندان، اطلاعات و شـــناخت مناسبی داشتند، مصاحبه انجام شـــده است. حجم آماریِ جامعه نمونه از حیث تعداد، تا مرز اشباع نظری ادامه یافته و داده‌های آن شـــامل مصاحبه با بیست زندانی در دو زندان یکی از استان‌های شـــمالی کشور در بازه زمانی ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۰ است. گفتنی است این زندانیان به روش گلوله‌برفی شناسایی شده‌اند؛ بدین صورت که از برخی مصاحبه‌شوندگان درخواست شـــد زندانیان دیگری که بنا بر نظر آن‌ها اطلاعات مناســـبی در خصوص خشونت در زندان دارند یا سابقه یا شاهد خشونت در زندان بودند، معرفی نمایند.

تمرکز اصلی این پژوهش بر شناسایی مؤلفه‌های فرهنگی تأثیرگذار بر خشونت در زندان اســـت. به این ترتیب، آن دســـته از پیش‌فرض‌های فرهنگی زندان که نقش اثرگذار و حیاتی در شـــکل‌گیری خشـــونت دارند مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این ارتباط دو دســـته از پیش‌فرض‌های فرهنگی از هم تفکیک شـــده‌اند؛ پیش‌فرض‌های مبتنی بر بی‌اعتمادی در توســـل به روش‌های مســـالمت‌آمیز شـــامل پیروی از منطق خودپاسبانی و پیش‌فرض استفاده از خشونت به عنوان تنها راه حل اختلافات و دسته دوم شـــامل پیش‌فرض‌های مبتنی بر خرده‌فرهنگ‌های خشـــونت‌زای زندان است که عبارتند از نهادینه شـــدن ذهنیت انتقام‌جو، وجـــود فرهنگ بزه‌دیده‌نکوهی و همچنین وجود ذهنیت دوگانه برنده‌بازنده در میان زندانیان.

۱. پیش‌فرض‌هـــای فرهنگی مبتنی بر بی‌اعتمادی در توســـل به روش‌های رسمی و یا مسالمت‌آمیز حل اختلاف

پیش‌فرض‌های مذکور مبتنی بر این ایده هســـتند که روش‌ها و ســـازِکارهای رسمی و یا مســـالمت‌آمیز حل اختلاف موجود در زندان برای پاسخ‌گویی به تعرض و اهانت‌هـــای دیگران، نه کافی اســـت و نه کارآمد. همچنین شـــاید از همه مهم‌تر، این ســـازِکارها از نظر فرهنگی نیز مورد تأیید و پذیرش جامعه زندانیان نمی‌باشـــد. ســـازِکارهای رسمی و یا مســـالمت‌آمیز کافی نیســـتند از آن جهت که این سازِکارها نمی‌تواند پاســـخ‌گوی برداشت تنبیه‌گرایانه و جســـمانی که زندانیان از عدالت دارند باشد. از سوی دیگر این سازِکارها کارآمد نیستند؛ زیرا از منظر زندانیان وظیفه صیانت از آن‌ها بر عهده خودشـــان است و سازِکار رســـمی یا تمایلی به کمک ندارد یا توانی برای این کار ندارد. همچنین باید بیان کرد که این سازِکارها از منظر زندانیان پذیرفته

شـــده نیست و جامعه زندانیان آن را پس می‌زند. به عبارت بهتر، استفاده از گزینه‌های غیرخشن، گزینه نامطلوب و خدشه‌دار کننده تصویر آنان است.

۱-۱. توسل به منطق خودپاسبانی

اکثر افراد پس از بزه‌دیدگی، طبیعتاً برای دسترســـی خود به عدالت به نهادهای عدالت کیفری رجوع می‌کنند، اما در برخی بافتارهای اجتماعی همچون زندان، گرایش غالب برای التیام رنج ناشـــی از بزه، انتقام خصوصی است. این را می‌توان منطق انتقام خصوصـــی در زندان یا به عبارتی، منطق متفاوت عدالت‌طلبی زندانیان بزه‌دیده عنوان کرد (Bottoms, 1999: 273).

زندانیان به‌رغم آســـیب‌پذیری بیشتر خویش برای بزه‌دیده واقع شدن نسبت به افـــراد خارج از محیط زندان، تمایلی برای رجوع بـــه مقام‌های عدالت کیفری ندارند (Jacobs & Wright, 2006: XI). این‌که زندانی توســـط دیگر زندانیان اهل تسامح پنداشـــته شـــود آن‌هم در جایی که افراد تمایلی به اســـتفاده از سازوبرگ رسمی حل اختلاف ندارند، خاصه در یک محیط بسته و با حداقل منابع و مملو از روابط قدرت، مساوی اســـت با خطر بزه‌دیدگی بیشـــتر در آینده؛ اما چرا زندانیان جزء آن دسته از جوامعی هســـتند که حاضر نیســـتند برای حل اختلاف خود به کارگزاران رسمی (در این‌جا مأموران زندان) توســـل ورزند؟ پاسخ این پرسش را باید در باورمندی زندانیان به فرهنگ خودپاســـبانی[1] جست‌وجو کرد. خودپاسبانی را ظرفیت جوامع برای کنترل نظم اجتماعی درونی خود بدون تمســـک به کارگزاران رسمی کنترل اجتماعی مستقر در دولت تعریف کرده‌اند (Muncie & McLaughlin, 2019: 472).

به باور زندانیان، هیچ امنیت تضمین شـــده‌ای برای آن‌ها وجود ندارد. البته که از نظر زندانیان هیچ چیز تضمین شـــده‌ای در زندان وجود ندارد و حتی ســـهمیه‌ها و خدمات ارائه شده مثل غذا یا تلفن و غیره نیز تضمین شده نیست و حتی در صورت ارائه شدنشان توســـط نهاد زندان، تضمینی برای این‌که فرد خود را مالک آن‌ها بداند وجود ندارد و به عبارتی هیچ مالکیت تضمین شـــده‌ای در زندان وجود ندارد. سوی دیگـــر قضیه را می‌توان در این دید که به باور زندانیان، امنیت در زندان قرار نیســـت از ســـوی عده‌ای (یعنی مأموران زندان) تضمین شـــود؛ بنابرایـــن در یک فرهنگ به

1. Prison society

شـــدت فردگرایانه شده، امنیت دادنی نیســـت؛ بلکه گرفتنی است. مأموران زندان از این نظرگاه، فقط مأموران تضمین امنیت شـــهروندان جامعه آزاد هستند؛ مأمورانی که قرار اســـت صرفاً جلوی فرار زندانیان را بگیرند تا گزندی به شهروندان مطیع قانون نرســـد. به دیگر ســـخن می‌توان گفت در اینجا با فرایند واگذاری مسئولیت[1] روبه‌رو هســـتیم. طبق نظر زندانیان، در تأمین امنیت، آن‌ها هیچ چشم‌داشتی به مأموران زندان ندارند و این وظیفه را برعهده خـــود زندانیان می‌دانند.[2] تحلیل محتوای مصاحبه‌های صورت‌گرفته با زندانیان نیز جلوه‌هایی از منطق خودپاســـبانی را نشان می‌دهد. برای نمونه مصاحبه‌شـــونده شماره پنج (زندانی سابق، ده سال حبس، مواد مخدر) در این زمینه می‌گوید: «ما به اینا [زندان‌بان‌ها] نیاز نداریم؛ هر کی حواســـش به خودشـــه و خودش باید گلیمش رو از آب بیرون بکشـــه. مگه براشـــون مهمه چی سر ما میاد!؟ ولی خدا نکنه یکی نقشـــه فرار بکشه. حتی فقط تو ذهنش باشه. معلوم نیست از کجا می‌فهمن و زود سر و کله‌شون پیدا میشه. خیلی وقت‌ها هم طرف اصلاً همچین کاری نمی‌خواســـت بکنه، اما مرده و میت طرف رو در میارن. این‌جور موقع‌ها خودشون رو به موقع می‌رســـونن»؛ بنابراین زندان جایی است که منابع، کمیاب یا نایاب می‌باشد، قواعد رســـمی حل اختلافات وجود ندارد یا ضعیف است، نیروهای مداخله‌گر برای مداخلـــه در روابط بین زندانیـــان مردد، کم انگیزه یا بی‌انگیزه‌انـــد و زندانیان با افراد بی‌شماری که همگی غریبه‌اند ســـکنی گزیده‌اند. مجموع این موارد باعث ایجاد یک فرهنگ مقابله‌جویانه[3] و نافرمانی‌جویانه می‌شود. به همه این موارد باید دستگیر شدن

---

۱. فرایند واگذاری مســـئولیت (Responsibilisation) ناظر بر این معنی اســـت که بر اســـاس شکل نئولیبرال حکومت، به افراد فاقد قدرت به جای اعطای حقوق، مســـئولیت واگذار می‌شود. مسئولیت تأمین امنیت عمومی از دوش دولت برداشـــته می‌شـــود و بر دوش خود شهروندان نهاده می‌شود. در این فرایند، اشخاص شخصاً مســـئول برعهده گرفتن وظایفی می‌شوند که قبلاً این وظیفه برای عهده دیگری (معمولاً یک دســـتگاه دولتی) بوده اســـت یا اساســـاً این امر به عنوان مسئولیت به طور کلی پذیرفته نمی‌شود.

Wakefield, A., & Fleming, J. (Eds.), (2008), The Sage dictionary of policing, SAGE Publications LTD., p. 276.

۲. همچنان‌که در خرده‌فرهنگ خیابانی نیز اساساً تبهکاران خیابانی، هیچ چشم‌داشتی به تأمین امنیت از سوی دستگاه‌های دولتی و به‌ویژه پلیس ندارند و خود این امر را برعهده می‌گیرند. شاید بتوان گفت طبق الگوی واردسازی (Importation Model)، زندانیانی که قبلاً از دسته تبه‌کاران خیابانی بوده‌اند، این فرهنگ را با خود از خیابان به زندان آورده‌اند.

3. Oppositional Culture

توســـط نظام عدالت کیفری را هم در مورد زندانیان افزود. این امر باعث تقویت این تصور در زندانیان می‌شـــود که نظام عدالت کیفـــری و زندان (به عنوان یک مجموعه واحد) در سرنوشـــت آکنده از محرومیت زندانیان دســـت داشته‌اند. حتی در صورت رجوع زندانیان به مقام‌های رســـمی (هرچند این امر به دلیل هنـــجارهای زندان بعید است)، مقام‌های یادشده اظهارات زندانیان را جدی نمی‌گیرند؛ زیرا در بین مـقام‌های رسمی نظام عدالت کیفری این اعتـقاد رایج اسـت که قانون‌شکنان مستحق سرنوشتی هستند که نصیب‌شان شده است. در منـظر قانون و مجریان قانون، این افراد به سـختی می‌توانند بزه‌دیده محســـوب شوند؛ آن‌ها به نوعی در اجرای عدالت دست تنها هستند (Jacobs and Wright, 2006: 25). به رســـمیت شناخته‌نشـــدن به عنوان بزه‌دیده را می‌توان یکـــی دیگر از دلایل عدم رجوع به کارگزاران نهـــاد عدالت کیفری در میان زندانیان دانست. مصاحبه‌شونده شماره دو (زندانی فعلی، جرم توهین، تهدید و اعمال منافی عفت، یک سال حبس) در این خصوص می‌گوید: «یه بار که یکی از زندانی‌های درپیت بعد از دعوا رفت و از این‌ها [مأموران زندان] کمک خواست، خودم شنیدم که طرف گفت تازه می‌فهمین سر مردم چی آوردین؛ حقتونه!». در این بخش از مصاحبه علاوه بر مفهوم به رسمیت شناخته‌نشـــدن زندانیان به عنوان بزه‌دیده از نگاه مأموران زندان، چند نکته دیگر قابل توجه است؛ در این‌جا مصاحبه‌شونده با «درپیت» خواندن زندانی، به شکل تلویحی استمداد از زندان‌بانان را تقبیح می‌کند و از سوی دیگر ضمن خطاب زندان‌بانان با تعبیر «این‌ها» و عدم یاد نمودن از ایشـــان طبق اسم و رسم‌شان، نگاه غیر مثبت خود نسبت به زندان‌بانان را مخابره می‌کند.

پیش‌فرض فرهنگیِ خودپاســـبانی همچنین ناشی از برداشت متفاوتی است که خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه از عدالت دارند؛ برداشتی که با فهم متعارف مردم از عدالت بسیار متفاوت اســـت. مجرمان معمولاً تعریف تنبیه‌گرایانه‌ای از عدالت دارند. اگرچه تقریباً هرکســـی معتقد است خطاکار مستحق شکلی از توبیخ است، اما افراد متعلق به اردوگاه فرهنگ خیابانی و مجرمانه، از جمله زندانیان، رویکردهای بسیار تنبیهی‌تری دارند (Markowitz & Felson, 1998: 129). برای اشخاصی که عدالت را با تحمیل درد می‌ســـنجند، ســـلب آزادی دیگری و باقی ضمانت اجراها حاشیه‌ای خواهد بود و به عنوان یک مجازات کافی فهم نمی‌شـــود. طبق مطالعات کیفی انجام شـــده، افراد

معتقد به فرهنگ مجرمانه قویا اعتقاد داشـــتند که بی‌حرمتی مستوجب مجازات بدنی اســـت (Rosenfeld et al., 2003: 300). همین لزوم وجود بعد بدنی و جسمانی در ضمانت اجراهـــا از منظر خرده‌فرهنگ مجرمانه و زندانیان، خـــود نمایان‌گر رویکرد تنبیهی زندانیان اســـت. افراد متعلق به این خرده‌فرهنگ‌ها در برخی مواقع، خود دست به کار می‌شوند و اجرای عدالت را خود به دست می‌گیرند؛ مواقعی که رفتار نامطلوب (از منظـــر خودشـــان) را فاقد ضمانت اجرا و مداخله قانونـــی ببینند یا آن‌که ضمانت اجراهـــای مصوب در این موارد را به دلیل جســـمانی نبودن ناکافـــی بدانند. در این خصوص مصاحبه‌شـــونده شماره دوازده (زندانی فعلی، جرم ضرب و جرح و توهین و تهدید، دو سال حبس) اظهار می‌دارد: «بعد از بی‌حرمتی دیگه نمیشه جمع‌اش کرد. نمی‌تونـــی بری پیـــش مأمورها و گریه کنی که فلانی بچه بدیه، اســـمش رو تو بدها بنویســـید.[1] این‌جور موقع‌ها فقط نقاشی رو صورت طرفه که جوابه». اصولاً به همین دلیل است که در بسیاری از این خرده فرهنگ‌ها یا توسل به قانون رسمی وجود ندارد یا حتی در صورت توســـل به قانون، این توسل به قانون ضامن بازداشته شدن فرد از انتقام غیر رســـمی خود نیســـت. اصولاً هرجا که دیدگاه‌های فردگرایانه وجود داشته باشـــد، نگاه‌ها و رویکرد افراد تنبیهی‌تر خواهد بود[2] (Chen & Einat, 2015: 172)؛ بنابراین حداقل در بعـــد تأمین امنیت و مقابله با تهدیدها، زندانیان نگاه فردگرایانه‌ای دارند. آن‌ها اصولاً اجرای عدالت را عدالت جسمانی می‌دانند؛ یعنی عدالت باید ردی بر وجود و بدن زندانی باقی بگذارد، و لذا از میان گزینه‌های در دســـترس شاید صرفاً ضرب و شتم، چاقو زدن، حتی کشتن، از منظر زندانیان تأیید شود.

نکتـــه دیگر، ناکارآمدی نظام زندان‌بانی در تأمین امنیت زندانیان اســـت؛ یعنی حتـــی اگر زندانیان تصور کنند که نظام زندان‌بانی با حســـن نیت در پی تأمین امنیت آن‌هاســـت، به آن متوســـل نمی‌شـــوند؛ زیرا از منظر آنان، این نظام گزینه ناکارآمدی محســـوب می‌شود. مصاحبه‌شونده شـــماره هفت (زندانی فعلی، جرم اخاذی جنسی

---

۱. مصاحبه‌شـــونده با تشـــبیه کســـانی که در اختلافات و دعواها از مأمورها کمک می‌خواهند به بچه دبستانی‌ها، در حال تمسخر این مورد بود.

۲. هرجـــا که جرم محصول خصوصیات فردی و محصول اراده آزاد پنداشـــته شـــود، افراد تابع این دیدگاه، رویکرد تنبیهی‌تری خواهند داشـــت تا مردمانی که جرم را محصول علل جامعوی، اقتصادی یا محیطی می‌بینند.

مجـــازی، نه ماه حبس) اظهـــار می‌کند: «چرا باید به مأمورها متکی باشـــیم؟ تا تکون خوردی طرف [زندانی‌دیگر] زدتت، مأمورها خیلی هنر کنن تازه بعد از کاردی شدنت بیان و یارو رو جمع کنن». قبل از این‌که یک شـــخص بتواند یک مشـــکل را نزد نظام عدالـــت کیفری مطرح نماید، ابتدا در نظر خود باید تصور کند که قانون (یا نمایندگان قانـــون) می‌توانند به او کمک کنند یا خیر؟ (Engle Merry, 1990: 37). فرد شـــاکی باید به این آگاهی برسد که قانون و نمایندگان قانونی کمک درخوری را برای مشکلی که فرد با آن روبه‌روست در دست دارند و به او ارائه خواهند کرد. در بافتاری همچون زندان که زندانبانان کم‌تعداد هستند و افراد زندانی بسیار نزدیک هم زندگی می‌کنند، حتی در صورت وجود انگیزه برای مداخله توســـط مأموران زندان، اساساً حضور به موقع آن‌ها برای مداخله و پیشگیری از آسیب، خیلی امکان‌پذیر نیست. پس از آسیب نیز بزه‌دیده و شاکی فایده‌ای در رجوع به مأموران زندان نمی‌بیند؛ زیرا اولاً نتوانسته‌اند جلوی آســـیب را بگیرند و دوم آن‌که، آسیبی که به آن‌ها رسیده، یعنی از دست رفتن احترام زندانی بزه‌دیده، از طریق ضمانت‌اجراهای رســـمی قابل بازیابی و اعاده نیست. مصاحبه‌شـــونده شماره سه در این خصوص بیان می‌کند: «کارهایی که زندان می‌خواد بکنه خیلی به درد ما نمی‌خوره. کســـی که بهم فحش داده یا منو زده رو تهش بخوان از مرخصـــی محروم کنن، چه دردی از من دوا می‌کنه؟»؛ بنابراین برای این‌که کســـی برای دسترســـی به عدالت به کارگزاران عدالت کیفری رجوع کند، حداقل دو شـــرط باید محقق شده باشد؛ شاکی باید تصور کند که قانون و شیوه‌های رسمی حل اختلاف می‌تواند به او کمک کند و علاوه بر این، شیوه‌های رسمی باید از منظر دیگرانِ مهم، مشـــروع و مقبول باشـــد. مأموران زندان در نگاه زندانیان در خوش‌بینانه‌ترین حالت ناکارآمد هستند و در بدبینانه‌ترین حالت دشمن‌اند.

۲-۱. خشونت به مثابه تنها راه چاره

خشـــونت در فرهنگ مجرمانه بـــه عنوان تنهاترین و مهم‌ترین راه به دســـت آوردن منافع و بالا رفتن در سلســـله‌مراتب مجرمانه شـــناخته می شود (Sandberg, 2008: 164). ماهیت چشـــم‌گیر وجود خشونت در زندان، باعث دامن زدن و فراگیر شدن حس ناامنی می‌شود و به تبع این حس ناامنی موجب برجسته‌شدن جنبه نمادین و عملی تمســـک به خشـــونت می‌شـــود (Karandinos et al., 2014: 20). برخی

نویسندگان معتقدند که در برخی خرده‌فرهنگ‌ها از خشونت و پرخاشگری به عنوان وسیله‌ای برای حل و فصل اختلافات استفاده می‌شود؛ این موضوع خود را به ویژه در خرده‌فرهنگ‌هایی که ارزش‌های مقابله‌جویانه در آن‌ها چشمگیرتر است بیشتر نشان می‌دهد. این پژوهشگران اظهار می‌دارند برای برخی افراد، خشونت به عنوان شیوه‌ای دم‌دستی برای حل اختلافات و حل مسائل بین اشخاص معنی می‌دهد (Berg et al., 2020: 1078). این‌که خشونت درون زندان غیرقابل اجتناب است شاید یکی از معدود اشتراک نظرهایی باشد که میان زندانیان و زندانبانان وجود دارد. این امر اصلاً به معنای دائمی بودن خشونت واقعی[1] نیست، بلکه منظور فضایی است که خشونت را می‌توان هر لحظه در آن استنشاق کرد (Edgar et al., 2003: 198). در یک پژوهش کیفی که در سال ۲۰۲۰ انجام شده است، از میان سی نفر مصاحبه‌شونده، بیست و نه نفر یعنی نود و هفت درصد از جامعه آماری در مصاحبه‌هایشان بیان کردند که شاهد خشونت زندانیان با هم‌دیگر بودند (Novisky & Peralta, 2020: 602). از این منظر این‌گونه به نظر می‌رسد که از نگاه افراد درون زندان، گریزی از خشونت وجود ندارد. عدم دخالت مأموران زندان در برخی وقایع خشونت‌آمیز زندان و تصدیق این مهم توسط مصاحبه‌شوندگان، احتمالاً از همین باور مأموران زندان نشأت می‌گیرد که آن‌ها بر این باورند که خشونت درون زندان غیرقابل پیشگیری است (Edgar et al., 2003: 198). ضریب احتمال بالای خشونت در زندان، ضریب احتمال یادگیری اجتماعی آن را نیز بالا می‌برد.

یکی از مباحث مهم در فرایند ارزیابی کارآمدی سیاست‌های بازپروری درون زندان، توجه به خشونتِ آموخته‌شده است. طبق نظریه یادگیری اجتماعی،[2] رفتارهای ضد اجتماعی از طریق مشاهده و تقلید از دیگران فراگرفته می‌شود. اکثر رفتارهایی که مردم از خود به معرض نمایش می‌گذارند، آگاهانه یا ناآگاهانه، از مجرای تأثیر الگوها آموخته شده‌اند (Novisky & Peralta, 2020: 602)؛ بنابراین می‌توان گفت محیط‌های مملو از خشونت، به میزان بالایی مستعد تقلید خشونت توسط دیگران نیز هستند. به بیانی دیگر، خشونت امری مسری است؛ امری که به شایع‌تر شدن

1. Factual
2. Social Learning Theory

و همه‌گیری بیماری خشونت در زندان کمک می‌کند. هنگامی که زندانی نتایج ملموس خشونت را ببیند، مفهوم اجتماعی خشونت بیشتر برایش مسجل شود (Anderson, 2000: 70؛ اسکات و فلین، ۱۳۹۹: ۲۰۹). الگو شدن خشونت در زندان نیز از همین جا سرچشمه می‌گیرد. هر رفتاری اعم از خشن یا غیرخشن که در یک بافتار کارایی داشته باشد و درستی آن توسط سایر کنش‌گران تأیید شود شانس بالایی برای تکرار و بازتولید دارد. مهم‌ترین نکته‌ای که باید روی آن تأکید کرد این است که زندانیان ذاتاً خشن نیستند، بلکه خشونت را به عنوان پذیرفته‌شده‌ترین و مؤثرترین راه‌چاره حلِ اختلاف درون زندان فرا می‌گیرند. الگوهای رفتاری بر حسب تأثیر و نتایجشان بازتولید می‌شوند. مصاحبه‌شونده شماره پانزده (زندانی فعلی، جرم سرقت، سه سال حبس) دقیقاً همین موضوع را بیان می‌کند: «آدم می‌بینه که چاره دیگه‌ای نداره، همه می‌زنن، اگه به وقتش نزنی، خودتو می‌زنن؛ قاعده‌ش همینه این‌جا، این‌جا این‌طوری کار می‌کنه. یکی از قدیمی‌ها که بچه محل بود، روزهای اول بهم گفت تا می‌تونی از بازو استفاده کن، البته به وقتش؛ تهش اگه طرف مظلوم[1] بود هزار تا راه داره از دلش در بیاری، فرصت اشتباه نداریم. اولیش آخریشه. پس عذرخواهی مردونه‌تره تا نرم بودن».[2] خشونت متداول و هر روزه در زندان باعث تقویت این باور در زندانیان شده که خشونت، خصوصیت مرکزی و هسته‌ایِ تجربه زیسته در زندان است. مصاحبه‌شونده شماره هشت (زندانی سابق، جرم سرقت، سه سال حبس) در این خصوص می‌گوید: «از هر ده روز، نُه روز دعوا می‌بینیم. بعضی وقت‌ها حتی تعداد دعواها بیشتر می‌شود». همچنین مصاحبه‌شونده شماره پانزده (زندانی فعلی، جرم سرقت، سه سال حبس) اعتقاد دارد که «هر ده دقیقه تا بیست دقیقه یه دعوا در زندان شکل می‌گیره، البته دوره‌ایه؛ یعنی یه هفته هر روز و شاید هر ساعت دعوا می‌بینی و بعدش تا یکی دو هفته خبری نباشه تا دعوای دیگه شروع بشه و دوباره روز از نو و روزی از نو». همچنین مصاحبه شونده شماره هفت (زندانی فعلی، جرم اخاذی

---

۱. از مجموع مصاحبه‌ها این‌گونه استنباط می‌شود که منظور از زندانی مظلوم، زندانی است که مستحق چوب خوردن نبوده یا در آسیب و تعرض به او زیاده‌روی شده است.

۲. زندانی نرم زندانی است که نتواند از پس خواسته‌ها و استانداردهای یک زندانی ایده‌آل، از منظر فرهنگ جامعه زندانیان، یعنی زندان محترم و قوی و خشن برآید. این مفهوم در صفحات بعد بیشتر توضیح داده می‌شود.

جنسی مجازی، نه ماه حبس) بر این نکته تأکید می‌ورزد: «زندان پُر است از دندان‌های شکسته، پاهای شکسته، تیزی خوردن. رد خون رو هرچند روز میشه دید. یه شعبه از انتقال خون رو باید بیارن همین‌جا تو زندان». زندانیان تکنیک‌های خشونت و همچنین چگونگی ساختن ابزار خشونت از وسایلی که ماهیتی غیرکشنده و کارکردی روزمره در زندان را دارند فرا می‌گیرند. زندانیان می‌آموزند از وسایلی همچون رادیو، قوطی غذا، مسواک، خودکار و دیگر وسایل که جنبه مصرف روزمره و عادی در زندگی دارند به عنوان سلاح برای بقا در زندان استفاده کنند (Porter, 2019: 10).

نکته دیگری که باید به آن توجه داشت این است که اگر تصور کنیم در این نوع خرده‌فرهنگ‌ها خشونت صرفاً تحمل می‌شود، به خطا رفته‌ایم، بلکه باید اذعان داشت در این نوع خرده‌فرهنگ‌ها خشونت تجویز و تشویق شده و به افراد متعلق به این خرده‌فرهنگ جرأت خشونت ورزیدن اعطاء می‌شود (Ferracuti & Wolfgang, 1963: 378). البته در خصوص زندان با کمی احتیاط شاید بهتر باشد گفته شود که در این نوع خرده‌فرهنگ‌ها خشونت‌ورزی راه و رسم همیشگی زندگی نیست، ولی می‌توان گفت که خشونت تجربه‌ای مشترک و پرتکرار در زیست آن‌هاست؛ شکلی واکنش موردِ انتظار و متوقع از فردی که در خرده‌فرهنگ خشن زیست می‌کند؛ این امر لزوماً به معنای متعلق بودن فرد به خرده‌فرهنگ خشن نیست. تحلیل محتوای مصاحبه‌های صورت گرفته نشان می‌دهد که در بیشتر اوقات، زندانیان در مواقعی که مرتکب خشونت شده‌اند هیچ انگیزه و تمایل شخصی برای درگیری در آن نداشته‌اند و این اجبار فرهنگی فضای زندان و زندانیان است که آنان را به سمت خشونت‌ورزی سوق می‌دهد. مصاحبه‌شونده شماره نُه (زندانی سابق، جرم ترک انفاق، شش ماه حبس) در این خصوص چنین اظهار می‌کند: «وقتی کسی تو روی شما خبط و خطایی می‌کنه، هیچ راهی غیر از تلافی و مشت وجود نداره؛ حتی وقتی که تلافی باعث بشه که به دردسر بیشتری بیفتین. بی‌حرمتی که اون کرده باعث می‌شه در هر صورت بازنده باشی و هر کاری کنی بدتر پیش بیاد». گاهی اوقات فرد در عین حال که جرأت خشونت‌ورزی ندارد، دست به خشونت می‌زند. چنین درگیر شدن افراد در خشونت‌ورزی و از سوی دیگر توصیف موقعیت‌ها به عنوان عدم گریز از خشونت‌ورزی و انتخاب دیگری نداشتن نشان دهنده این است که اعمال زندانیان

تحت تأثیر عواملی بیرونی قرار دارد. مصاحبه‌شـــونده شـــماره چهارده (زندانی فعلی، جرم کلاهبرداری و جعل و اســـتفاده از ســـند مجعول، پنج سال حبس) هم‌سو با این نظر می‌گوید: «مگه راهی هســـت؟ دیگه همینه دیگه. همه دســـت می‌زنن برات، همه شـــیرت می‌کنن، همه انتظار دارن که طرف رو بزنی. بری باهاش صحبت کنی، دیگه هیچی. بری بمیری بهتره، چون جهنم میشـــه برات. هی خنده، هی تیکه، هی فحش». از منظر زندانیان، خشونت یک راه حل فوری و عملی و دم‌دستی برای حل اختلافات اســـت (Brookman et al., 2011: 24). راه‌حلی کـــه در کم‌ترین زمانِ ممکن، قابل مشـــاهده‌ترین و قابل اعتناترین آورده ممکن را به همراه دارد. مصاحبه‌شونده شماره دوازده (زندانی فعلی، جرم ضرب و جرح و توهین و تهدید، دو ســـال حبس) اظهار نظر جالبی در این خصوص ارائه می‌کند: «وقتی یکی بالا و پایینت رو می‌کشه، باید یه کاری کنـــی. یکی از بچه‌ها حرف خوبی می‌زد؛ می‌گفت وقتی یکی این‌طوری فحش میده و خفیف می‌کنه، دفعه دیگه باید با چشـــم‌های سیاه دیدِش [منظور کبودی چشم اســـت]. هرچی غیر از این فایده نداره». یکی از دلایل اصلی اســـتفاده از این راه حل خشن، عینی و دم‌دستی، پیشگیری از بزه‌دیدگی‌های بالقوه‌ای است که زندانیان انتظار آن را می‌کشـــند؛ ترس از بزه‌دیدگی. زندانی می‌داند که تحمل هرگونه بی‌احترامی (به تعبیر یکی از زندانیان «چراغ راهنمازدن به دیگران») راه را برای بزه‌دیدگی‌های آتی او باز می‌کند؛ بنابراین او ناچار است سریع‌ترین و قابل مشاهده‌ترین و پذیرفته‌شده‌ترین راه حل یعنی خشـــونت را انتخاب کند تا در زمـــان صرفه‌جویی کند؛ زیرا هر لحظه تلافی نکردن و خشونت نورزیدن زندانی یعنی یک قدم به بزه‌دیدگی نزدیک‌تر شدن. او باید در سریع‌ترین زمان ممکن نشان دهد که نه مستحق بی‌حرمتی بوده و نه هست و نه خواهد بود. او فرصت فکر کردن روی راه حل‌های میان مدت و بلندمدتی چون پاپوش درســـت کردن و حتی پناه بردن به ســـازِکارهای رسمی دسترسی به عدالت را ندارد. از سوی دیگر خشـــونت راه حلی عملی است؛ زیرا زندانی طبق بینش زیسته خود در زندان متوجه شـــده که بی‌احترامی‌هایی که با خشونت پاسخ داده شده‌اند در پیشـــگیری از بزه‌دیدگی موفق بوده‌اند یا می‌توان گفـــت حداقل تصور فرهنگی آنان این‌طور است.

در بافتاری مملو از روابط قدرت و مردوارگی،[1] در اکثر موقعیت‌ها اســـتفاده یا حتی فکر کردن به شیوه‌های جایگزینی غیر از خشونت، نشانه ضعف و ترس است و همچنین این‌که از منظر زندانیان اصلاً کارا نیست. به این ترتیب، گویی زندانی مجبور می‌شود به سمت استفاده از گزینه خشن برود؛ چون استفاده از گزینه‌های دیگر باعث طرد او و محروم شدن او از حمایت‌های مختص شهروندان این خرده‌فرهنگ می‌شود؛ حمایت‌هایـــی که به میزان بالایـــی او را از بزه‌دیدگی‌های آینده مصون می‌کردند. این نکته را می‌توان از مصاحبه‌شونده شماره چهار (زندانی فعلی، جرم فروش مواد، چهار ســـال حبس) برداشت کرد: «خیلی از این برنامه‌هایی که تو زندان برای ما می‌ذارن که مددکار توش می‌گه نمی‌دونم خودتـــون رو کنترل کنید و دعوا نکنید و فحش ندین، واقعا خوبه؛ اما شاید یکم واسه زندان عملی نباشه. وقتی یکی فحش می‌ده یا بچه‌پررو بازی در می‌آره، منم دوست دارم نزنمش و بگم سگه دیگه، کارش واق واق کردنه، اما باید یه بلایی رو صورتش بیاری که همه ببینن که من نردبان[2] نیستم. بقیه هم همینن؛ شاید غیر بعضیا که شرارتی هســـتن، باقی اگه راهی داشت دعوا نمی‌کردن». بسیاری از زندانیان گفتند که نمی‌خواستند دعوا کنند، اما انتخاب و گزینه دیگری نداشتند. در واقع گزینه‌های در دســـترس آن‌ها بسیار کم است یا بهتر بگوییم آن‌ها از وجود گزینه و انتخاب‌های غیرخشن آگاه نیستند (Edgar et al, 2003: 123).

نقش مهـــم تأیید دیگرانِ مهم یعنـــی زندانیان دیگر در رد کـــردن گزینه‌های غیرخشـــن و تأیید خشـــونت را نیز نباید نادیده گرفت. مصاحبه‌شونده شماره یازده (زندانی فعلی، جرم نزاع، دو سال حبس) اظهار می‌دارد: «اگه واسه [خوشایند] دیگران نباشه، ما دعوا نمی‌کنیم. اکثر دعواهای زندان از روی عصبانیت و خشم نیست؛ انگار از روی رفـــع تکلیفه. تا حالا برات پیش اومده یکی یه چیزی گفته باشـــه، از حرفش ناراحت نشـــده باشـــی، اما فکر کنی باید سرش داد بزنی؟[3] داد و هوار می‌زنی سرش، اما درونی نیســـت. دادت از ته قلبت نیست؛ انگار فقط لب و دهانت تکون می‌خوره، اینم همون‌طوریه. اگه دعوا نکنیم، دیگران در مورد ما چه فکری می‌کنن؟!».[4] در ادامه

1. Masculinity

۲. اصطلاحی که این زندانی برای توصیف بزه‌دیده شدنِ سهل و ساده استفاده می‌کرد.

۳. در این‌جا مصاحبه‌شونده، مصاحبه‌کننده را مخاطب قرَار می‌دهد.

٤. البته منظور مصاحبه‌شـــونده جایی اســـت که طرف مقابل بی‌احترامی کـــرده و اینجا باید واکنش

مصاحبه‌شـــونده شـــماره یازده می‌گوید: «هرچقدرم که فکر کنید زندانی‌ها اِلَن و بِلن و چیزی نمی‌فهمند، این یکی رو خـــوب می‌فهمند، کبلایی‌ها [افراد بزن‌بهادر] رو بو می‌کشن. این یکی رو حداقل خوب می‌فهمن». وی در ادامه می‌افزاید: «زندانی‌ها باید رک و پوســـت‌کنده حرف خودشون رو بزنند؛ باید شیرفهم کنیم که اگه پاش بیفته از دعوا که هیچ، از سَقَط شدن هم نمی‌ترسیم. له و لورده کردنشون ترسی نداره. ما قراره فـــردا تو بیرون زندگی کنیم». در تحلیل این بخش می‌توان گفت یکی از نشـــانه‌های متعلق بودن فرد به خرده‌فرهنگ خشـــن، نداشـــتن عذاب وجدان و احساس تقصیر پس از خشونت‌ورزی اســـت (Clinard & Quinney, 1973: 30). در مصاحبه‌های صورت‌پذیرفته این امور یعنی نداشن عذاب وجدان و احساس تقصیر پس از خشونت بسیار کم مشاهده شد. در واقع در مصاحبه زندانیان آن چیزی که بیشتر به چشم می‌آید نوعی احســـاس تقصیر و بی‌چارگی به خاطر متوسل شدنشان به خشونت است و نه احســـاس بی‌تقصیری و محق بودن؛ بنابراین می‌تـــوان گفت اکثر افرادی که در زندان دســـت به خشونت می‌زنند را نباید متعلق به خرده‌فرهنگ مجرمانه دانست. در مقابل، مطابق با مصاحبه‌هایی که ارائه شـــد و در بین باقی زندانیان نیز بازتکرار شد، زندانیان خشـــونت را برای لذت بردن انجام نمی‌دادند، آن‌ها از نظر فرهنگی «انتخاب دیگری نداشـــتند». در یکی از نمونه‌ها مصاحبه‌شونده شماره شانزده (زندانی سابق، اخاذی و سرقت، پنج سال حبس) به علت عدم پرداخت طلبی که از یکی از زندانیان داشت او را مورد ضرب و جرح قرار داده بود. او در مصاحبه خود اذعان داشت که این خشونت را به علت فشـــار فرهنگی موجود و برای رفع تکلیف انجام داده است و در صورتی که حق انتخاب داشت از گزینه‌های غیرخشـــن استفاده می‌کرد. او بیان می‌دارد «البته بعضـــی وقت‌ها این‌که حقت رو بخورن (در اینجا عدم پرداخت طلب) ممکنه توفیق اجباری هم بشه برات. درســـته که دوست نداری طرف رو بزنی، اما خب این‌طوری خودت رو واکسینه می‌کنی». نگاه به خشونت نه به عنوان درمان مشکل، بلکه به عنوان مصون شـــدن برابر بلایای آتی و نگاه به خشـــونت به عنوان امری واکسینه کننده تم پرتکراری بود که در مصاحبه باقی زندانیان نیز مشـــاهده شده است. نکته دیگری که می‌توان از مصاحبه‌ها مســـتفاد کرد آن است که خشونت همیشه در نگاه اول نشان‌گر

درخوری به او نشان داد.

محق بودن خشـــونت‌ورز و اســـتحقاق بزه‌دیده برای خشونت اســـت. به این ترتیب زندانی با دســـت زدن به خشـــونت به نوعی محق بودن خود را هم به دیگران مخابره می‌کند. مصاحبه‌شـــونده شماره شـــانزده در همین خصوص می‌گوید «تو همین قضیه زدن بدهکارم، هیچ کار دیگه‌ای به اندازه زدنش نمی‌تونســـت نشون بده که من حرفم درســـته. دعوا تو زندان خریدار زیاد داره». قضیه خریدار داشـــتن خشونت می‌تواند استفاده زندانیان از آن را توجیه کند. به عبارت دیگر پس از خشونت، همه زندانیان بر این باور هستند که خشونت‌ورز دلیل محکمی برای خشونت داشته است. روی دیگر این گزاره آن اســـت که پس از خشونت، زندانیان دیگر بر این باور هستند که بزه‌دیده حتماً مستحق خشونت بوده است.

۲. پیش‌فرض‌های فرهنگی مبتنی بر خرده‌فرهنگ‌های خشونت‌زای زندان

پیش‌فرض‌های مذکور به‌آن دســـته از پیش‌فرض‌هایی اشـــاره‌دارد که نشـــأت گرفته از خرده‌فرهنگ‌های درون زندان هســـتند و با دلالت‌های خود موجب تشـــدید شکل‌گیری خشـــونت در زندان می‌شـــوند. وجه مشـــترک آن‌ها را می‌توان در ارائه تصویری شکســـت‌ناپذیر و خشـــن از زندانی ایده‌آل دانســـت. در این خرده‌فرهنگ، تشـــویق انتقام‌جویی، تقبیح بزه‌دیده خشـــونت و تعریف هر چالش و اختلاف به یک نبرد تمام عیار و مشخص‌کننده زندانی سفت و زندانی نرم برجسته هستند.

۲-۱. احساس تکلیف به انتقام‌جویی

قاعده‌ای در زندان وجود دارد به این شـــرح که اگر کسی خطایی انجام دهد، باید وظیفه‌ای مبنی بر انتقام بر دوش قربانی ســـنگینی کند. این باور در زندان شـــایع اســـت که تعلل در انتقام یا از عهده انتقام برنیامدن به روشنی آسیب‌پذیری زندانی و ضعف او را به دیگران مخابره می‌کند. شـــاید بتوان این جمله را اساس فرهنگ انتقام در زندان دانســـت. بسیاری از زندانیان معتقدند هنگام روبـــه‌رو شدن با چالش، اگر مقاومت نکنند و جلوی زندانی متعرض نایســـتند، خواه ناخواه احتمال بزه‌دیده شدن خود را بالا برده‌اند. در این موارد فرد وظیفه دارد نه تنها در یک مـرحله از خود دفاع کنـــد، بلکه علاوه بر آن وظیفه دیگری بر دوش او مبنی بر انتقام نیز ســـنگینی می‌کند (Edgar et al, 2003: 94-134). تقریباً تمامی زندانیان مصاحبه‌شونده کارایی رویکرد انتقام‌جویانه را تأیید کردند و از این بین فقط یک نفر کارایی آن را زیر ســـوال برد. از

نگاه آنان، اگر نسبت به یک زندانی خطایی انجام شود، نباید این‌طور تصور شود که آن زندانی صرفاً «حق» انتقام خشن از طرف مقابل را دارد؛ بلکه او را باید «موظف» به انتقام خشن از فرد متعرض دانست. این پدیده را می‌توان «فریضه انتقام» نامید. مصاحبه‌شونده شماره ده (زندانی فعلی، جرم کلاهبرداری اینترنتی، یک سال و چهار ماه حبس) در این خصوص بیان می‌کند: «به یکی از زندانی‌ها کارت تلفنم رو دادم و گفتم که همه‌ش رو استفاده نکن! چون خودمم می‌خوام زنگ بزنم؛ ولی وقتی برگشت دیدم که همه‌اش رو استفاده کرده، خب معلومه که فکر کرده من ببو گلابی‌ام، خب من اگه کاری نکنم که همه همین فکر رو می‌کنن، باید حالش رو بگیرم. باقی زندانی‌ها که نمی‌گن از رو دلسوزی دادم کار بکنه، می‌گن طرف چلغوزه. اگه لال بمیرم که همینا واسم بس‌اند»؛ بنابراین انتقام و مقاومت را نمی‌توان از جنس حق انتخاب[1] دانست، بلکه زندانیان دیگر این امر را وظیفه زندانی می‌دانند؛ امری که او گریزی برای شانه خالی کردن از انجام آن ندارد و در صورت تخطی از انجام این وظیفه و کوتاهی در آن باید هزینه‌های آن را بپردازد. ادا نکردن فریضه انتقام معمولاً همراه با برچسب‌هایی نظیر نرم، ضعیف، بزدل و البته همراه با سیبل شدن فرد به عنوان فرد مستعد بزه‌دیدگی است.

در زندان عدم مدارا باعث کسب احترام می‌شود و فرد را در نگاه دیگر زندانیان قوی می‌نماید. قوی محسوب شدن و قدرت نیز صیانت‌کننده است (Jacobs and Wright, 2006: 47)؛ بنابراین عدم مدارا را باید یک قاعده طلایی برای تداوم بقا در زندان دانست. عدم مدارا در این بافتار، به معنی تحمل نکردن کوچک‌ترین تعرض و آسیب به شرافت و مردوارگی زندانی است. همین موضوع ما را به این نکته رهنمون می‌سازد که از ابتدا نباید اجازه هیچ‌گونه بی‌حرمتی به دیگران داد و در صورت بروز هرگونه بی‌حرمتی، «سیاست تسامح صفر» باید پیگیری شود؛ یعنی برخورد سخت و شدید با کوچک‌ترین بی‌احترامی بدون توجه به شدت بی‌احترامی. انتظارات اجتماعی در خصوص اقدام به واکنشی خاص در موقعیت‌های خاص، موجب فهم افتراقی و متمایزی از «تعریف موقعیتی» که فرد درگیر آن است می‌شود. این امر به معنای آن است که با نگاهی بیرونی و غیر پدیدارشناسانه نباید و نمی‌توان به تبیین رفتار

1. Option

زندانیان پرداخت. بی‌احترامی بسیار خرد در زندان ممکن است به خشونتی کلان و جدی منتهی شود. برای فهم این قضیه نباید این مسأله را صرفاً به غیر عادی بودن زندانیان ترجمه کنیم، بلکه باید به فهمی مناسب از انتظارات اجتماعی که باعث تعریف و بازتعریف متفاوت موقعیتی که زندانیان درگیر آن هستند برسیم. در فرهنگ زندان، شدت اهانت و بی‌حرمتی به نسبت خود بی‌حرمتی، اهمیت کمتری دارد؛ یعنی صرف بی‌حرمتی مهم است؛ نه این‌که چقدر شدید یا ضعیف بوده است (Jacobs & Wright, 2006: 33). آستانه تحمل کم یا صفر در برابر بی‌حرمتی از خصوصیات بارز این فرهنگ است (Berg et al., 2020: 1078). در واقع ماهیت خود اهانت نیز اهمیت زیادی ندارد، بلکه این حساسیت مفرط[1] زندانیان به بی‌احترامی است که اهمیت دارد (Jacobs & Wright, 2006: 41) این حساسیت شدید، باعث برانگیخته شدن رفتار انتقام‌جویانه خواهدشد.

اشخاصی که از دل این خرده‌فرهنگ خشن بیرون آمده‌اند، احتمال بیشتری دارد تا ایراد جرح و درد را به مثابه واکنش مطلوب مورد انتظار دیگر بازیگران ببینید و از قوه قهریه برای حل اختلاف استفاده کنند (Luckenbill & Doyle, 1998: 431). در محیط زندان، الزامات فرهنگی بر نیاز به عدالت انتقام‌جویانه و سزاگرایانه صحه می‌گذارد. مصاحبه‌شونده شماره شش (زندانی سابق، جرم مالی، چهار سال حبس) این فهم را این‌گونه بیان می‌کند: «کسی که یه سیلی خورد، باید دو تا بزنه؛ اگه نزنه، نمی‌گن خیلی آدم حسابیه و پیغمبرزاده است! می‌گن خوب می‌شه کله‌پاش کرد. خودش داره راه می‌ده، راهنما می‌زنه».

به تفاوت ظریف مقاومت و انتقام در قالب دو پیش‌فرض خشونت به عنوان تنها راه چاره و احساس تکلیف به انتقام‌جویی نیز باید توجه کرد. در خشونت به عنوان تنها راه چاره، فرد به هنگام دفاع در مقابل تعرض و توهین و حمله‌ای که به او می‌شود چاره‌ای غیر از خشونت‌ورزی ندارد؛ مثلا خیلی بعید است او به جای خشونت‌ورزی در مقابل توهین، دست به شکایت بزند، اما در احساس تکلیف به انتقام‌جویی، فرد قبلاً از خود در مقابل تعرض و توهین دفاع کرده و حال علاوه بر دفاع پیشین باید خود حمله‌ای جدید را با فاصله‌ای مشخص بعد از حمله اولیه

1. Hypersensitivity

مهاجـــم، علیه آن فرد ترتیب دهد. زندانیان نه تنها ملزم به دفاع از خود یا دســـتِ‌کم تلاش برای مقاومت کردن در هنگام تعرض هســـتند، بلکه علاوه بر آن باید به دنبال تسویه‌حســـاب (انتقام‌جویی) بعد از تعرض هم باشند (Anderson, 2000: 75). این انباشـــتگی فریضه دفاع و فریضه انتقام روی هم باعث شکل‌گیری و تشدید خشونت در زندان می‌شود. افراد در خارج زندان در شرایط عادی ممکن است همچون زندانیان احســـاس کنند که در جریان نزاع باید از خود دفاع کنند، اما واکنششـــان پس از نزاع، شـــبیه زندانیان نیست و بیشتر تمایل به پناه بردن به نظام رسمیِ عدالت کیفری دارند. تفکیک بین مقاومت و انتقام نیز در این‌جا حائز اهمیت است؛ زندانیان نه تنها خود را ملـــزم به مقاومت و دفاع از خویش در جریان یک نزاع می‌دانند، بلکه خود را ملزم به تسویه حساب و انتقام گرفتن پس از نزاع اولیه هم می‌دانند (Ibid, 75). برنامه‌ریزی برای یک تسویه‌حســـابِ حساب شده، خود مناسک محسوب می‌شود و آیین خاص خود را دارد. این جایی اســـت که مردم در شـــرایط عادی بـــا زندانیان از هم تفکیک می‌شوند.

انتقـــام گرفتن دو هدف را بـــرآورده می‌کند: فرد را از بزه‌دیدگی‌های بیشـــتر محافظت می‌کند و همچنین نام و شـــهرت یک فرد خشـــن را برای او به همراه دارد (Ibid, 24). منـــش انتقـــام در زندانیان نه تنها میل آنان بـــرای تنبیه کردن و مجازات کردن فرد خاطی را نشـــان می‌دهد، بلکه همچنین به عنوان یک نیاز برای بازدارندگی از آســـیب‌های آتی در نظر گرفته می‌شود. حال برای این‌که تحقق این اهداف دوگانه تضمین شـــود، واکنش انتقامی باید به نسبت آسیب اولیه شـــدیدتر و تنبیهی‌تر باشد (Jacobs & Wright, 2006: 33)؛ بنابراین برخلاف قاعده چشم در برابر چشم،[1] هیچ الزامی مبنی بر تســـاوی آسیب و واکنش وجود ندارد و بلکه حتی قاعده این است که واکنش خود کنش مســـتقلی محسوب می‌شـــود و قرار نیست صرفاً بازتابی از آسیب واردشـــده باشد؛ زیرا همان‌طور که گفته شـــد، اساساً شدت آسیب و ماهیت آسیب و بی‌احترامی اهمیت ندارد و از دیگر ســـو، برخلاف رویکرد چشـــم در برابر چشم، با رویکردی گذشـــته‌گرا روبه‌رو نیستیم؛ بلکه با کنشـــی آینده‌گرا مواجه هستیم که قرار

1. Lex Talionis

است با استفاده از موقعیت پیش‌آمده، زندانی خاطی به عنوان درس عبرتی برای خاطیان بالقوه تبدیل شود و برای این کار نیاز است که خشونت تزریق شده به کنش، توانایی ارضا کردن حس خشونت طلبی دیگر زندانیان را داشته‌باشد. مصاحبه‌شونده شماره یک (زندانی سابق، جرم سرقت، سه سال حبس) در برابر این پرسش که آیا کسی به او اهانت کرده یا خیر، پاسخ مثبت داد و در برابر این پرسش که آیا خود را مقید به پاسخ متناسب[1] می‌دانسته یا خیر، این‌گونه پاسخ می‌دهد: «طوری باید بزنیش که صدای سگ بده و دیگه به فکرش نرسه که دوباره بخواد دور و ورت وول بخوره. کاری باهاش می‌کنم که به دیوار سلام کنه».

هویت انتسابی فرد در بیرون از زندان و تأثیر آن بر تشدید انتظار انتقام از زندانی یک بُعد مهم دیگر قضیه است؛ برای نمونه، منتسب بودن زندانی به محله‌ای جرم‌خیز (محله‌ای که به خشونت ساکنانش شهره است)، باعث ایجاد فشار بیشتری جهت نمایش و فرو رفتن در نقش یک فرد ایده‌آل آن منطقه به آن زندانی می‌شود. مصاحبه‌شونده شماره نُه (زندانی سابق، جرم ترک نفقه، شش ماه حبس) در پاسخ به این پرسش که محله زندانی چه تأثیری بر رفتارهای او در زندان دارد، چنین پاسخ می‌دهد: «خب خیلی تأثیر داره، تو اگه واسه محله ...[2] باشی، همه انتظار دارن که اگه کسی خبطی کرد دمار از روزگارش در بیاری. البته یه چی بگم، این آدم می‌دونه که دیگران به حساب اون محله اگه نیاز به کمکی داشته باشه هواش رو بیشتر دارن». اعتبار محله‌ای خیابانی زندانیان نقش مهمی در هویت‌یابی زندانیان و محتوای انتظارات و میزان انتظارات جامعه‌ی زندانیان از همدیگر دارد.

۲-۲. سرزنش بزه‌دیدگان خشونت

بزه‌دیده‌نکوهی[3] را مجموعه باورهای بسترساز سرزنش بزه‌دیده و تبرئه‌ساز تقصیر بزهکار تعریف کرده‌اند (Canto et al., 2017: 82). به دیگر سخن می‌توان گفت بزه‌دیده‌نکوهی، باورهایی در خصوص علت بزه، بافتاری که بزه در آن رخ داده، نتایج بزه، مرتکب، بزه‌دیده و نحوه تعامل بزه‌دیده با بزهکار است که باعث تسهیل روند انکار، کوچک‌نمایی یا توجیه خشونت ابرازی توسط بزهکار علیه بزه‌دیده

۱. برای تقریب مطلب به ذهن مصاحبه‌شونده، مفهوم تناسب واکنش برای وی توضیح داده شد.
۲. اسم محله توسط نگارندگان حذف شده است.
3. Victim Blaming

می‌شود و آن را هموار می‌سازد (Bohner et al,1998: 258).[۱] پیش‌فرض فرهنگی دیگر در زندان بزه‌دیده‌نکوهی است؛ به این معنی که بر خلاف جریان عادی امور که غالباً باید بزهکار برای ارتکاب بزه مورد سرزنش قرار گیرد، در محیط زندان، این بزه‌دیده است که برای بزه‌دیده شدن سرزنش می‌شود و نه بزهکار.

مبنای باور یادشده و این پیش‌فرض فرهنگی را می‌توان در دو بُعد مورد بررسی قرار دارد: از سویی، فرهنگ زندان به شدت تحت تأثیر هنجارهای مردوارگی قرار دارد: اگر خشن و قوی باشی پس محترم خواهی بود. زندگی در زندان به زندانیان می‌آموزد که قوی بودن، مساوی است با محترم بودن در زندان (Trammell, 2012: 74). همچنین زندانیان اعتقاد دارند که افراد باید هنجارهای جنسیتی خود را به نحو احسن انجام دهند و اگر کسی نتواند از عهده این کار برآید، گزینه مستعد و مناسبی برای بزه‌دیده شدن است (Trammell, 2012: 85). به این ترتیب مردان باید از عهده وظایف هنجارهای جنسیتی خویش همچون قوی بودن برآیند. بزه‌دیده شدن، حد اعلای ضعیف بودن دانسته می‌شود و این یعنی فرد نتوانسته انتظارات فرهنگی نقش اجتماعی خود را برآورده کند و از پسِ آن برآید. سرنخ این پیش‌فرهنگی هم ایده ریشه دوانیده درون ذهنیت زندانیان است؛ باور به فرایند واگذاری مسئولیت تأمین امنیت زندانیان به خود زندانیان (Randall, 2010: 409). در نظرگاه زندانیان، هر فرد زندانی به طور انفرادی و شخصاً مسئول حفظ امنیت خود است و در صورت قصور در انجام این وظیفه، خود زندانی باید پاسخ‌گو باشد که چرا نتوانست جلوی بزه‌دیده‌شدن خودش را بگیرد. این بزه‌دیدگان هستند که چون به اندازه کافی قوی و خشن نبودند لایق سرزنش پنداشته می‌شوند. هنگامی که فرد مورد خشونت قرار می‌گیرد دیدگاه سایر زندانیان این نیست که زندانی خشونت‌ورز حق زندانی دیگر را نقض کرده است؛ بلکه نگاه این است که بزه‌دیده نتوانسته از پسِ مسئولیتی که بر دوش وی گماشته شده برآید. خشونت به عنوان موضوعی متداول در زندان تصور می‌شود و لذا مقوله‌ای غیر معمول شناخته نمی‌شود؛ اتفاقاً قصور در برابر این خشونت، امری غیرمعمول است و سرزنش پذیر. مصاحبه‌شونده شماره

۱. شایان ذکر است که تعریف ارائه شده، برداشتی از تعریفی است که در مقاله مذکور ارائه شده و نگارندگان آن را با تغییراتی در بافتار خشونت آورده‌اند.

سیزده (زندانی سابق، بار دوم، مواد مخدر، شش سال حبس) می‌گوید که: «یک مرد واقعی هیچ‌وقت کتک نمی‌خورَد. مرد اگه مرد باشه، می‌دونه چه کار کنه که همیشه سرش بالا باشه». این موضوع، قاعده «بکش تا کشته نشوی» در زندان را به ذهن تداعی می‌کند. مطالعات در خصوص بزه‌دیدگان خشونت درون زندان نشان می‌دهد که میزان مقاومتی که زندانیان در هنگام مورد تعرض قرار گرفتن از خود به نمایش گذاشته‌اند، به طور مستقیم بر درک دیگران در خصوص سزاوار سرزنش بودنشان تأثیر می‌گذارد (Cook, 2009: 34). از این رو جنس و میزان مقاومت بزه‌دیده در برابر تعرض انجام گرفته را باید شاخص مهمی برای فهم فرهنگ زندان و درک زندانیان از تعریف موقعیت دانست. در زندان میزان و نحوه مقاومتی که دیگر زندانیان انتظار دارند از بزه‌دیده ببینند تعیین‌کننده است. از نظر زندانیان امکان ندارد که فرد مقاومت درخوری از خود نشان دهد و باز بزه‌دیده شود؛ بنابراین پیش‌فرض آن‌ها این است که هر بزه‌دیده‌ای یقیناً مقاومت کافی از خود نشان نداده است. پس علی‌القاعده در زندان، هرکسی که قوی نباشد و نتواند از خود دفاع کند، مستحق تعرضی است که به او وارد آمده است. مصاحبه‌شونده شماره یک (زندانی سابق، جرم سرقت، سه سال حبس) می‌گوید: «وقتی یکی رو کتک می‌زنند یا پولش رو می‌زنند، احتمالا خُب از قبل با خودشون تموم کردن که می‌تونن این بلاها رو سر طرف بیارن». این بخش از مصاحبه آموزه بزه‌دیده‌شناختی مهمی را همراه خود دارد؛ بزه انجام‌شده قرینه و سندی است بر این‌که بزهکار قبل از ارتکاب جرم، قربانی خود را آسیب‌پذیر انگاشته است. این فهمی اشتراکی در زندان است؛ یعنی نه تنها فرد متعرض چنین برداشتی دارد، بلکه افزون بر آن زندانیان دیگر با وقوع بزه، بر جمع‌بندی و محاسبه فرد متعرض صحه می‌گذارند؛ زندانیان دیگر پس از تعرض و خشونت، محاسبه زندانی متعرض در آسیب‌پذیری بزه‌دیده را تأیید می‌کنند. احتمالاً مجموعه این عوامل روی هم باعث ایجاد یک بزه‌دیده بی‌دردسر[1] خواهد شد؛ به ویژه اگر زندانی از پسِ تطبیق با قواعد عینی فرهنگ زندان مثل محافظت از خود برنیاید و از سوی دیگر خواهان نقض قواعد ذهنی زندان مثل تقبیح استمداد از زندان‌بان نباشد.

نکته مهم دیگر آن است که زندانی‌ها تصور می‌کنند که خشونت در زندان

1. Easy Victim

قابل پیشـــگیری اســـت. از نظر آن‌ها مشکل واقعی وجود خشـــونت و تجاوز نیست، بلکه ضعیف بودن زندانی‌هاست. مصاحبه‌شـــونده شماره هشت (زندانی سابق، جرم سرقت، سه سال حبس) اظهار می‌دارد: «بالاخره زندانه دیگه، آدم باید انتظار همه‌چی رو داشته باشه؛ با هزارجور آدم طرفی، برای خوش گذشتن این‌جا نیومدیم، نمی‌تونیم خودمون رو که گول بزنیم.کســـی هم پدر و مادرت نیست این‌جا. دل هیچکی برات نمی‌ســـوزه. خودت این‌قدر باید جرأت داشـــته باشی که کسی جلوت نیاد». همگام با این نظر، مصاحبه‌شونده شماره ده (زندانی فعلی، جرم کلاهبرداری اینترنتی، یک سال و چهار ماه حبس) بیان می‌کند: «زندانی مفلوک نداریم، زندانی مفلوک خودش اجازه داده دیگران این بلاها رو ســـرش بیارن. زندانی که دم به دقیقه کتک می‌خوره، جیبش رو می‌زنن و بهش فحش می‌دن، خودش این اجازه رو به دیگران می‌ده؛ می‌تونه طور دیگـــه‌ای رفتار کنه که دیگران حتی اگه تو سرشـــون فکر کردن که حال این آدم رو گرفتن خودشـــون رو خیس کنن. تو زندان بعضی وقت‌ها تخیل زدن هم تاوان داره». در واقع از نگاه آنان خشونت یک واقعیت و بزه‌دیده شدن یک انتخاب است که افراد ضعیف دچارش می‌شوند و از این رو افراد قوی و خشن دغدغه‌ای در این خصوص ندارند؛ چون اساســـاً آن‌ها قوی بودن را انتخاب کرده‌اند و قوی بودن آن‌ها به شـــکل ســـپری در برابر بزه‌دیده شدن عمل می‌کند. بحث در این‌جا برآمدن از عهده انتظارات مردوارگی است. گویی فرد در انجام وظیفه خویش ناکام مانده؛ چه وظیفه مقاومت و چه وظیفه تأمین امنیت خود. همچنین بحث مذکور، بُعد دیگری از قضیه را وارد بحث می‌کند: پیش‌بینی‌پذیری. به طـــور کلی رابطه وثیقی بین پیش‌بینی‌پذیری یک حادثه و بزه‌دیده‌نکوهی وجود دارد. هر چقدر احتمال وقوع حادثه‌ای ناپســـند از ســـوی مردم و بزه‌دیده پیش‌بینی‌پذیرتر باشـــد، در صورت وقوع جرم باید انتظار سرزنش بیشتری نسبت به بزه‌دیده را داشته باشیم (McCaul et. al., 1990: 13)؛ پس می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری کرد که به علت پیش‌بینی‌پذیر بودن خشـــونت در زندان و قابل پیشگیری بودن آن، ما با حجم مضاعفی از بزه‌دیده‌نکوهی در زندان روبه‌رو هستیم.

مفهوم بزه‌دیدگی به عنوان یک برســـاخت اجتماعی باید طوری مهندســـی و طراحی شـــود که فرآورده آن، حادثه‌ای نامعمول و تراژدیک باشد؛ اتفاقی که هر آن و برای هر کســـی نمی‌تواند اتفاق بیفتد. به این ترتیب، زندانیانِ دیگر بین خود و تجربه

ناخوشـــایند بزه‌دیدگی زندانیان فاصله‌گذاری می‌کنند. این کار از آن رو انجام می‌شود تا این فرد از منظر شـــخصی برای خود ایـــن اطمینان را به وجود بیاورد که این اتفاق نامطلوب برای خودش رخ نخواهد داد؛ زیرا آن‌ها شبیه بزه‌دیده رفتار نمی‌کنند. بخش آخر مصاحبه شـــماره پنج (زندانی سابق، جرم مواد مخدر، ده سال حبس) که پیش‌تر آمد، بیان‌گر همین قضیه اســـت: «زندانی می‌تونه طـــور دیگه‌ای رفتار کنه که دیگران حتی اگه تو سرشـــون فکر کردن کـــه حال این آدم رو گرفتن خودشـــون رو خیس کنن». همچنین زندانی شـــماره سه (زندانی فعلی، بار دوم، جرم نزاع خیابانی، دو سال حبـــس) می‌گوید: «هر کی بلایی ســـرش میاد، کرمی ریخته. ایـــن همه آدم تو زندان هستن طوریشون نیست، عدل میان سراغ یکی و له و لَوَردش می‌کنن؟ چرا سراغ بقیه نمی‌رن؟» در این بخش از مصاحبه نیز می‌توان این‌گونه تحلیل محتوا کرد که دو نکته مهم در این قســـمت عرض اندام می‌کند؛ آن‌جا که می‌گوید «حتما کرمی ریخته»، در واقع اعتقاد خود به سهم بالای بزه‌دیده در دچار شدن به وضعیت بزه‌دیدگی را مخابره می‌کند و آنجا که می‌گوید «چرا سراغ بقیه نمی‌رن»، به نوعی در پی فاصله‌گذاری بین خود و بزه‌دیده/بزه‌دیدگی اســـت. شبیه نبودن به بزه‌دیده و شبیه بزه‌دیده رفتار نکردن از مضمون‌های پرتکراری بود که در باقی مصاحبه‌ها هم آمده است.

در یکی از نمونه‌ها مصاحبه‌شـــونده شـــماره هفده (زندانی ســـابق، جرم مواد مخدر، هشـــت سال حبس) به ضرب و جرح زندانی دیگر توسط خود اشاره می‌کند: «کله‌ش رو گرفتم و تا تونستم سرش رو زدم به دیوار، ته کار کلی از موهاش تو دستم بود. البته میدونستم سگ‌جونه و چیزیش نمی‌شه. مثل فولاد می‌موند کله‌ش. بعضی‌ها رو بایـــد زد. دیوار خراب شـــد اما از این اصلاً خونی نیومـــد. دیگه بعدش اونو جدا کردن و بردن یه بند دیگه ... باید یاد بگیره دیگه فحش مادر نده به کســـی. همه گفتن که بار اولش نیســـت از این غلط‌ها می‌کنه. گفتن ننه‌های هیچ‌کس از دســـتش در امان نبود». بخش آخر مصاحبه بعد مهمی از بزه‌دیده نکوهی در زندان را فاش می‌ســـازد. در دعواهای درون زندان به جای آن‌که ســـابقه خشونت‌ورز مورد بررسی قرار گیرد، ســـابقه سوء رفتار خشـــونت‌دیده مورد توجه قرار می‌گیرد. به این ترتیب تمام توجه زندانیـــان برای داوری در خصوص یک حادثه و دعوا درون زندان بر این اســـت که

بزه‌دیده «تمیز»[۱] بوده است یا خیر. طبق مصاحبه‌ها، زندانی تمیز به کسی گفته می‌شود که سابقه سوء رفتار و نقض مرام‌نامه زندانیان را نداشته و سرش به کار خودش است. زندانیان معمولاً فقط برای بزه‌دیدگی این زندانیان است که واکنش نشان می‌دهند. از منظر جامعه زندانیان، زندانی غیر تمیز مستحق خشونت است؛ فارغ از این‌که در دعوای مذکور حق با چه کسی بوده است. به عبارت دیگر، به‌طور معمول استحقاق و حق دادن به یک طرف دعوا صرفاً با بررسی شرایط و سابقه و ویژگی‌های بزه‌دیده است که مشخص می‌شود. هر چقدر سرایت یک ایده فرهنگی بیشتر باشد، تداوم آن ایده نیز مستحکم‌تر می‌شود. اساساً افرادی که نقض کدهای زندان را انجام داده باشند از منظر زندانیان سیبل‌های مناسبی برای بزه‌دیدگی محسوب می‌شوند. البته این را هم باید به استحقاق آن‌ها اضافه کرد که از منظر مصاحبه‌شوندگان، بعضی از زندانیان با شرکت در فعالیت‌های پُرریسکی مثل قمار و بدهی و فحش دادن به ناموس، به علت قابل پیش‌بینی بودن نتیجه این قبیل کارها، یعنی خشونت، مستحق خشونت محسوب می‌شوند. در واقع سرایت یک ایده فرهنگی به تداوم آن کمک می‌کند.

در نمونه‌ای دیگر، زندانی به علت بزه‌دیده‌نکوهی شدید در محیط زندان و ترس از تشدید بی‌آبرویی در نتیجه بزه‌دیده شدنش، تصمیم به خودکشی می‌گیرد. در این مورد فرد حاضر است خودکشی کند تا با این حرکت، دیگر شاهد نکوهش غیرقابل تحمل از سمت دیگر زندانیان نباشد. این نکته هم اضافه شود که خودکشی نافرجام این فرد اتفاقاً منجر به شدیدتر شدن نکوهش او می‌شود. در فضای زندان خودکشی امری غیر مردانه محسوب می‌شود و خودکشی نافرجام گناهی نابخشودنی‌تر تا خودِ خودکشی محسوب می‌شود. گزاره‌های «خودکشی واسه مردها نیست» و «خودکشی بی‌مرگ از خود خودکشی هم خیط‌تره»، دو تم مشترک در میان مصاحبه‌شوندگان بود. در این نمونه مصاحبه‌شونده شماره هجده (زندانی فعلی، جرم روابط نامشروع و شرب خمر و حمل مواد مخدر، چهار سال حبس) تجربه بزه‌دیدگی و بزه‌دیده‌نکوهی زندان را چنین توصیف می‌کند: «یه بدهی داشتم به یکی که سر موعد نتونستم صافش کنم. به بچه‌های بیرون و خانواده گفتم قرار شد پول رو به نحوی بهم برسونن، اما نشد

۱. این اصطلاح توسط چند نفر از زندانیان تکرار شده و به ادعای آن‌ها جزئی از Argot یا زبان صنفی زندانیان است.

و طـــرف هم اول تهدیدم کرد و فحش داد. فرداش تو هواخوری داشـــتم قدم می‌زدم که یه دفعه دیدم لباسم خیس شده، دیدم خونه و دیگه هیچی متوجه نشدم. چند روز بهداری بودم و بهتر شـــدم، اما خب فشار روانی زیادی روم بود. آدم آبرومندی هستم و بیرون هم شهر و محیطمون کوچیکه. کافیه این خبرها بیرون درز کنه. هم بدحساب شـــده بودم و پول مردم‌خور هم این‌که با این دک و پز یکی تونســـته این‌طور شتکم کنه. تصمیم به خودکشـــی گرفتم. یه پاکت قرص آرامبخش گیر آوردم و همه‌اش رو خوردم. بچه‌ها پیدام کردن و نذاشـــتن بمیـــرم. واقعاً تو مخصمه بودم. هیچ راه فراری هم نداشـــتم. حالا به اون موارد قبلی خودکشی ناموفق هم اضافه شد». تهدید شاهدان خشونت در صورت افشای آن؛ تبدیل بزه‌دیده به بزهکار؛ پیش‌بینی اتفاق مشابه توسط شاهدان برای خود ممکن است بار روانی زیادی برای او به همراه داشته باشد.

۳-۲. خشونت‌زایی دوگانه برنده-بازنده

احتـــرام در زندان به مثابه یک موجودیت خارجی دیده می‌شـــود. وجودی که سخت به دست می‌آید و به راحتی از دست می‌رود و بنابراین باید پیوسته و بی وقفه نگهبانی شـــود (Johnson et al., 2016: 146). همین حـــس در خطر بودن همواره احتـــرام و نیاز دائمی به مراقبت از آن می‌تواند منجر به ذهنیت دوگانه برنده بازنده در میان زندانیان شـــود. زندانیان اعتقاد دارند که در هر رویارویی، آن چیزی که در خطر است، احترام و شرافت است. هر کسی با هر نوع بی‌حرمتی که انجام می‌دهد، احترام فـــرد را از او می گیرد و از آنِ خود می‌کند. در منطق روابط قدرت، قضیه را این‌گونه می‌توان توصیف کرد؛ با بی‌احترامی انجام شـــده، تعادل به هم خورده است و موازنه قدرتـــی که پیش از این، حداقل از منظر خود افراد درگیر وجود داشـــت، از بین رفته و وضعیت توازن، به وضعیت عدم توازن قدرت تبدیل شـــده اســـت. حال در این‌جا کســـی که خود را بزه‌دیده تصور می‌کند باید کاری کند که وضعیت به قبل از تحمل بی‌حرمتی بازگردد. این کار صـــرفاً با پایین کشیدن مرتکب است که انجام می‌گیرد. بزه‌دیده با رفتار انتقام‌جـــویانه خـــود تلاش دارد که بـی‌حرمتی که درخور مرتکب باشد بر او تحمیل کند و به این صـورت، خواه ناخواه با وضـعیت نبرد برنده و بازنده روبه‌رو هستیم. بازنده قبلی با پایین کشیـدن برنده قبلی، جایـگاه خود را بالا می‌کشد؛ آن‌چنان که یکی پایین می‌آید، آن یکـــی بالا می‌رود و برعکـس (Ripstein, 1997:

.(101

مصاحبه‌شوندگان برنده شـــدن در اختلافات را مهم‌ترین دغدغه خود و دیگر زندانیان می‌دانســـتند. مصاحبه‌شونده شـــماره چهار (زندانی فعلی، جرم فروش مواد مخدر، چهار سال حبس) بیان می‌کند: «زندان خونه ننه آدم نیست، این‌جا نباید باخت بـــدی و باید مرد بِری تو و مـــرد بیرون بیای. خیلی‌ها مَشـــتیِ اومدن داخل و بیرون روســـری سر کردن». در این درگیری‌ها، منافع ابتدایی که اصلاً دعوا بر سر آن‌ها بوده و از آن‌جا شـــروع شده، دیگر بی‌اهمیت شده و به مســـأله‌ای فرعی تبدیل می‌شود و به جای آن، برنده شـــدن در نبرد به عنوان مهم‌ترین دغدغه زندانیان در روابط قدرت تبدیل می‌شـــود (Edgar et al., 2003: 161). حتـــی قضیه‌ای مثل جر و بحث زبانی هم می‌تواند به مســـأله‌ای برای تعیین برنده و بازنده تبدیل شـــود (Edgar & Mar-tin, 2001: XIII). در این خصوص مصاحبه‌شـــونده شماره سیزده (زندانی سابق، بار دوم، جرم مواد مخدر، شـــش سال حبس) به این نکته اشـــاره می‌کند که زندانیان در مشـــاجره‌های خود و رجزخوانیِ خود به نقاط قوت خود و نقاط ضعف طرف مقابل اشاره می‌کنند تا به این ترتیب هم طرف مقابل را پایین بکشند و هم خودشان را مبرّی از آن ضعف‌هایی که به دیگری نســـبت می‌دهند نشان دهند: «زندانیان زیادی دیدم که تو دعواها و فحش‌کشی‌هاشـــون این‌که چطور می‌تونن طـــرف مقابل رو نِفله کنند و همین‌طور این‌که خودشون چقدر (حبس) کشیدن و این‌که طرف مقابل کم سابقه‌ست و حبســـش کمه و جرمش مردانه نیست[1] به رخ می‌کشـــند. این یه روش خُرد کردن طرفه. این‌طوری خودتم پاک نشون می‌دی». این فراز از مصاحبه نشان‌دهنده این است کـــه زندانی می‌خواهد بگوید زندانیِ مقابل، این عیب‌ها و کمبودها را دارد و هم‌زمان نشـــان دهد که خودش مبرا از این ضعف‌هاســـت و به این ترتیب با پایین کشیدن و بازنده کردن او، خود را برنده کند و در سلسله مراتب زندان بالا بکشد.

سلسله‌مراتب زندان، زندانیان را در ابتدا به دو دسته اصلی دعوایی‌ها (برنده‌ها) و بزه‌دیده‌هـــای منفعل (بازنده‌ها) تقســـیم می‌کنـــد (Toch, 1997: 155). در بافتار زندان‌های ایران می‌توان این مفهوم را این‌گونه تعبیر کرد که زندانیان ســـه دســـته‌اند: ســـفت‌ها، بزه‌دیده‌های سفت و بزه‌دیده‌های نرم. ســـفت‌ها زندانیانی هستند که کاملاً

۱. معمولاً جرائم علیه بزه‌دیده‌های ضعیف مثل پیرزن و پیرمرد، زن‌ها و کودکان.

مطابق با الگوی مردوارگی حرکت کرده‌اند؛ قوی هستند و کسی جرأت بی‌حرمتی به آنان را ندارد؛ حتی در صورتی که مورد بی‌حرمتی قرار گیرند، مقاومت و انتقام سختی را از خود به نمایش می‌گذارند. مصاحبه شونده شماره شش (زندانی سابق، جرم مالی، چهار سال حبس) به درستی این منطق را تبیین می‌نماید: «زندان مهد کودک نیست، صحبت سر برد و باخت است. اگه ببازی، دیگه جایگاه قبلی رو نداری و دیگه باید انتظار خیلی چیزها رو داشته باشی. باید سفت باشی». سایر مصاحبه‌شوندگان نیز طیِ مصاحبه خود دائم به این اصطلاح استناد می‌کردند. این مطلب به این معناست که مفهوم یاد شده یک برساخت پذیرفته شده، حداقل در زندان‌های مورد مطالعه است. به طور کلی برداشت زندانیان این است که زندانی سفت به زندانی گفته می‌شود که بزه‌دیده کردن او باعث دردسر می‌شود. زندانی سفت نقطه مقابل زندانی نرم است. بزه‌دیدگان سفت زندانیانی هستند که در جایی بین تقسیم‌بندی زندانیان سفت و بزه‌دیدگان نرم قرار می‌گیرند؛ در این معنا این دسته از زندانیان حتی اگر احتمال دهند که در دعوا بازنده و احتمالاً به شدت مجروح خواهد شد، اما همچنان این فهم فرهنگی در آن‌ها نهادینه شده است که تلاش کردن از عقب نشینی بهتر است؛ زیرا به این شکل نشان می‌دهند یک بزه‌دیده بیچاره و منعفل نیستند، آن‌ها بزه‌دیده سفت هستند. شاید بتوان گفت معنی برنده و بازنده در این منطق مقداری با فهم متعارفی که از این مفاهیم وجود دارد متفاوت است. در این‌جا تلاش کردن و جرأت داشتن برای مبارزه حتی با علم به بازنده بودن می‌تواند نوعی برنده شدن محسوب شود.

در این بافتار، اگر شرایط به گونه‌ای باشد که کسی انتظار برنده شدن در نزاع را از یک زندانی نداشته باشد، حتی صِرف زخمی کردن فرد مقابل هم به نوعی برنده شدن این زندانی محسوب خواهد شد. طبق گفته مصاحبه‌شونده شماره چهارده (زندانی فعلی، جرم کلاهبرداری و جعل و استفاده از سند مجعول، پنج سال حبس): «بعضی زندانی‌ها سفت نیستند، اما خُب کمی از سفت‌ها ندارن؛ درسته کتک خوردن، اما کم نیاوردن تا ناموس تونستن جلوی طرف در بیان. اینا آدم‌های شریفی محسوب می‌شن، بچه‌های زندان هم معمولاً هواشون رو دارن. این‌که نتونی جلوی یکی در بیای، اما کم نیاری و طرف رو به تقلا و نفس نفس بندازی یعنی کارت درسته». دسته دیگر از زندانیان که در خلال مصاحبه‌ها بارها از آن‌ها یاد می‌شود، زندانیان نرم هستند.

زندانـــی که خیلی از پس خودش برنیاید و به ویژه نتوانـــد افراد را متقاعد کند که او در دسته بزه‌دیدگان کم‌دردسر یا بی‌دردسر نمی‌گنجد. زندانیان دیگر می‌توانند راحت او را مورد اســـتثمار قرار دهند؛ به دیگر ســـخن، افراد نرم به بزه‌دیدگان کم‌دردسر یا بی‌دردسر گفته می‌شود. مصاحبه‌شونده شماره دو (زندانی فعلی، جرم توهین و تهدید و اعمال منافی عفت، یک سال حبس) در پاسخ به این پرسش که اگر بدانید در دعوا شکســـت خواهید خورد، آیا باز حاضرید دعوا کنید، اظهار می‌دارد: «خُب آره، این‌جا [زندان] نمی‌شه واقعا کم آورد. به نظرم این‌که دهنتم سرویس بشه خیلی بیشتر ارزش داره تا این‌که بگن فلانی نرمه. تهش اینه که دماغت پایین بیاد دیگه! بازم ارزش داره. میگن اون دو نفر دعواشـــون شـــد و هم رو زدن. نمی‌گن یکی اون یکی رو لبو[1] کرد، نمی‌گن فلانی باخت؛ نمی‌گن پدرشـــو در آوردن». مصاحبه‌شونده شماره نُه (زندانی سابق، جرم ترک انفاق، شش ماه حبس، بار اول) از زندانی یاد می‌کند که حتی با دست شکسته هم در دعواها شرکت می‌کرد. در بسیاری از نزاع‌ها شاید اصلاً نیازی به برنده شـــدن در نزاع نیست؛ همه چیزی که شخص باید انجام دهد نشان دادن این است که فـــرد می‌خواهد و می‌تواند دعوا کند و در صورت ضرورت حتی از این‌که به دیگری آسیبی جسمانی آورد و به این ترتیب انواع و اقسام تنبیه‌ها را به جان بخرد ابایی ندارد. این امر باعث اعاده حیثیت مخدوش فرد می‌شـــود. نزاع و خشونت‌ورزی موضوعی هزینه‌بردار اســـت؛ بنابراین نمی‌توان انتظار استفاده سخاوتمندانه از آن را داشت؛ یک راه برای افزایش جرأت و اعتماد به نفس فرد برای شـــروع دعوا، انتخاب یک بزه‌دیده بی‌دردسر و آسان می‌باشد؛ کسانی که قواعد تنظیم‌گری خشن در زندان را بلد نیستند و به آن پای‌بند نیستند یا رعایت نمی‌کنند.

در دوگانـــه برنده‌بازنـــده در زندان، ترس نقش مهمـــی را ایفا می‌کند. در یک نمونه مصاحبه‌شونده شماره نوزده (زندانی سابق، جرم کلاهبرداری و استفاده از سند مجعول، هشـــت ســـال حبس) از مورد دعوا خود یاد می‌کنـــد: «قضیه‌اش مفصله، اما بعضی وقت‌ها به خودت قول می‌دی دیگه این دفعه رو بی‌خیال دعوا شی و دایورت کنی، اما موقعیتش که پیش میاد می‌بینی نمی‌شـــه. یه درگیری کوچکی رخ داد و یکی

۱. مصاحبه‌شـــونده از در گویش محلی از اصطلاح «سرخه لبو» استفاده کرد که منظور او خونی کردن زندانی است.

وسایل من رو با پررویی برمی‌داشت و جلوی خودم مثلاً بیسکوئیت و نون و پنیر من رو می‌خورد. منم تاب نیاوردم، تا می‌تونستم تهدیدش کردم و سرش فریاد زدم و یه سیلی هم بهش زدم، این‌قدر ترسیده بود که فهمیدم دیگه بسشه و بردم و دیگه هم سمت وسایل من نیومد». در تنش‌های این‌چنینی در زندان، عامل تعیین‌کننده برد و باخت، میزان ترس و وحشتی است که طرف مقابل از خود نشان می‌دهد. البته شخصیت این فرد هم نقش مهمی را ایفا می‌کند؛ به این معنی هرچقدر این فرد ویژگی‌های مردانه بیشتری داشته باشد، ایجاد ترس در او موفقیت و برد مهم‌تری را به بار می‌آورد. باید گفت ایجاد ترس نیازمند داشتن اطلاعات از فرد نیز می‌باشد. به این ترتیب هر چه اطلاعات بیشتری از فرد در دست طرف دیگر باشد امکان ایجاد ترس و وحشت در او و برنده شدن در او نیز بیشتر است. مصاحبه‌شونده شماره بیست (زندانی فعلی، جرم شرکت در منازعه و قدرت نمایی، سه سال حبس) در این خصوص می‌گوید: «ما کسایی که تو زندان گیر افتادیم خیلی باید حواسمون به اطلاعاتی باشه که از خودمون بروز می‌دیم. تو زندان هر اطلاعاتی که از خودت بدی یه نقطه ضعف به قبلی ها اضافه می‌شه». باید بیان کرد مهم‌ترین عامل نگران‌کننده طرفین درگیر در خشونت زندان، آسیب جسمانی نیست؛ زیرا امری است که افراد به راحتی می‌توانند آن را تحمل کنند. این به دست آوردن جایگاه برنده از یک سو و به دست نیاوردن جایگاه بازنده از سوی دیگر است که سهم زیادی در ایجاد فشار و تنش و استرس برای زندانیان دارد.

به طور خلاصه می‌توان گفت که در زندان با یک وضعیت «ستیز شخصیت»[1] تمام عیار روبه‌رو هستیم که بازی با حاصل جمع صفر[2] است؛ یعنی هر کدام از طرفین مصمم به اثبات این قضیه هستند که شخصیت او در برابر شخصیت طرف مقابل دست بالا را دارد و قوی‌تر است (Athens, 1985: 421)؛ به این ترتیب که اثبات قوی‌تر بودن و محترم‌تر بودن یک شخصیت، به معنای اثبات ضعیف‌تر بودن و غیر محترم‌تر

۱. می‌توان موقعیت‌های نزاع در زندان را تحت عنوان «ستیز شخصیت‌ها» (Contests Characters) مفهوم‌پردازی کرد. این مفهوم از جمله مفاهیم برساخته اروینگ گافمن است. ستیز شخصیت‌ها عبارت است از این‌که گاهی اوقات افراد درگیر اختلاف‌هایی با دیگران می‌شوند که نتایج این اختلاف ها یا بهبود شخصیت فرد یا ویران شدن شخصیت اوست؛ یعنی جایی که نمایش شخصیت فرد بر روی وضعیت و موقعیت شخصیت دیگر تأثیر می‌گذارد.

۲. اگر فردی چیزی به دست آورد، دیگری چیزی از دست می‌دهد (Zero-sum).

بودن طرف دیگر قضیه اســـت. این‌گونه اســـت که بازی بـــا حاصل جمع صفر پیش می‌آید؛ بُرد یکی به معنای باخت دیگری اســـت و باخت یکی به معنای بُرد دیگری. در اینجـــا برد و باخت یعنی اثبات قوی و قابـــل احترام‌تر بودن یا ضعیف و غیرقابل احترام‌تر بودن افراد درگیر این ستیز که با کنش‌ها و واکنش‌های خود تأثیر مستقیم بر فهم دیگران از شخصیت‌شان دارند.

برآمد

۱- زندانیان به دلیل گسست از هرگونه سرمایه در زندان، نیازمند اثبات ذی‌حق بودن خود بر مالکیت امور مختلف هستند. هیچ‌گونه تسهیلاتی و هیچ سرمایه‌ای در زندان تضمین شده نیست و حتی هیچ تضمینی وجود ندارد خدماتی که نهادهای رسمی موظف به ارائه آنان هستند تحویل زندانیان شود؛ بنابراین زندانی باید ذی‌حق بودن خود را اثبات کند تا سهم او از خدمات، امکانات و سرمایه‌های موجود در زندان مشخص شود. یکی از این موارد، سهم فرد از احترام است؛ زندانی باید اثبات کند که مستحق دریافت سهم کافی از احترام دیگر زندانیان است. یکی از لوازم محترم شمرده شدن در زندان، بزه‌دیده نشدن است. از میان همه رنج‌های همراه با حبس، ترس از امنیت شخصی و ترس از بزه‌دیده‌شدن را می‌توان به عنوان برجسته‌ترین خصوصیت زندگی در زندان بیان کرد. زندانیان پس از زندگی در زندان به این فهم اجتماعی می‌رسند که کسی قرار نیست از آن‌ها صیانت کند و این خودِ آن‌ها هستند که باید مشکل ناامنی موجود در زندان را مدیریت کنند. زندانیان طبق بینش ناشی از تجربه زیسته در زندان و یادگیری از دیگر زندانیان به این درک می‌رسند که بهترین راه برای بزه‌دیده نشدن در زندان، راهبرد استفاده پیش‌دستانه از خشونت است؛ مصونیت‌یابی از طریق توسل به خشونت.

۲- همه کنش‌گران نحوه رفتار در موقعیت‌های متفاوت را می‌آموزند؛ یعنی فرهنگ هر محیطی گزینه‌های مطلوب خود را به کنش‌گرانی که در آن فرهنگ زیست می‌کنند تحمیل می‌کند. در برخی بافتارها و مجموعه‌ها، اشخاص ممکن است بخشی از فرهنگی باشند که این فرهنگ، خشونت را بسیار ارج می‌نهد. این امر نباید به خشن بودن فرد فرد زندانیان ترجمه شود. زندانیان در اکثر اوقات وارد موقعیت‌های خشن می‌شوند، صرفاً برای این‌که بزه‌دیده مستعدی پنداشته نشوند. در واقع زندانیان بیشتر از آن‌که برای به‌دست‌آوردن منفعت درگیر خشونت شوند، برای از دست ندادن امنیت جانی خود و از دست ندادن احترام خود است که دست به خشونت می‌زنند. روایت‌های دفاع مشروع در میان زندانیان مصاحبه‌شونده به کرات دیده‌می‌شود. این نوع روایت‌ها کاملاً نشان دهنده واکنشی بودن خشونت درون زندان است؛ واکنشی در برابر تعرض به انگاره مطلوبی که این افراد تمایل داشتند از خود به نمایش بگذارند؛

به تعبیر زندانیان انگاره زندانی سفت یا بزه‌دیده سفت. از این رو در مقابل باید گفت زندانیان برای مقابله با انگاره بزه‌دیده نرم است که خشونت می‌ورزند.

۳- آمیختگی خرده‌فرهنگ مجرمانه با ساختارها و جو زندان باعث شکل‌گیری یک‌سری پیش‌فرض‌های فرهنگی می‌شود که در واقع قاعده بازی در زندان هستند. این پیش‌فرض‌ها به زندانیان شیوه بقا درون زندان را می‌آموزند. پیش‌فرض‌های فرهنگی شکل‌گرفته در این فضا، نقش به‌سزایی در شکل‌گیری و رواج و تشدید خشونت دارند. خشونت در زندان به عنوان پدیده‌ای چند بُعدی هم نشان‌گر آمادگیِ فردی زندانی برای خشونت‌ورزی است و هم نشانه وجود یک ساختار خشونت‌آفرین و از همه مهم‌تر، نشانه‌ای بر در دسترس‌نبودن یا مطلوب‌نبودن گزینه‌های غیر خشن مثل مذاکره و گفت‌وگو است. وجود خشونت در زندان نشانه‌ای مبنی بر دسترس‌ناپذیری قانون نیز می‌باشد؛ خشونت جایی رشد می‌کند که قانون و صیانت‌های حقوقی کم‌تر در دسترس باشد.

٤- اتخاذ یک سیاست بازپروری مؤثر مستلزم شناسایی و ارائه راهکار و کنترل این پیش‌فرض‌های فرهنگی خشونت‌زا است. یکی از اصول مهم برای تضمین بازپروری اثربخش و مفید، وجود بازداشت امن و بدون مخاطره است. پیش‌نیاز بازپروری زندانیان، برخورداری زندانی از احساس امنیت است. در صورت عدم وجود احساس امنیت و فقدان شرایط بازداشت امن، زندانی وارد فرایند بازپروری نمی‌شود؛ پس اساساً در این وضعیت نوبت به شکست خوردن سیاست‌های بازپروری زندان نمی‌رسد. در صورت کنترل پیش‌فرض‌های فرهنگی خشونت‌زا، امکان کنترل کردن خشونت درون زندان بسیار بالا می‌رود. زندانی باید به این درک فرهنگی و اجتماعی برسد که برای مصونیت از بزه‌دیدگی، نباید حتماً خشونت بورزد. زندان باید بتواند این اطمینان را به زندانی بدهد که خشونت تنها راه مصونیت‌یابی در زندان نیست. زندان باید بتواند از طریق سازکارهایی همچون نظام کارآمد دسترسی به عدالت در زندان، افراد ساکن زندان را قانع کند که بدون خشونت نیز می‌توانند مصونیت داشته باشند. در این زمینه پیشنهاد می‌شود سازمان زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی با همکاری دیگر نهادها با پیشنهاد و آشناسازی شیوه‌های حل اختلاف غیرخشن به زندانیان، تشکیل کمیسیون‌های حل اختلاف به انتخاب خود

زندانیان از بین زندانیان، ارائه مشـــاوره‌های روانی شـــخصی، ایجاد و تقویت شورای صنفی زندانیان، تشویق و امتیازدهی به زندانیانی که اختلاف خود را به مقامات رسمی ارجاع می‌دهند و از این طریق حل می‌کنند، شناســـایی نشانه‌های اولیه نزاع و مداخله، برگزاری دوره‌های آموزشی به مأموران زندان برای نحوه مداخله صحیح در اختلافات و دعواها، مانع‌زدایی و تشـــویق زندانیان در راســـتای حمایت از دیگر زندانیان، اقدام به مداخله‌هایـــی همچون جدا کردن و حل اختـــلاف و ترویج فرهنگ حل اختلاف ترمیمی و میانجی‌گری، ارزیابی احتمال خطر نحوه تقســـیم‌بندی زندانیان در سلول‌ها، کاهش جمعیت زندان‌ها، تشکیل پرونده شخصیت زندانی، بهبود روابط مأموران زندان و زندانیان، افزایش نرخ مأموران زندان نســـبت به جمعیت زندانیان، شـــماره‌گذاری دوربین‌های مداربسته جهت آدرس‌دهی و استناد زندانیان شاکی یا سایر گزارش‌گران، امکان گزارش‌دهی بیســـت و چهار ساعته تلفنی زندانیان به بیرون از زندان، شناسایی مکان‌های پرتکرار خشـــونت در زندان همچون دستشویی و حمام و باجه‌های تلفن، صف غذاخوری، شناســـایی مکان‌های کور زندان که دور از دسترس نظارت مستقیم مأموران و نظارت غیر مســـتقیم از طریق دوربین‌های مداربســـته، برگزاری برنامه‌های موثر رفتاری‌شناختی و برنامه‌های فراگیری اجتماعی که در زندان‌های کشورهای دیگر اثربخش بوده، زمینه‌های کاهش سطح خشونت درون زندان را ایجاد کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ارل، رود (۱۳۹۷)، **افق‌های نوین در جرم‌شناسی؛ جرم‌شناسی محکومان**، برگردان: فرهاد شاهیده، تهران: میزان.

* اسکات، دیوید و فلین، نیک (۱۳۹۹)، **کیفرشناسی: بایسته‌های زندان و مجازات**، برگردان: محمد متین‌پارسا و مهرداد رهنورد واقف، چاپ نخست، تهران: مجد.

* شمس، علی (۱۳۹٤)، **آسیب‌شناسی زندان**، چاپ نخست، تهران: جامعه‌شناسان.

* غلامپور، مهدی (۱۳۹۸)، **تحلیل حقوقی-جرم‌شناختی مرگ در بازداشتگاه و زندان**، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

* غلامی، حسین (۱۳۸۱)، «**پذیرش فرهنگ زندان**»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۹٦)، **تقریرات جامعه‌شناسی کیفری (جامعه‌شناسی زندان)**، تهران: دانشگاه شهید بهشتی. قابل دسترسی در: https://bit.ly/3JDN6nS

ب. انگلیسی

* Anderson, E. (2000), **Code of the Street: Decency, Violence, and the Moral Life of the Inner City**, WW Norton & Company.

* Athens, L. (1985), **Character Contests and Violent Criminal Conduct: A Critique**, Sociological Quarterly, 26(3), 419-431.

* Berg, M. T., Rogers, E. M., Taylor, B. G., Liu, W., & Mumford, E. A. (2019), **Lessons of an Honor Code: a Consideration of Conflict-related Processes and Interpersonal Violence**, The British Journal of Criminology, 59(5), 1076-1098.

* Bohner, G., Reinhard, M. A., Rutz, S., Sturm, S., Kerschbaum, B., & Effler, D. (1998), **Rape Myths as Neutralizing Cognitions: Evidence for a Causal Impact of Anti-Victim Attitudes on Men's Self-reported Likelihood of Raping**, European Journal of Social

Psychology, 28(2), 257-268.

❋ Bottoms, A. E. (1999), **Interpersonal Violence and Social Order in Prisons**, Crime and Justice, 26, 205-281.

❋ Brookman, F., Bennett, T., Hochstetler, A., & Copes, H. (2011), **The 'Code of the Street and the Generation of Street Violence in the UK**. European Journal of Criminology, 8(1), 17-31.

❋ Brookman, F., Copes, H., & Hochstetler, A. (2011), **Street Codes as Formula Stories: How Inmates Recount Violence**, Journal of Contemporary Ethnography, 40(4), 397-424.

❋ Byrne, J. M., Hummer, D. C., & Taxman, F. S. (2008), **The Culture of Prison Violence**, Pearson/Allyn.

❋ Canto, J. M., Perles, F., & San Martín, J. (2017), **Culture of Honor and the Blaming of Women in Cases of Rape/La cultura del honory la inculpación de la mujer en casos de violación**, Revista de Psicología Social, 32(1), 80-107.

❋ Catalano, S. M. (2005), **Criminal Victimization**, 2004, Washington, DC.

❋ Chen, G., & Einat, T. (2015), **The Relationship between Criminology Studies and Punitive Attitudes**, European Journal of Criminology, 12(2), 169-187.

❋ Clinard, M. B., & Quinney, R. (1973), **Criminal Behavior Systems: A Typology (2nd ed.)**, New York: Holt, Rinehart and Winston.

❋ Collins R (2008), **Violence: A Micro-Sociological Theory**, by Princeton, NJ: Princeton University Press.

❋ Cook, C. L. (2009), **Jail Staff Professional Orientation & Attitudes towards Victimization**, University of Florida.

❋ Edgar, K., & Martin, C. (2001), **Conflicts and Violence in Prison**, Economic and Social Research Council.

❋ Edgar, K., O'Donnell, I., Martin, C., & Martin, C. (2003), **Prison Violence: The Dynamics of Conflict, Fear and Power**, Cullompton: Willan.

❋ Ferracuti, F., & Wolfgang, M. E. (1963), **Design for a Proposed Study of Violence: A Socio-psychological Study of a Subculture of Violence**, The British Journal of Criminology, 3(4), 377-388.

❋ **Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-class Americans**, By Sally Engle Merry. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

❋ Jackson-Jacobs, C. (2014). **Competitive Violence and the Micro-politics of the Fight Label**, The Sociological Review, 62, 166-186.

❋ Jacobs, B. A., & Wright, R. (2006), **Street Justice: Retaliation in the Criminal Underworld**, Cambridge University Press.

❋ Johnson, R., Rocheleau, A. M., & Martin, A. B. (2016), **Hard time: A Fresh Look at Understanding and Reforming the Prison**, John Wiley & Sons.

❋ Karandinos, G., Hart, L. K., Montero Castrillo, F., & Bourgois, P. (2014), **The Moral Economy of Violence in the US Inner City**, Current Anthropology, 55(1), 1-22.

❋ Luckenbill, D. F., & Doyle, D. P. (1989), **Structural Position and Violence: Developing a Cultural Explanation**, Criminology, 27(3), 419-436.

❋ Markowitz, F. E., & Felson, R. B. (1998), **Social-demographic Attitudes and Violence**, Criminology, 36(1), 117-138.

❋ McCaul, K. D., Veltum, L. G., Boyechko, V., & Crawford, J. J. (1990), **Understanding Attributions of Victim Blame for Rape: Sex, Violence, and Foreseeability**, Journal of Applied Social Psy-

chology, 20(1), 1-26.

❋ Mears, D. P., Stewart, E. A., Siennick, S. E., & Simons, R. L. (2013), **The Code of the Street and Inmate Violence: Investigating the Salience of Imported Belief Systems**, Criminology, 51(3), 695-728.

❋ Ministry of Justice. (2021). **Safety in Custody Statistics, England and Wales: Deaths in Prison Custody to December 2018 Assaults and Self-Harm to September 2021**.

❋ Mitchell, M. M., Fahmy, C., Pyrooz, D. C., & Decker, S. H. (2017), **Criminal Crews, Codes, and Contexts: Differences and Similarities across the Code of the Street, Convict Code, Street Gangs and Prison Gangs, Deviant behavior**, 38(10), 1197-1222.

❋ Muncie, J., & McLaughlin, E. (2019), **The Sage Dictionary of Criminology, The SAGE Dictionary of Criminology**, 1-608.

❋ Murata, K. (2007), **Unanswered Questions: Cultural Assumptions in Text Interpretation**, International Journal of Applied Linguistics, 17(1), 38-59.

❋ Novisky, M. A., & Peralta, R. L. (2020), **Gladiator School: Returning Citizens' Experiences with Secondary Violence Exposure in Prison**, Victims & Offenders, 15(5), 594-618.

❋ Porter, L. C. (2019), **Being "on point": Exploring the Stress-related Experiences of Incarceration**, Society and Mental Health, 9(1), 1-17.

❋ Randall, M. (2010), **Sexual Assault Law, Credibility, and "Ideal Victims": Consent, Resistance, and Victim Blaming**, Canadian Journal of Women and the Law, 22(2), 397-433.

❋ Ricciardelli, R. (2014), **Surviving Incarceration: inside Canadian Prisons**, Wilfrid Laurier Univ. Press.

❋ Ripstein, A. (1997), **Responses to Humiliation,** Social Research,

90-111.

❋ Rosenfeld, R., Jacobs, B. A., & Wright, R. (2003), **Snitching and the Code of the Street**, British Journal of Criminology, 43(2), 291-30.

❋ Sandberg, S. (2008), **Street Capital: Ethnicity and Violence on the Streets of Oslo**, Theoretical Criminology, 12(2), 153-171.

❋ Sklansky D. A. (2021), **A pattern of Violence: How the Law Classifies Crimes and What it Means for Justice**, Belknap Press of Harvard University Press.

❋ Sparks, R., Bottoms, A., & Hay, W. (1996). **Prisons and the Problem of Order**, Clarendon Press.

❋ Stephan, J. J., & Karberg, J. C. (2003), **Census of State and Federal Correctional Facilities**, Washington DC., US Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics.

❋ Toch, H. (1977), **Living in Prison: The Ecology of Survival**, Free Press.

❋ Trammell, R. (2012), **Enforcing the Convict Code: Violence and Prison Culture**, Boulder, CO. Lynne Rienner Publishers.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ۳۵۸-۳۳۱
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۰۷/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۰۹/۰۱

رَهیافت آنارشیستی به جرم‌انگاری[۱]

محمدعلی کاظم‌نظری،[۲] فیروز محمودی‌جانکی[۳]

چکیده

حقوق کیفری و جرم‌انگاری، عرصه برخورد اقتدار دولتی و حقوق و آزادی‌های شـــهروندان است؛ نظریه‌های گوناگونی با پیش‌فرض گرفتن مشروعیت اقتدار دولت، به‌عنوان نهاد پذیرفته‌شـــده برای وضع، اجرا و رسیدگی به اجرای قانون و تَبَعاً تعریف جرم، تعیین مجازات و اِعمال آن، به همراه پیاده‌ســـازی نظام عدالت کیفری، در تبیین و توجیه جرم‌انگاری و کیفرگذاری مورد بررســـی اندیشمندان این حوزه قرار گرفته اســـت. توجه به پدیدآیی مشکلاتی که این نگرش به مسأله جرم‌انگاری و کیفرگذاری ایجاد می‌نماید و نیز بررســـی تأملات فلســـفی و جرم‌شناختی بیرون از دایره پذیرش وجود دولت، با ملاحظه حق‌های اساسی شهروندان، لازم می‌آورَد که با نگاهی مبتنی بر اقتدارگریزی، با رویکردی آنارشیســـتی و مبتنی بر نفی مفهوم دولت، به‌جرم‌انگاری نگاهـــی دوباره بیاندازیـــم؛ تا علاوه بر آن‌که دریابیم از این منظر اساســـاً جرم‌انگاری امکان‌پذیـــر نخواهد بود، بلکه لازم اســـت برای تدبیر انحرافـــات اجتماعی از مکتب عدالت ترمیمی کمک بگیریم؛ امری که به نظر می‌رســـد در فضای اقتدار دولتی راه به جایی نمی‌برد؛ اما در فضای گریز از اقتدار می‌تواند راهگشا و اثربخش باشد.

واژگان کلیدی: آنارشیسم، جرم‌انگاری آنارشیستی، جرم‌شناسی آنارشیستی، عدالت ترمیمی، حقوق شهروندی.

---

۱. این مقاله برگرفته از رســـاله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول با عنوان «تأثیر اتخاذ رهیافت آنارشیستی بر جرم‌انگاری» با مشاوره آقای دکتر فیروز محمودی جانکی در دانشگاه تهران است.

۲. دانشـــجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

kazemnazari@ut.ac.ir

۳. دانشـــیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

firouzmahmoudi@ut.ac.ir

درآمد

عنوان این مقاله احتمالاً واجد نوعی تناقض به نظر برسد: جرم‌انگاری در ذات خـــود ماهیتی اقتدارگرا دارد و مبتنی بر نوعی اِعمال زور؛ هرچند به ادعا مشـــروع و یا اخلاقی اســـت؛ با این وصف، چگونه می‌توان رَهیافتی آنارشیستی که ذاتاً مبتنی بر اقتدارگریزی و نفی سلطه است، به‌جرم‌انگاری اتخاذ کرد؟

برخـــی گفته‌اند (بروکس، ۱۳۹۵: ۲۱) «نظـــام کیفری در وضعیتی بحرانی قرار دارد» و مشخصاً در ایالات متحده «بیش از پنج و شش دهم میلیون نفر از آمریکایی‌ها در زندان به سر می‌برند و یا زمانی در زندان بوده‌اند؛ این یعنی از هر سی و هفت نفری که در ایالات متحده زندگی می‌کند، یک نفر زمانی در زندان بوده اســـت که بالاترین نرخ حبس در جهان است» (Chaddock, 2003).

در این راســـتا، برخی دیگر نیز در تنقیح وجوه بحران مزبور چنین اســـتدلال کرده‌انـــد که این بحران خصلتی چند وجهـــی دارد: نه تنها دربرگیرنده مباحث مرتبط با اِعمال قانون، تحقیق و دفاع، دادرســـی یا نظام تنبیهی است؛ بلکه این بحران در کلِ حقوق کیفری و حتی حاکمیت قانون دیده می‌شود. از دید رندلف استون،[1] معارضه‌ای که میان لزوم رســـیدگی سریع‌تر و طبعاً کم‌هزینه‌تر به پرونده‌های کیفری وجود دارد، با آن‌چه اقتضاء رســـیدگی منصفانه‌ای است که لازمه مداخله در حقوق و آزادی‌های فردی است؛ یکی از تنش‌های موجود در نظام عدالت کیفری است که وضعیت آن را بحرانی ساخته است (Stone, 1991: 39).

بدین‌ترتیب، اگر اساســـاً بحرانی در نظام عدالت کیفری مشاهده شود، قاعدتاً برای بررســـی منشأ آن باید به نخســـتین نقطه‌ای بازگشت که نظام عدالت کیفری کار خـــود را آغاز می‌کند: جرم‌انگاری؛ لحظه‌ای کـــه دولت تصمیم می‌گیرد رفتاری که تا آن زمان واجد هیچ‌گونه منعی نبوده اســـت، با وضع کیفر ممنوع سازد؛ آن هم با اتخاذ تدابیری عموماً پرهزینه که از جیب ملت می‌رود و این امر باعث می‌شـــود که بخش مهمی از درآمدهای ملت با پرداخت هزینه‌های نظام عدالت کیفری در قالب مالیات از دست برود و فقری پدید آید که «مادر جرم» است (Ibid: 34).

موضوع قابل توجه این اســـت که علاوه بر ایـــن وضعیت بحرانی، دولت‌ها با

1. Randolph N. Stone

توجیه «بازدارندگی» و حفاظت از امنیت ملت و متناسب با بزه ارتکابی (حسینی و دیگران، ۱۴۰۲: ۹۶) مبادرت به جرم‌انگاری و اعمال مجازات می‌نمایند؛ در حالی که «هیچ شاهد قانع‌کننده‌ای در این باره وجود ندارد که افزایش در به‌کارگیری حبس، کاهش قابل توجهی در کاهش ارتکاب جرایم به دنبال می‌آورَد» (بروکس، ۱۳۹۵: ۸۱)؛ حتی اگر برای توجیه جرم‌انگاری و مجازات از دیگر نظریه‌ها بهره بگیریم، در این‌که وضعیت موجود بحرانی به نظر می‌رسد، تغییری حاصل نمی‌کند.

تمامی نظریه‌هایی که در تبیین و توجیه وضع موجود ارائه شده‌اند و تمامی ساختارهایی که بر مبنای پیش‌نهادهای اجرایی این نظریه‌ها بر پا گشته‌اند، در پیش‌فرضی مهم با یکدیگر اشتراک دارند و آن، پذیرش مفهومی به نام دولت، به عنوان مکان تولد، تحقق، پیاده‌سازی و اجرای حقوق کیفری است؛ اندام‌واره‌ای که بنا به تعریف، حق انحصاری کاربرد زور را به نحو مشروع درون مرزهای سرزمین مشخصی را در اختیار دارد و تَبَعاً، قانوناً از این اختیار برخوردار است که رفتارهای درست و نادرست را با شاخصی به نام «جرم‌انگاری» تفکیک کند.

بنابراین، ای‌بسا بتوان با تردید در اصل مفهوم دولت، ضرورت و مشروعیت آن، با توجه به بحران‌هایی که حتی در عملیات روزمره‌اش ایجاد می‌کند و ناکامی‌اش در حل و فصل مشکلاتی که با وعده و یا دست‌کم امید مرتفع ساختن‌شان پا به عرصه وجود گذاشته است، اصلی‌ترین پیش‌فرض تمامی رَهیافت‌ها به مسئله جرم (چه رفتاری مجرمانه است؟) را که همان انگاره دولت باشد، انکار کرد و به سوی ارائه راهکاری برای خروج از وضعیت بحرانی کنونی، با ارائه رَهیافتی مبتنی بر این انکار به‌جرم‌انگاری گام برداشت.

در این نوشتار به دنبال آن هستیم که با اتخاذ رویکردی آنارشیستی، نظام حقوق کیفری موجود را در آغازین‌ترین نقطه خود یعنی جرم‌انگاری با پرسش‌گری مواجه سازیم و با معرفی مبانی و آثار این رویکرد، خوانشی آنارشیستی از این نظام و مشخصاً این نقطه ارائه کنیم؛ فارغ از ملاحظاتی که درون نظام حقوقی کیفری موجود قابلیت طرح دارند و در چارچوب پذیرش مشروعیت نظام مزبور از زوایای شکل‌گرایی و واقع‌گرایی حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است (ساکیانی و واعظی، ۱۴۰۱: ۲۴۶).

رویکرد ما در این نوشـــتار بر اتخاذ نگاهی فلسفی بر مسئله جرم‌انگاری مبتنی است؛ چنان‌که در ادامه خواهیم آورد، این پژوهش به عنوان پژوهشی بنیادین، به دنبال نگریســـتن به این مسئله از زاویه فقدان دولت است. اقتضاء نگاه آنارشیستی به مسئله نیز همین اســـت؛ در فضای آنارشیستی، اقتدارگریزی و در غیاب دولت، جرم‌انگاری مختصات دیگری خواهد یافت که تأمل فلســـفی و معرفت‌شـــناختی درباره این بدیل نظام موجود عدالت کیفری را ضروری می‌سازد.

به وسیله این خوانش، جرم‌انگاری نوینی خارج از مغناطیس دولت امکان‌پذیر می‌شـــود که آزادی، حق بر جان و حق بر مال را تحت هر شـــرایطی محترم بشمارد؛ جرم‌انگاری نوینی که نه تنها جرم‌انگاری به معنای مرســـوم آن نیســـت؛ بلکه ای‌بسا نظام‌مندی ادعایی جرم‌انگاری موجود را نیز نداشـــته باشـــد که تنها به دنبال «کنترل» شهروندانی ذی‌حق است.

مطالعات آماری انجام‌شـــده در حوزه الغاءگرایـــی کیفری، مؤید وفور عناوین مجرمانـــه و تأثیـــر نظام عدالت کیفری بر این مســـئله به نحوی اســـت که زیان‌های مداخله‌های این نظام بیش از فواید ادعایی آن اســـت. از ســـوی دیگر، حوزه آسیب اجتماعی‌شناسی نشان می‌دهد تلاش دولت از طریق این نظام برای حل و فصل مسئله جرم با ناکامی همراه اســـت. مدعای این نوشـــتار این است که راه‌حل جایی بیرون از دایره حضور دولت جای دارد: یعنی ضرورت توجه فلسفی به ریشه معضلاتی که این دو حوزه مطالعاتی متکفل بررســـی آن‌ها هستند، اقتضا می‌کند خودِ دولت و عملکرد آن را در عرصه حقوق کیفری، با آغاز از جرم‌انگاری و با اتخاذ رهیافتی آنارشیســـتی زیر سؤال ببریم.

همین‌جا باید موضوعی را با دقت بیش‌تری از نظر گذراند: نقطه عزیمت بررسی حاضر اتخاذ نگاه آنارشیســـتی اســـت که بنا به ماهیت آن از منظر فلسفی نمی‌تواند از هیچ شکل دولت و یا سازِکار مبتنی بر اقتداری حمایت کند؛ بنابراین در فضای کنونی حکمرانی موجود که در سیطره مفهوم دولت و ساختارهای دولتی است، اساساً اجتماع اقتدارگریزی را نمی‌توان سراغ گرفت که ایده‌های مورد معرفی و بررسی در این مقاله را به محک تجربه درآورده باشد.

یکی از نقاط تمرکز این نوشـــتار آن اســـت که ایده‌های حل و فصل مســـئله

جرم، با امحا و یا محدودسازی حداکثری برخوردهای کیفری با آن (الغاءگرایی) و یا با پیش‌بینی تدابیری دیگرگون در مقابله با آن (از جمله عدالت ترمیمی) در فضای وجود مفهوم دولت بی‌نتیجه باقی می‌ماند؛ بدین‌معنا که از منظر آنارشیستی، آن‌چه با وجود دولت به دست می‌آید، عملاً فایده‌ای برای اجتماع آدمیان آزاد ندارد و حلقه‌ای بر زنجیرهایی می‌افزاید که پیش‌تر بر دست و پای آن‌ها قرار داده شده است؛ بنابراین، ضروری است از زاویه انکار مفهوم دولت به مسئله نگریست؛ دولتی که خود بر سازنده مفهوم جرم است و به پرسش کشیدن اصل مفهوم‌پردازی دولتی از رفتارهای انسانی (جرم‌انگاری) بر تأمل در جایگزین‌های بدیل واکنش کیفری به این مفهوم‌پردازی تقدم دارد. این همان رهیافت آنارشیستی به جرم‌انگاری است که در این نوشتار به دنبال پرداختن به کلیات و برخی رئوس آن هستیم.

۱. آنارشیسم سیاسی

آنارشیسم یا اقتدارگریزی را می‌توان نظریه‌ای سیاسی دانست که در توجیه اقتدار و قدرت تردید دارد؛ با ابتناء بر اهمیت آزادی فردی که اغلب آن را به عنوان آزادی از سلطه مفصل‌بندی می‌کند و متأثر از تلاش‌های تبارشناختی میشل فوکو به بدبینی به کوشش‌ها برای توجیه اقتدار دولتی دامن می‌زند.

برخی تحقیقات تلاش کرده‌اند نشان دهند که آنارشیسم اساساً به مثابه توسعه‌ای بر اندیشه سیاسی جمهوری‌خواهانه در اوایل قرن نوزدهم بوده است. گفته‌اند که آنارشیسم از بحث‌های بین لیبرال‌ها، کمونیست‌های ژاکوبن و سوسیالیست‌های جمهوری‌خواه در مورد این‌که چه چیزی باید جایگزین روابط مالکیت خصوصی بورژوایی، سلطنت و به‌ویژه اقتدار اخلاقی کلیسا شود، پدیدار شد و بعداً از سوی آنارشیست‌ها به دیگر نقاط عالم پراکنده شد (Prichard, 2018: 25).

اصطلاح آنارشیسم از نفی اصطلاح یونانی arché گرفته شده است که به معنای نخستین اصل، بنیاد و یا قدرت حاکم است؛ بنابراین آن-آرشی قاعده‌گذاریِ هیچ‌کس یا بی‌قاعدگی است. برخی استدلال می‌کنند بی‌قاعدگی زمانی اتفاق می‌افتد که همه قاعده وضع کنند که اگرچه ممکن است در وهله نخست بدبینانه به نظر برسد، با اجماع و اتفاق نظر و یا هم‌دلی، هدف‌گذاری خوش‌بینانه‌ای را فراهم می‌کند (Depuis-Déri, 2010: 14).

نقطه تمرکز آنارشیست‌ها در عرصه سیاسی بر انتقاد از قدرت دولتی استوار است و قدرت اجباری متمرکز و انحصاری را نامشروع می‌دانند؛ باکونین یکی از پدران آنارشیسم، در نقل قولی که نمونه‌ای تاریخی از این اندیشه است، می‌نویسد (Bakunin, 1990: 178): «اگر دولتی وجود داشته باشد، باید سلطه طبقه‌ای بر طبقه دیگر و در نتیجه، برده‌داری وجود داشته باشد؛ دولت بدون برده‌داری تصورناپذیر است و به همین دلیل است که ما دشمنان دولت هستیم».

مثالی دیگر که بسیار جدیدتر است، اما از حیث بُرّندگی و شدت کوبندگی نقد دولت در آن، دست‌کمی از عبارت‌پردازی قاطع باکونین ندارد، از کِیسی است که به‌عنوان یک آنارشیست اختیارگرا علیه دولت قلم می‌زند و می‌نویسد: «دولت‌ها سازمان‌های مجرمانه‌اند: همه دولت‌ها، نه صرفاً آن‌هایی که به روشنی تمامت‌خواه و یا سرکوب‌گر هستند» (Casey, 2012: 1).

اگرچه ظاهراً در خاطره جمعی بشر و نیز در تجربه زیسته‌ی آن، این فرض که فقدان اقتدار ناخوش‌آیند و یا ناپایدار است، چنان ریشه‌دار و ستبر باقی مانده است که به‌رغم تلاش‌های پُردامنه فیلسوفان آنارشیست برای ابراز تردید در مفهوم اقتدار، تصور فقدان اقتدار فوراً به‌توجیه قدرت سیاسی منجر می‌شود؛ به تعبیر معروف هابْز، در چنین شرایطی «زندگی آدمی گسیخته، مسکنت‌بار، زشت، ددمنشانه و کوتاه» است (هابز، ۱۴۰۱: ۱۸۵).

در توصیف فرمان‌روایی مشروع، نوعاً از نظریه قرارداد اجتماعی استفاده می‌شود که فرضاً در وضع اولیه با ابداع برخی شروط فرمان‌روایی را متولد می‌کند؛ با این حال، آنارشیست‌ها بر آن‌اند که ایده وضع اولیه لزوماً به‌توجیه دولت منجر نمی‌شود؛ زیرا «حتی با پذیرش کم و یا بیش مفروضات رالْز[1] درباره وضع اولیه، روشن نیست اطراف قرارداد اقتدارگریزی را برنگزینند» (Sartwell, 2008: 83).

حامیان این ایده در ادامه چنین می‌گویند که حتی اگر بپذیریم وضع طبیعی به‌اندازه‌ای هول‌ناک است که هابز به تصویر می‌کشد، «نباید عجولانه به این نتیجه برسیم که دردسرهای هرج و مرج بدتر از دردسرهایی است که تنها حکومت صلاحیت تولیدشان را دارد ... [زیرا] همان‌قدر که هرج و مرج گذراست، استبداد

1. John Rawls

[دولتی] دائمی است» (Godwin, 1793: 736).

به طور خلاصه، آنارشیسم در عرصه‌ی سیاسی اغلب به این معنا تلقی می‌شود که افراد باید بدون هیچ اصل متحدکننده و یا قدرت حاکم به‌حال خود رها شـــوند؛ با این حال، بی‌قاعدگی ممکن است زمانی هم رخ دهد که اتفاق نظر و یا اجماع وجود دارد و از این رو، نیازی به اقتدار خارجی و یا ســـاختار حکمرانی مبتنی بر دســـتور و اطاعت وجود نداشته باشد؛ چنان‌که گفته‌اند: «حکومت انسان بر انسان (به هر جامه‌ای که درآمده باشد) بی‌داد است؛ جامعه حد اعلاء کمال خود را در اتحاد نظم و بی‌نظمی می‌یابد» (Proudhon, 1840: 286).

روایتی که تاکنون از آنارشیســـم ارائه شد، روایتی پیشینی[1] است که مطابق آن اقتدار مشـــروع بر ادعایی درباره حق بر دستورِ اطاعت استوار است و در همبستگی با این ادعا، وظیفه‌ی اطاعت قرار می‌گیرد؛ بدین‌معنا که شـــخص وظیفه‌ای به اطاعت از اقتدار مشروع دارد؛ در حالی که آنارشیست‌ها دولت واجد اقتدار مشروع نمی‌دانند.

از دید یک آنارشیســـت، «هرگز دســـتورات دولتْ مشـــروع نیست که نیروی الزام‌آور اخلاقی داشته باشـــد» (Wolff, 1998: 16). ماهیت قاطعانه این ادعا بیان‌گر نســـخه‌ای از آنارشیسم مطلق و یا پیشینی اســـت. اگر دستورات دولت هرگز مشروع نباشد و هیچ تکلیف اخلاقی به اطاعت ایجاد نکند، هرگز ممکن نخواهد بود که یک دولت مشروع وجود داشته باشد.

وُلف تصور می‌کند که می‌تواند یک دولت مشـــروع مبتنی بر «مردم‌ســـالاری مســـتقیم و مبتنی بر اتفاق آراء» وجود داشـــته باشـــد؛ اما او نشـــان می‌دهد که چنین مردم‌ســـالاری‌ای «در کاربرد چنان محدود خواهد بود که هیچ امید جدی به تجســـم در یـــک دولت واقعی ندارد» (Wolff, 1998: 55) و ســـرانجام چنین نتیجه می‌گیرد (Ibid: 17): «اگر همه‌ی انســـان‌ها تعهد مستمری برای دست‌یابی به بالاترین درجه از خودمختاری ممکن داشته باشند، به نظر می‌رسد هیچ دولتی وجود نخواهد داشت که اتباع آن تعهدی اخلاقی به اطاعت از دســـتوراتش داشته باشند؛ از این رو، مفهوم یک دولت قانونی مشروع پوچ به نظر می‌رسد و آنارشیسم فلسفی ظاهراً تنها باور سیاسی معقول برای یک انسان روشنفکر است».

1. A priori

در مقابل، شـــکل کم‌تر سخت‌گیرانه‌ای از آنارشیسم (مشـــروط و یا پَسینی)[1] اســـتدلال می‌کند که دولت‌ها را می‌توان در نظـــر توجیه کرد؛ حتی اگر در عمل، هیچ دولتی یا دولت‌های بســـیار کمی واقعاً مشـــروع باشند. آنارشیسم مشروط بر این باور است که دولت‌ها در پیکربندی کنونی نمی‌توانند معیارهای توجیه خودشان را رعایت کنند، که یک اســـتدلال پســـینی اســـت (Simmons, 2001: 112)؛ هم بر مبنای یک گزارش نظری از توجیـــه دولت (به عنوان مثال، بر مبنای نظریه‌ی قرارداد اجتماعی)، و هم بر اســـاس یک گزارش تجربی از چگونگی و چرایی شکست دولت‌های واقعی در عمل.

بدین‌ترتیب، این نسخه از آنارشیسم بار اثبات توجیه اقتدار سیاسی را بر دوش حامیان آن می‌گذارد؛ آن‌طور که نوآم چامْسْـــکی[2] ایده‌ای را به‌عنوان گوهر اصلی این آنارشیســـم شناسایی می‌کند و می‌گوید: «[جوهره آنارشیسم] این عقیده [است] که بار اثبات باید بر دوش اقتدار باشـــد و اگر چنیـــن اثباتی نتواند صورت پذیرد، این اقتدار باید برچیده شود؛ البته گاه چنین اثباتی می‌تواند صورت پذیرد» (Chomsky, 2005: 178).

نگاه پســـینی به‌آنارشیسم مبتنی بر اســـتدلال نتیجه‌گرایانه است که بر جزئیات واقعیت تاریخی متمرکز می‌شـــود؛ این آنارشیســـم به ملاحظات فایده‌گرایانه متوسل می‌شود و استدلال می‌کند که دولت‌ها عموماً از لحاظ ارتقاء خوش‌بختی تعداد هرچه بیش‌تری از مردم شکســـت می‌خورند و ادعای قوی‌تر مبنی بر این مطرح می‌کند که قدرت دولتی تمایل به ایجاد بدبختی دارد.

از این رو، آنارشیســـت‌ها دولت را نهادی می‌دانند کـــه هنجارهای خود را با اســـتفاده از قوای مجریه، مقننه و قضاییـــه بر جمعیتی در یک قلمرو تحمیل می‌کند و ارکان به‌اصطلاح «سرزمینی» و «تفکیک قوا» در مطالعه مفهوم دولت عمدتاً ساختگی‌اند؛ زیرا همه عناصر دستگاه دولتی از یک قاعده پیرَوی می‌کنند: حفظ وضعیت موجود و تداوم قدرت دولت در داخل و خارج از حوزه قضایی دولت.

یعنـــی اگرچـــه دولت‌ها اَشـــکال و انـــواع گوناگونی دارند و حتـــی می‌توان

1. A posteriori
2. Noam Chomsky

شبه‌دولت‌هایی را در جهان شناسایی کرد که مطابق با معیارهای مرسوم علم سیاست، به‌عنوان دولت شناسایی می‌شوند، ولی فاقد برخی از مهم‌ترین ارکان برسازنده دولت هستند؛ با این همه، نقطه تمرکز و نقد آنارشیست‌ها دولت به مثابه یک کلیت تعریف‌پذیر است که این تعریف، در تمامی کانون‌های اقتداری که به‌عنوان «دولت» دست به وضع، اجرا و رسیدگی به اجرای قواعد می‌زنند، برقرار است و مورد نقد آنارشیستی قرار می‌گیرد.

۲. جرم‌شناسی آنارشیستی

آنارشیسم مکان هندسی تعداد فراوانی از فلسفه‌ها، نظام‌های اعتقادی و رویّه‌ها[1] است که به‌عنوان واکنشی به ظهور دولت – ملت و سرمایه‌داری در قرن نوزدهم ظهور یافته است؛ بدین‌ترتیب، آنارشیست‌ها پیش از هر چیز با این باور که دولت اجبارگر، تنبیه‌کننده، استثمارگر، فاسد و ویران‌گر است، متحد شده‌اند تا از اشکال جایگزین کمک متقابل و سازمان‌دهی داوطلبانه که غیر اقتدارگرا، غیر اجباری، غیر سلسله‌مراتبی، از نظر عملکردی خاص و غیرمتمرکز هستند، حمایت کنند (McLaughlin, 2001: 7).

آن آنارشیسمی که در حقوق کیفری؛ و مشخصاً، جرم‌شناسی، محل مراجعه و مطالعه و مداقه پژوهش‌گران است، تا با بهره‌گیری از آن بدواً تحلیل و تبیین کنند که چرا جرمی به وقوع می‌پیوندد و ریشه آن را به وجودِ دولت برسانند که با قانون‌گذاری و اجرای قانون و قضاوت‌های انحصاری‌اش اساساً جرم را پدید می‌آورَد و می‌پروراند و بعداً تجویز کنند که دولت را از میان برداریم تا شکل‌های جایگزین همکاری‌های اجتماعی بتواند شکل بگیرد، مبتنی بر نقد سازش‌ناپذیر قانون، قدرت و دولت است و مرزهای سست و گسترده‌ای دارد و ذیل عنوان «جرم‌شناسی آنارشیستی» مورد بررسی قرار می‌گیرد.

این گروه از آنارشیست‌ها انتقادات تهاجمی و «غیرمعقول» را علیه قانون و اقتدار قانونی به راه می‌اندازند؛ زیرا بارها و بارها می‌بینند که چنین اقتداری اجتماع[2] انسانی را تضعیف و تنوع انسانی را محدود می‌کند؛ بنابراین بر خلاف برخی دیگر از

1. Practice
2. Community

جرم‌شناسی‌های انتقادی یا مترقی، جرم‌شناسی آنارشیستی نه به عنوان یک انتقاد دقیق از عدالت کیفری، نه به عنوان یک «نیروی مخالف[1] وفادار» به دولت و قوانین دولتی، بلکه به عنوان حمله‌ای غیروفادارانه و غیرمحترمانه خود را معرفی می‌کند (Mazor, 1978: 49).

آنارشیسم مورد استفاده جهت تنقیح جرم‌انگاری با این رویکرد، عرصه مطالعه گروهی از پژوهش‌گران جرم‌شناسی است که خود را آنارشیست و رهیافت مطالعاتی‌شان را جرم‌شناسی آنارشیستی می‌خوانند؛ که بیش از آن‌که یک نظام فکریِ محدود باشد که توسط تعدادی متخصص اداره می‌شود، جریان پنهان انتقادی است که ممکن است همه در آن گرفتار بشوند یا نشوند؛ به این معنا، جرم‌شناسی آنارشیستی به عنوان بخشی از یک «تاریخ مخفی» طولانی و تاریک مقاومت وجود دارد، به زور یا از روی انتخاب به صورت زیرزمینی حرکت می‌کند و همیشه تحت و علیه اقتدار دولتی و قانونی جریان دارد (Marcus, 1989: 59).

جرم‌شناسی آنارشیستی نقد نسبتاً پیچیده‌ای از قانون و قانون‌مندی دولت را در بر می‌گیرد که توضیح می‌دهد چرا ممکن است ما از سرپیچی از اقتدار یا ایستادن «در برابر قانون» سود ببریم (Guerin, 1970: 13)؛ آن‌ها می‌گویند اِعمال قانون متمرکز دولتی به مردم، گروه‌ها و بافت اجتماعی که به‌آن‌ها می‌پیوندد آسیب می‌زند، حتی اگر مستقیماً «بی‌قدرتان» را هدف قرار ندهد.

به عبارت دیگر، اداره اقتدار و قانون‌مندی متمرکز دولتی، اجتماع را از بین می‌برد، ارتکاب جرم و جنایت را بدتر می‌کند و قدرت سوء استفاده‌گر دولت را در سراسر نظم اجتماعی معاصر گسترش می‌دهد و سپس، از طریق رویه‌های تبعیض‌آمیز خود، این آسیب را برای کسانی که به تَهِ این نظام رانده شده‌اند دو چندان می‌کند (Ferrell, 1998: 6).

جرم‌شناسی آنارشیستی استدلال می‌کند که دولت از نظر سیاسی بی‌طرف نیست و جرم‌شناسی نیز نمی‌تواند بی‌طرف باشد؛ در این چارچوب، جرم‌شناسان آنارشیست استدلال می‌کنند در حالی که بسیاری از جرم‌شناسان جانب قدرتمندان را می‌گیرند، سنت‌های دیگر در جرم‌شناسی، از جمله جرم‌شناسی آنارشیستی، در کنار

1. Opposition

ستمدیدگان و استثمارشدگان قرار می‌گیرند (Nocella, Seis & Shantz, 2018: 2).

در این نِحله با رویکرد آنارشیستی استدلال می‌شود که قانون بی‌فایده و مضر است، ارتکاب جرم در ابعاد بزرگ را حفظ و آسیب اجتماعی ایجاد می‌کند؛ در واقع، استدلال می‌شود مجموعه قوانین کیفری که برای مجازات و پیشگیری از «جرم» تنظیم شده است، مانع از ارتکاب جرم نمی‌شود؛ بلکه جامعه را تحقیر می‌کند؛ زیرا بدترین غرایز انسانی که در اطاعت از وضع موجود جلوه‌گر می‌شود تقویت و از سلطه دولت پشتیبانی می‌کند.

جرم‌شناسان آنارشیست برخلاف بیش‌ترِ جهت‌گیری‌های روشن‌فکرانه مدرنیستی، به خود زحمت نمی‌دهند تا وانمود کنند که نقدهای مستدل یا معقول به قانون و اقتدار قانونی وارد می‌کنند. در واقع، جرم‌شناسان آنارشیست تا حدی که ماشین‌آلات قانونی و فرهنگی دولت – ملت مدرن و تجارب انباشته زندگی روزمره تحت چنین رژیم‌های قدرتی، «عقل» و حسی از این برمی‌سازند که چه چیزی منطقی است، استدلال می‌کنند که تغییر اجتماعی اتفاقاً مستلزم «غیرمعقول» و «نیاندیشیدنی‌بودن» است؛ به‌عبارت دیگر، تا جایی که «عقل سلیم» به ما کمک می‌کند تا در ترتیبات کنونی اقتدار و قدرت محبوس شویم، به نظر می‌رسد به نفع‌مان باشد که از معناداری دست برداریم، تا تصور غیر قابل تصور داشته باشیم و امکان‌های ظاهراً ناممکن خلق کنیم.

رئوس نقد آنارشیستی را در حوزه جرم‌انگاری می‌توان به‌ترتیب ذیل به نمایش کشید:

قانون‌مندی دولتی چیزی شبیه به «اخاذی تحت حمایت دولت» است؛ دولت ماشین درآمد هنگفتی است، که به مثابه یک دستگاه اخاذی پیچیده، در خدمت خود و کسانی است که آن را اداره می‌کنند و به مانند هر عملیات اخاذی دیگری، قوانین دولتی مجموعه‌ای از راهکارها را برای اجرای بهینه آن ارائه می‌کنند؛

هزارتوی قانون‌مندی دولتی در غیاب اجتماع انسانی، مانند کلاف درهم‌تنیده‌ای از علف‌های هرز سمّی رشد می‌کند و در هر جایی قرار گیرد، تعامل سیال و متقابل انسانی را خفه می‌کند: بدین‌ترتیب، مردم برای حل و فصل هر اختلافی پای دولت را به‌میان می‌آورند؛ در نتیجه، اجتماع‌های انسانی تنزل می‌یابند و در نهایت، اتکاء

به‌قانون‌منـــدی دولتی، قدرت و اقتـــدار نظام‌های کنترل متمرکـــز را تقویت می‌کند، ظرفیت‌های اجتماع انسانی و عدالت انسانی بیرون از مرزهای آن را از کار می‌اندازد و به‌طور فزاینده‌ای تعامل انسانی را به دوگانه قانونی و غیرقانونی تنزل می‌دهد.

محصور کردن افراد و گروه‌ها در دســـته‌بندی‌های جرم و جنایت که توســـط دولت اداره می‌شود و در نظام‌های مجازات و سزای تحت مدیریت دولت، نه انسانیت بازپرورانـــه؛ بلکه مارپیچی نزولی از جنایت، جرم‌انگاری و انســـانیت‌زدایی را ترویج می‌کند: برای افراد و گروه‌هایی که توسط چنین نظامی هدف قرار می‌گیرند، این مارپیچ جدایی از جوامع غیرمجرم، هویت‌های شـــخصی و حرفه‌ای محدود، خشم و رنجش فزاینده و در نهایت تقویت ارتکاب جرم را در هم می‌آمیزد؛ برای جامعه بزرگ‌تر، این مارپیـــچ ترس از جرمی را به ارمغان می‌آورد که مورد حمایت دولتی، رســـانه‌های آن و ایدئولوژی انتقام‌جویی اســـت و در نتیجه، به غیرانسانی‌سازی و غیریت‌گرایی دامن می‌زند تا بدین‌ترتیب، نظام قانون دولتی و «عدالت» دولتی، در زندگی فردی و روابط اجتماعی بزرگ‌تر، همان مشکلاتی را تداوم بخشد که ادعای حل آن‌ها را دارد.

در درون ایـــن نظام، «حاکمیت قانون» به تکثیر ادامه می‌دهد و به‌گوشـــه‌های زندگی اجتماعی و فرهنگی هرچه بیش‌تر نفوذ می‌کند؛ قانون‌مندی دولتی نوعی سرطان بوروکراتیک را ایجاد می‌کند که در خود رشـــد می‌کند و به نوبه خود، مجموعه‌ای رو به گســـترش از دیوان‌سالاران و متفکران حقوقی را ایجاد می‌کند که برای مبهم‌کردن و تفسیرکردن به کار می‌روند. از آن‌جا که چنین کنترل‌های قانونی از نظر تعداد و پوشش افزایش می‌یابد، باعث ایجاد کندی و وقفه در انجام زندگی اجتماعی می‌شـــود و همه ما را مجبور به انحرافات مداوم در درون و اطراف خود می‌کند. به علاوه، گســـترش کنترل‌هـــای قانونی در نهایـــت آن‌چه را که قانون حمایت اندکـــی از آن را پیش‌بینی می‌کـــرد، به حال تعلیق در می‌آورد: وقتـــی هر جنبه‌ای از زندگی اجتماعی و فرهنگی بـــا کنترل قانونی و در نتیجه بـــا تعاریف دولتی از قانونی بـــودن و غیر قانونی بودن متعین می‌شـــود، همه ما به طور مستمر در برابر اِعمال شدید قدرت دولتی آسیب‌پذیر می‌مانیم؛ در نهایت با گسترش قانون‌مندی دولتی، همه ما مقصر خواهیم بود.

جرم‌شناســـان آنارشیســـت معتقدند که ارتکاب جرم ناشـــی از ســـاختارهای سرکوب و سلطه است. بر این اساس، اولویت آن‌ها اغلب نقد این ساختارها، با هدف

جای‌گزینی آن‌ها، به جای توسعه تحلیل‌های دقیق از چگونگی ایجاد جرم است؛ آن‌ها قانون را به‌عنوان یک «باج‌گیری محافظتی دولتی» تئوریزه کرده‌اند و استدلال می‌کنند که پدیده‌هایی مانند تله‌های سرعت و قوانین مصادره به طور مشابه با تهدید خشونت پشتیبانی می‌شوند. آن‌ها استدلال می‌کنند که این پدیده‌ها و پدیده‌های مشابه از ویژگی‌های همه نظام‌های حقوقی هستند که در دموکراسی‌ها و دیکتاتوری‌ها یافت می‌شوند و وجود همه‌جایی آن‌ها نشان می‌دهد که قانون از آسیب محافظت نمی‌کند؛ بلکه خود نوعی آسیب است.

جرم ناشی از ساختارهای سرکوب و کنترل است و بنابراین، اولویت آنارشیست‌ها اغلب انتقاد از آن ساختارها، با هدف جایگزینی‌شان با ساختارهایی است که خودمختاری و آزادی انسان را در صدر قرار می‌دهد؛ تا این‌که تجزیه و تحلیل‌های دقیقی را در مورد این بپرورانند که چگونه این ساختارها باعث ارتکاب جرم می‌شوند؛ آنارشیسم به نقطه نخست و لحظه‌ی اول تولد دولت و برساختن مفهومیِ جرم نظر دارد و از همین نقطه، جرم‌انگاری آنارشیستی موضوعی است که با توجهِ به‌آن‌چه تا بدین‌جا ارائه شد، می‌تواند مورد ملاحظه قرار گیرد.

۳. جرم‌انگاری آنارشیستی

جرم‌انگاری یک رفتار، جرم‌دانستن آن طی فرآیندی دولتی است؛ بدین‌ترتیب اگر رفتاری جرم باشد، از منظری مطلقاً تحقق‌گرا، قانوناً انتظار می‌رود انجام نشود (Hart, 1994: 27)؛ بدین‌معنا که قانون به‌مخاطبان آن می‌گوید اگر پی‌آمدهای تعیین‌شده به عنوان ضمانت اجرای جرم‌انگاری را نمی‌خواهند، نباید دست به ارتکاب آن رفتار بزنند (Gardner, 2007: 239) و فارغ از این‌که آن پی‌آمدها را می‌خواهند یا نه، به صِرفِ حکم قانون، لازم است از ارتکاب آن رفتار دوری کنند (Tadros, 2016: 91).

بدین‌ترتیب، جرم‌انگاری از منظری تحقق‌گرا، بیان‌گر فرایندی بیش‌تر فنی است که از طریق آن اَعمالی به عنوان جرم تعریف می‌شوند، علیه آن‌ها قانون‌گذاری می‌شود، از طریق اجرای قانون مورد تنظیم‌گری قرار می‌گیرند و از طریق دادگاه مجازات می‌شوند؛ با این حال، از منظری آنارشیستی، جرم‌انگاری فرآیندی سیاسی، اقتصادی و ایدئولوژیک است که از طریق آن افراد و گروه‌های قابل شناسایی به طور

انتخابی تحت نظارت و انضباط قرار می‌گیرند.

در نتیجه، از این منظر گفته می‌شود که «جرم» به عنوان یک مقوله‌ی کلی از رفتار انسانی دارای دو عنصر است و اگر فاقد این عناصر باشد، «جرم» نخواهیم داشت (Swain, 2018: 129). نخستین عنصر «رفتار انحرافی» است: بدین‌معنا که برای مجرمانه بودن هر رفتاری باید به عنوان نوعی خروج یا واگرایی از آن‌چه به عنوان هنجار در جامعه[1]- اجتماع پذیرفته شده است، تلقی شود.

این رفتارها تنها در صورتی به «جرم» تبدیل می‌شوند که کسانی که فرض می‌شود «حق قاعده‌گذاری» دارند، از اختیارات رسمی خود استفاده کنند تا اعلام کنند آن رفتارهای انحرافی قابل مجازات است. تنها زمانی که کسانی که فرض می‌شود «حق قاعده‌گذاری» دارند، اعلام کنند که رفتار انحرافی خاصی قابل مجازات است، آن «انحراف» به «جرم» تبدیل می‌شود.

بنابراین آن‌چه در این دسته از رفتارها قرار می‌گیرد که ما آن را جرم می‌خوانیم، با حساسیت‌های کسانی تعیین می‌شود که فرض می‌شود «حق قاعده‌گذاری» دارند و این حساسیت‌ها و هوس‌ها می‌توانند سال به سال، هفته به هفته یا حتی ساعت به ساعت تغییر کند؛ آن‌چه تا پیش از فرایند تکنیکی جرم‌انگاری صرفاً انحرافی اجتماعی قلمداد می‌شد، که می‌توانست زیان‌بار باشد و یا نباشد، می‌توانست غیراخلاقی باشد و یا نباشد، با پیش‌بینی «حق قاعده‌گذاری»، تبدیل به‌رفتاری می‌شود که قابلیت مجازات دارد.

در واقع، بر خلاف دیگر مکاتب فکری که در فضای دولت به تأمل در مفهوم جرم‌انگاری می‌پردازند و برای توجیه مفهومی که در وهله‌ی نخست شدیداً ناپذیرفتنی به نظر می‌رسد، به انبوهی از اندیشه‌ورزی‌ها دست می‌زنند تا آن را توجیه و سنخ‌بندی کرده و بتوانند در چارچوب دولت از آن دفاع کنند، جرم‌انگاری آنارشیستی به غایت ساده است و از این رو، بخش کوتاهی از این مَقال را به‌خود اختصاص می‌دهد.

از منظر آنارشیستی که مبتنی بر نقد و تردید در حق بر قاعده‌گذاری دولتی است، اساساً جرمی نمی‌تواند به وقوع بپیوندد؛ زیرا آنارشیست‌ها و جرم‌شناسان آنارشیست بر این باورند که هرگونه ادعای اقتدار مشروع دولتی در تعیین رفتارهایی

1. Society

کـــه ممنوع‌انـــد و از این رو، با ضمانـــت اجرایی به نام مجازات مـــورد برخورد قرار می‌گیرند، خطا است و ادله بـــسنده‌ای در تقویـــت و حمایت از آن نمی‌توان عرضه کرد.

از این رو، در فضای اقتدارگریزی اساســاً جرمی وجود نخواهد داشت؛ با این حال چنان‌که پیش‌تر گفتیم، یکی دیگر از ارکان برســازنده مفهوم جرم، انحرافی است که ارتکاب جرم مســتلزم آن اســت: انحراف از هنجارهای پذیرفته‌شده‌ی اجتماعی، از آن‌جــا که این انحراف برای پذیرش به عنوان انحراف در نگاهی آنارشیســتی باید واقعاً انحراف باشد تا بتوان چارچوبی برای مواجه شدن با آن اندیشید که احیاناً مغایر خودمختاری فرد انســان اســت، نیازمند تعریفی دقیق با اتکاء به عناصری اســت که آنارشیسم از آن‌ها دفاع می‌کند.

انحراف اجتماعــی در چنین فضایی، برای آن‌که بــه تک‌صدایی نیانجامد که فی‌نفســه موجب پدیدآیی سلطه و زورگویی خواهد شــد، باید در چارچوبی محلی و کوچک تعریف شــود، تا امکان دستیابی به اجماع آزادانه فراهم آید؛ در اجتماعات کوچک و محلی اســت که بدون پیش‌بینی نهادی به‌عنوان حاکم می‌توان خودمختاری انســانی را حفظ کرد، صدای انسان را شنید و ترتیباتی مبتنی بر همکاری و برابری را به‌وجود آورد.

در قیاس با دیگر مکاتبی که پیش‌فرض ناگفته حیات دولت بر سرشان سنگینی می‌کند و در این فضا به تأمل دست می‌زنند، آنارشیسم رها از بار گرانی به نام دولت به مفهوم جرم می‌اندیشــد و هرگونه جرم‌انگاری را، از آن‌جا که برون آمده از ساختار ظالمانه‌ای به‌نام دولت اســت، مفهوماً مورد تردید قــرار می‌دهد. بدین‌ترتیب، ممکن اســت پی‌آمدهای این رویکرد، با دیگر رویکردهایی که از جرم‌انگاری حداقلی دفاع می‌کنند، مشابه به نظر برسد.

این در حالی اســت که دیگر رویکردهای مدافع جرم‌انگاری حداقلی، از قبیل لیبرالیسم و لیبرتارینسم که جرم‌انگاری را به عنوان مفهومی قانونی می‌پذیرند و تنها در حدود و ثغور آن ممکن است اختلاف داشته باشند، از این زاویه با رویکرد آنارشیستی به‌جرم‌انگاری مغایرت دارند که آنارشیســم اساساً مفهومی به نام قانون را به‌رسمیت نمی‌شناسد و در جست‌وجوی مبانی دیگری برای سامان اجتماعی است؛ مبانی‌ای که

با خودمختاری انسان آزاد سازگاری مورد نیاز را داشته باشد و تعرضی به ساحت آن نباشد.

بنابراین حتی مضیّق‌ترین دایره‌های جرم‌انگاری که بزرگ‌ترین محدوده را برای آزادی انسانی در نظر می‌گیرند، در این نقطه راه‌شان را از آنارشیسم جدا می‌کنند که برای ترسیم محدوده رفتارهای مجرمانه بر عنصری به نام دولت اتکا می‌کنند که بنا به چیستی و خاستگاهش به دنبال کنترل همه‌چیز است و با ورودش به ماجرا کاری می‌کند آدمیانِ بزه‌دیده جرم به‌حاشیه بروند و دولت، به عنوان بزه‌دیده اولیه، زمامدار برخورد با مرتکب رفتار مجرمانه شود.

در مقابل، رهیافت آنارشیستی به جرم‌انگاری، از آن‌جا که اساساً مفهوم دولت و جرم‌انگاری برآمده از آن را انکار می‌کند، دسته‌بندی رفتارها به مجاز و غیر مجاز را به‌آزادی مردمان وامی‌گذارد و مخالف هرگونه دخالت بیرونی در مناسبات اجتماعی انسان‌ها با یکدیگر است که همگی آزاد هستند و از یک میزان خودمختاری برخوردار؛ لذا با اتخاذ این نگاه اصلاً نمی‌توان جرمی داشت و این اجتماعات کوچک و محلی با امکان مهاجرت آزادانه و تصمیم‌گیری اجماعی‌اند که تصمیم می‌گیرند چه رفتارهایی در محدوده تعرض به خودمختاری دیگران قرار می‌گیرد و لازم است چگونه این تعرض به خودمختاری مورد مواجهه قرار گیرد.

با این نگاه، مردمانی خواهیم داشت که در غیاب دولت، آزادانه و با اجماع توافق می‌کنند تا از ارتکاب رفتارهایی که مغایر خودمختاری‌شان است و تعرض به ساحت آزادشان به شمار می‌رود، خودداری کنند و قرار می‌گذارند که اگر مرتکب چنین رفتارهایی شدند، طرف‌های دیگر این توافق چگونه با ایشان برخورد کنند؛ در این فضا، آن‌چه تصمیم آدمیان آزاد است چگونگی حیات‌شان را معلوم خواهدکرد، نه تصمیم لِوْیاتان؛ هیولایی بیرون‌آمده از دریای جماعت‌های انسانی، برای حفاظت انسان‌ها از هم در برابر یکدیگر.

در حالی که انسان‌ها خود می‌توانند با یکدیگر زندگی کنند و سده‌ها پیش از پدیدآیی دولت‌ها در حال این زندگی بوده‌اند؛ بی آن‌که نیازمند تأمل درباره وجوه گوناگون دولتی باشند که مدعی کنترل همه وجوه زندگی انسانی و به انقیاد کشیدن آدمیان آزاد است.

٤. پی‌آمدها

از آن‌جا که جرم‌انگاری آنارشیستی حق بر قاعده‌گذاری را زیر سؤال می‌برد، منطقاً نمی‌تواند از هیچ‌گونه جرم‌انگاری‌ای دفاع کند؛ با این حال، از خشونت و یا هرج و مرج نیز حمایت نمی‌کند، بلکه خواستار آزادی همگان با حذف ساختارها و شیوه‌های ظالمانه اجتماعی از درون اجتماع‌های ماست و استدلال می‌کند نظام حقوقی فعلی و مجوزی که برای قدرت حکومتی و دولتی فراهم می‌کند، اگرچه قرار است از مردم، برای مردم و به وسیله مردم باشد؛ اما واقعیت عمل‌کرد آن تنها وجود طبقه حاکمه‌ای را تضمین کرده است که قدرت و منافع آن برای همیشه توسط نظام حاکم حفظ می‌شود (McKinney, 2012: 13)؛ زیرا در جریان تأسیس دولت، قدرتی که یک اجتماع به طور طبیعی برای حکومت بر خود دارد، به یک مقام بالاتر، یعنی دولت، داده می‌شود تا به نام اجتماع حکومت کند. این امر اجتماع را به روی سوء استفاده از قدرتی که ناشی از روابط سلسله‌مراتبی است باز می‌کند. افزون بر این، اتکاء اجتماع به دولت برای اداره‌ی امور، قدرت خود آن را تنزل می‌دهد و اجتماع و اعضاء آن را منقاد دولت می‌کند. این اتکاء به دولت و نظام حقوقی راهی غیر مستقیم برای حل تعارض ایجاد می‌کند؛ به جای این‌که افراد اختلافات خود را از طریق خودشان حل کنند، برای یافتن راه‌حل به قوانین غیر شخصی تکیه می‌کنند.

به قول کروپوتکین، «از قانون انتظار می‌رود که همه‌چیز را انجام دهد و هر قانون جدیدی یک اشتباه محاسباتی تازه است و مردم پیوسته بدین طریق می‌روند که از آن بخواهند چیزی را انجام دهد که تنها از طریق خودشان، تحصیلات‌شان و اخلاقیات‌شان می‌تواند پیش برود. در دولت‌های موجود به قانون جدید به عنوان چاره‌ای برای شرّ نگاه می‌شود. به جای این‌که خود [مردم] آن‌چه را که بد است تغییر دهند، با درخواست قانونی برای تغییر آن شروع می‌کنند» (Kropotkin, 1886: 9).

اجتماع‌هایی که قدرت خود را به دولت واگذار می‌کنند، استقلال و آزادی خود را برای تعیین گونه‌ی جامعه‌ای که می‌خواهند در آن زندگی کنند، کاهش می‌دهند؛ واگذاری قدرت اجتماع به‌حکومت دولتی غیر ضروری است؛ زیرا دلیلی برای باور این‌که دولت می‌تواند بهتر از اجتماع عمل کند وجود ندارد (McKinney, 2012: 14).

در این راستا، آنارشیست‌ها بر این باورند که ما بر اساس وجدان و توانایی ذاتی خود در استدلال‌ورزی با یکدیگر، بدون اعتماد به فرایند سلسله‌مراتبی برخاسته از طبقه حاکمی از متخصصان، قادریم شکلی طبیعی از عدالت را در بین خود به اجرا درآوریم؛ نه این‌که توجیهات دستکاری شده از قانون را بپذیریم (Kropotkin, 1886: 11).

دلیل اصلی این‌که ما اقتدار دولت را تصدیق می‌کنیم، توانایی آن در استفاده از زور به عنوان ابزاری برای اجرا پیرَوی است؛ چنان‌که تعریفی معهود از دولت از سوی ماکس وبر جامعه‌شناس آلمانی ارائه شده است: «اجتماعی انسانی که (با موفقیت) مدعی انحصار استفاده مشروع از نیروی فیزیکی در یک قلمرو معین است» (Weber, 1946: 77).

هدف اساسی نظام حقوقی فعلی حل تعارض است؛ با این حال، اختیار تصمیم‌گیری‌های آن به افرادی داده می‌شود که نفع و علاقه‌ای به این موضوع ندارند و مانع افراد دخیل برای تعیین شکل مطلوب خودشان از عدالت می‌شود. افزون بر این، اطاعت از این نظام تحت فشار اِعمال می‌شود؛ به‌جای استفاده از زور برای دستیابی به انطباق، رویکرد آنارشیستی برای حل مناقشه داوطلبانه و مبتنی بر گفت‌وگوست (Zehr, 2002: 22).

در چنین فضای بی‌دولت و اقتدارگریزی، آن‌چه به عنوان «عدالت ترمیمی» شناخته می‌شود و با وجود دولت عملاً از منظر اجرایی چندان مؤثر نمی‌افتد، می‌تواند مؤثر شود؛ زیرا مادامی که دولت وجود دارد، چنین نگاهی در تقابل با آن قرار می‌گیرد؛ دولت، بنا به فرض، کنترل‌کننده همه چیز است و چیزی از چنگال‌های کنترل‌گر آن دور نمی‌ماند.

عدالت ترمیمی به‌بیان هاوارد زِهر[1] که یکی از پیشگامان این مکتب فکری است، «فرایندی است برای درگیر کردن تا حد امکان کسانی که دارای سهمی در یک جرم خاص هستند تا به طریق جمعی نسبت به تعیین و توجه به صدمات و زیان‌ها، نیازها و تعهدات جهت التیام و بهبود بخشیدن و اصلاح امور (به اندازه‌ای که امکان‌پذیر است) اقدام کنند» (زهر، ۱۳۸۸، ۷٤).

1. Howard Zehr

به‌رغم برخی انتقادات که به‌این رویکرد وارد آمده است (فرنام، ۱٤۰۰: ٤۱۰)، ایـــن مکتب ظاهراً به عنوان مفرّی از کیفرگرایی و بســـتری بـــرای اتخاذ واکنش‌های انســـان‌مدار به رفتارهای مجرمانه نزد پژوهش‌گران مورد اســـتقبال جدی قرار گرفته است (برهانی و نوری زینال، ۱۳۹٦: ۲۰۸) و حتی برخی رد پای آن را در قوانین آیین دادرسی کیفری جست‌وجو کرده‌اند (سبزواری، ۱٤۰۱: ۱۱۳).

امـــا همه توصیف‌ها، تعاریف و انتقادهایی که به این مکتب وارد آمده اســـت، از جمله این‌که از بازدارندگی بســـنده‌ای برخوردار نیست (Ashworth, 2007: 369) و این‌کـــه نگاه همه‌جانبه‌ای را اتخاذ نمی‌کند (خاقانی اصفهانی و عبدالهی، ۱۳۹٤: ۳)، در فضایی مطرح می‌شـــود که دولت حضـــور دارد؛ حضور دولت حتی اگر به‌گونه‌ای مناقشه‌برانگیز فرض کنیم یکی از زیان‌دیدگان جرم است، ناقض یکی از اصول بنیادین عدالت ترمیمی اســـت که مطابق آن فرایند ترمیم مناسبات تخریب‌شده در اثر ارتکاب جرم در فضای برابر دنبال می‌شـــود، هیچ‌یک از دیگـــر حاضران این فرایند از قدرتی حتی نزدیک به قدرت انحصاری دولت نیز برخوردار نیست.

چنین رویکردی در نقد عدالت ترمیمی موجود حســـب بررسی‌ها یافت نشده اســـت؛ این‌که ادعا کنیم عدالت ترمیمی موجود به این علت در برآوردن اهداف خود کامیاب نیســـت که موجود بیگانه‌ای به نـــام دولت در فرایندهای آن مداخله می‌کند و اساســـاً بنا به ماهیت دولـــت هیچ فرایندی که به موضوع جرم، این برســـاخته دولتی می‌پردازد، نمی‌تواند بیرون از دایره کنترل دولتی شکل گیرد.

بنابراین به ادعای ما آن‌چه مانع اصلی تحقق ظرفیت‌های عدالت ترمیمی است، نه زمینه‌های گوناگون اقتصادی، سیاســـی، فرهنگی و اجتماعی متفاوتی است که این چارچوب در آن پیاده‌ســـازی می‌شـــود؛ بلکه وجود مفهومی اســـت به نام دولت، که مخل اجرای این فرآیند اســـت و مانع از این می‌شـــود که خودِ مردمان، برخاسته از پیش‌زمینه‌های گوناگون، حل و فصل معضلات‌شان را مسئولانه عهده‌دار شوند؛ وقتی دولت وجود دارد، خود معضلاتی را پدید می‌آورد و حتی می‌خواهد در حل و فصل این معضلات از ســـوی مردم نیـــز مداخله کند؛ در حالی که مـــردم پیش از پیدایش مفهومی به نام دولت نیز خودشان معضلات‌شان را حل و فصل می‌کردند.

بـــا این همه، در فقدان دولت، آن‌چه اصول عدالت ترمیمی خوانده می‌شـــود،

امـــکان اجرا و تحقق نتایج خـــود را خواهد یافت؛ با این توضیـــح که با محو مفهوم «جرم»، مفهوم «آســـیب» متولد می‌شود که انحراف از هنجارهای پذیرفته‌شده اجتماع است و زیانی ایجاد کرده است که نیاز به رسیدگی دارد و لازم است گروه‌هایی برای ارزیابی نیازهای آســـیب‌دیدگان تشکیل شوند و به‌آن بدین‌ترتیب پاسخ دهند (Ruth-Heffelbower, 2011: 7):

تمهید فرایندی برای برآورده‌سازی نیازهای آسیب‌دیدگان با کمک جمع؛

فراهم‌آوری حمایت اجتماعی برای کســـانی که درگیر پاسخ‌گویی به نیازهای ایجادشده توسط ایراد آسیب هستند؛

ارائه جایگزین‌هایی برای کمک به جمع در دوری از آسیب از سوی کسانی که نمی‌خواهند و یا نمی‌توانند از ایراد آسیب دوری کنند.

این اصول برای عملکرد خود به یک مقام مرکزی نیاز ندارند؛ یک مجموعه در هر ســـطحی از سازمان اجتماعی می‌تواند آن‌ها را دنبال کند. مقامات مرکزی در واقع مانعی برای اســـتفاده‌ی خوب از این اصول هســـتند؛ زیرا کسانی را که مستقیماً تحت تأثیـــر قرار می‌گیرند از فرایند حذف می‌کنند و تمایل دارند که بیشـــتر بر ســـازگاری تمرکز کنند، تا عملکرد راه حل‌های انتخاب‌شده در یک مورد خاص.

ضمن این‌که هدف این اصول اصلاً مجازات نیســـت؛ مجازات عملاً آسیب را ترمیم نمی‌کند و صرفاً ممکن اســـت یک اثر بازدارنده داشته باشد؛ اما این تقریباً تمام کاری اســـت که برای یک گروه انجام می‌دهد. اگر تنها مجازات مورد استفاده حبس باشـــد، مجازات در واقع با نیاز به حمایت اعضاء غیرمولد به روشـــی نسبتاً پرهزینه و بـــه دنبال آن نیاز به بازپروری فردی که برای مدتی در وضعیت غیرمولد نگه داشـــته شده‌است، به جمع آسیب می‌رساند.

ادعای ما این اســـت که عدالت ترمیمی چارچوبی است که به بهترین نحو در فضای بی‌دولتی اســـت که کار می‌کند؛ زیرا نیازمند هیـــچ اقتدار مرکزی‌ای برای اجرا نیست و وجود اقتدار مرکزی اتفاقاً می‌تواند مانع فعالیت صحیح در این چارچوب شود؛ با این همه، اگرچه در شرایط کنونی نیز ممکن است عدالت ترمیمی در نواحی مختلف جهـــان با وجود دولت‌ها مورد اجرا قرار گرفته و حتی بعضاً نتایج امیدوارکننده‌ای نیز به دنبال آورده باشـــد، آن‌چه مدعای ماســـت تحقق کامل ظرفیت‌های این رویکرد در

فضای گریز از اقتدار دولتی است.

با وجود دولت، اجرا رویه‌های مبتنی بر عدالت ترمیمی افزون بر این‌که مشتمل بر نوعی تناقض روش‌شـــناختی اســـت، از نظر نتایج نیز به حداکثر ظرفیت‌های خود دست نمی‌یابد؛ زیرا در غیاب دولت هم از بخش قابل ملاحظه‌ای از عناوین مجرمانه خبری نیست و هم عنصر قدرتمند بیگانه‌ای وارد مناسبات ترمیمی نمی‌شود که اجرای این روال را دچار اختلال نماید.

در غیـــاب دولت، ارتکاب انحرافات اجتماعی تنها ناقض حقوق و آزادی‌های فردی انســـان‌ها اســـت؛ تنها رفتار غیرمجاز نقض حق‌های اساســـی انسان‌هاست، که خودِ انســـان‌ها از موضعی برابر با اجرا روال‌های عدالت ترمیمی به ترمیم مناســـباتِ تخریب‌شده در اثر ارتکاب آن رفتار در ابعادی کوچک و محلی می‌پردازند. این ترمیم مناسبات دور از مداخلات دولتی صورت می‌گیرد و بنابراین، آزادانه و برابر است؛ به همین سبب است که نمی‌تواند با وجود دولت مداخله‌گر قدرت‌مند به نتیجه مطلوب دست پیدا کند.

برآمد

۱- به عنوان سنّتی قابل احترام که آزادی انسان را در قلب خود جای می‌دهد و با همه گونه‌ها و انواع سلطه، اقتدار، سلسله مراتب، حکمرانی و دیگر عناوین مشابه، که زور و مخالفت با خودمختاری انسانی در ذات‌شان تعبیه شده است، اقتدارگریزی و یا آنارشیسم منطقاً با جرم‌انگاری و همه انواع آن سر ناسازگاری دارد و نگاه آن به حوزه جرم‌انگاری نیز با الغاء همراه است؛ چون جرم را کسانی وضع، تعیین و تعریف می‌کنند که حق‌شان بر محدودسازی رفتار انسان ثابت نشده است و مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ بنابراین اساساً نمی‌توان سخنی از جرم با نگاه آنارشیستی به میان آورد. این رویکرد به معنای آن نیست که همه‌ی رفتارها مجازند. از آن‌جا که همه‌ی آدمیان با یکدیگر برابرند و به یک اندازه خودمختاری دارند و از این رو، به عنوان کنش‌گر اخلاقی مورد احترام‌اند، هیچ رفتاری ممنوع نخواهد بود؛ مگر این‌که تعرضی به حریم دیگر آدمیانِ آزادِ مختار به شمار آید و در محدوده‌ای کوچک و محلی، انحراف باشد. روشن است که در این میان نمی‌توان سخنی از مفهوم «جرم» به‌میان آورد؛ زیرا بنا به تعریف، جرم پدیداری است که بدون دولت نمی‌تواند وجود داشته باشد و این به دلیل آن است که وجود مفهوم جرم مستلزم وجود مفهوم مجازات است، که در ذات خود پدیداری است دردناک و مشتمل بر ایراد صدمه/آسیب/زیان عمدی، البته با ترتیبات قانونی. در این رویکرد، از آن‌جا که اصالت با آزادی انسان است، محدوده رفتارهای مجاز در موسع‌ترین حالت خود و محدوده رفتارهایی که مورد منع قرار می‌گیرد، در مضیق‌ترین وضعیت خود به سر می‌برد؛ مادامی که به صراحت و به صورت عینی و قابل اندازه‌گیری نتوان گفت رفتاری خودمختاری انسان دیگری را نقض کرده است، آن رفتار ممنوع نخواهد بود. فارغ از جرم‌زدایی از تمامی رفتارهای مجرمانه کنونی، قبیح بودن بسیاری از آن‌ها نیز از میان برداشته می‌شود؛ رفتارهایی که بیش و پیش از آن‌که نقض هنجارهای اخلاقی، با هر اتخاذ مکتبی در اخلاق ، به شمار آیند و یا این‌که مردمان آن‌ها که دست به ارتکاب‌شان می‌زنند سرزنش و شماتت کنند، برای پاسداری از حریم امن دولتی مورد منع قرار گرفته‌اند و تحریم و تجریم و ممنوع شده‌اند که خود اصلی‌ترین عامل بروز ناهنجاری‌های اجتماعی است و مهم‌ترین و بزرگ‌ترین تهدید و تحدیدکننده خودمختاری نوع بشر.

۲- از آن‌جـا که سـاختارهای مبتنـی بر همکاری دوسـویه و بدون هرگونه سلسـله‌مراتب، برای تمهید زیسـت اجتماعی ضروری‌اند و اقتدارگریزی منافاتی با همبستگی گروه‌های انسانی برای دست‌یابی به اهداف جمعیِ مبتنی بر تعاون ندارد؛ اما با بزرگ شدن ابعاد این ساختارها، ماهیت غیرسلسله‌مراتبی‌شان جای خود را به اعلان رضایت از طریق نمایندگی می‌دهد که همین حالا نیز تحت عنوان دولت مردم‌سـالار در دنیا مشـغول حکمرانی است و آماج انتقادهای آنارشیسـتی، قاعدتاً ساختارهای هماهنگ‌کننـده باید به نحوی عمل کنند کـه کوچک و محلی باقی بمانند. کوچک و محلی باقی ماندن سـاختارهای هماهنگی تلاش‌های جمعی انسـان‌ها، امکان این‌که همگـی با تصمیمـی موافق و یا مخالف باشـند و یا در هر حـال بتوانند آزادانه در تصمیم‌سـازی‌ها و تصمیم‌گیری‌هایی که بر زندگی‌های‌شان اثرگذار است نقش‌آفرینی کنند و اثرگذار باشـند، فراهم می‌کند؛ بزرگ‌شـدن سـاختارها آن‌ها را کُند، ظالمانه، پُرهزینه و مبتنی بر سلطه‌گری و استثمار خواهد ساخت.

۳- در محدوده رفتارهای منع‌شـده، الگویی که به نظر می‌رسد با این سازِکار مطابقت داشـته باشـد، رویکردی اسـت که به نام «عدالت ترمیمی» مطرح است و برای عملکـرد خود به یک مقام مرکـزی نیاز ندارد. یک مجموعه در هر سـطحی از سـازمان اجتماعـی می‌تواند این رویکرد را دنبال کنـد و مقامات مرکزی در واقع مانعی برای اسـتفاده خوب از آن هسـتند؛ زیرا کسانی را که مستقیماً تحت تأثیر قرار می‌گیرند از فرایند حذف می‌کنند و تمایل دارند که بیش‌تر بر سـازگاری تمرکز کنند تا عملکرد راه حل‌های انتخاب‌شده در یک مورد خاص. این نظریه مترقی و انسان‌گرا نمی‌تواند به‌آن‌چه به دنبال آن می‌گردد، که همانا ترمیم روابط اجتماعیِ تخریب‌شـده در پیِ ارتکاب جرم باشـد، دسـت یابد و روش‌شناسی و هستی‌شناختی‌اش ناقص و بی‌سرانجام است؛ زیرا مادامی که دولت وجود دارد، بنا به چیستی‌اش که «کنترل» همه چیز اسـت و هیچ چیزی بنا به تعریف نمی‌تواند از سیطره‌اش دور بماند، فرآیندهای مزبـور نه تنهـا از منظر منطقی ناتمام و نابسـنده و ناهم‌سـاز خواهندبود که از نظر کارکردی هم بدون فایده خواهند ماند.

٤- بر خلاف دیگر سـنت‌های فکری آزادی‌خواهانـه‌ی تأمل درباره جرم از قبیل لیبرالیسـم و لیبرتارینیسـم که در محدوده‌ی قانون به دنبال محدودسازی دولت

و جرم‌انگاری حداقلی‌اند، رویکرد آنارشیستی با انکار مفهوم دولت، مفهوم قانون و مفهوم جرم، تصمیم‌گیری درباره‌ی رفتارهای انحرافی را به مردمان وامی‌گذارد که با اجماع در جوامع کوچک محلی تصمیم بگیرند چه رفتارهایی مغایر خودمختاری انسان‌های آزاد هستند و چگونه باید با آن‌ها مواجه شد. در فضای بی‌دولتی، آن‌چه بر جای می‌ماند گروه‌هایی از انسان‌ها هستند که رأساً و نه با ترتیبات نمایندگی، درباره سرنوشت جمعی‌شان تصمیم می‌گیرند؛ گروه‌هایی که نمی‌توانند خودمختاری اعضایشان را لکه‌دار کنند و آن‌ها را دچار استحاله در جماعت‌های توده‌ای نمایند؛ گروه‌هایی که اساساً نمی‌توانند رفتاری را به نام «جرم» ممنوع کنند؛ بلکه تنها ارتکاب رفتارهایی در آن‌ها غیر مجاز است، که مغایر خودمختاری آدمیان، آن هم به تشخیص اجماعی همه اعضا گروه به شمار می‌رود. این‌جا همان نقطه‌ای است که وجه تمایز اصلی رویکرد آنارشیستی به جرم با دیگر رویکردهایی آشکار می‌شود که ظاهراً به دنبال تضییق محدوده رفتارهای مجرمانه‌اند؛ اما در واقع نمی‌توانند به دست و پای هیولای دولت غُل و زنجیر ببندند؛ زیرا زمانی که به دولت قدرت اعطاء می‌شود، دیگر نمی‌توان آن قدرت را محدود کرد؛ بلکه این دولت خواهد بود که تعیین می‌کند مرزها و محدوده اِعمال قدرت آن کجاست و به نام مصلحت، خیر عمومی، نفع همگانی و دیگر عناوین پُرطَمطَراق، آزادی را قربانی می‌کند. در مقابل، راهکار آنارشیستی اساساً مفهومی به نام دولت را انکار می‌کند؛ آنارشیست‌ها بنابراین نیازی به تأمل درباره نحوه تعامل با دولت در چارچوب دولت ندارند.

۵- راه رویکردهای قانونیِ حداقلی به جرم، با رویکرد آنارشیستی به‌آن، این‌جا از هم جدا می‌شود که رویکردهایِ نخست مفهوم دولت، مفهوم قانون و مفهوم جرم را می‌پذیرند و در محدوده آن در تلاش برای حفاظت از حقوق آدمیان هستند؛ در مقابل، رویکرد آنارشیستی اصل این مفاهیم را انکار می‌کند و تصمیم‌گیری در خصوص نحوه رفتار آدمیان با یکدیگر را به‌خودشان واگذار می‌کند؛ بی‌آن‌که سخنی از مفهوم جرم در میان باشد، آدم‌های آزاد و خودمختار تصمیم می‌گیرند با یکدیگر چگونه رفتار کنند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* بروکس، تام (۱۳۹۵)، **مجازات**، برگردان: محمدعلی کاظم‌نظری، تهران: میزان.

* برهانی، محسن و نوری زینال، المیرا (۱۳۹۶)، **دانش‌نامه عدالت ترمیمی**، تهران: میزان.

* حسینی، سید حمید و محمودی جانکی، فیروز و پاکزاد، بتول (۱۴۰۲)، «**حق بر مجازات‌نشدن؛ چیستی و هستی**»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* خاقانی اصفهانی، مهدی و عبدالهی، سامان (۱۳۹۴)، «**مجازات نظارت الکترونیکی؛ خلاقیتی میان‌رشته‌ای در کیفرشناسی، علوم انتظامی، سیاست جنایی**»، دانش انتظامی لرستان، شماره ۳.

* زهر، هوارد (۱۳۸۸)، **کتاب کوچک عدالت ترمیمی**، برگردان: حسین غلامی، تهران: مجد.

* ساکیانی، زهرا و واعظی، سید عباس (۱۴۰۱)، «**اثرسنجی سوگیری‌های شناختی بر کیفیت عدالت در تصمیم‌گیری قضات دادگاه‌های کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.

* سبزواری، عبدالکریم (۱۴۰۱)، «**سازوکارهای اجرایی و چالش‌های عدالت ترمیمی در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲**»، مطالعات میان‌رشته‌ای فقه، شماره ۷.

* فرنام، حکیمه (۱۴۰۰)، «**انتقادات وارد بر عدالت ترمیمی**»، حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۲۰.

* هابز، توماس (۱۴۰۱)، **لویاتان**، برگردان: حسین بشیریه، تهران: نی.

ب. انگلیسی

* Andrew Ashworth (2007), **"Is restorative justice the way forward for criminal justice ?"**, Restorative justice How it work?, Marian Liebmann (ed.), London: Jessica Kingsley Publishers.

* Bakunin, Mikhail, (1990), **Statism and Anarchy**, Translated by Marshall S. Shatz, Cambridge: Cambridge University Press.

❋ Casey, Gerard (2012), **Libertarian Anarchy: Against the State**, London: Bloomsbury.

❋ Chaddock, Gail Russell (2003), **"US notches world's highest incarceration rate"**, The Christian Science Monitor: Washington.

❋ Chomsky, Noam (2005), **Chomsky on Anarchism**, Barry Peterman (ed.), Oakland: AK Press.

❋ Depuis-Déri, Francis (2010), **"Anarchy in Political Philosophy"**, New Perspectives on Anarchism, Lanham: Rowman and Littlefield.

❋ Ferrell, Jeff (1998), **"Against the Law: Anarchist Criminology"**, Social Anarchism, 25.

❋ Gardner, John (2007), **Offences and Defences**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Godwin, William (1793), **An Enquiry Concerning Political Justice**, volume 2, London: G. G. J. and J. Robinson.

❋ Guerin, Daniel (1970), **Anarchism**, New York: Monthly Review.

❋ Hart, Herbert, L. A. (1994), **The Concept of Law**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Kropotkin, Peter (1886), **Law and Authority**, The Anarchist Library.

❋ Marcus, Greil (1989), **Lipstick Traces: A Secret History of the Twentieth Century**, Cambridge: Harvard University Press.

❋ Mazor, Lester J. (1978), **"Disrespect for Law"**, Roland J. Pennock and John W. Chapman (eds.), Anarchism, New York: New York University Press.

❋ McKinney, Coy (2012), **An Anarchist Theory of Criminal Justice**, The Anarchist Library.

❋ McLaughlin, Eugene (2001), **"Anarchist Criminology"**, The Sage

Dictionary of Criminology, Eugene McLaughlin and John Muncie (eds.), London: Sage Publications Ltd.

❋ Nocella, Anthony J., Mark Seis, and Jeff Shantz (eds.) (2018), **Contemporary Anarchist Criminology: Against Authoritarianism and Punishment**, New York: Peter Lang.

❋ Prichard, Alex (2018), **"Freedom"**, Carl Levy and Matthew S. Adams, (eds.), The Palgrave Handbook of Anarchism, New York: Palgrave MacMillan.

❋ Proudhon, Pierre-Joseph (1840), **What is Property? First Memoir**, Benjamin R. Tucker (trans.), Princeton: Benjamin R. Tucker.

❋ Ruth-Heffelbower, Duane (2011), **"Anarchist criminology: a new way to understand a set of proven practices"**, Paper presented at the Academy of Criminal Justice Sciences annual meeting: Toronto.

❋ Sartwell, Crispin (2008), **Against the State: An Introduction to Anarchist Political Theory**, Albany: Suny Press.

❋ Simmons, A. John (2001), **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**, Cambridge: Cambridge University Press.

❋ Stone, Randolph N. (1991), **"Crisis in the Criminal Justice System: The Socioeconomic Struggle for Equality"**, 8 Harvard Blackletter Journal.

❋ Swain, Sean (2018), **"On Crime and Deviance"**, Contemporary Anarchist Criminology: Against Authoritarianism and Punishment, Anthony J. Nocella, Mark Seis, Jeff Shantz (eds.), New York: Peter Lang.

❋ Tadros, Victor (2016), **Wrongs and Crimes**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Weber, Max (1946), **From Max Weber: Essays in Sociology**, H. H. Gerth and C. Wright Mills (trans. and eds.), New York: Oxford

University Press.

❋ Wolff, Robert Paul (1998), **In Defense of Anarchism**, Berkeley: University of California Press.

❋ Zehr, Howard (2002), **The Little Book of Restorative Justice**, New York: Good Books.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲۴/ صفحات: ۳۸۴-۳۵۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

نقد سیاست کیفری تقنینی در برابر کودک‌کامی مجازی

علی‌مراد حیدری[1]

چکیده

سوء استفاده جنسی نسبت به اطفال و نوجوانان، از بدترین اشکال کودک‌آزاری است که رشد نگران‌کننده کمّی و کیفی و نیز پیامدهای جبران‌ناپذیر آن بر جسم و روان کودک، موجب جرم‌انگاری این رفتارها و برخورد سخت‌گیرانه و غیرارفاقی با آن در بیشتر نظام‌های حقوقی شده است. در ایران نیز، اقسام سوء استفاده‌های جنسی از اطفال، به‌ویژه قالب نوپیدای «کودک‌کامی مجازی»[2] به معنای برقراری ارتباط در فضای مجازی با هدف آزار جنسی یا ارتباط جنسی با خردسالان، در ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ جرم‌انگاری شده است.

این نوشتار از نوع توصیفی تحلیلی است و به آسیب‌شناسی قوانین در پرتو چالش‌های اجرایی می‌پردازد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که چالش‌های سیاست تقنینی در خصوص کودک‌کامی مجازی، از یک سو ناشی از ابهامات مفهومی و موضوعی و اشکالات درون‌متنی و برون‌متنی بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان است؛ و از سوی دیگر، کاربستِ سازکارهای ارفاقیِ مبتنی بر درجه جرم مانند تعویق، کیفر جایگزین و عفو، ناکارآمدی سیاست کیفریِ تقنینی در مقابله با این پدیده را در بر می‌گیرد.

واژگان کلیدی: سیاست تقنینی، سوء استفاده جنسی، کودک‌کامی، روابط جنسی مجازی، گفت‌وگوی جنسی مجازی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

a.m.heydari@um.ac.ir

2. Children Sex Chat.

درآمد

گسترش شـــتابان فضای مجازی، در حوزه اجتماعی آســـیب‌های فراوانی به وجود آورده اســـت؛ در این بین، کودکان و نوجوانان که کاربران ناآگاه و آسیب‌پذیر این فضا هســـتند، بیشتر در معرض بزه‌دیدگی قرار دارند؛ از جمله این آسیب‌ها، سوء اســـتفاده جنسی از کودکان است که به گفته برخی ظالمانه‌ترین تجربه انسانی است و بیست و پنج درصد موارد کودک آزاری را شامل می‌شود (بخردی نسب، ۱۳۹۷: ۷۷)؛ از جمله مصادیق سوء استفاده جنسی از کودکان، کودک‌کامی مجازی است؛ به گونه‌ای که هر روزه نمونه‌های بســـیاری از ارتباط‌گیری با کودکان در فضای مجازی با اهداف یا محتوای جنسی نمایان می‌شود.[۱]

کودک‌کامی یا گرایش جنســـی به کودکان، ناهنجاری روانی برگشـــت‌پذیری اســـت که در علم روان‌شناسی با عنوان «پدوفیلی»[۲] از آن یاد می‌شود و به عنوان یکی از اختلالات روانی دسته‌بندی شده توسط انجمن روان‌شناسی آمریکا[۳] مورد شناسایی قرار گرفته اســـت (Jenkins, 2001: 79). مبتلایان به این اختلال بیشتر مرد هستند و غالباً به هر دو جنس دختر و پســـر گرایش دارند؛ دوسوم قربانیان آن‌ها دختران هشت تا یازده ســـال هســـتند؛ اما زنان مبتلا به پدوفیلی نیز کم نیستند؛ با این تفاوت که آنان بیشتر به دنبال نزدیکی هیجانی و پیدا کردن حس و لذت جنسی هستند؛ اما در بیماران مرد، افزون بر لذت جنسی، مسائل دیگری چون احساس قدرت، سلطه‌جویی، آزار و پرخاش‌گری نیز وجود دارد (Antonova, E. YT, 2018: 865).

در مورد انحراف جنســـی کودک‌آزاری، الگوهای مختلفـــی وجود دارد. وفق آمارهای موجود، نود و شـــش درصد از پدوفیلی‌ها دگرجنس‌گرا هستند و در هنگام چنین رابطه‌ای الکل مصرف کرده‌اند. در جوامع ســـنتی، انحراف کودک‌آزاری به‌ویژه از طرف منحرفین مرد، به صورت رابطه جنســـی مقعدی مرســـوم است (Jordan &

---

۱. هر چند بخش بزرگ این جرائم ناشـــناخته باقی می‌ماند؛ اما مواردی که در فضای عمومی بازتاب می‌یابد، از اهمیت این جرم حکایت دارد؛ ارتباط زنده غیراخلاقی اینســـتاگرمی بلاگر زن با نوجوانی چهارده ســـاله در آذرماه ۱۳۹۹ و ترغیب دختری در فضای مجازی برای رفتن به شهرستانی دیگر به بهانه ازدواج و سپس ضرب و جرح دختر توسط پسر مذکور در همان سال، نمونه‌هایی از این دست است.

2. Pedophilia

3. American Psychological Association (APA)

others, 2020: 423)؛ این در حالی است که کودک‌کامی مجازی که گونه جدیدی از این انحراف جنسی است، بیشتر در قالب گفت‌وگوی جنسی مجازی[1] یا رابطه جنسی مجازی[2] نمایان می‌شود و علل آن، محدودیت‌های موجود در دنیای واقعی برای ارضای نیازهای جنسی، تنوع، سهل‌الوصول بودن گفت‌وگوی جنسی مجازی و حتی ماجراجویی جنسی است که افراد را به «رابطه جنسی مجازی» با استفاده از چت و امکانات صدا و دوربین و همچنین التذاذ تلفنی می‌کشاند (مختاری و ملک احمدی، ۱۳۹۶: ۸۹).

اهمیت موضوع از این جهت است که صدمات جسمانی و روانی وارد بر کودکان بسیار بیشتر از بزرگسالان است و معمولاً موجب تغییر الگوی رفتاری کودک در سنین بعدی می‌شود. در این قسم انحراف جنسی، مجرم به راحتی می‌تواند به صورت ناشناس به مکالمه و گفت‌وگو بپردازد و کودک نیز فارغ از هر گونه دغدغه یا اندیشه از آینده شوم در انتظار خود، به سادگی در دام می‌افتد (Sieber, 2000: 20). به گفته برخی، بزرگترین تهدید برای کودکان، آن است که کودک‌آزاران و افراد خطرناک دیگر می‌توانند از طریق اینترنت و با ارسال پست الکترونیک یا چت کردن، قربانیان خود را جذب کنند و آن‌ها را در دنیای واقعی به دام بیندازند (جینادی، ۱۳۸۲: ٤١ـ٤٢). این افراد کودکان را وادار به مکالمات تلفنی آزاردهنده جنسی می‌کنند و در اتاق‌های گفت‌وگو به دنبال قربانیان خود می‌گردند (نورنوروزی، ۱۳۹۵: ٦٤).

تاکنون پژوهشی در خصوص «کودک‌کامی مجازی» انجام نشده و تحقیقات موجود، ناظر به سوء استفاده جنسی سنتی از کودکان و یا هرزه‌نگاری اینترنتی کودکان بوده است.

در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، مصادیق متعددی از سوء استفاده جنسی از اطفال و نوجوانان را جرم‌انگاری کرده است که یکی از آن‌ها «کودک‌کامی در فضای مجازی» به شرح مذکور در بند ۹ این ماده است. پرسش این است که، کارآمدی سیاست کیفری تقنینی

1. Sex Chat
2. Cyber Sex

در برابر کودک‌کامی مجازی، با چه چالش‌هایی مواجه است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد کاربست قضایی این مقرره با چالش‌هایی روبه‌رو است که ناشی از ابهامات و اشکالات متعدد متن ماده و نیز تعارض بین قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ در این موضوع است. افزون بر این، به کارگیری سازِکارهای ارفاقی مانند تعلیق تعقیب، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای حکم، تخفیف مجازات، مجازات جایگزین حبس و توبه، کارآیی مقررات برخورد با کودک‌کامی مجازی را تضعیف کرده است.

۱. ابهامات قانونی

در بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، برقراری ارتباط با طفل و نوجوان در فضای مجازی به منظور هرگونه آزار جنسی یا ارتباط جنسی نامشروع مستوجب مجازات تعزیری درجه شش دانسته شده است. با وجود عبارت نسبتاً کوتاه این بند و تصور اولیه صریح بودن منظور مقنن، ابهامات چندی در این خصوص وجود دارد که به آن می‌پردازیم.

۱-۱. ابهام در مفهوم برقراری ارتباط

در پیوند با مفهوم «ارتباط»، پرسش نخست این است که آیا برقراری ارتباط در فضای مجازی منحصر به آغاز یک رابطه به نحو ابتدایی است و یا آن‌که شامل پاسخ متقابل به درخواست ارتباط از طرف کودک هم می‌شود؟ اهمیت این موضوع از این جهت است که پدوفیلی‌های حرفه‌ای به گونه‌ای عمل می‌کنند که با تحریک کودک یا نوجوان، درخواست رابطه از جانب کودک صورت گیرد و به سبب طرح چنین درخواستی، از تبعات این رفتار خود رهایی یابند (Vaerwaeter, 2022: 307). هر چند عبارت «برقراری ارتباط» به ضمیمه «به منظور ارتباط جنسی نامشروع»، ظهور در تصمیم ابتدایی و سپس اقدام در اجرایی کردن آن تصمیم دارد و تفسیر مضیق و به نفع متهم نیز مقتضی همین برداشت است، اما اطلاق عبارت و تفسیر منطقیِ غایت‌محور در راستای حمایت از اطفال در فضای مجازی، مقتضی شمولیت جرم بر هر دو گونه «ارتباط‌گیری» و «ارتباط‌دهی» است.

پرسش دوم این است که، آیا ارتباط مستلزم تقابل و طرفینی بودن رابطه است و یا آن‌که اقدام یکجانبه به برقراری ارتباط، بدون پاسخ متقابل نیز مشمول این عنوان

اســـت. به عنوان مثال، اگر فردی مطالب یا تصاویر جنسی تحریک‌کننده از خود را در قالب پستی الکترونیکی برای کودکی ارسال و از وی درخواست رابطه کند؛ اما طرف مقابل پاسخی ندهد و اقدام به شکایت کند، آیا جرم مورد نظر محقق شده است؟ ظاهر عبارت این است که تنها اقدام به ارتباط از سوی متهم برای تحقق جرم کافی است و نیازی به پاسخ متقابل کودک یا نوجوان نیست.

پرسش سوم آن‌که، چنانچـه کودک یا نوجوان هم به ارتباط موصوف رضایت داشته باشد و یا حتی آغازکننده ارتـباط باشد، آیا باید این رفتار در زمره «جرائم بدون بزه‌دیده»[1] شمرده شده و خارج از چـارچوب سیاسـت کیفری مورد بررسی قرار گیرد.

صـــرف نظر از عدم اعتبار رضایت افراد نابالـــغ، حتی در خصوص افراد بالغ کمتر از هجده سال نیز به باور بـسیاری از حقوق‌دانان (Pitzen, 2020: 2)، به جهت پیامدهای اخلاقی اجتماعی جبران‌نـــاپذیر این رفتـارها، ورود ضرر و حداقل آسیب روحی و شـــخصیتی مفروض انگاشته شده و در نتیجه، رضـــایت نوجوان نمی‌تواند این رفتارها را در زمره جرائم بدون بزه‌دیده درآورد و وصف کیفـــری را از این رفتار بزداید.

آنچـــه نگرانی در خصوص تأثیر رضایت کودک را بیشـــتر می‌کند، آن اســـت کـــه به گفته محققان، پدوفیل‌ها در تلاش بـــرای پذیرش و ورود به جامعه LGBT[2] هســـتند. جامعه مورد اشـــاره در آمریکا این ادعا را مطرح می‌کنند که پدوفیلی‌ها باید زیرمجموعه آنان قرار گیرند و چنانچه این رابطه با اجازه و درخواســـت کودک باشد، نباید اقدام مجرمانه‌ای شناخته شـــود (سماواتی پیروز و بیگدلی، ۱۳۹۹: ۱۶). نگرانی دیگر، اقدامات طرفداران آزادی‌های اجتماعی است؛ به عنوان مثال، زمانی که در سال ۱۹۹۶ کنگره آمریکا لایحه رئیس جمهور وقت مبنی بر قانون نزاکت ارتباطات موسوم بـــه CDA[3] را که در آن پورنوگرافی از کودکان جرم‌انگاری شـــده بود تصویب کرد، بی‌درنگ اتحادیه آزادی‌های مدنی آمریکا[4] با اســـتناد به اصلاحیه اول قانون اساســـی، این قانون را خلاف متن صریح اصلاحیه دانســـت؛ هر چند در پرونده رنو بر ضد این

1. Victimless Crimes
2. The Lesbian, Gay, Bisexual Transgender Community.
3. Communications Decency Act
4. American Civil Liberties Union (ACLU)

اتحادیـــه[1] دیوان عالی آمریکا قانون CDA را خلاف قوانین موضوعه ندانســـت و در نهایت، پورنوگرافی را جرمی خلاف اخلاق عمومی معرفی کرد (غمامی، ۱۳۸٤: ۵۳)، اما مقاومت‌های طرفداران آزادی و اصل حاکمیت اراده گاه و بی‌گاه به‌ســـان مانعی در این راه خودنمایی می‌کند.

۲-۱. ابهام در مفهوم آزار جنسی

در بنـــد ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ برقراری ارتباط با طفل و نوجـــوان در فضـــای مجازی به منـــظور «هر گـونه آزار جنسی» جرم‌انگاری شده است؛ اما مفهوم آزار جنسی و دامنه آن روشـــن نیســـت. چنانـچه «آزار جنسی» به ناخوشاینـــدی ارتباط تفـــسیر شود؛ آن‌گـــونه که بعضی گفـته‌اند (Dictionary Britannica, 2023 ذیـــل واژه sexual abuse)، بـــا توجه به جذابیت دیداری یا شـــنیداری مفاهیم و موضوعات جنســـی، دامنه مصادیق آزار جنسی بسیار محدود خواهد بود و چنانچه «آزار جنســـی» به عدم رضایت طفل و نوجوان تفســـیر شود؛ آن‌گونه که برخی دیگر معتقدند (Cambridge Dictionary, 2021: ذیل واژه sexual abuse)، جـــدای از عدم اعتبـــار رضایت طفل و در حکم عدم رضایت بودن آن، اساســـاً در قوانین آمره و مقررات کیفری، رضایت بزه‌دیده نمی‌تواند وصف جرم بودن یک رفتار را بزداید.

ارتباط جنســـی در فضای مجازی اغلب با تماشاگری جنسی[2] یا عورت‌نمایی[3] همراه اســـت. برخـــی نظام‌های حقوقی در مـــورد رفتارهایی ماننـــد عورت‌نمایی یا چشـــم‌چرانی برخورد ســـخت‌گیرانه دارند؛ برای مثال، در ایالات متحده این جرم از مصادیق مســـئولیت کیفری مطلق یا بدون تقصیر[4] اســـت و مرتکب حتی در صورت جهل به صغیر بودن طرف مقابل هم مجرم شـــناخته می‌شود (Dillon, 2022: 551)،

---

1. Reno v. American Civil Liberties Union: 521 U.S. 844 (1997)

۲. تماشـــاگری جنسی یا چشم‌چرانی (Voyeurism)، احســـاس اجبار برای دید زدن دزدکی دیگران اســـت. فرد مبتلا به تماشاگری جنسی، نیاز غیرقابل مقاومت و تکرارشونده‌ای برای دید زدنِ دزدکی دیگران از پشت پنجره‌ها یا درها، در توالت‌های عمومی، پارک‌ها، یا ساحل‌های دریا دارد و از تماشای رابطه جنسی دیگران بسیار لذت می‌برد (ساراسون و ساراسون، ۱۳۹۰: ۳۷٦).

۳. افراد مبتلا به این انحراف با نمایاندن قســـمتی از بدن خود به دیگران موجب ارضای امیال جنسی خود می‌شـــوند و لذتی که از این عمل نصیب آن‌ها می‌شـــود، برابر لذتی است که اشخاص عادی از آمیزش جنسی احساس می‌کنند (گلدوزیان و هدایتی گودرزی، ۱٤۰۱: ۱۰۰).

4. Strict Liability Offences

اما به موجب ماده ۱۱ قانون جرائم جنسی انگلستان، اگر شخصی به طور عامدانه، اقدام به نوعی فعالیت جنسی کند و به منظور کسب لذایذ جنسی به نحوی این کار را انجام دهد که طفل دارای کمتر از شانزده سال سن (که به طور معقولی اعتقاد به بالای شانزده سال بودن او ندارد) و یا طفل دارای کمتر از سیزده سال سن (به طور مطلق) در محل حضور داشته یا در جایی باشد که بتواند مرتکب را در حین اعمال جنسی مشاهده کند، مرتکب جرم شده و به حداکثر ده سال حبس محکوم خواهد شد.

موضوع دیگر ناظر به رابطه کودک‌کامی مجازی با هرزه‌نگاری است؛ هر چند در بسیاری موارد کودک‌کامی مجازی همراه و هم‌زمان با مشاهده اندام‌های جنسی کودک است، اما تفاوت کودک‌کامی مجازی با هرزه‌نگاری کودکان از این جهت است که در کودک‌کامی، التذاذ جنسی از راه دیدن اندام‌ها یا گفت‌وگوی شهوانی به صورت برخط و زنده انجام می‌شود و در واقع با تحریک حواس فرد، وی را برای ارگاسم از طریق تهییج شهوانی در ذهن که خود نوعی زنای مجازی است[1] آماده می‌کند؛ به گونه‌ای که پس از دریافت پیام سمعی و بصری و تثبیت آن در ذهن افراد، هورمون‌های جنسی آن‌ها تحریک می‌شود؛ خواه به رفتارهای جنسی واقعی نظیر خودارضایی منجر شود و یا آن‌که تنها ارضای جنسی روانی باشد (زهروی و احمدزاده، ۱۳۹٤: ۲۰٤)؛ در حالی که، هرزه‌نگاری کودکان با دیدن اندام یا گفت‌وگو با کودک موضوع هرزه‌نگاری ملازمه‌ای ندارد و با تکثیر و توزیع تصاویر تهیه‌شده قبلی توسط دیگران هم محقق می‌شود.[2]

---

۱. زنای مجازی یا زنای خیالی که با تصور در ذهن ایجاد می‌شود، مبتنی بر ادراکات حسی است؛ از این روی در روایاتی از زنای چشم و زنای گوش یاد شده است؛ از جمله در روایتی آمده است که: «هر عضوی زنایی دارد و زنای چشم نگاه است» (مکارم شیرازی، ۱/۱٤۲٤: ۳۸) و در روایت دیگری حجاب رافع زنای خیالی دانسته شده است (جعفریان، ۱/۱٤۲۸: ۳).

۲. در آمریکا تا پیش از سال ۲۰۰۳ با این استدلال که در هرزه‌نگاری مجازی کودکان واقعی قربانی جرم نیستند، از جرم‌انگاری این رفتار خودداری می‌شد؛ اما در سال ۲۰۰۳ میلادی هرزه‌نگاری مجازی کودکان جرم‌انگاری شد. استدلال دولت برای جرم‌انگاری این بود که چنین محتواهایی کودک‌دوست‌ها یا پایلوفیل‌ها را تشویق به ارتکاب جرم می‌کند و این‌گونه محتواها برای تحریک کودکان مورد استفاده قرار می‌گیرد و همچنین ارتکاب جرائم علیه کودکان را تسهیل می‌کند (Ost, 2009: 205).

۳-۱. ابهام در مفهوم قید نامشروع در رابطه جنسی

در بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، برقراری ارتباط با طفل و نوجوان در فضای مجازی به منظور ارتباط جنسی «نامشروع» جرم‌انگاری شده است. پرسش این است که آیا این قید احترازی است و برقراری ارتباط با طفل و نوجوان در فضای مجازی به منظور ارتباط جنسی «مشروع»، مجاز است و یا آن‌که قید مذکور توضیحی و فاقد مفهوم مخالف است. در صورت نخست، مصادیق ارتباط جنسی «مشروع» با کودکان در فضای مجازی کدام است؟ پاسخ این‌که، هر چند تصور برقراری ارتباط به منظور رابطه جنسی مشروع محال نیست؛ مانند ارتباط تصویری مردی با همسر هفده ساله خود به قصد التذاذ و به منظور ارتباط جنسی، اما به نظر می‌رسد این قید، توضیحی است و نه احترازی و در نتیجه، هرگونه برقراری ارتباط با کودکان در فضای مجازی به منظور برقراری رابطه جنسی، مشمول ماده خواهد بود.

٤-۱. ابهام ناشی از نحوه رسیدگی به جرم رابطه نامشروع مجازی

در دنیای امروز دادرسی الکترونیکی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است که مزایای آن بر کسی پوشیده نیست؛ با وجود این، دادرسی الکترونیکی با چالش‌های فراوانی مواجه است؛ برخی کوشیده‌اند با تبیین اصول و الزامات حقوقی حاکم بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی، از بازآفرینی اصول دادرسی عادلانه در دادرسی قضایی اطمینان حاصل کنند (بهادری جهرمی و علی‌پور، ۱٤۰۱: ۱۸۵).

وفق ماده ۳۰٦ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به جرائم منافی عفت به طور مستقیم، در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود. در صورت تطبیق رفتار موسوم به سکس‌چت با ماده ٦۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، این پرسش مطرح می‌شود که آیا رسیدگی به این جرائم نیز همانند جرائم نامشروع فیزیکی به طور مستقیم از طریق دادگاه خواهد بود.

از آنجا که اصل در رسیدگی‌ها، دو مرحله‌ای بودن و تفکیک مرجع تعقیب از رسیدگی است و رسیدگی مستقیم در دادگاه استثناء است و با توجه به این‌که به موجب تبصره ماده ۳۰٦ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مقصود از جرائم منافی عفت در این قانون، جرائم جنسی حدی، همچنین رابطه نامشروع تعزیری

مانند تقبیل و مضاجعه اســـت؛ که همگی ناظر بر روابط جنسی تماسی هستند، به نظر می‌رسد شـــکایت در خصوص روابط نامشروع مجازی یا سکس‌چت از راه دور باید در دادسرا مطرح شود.

بر این اساس، در خصوص کودک‌کامی مجازی، وفق مقررات موجود چنانچه متهم دارای کمتر از پانزده سال باشد، پرونده به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود و در صورتی که بین پانزده تا هجده ســـال سن داشته باشد، پرونده در دادسرای ویژه اطفال و نوجوانان و در صورتی که بزرگســـال باشـــد، پرونده در دادسرای عمومی و انقلاب مطرح می‌شود. به نظر می‌رسد با توجه به حساسیت‌های شخصیتی و پیامدهای ناشـــی از برچسب‌زنی، بهتر است قانون‌گذار با رفع ابهام قانونی، تحقیق در خصوص جـــرم کودک‌کامی مجازی را به طور مطلق در صلاحیت دادگاه قرار دهد و از دخالت دادسرا در این خصوص جلوگیری کند.

ابهام دیگر، ناشی از ابعاد فراملی این جرائم است؛ به عنوان مثال، در پرونده‌ای، یک ایرانی در انگلســـتان با سایت هرزه‌نگاری همکاری کرده بود؛ در نتیجه همکاری پلیس بین‌الملل این فرد در ایران بازداشـــت شـــد و اقرار کرد از طریق چت اقدام به دریافت و ارسال تصاویر مستهجن کودکان می‌کرده است (جواهری و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۹٤). در این زمینه به نظر می‌رســـد به اســـتناد بند الف ماده ٦٦٤ قانون آیین دادرسی کیفـــری مصوب ۱۳۹۲ دادگاه ایران صلاحیت رســـیدگی به رفتار مجرمانه ارتکابی را دارد.

۵-۱. ابهام در مطلق یا مقید بودن جرم

در بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، برقراری ارتباط با طفل و نوجوان در فضای مجازی به منظور هر گونه آزار جنســـی یا ارتباط جنســـی نامشروع به صورت مطلق جرم‌انگاری شده است؛ ظاهر عبارت این است که برقـــراری ارتبـــاط با این مقاصد به خودی خود و صرف‌نظـــر از تحقق یا عدم تحقق نتیجه، جرم اســـت؛ اما پرسشی که مطرح می‌شود، این است که چنانچه فردی با قصد آزار جنسی یا ارتباط جنسی طفل یا نوجوان اقدام به برقراری ارتباط در فضای مجازی کنـــد؛ اما به علل خارج از اراده‌اش این ارتباط برقرار نشـــود یا ناتمام بماند، آیا متهم تحت عنوان شروع به جرم قابل تعقیب است.

در مقام پاسخ می‌توان گفت، مطابق اصول ناظر بر شروع به جرم، در صورت مطلق بودن جرم، به صرف انجام رفتار ارتباط‌گیری، جرم محقق می‌شود (کار و جانسن، ۱۳۹۶: ۲۴۸)، اما در صورت مقید محسوب شدن و عدم تحقق نتیجه، از آن‌جا که این جرم دارای مجازات تعزیری درجه شش است، مطابق حکم مقرر در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، شروع به جرم آن فاقد وصف کیفری و مجازات است.

۲. اشکالات قانونی

در نگاه نخست عبارت بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، عبارتی بی‌اشکال یا کم‌اشکال به نظر می‌رسد؛ اما اشکالات چندی در این خصوص وجود دارد که به آن می‌پردازیم.

۱-۲. عدم تعیین نوع مجازات

در بند ۹ ماده ۱۰ یاد شده، ضمانت اجرای کودک‌کامی مجازی یکی از مجازات‌های تعزیری درجه شش دانسته شده است. از سوی دیگر در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هشت مجازات مختلف به عنوان مصادیق مجازات درجه شش تعیین شده که با یکدیگر ناهمگون هستند و نه تنها امکان انتخاب هر یک از این مجازات‌ها برای بزهکاران مختلف، احتمال نابرابری را بیشتر می‌کند، بلکه یکی از مصادیق مجازات درجه شش، «شلاق از سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه و تا نود و نه ضربه در جرائم منافی عفت» است و این پرسش را در پی دارد که در صورت انتخاب مجازات شلاق درجه شش، آیا به سبب آن‌که نفس این جرم، برقراری ارتباط در فضای مجازی است، حداکثر مجازات هفتاد و چهار ضربه است و یا از آن‌جا که، در زیرمجموعه جرائم منافی عفت است، حداکثر آن نود و نه ضربه شلاق است.[۱] تفاوت بیست و پنج ضربه ناشی از این ابهام، قابل اغماض نیست.

---

۱. اصل این ابهام ناشی از قاعده فقهی «التعزیر دون الحد» است و این‌که تعزیر باید کمتر از مطلق حدود باشد یا کمتر از حد متجانس خود. در صورت نخست، از آن‌جا که کمترین حد (قوادی) هفتاد و پنج ضربه است، دون الحد برابر با هفتاد و چهار ضربه است و در صورت دوم، چون حد زنا یکصد ضربه است، دون الحد در تعزیرات منافی عفت نود و نه ضربه شلاق خواهد بود (مصدق، ۱۴۰۱: ۹۱).

۲-۲. عدم تناسب مجازات

به گفته برخی محققان، اختلال پدوفیلی درمان مشـــخص و قابل قبولی ندارد؛ اقداماتی نیز که از طرف صاحب‌نظران مطرح شـــده است، به طور عمده شامل درمان دارویی و ناتوان‌ســـازی جنسی است. با وجود این، چگونگی واکنش نظام حقوقی در پیشگیری از ارتکاب جرم بسیار مؤثر است؛ زیرا فرد پدوفیلی به مانند دیگر بزهکاران در ابتـــدای امر اقدام به بررســـی هزینه جرم می‌کنـــد و چنانچه بداند حکومت حامی فعل مورد نظر اوســـت و وی می‌تواند در پشت نقاب فردی بیمار پنهان شود، مبادرت به ارتکاب بزه می‌نماید؛ امـــا میزان مجازات بالا می‌تواند نوعی بازدارندگی جدی در جهت پیشگیری از وقوع جرم باشد (ســـماواتی پیروز و بیگدلی، ۱۳۹۹: ۱۳). برخی دیگر هم با نقد سیاســـت کیفری تقنینی، بر این باورند که مجازات‌های پیش‌بینی شده توســـط قانون‌گذار، در مقایسه بـــا آســـیب‌های وارده به کودکان بسیار ناچیز است (نگهی، ۱۳۹۱: ۱۵۷).

در نظام حقوقی ایران به سبب نبود قانونی صریح در خصوص روابط نامشروع مجازی یا ســـکس چت، بســـیاری بر این باورند که روابط نامشروع مجازی ارتکابی توسط و علیه بزرگسالان مشمول ماده ٦٣٧ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ اســـت که به موجب آن، «هر گاه زن و مردی که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد.»

در صورت پذیرش این دیدگاه، این اشکال مطرح است که مجازات سکس‌چت با کودکان در بیشتر موارد سبک‌تر از ارتکاب این جرم با بزرگسالان است! در حالی‌که، حمایت ویژه از اطفال و نوجوانان اقتضای پیش‌بینی مجازات شدیدتری را دارد.

عدم تناســـب مجازات در خصوص متهمان نوجوان بیشتر است؛ زیرا مجازات کودک‌کامی مجازی، درجه شش است و مشمول بند ت ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ خواهـــد بود که عملاً مجازات آن پرداخت جـــزای نقدی یا خدمات عمومی رایگان است. از سوی دیگر، به موجب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیـــری مصوب ۱۳۹۹، تمامی جرائم تعزیری درجه پنج و پایین‌تر ارتکابی توســـط افراد زیر هجده ســـال، در صورت داشـــتن بزه‌دیده قابل گذشت است و وفق تبصره

ایـــن ماده حداقل و حداکثر مجازات‌های حبس تعزیری درجه چهار تا هشـــت مقرر در قانون برای جرائم قابل گذشـــت به نصف تقلیل می‌یابد؛ در نتیجه، حبس تعزیری درجه شش هم به حبس تعزیری درجه هفت تقلیل می‌یابد. با این بیان نه تنها مرتکب از ســـاز و کارهای ارفاقی جرائم تعزیری درجه هفت مانند معافیت قضایی برخوردار خواهد شد؛ بلکه وفق بند ث ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجازات مرتکب عملاً پرداخت جزای نقدی اندک خواهد بود.

تأکید بر ضرورت تعیین مجازات متناســـب از این جهت اســـت که مطالعات نشان داده است حضور عوامل خطرساز جرم و قرار گرفتن در معرض این عوامل در اوایل زندگی، خطر ارتکاب رفتارهای بزهکارانه در دوران نوجوانی و سپس پرداختن به رفتارهای مجرمانه در مراحل بعدی زندگی و همچنین ارتکاب جرم در بزرگسالی را افزایـــش می‌دهد (Mmari & others, 2012: 390). بـــه عنوان مثال، جوانانی که شـــاهد جرائم خشن در بین همســـایگان بوده و یا در کودکی مورد آزار و یا غفلت از ســـوی اعضای خانواده قرار گرفته‌اند، در مراحل بعدی زندگی، احتمال بیشتری برای ارتکاب خشـــونت و رفتارهای مجرمانه دارند (Reingle &others, 2012: 269). از ســـوی دیگر، نتایج حاصل از بررسی مطالعات نشـــان می‌دهد هرچه سن کودک در هنگام قرار گرفتن در معرض عوامل خطرســـاز کمتر باشـــد و به هر میزان که عوامل خطرساز بیشـــتر باشد، خطر بزهکاری و ارتکاب جرم افزایش می‌یابد (Le Vries & others, 2015: 108). روشن است برخورد غیربازدارنده با این جرم، نه تنها موجبات بزه‌دیدگی فعلی طفل و نوجوان را فراهم می‌کند؛ بلکه زمینه ارتکاب جرم توســـط او در آینده را نیز دو چندان خواهد کرد.

۳-۲. تعارض قانون حمایت از اطفـــال و نوجوانان با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری

تعـــارض قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصـــوب ۱۳۹۹ با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، در فرض تعدد جرم نمودار می‌شود؛ به عنوان مثـــال، هرگاه فردی پس از برقراری ارتباط مجـــازی با کودک یا نوجوان موفق به زنا یا لواط با وی شـــود و یا اقدام به تولید محتوای مبتذل از نمایش اندام‌های کودک یا نوجوان کند، مجازات متهم چگونه تعیین می‌شود؟

در این خصوص به نظر می‌رسد باید بین تحقق جرائم مستوجب حدود و جرائم مستوجب تعزیر تفکیک شود؛ چنانچه رفتار ارتکابی مشمول مجازات حد باشد، به استناد ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باید مجازات‌ها جمع شود و بسیار دشوار است که برقراری ارتباط در فضای مجازی را بتوان جرمی «از جنس زنا یا لواط» و مشمول تبصره ماده ۱۳۵ این قانون دانست؛ اما اگر رفتار ارتکابی مشمول مجازات تعزیری باشد مانند استفاده از کودک و نوجوان برای تهیه و تولید آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل موضوع بند ۷ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، از آن‌جا که جرائم ارتکابی متفاوت و کمتر از سه جرم است، وفق بند ب ماده ۱۳٤ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)، حداقل مجازات هر کدام از این دو جرم «بیشتر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی» است، اما اشکالی که وجود دارد، این است که قانون‌گذار در بند ۷ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، مجازات استفاده از طفل و نوجوان برای تهیه و تولید آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل را حسب مورد، «میانگین حداقل و حداکثر تا حداکثر مجازات مقرر در قانون مربوط»[1] اعلام کرده و بر پیچیدگی موضوع افزوده است و معلوم نیست که در این موارد، آیا باید مقررات تعدد جرم موضوع ماده ۱۳٤ قانون مجازات اسلامی اعمال شود یا مقررات بند ۷ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان.

اشکال دیگر، ناشی از تعارض ماده ۳۱ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ است. در خصوص جرائم ارتکابی علیه اطفال و نوجوانان، وفق ماده ۳۱ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، تمام جرائم موضوع این قانون جنبه عمومی داشته و بدون شکایت شاکی خصوصی قابل تعقیب است و در صورت گذشت شاکی خصوصی تعقیب موقوف نخواهد شد. از سوی دیگر، به موجب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس

---

۱. منظور از مقررات مربوط، ماده ٦٤٠ و مواد ۷٤۲ و ۷٤۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ و مواد ۳ تا ۱۲ «قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند» است. به هر روی محدود کردن مجازات به «میانگین حداقل و حداکثر تا حداکثر» با وجود امکان تعیین حداکثر مجازات برای ارتکاب این جرم در خصوص بزرگسالان؛ به‌رغم تبصره ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، در واقع نشان‌دهنده رویکرد تخفیفی و ارفاقی است و نه رویکرد تشدیدی که لازمه حمایت از کودکان در برابر این رفتارها است.

تعزیری، تمامی جرائم تعزیری درجه پنج و پایین‌تر ارتکـــابی توسط افراد زیر هجده سال در صورت داشـــتن بزه‌دیـده قابل گذشـت اسـت. از آنـجا که قانون حمایت از اطفال و نوجـــوانان و قانـون کاهـش مجـــازات حبس تعزیـری هر دو در یک روز تصویب شده‌اند، نمی‌توان یکـــی را ناســـخ دیگـری دانسـت؛ از این روی باید ماده ۱۱ قانون کاهـش مجازات حبـــس تعزیـری را مخصص ماده ۳۱ قانـون حمایت از اطفال و نوجوانان دانســـت و در نتیـــجه، جرم ارتکابی توسط افراد دارای کـمتر از هجـــده سال سن، قابل گذشت به شمار آمده و از مزایای این قسم جرائم برخوردار خـواهند شد.

٤-۲. عدم تشدید مجازات در فرض ارتکاب جرم توسط محارم

در فرض ارتکاب جرم کودک‌کامی مجازی توســط محارم، مجازات تشـــدید نمی‌شـــود؛ اشکال مذکور ناشی از مقایســـه کودک‌کامی مجازی با آزار جنسی تماسی و غیر تماســـی اســـت که مجازات این رفتارها توســـط محارم، یک درجه بیشـــتر از مجازات همین رفتارها نســـبت به غیرمحارم است.[1] پرسش این است که در خصوص کودک‌کامی مجازی چرا این قاعده رعایت نشـــده است و تفاوتی بین مجازات محارم با غیر محارم وجود ندارد.

هر چند اطـــلاق بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفـــال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، مســـتلزم عدم تفاوت بین ارتکاب جرم توسط محارم و غیر آنان است، اما این اشـــکال وارد است که در سیاســـت تقنینی در این زمینه، رویه یکسانی وجود ندارد. اهمیت تشـــدید مجازات محارم بدین جهت اســـت که طبق گزارش پروفسور پینرو کارشناس مستقل برای مطالعه سازمان متحد در زمینه خشونت علیه کودکان، مطالعات انجام شده در دوازده کشور (بیشتر کشورهای توسعه‌یافته) نشان می‌دهد هفت تا سی و شش درصد زنان و سه تا بیست و نه درصد مردان در زمان کودکی قربانی خشونت و سوء استفاده جنسی قرار می‌گیرند و بیشتر این موارد سوء استفاده در کانون خانواده اتفاق افتاده است. بر اساس مطالعه سازمان بهداشت جهانی در کشورهای توسعه‌یافته

---

۱. در خصوص فلســـفه تشـــدید مجازات محارم گفته شده است بزهکاران از اعتماد ایجاد شده سوء اســـتفاده می‌کنند تا بتوانند رفتار خود را انجام دهند و همچنین از افشـــای آن جلوگیری کنند. از این روی برخـــی نظام‌هـــای تقنینی، به جای مفهوم «محارم» ، مفهوم «افراد قابل اعتماد» را معیار تشـــدید مجازات قرار داده‌اند (Ruby, 2005: 5).

و در حال توسعه، بین یک تا بیست و یک درصد زنان، پیش از رسیدن به سن پانزده سالگی توسط یکی از اعضای مذکر خانواده، به غیر از پدر و ناپدری، مورد سوء استفاده جنسی قرار می‌گیرند (پینرو، ۲۰۰۲: ٢٤). ارتکاب جرم علیه کودکان توسط والدین به آسانی انجام می‌گیرد و بزه‌دیده توان درک خشونت یا واکنش نشان دادن در برابر آن و دفاع از خود را ندارد. اثرات جرم در مواردی که بزه‌دیده کودک است، به مراتب عمیق‌تر و خطرناک‌تر بوده و در جایی که مرتکب پدر و مادر کودک است، عمق بیشتری دارد (سیفی، ۱۳۹۹: ۱۵۱).

در چنین شرایطی، روشن است والدین یا بستگان و محارمی که خود نظر سوء جنسی نسبت به نوباوگان خود دارند، نه تنها عواطف و دل‌بستگی‌های خانوادگی را به شدیدترین صورت ممکن از بین خواهند برد، بلکه به طریق اولی، تعهدی به محافظت از کودکان در برابر سوء استفاده دیگران هم نخواهند داشت.

اشکال عدم تناسب مجازات در فرض ارتکاب جرم توسط محارم زمانی آشکارتر می‌شود که بدانیم وفق ماده ٤١ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، مرجع قضایی می‌تواند چنانچه مرتکب از والدین یا اولیای طفل یا نوجوان باشد، پس از اخذ نظر تخصصی مددکار اجتماعی، نسبت به صدور قرار تعلیق تعقیب، تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات اقدام کند؛ هر چند مبنا و فلسفه این اختیار قاضی، مصلحت طفل یا نوجوان است، اما چنین رویکردی بر خلاف رویه پذیرفته شده در کشورهای دیگر در خصوص تشدید مجازات والدین و بستگان در ارتکاب جرم علیه کودکان است.

۳. کاربست نهادهای ارفاقی

به موجب بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، مجازات کودک‌کامی مجازی، یکی از مجازات‌های تعزیری درجه شش است که به جهت تعدد مصادیق مجازات تعزیری درجه شش و سبک بودن بیشتر آن‌ها، ناچیز، غیربازدارنده و ناکارآمد است؛ به گونه‌ای که شروع به جرم آن، مجازات ندارد و به عنوان جرم مؤثر در تکرار هم به شمار نمی‌آید. در این زمینه ایالات متحده آمریکا با پیش‌بینی مجازات حبس تا سی و پنج و چهل سال در برخی رفتارهای جنسی علیه کودکان، در مقایسه با ایران سیاست سخت‌گیرانه‌تری را نسبت به مرتکبان این جرائم

در پیش گرفته است. مواردی چون اجبار کودکان به انجام رفتار جنسی، تعدد و تکرار، شروع به جرم، تبانی و مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایالات متحده پیش‌بینی شـــده است؛ در حالی‌که در ایران دادگاه‌ها به دلیل عدم پیش‌بینی این موارد، ناگزیر از مراجعه به مواد عام و احکام کلی موجود در قوانین هستند (حسینی و دیگران، ۱۳۹۸: ٤٨). با وجود این، چالش اصلی سیاست کیفری ایران در این زمینه و آنچه برخورد با کودک‌کامی مجازی را تضعیف می‌کند، امکان کاربست نهادهای ارفاقی و تخفیفی در خصوص این جرم است و از آنجا که مدیران قضایی در راستای سیاست حبس‌زدایی به طور پیوســـته قضات را توصیه و تشویق به اســـتفاده از نهادهای ارفاقی می‌کنند و قضات هم خواسته یا ناخواسته از این راه‌کارها استفاده می‌کنند، همان مقدار ضمانت اجـــرای ضعیف برخورد با جرم کودک‌کامی مجازی هـــم در عمل کارآیی خود را از دســـت خواهد داد؛ این در حالی اســـت که در یک پژوهش میدانی، مصاحبه‌کنندگان که از بین جوانان بوده‌اند، اعلام داشـــته‌اند که در بیشـــتر مـــوارد مباحث چت‌روم‌ها به بحث‌های جنســـی منجر می‌شـــود و بســـیاری از آن‌ها اعلام کرده‌اند که از طریق ســـکس‌چت لذت برده و ارضاء می‌شوند (ربیعی و رضانیا، ۱۳۹۱: ٦٧). پژوهش‌های ناظر به متغیر جنسیت با محتواهای جنسی در اینترنت نشان داده است که زنان بیشتر از مردان وقت خود را به داشـــتن سایبرســـکس با دیگران می‌گذرانند (Dea, 2007: 8)؛ زنانـــی که محور کانون خانواده و پایه تربیتـــی کودکان فردایند و مادرانی که باید فرزندانی شایسته و پاکیزه برای جامعه تربیت کنند.

۱-۳. تعلیق تعقیب

بـــه موجب ماده ۸۱ قانون آیین دادرســـی کیفری مصـــوب ۱۳۹۲، در جرائم تعزیری درجه شـــش، هفت و هشـــت که مجازات آن‌ها قابل تعلیق اســـت، با وجود شرایطی، دادستان می‌تواند با موافقت متهم، تعقیب وی را از شش ماه تا دو سال معلق کند. از آن‌جا که مجازات کودک‌کامی مجازی هم تعزیر درجه شـــش است، دادستان می‌تواند تعقیب متهم را معلق کند. برخی معتقدند این نهاد در راســـتای اصل موقعیت داشتن یا مناسب بودن تعقیب در اختیار دادستان قرار داده شده تا چنانچه وی عواقب ســـوء فرایند کیفری و محکومیت متهم (نظیر انگ مجرمیت و آشنایی با محیط زندان و طرق ارتکاب جرم) را بیشتر از منافع آن برای جامعه بداند، دعوای عمومی را برای

مدتی به حالت تعلیق درآورد (خالقی، ۱٤۰۱: ۲۹۵)؛ ایرادی که وجود دارد آن است که در این نهاد منافع متهم بیشتر از وضعیت یا شرایط یا آثار جرم بر بزه‌دیده مورد توجه قرار گرفته است که اگر چنین نبود، ارتکاب جرم جنسی علیه طفل یا نوجوان از شمول این نهاد مستثنی شده بود.

۲-۳. تعویق صدور حکم

مجازات کودک‌کامی مجازی، تعزیر درجه شش است و به موجب ماده ٤۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، صدور حکم آن قابل تعویق است. تعویق صدور حکم تنها در ارتباط با مجرمان غیرخطرناک و با هدف جلوگیری از «مجرم» خطاب کردن این عده از بزهکاران و مساعدت جهت اصلاح و بازپروری آنان مورد استفاده قرار می‌گیرد (توجهی و کوره‌پز، ۱۳۹۲: ۹۳). در روند تاریخی، تعویق صدور حکم یکی از ترتیبات خاص رسیدگی به جرائم اطفال بوده و بیشتر در دادرسی اطفال و نوجوانان به کار می‌رفته و در رسیدگی به جرائم بزرگسالان از جایگاهی برخوردار نبوده است (جمشیدی، ۱۳۸۲: ۱۰۰). امروزه بیشتر نظام‌های تقنینی تعویق صدور حکم را در مورد بزرگسالان هم قابل اجرا می‌دانند، اما معیار «غیرخطرناک» بودن بزهکار همچنان از شرایط اساسی این نهاد حقوقی است. پرسش این است: آیا فردی که با سوء استفاده جنسی از کودکان و نوجوانان و با سوء استفاده از فضای مجازی اقدام به کودک‌کامی مجازی کرده و دامن معصوم کودک را به پلیدی می‌آراید و آینده او را نابود می‌سازد، فرد کم‌خطر یا غیرخطرناک محسوب می‌شود؟ چگونه است که قانون‌گذار در ماده ٤۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حتی شروع به جرائم با اهمیت کمتر را از شمول تعویق و تعلیق مستثنی کرده، اما جرائم علیه اطفال را دارای چنین ارزشی ندانسته است؟

۳-۳. توبه و سقوط مجازات

به موجب ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت احراز توبه مرتکب موجب سقوط مجازات است. از آن‌جا که مجازات کودک‌کامی مجازی درجه شش است و از طرفی انجام توبه از طرف متهم امری آسان است و احراز آن از طرف قاضی هم چندان دشوار نیست، سقوط این مجازات با توبه متهم از احتمال بسیاری برخوردار است. موضوع مهم آن‌که، اثربخشی

توبه منوط به نبود شـــاکی خصوصی یا گذشـت وی نیست و در نتیجـه در این‌گونه جرائم که پیامـدهای اخلاقی و تربیـتی ناگـواری برای بزه‌دیده خردسـال در پی دارد، هم‌چنان توبه متهـم به طور یک‌جـانبه و صرف نـظر از این آثار و حتی بدون گذشـت شاکی می‌تواند مسقط مـــجازات باشد (حیدری، ۱۳۹۶: ۳۹۲)؛ این در حالی است که وفق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ همین قانون، تعزیرات منصوص شـــرعی از شـــمول بسیاری از مقررات ارفاقی از جمله توبه مســـتثنی شـــده اســـت و قانون‌گذار خطرناکی سوء استفاده‌های جنسی از اطفال و نوجـوانان و به‌ویژه کـودک‌کامـی مجـازی را به اندازه تعزیرات منصوص شرعی ندانسته و از شمول این مقررات مستـثنی نکرده است.

٤-۳. تخفیف مجازات و جایگزین حبس

کیفرشناسان از ضرورت حبس‌زدایی و کاهش مجازات حبس سخن می‌گویند و شیوه‌های مختلفی از جمله ارتقای سطح دانش حبس‌زدایی قضات از طریق برگزاری دوره‌های آموزشی مســـتمر را برای حبس‌زدایی پیشنهاد می‌کنند (رسولی امیرحاجلو، ابراهیمی و فروغی، ۱٤۰۱: ۲۱۹)، اما جرائم علیه اطفال از وضعیت افتراقی برخوردار اســـت و بخشـــی از راهبرد حمایت از اطفال از مسیر تشـــدید مجازات مرتکبان این جرائم تأمین می‌شـــود؛ پیش‌بینی جهات تخفیف متعدد و احراز آســـان این جهات در ماده ۳۸ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ از یک ســـو و بازه تخفیفی دو، ســـه درجه‌ای حبس، زمینه شـــکاف بین کیفر قانونی و کیفر قضایی را فراهم آورده است؛ بـــه گونه‌ای که قاضی حتی اگـــر از بین مجازات‌های مختلف درجه شـــش حبس را انتخاب کرده باشـــد، می‌تواند مجازات کودک‌کامی مجـــازی را صرفاً به جهت فقدان ســـابقه مؤثر یا وضعیت خاص متهم، دو درجه کاهش داده و از حبس درجه شـــش بـــه حبس درجه هشـــت تقلیل دهد که عملاً با توجه به تبصـــره ماده ٦ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (بند ب ماده ۳۷ قانون مجازات اســـلامی اصلاحی ۱۳۹۹) به مجازات جایگزین تبدیل می‌شـــود. افزون بـــر این، حتی اگر جهات مخففه هم احراز نشـــود، باز هم وفق تبصره ماده ۲ قانون اخیرالذکر (تبصره ٦ ماده ۱۹ قانون مجازات اســـلامی اصلاحی ۱۳۹۹)، قاضی باید حداقل مجازات حبس، یعنی شـــش ماه و یک روز را تعیین کند.

۵-۳. نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی

در مواردی که برای مرتکب رفتـــار مجرمانه کودک‌کامی مجازی حکم حبس صادر می‌شود، از آن‌جا که جرم تعزیری درجه شش به شمار می‌آید و نظام نیمه‌آزادی در ابتـــدا ناظر بر حـــبس‌های درجه پنج تا هفت (ماده ۵۷ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲) و نظارت الکترونیکی در ابتدا ناظر بر حبس‌های درجه پنج تا هشـــت (ماده ٦٢ همان قانون) اســـت، این مجازات در مرحله اجرا مشمول نهادهای ارفاقی می‌شود.

افـــزون بر این، شـــمول عفوهای معیـــاری رایج در ســـال‌های اخیر که اغلب «باقی‌مانده حبس‌های زیر یک ســـال» را در بر می‌گیرد، اندک اثر بازدارندگی مجازات را از بیـــن می‌برد و در عمل موجب می‌شـــود ضمانت اجرای کودک‌کامی مجازی در ازدحام نهادهای ارفاقی ناپدید شود.

برآمد

۱- حمایت جامع از اطفال و نوجوانان دارای دو جنبه ایجابی و سلبی است؛ از جنبه ایجابی، افتراقی و ارفاقی بودن نظام واکنش علیه بزهکاری اطفال و نوجوانان، مستلزم برخوردهای نرم و ملایم و اغماضی با اطفال و نوجوانان بزهکار است که این مهم در فصل دهم کتاب اول قانون مجازات اسلامی بازتاب یافته است؛ اما از جنبه سلبی، حمایت از بزه‌دیده مستلزم برخورد قاطع و غیرقابل اغماض با مرتکبان جرائم علیه اطفال و نوجوانان است. در این زمینه هر چند قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ با جرم‌انگاری‌های ویژه و گاه خلاف قاعده؛ مانند جرم‌انگاری معاونت در ترک تحصیل یا شروع به معاونت در خودکشی، سعی در حمایت از این قشر آسیب‌پذیر داشته است، اما در اثربخش‌سازی این رویه چندان موفق نبوده و تنها در ماده ۳۱ این قانون به «غیرقابل گذشت بودن» این جرائم بسنده کرده است.

۲- حمایت مؤثر از کودکان در برابر آزار جنسی و به ویژه کودک‌کامی مجازی، مستلزم اقدامات زیر است:

- تشدید کمی مجازات کودک‌کامی مجازی از طریق افزایش یک درجه‌ای مجازات موضوع بند ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ یا تعیین «حبس درجه شش» به جای «یکی از مجازات‌های درجه شش» و یا الزامی کردن دو مورد از مجازات‌های درجه شش قانون مجازات اسلامی؛

- تشدید کیفی مجازات کودک‌کامی مجازی از طریق منع اعمال نهادهای تخفیفی و ارفاقی و الحاق یک تبصره به ماده ۳۱ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ مبنی بر مستثنی کردن جرائم علیه اطفال از شمول سازِکارهای ارفاقی قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری؛

- شناسایی مسئولیت ویژه برای ارائه‌کنندگان خدمات اینترنت و سکوهای ارائه‌کننده خدمات الکترونیکی و پیام‌رسان‌ها به منظور حفظ سوابق و همکاری قضایی و نیز ایجاد ضمانت اجرای کیفری و مدنی در صورت عدم پیش‌بینی پروتکل‌های جلوگیری از کودک‌کامی مجازی؛

- ضرورت تشکیل پرونده شخصیت برای مرتکبان بزه کودک‌کامی مجازی

و توجـــه به اختلالات روانی و اقدام احتمالی برای درمان آن‌ها؛ به منظور پیشـــگیری از تکرار آن در آینده نســـبت به کودکان دیگر و هم‌زمان تشـــکیل پرونده شـــخصیت بـــرای قربانی کودک‌کامی و اقدامات درمانی در جهت جلوگیری از تشـــدید و تعمیق آسیب‌های روانی ناشی از این رفتار؛

– تغییـــر نگرش قضایی در رســـیدگی به اتهام از طریق تعدیل ســـازِکارهای جرم‌پوشـــی؛ با این توضیح که، نظام حقوقی قضایی برگرفته از فقه اسلامی در قلمرو جرائـــم منافی عفت مبتنی بر «رویکرد احترازی» و پرهیز از اثبات اســـت (مواد ۱۲۱، ۲۱۸، ۲۲۳، ۲۳۲ و ۲٤۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و تبصره آن)؛ اتخاذ چنین رویکردی در قلمرو سوء اســـتفاده جنسی علیه کودکان با اهداف سیاست کیفری افتراقی و مصالح عالیه تربیتی اصلاحـــی کودکان و نوجوانان منافات دارد و در ایـــن قلمرو، قاضی باید با «رویکرد احرازی» و بدون توصیه متهم به جرم‌پوشی و یا خودداری از تحقیق، به کشف واقعی جرم از طرق علمی بپردازد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آروین. جی، ساراسون و باربارا. آر، ساراسون (۱۳۹۰)، **روان‌شناسی مَرَضی**، برگردان: بهمن نجاریان و همکاران، تهران: رشد.

* اوحدی، بهنام (۱۳۸۵)، **تمایلات و رفتارهای جنسی انسان**، چاپ هفتم، تهران: صادق هدایت.

* بخردی نسب، هادی (۱۳۹۷)، «**بهره‌کشی جنسی از کودکان و حقوق کودک در اسناد بین‌المللی حقوق بشر**»، اولین همایش ملی جهانی‌سازی حقوق کودکان و نوجوانان از دیدگاه حقوقی و روان‌شناسی، مشهد:
https://civilica.com/doc/771339.

* بهادری جهرمی، علی و علی‌پور، محمدرضا (۱۴۰۱)، «**اصول و الزامات حقوقی حاکم بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.

* پینرو، آدامز (۲۰۰۲)، «**گزارش کارشناس مستقل برای مطالعه سازمان متحد در زمینه خشونت علیه کودکان**»، گزارش جهانی خشونت و سلامت، سازمان بهداشت جهانی، ژنو.

* توجهی، عبدالعلی و کوره‌پز، حسین محمد (۱۳۹۲)، «**درآمدی بر نهاد تعویق صدور حکم در حقوق ایران، آلمان و فرانسه**»، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره پنجم.

* جعفریان، رسول (۱۴۲۸ق)، **رسائل حجابیه**، قم: دلیل ما.

* جمشیدی، علیرضا (۱۳۸۲)، «**گفتمان سیاست جنایی در لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۶۷، شماره ۴۵.

* جواهری، غلامرضا و اسماعیلی، مهدی و حاجی‌تبار فیروزجائی، حسن (۱۳۹۹)، «**هرزه‌نگاری سایبری؛ از مبانی نظری تا الگوهای واکنش کیفری**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۸، شماره ۳۰.

* جینادی، آنجلیز (۱۳۸۲)، **جرایم سایبر**، برگردان: سعید حافظی و عبدالصمد خرم‌آبادی؛ تهران: شورای عالی توسعه قضایی.

* حسینی، سیدحسین و صالح‌آبادی، زهرا و حسینی ننیز، سیده ساعد (۱۳۹۸)، «**بررسی تطبیقی هرزه‌نگاری در حقوق ایران و آمریکا**»، حقوق تطبیقی، سال پانزدهم، شماره دوم، پیاپی ۱۱۲.
* حیدری، علی‌مراد (۱۳۹٦)، **حقوق جزای عمومی؛ بررسی فقهی- حقوقی واکنش علیه جرم**، چاپ دوم، تهران: سمت.
* خالقی، علی (۱٤۰۱)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ چهل و ششم، تهران: شهر دانش.
* خلیل‌زاده، ایرج و حسنی، میثم (۱۳۹۸)، **محشای قانون مبارزه با مواد مخدر**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
* سماواتی پیروز، امیر و بیگدلی، حسن (۱۳۹۹)، «**چگونگی پاسخ‌دهی به پدوفیلی‌ها در جرائم جنسی علیه کودکان؛ مجازات یا درمان؟**»، حقوق کودک، سال دوم، شماره هفتم.
* سیفی، آناهیتا (۱۳۹۹)، «**کودکان و خشونت خانگی با تأکید بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و اسناد بین‌المللی**»، مطالعات جنسیت و خانواده، سال هشتم، شماره دوم.
* عباچی، مریم (۱۳۸٤)، «**رهنمودهای حقوق کیفری در قبال کودکان بزه‌دیده**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ٦۹، شماره ۵۲ و ۵۳.
* ربیعی، علی و رضانیا، آوات (۱۳۹۱)، «**آسیب‌شناسی اینترنت و بحران اخلاقی در جوامع معاصر**»، اخلاق در علوم و فناوری، سال ۷، شماره ٤.
* رسولی امیرحاجلو، اسحاق و ابراهیمی، شهرام و فروغی، فضل‌الله (۱٤۰۱)، «**چالش‌های قضایی و اجرایی زندان‌زدایی در سیاست جنایی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.
* زهروی، رضا و احمدزاده، رسول (۱۳۹٤)، «**تن‌نمایی زنان در فضای مجازی با نگاهی به آموزه‌های فقه امامیه و حقوق ایران**»، مطالعات راهبردی زنان، سال هجدهم، شماره ۷۰ .
* غمامی، سیدمحمدمهدی (۱۳۸٤)، «**فضای مجازی (سایبر) پدوپورنوگرافی (جرائم بر ضد محتوا، نسبت به کودکان در محیط مجازی با بررسی تطبیقی در**

فرانسه و آمریکا)»، اصلاح و تربیت، شماره ۳۸.
* کار، کلودیا و جانسن، موریـن (۱۳۹۶)، **سرآغازی بر حقوق کیفری انگلستان و ولز**، برگردان: امیر اعتمادی، تهران: میزان.
* گلدوزیان، حسین و هدایتی گودرزی، حنانه (۱۴۰۱)، «**تحلیل کیفری سوء استفاده جنسی از اطفال و نوجوانان از منظر حقوق کیفری ماهوی**»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، دوره ۲۷، شماره ۹۷.
* مختاری، مریم و ملک‌احمدی، حکیمه (۱۳۹۶)، «**هرزه‌نگاری و فراواقعیت؛ مطالعه کیفی تجارب کاربران ایرانی در استفاده از محصولات هرزه‌نگاری**»، راهبرد فرهنگ، دوره دهم، شماره ۳۸.
* مصدق، محمد (۱۴۰۱)، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، تهران: مجد.
* مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق)، **کتاب النکاح**، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
* نگهی، مرجان (۱۳۹۱)، «**مقابله با هرزه‌نگاری کودکان: بررسی تطبیقی اسناد بین‌المللی و قوانین کیفری ایران**»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره دوم- پیاپی ۶.
* نورنوروزی، بهزاد (۱۳۹۵)، «**هرزه‌نگاری کودکان در فضای مجازی در حقوق کیفری ایران و آمریکا**»، دادرسی، شماره ۱۱۵.

ب. انگلیسی

* Antonova, E. Y (2018), **"Pedophilia _ to Treat or to Punish?"**, Russian Journal of Criminology, Published by: Baikal State University, 12 (6).
* Dillon, Alexandrea (2022), **"Strict Liability Crimes: Overview & Examples"**, Social Science Courses / Intro to Criminal Justice: Help and Review / Criminal Law in the U.S.: Help and Review, 14 chapters | 551 lessons
* Dea, Ngelis, T., (2007), **"Is The Internet Addiction Real?"**, American Psychological Association, In: http://www.apa.org/monitor/aproo/addiction.html.

❋ Le Vries, Sanne LA & Machteld Hoeve, Mark Assink, Geert Jan J.M. Stams, and Jessica J. Asscher (2015), **"Practitioner Review: Effective Ingredients of Prevention Programs for Youth at Risk of Persistent Juvenile Delinquency–Recommendations for Clinical Practice."** Journal of Child Psychology and Psychiatry, 56 (2).

❋ Jordan, Kirsten & Tamara Sheila, Peter Fromberger, Isable Muller (2020), **"Are There Any Biomarkers for Pedophilia and Sexual Child Abuse? A Review"**, Forensic Psychiatry, Volume 10(4).

❋ Mmari, Kristin N., Robert Wm. Blum, and Nicolette Teufel-Shone (2010), **"What Increases Risk and Protection for Delinquent Behaviors Among American Indian Youth? Findings from Three Tribal Communities."**, Youth & Society, 41(3).

❋ Ost, Suzanne(2009), **Child Pornography and Sexual grooming: Legal and Societal Responses**, London: Cambridge University Press.

❋ Vaerwaeter, Brecht (2022), **"The Pedophile as a Human Being: An Autoethnography for the Recognition of a Marginalized Sexual Orientation"**, Journal of Controversial Ideas, 2(1), 3.

❋ Jenkins, Philip , (2001), **Pedophiles and priests: anatomy of a contemporary crisi**s, Oxford University Press US.

❋ Reingle, Jennifer M., Wesley G. Jennings, and Mildred M. Maldonado-Molina(2012), **"Risk and Protective Factors for Trajectories of Violent Delinquency Among a Nationally Representative Sample of Early Adolescents."**, Youth Violence and Juvenile Justice, 10 (3).

❋ Ruby, Andrew, (2005), **"child sexual abuse and the state Applying Critical Outsider"**, Methodologies to Legislative Policymaking, 39 U.C. DAVIS L. REV.

❋ **Sexual Offences Act** (2003): https://www.legislation.gov.uk/uk-

pga/2003/42/section/11

❋ Sieber, Ulrech, (2000), **Minimum Criminal Law Standards for Fighting (Child) Pornography**, Version 1,2 of 04,02.

❋ Pitzen, Tammi, (2020), **"Viewing child pornography: A victimless crime?"**, https://cacjc.org/viewing-child-pornography-a-victimless-crime/

❋ Britannica, (2023), https://www.britannica.com/topic/sexual-abuse Cambridge Dictionary, (2021), https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sexual-abuse.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۷/ شماره ۱۲٤/ صفحات: ٤۱۱-۳۸۵
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۱۰/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۱۱/۲۳

ارزیابی تأثیر جنسیت به عنوان متغیر فراقانونی بر آراء کیفری حوزه مواد مخدر (مطالعه موردی شهرستان کاشان)

مرتضی عارفی،[۱] زهرا ربیعی[۲]

چکیده

باور عمومی آن اســـت که قضات در مقام صدور حکم کاملاً تابع قانون هستند و به هیچ وجه از مولفه‌های فراتر از متن قانون همچون نژاد، جنســـیت، مذهب، جوانی، تأهل و طبقه اجتماعی تأثیر نمی‌پذیرند، اما پاره‌ای مطالعات تجربی گویای آن است که در برخی موارد، قضات متأثر از این متغیرهای فراقانونی تعیین مجازات می‌کنند.

پژوهش حاضر با تمرکز بر متغیر جنسیت در پرونده‌های مواد مخدر و در حوزه مطالعات جامعه‌شناسی حقوق کیفری به رشته تحریر درآمده و برای پاسخ به سوال‌های پژوهش، با اتخاذ روش پژوهش کیفی در حوزه قضایی شهرســـتان کاشان، بیست و سه پرونده را مورد مطالعه قرار داده و با نه قاضی و وکیل فعال در این حوزه، مصاحبه عمیق داشـــته است. یافته‌ها حاکی است که قضات در رسیدگی به جرائم مرتبط با مواد مخدر، خواه ناخواه جنسیت مجرم را در راستای اِعمال نهادهای ارفاقی و تخفیف مجازات در قبال زنان، لحاظ می‌کنند که علت آن، تفاوت‌های جســـمی و روحی میان زنان و مردان، قـــرار گرفتن زنان در موقعیت‌های نامناســـب، تفاوت در انتظـــارات از زنان و مردان و همچنین عدم لزوم شدت عمل برای اصلاح مجرمان زن است.

واژگان کلیدی: زن، جنسیت، متغیرهای فراقانونی، تعیین مجازات، جرائم مواد مخدر، نظام عدالت کیفری.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان (نویسنده مسئول).
arefi1368@gmail.com

۲. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه کاشان
zrabee@gmail.com

درآمد

از جمله اصـــول حاکم بر نظام عدالت کیفری، «اصـــل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»،[1] «اصل تساوی افراد در برابر قانون»[2] و «استقلال و بی‌طرفی مقام قضایی» است. تصور شـــهروندان از عملکرد دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به طور کلی و قضات به طور خاص، این اســـت که آن‌ها تمام عوامـــل بیرونی و درونی حاکم بر تصمیم‌گیـــری قضایی را تحـــت کنترل درمی‌آورند و اجـــازه نمی‌دهند که هیچ متغیر فراقانونی بر رأی و نظر آن‌ها تأثیرگذار باشـــد، اما واقعیت این اســـت که انسان‌ها در مواجهـــه با موضوعات، دارای قضاوت ابتدایی بوده و غالباً از تأثیر عوامل شـــخصی و ناخـــودآگاه در رأی و نظر خود، آگاهـــی ندارند. وجود این قضاوت پنهان در مورد دادرس نیز طبیعی اســـت. با این حال تصور اکثر قضات این است که تنها با توجه به قوانین موجود به صدور رأی می‌پردازند و نســـبت به دخالت عوامل درونی و پنهان و دیدگاه‌های شخصی خود بر تصمیم‌گیری‌شان، خودآگاهی کامل ندارند.

بر اســـاس نتایج برخی مطالعات در حوزه اقتصاد رفتـــاری می‌توان گفت که تصمیم‌گیـــری قضایی به ویژه در حوزه تعیین مجازات ممکن اســـت متأثر از عواملی باشـــد که به لحاظ هنجاری و منطقی نباید اثرگذار باشـــد (ساکیانی و واعظی، ۱۴۰۱: ۲۴۵). در این چارچوب، برخی از حقوق‌دانان و فلاسفه تأکید کرده‌اند که فکر و روان قضات نیز همانند سایر افراد به فعالیت می‌پردازد و آن‌ها برخلاف آنچه تصور می‌شود، آراء خود را مانند ماشـــین‌های الکترونیکی و به دور از عواطف و احساسات شخصی بیرون نمی‌دهند. از جمله «منتانی»[3] فیلسوف معروف فرانسوی در قرن شانزدهم متذکر شـــده بود که مزاج و خلق قضات هر روز عوض می‌شـــود و این تغییر حالت در آراءِ آنان منعکس می‌گردد. روزی که دادرس ســـرحال و خوشحال است نسبت به متهمان عطوفت و مهربانی نشـــان می‌دهد و روزی که از زیـــادی صفرا رنج می‌برد مجازات سنگین‌تری تعیین می‌کند (صانعی، ۱۳۴۷: ۲۰). «هولمز»[4] نیز معتقد است: رأی دادگاه محصول ناخودآگاه تعصبات غریزی و ارتباطات ذهنی غیرقابل توصیف اســـت. حتی

1. Legality principle of crimes and punishments
2. Equality before the Law
3. Montaigne
4. Holmes

تعصباتی که مشترک میان قضات و افراد عادی وجود دارد به مراتب بیشتر از استدلال منطقی در تعیین اصول و مقرراتی که باید بر سرنوشـــت مردم حاکم باشد مؤثر است (صانعی، ۱۳٤۷: ۲۳).

متأثر از این مباحث در حوزه جامعه‌شناسی کیفری از دو نوع متغیر تأثیرگذار در تصمیمات قضایی سخن به میان می‌آید: «متغیرهای قانونی»[1] و «متغیرهای فراقانونی».[2] متغیرهای قانونیِ تعیین مجازات، مجموعه عواملی اســـت که به صراحت یا تلویحی در مواد قوانین کیفری برای تعیین شدت کیفر (مثلاً مسلحانه بودن سرقت) یا تخفیف در مجازات (وجود قرابت نســـبی یا انگیزه شرافتمندانه) مقرر شده است و متغیرهای فراقانونـــی «برخلاف متغیرهای قانونی نامعین بوده و به فضای رســـیدگی و نیروهای پیرامونی مرتبط است که تصمیم قضایی در تعیین مجازات را تحت تأثیر قرار می‌دهد» (الهـــام و کریمی، ۱۳۹٤: ۱۹٤)؛ همانند تأثیر طبقه اجتماعی، نژاد، جنســـیت، مذهب، افکار عمومی و رسانه‌های جمعی؛ بنابراین متغیرهای فراقانونی ممکن است در احکام صادره از جانب قضات مؤثر واقع شـــود. این دسته از متغیرها به اعتبار مجرم، بزه‌دیده و مقام قضایی رسیدگی کننده قابل تقسیم است، لیکن در پژوهش حاضر صرفاً متغیر فراقانونی جنسیت بزهکار مورد توجه و شناسایی قرار گرفته است.

به طور کلی در خصوص رابطه جنسیت با احـکام دادگـاه‌های کیفری، برخی اندیشمندان این‌گونه اسـتدلال می‌کنند که جنسـیت با موقعیت‌ها و انتـظاراتی خاص در تعامل است. بر این اسـاس، اعمال مجازات‌های خفیف‌تر در قبال زنان به نقش مادری آن‌ها، سرزنش‌پذیری کمتر و خطر کمتر آن‌ها برای جامعه مربوط می‌شود (Steffens-meier, Kramer, Cathy, 1993 / Daly, Bordt, 1995). در مباحث جامعه‌شناسی کیفری، نظریاتی همچون «پدرســـالاری/ جوانمردی»،[3] «پدرســـالاری خانوادگی»[4] و «وابستگی»[5] موید آن است که زنان نوعاً[6] در مقایسه با مردان مجازات‌های خفیف‌تری

1. Legal Variables
2. Extra Legal Variables
3. chivalry/paternalism hypothesis
4. familial paternalism hypothesis
5. dependency hypothesis

٦. علت تأکید بر این قید آن است که نتایج این تحقیق که در فنلاند و با بررسی پرونده‌های کیفری در سال‌های ۱۹۹٦ تا ۲۰۰۰ انجام شده، گویای عدم تأثیر جنسیت در آرای کیفری است (kruttschnitt,

تحمل می‌کنند، مدت محکومیت آن‌ها کمتر است (Crew,1991: 60) و بیشتر آن‌ها مشمول نهادهای ارفاقی از جمله تعلیق مراقبتی، تعلیق اجرای مجازات و جزای نقدی قرار می‌گیرند (Nagel, Hagan, 1983: 134). افزون بر آن، پاره‌ای مطالعات تجربی موید آن است. این یافته‌ها هر چند در خصوص عموم جرائم حاکم است، لیکن بررسی آن در حوزه جرائم مواد مخدر و در نظام قضایی ایران نیازمند پژوهش مستقلی بود که مقاله حاضر عهده‌دار انجام آن است.

هر چند بحث جنسیت در فرایند عدالت کیفری به طور کلی موضوع پژوهش‌های متعددی قرار گرفته است، لیکن تاکنون تأثیر جنسیت بر حوزه جرائم مواد مخدر جز در یک مورد (کاظم‌پور و فرجیها)، موضوع پژوهش مستقلی در ایران قرار نگرفته و این مورد و حوزه قضایی متفاوت، وجه تمایز اثر حاضر با دیگر پژوهش‌هاست.

در پژوهشی که «شارپ»،[1] «برالت»[2] و «مارکوس- مندوز»[3] انجام داده‌اند نظریه زن شرور در خصوص بزهکاران زن سیاهپوست متهم به حمل مواد مخدر در ایالت «اوکلاهاما»[4] مورد ارزیابی قرار گرفت و یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد زنان سیاهپوستِ بزهکار نوعاً زنانی تلقی می‌شوند که با نقض هنجارها و کلیشه‌های سنتی جنسیتی، سزاوار مجازات‌های شدیدتری در مقایسه با زنان سفیدپوست هستند. همچنین یافته‌های «بروستر»[5] گویای آن است که میانگین طول محکومیت برای مردان بیشتر از زنان است. «هارتلی»[6] و همکاران در پژوهشی که با تمرکز بر مجرمان حوزه مواد مخدر در کره جنوبی انجام دادند به این نتیجه دست یافتند که زنان در مقایسه با مردان مجازات‌های خفیف‌تری تحمل می‌کنند. در پژوهشی دیگر که توسط «دورنر»[7]

.(Savolainen,2009:232

1. Sharp
2. Bralet
3. Marcus-Mendoza
4. Oklahama
5. Brewster
6. Hartley
7. Doerner

و «دیموث»[1] انجام شـــد، نقش جنســـیت در محکومیت متهمان در دادگاه‌های فدرال مورد بررســـی قرار گرفت و نتایج این پژوهش بیانگر این است که درصد کمتری از زنان (شـــصت و دو درصد) نســـبت به مردان (هشتاد و پنج درصد) محکوم به حبس شـــده‌اند. نتایج پژوهش «کیهیل»[2] از پرونده‌های قتلی که طی بیست و هشت سال در تورنتو کانادا انجام شـــد، حاکی از آن است که مجرمان زن در مقایسه با مجرمان مرد (ســـی و سه درصد در مقابل چهل و شش درصد) کمتر مورد محاکمه قرار می‌گیرند. در پژوهشـــی دیگر مربوط به ســـال ۲۰۱۵ «تیلیر»،[3] «هارتلی»[4] و «وارد»[5] با استفاده از نظریه «جوانمردی» و «زن شرور»، تأثیر جنسیت بر آرای کیفری مواد مخدر در سطح فدرال ایالات متحده را مورد بررســـی قرار داده و نتیجه گرفته‌اند که جنســـیتِ مجرم به تنهایی در برخورد ارفاقی و ملایم تأثیرگذار نیســـت، بلکه سابقه کیفری نیز در این خصوص حائز اهمیت است.

از میان پژوهش‌های داخلی نیز موارد معدودی را می‌توان یافت که به بررســـی تأثیر جنســـیت بر تعیین مجازات پرداخته باشـــند. علوی حسینی در پژوهش خود با عنـــوان «متغیرهای فراقانونی مؤثر بر آراءِ کیفری ایران» به این نتیجه دســـت یافت که زنان مجرم در مقایســـه با مردان بزهکار مجازات کمتری را متحمل می‌شـــوند. نتایج تحقیق کریمی مؤید آن اســـت که زن بودن متهم به منزله عاملی فراقانونی در مجازات صادر شـــده محاکم کیفری تأثیری ندارد. همچنیـــن یافته‌های پژوهش اعتمادی‌فرد و جعفری موید آن اســـت که زمینه‌های اجتماعی و خانوادگی متهم همچون جنســـیت، نســـل، موقعیت اقتصادی و اجتماعی، قومیت و تابعیت متهمان بر فرایند رســـیدگی دادرس به سرقت‌های خشن مؤثر اســـت. در نهایت مهم‌ترین و جدیدترین پژوهشِ مرتبط با مقاله حاضر، اثر کاظم‌پور و فرجیها در ســـال ۱۴۰۱ اســـت که در پژوهشی با عنوان «تبیین نظری تأثیر جنســـیت بر تعیین مجـــازات مجرمان مواد مخدر؛ مطالعه تطبیقی ایران و آمریکا» به این نتایج دســـت یافته‌اند که نگرش پدرسالارانه به زنان در

1. Demuth
2. Cahill
3. Tillyer
4. Hartley
5. Ward

جامعه ایران، محافظت از فرزنـــدان، هزینه‌های اجتماعی مجازات مادران و تبعیت از شریک زندگی از عواملی هستند که احتمال محکومیت و اجرای احکام شدیدی چون اعدام را در خصوص زنان در ایران کاهش می‌دهد.

اهمیـــت پژوهش حاضـــر در تبیین نوع نگرش قضات به متغیر جنســـیت در پرونده‌های مواد مخدر و تحلیل آرای کیفری در این خصوص است.

پژوهش حاضر با رویکرد جامعه‌شناختی کیفری در صدد است تا تأثیر جنسیت بـــه مثابه یک متغیر فراقانونـــی را در آرای کیفری جرائم مواد مخدر ارزیابی و تحلیل کنـــد و میزان انطباق مبانی نظری با یافته‌هـــای حاصل از مطالعات میدانی را با تمرکز بر حوزه قضایی شهرســـتان کاشان به دست آورد. بر این اساس، پس از مرور «ادبیات تحقیق»،[1] به مبانی نظری موضوع پرداخته می‌شود. سوال اصلی پژوهش این است که آیا جنسیت بزهکاران جرائم مواد مخدر بر نوع و میزان مجازات، برخورداری یا عدم برخورداری از نهادهای ارفاقی موثر اســـت و در صورت مثبت بودن پاسخ، دلایل این امر چیست. مبتنی بر این سوال، روش تحقیق کیفی اتخاذ و در نهایت یافته‌های حاصل از اســـناد و مدارک قضایی و مصاحبه با قضات و وکلا، به فراخور ارائه شده است. با توجه به هدف این پژوهش، روش پژوهش نیز کیفی[2] اســـت؛ در وهله نخست بیست و ســـه پرونده مربوط به سال‌های ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۷ در شهرســـتان کاشان مورد مطالعه قرار گرفت و تحلیل داده‌های حاصل از مطالعه پرونده‌ها، به صورت «تحلیل محتوا»[3] انجام شـــد. جهت دستیابی به دلایل تأثیرگذاری متغیر جنسیت، با رویکردی خنثی در خصـــوص رویه‌ها و قوانین، با نُه تن از قضات و وکلا مصاحبه عمیق صورت گرفت

1. Literature review

2. Qualitative research

۳. تحلیل محتوا (Content analysis) از روش‌های اسنادی است که به بررسی نظام‌مند، عینی، کمی و تعمیم‌پذیـــر پیام‌های ارتباطی می‌پردازد. از تحلیل محتوا در طیفی از رشـــته‌های علوم ارتباطات، جامعه‌شناســـی، روانشناســـی، زبان‌شناســـی و مطالعات رسانه استفاده می‌شـــود. این روش بر روی پاســـخ‌های باز به ســـؤالات و مصاحبه‌ها و ســـایر حوزه‌های پیام‌های ارتباطی به کار گرفته می‌شود. معمولاً زمانی که از تحلیل محتوا به عنوان یک روش نام برده می‌شود، تحلیل محتوای کمی مورد نظر است؛ با این حال، امروزه از تحلیل محتوای کیفی نیز در روش‌های پژوهش اسنادی نام برده می‌شود که به گونه‌ای همان تحلیل محتوای مضمونی است. در تحلیل محتوای کیفی، تلاش بر این است تا با کدگذاری باز، محوری و زمینه‌ای، مقولات محتوایی موجود در پیام‌های ارتباطی شناسایی و استخراج شود (نئوندورف، ۱۳۹۵: ۹۳).

و با توجه به پاســخ‌های مصاحبه‌شوندگان، سؤالات جدیدی مطرح می‌شد. محقق در نهایت در هشــتمین مصاحبه در رابطه با کلیه متغیرها به اشباع نظری رسید. در بخش بعــدی، داده‌های حاصل از مصاحبه‌ها پیاده‌ســازی و به ترتیب «گزاره‌ها»،[1] «مفاهیم»[2] و «مقولات»[3] مســتخرج از آن‌ها دسته‌بندی و کدگذاری شــد و نمونه‌گیری به شیوه هدفمند و تا زمان «اشباع نظری»[4] محقق ادامه یافت.

۱. مبانی نظری

یکی از حوزه‌های مهم در قلمرو دانش جامعه‌شناسی کیفری، وضعیت بزهکاری زنان در جامعه، نوع جرائم ارتکابی آن‌ها و همچنین نوع و شــیوه برخورد کنش‌گران عدالت کیفری با آن‌هاســت. از زمانی که «ســزار لومبروزو»[5] کتاب «مرد بزهکار»[6] را منتشر کرد تا به امروز نظریات در خصوص بزهکاری زنان بسیار متفاوت شده است. در واقــع به رغم آن که متغیرهــای فراقانونی همچون نژاد و قومیت از دهه هشــتاد میلادی به عنوان عوامل موثر بر اجــرای کیفر مورد توجه کیفرشناســان قرار داشت، لیکن متغیر جنســیت با وجود تأثر عمیق آن در بیشتر تحقیقات به عنوان متغیر کنترل در تحقیقات جرم‌شناســان و کیفرشناسان در نظر گرفته می‌شدد (کاظم‌پور و فرجیها، ۱۴۰۱: ۲۰۲) و تا دهه نود قرن بیســتم این گزاره طرفداران زیادی داشت که جنسیت (مرد بودن) یکی از قوی‌تریــن و هماهنگ‌ترین متغیرهای مرتبط با جرم و بزهکاری است. انتشار دو کتاب «خواهران مجرم: پیدایش مجرمان زن جدید»[7] از «فِردا آدلر»[8] و

1. propositions
2. concepts
3. categories
4. Theoretical saturation

زمانی که تمام منابع اطلاعاتی، اطلاعات مشــابهی را در اختیار بگذارند به اشــباع رسیده‌ایم. در این مرحله ورود افراد جدید، تصمیم پژوهشــگر و جمع‌بندی نهایی را تغییر نمی‌دهد؛ بنابراین یک معیار برای کشــف رسیدن به اشباع، تکرار داده‌های قبلی اســت به طوری که پژوهشگر مرتبا با داده‌هایی مواجه می‌شود که تکرار می‌شوند (رنجبر و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۴۵).

5. Cesare Lombroso
6. Criminal Man
7. Sisters in Crime: The Rise of the New Female Criminal
8. Freda Adler

«زنان و جرم»[1] اثر «ریتا جیمز سیمون»[2] نقدهایی اساسی را بر نظریات سنتی حوزه بزهکاری از این جهت وارد آورد که زنان را در آمار جنایی لحاظ نمی‌کردند یا آن که در تفسیر بزهکاری آن‌ها به تحلیل‌های ساده‌انگارانه روی می‌آوردند (برنارد، اسنپس و جرولد، ۱۳۹۲: ۳۵۵).

به طور کلی در توجیه چرایی تأثیر جنسیت بر مجازات چهار نظریه[3] ارائه شده است که در ذیل به ترتیب به آن‌ها پرداخته می‌شود (Cahill, 2012: 12):

۱-۱. نظریه پدرسالاری/ جوانمردی

اصطلاح «پدرسالاری»،[4] در بستر خوانش انتقادی از فمینیسم لیبرال متولد شد؛ مفهومی که در ابتدا جامعه‌شناسانی مانند «ماکس وبر»،[5] از آن برای توصیف روابط اجتماعی در دوره فئودالیسم استفاده کردند و بعدها «کیت میلِت»[6] از آن برای اشاره به شکلی از سازمان‌دهی اجتماعی استفاده کرد که در آن مردان بر زنان سلطه می‌یابند (برنارد، اسنپس و جرولد، ۱۳۹۲: ۳۶۰). در این راستا و با الهام از این مفهوم، برخی جامعه‌شناسان کیفری، نظریه پدرسالاری را مطرح کردند که بر اساس آن، از آنجا که در فرایند جامعه‌پذیری، زنان به عنوان افرادی لطیف و آسیب‌پذیر، نیازمند محافظت در برابر خشونت می‌باشند، در ساحت رسیدگی‌های قضایی نیز شایسته برخوردهای ارفاق‌آمیزتر هستند. در این چارچوب، پدرسالاری به عنوان نظریه اصلی تبیین‌کننده نابرابری جنسیتی در نظام عدالت کیفری به نگرشی از سوی کنش‌گران عدالت کیفری اشاره دارد که زنان را همانند کودکان ضعیف تلقی می‌کند (کاظم‌پور و فرجیها، ۱۴۰۱: ۲۰۵). همچنین زنان ناتوان از اتخاذ تصمیمات معقول هستند که همین امر موجب می‌شود آن‌ها مسئولیت کمتری در قبال اَعمال خود داشته باشند. در این راستا بحث‌های نظری درباره تفاوت‌های جنسیتی در صدور احکام در دهه ۱۹۵۰ میلادی با

1. Women and Crime
2. Rita James Simon
۳. برخی نویسندگان به نظریه دیگری تحت عنوان شریک زندگی نیز اشاره کرده‌اند. برای مطالعه بیشتر در خصوص این نظریه و دیگر نظریات، بنگرید به: کاظم‌پور و فرجیها، ۱۴۰۱.
4. Patriarchy
5. Max Weber
6. Kate Millett

ارائه فرضیه جوانمردی آغاز شد. «پُلاک»[1] استدلال می‌کند که دیدگاه‌های سنتی جامعه در مورد ویژگی‌های یک زن شایسته و به‌هنجار باعث می‌شود که زنان در دادگاه از ارفاق بیشتری برخوردار شوند. وی ادعا می‌کند که نگرش‌های جوانمردانه در مورد زنانگی از این باور پشتیبانی می‌کند که همه زنان موجوداتی ضعیف و منفعل هستند که برای ایمنی و رفاه خود به مردان وابسته هستند (Pollak, 1950: 78).

فرضِ منفعل و وابسته بودن زنان (جوانمردی) به انضمام این پیش‌فرض که زنان نیاز به مراقبت و محافظت دارند (پدرسالاری) در مجموع فرضیه جوانمردی/ پدرسالاری را به وجود آورد. به رغم تمایز بینش این دو نظریه به جنس زن و تقابل «رویکرد تحقیرآمیز»[2] با «رویکرد حمایتی»[3] در نظریه پدرسالاری و جوانمردی، لیکن وجه مشترک این دو دیدگاه در ضرورت اِعمال مجازات‌های خفیف نسبت به زنان است و از این روست که در پاره‌ای از نوشته‌ها، این دو نظریه در کنار یکدیگر ذکر شده است (Cahill, 2012:15)/ Nagel and Hagan, 1983: 114).

بر اساس نظریه جوانمردی/ پدرسالاری، زمانی که قضات در موقعیت رسیدگی به جرائم زنان قرار دارند، به نفع زنان بیش از مردانِ دارای موقعیت مشابه، رأی صادر می‌کنند. نظام عدالت کیفری با زنان جوانمردانه رفتار می‌کند و زنان در مقایسه با همتایان مذکر خود محکومیت‌های سبک‌تری دریافت می‌کنند. جوانمردی به عنوان راهی مطرح است که به وسیله آن می‌توان پدرسالاری را به اجرا درآورد (Cahill, 2012: 22 and Pierce, 2023: 115).

در این راستا یکی از دلایل تعیین مجازات‌های ارفاقی برای مجرمان زن این است که در جامعه کنونی دیدگاه‌ها و انتظارات متفاوتی نسبت به زنان وجود دارد. «انتساب صفات و ویژگی‌ها و به تبع آن، تعیین وظایف و نقش‌های متفاوت برای زن و مرد در هر جامعه و در هر دوره تاَریخی، قلمروهای معنایی متفاوتی برای هریک به وجود می‌آورد که اساساً دنیای آن‌ها را از هم متمایز و گاهاً در برابر هم قرار می‌دهد» (کاردگر، ۱۳۹۵: ۲۱). در جوامع سنتی زنان را افرادی قابل احترام می‌داند که باید شأن، منزلت و آبروی آنان حفظ شده و تا حد امکان مورد حمایت جامعه قرار گیرند؛

1. Pollak
2. Pejorative approach
3. Protective approach

بنابراین دستگاه قضایی نیز در مقام حمایت از زنان مجرم با نگاهی ارفاقی و ترحم‌آمیز آنان را مجازات می‌کند. مصاحبه‌شونده ۳ در این مورد بیان می‌دارد: « شأن و جایگاهی که جنس زن در عرف و جامعه سنتی ایران دارد در ذهن و دیدگاه قضات به‌عنوان اعضای همین جامعه سنتی مؤثر است تا جایی که این وکیل معتقد است توجه به شأن زن موجب می‌شود که دست قاضی برای اعمال انواع ارفاق‌ها و تخفیفات باز باشد تا بتواند زنان را کمتر محکوم به حبس یا شلاق کند». در این راستا بیان شده است که کلیشه‌های فرهنگی در مورد زنان منجر به مجازات ترجیحیِ مجرمان زن می‌شود. این کلیشه‌ها یک دیدگاه جنسیتی را منتشر می‌کنند که زنانَ در مقایسه با مردان ضعیف و منفعل‌تر بوده و بنابراین به مردان برای امنیت و رفاه خود وابسته هستند (Cahill, 2012: 17)؛ بنابراین به طور کلی در جوامع سنتی، تلقی عمومی آن است که زنان از مردان ضعیف‌تر و آسیب پذیرتر هستند و اعمال خشونت در حق آن‌ها به طور کلی و از جمله اعمال مجازات پسندیده و مطابق با معیارهای اخلاقی نیست. مصاحبه‌شونده شماره ۹ در این خصوص بیان می‌دارد: «دادگاه و دادسرا محیط مناسبی برای رفت و آمد زنان نیست. هر چند زنان مجرم باید پاسخ‌گوی رفتار مجرمانه خود باشند، اما بهتر است تا حد امکان از حضور آنان در این اماکن و محیط بازداشتگاه‌ها و زندان‌ها جلوگیری کرد. به طور کلی نگاه به زن در دستگاه قضایی ترحم‌آمیزتر است».

۲-۱. نظریه پدرسالاری خانوادگی

این نظریه در مقام حمایت از بافت سنتی خانواده‌هاست و بیان می‌دارد وقتی مجرم یک زن خانه‌دار یا مادر است، قاضی رفتار ترجیحی نسبت به او دارد؛ زیرا در این موارد حبس و مجازات به عنوان از هم‌پاشیدگی و اختلال جدی در واحد خانواده سنتی تلقی می‌شود (Daly, 1987: 268). وجه تمایز این نظریه با نظریه پدرسالاری در مبنای حمایت از زنان است. مطابق با نظریه نخست، صِرف زن بودن به ویژه زنی که با هنجارهای عمومی جامعه سازگار است دلیل برخوردهای ارفاق‌آمیز در نظام عدالت کیفری است، اما در نظریه اخیر، مبنای حمایت از زنان و برخوردهای مبتنی بر تساهل، نقشی است که آن‌ها در محیط خانواده به عنوان یک مادر یا همسر دارند (Bickle and Peterson, 1991: 331). در این معنا، نظریه پدرسالاری خانوادگی

با نظریه «دغـــدغه‌های اصـلی»[1] قرابت‌هایی پـــیدا می‌کند؛ مطابق این نظـریه، سـه عامل سرزنش‌پذیری و میزان آسیـــب وارده به بزه‌دیـده، نیاز به حـمایت از جـامـعه و عملی بودن تصمیم قضایی متغیرهایی هستند که بر تصمـــیم قضایی تأثیرگـذارند (Steffensmeier, Ulmer and Kramer, 1998: 766)؛ به علاوه «زندانی شدن زنان، به ویژه در جوامـع ســـنتی، موجب گسستن آن‌ها از شبکه-های نیرومند خانوادگی، خویشاوندی، همسـایگی و قـومی و قبیله‌ای گردیده که موجب انزوای اجتماعی آن‌ها می-شود» (رشیدی و برات، ۱۳۹۵: ۷۰)؛ بنابراین دستگاه قضایی با مورد حمایت قرار دادن مجرمـــان زن و ارفـــاق در مجازات آنان می‌تواند تا حد زیادی از این آســـیب‌ها پیشگیری کند.

۳-۱. نظریه زن شرور[2]

ایـــن نظریه در انتقاد به نظریه پدرســـالاری/ جوانمردی مطرح شـــد. در این خصـــوص «کراچنت»[3] اظهار می‌دارد نظریه اخیر برخورداری همه زنان از ارفاق نظام عدالت کیفری را مفروض می‌گیرد در حالی که واقعیت این‌گونه نیســـت. به باور وی زمانـــی که زنان از ویژگی‌ها و نقش‌های مادرانه، منفعلانه و مطیع بودن فاصله بگیرند مادرانی غیرعادی و غیرزنانه محسوب می‌شـــوند (Kruttschnitt, 1984: 220). در این راســـتا، «فرانکلین»[4] و «فرن»[5] استدلال می‌کنند که ارفاق قضایی شامل حال زنانی که مرزهای زنانه را نقض می‌کنند نمی‌شود، بلکه به عکس، این زنان شایسته حمایت دانسته نمی‌شوند. به عنوان نمونه، زنان رنگین‌پوست «به حاشیه رانده شده»[6] به عنوان «بزهکاران دردسرسازی»[7] تلقی می‌شوند که به طرز معناداری با آن‌ها متفاوت از زنان سفیدپوســـت برخورد می‌شـــود (Franklin and Fearn, 2008: 281). افزون بر آن، در پژوهشـــی که در ســـال ۲۰۰۰ میلادی انجام شد، نظریه زن شرور در خصـــوص

1. Focal Concerns
2. Evil woman hypothesis
3. Kruttschnitt
4. Franklin
5. Fearn
6. Marginalized
7. Problematic Offenders

بزهـــکاران زن سیاهپوست متهم به حمل مـــواد مخدر در ایالت «اوکلاهاما»[1] مورد ارزیابی قرار گرفت و یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهـد زنان سـیاهپوستِ بزهـکار نوعاً زنانی تلقی می‌شـــوند که با نقض هنجارها و کلیشه‌های سنتی جنسیتی، سزاوار مجازات‌های شدیدتری در مقایسه با زنان ســـفیدپوست هســـتند (Sharp, Bralet, Marcus-Mendoza, 2000: 3). همچنین یافته‌های پژوهشـــی دیگر که با استفاده از نظریه «جوانمردی» و «زن شـــرور» در صدد تأثیر جنسیت بر آرای کیفری مواد مخدر در ســـطح فدرال ایالات متحده بوده، گویای آن است که جنسیتِ مجرم به تنهایی در برخورد ارفاقی و ملایم تأثیرگذار نیســـت، بلکه ســـابقه کیفری نیز در این خصوص حائز اهمیت اســـت؛ به نحوی‌که زنان با سابقه کیفری کمتر، مجازات‌های خفیف‌تری را متحمل می‌شـــوند و در مقابل آن دســـته از زنانی که ســـابقه کیفری بیشتری دارند مجازات‌های شدیدتری در انتظار آن‌هاست (Tillyer, Hartley, Ward, 2015: 703). مطابق این نظریه، «رفتار ترجیحی یا تنبیهی»[2] نســـبت به زنـــان تابعی از نگرش مقام قضایی به الگوی زنِ خوب یا بد و میزان انطباق رفتار زن بزهکار با کلیشه زن خوب یا بد است (Griffin, Wooldredge, 2006: 901).

٤-١. نظریه وابستگی

این نظریه استدلال می‌کند که آرای قضایی بیش از آن که متأثر از نفسِ متغیر جنســـیت باشد بر اساس دیگر ویژگی‌های مرتبط با جنسیت (سطوح کنترل اجتماعی غیررسمی) تعیین می‌شـــود؛ نه این که جنسیت عامل اصلی تفاوت در مجازات باشد (Kruttschnitt, 1982a: 503). ایـــن نظریه نشـــان می‌دهد زنانی که از نظر اقتصادی به همسر خود وابســـته هســـتند و زنانی که خانواده دارند، مجازات‌های خفیف‌تری را متحمـــل خواهند شـــد. مطابق این نظریه، اگر زنی تحـــت درجات بالایی از کنترل اجتماعی توسط شـــوهرش قرار گیرد، نیاز به مجازات قانونی یا کنترل تنبیهی کاهش می‌یابـــد (Kruttschnitt, 1982b: 229). از آن‌جا که در جامعه کنونی، زنان از ابعاد مختلف به مردان وابســـته هستند، در شرایط مختلف نیز خواه ناخواه از مردان تبعیت می‌کنند. یکی از این شـــرایط زمانی اســـت که مرتکب جرائم مواد مخدر می‌شـــوند.

1. Oklahama
2. preferential or punitive treatment

مصاحبه شـــونده شماره ۱ این دلیل را مورد اشـــاره قرار داد و بیان داشت: «بعضی از زنانی که مرتکب جرائم مواد مخدر می‌شـــوند بالذات مجرم نیســـتند، بلکه ورود آنان به عرصه این جرائم اغلب به تبعیت از دیگران همچون همســـر، پدر یا برادر است و چون اغلب در چنین مواردی با اجبار این مردان مواجه می‌شـــوند راهی جز ارتکاب جرم ندارند». مصاحبه شونده شماره ٦ در این خصوص اظهار داشت: «در بسیاری از پرونده‌هایی که داشته‌ام زنان مجرم به عنوان وسیله‌ای برای ارتکاب جرائم مواد مخدر، به ویژه قاچاق قرار گرفته بودند. چون معمولاً در ایست و بازرسی‌ها زنان را بازرسی نمی‌کنند». این اظهارات در تحقیق دیگری نیز تکرار شده است. به عنوان نمونه، عضو کمیســـیون عفو و بخشودگی یکی از استان‌های غربی کشـــور در این خصوص بیان می‌دارد: «زن در فرهنگ جوامع سنتی، کاملاً مطیع مرد است؛ لذا اختیار عملی چندانی نداشته و هر چه را که همسرش بگوید مجبور است انجام بدهد». یکی از وکلاء هم در این خصوص اظهار می‌دارد: «در جلسه دادرسی که یکی از متهمان زن حضور داشت، مأمور ســـتاد مبارزه با مواد مخدر بیان داشت به نظر من این زن بی‌گناه است و اساساً زن‌ها بی‌گناه‌اند، اگر مواد مخدر هم از آن‌ها کشف شود چون اقتداری نسبت به شوهر ندارند با آن‌ها کاری نداریم» (کاظم‌پور و فرجیها، ۱٤۰۱: ۲۱٤).

۲. یافته‌ها

یکـــی از ابزارهای مهم در پژوهش کیفی، تجزیه و تحلیل اســـناد و مدارک و مصاحبه است که در پژوهش حاضر، این امر با مطالعه پرونده‌های قضایی حوزه مواد مخدر و مصاحبه با کنشـــگران این حوزه انجام شـــد. از یک سو کلیه مراجع قضایی مکلف هســـتند در جریان رسیدگی خود را مقید به اصل تساوی افراد در مقابل قانون نمـــوده و نباید اجازه دهند که متغیرهای فراقانونی بر احکام آن‌ها مؤثر واقع شـــود و از طرفی در جامعه ایران دیدگاه عمومی آن اســـت که زنان از مردان آسیب‌پذیرترند و اعمال خشونت در حق آن‌ها پسندیده نیست و اغلب برای رسیدن به اهداف مجازات زنان، شدت عمل چندانی لازم نیست. زنان به دلیل روحیه لطیف‌تر در برابر خاصیت ارعابی و اصلاحی مجازات سریع‌تر واکنش نشان می‌دهند و اعمال مجازات خفیف‌تر نیز برای اصلاح آن‌ها مؤثر است. حال در بخش حاضر محقق قصد دارد تا به سوالات پژوهش پاسخ دهد.

۱-۲. کاربست نهادهای ارفاقی در قبال زنان بزهکار

یکی از موارد اغماض قضات نسبت به مجرمان زن، بهره‌مند کردن آن‌ها از نهاد ارفاقی تعلیق اجرای مجازات است. تعلیق اجرای مجازات در ماده ٤٦ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ [۱] مقرر شده و مقنن این اختیار را به قاضی داده است که در جرائم تعزیری درجه سه تا هشت در صورت وجود شرایط مقرر برای تعویق صدور حکم اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را از یک تا پنج سال معلق نماید. بر این اساس، اگر مجرم فاقد شرایط تعلیق اجرای مجازات باشد، قاضی نمی‌تواند از اختیار خود برای اعمال این نهاد ارفاقی نسبت به او استفاده کند، اما در این میان توجه به برخی مصالح در مجازات زنان مجرم به نسبتِ مردانی که مرتکب همان بزه شده‌اند مؤثر است. در پرونده‌های مورد مطالعه نیز مواردی وجود دارد که مجرم زن به‌رغم عدم برخورداری از شرایط تعلیق اجرای مجازات، از این ارفاق قانونی بهره‌مند شده و قاضی برخلاف شروط قانونی، مجرم زن را مشمول این نهاد قرار داده است. مثلاً در پرونده شماره ۲۰ مجرم زن به اتهام نگهداری چهار گرم شیشه به حداقل مجازات، یعنی دو سال حبس و سی و پنج ضربه شلاق و هشت میلیون ریال جزای نقدی [۲] محکوم‌شده و دارای دو سابقه مؤثر کیفری است؛ با این‌حال قاضی ضمن صدور رأی او را مشمول ماده ٤٦ قانون مجازات اسلامی نموده و مدت بیست ماه از حبس او را معلق کرده است؛ با این که یکی از شروط تعلیق اجرای مجازات این است که محکوم فاقد سابقه کیفری مؤثر باشد.

مجرم پرونده ۱۱، خانم پنجاه و پنج ساله‌ای است که جرم او مشمول مجازات بند ۳ ماده ۸ قرار می‌گیرد. قاضی ضمن صدور حکم به حداقل مجازات بند فوق یعنی سی ضربه شلاق و دو سال حبس و هشت میلیون ریال جزای نقدی، اجرای مجازات شلاق و بیست ماه از مدت حبس را معلق نموده است؛ یعنی به طور هم‌زمان، دو ارفاق نسبت به مجرم اعمال شده است؛ یکی تعیین حداقل مجازات و دیگری تعلیق

---

۱. «در جرایم تعزیری درجه سه تا هشت دادگاه می‌تواند درصورت وجود شرایط مقرر برای تعویق صدور حکم، اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را از یک تا پنج سال معلق نماید ...».

۲. مبالغ جزای نقدی مذکور در متن مقاله بر اساس قانون مبارزه با مواد مخدر با آخرین اصلاحات مربوط به سال ۱۳۹٦ است. هر چند مبالغ جزای نقدی مذکور در قانون مبارزه با مواد مخدر بنا بر مصوبه هیئت وزیران در اسفند ۱۳۹۹ تعدیل شده است لیکن این تغییر در زمان مطالعه اوراق پرونده و صدور احکام قضایی لازم الاتباع نبوده است.

مجازات. یکی از شرایط تعلیق اجرای مجازات، فقدان سابقه کیفری مؤثر است. مجرم این پرونده سابقه کیفری مؤثر دارد و این حال قاضی مجازات حبس و شلاق وی را معلق کرده است. اعمال دو ارفاق هم‌زمان را می‌توان بر اساس جنسیت مجرم و عائله‌مندی وی تحلیل کرد؛ چرا که مجرم در دادگاه اظهار به داشتن هفت فرزند نموده است. قطعاً وضعیت فردی و خانوادگی مجرم در ارفاق قاضی نسبت به او مؤثر بوده و شاید بتوان گفت که قاضی به دلیل وجود شرایطِ تخفیف، مجازات ملایم‌تری در نظر گرفته است. همچنین در پرونده ۱۷ ملاحظه می‌شود که قاضی ضمن حکم به حداقل مجازات، نصف مدت حبس را معلق نموده است. علاوه بر موارد مذکور، در پرونده ۱۰ نیز اجرای حبس تعیین شده برای متهم به مدت دو سال تعلیق شد.

بر این اساس می‌توان گفت قضات از اختیارات قانونی خود در اعمال نهادهای ارفاقی و تخفیف، بیشتر به نفع مجرمان زن استفاده می‌کنند. مبنا و علت این امر در اوراق پرونده‌ها یافت نشد، اما در خلال مصاحبه با برخی کنش-گران نظام عدالت کیفری، رویکرد تساهل و تسامح نسبت به بزهکاران زن به طور کلی مورد تأیید و تصدیق قرار گرفت. به عنوان نمونه مصاحبه‌شونده ۳ در این مورد بیان می‌دارد: «شئون مجرم زن بر حکم قاضی تأثیرگذار است. اگر یک زن شلاق بخورد چه وجهه‌ای در عرف پیدا می‌کند؟ نه تنها آبروی شخصی، بلکه حیثیت خانوادگی او نیز خدشه‌دار می‌شود».

در بررسی نتایج حاصل از مقایسه پرونده‌های مجرمان مرد با زن، نکته مهم این است که زنان با این که فاقد شرایط تعلیق مجازات بودند، ولی قاضی ضمن صدور حکم آن‌ها را از این نهاد بهره‌مند نموده است و در مورد مجرمان مرد در جرائم مشابه و حتی سبک‌تر (به جز یک مورد)، هیچ بهره‌مندی از نهاد تعلیق در پرونده آن‌ها مشاهده نشد. پس در این مورد تبعیض فاحشی بین دو گروه مجرمان زن و مرد مشاهده می‌شود. نکته قابل‌ذکر این است که جنسیتِ مجرمان زن به‌تنهایی چنین تأثیر فاحشی بر مجازات ندارد، بلکه همراه شدن متغیر زن بودن با متغیر عائله‌مندی موجب این تفاوت در مجازات میان زنان و مردان می‌شود؛ نکته‌ای که از یک سو موید دیدگاه‌های نظری پیرامون نظریه پدرسالاری خانوادگی است و از سوی دیگر مورد تأکید مصاحبه‌شونده شماره ۷ قرار گرفته است. این شخص که وکیل دادگستری است

اظهار می‌دارد: «واقعیت این است که همیشه قضات برخورد ملایم‌تری با مجرمان عائله‌مند دارند چون همه می‌دانیم که مثلاً با اعدام پدر یا مادر یک خانواده، فرزندان آن‌ها آواره می‌شوند». همچنین مصاحبه‌شونده شماره ٤ که قاضی است این‌گونه بیان می‌کند: «معمولاً قضات با تعیین حداقل مجازات برای مجرمی که سرپرست خانواده است تلاش می‌کنند که حتی‌الامکان مانع تسری آثار نامطلوب مجازات به خانواده و وابستگان مجرم شوند؛ به خصوص برای مجرم زن».

یکی از دلایلی که برای تأثیر «زن بودن مجرم» بر فرایند تعیین مجازات از سوی مصاحبه‌شوندگان بیان شد، تفاوت‌های جسمی و روحی زنان با مردان است. مصاحبه‌شوندگان ۱، ۲ و ۳ به این دلیل اشاره نمودند. آنان بدون اشاره به تفاوت خاصی میان زن و مرد، به طور کلی، تفاوت‌های زنان با مردان را عامل تفاوت در مجازات می‌دانند. برای مثال مصاحبه‌شونده شماره ۲ در این مورد بیان داشت: «جنس زن و مرد خصوصیات منحصر به فرد و کاملاً متفاوتی با هم دارند. تفاوت‌های زیستی و روانی زنان با مردان موجب می‌شود که قضات مثلاً تمایلی به حبس کردن طولانی مدت مجرمان زن نداشته باشند.»

مصاحبه‌شوندگان ۱، ۲، ٤ و ٦ در بیان دلایل مجازات ارفاقی زنان، به ضعیف بودن زنان اشاره نمودند. مثلاً مصاحبه‌شونده شماره ۱ اذعان داشت: «بدیهی است که زنان از لحاظ جسمی و روحی ضعیف‌تر از جنس مرد هستند؛ بنابراین توان تحمل حبس و سایر مجازات‌ها برای زنان دشوارتر از مردان است و قضات معمولاً این نکته را مورد نظر قرار می‌دهند.» مصاحبه‌شوندگان ۲، ٤ و ٦ نیز ضمن اشاره به ضعف جسمی و روحی زنان، آنان را نیازمند حمایت‌های بیشتری از جانب سیستم قضایی می‌دانند.

۲-۲. تعیین حداقل یا کمتر از حداقل مجازات نسبت به زنان بزهکار

برخورد ارفاق‌آمیز دیگری که قضات نسبت به مجرم زن دارند این است که آن‌ها را مشمول حداقل مجازات مقرر قانونی می‌کنند و از اختیاری که برای تعیین مجازات در محدوده حداقل و حداکثر دارند به‌خوبی به نفع زنان استفاده می‌کنند. نتایج پرونده ۱۰ مؤید این مطلب است. متهم این پرونده مرتکب نگهداری هروئین

شـــده و مشـــمول بند ٤ ماده ٨ قانون مبارزه با مواد مخدر[1] قرار می‌گیرد که قاضی به حداقل مجازات مقرر در این بند حکم داده اســـت. با این که مجرم مرتکب نگه‌داری میزان بالای مواد مذکور در بند ٤ ماده ٨ شـــده اســـت، قاضی از اختیار خود در تعیین مجـــازات حداقـــل تا حداکثر، به نفع مجرم زن بهره بـــرده و او را به حداقل مجازات محکوم نموده اســـت. علاوه بـــر این، در پرونده ۱۷ نیز همانند پرونده ۱۰ مشـــاهده می‌کنیم که قاضی برای مجرم زن که مشـــمول بند ٤ ماده ٨ است حداقل مجازات این بند را مقرر نموده اســـت. نکته جالب توجه این اســـت که در اکثر پرونده‌های مورد مطالعه، زنان فاقد وکیل مدافع بودند که بتواند از آن‌ها دفاع کرده و با استدلال حقوقی تقاضای صدور حکم خفیف‌تری از قاضی داشته باشد، ولی گویا جنسیت زنان، خود نقـــش وکیل مدافع را برای آنان ایفا می‌کند. نکتـــه دیگر این که، هرچند مجرمان مرد نیز در مواردی مشـــمول حداقل مجازات قرار گرفته‌اند، ولی این ارفاق نسبت به آنان، اغلب در رابطه با مجرمان مرد «جوان» صورت گرفته است یعنی متغیر «جوانی مجرم» تأثیرگذار بوده اســـت. مورد دیگر پرونده شماره ۲ می‌باشد. مجرم پرونده مبادرت به حمل ده کیلوگرم تریاک نموده اســـت. مجازات قانونی این جرم بر اساس بند ٤ ماده ۵ قانون مبارزه با مواد مخدر و اصلاحیه آن شـــصت تا دویســـت میلیون ریال جزای نقدی، پنجاه تا هفتاد و چهار ضربه شـــلاق و پنج تا ده سال حبس می‌باشد اما قاضی وی را به پرداخت ده میلیون ریال جزای نقدی، یعنی کمتر از حداقل مجازات قانونی و حداقل حبس محکوم نموده است. تنها متغیر به‌دست آمده از این پرونده که می‌تواند بر نظر قاضی تاثیرگذار باشد جنسیت مجرم اســـت. همچنین در پرونده‌های ۱۱ و ۲۰ که پیش از این مورد اشاره قرار گرفت، مجرمان مـــشمول حداقل مجازات قانونی قرار گرفته‌اند.

---

۱. «هر کس هروئین، مرفین، کوکائین و دیگر مشتقات شیمیایی مرفین و کوکائین و یا لیزرژیک اسید دی اتیل آمید (ال.اس.دی)، متیلن دی اکسی مت آمفتامین (ام.دی.ام.آ. یا آکستاسی)، گاما هیدروکسی بوتیریک اســـید (جی.اچ.بی)، فلونیترازپام، آمفتامین، مت آمفتامین (شیشـــه) و یا دیگر مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیرداروئی که فهرســـت آن‌ها به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد را وارد کشـــور کند و یا مبادرت به ساخت، تولید، توزیع، صدور، ارسال، خرید یا فروش نماید و یا در معرض فروش قرار دهد و یا نگهداری، مخفی یا حمل کند با رعایت تناسب و با توجه به میزان مواد به شـــرح زیر مجازات خواهدشـــد: ... ٤- بیش از چهار گرم تا پانزده گرم، از بیست میلیون تا چهل میلیون ریال جریمه نقدی و پنج تا هشت سال حبس و سی تا هفتاد و چهار ضربه شلاق».

شـــرایط نامناســـب دیگری که در ارتکاب جرائم مواد مخدر نقش داشته و در تعیین مجازات مورد توجه قضات قرار می‌گیرد، بی‌سرپرســـت یا بد سرپرست بودن زنان اســـت. از آن‌جایی که در جامعه ما اکثریت زنـــان از جهات مختلف و از جمله از جنبه اقتصادی به مردان وابســـته هستند، در صورتی که حمایت مردان را از دست بدهند از آنان به عنوان زنان بی سرپرست یا بد سرپرست یاد می‌شود که مساعدت‌های مالی نهادها و سازمان‌های حمایتی از این زنان بسیار ناچیز است و نمـی‌تواند نیازهای اقتصادی آنان را تأمین نماید و همین مشکلات مالی و رفاهی موجب می‌گردد تا آنان مرتکـــب جرائمی مانند مواد مخـدر شـوند. مصاحبه‌شوندگان ۱، ۳ و ۷ بیان نمودند که قضات در تعیین مجازات برای این مجرمان بی سرپرست یا بد سرپرست بودن آنان را مورد نظـــر قرار داده و مجازات‌های ملایم‌تری برای آنان تعیین می‌کنند. برای مثال مصاحبه‌شونده ۷ معتقد است: «یکی از گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه زنان بی‌سرپرست و بد سرپرســـت هســـتند. این افراد به دلیل مشکلات مختلف از جمله مسائل مالی به جرائم مختلف روی می‌آورند. اکثر زنانی که مرتکب جرائم مواد مخدر می‌شـــوند هم بدون سرپرست هستند».

۳-۲. عدم تشدید مجازات در قبال زنان بزهکار

جامعه ایران برای حفاظت از خود به اعمال خشـــونت زیاد و شدت عمل در مقابـــل زنان نیازی نمی‌بیند. هم‌چنین کارکرد ارعابی مجازات در زنان بیش‌تر اســـت؛ زیرا اصولاً مفهوم ترس در زنان بیش‌تر از مردان ریشه دارد و معمولاً زنان در برخورد با خشـــونت مجازات زودتر از مردان مرعوب می‌شوند؛ بنابراین با مجازات کمتر نیز مرعوب می‌شوند و از تکرار جرم جلوگیری می‌شود (کریمی، ۱۳۹۵: ۱۱۲). یافته‌های پرونده‌های ۱ و ۲۳ این نظر را تأیید می‌کنند. در این دو پرونده مشاهده شد که وقتی مجرم زن مشـــمول اشد مجازات قرار گرفته قاضی از اعمال تشدید چشم‌پوشی کرده اســـت. گویا قضات چنین حکم و سرنوشـــتی را برای مجـــرم زن نمی‌پذیرند. گویی «جامعه نمی‌خواهد با مجازات کردن به زنان آســـیب برســـاند و اعتقاد ندارد که زنان می‌توانند جنایتکارانـــه رفتار کنند؛ بنابراین آن‌ها مســـتحق دریافت مجازات ملایم‌تر هســـتند» (Cahill, 2012:18). در پرونده ۱ مجرم بـــرای دومین مرتبه مرتکب تکرار

جرم مقرر در بند ۲ ماده ۵ [۱] شده که بر اساس ماده ٦ قاضی مکلف است مجازات وی را تشدید کرده و او را به یک برابر و نیم مجازات مقرر در این بند محکوم نماید، اما حکم به چنین مجازاتی در رأی قاضی دیده نمی‌شـــود و هیچ اشاره‌ای به تکرار جرم نشـــده است. در پرونده ۲۳، متهم برای سومین مرتبه مرتکب حمل و نگه‌داری تریاک به میزان مذکور در بند ۳ ماده ۵ شـــده است که باید مقرره ماده ٦ نسبت به وی اعمال شود و به دو برابر مجازات محکوم شود اما قاضی وی را به چهل میلیون ریال جزای نقدی، پنجاه ضربه شـــلاق و دو ســـال حبس محکوم و از اعمال مقررات تکرار جرم چشم‌پوشی کرده است.

یکـــی دیگر از مصادیق برخورد ملایم با مجرم زن که در پرونده ۲۲ مشـــهود می‌باشـــد این است که مجرم مشمول بند ٦ ماده ۸ [۲] قرارگرفته، ولی قاضی سعی دارد از عنوان فروش مواد چشم‌پوشی کند تا به هر نحو ممکن او را مشمول تبصره ۱ ماده ۸ [۳] نمایـــد تا از اعدام رهایی یابد؛ چون معمولاً زنـــان را جنس ضعیف و قابل‌ترحم می‌دانند که با مجازات کمتر و ســـبک‌تر به ســـرعت مرعوب شده و هدف اصلاحی مجازات نســـبت به آن‌ها حاصل می‌شود و نیازی به شدت عمل در مورد آن‌ها وجود ندارد. در پرونده ۲۲، یک ترازوی آغشـــته به مواد مخدر و نود گرم شیشه و هروئین در منزل یک زن کشف‌شـــده است و در بازجویی‌ها، زن به تعلق مواد و ترازو به خود اقرار کرده اســـت. همدست زن در این پرونده بیان می‌کند: «من مواد خانم را برای او می‌فروختم.» علاوه بر این شهود دیگری نیز به فروش مواد توسط زن شهادت داده‌اند. با این که اظهارات متهمان و تمامی شـــواهد پرونده این علم را برای قاضی به وجود آورده که متهم پرونده مبادرت به فروش مواد مخدر می‌کرده اســـت و می‌توان زن را مباشر معنوی جرم دانست و او را به جرم فروش مواد مخدر محاکمه کرد، ولی صرفاً

---

۱. «هـــر کس تریاک و دیگر مواد مذکور در ماده ٤ را خرید، نگهداری، مخفی یا حمل کند با رعایت تناســـب و با توجه به مقدار مواد و تبصره ذیل همین ماده به مجازات‌های زیرمحکوم می شـــود: ... ۲- بیـــش از پنجاه گرم تا پانصد گرم، پنج تا پانزده میلیون ریـــال جریمه نقدی و ده تا هفتاد وچهار ضربه شلاق».

۲. «بیش از سی گرم، اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم».

۳. «هر گاه محرز شـــود مرتکب جرم موضوع بند (٦) این ماده برای بار اول مرتکب این جرم شده و موفق به توزیع یا فروش آن هم نشـــده در صورتی که میزان مواد بیش از یکصد گرم نباشـــد با جمع شـــروط مذکور یا عدم احراز قصد توزیع یا فروش در داخل کشور با توجه به کیفیت و مسیر حمل، دادگاه به حبس ابد و مصادره اموال ناشی از همان جرم، حکم خواهد داد».

به جرم نگهداری محکوم شده است. متهم زن در دفاع از خود بیان می‌کند: « تقاضای عفو دارم. من متأهل هستم و دارای دو فرزند هستم که بدون پدر هستند مجازات من باعث از هم پاشیدن خانواده‌ام می‌شود.» با این که میزان مواد مخدر بیشتر از سی گرم است و قاضی باید او را طبق بند ٦ ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر محکوم به اعدام کند و اتهام فروش مواد هم محرز است، قاضی در رأی خود بیان می‌دارد: «با توجه به این که نگهداری مواد مخدر توسط متهم برای بار اول بوده و موفق به توزیع یا فروش مواد نشده و مقدار مواد هم کمتر از یکصد گرم است، مستنداً به تبصره ۱ ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر به حبس ابد محکوم می‌شود». همان‌طور که ملاحظه می‌شود قاضی سعی دارد که رفتار متهم را در محدوده تبصره ۱ ماده ۸ بگنجاند و او را از مجازات اعدام برهاند؛ به همین دلیل به اتهام فروش و توزیع مواد که بارها توسط زن و همدست او و شهود مورد اعتراف قرارگرفته توجهی نکرده است و نهایتاً به اتهام نگهداری محکوم شده است. با این که قاضی در رأی خود به جنسیت متهم اشاره‌ای نکرده است، ولی از جریان پرونده و اظهارات متهم و نوع برخورد قاضی و نهایتاً عدم پذیرش عنوان مجرمانه فروش کاملاً مشهود است که متغیر جنسیت در رأی قاضی مؤثر واقع شده است.[1]

داده‌های پرونده ۱۹ نیز قابل ملاحظه است. در این پرونده مجرم هفتاد و سه ساله مرتکب نگهداری هروئین و شیشه و آلات استعمال مواد مخدر شده و محکوم به مجازات بند ۳ ماده ۸ [2] و ماده ۲۰ شده است که در این پرونده قاضی با این که اختیار تعلیق مجازات را دارد و مجرم هم به دلیل سن زیاد از شرایط تعلیق برخوردار است، ولی قاضی مجرم را از این اختیار قانونی بهره‌مند نساخته است. عاملی که احتمالاً بر ذهن قاضی مؤثر واقع‌شده و می‌توان از آن به عنوان متغیر فراقانونی نام برد، عضویت مجرم در گروه اقلیت فیوج است. پس ملاحظه می‌شود که هر چند داشتنِ جنسیتِ مؤنث در بهره‌مندی از ارفاق‌های متعدد مؤثر است، ولی در این موردِ به خصوص،

---

۱. به موجب ماده ٤٥ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹٦/۰۷/۱۲، صدور حکم اعدام منوط به شرایطی از جمله سردستگی، وجود سابقه محکومیت قطعی به اعدام، حبس ابد یا حبس بیش از ۱۵ سال، استفاده از سلاح شده است. لیکن در زمان صدور رأی در پرونده مورد نظر این ماده تصویب نشده بود.

۲. «بیش از یک گرم تا چهار گرم، از هشت میلیون تا بیست میلیون ریال جریمه نقدی و دو تا پنج سال حبس و سی تا هفتاد ضربه شلاق»

عضو گروه فیوج بودن این بهره‌مندی را محدود می‌کند. به‌عبارت‌دیگر، زن مجرمی که فیوج است شانس کمتری از زن مجرمی که عضو این گروه اقلیت نیست در بهره‌مندی از ارفاق و اغماض قاضی دارد؛ چرا که باور عمومی این است قوم فیوج اقلیتی هستند که اصولاً فرهنگ‌های مجرمانه‌ای دارند که آن‌ها را از سایر اقلیت‌های قومی و مذهبی در کشـــور متمایز می‌کند. در واقع در رویه قضایی، قضات نوعاً نســـبت به رفتارهای برخاسته از فرهنگ اعضای اقلیت واکنش منفی نشان می‌دهند و معمولاً در تصمیمات قضایی، برخورد ناعادلانه و شـــدیدتری با متهمان وابسته به اقلیت دارند «بیش از یک گرم تا چهار گرم، از هشـــت میلیون تا بیســـت میلیون ریال جریمه نقدی و دو تا پنج سال حبس و سی تا هفتاد ضربه شلاق» (هوشیار، ۱۳۹۳: ۵).

به عقیده مصاحبه‌شـــوندگان، دیدگاه دیگری که نســـبت به زنان وجود داشته و موجب عدم تشـــدید مجازات آنان می‌شود «عدم لزوم شـــدت عمل برای اصلاح مجرمان زن» اســـت. از دیدگاه جرم‌شناسان، زنان به دلیل وضعیت روانی شکننده‌تر و روحیه لطیف‌تر در برابر خاصیت اصلاحی مجازات‌ها سریع‌تر واکنش نشان می‌دهند و اعمال مجازات‌های خفیف‌تر نیز برای اصلاح آن‌ها مؤثر است (کی‌نیا، ۱۳۷۳: ٥٦٤). هم‌چنین جامعه از جانب زنان احســـاس خطر کمتری می‌کند، زیرا آن‌ها را در دست زدن به شـــرارت‌های مهم و بزرگ قادر نمی‌داند. در عمل نیز حالت‌های خطرناکی که زنان در جامعه ایران از خود به نمایش می‌گذارند کم‌تر از نمونه‌های مشـــابه در مردان اســـت» (مخصوصی، ۱۳۸٦: ۲۸). مصاحبه‌شـــوندگان اظهار داشتند کارکرد اصلاحی مجازات‌ها در رابطه با مجرمان زن، ســـریع‌تر محقق می‌شود و برای رسیدن به هدف اصلاحی مجازات زنان، شـــدت عمل چندانی لازم نیست. مثلاً مصاحبه‌شونده شماره ۹ بیان داشـــت: «برای اصلاح زنان مجرم مجازات‌های شـــدید و سنگین لازم نیست. زنان با توجه به روحیاتی که دارند هم زودتر مرعوب می‌شوند و هم انتظار می‌رود که سریع‌تر اصلاح شده و مرتکب تکرار جرم نشوند. بدیهی است که اکثریت زنان به دلیل ترس درونی شـــان با مجازات‌های خفیف‌تر هم اصلاح می‌شوند.» مصاحبه‌شوندگان شـــماره ۲ و ۸ نیز به این دلیل اشاره نمودند. بنابراین وجود چنین دیدگاه‌هایی نسبت به زنان اســـت که باعث می‌شـــود قضات در برخورد با مجرمان زن با ارفاق و احتیاط بیشـــتری به اعمال مجازات بپردازند و بکوشند تا حد امکان از لطمه خوردن زنان بر اثر مجازات‌های سنگین پیشگیری نمایند.

برآمد

۱- قضات در مواجهه با بزهکاران زن که مرتکب جرائم مواد مخدر می‌شوند نوعی تبعیض مثبت را اِعمال می‌کنند، برخورد ملایم‌تری نسبت به آنان دارند و در شرایط مشابه با بزهکاران مرد، آن‌ها را بیشتر از مردان مشمول نهادهای ارفاقی از جمله تعلیق اجرای مجازات قرار می‌دهند، حکم به حداقل مجازات می‌دهند و مجازات آنان را تشدید نمی‌کنند. همچنین سعی در تغییر عنوان مجرمانه برای شمول مجازات کمتر نسبت به زنان دارند و از اختیارات قضایی خود در فردی‌کردن مجازات‌ها بیشتر به نفع مجرمان زن استفاده می‌کنند.

۲- مصاحبه‌شوندگان این تأثیرگذاری را ناشی از سه دلیل می‌دانند: نخست، تفاوت‌های جسمی و روحی زنان با مردان؛ در تعیین مجازات برای مجرمان زن این واقعیت مورد توجه قضات قرار می‌گیرد که میان زنان و مردان تفاوت‌های اساسی وجود دارد و این تفاوت‌ها، ضرورت مجازات‌های افتراقی را ایجاب می‌کند؛ دوم، قرار گرفتن زنان در شرایط نامناسب است که از جمله این شرایط نامناسب، مجبور شدن زنان به تبعیت از دیگران در ارتکاب جرم است. در جامعه کنونی، زنان از ابعاد مختلف به مردان وابسته هستند در وضعیت‌های مختلف نیز خواه ناخواه از مردان تبعیت می‌کنند. وضعیت نامناسب دیگری که زنان را به سمت جرائم مواد مخدر سوق می‌دهد این است که آنان به عنوان طعمه و ابزار ارتکاب جرم به این جرائم ورود پیدا می‌کنند. در مواردی نیز بی‌سرپرست یا بدسرپرست بودن زنان موجب می‌شود که آنان جهت تأمین هزینه‌های زندگی خود مرتکب جرائم مواد مخدر شوند؛ سوم، در جامعه کنونی دیدگاه‌ها و انتظارات متفاوتی نسبت به زنان وجود دارد؛ برخی از این دیدگاه‌ها زنان را افرادی قابل احترام می‌داند که باید شأن و آبروی آنان حفظ شده و تا حد امکان مورد حمایت جامعه قرار بگیرند. دیدگاه دیگر نیز زنان را موجودات ضعیفی می‌داند که مجازات‌های شدید نسبت به آنان امری غیر اخلاقی محسوب می‌شود. دیدگاه دیگر نیز به بیان عدم لزوم مجازات‌های شدید و سنگین برای اصلاح مجرمان زن اشاره دارد.

۳- یافته‌های پژوهش حاضر بیشتر مؤید دیدگاه «جوانمردی/ پدرسالاری» است. بر اساس نظریه جوانمردی، نظام عدالت کیفری با زنان جوانمردانه و مبتنی بر

تساهل کیفری رفتار می‌کند و زنان در مقایسه با همتایان مذکر خود محکومیت‌های سبک‌تری دریافت می‌کنند. نگرش نظریه جوانمردی به زنان، مبتنی بر کلیشه‌های جنسیتی نسبت به زنان است که آن‌ها موجوداتی ضعیف، منفعل و وابسته هستند. به دیگر سخن، کلیشه‌های فرهنگی در مورد جنسیت منجر به مجازات ترجیحی مجرمان زن می‌شود. این کلیشه‌ها یک دیدگاه جنسیتی را ایجاب می‌کنند که زنان در مقایسه با مردان ضعیف و منفعل‌تر بوده و بنابراین به مردان برای امنیت و رفاه خود وابسته هستند. این دیدگاه به انضمام نظریه پدرسالاری در ساحت نظام عدالت کیفری، گویای آن است که زنان به جای مجازات، نیازمند حمایت از جانب سیستم قضایی هستند. نقش مردان در نظام عدالت کیفری این است که مردان باید از زنان در برابر خطر و آسیب محافظت کنند. در نتیجه می‌توان گفت به دلیل بافت سنتی جامعه ایران، به‌نوعی دیدگاه‌های نظریه جوانمردی/ پدرسالاری، پدرسالاری خانوادگی و وابستگی در مورد زنانِ متهم به جرائم حوزه مواد مخدر در نظام عدالت کیفری ایران نیز حاکم است که این دیدگاه‌ها خود به نوعی از کلیشه‌های جنسیتی ناشی می‌شوند. نکته قابل ذکر آن است که در پژوهش حاضر یافته‌هایی مبنی بر ضرورت شدت عمل نسبت به بزهکاران زن که در نظریه زن شرور از آن یاد می‌شود به دست نیامد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اعتمادی‌فرد، مهدی و جعفری، فاطمه (۱۳۹۶)، «**تفاوت آراء قضات در سرقت خشن: نقش زمینه‌های اجتماعی متهمان**»، بررسی مسائل اجتماعی ایران، دوره هشتم، شماره ۱.

* الهام، غلامحسین و کریمی، مهدی (۱۳۹٤)، «**تأثیر عوامل فراقانونی و قانونی خاص بر تفاوت آراء در تعیین مجازات قضایی در جرائم مشابه**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، شماره ٤ و ۵.

* برنارد، تامس و دیگران (۱۳۹۲)، **جرم‌شناسی نظری وُلد**، برگردان: علی شجاعی، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* خداوردی، حسن (۱۳۹۵)، «**متدولوژی پژوهش کیفی**»، ره‌آورد سیاسی، شماره ٤۸.

* رشیدی، احمد و براتی، مریم (۱۳۹۵)، «**بررسی وضعیت زنان زندانی و روش‌های بازپروری آن‌ها**»، پژوهشنامه زنان، سال هفتم، شماره ۳.

* رنجبر، هادی و دیگران (۱۳۹۱)، «**نمونه‌گیری در پژوهش‌های کیفی: راهنمایی برای شروع**»، دانشگاه علوم پزشکی ارتش، سال دهم، شماره ۳.

* ساکیانی، زهرا و واعظی، عباس (۱٤۰۱)، «**اثرسنجی سوگیری‌های شناختی بر کیفیت عدالت در تصمیم‌گیری قضات دادگاه‌های کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* صانعی، پرویز (۱۳٤۷)، «**تأثیر عوامل شخصی در رأی قضات**»، کانون وکلا، شماره ۱۰۹.

* عارفی، مرتضی (۱۳۹٦)، **مداخله نهادهای عدالت کیفری نسبت به متهمان فقیر**، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

* علوی حسینی، محمدتقی (۱۳۸۹)، **متغیرهای فراقانونی مؤثر بر آراء کیفری ایران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

* کاظم‌پور، ثنا و فرجیها، محمد (۱٤۰۱)، «**تبیین نظری تأثیر جنسیت بر تعیین مجازات مجرمان مواد مخدر؛ مطالعه تطبیقی ایران و آمریکا**»، مجله حقوقی

دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
* کریمی، مهدی (۱۳۹۵)، «**پژوهش میدانی تأثیر جنسیت زن در تعیین مجازات کیفری؛ مطالعه موردی دادگاه‌های کیفری مشهد ۱۳۹۲**»، پژوهش‌نامه زنان، سال هفتم، شماره ۲.
* کی نیا، مهدی (۱۳۷۳)، **مبانی جرم‌شناسی**، تهران: دانشگاه تهران.
* محمودی کاردگر، مریم (۱۳۹۵) «**تحلیل سفر به عنوان مکانیزم تغییر در زندگی زنان: مطالعه موردی زنان تهران امروز**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد مطالعات فرهنگی،کاشان: دانشگاه کاشان.
* مخصوصی، خدیجه (۱۳۸۶)، **تأثیر جنسیت مجرم بر صدور قرارهای تأمینی و احکام کیفری**، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد.
* مهرا، نسرین (۱۳۸۶)، «**کیفر و چگونگی تعیین آن در فرآیند کیفری انگلستان؛ با تکیه بر کارکردهای کیفر**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵.
* نئوندورف، کمبرلی.ای، (۱۳۹۵)، **راهنمای تحلیل محتوا**، برگردان: حامد بخشی، چاپ نخست، مشهد: جهاد دانشگاهی.
* هوشیار، مهدی (۱۳۹۳)، **موقعیت اقلیت‌ها در نظام عدالت کیفری ایران**، رساله دکتری رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

ب. انگلیسی

* Bickle Gayle S. , Peterson, Routh D. (1991). **"The Impact of Gender-Based Family Roles on Criminal Sentencing"**, Social Problem, Vol. 38, No. 3.
* Brewster, D, (2002), **"Legal and Extra Legal Variables in Sentencing Outcomes: The Effect of Race and Gender"**, A Dissertation University of Oklahoma.
* Cahill, S, (2012), **"Gender and Sentencing: A Canadian Perspective"**, A Thesis presented to The University of Guelph.
* Crew, Keith B, (1991),**"Sex differences in criminal sentencing: Chivalry or patriarchy?"**, Justice Quarterly, 8.

❋ Daly, Kathleen (1987), **"Structure and Practice of Familial-Based Justice in a Criminal Court"**, Law and Society Review, 21.

❋ Daly, Kathleen, Bordt, Rebecca L. (1995). **"Sex effects and sentencing: An analysis of the statistical literature"**. Justice Quarterly 12.

❋ Doerner, J & Demuth S, (2014), **"Gender and Sentencing in the Federal Courts: Are Women Treated More Leniently?"**, Criminal Justice Policy Review, Vol. 25(2).

❋ Franklin, Courtney and Noelle Fearn (2008), **"Gender, Race and Formal Court Decision-Making Outcomes: Chivalry/Paternalism, conflict theory or gender conflict?",** Journal of Criminal Justice, 36.

❋ Griffin, Timothy, Wooldredge, John. (2006). **"Sex-based disparities in felony dispositions before versus after sentencing reform in Ohio"**. Criminology 44.

❋ Hartley, Richard D and Kwak, Dae-Hoon and Park, MiRang and Lee, Min-Sik, (2011), **"Exploring Sex Disparity in Sentencing Outcomes: A Focus on Narcotics Offenders in South Korea"**, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminogy, 55.

❋ Kruttschnitt, Candace (1982a), **"Women, Crime and Dependency: An Application of the Theory of Law"**, Criminology, 19.

❋ Kruttschnitt, Candace (1982b), **"Respectable Women and the Law"**, Sociological Quarterly, 23.

❋ Kruttschnitt, Candace (1984), **" Sex and Criminal Court Dispositions: The Unresolved Controversy"**, Research in Crime and Delinquency, 21.

❋ Kruttschnitt, Candace, Savolainen, Jukka (2009). **"Ages of Chivalry,**

Places of Paternalism", European Journal of Criminology, Volume 6 (3).

❋ Nagel, I. and Hagan, J. (1983). **"Gender and crime: Offense patterns and criminal court sanctions"**. In N. Morris and M. Tonry (Eds) Crime and justice. Volume IV, 91–144. Chicago, IL: University of Chicago Press.

❋ Pierce, Mari. (2023). **"Gender disparities in sentencing: a theoretical approach"**, Perceptions of Female Offenders, Vol 2 .

❋ Steffensmeier, Darrell, Kramer, John, Streifel, Cathy. (1993). **"Gender and imprisonment decisions"**. Criminology, 31.

❋ Steffensmeier, Darrell and Ulmer Jeffery and Kramer, John, (1998). **"The interaction of race, Gender and Age in Criminal Sentencing: The Punishment Cost of Being Young, Black and Male"**, Criminology, Volume 36.

❋ Sharp, F. Susan, Braley, Adrienne, Marcus-Mendoza, Susan (2000), **"Focal Concerns, Race and Sentencing of Female Drug Offenders"**, Free Inquiry in Creative Sociology, Volume 28, Number 2.

❋ Tillyer, Rob, Hartley, D. Richard, Ward, T. Jeffery (2015), **"Differential Treatment of Female Deffendants"**, Criminal justice and Behavior, Vol. 42, No.7.