مجله حقوقی
دادگستری

اعضای هیات تحریریه

ربیعا اسکینی/ استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته ای تهران
غلامحسین الهام/ دانشیار دانشگاه تهران
خیراله پروین/ استاد دانشگاه تهران
محمدجواد جاوید/ استاد دانشگاه تهران
ولی رستمی/ استاد دانشگاه تهران
سیامک ره پیک/ استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
محمدهادی صادقی/ استاد دانشگاه شیراز
محمدحسن صادقی مقدم/ استاد دانشگاه تهران
عباسعلی کدخدائی الیادرانی/ استاد دانشگاه تهران
سید فضل اله موسوی/ استاد دانشگاه تهران
حسین میرمحمدصادقی/ استاد دانشگاه شهید بهشتی

مجله حقوقی دادگستری

فصلنامه علمی پژوهشی قوه قضاییه

- مدیر مسئول: علیرضا امینی
- سردبیر: محمدحسن صادقی مقدم
- مدیر نشریه: لیلاسادات اسدی
- ویراستار انگلیسی: مرضیه سادات آقامیرسلیم
- ویراستار ادبی: سمیه صفایی
- طراح و صفحه آرا: مریم حیدری

- نشانی: بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه، خیابان شهید قدوسی، پژوهشگاه قوه قضائیه
- تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱
- پایگاه الکترونیک: www.jlj.ir
- پست الکترونیک: law.journal1316@gmail.com

فهرست

اثر انحلال قرارداد بر شـــرط «وجه التزام»؛ مطالعـــه تطبیقی رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانسه ۵
محمدهادی جواهرکلام، محسن علیجانی، فخرالدین شریفی
اعسار دولت از هزینه دادرسی» ۳۹
علی قسمتی تبریزی
آسیب‌شناسی سیاست کیفری در صدور آراء وحدت رویه ۶۵
ضرغام نره‌ئی، مرتضی فتحی
نرم‌افزار متن‌باز؛ حقوق مالکیت فکری یا حقوق قراردادها ۹۵
عبداله رجبی
جبران صدمه بر زیبایی در فقه عامه و امامیه؛ با نگاهی به رویه قضایی ۱۱۹
عباس نیازی، مهدی هادی
تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها در اتحادیه اروپا ... ۱۴۳
علی الهیاری‌فرد، خیراله پروین
شـــیوه‌های غیرترافعی حل و فصل اختلاف درون تعاونی‌ها در پرتو اقتضائات و اصول تعاون ۱۷۱
محمد ساردوئی نسب، علی زندی
پابند الکترونیک به عنوان شـــیوه نوین اجرای کیفر حبس؛ از سیاست تقنینی تا قضایی ۱۹۷
شهرام ابراهیمی، حسین سلطانی‌فرد
احضار متهم در مقام مطلع ۲۲۵
اسدالله مسعودی مقام، میلاد امیری
شاخصه‌های «ایراد اتهام» در نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی‌ژرمنی با نگاهی به حقوق ایران ۲۵۳
عدنان عمرانی‌فر، مهدی شیدائیان آرانی، حسن عالی‌پور
واکاوی مســـئولیت کیفری مرتکبان ترور ســـردار ســـلیمانی بر مبنای اشـــکال مسئولیت کیفری بین‌المللی ۲۷۷
اکبر علیزاده، جعفر کوشا
کیفرشناسی جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران ۳۱۵
مهرداد احمدزاده ذوالپیرانی، یاسمن خواجه نوری، علی نجفی توانا
تحلیلی بر دادخواهی سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری ۳۴۱
غلامرضا مولابیگی، میلاد قطبی، حسین محمدی احمدآبادی
مداخله‌گـــری کیفری برای احیای حقـــوق عامه در نظام حقوقی ایـــران؛ چرایی و چالش‌ها ۳۶۵
زهرا شیری، باقر شاملو
کاربرد تورم اقتصادی و خط فقر در حکم اعسار و تقسیط ۳۹۳
محمد شکری

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۳۷-۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۵

اثر انحلال قرارداد بر شرط «وجه التزام»؛ مطالعه تطبیقی رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانسه

محمدهادی جواهرکلام،[۱] محسن علیجانی،[۲] فخرالدین شریفی[۳]

چکیده

در تاثیر انحلال قرارداد بر شرط وجه التزام عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن، دو نظر قابل ارائه است؛ نخست، زائل شدن شرط به تبع انحلال قرارداد؛ و دوم، بقای حق متعهدله بر مطالبه وجه التزام. در این نوشتار، موضوع پیش‌گفته، به صورت تطبیقی در رویه قضایی کشورهای ایران، انگلیس و فرانسه مورد مطالعه قرار گرفته و یافته‌های پژوهش حاکی از وقوع اختلاف در آراء دادگاه‌های هر سه کشور است؛ در انگلستان رأی دادگاه عالی این کشور در سال ۲۰۲۱ میلادی، بر نظر نخست صادر شد و تبدیل متعهد نیز موثر در مقام شناخته نشد؛ مگر این که طرفین به بقای این حق در صورت انحلال قرارداد تصریح کرده باشند. در فرانسه برخی دادگاه‌ها وجه التزام را شرط مستقل از عقد شمرده که پس از انحلال قرارداد نیز قابل مطالبه است؛ اما گروهی از حقوق‌دانان در خصوص وجه التزام عدم اجرای تعهد و وجه التزام تأخیر در اجرای تعهد، قائل به تفصیل شده و معتقدند صرفاً اولی با انحلال عقد قابل مطالبه است. آراء قضایی ایران نیز در خصوص موضوع با اختلاف مواجه است. به نظر می‌رسد معیار نهایی در این زمینه، باید خواست و اراده مشترک طرفین باشد؛ هرچند از باب غلبه، تفکیک ارائه‌شده در دکترین حقوقی فرانسه، به عنوان راهنما در حقوق ایران نیز قابل اعمال است.

واژگان کلیدی: وجه التزام، شرط کیفری، شرط مستقل از عقد، انحلال قرارداد، حقوق فرانسه، حقوق انگلستان.

---

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) javaherkalam@atu.ac.ir

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران. Mohsen.alijani64@gmail.com

۳. دانشجوی دکترای حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. fakhrodin.sharifi@yahoo.com

درآمد

در قراردادها به‌ویژه قراردادهای ساخت و مهندسی با حجم بالا، در صورتی‌که پیمـــان‌کار نتواند در موعد مقرر پروژه را تکمیل کند، خســـارت زیـــادی به کارفرما وارد می‌شـــود؛ به‌ویژه آنکه به تجربه ثابت شـــده اســـت که در قراردادهای مؤجل و طولانی‌مدت در بســـیاری از موارد تعهـــد در موعد مقرر انجام نمی‌شـــود (زمانی و عســـکری، ۱۴۰۲: ۱٦٦) و این عدم انجام تعهد موجب ورود خســـارت به متعهدله، به‌خصوص محرومیت از منافع مورد انتظار، خواهد شد. برای پرهیز از این خسارت و مشکلات ناشی از اثبات و ارزیابی آن‌ها، همچنین به جهت حفظ ثبات و در عین حال انعطاف‌پذیری قراردادها (طالب احمدی، ۱۴۰۳: ۲۴۱) معمولاً طرفین میزان خسارت وارده را به‌صورت شـــرط در ضمن قرارداد اصلی می‌گنجانند که در حقوق امریکا و انگلیس، به آن «شـــرط خسارت از پیش تعیین‌شده»[1] یا «خسارت مقطوع»، در حقوق فرانسه «شرط کیفری» و در حقوق ما «وجه التزام» می‌گویند. در حقوق کامن‌لا پذیرفته شـــده است که این خســـارت اصولاً در عوض خســـارت واقعی در قرارداد گنجانده می‌شـــود. بدین ترتیب هرگاه طرفینِ قرارداد مبلغی را برای جبران خســـارت ناشی از نقض قرارداد در نظر گیرند، چنانچه ماهیت تعیینِ مبلغ، تخمین واقعیِ خسارتی باشد که احتمالاً بر اثر نقض قرارداد وارد می‌شـــود، «خسارت از پیش تعیین‌شده» نام دارد که هدف آن، پرهیز از دشواری اثبات خسارت وارد شده است (McGregor, 2014: 530)، ولی «شـــرط کیفری» جنبه ارعابی برای متعهـــد دارد تا برای گریز از ضمانت اجرای قوی‌تر، از نقض قـــرارداد خودداری نماید. از این‌رو، مبلغ واحد نمی‌تواند در عیـــن حال واجد هر دو عنوان مورد بحث باشـــد (McGregor, 2014: 541). بدین ترتیب طرفین قرارداد ممکن است مبلغی در قرارداد خود تعیین نمایند که در صورت نقض تعهد به‌عنوان خسارت پرداخت شود. این مبلغ ممـــکن است در ازای هرگونه نقضی باشـــد یا به موارد خاصی اختـــصاص یابد. همچنین، ممکن است به نقض از طـــرف هر کدام از طرفین تعلق گیرد یا این‌که فقط به یکی از طرفـــین اختـــصاص یابد؛ همچنان‌که ممکن است مبالغ متـــفاوتی برای موارد نقض صرف نظر از ناقـض

1. Liquidated Damages: https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/liquidated-damages.

پرداخته شود.[۱] در حقوق فرانسه نیز ماده ۱۲۳۱-۵ قانون مدنی جدید مصوب سال ۲۰۱۶ [۲]، شرط کیفری (برای عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای آن) و شرایط مطالبه و امکان تعدیل آن را پیش‌بینی نموده است (Malaurie et d'autres, 2019: 517 et s.). در حقوق ایران، دکترین حقوقی و رویه قضایی، ماهیت وجه التزام را که در ماده ۲۳۰ قانون مدنی متبلور شده، جبران خسارت می‌دانند که میزان آن توسط طرفین تعیین شده است. برخی از اساتید حقوق مدنی، ضمن اشاره به تفکیک وجه‌التزام از شرط کیفری در حقوق انگلیس و آمریکا معتقدند که ماده ۲۳۰ اجازه این تفکیک و بطلان شرط کیفری و اباحه وجه التزام را نمی‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۷۲). به هر صورت، شرط خسارت مقطوع دو هدف عمده را دنبال می‌کند: یکی تسهیل اثبات زیان واردشده به کارفرما؛ بدین توضیح که چون اثبات زیان‌های ناشی از عدم اجرای تعهد در اغلب موارد کار دشواری است و منجر به هزینه‌های زیادی می‌شود، از پیش مشخص نمودن زیان‌های وارده، باعث حذف این هزینه‌ها می‌شود؛ دوم، معاف نمودن پیمانکار از قرار گرفتن در معرض مسئولیت ناشناخته و نامحدود و اطمینان‌بخشی به کارفرما از این‌که مستحق دریافت خسارت است؛ بنابراین هر دو طرف قادر به مدیریت ریسک تأخیر در تکمیل پروژه هستند.

امروزه پیش‌بینی وجه التزام یا شرط کیفری یا خسارت از پیش‌تعیین شده در تمام قراردادها به‌ویژه قراردادهای پیمانکاری جهت ساخت، شایع است؛ مخصوصاً برای محاسبه خسارت تأخیر در اجرای تعهد که به مأخذ هر روز یا هر ماه پس از زمان مقرر جهت اجرای تعهد تعیین می‌شود. رویکرد جدید رویه دادگاه‌ها در کامن‌لا غالباً این است که خسارات مزبور را نوعی شرط کیفری تلقی نموده و در صورتی قابل مطالبه می‌دانند که میزان ضرر واقعاً از قبل تشخیص داده شده باشد (Reuters, 2015: 809)؛ در مقابل، در حقوق ایران و فرانسه دادگاه‌ها جز در موارد استثنایی،

---

۱. گفتنی است که اصولاً دعاوی حوزه «قراردادهای پیمانکاری در ساخت» دسته‌بندی‌های مشخصی دارد: دعاوی و مطالبه خسارت در این عرصه، یا از ناحیه پیمانکار برای عدم پرداخت صورت وضعیت نهایی مطرح می‌شود، یا از ناحیه کارفرما برای مطالبه خسارت ناشی از کار ناقص و یا از طرف هر کدام از این دو برای تأخیر در انجام تعهدات. به همین منظور ممکن است قبل از رخ دادن نقض و تأخیر شروطی در قرارداد ذکر نموده و روی خسارت توافق نمایند.

2. Article 1231-5 - Code civil (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721).

به شـــرط کیفری یا وجه التزام حکم می‌دهند؛ با این‌حال، یکی از چالش‌های اساسی در رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانســـه، این است که آیا شرط خسارت مقطوع در صورت فسخ یا انفساخ قرارداد نیز معتبر است و به‌طور کلی، زمان آغاز و پایان تعلق خسارت چه زمانی است؛ وانگهی، چنانچه خسارت تأخیر در اجرای تعهد به‌صورت مقطوع در قرارداد پیش‌بینی شده باشد و کار به پیمان‌کار دیگری واگذار شود، متعهدله تا چه زمانی مســـتحق خسارت مزبور اســـت؛ تا زمان انحلال قرارداد یا تکمیل پروژه توســـط پیمان‌کار دوم؟ افزون بر آن، آیا امکان جمع فسخ قرارداد و مطالبه وجه التزام اعـــم از این‌کـــه ناظر به تأخیر یا عدم اجرای تعهد باشـــد وجود دارد؟ در پاســـخ به پرســـش‌های پیش‌گفته، بین محاکم کشـــورهای مورد مطالعه به‌ویژه در رویه قضایی ایران و انگلیس و رأی جدیدی که از دادگاه عالی کشور انگلیس در سال ۲۰۲۱ صادر شده، اختلاف نظرهای گسترده‌ای پدید آمده است که برای پرداختن به آن‌ها، با روش تحقیق توصیفی‌تحلیلی و تطبیقی، ابتدا رویکرد رویه قضایی انگلیس مطالعه می‌شـــود و ســـپس، به دلیل تشـــابه راهکارها، موضع رویه قضایی ایران و فرانسه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. اثر فســـخ قرارداد بر شرط خســـارت از پیش تعیین‌شده در رویه قضایی انگلیس

معروف‌ترین پرونده در زمینه اثر فســـخ قرارداد بر شـــرط خســـارت از پیش تعیین‌شـــده در حقوق انگلیس، دعوای «تریپل پوینت»[1] در ســـال ۲۰۲۱ است که پس از مطالعه رأی صادر شـــده و رویکردهای موجود در رأی، به قواعد عمومی مربوط به انحلال قرارداد و تأثیر آن بر شرط (خسارت مقطوع) پرداخته می‌شود.

۱-۱. مطالعه رأی صادرشده و رویکردهای موجود در آن

۱-۱-۱. مطالعه رأی صادرشده

خلاصه پرونده از این قرار است که خواهان با خـوانده دعوا، قراردادی جهت ساخت ابزارهایی برای تجارت، مدیریت ریسک و حمل و نقل مـنعقد نمود و تریپل پوینت (پیمان‌کار) قسمت‌های یک و دو از فاز یک را، آن‌هم با یکـــصد و چهل و نُه روز تأخیر انجام داد و هفت قســـمت از فاز یک و نُه مرحله از فاز دو را هیـــچ‌وقت

1. Triple Point.

عملی نکـــرد و به دلیل اختلاف در خصوص دســـتمزد و حقـــوق، مراحل بعدی را تکمیـــل نکـــرد (Supreme Court, 2021: 576). در نهایت پیمـــانکار ادعا کرد که مستحق پرداخت است؛ حتی در بخشی که کاری انجام نشده است؛ در مقابل خوانده (کارفرما) ادعا داشت که قرار بر این بوده که در قبال انجام کار، پرداخت صورت گیرد و اساســاً کاری انجام نشده‌است و از همین رو، از پرداخت استنکاف نمود و این امر منجر به تعویق کار و ترک سایت از ناحیه پیمانکار شـــد. سرانجام کارفرما با استناد به قصور پیمانکار قرارداد را فســـخ کرد. بر این اساس، پیـمانکار اقدام به اقامه دعوا علیه کارفرما برای اقساط پرداخت نـشده نمود و ادعا کرد که غیر از قسط اول، مابقی پرداخت نشـــده اســـت و کارفرما نیز دعوای تقابل مبنی بر فسخ قرارداد مطرح نمود. دادگاه تجدید نظر چنین رأی داد: خواهان مســـتحق دریافت بقیه مبلغ نیســـت و حق نداشته کار را معلق و ســـایت را ترک کند؛ ناقض قرارداد در اصل خواهان دعواست و کســـی که مستحق دریافت خســـارت بوده، خوانده است که عدم اجرای قرارداد از طرف پیمانکار به او زیان وارد نموده است، اما دعـوای کارفرمـا علیه پیمانکار منجر به بروز مسائلی شد؛ یکی از آن‌ها در مورد اعمال بند ۵-۳ قـــرارداد بر ادعای خوانده بـــود. در بند ۵ قرارداد آمده بود: «چنانچه پیمـــانکار نتواند در مدت مقرر قانونی کار را انجام دهد و تأخیر ناشی از قصور کارفرمـــا نباشـــد، پیمانکار ملزم به پرداخـت خســـارتی معادل یک درصد کار انجام نشـــده در هر روز است و زمان محاسبه آن از روز موعود در قرارداد تا وقتی است که کارفرما کار را قبول می‌کـــند ...». دادگـــاه بدوی بر مبنای ادعای کارفرما رأی داد و وجه التزام را برای تمام ایام تأخـــیر تا زمان فســـخ قرارداد به‌نسبت قسمت تکمیل‌نشـــده اعمال نمود و به ازای ۳۲۲۰ روز تأخیر، به مبلغ ۳٤٥۹۲۷۸٤۰ دلار حکم داد. در مقابل، دادگـــاه تجدید نظر ادعـای پیمانکار را پذیرفت و خســـارت را تنها برای یکصدو چهل و نُه روز و به مبلغ ۱٥٤٦٦۲ دلار پذیرفـــت (Supreme Court, 2021: 576). قضـــات برای صدور رأی، رویکردهای متفاوت را که در آرای متعدد گذشـــته اعمال شـــده بود، به‌شرح زیر مورد تحلیل و بررسی قرار دادند.

۲-۱-۱. رویکردهای موجود در رأی

در این پرونده سه رویکرد توسط قاضی رابرت جکسون به شرح ذیل بررسی شد:

نخست، رویکرد اتخاذی در پرونده «کلنز استاف» که بر اساس آن، وقتی قرارداد فسخ می‌شود، دیگر خسارتی تحت عنوان خسارت از پیش تعیین‌شده به آن تعلق نمی‌گیرد و شرط اعمال نمی‌شود (Supreme Court, 2021: 566)؛ حتی حقوق مکتسبه مشروطله نیز از بین می‌رود و باید براساس قواعد عام، کل خسارت را مطالبه کند.

دوم، خسارت مقطوع تا زمان فسخِ اولین قرارداد محاسبه می‌شود (Supreme Court, 2021: 566). در این زمینه نیز پرونده‌های متعددی وجود دارد. مهم‌ترین رأیی‌که در این مورد در رویه قضایی انگلیس قابل استناد است، رأی ادوارد استوارت در پرونده «شاو علیه بنیاد اماف‌پی»[1] است؛ پرونده‌ای که «شانتال» در آن خواندهٔ پیمان‌کار بود و تمایل داشت از خسارت از پیش تعیین‌شده استفاده کند. دادگاه به‌طور خلاصه چنین رأی داد: «تا جایی که به خسارت از پیش تعیین‌شده مربوط می‌شود، در مورد هرگونه تأخیر همراه با تقصیر، تا زمانی‌که قرارداد فسخ می‌شود، کارفرما مستحق دریافت خسارت از پیش تعیین‌شده بر اساس قرارداد است (در صورتی‌که خسارتی پیش‌بینی نشده باشد، استحقاقی ندارد). در پرونده «گرینور» نیز همین رویه اتخاذ شد (Greenore Port v Technical & General Guarantee Co Ltd [2006] EWHC 3119 (TCC)).

سوم، قابل مطالبه بودن خسارات تا زمان تکمیل کار است. مهم‌ترین پرونده در این زمینه پرونده «هال علیه وندر هیدن» بوده؛[2] خلاصه قرارداد این است که تاریخ مقرر برای تکمیل پروژه ۳ نوامبر ۲۰۰۷ بوده و خسارت از پیش تعیین‌شده هفتصد یورو در ماه مشخص شده بود. خوانده در حالی که کار را تمام نکرده بود در تاریخ ۷ ژانویه ۲۰۰۸ سایت را ترک کرد. خواهان در تاریخ ۱۲ مارس ۲۰۰۸ قرارداد را فسخ و پیمان‌کار دیگری کار را در تاریخ ۱۷ مهِ ۲۰۰۸ تکمیل کرد. «کلسون‌جی» قاضی پرونده

1. Shaw v MFP Foundations and Pilings Ltd.
2. Hall v Van Der Heiden.

مقرر داشـــت: «خواهان‌ها مستحق دریافت خســـارت از پیش تعیین‌شده تا تاریخ ۱۷ می هســـتند». او این فرضیه را که مسئولیت خواندگان با انحلال قرارداد پایان می‌یابد نپذیرفت؛ زیرا قرارداد حاوی چنین شـــرطی نیست و هرگونه محدودیتی از این قبیل که بر خواهان بار شود، به منزله پاداش دادن به خطاکار است. در انتقاد از این رویکرد گفته شده‌است: این تئوری مبتنی بر این برداشت اشتباه است که عدم‌تعلق خسارت از پیش تعیین‌شده به‌منزله عدم تعلق خسارت به‌طور کلی است، ولی این برداشت درست نیست؛ چنانچه خواهان نتواند دعوای خسارت از پیش تعیین‌شده اقامه کند، می‌تواند بر اساس قواعد عام حقوق کامن‌لا برای خساراتی که پس از فسخ قرارداد در اثر تأخیر به او وارد شده، اقامه دعوا کند. این نظر در موارد دیگری از جمله پرونده‌های «کرس دریم»[1] و «جی‌پی‌پی»،[2] مورد پیروی قرار گرفت.

تمامی رویکردهای فوق در پرونده «تریپل پوینت»، توسط قاضی رابرت مورد بررســـی و ارزیابی قرار گرفت؛ گرچه آقای راپرت جکسون در این پرونده ضرورتی به بررســـی همه رویه‌ها و بیان این‌که کدام یک از آن‌ها صحیح و کدام یک غلط است ندید، اما در مورد تردید خود در زمینه رویکرد ســـوم اظهار نظر کرد و نتیجه گرفت که رویکرد دوم، صحیح (ارتودکس) محســـوب می‌شود. البته به نظر وی این رویکرد نیز خالی از اشکال نبود. استدلال او این بود که اگر قرارداد ساخت رها شده یا منحل شده باشـــد، کارفرما در وضعیت جدیدی قرار خواهد گرفت که تکلیف آن در شرط خســـارت مقطوع تعیین نشده‌اســـت. با وجود لزوم حمایت از حقوق مکتسبه، تقسیم خســـارت به دو بخش (یکی تابع شـــرط و دیگری بر اســـاس قواعد عمومی) گاهی اوقات ممکن است با قصد طرفین سازگار نباشد، بلکه آنچه منطقی‌تر و با قصد طرفین ســـازگارتر است، این است که تمامی خســـارت وارده بر کارفرما از زمان ترک کار یا انحلال قرارداد بر اســـاس قواعد عام ارزیابی خسارت ناشی از نقض قرارداد بررسی شـــود؛ بنابراین نتیجه می‌گیرد که این موضوع‌که اعمال خســـارت از پیش تعیین‌شده متوقف می‌شـــود (حالت نخست) یا تا زمان فسخ یا رهاسازی قرارداد یا احتمالاً پس از آن ادامـــه می‌یابد (حالت دوم)، کاملاً بســـتگی به متن قـــرارداد دارد؛ بنابراین برای

1. Crestdream Ltd v Potter Interior Design Ltd [2014] HKEC 1209.
2. GPP Big Field LLP v Solar EPC Solutions SL [2018] EWHC 2866 (Comm); at [303]–[305].

محاسبه جبران خسارات وارده به کارفرما یک قاعده غیر قابل تغییر و فرمول ثابتی برای همه موارد وجود ندارد. این نکته صحیح به نظر می‌رسد که چون نهایتاً بحث بر سر اختلاف در تفسیر یک شرط است، لازم است نگاهی نیز به قواعد حاکم بر انحلال قرارداد داشته باشیم. به عبارت دیگر، بهتر این است قبل از پرداختن به شروطی که بر اساس آن‌ها طرفین در مورد پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده توافق کرده‌اند، به قواعد مربوط به انحلال قرارداد پرداخته شود (Ewan McKendrick QC, 2019: 588)؛ امری که در ادامه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲-۱. قواعد عمومی مربوط به انحلال قرارداد و تأثیر آن بر موقعیت حقوقی شرط

برای مطالعه قواعد کلی مربوط به اثر انحلال قرارداد بر شرط و وضعیت توافق‌های طرفین در این زمینه، لازم است اثر تاریخ انحلال عقد بر شرط، کاهش مسئولیت در مورد پرداخت خسارت مقطوع و افزایش مسئولیت در این زمینه، از منظر رویه قضایی انگلیس مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۲-۱. اثر تاریخ انحلال بر شرط

گاهی ممکن است قرارداد قبل از تاریخ مقرر برای تکمیل پروژه منحل شود. در چنین مواقعی برخی اعتقاد دارند که خسارت از پیش تعیین‌شده معمولاً توسط پیمانکار قابل پرداخت نیست؛ آن هم به‌این دلیل ساده که خسارت از پیش تعیین‌شده در زمان انحلال تعلق نمی‌گیرد. پرونده «کلنز استاف» از این مقوله است (Daive, 2019: 626).

دومین وضعیت زمانی رخ می‌دهد که قرارداد بعد از زمان تکمیل منحل می‌شود و کارفرما در صدد مطالبه خسارت از پیش تعیین‌شده تا زمان انحلال قرارداد است. در این زمینه، از یک منظر، دادگاه در پرونده «کلنز استاف» در برابر استحقاق کارفرما نسبت به خسارت از پیش تعیین‌شده مقاومت نمود؛ ولی همان‌طورکه بیان شد، واقعیات پرونده «کلنز استاف» مجلس عوام را ملزم به در نظرگرفتن این موقعیت نکرد و رأیی صادر نمود که بررسی همه احتمالات آن از حوصله پژوهش حاضر خارج است.[۱] به هر حال، این اصل پذیرفته‌شده است که کارفرما نسبت به تعلق خسارت در

۱. برای تفصیل بحث، بنگرید به: Cheung, 2020: 132.

زمان انحلال قرارداد دارای حق مکتسب است و مبنایی برای محروم کردن شخص از حقی که قبل از انحلال قرارداد به‌دست آورده بر اثر قرارداد وجود ندارد؛ مگر این‌که در قرارداد این‌گونه شرط شده باشد. پس در صورت نبودن چنین شرطی، امکان محروم کردن کارفرما از حقوق مکتسب وجود ندارد. درست است چنانکه «راپرت جکسون» گفته، اثر این نتیجه‌گیری این است که ارزیابی خسارت زمان قبل از انحلال قرارداد با زمان بعد از آن متفاوت است و این‌امر ممکن است ناهماهنگی‌هایی را در عمل در پی داشته باشد و در نگاه اول عجیب به‌نظر برسد؛ اما این امر نتیجهٔ قرارداد منعقدشده بین طرفین است و دلیلی برای ترتیب اثر ندادن به قرارداد وجود ندارد. به همین دلیل، برخی پیشنهاد کرده‌اند که از روش «راپرت جکسون» (استفاده از قاعده عمومی خسارت برای برآورد خسارت ناشی از نقض قرارداد) برای ارزیابی خسارت همه کارفرمایان استفاده نشود؛ اثر این عقیده این است که کارفرما از حق مکتسبه مبنی بر مطالبه خسارت از پیش تعیین‌شده که نرخ آن مشخص است محروم می‌شود (McKendrick QC, 2019: 589).

سومین وضعیت زمانی است که قرارداد بعد از تاریخ تکمیل مقرر شده در قرارداد منحل می‌شود و کارفرما در صدد مطالبه خسارت تا زمانی است که کار توسط پیمانکار دوم انجام شده است. این رویکرد توسط «کلسون» در پرونده «Hall v Van Der Heiden»[1] تقویت شده است و برای عدم پذیرش آن سه دلیل وجود دارد: نخست، این رأی بر این نتیجه اشتباه استوار است که بنا به تعبیر آقای کلسن، در صورتی که کارفرما نتواند خسارت از پیش تعیین‌شده دریافت کند، نمی‌تواند ادعای دیگری مطرح کند؛ دوم، این موضع با حقوق مرتبط با اثر انحلال قرارداد که متعاقب پذیرش نقض از سوی یکی از متعهدها به وجود می‌آید سازگاری ندارد. با توجه به آثار انحلال قرارداد در چنین موقعیتی که باعث می‌شود هر دو طرف قرارداد از اجرای تعهدات آینده خود معاف شوند، اثر انحلال بر پیمانکار این است که او را از

۱. در پرونده Hall v Van Der Heiden قراردادی در تاریخ ۷ می ۲۰۰۸ منعقد و در تاریخ ۲۱ می همان سال شروع به اجرا و در ۲۲ سپتامبر به اتمام رسید و میزان خسارت از پیش تعیین شده هفتصد یورو در هفته تعیین شده بود. در بند ۲-۹ این قرارداد در مورد خسارت مقطوع آمده: «دوره‌ای که طی آن خسارت تعلق می گیرد دوره بین تاریخ قراردادی برای تکمیل (که ممکن است افزایش یافته باشد) و تاریخ تکمیل عملی است».

انجام تعهدات خود معاف می‌کند و در مقابل کارفرما نیز تعهدی به پرداخت در آینده نخواهد داشـــت. در صورتی که پیمانکار از تعهدات به انجام کار رهایی یابد، مسئول قصور در ادامه کار نیست و نمی‌توان گفت اگر شخص ثالثی کار را ادامه داد پیمانکار مســـئول عدم تکمیل بر اساس قرارداد اصلی است؛ ســـوم، اگر بپذیریم که پیمانکار اصلی و جایگزین هر دو در قبال تکمیل کار مســـئولیت داشـــته باشند، نتیجه‌ای دارد که توســـط آقای جکسون هم مورد اشاره قرار گرفته و آن این‌که: کارفرما و پیمانکار جایگزین می‌توانند درباره دوره‌ای که خسارت از پیش تعیین‌شده تعلق می‌گیرد کنترل کننـــد و برای مثال، آن را افزایش دهند؛ این نتیجه برخلاف توافق اولیه بین کارفرما و پیمانکار اصلی است (Cheung, 2020: 132).

نتیجه حاصل از هیچ‌یک از این ســـناریوها غیر قابل اجتناب نیســـت. طرفین قرارداد این اختیار را دارند که شـــرایط متفاوتی در قرارداد پیش‌بینی کنند. این شرایط ممکن است مسئولیت پیمانکار برای پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده را محدود کنـــد یا آن را افزایش دهد. برای مثال ممکن اســـت طرفین قـــرارداد توافق نمایند که خســـارت از پیش تعیین‌شـــده برای دوره تأخیر بین زمان مقرر برای تکمیل پروژه و زمان انحلال قرارداد قابل مطالبه نباشـــد. به همین صورت می‌توانند توافق نمایند که خسارت از پیش تعیین‌شده می‌تواند به زمانی بعد از تکمیل پروژه توسط شخص ثالث نیز گسترش داده شود؛ حتی اگر تاریخ آن مؤخر بر زمان انحلال قرارداد باشد. مشکل در اســـتفاده از عبارات به‌کار گرفته شده اســـت و این احتمال وجود دارد که توسعه مسئولیت پیمانکار می‌تواند باعث آفرینش چالش شرط کیفری شود.[1] این دو رویکرد در ادامه مطالعه می‌شود.

۲-۲-۱. کاهش مسئولیت در مورد پرداخت خسارت مقطوع

در پرونده «تریپل پوینت» از شـــرط قراردادی این‌گونه اســـتنباط می‌شـــد که خسارت در صورتی قابل مطالبه است که کار تکمیل شده، ولی تکمیل با تأخیر باشد. به همین دلیل، در مورد خســـارت مورد مطالبه نســـبت به تأخیر قبل از فسخ، رأی به محکومیت «تریپل پوینت» داده شـــد. مشکل اصلی ناشی از تفسیر شرط بود که حمل بر لزوم تکمیل و تأخیر پیمانکار برای استحقاق کارفرما در دریافت خسارت می‌شد.

1. Nay be open to challenge as a penalty clause.

از عبارت «از زمان مقرر تا زمانی که کار توسط کارفرما مورد پذیرش واقع شود»[1] این‌گونه برداشت شد که کار تکمیل‌شده، خسارت از پیش تعیین‌شده ندارد.

این نتیجه به‌ظاهر عجیب به نظر می‌رسد؛ زیرا تصمیم کارفرما بر فسخ قرارداد می‌تواند خسارت از پیش تعیین‌شده را که بر اساس قرارداد طرفین به صورت روزانه به متضرر تعلق می‌گرفت از بین ببرد. ممکن است این انتظار وجود داشته باشد که عبارات شفاف‌تری به‌کار برود تا دادگاه به‌این نتیجه برسد که انحلال قرارداد کارفرما را از خسارت از پیش تعیین‌شده تا زمان قبل از انحلال محروم نماید، ولی نظر دادگاه تجدید نظر در پرونده «تریپل پوینت» همان بود که بیان شد (McKendrick QC, 2019: 590). از این عبارات در سه پرونده «گیبس علیه تام‌لینسون»،[2] «ال دبلیو این‌فراستراکچر علیه پیمانکاران لیم چان سان»[3] و «هال علیه وندر هیدن»[4] استفاده شد. در پرونده گیبس، چنین رأی داده شد که خسارت از پیش تعیین‌شده قابل اعمال نیست. در پرونده ال‌دبلیو اجازه مطالبه خسارت تا روز انحلال داده شد، ولی بعد از آن خیر؛ درحالی‌که در پرونده هال به پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده تا زمان تکمیل کار توسط پیمان‌کار جایگزین حکم داده شد (McKendrick QC, 2019: 591). تفسیر صحیح از این شرط این است که در صورت عدم تصریح به خلاف آن، فرض می‌شود که تکمیل توسط پیمان‌کار اصلی صورت می‌گیرد و این عبارات شامل تکمیل توسط شخص ثالث نمی‌شود.

پرسش اصلی این است که اگر تکمیل عملی به مفهوم تکمیل توسط پیمان‌کار اصلی باشد، آیا لزوماً بدین معناست که تا زمان انحلال، خسارت از پیش تعیین‌شده دیگر قابل مطالبه نیست. در پرونده گیبس به تبعیت از کلنز استاف این شرط دارای این اثر است؛ ولی در پرونده ال‌دبلیو به این پرسش پاسخ منفی داده شده است. به نظر می‌رسد رأی اخیر بر این پایه استوار است که انحلال قرارداد نباید فرصت جدیدی به کارفرما برای مطالبه خسارت اعطا نماید، اما در صورتی‌که خسارت از پیش تعیین‌شده به صورت روزانه تا زمان تکمیل قرارداد به کارفرما تعلق گیرد، دلیل منطقی وجود

1. "From the due date for delivery up to the date PTT accepts such work".
2. Gibbs v Tomlinson.
3. LW Infrastructure Pte Ltd v Lim Chan San Contractors.
4. Hall v Van Der Heiden.

ندارد که تصمیم کارفرما بر فسخ که ناشی از نقض قرارداد توسط پیمانکار است، او را از حق موجود مطالبه خسارت از پیش تعیین‌شده محروم کند. به هر صورت، در رویه قضایی انگلیس این احتمال وجود دارد که دادگاه عبارات مربوط به روز تکمیل یا قبول کار را حمل بر انجام توسط پیمانکار اصلی نماید نه پیمانکار جایگزین (McKendrick QC., 2019: 592).

۳-۲-۱. افزایش مسئولیت

سوال پایانی این است که آیا طرفین می‌توانند توافق نمایند که خسارت از پیش تعیین‌شده تا زمانی که کار توسط شخص ثالث تکمیل شود ادامه یابد. این امکان وجود دارد، ولی باید عباراتی صریح‌تر از آنچه در قرارداد هال یا «جی‌پی‌پی بیگ فیلد علیه سولار ای‌پی‌سی سولوشنز»[1] آمده، استفاده شود. به عبارت دیگر، شرط باید صریحاً دال بر این امر باشد که خسارت از پیش تعیین‌شده باید تا زمانی‌که کار تکمیل شده است قابل پرداخت باشد؛ خواه توسط پیمانکار اصلی یا شخص ثالث. البته این شرط هم این خطر را در پی دارد که به عنوان شرط کیفری تفسیر شود و تصمیم در مورد این‌که شرط مورد نظر شرط کیفری است یا خیر، بستگی به زمان درج آن در قرارداد دارد و نه زمانی‌که اجرای شرط مورد نظر است. در زمان انعقاد قرارداد این موضوع قابل تشخیص نیست که آیا کاری که از ناحیه پیمانکار اصلی ترک می‌شود، با تأخیر توسط او تکمیل می‌شود یا توسط پیمانکار دیگری صورت می‌گیرد. هرگاه پروژه اصلاً تکمیل نشود، مسئولیتی درباره پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده هرگز وجود نخواهد داشت. به دیگر سخن، در فرض عدم اجرای تعهد، مطالبه خسارت تأخیر امکان ندارد.

در مواردی که کار توسط شخص ثالثی تکمیل‌شده است، آیا در قبال تأخیر کارفرما در جایگزین کردن او یا تأخیر شخص جایگزین در انجام کار، مسئولیت بر عهده پیمانکار خواهد بود؟ زمانی که قرارداد معتبر باشد، پیمانکار اصلی می‌تواند از قرارداد به عنوان ابزاری جهت گسترش دادن زمان و از شروط دیگری که در قرارداد وجود دارد به عنوان شروط حمایتی استفاده کند، ولی زمانی‌که قرارداد از بین رفته باشد، پیمانکار اصلی دیگر به این حمایت‌ها دسترسی ندارد و می‌تواند مسئولیت بعد

1. GPP Big Field LLP v Solar EPC Solutions SL.

از فسخ قرارداد در قبال پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده را به عنوان شرط کیفری مورد چالش قرار دهد. برای کاهش ریســک، ایــن راهکار وجود دارد که پیمان‌کار و کارفرما در شــرط خسارت از پیش تعیین‌شده صریحاً توافق نمایند که در مورد زمان بعد از فســخ، پیمان‌کار در صورتی مســئولیت دارد که پیمان‌کار جایگزین و کارفرما کار را در زمــان مقرر به صورت کارآمد و با صرفه انجام دهند. از طرف دیگر، ممکن اســت راه حل بهتر این باشد که تعهد به پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده محدود به دوره‌ای تا زمان فسخ قرارداد شود و ضررهای بعد از فسخ تنها از طریق اقامه دعوا مطابق حقوق کامن‌لا (نه خســارت از پیش تعیین‌شده) قابل مطالبه باشد (McKendrick QC, 2019: 593).

در رأی دادگاه عالی کشــور انگلیس که در تاریخ ۱۶ ژوئیه ۲۰۲۱ صادر شــد نیز با این اســتدلال که اولاً، پیمان‌کار در تسلیم کار ظرف مدت مقرر قراردادی ناتوان بوده و ثانیاً، عامل این تأخیر کارفرما نبوده اســت، خســارت تأخیر به نسبت هر روز تأخیر از زمان مقرر برای تســلیم تا زمان پذیرش توســط کارفرما محاسبه شده‌است. دادگاه عالی اعتقاد دارد کلمه تأخیر که در بند ۵-۳ قرارداد درج شده، مربوط به زمانی اســت که پیمان‌کار طبق قانون متعهد است، ولی هرگاه از قید قرارداد رها شود، دیگر تکلیفی نخواهد داشــت؛ بنابراین مســئولیت «تریپل پوینت» برای دوره زمانی قبل از فسخ همچنان پابرجاســت. بر این اساس، استدلال پیمان‌کار مبنی بر این‌که وفق ماده ۵-۳ مسئول پرداخت خسارت از پیش تعیین‌شده برای بازه زمانی بین زمان مقرر برای تحویل و زمان فســخ نیست رد شــد. بدین ترتیب، رأی دادگاه بدوی که کارفرما را مســتحق دریافت ۳٤٥۹۲۷۸۰ دلار می‌دانست تأیید گردید (Supreme Court, 202: 577-578).

۲. اثر فسخ قرارداد بر شرط وجه التزام در رویه قضایی ایران و فرانسه

از منظر رویه قضایی ما، مطالبه وجه التزام در فرض انحلال قرارداد با دو مانع جدی و مهم مواجه اســت: نخســت، نظریه عدم امکان جمع فسخ و مطالبه خسارت (وجه التزام)؛ و دوم، ســرایت انحلال قرارداد اصلی بر شرط (وجه التزام)؛ که به‌ویژه ایراد دوم در حقوق فرانسه نیز مطرح است. هر یک از موانع یادشده در ادامه به‌صورت جداگانه مورد مطالعه و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. امکان جمع فسخ و مطالبه خسارت (وجه التزام)

پس از بررسی موضع رویه قضایی ایران در مورد امکان جمع فسخ و مطالبه خسارت (وجه التزام)، به ارزیابی آن خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱. موضع رویه قضایی

در این‌که متعهدله یا مشروطله هم می‌تواند قرارداد را فسخ نموده و هم مطالبه خسارت (وجه التزام) نماید، بین محاکم اختلاف نظر وجود دارد.

الف. آراء مخالف جمع حق فسخ و دریافت خسارت

۱- در دادنامه شماره ۱۱۵٦ مورخ ۱۳۹۲/۹/۳۰ صادر شده از شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران که طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲٤۰۰٤٤۷ مورخ ۱۳۹۳/٤/۲ به تأیید شعبه ٤۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران رسیده است، در مورد دعوای اعلام فسخ قرارداد و مطالبه وجه التزام با این عبارت مندرج در قرارداد که «فسخ‌کننده معامله، هرکدام از طرفین (که باشد) یک میلیارد ریال خسارت دریافت می‌دارد»، دادگاه با این استدلال که: «کشف اراده طرفین بر عهده دادگاه است و استنباط دادگاه این است که وجه التزام قراردادی برای خیار شرط مقرر شده تا اگر یکی از طرفین قرارداد بدون توجه به تخلف طرف دیگر عقد را فسخ کند وجه التزام بپردازد، نه این‌که اگر طرفی موجبات فسخ را فراهم نماید به لحاظ تخلف، ملزم به جبران خسارت باشد»، ضمن پذیرش دعوای اعلام فسخ قرارداد، مطالبه وجه التزام را محکوم به بی‌حقی شناخت.

۲- شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۸۸۵٦۰۱۰۷٤ مورخ ۱۳۹٤/۱۱/۱۸ و در تأیید دادنامه شماره ۱۷٤ - ۱۳۹٤/۲/۱۳ از شعبه ٦ دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر اعلام نمود: نظر به این‌که تجدید نظرخواه فسخ قرارداد را اختیار نموده، موجبی برای مطالبه خسارت قراردادی باقی نمی‌ماند؛ چرا که انحلال قرارداد با مطالبه خسارت قراردادی قابل جمع نیست.

۳- شعبه ۳۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۸۸۵۳۰۱۰۱۳ مورخ ۱۳۹٤/۸/۲٦ و در تأیید دادنامه شماره ۱٦۲۲ - ۱۳۹۳ از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر، در توصیف وجه التزام مقرر داشته است: وجه التزام از باب استحکام قرارداد بوده، و تجدیدنظرخواه با اعمال حق فسخ خود موجبات انحلال قرارداد را فراهم نموده؛ در حالی‌که می‌توانست با الزام به ایفای

تعهد در راستای استحکام معامله اقدام نماید. پس وجه التزام مذکور مراجعت به موردی دارد که انحلال قرارداد ناشی از اقدام تجدید نظرخواه باشد و مطالبه وجه التزام معارض با حق فسخ است.

٤- شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۸۸۵٦۰۱۰۷٤ مورخ ۱۳۹٤/۱۱/۱۸ و در تأیید دادنامه شماره ۱۷٤ - ۱۳۹٤/۲/۱۳ از شعبه ٦ دادگاه عمومی حقوقی تهران، حکم بر بی‌حقی خواهان را با این استدلال توجیه نمود: «نظر به این‌که تجدید نظرخواه فسخ قرارداد را اختیار نموده است، موجبی برای مطالبه خسارت قراردادی به لحاظ قابل جمع نبودن انحلال با مطالبه خسارت در قرارداد منحل شده وجود ندارد».

۵- شعبه ٦ دادگاه حقوقی شهرستان تهران و شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان تهران در مورد شرط انفساخ و وجه التزام دو رویکرد کامل متضاد اتخاذ کرده‌اند؛ بدین شرح که شعبه ٦ به موجب دادنامه شماره ۹٤٦ - ۱۳۹۳/۱/۱ برای صدور حکم بر بی‌حقی خواهان به خواسته مطالبه وجه التزام حتی پس از تحقق شرط فاسخ، این‌گونه استدلال نموده است: مطابق مواد ۲۲۱ و ۲۲٦ قانون مدنی یکی از ارکان مطالبه وجه التزام وجود و بقای رابطه قراردادی است. با انفساخ قرارداد، رابطه قراردادی منحل و موجبی برای مطالبه وجه التزام تأخیر در اجرای تعهد نسبت به مدت بعد از انفساخ عقد باقی نمی‌ماند. شعبه اوَل دادگاه تجدید نظر استان طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۲٦٦۰۰۳۳۷ مورخ ۱۳۹٤/۰۲/۱٤ با این استدلال رأی را نقض می‌کند: «این شرط در حقیقت قراردادی مستقل از قرارداد اصلی است که طرفین به مفاد آن ملتزم شده‌اند و در واقع، دو قرارداد در کنار یکدیگر و ذیل عقد واحد آمده‌اند و انحلال یکی از این دو قرارداد لطمه‌ای به دیگری نمی‌زند».

٦- در دعوای فروشنده به طرفیت خریدار مبنی بر اعلام انفساخ معامله و پرداخت وجه التزام «عدم انجام تعهد» به مبلغ یک میلیارد تومان به استناد شرط قراردادی و به جهت عَدم پرداخت باقی‌مانده ثمن از طرف خریدار، شعبه ٤۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان تهران طی دادنامه شماره ۱۳۳٤ -۱۳۹٤/۱۲/۱۰، حکم به تأیید انحلال قرارداد و پرداخت وجه التزام صادر نمود. شعبه ۵۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۷۰٤۰۰۳۰۹ مورخ ۱۳۹۵/۳/۱۷ گرچه

انفساخ قرارداد را تأیید کرد، اما در مورد پرداخت وجه التزام، با این استدلال که «وجه‌التزام بدل تعهد اصلی است و تعذر اجبار خوانده ثابت نیست و از طرفی، با انحلال معامله و تثبیت مالکیت تجدید نظرخواندگان نسبت به مورد معامله، الزام تجدید نظرخواه به پرداخت خسارت وجه التزام با وصف پرداخت قسمتی از ثمن معامله به تجدید نظرخواندگان و استرداد مبیع خلاف قاعده عدل و انصاف می‌باشد»، حکم دادگاه بدوی را در این قسمت نقض و حکم به رد دعوای خواهان بدوی صادر نمود. قسمت اخیر دادنامه قابل انتقاد بوده و با اراده طرفین ناسازگار است.

۷- شعبه ۱۲٦ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز طی دادنامه شماره ٥٥٤ مورخ ۱۳۹۳/٦/۱۵ که به تأیید شعبه ۳۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۱۵۷٦ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۰ رسیده، اظهار داشته است: «در صورتی که انجام تعهد از ابتدا وجود خارجی نداشته و یا امکان اجرای آن در آتی عقد را نسبت به آن قسمت باطل و شرط را نیز باطل می‌سازد و استمرار وجه التزام، آن هم برای مدت زمانی نامحدود و محکومیت متعهد به پرداخت آن، موجب جمع ثمن و مثمن در جیب خریدار بوده؛ ضمن آن که متعلق قصد طرفین از تعیین وجه التزام نقض تعهدات اصلی عقد بوده نه تعهدات فرعی و توابع مبیع. بدیهی است در صورتی که تعهدات فرعی مورد نقض قرار گیرد، متعهد می‌تواند حسب مورد، معامله را فسخ و یا مطالبه خسارت و ارش کند؛ لذا دادگاه دعوی را وارد ندانسته و به استناد ماده ۲۳۰ قانون مدنی و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌دارد».[۱]

---

۱. در پرونده دیگری، شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان تهران طی دادنامه شماره ۲۰۳ - ۱۳۹۲/۲/۳۱ که به تأیید شعبه ۳۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۳۳۳ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۸ رسیده، در مورد رابطه وجه التزام و حق فسخ اعلام داشته است: پذیرش فسخ برخلاف اصل لزوم قراردادهاست و بیان داشته است این جمله که: «چنانچه هر کدام از طرفین پشیمان شدند باید مبلغ ده میلیون تومان ضرر و زیان بپردازد»، دلالتی بر فسخ قرارداد ندارد. این دیدگاه، در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۸۲۲۱۸۲۰۰۲۹٤ مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۷ از شعبه ۳۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز اعمال شده است. از این آرا نیز ممکن است عدم امکان جمع فسخ و جبران خسارت برداشت شود (برای مطالعه ماهیت و اعتبار شرط عدول یا پشیمانی، بنگرید به: ایزانلو و مکرمی، ۱۳۹۵: ٦۰-۷۲).

ب. آراء موافق جمع حق فسخ و دریافت خسارت

۱- در پرونده‌ای که ضمن قرارداد، حق فسخ و وجه التزام در صورت «عدم انجام تعهدات قراردادی» توأمان پیش‌بینی شده بود، شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان تهران به موجب دادنامه شماره ۷۲۹ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۸ این‌گونه انشای رأی کرد: «خواهان بر اساس اختیارات حاصل از قرارداد و وجود حق فسخ مبادرت به اعمال حقوق قانونی خود در راستای فسخ قرارداد به موجب اظهارنامه استنادی نموده است و نظر به این‌که وجه التزام قراردادی در صورت عدم انجام تعهد در قرارداد پیش‌بینی شده است، دادگاه ضمن پذیرش دعوی مطروحه ... حکم بر اعلام فسخ قرارداد ... به انضمام محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ یکصد میلیون تومان به عنوان وجه التزام مذکور در قرارداد ... در حق خواهان خواهان صادر و اعلام می‌کند». در اثر تجدید نظرخواهی محکوم‌علیه، شعبه ٦٢ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۰٦۷٤ مورخ ۱۳۹٤/۰٤/۰۳، با این استدلال که «تعیین وجه التزام فوق به عنوان شرط کیفری و یا خارج از قصد طرفین است و در پرداخت وجه التزام دادگاه تکلیفی به احراز وقوع خسارت و یا میزان آن نداشته بلکه همین قدر که نقض تعهد احراز گردید ناقص تعهدی بایست عذر موجهی بر عدم انجام آن اقامه نماید که پرونده خالی از چنین دلیلی است»، دادنامه بدوی را تأیید نمود. گفتنی است که این رأی به اراده طرفین احترام می‌گذارد و با آنچه در حقوق انگلیس دیدیم مطابقت دارد.

۲- در دادنامه شماره ۰۰۰۹۵ مورخ ۱۳۹٤/۲/۹ از شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان قزوین و دادنامه شماره ٦٤٤ مورخ ۱۳۹٤/٦/۲۹ از شعبه ۷ دادگاه تجدید نظر استان قزوین که به تأیید شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۸۱۰۲۰۰٤۸۲ مورخ ۱۳۹٤/۹/۳ رسیده است، به‌رغم استدلال بایع مبنی بر این‌که به‌دلیل بطلان معامله، وفق ماده ۲٤٦ قانون مدنی چکی که به عنوان تضمین صادر شده باید مسترد شود، دادگاه این‌گونه استدلال نمود: این شرط (سپردن تضمین) مستقل از عقد بوده و مشمول مواد ۱۰ و ۲۳۰ قانون مدنی است و استرداد آن فاقد وجاهت است.

۳- شعبه ۹۰ دادگاه حقوقی شهرستان تهران طی دادنامه شماره ٦٥٥ مورخ

۱۳۹٤/۷/۲۹، در مـــورد مطالبه وجه التزام مربوط به قراردادی که فســـخ شـــده و عیناً منطبق با پرونده «تریپل پوینت» اســـت، چنین اســـتدلال نمود که خســـارت تأخیر با فســـخ قرارداد قابل جمع اســـت؛ اگر چه در نهایت به دلیل عدم اثبات تأخیر حکم بر بی‌حقی صادر نمود، ولی شـــعبه ۳۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۳۸۳ مورخ ۱۳۹۵/۳/۳۰ با این اســـتدلال که هدف از درج شـــرط قراردادی، پای‌بندی طرفین بوده، در نهایت به جهت فسخ قرارداد، اقدام به صدور قرار عدم اســـتماع دعوا نمود. بدین ترتیب، استدلال دادگاه بدوی در تأیید رویکرد حاضر مبنی بر جمع مطالبه وجه التزام و فسخ قرارداد است.

۲-۲-۱. ارزیابی رویه قضایی

هماننـــد محاکم، در دکتریـــن حقوقی نیز در مورد امکان جمع فســـخ عقد و مطالبه خســـارت اتفاق‌آرا وجود ندارد: برخـــی از حقوق‌دانان بر این باورند که جمع بین فســـخ و مطالبه خسارت ممکن نیست؛ زیرا با فسخ قرارداد از متعهدله دفع ضرر می‌شـــود. به بیان دیگر، فسخ قرارداد برای جبران خسارت کافی است و امکان مطالبه خســـارت در کنار فسخ (به عنوان وسیله دفع ضرر) وجود ندارد. وانگهی، عدم جواز جمع فســـخ و خسارت، از ســـخن برخی از فقها از جمله شیخ انصاری قابل استنباط اســـت (صفایی،۱۳۹۳: ۱٦۹).[۱] در برابر، عده‌ای دیگر اصولاً جمع حق فسخ و مطالبه خســـارت را در راستای جبران کامل خســـارت در حقوق ایران پذیرفته‌اند. مفاد ماده ۳۸٦ قانون مدنی و مواد ٦ و ۸ قانون پیش‌فروش ســـاختمان مصوب ۱۳۸۹ نیز مؤید این حق است؛ همان‌گونه که در کنوانسیون بیع بین‌الملل هم این شیوه اتخاذ شده است (شـــهابی و همکاران، ۱٤۰۰: ۱٥٤). برخی اساتید نیز بر این عقیده‌اند که ضمان جبران خسارت، از آثار خودداری از اجرای تعهد است و چون تعهد اصلی قابل اجرا نیست، جبران خسارت بدل آن می‌شـــود)کاتوزیان، ۱۳۹٥: ۳۹۳)؛ بنابراین متعهدله می‌تواند ضمن فســـخ قراردادی که اجرای آن ممکن نیست، مطالبه خسارت نماید؛ منتها امکان جمع اجرای عین تعهد و دریافت خســـارت بدل از انجام آن وجود ندارد (شـــهابی و همکاران، ۱٤۰۰: ۱٥۸).

---

۱. برای دیدن نظر دیگر ایشـــان مبنی بر قابل جمع بودن مطالبه خسارت و فسخ، بنگرید به: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۲۲.

به نظر می‌رسد بر جمع مطالبه خسارت و فسخ عقد ایرادی وارد نیست؛ چرا که فسخ ناظر به جلوگیری از ضرر بیشتر و آتی است و جبران خسارت معطوف به گذشته است.[۱] در بند ۲ ماده ٤٥ و بند ۲ ماده ٦١ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز مقرر گردیده است: «استفاده از حقِ توسل به سایر طرق جبران خسارت، خریدار را از هیچ حقی که ممکن است جهت مطالبه خسارت داشته باشد محروم نمی‌کند». به‌علاوه، در قوانین و مقررات ما نیز مانعی برای جمع دو ضمانت اجرا، از جمله فسخ و مطالبه خسارت وجود ندارد. در حقیقت، فسخ قرارداد تنها یکی از اقداماتی است که متعهدله می‌تواند اعمال نماید؛ بدون آن‌که تأثیری بر مطالبه خسارت و وجه التزام داشته باشد؛ زیرا حق فسخ یک ضمانت اجرا در برابر نقض عهد است، ولی این ضمانت اجرا تنها زمانی دارای کارایی است که هدف آن در راستای سایر ضمانت اجراها از جمله خسارت باشد و به‌همین دلیل اعمال آن به‌منزله انصراف از خسارت نیست (رضایی و همکاران، ۱۳۹۸: ۵۳، ٥٤ و ٦٠). به‌ویژه آنکه بی‌اعتباری شرط وجه التزام باعث می‌شود که متعهد انگیزه‌ای برای انجام آن نداشته باشد و هر زمانی که بخواهد، می‌تواند بدون وجود ضمانت اجرای مؤثر، از انجام تعهد سرباز زند که این امر به ضرر متعهدله خواهد بود (محقق داماد و اسفندیاری‌فر، ۱۳۸۹: ٤٥). در حقیقت، اصل جبران کامل خسارت ایجاب می‌نمایند که متعهدله، اگرچه خود قرارداد را فسخ نموده باشد، بتواند خسارات وارد شده را نیز تقاضا کند. برای این مقصود می‌توان به اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و ماده ۸ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز استناد نمود. وانگهی، در ماده ۵,۳,۷ (۲) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (یونیدروا) هم فسخ قرارداد، حق جبران خسارت را تحت تاثیر قرار نمی‌دهد.

در حقوق فرانسه نیز ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی جدید در سال ۲۰۱٦، جمع ضمانت اجراهای مختلف (مطالبه خسارت و فسخ قرارداد) را پیش‌بینی نموده است. مطابق این ماده: «طرفی که تعهد نسبت به وی اجرا نشده یا به صورت ناقص اجرا گردیده است، می‌تواند ... موجبات فسخ قرارداد را فراهم نماید ... تقاضای جبران خسارت حاصل از عدم اجرای قرارداد را بنماید. ضمانت اجراهایی که تعارضی با یکدیگر ندارند، قابل جمع بوده و ضمانت اجرای جبران خسارت نیز در همه حال

۱. برای ملاحظه نظر موافق، بنگرید به: شهابی و همکاران،۱٤۰۰: ۱٦۰.

قابل مطالبه است. از این رو، تقدم و تأخری بین این ضمانت اجراها وجود ندارد».[۱]

با این حـــال، در مواردی که از اراده طرفین قـــرارداد چنین بر می‌آید که آنان جمع فســـخ و مطالبه خســـارت را اراده نکرده‌اند، بلکه تنها یکی از این دو اختیار را خواســـته‌اند، باید از اراده مشروع آن‌ها پیروی کرد. این اراده نوعی غالباً در «خسارت تأخیر در اجرای تعهد» وجود دارد؛ بدین معنا که وقتی طرفین قرارداد برای تأخیر در انجام تعهد وجه التزام تعیین می‌کنند و از طرف دیگر، متعهدله نیز دارای حق فســـخ اســـت، از اراده آنان به صورت نوعی چنین اســـتنباط می‌شود که وجه التزام تأخیر در اجرای تعهد تا زمان فســـخ قرارداد باید پرداخت شـــود و بعد از انحلال عقد، متعهد تعهـــدی به اجرای قرارداد ندارد و تکلیفی به پرداخت وجه التزام مذکور نیز نخواهد داشـــت. با این حال، چنانچه قبل از فسخ قرارداد، به دلیل تأخیر متعهد، وجه التزامی تعلق گرفته باشـــد، باید آن را پرداخت نماید؛ همچنان‌که دادگاه عالی کشور انگلستان نیز همین دیدگاه را پذیرفت.

۲-۲. اثر انحلال قرارداد بر شرط وجه التزام

غالب محاکم ایران چنین می‌اندیشند که با انحلال عقد اصلی، شرط ضمن آن مانند شـــرط مطالبه وجه التزام یا خسارت نیز زایل می‌شود؛ هرچند این قاعده نیاز به تعدیل و تنقیح دارد؛ چنان‌که در حقوق فرانسه پذیرفته شده است.

۱-۲-۲. موضع رویه قضایی

نخست، بسیاری از دادگاه‌ها و نیز برخی از شعب دیوان عالی کشور، به پیروی از ماده ۲٤٦ قانون مدنی که می‌گوید: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود»، بر این باورند که انحلال عقد اصلی، به شرط ضمن آن نیز سرایت می‌کند و با فسخ قرارداد اصلی، شرط وجه التزام نیز زایل شده و امکان مطالبه خسارت مقطوع وجود ندارد. ذکر چند نمونه مفید است:

۱- در پرونده‌ای که ضمن عقد بیع، در صورت عدم پرداخت وجه چک، برای فروشنده حق فسخ و کسر از بیست درصد مبلغ ثمن پیش‌بینی شده است و فروشنده علیه خریدار به خواســـته اعلام فسخ قرارداد و مطالبه خسارت به ارزش بیست درصد

---

۱. برای تفصیل بحث، بنگرید به: Gsell, 2015: 178.

ثمن معامله (وجه التزام) به لحاظ شـــرط مندرج در قرارداد طرح دعوا نموده اســـت، شعبه پنجم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰٤۸۹ مورخ ۱۳۹۲/۸/۸ و در تأیید دادنامه شـــماره ۵۰۰۲۲۵ مورخ ۱۳۹۱/۳/۱۳ و دادنامه شـــماره ۵۰۰۰٤۱ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱ از دادگاه عمومی طرقبه، ضمن تأیید صدور حکم بر اعلام فســـخ قرارداد، محکومیت فرجام‌خواه بر بطلان دعوای مطالبه وجه التزام را به استناد ماده ۲٤٦ قانون مدنی تأیید و ابرام نموده است.

۲- شعبه هشتم دادگاه حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۹۳۰٤۹۵ - ۱۳۹۳/٦/۱٦، بطلان قرارداد را باعث بطلان شـــرط وجه التزام در حالت مستحق للغیر درآمدن مبیع هم شمرده است.

۳- شعبه هشتم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰٦۸۰۰۷٤٦ مورخ ۱۳۹۳/۷/۸ ضمن پذیرش همین دیدگاه و ســـرایت انحلال عقد نسبت به شرط ضمن آن، به اســـتناد ماده ۲٤٦ قانون مدنی این‌گونه انشـــای رأی نموده است: «شرط پرداخت مهریه به صورت عندالاستطاعه صحیح است، لیکن اعتبار آن تا زمان پایداری عقد نکاح است و در صورت انحلال نکاح، شرط مندرج در آن نیز از بین می رود و مرد باید مهریه را پرداخت کند».

٤- اداره حقوقی قوه قضاییه نیز، در نظریه مشـــورتی شـــماره ۷/٦۰۳۱ مورخ ۱۳۷۵/۹/۲٤، انحلال عقد اصلی را ســـبب زوال شرط داوری که در ضمن همان عقد پیش‌بینی شده دانسته است.

دوم، برخی از محاکم، بطلان یا انحلال عقد را مطلقاً به شرطِ ضمن آن سرایت نمی‌دهند؛ که به چند نمونه اشاره می‌شود:

۱- در پرونده‌ای که ضمن اجاره‌نامه مقرر شده است که در صورت عدم تخلیه ملک از سوی مستأجر در انقضای مدت اجاره، وی باید علاوه بر مبلغ اجاره‌بها، روزانه دو میلیون ریال به عنوان وجه التزام بپردازد، شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران وفق دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲٤۲۳۰۰۵٤۹ مورخ ۱۳۹٤/۹/۸ و در مقام نقض دادنامه شماره ۱۲۹۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۹ از شعبه ۱۲٦ دادگاه عمومی حقوقی تهران، طبق ماده ۲۳۰ قانون مدنی توافق را صحیح و مستأجر را به هر دو عنوان محکوم نموده است.

۲- شـــعبه ۳۰ دادگاه تجدیـــد نظـــر اســـتان تهـــران طـــی دادنامه شـــماره

۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۷۲۹ مورخ ۱۳۹۲/۵/۵ و در تأیید دادنامه شماره ۱٤٤۹ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹ صادره از شعبه ۲٦٤ دادگاه عمومی تهران، در فرضی که زوج ضمن عقد نکاح موقت متعهد شده است که زوجه را به عقد نکاح دائم خود درآورد و از عمل به شرط امتناع کرده و زوجه پس از انقضای مدت نکاح و انحلال عقد، به خواسته مطالبه وجه التزام (پانصد عدد سکه بهار آزادی) اقامه دعوا کرده، حکم به محکومیت زوج به پرداخت وجه التزام داده است.

شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۵۷۸ – ۱۳۹۳/۱۲/۳، بطلان بیع را موجب ابطال کلیه بندهای قرارداد نمی‌داند؛ بلکه شرط وجه التزام در ضمن عقد که ناظر بر وجود جهات بطلان است، معتبر باقی خواهد ماند.

۳- دادنامه به شماره ۱٤۰۱٦۸۳۹۰۰۰۸۹۵۵۹۸ مورخ ۱٤۰۱/۰۱/۲۹ صادرشده از شعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران، در مقام نقض دادنامه به شماره ۱٤۰۰٦۸۳۹۰۰۱۰۹۸۷۲۳۱ مورخ ۱٤۰۰/۵/۸ از شعبه ۱۱٤ دادگاه حقوقی تهران، شرط وجه التزامی را که در ضمن عقد اصلی در فرض بطلان قرارداد به خاطر مستحق للغیر درآمدن مبیع مقرر شده است، شرط مستقل تلقی کرده و بطلان عقد را موجب بطلان آن نشمرده است.

٤- شعبه دوم دادگاه حقوقی شهرستان انزلی در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۱۸۱۰۲۰۰٤٤۱ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲٤، موضوع پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۱۸۱۰۲۰۰۸۵۰ که به تأیید شعبه پنجم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۱۲۷ مورخ ۱۳۹۳/٦/۸ نیز رسیده، در صورت بطلان قرارداد اصلی به جهت مستحق للغیر بودن مبیع، شرط وجه التزام را صحیح شمرده است.

۵- شعبه ۱٤۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، طی دادنامه شماره ۱٤۰۱٦۸۳۹۰۰۰۷۵٤۵۰۰۳ موضوع پرونده کلاسه ۱٤۰۱٦۸۹۲۰۰۰۲٤۲۱٦٤۰، در فرض انحلال قرارداد اصلی، شرط داوری را که ضمن عقد اصلی مورد توافق قرار گرفته است، منفسخ و بی‌اعتبار نشمرده است.

بدین ترتیب در مورد تأثیر انحلال عقد اصلی بر شرط وجه التزام و به‌طور کلی در خصوص تأثیر بطلان یا انحلال عقد بر شرط ضمن آن، دو دیدگاه متفاوت در رویه

قضایی ایران وجود دارد که لازم است به‌اختصار مورد ارزیابی قرار گیرد.

۲-۲-۲. ارزیابی رویه قضایی

مشهور فقها و حقوق‌دانان شرط را مطلقاً تابع عقد می‌شمرند و با بطلان عقد، حکم بر بطلان شرط می‌دهند و با انحلال عقد نیز، شرط را منفسخ می‌دانند (اصفهانی، ٤/١٤١٨: ٤٢٠؛ موسوی خمینی، بی‌تا/٢: ١٦؛ روحانی، ٦/١٤٢٩: ٢٧٨؛ طباطبایی یزدی، ٢/١٤٢١: ١٢٤؛ خویی، ٣١/١٤١٨: ٣٤٦؛ حسینی شیرازی، بی‌تا/١٤: ١٩٩؛ کاتوزیان، ١٣٨٧الف/٣: ١٢٦-١٢٧؛ امامی، ١/١٣٨٨: ٢٧٣ و ٢٩٦؛ شهیدی، ١٣٨٧: ٢٣ و ٨٠؛ صفایی، ١٣٩٩: ٢١٩؛ محقق داماد، بی‌تا: ٣١٩؛ کاتوزیان، ١٣٨٣: ٢٩٧-٢٩٨؛ قاسم‌زاده و همکاران، ١٣٨٩: ١٠٠؛ محقق داماد، ٢/١٤٠٦: ٢٦٩؛ فرح‌زادی، ١٣٨٥: ١٧-٢٥)، اما سیر تحول دیدگاه‌ها در فقه امامیه و دکترین حقوقی امروزه به این‌جا رسیده است که مصادیقی از «شرط مستقل از عقد» در فقه اسلامی و حقوق ایران وجود دارد که تابع عقد نیست و بطلان یا انحلال قرارداد بدان‌ها سرایت نمی‌کند. در حقیقت، تنها «شروط وابسته»[1] یا «شروط تابع عقد» هستند که با بطلان یا انحلال عقد بی‌اعتبار می‌شوند، ولی «شروط مستقل»[2] از شمول حکم کلی فوق خارج بوده و با بطلان یا انحلال قرارداد اصلی نیز معتبر باقی می‌مانند (طباطبایی یزدی، ١٤١٥: ١٧٣ و ١٦٧؛ خویی، بی‌تا/٦: ١٢٦؛ طباطبائی، ٤/١٤٠٠: ٥٨-٥٩؛ حکیم، ٢/١٤١٥: ٨٠؛ خویی، ٢/١٤٠٩: ٤١؛ اراکی، ١٤١٤: ٣٠١-٣٠٢؛ طباطبایی، ١٤٢٣: ٣٣؛ خویی، ٣١/١٤١٨، ٣٤٦؛ محقق داماد، ١/١٤٠٦: ١٧٧؛ بهجت، ١٤٢٣: ٥٤٦؛ لنکرانی، بی‌تا/٢: ٣٨٤؛ تبریزی، ١٤١٦: ٢١؛ جعفری لنگرودی، ١٣٩٠: ٢٧٦؛ کاتوزیان، ١٣٨٧ب: ٢٢٩؛ صفایی، ١٣٩٩: ٢١٩؛ محقق داماد، ١٣٩٠: ٣٦٤؛ ره‌پیک، ١٣٨٥: ١٤٨ و ١٣٨٧: ٤٩ و ١٣٩٣: ١١٦). بدین ترتیب اگر از اراده طرفین چنین برآید که آنان حتی در صورت بطلان عقد، به بقای شرط نظر داشته‌اند (مانند شرط پرداخت مبلغ معینی به عنوان وجه التزام در صورت کشف فساد معامله به علت مستحق للغیر بودن مبیع یا به‌طور کلی شرط راجع به افزایش یا کاهش مسئولیت، شرط ضمان عهده ضمن عقد فاسد، شرط رجوع به داوری و صلاحیت داور، شرط صلاحیت قضایی، شرط محرمانگی، شرط راجع به تعیین قانون حاکم و

1. Les clauses indépendances.
2. Les clauses autonomes.

غیره) یا طرفین خواسته‌اند در صورت انحلال قرارداد نیز شرط باقی بماند (نظیر شرط پرداخت وجه التزام در صورت انحلال عقد، شـــرط چگونگی استرداد عوضین، شرط تنصیف اموال زوج ضمن عقد نکاح در صورت طلاق، شـــرط عندالاســـتطاعه بودن پرداخت مهر زوجه پس از انحلال نکاح، پرداخت مبلغی در صورت پشـــیمان شـــدن یا عدول از قرارداد، شـــرط حفظ اسرار، شرط عدم رقابت و امثال آن‌ها)، باید از اراده آنـــان پیروی کرد؛ چنان‌که ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی به صراحت از این دیدگاه پیروی کرده است.[1]

به نظر می‌رســـد که بقا یا زوال شرط وجه التزام در صورت انحلال عقد اصلی و حتی بطلان آن، بیشـــتر تابع اراده طرفین و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد است و نمی‌توان قاعده کلـــی برای آن وضع کرد. چنانچه از اراده طرفین چنین برآید که آنان وجه التزام را برای حالت انحلال عقد و یا بطلان آن نیز مقرر کرده‌اند، چنین شـــرطی از مصادیق شـــرط مستقل است و طبق اراده طرفین باید شرط را صحیح است. از این رو، پیش‌بینی وجه التزام در فرض مســـتحق للغیر درآمدن مبیع درســـت است و نباید بطلان عقد را موجب بطلان شـــرط دانست. همچنین هرگاه ضمن عقد شرط شود که در صورت عدم پرداخت وجه چک (ثمن)، عقد بیع منفسخ و خریدار باید مبلغ معینی را به عنوان وجه التزام بپردازد، طرفین انحلال عقد و وجه التزام را با هم خواســـته‌اند و به همین جهت، شـــرط مزبور پس از انفســـاخ عقد نیز معتبر باقی می‌ماند. وانگهی، چنانچه ضمن قرارداد برای عدم انجام تعهد وجه التزام و حق فســـخ پیش‌بینی شـــده باشـــد، فســـخ قرارداد مانع از مطالبه وجه التزام نیست؛ چنان‌که شعب ۱۱، ٤٢ و ٢٦٤ دادگاه عمومی حقوقی و شـــعب ٦٢ و ۳۰ دادگاه تجدید نظر در دادنامه‌های پیش‌گفته بدان تصریح کرده‌اند.

از بـــاب غلبه و به عنـــوان راهنما می‌توان گفت هرگاه وجـــه التزام برای عدم اجرای تعهد مقرر شـــده باشد، با فســـخ عقد، وجه التزام قابل مطالبه است. در مقابل، چنانچه وجه التزام برای تأخیر در انجام تعهد پیش‌بینی شـــده باشـــد، پس از فســـخ قرارداد، مطالبه وجه التزام ممکن نیست. در حقوق فرانسه نیز، رنه دموگ حقوق‌دانان

۱. برای تفصیـــل بحث، بنگرید به: محمدی و جواهرکلام و جمالی، ۱٤۰۱: ۸۵-۱۰۷؛ قاســـم‌زاده و قربانی، ۱۳۹۷: ۱۲۰-۱۳۲؛ کاظمی و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۵۷-۲٦۵؛ جواهرکلام و جمالی، ۱۳۹٤: ۲۵۵-۲۹۰؛ سلطان احمدی و ولایی، ۱۳۹۸: ۹۳-۱۱۳).

مشهور فرانسوی و بسیاری از حقوق‌دانان معاصر، از این رویکرد دفاع کرده و معتقدند در صورتی که شرط کیفری (وجه التزام) ناظر به عدم اجرای تعهد باشد، فسخ قرارداد باعث زوال شـــرط نمی‌شود، اما چنانچه موضوع شـــرط تأخیر در اجرای تعهد باشد، انحلال عقد ســـبب زوال شـــرط هم می‌شـــود. البته برخی از دادگاه‌ها و حقوق‌دانان فرانسوی، شرط وجه التزام را به‌طور کلی از مصادیق شرط مستقل شناخته‌اند که برای جبران خسارت پیش‌بینی شده و انحلال عقد باعث زوال آن نمی‌شود (Malaurie et d'autres, 2019: 517-518; Gras, 2014: 501-503; Cass. com. 22 mars 2011, n°09-16660; Cass. civ. 3ème 20 juin 2012, n°11-16197; Cass. civ. 2ème 6 juin 2013 n°12-20352؛ کاظمی و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۵۵)؛[1] با این حال، در مواردی که موضوع شـــرط ناظر به تأخیر در اجرای تعهد است نیز هرگاه اراده طرفین صریحاً یا به دلالت قراین نمایان‌گر امکان مطالبه وجه التزام حتی پس از انحلال عقد اســـت، باید خواســـت آنان را محترم شمرد، مانند موردی که ضمن عقد اجاره شرط شود که در صورت عدم تخلیه مستأجر پس از انقضای مدت عقد، وی باید افزون بر اجاره‌بها، روزانه یا ماهانه مبلغ معینی به عنوان خســـارت بپردازد؛ چنان‌که در دادنامه شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران گذشت. گفتنی است که ماده ۱۲۳۰ جدید قانون مدنی فرانسه نیز معیار نهایی در شرط مستقل از عقد را اراده طرفین قرار داده است.

۱. برای تأثیر فســـخ و بی‌اعتباری عقد اجاره بر شـــرط ضمن آن و بقای شـــروط ناظر بر تنظیم آثار بی‌اعتبـــاری قرارداد و نیز انتقادهـــای وارد بر رأی، بنگرید بـــه: Cour d'appel de paris pôle 5 - chambre 11, 24 juin 2016 n°13/21101; Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 décembre 2017, p. 16-22.809).

برآمد

۱- مطالعه تطبیقی اثر انحلال قرارداد بر شـــرط وجه التزام مندرج در عقد، در رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانســـه نشان می‌دهد که موانع و رَویکردهای متعددی در زمینه جمع فسخ و خسارت مقطوع وجود دارد. همه نظام‌های حقوقی مورد مطالعه پذیرفته‌اند که معیار نهایی در این زمینه، اراده طرفین و احترام به خواست مشترک آنان است؛ منتها در این‌که دو طرف از شرط مندرج در قرارداد (وجه التزام) چه خواسته‌اند و مقصود آن‌ها جمع فسخ و خسارت است یا خیر، اختلاف‌ها آغاز می‌شود و این امر، تفسیر قرارداد و شرط وجه التزام را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد.

۲- در رویـــه قضایی انگلیس، در پرونده معروف «تریپل پوینت»، رویکردهای گوناگونی در جمع فسخ و خسارت مطرح شد و در نهایت دادگاه عالی رأی داد که با فسخ قرارداد، شرط وجه التزام زایل نمی‌شود، بلکه پیمان‌کار مکلف به پرداخت وجه التزام تا زمان فســـخ قرارداد اســـت، نه تا زمان انجام کار از سوی پیمان‌کار دوم؛ پس وجه التزام تأخیر در اجرای تعهد پس از انحلال عقد، قابلیت مطالبه ندارد؛ مگر این‌که طرفین به صراحت آن را مقرر نموده باشند.

۳- در حقوق فرانســـه، امکان جمع حق فسخ و مطالبه خسارت در اصلاحات جدید قانون مدنی به‌صراحت پذیرفته شـــده اســـت، اما در مـــورد اثر انحلال قرارداد بر شـــرط وجه التزام، برخی از دادگاه‌ها شـــرط کیفری را تعیین مقطوع خسارت و از مصادیق شـــرط مستقل از عقد شـــمرده‌اند که پس از انحلال قرارداد نیز باقی مانده و قابل مطالبه است؛ اما گروهی از حقوق‌دانان معتقدند وجه التزام «عدم اجرای تعهد» با انحلال عقد نیز قابل مطالبه اســـت؛ ولی وجه التزام «تأخیر در اَجرای تعهد» برای بازه زمانی پس از انحلال عقد قابلیت مطالبه ندارد.

٤- در رویـــه قضایی ایران، در مورد امکان جمع فســـخ قرارداد و مطالبه وجه التزام اختلاف نظرها مشـــهود اســـت؛ غالب دادگاه‌ها جمـــع آن را نمی‌پذیرند و عده کمتـــری جمع آن را ممکن می‌شـــمارند؛ که دیدگاه اخیر با اصـــول و مبانی حقوقی ســـازگارتر است و ماده ۸ قانون پیش‌فروش ساختمان و اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیـــز آن را تأیید می‌کند. همچنین، در رویه قضایی ما، همانند دکترین فقهی و حقوقی، در زمینه اثر انحلال قرارداد بر شـــرط وجه التزام نیز اختلاف نظرهای بســـیاری پدید

آمده است، لیکن به نظر می‌رسد که اگر از اراده طرفین چنین برآید که آنان شرط وجه التزام را حتی در فرض بطلان یا فسخ و یا انفساخ قرارداد نیز خواسته‌اند، باید آن را شرط مستقل از عقد و معتبر شمرد.

۵- در زمینه جمع انحلال عقد و مطالبه وجه التزام، به سختی می‌توان راه‌حل ثابتی به دست داد؛ بلکه ملاک نهایی، احراز اراده طرفین و تفسیر خواست مشترک آنان است؛ هرچند از باب غلبه و با احتیاط می‌توان پیشنهاد داد که تفکیک ارائه‌شده در دکترین حقوقی فرانسه، به‌عنوان راهنما در حقوق ایران نیز اعمال شود. در نتیجه، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ضمن افزودن بندی به ماده ۲۳۰ قانون مدنی، مقرر نماید: «انحلال قرارداد مانع از مطالبه وجه التزام عدم اجرای تعهد نیست، لیکن وجه التزام تأخیر در انجام تعهد برای مدت پس از فسخ قرارداد قابل مطالبه نخواهد بود».

فهرست منابع

الف. فارسی

* امامی، سیدحسن (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، تهران: اسلامیه.

* ایزانلو، محسن و مکرمی، حسن (۱۳۹۵)، «**شرط وجه عدم التزام به قرارداد**»، قضاوت، شماره ۸۷.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر(۱۳۹۰)، **فلسفه حقوق مدنی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جواهرکلام، محمدهادی و جمالی، مرتضی (۱۳۹٤)، «**تحلیل دکترین استقلال شرط داوری از منظر قواعد عمومی قراردادها و نظام حقوق اسلام**»، فصل‌نامه حقوق ملل، شماره ۱۸.

* رضایی، محمود و دیگران (۱۳۹۸)، «**بررسی تطبیقی امکان محاسبه و مطالبه خسارت در کنار فسخ قرارداد در حقوق ایران و انگلیس**»، دانش حقوق مدنی، شماره۸.

* ره‌پیک، حسن (۱۳۸۵)، **حقوق قراردادها**، تهران: خرسندی.

* ره‌پیک، حسن (۱۳۸۷)، **عقود معین (۱)**، تهران: خرسندی.

* ره‌پیک، حسن (۱۳۹۳)، **حقوق مدنی پیشرفته: مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد**، تهران: خرسندی.

* زمانی، مجتبی و عسگری، جعفر (۱٤۰۲)، «**مبانی جبران‌پذیری خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۱.

* سلطان احمدی، جلال و ولایی، مریم (۱۳۹۸)، «**شروط و مفاد معتبر پس از زوال یا انحلال قرارداد درحقوق ایران با مطالعه اجمالی اسناد بین‌المللی**»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۸.

* سلیمی، فضه و ذاکری‌نیا، حانیه (۱٤۰۰)؛ «**اثر خسارت مقطوع قراردادی در قواعد عام و رقابتی؛ بررسی تطبیقی نظام حقوقی ایران، کامن‌لا و اتحادیه اروپا**»، مطالعات حقوقی، شماره ۱۳.

* شهابی، علی و دیگران (۱٤۰۰)، «**مطالبه خسارت عدم انجام تعهد پس از فسخ قرارداد**»، مطالعات حقوقی، شماره ۱۳.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، **شروط ضمن عقد**، چاپ دوم، تهران: مجد.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۹۳)، «**جمع بین فسخ و مطالبه خسارت در اسناد بین‌المللی و حقوق ایران**»، در: حقوق تجارت در عصر جهانی شدن (مجموعه مقالات اهدایی به دکتر بهروز اخلاقی)، تهران: شهر دانش.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۹۹)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سی و دوم، تهران: میزان.
* طالب احمدی، حبیب (۱٤۰۳)، «**انعطاف‌پذیری در قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۵.
* فاضل‌لنکرانی، محمد (بی‌تا)، **جامع المسائل**، چاپ‌یازدهم، قم: امیرقلم.
* فرح‌زادی، علی‌اکبر(۱۳۸۵)، «**رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۳۸ و ۳۹.
* قاسم‌زاده، سیدمرتضی و قربانی‌جویباری، محمد (۱۳۹۷)، «**اثر بطلان عقد بر شرط مستقل (توجیه و تحلیل رویه قضایی)**»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۲.
* قاسم‌زاده، سیدمرتضی و دیگران (۱۳۸۹)، **تفسیر قانون مدنی**، تهران: سمت.
* قربان‌وند، محمدباقر (۱۳۸٤)، «**تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها**»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **اعمال حقوقی**، چاپ نهم، تهران: شرکت انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷الف)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ب)، **معاملات معوض(عقود تملیکی)**، چاپ دهم، تهران: شرکت انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد چهارم، تهران: شرکت انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **نظریه عمومی تعهدات**، تهران: میزان.
* کاظمی، محمود و دیگران (۱۳۹۹)، «**شرط مستقل از عقد؛ مطالعهٔ تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق فرانسه بر مبنای اصلاحات قانون مدنی**»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱۱.

* محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چاپ دوم، تهران: علوم اسلامی.
* محقق داماد، سیدمصطفی (۱٤۰٦)، **قواعد فقه**، جلدهای اول و دوم، چاپ دوازدهم، تهران: علوم اسلامی.
* محقق داماد، سیدمصطفی (بی‌تا)، **بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن**، قم: بی‌نا.
* محمدی، قاسم و جواهرکلام، محمدهادی و جمالی، مرتضی (۱٤۰۱)، «**تأثیر بطلان و انحلال عقد بر شرط ضمن آن**»، دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۱۷.

ب. عربی

* اراکی، محمدعلی (۱٤۱٤ق)، **الخیارات**، قم: در راه حق.
* اصفهانی، محمدحسین (۱٤۱۸ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، جلد چهارم، قم: أنوارالهدی.
* بهجت، محمدتقی (۱٤۲۳ق)، **وسیله النجاه**، چاپ دوم، قم: شفق.
* تبریزی، جواد (۱٤۱٦ق)، **إرشاد الطالب**، چاپ سوم، قم: اسماعیلیان.
* حسینی شیرازی، سیدمحمد (بی‌تا)، **إیصال الطالب إلی المکاسب**، جلد چهاردهم، تهران: اعلمی.
* حکیم، سیدمحمدسعید (۱٤۱٥ق)، **منهاج الصالحین**، جلد دوم، بیروت: دارالصفوه.
* موسوی خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا)، **تحریر الوسیله**، جلد دوم، قم: دارالعلم.
* خویی، سیدابوالقاسم (۱٤۰۹ق)، **مبانی العروه الوثقی**، قم: دارالعلم لطفی.
* خویی، سیدابوالقاسم (۱٤۱۸ق)، **موسوعه الإمام الخوئی**، جلد سی و یکم، قم: إحیاء آثار الإمام الخوئی.
* خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا)، **مصباح الفقاهه (المکاسب)**، جلد ششم، بی‌جا، بی‌نا.
* روحانی، سیدصادق (۱٤۲۹ق)، **منهاج الفقاهه**، جلد ششم، چاپ پنجم، قم: أنوار الهدی.
* طباطبایی‌قمی، سیدتقی (۱٤۰۰)، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، جلد چهارم، قم: خیام.
* طباطبایی‌قمی، سیدتقی(۱٤۲۳ق)، **الغایه القصوی؛ کتاب المضاربه**، قم: محلاتی.

* طباطبایی‌یزدی، سیدمحمدکاظم (۱٤۱۵)، **سؤال و جواب**، تهران: علوم اسلامی.
* طباطبایی‌یزدی، سیدمحمدکاظم (۱٤۲۱)، **حاشیه المکاسب**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.

پ. انگلیسی و فرانسوی

* Cheung, Anson (2020), **"Triple Point Technology – Pointing to confusion"**, The International Construction Law Review, Vol: 37, pp.130-143.
* Clarkson, K., Miller, R. L., and Muris, T. (1978). **"Liquidated damages v. penalties: sense or nonsense."** Wisconsin Law Rev., Vol. 78, 351.
* Daive, Michael (2019), **"The Proper Scope of Liquidated Damages Clauses"**, lloyd's Maritime and Commercial law Quarterly, pp.626-640.
* Gras, Nicolas (2014), **Essai sur les clauses contractuelles**, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université d'Auvergne, Directeurs de recherché: M. Mustapha MEKKI et M. le Doyen Jean Stofflet (Dans: https://theses.hal.science/tel-01168586/document).
* Gsell, Beate(2015), **"Le Nouveau Régime de l'inexécution de Contrat"**, La Réforme du Droit des Obligations en France 5 émes Journées Franco – Allemandes, Droit Comparé et Européen, Vol. 20.
* Malaurie, Ph. et d'autres (2019), **Droit des obligations**, 9e éd, Paris: LGDJ.
* McGREGOR QC, HARVEY (2014), **McGregor on Damages**, 19th, London: Sweet & Maxwell - Thomson Reuters.
* McKendrick QC, Ewan (2019), **"Liquidated Damages, Delay and the Termination of Contract**, The Journal of Business Law, Issue.8.
* Randolph, Thomas H.; Gary R. Smith, & Daniel J. Cummings (1995),

"Enforcement of Liquidated Damages", Journal of Construction Engineering and Management, 121(4).

❋ Reuters, Thomson (2015), **The Law of Contracts**, Vol I: General Principles, UK Limited: Sweet & Maxwell.

2- Judgments and Internet

❋ Beth lehem Steel Corporation v. City of Chicago, 234 F. Supp. 726 1965.

❋ British Glanzstoff Manufacturing Co Ltd v General Accident, Fire and Life Assurance Corporation Ltd 1912.

❋ Cass. civ. 2ème 6 juin 2013 n°12-20352, AJDI janvier 2014, n°1 p.62 note N. Le Rudulier.

❋ Cass. civ. 3ème 20 juin 2012 n°11-16197, D. 14 février 2013, n°6 p.391 note S. Amrani-Mekki et M. Mekki. 1360 D. Houtcieff, Principe.

❋ Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16660, RLDC mai 2011, n°82 p.13 note A. Paulin; JCP E 26 mai 2011, n°21-22 p.29 note R. Mortier; RDC juillet 2011, n°2011-3 p.826 note E. Savaux.

❋ City of Fargo, ND v. Case Development Company, 401 N.W.2d 529 (1987).

❋ Cour d'appel de paris pôle 5 - chambre 11, 24 juin 2016 (n°13/21101) (https://www.courdecassation.fr/decision/60350fb356ba433c44ffb10f).

❋ Cour de cassation civile, Chambre commerciale, 6 décembre 2017, p. 16-22.809 (6 décembre 2017 Cour de cassation Pourvoi n° 16-22.809).

❋ Crestdream Ltd v Potter Interior Design Ltd [2014] HKEC 1209.

❋ GPP Big Field LLP v Solar EPC Solutions SL [2018] EWHC 2866 (Comm); at [303]–[305].

❋ Greenore Port v Technical & General Guarantee Co Ltd [2006] EWHC 3119 (TCC).

❋ Hicks Construction Company v. Town of Hudson, Wyoming, 390 F.2d 84 1976.

❋ https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/liquidated-damages.

❋ Ledbetter Brothers, Inc. v. North Carolina Department of Transportation, 314 S.E.2d 761 (1984).

❋ Rohlin Construction Co. versus City of Hinton (Iowa), 476 N.W.2d 78 (1991).

❋ Supreme Court 12 Nov. 2020; 16 July 2021, Triple Point Technology Inc (Respondent) v PTT Public Company LTD [2021] UKSC 29 Before Lord Hodge, Deputy President, Lady Arden, Lord Sales, Lord Leggatt, and Lord Burrowsspreme Court 12 Nov. 2020; 16 July 2021. p573.

❋ Technology & Construction Court, Hall v Van Der Heiden, Queen's Bench Division, Journal of Construction Engineering and Management, 463.

❋ Westmount Country Club v. Kameny, 197 A.2d 379 (1964).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۶۴-۳۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

اعسار دولت از هزینه دادرسی

علی قسمتی تبریزی[۱]

چکیده

نزد عموم آشـــنایان حقوق و در رویه قضایی، امتناع اعسار دولت و موسسات دولتی بلکه اشخاص حقوقی از هزینه دادرسی، آن‌قدر مشتهر و بدیهی انگاشته می‌شود که معمولاً حتی خلاف آن نیز به تصور در نمی‌آید، اما توجه به برخی سوابق تاریخی، دقایق حقوقی و ملاحظات ناگزیر عملی، ضرورت بازاندیشـــی این اندیشه مستقر را ایجاب می‌کند. در واقع، امکان طرح ادعای اعسار از هزینه دادرسی، یکی از مقدمات دادخواهی اســـت و دلایلی که در توجیه سلب این حق از دســـتگاه‌های دولتی ابراز می‌شـــود، قانع‌کننده نیســـت. هم‌چنین توانایی مالی دولت و گستره قابل توجه اموال این شخصیت حقوقی، ملازمه‌ای با اســـتطاعت پرداخت هزینه‌های هنگفت دادرسی توسط اجزای آن را ندارد و محدودیت‌های بودجه‌ای و ضوابط حاکم بر اموال دولتی، گاه تادیه مخارج پیش‌بینی نشـــده دادرسی را دشوار و حتی ممتنع می‌کند؛ لذا به نظر می‌رســـد؛ با عنایت به این‌که اســـتماع این ادعا در قوانین، منع نشده است و با اصول حقوقی نیز منافات ندارد، حرمان وزارتخانه‌ها و موسســـات دولتی از اثبات اعسار در پرداخت هزینه دادرسی منطقی نیست و علاوه بر توالی فاسد و تضییع حقوق دولت، مستلزم نابرابری اشـــخاص در دادرسی عادلانه و مانع از دسترسی به نظام دادخواهی است. هدف از اقامه این دعوی، حفظ حقوق دولت و استمهال از تادیه هزینه دادرسی است و پذیرش آن، موقت و مشروط خواهد بود.

واژگان کلیدی: اعســـار از هزینه دادرســـی، معافیت موقت، شخص حقوقی، موسسه دولتی، بودجه.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه سمنان، سمنان، ایران
ali_ghesmati@semnan.ac.ir

درآمد

طرح دعوی مستلزم رعایت شـــرایطی است که در صورت عدم رعایت آن‌ها جریان دادرسی، متوقف می‌گردد و حتی ممکن است به رسیدگی منتهی نشود. یکی از این شرایط که همواره با دغدغه زیادی از سوی شعب بدوی، بررسی و از سوی مراجع عالی بازبینی می‌شـــود پرداخت هزینه دادرسی است. ورای فلسفه و هدف این تمهید؛ پرداخت هزینه دادرســـی، به مثابه مالیاتی است که در مقام ایفای یک خدمت عمومی دریافت می‌شود و الزاماً تناسبی با مخارج واقعی دادرسی ندارد.

هرچند قانون‌گذار با درک محدودیت‌های مالی اشخاص، مسیر احقاق حق را با امکان اثبات اعســـار باز گذاشته اســـت، اما علاوه بر لزوم اثبات عدم تمکن، گستره اشـــخاصی که می‌توانند مدعی اعسار شـــوند نیز محل بحث است. افزون بر تاجر که برای اثبات ناتوانی مالی باید ورشکســـتگی خود را ادعـــا کند؛ رویه قضایی، پذیرای ادعای اعســـار دستگاه‌های دولتی و حتی سایر اشـــخاص حقوقی در خصوص تادیه هزینه دادرسی نیست. سخن اینجاست که آیا اصولاً امکان ندارد تامین هزینه دادرسی برای دولت (و به تعبیر دقیق‌تر دســـتگاه‌های دولتی)، متعسر یا متعذر شود؟ هم‌چنین این سوال مطرح است که آیا پذیرش ادعای اعسار دولت، منع قانونی یا حقوقی دارد؟

پاسخ پرسش نخست با توجه به ملاحظات بودجه‌ای وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی، روشن و مستغنی از توجیه است. در واقع با محدودیت‌های مالی دولتی و مبلغ بالای هزینه دادرسی در برخی دعاوی مالی حقوقی،[1] تردیدی نیست که تامین مخارج دادرســـی، مشـــکلات متعددی را ایجاد می‌کند که گاه در عمل به عدم طرح دعوی یا تمکین ناروا و ناخواسته در برابر آراء صادره منتهی می‌شود.

در مواجهه با این دشواری که با سلب حق دادخواهی، به زیان حقوق عمومی و دولت منجر می‌گردد، امکان اعســـار دستگاه‌های دولتی مطرح می‌شود که هرچند به نظر قاطع عموم دادگاه‌ها ممتنع است، اما حقیقت آن با نظر در سابقه تاریخی، تحلیل قوانین و اصول حقوقی، قابل بررســـی و موضوع مطالعه حاضر است. مع‌هذا پیش از

---

۱. با تفســـیر موســـع ماده ۵۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۴) مشـــکل تادیه هزینه دادرسی در شکایات کیفری (که مبلغ معتنابهی نیست) و در خصوص مطالبه زیان ناشی از جرم، مطرح نمی‌شود. همچنین هزینه ورود یا جلب ثالث و تجدیدنظرخواهی دســـتگاه دولتی در دیوان عدالت اداری، قابل توجه نیست.

بررسی این امر، از باب تذکار باید به چند نکته مسلم اشارت داشت:

نخســـت این‌که «اقامه دعوی»،[1] حق هر شخص حقیقی و حقوقی است که به عنوان توانایی اشـــخاص در مراجعه به دادگستری برای مطالبه رعایت حقوق و منافع مشـــروع آن‌ها تعریف می‌شود (Guillien et Vincent, 2005: 20; Arnaud, 1993: 8).[2] این حق که در پرتو اصل «دسترســـی به دادگستری»[3] تصویر می‌شود، به دستاویز احتمال عدم اســـتماع بعدی یا غیرموجه بودن یا عدم صحت ادعا ســـلب نمی‌گردد و به‌عنوان یکی از حقوق اولیه مدنی (جعفری لنگرودی، ۱/۱۱۳۹۸: ۵۳۷)، بر بسیاری از ضوابط آئینی و قضایی حاکم است.

هم‌چنیـــن صرف‌نظر از مفهوم،[4] ضرورت و برداشـــت متفاوت (متین دفتری، ۱/۱۳۷۸: ۳۳۱) از «اصل رایگان بودن دادگســـتری»؛[5] مسلم است که در نظام دادرسی ایران، عموم اشـــخاص حقیقی و حقوقی، موظف به پرداخت هزینه دادرسی هستند[6] و تادیـــه این هزینه، تکلیف هر مدعی و قاعده عمومی اســـت که تنها در دو صورت تخصیص می‌خورد:

نخست، استثناء ناشی از معـــافیت از هزیـــنه دادرسـی که با تـصویب قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و عـدم تکرار ذیل مـاده ۶۹۰ قانون سابق،[7] نیاز به تصریح

---

1. Action en Justice

۲. از این منظر است که اصل سی و چهارم قانون اساسی «دادخواهی را حق مسلم» می‌شناسد (شمس، ۱۳۸۰، ش ۴۹۱). هم از این نظرگاه اســـت که ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز دعوی را به «حق استماع ماهیت ادعای مدعی» تعریف می‌کند

3. Accès aux tribunaux (ou à la justice)

۴. در فرانســـه به موجب این اصل از ســـال ۱۹۷۸، طرفین دعوی از تقبل بخش عمده هزینه‌هایی که ســـابقاً به تادیه یا تدارک آن، در مراجع حقوقی و اداری ملزم می‌شدند (مثل حق تمبر)، معاف هستند و متقابـــلاً دولت این مخارج را بر عهده گرفت (Guillien et Vincent, op.cit: 314). البته این امر، در ســـنوات بعد و به تناوب، به عنوان مشـــارکت و با هدف تامین مالی معاضدت قضایی و کاســـتن از کثرت دعاوی (Contribution pour l'aide juridique)، مقرر یا حذف شـــده اســـت. مثلاً قانون 2011-900n° مـــورخ ۲۹ ژوئیه ۲۰۱۱ حق تمبر ۳۵ یورویی را بر عهده خواهان گذاشـــته و در عین حال، تصریح کرد که دولت ملزم به تادیه این مبلغ نیست:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000024417925

5. Gratuité de la Justice

۶. رای وحدت رویه شماره ۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۶۱/۴/۱۳.

۷. «دولت و همچنین دادستان از تادیه هزینه دادرسی معاف هستند». شایان ذکر است که این عبارت در لایحه اولیه دولت نبود و الحاق آن از سوی کمیسیون عدلیه در جلسه پنج‌شنبه مورخ ۱۵ شهریور ۱۳۱۸ پیشنهاد و تصویب شد.

دارد.[۱]

دوم، اثبات اعسار که برای اشخاص فاقد توانایی مالی، عذر موقت از تادیه هزینه دادرسی است. بدیهی است که با توجه به شمول و حکومت ضابطه استحقاق هر شخص در طرح مدعا و دفاع در برابر آن، اثبات عدم استطاعت پرداخت هزینه دادرسی باید برای همگان میسر باشد و بستن راه ادعای اعسار نیاز به تصریح قانونی دارد.

از سوی دیگر، پذیرش این مدعا به معنای معافیت مطلق دولت از هزینه دادرسی نیست و هدف این است که پرداخت مخارجی که اعتبار یا تخصیصی در بودجه برای آن‌ها پیش‌بینی نشده است، به تعویق افتد تا ضمن حفظ حق اقامه دعوی، زمینه پیش‌بینی در بودجه و تادیه آن فراهم آید. در واقع اعسار دولت از هزینه دادرسی به مفهوم عدم کفایت دارایی نیست و استمهال در تامین این مخارج است.

با این بیان مختصر، شایسته است که دلایل رد اعسار دستگاه‌های دولتی[۲] از

---

۱. هرچند حذف معافیت از هزینه دادرسی قطعاً خوشایند طرف منازعه دولت است و برخی نیز آن را با دستاویز جلوگیری از تبعیض ناروا تایید کرده‌اند (واحدی، ۳/۱۳۸۳: ۲۶۱)؛ اما به نظر می‌رسد به‌رغم این توجیه که بخشی از هزینه دادرسی به قوه قضائیه اختصاص می‌یابد (ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در مواد معین ۱۳۷۳)، با توجه به وحدت بودجه و حاکمیت و این‌که نمی‌توان و نباید داعیه استقلال مالی نظام قضایی را پذیرا شد، حذف معافیت مذکور مورد تایید نیست. افزون بر این‌که بخش عمده هزینه دادرسی در قبال حق تمبر است که صبغه مالیات دارد و پرداخت مالیات دولت به خود، امری زائد است (صدرزاده افشار، ۱۳۷۹: ۱۸۳)؛ باید اذعان کرد که به‌رغم عدم تصریح قانون ۱۳۷۹ و با وجود رای وحدت رویه شماره ۶۵۲ دیوان عالی کشور مبنی بر عدم معافیت دولت، معافیت برخی بنیادها، نهادهای انقلابی یا آستان‌ها از هزینه دادرسی، ترجیحی بلامرجح است (شمس، ۲/۱۳۹۴: ش ۹۳). همچنین تلاش ناکام در خصوص معافیت دولت (قسمت ۲ بند «ب» تبصره ۱۱ لایحه بودجه ۱۳۹۷ مبنی بر معافیت دعاوی راجع به حفظ بیت‌المال از هزینه دادرسی که در فرایند تصویب قانون حذف شد) یا معافیت‌های موقت (بند ۱۳۲ قانون بودجه ۱۳۹۰ مبنی بر معافیت دعاوی راجع به حفظ بیت‌المال و دادنامه‌های شماره ۱۲۵۴ و ۱۲۵۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۳ هیات عمومی دیوان عدالت)، موردی (ماده ۱۰ قانون ساماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن ۱۳۸۷)، جزئی (بند «ف» تبصره ۸ قانون بودجه ۱۴۰۲ مبنی بر معافیت سازمان محیط زیست از پرداخت هفتاد درصد هزینه دادرسی در دعاوی حفاظت از محیط زیست و انفال) در خصوص برخی دستگاه‌های دولتی، نشانگر این است که قانون‌گذار از منطق ثابتی در مواجهه با این موضوع تبعیت نمی‌کند. در آخرین تلاش نیز پیشنهاد بند «ت» ماده ۱۱۷ لایحه برنامه هفتم توسعه مبنی بر معافیت «وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی از پرداخت هزینه‌های دادرسی»، در مجلس حذف شد.

۲. تمرکز نوشتار حاضر بر وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی (موضوع مواد ۲ و ۳ قانون محاسبات عمومی و مواد ۱ و ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری) است اما نتیجه این وجیزه، شامل سایر

هزینه دادرسی ملاحظه و ارزیابی گردد و متقابلاً مستند پذیرش این مدعا، طرح و آثار آن بررسی شود. اما بدون ورود در جزئیات امر، مقدمتاً ضروری است به اختصار سابقه تاریخی اعسار از هزینه دادرسی و طریق اثبات آن، مطالعه گردد.

۱. سابقه قانونی اعسار از هزینه دادرسی

در حالی که به نظر می‌رسد اخیراً رویکرد قانون‌گذار در قبال حاکمیت واحد و استقلال شخصیت دولت در عرصه داخلی تفاوت کرده،[1] اما این نگرش در خصوص اعسار از هزینه دادرسی تغییر ماهوی عمده‌ای نداشته است.

در قوانین ابتدای نظام مشروطه، به‌جای هزینه دادرسی از «مخارج عدلیه» یاد شده و نخستین بار، قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی (مصوب ۲۶ رمضان و ۱۹ ذیقعده ۱۳۲۹ ه.ق کمیسیون قوانین عدلیه) از افلاس اشخاصی که استطاعت تادیه «مخارج عدلیه» را ندارند، سخن رانده است. حسب مواد ۸۰۰ و ۸۰۱ این قانون، اثبات افلاس مستلزم این بود که مدعی تصدیق‌نامه‌ای از اداره محل خدمت یا محکمه صالح یا معاریف موثقه، مبنی بر دارایی، وضع معیشت و ترتیب گذران زندگی یا عدم استطاعت خود، ارائه می‌نمود.

متعاقباً ماده ۱ قانون اعسار و افلاس (۲۵ آبان ۱۳۱۰) مقرر داشت: «معسر کسی است که به واسطه عدم دسترسی به اموال و دارایی خود موقتاً قادر به تادیه مخارج عدلیه و یا محکومٌ‌به نباشد». شایان ذکر است که حسب ماده ۸ قانون مذکور، مدعی

دستگاه‌های اجرایی (به‌جز شرکت‌های دولتی موضوع مواد ٤ و ٥ قانون مدیریت خدمات) نیز می‌شود.

۱. در واقع به رغم تفکیک و استقلال قوای سه‌گانه، منابع مالی و اموال سه قوه و دستگاه‌های وابسته به آن‌ها، در درون حاکمیت و تجزیه ناپذیر هستند. این رویکرد که بدیهی است در عمل به موجب مقررات خاص، قوانین بودجه سنواتی و تفسیرهای دیوان عدالت اداری در آرای هیات عمومی به گونه‌ای مخدوش شده که گویی هر بخش از حاکمیت، دارایی مستقل دارد و متکفل تامین حداکثر درآمد خود است و متقابلاً بر این درآمد، حق تقدم دارد. انعکاس همین دیدگاه است که با استناد به ذیل ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت ...، مبنی بر این‌که «معادل پنجاه درصد وجوه واریزی ... در اختیار دادگستری قرار می‌گیرد»، فلسفه معافیت از هزینه دادرسی را منتفی و معافیت دولت را سبب تضییع حق قوه قضائیه می‌داند! و به همین دلیل است که تلاش برای احیای معافیت دولت از هزینه دادرسی به نتیجه ملموس و پایداری نرسیده است. مثلاً «لایحه معافیت دستگاه‌های دولتی از پرداخت هزینه دادرسی» که در تاریخ ۱۳۸۱/۲/٤ به تصویب مجلس رسید، با ایراد شورای نگهبان مبنی بر اخلال در وظایف قوه قضاییه و این‌که معافیت، موجب تقلیل درآمدهای عمومی می‌گردد! مواجه شد و با تایید نظر شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۱٤ مجمع تشخیص مصلحت نظام، منتفی گردید.

باید برای اثبات ادعای اعسار، شهادت کتبی لااقل چهار نفر از اشخاصی که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع بودند را به عرض‌حال خود ضمیمه می‌نمود. ماده ۲ نیز با تفکیک افلاس، مفلس را کسی می‌دانست که «دارایی او برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست». حسب مواد ۲۵ و ۲۸ این قانون، مدعی افلاس از هزینه دادرسی باید صورت مشروح کلیه دارایی خود را ضمیمه عرض‌حال می‌کرد و در حکم مدعی اعسار از مخارج عدلیه، تلقی می‌شد و مشمول مقررات مربوط به معسر می‌گردید. علاوه بر این، وفق ماده ۳٤ قانون مذکور، از تاجر عرض‌حال اعسار و افلاس پذیرفته نمی‌شد و مشارالیه باید عرض‌حال توقف می‌داد.

با تصویب قانون اعسار ۲۰ آذر ۱۳۱۳، دعوای افلاس از نظام حقوقی رخت بر بست. ماده اول این قانون، معسر را کسی می‌داند که به‌واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود، قادر به تادیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد. هم‌چنین به‌رغم این‌که حسب ماده ۱۲ این مصوبه، محکمه ملزم به رسیدگی «اسناد و شهادت شهود و امارات مستنده» بود اما به تصریح ماده ۷ «مدعی اعسار باید شهادت کتبی لااقل چهار نفر از اشخاصی را که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند، به عرض‌حال خود ضمیمه می‌نمود».

قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ نیز با نسخ فصل اول قانون ۱۳۱۳ در مورد اعسار از مخارج محاکمه (مواد ۲ تا ۱۹)، ملاک عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال برای تادیه هزینه دادرسی را در کنار سایر ضوابط این دعوی تکرار کرد (مواد ٦۹۳، ۷۰۸ و ...). ضمناً ماده ٦۹٦ نیز به تلویح، استناد به گواهی را برای اثبات اعسار لازم می‌شمرد.

سرانجام قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹) با افزودن قید مستدرک «به‌طور موقت»، به بازتعریف مفهوم سابق اعسار از هزینه دادرسی پرداخت؛ مع‌هذا از سیاق ماده ۵۰٦ این قانون بر می‌آید که دلیل اعسار، منحصر به شهادت شهود نیست.

۲. دلایل رد اعسار دولت از تادیه هزینه دادرسی

معمولاً در رد اعسار دستگاه‌های دولتی از هزینه دادرسی استدلال متقنی ارائه نمی‌شود. نویسندگان حقوقی نیز کمتر متعرض آن می‌گردند و شاید به توهم بداهت،

اعســـار را منصرف از دولت و ادارات دولتی می‌انگارند. هرچند به‌نظر می‌رســـد این شـــهرت مبتنی بر اصل مقبولی نیست، اما با بررســـی آرا و نظرات مرسوم در مراجع قضایی، می‌توان به برخی مستندات و دلایل در این خصوص استظهار کرد:

۱-۲. استناد به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

قانون اخیر نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در ۱۳۹۳/۷/۱۵ تصویب و نقش اعســـار در آن برجسته شـــد. به‌رغم این‌که ماده ٦ و تبصره آن، با تعریف معسر، مناط نداشـــتن مال یا در دســـترس نبودن را بازگویه کرد؛ اما در این بین، ماده ۱۵ قانون با تغییر مســـیر رویه قانونی، مقرر کرد: «دادخواســـت اعسار از تجار و اشخاص حقوقی پذیرفته نمی‌شـــود. این اشـــخاص در صورتی‌که مدعی اعسار باشند باید رسیدگی به امر ورشکســـتگی خود را درخواســـت کنند. تبصره ـ اگر دادخواست اعسار از سوی اشـــخاص حقوقی... طرح شـــود، دادگاه بدون اخطار به خواهان، قرار رد دادخواست وی را صادر می‌کند».

هرچند برخی این قانون را مقرره عام در خصوص اعسار تلقی می‌کنند (وکیلی مقدم، ۱٤۰۰: ۳۸۷)، اما تمســـک به ماده ۱۵ که معمولاً برای نپذیرفتن اعسار از هزینه دادرســـی ادارات دولتی در مقام مشافهه و بدیهه‌گویی در مراجع قضایی، مورد استناد قرار می‌گیرد، محملی ندارد؛ زیرا صرف نظر از عنوان قانون که ناظر به «محکومیت‌های مالی» اســـت؛ نظر قانون‌گذار در مواد مختلف به مدیون محکومٌ‌علیه است و از هزینه دادرسی انصراف دارد.[۱]

هم‌چنین به وضوح مشـــخص است که حکم ماده مزبور مبنی بر این‌که تجار و اشـــخاص حقوقی در صورت ادعای اعسار می‌بایست رسیدگی به ورشکستگی خود را درخواســـت نمایند، منصرف از دولت بـــوده و ارتباطی به آن ندارد. بدون ورود به این‌که برخی دســـتگاه‌های دولتی مانند وزارتخانه‌ها شـــخصیت حقوقی مستقل دارند یا نـــه (موتمنی طباطبایی، ۱۳۷۵: ۲۳۵ و ۲۳۸)؛ خاطر نشـــان می‌ســـازد که ماده ۱۵ قانون مذکور در جریان تصویب مجلس، متضمن تبصره‌ای بود که حســـب آن، دولت

---

۱. نظریات شـــماره ۷/۹۸/٤۸۸ مورخ ۱۳۹۸/٤/۱۱ و شماره ۱۷۳۸/۱٤۰۰/۷ مورخ ۱٤۰۱/۰۵/۲۹ اداره حقوقی قـــوه قضاییه نیز این ماده را صرفاً ناظر به محکومٌ‌بـــه می‌داند. صرف نظر از صراحت عنوان قانون، «اصل وحدت مقررات اقســـام اعســـار»، منصرف از اعسار از هزینه دادرسی است که مقررات خاص دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷٦/۱: ٤۹۱، ش ۱۱).

نمی‌توانست درخواست اعسار و ورشکستگی نماید. این تبصره در اصلاحیه مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ حذف گردید و بررسی این‌که آیا با سکوت قانون در موضوع، امکان اعسار یا ورشکستگی دولت یا ادارات دولتی میسر یا منتفی است، در بخش دیگر ملاحظه خواهد شد.

مع‌هذا باید اضافه کرد که در هر حال، جنبه حکمی یا موضوعی اعسار (عدم استماع ادعا یا رد فقدان اعتبار کافی دستگاه)، قابل اعتراض و رسیدگی در مرحله تجدیدنظر است.

۲-۲. اختصاص اعسار به شخص حقیقی

برخی محاکم اساساً اعسار را شامل اشخاص حقوقی نمی‌دانند،[۱] مثلاً شعبه ۵ دادگاه حقوقی شاهرود در دادنامه شماره ۱۴۰۱۴۹۳۹۰۰۰۱۹۰۵۹۶۱ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۱ اعلام می‌نماید: «برابر مدلول مواد ۵۰۶ و ۵۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دعوای اعسار صرفاً مربوط به اشخاص حقیقی است و از بین اشخاص حقیقی مطابق ماده ۵۱۲ قانون اخیر، تاجر خروج موضوعی کرده است، لذا ارفاق قانون مذکور شامل اشخاص حقوقی نخواهد شد».[۲]

این برداشت که در واقع فاقد توجیه و استدلال است، سقیم به نظر می‌رسد. هم‌چنین مواد ۵۰۶ و ۵۱۰ مورد مخصصی است که اثبات آن نافی ماعدا نیست و نسبت به اشخاص حقوقی، مفهوم مخالف ندارد. زیرا با توجه به این‌که احکام تابعی از عناوین آن‌هاست؛ حکم مواد یادشده، اختصاص به اشخاص حقیقی دارد و قاعده کلی برای اثبات اعسار یا تعیین مدعی را بیان نمی‌کند. به تعبیر دیگر وفق ماده ۵۰۶، اعسار در مورد اشخاص طبیعی می‌تواند با شهادت شهود به اثبات برسد و هم‌چنین

---

۱. اداره حقوقی قضاییه نیز در برخی نظرات (نظریه شماره ۷/۱۱۱۰۲ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۶) اعسار از پرداخت هزینه دادرسی را فقط شامل «اشخاص حقیقی حقوق خصوصی» می‌داند. متقابلاً برخی آرای قضایی و نظریات اداره حقوقی، ادعای اعسار اشخاص حقوقی را مسموع می‌دانند.

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۷۳۶ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۸ شعبه ۳۷ تجدیدنظر تهران نیز در مقام تایید رای شعبه ۲۰۹ دادگاه حقوقی تهران، اعلام می‌دارد: «مواد ۵۰۴ و ۵۰۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اعسار از پرداخت هزینه دادرسی را در مورد اشخاص حقیقی تجویز نموده است». همچنین شعبهٔ ۳ دادگاه تجدیدنظر تهران (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۲۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹) با تایید دادنامه شعبه ۱۸۷ دادگاه حقوقی تهران و مستند به مواد ۵۰۴، ۵۱۰ و ۵۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، صرفاً اشخاص حقیقی را قادر به تقدیم دادخواست اعسار می‌داند.

نظر به این‌که دعوای اعســـار، ادعایی شخصی و قائم به مدعی است حسب ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، موضوع آن با فوت وی منتفی می‌شود.

مضافاً بر این، چنانچه در ســـابقه قوانین اعسار اشاره شد، مقنن در ابتدا لازمه اثبات اعسار را تعرفه شهود می‌دانست (ماده ۷ قانون اعسار ۱۳۱۳)، اما در حال حاضر، سیاق ماده ۵۰٦ مبنی بر این‌که «در صورتی‌که دلیل اعسار شهادت شهود باشد»، نشانگر این اســـت که حتی اشـــخاص طبیعی می‌توانند اعســـار از هزینه دادرسی را با دلایل دیگری اثبات کنند. در واقع، حکم این ماده در موردی اســـت که معســـر برای اثبات اعسار خود به شهادت شهود، استناد نماید و ماده نیز در بیان شرایط شهادت‌نامه است[1] و لذا تعرفه شهود برای شخص حقوقی، ضرورتی ندارد و منتفی است.

جهت دفع شـــبهه مقدر و در رد استدلال برخی محاکم،[2] باید افزود که تعریف اعسار و عبارت «معسر ... کســـی است» در ماده ۵۰٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومـــی و انقلاب در امور مدنی نیز نباید فریبنده باشـــد؛ زیرا این تعبیر، انحصار به

---

۱. عجیب‌تر این‌که برخی شعب، عدم تنظیم شهادت‌نامه موصوف را نیز از مستندات رد اعسار دستگاه دولتی، تلقی می‌کنند. مثلاً دادنامه شـــماره ۳۱۰ مورخ ۱۳۹۱/٤/۲۱ شـــعبه ۲٦ دادگاه حقوقی تهران، در مقام رد اعســـار نســـبت به هزینه تجدیدنظر، اعلام می‌کند: «مطابق ماده ۵۰٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مشـــخصات، شـــغل و وسیله امرار معاش مدعی اعسار و عدم تمکن مالی خواهان ... می‌بایست تصریح شود از این‌رو چون برابر ماده مرقوم شهادت‌نامه مورد بحث تنظیم نشده، دعوی بدون دلیل اثباتی محسوب شود».

۲. «نظر به این‌که ... عبارت «کســـی» در ماده ۵۰٤ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مبین این امر می‌باشـــد که اعســـار صرفاً در خصوص اشخاص حقیقی مصداق دارد... دادگاه دعوی خواهان را مطابق قانون تشـــخیص نداده و مستند به مواد ۵۰٤ و ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار رد دعوی را صادر می‌نماید» (دادنامه شماره ۳۲٤ مورخ ۱۳۹۱/٤/۷ شـــعبه ۱۱٦ دادگاه حقوقی تهران). همچنین حسب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱٦۳۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۱٦ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر تهران، «اولاً ماده ۵۰٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در مقام تعریف معســـر از واژه «کســـی» اســـتفاده نموده که این واژه صرفاً ناظر بر اشخاص حقیقی است و تسری به اشخاص حقوقی ندارد و... ثالثاً مطابق صراحت ماده ۵۱۲ قانون مرقوم از شـــخص حقوقی درخواست اعسار پذیرفته نمی‌شود». اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/٦۳۱۵ مورخ ۱۳۸۰/٦/۲٤ در خصوص قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۷۷) اعلام کرده بود: «ماده ۲ ناظر به افراد حقیقی اســـت و کلمه «هر کس» به اشـــخاص حقوقی تسری ندارد. به علاوه ذکر کلمه معسر در همین ماده که ناظر به اشخاص حقیقی غیرتاجر است موید مراتب فوق می‌باشد».

شخص حقیقی ندارد و شامل اشخاص حقوقی نیز می‌شود.[۱]

۳-۲. امکان و ضرورت تامین اعتبار در بودجه سنواتی

برخی آراء در رد ادعای اعسار از هزینه دادرسی دستگاه‌های دولتی به توانایی مالی[۲] و امکان یا ضرورت تامین اعتبار در بودجه، استناد می‌کنند. مثلاً شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران[۳] (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۰۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۷) استدلال شعبه بدوی مبنی بر این‌که «اولاً اصل بر ملائت و اعسار استثنایی بر اصل است؛ ... ثالثاً دعوی اقامه شده نباید از ناحیه وزارتخانه‌ها یا مؤسسات یا شرکت‌های وابسته به آن و سازمان‌ها و به‌طور کلی ادارات وابسته به دولت اساساً مطرح شود، زیرا برابر مقررات قانونی، ادارات یا موسسات ... یادشده برای هزینه‌های پرداختی خود مکلفند تامین اعتبار نمایند کما این‌که عملاً مطرح نمی‌شود. از این‌رو طرح دعوی اقامه شده، اقدامی غیرقابل توجیه و اساساً باطل می‌باشد» را تایید می‌کند.

به نظر می‌رسد این برداشت اشتباه، از بی‌توجهی به ماهیت، فرایند تصویب و ضوابط اجرای بودجه ناشی می‌شود.[۴] باید توجه داشت که بودجه هر دستگاه دولتی، جزیی از بودجه کل کشور است که با توجه به ماده ۱ قانون محاسبات عمومی «برنامه مالی دولت است که برای یک‌سال مالی، تهیه و حاوی پیش‌بینی درآمدها و سایر منابع

---

۱. علاوه بر قانون تجارت که تاجر را «کسی» می‌داند که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار دهد (صافیان اصفهانی، ۱۳۹۳: ۳۹)، قوانین دیگر نیز از شمول این تعبیر بر اشخاص حقوقی استفاده کرده‌اند. از جمله حسب اصل ۳۴ قانون اساسی؛ «هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید». بدیهی است که ورود اغلب و کثرت دادخواهی توسط اشخاص طبیعی، نباید موید سلب حق دادخواهی اشخاص حقوقی (از جمله دستگاه‌های دولتی) باشد.

۲. حسب نظریات شماره ۷/۴۹۶۲ مورخ ۱۳۸۹/۸/۱۸ و شماره ۷/۸۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۵/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه: «در مورد دولت و سازمان‌های دولتی نیز قطعاً نمی‌توان معسر بودن را فرض کرد، زیرا دولت قاعدتاً مسلط به منابع مالی است».

۳. اکثر آراء شعب بدوی و تجدیدنظر استان تهران از «سامانه ملی آراء قضایی» پژوهشگاه قوه قضاییه (https://ara.jri.ac.ir) نقل شده است.

۴. شگفت این‌که برخی آرا، صرف وجود ردیف بودجه را موجب عدم استماع اعسار تلقی کرده‌اند. مثلاً دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۸۹۶ مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۹ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر تهران، تصریح می‌کند: «شهرداری تهران از نهادهای عمومی و دارای ردیف بودجه مشخص و مصوب می‌باشد و نمی‌توان آن را معسر محسوب نمود». همچنین دادنامه شماره ۷۴۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۱ شعبه ۲۱۳ دادگاه حقوقی تهران، «اساساً طرح دادخواست اعسار از ناحیه دولت و نهادهای وابسته و شهرداری‌ها که دارای بودجه سالیانه هستند» را فاقد مبنای حقوقی می‌داند؛ در حالی که بدیهی است داشتن ردیف بودجه، هیچ دلالتی بر ملائت ندارد.

تامین اعتبار و برآورد هزینه‌ها برای انجام عملیاتی (اســـت) که منجر به نیل سیاست‌ها و هدف‌های قانونی می‌شود ...». حســـب شق الف بند ۱ این ماده، «پرداخت‌هایی که از محل درآمد عمومی و یا اختصاصی برای اعتبارات جاری و عمرانی و اختصاصی» پیش‌بینی می‌شـــوند، جزیی از بودجه عمومی دولت اســـت تا توسط دستگاه در سال مالی مربوط انجام شود.

در این راســـتا تهیه، تنظیم، تصویب و موافقت‌نامه بودجه دســـتگاه‌های دولتی منوط به رعایت مولفه‌ها و مراحل متعددی است:

مقدمتاً بودجه پیشـــنهادی توســـط دستگاه با رعایت بخشـــنامه سازمان برنامه و بودجه و در ســـقف اعتبارات محدود اعلام شـــده و در چهارچوب سیاســـت‌های بودجه‌ای مصوب هیات وزیران تنظیم می‌شود. این بخشنامه هدایتگر دستگاه در تنظیم بودجه و در راستای اهداف و برنامه‌های مصوب و میان‌مدت توسعه اقتصادی است و معمولاً شـــامل سیاست‌ها و خط‌مشی‌های لازم در تهیه و تنظیم بودجه در دستگاه‌های اجرایی، مهلت ارســـال بودجه پیشنهادی و دستورالعمل‌ها و فرم‌های مربوط به تنظیم بودجه است. در ســـنوات اخیر با توجه به تشدید محدودیت منابع مالی دولتی، غالباً در بخشـــنامه بودجه اعلام می‌شود که صرفاً هزینه‌های مربوط به حقوق، قابل افزایش است و سایر هزینه‌ها (اعم از اجتناب ناپذیر و...) باید ثابت یا کاهشی پیش‌بینی شوند.

متعاقباً بودجه پیشـــنهادی دستگاه، توسط سازمان برنامه و بودجه، بررسی و به دولت ارائه و در هیات وزیران تصویب می‌شود و برای ادامه سیر قانونی آن به مجلس شورای اسلامی ارسال می‌گردد.

پس از تصویب بودجه در مجلس و ابلاغ آن به ســـازمان برنامه، این ســـازمان بودجه را به تفکیک نوع اعتبار (هزینه‌ای، اختصاصی، تملک و متفرقه)، برنامه، فعالیت و ســـنجه عملکرد، فصول هزینه، حقوق، مزایا و ســـایر هزینه‌ها، طرح، پروژه و ... به دستگاه ابلاغ می‌کند.

در نهایت، موافقت‌نامه بودجه توســـط دســـتگاه در ســـقف اعتبارات ابلاغی براســـاس قوانین بالادستی، ضوابط اجرایی بودجه سالیانه و ... تنظیم می‌گردد و سپس پیش‌نویس موافقت‌نامه به منظور بررســـی رعایـــت مقررات و ضوابط مورد عمل، در سامانه جامع بودجه ســـازمان برنامه بارگذاری می‌شود. پس از بررسی سازمان برنامه

و بودجه، موافقت‌نامه مزبور نهایی و برای اجرا به دستگاه ابلاغ می‌شود و به امضاء بالاترین مقام دستگاه و رئیس سازمان برنامه و بودجه می‌رسد. متعاقباً موافقت‌نامه امضاءشده به دستگاه ذی‌ربط ابلاغ می‌گردد و ذی‌حساب در چهارچوب اعتبارات مندرج در موافقت‌نامه نسبت به پرداخت اسناد مالی اقدام خواهد کرد.

لازم به ذکر است هرچند اعتبار پیش‌بینی شده در موافقت‌نامه برای هر موضوع در سقف اعتبارات ابلاغی است، اما هزینه‌کرد در سقف تخصیص‌های صادره از سوی سازمان برنامه و بودجه خواهد بود و امکان دارد به دلیل عدم تحقق تخصیص کامل اعتبارات، هزینه‌کرد فروتر از پیش‌بینی باشد.

لذا لایحه بودجه به مثابه اقدامی پیش‌بینی کننده است که با ملحوظ داشتن ملاحظات اقتصادی، تهیه و تنظیم می‌گردد (دومیشل و لالو می‌یر، ۱۳۷۶: ۱۰۱) و علاوه بر این‌که رعایت آن الزامی و تخطی‌ناپذیر انگاشته می‌شود، هزینه کردن مبالغی خارج از بودجه مصوب به دلیل عدم تامین منابع مالی، غیرممکن است.[۱] هم‌چنین اعتبار مقرر برای هر یک از فعالیت‌های دستگاه اجرایی، بر مبنای عوامل مختلف از جمله بودجه کل کشور، سقف اعتبارات دستگاه، سابقه اعتبار موضوع در سنوات گذشته و ... تعیین می‌شود و حتی در صورت تمایل دستگاه به پیش‌بینی فزاینده هزینه‌های دادرسی،[۲] افزایش فوق‌العاده آن نیز با محدودیت‌های بودجه‌ای

---

۱. حسب بند «د» ماده ۲۸ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳ «اعتبارات هزینه‌ای و تملک دارایی‌های سرمایه‌ای و مالی و کمک ها و سایر اعتبارات و ردیف های مندرج در جداول قوانین بودجه سنواتی به شرح عناوین و ارقام جداول مذکور فقط در حدود وصولی درآمدها و سایر منابع عمومی... براساس مفاد موافقت‌نامه‌های متبادله ... و در حدود ابلاغ و تخصیص اعتبار...، با رعایت سازوکار موضوع ماده (۳۰) قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ قابل تعهد، پرداخت و هزینه است». مضافاً بر این وفق بند «ه» همین ماده «انجام هر گونه تعهد و پرداخت در اجرای قوانین و مقررات مختلف ... بدون رعایت سقف اعتبارات مصوب و الزامات قانون در خصوص محدودیت های تخصیص و نیز شرح عملیات موافقتنامه‌های متبادله ممنوع است».

۲. برخی محاکم، عدم پیش‌بینی را نیز در پذیرش اعسار بی‌تاثیر می‌دانند: «نظر به این‌که ماده ۵۰۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر به اعسار اشخاص حقیقی است نه اشخاص حقوقی و صرف عدم پیش‌بینی هزینه دادرسی، مجوزی برای پذیرش دعوی اعسار نمی‌باشد؛ دادگاه دعوی خواهان را غیرثابت تشخیص و مستند به ماده ۵۰۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار ردّ دعوی خواهان را صادر می‌نماید (دادنامه شماره ۹۱۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۰ شعبه ۱۱۶ دادگاه حقوقی تهران که طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۷۵۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۸ شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر تایید شده است).»

مواجه اســـت.[۱] البته در چهارچوب اصل «انعطاف بودجـــه‌ای» امکان تغییر اعتبار هر یک از فعالیت‌های برنامه دســـتگاه اجرایی مقرر شده است که انجام آن نیز الزامات و محدودیت‌های خاص خود را دارد.[۲]

با عنایت به مراتب فوق مشخص می‌شود که ادعای اعسار از پرداخت هزینه‌ها به معنی عدم تمکن مالی دولت نیست؛ اما این تمکن به معنای در دسترس بودن منابع مالی یا امکان هزینه‌کرد یـــا تامین مخارج از محل دارایی‌های دولتی هم نخواهد بود. زیرا از طرفی، اموال در اختیار وزارتخانه‌ها، ســـازمان‌ها و ادارات دولتی، به نمایندگی از دولت و حاکمیت است (ماده ۱۰۶ و بعد قانون محاسبات عمومی و ماده ٦۹ قانون تنظیم بخشـــی از مقررات مالی دولت ۱۳۸۰) و به این دلیل، دستگاه‌های دولتی راساً امکان فروش و واگذاری آن را ندارند. از ســـوی دیگر فروش اموال دولتی، مســـتلزم فرایندی پیچیده است و پس از رعایت شرایط قانونی، نیاز به اخذ مجوز مراجعی مانند هیات وزیران را دارد که گاه سال‌ها زمان می‌برد و این امر با زمان محدود فرصت اقامه دعوی یا اعتراض به آراء سازگار نیست.

باید اشـــاره کرد که در وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی، هزینه‌کرد برخی مبالغ به دســـتاویز خاص و از بودجه در اختیار بالاترین مقام یا اعتبارات خارج از شـــمول ممکن است، ولی در این خصوص نیز موانعی وجود دارد که عملاً پرداخت‌های کلان را متعـــذر می‌کند؛ زیرا علاوه بر این‌که هزینه‌های پیش‌بینی نشـــده، متعدد و اعتبارات مذکور محدود است؛ معمولاً زمان تخصیص اعتبارات خارج از شمول در اواخر سال مالی اســـت و گره‌گشـــای هزینه‌های هنگفت (به‌ویژه در فصول آغازین سال) نیست. افزون بر این، پرداخت مبالغ زیاد، مستلزم فرایندهای پیچیده اداری و رعایت ضوابط خاص (مانند قانون نحوه هزینه‌کـــردن اعتباراتی که به موجب قانون از رعایت قانون

---

۱. لذا هرچند دادنامه شـــماره ۲۹۹ مورخ ۹۱/٤/۲۸ شـــعبه ۱۰۷ دادگاه حقوقی تهران، مبنی بر این‌که «خواهـــان مکلف بوده که برای هزینه دادرســـی، بودجه لازم را از قبـــل پیش‌بینی و تامین نماید»، در خصوص دعوایی که دســـتگاه دولتی مایل اســـت در آتیه اقامه کند و مقید به وقت خاصی نیســـت، می‌تواند قابل تایید باشـــد؛ اما باید توجه داشـــت که اصولاً پیش‌بینی هزینه با تصویب آن در دولت و مجلس و تخصیص اعتبار ملازمه ندارد.

۲. حســـب جزء ۳ ماده ۲٦ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم ... (۲) «افزایش اعتبار هر یک از فعالیت‌های منظور شـــده در ذیل برنامه‌های دســـتگاه اجرایی از محل کاهش سایر فعالیت‌های همان برنامه، مشـــروط بر آنکه در سرجمع اعتبارات برنامه‌های آن دســـتگاه تغییر حاصل نشود حداکثر به میزان سی درصد در چارچوب موافقت‌نامه‌های متبادله مجاز است ...».

محاسبات عمومی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی هستند مصوب ۱۳٦٤/۱۱/٦) است که طی آن به تفویت فرجه‌های قضایی و تضییع حقوق دولت منجر می‌شود.

۳. دلایل پذیرش ادعای اعسار ادارات دولتی از هزینه دادرسی

بر خلاف باوری که پذیرش اعسار را منحصر به اشخاص طبیعی می‌داند،[1] به نظر می‌رسد که با توجه به ماده ۵۸۸ قانون تجارت و اصل عام وحدت حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی و حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۷٦: ٤۷)، دلیلی در استثنای اشخاص حقوقی و دستگاه‌های دولتی در این امر نیست. اصل، اهلیت تمتع شخص حقوقی است و قانون‌گذار اصل برابری شخص طبیعی و حقوقی را در داشتن حقوق و تکالیف پذیرفته و تا جایی که امکان دارد، در این باره تبعیضی قائل نشده است. لذا هرگاه دلیلی بر محدودیت یا سلب امتیازات از شخص حقوقی (اعم از عمومی و خصوصی) وجود نداشته باشد، شخص حقوقی طبق ماده ۵۸۸ قانون تجارت اهلیت عام خواهد داشت (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۷: ۱٤۲) و متقابلاً در موارد شک و مصداق مشتبه نیز باید به این قاعده عام متوسل شد (جعفری لنگرودی، ٤/۱۳۷٦: ۵۵۲).

با توجه به مطالبی که مذکور افتاد، اعسار از هزینه دادرسی، «بالطبیعه» از اختصاصات انسانی نیست و مستنداتی چون لزوم تعرفه شهود، دستاویزی موجه در اختصاص اعسار به شخص حقیقی نخواهد بود. هم‌چنین با توجه به مقدمه آغازین باید اشاره کرد که بر خلاف معافیت دائم از تادیه هزینه دادرسی که نیاز به تصریح دارد؛ اساساً معافیت موقت از پرداخت هزینه (در صورت اعسار) حق مدعی و در راستای اصل دسترسی به عدالت و عدم حرمان از دادخواهی است و قانون نیز منعی در این خصوص مقرر نکرده است. با توجه به وضع این حق و نظر به این‌که علت امتنان قانون‌گذار، عسرت خواهان است نباید در این خصوص بین اشخاصی که امکان تادیه هزینه را ندارند، تفاوتی گذاشت.

حتی در صورت پذیرش «اصل تخصص»[2] و اگر به پیروی از برخی نویسندگان،

---

۱. شعبه ۲۱۳ دادگاه حقوقی تهران در دادنامه‌ای که در تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۸ حسب رای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۵۲٦ در شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر تایید شده، اعلام می‌کند: «از مواد ۵۰٤ الی ۵۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی. مستفاد می‌گردد که مدعی اعسار شخص حقیقی است... و هیچ‌گونه دلیل و مدرکی که موید پذیرش اعسار از شخصیت حقوقی باشد، در قوانین موجود ملاحظه نمی‌گردد».

2. Spécialité des personnes morales

اهلیت اشـــخاص حقوقی محدود تلقی شود (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۳: ۲٦۷– ۲٦۹)؛ باز هم نافی حق اقامه اعســـار از مخارج دادرســـی نخواهد بـــود؛ زیرا صرف‌نظر از صلاحیت عام دولت، همه اشخاص حقوقی (هر قدر اهلیت محدودی داشته باشند) از حق اقامه دعوی برای دفاع از منافع خود برخوردارند (Malaurie et Aynès, 2020: n° 278)؛ بدیهی اســـت که اعمال این حق، اصولاً با امکان بهره‌مندی از کلیه امتیازات اقامه دعوی مثل استماع اعسار از هزینه دادرسی، ملازمه دارد.

اما افزون بر ملاحظات فوق، اساســـاً این مســـاله مطرح می‌شود که آیا اعسار در خصوص دولت متصور اســـت یا اصولاً منتفی اســـت؟ این شبهه از ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۳) ناشـــی می‌شـــود که دادخواست اعسار از اشـــخاص حقوقی را قابل پذیرش نمی‌داند. هرچند سابقاً اشـــاره شد که این مقرره، ناظر به محکومٌ‌به اســـت، اما جای این تردید باقی اســـت که آیا ماده ۱۵ به دولت (به عنوان بارزترین شـــخص حقوقی) نیز نظر دارد و آیا منظـــور قانون‌گذار منتفی بودن اعســـار دولت یا دستگاه‌های دولتی به‌طور کلی اســـت تا لازم باشد «رسیدگی به امر ورشکستگی خود را درخواست کنند»؟

شایان ذکر است که این قانون در جریان رسیدگی در مجلس، متضمن تبصره‌ای به این شـــرح بود:[1] «دولت، شـــهرداری‌ها و موسسات عمومی غیردولتی و عام‌المنفعه نمی‌توانند درخواســـت اعســـار و ورشکســـتگی نمایند». که این تبصره به دلیل ایراد شورای نگهبان، در اصلاحیه مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ حذف شد. هرچند این سابقه و حذف

به موجب این اصل، بر خلاف افراد انسانی که برابر و آزاد هستند، اشخاص حقوقی مساوی انگاشته نمی‌شـــوند و اختیارات محدودی دارند که حســـب قانون، اساســـنامه و اهداف آن‌ها تعیین می‌شود (Malaurie et Aynès, 2020, n° 278.). البته مشـــابه این اصل که در ماده ۱۱٤۵ قانون مدنی فرانسه مقرر گردیده، در قوانین ایران وضع نشده، اما پذیرش آن بدیهی و رعایت آن مطلوب است و اساتید نیز به آن اذعان دارند (صفایی، پیشین).

۱. ایـــن تبصره در لایحه دولت (۱۳۸۵/۵/۱) و مصوبه اولیـــه مجلس (۱۳۹۲/۱۰/۳۰) نبود و متعاقب ایراد شـــورای نگهبان (حسب نامه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲٤) مبنی بر این‌که «در ماده ۱۵ در مورد دولت و شهرداری‌ها که مقررات خاص دارند، تکلیف روشن» نشده است، در مصوبه جلسه مورخ ۱۳۹۳/۵/۱، به ماده الحاق شـــد. در بررسی مجدد این ماده، شورای نگهبان (حسب مکاتبه مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۹) در خصوص تبصره ۲ الحاقی، اعلام داشـــت: «نظر به این‌که تکلیف داین و مدیون مشخص نیست ابهام دارد»؛ ســـرانجام در تصویب نهایی مجلس، این تبصره حذف شـــد و با عدم مخالف شورای نگهبان به صورت کنونی، حفظ گردید. (بنگرید به: ســـامانه جامع نظرات شورای نگهبان؛ به نشانی http:// (nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmKolNazar.aspx

تبصره، شائبه امکان اعسار یا دست‌کم (با توجه به متن ماده) ورشکستگی دولت را ایجاد می‌کند، اما به نظر می‌رسد نباید به این ظاهر اعتماد کرد.

با وجود این‌که اصولاً ورشکستگی در خصوص غیرتاجر، مفهومی ندارد و با ماده ۵۱۱ قانون تجارت نیز هماهنگ نیست، اما ظاهراً مقنن این عنوان را به همهٔ اشخاص حقوقی توسعه داده است. بر فرض پذیرش این خرق مفهوم، جایگاه دولت بین اشخاص حقوقی، متفاوت است. در واقع حتی اگر دولت، فعالیت تجاری انجام دهد یا برخی معاملات تجاری را در انحصار بگیرد، اصولاً تاجر تلقی نمی‌شود و مشمول ماده ۵۱۲ قانون تجارت نخواهد بود (اسکینی، ۱۳۷۸: ۱۰۶). اما آیا با گسترش عنوان ورشکستگی، ماده ۱۵ قانون مذکور تاب آن را دارد که با احراز توقف از تادیه دیون، دولت یا دستگاه‌های دولتی را ورشکسته تلقی کرد؟

به‌رغم این‌که تعبیر «دولت ورشکسته» در ادبیات سیاسی در خصوص ناکارآمدی اقتصادی یا ناتوانی دولت در پرداخت بدهی خود، مرسوم است اما به نظر می‌رسد که ورشکستگی دولت در عرصه داخلی از منظر حقوقی و با ملاحظات علمی و مهمتر از آن پیامدهای نامطلوب عملی، در هر حال منتفی است؛ زیرا ورشکستگی آثار متعددی در قبال خود شخص و اشخاص ثالث دارد[1] که ترتب آن در حقوق داخلی به دولت، ممتنع و خطرناک است. در واقع ورشکستگی بر خلاف اعسار از هزینه دادرسی، آثار خود را در تمام شوون و حقوق مالی ورشکسته می‌گذارد، در حالی که حسب ماده ۵۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی معافیت از هزینه دادرسی باید برای هر دعوی به‌طور جداگانه تحصیل شود و تاثیری در اموال و حقوق معسر ندارد.

هم‌چنین علاوه بر این‌که مقرراتی در خصوص ورشکستگی، تصفیه اموال و اعسار دولت و اجزای آن وجود ندارد، طلبکاران دولت از یک سنخ نیستند. مضافاً بر این، صرف‌نظر از بحران‌های مالی که گریبان دولت‌ها را می‌گیرد و بعضاً تداوم می‌یابد؛ اساساً با توجه به یکپارچگی مالی حاکمیت، ناتوانی دولت در پرداخت دیون نمی‌تواند به مثابه ورشکستگی و حتی اعسار تلقی شود. در واقع، ناتوانی مالی مورد

---

۱. منع مداخله در اموال، تعلیق دعاوی، حال شدن دیون، بطلان معاملات و ... (بنگرید به: اسکینی، ۱۳۷۷: ۵۶ و بعد.)

نظر در آرای قضایی، بیشتر ناظر به اجزای دولت، وزارتخانه و ادارات دولتی در هنگام صدور حکم اســـت و معمولاً دولت (به عنوان بزرگترین شخصیت حقوقی کشور) در دادرسی محکوم نمی‌شود؛[1] لذا ضمن تاکید بر این‌که اعسار در هزینه دادرسی، متفاوت از محکومیت‌های مالی اســـت؛ باید افزود که از منظر عملی نیز توقف در تادیه دیون برای دولت و دســـتگاه‌های دولتی پیش نمی‌آیـــد زیرا به برکت «قانون نحوه پرداخت محکومٌ‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی»[2] (مصوب ۱۳۶۵) و بند «ج» ماده ۲۴ «قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت»[3] (مصوب ۱۳۹۳) اساساً اعسار از محکومٌ‌به یا ورشکستگی دولت، موضوعیت پیدا نمی‌کند.

بنابراین موضوع اعســـار از هزینه دادرســـی و محکومٌ‌به دو امر متفاوت است و ملازمـــه یا ارتباطی با هم ندارند. هم‌چنیـــن ذی‌نفع یا طرف ادعای هر یک مختلف اســـت و به‌رغم این‌که اعسار از هزینه دادرسی به طرفیت خوانده، اقامه می‌شود اما در واقع خواسته آن، معافیت از حقوق دولتی است و تعرض مستقیمی به حقوق خوانده دعوای اصلی ندارد.

در تکمیل و تایید مدعای ســـابق مبنی بر امکان اعســـار دستگاه‌های دولتی از هزینه دادرســـی و پذیرش آن می‌توان به قانون نحـــوه پرداخت محکومٌ‌به دولت و ... اشـــاره نمود و وحدت ملاک آن را اســـتظهار کرد. قانون مزبور موید این است که با

---

۱. هرچند گاه آرایی خلاف این رویه نیز صادر می‌شود، مثلاً حسب دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۹۱۰۰۴۹۳ مورخ ۱۳۸۹/۸/۱۵ شـــعبه ۳۱ دادگاه حقوقی تهران، «دولت محترم جمهوری اسلامی» در قبال «زیان ناشی از حکم کیفری نادرست و خسارات حبس غیرقانونی و عدم نظارت بر اعمال قاضی»، محکوم گردیده و عجیب‌تر این‌که دادنامه مذکور (به‌رغم موضوع آن) به ریاست جمهوری ابلاغ شده است!

۲. «وزارتخانه‌هـــا و مؤسســـات دولتی ... مکلفند وجوه مربوط به محکومٌ‌بـــه دولت ... را با رعایت مقـــررات ... و در صورت عدم وجود و عدم امکان تامین از محل‌های قانونی دیگر در بودجه ســـال بعد خود منظور و پرداخت نمایند. اجرای دادگســـتری و ادارات ثبت ... و سایر مراجع قانونی دیگر مجاز به توقیف اموال منقول و غیرمنقول وزارتخانه‌ها و مؤسســـات دولتی که اعتبار و بودجه لازم را جهت پرداخت محکومٌ‌به ندارند تا تصویب و ابلاغ بودجه یک‌ســـال و نیم بعد از ســـال صدور حکم نخواهند بود ...».

۳. «در مـــورد احکام قطعـــی دادگاه‌ها و اوراق لازم‌الاجـــرا ... علیه دســـتگاه‌های اجرایی ... چنانچه دســـتگاه‌های مذکور ظرف مهلت مقـــرر در قانون نحوه پرداخت محکومٌ‌به دولـــت ... به هر دلیل از اجـــرای حکم خودداری کنند، مرجع ... یادشـــده باید مراتب را جهت اجرا به ســـازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشـــور اعلام کند و سازمان مذکور موظف است ظرف مدت سه ماه، محکومٌ به را بدون رعایت محدودیت‌های جابه‌جایی ... از بودجه سنواتی دستگاه مربوط، کسر و مستقیماً به محکومٌ‌له یا اجرای احکام دادگاه یا سایر مراجع قضایی و ثبتی مربوط پرداخت کند».

توجه به محدودیت منابع مالی ناشـــی از بودجه، گاهی دولت توانایی پرداخت بدهی را ندارد. لذا به نظر می‌رسد؛ در خصوص هزینه دادرسی نیز می‌توان با وحدت ملاک از متن مذکور و رویکرد کلی قانون‌گذار، امکان اســـتفاده از نهاد اعسار را برای دولت مجاز دانســـت. بدیهی است با توجه به ضرورت دفاع از حقوق دولت و نظر به امتناع تامین هزینه دادرســـی در مواقعی که طرح دعوی یا اعتراض به احکام صادره، ناگزیر باشـــد عملاً پذیرش اعسار از هزینه دادرســـی (با توجه به اطلاق مقررات)، راهکاری قانونی است.

با ملاحظه این دقایق اســـت که اداره کل حقوقـــی قوه قضاییه نیز در نظریات شـــماره ۷/۹۷/۲۰۵۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۴ و شـــماره ۷/۹۸/۴۸۸ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۱ [1] عـــلاوه بر تاکید این امر که ماده ۱۵ قانون نحـــوه اجرای محکومیت‌های مالی مربوط به اعسار از محکومٌ‌به اســـت، اعلام می‌کند استماع دعوی اعسار از اشخاص حقوقی حقوق عمومی منع قانونی ندارد.[2]

البته بدیهی اســـت که به هنگام تدوین قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ و با توجه به معافیت مطلق دولت از تادیه هزینه دادرســـی، نیازی نبود که به پذیرش اعسار دولت، تصریح شـــود، اما تغییر قانون و برداشـــت دیوان عالی کشور در نسخ معافیت دولت، ضرورت این امر را ایجاب می‌کند. توجه به واقعیت‌های عملی نیز مقتضی این اســـت کـــه به امکانات مالی دســـتگاه‌های دولتی توجه کرد[3] و با ســـلب حق دادخواهی (به

---

۱. «... در مورد اشـــخاص حقوقی حقـــوق خصوصی غیرتجاری، دعوای اعســـار از پرداخت هزینه دادرســـی قاعدتاً قابل اســـتماع است، زیرا به هر حال قابل تصور اســـت که شخص مذکور داراییش کفایت نکند یا به اموالش دسترسی نداشته و موقتاً قادر به تأدیه نباشد. ثانیاً: در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی مانند شـــهرداری‌ها هر چند اعسار از پرداخت هزینه دادرسی خلاف ظاهر و احراز آن دشوار است، در عین حال استماع آن منع قانونی ندارد».

۲. البته با توجه به متن اســـتعلامات حاضر و مقایســـه آن با پاسخ مشابه سابق (شماره ۷/۸۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۵/٤)، شاید استنباط شـــود که نظریه اداره حقوقی، منصرف از اشخاص حقوق عمومی دولتی است.

۳. واقعیت این است که معمولاً بودجه پیش‌بینی شده در خصوص هزینه‌های قضایی در دستگاه‌های دولتی، بسیار ناچیز است و به عنوان مثال در برخی وزارتخانه‌ها در سال ۱٤۰۲، صرفاً مبلغ ۱۰ میلیون تومان به این امر اختصاص داده شده بود. ذکر این واقعیت و مشکل عملی نیز بی‌فایده نیست که گاه خواهان (با تقویم خواسته علی‌الحساب) با پرداخت هزینه کمتر از یک میلیون تومان و تحصیل رای در مرحله بدوی، دستگاه دولتی را با چالش پرداخت میلیاردها تومان هزینه دادرسی مواجه می‌کند که به نظر می‌رســـد؛ رد اعســـار و عدم جریان تجدیدنظر به بهانه فقدان منابع مالی، ظلمی ناروا به دولت باشد.

خصـــوص حق اعتراض به آرای غیرقطعی) حقـــوق دولت را در معرض تفویت قرار نداد.

این رویکرد در دادنامه شـــماره ۱٤۰۲٤۹۳۹۰۰۰۰۹۳۲۰٦ مورخ ۱٤۰۲/۱/۲۹ شـــعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان ســـمنان نیز تایید و مورد توجه واقع شده است: «اولاً، قانون‌گذار در ماده ۱ قانون تجارت در تعریف تاجر از کلمه «هر کس» اســـتفاده نموده لیکن بندهای ماده ۲ این قانون شامل شرکت‌های تجاری یعنی اشخاص حقوقی نیز می‌شـــود. بنابراین نمی‌توان گفت: کلمه «هر کس» صرفاً شـــامل اشخاص حقیقی می‌گـــردد. ثانیاً، در ماده ۱ قانون نحوه اجـــرای محکومیت‌های مالی نیز قانون‌گذار از کلمه «هر کس» اســـتفاده نموده، لیکن در ماده ۱۵ این قانون علاوه بر تاجر، اشخاص حقوقی را نیز شـــامل ممنوعیت از طرح دعوی اعســـار دانسته است؛ چنانچه بپذیریم قانون اخیر صرفاً شـــامل اشخاص حقیقی می‌شود، نمی‌توان از وحدت ملاک یا تنقیح مناط این ماده برای ممنوعیت اعســـار اشـــخاص حقوقی استفاده نمود. قانون‌گذار در ماده ۵۱۲ قانون تجارت صرفاً از کلمه تاجر اســـتفاده نموده و در مقام بیان از ســـایر اشـــخاص حقوقی غیرتجاری (دولت و نهادهای عمومی) اسمی نبرده است؛ بنابراین ممنوعیت طرح دعوی اعســـار از پرداخت هزینه دادرسی با توجه به راهکاری که در قانون تجارت پیش‌بینی شده است صرفاً شامل حال تاجر می‌شود نه اشخاص حقوقی غیرتجاری (همچون ادارات دولتی و شهرداری‌ها). این‌که قانون‌گذار در قوانین خاص، تعـــدادی از وزارتخانه‌ها را از پرداخت هزینه دادرســـی معاف نموده به معنای این‌که الزامـــاً قانون‌گذار باید بـــرای هر وزارتخانه یا نهاد عمومی راجـــع به پرداخت هزینه دادرســـی تصریح به معافیت نماید و عدم پذیرش اعســـار از پرداخت هزینه دادرسی سایر اشـــخاص تصریح نشده، نیست؛ النهایه این‌که ممنوعیت از اقامه دعوی با توجه به اصل سی و چهارم قانون اساسی مســـتلزم تصریح است، بنابراین منعی در استماع دعوی اعسار از پرداخت هزینه دادرسی تجدیدنظر خواه وجود ندارد.»

٤. آثار اقامه و پذیرش دعوای اعسار

نخســـت، هرچند اقامه دعوای اعسار، حق دســـتگاه دولتی است، اما نمی‌توان انکار کرد که این امر می‌تواند دســـتاویزی برای تطویل رســـیدگی و تاخیر در ایفای تعهد و ایذاء طرف دعوی باشـــد. به‌رغم این‌که تبصرهٔ ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرســـی

دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمانت اجرای سوء استفاده از اقامه دعوا را «محکومیت خواهان به تادیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت» تعیین کرده است و می‌تواند برای اشخاص خصوصی بازدارنده باشد؛ اما این کیفر، راهکار مناسبی در قبال دستگاه‌های دولتی به نظر نمی‌رسد.[1] لذا در این صورت، تضمینی فراتر از مطالبه خسارات قانونی دادرسی توسط خوانده دعوای اعسار وجود ندارد.

با توجه به بیم این سوء استفاده، پیشنهاد شده که به‌رغم سکوت قانون، دادگاه می‌تواند مقدمتاً «ضمن رسیدگی به دلایل اعسار، نظری هم به اوضاع و احوال دعوی اصلی بکند و آن نظر را هم به اصطلاح پاره سنگی در ترازوی قضاوت راجع به دعوی اعسار قرار بدهد تا بالنتیجه دعاوی پوچ مورد ارفاق‌های قضایی واقع نشده، مردم دستخوش اغراض خواهان‌های معسر نگردند» (متین دفتری، ۱۳۷۸/۲: ۳۳۷)؛ این راهکار مفید به نظر می‌رسد و ماده ۵۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز می‌تواند استظهار تلویحی این مدعا باشد.

افزون بر این، میزان هزینه دادرسی نیز می‌تواند معیار ارزیابی احراز قصد دستگاه دولتی برای ایذاء طرف دعوی و رد اعسار باشد. زیرا با توجه به این‌که موافقت‌نامه متبادله ناظر به بودجه، معمولاً در نیمه دوم هر سال نهایی می‌شود، در قبال هزینه‌های اتفاقی و معمولی، تا حدی امکان الحاق یا افزایش مبالغ ردیف‌های موافقت‌نامه بودجه متصور است.

دوم، قابلیت استماع اعسار، امری حکمی است و ملازمه‌ای با پذیرش اعسار ندارد. در واقع دستگاه دولتی باید ثابت کند که بضاعت مالی و اختیار بودجه‌ای در تادیه هزینه دادرسی را ندارد. اثبات این امر نیز با توجه به موافقت‌نامه بودجه دستگاه که با سازمان برنامه و بودجه مبادله می‌شود، انجام می‌گیرد. هم‌چنین باید توجه داشت که ملاک تمکن برای تادیه هزینه دادرسی (به دلیل فقدان یا کمبود اعتبار در آن سال مالی)، زمان طرح دعوی یا فرجه قانونی اعتراض به آرای صادره و متقابلاً مناط اعتبار،

---

۱. از این منظر، تبصره الحاقی ماده ۲۲۶ سابق (مصوب ۱۳۳۹/۲/۱۹) مبنی بر محکومیت مدعی به نفع طرف متقابل، موجه‌تر بود. البته تمهید بند «الف» ماده ۷۰۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پیشین، مبنی بر محکومیت مدعی اعسار به پرداخت «دو برابر هزینه دعوی اصلی» در صورت رد اعسار نیز علاوه بر حفظ حقوق طرف دعوای اعسار، ضمانت اجرای موثرتری برای تنبه مدعی اعسار بود.

موافقت‌نامه ســـال طرح دعوی است و در صورتی‌که موافقت‌نامه آن سال هنوز امضاء نشده باشد، موافقت‌نامه ســـال پیشین (با تعدیل متعارف بودجه دستگاه و بودجه کل کشور) ملاک عمل خواهد بود. بدیهی است که خود دادگاه نیز می‌تواند برای اطمینان مســـتقیماً از سازمان برنامه و بودجه اســـتعلام کند و پاسخ این مرجع، مستند انگاشته می‌شود.[1]

ســـوم، پس از پذیرش اعسار، معســـر از مزایایی بهره‌مند می‌شود که از آن به عنـــوان «ارفاق قضایی» (متین دفتری، ۱۳۷۸/۲: ۱۳۵) یاد می‌شـــود. بدیهی اســـت که پذیرش اعســـار دســـتگاه‌های دولتی، منحصر به معافیت از هزینه دادرسی است و به معاضدت قضایی تسری نمی‌یابد. زیرا ادارات دولتی، علاوه بر این‌که ملزم به دفاع از منافع خود با تمهید ســـاختار حقوقی مناسب هستند، امکان استفاده از نمایندهٔ حقوقی را نیز دارند.

چهارم، اعسار امری حادث و موقت است. لذا همان‌طور که اعسار سابق، دلیل بر اعســـار فعلی نیست؛ امکان دارد دســـتگاه دولتی دعوایی را طرح و هزینه دادرسی را تادیه کند و متعاقباً از تادیه هزینه تجدیدنظر معســـر شود. حتی ممکن است بعد از صدور حکم سابق بر رد اعسار، شـــخص به واسطه پیش‌آمدهایی مجدداً از پرداخت هزینه ناتوان گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷٦: ۵۰۷ – ۵۰۸).

پنجم، در فرض پذیرش اعســـار، در نهایت و به هر حال دســـتگاه دولتی (اعم از این‌که محکومٌ‌له یا محکومٌ‌علیه باشد) ملتزم به تادیه هزینه دادرسی است. در واقع، قید ماده ۵۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مبنی بر این‌که «هر گاه مدعی اعســـار در دعوای اصلی، محکومٌ‌له واقع شود و از اعسار خارج گردد ...» در خصوص ادارات دولتی مجری نیســـت؛ لـــذا با عنایت به مفاد ماده ٥١٤ و قطعـــی بودن تمکن و امکان پیش‌بینی در بودجـــه، دولت ملزم به تامین و پرداخت

---

۱. به موجب دادنامه شـــماره ١٤٠٢٤٩٣٩٠٠٠٠٤٨٩١٠٤ مورخ ۱۴۰۲/۳/۳۱ شـــعبه ۵ دادگاه عمومی شـــاهرود «حسب مدارک موجود از جمله جدول بودجه‌بندی و این‌که محرز است تجدیدنظرخواه از حیـــث موانع قانونی، توان تامین هزینه تجدیدنظرخواهی را ندارد و با ملاحظه این امر که خواندگان دفاع و اعتراض موثری در پذیرش اعسار مذکور ندارند؛ دادگاه به استناد مواد ٥٠٤ و ۵۰۵ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی خواهان را از پرداخت هزینه دادرســـی مزبور، معاف دانســـته و بدیهی است چنانچه از حالت اعســـار فعلی خارج شود، ابتدا هزینه دادرسی از وی اخذ می‌شود».

تمام هزینه دادرسی خواهد بود. در تمهید ضمانت اجرای این تکلیف، دادگاه می‌تواند مراتب را ضمن حکم قبول اعسار، اعلام و با رعایت «قانون نحوه پرداخت محکومٌ‌به دولت ...» و بند ج ماده ۲۴ «قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت»[1] (مصوب ۱۳۹۳) اجرا کند. البته باید توجه داشت اجرای دادنامه به نفع دستگاه دولتی نیز متوقف به تادیه هزینه دادرسی نخواهد بود و دستگاه می‌تواند با رعایت قید اخیر ماده یادشده، وصول محکومٌ‌به را قبل از پرداخت هزینه دادرسی تقاضا نماید.

۱. «در مورد احکام قطعی دادگاه‌ها و اوراق لازم‌الاجرا ... علیه دستگاه‌های اجرایی ... چنانچه دستگاه‌های مذکور ظرف مهلت مقرر در قانون نحوه پرداخت محکومٌ‌به دولت ... به هر دلیل از اجرای حکم خودداری کنند، مرجع ... یادشده باید مراتب را جهت اجرا به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اعلام کند و سازمان مذکور موظف است ظرف مدت سه ماه، محکومٌ به را بدون رعایت محدودیت‌های جابه‌جایی ... از بودجه سنواتی دستگاه مربوط، کسر و مستقیماً به محکومٌ‌له یا اجرای احکام دادگاه یا سایر مراجع قضایی و ثبتی مربوط پرداخت کند».

برآمد

۱- پرداخت هزینه دادرسی، یکی از الزامات دادخواهی است که معافیت دائم یا موقت (در قالب اعسار) از آن استثناء است و نیاز به تصریح دارد. در آغاز تصویب قوانین دادرسی در ایران، دولت از تادیه این هزینه معاف گردید و لذا نیازی به معافیت موقت و استماع اعسار دولت نبود، اما متقابلاً هر چند در حال حاضر با حذف معافیت دولت، تکلیف تادیه هزینه دادرسی شامل ادارات دولتی نیز می‌شود اما این الزام، بدان معنی نیست که اعسار از هزینه دادرسی قابل استماع نباشد و لذا اثبات فقدان اعتبار در بودجه و بهره‌مندی از معافیت موقت مخارج دادرسی نیز مغایرتی با قوانین و اصول حقوقی ندارد. دلایلی که معمولاً در خصوص عدم استماع اعسار موسسات دولتی اقامه می‌شود نیز اقناع کننده نیست و بدون توجه به ماهیت دارایی دولت و ضوابط و محدودیت‌های بودجه است.

۲- تمکن مالی دولت، ملازمه‌ای با توانایی فعلی دستگاه‌های دولتی برای پرداخت هزینه دادرسی ندارد؛ زیرا ادارات دولتی در چهارچوب بودجه و فصول آن، ملزم به هزینه‌کرد هستند. با توجه به الزامات مالیه عمومی و نظر به این‌که تمکن و در دسترس بودن دارایی دستگاه‌های دولتی منوط به تصویب و تخصیص بودجه و مبادله موافقت‌نامه با سازمان برنامه و بودجه است، اساساً فقدان اعتبار در خصوص هزینه‌های دادرسی به معنی در دسترس نبودن مال و مشمول عنوان «اعسار از هزینه دادرسی» است؛ لذا نمی‌توان چشم را بر حقیقت بست و با تکرار شعارگونه این باور که دولت معسر نمی‌شود، ادارات دولتی را ملزم به تکلیف مالایطاق و تادیه مبالغ هنگفتی کرد که برای آن اعتباری پیش‌بینی نشده است.از طرف دیگر، دلیلی بر انحصار اعسار از هزینه دادرسی به اشخاص غیردولتی وجود ندارد و سلب حق دادخواهی یا رد اعتراض نسبت به دادنامه‌ای که دولت محکومٌ‌علیه آن است به دستاویز عدم امکان تادیه هرینه دادرسی، به زیان حقوق عمومی منجر می‌شود. هم‌چنین عدم استماع اعسار دولت با اصل وحدت حقوق و تکالیف شهروندان و دولت (به عنوان شخصیت حقوقی) مغایر خواهد بود و قانون نیز منعی در این خصوص مقرر نکرده است. در هر حال ادعای اعسار نباید دستاویز تضییع حقوق خوانده و سوء استفاده دستگاه دولتی قرار گیرد و باید به طریق مقتضی از جمله ملاحظه زیر فصل هزینه

موافقت‌نامه بودجه موسسه و اعتبار ابلاغی و عندالاقتضاء با استعلام از سازمان برنامه و بودجه اثبات شود.

۳- هرچند اعسار دولت (حتی برای معافیت موقت از هزینه دادرسی)، از منظر اجتماعی زیبنده نیست، اما در حال حاضر، مسیری ناگزیر است. این مشکل نقیصه‌ای قانونی است که نیاز به راهکاری قانونی دارد و پیشنهاد می‌شود همانند قانون آیین دادرسی مدنی سابق، معافیت دولت پیش‌بینی گردد یا دست‌کم تدبیری برای معافیت موقت دستگاه‌های دولتی، تمهید شود تا اقامه دعاوی وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی و استیفای حقوق عمومی امکان‌پذیر باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اسکینی، ربیعا (۱۳۷۸)، **حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری)**، چاپ نخست، تهران: سمت.

* اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۷)، **حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)**، چاپ دوم، تهران: سمت.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷٦)، **دانشنامه حقوقی**، جلدهای اول و چهارم، چاپ ششم، تهران: امیرکبیر.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸)، **دایره المعارف علوم اسلامی قضایی**، جلد نخست، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

* دومیشل، آندره و لالو می‌یر، پی‌یر (۱۳۷٦)، **حقوق عمومی**، برگردان: ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۰)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: میزان.

* شمس، عبدالله (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ سی و ششم، تهران: دراک.

* صافیان اصفهانی، احسان (۱۳۹۳)، «**بررسی دعوای شهرداری دائر بر اعسار از پرداخت هزینهٔ دادرسی**»، تعالی حقوق، شماره ٦.

* صدرزاده افشار، سیدمحسن (۱۳۷۹)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ پنجم، تهران: جهاد دانشگاهی.

* صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۷۷)، **اشخاص و محجورین**، چاپ سوم، تهران: سمت.

* طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۷۵)، «**شخصیت حقوقی**»، در: تحولات حقوق خصوصی، زیر نظر: ناصر کاتوزیان، تهران: دانشگاه تهران.

* طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۳)، **حقوق اداری**، چاپ نهم، تهران: سمت.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷٦)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ بیست و دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: مجد.
* واحدی، قدرت‌الله (۱۳۸۳)، **آیین دادرســـی مدنی**، جلد سوم، چاپ سوم، تهران: میزان.
* وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۴۰۰)، «**تحلیل مبانی و چالش‌های تامین مالی دعوا و تبیین رهیافت‌هایی نوین برای حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگســـتری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.

ب. فرانسوی

* Arnaud, André-Jean (1993), **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**, 2e édition, L.G.D.J.
* Guillien, Raymond et Vincent, Jean (2005), **Lexique des termes juridiques**, 15e édition, Dalloz.
* Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent (2020), **Droit des personnes**, 11e édition, L.G.D.J.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۹۴-۶۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۷

آسیب‌شناسی سیاست کیفری در صدور آراء وحدت رویه

ضرغام نره‌ئی،[۱] مرتضی فتحی[۲]

چکیده

در نظـــام حقوقی ایـــران، رویه قضایی الزام‌آور را بایـــد در آراء وحدت رویه جست‌وجو کرد. به همین دلیل آراء مذکور جزء منابع اصلی حقوق محسوب می‌شود. اگر قائل باشـــیم که رویه در اثر ثبات و استمرار شکل می‌گیرد، الزام مراجع قضایی به تبعیت از یک نظر تفســـیری معین که به فاصله چند ماه پس از تصویب قانون صادر می‌شـــود را نمی‌توان «رویه» تلقی کرد؛ زیرا در این معنا، شأن تفسیری دیوان عالی به قاعده‌گذاری حقوقی تقلیـــل می‌یابد. با لحاظ نقد مذکور، این پژوهش تلاش کرده با تحلیل محتوای پنجاه و هشـــت رأی وحدت رویه که در فاصله زمانی ۱۳۹۲ تا ۱۴۰۱ صادر شـــده است، ضمن تشریح فلســـفه و جایگاه رأی وحدت رویه، آراء مذکور را طبقه‌بندی کند و مولفه‌های سیاست کیفری هیأت عمومی‌دیوان عالی ایران را استخراج نماید. این مولفه‌ها مشتمل بر فقدان روش‌شناسی ضابطه‌مند در تفسیر، اتخاذ سیاست کیفری سهل‌گیرانه و تعدی از نص قانون است؛ ضمن این‌که، اهم دلایل کثرت صدور آراء وحدت رویه در بازه زمانی فوق‌الذکر را می‌توان در مشارکت حداقلی کارگزاران اجرایی در تصویب قوانین، پراکندگی و آزمایشـــی بودن قوانین و عدم انســـجام بین سیاست کیفری تقنینی و قضایی احصاء کرد.

واژگان کلیدی: سیاست کیفری، رویه، دیوان عالی کشور، قانون، تفسیر.

---

۱. دانشجوی دکترا گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
zarqam.narehei@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق جزا دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)
m99fathi@yahoo.com

درآمد

پس از پیروزی انقلاب و استقرار حکومت اسلامی، اصلاح نظام قضایی رژیم سابق یکی از نخستین چالش‌هایی بود که ذهن انقلابیون را به‌خود مشغول داشت. در این میان، آنچه موجب چالش جدی بین «عرف» و «شـــرع» شـــد، قوانین کیفری بود؛ چـــه این‌که قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ مبتنی بر منابع فقهی و ملاحظات مراجع عظام تصویب شـــده بود و قانون تجارت مصـــوب ۱۳۱۱ و لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳٤۷ نیز مغایرتی با شـــرع نداشـــت، اما در قیاس بـــا قوانین کیفری پس از انقـــلاب، قانون مجازات عمومی‌مصوب ۱۳۰٤ با اصلاحـــات ۱۳۵۲ با تلقی متفاوتی از جایگاه منابع فقهی و موازین شـــرعی در قوانین کیفری، به تصویب رسیده بود. از همین رو، در ســـال‌های پس از پیروزی انقلاب اســـلامی، کمترین اصلاح در قلمرو قوانین مدنی و تجارت صورت گرفت؛ حال آن‌که، قوانین جزایی بارها شاهد تغییرات بنیادین بود. نخستین اراده قانون‌گذار به ترتیب در شهریور و مهرماه ۱۳٦۱، با تصویب آزمایشـــی «قانون حدود و قصاص و مقررات آن» و قانون راجع به مجازات اسلامی (مواد عمومی) متجلی شد. سپس در سال ۱۳٦۲ قانون مجازات اسلامی(تعزیرات) نیز به صورت آزمایشـــی به تصویب کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی‌رسید. این قوانین در ســـال ۱۳۷۰ با یکدیگر تلفیق و در مجمـــوع با عنوان «قانون مجازات اســـلامی» (مواد ۱ تا ٤۹۷) شـــناخته شد؛ تا آن‌که در ســـال ۱۳۷۵ کتاب پنجم قانون مجازات اســـلامی با عنوان «تعزیرات و مجازات‌هـــای بازدارنده» (مواد ٤۹۸ تا ۷۲۹) به عنوان قانون دائمی به تصویب مجلس شـــورای اسلامی رسید؛ در حالی که، چهار کتاب اول با توجه به آزمایشی بودن (در چهارچوب اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی جمهوری اســـلامی ایران) تا سال ۱۳۹۲ تمدید شد. در نهایت قانون مجازات اسلامی در اردیبهشـــت ۱۳۹۲ (مواد ۱ تا ۷۲۸) در کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی به صورت آزمایشی تصویب شد. تحول مهم بعدی در اردیبهشت ۱۳۹۹ و با تصویب قانون موسوم به «کاهش مجازات حبس تعزیری» اتفاق افتاد.

نگاهی گذرا به قوانین کیفری پس از پیروزی انقلاب اســـلامی نشـــان می‌دهد کـــه تقریباً هر دهه، تحولات بنیادینی در قلمرو حقوق کیفری رخ داده و همین امر بر کارآمدی قانون اثرگذار بوده است (عقیق و دیگران، ۱٤۰۱: ۱۱۸). از دیگر سو، چنین

تحولاتی با حقوق و آزادی‌های شهروندان در ارتباط است و سیاست کیفری مطلوب اقتضاء دارد همواره «یکپارچگی»[1] در کل فرایند تقنین، اجرا و تفسیر رعایت شود؛ چه این‌که، مجازات به عنوان نقطه کانونی تقنینِ کیفری، بیش از آن‌که امری نظری (تئوری)[2] باشد، ماهیت کارکردی[3] دارد (Brooks, 2012: 4) و به عنوان شدیدترین واکنش جامعه در برابر بی‌هنجاری، همواره مراجعان و کارگزاران دستگاه عدالت کیفری را متأثر می‌کند. تفسیر الزام‌آور دیوان عالی در قالب رأی وحدت رویه، به عنوان رویه قضایی خاص، یکی از همین واکنش‌ها است. از این رو، برخی به استناد اصل تفکیک قوا، لزوم صدور حکم به طور خاص، قاعده اعتبار امر قضاوت شده و وظیفه دادرس در انطباق هر مورد خاص با قانون، مخالف منبع حقوقی بودن رویه قضایی هستند. در مقابل، موافقان با اتکای به مطلق نبودن اصل تفکیک قوا، استقلال رویه قضایی از دادنامه‌ای واحد و پویایی رویه قضایی نسبت به قانون، از رویه قضایی به شکل عام و رأی وحدت رویه به صورت خاص حمایت می‌کنند (جمشیدپور و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۹۸).

پژوهش حاضر با تمرکز بر تحولات قانون‌گذاریِ دهه نود شمسی، بر فرایند اجرا و تفسیر قوانین کیفری متمرکز شده و این پرسش را مطرح می‌کند که آیا تحولات قانون‌گذاری کیفری در سال‌های ۱۳۹۲ تا ۱۴۰۱ در سیاست کیفری هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور آراء وحدت رویه اثرگذار بوده است. در این مقاله به این نتیجه رسیده‌ایم که بین تصویب قوانین جدید و تعداد آراء وحدت رویه، ارتباط مستقیم وجود دارد و سیاست کیفری هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز در صدور آراء وحدت رویه با تحولات قانون‌گذاری عجین شده است. برای رسیدن به چنین نتیجه‌ای ابتدا جایگاه نهاد رأی وحدت رویه در نظام قضایی ایران تبیین شده تا آن‌گاه با تقسیم‌بندی آراء وحدت رویه، بتوان میزان پراکندگی و مولفه‌های سیاست کیفری در صدور آراء وحدت رویه را استخراج کرد.

اهمیت پژوهش حاضر از آن جهت است که در کنار قانون اساسی و قوانین عادی، آراء وحدت رویه جزء منابع اصلی حقوق کیفری محسوب شده و از نظر

1. Integrity.
2. Theoretical.
3. Functional.

لازم‌الاجـــرا بودن، حکم قانون را دارد. در این ســـال‌ها، پژوهش‌هایی به طور خاص، برخی آراء وحدت رویه را مورد مطالعه قرار داده اســـت،[1] اما پژوهشـــی که به طور کلان، مجموع آراء وحدت رویه کیفری را بررســـی کند ملاحظه نشـــد. در این میان، مقاله «رویکرد تفســـیری دیوان عالی کشـــور در حمایت از حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر آرا حقوقی» جزء معدود پژوهش‌های کلان‌نگر در این قلمرو بوده اســـت (نجفی و دیگران، ۱۳۹۸). از این رو، با توجه به خلأ پژوهش در این حوزه و با توجه به متغیر بودن تفسیر قواعد حقوقی جزایی در زمان و مکان (لازرژ، ۱۳۲: ۱۳۹۰) اقتضاء چنین پژوهشی در رابطه با آراء وحدت رویه دهه‌های پیشین نیز وجود دارد.

۱. جایگاه و فلسفه رأی وحدت رویه در نظام قضایی ایران

اصولاً نهادهای حقوقی به دنبال سلســـله‌ای از رویدادهای تاریخی، رشـــد و توســـعه پیدا می‌کنند (Baker, 2019 :3). نهاد رأی وحدت رویه نیز از نظر تاریخی، بـــه «قانون مربوط به وحدت رویه قضایی» مصوب ۱۳۲۸/٤/۷ بازمی‌گردد؛ با این‌حال معلوم نیســـت نهاد رأی وحدت رویه با چه توجیهی وارد نظام قانون‌گذاری ایران شد و به طور دقیق نمی‌توان گفت که این نهاد «ابداعی» است یا «اقتباسی» (رفیعی، ۱٤۰۰: ۲۲۵). در خصوص اقتباســـی بودن این نهاد، می‌توان به ترتیب نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی را مورد مطالعه قرار داد.

در کشورهای متکی بر نظام کامن‌لا و از جمله انگلستان، از آن‌جایی که قضات نقش فعالی در انتظام‌بخشی به قواعد حقوقی داشته‌اند، سوابق قضایی[2] جزء مهم‌ترین منابع حقوق محســـوب می‌شـــود؛ بدین معنا که قضات با احصـــاء و تفکیک حقوق مشـــترک، نظام حقوقی را شـــکل داده‌اند. در گام بعدی با توســـعه گزارش حقوقی،[3] قضـــات در صدور آراء خـــود از احکام پرونده‌های قبلی راهنمایـــی گرفتند و به این ترتیـــب از قرن نوزدهم قاعده کلی «الزام قضات بـــه متابعت از آراء دادگاه‌های عالی

---

۱. برای نمونه می‌توان به این مقاله‌ها اشاره کرد: اکرمی، ۱۳۹٤؛ محسنی، ۱۳۹٦ و فراهانی، ۱٤۰۱.

2. Judicial Precedents.

۳. به دلیل تعداد بالای گزارش‌های حقوقی یا law reporting در قرن نوزدهم، در سال ۱۸٦۵ شورای گزارش حقوقی (Council of Law Reporting for England and Wales) تأســـیس شد و شروع به انتشـــار گزارش‌های مســـتند از آراء پرونده‌ها نمود. در کنار شورای مذکور، نهادهای دیگری مانند مجله مشـــاورین حقوقی (Solicitors Journal) از ســـال ۱۸۵٦ نسبت به انتشار گزارش‌های حقوقی اقدام می‌کند.

در پرونده‌های مشـــابه» ایجاد و موجب شکل‌گیری نهاد «سوابق قضایی الزام‌آور»[1] در مقابل «ســـوابق قضایی موثر»[2] شـــد. در کنار منبع فوق که می‌توان آن را قانون‌گذاری[3] قضایی دانســـت، اعتبار قواعد ماهوی از قانون‌گـــذاری، کتاب‌های قدیمی معین[4] و به طور محدودی آداب و رســـوم محلی[5] نیز ناشـــی می‌شود. نکته حائز اهمیت آن‌که، پارلمان اعـــم از مجلس اعیان[6] و اعوام[7] عالی‌ترین مرجع قانون‌گذاری در انگلســـتان است و هیچ نهادی وجود ندارد که بتواند مصوبات پارلمان را ملغی کند (Barker & Padfield: 2007: 26). در فرایند تصویب قوانین تلاش می‌شـــود تا حد امکان، قانون به طور واضح و شـــفاف تدوین شود، اما ناگزیر چون قانون حاصل تلاش‌های انسانی است، مصون از تفسیر نخواهد بود. به همین سبب، قضات برای کشف معنای قانون، به قانون تفســـیر مصوب ۱۹۷۸ [8] (با اصلاحات بعدی) مراجعه می‌کنند که یک قانون کلی اســـت که تعاریف و قواعد تفسیر را بیان می‌کند. به علاوه، قوانین مصوب دارای دیباچه یا Preamble اســـت که هدف تصویب قانون را اعلام می‌کند. مراجعه به این دیباچه می‌تواند راهنمای تفســـیر قضات باشد؛ ضمن این‌که، اگر قضات به روش‌های مذکور نتوانند قانون را تفســـیر کنند، آن‌گاه به «قواعد کامـــن‌لا» (مانند قاعده لفظی،[9] قاعده طلایی،[10] قاعده مستثنی‌کننده[11] و غیره) و یا امارات (مانند اماره خلاف مسئولیت کیفری،[12] اماره علیه رفتارهای خودسرانه[13] و سوء استفاده از قدرت[14] و غیره) متوسل می‌شـــوند (Ibid: 32-34)؛ بنابراین در نظام حقوقی انگلستان، از یک‌سو رویه قضایی از طریق محاکم عالی شـــکل می‌گیرد و از دیگر سو، تفسیر قانون نیز بر اساس اصول

1. Binding Precedents.
2. Persuasive Precedents.
3. Legislation.
4. Certain Ancient Textbooks.
5. Local Custom.
6. House of Commons.
7. House of Lords.
8. Intrepretation Act, 1978.
9. The Literal Rule.
10. The Golden Rule.
11. The Exclusionary Rule.
12. Criminal Liability.
13. Arbitray Conduct.
14. Abuse of Power.

و قواعد هادی انجام می‌شـــود. از این منظر نهـــاد رأی وحدت رویه به معنایی که در حقوق ایران شکل گرفته و ماحصل اختلاف بین دو مرجع قضایی است وجود ندارد.

در کشـــورهای متکی بر نظام حقوقی رومی ژرمنی یا مبتنی بر حقوق نوشـــته، قانون مهم‌ترین منبع حقوق اســـت. به همین ســـبب نیز در کشورهای تابع این نظام، رویه قضایی الزام‌آور فاقد جایگاه اســـت. از این رو در کشـــور فرانسه با وجود آن‌که شأن دیوان عالی «ایجاد وحدت در تفسیر قواعد است»، اما ارائه تفسیر به معنای الزام مراجع قضایی تالی نیســـت (صدرزاده افشار، ۱۳۷۷: ٥٦ و ٥٧). به عبارتی، شأن اولیهَ دیوان آن اســـت که اگر مسائل حکمی را خلاف قوانین تشخیص داد، رأی را نقض و پرونده را به مرجع مشـــابه ارجاع دهد. شأن دیگر دیوان فرانسه نیز وفق قانون ۱۵ مه ۱۹۹۱ پاســـخ به پرسش‌های مطروح از سوی محاکم دادگستری است، اما این نظرات تفســـیری هم الزام‌آور نیست و دادگاه‌ها می‌توانند به خلاف نظر مشورتی دیوان حکم دهند (جمشـــیدپور و همکاران، ۱۳۹۹: ۳۰۹). از این‌رو، دیوان عالی فرانسه به خلاف دیوان عالی ایران، شأن صدور رأی وحدت رویه را ندارد.

بـــا امعان نظر به نگاه تطبیقی فوق، وفق ماده‌واحده مصوب ۱۳۲۸ و در ابتدای ایجاد نهاد رأی وحدت رویه، فقط اختلاف رویه در شـــعب دیوان عالی کشـــور و نه ســـایر دادگاه‌ها می‌توانســـت منتهی به صدور رأی وحدت رویه شود. چنین نگرشی احتمالاً از آن‌جا ناشـــی می‌شده که یگانه مرجع رویه قضایی، دیوان عالی کشور است. به عبارتی، اگر رویه قضایی را در معنای خاصَ در نظر بگیریم، مرجع عالی می‌تواند برای سایر محاکم ایجادِ رویه کند؛[1] حال آن‌که، در ادامه توسعه نهاد رأی وحدت رویه،

---

۱. آن‌چه هم‌اکنون در نظام قضایی ایران تحت‌عنوان «رویه قضایی» وجود دارد و گفته می‌شـــود رویه آن مجتمع قضایی یا رویه آن شـــعبه در برخورد با یک موضوع «این‌گونه» یا «آن‌گونه» است، در واقع رویه قضایی نیســـت؛ هر چند می‌تواند زمینه‌ای برای شکل‌گیری رویه باشد (Duxbury, 2008: 22)؛ بلکه بیشـــتر می‌توان آن را «اســـتنباط قضایی» و یا حتی «ســـلیقه قضایی» نامید. «رویه قضایی» آن‌گاه شکل می‌گیرد که در اثر تکرار، ثبات و استمرار به چنان جریان غالبی در رسیدگی قضایی تبدیل شود که دســـت‌کم اکثر مراجع رســـیدگی از آن پیروی کنند. در نظام‌های حقوقی، چنین رویه‌ای از سوی مراجع‌عالی (مانند دیوان عالی کشـــور) شـــکل می‌گیرد. از این رو برخی گفته‌اند «شاید منظور اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی از ایجاد وحدت رویه، گسترش فرجام‌خواهی بوده است؛ یعنی دیوان عالی کشور می‌تواند همانند سایر کشورها با رسیدگی فرجامی خود بر آراء دادگاه‌های پایین‌تر نظارت کند و ایجاد وحدت رویه کند؛ نه این‌که با صدور رأی وحدت رویه به شـــکل فعلی به وضع قاعده بپردازد» (اســـلامی‌پناه، ۱۳۹۷: ۲٦۳). به علاوه، اگـــر رویه را در معنای جریان فکری غالب در تصمیم‌گیری قضایی بدانیم، در این‌صورت دیوان عالی کشـــور در تعارض بین دو جریان فکری باید

ماده ۳ «لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مواد قانون آیین‌نامه دادرسی کیفری مصوب اول مرداد ۱۳۳۷»، دادگاه‌ها را نیز وارد قلمرو صدور رأی وحدت رویه نمود.

پس از انقلاب اسلامی نیز نهاد رأی وحدت رویه استمرار یافت. در سال ۱۳۷۸ ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مواد سابق را تجمیع کرد و اختلاف شعب دیوان و اختلاف دادگاه‌ها با یکدیگر را محل صدور رأی وحدت رویه دانست. آخرین اراده قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ و با تصویب ماده ٤٧١ قانون آیین دادرسی کیفری متجلی شد. ذیل ماده ۲۷۰ مقرر شده است: «آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی‌اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم می‌باشد». ماده ٤٧١ با افزایش دامنه تابعان، آن را به «سایر مراجع» نیز تسری داد. طبق این ماده «... رأی اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است، اما نسبت به رأی قطعی شده بی‌اثر است». طبق این ماده وکلاء نیز می‌توانند از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیأت عمومی را درخواست کنند؛ موضوعی که در ماده ۲۷۰ وجود نداشت. به علاوه، در ماده ۲۷۰ تصریح شده بود رأی اکثریت هیأت عمومی‌که مطابق «موازین شرعی» باشد ملاک عمل خواهد بود؛ حال آن‌که در ماده ٤٧١ قید «موازین شرعی» حذف و به طورکلی بیان شد که رأی اکثریت لازم‌الاتباع است. به نظر می‌رسد حذف این عبارت با آگاهی بوده؛ چه این‌که دیوان عالی کشور در مقام صدور رأی وحدت رویه به نوعی اقدام به قانون‌گذاری می‌کند؛ حال آن‌که فرایند تقنین و از جمله اصل چهارم قانون اساسی یعنی تشخیص مطابقت با موازین اسلامی‌طبق نظر فقهای شورای نگهبان رعایت نمی‌شود؛ با این حال استدلال مخالفان در قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پذیرفته شد؛ با این مبنا که دیوان عالی کشور در مقام وضع قانون نیست و صرفاً قانون موجود را تفسیرمی‌کند؛ یعنی قانونی که فرایند تصویب و از جمله اصل چهارم قانونی اساسی را طی کرده است؛ ضمن این‌که، ماده ٤٧١ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز به تأیید شورای نگهبان رسیده و با در نظر داشتن ملاحظات

یکی را بر دیگری ترجیح داده و تکلیف محاکم را در موارد مشابه معلوم کند، اما گاه پیش آمده که دیوان عالی کشور، نظر سومی ارائه داده و در مقام رأی وحدت رویه، آن را برای دادگاه‌ها الزام‌آور کرده است. چنین رویکردی در کنار این تلقی که نهاد رأی وحدت رویه خلأهای موجود در قانون را پوشش می‌دهد، از بنیان با ماهیت رویه که ماحصل تکرار و استمرار است، مغایرت دارد.

فوق، اعضای شورای نگهبان بر آن صحه گذاشته‌اند.

۲. طبقه‌بندی آراء وحدت رویه (۱۴۰۱-۱۳۹۲)

سال ۱۳۹۲ دو قانون مهم شامل قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری تصویب و به نظام کیفری ایران وارد شد. این قوانین در ماهیت و شکلِ رسیدگی، منشاء تحولات جدیدی شدند. درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری، شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، حذف مجازات‌های بازدارنده و اضافه شدن نهادهای ارفاقی از یک‌سو و تغییرات صورت گرفته در ساختار رسیدگی دادگاه‌ها از سوی دیگر، موجب شد تا در مقام اجرای قانون، فروض و برداشت‌های متعددی به وجود آید که قانون‌گذار در مقام وضع قاعده بدان توجهی نکرده بود. به علاوه، قوانین مذکور بنیان نظام کیفری ایران را تشکیل می‌دهد و به شکل مستقیم یا غیر مستقیم بر سایر قوانین کیفری اثرگذار است. در اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۹ نیز قانون کاهش مجازات حبس تعزیری به تصویب رسید و با توسعه جرائم قابل گذشت و کاهش مجازات حبس، موجب حدوث اختلاف‌های بسیاری در رسیدگی شد؛ به گونه‌ای که در فاصله زمانی ۱۳۹۲ تا پایان سال ۱۴۰۱، دیوان عالی کشور پنجاه و هشت رأی وحدت رویه صادر کرد که به نسبت مدت مشابه قبل، یعنی ابتدای ۱۳۸۲ تا انتهای ۱۳۹۱ که ۳۵ رأی صادرشده بود،[1] افزایش قابل ملاحظه‌ای داشته است.

طبق داده‌های فوق در جهت تحلیلی جامع از آراء وحدت رویه اصداری، در گام نخست بر اساس دو معیار موضوع و قانون منشاء، آراء وحدت رویه را تقسیم‌بندی کرده‌ایم. در پی این تقسیم‌بندی، به‌دنبال آن هستیم تا میزان پراکندگی آراء در موضوع‌های ماهوی، شکلی و قوانین منشأ اختلاف را شناسایی کنیم؛ چه این‌که، معیارهای مذکور نقطه کانونی صدور آراء وحدت رویه بوده است.

۱-۲. به اعتبار موضوع

بر اساس یک تقسیم‌بندی سنتی، قواعد حقوقی از حیث ایجاد حق و نحوه اجرای حق، به مقررات شکلی و ماهوی تقسیم شده است. معیار قواعد شکلی تعریف مندرج در ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ است. تمام مقررات ناظر

---

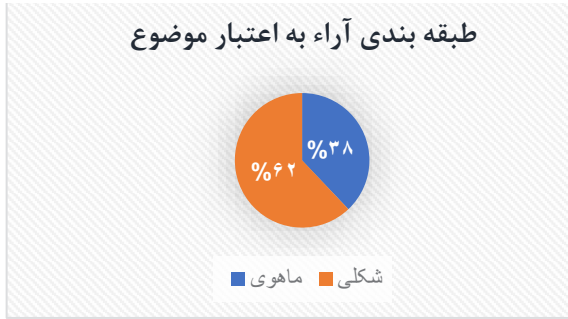
۱. تحول مهم دهه هشتاد شمسی، احیای دوباره دادسرا در قالب «قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸» بود.

به «کشـــف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتـــی، میانجی‌گری، صلح میان طرفین، نحوه رســـیدگی، صـــدور رأی، طرق اعتراض به آراء، اجـــرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ضابطان دادگســـتری و رعایـــت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه»، صلاحیت مراجع کیفری و ادله اثبات در قلمرو قواعد شـــکلی اســـت؛ با این حال، گاه تفکیک بین قواعد شـــکلی و ماهوی دشـــوار است. برخی درصدد تفکیک این دو حوزه بر مبنای ســـه معیارِ ویژگی (خاصیت اخلاقی، ارزش و کلان‌نگر بودن قوانین ماهوی در مقابل قوانین شـــکلی که ناظر به اجرای قانون است)، اهداف (قانون ماهـــوی به ارزش‌های جامعه و قانون شـــکلی به اجرای بیرونـــی قانون نظر دارد) و کارکرد (قانون ماهوی به دنبال ایجاد حق و قوانین شـــکلی ابزار جلوگیری از تضییع حق اســـت) برآمده‌اند (غرقی و دیگران، ۱٤۰۰: ۹۱)؛ با این حال ممکن است برخی از آراء وحدت رویه قابل تشـــکیک باشد، از این رو، مصادیق مردد نیز به امر ماهوی ملحق شـــد؛ چه این‌که، تفســـیر ماهوی کلان‌نگر و در مقام ایجاد حق بوده و به طور مســـتقیم موجب ایجاد دو اثر می‌شود: نخست، افزودن یا کاستن از دامنه محکومان؛ و دوم، شدید یا خفیف شدن میزان مجازات. بر همین اساس، با صرف نظر از این‌که آیا تفســـیر دیوان عالی منطبق با قواعد حقوقی است یا خیر، در پژوهش حاضر صرفاً در پی کشـــف سیاست کیفری دیوان عالی کشور برآمده‌ایم؛ چرا که تحلیل جهات قانونی استدلال دیوان عالی کشور در قلمرو علوم جنایی حقوقی می‌گنجد (نجفی‌ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۳۹) و از موضوع پژوهش حاضر انصراف دارد. با این توضیح، از مجموع پنجاه و هشت رأی صادره از سال ۱۳۹۲ تا انتهای ۱٤۰۱، سی و هشت درصد (بیست و دو رأی) جز آراء ماهوی[۱] و شصت و دو درصد (سی و هشت رأی) جز آراء شکلی[۲] بوده اســـت. از مجموع آراء وحدت رویه صادره می‌توان برداشت کرد که ایرادهای شکلی و به ویژه اختلاف در صلاحیت، منشـــاء صدور آراء وحدت رویه بوده و آراء وحدت رویه شکلی بر آراء ماهوی غلبه دارد.

---

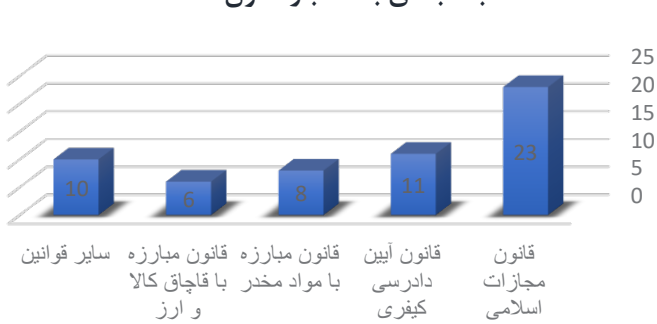
۱. شـــامل آراء وحدت رویه شماره: ۷۳۰، ۷۳۸، ۷٤۰، ۷٤٦، ۷٦۰، ۷٦۱، ۷٦٤، ۷٦٦، ۷۷۰، ۷۷٦، ۷۷۷، ۷۷۸، ۷۸۲، ۷۸۳، ۷۹۰، ۷۹۵، ۷۹۸، ۷۹۹، ۸۰٤، ۸۱٤، ۸۱۵ و ۸۲٦.

۲. شـــامل آراء وحدت رویه شماره: ۷۲۹، ۷۳۱، ۷۳٤، ۷۳٦، ۷۳۷، ۷٤۲، ۷٤۳، ۷٤٤، ۷٤۵، ۷٤۹، ۷۵۱، ۷۵۲، ۷۵٤، ۷۵٦، ۷۵۸، ۷۵۹، ۷٦۲، ۷٦۵، ۷٦۸، ۷۷۲، ۷۷٤، ۷۷۵، ۷۸۵، ۷۸۷، ۷۹٦، ۷۹۷، ۸۰۰، ۸۰۷، ۸۰۸، ۸۰۹، ۸۱۳، ۸۱۷، ۸۱۸، ۸۲۰، ۸۲۲ و ۸۲۵.



۲-۲. به اعتبار قانون منشاء

بر مبنای قانون منشـــاء، به ترتیب قانون مجازات اسلامی‌با بیست و سه رأی،[۱] قانون آیین دادرســـی کیفری با یازده رأی،[۲] قانون مبارزه با مواد مخدر با هشت رأی[۳] و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز با شـــش رأی[۴] جزء قوانین پرتکرار در صدور آراء وحدت رویه بوده‌اند. در عین‌حال، ده رأی وحدت رویه[۵] نیز در ارتباط با سایر قوانین و مقررات کیفری صادر شده است.



---

۱. شامل آراء وحدت رویه به شماره: ۸۱۵، ۸۱۳، ۸۰۸، ۸۰۷، ۸۰۴، ۷۹۹، ۷۹۸، ۷۹۵، ۷۹۰، ۷۸۲، ۷۷۸، ۷۷۷، ۷۷۰، ۷۶۶، ۷۶۴، ۷۶۱، ۷۵۹، ۷۴۶، ۷۴۰، ۷۴۴، ۷۳۷، ۷۳۱ و ۷۲۹ است.

۲. شـــامل آراء وحدت رویه به شـــماره: ۸۲۵، ۸۲۰، ۸۱۸، ۷۹۶، ۷۸۷، ۷۶۸، ۷۵۸، ۷۵۶، ۷۵۴، ۷۵۲ و ۷۴۲ است.

۳. شامل آراء وحدت رویه به شماره: ۸۲۶، ۸۱۴، ۷۷۶، ۷۷۲، ۷۶۵، ۷۴۵، ۷۴۳ و ۷۳۸ است.

۴. شامل آراء وحدت رویه به شماره: ۸۰۹، ۷۸۳، ۷۶۲، ۷۵۱، ۷۴۹ و ۷۳۶ است.

۵. شـــامل آراء وحدت رویه به شـــماره: ۸۲۲، ۸۱۷، ۸۰۰، ۷۹۷، ۷۸۵، ۷۷۵، ۷۷۴، ۷۶۰، ۷۳۴ و ۷۳۰ است.

از مجموع آرای صادره که به طور مستقیم ناشی از قانون مجازات اسلامی بوده، تعداد هفت رأی در سال ۱۳۹۹ صادره شده است. این تعداد رأی، بیشترین تکرار را از زمان تصویب قانون مجازات اسلامی‌در سال ۱۳۹۲ داشته که حاکی از تأثیر گسترده تصویب قانون کاهش حبس تعزیری است. در مقابل، قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۵ پرتکرار در صدور رأی وحدت رویه بوده؛ در این سال، ۳ رأی صادره شده[1] که عمدتاً ناشی از اختلاف در صلاحیت است.

در قانون مبارزه با مواد مخدر نیز به طور میانگین هر سال تقریباً یک رأی صادر شده، اما در سال ۱۳۹٤ دو رأی ناظر به اعدام منتشر شد؛ بدین ترتیب که طی رأی وحدت رویه شماره ۷٤۳، احکام اعدام متهمان مواد مخدر قابل فرجام‌خواهی در دیوان دانسته شد و بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۷٤٥ مقرر شد که آراء محکومیت مرتکبان جرایم مواد مخدر به استثنای احکام اعدام که تا تاریخ ۱۳۹٤/۳/۳۱ (نسخ ماده ۳۲ قانون مبارزه با مواد مخدر طبق ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری) صادر شده قطعی و لازم‌الاجراست.

آخرین قانون پرتکرار در صدور رأی وحدت رویه، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است. از مجموع شش رأی صادره، دو رأی (آراء وحدت رویه شماره ۷٤۹ و ۷۵۱) در سال ۱۳۹۵ صادر شد که به ترتیب در خصوص تعیین مرجع رسیدگی ناظر به حمل چوب و هیزم و ذغال حاصل از درختان جنگلی و نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره بود.

۳. مولفه‌های سیاست کیفری در صدور آراء وحدت رویه

با بررسی موردی آراء وحدت رویه صادره، سه مولفه اساسیِ فقدان روش‌شناسی، اتخاذ سیاست کیفری سهل‌گیرانه و تعدی از نص قانون استخراج شد که در ادامه به‌تشریح آن خواهیم پرداخت.

۱-۳. فقدان روش‌شناسی ضابطه‌مند در تفسیر

روش‌های تفسیر اصولاً به شکل‌گرایی حقوقی[2] (منشأگرایی) و واقع‌گرایی[3] (مکاتب پویا) تقسیم شده است (نجفی و دیگران، ۱۳۹۸ : ۳۰۰-۲۹۸)؛ با این حال

۱. شامل آراء وحدت رویه به شماره: ۷۵۲، ۷۵٤ و ۷۵٦ است.

2. Legal Formalism.

3. Legal realism.

تفسیر در قلمرو حقوق کیفری گونه‌های متفاوتی دارد که تقسیم بر اساس مرجع تفسیر (قانونی، قضایی، دکترین و نهادهای مشورتی)، بر اساس مکاتب تفسیری (تبعیت از اراده مقنن، تفسیر آزاد و تفسیر قابل قبول) و بر اساس روش‌های علمی (ادبی، اصولی، تاریخی، منطقی، لفظی، مضیق، به نفع متهم و موسع) از جمله آن‌هاست (قیاسی، ۱۳۹۸: ٦-۱۰)؛ بنابراین مفسر با گزینش روش تفسیر می‌تواند به صورت منسجم، منطقی و ضابطه‌مند، قواعد و اصول تفسیر را با قانون تطبیق دهد؛ در غیر این صورت، نتیجه هر گونه تبیینی از اجمال، ابهام، تعارض و سکوت قانون بدون لحاظ مبنا و ضابطه، به معنای اِعمال سلیقه و ذوق قضایی و نه تفسیر خواهد بود؛ چه این‌که، تفسیر ماحصل استخراج مدلول قانون با کاربست نظرِ علمی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۲۱).

این‌که هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر اساس کدام‌یک از روش‌های تفسیر، اقدام به صدور آراء وحدت رویه می‌کند، قابل تأمل است. به طور مشخص می‌توان بیان کرد که در صدور آراء وحدت رویه کیفری روش‌شناسی مختار و منسجمی وجود ندارد و فقدان روش منسجم در تفسیر قوانین کیفری، الگویی پایدار نیز در اختیار دادگاه‌های تالی قرار نخواهد داد (امیدی، ۱۳۹۹: ۲۲). از این رو، آن‌گاه که سنگ بنای صدور رأی وحدت رویه، «تفسیر به‌نفع متهم» یا «تفسیر مضیق»[1] است، تکلیف قضات در جلسه هیأت عمومی‌دیوان عالی کشور روشن است. آنان با اصول تفسیری مذکور در پی آن هستند که از لفظ و ظاهر فراتر روند و قانون را به نحوی تفسیر کنند که مساعد به حال متهم باشد. برای نمونه در آراء وحدت رویه شماره ۸۱٤ (تفسیر کلمه «ارسال» در ماده ٤ قانون مبارزه با مواد مخدر) و شماره ۸۲٦ (مبنای محاسبه «سابقه محکومیت قطعی در بند پ ماده ٤٥ قانون مبارزه با مواد مخدر)، در متن آراء بر تفسیر مضیق نصوص کیفری و تفسیر به نفع متهم تأکید شده است؛ حال آن که در یک شکل‌گرایی محض در هنگام صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۵، تشدید مجازات شلاق تعزیری ولو آن‌که فراتر از هفتاد و چهار ضربه باشد، مورد قبول واقع شد. این رویکرد تفسیری در عبارات رأی وحدت رویه شماره ۸۱۷ نیز قابل ملاحظه است و دیوان با اتکاء به شکل و ظاهر قانون، سعی کرده حکم مسأله را استخراج کند.

---

۱. رابطه بین تفسیر به نفع متهم با تفسیر مضیق یا موسع، عموم و خصوص من وجه است.

بنای استدلال این رأی بر نص‌محوری استوار است و بیان شده «قابل فرجام بودن آراء دادگاه‌ها، امری اســـتثنایی و نیازمند نص است و در هیچ‌یک از مقررات مربوط چنین نصی وجود ندارد»؛ بنابراین اعسار از پرداخت دیه قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور نیست.[۱]

۲-۳. الزامات اجرایی و اتخاذ سیاست کیفری سهل‌گیرانه

در مـــورد قوانیـــن و مقررات کیفـــری ماهوی، زمانی که از سیاســـت کیفری سخت‌گیرانه یا سهل‌گیرانه سخن به میان می‌آید، مقصود مجازات‌های تعزیری است؛ زیرا حدود، قصاص و دیات مجازات‌های ثابت و تابع نص است و دیوان عالی کشور در رابطه با ماهیت این‌نوع مجازات‌ها وارد تفسیر نمی‌شود. هر چند که از حیث فرایند و نحـــوه اجراء، این گونه نبـــوده و مثلاً دیوان در مورد میزان دیه یا نحوه پرداخت آن (آراء وحـــدت رویه شـــماره ۸۰۸، ۸۰٤، ۷۸۲، ۷۷۷، ۷٦۱ و ۷٤۰) تصمیم‌گیری کرده است. در ادامه بر همین مبنا شـــاخص‌های سیاست کیفری سهل‌گیرانه دیوان بررسی می‌شود.

۱-۲-۳. توسعه نهادهای ارفاقی

نهادهای ارفاقی ســـنتی که پیـــش از حکومت قانون مجازات اســـلامی۱۳۹۲ وجود داشت، شـــامل تخفیف مجازات، تعلیق اجرای مجازات و نظام آزادی مشروط بود، اما بعد از ســـال ۱۳۹۲ نهادهای دیگری مانند معافیت از کیفر (ماده ۳۹)، تعویق صدورحکم (مـــاده ٤۰)، نظارت یا کنترل تحت ســـامانه‌های الکترونیکی (ماده ٦۲)، مجازات‌های جایگزین حبس (ماده ٦٤)، توبه (مواد ۱۱٤ تا ۱۱۹) و قاعده دراء (مواد ۱۲۰ و ۱۲۱) وارد قوانین کیفری ایران شـــد. توســـعه نهادهای مذکور حکایت از آن دارد که تمایل قانون‌گذار به دوری‌گزینی از رویکرد ســـزاگرایانه و تأکید بر نهادهای کیفری نوین است. این‌که در عمل، تا چه میزان قضات تمایل به بهره‌گیری از نهادهای نوین ارفاقی دارند، خود بحث مســـتقلی است (پورقهرمانی و نگهدار، ۱۳۹۷ : ۲٦). به علاوه، در اردیبهشـــت ۱۳۹۹ با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، ضمن کاسته شدن از مجازات حبس تعزیری، بسیاری از نهادهای حقوق کیفری مانند جرائم

۱. این تبیین به معنای اِعمال «وحدت تفسیر» و کاستن از تنوع و تکثر در تفسیر نیست، بلکه مقصود آن اســـت که مفسر با عَلم به مجرای روش‌های متنوع تفسیر، مانع استنادات و استفاده ناروا از تفسیر شود.

قابل گذشـــت، تعدد جرم، تکرار جرم، مصادیق خاص شـــروع به جرم و معاونت در جرم، تقلیل مجازات، تبدیل مجازات، تعلیق مجازات، جایگزین‌های حبس، مجازات تکمیلی، نظام نیمه آزادی، نظارت با سامانه‌های الکترونیکی، انشاء حکم و صلاحیت محاکم نیز متحول شـــد (میرزایی یزدی و موســـوی، ۱۳۹۹ : ۲۵۵). این تحولات در رویکرد قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور نیز اثرگذار بوده و آنان در تفســـیر قانون به نحوی عمل کرده‌اند که حکایت از توسعه هر چه بیشتر نهادهای ارفاقی دارد. چنین رویکردی را می‌توان در آراء وحدت رویه شماره ۷۸۳ (اِعمال تخفیف مشمولان اعـــدام و حبس ابد مواد مخـــدر)، ۷۷۸ (قابل تعلیق بودن بزه موضوع ماده ۷۰۲ قانون مجازات اســـلامی) و ۷٤٦ (نحوه تعیین مجازات جایگزین حبس) جســـت‌وجو کرد؛ با این حال در موارد معدودی دامنه شـــمول نهادهای ارفاقی محدود شده است؛ مانند رأی وحدت رویه شماره ۷٦٤ که بر اساس آن در خصوص محکومان به حبس دائم، آزادی مشروط قابل اجرا نیست.

۲-۲-۳. غلبه رویکرد حبس‌زدا و سیاست بزه‌کارمحور

از قرن نوزدهم به بعد با کاهش مجازات‌های بدنی،[1] مجازات‌های سالب آزادی[2] توســـعه پیدا کرد (Seymour, 2006: 73)؛ به نحوی کـــه این‌گونه مجازات‌ها بخش جدایی‌ناپذیر نظام عدالت کیفری شـــد. به تعبیر فوکو[3] «زندان راه‌حل کریهی است که نمی‌توان از آن اجتناب کرد» (فوکو، ۱۳۹۰: ۲۸٦). همین اجتناب‌ناپذیری موجب شده اســـت سیاست‌گذاران عدالت کیفری در هر برهه، رویکرد متفاوتی نسبت به آن اتخاذ کنند. در ایران آمار دقیقی از تعداد زندانیان در دسترس نیست. با مراجعه به وب‌سایت ســـازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور نیز آماری مشاهده نشد (وبسایت سازمان زندان‌ها، ۱٤۰۲)؛ حال آن‌که رئیس سازمان زندان‌ها در مصاحبه‌ای بدون اشاره به آمار دقیقی از تعداد زندانیان، بیان می‌دارد که «در جمهوری اســـلامی‌ایران ما بالاتر از حد میانگین جهانی زندانی در زندان‌های کشـــور داریم» (وب‌ســـایت خبرآنلاین، ۱٤۰۱). این امر در شـــرایطی اســـت که حسب اعلام ســـخن‌گوی فرماندهی انتظامی جمهوری اســـلامی ایران هزینه هر نفر زندانی در ســـال ۱٤۰۱ به طور میانگین حدود

1. Corporal Punishment.
2. Imprisonment Punishment.
3. Michel Foucault.

ده میلیون تومان بوده اســـت (خبرگزاری مهر، ۱٤۰۱). همین امر موجب شـــده که در سال‌های اخیر در سیاست‌های کلی و اسناد بالادستی (سیاست‌های ابلاغی مقام معظم رهبری و برنامه‌های پنج‌ســـاله توسعه) به تدریج بر کاهش یا حذف مجازات حبس به عنوان اصلی‌ترین مجازات در نظام کیفری ایران تأکید شود. با این‌حال، در عمل و پس از گذشـــت بیش از چهار دهه از پیروزی انقلاب اسلامی، هم‌چنان نمی‌توان سیاستی منســـجم و از پیش تعیین شده برای کیفرگذاری ترســـیم نمود (سبزواری‌نژاد، ۱٤۰۱: ۱۷۵). در دهـــه شـــصت و دوران جنگ تحمیلی، اصولاً قانون‌گـــذار بر مجازات‌های شـــدید و حبس‌های طولانی‌مدت تأکید داشت؛ گو این‌که، مجازات صورتی از تلافی اجتماعی بود (وایت و هینز، ۱٤۰۱: ۳۰۵). در دهه هفتاد و با تصویب قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، درصد فراوانی کیفرِ حبس بیش از هر مجازات دیگری بود. تا آن‌که در ســـال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی و تحت تأثیر رویکردهای اصلاح و تربیـــت، نهادهای جایگزین حبس پیش‌بینی شـــد. «قانون کاهش مجازات حبس تعزیری» مصوب ۱۳۹۹ بیش از هر قانونی بر سیاســـت کیفری حبس‌زدا تأکید کرد. در همین راســـتا، هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز هم‌سو با قانون‌گذار عمل کرده اســـت. به عنوان نمونه، طی رأی وحدت رویه شماره ۷٤٦، اِعمال مجازات‌های جایگزین حبس در خصوص مواد ٦٥، ٦٦، ٦٨ و ٦٩ قانون مجازات اسلامی منوط به شرایط مذکور در ماده ٦٤ نشد تا محکومان بیشتری از کیفر حبس رهایی یابند.

در کنار رویکرد حبس‌زدا که بدان اشـــاره شد، از مجموع آراء صادره از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور می‌توان چنین اســـتنباط کرد که نتیجه آراء وحدت رویـــه اعم از شـــکلی یا ماهوی، بیـــش از آن‌که به نفع بزه‌دیدگان باشـــد، حمایت از حقوق متهمان و محکومان است. چنین رویکردی در صدور آراء وحدت رویه شماره ۷۷۰ (غیر منصوص بودن جرم رابطه نامشـــروع و امکان کســـر ایام بازداشت قبلی از محکومیت مرتکب)، ۸۱٤ (عدم امکان تعیین مجازات تعزیری برای جنبه عمومی‌جرم به اســـتناد قســـامه)، ۸۲۲ (آنی بودن جرم تغییر کاربری اراضی)، ۸۲٦ (محاسبه سابقه محکومیـــت قطعی بر مبنای محکومیت قابل اجرا پـــس از اعمال نهادهای ارفاقی) و ۷٥٦ (تسری تسلیم به رأی به محکومیت‌های تعزیری قابل فرجام) نمود یافته است.

۳-۲-۳. توسعه اعتراض به آراء

اعتراض به آراء، این امکان را برای متهمان فراهم می‌کند تا پرونده آنان از سوی قضات متعدد و از جنبه‌های متفاوت بررسی شود. به هر میزان که قانون‌گذار چنین شرایطی را توسعه دهد، حکایت از سیاستی سهل‌گیرانه به نفع متهم دارد و رسیدگی قضایی از سوی مراجع مختلف موجب اتقان آراء قضایی خواهد شد. در خصوص آراء وحدت رویه دهه نود شمسی، می‌توان بیان داشت که دامنه اعتراض به آراء توسعه پیدا کرده است. هرچند که این امکان صرفاً برای متهم نیست و به عنوان نمونه در رأی شماره ۸۲۰ مقرر شد که در جرایم قابل گذشت تا زمانی که شاکی گذشت خود را اعلام نکرده، حق تجدیدنظرخواهی دادستان نسبت به آراء برائت به قوت خود باقی است. به علاوه، گاه دیوان مانع گسترده شدن اعتراض به آراء شده؛ چندان که طی رأی وحدت رویه شماره ۸۱۷ بیان داشت اعسار از پرداخت دیه قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور نیست؛ یا آن‌که در رأی شماره ۷۴۵ صرفاً با استثناء کردن احکام اعدام، آراء محکومیت مرتکبان مواد مخدر تا تاریخ ۱۳۹۴/۳/۳۱ [نسخ ماده ۳۲ قانون مبارزه با مواد مخدر طبق ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری] را قطعی اعلام کرد؛ حال آن که دیوان سابق بر این طی رأی وحدت رویه شماره ۷۴۳ احکام اعدام متهمان مواد مخدر را قابل فرجام‌خواهی دانسته بود. جدا از استثنائات مذکور، آراء وحدت رویه شماره ۸۰۸ (قابلیت فرجام‌خواهی از جمع دیات صدمات متعدد نزد دیوان عالی کشور)، ۷۹۶ (عدم تأثیر قانون کاهش حبس تعزیری در قابلیت فرجام‌خواهی با توجه به درجه مجازات قانونی جرم در زمان صدور رأی)، ۷۸۷ (عدم تغییر صلاحیت دیوان عالی کشور در فرجام‌خواهی در چهارچوب رسیدگی‌های دادگاه‌های کیفری یک) و ۷۳۷ (امکان اعاده دادرسی محکومان به قصاص نفس زیر هجده سال) نشان از تمایل هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر توسعه دامنه اعتراض به آراء دارد.

۳-۳. تعدی از نص قانون

به خلاف دیدگاه مونتسیکو،[1] قضات، فقط زبانی برای بیان قانون نیستند (Silt-ala, 2000: 3)؛ زیرا در مواردی که هیأت عمومی دیوان عالی کشور از نص قانون عدول می‌کند، گاه همراه با مصلحت‌اندیشی‌های اجرایی است؛ بدین معنا که در مقام

1. Montesquieu.

اجـــرای قانون، مشـــکلات و چالش‌هایی به وجود می‌آید کـــه واضعان قانون آگاهی چندانـــی به آن ندارنـــد و قضات هیأت عمومی‌تلاش می‌کننـــد در قالب صدور رأی وحدت رویه، اشـــکالات اجرایی را مدیریت کنند. از این رو، در رابطه با رأی وحدت رویه شماره ۷٤۲ گفته شده است هیأت عمومی دیوان عالی کشور با انگیزه جلوگیری از خیل عظیم پرونده‌هایِ درخواستِ اعاده دادرسی که «بدون دلیل کافی و صرفاً برای به تأخیر انداختن اجرایِ احکام مبنی بر کیفر سالب حیات یا سایر مجازات‌های بدنی» مطرح می‌شوند، از نص تبصره ماده ٤۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری عبور کرده است (خالقی، ۲/۱۳۹۵: ۱۱۲). تبصره مذکور مقرر داشـــته «... شـــعبه دیوان عالی کشور با وصول تقاضای اعاده دادرسی قبل از اتخاذ تصمیم درباره تقاضا، دستور توقف اجرای حکم را می‌دهد»، اما در رأی وحدت رویه شماره ۷٤۲ بیان شده است: «... شعبه دیوان عالی کشـــور برای صدور دستور توقف اجرای حکم، ابتدا باید درخواست را بررسی و ملاحظه و چنانچه نظر اعضای شـــعبه بر رد درخواست باشد صدور دستور توقف اجرای حکم امر بی‌فایده و لغوی است ...».

این رویکرد مصلحت‌اندیش در رأی وحدت رویه شـــماره ۷٤٦ نیز ظهور پیدا کرد. با توجه به این‌که ماده ٦٤ قانون مجازات اسلامی قاعده کلی اِعمال مجازات‌های جایگزین حبس را تعیین می‌کند و عدم توجه به مفاد آن موجب لغو و بی‌اثر شدن ماده پیش‌گفته می‌شـــود، اما دیوان صدور مجازات جایگزین حبس را منصرف از ماده ٦٤ دانست. دلیل صدور این رأی را می‌توان در مصاحبه معاون نظارت دیوان عالی کشور پیدا کرد. ایشان بیان می‌کند «بسیار خرسندیم که صدور این رأی با فرامین مقام معظم رهبری و تأکید معظم‌له به قوه قضاییه در حبس‌زدایی و تعیین مجازات‌های جایگزین حبس هم‌زمان شـــد و مصالح عمومی نیز در جلوگیری از اثرات سوء زندان در برخی از جرائم عمدی که مجازات‌های کمتری داشـــتند و همچنین جرائم غیر عمدی تأمین گردید» (خبرگزاری میزان، ۱۳۹۵)؛ بنابراین آنچه موجب شد اصل مذکور در ماده ٦٤ نادیده گرفته شود، همانا گرایش به سیاست حبس‌زدا بود.

در صدور رأی وحدت رویه شـــماره ۷٤۰ که منجر به تعیین ارش در فرض از بین بردن طحال گردید، صراحت ماده ٥٦۳ قانون مجازات اسلامی نادیده انگاشته شد. مطابق اصل مقرر در ماده مذکور «از بین بردن هر یک از اعضای فرد و هر دو عضو از

اعضای زوج، دیه کامل» دارد؛ بنابراین در شـــرایطی که دیه اعضای داخلی مورد حکم واقع نشده، با پذیرش تفسیر دیوان در تمام موارد باید قائل به ارش بود و نص صریح ماده ٥٦٣ را لغو و بی‌اثر دانست. از این رو، در برابر استدلال هیأت عمومی‌دیوان عالی کشـــور مبنی بر این‌که فتاوی فقهی نیز در صـــورت از بین رفتن طحال قائل به تعیین ارش هســـتند، گفته شده «استناد به فتاوی فقهی در جایی قابل توجیه است که نسبت به موضوع در قانون، یکی از حالات ســـکوت، نقص، اجمال یا تعارض وجود داشته باشـــد که با وجود حکم صریح ماده ٥٦٣، اســـتناد به منابعی ورای متون مدون قانونی تأمل‌برانگیز است» (اکرمی، ١٣٩٤: ١٤٢).

٤. جهات و دلایل کثرت آراء وحدت رویه کیفری

با روش تحلیـــل محتوای کیفی، پنجاه و هشـــت رأی وحدت رویه اصداری در فاصلـــه زمانی ۱۳۹۲ تا انتهای ۱۴۰۲ بررســـی شـــد و در مجموع مهم‌ترین دلایل صدور آراء مذکور را حســـب عوامل زمینه‌ای و روابط عِلّـــی میان اختلاف و کثرت آراء وحدت رویه، می‌توان در مشارکت حداقلی کارگزاران اجرایی در روند تصویب قوانین، پراکندگی قوانین کیفری، عدم انســـجام بین سیاست کیفری تقنینی و قضایی و آزمایشی بودن قوانین طبقه‌بندی کرد.

٤-١. مشارکت حداقلی کارگزاران اجرایی در روند تصویب قوانین

هدف مجالس قانون‌گذاری آن اســـت که بر اساس تشـــریفاتی اقدام به وضع قواعد کلی لازم‌الاجرا کنند (Waldron, 2006: 236). این قاعده‌گذاری کلی که از آن به عنوان «قانون» یاد می‌شود (هارت، ۱۳۹۰: ۵۹) گاه فارغ از آن است که در مقام اجرا و در راهروهای دادسرا و دادگاه چه می‌گذرد. چندان که بیان شد در دهه نود تعداد آراء شـــکلی بر آراء ماهوی غلبه دارد. چنین کثرتی گواه آن است که در مقام وضع قانون، فروضی که می‌تواند هنگام اجرا موجب حدوث اختلاف بین مراجع قضایی شـــود از نظر قانون‌گذار مغفول مانده اســـت؛ چه این‌که آراء شـــکلی عموماً ناظر بر آیین‌های اداری اســـت (مانند این‌که چه کسی حق اعتراض دارد، در فرض وقوع اختلاف کدام مرجع صالح به رسیدگی است یا مرجع صالح جهت رسیدگی به اعتراض کدام است) و تنسیق چنین آیین‌هایی مســـتلزم بهره‌گیری از تجربه کسانی است که سال‌ها درگیر امور اجرایی بوده‌اند. در هر حال، منصرف از آراء وحدت رویه، نظریه‌های مشـــورتی

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز بعد از ســـال ۱۳۹۲ به طور قابل ملاحظه‌ای افزایش پیدا کرده و گاه همین نظریه‌های مشورتی تبدیل به رویه قضایی شده است. از این رو، در تقویت و اعتلای قانون‌گذاری کیفری می‌توان از رویه قضایی بهره گرفت (صداقتی و دیگران، ۱۳۹۹: ٤٣٦)؛ گرچه با «تفسیر قانون می‌توان پاره‌ای از کژروی‌های قانون‌گذار را تصحیح کرد» (آقایی‌نیا و شـــجاعی، ۱۳۹۰: ٥٤)، اما چالش اساســـی از آن‌جا ناشی می‌شـــود که پس از تصویـــب قانون، نظام قضایی با ســـیلی از اختلاف نظرها مواجه می‌شود و در این میان، آراء وحدت رویه، نظریات مشورتی، آراء اصراری دیوان عالی کشـــور و ... با کارآمدی هر چه بیشتر در صدد رفع نقایص قانون برمی‌آیند. به همین خاطر در شأن تفسیر قضایی گفته شـــده که قانون‌گذاری همراه با عدم اطمینان است که تنها به وسیله تفسیر قضایی[1] می‌توان به اطمینان رسید (Slapper & Kelly, 2003: 173)، اما پس از سپری شدن چندین سال که نظام قضایی با رویه‌های یکسانی مألوف شـــده، به ناگاه قانون‌گذار با وضع مقررات و ایجاد نهادهای جدید، تمام اندوخته‌های گذشـــته را محو می‌کند. اگر به پیشـــینه تصویب قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرســـی کیفری مراجعه کنیم، کاملاً متوجه چنین فرایندی خواهیم شـــد. از این رو اقتضاء دارد اکنون و پس از ســـپری شـــدن حدود چهار دهه از قانون‌گذاری کیفری پس از انقلاب، تا قبل از اتمام مهلت آزمایشـــی قانون آیین دادرســـی کیفری و قانون مجازات اســـلامی، پیش‌نویس قانون نه در «اتاق‌های بسته» که با مشارکت حداکثری کلیه کارگزاران اجرایی اعم از قضات، وکلا، کارشناسان، اساتید حقوق، ضابطان و ... تهیه و تدوین شود تا در مقام اجرا، با کمترین ابهام و اختلاف همراه باشد.

۲-٤. پراکندگی قوانین کیفری

پیش‌بینی تمام وقایع در متن قانون از حد توان انســـان خارج است (Walker, 1985: 104)، امـــا این نقیصه نباید با قوانین متعدد و پراکنده جبران شـــود؛ زیرا تعدد مراجع قانون‌گذار کیفری و سیاســـت‌های متفاوت تقنینی در برهه‌های زمانی خاص، موجب شده تا نظام عدالت کیفری ایران با تورم قوانین کیفری و تعدد عناوین مجرمانه مواجه شـــود. به علاوه، از نیمه دهه نود خورشـــیدی بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها که تعدادی از آن‌ها اســـتیذانی هستند، داخل در قلمرو حقوق کیفری شده است (رستمی،

1. Judicial Interpretation.

۱٤۰۰: ۲۹۸). جدا از آن‌که، تورم کیفری موجبی برای بی‌هنجاری است؛ از این حیث که موجب تردید شـــهروندان در خصوص رفتار مجاز و غیر قانونی می‌شـــود (نجفی ابرندآبادی و هاشـــم‌بیکی، ۹۰: ۱۳۹۰)، چنین کثرتی موجب شـــده تا یکپارچگی در قوانین و مقررات ایجاد نشـــود و در مقام اجرای قانون، با تمسک به اصول تفسیری، تقدم و تأخر قوانین، ناســـخ و منسوخ و تخصیص، در پی کشف مراد مقنن برآمد. به عنوان نمونه می‌توان گفت قواعـــد تکرار و تعدد جرم جزء قواعد عام حقوق کیفری بوده و هر آن‌چه در قانون مجازات اســـلامی بیان شده، نسبت به هر عنوان مجرمانه‌ای قابل اِعمال اســـت. همین موضوع در خصوص مواد مخدر موضوع اختلاف می‌شود و هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور در رأی وحدت رویه ۷۷٦ مقرر نمود «مستنبط از مقـــررات ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مجمع تشـــخیص مصلحت نظام، این اســـت که برای اعمال مقررات تشـــدید مجازات در اثر تکرار، نســـبت به مرتکبان جرائم موضوع بندهای یک تا پنج ماده هشت این قانون، انطباق جرم مذکور در هر بند، با محکومیت ســـابق مربوط بـــه همان بند، از حیث مقدار مواد مخدر لازم اســـت و با این وصف مقررات عمومی‌ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی‌مصوب ۱۳۹۲ در این موارد حاکم نیســـت ...». سیاست کیفری تقنینی دو مرجع قانون‌گذاری، یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس شورای اسلامی، موجب بروز چنین اختلافی شده است.

پراکندگـــی مقررات‌گذاری کیفری در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نیز مشهود است؛ چرا که پس از تصویب این قانون، ابهام در رابطه با رفتارهای مجرمانـــه داخل در عنوان قاچاق و صلاحیت‌های رســـیدگی به صورت مکرر مطرح شد؛ چندان که در مورد نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره و حمل چوب جنگلیِ غیرمجـــاز منجر به مداخله هیأت عمومی و صدور آراء وحدت رویه شـــماره ۷۵۱ و ۷٤۹ شـــد. همچنین ایجاد صلاحیت رسیدگی برای شعب سازمان تعزیرات حکومتی در رســـیدگی به پرونده‌های قاچاق تحت‌عنوان تخلف و صلاحیت رســـیدگی برای دادگاه انقلاب، موجب شـــده تا در حدود صلاحیت این دو مرجع اختلاف نظر پیش آیـــد؛ چندان که اثر چنین بحثی را می‌توان در آراء وحدت رویه شـــماره ۷۳٦ و ۷٤۹ ملاحظه کرد.

۳-٤. عدم انسجام بین سیاست کیفری تقنینی و قضایی

اجرای عدالت صرفاً مبتنی بر استدلال و تفسیر نیست، بلکه در آخرین زنجیره از دادرسی، عدالت با تصمیم‌گیری قاضی اجرا می‌شود (Marrani, 2018: 16). در واقع، استدلال و تفسیر امری ذهنی،[1] اما تصمیم‌گیری امری عینی[2] است؛ لذا شهروندان دستگاه عدالت کیفری را نه بر مبنای استدلال و تفسیر قاضی؛ که بر اساس تصمیم‌گیری او قضاوت می‌کنند. بر همین اساس، تصمیم‌گیری یا تجلی قانون در مرحله اجراء را می‌توان در آراء صادره از سوی محاکم، نظریه‌های مشورتی و آراء وحدت رویه مشاهده کرد. دقت در این سه نهاد معیاری است برای آن‌که بتوان میزان هم‌سویی سیاست تقنینی و قضایی را سنجی؛. چندان که تجربه نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی نیز نشان داده، همواره باید بین قانون و رویه قضایی نوعی توازن و تعادل برقرار باشد (وکیلیان، ۱۳۹۷: ٧٦)؛ بنابراین حالت ایده‌آل آن است که قانون‌گذار و مجری قانون سیاست مشترکی داشته باشند؛ در غیر این صورت، با قانون متروک مواجه خواهیم بود؛ یعنی قانونی که با وجود امکان اجراء، از سوی نهادهای رسمی به آن عمل نمی‌شود (میرزایی، ۱۳۹۰ : ٦٩). با این حال، در عرصه حقوق کیفری با وجود اصل قانونی بودن، نهادهای رسمی و کارگزاران عدالت کیفری مکلف هستند تابع قانون باشند، اما گاه رویه قضایی سعی می‌کند با تفسیرهایی از شدت قانون بکاهد، به همین جهت گفته شده است قضاوت تلفیقی از قانون و تفسیر قانون است (Klaus and others, 2023: 252). به عنوان نمونه، متأثر از یافته‌های جرم‌شناسی محکومان[3] (محمودی جانکی، ۱۳۹۷: ٨٤)، رویه قضایی با عدول از شرایط مقرر قانونی مانند آنچه در خصوص مجازات‌های شدید مواد مخدر وجود دارد، تلاش می‌کند تا حد امکان از اِعمال مجازات‌های اعدام یا حبس‌های طولانی‌مدت اجتناب کند. گفته شده است که عدم هم‌سویی بین قانون و اجرای آن، موجب کاهش اثر ارعابی مجازات‌های شدید مواد مخدر نزد متهمان و محکومان شده است (حسینی و دیگران، ۱۳۹۸: ١٦٩). در آراء وحدت رویه ناظر به جرایم مرتبط با مواد مخدر نیز تقابل با رویکرد سخت‌گیرانه سیاست کیفری تقنینی قابل مشاهده است؛ چندان که در رأی وحدت

1. Subjective.
2. Objective.
3. Convicts Criminology.

رویه شماره ۷۸۳، مجازات قابل اجراء؛ و نه مجازات اعدام و حبس ابد، مبنای محاسبه و اِعمال تخفیف در نظر گرفته شـــده است؛ در رأی وحدت رویه شماره ۸۱٤، تفسیر مضیقی از عنوان کیفری «ارســـال» صورت گرفته و در رأی وحدت رویه شماره ۸۲٦ «سابقه محکومیت قطعی» با لحاظ اِعمال نهادهای ارفاقی محاسبه شده است.

٤-٤. قوانین آزمایشی؛ اصلاحات و الحاقات متعدد

اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی استثنایی بر قانون‌گذاری محسوب می‌شود؛ چندان که صدر این اصل، در مقام وضع قاعده مقرر داشـــته است: «مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شـــخص یا هیأتی واگذار کند»، اما در «موارد ضروری» مقنن امکان تفویض اختیار وضع قانون را به کمیسیون‌های داخلی مجلس اعطا کرده است. چنانچه ضرورت به شرایط خاص کشور مانند وجود بحران یا وقوع جنگ تعبیر شود، آن‌گاه تصویب قانون آزمایشـــی توجیه‌پذیر است؛ حال آن‌که، پس از پیروزی انقلاب اســـلامی تقریباً قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری به طور آزمایشی و از مجرای اصل هشـــتاد و پنجم تصویب شده اســـت؛ به گونه‌ای که در قلمرو مقررات کیفری، تقنین آزمایشـــی تبدیل به اصل گردیده اســـت. از سوی دیگر، عموماً با پایان یافتن مهلت آزمایشی «سه ساله» یا «پنج ساله»، به طور مکرر مدت اجرای قانون تمدید می‌شود. منصرف از این‌که چنین رویکردی موجب تزلزل نظام حقوقی می‌شود (بارانی بیرانوند و مختاری، ۱۳۹۹: ۱۹)، در مرحله اجراء نیز موجب خواهد شد رویه قضایی منســـجم و قابل اتکایی شکل نگیرد. در این شـــرایط، ضمن اشراف بر نقدهای وارد بـــر تجربه‌گرایی (کبریتی و نوبهار، ۱۳۹۹: ۲٦۸- ۲٦۹)، باید در تقنین از پژوهش‌های تجربی نیز بهره جست تا بتوان خلأها و کاستی‌های قوانین آزمایشی را شناسایی کرد.

تغییر مکرر قوانین، نظام دادرســـی کیفری را با تحـــولات کلانی مواجه کرده اســـت؛ حذف دادســـرا، تغییر در صلاحیت دادگاه‌ها، ایجـــاد دادگاه‌ها و مجتمع‌های تخصصی، تأســـیس نهادهای جدید و ... جملگی مواردی هســـتند که موجب شـــده چالش‌ها و ابهام‌های بســـیاری میان قضات شـــکل گیـــرد و گاه پرونده‌ای از جهات شـــکلی با اطاله رسیدگی مواجه شـــود؛ بنابراین به‌جای آن که با آمارگرایی و صدور بخشنامه‌های دستوری، بر تســـریع در رسیدگی تأکید شود که خود با استقلال مرجع

قضایی[1] مغایرت دارد (Randolph, 1991: 34)، باید قوانین شـــکلی به درستی تنقیح شـــود. چندان که از آراء وحدت رویه صادره در دهه نود شمسی قابل استنتاج است، اختـــلاف در صلاحیت جزء پرتکرارترین آراء بوده؛ این امر به‌وضوح حکایت از عدم آشـــنایی نویســـندگان قانون با امور اجرایی و عملیاتی در دادسرا و دادگاه‌های کیفری دارد. از ســـوی دیگر، در حقوق کیفری ماهوی، تغییر مکرر قوانین بیش از آن‌که ناظر به جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی باشـــد، بنیان‌هـــای حقوق کیفری عمومی را متحول کرده و قطعاً همین موضوع برکل قوانین کیفری اثرگذار اســـت. کاهش مجازات حبس‌های تعزیری، مدرج شـــدن مجازات‌های تعزیری، تأســـیس نهادهای ارفاقی و ... صرفاً بر یک جرم خاص اثرگذار نیســـت، بلکه اثر آن‌را می‌تـــوان در قوانین خاص کیفری نیز جست‌وجو کرد؛ چندان که ثمره این اثرگذاری در آراء وحدت رویه کیفری نمود یافته اســـت؛ حال آن‌که، ثبات در بنیان‌ها و نهادهای پایه‌ای حقوق کیفری ماهوی و شکلی، موجب انسجام و اتقان آراء صادره از سوی محاکم خواهد شد و مانع محکمی‌در برابر اختلاف و تعارض در رسیدگی‌های قضایی است.

1. Independence of the Judicial Authority.

برآمد

۱- آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور، رویه قضایی خاص و الزام‌آوری را در نظام حقوقی ایران ایجاد کرده اســـت که در این معنا، مشـــابه چنین نهادی در کشورهای فرانسه و انگلیس وجود ندارد. در فرانسه به عنوان کشور تابع نظام حقوق نوشته، تفاسیر دیوان عالی ارشادی است. در کامن لا نیز با انتشار گزارش‌های حقوقی، رویه قضایی نه در نتیجه اختلاف بین دو شـــعبه؛ که طبق قاعده «الزام قضات به متابعت از آراء دادگاه‌های عالی در پرونده‌های مشـــابه» توسعه پیدا کرده است. به ایـــن ترتیب، کلمه «رویه» در عبـــارت «آراء وحدت رویه» بیش از آن‌که از نظر محتوا افاده مقصود کند، ظهور در شکل و فرم «رویه» دارد.

۲- رویه قـــضایی نهادی است که در اثر تکرار در طی سالیان از سوی مراجع رسیدگی‌کننده به ثبات می‌رسد و سپس با ویژگی استمـرار مورد پذیرش عموم قضات قرار می‌گیرد؛ که آن را به عنوان «رویه مســـتقر» یا «عرف قضایی» می‌شناســـند؛ حال آن‌که، به خلاف آراء اصراری، آراء وحـــدت رویه صرفاً مبین قاعده‌گذاری الزام‌آور هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور اســـت و مجالی برای شـــکل‌گیری رویه قضایی با ویژگی «ثبات» و «اســـتمرار» باقـــی نمی‌گذارد. به طور ویـــژه در امور کیفری، رأی وحدت رویه تبدیل به نهادی برای پر کردن خلأها و کاســـتی‌های قانون‌گذاری شده است و تحلیل محتوای آراء صادره از سال ۱۳۹۲ تا انتهای سال ۱۴۰۲ حکایت از آن دارد که بین تصویب قوانین و کثرت صدور آراء وحدت رویه نسبت مستقیمی وجود دارد.

۳- در قلمـــرو حقوق کیفـــری، تصویب قوانین جـــدید و اصلاحات مکرر، نهاد رأی وحدت رویه را از شـــأن تفســـیری به قاعده‌گـــذاری و گاه تکمیل خلأهای قانون‌گذاری، تقلیل داده است. با تدقیق در آراء وحدت رویه دهه نود شمسی، می‌توان دلیل کثرت آراء را در مشـــارکت حداقلی کارگزاران اجرایی، پراکندگی و آزمایشـــی بودن قوانین و عدم انســـجام بین سیاســـت کیفری تقنینی و قضایی جست‌وجو کرد. در عیـــن حال، هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور، متأثر از دلایـــل مذکور، به دور از روش‌شناســـی ضابطه‌مند و گاه با تعدی از نص قانون، نسبت به صدور آراء وحدت رویه اقدام می‌کند.

٤- از دیگر مولفه‌های سیاست کیفری هیأت عمومی دیوان عالی کشور که طی سال‌های اخیر بر آن تأکید شده، اتخاذ سیاست کیفری سهل‌گیرانه است. نمود چنین سیاستی را می‌توان در توسعه نهادهای ارفاقی، غلبه رویکرد بزه‌کار محور، سیاست حبس‌زدا و توسعه اعتراض به آراء مشاهده کرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اسلامی‌پناه، علی (۱۳۹۷)، «**رویه قضایی به منزله منبع حقوق**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۸٤.

* اکرمی، روح‌الله (۱۳۹٤)، «**دیه طحال: با نقدی بر رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور**»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۳.

* امیدی، جلیل (۱۳۹۹)، «**مسئولیت دیوان عالی کشور در نظام‌مندسازی تفسیر قوانین کیفری**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۰، شماره ۱.

* آقایی‌نیا، حسین و شجاعی، علی (۱۳۹۰)، «**نقش دادرسان در تفسیر قانون جنایی**»، فصل‌نامه حقوق، شماره ۳.

* بارانی بیرانوند، امیر و مختاری، عبدالله (۱۳۹۹)، «**نقد و بررسی تقنین آزمایشی در حوزه قانون‌گذاری**»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲۹.

* پورقهرمانی، بابک و نگهدار، ایرج (۱۳۹۷)، «**ارزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید (مطالعه موردی محاکم کیفری استان کردستان)**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ٤۸، شماره ۲.

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

* جمشیدپور، جعفر و خوئینی، غفور و تجری، فرهاد (۱۳۹۹)، «**بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی در نظام حقوقی ایران و فرانسه**»، مجلس و راهبرد، شماره ۱۰۱.

* حسینی، سیدحسین و سلطانی، محمد و صفری، صادق (۱۳۹۸)، «**تأثیرات عدم هم‌سویی سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران در نگرش متهمان و محکومان جرائم مواد مخدر**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰٦.

* خالقی، علی (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ سی و دوم، تهران:شهر دانش.

* رستمی، هادی (۱٤۰۰)، «**سیاست جنایی بخشنامه‌مدار در فرایند دادرسی کیفری**»، مجلس و راهبرد، شماره ۱۲۸.

* رفیعی، محمدرضا (۱٤۰۰)، «**چالش نهاد آراء وحدت رویه**»، مجله حقوقی

دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱٤.
* سبزواری‌نژاد، حجت (۱٤۰۱)، «**ارزیابی سیاست کیفری ایران در قبال رویکرد حبس‌گرایی و حبس‌زدایی**»، فصل‌نامه علمی‌کارآگاه، دوره شانزدهم، شماره ۵۸.
* صداقتی، سهام و عالی‌پور، حسن و صالحی، کریم و دهشیری، مهدی (۱۳۹۹)، «**نقش رویه قضایی در قانون‌گذاری کیفری**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۰، شماره ۲.
* صدرزاده افشار، سیدمحسن (۱۳۷۷)، «**تحول دیوان کشور فرانسه**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۲، شماره پیاپی ۱۱٤٤.
* عقیق، سیدروح‌الله و صالحی، کریم و برخورداری، عارف (۱٤۰۱)، «**نادیده‌انگاری بایسته‌های تقنینی در قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم علیه امنیت**»، دانش حقوق عمومی، شماره ۳۸.
* غرقی، جلیل و رضایی، غلامحسین و هوشیار، مهدی (۱٤۰۰)، «**معیارهای تفکیک قوانین ماهوی از قوانین شکلی از حیث اهداف، ویژگی‌ها و کارکرد در حقوق کیفری ایران**»، فقه جزایی تطبیقی، دوره اول، شماره ٤.
* فوکو، میشل (۱۳۹۰)، **مراقبت و تنبیه: تولد زندان**، برگردان: نیکو سرخوش و افشین جهاندیده، چاپ نهم، تهران: نی.
* قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹۸)، **روش تفسیر قوانین کیفری**، ویرایش دوم، قم: بوستان کتاب.
* کبریتی، محمدجواد و نوبهار، رحیم (۱۳۹۹)، «**رویکرد تجربی به مجازات؛ چشم‌انداز اسلامی**»، مطالعات حقوقی معاصر، سال یازدهم، شماره ۲۰.
* لازرژ، کریستین (۱۳۹۰)، **درآمدی بر سیاست جنایی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: میزان.
* محمودی جانکی، فیروز (۱۳۹۷)، «**رویکردی نو در شناختِ زیستِ محکومان**»، در: دانشنامه جرم‌شناسی محکومان، به کوشش: عباس شیری با همکاری گروهی از اساتید و پژوهشگران جرم‌شناسی، چاپ نخست، تهران: میزان.
* میرزایی یزدی، زهرا و موسوی، سیداسماعیل (۱۳۹۹)، «**تأثیر قانون کاهش حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ بر کیفرزدایی**»، قانون‌یار، دوره ٤، شماره ۱۹.

* میرزایـــی، اقبال‌علی (۱۳۹۰)، «**قانون متروک: مبانـــی، مفهوم و مصادیق**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷٤.
* نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و هاشم‌بیکی، حمید (۱۳۹۰)، **دانشنامه جرم‌شناسی**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* نجفـــی ابرندآبادی، علی‌حســـین (۱۳۹۰)، «**درباره‌ی اصطلاح سیاســـت جنایی (دیباچه ویراســـت دوم)**»، در: درآمدی بر سیاســـت جنایی، نوشته کریستین لازرژ، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: میزان.
* نجفـــی، رضا و گرجـــی ازندریانی، علی‌اکبر و تقی‌زاده، علـــی (۱۳۹۸)، «**رویکرد تفســـیری دیوان عالی کشـــور در حمایت از حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر آراء حقوقی**»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ٦۲.
* وایـــت، راب و هینز، فیونا (۱٤۰۱)، **جرم و جرم‌شناســـی؛ متن درسی نظریه‌های کجروی**، برگردان: علی سلیمی، چاپ یازدهم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* وکیلیان، حســـن (۱۳۹۷)، «**جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی**»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۸.
* هارت، هربرت (۱۳۹۰)، **مفهوم قانون**، برگردان: محمد راســـخ، چاپ دوم، تهران: نی.

ب. انگلیسی

* Baker, John, 2019, **An Introduction to English Legal History**, Fifth Edition, Oxford University Press.
* Barker & Padfield, David & Colin, 2007, **Law Made Simple**, twelfth edition, Oxford.
* Brooks, Thom, 2012, **Punishment**, first published, Routledge.
* Duxbury, Neil, 2008, **The Nature and Authority of Precedent**, Cambridge, Cambridge University Press.
* Klaus, Rzeplinska, 2023, **Snares and Panis, or What Stands in the Path to Desistance from Crime**, Book of Criminal Careers: Life and Crime Trajectories of Former Juvenile Offenders in Adulthood,

edited by Klaus, Rzeplinska and Wonznikowaska-Fajst, Witold, Irena and Dagmara, Routledge.

* Marrani, David, 2018, **Space, Time, Justice: From Archaic Rituals to Contemprorary Perspectives**, First Published, Routledge.

* Randolph, N. Stone, 1991, **Crisis in the Criminal Justice System**, Harvard Blackletter Journal, Vol. 8.

* Seymour M, 2006, **Alternatives to Custody in Ireland Report**, Alternatives to Custody in Ireland is a report commissioned by Business in the Community Ireland and produced in partnership with IPRT, Irish penal Reform Trust.

* Siltala, Raimo, 2000, **A Theory of Precedent**, Oxford, Hart Publishing

* Slapper & Kelly, Gary & David, 2003, **The English Legal System**, 6th edition, Cavendish Publishing Limited.

* Waldron, Jeremy, 2006, **Legislation**, in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Martin P. Golding and William A. Edmonson, (eds), Oxford, Blackwell Publishing.

* Walker, R.J. 1985, **The English legal system**, London, Butterworth.

پ. اینترنتی

* پایگاه اینترنتی روزنامه رسمی‌جمهوری اسلامی‌ایران، به نشانی: روزنامه رسمی‌جمهوری اسلامی‌ایران (rrk.ir)

* خبرگزاری میزان، کد خبر: ۱۹۶۰۵۹، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۳/۱۵، به نشانی: اقدام مهم دیوان عالی کشور در مورد مجازات‌های جایگزین حبس (mizanonline.ir)

* وب‌سایت خبرگزاری خبرآنلاین، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۳/۶، به نشانی: تعداد زندانیان در ایران بالاتر از میانگین جهانی – خبرآنلاین (khabaronline.ir)

* وب‌سایت خبرگزاری مهر، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۳/۶، به نشانی: تشریح نحوه محاسبه هزینه ۱۰ میلیونی هر زندانی – خبرگزاری مهر/ اخبار ایران و جهان/ Mehr News Agency

* وب‌ســـایت ســـازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشـــور، آخرین بازدید، ۱۴۰۲/۴/۱۶، به نشانی: سازمان زندان‌ها (prisons.ir)
* وب‌ســـایت گزارش‌هـــای حقوقی انگلســـتان و ولـــز (ICLR)، آخریـــن بازدید: ۱۴۰۳/۱/۲۲، به نشانی: Welcome to ICLR
* وب‌سایت مجله مشاورین حقوقی انگلستان، آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۱/۲۲، به نشانی: Solicitors Journal | Legal news, opinion and practice notes

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۱۱۸-۹۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

نرم‌افزار متن‌باز؛ حقوق مالکیت فکری یا حقوق قراردادها

عبداله رجبی[۱]

چکیده

برنامه‌های رایانه‌ای به دلیل اهمیتی که در زندگی روزمره انسان کنونی دارد و به سبب تلاش و هزینه‌ای که برای تولید آن می‌شود، نیازمند حمایت حقوق مالکیت فکری است؛ با این حال، امروزه جنبش‌هایی به وجود آمده است که دسته‌ای از این برنامه‌ها را از شمول نظام اقتصادی مالکیت فکری خارج و به صورت متن‌باز منتشر می‌کند. این جنبش‌ها معتقد به آزادی کاربران در توسعه نرم‌افزار و بهره‌برداری از آن هستند و از این رو، درون نرم‌افزار شروط قراردادی هست که بهره‌بردار از برنامه با به کارگیری آن، قرارداد را می‌پذیرد و در تغییر نرم‌افزار و انتشار آن، ملزم به آن شروط است. برخی دادگاه‌های خارجی، این‌گونه نرم‌افزارها را درون نظام مالکیت فکری جای می‌دهند و تابع احکام آن می‌دانند، اما بیشتر حقوق‌دانان این حمایت‌ها را تابع نظام قراردادها به شمار می‌آورند.

این نوشتار بر اساس مبانی حقوق ایران، مشروعیت انعقاد این نوع قراردادها را و این‌که در کدام دسته از قراردادهای سنتی قرار می‌گیرد، مورد بررسی قرار می‌دهد. یافته تحقیق، احراز صحت چنین قراردادهایی با لحاظ احکام خاص خود است.

واژگان کلیدی: نرم‌افزار، متن‌باز، مالکیت فکری، قرارداد، مجوز بهره‌برداری، حقوق مادی.

---

۱. استادیار دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران
rajabya@ut.ac.ir

درآمد

رویکرد رو به رشـــد دنیای فناوری، امروزه ناظر بـــه واگذاریِ ایجاد، تغییر و حتی امنیت، به کاربران آن فناوری اســـت. این رویکرد ناظر به تغییر وضعیت و گذار از حقـــوق مبتنـــی بر مرجع واحد و برتر، به حقوق مبتنی بر مراجعی اســـت که خود صاحبان حق و تکلیف باشند. امروزه این جنبش در میان نرم‌افزارها فعالیت بسیار دارد و کاربرد آن را در نقش گســـترده زنجیره بلوکی (بلاک‌چین)[1] برای امنیت فناوری، در نحوه نگارش دایره‌المعارف‌های دنیای مجـــازی و... نیز می‌توان دید. نام این جنبش، متن‌باز است.

برنامه متن‌باز «برنامه‌ای اســـت که همه می‌توانند شـــکل اصلاحی یا اصیل آن را آزادانـــه به کار گیرنـــد، تغییر دهند و به دیگران برســـانند» (Chike, 2016: 388). امروزه در اثر جنبش متن‌باز، مدل‌های کســـب و کار تغییر کرده اســـت (Sommer-ville, 2010: 201)؛ چرا که این رویکرد در پی توزیع کد منبع برنامه‌های سیســـتمی، مثل سیســـتم‌عامل، پایگاه داده و محیط توســـعه برنامه[2] است؛ تا دیگران در توسعه آن مشارکت کنند (Pressman, 2010: 9). متن‌باز مخالف هدایت و توسعه کد از جانب گروه‌های کوچک اســـت؛ بنابراین با انتشـــار نرم‌افزار، از داوطلبان دعوت می‌شود تا در فرایند توســـعه آن مشارکت یابند. بر اســـاس این اندیشه، مشارکت‌کننده در پروژه می‌تواند ایرادها (باگ‌ها) را گزارش دهد و برطرف کند و ویژگی‌های جدید و کارکرد نو را پیشـــنهاد دهد. امروزه، «ویندوز» روش انحصاری و «لینوکس» روش مشـــارکتی تولید و عرضه نرم‌افزار است.

جنبش متن‌باز دارای دو اندیشـــه نوآورانه اســـت: نخســـت، نرم‌افزار با امکان دسترسی آزاد کاربر به کد منبع ارائه شود؛ دوم، کاربر مختار و آزاد باشد تا نرم‌افزاری را که قانوناً تحصیل کرده، اصلاح، تکثیر یا بازتوزیع کند (Dixon, 2004: 2). بنابراین، کد متن‌باز شـــرط اصلی و فنی آزادی نرم‌افزاری است؛ یعنی آزادی نرم‌افزاری هدف و کد متن‌باز وســـیله رســـیدن بدان هدف است (Rosen, 2005: 3؛ شبیری زنجانی و نظام‌الملکی، ۱۳۹۶: ۵۵).

---

1. Black Chain
2. Development Environment

ریشـــه نرم‌افزارهای متن‌باز در تلاش گروهی با نام بنیاد نرم‌افزارهای آزاد قرار دارد (Sommerville, 2010: 198). این بنیاد حاصل تفکرات ریچارد استالمن در دهه ۱۹۷۰ میلادی است؛ او بر اساس دیدگاه‌های اخلاقی، سعی در مبارزه با اعطای صفت اقتصادی به نرم‌افزار داشـــت. به نظر او، نرم‌افزار دســـتاورد کل بشر است و نبایستی مشـــمول انحصار موجود در نظام مالکیت فکری باشـــد؛ اگرچه ذکر نام پدیدآورنده برنامه، از نظر اخلاقی، موجه اســـت (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ٥١٤– ٥١٥). در حقیقت، مالکیت فکری وسیله ارتقای منافع کسانی است که صاحب قدرت‌ند (Lloyd, 2011: 281) و با پذیرش جنبه اقتصادی برنامه رایانه‌ای، راه را برای سوء استفاده پدیدآورنده از نیاز کاربران و کســـب ثروت روزافزون او گشـــوده‌ایم. موضوع دیگری که جنبش متن‌باز مطرح می‌کند، مســـأله رواج خلاقیت در اجتماع با امکان مشـــارکت همه در تکمیل برنامه رایانه‌ای است.[1]

صرف نظر از محاســـن و معایب برنامه متن‌باز،[2] از جمله مســـائل حقوقی این برنامـــه که برخاســـته از امکان اصـــلاح منبع و تولید محتوا از جانب همگان اســـت، فراهم شـــدن موجبات ادعای مالکیت را از ســـوی کاربر اصلاح‌کننده و نقض اصول عام حاکم بر نرم‌افزار اســـت. در برنامه متن‌باز همـــواره احتمال نقض مالکیت فکری

---

۱. دسترسی آزاد متفاوت از دسترسی مشترک است. دسترسی مشترک به اطلاعات، تأکیدی بر استفاده از اجزای پیش‌ســـاخته، بدون دسترســـی مبنایی به منبع اجزاســـت (Dixon, 2004: 3)؛ یعنی، برنامه متن‌باز و اختصاصی ممکن اســـت که دسترسی مشترک گروهی از افراد را بپذیرد و افراد تنها به جزء خاصی از منبع دسترسی داشته باشند. افزون بر این، نرم‌افزارهای متن‌باز با نرم‌افزار رایگان فرق دارد. وقتی از مفهوم متن‌باز صحبت می‌کنیم، رایگان بودن آن در نظر نیســـت؛ بلکه به حقوق ناشی از آن و آزادی عمل در آن کار داریم (زرکلام و محوری، ۱۳۹٤: ۲۳؛ Shaeffer, 2017: 326).

۲. مهم‌ترین فایده برنامه متن‌باز، ســـهولت تحصیل و آســـانی دسترسی است (Chike, 2016: 377)؛ هرگاه برنامه از نوع اختصاصی باشـــد و تنها برای پدیدآورنده و کارکنان او دسترســـی به متن فراهم باشـــد، حیات برنامه وابســـته به خواست ایشان است؛ پس اگر با پیشـــرفت فناوری، ایشان نخواهند تغییراتـــی در متن و حتی در هدف آن ایجاد کنند، برنامه بـــرای کاربران فایده کمی دارد (بنگرید به: جعفـــرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ١١٤). برنامه متن‌باز برای کاربرانش معمولاً امنیت خاطر می‌آورد؛ چرا که در سریع‌ترین زمان، شاهد رفع مشکلات برنامه و اصلاح آن در مدت کم هستند (Sommerville, 2010: 199). پویایـــی برنامه متن‌باز نیز از مزیت‌های دیگر آن اســـت و از این راه، برنامه را مبدل به فنـــاوری زنده می‌کند. از مضرات برنامه متن‌باز (Bainbridge, 2004: 2011) این اســـت که، معمولاً تعداد محدودی از توسعه‌دهندگان به مشارکت در برنامه‌های تخصصی علاقه دارند (Sommerville, 2010: 200). همچنین برای شـــرکت‌های کاربر نرم‌افزار و حتی برای دولت‌ها مناســـب نیســـت که برنامـــه‌ای را به کار برند که متن آن در دســـت دیگری باشـــد و هر وقت بخواهـــد آن را تغییر دهد (جعفرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ١١٤– ١١٥).

دیگران وجود دارد.[۱] همچنین نمی‌توان اطمینان داشت که اشخاص غیر مرتبط جهت ورود به حریم خصوصی مداخله نکنند (Sommerville, 2010: 200)؛ و لذا بررسی مسؤولیت ناشی از این اقدامات کاربران، ضرورت می‌یابد. این پرسش نیز مطرح می‌شود که با وجود جنبش متن‌باز، آیا می‌توان همچنان از پارادایم‌های مالکیت فکری استفاده کرد یا مناسب است که مراجع قضایی و حقوقی، آن را جزو حقوق اموال یا قراردادها قرار دهند و در این خصوص تعیین تکلیف کنند که آیا با توجه به بروز شخصیت پدیدآورنده در آن، می‌توان او را در قبال نتایج این برنامه‌ها مسئول جبران زیان کاربران دانست.

برای پاسخ به این پرسش‌ها، نحوه حمایت نظام مالکیت فکری از برنامه متن‌باز مورد بررسی قرار می‌گیرد و نظام حمایتی قراردادها از این برنامه تبیین می‌شود.

۱. جنبه‌های مالکیت فکری برنامه متن‌باز

مهم‌ترین حق در برنامه رایانه‌ای، حقوق فکری موجود برای پدیدآورنده یا انتقال‌گیرنده حق از اوست. برای حمایت نظام مالکیت فکری از برنامه‌های رایانه‌ای، دلایل و شرایطی وجود دارد که به این دسته از تولیدات فکری اختصاص دارد؛ بنابراین ادعای تبعیت مطلق حقوق نرم‌افزارهای رایانه‌ای از فروعات نظام حقوق فکری و نادیده گرفتن خصایص هر یک نارواست. این دلایل و شرایط را در زیر بررسی می‌کنیم.

۱-۱. جهات توجیهی برای حمایت

مالکیت فکری در معنای کلی و در ذات خویش، به معنای انحصار و اختصاص فکر عینیت‌یافته به شخص خاص است. امکان انتقال اطلاعات و افزایش سرعت اتصال و نصب برنامه از طریق فضای مجازی و از منبع مشخص تولیدکننده برنامه نشان می‌دهد که برنامه نیز از نظرگاه ساده عرف، کالاست و خدمتی نیست که در قالب کالای دیگری از جانب صاحب فکر ارائه شده باشد. در واقع، برنامه همان نقشی را در فضای مجازی بازی می‌کند که اموال مادی در دنیای واقعی؛ به گونه‌ای که می‌توان نظریه اجاره برنامه به کاربران را مطرح ساخت.

---

۱. برای جلوگیری از این مسأله، پیشنهاد شده که اصلاح‌کننده مشخص کند آیا نقضی در اصلاح برنامه روی داده و چگونه و چه وقت رخ داده است (Bainbridge, 2004: 312-315).

در کنـــار آن، ایجاد برنامه رایانـــه‌ای گاه نیازمند تخصـــص، وقت و هزینه و امکانات بیشـــتری از ســـایر تولیدات فکری اســـت. برای همین، معمولاً تولید برنامه اقتضای سرمایه‌گذاری (مالی و مهارتی) را دارد و هدف عمده تولیدکنندگان، بازگشت ســـرمایه‌ای اســـت که در آن راه صرف می‌کنند؛ پس سزاوار است تلاش و هزینه‌شان منشـــأ اثر باشـــد تا روند تولید این وســـیله مفید، همچنان پا بر جا ماند. بدون چنین حمایتی، ســـازندگان برنامه توان بازگرداندن ســـرمایه خود در کنار ســـود متعارف را ندارند و به دنبال آن، ایجاد و توســـعه این جنبه سرنوشت‌ســـاز از فناوری رایانه‌ای به خطر می‌افتد (Wipo, 2004, no. 7.4).

۲-۱. شرایط حمایت

حمایت از حقوق ناشـــی از برنامه رایانه‌ای به دو دسته عمده حمایت رسمی (از طریق مراجع قانونی و نهادهای عمومی) و حمایت شـــخصی تقســـیم می‌شـــود. درباره حمایت شخصی می‌توان به مباحث راجع به خوددادگری مراجعه کرد،[1] اما در حمایت‌های رسمی از حقوق ناشـــی از نرم‌افزار رایانه‌ای، تقریباً تردیدی میان قوانین کشورهای پیشرفته دنیا نیســـت. در حقوق ایران نیز، قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب سال ۱۳۷۹ ناظر به حق فکری ناشی از نرم‌افزار رایانه‌ای و حمایت داخلی از آن است؛ با این حال، آنچه دشوار می‌نماید، چگونگی این حمایت است؛ این‌که نرم‌افزار رایانه‌ای که از جمله تولیدات فکری جدید است، در کدام نظام حمایتی حقوق فکری قرار می‌گیرد و از چه شـــیوه‌ای بایســـتی از پدیدآورنده و سایر افـــراد دخیل حمایت کرد و آیا حمایت قانونـــی نظام حقوقی ایران برای این برنامه‌ها مناسب و کافی است.

پاسخ این سوالات را بایستی در قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای و آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون مذکور مصوب ۱۳۸۳ و ســـایر قوانین و منابـــع حقوقی موجود دید و با عنایت به رویـــه جهانی موجود و ماهیت تغییرپذیر برنامه‌های رایانه‌ای، نظام حقوقی حاکم بر آن را تعیین و حدود آن را مشـــخص کرد؛ توضیـــح این‌که، برنامه رایانه‌ای در کنار نوشـــته بودن، هم‌زمان در بر دارنده تصویر و

---

۱. برای مطالعه اقدامات حمایتی شخصی در حقوق فکری و نرم‌افزارها، بنگرید به: رجبی و حسینی، ۱۴۰۱: ۲۴۹ و بعد.

صدا و نیز حاوی دستوراتی است که سخت‌افزار را به کار وا می‌دارد. این ویژگی‌ها، از سویی به دلیل حمایت نکردن نظام مالکیت فکری از روش‌ها و ترفندها، سبب شده که نتوان آن را در قالب نظام مالکیت فکری جای داد و از سوی دیگر، به دلیل گنجایش ناکامل آن در شاخه‌های معین مالکیت فکری، سبب شده که نتوان به طور کامل از یکی از نظام‌های حمایتی مالکیت فکری موجود برای حمایت از حق پدیدآورنده یا سایر حقوق موجود در آن بهره برد. برای همین، مباحث طولانی و فراوانی میان طرفداران هر دو نظام در طی تاریخ ایجاد این برنامه‌ها درگرفته است؛ یعنی برای حمایت حقوقی در قالب نظام مالکیت فکری، می‌توان از دو نظام مالکیت ادبی‌هنری و ثبت حق اختراع یاری گرفت؛ در عین حال، هیچ‌یک به طور کامل متناسب با حمایت از برنامه رایانه‌ای نیست.

۳-۱. رابطه شیوه‌های متعدد حمایتی

رابطه حمایت نظام اختراعات با مالکیت ادبی‌هنری در برنامه‌های رایانه‌ای نیازمند تبیین است. می‌توان گفت که برنامه به طور کامل تحت حمایت یکی از این دو نظام باشد؛ یعنی پدیدآورنده تصمیم بگیرد که برنامه خود را تحت نظام اختراعات ثبت کند یا مشمول نظام ادبی‌هنری بداند و راه دیگری نداشته باشد. همچنین می‌توان مدعی شد که بخش‌هایی از برنامه تحت نظام مالکیت ادبی‌هنری باشد و بخش‌های دیگر آن مشمول اختراعات.

با نظر به اصل منطقی «نفی برخورداری محصول فکری واحد از حمایت‌های متعدد»، حمایت از حق اختراع نافی حمایت از مالکیت ادبی‌هنری است؛ چرا که برنامه‌نویس نمی‌تواند برای یک محصول و ویژگی (خلاقیت موجود در برنامه) از دو شیوه حمایتی استفاده کند و قانون‌گذار او را مخیر به انتخاب یکی از آن دو کرده است؛ با این حال، به نظر می‌رسد که با انتخاب هر یک از این دو روش حمایتی، بخشی از عناصر برنامه که واجد ارزش اقتصادی و حاصل خلاقیت و تلاش پدیدآورنده بوده، خارج از دایره حمایت باقی می‌ماند؛ به ویژه این‌که، حمایت‌های موجود در قانون که ممکن است در برنامه رایانه‌ای وجود داشته باشد، محدود به این دو نیست و برنامه ممکن است مشمول حمایت از طرح صنعتی یا علائم تجاری و ... شود.

حقوق مالکیت ادبی‌هنری به حمایت از شکل و ظاهر می‌پردازد (Colston&

Galloway, 2010: 2)؛ یعنـــی اثـــر باید در قالب خاص خود تجســـم یابد و ایده آن جایگاهی برای حمایت ندارد. همچنین ضرورتی به ثبت و تشـــریفات دیگر نیست و کافی است که اثر اصیل باشد (Lloyd, 2011: 336).

مهم‌ترین شاخه حقوق مالکیت صنعتی، نظام اختراعات است که در کنار طرح صنعتی و نام و نشـــان تجارتی قرار می‌گیرد. در این نظام، حمایت به ســـختی ایجاد می‌شـــود؛ اما به دارنده حق، قدرت گســـترده بازاری اعطا می‌کند (Colston& Gal-loway, 2010: 63). نـــو بـــودن محصول فکر، وجود گام ابتـــکاری در آن و کاربرد صنعتـــی آن، از ویژگی‌های مهم این شـــاخه مالکیت فکری اســـت. در حقیقت نقش کپی‌رایت، حمایت از بیان برنامه است و نقش حق اختراع، حمایت از فرایند برنامه یا کارکردهای دیگر آن است؛ یعنی اختراع مناسب عناصر غیر نوشتاری است. به عبارت دیگر، هنر کاربردی متعلق به نظام اختراعات اســـت و کپی‌رایت از نوآوری‌های فنی حمایت نمی‌کند؛ اعم از آن‌که اختراع ثبت شـــود یا خیر (Samuelson, 2017: 12)؛ پـــس بر این نتیجه می‌توان گردن نهاد که در یک عنصر بســـیط برنامه نمی‌توان از دو شیوه حمایتی استفاده کرد، اما ممکن است در میان شاخه‌های مالکیت فکری، بخشی از برنامـــه تابع نظام مالکیت ادبی‌هنری، بخش دیگر تابع اختراع و بخش دیگر آن تابع طرح صنعتی و علامت تجاری و ... باشـــد و این منطق بر نظام‌های خارج از مالکیت فکری نیز حاکم است؛ با این حال، به‌رغم خطر هم‌پوشانی بین حق اختراع و مالکیت ادبی‌هنری در خصوص برنامه‌های رایانه‌ای، گاه با خلأ حمایتی مواجه هســـتیم؛ چرا که ایده‌ها، کارکردها یا فرایندها نه در این شاخه و نه در آن قرار می‌گیرد (Shaeffer, 2017: 331). بسیاری از قانون‌گذاران برای این مشکل چاره اندیشیده‌اند؛ برای نمونه، بر اساس بند چهارم ماده ٦٩ الف قانون حق مولف آلمان مصوب سال ١٩٦٥ میلادی،[1] هرگاه نســـبت به برنامه‌های رایانه‌ای نتوان حکمی یافت، بایستی از احکام مقرر راجع به آثار صوتی اســـتفاده کرد. برخی از نویســـندگان آمریکایی نیز به این شیوه حمایتی تمایل دارند (Shaeffer, 2017: 410).

قانـــون حمایت از پدیدآورنـــدگان نرم‌افزارهای رایانـــه‌ای، در زمینه مالکیت

1. The provisions applicable to literary works apply to computer programs, unless otherwise provided in this Division.

ادبی‌هنـــری و با فرض وجود این نظام حمایتی، به بحـــث از حق اختراع (ماده ۲) و علائم و نام‌های تجارتی (در ماده ۳) پرداخته اســـت و نشان این امر، هم عنوان قانون اســـت که نام «پدیدآورنده» را برای نرم‌افزار انتخاب کرده[۱] و هم ماده ۸ قانون اســـت که از متصدی آثار ادبی‌هنری (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی) نام برده است. از این گذشته، نخستین رأی صادره از دادگاه‌ها راجع به حمایت از حقوق پدیدآورنده برنامه رایانه‌ای، در ســـال ۱۳۷۰ با استناد به بند ۱۱ ماده ۲ قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان بوده است (باقری و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۱؛ برنا و محرمی، ۱۳۹۱: ۸). این رأی نشـــان می‌دهد که زمینه قرار دادن نرم‌افـــزار در قالب نظام مالکیت ادبی‌هنری در نظام قضایی ایران وجود داشـــته و قانون‌گذار با این فرض به تصویب قانون در سال ۱۳۷۹ پرداخته است.

در نتیجـــه، پیش‌فـــرض قانون، بر اســـاس مواضـــع نظام‌هـــای حقوقی زمان قانون‌گذاری، حمایت‌های ادبی‌هنری بوده و در واقع، ذکر عنوان اختراع در متن قانون جنبه ایجابی دارد، نه ســـلبی و باید گفت که استثنایی است و نه قاعده‌مند.[۲] سرانجام اعمال حمایت‌های موجود در شـــاخه طرح‌های صنعتی بـــر برنامه‌های رایانه‌ای هم مستحسن و هم بنا بر کلیات، مورد حکم قانون‌گذار است.

پدیدآورنده نخســـتین، اصلی‌ترین شـــخص مد نظر قانون اســـت؛ به گونه‌ای که عنوان قانون ســـال ۱۳۷۹ شـــامل نام اوســـت. با این حال، قانون تعریفی از او به دســـت نداده اســـت، اما ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای اعلام می‌کند: «پدیدآورنده نرم‌افزار شـــخص یا اشـــخاصی هستند که بر اساس دانش و ابتکار خود کلیه مراحل مربوط اعم از تحلیل، طراحی، ســـاخت و پیاده‌ســـازی نرم‌افزار را انجام دهند». از این گذشته، ممکن است قانون حقوق دیگری را برای اشـــخاص مرتبط با برنامه رایانه‌ای به رسمیت شناسد. از جملـــه، منافع انتقال‌گیرنده حقوق مادی نرم‌افزار شـــامل حق تکثیر، عرضه و اجرا نیز امکان حمایت قانونی را می‌یابد. در کنار ایشان، می‌توان از سرمایه‌گذار تولید نرم‌افزار

---

۱. ماده ۱ قانون حمایت حقوق مؤلفین، مصنفین و هنرمندان بیان می‌کند: «از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند پدید آورنده ... اطلاق می‌شود».

۲. به کارگیری لفظ «در صورت» در ابتدای ماده ۲ قانون نیز مؤید لفظی تحلیل مذکور از نظام حقوقی ایران است.

که گاه جدای از پدیدآورنده اســـت، در قالب نظام‌های موجود حقوق فکری حمایت کرد (بنگرید به: رجبی، ۱۳۹٦: ۲٦۰).

٤-۱. رابطه متن باز با نظام مالکیت فکری

کسی مدعی نیســـت که برنامه متن‌باز نباید از حمایت قانونی برخوردار شود. اصولاً همین که شخص متصدی، شروط قراردادی را در آن می‌گنجاند و به آن وسیله خواهان رعایت تعهداتی از جانب توسعه‌دهندگان بعدی است، نشان‌گر آن است که او می‌بایست حقوقی در آن برنامه داشته باشد، اما یقیناً اوصاف برنامه‌های اختصاصی را نمی‌توان به تمام و کمال در این برنامه‌ها دید. در واقع، آنچه که در برنامه‌های متن‌باز نفی شـــده، جنبه اقتصادی است؛ پس بایســـتی حق اخلاقی پدیدآورنده را به رسمیت شناخت، اما همچنان اجازه داد که دیگران در پی توسعه این برنامه‌ها باشند.

نرم‌افزار متن‌باز به صورت تکوینی متعلق به پدیدآورنده اســـت و از این جهت تفاوتـــی با نوع اختصاصی و مالکانه ندارد. تنها تفاوت، در حقوق کاربران اســـت. در واقع، کپی‌لفت درون خود تغییر حقوق مالکیت فکری را دارد که بر اساس آن حقوق فکـــری اثر در اختیار مصرف‌کننده قرار می‌گیرد (حبیبا و شـــاکری، ۱۳۹۱: ۹۸)؛ پس کاربران در کنار این‌که می‌توانند از آن به رایگان استفاده کنند، حق تغییر آن را نیز دارند و می‌توانند اصل نرم‌افزار یا تغییرات خود را در اختیار دیگران قرار دهند.

بر این اســـاس، به نظر می‌رســـد که نظر برخی فقها (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۹٦) در رد مالکیت فکری که بیان می‌کنند «نفی سلطه مردم بر اموالشان، بدون این‌که هیچ‌گونه شرط و عقدی در میان باشد جایز نیست»، در پذیرش احکام جنبش متن‌باز تأمین شـــود و قدمی برای نزدیکی نظام اســـلامی و نظام حاکم بر برنامه‌های رایانه‌ای باشـــد؛ چرا که نفی سلطه دیگران بر اساس شرط و عقد اســـت؛ منتها اخیراً در نظام حمایـــت از برنامه متن‌بـــاز تغییراتی صورت گرفته و برخـــی در پی آنند که این‌گونه نرم‌افزارها را در قالب مالکیت فکری قرار دهند. از جمله در حقوق امریکا، آرایی ناظر بـــر اختراع تلقی کردن آن وجـــود دارد (Chike, 2016: 386). با عنایت به نیازمندی اختراع به ثبت، این حکم چندان معقول نیســـت و حتـــی می‌توان آن حکم را درباره مالکیت ادبی‌هنری که باور برخی نویسندگان است (Zhu, 2013: 290)، باز به خاطر شـــرط ثبت، نادرست دانســـت؛ مگر درباره کد منبع و به شرطی که در قالب مناسب

خود، مثل چاپ در کتاب ابراز شده باشد.

۲. حمایت قراردادی از برنامه متن‌باز

قانون‌گـــذار ایرانی به خلاف رویکردی که در قانـــون مدنی اتخاذ کرده، وارد بحث قراردادهای مالکیت فکری نشـــده و عناوین قراردادی را احصا نکرده اســـت. تنها در قانون حمایت از پدیدآورنـــدگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (ماده ٦) قرارداد تهیه نرم‌افزار را در قالب اســـتخدام شناخته و در آیین‌نامه اجرایی مصوب ۱۳۸۳ این قانون (ماده ۱۰) به قرارداد سفارش طراحی نرم‌افزار رسمیت بخشیده است.

این رویه مناســـب همه عرصه‌های حقوق خصوصی است؛ چرا که قانون‌گذار با این اقدام خود، اصل آزادی قراردادی را به رســـمیت شناخته و اجازه داده تا طرفین همگام با نیازهای روز و تحولات فناوری، عناوین مناســـب را بیابند و احکام لازم را بر آن بار کنند؛ پس حدود تأثیر قانون‌گذار بایســـتی به مواردی محدود باشد که منافع عموم در میان است؛ مثل ضرورت ثبت قرارداد یا رعایت حقوق رقابت.

در هر حال، قراردادهای با موضوع برنامه رایانه‌ای به ســـه دسته عمده تقسیم می‌شود (بنگرید به: رجبی، ۱٤۰۰: ۳۵۷ و بعد): نخست، قراردادهایی که یک طرف آن دارنده حق (نخســـتین یا انتقال‌دهنده) و طرف مقابل آن، استفاده‌کننده از برنامه است (قرارداد امتیاز بهره‌برداری)؛ دوم، قـــراردادی که یک طرف آن پدیدآورنده قرار دارد و در طرف دیگر، شـــخصی که خلاقیتی به خرج نداده، اما به واســـطه سرمایه‌گذاری، دارنده حقوق ناشی از نرم‌افزار است. این شخص ممکن است بعد از این‌که محصول فکری حمایت حقوقی را کسب کرد، وارد شود و عنوان انتقال‌گیرنده را بگیرد (قرارداد انتقال حق) یا پیش از آن و ســـفارش‌دهنده باشد و مشارکت کند (قرارداد سفارش) یا این‌که فکر پدیدآورنده را به اســـتخدام خود درآورد (قرارداد استخدام)؛ سوم، ممکن اســـت دارنده در پی وثیقه نهادن برنامه باشـــد یا طی قرارداد سفارش شرط شود که برنامه رایانه‌ای در مالکیت سرمایه‌گذار به وجود آید.

از طـــرف دیگر و بر مبنای موضوع قرارداد، این قراردادها به دو دســـته عمده تقســـیم می‌شـــود: نخســـت، قراردادهایی که موضوع آن محصولِ فکر است و برنامه عینیت یافته اســـت؛ مثل قرارداد انتقال حق و مجوز بهره‌برداری؛ و دوم، قراردادهایی که برای ســـاخت برنامه آینده منعقد می‌شـــود؛ جای قرارداد سفارش ساخت و تامین

مالی در اینجاست.

۱-۲. فواید و مضرات حمایت قراردادی

قرارداد یکی از روش‌های حمایت از مالکیت فکری است. با انعقاد قرارداد، طرف مقابل بر اساس شروط مختلف، دسترسی‌های متفاوتی را در برنامه کسب می‌کند؛ بنابراین در صورتی که فراتر از آن دسترسی‌های قراردادی برود، به معنای نقض قرارداد است؛ منتها استفاده از حمایت قراردادی با ایرادهایی مواجه است (Davison, 2008: 40)؛ نخست این‌که، ضمانت‌اجرای قراردادی، به دلیل اصل نسبیت قراردادها تنها در برابر طرف قرارداد معتبر است، نه اشخاص ثالث ناقض حق؛ دومین ایراد، دسترسی بدون تحصیل قرارداد است که موجب می‌شود انگیزه‌ای برای انعقاد قرارداد نباشد؛ بدین معنا که، شرط روی آوردن اشخاص به احکام قراردادی، حمایت قانونی است و حمایت قراردادی اصالت ندارد. همچنین قرارداد ممکن است واجد شرایط ناعادلانه بوده و گاه قاضی موظف به تعدیل آن بر اساس شرایط حمایتی غیر قراردادی است و آخرین ایراد، آن است که قراردادهای این چنینی بیان‌گر قصد طرفینی واقعی نیست و به درستی و سلامت تلاقی نیافته است.

۲-۲. توصیف قراردادی برنامه متن‌باز

نرم‌افزار متن‌باز واژه تخصصی برای نرم‌افزاری است که مطابق شرایط ابتکاری موجود در موافقت‌نامه‌های اعطای مجوز بهره‌برداری[1] متن‌باز، به رایگان توزیع می‌شود (Bainbridge, 2004: 311). به عبارت دیگر، نرم‌افزار متن‌باز و فرایند آن، نوعی قرارداد است که پدیدآورنده نخست اجازه بهره‌برداری، اصلاح و توزیع را به کاربر می‌دهد. تفاوت آنجاست که در نرم‌افزار اختصاصی یا متن‌بسته، انتقال‌گیرنده‌ای که دارای مجوز استفاده از نسخه خاصی از برنامه باشد، تنها حق بهره‌برداری از آن را دارد و فاقد حق اصلاح، توسعه و توزیع مجدد آن است؛ همچنین او به کد منبع برنامه دسترسی ندارد.

اصول حاکم بر قراردادهای اعطای مجوز بهره‌برداری از برنامه‌های متن‌باز، متشکل از سه اصل است. نخستین اصل درباره آزادی کاربر در «استفاده آزاد» از برنامه متن‌باز است؛ دومین اصل، به آزادی کاربر در «تکثیر و توزیع» برنامه مربوط

1. License Agreements

اســـت و ســـومین اصل نیز درباره آزادی ایجاد برنامه از طریق «ترکیب» برنامه متن‌باز با برنامه‌های دیگر یا ابداع خود اســـت. برخـــی اصل چهارمی را هم اضافه می‌کنند و بر آن هســـتند که آزادی کاربر در «دسترسی به کد منبع نرم‌افزار»، اصل مجزایی است (جعفرزاده و عمروانی، ۱۳۹۳: ۱۱۸). این اصل را نمی‌توان حقیقی و مســـتقل دانست؛ چرا که در برنامه‌های اختصاصی نیز صرف دسترسی ایراد ندارد و تنها دسترسی همراه با ترکیب و اشتقاق مشکل دارد که در اصل قبلی بیان شده است. علاوه بر این، تعهد به حفظ تمامت نرم‌افزار نیز به نظر می‌رسد که مخالف ذات این قراردادها باشد.[1] در این قراردادها، مجوزدهنده مالک نرم‌افزار است و همیشه اختیار فسخ دارد (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۵۳۰)؛ پس حق فکری همچنان باقی است؛ منتها جنبه اقتصادی ندارد. البته این را نیز باید به خاطر ســـپرد که حق فکری پدیدآورنده نخست، به ویژه پس از اصلاح برنامه، در برنامه نهایی مطلق و کامل نیست.

از جمله این قراردادها، اجرای نظامی مشـــهور به «کپی‌لفت»[2] است که توزیع نرم‌افزار رایگان را تجویز و دسترســـی آزاد به نســـخه‌های گســـترش‌یافته را تضمین می‌کنـــد (Bainbridge, 2004: 311). در واقع، برنامه‌های متن‌باز را از جهتی می‌توان در داخل دو گروه مجزا قرار داد: نخســـت، در نظام کپی‌لفت؛ کاربران نرم‌افزارمتن‌باز ملزم هستند تغییراتی را که در کد مبدأ می‌دهند، با شرایطی که خود پیش از این قبول کرده‌انـــد، در اختیار دیگران قرار دهند؛ دوم، روش آســـان‌گیرانه‌تر که نه الزامی برای اشـــتراک گذاشتن هســـت و نه اجباری در رعایت مفاد قرارداد؛ اگرچه بهتر است که رعایت شود (Chike, 2016: 389).

اگر بخواهیم انـــواع قراردادهای مجوز بهره‌برداری برنامه متن‌باز را به صورت نظام‌مند بیاوریم، به طور کلی، ســـه دســـته مجوز وجـــود دارد (Somerville, 2010: 201): نخســـت، مجوز بهره‌برداری عمومی کلی؛[3] اســـتفاده از نرم‌افزارمتن‌باز ســـبب می‌شـــود که نرم‌افزار مربوط به آن نیز متن‌باز شـــود و با انتقال نرم‌افزار، این مجوز و اصول به انتقال‌گیرنده رد می‌شـــود (قاجار قیونلو،۱۳۹۱: ۵۲۱). این مجوز دارای چهار اصل اساسی است: آزادی استفاده، تغییر، مشارکت دادن دیگران در برنامه و مشارکت

۱. برای ملاحظه نظر مخالف، بنگرید به: زرکلام و همکاران، ۱۳۹۵: ۷.

2. Copyleft

3. The GNU General Public License (GPL)

دادن در تغییـــرات برنامه؛ دوم، مجوز بهره‌بـــرداری عمومی جزیی‌تر؛[1] هرگاه محتوای دارای مجوز بهره‌برداری تغییر یابد، بایســـتی به صورت متن‌باز منتشـــر شود؛ و سوم، مجوز بهره‌برداری توزیع اســـتاندارد بِرکلی؛[2] می‌توان کد را در نرم‌افزار اختصاصی یا مالکیتی قرار داد و با استفاده از محتویات متن‌باز، خالق کد اطلاع‌رسانی شد.

لازم به ذکر اســـت از آنجایی که حقوق رقابت ناظر بـــه رفتار تجار و اعمال تجارتی اســـت، بین این نرم‌افزارها و حقوق رقابت ارتباطی نیست؛ البته به شرطی که وســـیله‌ای در دست رقبای تجاری جهت ایجاد انحصار نباشد؛ بنابراین شرط باز بودن متن فایل اصلاحی و بازتوزیع مجانی آن، ضد رقابت تلقی نمی‌شود.[3]

۳-۲. شیوه انعقاد قرارداد

بـــا مرور تاریخچـــه حقوق قراردادهـــا، در طی فرایند تکامل قراردادها، ســـه مرحله را می‌توان کشـــف کرد: مرحله سنتی، که قرارداد را زاده رضایت طرف‌های آن می‌دانســـتند و ایشـــان ملزم به آن چیزی بودند که راجع به آن توافق کرده‌اند؛ مرحله متأخر که قرارداد را محصولی حاوی الفاظ طرفین می‌انگارند و ایشـــان ملزم به آنچه هستند که درون این «نوشته» وجود دارد؛ و سرانجام، مرحله جدید که قرارداد را رابطه بین طرف‌های عقد[4] می‌دانند و این رابطه بر اســـاس اصول اقتصادی و در طول زمان اصلاح می‌شود. در این مرحله، انعقاد عقد و ابراز رضایت، آنی نیست و در طی زمان شکل می‌گیرد (Zue, 2013: 304).

به نظر می‌رســـد برنامه متن‌باز در قالب مرحله دوم و سوم تعریف شود؛ یعنی قراردادی است که ایجاب آن در قالب اسناد الکترونیکی و قبول آن با رفتار بهره‌بردار و توســـعه‌دهنده تحقق می‌یابد؛ منتها ابتدا باید دید که از نظر مبانی سنتی حقوق ایران امکان انعقاد قرارداد متن‌باز وجود دارد و از نظر حقوق اسلام، قرارداد به این صورت، تحقق می‌یابد یا خیر.

---

1. The GNU Lesser General Public License (LGPL)
2. The Berkley Standard Distribution (BSD) License
۳. بـــرای ملاحظه نظر مخالف، بنگرید به: جعفرزاده و عمروانـــی، ۱۳۹۳: ۱۳۰؛ زرکلام و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱).
4. Relational Contract Theory (RCT)

٤-۲. مسائل قرارداد متن‌باز

در خصوص اعلام غیر لفظی اراده، بین فقها و حقوق‌دانان عقاید گوناگونی شکل گرفته است. به نظر آنان، اراده سازنده عقد است که باید به وسیله‌ای ابراز شود که دلالت بر آن کند (ماده ۱۹۱ قانون مدنی)؛[1] یعنی «ایجاب و قبول اسم مکشوف به کاشف است، نه خود کاشف که صورت است و لباسی است بر تن رضا» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ٤٦٧). حال باید دانست که وسیله ابراز اراده، لفظ شفاهی است یا هر وسیله دیگر نیز می‌تواند برای این هدف به کار رود.

قدما برای لفظ موضوعیت قائل بودند و سعی کرده‌اند این قراردادها را تابع معاطات بدانند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱٤۳). ایشان هرجا از عقد صحبت می‌کنند، معاطات را خارج می‌دانند و ایجاب و قبول را مختص عقد می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۲)؛ چنان‌که صاحب جواهرالکلام به صراحت افعالی مثل تقابض، انداختن (منابذه)، لمس یا پرت کردن کالا (رمی‌الحصاه) و... را منتج به عقد نمی‌داند و بر این معنا ادعای اجماع کرده است (جواهری، ۱۳٦۸: ۲۱۰). شیخ انصاری نیز این نظر را به مشهور نسبت داده است، اما در فقه کسانی چون شیخ مفید، محقق اردبیلی، کاشانی و سبزواری، هرچه را دلالت بر رضایت دو طرف کند، عقد عرفی و شرعی می‌دانند (مغنیه، ۱۳۹۵: ٤۱) و شاید صریح‌ترین بیان را بتوان در حاشیه صاحب عروه‌الوثقی به مکاسب یافت که فعل را مثل قول در همه عقود جاری می‌داند و بر آن است که معاطات شامل کل عقود جایز و لازم است؛ مگر در نکاح، که اجماع وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۸۱)؛ در نتیجه، در فقه می‌توان کلام را طریق انعقاد عقد دانست و خود موضوعیت ندارد (مغنیه، ۱۳۹۵: ٤۱).

در حقوق ایران، از آنجایی که ایجاب و قبول از مقوله الزام و التزام است؛ نه الفاظ و این دو، سبب پیدایی آثار عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ٤٦٧)، قانون مدنی جنس کاشف اراده را معین نکرده، اما کاشف لفظی را به عنوان اصل قبول کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۹۸). در حقیقت، مهم است که ایجاب و قبول صریح در معنی باشد و مقصود مورد نظر را به روشنی معلوم کند (شیروی، ۱۳۹٦:

---

۱. «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

۷٤)؛ بنابراین همانند حقوق فرانسه، ماده ۱۹۲ قانون مدنی،[1] ابراز اراده را محدود به مواردی نکرده که امکان ابراز اراده لفظی نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷٦: ۲۵۸؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۱٤٤)؛ پس هدف آن است که موجب اراده خود را از عالم امکان به عالم وجود آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ٤٦٦)؛ چه ایجاب صریح باشد یا ضمنی، لفظی باشد یا کتبی یا با سکوت باشد.

ممکن است سکوت بهره‌بردار و توسعه‌دهنده نرم‌افزار متن‌باز را در قبال پدیدآورنده، حمل بر رضایت او کنیم؛ بنابراین یکی از مشکلات پیش رو، مشروعیت پذیرش سکوت به صورت قبول است. گروهی اعتقاد دارند که هیچ‌گاه سکوت نمی‌تواند موجد عقد باشد؛ چرا که افراد حق ندارند دیگران را در وضعیتی قرار دهند که اعلام اراده کنند؛ مگر این‌که روابط پیشینی دو طرف، اثر قبول را داشته باشد (شیروی، ۱۳۹٦: ۷۷). افزون بر این، در مواردی که قبول به سود قبول‌کننده باشد و تعهدی را برای او ایجاد نکند، سکوت به معنای قبول است؛ مثل وقتی که کسی مالی را برای دیگری هدیه بفرستد و گیرنده نه آن را بازگرداند و نه پاسخی دهد (کاتوزیان، ۱۳۷٦: ۲٦٦)؛ بنابراین به طور کلی، سکوت علامت رضا نیست؛ اما گاه در اوضاع و احوال خاصی، مانند وقتی که عرف آن را کاشف از رضا بداند، چنین نقشی را بر عهده دارد (کاتوزیان، ۱۳۷٦: ۲٦٤). در وضعیت موضوع بحث، به نظر می‌رسد که استفاده از نرم‌افزار و تغییر آن به معنی سکوت نیست، اما اگر سکوت هم تلقی شود، به سبب سودی که برای قبول‌کننده دارد، به معنای قبول و به تبع آن، انعقاد عقد است.

می‌توان برنامه متن‌باز و شرایط موجود در آن را نوعی ایجاب عام دانست که به عموم توسعه‌دهندگان شده و ایشان می‌توانند با اقدام به استفاده از آن یا با توسعه برنامه، آن را قبول یا رد کنند (Zhu, 2013: 291)؛[2] پس ایجاب محقق در برنامه متن‌باز، از نوع ایجاب به عموم است و در نتیجه، ممکن است از این نظر نیز با مشکل روبه‌رو شویم. حال، باید دید که این ایجاب صحیح است یا خیر.

فقهای امامیه در خصوص صحت ایجاب عام تردید دارند و بر آن هستند که مخاطب ایجاب بایستی معلوم باشد؛ دلیل امر نیز وجود قاعده تخاطب است که بر

---

۱. «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن‌ها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی است».

2. Take-it-or-leave-it Standard Form

اســـاس آن، طرف‌های قرارداد بایستی مذاکره کنند؛ مگر در عقودی مثل جعاله (محقق دامـــاد و همـــکاران، ۱۳۹۳: ۱۳-۱٤). در حقیقت، عقد و عهد بـــه معنای اظهار التزام نفسانی است و در صورت عدم تخاطب، اظهار و ایجابی نیست و بی‌اثر است (همان: ۱٦).

به نظر می‌رســـد که ایجاب موجـــود در برنامه متن‌باز را می‌توان نوعی دعوت بـــه معامله تلقی کرد یا آن را همانند فهرســـتی از کالا و خدمـــات توصیف کرد که تعهدات طرف مقابل در آن درج شـــده است و شخصیت طرف اهمیت زیادی ندارد و نتیجه گرفت که از قاعده مذکور مســـتثنی است. در فرض نخست قراردادی منعقد نمی‌شود، اما فرض دوم در مورد برنامه متن‌باز صادق است. برخی از فقهای امامیه نیز بر آن هســـتند که هرگاه موضوع عقد اهمیتی بیش از طرف عقد داشته باشد، تخاطب ضـــرورت ندارد (بنگرید بـــه: محقق داماد و همـــکاران، ۱۳۹۳: ۱۷)؛ بنابراین به نظر نمی‌رسد که از این جهت، ایرادی وارد نمی‌شود.

مســـأله دیگر درباره برنامه متن‌باز، غیاب طرفین از مجلس عقد است. ممکن اســـت بگوییم عمل انعقاد عهد نرم‌افزار متن‌باز که در آن طرفین عقد در یک مجلس نیستند، به دلیل نبود ایجاب و قبول لفظی، در زمره معاطات قرار می‌گیرد (بنگرید به: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۷). معاطات ناظر به فرضی است که دو طرف با رفتار و به صـــورت ضمنی اقدام به انعقاد عقد کنند؛ بنابراین در فرض حاضر، اگرچه ایجاب به صورت ســـند الکترونیکی محقق شـــده، قبول از طریق فعل تحقق می‌یابد و عنوان معاطات شایسته بحث است.

۵-۲. توصیف قرارداد متن‌باز

برخـــی فقها معاطات را به دلیل تراضی حاصله موجب اباحه می‌دانند و برخی دیگر آن را ســـبب انتقال مالکیت متزلزل (تملیک جایز) محسوب می‌کنند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۷۹؛ عاملی، ۱٤۲٤: ۵۰۵؛ شیروی، ۱۳۹٦: ۷۳). با این حال، چه معاطاتی شایسته بحث ماست؟ توضیح این‌که، معاطات تنها مختص بیع نیست و در عقود دیگر نیز جاری اســـت (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۸۱؛ مغنیه، ۱۳۹۵، ۸۱)؛ چنان‌که در قوانین جاری، لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳٤۷،[۱] معاطات پذیرفته

۱. ماده ۱۱: «اعلامیه پذیره‌نویســـی باید توسط مؤسســـین در جراید آگهی گردیده و نیز در بانکی که

شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۲۱).

در تعریف کلی از قرارداد اعطای مجوز بهره‌برداری[1] از نرم‌افزار بایستی گفت پدیدآورنده تمام یا بخشی از حق بهره‌برداری را به کاربر واگذار می‌کند (زرکلام، ۱۳۸٤: ۲۹٦) و حدود بهره‌برداری را معین می‌کند. این واگذاری ممکن است انحصاری باشد یا خیر. در ابتدا ممکن است نگاه سلبی به موضوع داشته باشیم و بگوییم که قرارداد اعطای مجوز بهره‌برداری به معنای اعطای حق نیست، بلکه سلب حق از خود در فرض نقض است (رهبری، ۱۳۹۳: ۱٤۰). این دیدگاه ممکن است آثار حقوقی فراوانی داشته باشد، اما نمی‌توان این برداشت را از نمونه متعارف چنین توافقاتی داشت؛ چرا که معمولاً طرفین قیود خاصی را در قرارداد می‌گنجانند؛ مانند استفاده خاص از اختراع و نتیجه این‌که، عرف عام و خاص این عقد را نوعی فروش می‌انگارد. با این همه، به نظر می‌رسد که معاطات در اینجا، از نوع جعاله است؛ یعنی پدیدآورنده با ایجاب عام، از همگان می‌خواهد تا ضمن استفاده از برنامه متن‌باز، آن را کامل کنند و در اختیار دیگران قرار دهند. ایراد وارد بر این تحلیل، اختصاص عقد جعاله به تحقق امر در قبال جایزه است و به نظر می‌رسد که در اینجا، نه جایزه‌ای وجود دارد و نه فعلی. استفاده برای همگان آزاد است و نمی‌توان آن را عوض تلقی کرد و همگان نیز ملزم به انجام فعلی در برابر این استفاده نیستند؛ جز این‌که اگر کسی به ایشان مراجعه کرد، ملزم باشند در اختیار ایشان قرار دهند.

برخی بر آن هستند که کپی‌لفت را در قالب عقد هبه‌ای که حق رجوع آن اسقاط شده، در آورند (حبیبا و شاکری، ۱۳۹۱: ۱۰٦)؛ منتها هدف طرفین قرارداد، اعطای کل حق موجود به طرف مقابل نیست؛ بلکه اعطای حق بهره‌برداری است؛ بنابراین او تنها در پی اعطای منفعت ناشی از حق فکری است که به مدت معین اعطا می‌شود. از این‌رو است که این قرارداد را اجاره نام کنیم. در واقع، می‌توان حقوق فکری (کل برنامه) را عین و نسخه‌ای که در تصرف بهره‌بردار است، منفعت آن دانست (صادقی نشاط، ۱۳۸۹: ۱۵۰). می‌توان جلوتر رفت و گفت موضوع اصلی این

تعهد سهام نزد آن صورت می‌گیرد در معرض دید علاقمندان قرار داده شود».
ماده ۱۲: «ظرف مهلتی که در اعلامیه پذیره‌نویسی معین شده است علاقمندان به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضاء و مبلغی را که نقداً بایدپرداخت شود تأدیه و رسید دریافت خواهند کرد».
1. Licence

قراردادها، به تبعیت از نویسندگان فرانسوی، واگذاری «حق استفاده» انتقال‌ناپذیر به دیگران است (زرکلام و محوری، ۱۳۹٤: ۳۱۲). در واقع، این مجوز از این نظر اجاره نیست که مجوزگیرنده صاحب و مالک منافع نیست، بلکه از برنامه حق انتفاع کسب می‌کند و امکان انتقال منافع وجود دارد؛ لذا برخی نویسندگان آن را با عنوان انتقال حق استفاده می‌شناسند (زرکلام، ۱۳۸٤: ۲۹۵). باید پذیرفت که قرارداد مذکور اذن در بهره‌برداری، به صورت مشروط، است؛ مگر در موارد خاص که نمی‌توان آن را اجازه یا اذن بهره‌برداری دانست؛ چرا که اذنی در آن موجود نیست و تعهداتی را بر طرفین بار می‌کند و به تبع آن نمی‌توان آن را قابل رجوع دانست، بلکه عقدی است لازم، همانند اجاره. در این صورت، باید گفت که قرارداد مذکور نوعی اجاره اشیا یا دست کم حق انتفاع است؛ یعنی پدیدآورنده برنامه را در اختیار دیگران قرار می‌دهد تا استفاده کنند. برای تبیین بهتر مطلب باید گفت که مجوز بهره‌برداری حق انتفاع است که هرگاه انحصار کامل باشد، مالکیت منفعت (اجاره اموال) است؛ پس باید اقرار کرد که این عقد اجاره اموال است نه اشخاص؛ چرا که حاصل کار و تلاش شخص عینیت یافته و ثبت شده و در اینجا تنها منفعت آن مال به دیگری منتقل می‌شود.

ایراد این تحلیل، در مال نبودن محصول و فقدان منفعت است؛ بنابراین بایستی نرم‌افزار را نه مال مستقل؛ که منافع شخص پدیدآورنده دانست که در اختیار دیگران قرار داده است و آنچه محقق است، اجاره اشخاص است نه اشیا. در این فرض، نرم‌افزار خدمت است؛ چون همیشه با شخصیت پدیدآورنده مرتبط است و استفاده کننده تنها از منافع آن بهره‌مند می‌شود؛ با این حال، شرایط عقد اجاره در قانون مدنی مانند مدت و معوض بودن عقد، چندان مناسب این تحلیل نیست و برای تعیین ماهیت این قرارداد، بایستی مسأله سنتی راجع به نرم‌افزار در حقوق خارجی را حل کرد؛ این‌که کالا یا خدمت است؛ پس باید در کنار عقد اجاره، از عقد دیگری مانند شرکت یاری جست. در این فرض، توسعه‌دهنده منافع خود را با منافع پدیدآورندگان پیشین درهم می‌آمیزد؛ منتها از آنجایی که شرکت مدنی در حقوق ایران به معنای اشاعه در عین مال است (مزج)، می‌توان آن را صلح منافع اشخاص دانست.

ممکن است بر آن باشیم که از این نرم‌افزارها، مسؤولیت ناشی از عیب تولید ایجاد نمی‌شود؛ چرا که معمولاً توزیع‌کنندگان نسخه‌های برنامه متن‌باز، طبق

قرارداد خود را از ضمانت‌های راجع به تناسب با هدف کاربر، کیفیت، اجرا، عیب و نقص و غیره، معاف می‌کنند (Bainbridge, 2004: 314)؛ با این حال، مسؤولیت مدنی با اثبات عناصر آن بر جای خود باقی است. مسأله اصلی، شناسایی مسؤول و الزام او به جبران خسارات است که ممکن است این مسؤولیت بر دوش شخص نخست (تولیدکننده اصلی نرم‌افزار) یا اشخاص بعدی قرار گیرد. در این صورت، تولیدکنندگان اولیه مسؤول اعمال اصلاح‌کنندگان بعدی نیستند؛ چرا که رابطه سببیت را نمی‌توان میان اعمال ایشان یافت (Bainbridge, 2004: 314)؛ بنابراین مسؤولیت کسانی که خسارت یا نقض منتسب به ایشان باشد، برقرار است؛ هرچند که به قاعده احسان استناد کنند و بگویند که این، احسان به کاربران است (ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)؛[1] پس هرگاه عیبی در فرایند تولید داشته باشد، جبران خسارت دشوار است و انتقال‌گیرنده بایستی تمام مخاطرات آن را بپذیرد (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۵۲۸). مدعیات مذکور سبب نمی‌شود که مسؤولیت ناشی از جاسوسی و سوء استفاده توسعه‌دهندگان از کاربران عادی و به طور کلی، زیان‌های عمدی منتفی شود.

۱. «هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری، رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود، در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست».

برآمد

۱- در تحقیق حاضر، به دنبال آن بودیم که دریابیم نظام حاکم بر برنامه متن‌باز در پی شناسایی مالکیت پدیدآورنده است یا به قرارداد بین او و بهره‌برداران و توسعه‌دهندگان برنامه اصالت داده است؛ این‌که برنامه مذکور در قلمروی کالا قرار می‌گیرد یا جزو خدمات و تبلور شخصیت پدیدآورنده است. مسلم است که جنبه قراردادی این بخش از فناوری بر جنبه مالکیتی آن چیره است؛ منتها به طور کامل نفی نشده است.

۲- اگر بخواهیم نسبت حقوق مالکیت فکری با نظام متن‌باز را روشن کنیم، باید گفت که در حقوق مالکیت فکری، حقوق مورد حمایت اعم از مادی و معنوی تحت حمایت مستقیم قانون قرار می‌گیرد، اما در نظام متن‌باز بایستی بین حقوق مادی و معنوی تفاوت گذاشت و حقوق معنوی را مشمول حمایت مستقیم قانونی و حقوق مادی را مشمول حمایت قراردادی دانست؛ بنابراین آنچه در نظام متن‌باز اهمیت دارد، حمایت غیر مستقیم قانون از قرارداد است.

۳- این تفاوت به هدف نیز بازمی‌گردد. راجع به هدف نظام مالکیت فکری اجماع نیست؛ گروهی آن را برای حمایت از حق شخصی و گروهی وجود آن را لازمه مصالح جامعه می‌انگارند. در قراردادها، مصلحت اجتماعی جای چندانی ندارد و آنچه اهمیت دارد، عدالت معاوضی است. به نظر می‌رسد که این هدف را در نظام متن‌بازمی‌توان یافت؛ در حقیقت، عدالت معاوضی از طریق گسترش دانش از جمله نتایج مهم نظام متن‌باز است.

٤- بر این پایه، لازم است که در مطالعه این دسته از نرم‌افزارها تأکید بیشتر را به قرارداد آن داشت و در مقام قانون‌گذاری، راه‌های استفاده از این نظام حمایتی را برای مبتکران هموار ساخت و مسایل و مشکلاتی را که برای حمایت‌های مالکیت فکری از برنامه‌های رایانه‌ای ایجاد کرده، از جمله، ضرورت ثبت و شرایط دشوار چنین ثبتی را رفع کرد.

۵- قضات دادگستری نیز، هرگاه با دعوایی طرف باشند که ناظر به شناسایی حق‌های موجود در نرم‌افزار متن‌باز باشد، بایستی در مقام تصمیم‌گیری، جنبه‌های عمومی و قراردادی این برنامه‌ها را مد نظر قرار دهند و از دخالت دادن احکام مالکیت فکری در آن‌ها بپرهیزند؛ مگر این‌که بخواهند از جنبه‌های اخلاقی این نرم‌افزارها مانند حق انتساب حمایت کنند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* باقری، سید کامران و توکل مقدم، مریم و شوال‌پور، سعید و عزیزی مرادپور، حمید (۱۳۸۹)، «**حفاظت از اختراعات نرم‌افزاری در ایران**»، سیاست علم و فناوری، سال سوم، شماره ۲.

* برنا، فرزاد و محرمی، اباذر (۱۳۹۱)، «**آسیب‌شناسی قوانین و مقررات مرتبط با حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای در مواجهه با قوانین بین‌المللی**»، مطالعات بین‌المللی پلیس، سال دوم، شماره ۹.

* جعفرزاده، میرقاسم (۱۳۹۳)، «**لیسانس نرم‌افزارهای اپن‌سورس و حقوق رقابت: تعاملات و تعارضات**»، تحقیقات حقوقی، شماره ٦٨.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **الفارق (دایره‌المعارف عمومی حقوق)**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، **فلسفه حقوق مدنی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* محمدی، قاسم و جمالی، مرتضی (۱٤۰۱)، «**دیالکتیک پایایی و پویایی حقوق در رهیافت نظریه اصول حقوقی با نگاهی به رویه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۹.

* حبیبا، سعید و شاکری، زهرا (۱۳۹۱)، «**کپی‌لفت، نقابی بر سیمای حقوق مالکیت ادبی و هنری**»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲، شماره ۲.

* رجبی، عبدالله (۱٤۰۰)، **حقوق رایانه (حمایت حقوقی از برنامه‌های رایانه‌ای)**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* رجبی، عبداله (۱۳۹٦)، «**حقوق فکری محصولات پدید آمده از غیر انسان**»، حقوق خصوصی، دوره ۱٤، شماره ۲.

* رجبی، عبداله و حسینی، سیدحسین (۱٤۰۱)، «**ضرورت شناسایی احقاق شخصی حق؛ با تأکید بر حق فکری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوه ۸٦ شماره ۱۹.

* رهبری، ابراهیم (۱۳۹۳)، **حقوق انتقال فناوری**، چاپ دوم، تهران: سمت.

* زرکلام، ستار (۱۳۸٤)، **حقوق مالکیت ادبی هنری**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* زرکلام، ستار و محوری، محمدحسن، (۱۳۹٤)، **حمایت حقوقی از پدیدآورندگان نرم‌افزار**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* زرکلام، ستار و نظام‌الملکی، جعفر و طلوع، سیدمحسن (۱۳۹۵)، «**تحلیل و ارزیابی حمایت از نرم‌افزار در نظام نظام حقـــوق مالکیت فکری و نظام متن‌باز**»، حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۲.
* شـــبیری زنجانی، سیدحسن و نظام‌الملکی، جعفر (۱۳۹٦)، «**مبانی رویکرد حقوقی متن‌باز در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و ارزیابی قابلیت استناد به آنها در فقه امامیه و حقوق ایران**»، فصل‌نامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ٤.
* شـــهیدی، مهـــدی (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی (تشـــکیل قراردادها و تعهدات)**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: مجد.
* شـــیروی، عبدالحســـین (۱۳۹٦)، **حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۹)، **حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای کامپیوتری**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* قاجار قیونلو، سیامک (۱۳۹۱)، **مقدمه حقوق سایبر**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷٦)، **حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، جلد نخســـت، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کلمبـــه، کلود (۱۳۸۵)، **اصول بنیادیـــن حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان**، برگردان: علیرضا محمدزاده وادقانی، چاپ نخست، تهران: میزان.
* محقق داماد، سیدمصطفی و قنواتی، جلیل و وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۳)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد دوم، چاپ سوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* مغنیه، محمدجواد (۱۳۹۵)، **ترجمه و تحریر فقه‌الامام جعفرالصادق (ع): کتاب‌البیع تا پایان کتاب خیارالتأخیر**، زیر نظر: فائزه عظیم‌زاده اردبیلی، چاپ نخســـت، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

ب. عربی

* طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸)، **حاشیه‌المکاسب**، جلد نخست، قم: بی‌نا.

* عاملی، سید محمدجواد (١٤٢٤ ق)، **مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، تحقیق و تعلیق: شیخ محمدباقر خالصی.

* نجفی، محمدحسن (١٣٦٨)، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و دوم، تحقیق و تعلیق و اشراف: شیخ علی آخوندی، چاپ نهم، قم: بی‌نا.

* موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۹)، **تحریرالوسیله**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

پ. انگلیسی

* Van Rooijen, Ashvin (2010), **the Software Interface between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs**, Kluwer Law International.

* Bainbridge, David, (2004), **Introduction to Computer Law**, 5th ed., Pearson Education Limited.

* Colston, Catharine&Jonathan Galloway (20120), **Modern Intellectual Property Law**, 3rd Ed., Rutledge.

* Chike, Eze (2016), **"General Public Licence Version 2: The Risk of Direct Patent Infringement"**, Washington Journal of Law, Technology & Arts, Vol. 11, Issue 5, p. 385.

* Davis, Jennifer (2012), **Intellectual Property Law**, 4th ed., Oxford University Press.

* Davison, Mark J. (2008), **the Legal Protection of Databases**, Cambridge University Press.

* Dixon, Rod (2004), **Open Source Software Law**, Artech House, London.

* Lloyd, Ian J. (2011), **Information Technology Law**, 6th ed., Ox-

ford University Press.

❋ Nard, Craig Allen (2008), **The Law of Patents**, Aspen Publisher.

❋ Pressman, Roger S. (2010), **Software Engineering: A Practitioner's Approach**, 7th Ed., McGraw-Hill.

❋ Rahmatian, Andreas, (2013), **"Originality in UK Copyright Law: The Old 'Skill and Labour' Doctrine Under Pressure"**, Max-Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Springer.

❋ Rosen, Lawrence, Open Source Licencing **(Software, Freedom and Intellectual Property Law)**

❋ Sommerville, Ian (2011), **Software Engineering**, 9th Ed., Pearson.

❋ Samuelson, Pamela (2017), **"Functionality and Expression in Computer Programs: Refining the Tests for Software Copyright Infringement"**, Berkeley Tech. L. J. p. 1215.

❋ Shaeffer, John, (2017), **"Software as Text"**, Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal, vol. 33, p. 324.

❋ World Intellectual Property Organization (Wipo), (2008), **Wipo Intellectual Property Handbook**, 2nd ed., Wipo Publication.

❋ Zhu, Chen Wei (2013), **"Copyleft Reconsidered: Why Software Licensing Jurisprudence Needs Insights from Relational Contract Theory"**, Social & Legal Studies, no. 22, p. 289.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۱۴۲-۱۱۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

جبران صدمه بر زیبایی در فقه عامه و امامیه؛ با نگاهی به رویه قضایی

عباس نیازی،[۱] مهدی هادی[۲]

چکیده

در صورت ایراد صدمه بدنی عمد، غیر عمد یا خطای محض، شارع مقدس و به تبع آن مقنن، قصاص عضو، دیه یا ارش عضو یا منفعت آن را ثابت دانسته است، اما جبران نقص زیبایی به صورت صریح در قانون بیان نشده و بهبودی صدمات همراه با کراهت منظر تبیین نگردیده است؛ همچنین مستندی برای این‌که آیا زیبایی منفعت محسوب می‌شود یا خیر، در دست نمی‌باشد؛ بنابراین معلوم نیست که آیا افزون بر دیه مقدر عضو می‌توان منافع منقصت در زیبایی را مطالبه نمود؛ یا در جایی که عضو دیه مقدر ندارد، آیا امکان دریافت ارش یا افزون بر آن فراهم است یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، این نوشتار با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای فقه عامه و اهل تشیع و با شیوه توصیفی تحلیلی نتیجه می‌گیرد که فقهای عامه «تفویت منفعت و تفویت جمال» را با هم یا جدای از یکدیگر سبب دیه یا ارش می‌دانند؛ در فقه شیعی متقدمین به صراحت متعرض موضوع نشده‌اند؛ بعضی از متاخرین قائل بر عدم امکان مطالبه زیان ناشی از نقص زیبایی هستند و برخی قائل به تفکیک میان عضوی که دیه مقدر دارد شده‌اند. نتیجه آن‌که، یکی از دلایل وجود دیه اعضا و منافع در شرع، نقص جمال است و این امری مفروض است؛ بدون آن‌که در قانون تصریحی به آن شده باشد.

واژگان کلیدی: نقص زیبایی، تفویت جمال، ارش، دیه، مسئولیت مدنی، فقه عامه، فقه امامیه.

---

۱. دکتری حقوق خصوصی، قاضی دادگستری تهران، (نویسنده مسئول)
abasniazi@ut.ac.ir

۲. دکتری حقوق خصوصی، رئیس پژوهشگاه قوه قضاییه
mhadi55@yahoo.com

درآمد

زیبایی به معنای «خوبی، حسن، ظرافت، لطافت و قشنگی» (دهخدا،۱۳۸٤) آمده و در زبان عرب، «جمال» معادل واژه‌ای است که به معنای «نیکویی در خلقت و رفتار» بیان شده است (راغب اصفهانی، ۱٤۰۲: ۳۳۲). گفته‌اند زیبایی «مما یدرک و لا یوصف» است؛ یعنی درک می‌شود اما توصیف نمی‌شود (مطهری، ۱۳۷۷: ۹۷).

در همه فرهنگ‌ها، زیبایی جزء مفاهیم خواستنی بوده و انسان‌ها همیشه در جست‌وجوی کسب زیبایی بوده و بسته به جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کنند و فرهنگ، ارزش‌ها و هنجارهای حاکم بر آن و همچنین امکانات خویش، ابزارها و راهکارهای مختلفی را برای دستیابی به زیبایی به کار گرفته‌اند. به‌خصوص در شرایط کنونی، پیشرفت علم پزشکی و ابزارها و تجهیزات مربوط به آن، انسان را در رسیدن به این هدف یاری کرده و نه تنها در ترمیم زیبایی از دست رفته به واسطه سوانح یا خلقت ذاتی، بلکه حتی در تکمیل زیبایی موجود کمک کرده است (نقیبی و کلهرنیا گلکار و صدر طباطبایی، ۱۳۹٤: ۷۲). در محیط قضایی نیز به تعریف جامع و مانعی برای آن نرسیده‌اند؛ گرچه حدود زیبایی را در احساس زیبایی تعبیر کرده‌اند (میرسپاسی، ۱۳٤۷: ۲۳) و امری نسبی است که در قانون اشاره‌ای به معیار و یا نقص آن نشده است؛ بنابراین با توجه به عرف عقلا باید زیبایی را به صورت نسبی سنجید و کارشناس امر که در مسأله حاضر پزشک قانونی است، با توجه به عرف، نظر به نقص یا عدم نقص زیبایی می‌دهد.

دیه «مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضاء و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد به موجب قانون مقرر می‌شود» (ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲). در قرآن کریم از دیه اعضا ذکری به میان نیامده و در دیه نفس نیز به تفاوت بین زن و مرد تصریح نشده و میزان دیه در مورد نفس و اعضا و تفاوت بین زن و مرد از روایات مستخرج شده است (مهرپور، ۱۳۷۸: ۳۹). برگرفته از دین مبین اسلام، در قانون مجازات اسلامی، برای آسیب به جسم در صورت عدم امکان قصاص یا عدم درخواست قصاص) مقداری مال (دیه) معین شده و برای دیگر آسیب‌ها، تعیین مقدار

مال پرداختی (ارش)[۱] به محاکم با کمک کارشناس که پزشکان قانونی یا معتمد هستند واگذار شده است (سادات حسینی، ۱۳۹٤: ٥٤).

در خصوص ماهیت دیه یا ارش به نظر می‌رسد،[۲] اهداف متعددی از قبیل پیش‌گیری از رفتارهایی که منجر به آسیب به دیگران شود و نیز جبران خسارت وارده، مورد نظر است؛ بنابراین دیه تنها مجازات نیست (خامنه‌ای، ۱۳۹۰: ۱۰۰)، بلکه جبران خسارت مالی نیز هست (بهنسی، ۱٤۰۱: ٤۸؛ مکارم شیرازی، ۱٤۲۲: ۱٤۸). در ماده ۱٤ قانون مجازات اسلامی نیز دیه از انواع «مجازات» دانسته شده و در عین حال، ماده ۱۷ همان قانون دیه را به «مالی» تعریف کرده است که در جرح، صدمه، ضرب و قتل در صورت عدم قصاص باید پرداخت شود که این بیانگر ماهیت دوگانه دیه است. همچنین قانون‌گذار در ماده ٤٥۲ قانون پیش‌گفته در جمع‌بندی این مواد، مقرر می‌دارد: «دیه حسب مورد حق شخصی مجنیٌ‌علیه یا ولی دم است و احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد ...»؛ از این رو مقنن در خصوص ماهیت دیه تعیین تکلیف نموده است.

ضرب و جرح از نظر پزشکی قانونی به آسیب‌های حاصل از عوامل مکانیکی، فیزیکی، شیمیایی و روانی بر بدن گفته می‌شود (گودرزی، ۱۳۷۷: ۱۲). نقص زیبایی ناشی از آسیب‌های فوق موارد مختلفی را می‌تواند شامل شود مثلاً محل آسیب گوشت اضافه آورد، پوست کشیده شود، یا صاف یا براق و یا چروکیده شود که در بین مرد یا زن بودن، پیر یا جوان بودن، در صورت یا سایر نواحی بدن بودن باید تفاوت قائل شد (فقهی،۱۳۹۰/٤: ۱۳۲).

بررسی مواد قانون مجازات اسلامی موید این موضوع است[۳] که دیه و ارش

---

۱. ماده ٤٤۸: «دیه مقدر، مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیرعمدی بر نفس، عضو یا منفعت، یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، مقرر شده است»؛ ماده ٤٤۹: «ارش، دیه غیرمقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنیٌ‌علیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دیه مقدر و با جلب نظر کارشناس میزان آن را تعیین می‌کند. مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد مگر این‌که در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود».

۲. به بیانی دقیق‌تر، دیه را در جنایت عمد و شبه‌عمد دارای ماهیت دوگانه دانست؛ یعنی هم جبران خسارت مالی است و هم مجازات و عقوبت جانی، ولی در خطای محض، تنها جبران خسارت مالی است (میرمدرسی، ۱۳۹۲: ۵۲).

۳. مثلا مواد ٦، ۱۷، ۳۸۷، ٤۰۱، ٤٥٦، ٥٤٤، ٥٥۷، ٥٥۹، ٥٦۰، ٥٦۲ و ۷۰۸

اعضا و منافع، قسیم یکدیگر هستند[1] و در قانون پیش‌گفته تعریفی از اعضا و منافع ارائه نشده است. با بررسی صورت گرفته در کتاب‌های فقهی امامیه و عامه و روایات وارد شده در ابواب فقهی، تعریفی از اعضا و منافع یافت نشد، بلکه در بخش اعضا به موضوع زوج یا فرد بودن آن‌ها توجه شده و در منافع نیز ابتدا مصادیق ثابتی از آن و سپس چند مصداق تمثیلی از سایر منافع بیان شده است. به عنوان نمونه، عبارت یکی از فقهای معاصر در پایان بحث دیه منافع این است: «در زوال هر منفعتی که دیه‌ای برایش معین نشده، حکومت است؛ مانند خواب و حس لامسه و دچار ترس و رعشه و تشنگی و گرسنگی و غش شدن و مرض‌های دیگر» (موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۵۹۳). مشابه همین عبارت در ماده ۷۰۸ قانون مجازات اسلامی آمده است.[2] مصادیقی که در فقه و قانون برای «منافع» بیان شده، تمثیلی است و نه حصری؛ در نتیجه اگر آنچه در انسان وجود داشته باشد که نفعی از آن به انسان برسد، زوال یا نقصان آن موجب ارش است.

با این معیار می‌توان گفت که زیبایی یا جمال که نقش تعیین‌کننده در زندگی انسان دارد، یک منفعت محسوب می‌شود؛ با این حال دقت در روایات و عبارات فقها نشان می‌دهد که مبنای دیه یا مجوز ارش در بسیاری از اعضا و منافع، همان نقص در جمال است و یا نقص در زیبایی مبنای بخشی از دیه اعضا و منافع محسوب می‌شود.[3] بر این اساس، در این مقاله بررسی خواهد شد که آیا می‌توان نقص در زیبایی را به طور مطلق موجب دیه یا ارش دانست یا نقص زیبایی در اثر آسیب‌های جسمانی قابل ارزش‌گذاری است و آیا در صورت آسیب به زیباییُ می‌توان افزون بر دیه، ضمان دیگری بر ذمه مسبب در نظر گرفت. به منظور یافتن پاسخ این پرسش‌ها، فقه عامه و امامیه بررسی شده و به سوال اصلی با مراجعه به قانون و رویه قضایی نیز پاسخ داده شده است.

---

۱. البته طبق مواد ۵۴۵ و ٦٧٤ قانون پیش‌گفته، عضو بدن انسان نقش محوری در قوام منفعت یا موثریت در تقویت و تسهیل منفعت، نقش محوری دارد و مطابق عبارت صدر ماده ٤٣٤ این قانون، منافع قسمی از عضو و نه قسیم عضو محسوب شده است.

۲. «از بین‌بردن یا نقص دائم یا موقت حواس یا منافع دیگر مانند لامسه، خواب و عادت ماهانه و نیز به‌وجودآوردن امراضی مانند لرزش، تشنگی، گرسنگی، ترس و غش، موجب ارش است».

۳. بنگرید به: نظریه مشورتی شماره ۳۱٦۱/۹٦/۷ مورخ ۱۳۹٦/۱۲/۲٦ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۱. بررسی دیدگاه‌های فقهی

به منظور تبیین دیدگاه‌های فقهای عظام، ابتدا موضوع در فقه عامه و سپس در فقه امامیه دیده شده است.

۱-۱. فقه عامه

در فقه اهل سنت، مبنای اصلی دیات اعضا را «تفویت منافع و جمال» می‌دانند؛ به این بیان که وقتی سخن از دیات اعضا و منافع است، در بسیاری از موارد با این عبارت مواجه می‌شویم: «والاصل فی الاعضاء انه اذا فوت جنس منفعه علی الکمال او ازال جمالا مقصودا فی الآدمی علی الکمال یجب کل الدیه لان فیه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لاتبقی منتفعا بها من ذلک الوجه و اتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من کل وجه فی الآدمی تعظیما له کما قال الزیعلی» (الجزیری، ۵/۱٤۱۹: ٤۸۹) یا در دیه زبان علت دیه کامل را چنین آورده‌اند: «و لان فیه جمالا و منفعه» (الموسوعه الفقهیه الکویتیه، ۲۱/۱٤۰٤: ٦٤) و در دیه ستون فقرات می‌گویند «و لانه عضو لیس فی البدن مثله و فیه جمال و منفعه»(البدایع، ۷/۱٤۰٤: ۳۱۱، جواهر الاکلیل،۲/۱٤۰٤: ۲٦۸، المغنی، ۸/۱٤۰٤: ۳۲، المغنی المحتاج، ٤/۱٤۰٤: ۷٤ همگی به نقل از الموسوعه الفقهیه الکویتیه). همچنین در دیه چشم، بسیاری از فقهای عامه این عبارت را ذکر کرده‌اند «و لان فی تفویت الاثنین منهما تفویت جنس المنفعه او الجمال علی الکمال فیجب فیه کمال الدیه»[۱] (المغنی، ۲/۱٤۰۲:۸-۵؛ الجزیری، ۱٤۱۹: ۵۳۱ به نقل از الموسوعه الفقهیه الکویتیه)

در دیه دست هم با عبارتی مشابه، جمال را دلیل دیه می‌دانند؛[۲] همچنین است در دیه دو بیضه.[۳] مشابه همین تعابیر در قطع پستان زن و برای دیه دو پا آورده‌اند؛[٤] بنابراین در مطاوی اقوال فقهای عامه شاید کمتر عضوی را در بدن بتوان یافت که علت دیه در آن جمال و منفعت نباشد. البته در برخی از مذاهب اهل سنت «تفویت جمال» در کنار «تفویت منفعت» تمام العله در دیه است و در برخی مذاهب «تفویت

---

۱. و اصل در اعضا این است که اگر نوعی کمال منفعت از بین برود یا زیبایی را که در انسان برای کمال است از بین ببرد، تمام دیه واجب است؛ زیرا در آن تلف از یک جهت است؛ چرا که نفس منتفع نمی‌ماند و تلف نفس از جهتی که به بین بردن صورت (سیمای) انسان پیوسته است.

۲. «و لان فیهما جمالا ظاهرا و منفعه کاملا».

۳. «و لان فیهما الجمال و المنفعه»

٤. «فیهما جمال ظاهر و منفعه مقصوده»

جمال» به تنهایی می‌تواند علت دیه باشد.

برخی از فقهای اهل سنت بیان داشته‌اند که از عمروبن حزم منقول است که حضرت ختمی مرتبت صلی الله علیه و آله در نامه‌ای به وی چنین فرموده‌اند: «فی النفس الدیه و فی الانف الدیه و فی اللسان الدیه» (کاشانی،۳۹/۱٤۱۹: ۱۸۳؛ غنیمی، ۳/۱۳۹۹: ۱۵۵) برداشت فقهای اهل سنت از حدیث پیامبر اکرم (ص) یکسان نیست (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۱٤۰)؛ به گونه‌ای که حنفیه علت دیه کامل را «تفویت منفعت یا تفویت جمال» می‌داند و از این حدیث‌ها استفاده کرده است که شاخصه برای دیه کامل، «از بین بردن منفعت» و یا «از بین بردن زیبایی به طور کامل» است و به همین منظور در مورد سایر اعضا نیز چنانچه جنایت باعث از میان رفتن منفعت یا سبب از بین رفتن زیبایی شود، دیه کامل را لازم می‌پندارند. در خصوص میزان دیه هم طبق قاعده می‌بایست مقدار دیه را وابسته به میزان منفعت یا جمال از بین رفته بدانند» (کاشانی،۳۹/۱٤۱۹: ۱۸۵).

یکی از فقهیان حنفی درباره علت دیه کامل برای زبان و بینی و آلت تناسلی می‌نویسد: «برای این که جانی منافع مقصوده این اعضا و زیبایی برخی از آن‌ها را از بین برده است. مقصود از بینی، بوییدن است و زیبایی نیز مقصود است و مقصود از زبان، تکلم و از آلت تناسلی، جماع است» (همان‌جا). یکی دیگر از فقهای این مذهب درباره دیه اعضای زوج معتقد است: «در هر یک از اعضای زوج نصف دیه است؛ زیرا از بین بردن جفت عضو زوج باعث تفویت جنس منفعت یا تفویت جمال به طور کامل می‌شود و در نتیجه دیه کامل لازم است. از بین بردن یکی از دو عضو زوج، باعث تفویت نصف منفعت یا زیبایی است؛ پس نصف دیه لازم می‌شود» (غنیمی، ۱۳۹۹: ۱۵۵).

حنابله نیز علت دیه کامل را در بیش‌تر موارد «تفویت منفعت و تفویت جمال با هم» و گاه صرفاً «تفویت جمال» می‌دانند. به عنوان نمونه، فقیهی حنبلی از یک سو علت دیه کامل برای از بین بردن موی سر و ریش را «تفویت زیبایی» به طور کامل (ابن قدامه، ٤۰/۱٤۱۹: ۱۱٤۱) و از سوی دیگر، علت دیه کامل را برای بسیاری از اعضا، «تفویت منفعت و زیبایی با هم» می‌داند (همان: ۱۱٤۸).

از میان عبارات فقیهان مالکی مستفاد می‌شود که سنجه دیه کامل از نظر ایشان،

«تفویت منفعت» است و تفویت جمال موجب دیه کامل نیست (ابن رشد، ۳۹/۱٤۱۹: ٥٤۱).

کلمات شافعی در این زمینه مضطرب است و جدا از آن که گاه علت دیه کامل را «از بین بردن تمامیت خلقت و الم و درد ناشی از جنایت» و گاه «تفویت منفعت و جمال با هم» می‌داند، گاهی نیز «تفویت منفعت به تنهایی» را موجب دیه کامل دانسته؛ ولو این که «جمال» به طور کامل از بین نرفته باشد[1] (شافعی، ٤۰/۱٤۱۹: ۷۱۹).

شـــافعی‌ها در بعضی موارد معیار را «تفویت منفعـــت و تفویت جمال با هم» می‌دانند و برخی دیگر از فقهای این مذهب، ملاک دیه کامل را «از بین بردن جمال و منفعت با هم» دانسته‌اند و از این رو در کتب شافعی می‌خوانیم: «در پلک‌ها دیه است؛ زیرا در آن جمال کامل و منفعت کامل است؛ چون چشم را از آن چه باعث اذیت آن می‌شـــود نگه می‌دارد. اگر مژه‌ها را از بین ببرد، حکومت لازم است؛ زیرا از بین بردن مژه‌ها، اتلاف زیبایی است و نه اتلاف منعفت» (شیرازی، ٤۰/۱٤۱۹: ۹۲۸ و ۹٤٥).

در جایی دیگر بیان شده است: «اعضای زن و مرد در دیه با هم تفاوتی ندارند جز در مورد پســـتان‌ها. در صورتی که نوک پستان‌های مرد آسیب ببیند یا پستان‌هایش قطع شود، حکومت لازم است، اما اگر نوک پستان‌های زن آسیب ببیند یا پستان‌هایش از بیخ بریده شود، دیه کامل لازم است؛ زیرا در پستان‌های زن منفعت شیر دادن است و این منفعت در پستان‌های مرد نیست و برای پستان‌های زن جمال و زیبایی است و برای فرزند زن در آن‌ها منفعت است و فقدان آن‌ها باعث زشتی و نقص در زن است، ولی این‌ها در مرد نیســـت و فقدان پستان‌ها در زیبایی مرد اثری نداشته و باعث شین و نقص او نمی‌شود» (شافعی،٤۰/۱٤۱۹: ۸۰۷).

۲-۱. فقه امامیه

در فقه امامیه متقدمین به این مسئله نپرداخته‌اند و صرفا روایات در منابع قابل اســـتخراج اســـت و متاخرین نیز تنها در صورت اســـتفتاء از ایشان پاسخ‌گوی مسئله شـــده‌اند (فقهی،۱۳۹۰/٤: ۱۳۲). پاسخ استفتائاتی که در این خصوص از مراجع تقلید صورت گرفته را می‌توان در چهار دســـته قرارداد: برخی از آن‌ها هرگونه دریافت دیه یـــا ارش را تحت عنوان نقص زیبایی فاقد وجه شـــرعی می‌دانند. برخی ارش نقص

۱. برای اطلاع بیشتر از نظرات فقهی در این خصوص، بنگرید به: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۱۳۷-۱٦٦.

زیبایـــی را قابل وصول می‌دانند و برخی قائل به تفکیک بین صورتی که نقص حاصل صدمه به اعضایی باشـــد که دارای دیه معین هستند و اعضای فاقد دیه مقدر شده‌اند؛ که در حالت اول ارش نقص جمال ممنوع و در حالت دوم مجاز اســـت. برخی دیگر نیز پرداخت ارش را در صورتی که نقص فاحش در زیبایی باشد، مجاز دانسته‌اند. در آتی ابتدا منابع روایی و سپس استفتائات بیان شده است.

۱-۲-۱. نقص زیبایی در روایات

در روایت موثقه اســـحاق بن عمار از امام صادق علیه‌السلام به نقل از امام باقر علیه‌السلام آمده است: «مردی قسمتی از گوش مرد دیگر را قطع کرد و دعوا نزد امیر مومنان علیه السلام طرح شد. امام حکم به قصاص دادند و جانی آن قسمت از گوش را که در اجرای قصاص قطع شـــده بود گرفت و به گوش خود با خونش چســـباند و پیوند خورد و گوش درست شد. مجنی‌علیه نزد امام آمد و مجدد درخواست قصاص کرد. امام امر به قصاص کردند و بار دوم گوش او قطع شـــد و دستور دادند گوش او دفن شـــود و ســـپس فرمودند همانا قصاص به دلیل شین و زشتی است» (حرعاملی، ۱۳/۱٤۱٤: ۲۹). این روایت از لحاظ سندی روایت حسن و یا موثقه است که با عمل اصحاب ضعف ســـندی آن هم جبران شده اســـت (نجفی، ٤۲/۱٤۱۹: ۳٦٦) در این روایت، «اصلی» بیان شده است که «حکمت» یا «دلیل» قصاص، شین یا زشتی‌ای است که در بدن مجنی‌علیه به وجود می‌آید و موجب زوال یا نقصان زیبایی او می‌شود. [۱]

در کلام فقهـــا ایـــن روایت مورد توجه واقع شـــده و فروعاتـــی را نیز مطرح کرده‌اند. یکی از فقیهان ابراز داشـــته است: «اگر گوش انسانی بریده شود و مجنی‌علیه آن را با خون گرم پیوند زند، با این کار قصاص از بین نرود و اختلافی در این مساله نیست؛ مگر از جانب اسکافی، به دلیل وجود مقتضی قصاص که دلیلی بر عدم اقتضای آن با پیوند طاری نیســـت ... اما اگر جانی قصاص شـــد و مجنی‌علیه گوش خود را بلافاصله بچســـباند، در متن کتاب و محکی مقنعه آمده است که برای جانی حق ازاله و جداکردن گوش وجود دارد، به دلیل تحقق هم‌ســـانی در زشتی که از روایت حسن یا موثقه اســـحاق بن عمار مستفاد است. در محکی مبسوط آمده است: اگر مجنی‌علیه بگوید جانی گوشـــش را پس از قطع، پیوند داده اســـت، اصحاب روایت کرده‌اند که

۱. إِنَّمَا يَكُونُ الْقِصَاصُ مِنْ أَجْلِ الشَّيْن

گوش او جدا می‌شـــود، ولی تعلیلی بر آن بیان نکرده‌اند. در تنقیح گفته اســـت که در جواز ازاله گوش اختلافی نیست، ولی در علت آن اختلاف شده است. برخی گفته‌اند به دلیل تساوی در زشـــتی است و برخی گفته‌اند به دلیل آن که گوش جدا شده میته اســـت و فرع بر این مساله آورده‌اند که اگر جانی ازاله نکرد و به همان حال باقی ماند و رضایت داد، در صورت دوم (مبنای میته بودن گوش جدا شده) امام حق ازاله دارد؛ زیرا جانی حامل نجاســـت است و نماز او صحیح نیست». او پس از بیان برخی دیگر از اقوال، در نهایت مبنای قصاص را در این حالت، تســـاوی طرفین در شین یا زشتی می‌داند (نجفی ٤٢/١٤١٩: ٣٦٤-٣٦٥).

روایتی از امام صادق علیه‌السـلام نقل شده اســـت که «ابن سنان می‌گوید به امام گفتم مردی موی زنی را از بین برده و تراشیده است چه چیزی به عهده اوست؟ فرمودند: به شـــدت باید او را بزنند و در زندان مسلمانان حبس می‌شود تا موهای زن ترمیـــم یابد؛ پس اگر موها روییـــد، مهرالمثل را از آن مرد می‌گیرند و اگر نروییدند، دیه کامل از او گرفته می‌شود. به امام گفتم چگونه در فرض رویش مو جانی باید مهرالمثل بپردازد؟ فرمودند:[1] «ای فرزند ســـنان مو و بکارت زن در زیبایی او شریک هستند. هر کدام از آن‌ها که زایل شـــد تمام دیه واجب می‌شـــود» (شیخ طوسی،١٤٠٧/١٠: ٢٦٢؛ کلینـــی، ١٤٠٧/٧: ٢٦١؛ محدث نوری، ١٤٠٨/١٨: ٤٤١). در مورد این روایت دو نکته قابل توجه است: نخست آن که از بین روایات واردشده در باب دیات، تنها روایتی که واژه «جمال» در آن به کار رفته همین روایت اســـت که از یک سو نشان دهنده نقش جمال در تقدیر دیه است؛ دوم این که، حداقل در اعضایی که دارای دیه مقدر هستند، جمال و زیبایی خود مبنای دیه است نه آن که بنای دیه باشد.[2]

۳-۲-۱. نقص زیبایی در فتاوای فقهای امامیه

در خصوص دریافت خسارت به جهت نقص زیبایی در آسیب‌هایی که دارای دیه مقدر اســـت چند نظر بیان شده است. بر اســـاس نظر نخست، پرداختی به عنوان ارش نقـــص زیبایی مازاد بر دیه آســـیب وجهی ندارد (بهجت فومنی، بی‌تا:[3] ســـوال

---

۱. إنّ شعر المرأه و عذرتها شریکان فی الجمال فإذا ذهب بأحدهما وجب لها المهر کاملا

۲. بـــه لحاظ اهمیت این روایت و نظر فقها، قانون مجـــازات حکم این روایت را در ماده ۵۷۷ قانون مجازات اسلامی آورده است.

۳. چنانچه جراحات وارده منجر به از بین رفتن دائم موی دو ابرو یا یک ابرو یا قسمتی از ابرو شود،

۸۰۹۰؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: سوال ۸۱۲٤؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا/۲: ٤٦۰ همگی به نقل از گنجینه استفتائات قضایی). از آن جا که در روایات سخنی از پرداخت ارش مازاد بر دیه بیان نشده است، گفته شده دلیل شرعی بر پرداخت وجه به عنوان ارش نقص زیبایی علاوه بر دیه جنایت وجود ندارد.

نظری دیگر گرفتن ارش برای نقص وارده را مجاز می‌داند (نوری همدانی[1] به نقل از: فقهی، ۱۳۹۰: ۱۳٤) و نیز گفته‌اند: اگر علاوه بر نقص عضو یادشده موجب ضایعه دیگری شده باشد، قصاص آن و یا دیه و یا ارش آن نیز محاسبه خواهد شد (خامنه‌ای، شماره استفتاء: 574857www.leader.ir). به نظر می‌رسد این رأی مبتنی بر قواعد کلی ضمان اعم از «تسبیب» و «لا ضرر» باشد.

در نظر سوم، برخی قائل به تفصیل سوال شده و بر مبنای این نظر، دلیلی بر دیه مازاد وجود ندارد؛ مگر در مواردی که نقص زیبایی ضرر کلی و شدید بر شخص مجنی‌علیه وارد کند که در این صورت نیز احتیاط در پرداخت ارش نموده‌اند (مکارم شیرازی،[2] ۲/۱٤۲۷: ٥٦۹). دلیل این نظر آن است که عرف جبران نقص زیبایی را لازم و از تبعات همان جراحت می‌داند که دیه و خسارت آن پرداخت شده است و اگر نقص زیبایی ضرر کلی و شدید بر مجنی‌علیه وارد کند، احتیاط در پرداخت ارش است.

به نظر می‌رسد با توجه ماهیت دیه که در مقدمه بیان شد، هدف ضمان و

آیا می‌توان علاوه بر دیه جراحت، ارش نقص زیبایی را در حکم لحاظ کرد؟ خیر (آیت‌الله بهجت فومنی). البته ایشان در استفتایی دیگر در پاسخ به این پرسش که اگر زیبایی زن در اثر پاشیدن اسید از بین برود چه حکمی دارد، آورده‌اند: باید ارش بدهد هر قدر که باشد و اگر با عمل جراحی بهتر شود یا مندمل شود در ارش مصالحه کنند (بهجت، ٤/۱٤۲۸: ٤۹٥)؛ همچنین در پاسخ به این پرسش که اگر سوختگی سبب نقص در زیبایی شود، آیا ارش جداگانه‌ای علاوه بر ارش سوختگی دارد، گفته‌اند: بلی، ارش جداگانه دارد (بهجت، ٤/۱٤۲۸: ٥۱٤).

۱. عین متن سوال قبلی از ایشان پرسیده شده است و ایشان پاسخ داده‌اند: بلی محکوم به پرداخت ارزش زیبایی.

۲. سوال: در صورتی که جراحتی بر صورت کسی وارد شود و جراحت التیام یابد، ولی اثر جراحت بر روی پوست صورت مجنی‌علیه باقی بماند و نوعی نقص زیبایی ایجاد نماید، آیا حاکم شرع می‌تواند علاوه بر دیه مقرر، ضارب را به پرداخت مبلغی به عنوان ارش (تحت عنوان نقص زیبایی) نیز محکوم کند؟ ظاهر ادله شرع این است که دیه برای جبران همه این امور است و چیز اضافی لازم نیست، ولی اگر مجنی‌علیه مجبور شود هزینه‌هایی برای رفع نقایص ظاهری متحمل شود که در عرف آن را ضروری بدانند و این هزینه‌ها از دیه زیادتر باشد می‌تواند مقدار اضافی را نیز از جانی بگیرد اضافه بر این اگر نقص زیبایی شدید باشد احتیاط دادن ارش است.

مسـئولیت مدنی و جبران زیان از زیان‌دیده و برگرداندن وی به حالت پیش از ورود زیان اسـت؛ لذا نظر دوم که مبتنی بر قاعده تسـبیب است با اهداف مسئولیت مدنی سازگارتر است و سـایر نظرات با اهداف ضمان که جبران کامل زیان است مطابقت ندارد.

در صورت بروز نقص زیبایی در موردی که دیه مقدر نداشـته باشـد، فقهای معاصر به اتفاق عقیده بر وجاهت شرعی ارش دارند (فقهی،۱۳۹۰: ۱٤۸)؛ برای نمونه به یک اسـتفتا اشاره می‌شود؛ سـوال این است که جوشگاه التیامی جراحات ناشی از سـوختگی علاوه بر از بین بردن نقص در ساختمان پوسـت به لحاظ جوشگاه‌های التیامی بدشـکل که بعضا با جراحی‌های ترمیمی نیز مرتفع نمی‌شـود، نقص زیبایی فاحشـی را ایجاد می‌کند[1] و سوال این است که آیا ارش درجه سوختگی شامل ارش نقص زیبایی نیز می‌شـود یا ارش نقص زیبایی می‌بایست به صورت جداگانه تعیین شـود؛ با این توضیح که ارش نقص زیبایی نظر به سـن، جنـس و تاهل مجنی‌علیه متفاوت بوده، اما این سـوختگی همواره ثابت اسـت. آیـت‌الله محمدتقی بهجت در پاسـخ ابراز داشتند «آن هم ارش جداگانه دارد» و آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی پاسخ داده‌اند: «هرگاه نقص زیبایی حاصل از آن فاحش بوده باشد جداگانه محاسبه می‌شود» (گنجینه استفتائات قضایی، سوال ۸۱۲۷).

سوال دیگر مربوط به فرضی است که به علت جنایت، پزشک مجبور می‌شود از عضو دیگر مجنی‌علیه برداشـته و جایگزین قسـمت معیوب نماید؛ به عنوان مثال برای رفع نقص زیبایی صورت، اقدام به پیوند از کشـاله ران می‌کند (بای، ۲/۱۳۹۰: ۲۲۹) که این نیز به صورت اسـتفتا از فقهای شیعه سـوال شده، اما معمولا علاوه بر دیه معینه، چیزی را متعلق به مجنی‌علیه ندانسته‌اند. متن سوال بدین قرار است: الف- چنانچه مجنی‌علیه جهت از بین بردن یا کم کردن کراهت منظر ناشی از جنایت جانی اقدام به جراحی نماید به نحوی که سـطحی از پوست ناحیه سالم بدن، معمولا قدام ران یا شکم برداشته شده و جایگزین قسمت معیوب شود، علاوه بر ارش یا دیه‌ای که به جراحت ناشـی از جنایت تعلق می‌گیرد، نسبت به جراحات و ضایعت ایجاد شده

۱. برای توضیح بیشـتر جراحی ترمیم، بنگرید به: عباسی و کلهرنیا گلکار و رضایی یکدانگی، ۱۳۹۱: ۱۱.

ناشـــی از عمل جراحی دیه یا ارش تلعق می‌گیرد یا خیر؟ ب- در فرض سوال فوق، چنانچه عمل جراحی ترمیمی نبوده، بلکه بنا بر نظر پزشـــک ضروری یا بعضا حیاتی باشد چه حکمی دارد؟

پاســـخ آیت‌الله محمد تقی بهجت این بوده که غیر از ارش چیز دیگری نیست و آیت‌الله صافی گلپایگانی بیان داشته‌اند جانی زاید بر دیه معینه چیزی ضامن نیست. همچنین محمد فاضل لنکرانی، ناصر مکارم شـــیرازی و حسین نوری همدانی نظراتی مشابه ابراز داشته‌اند (گنجینه استفتائات قضایی، سوال ۸۱۲۶).

شـــاید به نظر برسد که با اســـتناد به قاعده تسبیب باید ضارب را ضامن انجام اعمال در جهت رفع نقص پیش آمده دانست، اما در واقع مجنی‌علیه با اراده خود برای ترمیم یا زیبا نمودن عضو خود بر اندام ســـالم خود آســـیب وارده نموده است و عمل اخیر مستند به جانی نیست (بای، ۲/۱۳۹۰: ۲۳۲).

بنابراین در فقه امامیه نیز در بسیاری از موارد، مبنای تعیین دیه یا ارش، نقص در زیبایی یا بروز زشـــتی اســـت؛ مثلا در دیه قطع یکی از دو منخر بینی می‌فرماید: «در آن نصف دیه اســـت؛ زیرا نصف منفعت و نصف زیبایی از بین رفته است» (شیخ طوسی، ۷/۱۴۰۷: ۱۴۶) یا در دیه سرین می‌گوید: «دیه کامل است؛ زیرا در آن زیبایی و منفعت است» (همان: ۱۴۸). در دیه پستان زن نیز همین تعبیر را آورده‌اند. ایشان در کتاب خلاف در دیه شکســـتن استخوان می‌فرمایند: « هرگاه استخوانی را بشکند و آن استخوان بدون زشـــتی درست شود در آن دیه مقدر است و اگر با چیز سنگین به آن ضربه بزند و منجر به زشتی یا عیب نشود در آن دیه مقدر است و هرگاه به استخوان جراحت و آسیب وارد شـــود و بدون زشتی التیام یابد ارش پرداخت می‌شود» (شیخ طوسی،۵/۱۴۰۷: ۲۶۲).

۲. تاثیر جنسیت در نقص زیبایی

از توجـــه به احادیث و نظرات فقها بر می‌آید کـــه نقص در زیبایی مرد یا زن متفاوت ارزش‌گذاری خواهد شـــد[۱] (بهمن پوری، ۱۳۹۸: ۴۲) و از این رو، به بررسی تاثیر جنســـیت در نقص زیبایی پرداخته شده و به عنوان نمونه در حدیثی که پیش‌تر از امام صادق علیه‌الســـلام نقل شـــد، عبدالله بن سنان به ایشـــان عرض کرده است:

۱. برای مطالعه تاثیر جنسیت در اهلیت تجاری، بنگرید به: نیازی وجوهر، ۱۴۰۱:۳۸۰.

مجازات و کیفر آن مردی که به زور موی سر زنی را بتراشد چیست؟ ... و در ادامه آمده در صورتی که مویش بروید، چگونه است؛ آیا مهر زنان مشابه‌اش ثابت است؟ حضرت فرمودند: ای ابن سنان، موی زن و پرده بکارتش هر دو در جمال و زیبایی او شریکند و اگر یکی از این دو از بین برود، برای زن مهر کامل ثابت است (بروجردی، ۳۱/۱٤۲۹: ۵۳۹).

از آنجایی که در حقوق گفته شده است در تعیین مهرالمثل وضعیت طبیعی زن از حیث زیبایی، سن، بکارت، سلامت مزاج و عقل و همچنین وضعیت اجتماعی او از حیث دانش، ادب، عفت، تمول و موقعیت خانوادگی در نظر گرفته می‌شود (امامی، ٤/۱۳۸۰: ٤۱۹)، لذا می‌بایست در تعیین نقص زیبایی، جنسیت را نیز مورد نظر قرار داد. البته در زیبایی، فرقی بین زن و مرد نیست؛ همان‌گونه که در روایت قصاصِ عضو در جریان بریده شدن گوش مرد، حضرت علی علیه‌السلام به جمال به عنوان مبنای قصاص تصریح کرده‌اند، اما در دیه پرداختی تفاوت هست که در برخی از مواد قانون مجازات اسلامی این موضوع دیده شده است. مثلا در ماده ۵۷٦ آمده است: «کندن و یا از بین بردن تمام موی سر یا ریش مرد، در صورتی که دیگر نروید، دیه کامل دارد و اگر دوباره بروید، نسبت به موی سر، ارش و نسبت به ریش یک سوم دیه کامل ثابت است. در این حکم فرقی میان موی کم پشت و پرپشت و کودک و بزرگسال نیست» و ماده ۵۷۷ بیان می‌دارد: «کندن و یا از بین بردن تمام موی سر زن در صورتی که دیگر نروید، موجب دیه کامل زن و اگر دوباره بروید، موجب مهرالمثل است. در این حکم فرقی میان موی کم پشت و پرپشت و کودک و بزرگسال نیست. تبصره- اگر مهرالمثل بیش از دیه کامل زن باشد فقط به مقدار دیه کامل زن پرداخت می‌شود» و در نهایت ماده ۵۷۸ مقرر می‌دارد: «چنانچه قسمتی از موی سر مرد یا زن یا ریش مرد طوری از بین برود که دیگر نروید، باید به نسبت دیه پرداخت شود و اگر دوباره بروید، در موی سر مرد، ارش و در ریش به نسبت از یک سوم دیه کامل و در موی سر زن به همان نسبت از مهرالمثل، باید دیه پرداخت شود» و در این خصوص میان تراشیدن موی زن یا کندن تفاوتی نیست (موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۵۷۰؛ نظریه شماره ۷/۹۳/۵٤۹ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۱ اداره حقوقی قوه قضاییه).

زیبایی برای همه اعضا قابل تصور است؛ همان‌گونه که تنها روایت مصرح به

جمال به عُذره و بکارت زن، عنوان زیبایی اطلاق شده است. در جایی که حکم به ارش زیبایی مجاز باشـــد، تشخیص آن طبق ماده ٤٤٩ قانون مجازات اسلامی به عهده مقام قضایی است که سن و جنسیت می‌تواند از معیارهای تعیین ارش باشد. در مواردی که ارش زیبایی به تنهایی مجاز اســـت: اولا، دیه برای زیبایی به تنهایی جایگاهی ندارد؛ ثانیا، ارش آن مطابق ماده ٤٤٩ تعیین می‌شـــود، اما ارش زیبایی نمی‌تواند از دیه کامل آن عضوی که نقص در آن موجب نقص زیبایی شـــده بیشـــتر باشد. (نظریه مشورتی ۱۱۵۵/۹٦/۷ مورخ ۱۳۹٦/۵/۲۳ اداره حقوقی قوه قضاییه)

۳. مطالبه نقص زیبایی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

بیان شـــد که قانون ماده صریحی در این معنا ندارد و رای وحدت رویه شماره ٦۱۹ مورخ ۱۳۷٦/۸/٦ [1] در خصوص تعیین دیه شکســـتگی اســـتخوان منجر به نقص عضو اشـــعار می‌دارد: «تعیین مبلغی زائد بر دیه با مـــاده مرقوم {٤٤۲ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۷۵} مغایرت دارد». در مقابل برخی معتقدند آرا وحدت رویه می‌بایست در موضوع خاصی که صادر گردیده است استفاده شود و رای وحدت رویه پیش‌گفته در خصوص تعیین دیه شکستگی استخوان منجر به نقص عضو بوده است و لذا قابل تسری به سایر موارد نیست و با توجه به سیره عقلا و قاعده تسبیب و همچنین قاعده لاضرر و قواعد کلی ضمان، لازم است که از لزوم جبران کامل زیان وارده غافل نماند (فقهی، ٤/۱۳۹۰: ۱۵٤ به بعد).

در قانون مجازات اســـلامی به تبع فقه، در موارد متعددی علاوه بر دیه یا ارش عضو یا منفعت خاصی در بدن، به دیه یا ارش عیب یا اثر هم توجه شـــده است.[2] دیه یا ارش مندرج در این مواد بیان‌گر آن اســـت که شـــارع برای عیب و اثر به جا مانده از جراحت یا آســـیب، دیه یا ارش جداگانه تجویز کرده است که در بسیاری از موارد

---

۱. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور مســـتفاد از ماده ۳٦۷ قانون مجازات اسلامی مصـــوب ۱۳۷۰، ارش اختصاص به مواردی دارد که در قانون برای صدمات وارده به اعضاء بدن دیه تعیین نشده باشد. در ماده ٤٤۲ قانون مزبور برای شکستگی استخوان اعم از آن که بهبودی کامل یافته و یا عیب و نقص در آن باقی بماند، دیه معین شـــده است که حسب مورد همان مقدار باید پرداخت گردد. تعیین مبلغی زائد بر دیه با ماده مرقوم مغایرت دارد. علی‌هذا نظر شـــعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر مرکز استان صحیح و منطبق با قانون می‌باشد. این رأی بر طبق ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مردادماه ۱۳۳۷ برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم الاتباع است.

۲. به عنوان نمونه، بنگرید به: مواد ۵٤۸، ۵٦۷، ۵٦۸، ۵٦۹، ۵۸٤، ۵۸۵، ۵۹۲، ٦۱۰، ٦٤۷، ٦۵٤ و ۷۰۹.

بـــا نقص در زیبایی هم‌پوشـــانی دارد. به عنوان نمونه، تبصـــره ۳ ماده ۷۰۹ می‌گوید: «جنایت بر گونه در صورتی که داخل دهان را نمایان نســـازد، موجب یک‌بیســـتم دیه کامل و اگر به نحوی باشد که داخل دهان را نمایان سازد، موجب یک‌پنجم دیه کامل اســـت. در این مورد چنانچه پس از بهبودی جراحت، اثر و عیب فاحشـــی درصورت باقی بماند، علاوه بر آن، یک-بیســـتم دیه دیگر نیز باید پرداخت شود». در حالتی که جنایت موجب نمایان ســـاختن داخل دهان شـــود موجب یک-پنجم دیه است که به نظر می‌رسد یکی از مبانی تقدیر این دیه، نقص جمال است و چنانچه پس از بهبودی جراحـــت اثر و عیب فاحش در صورت باقی بماند، یک‌بیســـتم دیه هم باید پرداخت شـــود. این یک‌بیســـتم نیز به خاطر نقص در زیبایی است که تعبیر قانون‌گذار به جای زیبایی یا جمال، اثر و عیب فاحش است.

به نظر می‌رسد تبصره ٤ ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی مقتبس است از حکم فقهی با تکیه بر روایاتی؛[1] اگر جراحت موضحه باشـــد پنجاه دینار دیه دارد و چنانچه جراحت موضحه موجب زشتی شود، یک‌چهارم از پنج درصد دیه کامل به عنوان دیه شـــین یا زشتی باید پرداخت شـــود؛ با این تفاوت که به جای «شین» که در روایت و تعبیر فقهی آمده، از عبارت «اثری از خود به جای بگذارد» اســـتفاده کرده و دیه آن را یک‌هشتادم دیه کامل در نظر گرفته است که این میزان همان یک‌چهارم از پنج درصد دیه کامل می‌شود.[2]

در دیه شجاج یا جراحات با توجه به مواد ۷۰۹ و ۷۱۰ قانون مجازات اسلامی، میزان دیه در این قســـمت از بدن که نقش اصلی در زیبایی را ایفا می‌کند، از ســـایر اجزای بدن بیشتر است. در نتیجه نقص زیبایی تا حدی با دیه این جراحات هم‌پوشانی دارد و ملحوظ شارع بوده است.

نظریه شـــماره ۷/٥٦۳٦ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۱ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز با این مدعا هم‌ســـو است که مطابق آن، آنچه که به طور مستقیم بر اثر وارد شدن صدمه اعم از ضرب یا جرح در مجنی‌علیه به وجود می‌آید قابل مطالبه دیه و خســـارت اســـت؛

---

۱. روایت ظریف که شـــیخ صـــدوق در صفحه ۷۵ جلد چهارم کتاب «مـــن لا یحضره الفقیه» با این عبارت آورده اســـت« فَإِنْ كَانَتْ مُوضِحَه فِی شَـــیْءٍ مِنَ الْوَجْهِ فَدِیَتُهَا خَمْسُونَ دِینَاراً فَإِنْ كَانَ لَهَا شَیْنٌ فَدِیَه شَیْنِهَا رُبُعُ دِیَه مُوضَحَتِهَا».

۲. در فقه، دیه موضحه پنج‌صدم دیه کامل (پنج شتر) تعیین شده است.

بنابراین چنانچه به منظور عمل جراحی، جراحتی به مجنی‌علیه وارد شـــود، از شمول محکومیت مقصر به پرداخت دیه و یا خســـارات جراحات مذکور در استعلام خارج اســـت؛ مگر این‌که در اثر عمل جراحی لزوما آســـیب‌هایی به مصدوم برسد که باعث نقص زیبایی شـــود یا اشـــکالات دیگری را ایجاد نماید؛ کـــه در این صورت به نظر می‌رســـد علاوه از دیه، برای صدمات وارده دیگر که در اثر جراحی ایجاد شده ارش تعیین شـــود که در این حالت، دیه و ارش مانعه الجمع نیستند (معاونت تدوین، تنقیح و انتشـــار قوانین و مقررات ریاســـت جمهوری، ۱/۱۳۸۸: ۳۹۰) که با توجه به قواعد پیش‌گفته، عقیده اخیر به نظر صحیح می‌رسد.

در خصوص شیوه جبران نقص زیبایی با توجه به ماده ١٤ قانون آیین دادرسی کیفـــری و تبصره‌های آن،[1] به منظور بازگرداندن زیبایی زیان‌دیده یا کم کردن نقص بر زیبایی می‌توان نظریه جبران عینی را مطرح کرد (میرشـــکاری و حسینی،١٤٠١:٤٥). طبـــق این نظریـــه، اکنون که جراحی‌هـــای زیبایی ترمیمی و پیوندی ممکن شـــده و داروهای متعددی برای از بین بردن آثار بیماری کشف شده، تجهیزات پزشکی کارآمد برای کاستن از اثرات مخرب نقص عضو وارد میدان شده، نباید در بدو امر سراغ دیه رفت. در حال حاضر، درمان و اصلاح آســـیب‌های زیبایی از طریق علم پزشـــکی به صورت بیشتری از گذشته امکان‌پذیر اســـت؛ تا آنجا که امروزه احتمال عدم بهبودی و اصـــلاح آن به جهت بازگرداندن منافع زیبایی و عملکردهای اعضا بســـیار ضعیف اســـت؛ بنابراین می‌توان بیان کرد که مبالغ تعیین شـــــده دیه با توجه به فقدان علم و تکنولوژی جهت درمان‌های کامل در زمان گذشـــته و در مقایسه با امکانات امروزی باید به صورت ضابطه‌مند و متناسب با تغییر و تحولات علوم مختلف به ویژه پزشکی و شـــرایط فرهنگی و اجتماعی و همچنین مقتضیات زمانی مورد بازنگری قانونی قرار گیرد (دهقانـــی و همکاران، ١٤٠١: ٢٦٩). این‌جا دیگر بحث خســـارت مازاد بر دیه

---

۱. ماده ١٤ قانون آیین دادرسی کیفری: «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۱- زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثـــال آن حکم نماید؛ تبصره ۲- منافع ممکن الحصول تنهـــا به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود».

مطرح نیســـت، بلکه محور اصلی، بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیت ســـابق بر صدمه است؛ توضیح آن‌که، فقها و حقوق‌دانان در مورد خسارت‌های مادی، روش‌های اصلی جبران خســـارت را در طول یکدیگـــر مطرح کرده و بین آن‌ها تقـــدم و تأخر عقلی قائل‌اند؛ به این معنی که تا امکان استفاده از روش اول وجود دارد، نوبت به روش دوم نمی‌رسد؛ مرحله اول جبران خسارت، اعاده زیان‌دیده به حالت سابق است که به دلیل تلاش برای برگرداندن زیان‌دیده به وضعیتی که پیش از زیان داشـــته، روش مناســـبی است. مرحله دوم، جبران از طریق مثل مال از دست رفته است. مرحله سوم نیز جبران از طریق پرداخت مقداری پول است و در مواردی کاربرد دارد که جبران عینی یا مثلی میسر نباشد (فصیحی‌زاده و سعیدی، ۱۳۹۵: ۲۲۸).

٤. جبران نقص زیبایی در رویه قضایی

رویه قضایی به مطالبه جبران نقص زیبایی مشـــابه با فقه رای داده اســـت؛ در مـــوردی که دیه مقدر وجود دارد، ارش یا دیـــه‌ای بابت جبران نقص زیبایی نپذیرفته است؛ مثلاً در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۰۱۰۰۹ صادره از شعبه ۲۲ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران می‌خوانیم: «در فرضی که جراحت واقع شـــده در صورت شخص در حد دامیه می‌باشـــد حال این جراحت دیه مشخص دارد و برای همین جراحت به عنوان نقص در زیبایی علاوه بر دیه اقدام به تعیین ارش نیز گردد فاقد وجاهت است» (تارنمای ملی آرای قضایی).

در مورد نقص زیبایی، شعبه ١٦ دادگاه عمومی تهران در دادنامه شماره ۱۲۰۰ مـــورخ ۱۳۷٤/۷/۱۵ در خصوص یک حادثه رانندگی چنین حکم داده اســـت: «... با توجه به ماده ۳٦۷ قانون مجازات اســـلامی به جهت اعلام نقص زیبایی، دادگاه متهم موصوف را از جهت نقص زیبایی با توجه به اعلام پزشـــکی قانونی، به پرداخت مبلغ دو میلیون ریال بابت ارش، ظرف دو ســـال از تاریـــخ وقوع جرم ... محکوم می‌کند» (پروین، ۱۳۸۲: ١٥٤).[1] در دادنامه دیگر آمده اســـت: «بیســـت و پنج درصد دیه کامل بابت ارش نقص زیبایی ناشـــی از التیام ســـوختگی به صورت جوش‌گاه‌های معیوب و نصف دیه کامل مرد مســـلمان بابت از بین رفتن بینایی چشم راست در حق شاکی

۱. این رأی به موجب دادنامه شـــماره ۳۵۰ مورخ ۱۳۷٤/۹/٦ شعبه دوازدهم دادگاه تجدید نظر استان تهران تأیید شده است (پروین، ۱۳۸۲: ۱۵۵).

محکوم می‌نماید که می‌بایستی ظرف یک‌سال از تاریخ وقوع بزه بپردازد» (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۸۰۰۱۳۰ صادره از شعبه دوم دیوان عالی کشور). در رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۵۷۱ شعبه ۱۰۸۰ دادگاه کیفری دو شهرستان تهران نیز «ارش نقص زیبایی حاصل از جوشگاه بدشکل جراحات صورت، هشت درصد دیه» تعیین شده است که همین عقیده در شعبه ۵۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران عینا تایید شده است (تارنمای ملی آرای قضایی). در دادنامه‌ای دیگر که مورد تایید دیوان عالی کشور قرار گرفته است «دو درصد دیه کامل بابت ارش سوختگی صورت و اندام‌های فوقانی و قفسه صدری و نقص زیبایی و تخریب صورت» پذیرفته شده است (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۱۰۵۰۰۱۰۴ مورخ ۱۳۹۳/٤/۱۱) (همان‌جا). همچنین در دادنامه‌ای از شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو شهرستان ری آمده است: «دو و نیم درصد دیه کامله بابت عارضه جوشگاه معیوب جراحت بریدگی وسیع بخیه شده سراسری در ناحیه ابرو چپ و بین دو ابرو که همان ارش زیبایی است ... محکوم می‌نماید» (دادنامه شماره ۹٦۰۹۹۷۰۲۵۱۷۰۰۳٤۵ مورخ ۱۳۹٦/٤/۳۱).

در زیان وارد بر زیبایی در هر پرونده، دادرس باید علاوه بر معیارهای نوعی و متعارف، ویژگی‌های شخصی زیان‌دیده را نیز در نظر گیرد (میرشکاری و حسینی، ۱٤۰۱: ٤۹؛ Malkin, 1985: 68) و عواملی نظیر سن، جنسیت، وضعیت تأهل، موقعیت اجتماعی، خانوادگی و شغلی، توان سازگاری با شرایط جدید و تحمل صدمات روحی و کیفیت زندگی باید لحاظ شود.

برآمد

۱- جمال از باب فصاحت لسانی قابل تعریف نیست اما طبق نظریه فلاسفه، جمال هماهنگی میان اجزاست؛ پس زیبایی از بعد ساختاری شامل هماهنگی میان اجزا و از سوی دیگر احساس لذت‌بخشی است که به واسطه ادراک درک می‌شود؛ لذا هر آنچه که برای ادراک ناخوشایند باشد و جلوه‌گری موزون آناتومیک و هماهنگی و سلامت ظاهری فرد را تحت شعاع قرار دهد، می‌تواند از بعد زیبایی مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۲- یکی از دلایل وجود دیه اعضا و منافع در شرع، نقص جمال است و این امری مفروض در کلام فقهای عامه است و در فقه امامیه نیز به آن توجه شده؛ بدون آن که در قانون تصریحی بدان شده باشد. در قصاص اعضا نیز این فلسفه و مبنا وجود دارد و از این اصل، دو فرع استخراج می‌شود: نخست، در اعضا و منافعی که دیه مقدر دارند، چون دیه نقص جمال مندرج در آن دیه و یکی از دلایل وضع دیه است، در شرایط متعارف، دیه دیگری از باب نقص زیبایی وجود ندارد؛ دوم، در مواردی که اعضا یا منافع فاقد دیه مقدر و واجد ارش یا حکومت باشند، یکی از عوامل تعیین ارش برای اعضا، نقص جمال است؛ بدون آن‌که به خود جمال به عنوان یک منفعت توجه شود. این امر در تعیین ارشِ بیشتر منافع می‌تواند جاری باشد، اما در جایی که زیبایی جدای از سایر اعضا و منافعِ مورد بحث باشد، اگر عضوی فراتر از عیب و اثر که در برخی مواد به آن اشاره شده، نقص فاحشی به جای بگذارد همانند نقص حاصل از اسیدپاشی، جمال به عنوان یک منفعت مستقل ایفای نقش می‌کند و ارش‌پذیر است؛ به این بیان که بررسی روایات مربوط به باب دیات و اقوال فقها نشان می‌دهد زیبایی تا حدی که در متن یک عضو یا منفعت دیگر قرار دارد، دیه یا ارش همان عضو یا منفعت، نقص زیبایی را هم پوشش می‌دهد، اما اگر اعضا به نحوی آسیب ببینند که به صورت غیر متعارف کراهت منظر یا به هم‌ریختگی شکل بدن ایجاد کند، زیبایی از حالت فرعیت اعضا یا منافع خارج می‌شود و خود به طور مستقل یک منفعت محسوب می‌شود و نقص یا زوال آن طبق ماده ۷۹۸ قانون مجازات اسلامی موجب ارش است.

۳- فقهای اهل سنت ذیل بحث دیه اعضا، مباحثی راجع به ملاک و معیار وضع

دیـــه مطرح کرده‌اند و «تفویت منفعت و تفویت جمال با هم یا به تنهایی» را به عنوان معیار وضع دیه می‌دانند.

٤- در فقه امامیه سه نظر کلی در خصوص دیه نقص زیبایی با وجود دیه مقدر برای آن عضو بیان شد که قول اول، عدم پذیرش دیه؛ قول دوم، پذیرش و نظر سوم، تفکیک میان شـــرایط را بیان می‌داشت و در اعضایی که دیه مقدر ندارد، اتفاق نظر بر پذیرش ارش نقص زیبایی بود. به نظر می رســـد قول دوم مبتنی بر قاعده تســـبیب و هم‌ســـو با اهداف مسئولیت مدنی است و عواملی نظیر سن، جنسیت، وضعیت تأهل، موقعیت اجتماعی، خانوادگی، شـــغلی و ویژگی‌های شـــخصی هر زیان‌دیده باید در جبران نقص زیبایی لحاظ شود و شـــیوه جبران در نظام حقوقی اسلام، جبران عینی، راه اصلی و پرداخت غرامت به پول، راه فرعی جبران خســـارت شمرده می‌شود و در زیان به زیبایی، نظریه جبران عینی پیشنهاد می‌شود؛ یعنی در بدو امر، پیشرفت و ارتقاء علوم پزشـــکی و تکنولوژی در نظر گرفته شود و سعی بر درمان پزشکی اثر نقص بر زیبایی شـــود؛ و در صورت عدم امکان، وجه نقد از باب ایراد ضمان نقص به زیبایی پرداخت و در قوانین به ضمان زیبایی تصریح شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* امامی، سیدحسن (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی**، جلد چهارم، چاپ نهم، تهران: اسلامیه.
* بای، حسینعلی (۱۳۹۰)، **پرسمان فقهی قضایی**، جلد دوم، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی قضا.
* بروجردی، آقا سیدحسین (۱۳۹۰)، **جامع احادیث شیعه**، برگردان: احمد اسماعیل‌تبار و احمدرضا حسینی و مهدی حسینیان قمی، جلد سی و یکم، چاپ نخست، تهران: فرهنگ سبز.
* بهجت فومنی، محمدتقی (۱٤۲۸ق)، **استفتائات**، جلد چهارم، چاپ نخست، قم: دفتر آیت الله بهجت.
* بهمن پوری، عبداله (۱۳۹۸)، «**تحلیل فقهی مسئولیت ناشی از ورود خسارت بر زیبایی و کارکرد ثانوی اعضا**»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال دهم، شماره ۲.
* پروین، فرهاد (۱۳۸۲)، **خسارت معنوی در حقوق ایران**، چاپ دوم، تهران: ققنوس.
* حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۳)، «**قاعده دیه اعضا در فقه امامیه و اهل سنت**»، مجله فقه و حقوق، سال اول.
* خامنه‌ای، سیدعلی (۱۳۷۹)، **تقریرات درس خارج فقه؛ کتاب القصاص، بررسی حکم نصف بودن دیه زن**، قابل‌دسترس در پایگاه اینترنتی نشر و حفظ آثار آیت‌الله خامنه‌ای www.leader.ir.
* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸٤)، **لغت‌نامه دهخدا**، تهران: دانشگاه تهران.
* دهقانی نرگس، آهنگران و نقدی دورباطی، محمدرسول و صالحی کریم، مریم (۱٤۰۱)، «**چالش‌های جزایی تعیین میزان دیات با تأکید بر کارشناسی‌های پزشکی قانونی**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۲۹.
* سادات حسینی، سیدعباس (۱۳۹٤)، «**تاملی بر نحوه کارشناسی ضرب و جرح‌ها در پزشکی قانونی ایران**»، حقوق پزشکی، سال نهم، شماره ۳۲.
* عباسی، محمود و کلهرنیا گلکار، میثم و رضایی یکدانگی، محسن (۱۳۹۱)، «**تعهدات و الزامات جراحان زیبایی و ترمیمی در گستره حقوق پزشکی**»، حقوق پزشکی، شماره ۲۲.

* فاضل لنکرانی، محمدفاضل موحدی (بی‌تا)، **جامع المسائل**، چاپ یازدهم، قم: امیر قلم.
* فقهی، محمدرضا (۱۳۹۰)، **پرسمان فقهی قضایی**، جلد چهارم، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی قضا.
***گنجینه استفتات قضایی** (بی‌تا)، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی قضا.
* گودرزی، فرامرز (۱۳۷۷)، **پزشکی قانونی**، چاپ نخست، تهران: اینشتاین.
* مطهری، مرتضی (۱۳۷۷)، **فلسفه اخلاق**، تهران: صدرا.
* معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، **مجموعه قوانین و مقررات جرائم و مجازات‌ها** (۱۳۸۸)، جلد نخست، تهران: ریاست جمهوری.
* منتظری، حسین‌علی (۱۳٦۷)، **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، برگردان: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، جلد هشتم، قم: مؤسسه کیهان.
* مهرپور، حسین (۱۳۷۸)، «**بررسی تفاوت دیه زن و مرد در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن**»، پژوهشنامه متین، دوره نخست، شماره ۲.
* میرسپاسی، برونس (۱٤۰۱)، «**خسارت اخلاقی یا زیبایی شناسی ضرر و زیان زیبایی**»، مجله پزشکی قانونی ایران، دوره چهارم، شماره ۲۵.
* میرشکاری، عباس و حسینی، فاطمه‌سادات (۱٤۰۱) «**ماهیت حقوقی و نحوه ارزیابی زیان به زیبایی ناشی از صدمه بدنی**»، مطالعات حقوقی، دوره چهاردهم، شماره ۳.
* میرمدرسی، سیدموسی (۱۳۹۲)، «**مفهوم و ماهیت دیه از منظر فقه و حقوق اسلامی**»، کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۷۷.
* نظری توکلی، سعید و نادری پارسا، معصومه (۱۳۹۸)، «**تحلیل فقهی ـ حقوقی چگونگی جبران خسارت «نقص زیبایی» در جرائم منجر به سوختگی**»، فقه پزشکی، شماره ۳۸-۳۹
* نقیبی، سیدابوالقاسم و کلهرنیا گلکار، میثم و صدر طباطبایی، سیدمحمدعلی (۱۳۹٤)، «**واکاوی موضوع‌شناسی و مستندات حکم‌شناسی جراحی زیبایی**»، اخلاق زیستی، دوره پنجم، شماره ۱٦.
* نیازی، عباس و جوهر، سعید (۱٤۰۱)، «**اهلیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه**»،

مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و هشتم، شماره ۱۱۸.

ب. عربی

* ابن رشـــد قرطبی، محمد (١٤١٩ق)، **بدایه المجتهد- المصادر الفقهیه**، گردآوری: علی‌اصغر مروارید، جلد سی و نهم، چاپ نخست، بیروت: مؤسسه فقه الشیعه.

* ابن قدامـــه، عبدالله بن احمد (١٤١٩ق)، **الکافی فـــی الفقه ابن حنبل- المصادر الفقهیه**، جلد چهلم، بیروت: دارالکتاب اعلمیه.

*حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٤ق)، **وسایل الشیعه**، جلد سیزدهم، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث.

* شـــافعی، محمد بن ادریس (١٤١٩ق)، **الامّ، المصادر الفقهیه**، جلد چهلم، بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.

* شـــیرازی، ابراهیم بن محمد (١٤١٩ق)، **المهـــذّب، المصادر الفقهیه**، جلد چهلم، بیروت: دارالمعرفه.

* طوســـی، أبوجعفر محمد بن الحســـن (١٤٠٧ق)، **التهذیب**، جلد دهم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

* طوسی، أبوجعفر محمد بن الحسن (١٣٨٧ق)، **الخلاف المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد هفتم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.

* طوسی، أبوجعفر محمد بن الحسن (١٤٠٩)، **الخلاف**، جلد پنجم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه لمدرسین.

* غنیمی، عبدالغنی (١٣٩٩)، **اللباب فی شـــرح الکتاب**، جلد ســـوم، چاپ چهارم، بیروت: دارالکتاب العربی.

* کاشانی، علاءالدین بن مسعود (١٤١٩ق)، **بدایع الصنایع**، جلد سی و نهم، بیروت: المصادر الفقهیه.

* کلینی، أبوجعفر محمد بن یعقوب (١٤٠٧ق)، **الکافی**، جلد هفتم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.

* مازح، یاسر و جزیری، عبدالرحمن و عریض، علی‌حسن و غروی، محمد (١٤١٩ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت علیهم السلام**. جلد پنجم، بیروت: دارالثقلین.

* مالک بن انـــس (١٤١٩ق)، **المدونه الکبری، المصادر الفقهیه**، جلد ســـی و نهم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
* محدث نوری، میرزاحســـین (١٤٠٨ق)، **مستدرک الوســـائل و مستنبط المسائل**، بیروت: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث.
* مکارم شـــیرازی، ناصر (١٤٢٢ق)، **بحوث فقهیه هامه**؛ چاپ نخســـت، قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام.
* موســـوی خمینی، ســـید روح اللّه (بی‌تا)، **تحریر الوسیله**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه دارالعلم.
* وزاره الأوقاف والشئون الإسلامیه (١٤٠٤ق)، **الموسوعه الفقهیه الکویتیه**، الکویت، مصر: مطابع دار الصفوه.

پ. انگلیسی

* Malkin, Ian (1985) **Unequal Treatment of Personal Injuries**, 17 Mel.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۱۶۹-۱۴۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها در اتحادیه اروپا[1]

علی الهیاری‌فرد،[2] خیراله پروین[3]

چکیده

رمزارزهای غیر متمرکز از زمان معرفی در سال ۲۰۰۹ میلادی و استفاده گسترده از آن‌ها در سال‌های اخیر، به عنوان یک موضوع مهم تنظیم‌گری برای تعداد زیادی از دولت‌ها پدیدار شده است. این فناوری‌های نوین در محیط زنجیره‌های بلوکی و شبکه‌های نظیر به نظیر و خارج از حوزه نظارتی بانک‌های مرکزی صادر می‌شوند؛ لذا نبود نهاد نظارتی متمرکز، ناشناس بودن، فقدان طبقه‌بندی پذیرفته‌شده یکسان جهانی، مشکلات ارزش‌گذاری و نوسانات شدید، چالش‌ها و ناهماهنگی‌هایی را در خصوص تنظیم‌گری رمزارزها خصوصاً در بحث‌های مالیاتی به وجود آورده است که نتیجه آن منجر به عدم یکپارچگی و نابه‌سامانی قوانین و مقررات و اعمال مالیات‌های غیرمنصفانه برای کاربران رمزارز می‌شود. در بررسی چارچوب رویکرد اتحادیه اروپا در حوزه مالیات بر ارزش افزوده و مالیات بر سوداگری رمزارزها، با روشی توصیفی تحلیلی، مشخص گردید که تاکید تنظیم‌گران مالیاتی بر حوزه‌های سوداگری و سفته‌بازی رمزارز متمرکز شده است و بر فعالیت‌های واسطه‌گری رمزارزها از طریق شناسایی فعالان حوزه بازرگانی مالیات وضع می‌شود و دیگر موارد از معافیت‌های مالیاتی برخوردار است، اما تحلیل این رویکرد نشان داد که به چالش‌های مالیاتی از جمله نرخ مبادله، ناشناس بودن و ارزش منصفانه رمزارزها توجه نشده است؛ لذا نتایج این تحقیق مشخص ساخت که مواردی از جمله استفاده از روش انبارداری لایفو (LIFO) در محاسبه ارزش منصفانه رمزارز، ایجاد سامانه ثبت‌نام اولیه برای صرافان ارائه دهنده خدمات دارایی مجازی، نهاد نظارتی گروه اقدام ویژه خزانه‌داری رمزارزها و سامانه قراردادهای معاملاتی به منظور جلوگیری از ناشناس بودن تراکنش‌های رمزارز، به تنظیم‌گران مالیاتی در ایران برای حل چالش‌های فوق‌الذکر کمک می‌نماید.

واژگان کلیدی: اتحادیه اروپا، بلاک‌چین، بیت‌کوین، تنظیم‌گری، رمزارز، مالیات.

---

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «تنظیم‌گری رمزارزها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ایتالیا»، با راهنمایی آقای دکتر خیراله پروین و مشاورهٔ آقای دکتر ولی رستمی و آقای دکتر نادر میرزاده‌کوهشاهی در دانشگاه تهران است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)
allahyarifard12@ut.ac.ir

۳. استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
khparvin@ut.ac.ir

درآمد

به‌طـــور کلی، رمزارز[1] یک دارایی دیجیتال قابل مبادله یا شـــکل دیجیتالی پول خصوصی است که بر اساس فناوری زنجیره‌بلوکی[2] ساخته شده است و صرفاً در محیط اینترنت وجود دارد و ملموس نمی‌باشد (پهلوان، ۱۴۰۰: ۲۰).[3] کاربران می‌توانند بدون دخالت دولت و یک نهاد متمرکز، رمزارزهای غیر متمرکز و جهان‌روای خود هم‌چون بیت‌کوین[4] را به صرافی‌های ارائه کننده خدمات دارایی مجازی[5] در سراســـر جهان یا کیف پول‌های ارز مجازی[6] دیگران ارسال کنند و سپس شخص دریافت‌کننده می‌تواند رمزارز مورد قبول و قابل نقد را از طریق بانکی که از صرافی دیجیتال پشتیبانی می‌کند، تســـعیر کند (غلامی و دیگران، ۱۴۰۲: ۲۸۶). رمزارز از نظر رمزنگاری ایمن است و اکثر آن‌ها از فناوری اثبات کار[7] به‌دســـت می‌آید (Spithoven, 2019: 389). هر فرد می‌تواند اکثر رمزارزهای معرفی‌شده در حوزه فناوری اثبات کار از جمله بیت‌کوین را از طریق فرایندی به نام اســـتخراج، ایجاد نماید (شعبانی، ۱۳۹۹: ۱۵). هنگامی‌که یک دستگاه استخراج، رمزارزهای جدیدی ایجاد نمود، به آن دستگاه «پاداش بلوک»[8] که به عنوان کارمزد تراکنش یاد می‌شود، پاداش داده می‌شود (Deuber et al, 2022: 671). یکی از جنبه‌های مهم اســـتفاده از ســـامانه‌های مالی غیر متمرکز این است که شخص

---

1. Cryptocurrency
2. Blockchain

۳. برای دریافت اطلاعات بیشـــتر در خصوص چیســـتی و ماهیت رمزارزها بنگرید به: «شناســـایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران» (خادمان و دیگران، ۱۴۰۰)، «نسبت‌شناســـی ارز و رمزارز در نظام تقنینی ایران» (عســـکری، ۱۴۰۰)، «بررســـی تطبیقی مواجهه با رمزارزهـــا در نظام‌های حقوقی ایـــران و امریکا» (غمامی و علی‌پور، ۱۴۰۱) و «شـــناخت رمزارز و چالش‌های پیش‌روی نظام های حقوقی» (ساورایی، ۱۴۰۱).

4. Bitcoin
5. Virtual Asset Service Provider (VASP)

۶. کیف پول ارز دیجیتال (Cryptocurrency Wallet) یک برنامه نرم‌افزاری اســـت که برای ارتباط کاربر با زنجیره بلوکی و مشـــاهده دارایی‌های مجازی و نگهداری ارزهای دیجیتال اســـتفاده می‌شود (Ferrari, 2020: 327).

۷. اثبـــات کار در زنجیره‌بلوکـــی (Proof of Work) به‌دســـت آوردن رمزارز از طریق یک ســـری فرایندهای پیچیده رایانه‌ای برای حل کردن معماهای ریاضیاتی اســـت. درواقع این محاسبات پیچیده که انرژی برق زیادی نیز مصرف می‌کند برای آن اســـت که تمام رایانه‌های مورد استفاده در شبکه را صحیح و سالم حفظ کند (Ferrari, 2020: 327).

8. Block Reward

بـــرای انجام تراکنش نیازی به ثبت‌نام یا ارائـــه هویت خود ندارد و تمام تراکنش‌های رمزارز در زنجیره‌بلوکی ذخیره می‌شوند (کدخدایی و نوروزپور، ۱۳۹۹: ۱۳).

از رمزارزهـــا عمدتاً به عنوان وســـیله پرداخت در معاملات تجاری اســـتفاده می‌شـــود، اما نوسانات قابل توجه مربوط به آن‌ها باعث ورود این فناوری‌های مالی به حوزه‌های سرمایه‌گذاری ســـودآور شده است (ساورایی، ۱٤۰۱: ۱۳۲). درک چیستی و ماهیـــت رمزارز امری بســـیار مهم می‌باشـــد؛ به همان اندازه کـــه دولت‌ها به دنبال تنظیم‌گری رمزارزها هســـتند، به همـــان اندازه نیز تنظیم‌گـــران و نهادهای حاکمیتی می‌بایســـت درک صحیحـــی از ماهیت رمزارزها داشـــته باشـــند؛ در غیر این‌صورت تنظیم‌گری و مقررات‌گذاری به صورت صحیح و جامع انجام نمی‌شـــود (Alzahrani & Daim, 2019: 5). گـــروه ویژه اقدام مالـــی[1] (FATF) رمزارز را به عنوان نمایش دیجیتالی از یک ارزش تعریف می‌کند که به صورت دیجیتال معامله می‌شود و دارای یک یا چند ویژگی پول از جمله وسیله مبادله، واحد حساب و ذخیره ارزش می‌باشد (FATF, 2014). دیوان دادگســـتری اتحادیه اروپا[2] (ECJ) در دیدگاه خود در مورد ماهیـــت رمزارز در پرونده‌ای[3] تراکنش‌های رمزارز را به عنوان ارائه خدمات مبادله‌ای، هم‌چون یک معامله پولی برشـــمرده است اما خود رمزارز به عنوان یک پول قانونی و رسمی در نظر گرفته نمی‌شود. بانک مرکزی اروپا[4] (ECB) کارکرد رمزارز را هم‌چون پول الکترونیکی به عنوان ذخیره الکترونیکی ارزش پولی در یک دســـتگاه فنی بدون دخالت حساب‌های بانکی تعریف نموده است (فیضی‌چکاب و صادقی، ۱٤۰۰: ۷۷). مقامـــات قضایی ایتالیا در رای دادگاه ورونا[5] رمزارز را به عنوان یک ابزار مالی در نظر گرفتند؛ در صورتی که در همان کشـــور، مقامات مالیاتـــی در وزارت امور اقتصاد و دارایی و نهاد دارایی با توجه به دســـتورالعمل اجرایی قانون لومباردی[6] نشان داده‌اند که رمزارزها می‌بایست در دسته ارزهای خارجی[7] قرار گیرند (Gola & Caponera,

1. Financial Action Task Force
2. European Court of Justice
3. Skatterverket v. David Hedqvist (2015) C-264/14
4. European Central Bank
5. Verona
6. Lombardy Reg. Directorate
۷. مطابق رای دادگاه ورونا، مقامات مالیاتی نمی‌توانستند بر رمزارزها مالیات اعمال نمایند؛ لذا با قرار

2019: 21). از سوی دیگر، مطابق قوانین و مقررات برخی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا رمزارز نمی‌تواند در دسته‌بندی ابزار مالی قرار گیرد؛ برای مثال در کشور سوئد، دادگاه عالی اداری[1] در نظریه‌ای[2] اعلام نمود که رمزارزها صرفاً یک فناوری است که در بازار موجود است و برای آن تقاضا وجود دارد (OECD, 2020). آنچه مشخص می‌باشد این است که کشورهای عضو اتحادیه اروپا از یک رویه واحد برای تعیین و تعریف ماهیت رمزارزها پیروی ننموده‌اند (OECD, 2020).

موفقیت و محبوبیت رمزارزهای غیر متمرکز تا حد زیادی به دو جنبه مهم نسبت داده شده است. نخست، تراکنش‌های رمزارزهای غیر متمرکز هم‌چون بیت‌کوین ماهیت ناشناس دارند؛ در واقع کاربران بدون افشای هویت، رمزارز را با سایر کاربران و افراد جامعه مبادله می‌کنند (آهنگران، ۱۴۰۰: ۳۵-۳۸)، دوم آن‌که، تراکنش‌های مربوط به رمزارز هیچ کارمزدی ندارند و فقدان کارمزد برخلاف سامانه‌های مالی سنتی منجر به کاهش قابل توجه هزینه‌های تراکنش می‌شود (Lansky, 2018: 22). با این‌حال توانایی‌های رمزارزهای غیر متمرکز به دلیل داشتن ماهیت ناشناس برای ورود به مسائل غیرقانونی هم‌چون پول‌شویی، تامین مالی تروریسم و فرار مالیاتی، فرصت‌ها و کارایی‌های مفید این فناوری جدید را تحت الشعاع قرار می‌دهد و دولت‌ها را بر آن داشته تا برای رسیدن به رویکردهای کارآمد و موثر برای کنترل و کاهش چالش‌های رمزارز تلاش نمایند. یکی از موضوعات مهم در حوزه رمزارزها، بحث مربوط به چالش‌های مالیاتی آن‌ها می‌باشد. به‌طور کلی برای این‌که هر دولتی بتواند وظایف اصلی مقرر در قانون اساسی خود را به نحو احسن انجام دهد، نیاز به درآمد و منابع مالی دارد (رستمی و دیگران، ۱۳۹۶: ۶۱۰). درآمد جمع‌آوری‌شده از مالیات با هدف پرداختن به اهداف مهم هم‌چون تامین مالی هزینه‌های عمومی و ارتقاء رشد اقتصادی جامعه صرف می‌شود (رستمی و دیگران، ۱۴۰۱: ۵). رمزارزهای غیر متمرکز به دلیل ماهیت خاص خود، دولت‌ها را در امر تنظیم‌گری مالیاتی با چالش‌هایی روبه‌رو می‌سازند؛ اساسی‌ترین مشکل پیاده‌سازی این تنظیم‌گری را می‌توان در نهان‌کاری

دادن رمزارزها در دسته ارزهای خارجی، این فناوری‌های مالی می‌توانستند به عنوان پایه‌های مالیاتی قرار گیرند (Beebeejaun& Dulloo, 2021: 54).

1. Swedish Supreme Administrative Court
2. HFD 2018 ref. 72

ماهوی و ناشـــناس‌بودن کاربران دید. به بیان دیگر، بیشـــتر تراکنش‌ها از نشـــانی‌های عمومی استفاده می‌کنند و به این ترتیب کشف ارتباط آن‌ها با افراد یا شرکت‌ها بسیار دشـــوار می‌گردد. از ســـوی دیگر، نوسانات شـــدید رمزارز ممکن است کاربران را با مالیات‌های غیرعادلانه به دلیل عدم توانایی مقامات مالیاتی برای محاســـبه نرخ ارزش منصفانه رمزارز روبه‌رو ســـازد؛ ویژگی‌های فناوری آن‌ها نیز به سرعت در حال تغییر است و بر چالش‌های مالیاتی می‌افزاید؛ فقدان دستورالعمل‌های جامع و چارچوب‌های کارآمد و مناســـب برای رسیدگی به این دارایی‌ها برای اهداف مالیاتی نیز در فهرست این چالش‌ها قرار دارد (Gola & Caponera, 2019: 13-15). از سوی دیگر، ماهیت ناشناس رمزارز و استفاده از سامانه‌های دارک‌وب[1] و خدمات مخلوط‌کن[2] نیز خطرات فرار مالیاتی را افزایش می‌دهد (مددی و قماشی، ۱۴۰۰: ۵۱۹).

بحث مالیات بر ارزش افزوده و مالیات بر ســـوداگری (عایدی بر سرمایه) دو موضوع مهم مالیاتی در حوزه رمزارزها می‌باشـــد. مالیات بر ارزش افزوده به ســـبک اروپایی برای افرادی که به طور مســـتقل فعالیت‌های اقتصادی انجام می‌دهند به عنوان یک مالیات غیرمســـتقیم طراحی شـــده اســـت که در آن بار مالیاتی نهایی از شخص عرضه‌کننده کالا یا خدمات، به شـــخص دریافت‌کننده کالا یا خدمات منتقل می‌شود (Kollmann, 2019: 17-20). مالیات بر ســـوداگری نیز یکی از مهم‌ترین مالیات‌های مســـتقیم در کشورهای مترقی و توسعه‌یافته اســـت که به میزان افزایش ارزش قیمت فروش یک دارایی نسبت به قیمت خرید آن در طول زمان گفته می‌شود.

هدف این مقاله پاسخ به این پرسش است که با توجه به تحلیل رویکرد اتحادیه اروپا در دو حوزه مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها، تنظیم‌گری پیشنهادی برای جمهوری اسلامی ایران در این حوزه چگونه باید باشد؟ در ابتدا رویکرد اتحادیه

---

۱. دارک‌وب (Dark web) به شبکه‌ای از سامانه‌های اینترنتی گفته می‌شود که از دسترس عموم افراد خارج بوده و تنها با اســـتفاده از ابزارهای خاصی می‌توان به آن‌ها دسترسی داشت، از آن‌جایی که این شـــبکه تقریباً غیر قابل ردیابی است هرگونه جرمی مثل خرید و فروش اسلحه و مواد مخدر، آزار و اذیت انسان‌ها، تهیه مدارک جعلی و غیره از طریق آن انجام می‌شود.

۲. خدمات مخلوط‌کن (Tumbler Services) خدماتی اســـت که رمزارزهای آلوده یا غیرقانونی را با دیگر رمزارزها ترکیب می‌کند تا مســـیر بازگشـــت به منبع اصلی این وجوه را مبهم نماید. از آن‌جایی که تمام وجوه با هم جمع می‌شوند و سپس در زمان‌های تصادفی توزیع می‌گردند، ردیابی رمزارزها بسیار دشوار است.

اروپا در خصوص مالیات بر ارزش افزوده و مالیات بر سوداگری رمزارزها به تفصیل توضیح داده می‌شود و سپس چالش‌های پیش‌روی این رویکرد آورده شده است. این تحقیق با تجزیه و تحلیل رویکرد اتحادیه اروپا پیشـــنهاد نموده اســـت که در رویکرد جمهوری اســـلامی ایران، اولاً تمرکز تنظیم‌گران مالیاتی بر عملیات‌های سوداگری و ســـفته‌بازی رمزارزها متمرکز باشد و دوم آن‌که تنظیم‌گران مالیاتی در بحث مالیات بر ســـوداگری باید به نرخ مبادله رمزارز و ارزش منصفانه آن برای رعایت اصول عدالت اجتماعی توجـــه ویژه نمایند که این موضوعات برای ارتقـــاء کارآمدی طرح مالیات بر ســـوداگری و سفته بازی و جلوگیری از آســـیب احتمالی در بازار رمزارزهای غیر متمرکز بسیار موثر است؛ هم‌چنین سازکارهای لازم برای شناسایی و رصد تراکنش‌های رمزارزها در قوانین و مقررات می‌بایست تعبیه گردد.

۱. مالیات ارزش افزوده رمزارز

رمزارز نه مانند طلا و نقره دارای ارزش ذاتی بالایی است و نه یک پول سنتی صادر شـــده توسط بانک مرکزی است؛ همین موضوع بحران هویتی رمزارز را مطرح کرده اســـت و دولت را در خصوص تنظیم‌گری مالیاتی با مشـــکلاتی روبه‌رو ساخته اســـت. لذا در این قســـمت رویکرد اتحادیه اروپا از ابتدا تاکنون به مســـاله مالیات بر ارزش افزوده در رمزارز بررسی می‌شود.

۱-۱. اقدامـــات اولیه اتحادیه اروپا جهت تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده رمزارزها

برای نخســـتین بار در سال ۲۰۱٤ کمیته مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا[1] وضعیت رمزارزها را در خصوص اعمال مالیات بر ارزش افزوده مورد بررســـی قرار داد. از نظر کارشناســـان این کمیته، تراکنش‌های مربوط به رمزارزها از نظر چگونگی انجام مبادلات، مطابق دســـتورالعمل مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا،[2] در ســـه دســـته خارج از محدوده مالیات بر ارزش افزوده، مشـــمول مالیات بر ارزش افزوده و مشـــمول مالیات بر ارزش افزوده اما دارای معافیت قرار گرفته می‌شـــوند؛ هرچند دســـته اول و ســـوم، هر دو منجر به عدم اعمال مالیات بر ارزش‌افزوده می‌شوند، اما

۱. کمیته مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا (VAT Committee) یک گروه کارشناسی غیررسمی متشکل از نمایندگان مقامات مالیاتی کشورهای عضو اتحادیه اروپا می‌باشد.

2. COUNCIL DIRECTIVE VAT 2006/112/EC

در خصوص ایجاد دسته سوم، تاکید کمیته مزبور بیشتر بر قرار دادن رمزارزها در گروه پول الکترونیکی، ارز خارجی و یا اوراق بهادار بوده است که از این طریق مشمول معافیت‌های مالیاتی مندرج در بند یک ماده ۱۳۵ [۱] دستورالعمل فوق‌الذکر نیز می‌گردند.

انتقاد صورت‌گرفته به این نظریه اینجا است که ذهن کارشناسان و تنظیم‌گران مالیاتی هنوز با ماهیت و ذات رمزارزهای غیر متمرکز به خوبی آشنا نبوده و این نظریه بیشتر نشأت گرفته از تعریف بانک مرکزی اروپا (ECB) از رمزارزهای غیر متمرکز به عنوان پول دیجیتال صادرنشده توسط بانک‌های مرکزی در سال ۲۰۱۲ بوده است؛ لذا در عمل مشاهده گردید که نمی‌توان رمزارزهای غیر متمرکز را با توجه به قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی، به عنوان پول الکترونیکی، ارز خارجی یا اوراق بهادار در نظر گرفت و رمزارزها می‌بایست در یک دسته‌بندی مالی جدید قرار گیرند. با توجه به این اختلاف نظر و تردیدها، اتحادیه اروپا در این سال نتوانست به یک رویکرد واحد در خصوص اعمال مالیات بر ارزش افزوده رمزارزها دست یابد (Thiemann, 2021: 4-6).

۲-۱. بررسی رویکرد دیوان دادگستری اتحادیه اروپا (ECJ)

سال ۲۰۱۵ را می‌توان به عنوان سالی مهم در بحث تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده رمزارزهای غیر متمرکز تلقی نمود؛ در این هنگام مطالعات گسترده‌ای در حوزه رمزارزها از جمله موضوعات مربوط به چالش‌های پیچیدگی رمزارز در معاملات، ماهیت منحصربه‌فرد آن، ناشناس بودن و تبدیل شدن کاربران به اشخاص مشمول مالیات بر ارزش افزوده صورت گرفته بود. تمرکز و هدف اصلی کمیته مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا نیز در خصوص پیامدهای توصیف رمزارزها به عنوان محصولات دیجیتال نهادینه گشت (VTA committee working paper No. 854).

---

۱. کشورهای عضو، معاملات زیر را از مالیات بر ارزش افزوده معاف خواهند کرد: (د) معاملات مربوط به سپرده‌ها و حساب‌های جاری، پرداخت‌ها، نقل و انتقالات، بدهی‌ها، چک‌ها و سایر اسناد قابل معامله، اما به استثنای وصول بدهی؛ (ه) معاملات در مورد ارز، اسکناس و مسکوک مورد استفاده به عنوان ارز قانونی، به استثناء اقلامی هم‌چون طلا، نقره یا سایر سکه‌های فلزی یا اسکناس‌های بانکی یا سکه‌های عتیقه که معمولا به عنوان پول استفاده نمی‌شود؛ (و) معاملات، از جمله مذاکره، اما نه مدیریت یا حفظ، در سهام، منافع در شرکت‌ها یا انجمن‌ها، اوراق قرضه و سایر اوراق بهادار، اما به استثناء اسنادی که مالکیت کالاها را ایجاد می‌کند و حقوق یا اوراق بهادار مذکور در بند دو ماده ۱۵.

سرانجام کمیته با بررسی موضوعات یادشده و تجربیات سال ۲۰۱٤ به این نتیجه رسید کـــه اگر رمزارزهای غیر متمرکز را نمی‌توان در دســـته‌های پول دیجیتال، ارز خارجی و اوراق بهادار قرارداد، بهتر آن اســـت که رمزارز به عنوان دارایی دیجیتال قابل معامله تلقی شود و این دسته‌بندی رمزارز را مطابق بند هـ ماده ۱۳۵ دستورالعمل یادشده در محدوده معافیت‌های مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا قرار می‌دهد.

نکته مهم اینجا اســـت که کمیته مذکور در نظریه خود هیچ توجهی به مســـاله مبادلات رمزارز با پول‌های ســـنتی و کاغذی که حجم قابل توجهی از مبادلات رمزارز را در برمی‌گیرد، نداشـــته است؛ لذا ســـؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا مبادله رمزارز غیر متمرکز با پول ســـنتی نیز مطابق ماده فوق‌الذکر از مالیات بر ارزش افزوده معاف شده است؟

در پاسخ به سوال بالا می‌توان رویکرد دیوان دادگستری اتحادیه اروپا (ECJ) در پرونده هدکویست[1] در سال ۲۰۱۵ را مورد بررسی قرار داد. دیوان در این خصوص معتقد بود که برای تعیین معافیت یا عدم معافیت مالیاتی مبادلات رمزارز با پول سنتی طبق بند یک مـــاده ۱۳۵ ابتدا باید مراد کلی مقنن از اعمال این معافیت‌ها مشـــخص گردد. در واقع هدف اصلی ماده ۱۳۵ جلوگیری از واگرایی بین سامانه‌های مالیات بر ارزش افزوده در اتحادیه اروپا اســـت و ضروری است که این معافیت‌ها به طور دقیق تفسیر شـــوند. در متن و روح ماده ۱۳۵ دستورالعمل مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا نوعی ابهام وجود دارد که آیا این ماده فقط در مورد معاملات مربوط به پول‌های ســـنتی اعمال می‌گردد و یا این‌که معاملات مربوط به رمزارزها نیز مشـــمول این ماده می‌باشـــد؛ لذا با توجه به این ابهام، دیوان دادگســـتری اتحادیه اروپا معتقد بود از این حیث که یگانه ماموریت رمزارز، فراهم نمودن ابزار مبادله اســـت، در نتیجه صرفاً از این منظر، این فناوری مالی نوین قابل مقایســـه با پول‌های سنتی است و هر دو گروه نتایج مالیاتی مشـــابهی را ایجاد می‌کنند؛ بنابراین حکم دیوان بر این موضوع اســـتوار بود که با توجه به قســـمت (ه) بند یک ماده ۱۳۵ دستورالعمل مالیات بر ارزش افزوده

---

۱. در این پرونده (Skatteverket v Hedqvist) هدکویست قصد داشت از طریق یک سکوی آنلاین، خدمات مبادله بین رمزارز و پول ســـنتی را در کشـــور سوئد ارائه دهد. از نظر کمیسیون درآمد سوئد این ارائه خدمات، مبادله‌ای بود که طبق قانون مالیات بر ارزش افزوده ســـوئد معاف از مالیات است، اما سازمان مالیاتی سوئد از این نظر به دیوان دادگستری اروپا شکایت نمود.

اتحادیه اروپا معاملات مبادله پول‌های سنتی با رمزارز و به‌عکس، معاملات معاف از مالیات بر ارزش افزوده می‌باشد؛ لذا به صورت کلی در رویکرد دیوان مشخص شد که ماهیت رمزارزهای غیر متمرکز، ابزار مبادله است و صرفاً از این حیث به دلیل تشابه با وظیفه پول‌های سنتی، مشمول معافیت مالیاتی می‌شود (VTA committee working paper No. 854).

۳-۱. تکمیل رویکرد دیوان دادگستری اروپا توسط کمیته مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا

پس از نظر دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده هدکویست که از جنبه قاعده الزام‌آور نیز برخوردار بود، کمیته مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا رویکرد خود را مجدد مورد بررسی قرار داد. کمیته در رویکرد خود علاوه بر موضوع مبادله رمزارز با پول سنتی، به موارد مهم دیگری از جمله خرید کالاها و خدمات مشمول مالیات بر ارزش افزوده از طریق رمزارز، خدمات مربوط به کیف پول‌های دیجیتال، خدمات مربوط به استخراج رمزارز و خدمات مربوط به ارائه رمزارز توسط صرافان اشاره نمود که به شرح زیر می‌باشد:

۱-۳-۱. خرید کالاها و خدمات مشمول مالیات بر ارزش افزوده از طریق رمزارز

ابتدا باید اشاره کرد که در این حالت هیچ مالیات بر ارزش افزوده‌ای نباید بر ارزش خود رمزارز اعمال گردد و رمزارز یک وسیله مبادله هم‌چون پول سنتی در نظر گرفته می‌شود؛ اما برای کالاها یا خدمات مشمول مالیات بر ارزش افزوده که به‌وسیله رمزارز پرداخت می‌گردند همانند هر عرضه دیگری رفتار می‌شود و مالیات بر ارزش افزوده می‌بایست از کالاها یا خدمات ارائه شده اخذ گردد (VTA committee working paper No. 854).

۲-۳-۱. خدمات مربوط به کیف پول‌های ارز دیجیتال

کمیته در این حالت برای تنظیم‌گران مالیاتی در کشورهای عضو اتحادیه اروپا، صلاحیت تشخیصی[1] قائل گشته است. در واقع حجم عظیمی از خدمات ارائه شده توسط ارائه‌دهندگان کیف پول به صورت رایگان صورت می‌پذیرد و همین موضوع

1. Selective Competence

باعث می‌شود که این تراکنش‌ها خارج از محدوده مالیات بر ارزش افزوده قرار گیرند. بـــا این‌حال، اگر برخی از ارائه‌دهندگان کیف پول در ازای خدمات خود درخواســـت پرداخت هزینه کنند به نظر می‌رســـد که این تراکنش‌ها مشمول مالیات خواهد بود و از نظـــر کمیته نیز هیچ منعی در این خصوص وجـــود ندارد چراکه در خدمات کیف پول رایگان، کاربران ممکن اســـت روزها و یا حتی هفته‌ها منتظر تایید تراکنش بمانند و منافع مالی آن‌ها دچار ضرر و زیان جبران‌ناپذیری گردد. از طرفی کشـــورهای عضو می‌تواننـــد معافیت مالیاتی بند یک ماده ۱۳۵ دســـتورالعمل مالیات بر ارزش افزوده را برای چنین خدماتی در نظر گیرند (OECD, 2020).

۳-۳-۱. خدمات مربوط به استخراج رمزارز

در خصوص خدمات مربوط به اســـتخراج رمـــزارز، دو حالت را می‌توان در نظر گرفت؛ در حالت اول در نظر گرفته می‌شـــود که پرداخت کارمزد تراکنش توسط کاربران، یک شـــرط لازم برای انتقال موفقیت‌آمیز رمـــزارز و دریافت خدمات تایید ارائه شده توسط استخراج‌کننده نمی‌باشـــد چراکه در برخی از سامانه‌ها این عملیات به صورت رایگان انجام می‌شـــود و هم‌چنین در این حالت، ارائه خدمات اســـتخراج برای استخراج‌کننده این حق را ایجاد نمی‌کند که در ازای ارائه آن خدمات (نه فروش رمـــزارز) مبلغی را دریافـــت کند و نتیجتاً رابطه‌ای بیـــن او و گیرنده خدمات پدیدار نمی‌شـــود. لذا این حالت به‌طور کلی از محدوده مالیات بر ارزش افزوده خارج است (OECD, 2020).

در حالـــت دوم، در هر مرحله که رمزارزهای جدید به‌طور خودکار و به عنوان پاداش، توسط دستگاه استخراج‌کننده از سامانه زنجیره‌بلوکی دریافت می‌گردد و تایید آن‌ها توسط گره‌ها[1] ثبت می‌شود، می‌تواند موضوعی مشمول مالیات تلقی شود. مبنای این رویکرد این اســـت کـــه هرچند در نظر، تراکنش‌های رمـــزارز به صورت رایگان صورت می‌پذیرد، اما در عمل، کاربران رمزارز هزینه‌های مختلفی از جمله هزینه‌های مربوط بـــه کیف‌پول‌های دیجیتال را پرداخت می‌کنند و تقریباً غیر ممکن اســـت که

۱. گره زنجیره‌بلوکی (Node) به هر رایانه که نرم‌افزار شـــبکه را بر روی سامانه خود پیاده می‌کند و از طریق اینترنت به سایر رایانه‌های مانند خود متصل می‌گردد گفته می‌شود. هرچه تعداد این رایانه‌ها بیشـــتر باشد زیرساخت شبکه زنجیره‌بلوکی قوی‌تر می‌شود. در زنجیره‌بلوکی، سرور محرمانه مرکزی وجود ندارد؛ این فقدان را گره‌های زنجیره‌بلوکی جبران می‌نمایند.

کاربران مایل باشـــند تا روزها یا هفته‌ها منتظر تایید تراکنش در ســـامانه‌های رایگان بمانند (OECD, 2020).

کمیته در رویکرد خود، حالت دوم را برگزید اما فعالیت‌های استخراج رمزارز را مطابق قســـمت د بند یک ماده ۱۳۵ دســـتورالعمل مالیات بـــر ارزش افزوده معاف دانســـت چراکه آن‌ها در واقع وظایف خاص و اساســـی یک عرضه معاف از مالیات یعنی استخراج خود رمزارز، و نه یک کالا و خدمات مشمول مالیات بر ارزش افزوده را انجام می‌دهند (VTA committee working paper No. 854).

٤-۳-۱. خدمات مربوط به واسطه‌گری و ارائه رمزارز توسط صرافان

شـــاید بتوان قطعی‌تریـــن حالت اعمال مالیات بر ارزش افـــزوده را مربوط به این دســـته دانست. در واقع خدماتی که توسط سامانه‌های صرافی و واسطه‌گران ارائه می‌شـــوند، مشـــمول مالیات خواهند بود. نکته قابل توجه اینجا است که از نظر کمیته مذکور، خدمات صرافی و واســـطه‌گران به هیچ عنـــوان نمی‌تواند مطابق بند یک ماده ۱۳۵ دســـتورالعمل مالیات بر ارزش افزوده از معافیت برخوردار باشد (Kucharová et.al, 2021: 8).

۲. مالیات بر سوداگری رمزارز

یکی از مهم‌ترین مالیات‌های مســـتقیم در کشـــورهای مترقی و توســـعه‌یافته، مالیات برســـوداگری و سفته‌بازی است. عایدی ســـوداگری و سفته‌بازی (سرمایه) به میزان افزایش ارزش قیمت فروش یک دارایی نسبت به قیمت خرید آن گفته می‌شود (پاک‌نژاد، ۱٤۰۲). به‌طور معمول هدف از اخذ مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی ایجاد محدودیت برای فعالیت‌های سوداگری، ایجاد عدالت اجتماعی و عدم تمرکز سرمایه برای گروه حداقلی، افزایش منابع عمومی و کارایی اقتصادی است.

سامانه‌های مالیاتی ســـوداگری کنونی در اتحادیه اروپا نسبتاً ناپایدار هستند و کمیسیون مالیاتی پارلمان اتحادیه اروپا اولین نهادی بوده است که در سال‌های اخیر به این موضوع اعتراف نمود (European Parliament E-001025/2023). در اتحادیه اروپا، مالیات بر ســـوداگری از یک کشـــور به کشور دیگر بسیار متفاوت است. لذا از آن‌جایی که تنظیم‌گران مالیاتی دو کشـــور اسپانیا و ایتالیا در حوزه رمزارزها اقدامات قابل توجهی انجام داده اند، در این بخش صرفاً به بررســـی اقدامات این دو عضو از

اتحادیه اروپا در این بخش اکتفا می‌گردد.

هنگامی‌که فردی رمزارز را به‌دست می‌آورد و متعاقباً تصمیم به فروش آن می‌گیرد، برای سود یا زیان سرمایه احتمالی می‌بایست مالیات آن را بپردازد (Náñez Alonso, 2019: 8). بر اساس ماده ۳۳ قانون مالیات بر درآمد اسپانیا،[1] موضوع سوداگری، تغییرات در ارزش دارایی‌های مودی که به دلیل هرگونه تغییر در ترکیب آن، آشکار می‌شود را شامل می‌گردد (Náñez Alonso, 2019: 5-7). سوال مهمی که در خصوص این نوع از مالیات مطرح می‌شود این است که آیا فرد مشمول مالیات باید اظهارنامه مالیاتی را نسبت به دارایی‌هایی که واقع در خارج از کشور است نیز ارائه نماید؟ این سوال در واقع از بحث محل کیف پول‌های دیجیتال که حاوی رمزارز می‌باشند، گرفته شده است. از نظر فنی چالش اصلی اینجا است که کیف پول‌های دیجیتال موقعیت جغرافیایی خاصی ندارند. راه‌حل این چالش را می‌توان از ماده ۲ قانون فوق‌الذکر استنباط نمود که می‌گوید: عواید و زیان اموال و محاسبات درآمدی که به موجب قانون به‌دست آمده است، صرف نظر از محل تولید و محل اقامت پرداخت‌کننده، با توجه به ملاک تابعیت شخصی تعیین می‌شود. هم‌چنین موضوع مهم دیگر این است که مالیات سوداگری برای افرادی که سود سرمایه آن‌ها از خرید رمزارز به‌وسیله سایر رمزارزهای دیگر حاصل می‌شود، به چه صورت می‌باشد؟ نهاد مالیاتی اسپانیا در مورد این وضعیت خاص از طریق دستورالعمل الزام آور اداره کل مالیات[2] در سال ۲۰۱۸ حکم داد که اولاً این فعالیت کاملاً در بخش مالیات بر سوداگری قرار می‌گیرد و ثانیاً رویکرد خود را بر مبنای بند اول ماده ٣٤ قانون یادشده مقرر می‌دارد که می‌گوید میزان سود یا زیان ملکی، با فرض انتقال سنگین یا پرسود، تفاوت بین ارزش‌های تملک و انتقال عناصر ملکی است. در نتیجه موضوع مبادله رمزارزها نیز در این ماده حل گردیده است زیرا این موضوع مفهوم می‌گردد که ارزش بازار مربوط به رمزارزها که رد و بدل می‌شوند، قیمتی است که با قیمت توافق شده برای فروش بین افراد مستقل در زمان مبادله مطابقت دارد.

برای سرمایه‌گذاری رمزارز توسط اشخاص حقیقی، ایتالیا دارای رویکرد

1. Spanish P.I.T. law
2. V0999-18

آسان‌تری نسبت به دیگر عضوهای اتحادیه اروپا می‌باشد زیرا مالیات بر سوداگری صرفاً در صورتی اعمال می‌شود که مجموع دارایی‌های رمزارز که توسط یک سرمایه گذار نگه‌داری می‌شود از آستانه پنجاه و یک هزار و ششصد و چهل و پنج یورو برای حداقل هفت روز کاری متوالی در یک سال مالی فراتر رفته باشد. این فرایند مشمول مالیات جایگزین بیست و شش درصدی برای افراد مقیم ایتالیا و مالیات بر درآمد معمول شرکتی برای مشاغل می‌باشد (Beebeejaun & Dulloo, 2021: 55-58). علاوه بر این موضوع، مالیات بر سوداگری صرفاً بر تراکنش‌های بین رمزارز و پول سنتی لحاظ می‌شود (Beebeejaun & Dulloo, 2021: 55-58).

۳. چالش‌های مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارز در اتحادیه اروپا

رمزارز به سبب ماهیت خاص و تنوع گسترده آن، دستیابی به یک توافق مشترک در مورد رفتار مالیات بر ارزش افزوده تراکنش‌های مربوط به خود را با مشکلاتی مواجه کرده است و هنوز تا رسیدن به یک اطمینان حقوقی برای کاربران این ابزار و هم‌چنین یک رویکرد مشترک و سازگار در سراسر اتحادیه اروپا فاصله وجود دارد. در این خصوص چالش‌های مهمی پیش‌روی تنظیم‌گران مالیاتی وجود دارد که بحث مربوط به نرخ مبادله و ویژگی ناشناس بودن رمزارز از مهم‌ترین چالش‌های موجود است.

۳-۱. نرخ مبادله رمزارز

یکی از مهم‌ترین چالش‌های موجود در خصوص اعمال مالیات در حوزه رمزارزها بحث مربوط به فقدان نرخ ارز در آن‌ها است (Jalal et al, 2021: 9). در ماده ۲۳۰ دستورالعمل مالیات بر ارزش افزوده اتحادیه اروپا، قانون‌گذار گفته است که «مبالغ مندرج در صورت‌حساب‌ها ممکن است به هر ارزی ظاهر شود، مشروط بر این‌که مبلغ مالیات بر ارزش افزوده قابل پرداخت یا تعدیل به پول ملی کشور عضو، با استفاده از سازِکار نرخ تبدیل مقرر در ماده ۹۱ بیان شود». از سوی دیگر، در بند یک ماده ۹۱ اشاره شده است که «در صورتی که عواملی که برای تعیین مبلغ مشمول مالیات در واردات به کار می‌روند، به ارزی غیر از ارز کشور عضوی که ارزیابی در آن انجام می‌شود نمایان شود، نرخ مبادله باید مطابق با مقررات حاکم بر محاسبه تفاضل پول داخلی و آن ارز خارجی برای اهداف گمرکی تعیین شود». بند دو ماده ۹۱ نیز

بیان می‌دارد «در مواردی که عواملی برای تعیین مبلغ مشمول مالیات معامله‌ای غیر از واردات کالا به کار می‌روند، به ارزی غیر از ارز کشور عضوی که ارزیابی در آن انجام می‌شود بیان شود، نرخ ارز قابل اعمال باید آخرین نرخ فروش ثبت شده، در زمانی که مالیات بر ارزش افزوده قابل دریافت می‌شود، در بازار رسمی ارز در آن کشور تعیین شـــود». نکته مهم اینجا است که ویژگی‌های رمزارز و نوسانات شدید آن ممکن است اعمال بندهای یک و دو ماده ۹۱ دستورالعمل مالیات بر ارزش افزوده را بسیار دشوار ســـازد. در واقع بازارهای مبادله‌ای موجود برای رمزارز در حال تغییر دائمی اســـت و نفوذ این تغییرات فراتر از محدودیت‌های نظارتی کشـــورهای عضو می‌باشد؛از طرفی رمزارز به یک مقام مرکزی وابســـته نیست و هیچ نرخ مرجع ارز خارجی قابل مقایسه با نرخ‌های منتشر شده در مورد ارزهای پولی سنتی که در ماده ۹۱ دستورالعمل مالیات بر ارزش افزوده اســـت وجود ندارد. هم‌چنین این چالش به دلیل نوســـانات شـــدید رمزارزها، در حوزه مالیات بر سوداگری نیز جاری می‌باشد.

۳-۲. ناشناس بودن

یک چالش مهم دیگر نیز بحث مربوط به ناشـــناس بودن تراکنش‌های رمزارز است. در این خصوص باید بین دو نوع رمزارز تفاوت قائل شد؛ دسته اول رمزارزهایی مانند بیت‌کوین هستند که تاریخچه تراکنش‌های آن‌ها در یک زنجیره‌بلوکی در دسترس عمـــوم نگهداری می‌شـــود و رصد دنباله‌ای از تمام تراکنش‌هـــای هر کاربر را ممکن می‌ســـازد (Anselmi, 2019: 8-13)؛ دســـته دیگر رمزارزهایی را شامل می‌شود که اطلاعات مربوط به تراکنش‌های آن قابل رصد نیست و از آنجایی که پیوند نام مستعار با شـــخص یا سازمان واقعی پشـــت آن از طریق ترکیب امضای حلقوی[1] با کلیدهای عمومـــی روی زنجیره بلوکی تقریباً غیرممکن اســـت، از این‌رو می‌توان نتیجه گرفت که کاربران این دســـته از رمزارزها ناشناس هســـتند (Anselmi, 2019: 8-13). شاید ناشناس بودن تراکنش‌ها به خودی خود مشکلی نباشد اما ممکن است مسائل مربوط به مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری تراکنش‌های مرتبط با رمزارز را مختل سازد.

در پنجمین دستورالعمل مبارزه با پول‌شویی (AMLD5) مصوب پارلمان اروپا،

---

۱. امضای حلقوی (Ring signature): ترکیب ورودی چندین امضا کننده اســـت که امضای فرستنده اصلی را در بر می‌گیرد. این امضاکنندگان، شرکت‌کنندگان مختلف یک گروه در زنجیره بلوکی هستند که امضای آن‌ها با هم جمع شده و یکی می‌شود تا تراکنش تایید گردد.

راهکارهایی برای جلوگیری از ناشناس ماندن تراکنش‌های رمزارزهای غیر متمرکز از جمله الزام ثبت‌نام ارائه‌دهندگان خدمات دارایی‌های مجازی در سامانه‌های واسطه‌های بانک‌های مرکزی و تهیه اطلاعات ضروری از کاربران و ارائه آن اطلاعات به نهادهای مالی قضایی ارائه شده است (Donna & Bianchi, 2023: 38). دستورالعمل فقط آن دسته از صرافی‌های رمزارز را پوشش می‌دهد که رمزارزها را به ارزهای سنتی یا بالعکس مبادله می‌کنند. نکته مهم اینجا است که صرافی‌های رمزارز که صرفاً در مبادله رمزارزهای سودمند و یا سرمایه‌گذاری در برابر پول‌های سنتی شرکت می‌کنند، به عنوان نهادهای متعهد تحت پنجمین دستورالعمل مبارزه با پول‌شویی طبقه‌بندی نمی‌شوند که این موضوع نقطه ضعف این دستورالعمل را نشان می‌دهد و این نکته، موضوع نیاز به اصلاح تعریف رمزارز را برجسته می‌کند (Donna & Bianchi, 2023: 50).

نکته دیگر در خصوص خدمات مخلوط‌کن در دارک‌وب می‌باشد. پنجمین دستورالعمل به موضوع ارائه‌دهندگان خدمات مخلوط‌کن به عنوان نهادهای متعهد اشاره ننموده است (Donna & Bianchi, 2023: 51). با این‌حال، قرار دادن آن‌ها در حوزه تعهدات ضد پول‌شویی برای جلوگیری از فرار مالیاتی بسیار توصیه می‌شود، زیرا آن‌ها سطحی از ناشناس بودن را در سامانه مالی ارائه می‌دهند که اغلب برای فعالیت‌های غیرقانونی و فرار مالیاتی استفاده می‌شود. درواقع اگر رمزارزها وارد سامانه خدمات مخلوط‌کن شوند، تقریباً غیرممکن است که بتوان آن‌ها را با کلید عمومی که از آن آمده‌اند، ردیابی نمود.

۳-۳. ارزش منصفانه

سوال اصلی در خصوص رویکرد اتحادیه اروپا این است که تنظیم‌گران مالیاتی، ارزش منصفانه و سود سرمایه رمزارزها را برای مالیات بر سوداگری با توجه به نوسانات شدید رمزارزها،چگونه محاسبه می‌نمایند؟ چالش مهم ناشی از این سوال، اندازه‌گیری ارزش منصفانه است. ساختارهای مالیاتی فعلی اتحادیه اروپا باعث افزایش نرخ مالیات بر ارزش افزوده و مالیات بالاتر بر نیروی کار در مقایسه با سوداگری‌ها است؛ کسانی که درآمد کمتری دارند عمدتاً درآمد خود را از طریق کار خود به دست می‌آورند در حالی که ثروتمندترین افراد در جوامع اروپایی ثروت

خود را معمولاً از طریق سود حاصل از مالکیت سرمایه جمع می‌کنند (European Parliament E-001025/2023). نوسانات شدید رمزارز و کسب پیشینی اطلاعات مالی در خصوص این نوسانات توسط برخی از افراد ذی‌نفوذ، منجر به نابرابری‌ها و دور شدن از عدالت اجتماعی به جای دستیابی به هدف توزیع مجدد واقعی ثروت که هدف اصلی مالیات بر سوداگری است، می‌شود؛ لذا بدون یک چارچوب هماهنگ مالیات بر سوداگری و محاسبه ارزش منصفانه در اتحادیه اروپا، نمی‌توان یک اتحادیه واقعی و عادلانه بازار سرمایه رمزارزها را تصور نمود.

در این خصوص روش‌های مختلفی را می‌توان اعمال نمود زیرا تاکنون هیچ قاعده خاصی از جانب نهادهای ذی‌صلاح اتحادیه اروپا منتشر نشده است؛ اما به نظر می‌رسد رویکرد دولت ایتالیا که از روش لایفو[1] (LIFO) استفاده می‌نماید به اهداف مالیات بر سوداگری و عدالت مالیاتی نزدیک‌تر است.[2] از ویژگی‌های این رویکرد می‌توان شناسایی سوداگری و سفته‌بازی را احراز نمود؛ زیرا سوداگران با توجه به نوسانات قیمتی رمز ارزها برای حفظ سود و یا منافع خود گردش فعالیت‌های سوداگری در کوتاه مدت را افزایش می‌دهند (Litta, 2022: 25). به بیان دیگر، رمز ارزها برای زمان بسیار کوتاهی در کیف دارایی مجازی نگهداری می‌شوند که از خصیصه‌های سوداگری است.

حال با توجه به بررسی رویکرد اتحادیه اروپا در حوزه مالیات ارزش افزوده و مالیات بر سوداگری رمزارزها و استفاده از این تجربیات و چالش‌های پیش‌روی آن، به بحث تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارز در ایران و ارائه پیشنهادات در این خصوص پرداخته می‌شود.

٤. تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارز در ایران

آنچه را که به صورت قطعی می‌توان بیان نمود این است که درآمدهای مالیاتی دولت در مقابل هزینه‌های آن سهم اندکی را به خود اختصاص داده است و تا رسیدن به هدف درآمدهای پایدار از محل درآمدهای مالیاتی و نه فروش ثروت‌های بین نسلی طبیعی، راهی طولانی در پیش است. به‌طور کلی نارسایی در نظام مالیاتی کشور در

1. LAST IN FIRST OUT

۲. در این روش آخرین کالای ورودی به انبار به عنوان اولین کالا فروخته می‌شود.

مراحل جمع‌آوری اطلاعات، تشـــخیص و وصول متجلی می‌گردد (معاونت اقتصادی وزارت اقتصادی، ۱۳۷۲). از آنجا که مالیات بر ارزش افزوده در مراحل مختلف تولید کالاها و خدمات و بر مبنای ارزش افزوده در هر مرحله محاســـبه و وصول می‌گردد، از این‌رو از پایه مالیاتی گسترده‌ای برخوردار است و همین امر توجیهی را برای پایین آوردن نرخ مالیات فراهم می‌نماید که دلیلی روشن برای تشویق فعالیت‌های اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران می‌باشد (معاونت اقتصادی وزارت اقتصادی، ۱۳۷۲).

مطابق اصـــل پنجاه و یکم قانون اساســـی ایران،[1] موارد مربـــوط به معافیت، بخشودگی و تخفیف مالیاتی بر عهده قانون‌گذار است و هنوز تقنین در حوزه رمزارز در مرحله تحقیق و بررسی می‌باشد و قانونی در این خصوص وجود ندارد، با این‌حال هیات دولت تصویب‌نامه‌ای[2] را در ســـال ۱۳۹۸ منتشـــر نمود که تا حدودی می‌توان رفتار تنظیم‌گران مالیاتی در خصوص بحث اعمال مالیات بر ارزش افزوده رمزارز در ایران را با توجه به آن مشخص ساخت. به‌طور کلی مطابق بند شش این تصویب‌نامه، مراکز اســـتخراج رمزارز به عنوان واحد تولید صنعتی در نظر گرفته شده است و آن‌ها مشمول مقررات مالیاتی می‌باشـــند. در تبصره این بند گفته شده است که در صورت صدور رمزارز و بازگشت ارز حاصل از آن به چرخه اقتصادی کشور مطابق قوانین و مقررات، نرخ مالیات بر اســـتخراج آن‌ها صفر خواهد بود. با توجه به تبصره یک بند چهار این تصویب‌نامه، نرخ انرژی مورد استفاده دستگاه‌های استخراج رمزارز با تعرفه صادراتی حساب شده است. وزارت نیرو مطابق مفاد این تصویب‌نامه، در سال ۱۳۹۸ بهای هر کیلووات ســـاعت برق مصرفی مراکز اســـتخراج رمزارز را در مصوبه شماره ۳٦۳۷٦ برابر با نه هزار و ششصد و پنجاه ریال تعیین نمود که امروزه این مبلغ با توجه به مصوبه شـــماره ۱۵۱٤۵۵ به بیست و پنج هزار و سیصد ریال رسیده است. لذا نباید بر استخراج رمزارز، این نوع از مالیات اعمال شود.

تعریف قانونی از رمـــزارز باید در قوانین و مقررات داخلی ایران خصوصاً در طرح بانک مرکزی درج شـــود. در ابتدا باید توجه داشـــت که رمزارز مطابق قوانین و

۱. هیچ نوع مالیات وضع نمی‌شود مگر به موجب قانون، موارد معافیت و بخشودگی و تخفیف مالیاتی به موجب قانون مشخص می‌شود.
۲. تصویب‌نامه شماره ۵۸۱٤٤

مقـــررات موجود در ایران به‌خصوص ماده ۳ قانون پولی و بانکی کشـــور[1] نمی‌تواند به عنوان پول قانونی در نظر گرفته شـــود؛ لذا این تعریف باید شامل مواردی باشد که به طور جامع و کارآمد، رویکرد تنظیم‌گران مالیاتی در خصوص رمزارز را مشـــخص سازد. با توجه به رویکرد اتحادیه اروپا می‌توان گفت که رمزارز یک نمایش دیجیتالی از ارزش است که به عنوان یک عرضه استفاده می‌شود اما پول محسوب نمی‌شود.

هم‌چنین هیات دولت تبصره‌ای را طی تصویب‌نامه شـــماره ۸۶۵۷۳ در ســـال ۱۳۹۹ به تصویب‌نامه قبلی اضافه نمود که طی آن مبادله رمزارزهای اســـتخراج شـــده صرفاً برای واردات ارز به کشـــور از طریق مجاری معرفی شده بانک مرکزی و بدون واســـطه، مجاز گردید. امروزه با توجه به تحریم‌های گسترده علیه ایران و محدودیت دسترســـی به منابع ارزی هم‌چون دلار و یورو، رمزارز می‌تواند به عنوان یک وســـیله پرداخت جایگزین مناســـب در معاملات داخلی و خارجی استفاده شود. لذا خرید و فروش آن باید از مالیات بر ارزش افزوده معاف باشد. خدمات مربوط به سرمایه‌گذاری رمـــزارز در بازار بورس نیز می‌تواند مطابق بند نه از بخش ب ماده ۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده[2] و با هماهنگی شـــورای عالی بـــورس و اوراق بهادار، از مالیات معاف باشد.

باید در نظر داشت که تنظیم‌گران باید دستورالعمل‌های مالیاتی را منتشر نمایند تا به وضوح رفتار مالیات بر ارزش افزوده رمزارز برای مالیات‌دهندگان و افراد جامعه روشن گردد. این دستورالعمل‌ها که شامل اطلاعات کامل و جامع می‌باشد باید توسط بازرگانان و فروشـــندگان در صورت‌حساب‌های مالیاتی نمایش داده شود. با توجه به چالش نرخ مبادله رمزارز در اتحادیه اروپا، ایران می‌تواند طی یک توافق با چند کشور دیگر اقدام به ایجاد یک ارز مشترک برای تعیین نرخ مبادله رمزارز نماید.

عملیات‌های مربوط به ســـفته‌بازان[3] و واســـطه‌گران از مالیات بر ارزش افزوده معـــاف نمی‌باشـــند؛ لذا تمامی تراکنش‌هـــای مربوط به حوزه رمزارز می‌بایســـت در

---

۱. ماده ۳: امتیاز انتشـــار پول رایج کشـــور در انحصار دولت است و این امتیاز با رعایت مقررات این قانون منحصراً به بانک مرکزی ایران واگذار می‌شود.

۲. خدمات بازار سرمایه شامل خدمات معاملات و تسویه اوراق بهادار و کالا در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس به تشخیص شورای‌عالی بورس و اوراق بهادار.

۳. سفته‌باز در بازار بورس به افرادی گفته می‌شود که با ارزیابی و بررسی دقیق نوسانات و قیمت سهم به منظور دست‌یابی به سود کلان اقدام می‌کنند.

سامانه‌های مخصوص تحت نظارت بانک مرکزی ثبت گردد. در خصوص چالش مربوط به ناشناس بودن رمزارز نیز می‌بایست تمامی خدمات مربوط به رمزارزهای مخفی هم‌چون مونرو،[1] دش،[2] ریپل[3] و زی‌کش[4] نظارت و محدود گردد که این موضوع هم از طریق نظارت‌های پیشینی به‌وسیله سامانه‌های ثبت‌نامی و ارائه مجوز به صرافی‌های خدمات دارایی دیجیتال و سامانه‌های هوش مصنوعی[5] هم‌چون سایفرتریس[6] و موارد دیگر قابل انجام است (Shahbazi et.al, 2022: 3). از طرفی اجازه فعالیت تامین‌کنندگان و ارائه خدمات رمزارز فقط زمانی صادر شود که آن‌ها مجهز به سازکارهایی برای شناسایی تراکنش‌های رمزارز و ارائه اطلاعات مشکوک به مقامات قضایی باشند. مطابق تصویب‌نامه شماره ۳۹۲۲۸ دولت در سال ۱۳۹۹ تمامی دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز می‌بایست مشخصات هویتی خود و دستگاه‌هایی که تحت مالکیت آن‌ها می‌باشد را در سامانه وزارت صمت[7] ثبت نمایند. هم‌چنین مطابق تبصره دو آیین‌نامه استخراج رمزارزها مصوب سال ۱۴۰۱، همه فعالیت‌های مربوط به استخراج رمزارز حتی تعمیرات تجهیزات، صرفاً با دریافت مجوز از وزارت صمت و از طریق رویه قانونی تجاری و گمرکی مجاز برشمرده شده است که این موضوع قدمی مهم برای جلوگیری و کاهش تراکنش‌های غیرمجاز رمزارزها محسوب می‌شود. هم‌چنین در تبصره شش ماده فوق‌الذکر، موارد واگذاری به غیر یا تغییر در تعداد و نوع تجهیزات استخراج رمزارزها باید به صورت دوره‌های سه ماهه در سامانه وزارت صمت ثبت و مجوز مربوط نیز اصلاح گردد که این موضوع سبب جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی از مجوزهای صادر شده می‌گردد.

نکته مالیاتی دیگر اینجا است که جای خالی قانون مالیات بر عایدی سرمایه و فعالیت‌های سوداگرانه همیشه در قوانین مالیاتی جمهوری اسلامی ایران حس

---

1. Monero
2. Dash
3. Ripple
4. Zcash
5. Artificial intelligence
6. CipherTrace

۷. این سامانه (بهین‌یاب) از سوی وزارت صنعت، معدن و تجارت راه اندازی شده است و مالکان دستگاه‌های استخراج بعد از ثبت دستگاه خود در سامانه می‌توانند فعالیت قانونی داشته باشند.

می‌گردید، لذا مجلس شورای اسلامی با تصویب طرح مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی گامی مهم در جهت توزیع مجدد واقعی ثروت و نزدیک نمودن پایه‌های مالیاتی کشور به عدالت اجتماعی برداشته است؛ هرچند از نظر شورای نگهبان ایرادات متعددی در این طرح از جهت مغایرت با اصول قانون اساسی و شرع وجود دارد، لکن پس از رفع ایرادات فوق‌الذکر و استفاده از تجربیات رویکرد اتحادیه اروپا در زمینه مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها، تحولی عظیم در سامانه مالیاتی کشور به‌وسیله این طرح تحقق می‌یابد. نکته مهمی که در بند ت ماده ۳ این طرح آمده این است که در تعریف اشخاص تجاری، علاوه بر اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی که هرگونه فعالیت اقتصادی انجام می‌دهند، اشخاص حقیقی غیرایرانی مقیم ایران، کلیه اشخاص حقوقی غیرایرانی مقیم ایران و کلیه اشخاص غیرایرانی مقیم خارج از ایران که در ایران دارای شعبه، نمایندگی یا کارگزاری هستند نیز اضافه شده است. لذا فعالیت‌های سوداگرانه افراد و شرکت‌های غیرایرانی در کشور در حوزه رمزارزها نیز مشمول این قانون می‌گردد که امری مهم جهت جلوگیری از فعالیت‌های سوءاستفاده‌گرانه افراد خارجی در کشور می‌شود. البته باید توجه داشت که در خصوص اشخاص حقوقی مقیم ایران، لفظ دارای اقامتگاه قانونی مناسب‌تر است. در بند ب ماده ٦ این طرح نیز به بحث الزام به معرفی حداقل یکی از حساب‌های بانکی اشخاص تجاری به عنوان حساب فروش پرداخته شده، هم‌چنین در ادامه گفته شده است که هر حساب بانکی که دفعات واریزی به آن در هر ماه از تعدادی که توسط شورای پول و اعتبار تعیین می‌شود، بیشتر باشد، حتی اگر به شبکه شاپرک متصل نباشد، حساب فروش تلقی خواهد شد. نقش این ماده جهت جلوگیری از حساب‌های بانکی اشخاص غیرتجاری و نقل و انتقالات صوری پول‌های ناشی از عملیات‌های سوداگری رمزارزها، بسیار حیاتی می‌باشد. در ماده ۱۲ این طرح نیز اشخاص غیرتجاری انتقال دهنده عین یا واگذارکننده حق در خصوص انتقال دارایی‌هایی هم‌چون رمزارز، مشمول مالیات بر عایدی سرمایه شناخته شده‌اند و پیش‌بینی شده است که این موضوع به قانون مالیات‌های مستقیم الحاق گردد که قدمی مثبت جهت شروع به تنظیم‌گری مالیاتی رمزارزها به حساب می‌آید. نکته قابل توجه اینجا است که در این ماده از لفظ رمز پول و رمز دارایی استفاده شده است و هیچ اشاره‌ای به ماهیت یا انواع آن نشده است

که موجب سردرگمی تنظیم‌گران و مودیان مالیاتی می‌گردد.

به‌طور کلی این طرح با تمام نکات مثبتی که با خود برای تحول سامانه‌های مالیاتی کشور به‌همراه دارد اما در مواجه با موضوع رمزارزها مبتدی و ناقص به‌نظر می‌رسد. در ابتدا قانون‌گذار می‌بایست به‌خوبی با ماهیت رمزارزهای غیر متمرکز آشنا گردد و سپس از تجربیات تنظیم‌گران مالیاتی اتحادیه اروپا در مواجه با رمزارزها و چالش‌های موجود در این زمینه خصوصاً بحث مربوط به نرخ مبادله رمزارز در حوزه کالاهای وارداتی، ارزش منصفانه رمزارز جهت تنظیم‌گری منصفانه با توجه به نوسانات شدید رمزارزها و در آخر بحث عملیات چنگال سخت در طرح مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی استفاده نماید.

برای رفع خلاهای حقوقی و فنی در حوزه مالیاتی رمزارزها، قانون‌گذار در این طرح می‌بایست به مواردی هم‌چون ایجاد سامانه ثبت‌نام اولیه برای صرافان ارائه‌دهنده دارایی‌های مجازی و ایجاد نهاد گروه اقدام ویژه خزانه‌داری رمزارزها تحت نظارت اداره کل خزانه‌داری وزارت اقتصاد که هدف آن مواردی هم‌چون حکمرانی سامانه قراردادهای معاملاتی کشور، ایجاد ارتباط کارآمد بین سامانه‌های نقل و انتقال وجوه بانکی و سامانه قراردادهای بانکی، بکارگیری کارشناسان متخصص در زمینه‌های فناوری اطلاعات (IT)، گرایش‌های مختلف حقوق، حسابداری و حسابرسی و مالی و ارتباط با دادگاه‌های ویژه اقتصادی می‌باشد، اشاره نماید. هم‌چنین برای رصد تراکنش‌های رمزارزهای غیر متمرکز، سامانه قراردادهای معاملاتی کشور ایجاد گردد که این سامانه برای ثبت کلیه قراردادهای معاملاتی می‌باشد که اشخاص حقیقی و حقوقی در سطح داخل کشور انجام می‌دهند. کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی مکلف گردند که تمام قراردادهای با مبلغ بیش از پنج میلیارد ریال را در سامانه مذکور ثبت نمایند. حداقل مبلغ مذکور بر اساس نرخ تورم سالانه و به تایید خزانه‌داری تعدیل شود و از طریق شبکه‌های مختلف و فضای مجازی به اطلاع فعالان اقتصادی رسانده شود. هر قرارداد معاملاتی دارای یک کد منحصر به فرد باشد که اطلاعات قراردادهای مذکور در سامانه‌های بانکداری اینترنتی و یا سامانه‌های نقل و انتقال وجوه مستقر در بانک‌های کشور در آن فعال باشد؛ در این صورت هنگام نقل و انتقال وجوه، شماره منحصربه‌فرد قراردادها، کدملی اشخاص حقیقی و یا کد اقتصادی اشخاص حقوقی مرتبط با قرارداد قابل بازیابی است و سند نقل و انتقال وجوه ثبت می‌شود.

برآمد

۱- امروزه رمزارز به یک ابزار مالی گسترده برای کاربران تبدیل شده است که نه فقـــط اقلام مجازی، بلکه حتی اقلام واقعی را خریداری کنند. با این وجود، دولت برای اهداف سیاســـتی و تنظیمی خود به‌خصوص در بحث مالیات بر ارزش افزوده و ســـوداگری، در مواجهه با عملیات شناسایی و صدور مجوز برای استفاده از رمزارز با چالش‌هایی روبه‌رو است.

۲- یکـــی از بحث‌های مهم، قرار دادن ایـــن دارایی نوآورانه و جدید در طبقه مخصوص به خود اســـت. با توجه بـــه تعاریف نهادهای حاکمیتـــی هم‌چون دیوان دادگســـتری و بانک مرکـــزی اروپا نمی‌توان این فناوری نویـــن را به عنوان یک پول قانونی در نظر گرفت و صرفاً یک دارایی دیجیتال اســـت. هم‌چنین با تحلیل رویکرد اتحادیه اروپا مشخص گردید که مالیات بر ارزش افزوده صرفاً در بخش‌های سوداگری اعمال می‌شـــود و دیگر بخش‌های مربوط به رمزارز هم‌چون استخراج از این مالیات معاف می‌باشد. در خصوص مالیات بر سوداگری نیز رویکرد اسپانیا و ایتالیا به عنوان پیشتازان این حوزه از مالیات بررسی گردید؛ در اسپانیا مطابق ماده ۲ قانون مالیات بر درآمد، بحث مربوط به کیف‌پول‌های دارایی مجازی صرف نظر از محل تولید و محل اقامت پرداخت‌کننده، با توجه به ملاک تابعیت شـــخصی تعیین می‌شـــود، لذا مشکل جغرافیایی این کیف پول‌ها حل شـــده اســـت. هم‌چنین در مبادله رمزارز با رمزارز بر مبنـــای بند اول ماده ۳٤ قانون یادشـــده، ارزش بازار مربوط به رمزارزها که رد و بدل می‌شـــوند، قیمتی است که با قیمت توافق شده برای فروش بین افراد مستقل در زمان مبادله مطابقت دارد. در ایتالیا نیز مالیات بر سوداگری صرفاً در صورتی اعمال می‌شود که مجموع دارایی‌های رمزارز که توسط یک سرمایه‌گذار نگهداری می‌شود از آستانه پنجاه و یک هزار و ششصد و چهل و پنج یورو برای حداقل هفت روز کاری متوالی در یک ســـال مالی فراتر رفته باشد که رویکردی آســـان‌تر نسبت به دیگر عضوهای اتحادیه اروپا دارد.

۳- در ایـــران با توجه به بررســـی چارچوب رویکـــرد اتحادیه اروپا در رابطه بـــا رفتار مالیات بر ارزش افزوده و ســـوداگری بر رمزارز می‌بایســـت به چالش‌هایی هم‌چـــون نرخ مبادله رمزارز، ناشـــناس بودن و ارزش منصفانه آن و محاســـبه ارزش

صادراتی انرژی مصرفی در اســـتخراج رمز ارزهـــا در تنظیم‌گری مالیاتی خصوصاً در طرح مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی بسیار توجه نمود. بدین منظور پیشنهاد می‌شود که در صورت محاســـبه ارزش صادراتی انرژی در استخراج رمزارزها، این مرحله از مالیات بر ارزش افزوده معاف شـــود. چنانچه رمزارز به عنـــوان ابزار معاملاتی برای خرید کالای نهایی مورد اســـتفاده قرار گیرد لازم است تا تنظیم‌گران برای حمایت از پول رســـمی کشور، مالیات بر ارزش افزوده بیشتر از سایر روش‌های رسمی پرداخت اعمـــال نمایند. در مورد مالیات بر عایدی نیز بـــرای ارزش منصفانه رمزارز از راه‌کار ایتالیا در اســـتفاده از روش انبارداری لایفو (LIFO) اســـتفاده شـــود. هم‌چنین برای رصـــد تراکنش‌ها و دارایی‌های رمزارز افراد جامعه بـــرای جلوگیری از فرار مالیاتی، ســـامانه ثبت‌نام اولیه برای صرافان ارائه‌دهنده دارایی‌های مجـــازی، نهاد گروه اقدام ویژه خزانه‌داری رمزارزها تحت نظارت اداره کل خزانه‌داری وزارت اقتصاد و سامانه قراردادهای معاملاتی کشور در طرح مالیات بر سوداگری و سفته بازی پیش‌بینی گردد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* السان، مصطفی (۱۳۸٦)، «**مفهوم و ماهیت حقوقی پول الکترونیکی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۱، شماره ۵۹.

* آهنگران، روح‌الله (۱٤۰۰)، **رمزینه ارزها از دیدگاه فقه و حقوق و چالش‌های مرتبط با آن: با تاکید بر رمزارز بیت‌کوین**، چاپ نخست، تهران: میعاد اندیشه.

* پاک‌نژاد، امین‌اله (۱٤۰۲)، **اظهارنظر کارشناسی درباره طرح مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی (اعاده شده از شورای نگهبان)**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

* پهلوان، نیکان (۱٤۰۰)، **شناخت ماهیت حقوقی رمزارزها و پیامدهای حقوقی و اقتصادی آن**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

* خادمان، محمود و کوشا، ابوطالب و نوری، فاطمه (۱٤۰۰)، «**شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.

* رستمی، ولی و محمدی، فاطمه و رنجبر، مسعود (۱۳۹٦)، «**بررسی حقوقی نقش مالیات بر توسعه سیاسی و دموکراسی**»، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ٤۷، شماره ۳.

* رستمی، ولی و غمامی، سیدمحمدمهدی و اصل زعیم، امیرحسین (۱٤۰۱)، «**رهیافتی بر مفهوم و ماهیت عوارض مصوب شوراهای محلی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* ساورایی، پرویز (۱٤۰۱)، «**شناخت رمزارز و چالش‌های پیش‌روی نظام‌های حقوقی**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۲۵ (ویژه‌نامه حقوق و فناوری).

* شعبانی، امیرمحسن (۱۳۹۹)، **بررسی فقهی و حقوقی بیت‌کوین**، رساله دکتری، مازندران: دانشگاه مازندران.

* عسکری، سجاد (۱٤۰۰)، «**نسبت‌شناسی ارز و رمزارز در نظام تقنینی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.

* غلامی، یاســـر و جوادی، میثم و مقدسی، محمدباقر (۱۴۰۲)، «**اجرای احکام مدنی از محل ارزهای دیجیتال**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.
* غمامی، سیدمحمدمهدی و علی‌پور، محمدرضا (۱۴۰۱)، «**بررسی تطبیقی مواجهه با رمزارزها در نظام‌های حقوقی ایران و امریکا**»، دانشـــنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۹، شماره ۲۱.
* فیضی‌چـــکاب، غلامنبی و صادقی، سیدشـــهاب‌الدین (۱۴۰۰)، «**بررســـی قانونی رمزارز در آیینه مقررات‌گذاری ایران و اتحادیه اروپا**»، مطالعات نوین بانکی، دوره ۳، شماره ۱۱.
* کدخدایی، عباســـعلی و نوروزپور، حســـام (۱۳۹۹)، «**چالش ارزهای مجازی در مبارزه با پول‌شـــویی و تامین مالی تروریســـم با تاکید بر اقدامات و توصیه‌های کارگروه ویژه اقدام مالی** (FATF)»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۷، شماره ۶۲.
* معاونت اقتصادی وزارت اقتصادی و دارایی (۱۳۷۲)، **تحلیلی بر مالیات بر ارزش افزوده و بررسی مقدماتی امکان اجرای آن در اقتصاد ایران**، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی واحد جنوب.
* مددی، مهدی و قماشی، سعید (۱۴۰۰)، «**جستاری در پول‌شویی از طریق ارزهای رمزنگاری شده**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۱، شماره ۲.

ب. انگلیسی

* Alzahrani, S., & Daim, T. U. (2019), **"Analysis of the Cryptocurrency Adoption Decision: Literature Review"**, International Conference on Management of Engineering and Technology (PICMET).
* Anselmi, A. (2019), **"Onion Routing, Cryptocurrencies and Organized Crime"**, Security and Terrorism Research Center (In Italian).
* Beebeejaun, A., Dulloo, L. (2021), **"Taxation of Bitcoin transactions in Mauritius: A comparative study with the U.S and Italy"**, International Journal of Law, Humanities and Social Science, Vol 4.
* Deuber, D., Ronge, V., & Rückert, C. (2022), **"Assumptions Underlying Cryptocurrency Deanonymizations"**, Proceedings on Pri-

vacy Enhancing Technologies.

❋ Donna, M., & Bianchi. (2023), **Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2024** | Italy. Global Legal Insights (GLI).

❋ Ferrari, V. (2020), **"The Regulation of Crypto-assets in the EU – investment and payment tokens under the radar"**, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol 27.

❋ Financial Action Task Force (2014), **Virtual Currencies – Key Definitions and Potential AML/CFT Risks**, 2014, available at: www.fatf-gafi.org.

❋ Gola, C., Caponera, A. (2019), **"Policy Issues on Crypto-assets"**, Università Cattaneo Working Papers.

❋ Jalal, R. N.-U.-D., Alon, I., & Paltrinieri, A. (2021), **"A Bibliometric Review of Cryptocurrencies as a Financial Asset"**, Technology Analysis & Strategic Management.

❋ Kollmann, J. (2019), **Taxable Supplies and their Consideration in European VAT**, IBFD (eBook).

❋ Kuchařová, I., Pfeiferová, D., & Lőrinczová, E. (2021), **Specifics of Cryptocurrencies from an Accounting**, Tax and Financial View in a Globalized Environment, SHS Web of Conferences, 92, 03014.

❋ Lansky, J. (2018), **"Possible State Approaches to Cryptocurrencies"**, Journal of Systems Integration, Vol 9.

❋ Litta, Riccardo. (2022), **The relationship between cash conversion cycle and profitability in Italian companies**. A comparison between family and non-family businesses, Nova School of Business & Economics.

❋ Náñez Alonso, S. L. (2019), **"Activities and Operations with Cryptocurrencies and Their Taxation Implications: The Spanish Case"**, Laws, Vol 8.

❋ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2020, **Taxing virtual currencies: An overview of tax treatments and emerging tax policy issues**.

❋ EU Parliamentary question - E-001025/2023.

❋ Shahbazi, Z., & Byun, Y. (2022), **"Machine Learning-Based Analysis of Cryptocurrency Market Financial Risk Management"**. IEEE Access, 10, 37848–37856.

❋ Spithoven, A. (2019), **"Theory and Reality of Cryptocurrency Governance"**, Journal of Economic Issues, Vol 53.

❋ Thiemann, Andreas (2021), **Cryptocurrencies: An Empirical View from a Tax Perspective**, JRC Working Papers on Taxation and Structural Reforms, No. 12/2021, European Commission, Joint Research Centre (JRC).

❋ Value Added Tax Committee (Article 398 of Directive 2006/112/EC) Working Paper No. 854.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۱۹۶-۱۷۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹

شیوه‌های غیرترافعی حل و فصل اختلاف درون تعاونی‌ها در پرتو اقتضائات و اصول تعاون[1]

محمد ساردوئی نسب،[2] علی زندی[3]

چکیده

با توجه به اصول و ارزش‌های حاکم بر تعاون، حل و فصل اختلافات حادث در بخش تعاونی، اقتضائاتی دارد که از سوی بسیاری از فعالان این حوزه مغفول مانده است. تعاونی‌ها دارای فضایی غیر سوداگرا بوده و بر دوستی و همکاری بنا شده‌اند و از این رو، مسالمت‌آمیزترین روش حل اختلافات را می‌طلبند تا مجادله و اختلاف را افزایش ندهد.

پژوهش حاضر با بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای و اتخاذ رویکرد تحلیلی و توصیفی، اقتضائات شیوه حل و فصل اختلافات در بخش تعاونی و اصول حاکم بر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در این بخش را تبیین و تحلیل می‌کند و نتیجه می‌گیرد که کاربرد شیوه‌های غیر ترافعی جایگزین حل و فصل اختلاف در این حوزه، بر روش‌های قضایی و داوری رجحان دارد. از سوی دیگر، داوری کدخدامنشی مذکور در بند ۹ ماده ۴۳ قانون بخش تعاونی، یک ظرفیت قانونی برای اعمال شیوه غیر ترافعی حل اختلاف در بخش تعاون است که عدم تدوین دستورالعمل منسجم برای نحوه اعمال آن و نبود ضمانت اجرای مناسب برای اجرای توافق‌نامه‌های ناشی از این نوع داوری، استفاده از این ظرفیت را با مانع مواجه کرده است.

واژگان کلیدی: تعاونی، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، داوری کدخدامنشی، میانجی‌گری.

---

۱. این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی نویسنده دوم تحت عنوان «آسیب‌شناسی و تحلیل حقوقی شیوه‌های حل و فصل اختلاف در بخش تعاون» با راهنمایی آقای دکتر محمد ساردوئی‌نسب در پژوهشگاه قوه قضاییه می‌باشد.

۲. استاد گروه حقوق عمومی (بخش حقوق نفت و گاز)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

sardoeinasab@ut.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

alizandi994@yahoo.com

درآمد

تعاونی‌ها را می‌بایست در پرتو اصول و ارزش‌هایی تحلیل و بررسی کرد که موجب تمیز آن از دیگر بخش‌های اقتصادی و اشخاص حقوقی غیر تعاونی است. اجرای نظام اقتصاد تعاونی، بدون تحقق اصول و ارزش‌هایی مانند فداکاری، ایثار، انصاف، دگرخواهی و مسئولیت‌پذیری اجتماعی و صداقت ممکن نیست. نظام تعاونی این اصول و ارزش‌ها را جایگزین نظام سودجویی شدید و رقابت داروینیستی می‌کند (یوسفی، ۱۳۹۰: ۱۳٤)؛ با این وجود، شکل‌گیری تضاد منافع و بروز اختلاف در سازمان‌ها و گروه‌های کاری امری طبیعی است. شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی که هدف فعالیت آن‌ها تأمین نیاز اعضاء و اداره امور آن‌ها به‌صورت مردم‌سالار و با مشارکت اعضاء است، از این امر مستثنی نیستند و به‌رغم شیوه مدیریت مردم‌سالار حاکم بر فعالیت آن‌ها، به‌علت بروز تعارض در منافع بین اعضاء و مدیران، با اختلافات داخلی مواجه می‌شوند (مجتهد، ۱۳۸۱: ۷۱)؛ بنابراین به‌کارگیری شیوه‌هایی برای حل و فصل اختلاف در بخش تعاونی؛ به گونه‌ای که خدشه‌ای به این مبانی و ارزش‌ها وارد نکند، موضوع بحث قرار می‌گیرد. از طرفی امروزه برای اجرای حق و حل و فصل اختلافات، صرف نظر از مراجعه به محاکم دادگستری، روش‌های دیگری مانند سازش و میانجی‌گری به‌عنوان شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف پیش‌بینی شده است (نظام‌الملکی، ۱٤۰۱: ۳٤۰).

در این نوشتار، ضمن تحلیل اقتضائات بخش تعاونی برای حل و فصل اختلافات و تطبیق این اقتضائات با اصول حاکم بر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، روش‌های مناسب برای حل و فصل اختلافات در تعاونی‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس با در نظر گرفتن قوانین و مقررات فعلی، ظرفیت‌های قانونی برای به‌کارگیری شیوه‌های پیشنهادی در بخش تعاون را تبیین و برای رفع موانع به‌کارگیری این شیوه‌ها، پیشنهادهایی ارائه می‌شود.

۱. اقتضائات بخش تعاون برای حل و فصل اختلافات

حقوق تعاون و نهادهای فعال در این بخش اعم از شرکت‌ها، اتحادیه‌ها و اتاق‌های تعاون به‌طور کلی دارای مبانی و اهدافی است که موجب تمایز آن‌ها از سایر مفاهیم و ساختارهای مشابه می‌شود. این مبانی و اهداف را می‌توان بر مبنای

اصول و ارزش‌های حاکم بر بخش تعاونی شناخت؛ چرا که هر پدیده به‌وسیله اصول و نیز ارزش‌های حاکم بر آن معرفی و شـــناخته می‌شـــود و بدون شناخت دقیق این اصـــول که در واقع ویژگی‌های آن می‌باشـــد، نمی‌توان آن پدیده را به درســـتی درک کرد. اصول و ارزش‌های حاکم تعاون به‌طور مدون در ابتدا در ســـال ۱۸٤٤ توســـط تعاون‌گران راچدیل در انگلستان تنظیم شد و متعاقب آن با تشکیل اتحادیه بین‌المللی تعاون[1] به‌عنوان اصلی‌ترین ســـازمان جنبش تعاونی در جهان این نهاد، وظیفه تبیین و ترویج و به‌روز رسانی این اصول و ارزش‌ها را برعهده گرفت. این ارزش‌ها و اصول بین‌المللی در ســـند ملی تعاون ایران نیز مورد تأکید قرار گرفته است.[2] با مد نظر قرار دادن اصول و ارزش‌ها تعاون که همگی نشـــان دهنده مبانی و فلسفه تعاونی‌ها است، این موضوع قابل اســـتنباط است که در اختلافات به‌وجود آمده در تعاونی‌ها نمی‌توان همانند سایر نهادها و ســـاختارها از قبیل شرکت‌های تجاری، سودمحور عمل کرد و به یک شیوه اختلافات را حل و فصل نمود، بلکه تعاونی‌ها در خصوص نحوه حل و فصل اختلافات پیش آمده در درون خود اقتضائاتی دارند که شـــیوه‌های حل و فصل نیز می‌بایست مبتنی بر این اقتضائات باشد و در غیر این صورت، موجب رکود فعالیت تعاونی‌ها و بروز خســـارت به اعضای تعاونی می شـــود. در ادامه این اقتضائات مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱-۱. اقتضاء همکاری و همدلی میان اعضاء

بـــا عنایت به برخی اصـــول و ارزش‌های حاکم بر بخش تعـــاون مانند کنترل دموکراتیک و مشـــارکت اقتصادی اعضـــاء، می‌توان گفت که فلســـفه عملی تعاون، همیاری و همکاری متقابل بوده و ارزش اقتصاد تعاونی در آن است که گسستگی‌های اجتماعی را به پیوســـتگی اجتماعی تبدیل می‌ســـازد. تعاون به‌معنـــای کارگروهی و مشـــارکت در کارهای نیک با هدف رفع نیازهای مشـــترک و بهبود وضع اقتصادی و

1. International Co-operative Alliance (ICA)

۲. اصـــول تعاونی رهنمودهایی اســـت که طبـــق آن تعاونی‌ها تحقق ارزش‌هایـــی مانند خودیاری، مســـئولیت‌پذیری، دموکراسی، برابری، مسئولیت اجتماعی و توجه به دیگران را عملی می‌سازند. این اصول بر اساس بازنگری اتحادیه بین‌المللی تعاون (۱۹۹۵) عبارت است از: عضویت اختیاری و آزاد، کنترل دموکراتیک توســـط اعضاء، مشارکت اقتصادی اعضاء، خودگردانی و عدم وابستگی، آموزش، کارورزی و اطلاع‌رسانی، همکاری بین تعاونی‌ها و توجه به جامعـــــه (برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: طالب، ۱۳۹۱ و ساردوئی‌نسب، ۱۳۸۸).

اجتماعی اعضاء صورت می‌گیرد و یکی از علل پیوستن افراد به تعاونی‌ها، آن است که نمی‌توانند نیازهای خود را به‌صورت فردی برآورده سازند و لذا با عضویت در تعاونی و با همکاری، مساعدت و مشارکت دیگر اعضاء این نیازها را تأمین می‌کنند؛ بنابراین همکاری میان اعضاء یک رکن اساسی در بخش تعاون و از فلسفه‌های ایجاد این نهاد است. این ویژگی مورد توجه قانون‌گذار ایران نیز بوده است و برای نمونه، ماده ۲ قانون شرکت‌های تعاونی مصوب ۱۳۵۰ در تعریف شرکت تعاونی آورده است: «شرکت تعاونی شرکتی است از اشخاص حقیقی یا حقوقی که به منظور رفع نیازمندی‌های مشترک و بهبود اقتصادی و اجتماعی شرکاء از طریق خودیاری و کمک متقابل و همکاری آنان و تشویق به پس‌انداز، موافق اصولی که در قانون مطرح است، تشکیل می‌شود». همچنین در بند هفتم از ماده ۱ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۰ با اصلاحات بعدی، یکی از اهداف بخش تعاونی، توسعه و تحکیم مشارکت و تعاون بین مردم قید شده است.[1] با در نظر گرفتن این ارزش مهم در بخش تعاونی می توان نتیجه گرفت که شیوه‌های حل و فصلی می‌بایست در این بخش به کار گرفته شود که مبتنی بر همکاری باشد و در فرایند دادرسی حل و فصل اختلافات، این روحیه را در بین اعضاء تقویت کند؛ این ضرورت ناشی از آن است که، تعاونی‌ها باید در چارچوب دوستانه فعالیت و همکاری کنند و در صورت بروز اختلاف بین خود، به منظور حفظ روحیه همکاری، اختلافات را به مسالمت‌آمیزترین روش حل و فصل نمایند.

۲-۱. اقتضاء سودمحور نبودن تعاونی‌ها

بارزترین ویژگی مؤسسات تعاونی، اساسی نبودن سود در این فعالیت است. این مهم‌ترین خصوصیت و در حقیقت علت وجودی آن‌ها و وجه تمایز تعاون با کلیه روش‌های دیگر اقتصادی است (ساردوئی‌نسب، ۱۳۸۸: ۱٤٤). طبیعت اقتصاد تعاونی با توجه به اصول و ارزش‌های حاکم بر آن به‌گونه‌ای است که با سوداگری منافات دارد؛ چرا که تعاونی ابزاری برای افزایش ثروت اندوزی نیست (ساردوئی‌نسب و آقامحمدی، ۱۳۹٤: ۵۷٦). سودمحور نبودن تعاونی‌ها به این معنی است که تعاونی

---

۱. ماده ۱ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران: «اهداف بخش تعاونی عبارتست از ... ۷ – توسعه و تحکیم مشارکت و تعاون عمومی بین همه مردم».

سود را نه به عنوان یک هدف در خود، بلکه وسیله‌ای می‌داند که برای رسیدن به اهداف بالاتر به کار می‌گیرد. اهدافی نظیر رفع نیازهای مشترک و بهبود وضع اقتصادی و اجتماعی اعضاء که به دور از تبعیض، برتری طلبی، سوداگری، دلال‌بازی، گران‌فروشی، کم‌فروشی و هرگونه آلودگی‌های اقتصادی در آن جهت گام برمی‌دارد. این موضوع را می‌توان از اصل مشارکت اقتصادی اعضاء استنباط کرد که یکی از اصول بین‌المللی حاکم بر تعاونی‌ها است.[1] از آنجا که تعاونی عرصه بروز ارزش‌های اخلاقی و انسانی است و به جای تکیه بر سرمایه و پی‌گیری حداکثر کردن سود مادیِ شخصی در فرایند اقتصادی که منتج به رقابت و باعث کینه و دشمنی بین فعالانَ اقتصادی می‌شود، افراد را گرد هم جمع کرده و تنها یک مؤسسه مبتنی بر سرمایه نیست، بلکه اعضاء در سازمانِ آن، عامل سازنده مهمی محسوب می‌شوند؛ از این رو در تعیین شیوه حل و فصل اختلاف، به خلاف شیوه معمول در اقتصاد آزاد، به جای سرمایه و سود باید بر جنبه‌های انسانی و روابط دوستانه اعضاء تأکید کرد و شیوه‌ای را برای حل و فصل تعیین کرد که بر حفظ روابط حسنه بین اعضاء و شرکت تعاونی کمک کند و به دوستانه‌ترین صورت ممکن، اختلاف آن‌ها را حل و فصل کرده تا اعضاء و نیز اشخاص حقوقی تعاونی در مقابل یکدیگر قرار نگیرند.

۳-۱. اقتضاء مشارکتی و دموکراتیک بودن

بر اساس اصول حاکم بر تعاون شامل عضویت آزاد و داوطلبانه اعضاء، کنترل دموکراتیک اعضاء و مشارکت اقتصادی یکی از مبانی مهم برای شناخت تعاونی‌ها است که بر اساس آن، اعضاء در تصمیم‌گیری‌ها، سیاست‌گذاری‌ها، انتخاب نمایندگان و اداره امور تعاونی به صورت مساوی و مشارکتی دخالت دارند؛ لذا سازکارهای مدیریتی مشارکتی بیش از سایر سازمان‌ها و بنگاه‌های اقتصادی با مدیریت تعاونی‌ها سازگاری و هم‌خوانی دارد. از این موضوع با عنوان «هر نفر یک رأی»[2] نیز نام برده شده است؛ چرا که یکی از ویژگی تعاونی‌ها آن است که به جای حاکمیت سرمایه، حاکمیت انسان‌ها را ملاک و محور فعالیت خود قرار داده است و بر خلاف سایر

---

۱. مطابق این اصل، اعضای تعاونی با پرداخت سرمایه و فعالیت در کسب و کار، حق رأی یکسان و سهم منصفانه از سود شرکت دارند. این اصل در گذشته به دو اصل جداگانه تقسیم می‌شد: نخست، پرداخت بهره محدود به سرمایه اعضاء؛ و دوم، تقسیم درآمد مازاد میان اعضاء نسبت به معاملاتشان.

2. One member,one vote.

شـــرکت‌های تجاری که هر شریک به تعداد ســـهمی که مالک است حق رأی دارد، در تعاونی هر نفر صرف نظر از تعداد میزان ســـهام خود دارای یک رأی اســـت. این مسأله در مواردی در قانون نیز مورد تأکید قرار گرفته است و به عنوان نمونه، در ماده ۱۹٤ قانون تجارت[۱] و ماده ۳۰ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران[۲] و ماده ۷ قانون شـــرکت‌های تعاونی[۳] ذکر شده است که هر یک از اعضاء بدون در نظر گرفتن میزان سهم، فقط دارای یک رأی است و هیچ یک از شرکا نمی‌تواند در مجمع عمومی بیش از یک رأی داشته باشد. در نتیجه همان‌طور که در تمامی ابعاد تعاونی‌ها مشارکت اعضاء بســـیار کلیدی بوده و رضایت اعضاء در حقوق تعاونی مطابق اصل کنترل دموکراتیک اساســـی می‌باشد، در بخش تعاونی شـــیوه حل و فصلی کارآمدتر اســـت که طرفین اختلاف بتوانند به‌طور مؤثر در آن مشارکت داشته و فرایند و نتیجه آن مورد توافق آن‌ها قرار گیرد. شـــیوه مشارکتی با اصول و ارزش‌های تعاونی و مبانی تعاون مبنی بر مدیریت مشارکتی سازگار است.

۲. انطباق اصول حاکم بر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف[٤] بر اقتضائات تعاون

روش‌هـــای حل اختلاف یا ترک منازعه‌ای کـــه می‌تواند برای اختلافات مورد استفاده قرار گیرد به دو دسته است:

نخســـت، روش‌های قضایی یا دادرسی شامل رســـیدگی دادگاهی و داوری. در رســـیدگی دادگاهی کلیه قواعد آیین دادرسی؛ و در داوری، اصول و قواعد عمدتاً آمره توســـط قانون‌گذار مقرر شده است؛ به‌طوری که در خصوص آن‌ها برای طرفین

---

۱. مـــاده ۱۹٤ قانون تجارت: «در صورتی‌که شـــرکت تعاونی تولید یا مصرف مطابق اصول شـــرکت سهامی تشکیل شود حداقل سهام یا قطعات سهام ده ریال خواهد بود و هیچ یک از شرکاء نمی‌توانند در مجمع عمومی بیش از یک رای داشته باشد».

۲. ماده ۳۰ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران: «مجمع عمومی که بر اساس این قانون بالاترین مجمع اتخاذ تصمیم و نظارت در امور شرکتهای تعاونی می‌باشد. از اجتماع اعضای تعاونی یا نمایندگان تام‌الاختیار به‌صورت عادی و فوق العاده تشکیل می شود و هر عضو بدون در نظر گرفتن میزان سهم فقط دارای یک رای است».

۳. مـــاده ۷ قانون شـــرکت های تعاونی: «مجمع عمومی عالی‌ترین مرجـــع اتخاذ تصمیم و ابراز اراده جمعی اعضاء برای اداره امور شـــرکت است که در آن تمام اعضاء حق دارند حضور به هم رسانند و رای خود را درباره موضوع دستور جلسه مجمع بدهند. در مجمع عمومی هر عضو قطع نظر از تعداد سهام، فقط دارای یک رای است.

4. Alternative Dispute Resolution (ADR)

اختلاف حق انتخاب کمی وجود دارد یا در برخی موارد اساساً حق انتخابی نیست. افزون بر این، در این دو روش، فرایند حل اختلاف غالباً منجر به صدور رأیی می‌شود که نهایتاً قطعی و الزام‌آور شده و با پشتوانه قانون به اجرا درمی‌آید (نیکبخت و ادیب، ۱۳۹۵: ۵۹).

دسته دوم روش‌های حل اختلاف موسوم به شیوه‌های دیپلماتیک یا غیر دادرسی یا جایگزین حل و فصل اختلاف است که شامل روش‌هایی از قبیل مذاکره، رسیدگی اختصاری، میانجی‌گری، کارشناسی و تحقیق می‌شود[1] (شکوهی زاده، ۱۳۹۸: ۲۰۶). شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف به راهکارهای خصوصی حل و فصل اختلافات از سوی افراد اطلاق می‌شود. این شیوه‌ها به‌رغم تنوع و اقسامی که دارند، در یک نکته مشترک هستند که کسی برای طرفین تصمیم نمی‌گیرد و رأی صادر نمی‌کند (شیروی،۱۳۹۳: ٦١٧). داوری در حال حاضر نزدیک‌ترین شیوه به شیوه دادگاهی و رسمی حل و فصل اختلاف است. ویژگی اصلی داوری که ضمن دور کردن آن از دیگر شیوه‌های جایگزین، آن را به رسیدگی‌های قضایی در دادگاه‌ها نزدیک می‌سازد، ترافعی بودن رسیدگی‌ها و الزام‌آور بودن رأی داوری است. این مشابهت‌های زیاد موجب شده است بسیاری از نویسندگان با توصیف داور به عنوان قاضی خصوصی، کار وی را دقیقاً همانند کار قاضی تلقی کنند (درویشی هویدا، ۱۳۸۷: ۳۲) که وظیفه حل و فصل دعوا را بر عهده دارد؛ با این تفاوت که مأموریت وی ریشه قراردادی دارد و نه قانونی. در این تحقیق ما داوری را جزء شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف قلمداد نمی‌کنیم؛ به‌خصوص این‌که داوری مرکز داوری اتاق تعاون از نوع اجباری بوده و مأموریت داور نیز عملاً ریشه قانونی پیدا کرده است و تقارب بسیار زیادی به

---

۱. در خصوص آن‌که منظور از «جایگزین» در عبارت جایگزین حل و فصل اختلاف چیست اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را جایگزین رسیدگی در دادگاه‌ها می‌دانند و هر شیوه حل و فصل اختلاف به جز مراجعه به دادگاه را جزء این روش تلقی می‌کنند. بر این اساس، داوری جزء شیوه‌های جایگزین تلقی می‌شود. برخی دیگر آن را جایگزین رسیدگی قضایی و حقوقی می‌دانند فارغ از این‌که رسیدگی حقوقی و قضایی در داوری یا دادگاه انجام گیرد. بر اساس این دیدگاه، داوری جزء شیوه‌های جایگزین تلقی نمی‌شود (شیروی، ۱۳۹٤: ۵۷). در این تحقیق با عنایت به اجباری بودن داوری تعاونی‌ها و قرابت آن به رسیدگی در محاکم از این حیث و همچنین نزدیکی شیوه داوری در نحوه رسیدگی به دادگاه‌ها، نظریه دوم مبنا قرار گرفته است و منظور عبارت شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در این تحقیق، شیوه‌های غیرترافعی جایگزین حل و فصل مطابق دیدگاه دوم می‌باشد و شامل داوری نمی‌شود.

رسیدگی قضایی در دادگاه‌ها دارد.

بر شـــیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، اصولی حاکم است که علاوه بر تعیین ماهیت آن‌ها، وجه تمایز این روش‌ها را از شـــیوه‌های قضایی و دادرســـی حل و فصل اختلاف مشـــخص می‌کند. با بررســـی این اصول می‌تـــوان تبیین کرد که این شیوه‌ها چه میزان با اقتضائات بخش تعاون برای حل و فصل اختلاف هماهنگ است و می‌تواند در حل و فصل اختلافات در این حوزه مفید باشد.

۱-۲. توافقی بودن

در شـــیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، رســـیدگی توافقی است؛ زیرا ارجاع اختلاف به این شـــیوه‌ها و آغاز آن با توافق طرفین است و فرایند حل اختلاف تا زمانی ادامه می‌یابد که طرفین مایل باشند و با توافق طرفین بر ختم آن و یا رسیدن به راه حل توافقی، شیوه‌های جایگزین حل و فصل خاتمه می‌یابد.

همان‌طـــور که در اقتضائـــات بخش تعاونی برای حـــل و فصل اختلاف بیان شـــد، همکاری در فعالیت و نیز مدیریت مشـــارکتی از ارکان کلیدی در فعالیت‌های این بخش اســـت و فعالیت رکن تعاونی از همکاری اعضاء صورت می‌گیرد و مبتنی بر کمک متقابل و اشـــتراک مســـاعی آنان با یکدیگر است. توافقی بودن در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، در ارجاع، فرایند رســـیدگی و پایان رسیدگی، فضایی را مهیا می‌کند که به این همکاری و همیاری خدشه‌ای وارد نشود و به اداره مشارکتی اعضاء در بخش تعاونی کمک می‌نماید؛ چرا که شـــرکت تعاونی برای نیل به اهداف خود که همانا رفع نیازمندی‌ها مشـــترک شغلی و و معیشتی و بهبود وضع اقتصادی و اجتماعی اســـت، بر خودیاری و همیاری تکیـــه دارد و توفیق امری که به‌طریق تعاون انجام می‌گیرد، جزء با توافقی بودن راه حل‌ها برای حل اختلافات و نیز مشـــارکت با رضایت اعضاء در فرایند آن امکان‌پذیر نیست.

۲-۲. غیر تقابلی بودن[۱]

با در نظر گرفتن این امر که شـــیوه‌های جایگزین حل اختلاف نمی‌تواند یک دادرســـی تلقی شود، این پرسش به ذهن می‌آید که آیا این شیوه‌ها تقابلی است یا غیر

---

۱. برخی تقابلی بودن را ترافعی بودن بودن و برخی دیگر آن را تناظر نامیده اند به نظر می‌رســـد در خصـــوص ترجمه صحیح اصطلاح «Contradictoire» از حقوق فرانســـه در حقوق ما اختلاف نظر وجود دارد (بنگرید به: محسنی، ۱۳۸۹ پاورقی صفحه ٦٠).

تقابلی. تقابلی بودن را بدین مفهوم می‌دانند که در رسیدگی به دعوا، هر یک از طرفین بتوانـــد ادعاها و ادله خود را مطرح کند و فرصت دفاع در برابر ادعاهای طرف مقابل را داشـــته باشد. مفهوم کلی تقابلی بودن، همان مشـــاجره‌ای و مجادله‌ای بودن است (سلیمی و زارع، ۱۳۹۵: ۸۵).

در شـــیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف(با تأکید مجدد بر این‌که منظور ما از شـــیوه‌های جایگزین در این مقاله شامل داوری نمی‌باشد) اختلافات به صورت دوستانه فیصله می‌یابد. جریان‌های رسیدگی تقابلی نیست و اختلافات بر مبنای توافق طرفین حل و فصل می‌شـــود، اما در رسیدگی‌های قضایی یا داوری، جریان رسیدگی به صورت تقابلی و بر مبنای محاکمه‌ای جریان می‌یابد که در آن یکی از طرفین دعوا برنده و طرف دیگر بازنده می‌شود. طرفین هر یک در جریان رسیدگی تلاش می‌کنند که پیروز دعوا شـــوند و در اغلـــب اوقات میان آن‌ها یک فضـــای خصمانه و رابطه تهاجمی وجود دارد که فاصله و جدایی آن‌ها را از یکدیگر بیشتر می‌کند.

غیر تقابلی بودن شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف این امکان را فراهم می‌کند که با حل و فصل اختلافات در فضایی غیرمجادله‌ای و دوســـتانه، ادامه روابط تجـــاری و اجرای قراردادهای مدت دار میان طرفین تضمین شـــود. به‌عنوان مثال در اختلافات میان همســـایگان، نزدیکان و اعضای خانواده، دادگاه‌ها به صورت ظاهری و بر اساس تشـــریفات و قانون حکم قضیه را صادر می‌کنند، اما شیوه‌های دوستانه با کشف راه حل مرضی الطرفین، ادامه روابط دوستانه و دور از مناقشه را میسر می‌سازد و با در نظر گرفتن خواسته‌های دو طرف، از ایجاد منازعات احتمالی جلوگیری می‌کند (درویشـــی هویدا، ۱۳۸۷: ۳۵۲). در اختلافات میان تجـــار که روابط کاری و تجاری مســـتمر با یکدیگر دارند نیز حل و فصل دوستانه اختلاف در فضایی غیر تقابلی و از طریق شیوه‌های جایگزین، مانع قطع روابط طرفین می‌شود.

بـــا در نظر گرفتن نبود ســـوداگری در بخش تعاونی و نیـــز لزوم وجود روح همـــکاری و همیاری در میان اعضاء تعاونی می‌توان نتیجه گرفت که اصل غیر تقابلی بودن در شـــیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، بیشـــترین تناسب را با اقتضائات تعاونـــی برای حل و فصل اختلاف دارد. بر مبنای ایـــن اصل، اختلافات میان اعضاء تعاونی به دوستانه‌ترین نحو و به دور از هرگونه مجادله حل و فصل می‌یابد و روابط

مستمر میان اعضاء با یکدیگر و با شرکت تعاونی را دچار اختلال نمی‌کند.

۳-۲. انعطاف‌پذیری

در دادگاه‌ها اصل بر این است که قواعد رسیدگی از آغاز تا پایان به‌موجب قانون تعیین شود و این قواعد برای طرفین و قاضی جنبه الزامی دارد و هیچ‌یک اختیاری در تغییر آن ندارند (درویشی هویدا، ۱۳۸۷: ۲۶۰). در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، طرفین خود نحوه رسیدگی و حل و فصل اختلافات را مشخص می‌سازند. پس از این‌که اختلاف با توافق طرفین به این شیوه‌ها ارجاع شد، رسیدگی‌ها مطابق آنچه طرفین در قرارداد ای.دی.آر بر آن توافق کرده‌اند یا مطابق توافقات بعدی جریان خواهد یافت (اسکندری، ۱۳۸٤: ۳۰)؛ لذا فرایندهای رسیدگی در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف به‌خصوص غیرترافعی آن، در مقایسه با شیوه‌های ترافعی حل اختلاف از راحتی و انعطاف بیشتری برخوردار است.

انعطاف‌پذیری در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف این امکان را برای طرفین و نیز شخص ثالث مانند میانجی فراهم می‌کند که متناسب‌ترین و دوستانه‌ترین قواعد را در فرایند اختلاف به کار گیرند که منطبق به ارزش‌ها و اصول تعاونی و اقتضائات آن باشد. افزون بر این، اصل انعطاف‌پذیری این امکان را به شخص ثالث مانند میانجی‌گر می‌دهد که با آزادی عمل و به کارگیری قواعد نوآورانه در فرایند حل اختلاف، هر چه سریع‌تر آن را به اتمام رساند تا به روابط مستمر اعضاء و اشخاص حقوقی تعاونی که برای ادامه فعالیت تعاونی‌ها ضروری است خدشه وارد نشود. این امر در شیوه‌های قضایی و داوری به دلیل ثابت و خشک بودن قواعد، امکان‌پذیر نیست و به عنوان مثال، داوران در بخش تعاونی این امکان را ندارند که خودسرانه جهت حل و فصل سریع تر اختلاف قواعد را تغییر دهند.

۳. تناسب شیوه‌های فعلی حل و فصل اختلاف در بخش تعاونی با اقتضائات تعاون

پس از بیان و تحلیل آن‌که حسب اصول و ارزش‌های حاکم بر تعاون، بهترین شیوه حل و فصل اختلافات حادث در درون تعاونی‌ها شیوه‌های غیرترافعی جایگزین حل و فصل اختلاف می‌باشد، در این بخش با تحلیل قوانین و آیین‌نامه‌های موجود در ایران در خصوص تناسب شیوه‌های فعلی حل و فصل اختلاف با اصول و ارزش‌های

تعـــاون و وجود ظرفیت قانونی جهت به‌کارگیری شـــیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در بخش تعاونی بحث خواهد شد.

۱-۳. شیوه‌های فعلی حل و فصل اختلاف در بخش تعاونی

جهت بررســـی تناسب شیوه‌های فعلی حل و فصل اختلاف در بخش تعاونی با اقتضائات تعاون، در ابتدا می‌بایســـت شـــیوه‌های فعلی حل و فصل اختلاف حسب قوانین و مقررات موجود شـــناخته شـــود. به‌طور خلاصه، در ایران اصلی‌ترین شیوه اختصاصـــی حل و فصل در بخش تعاونی اعم از شـــرکت‌ها و اتحادیه‌ها و اتاق‌های تعاون، شیوه داوری است که در بند ۹ ماده ٤٣ [۱] و بند ١٤ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون[۲] مورد تأکید قرار گرفته اســـت. از وظایف اتحادیه‌های تعاونی حل و فصل اختلاف و داوری می‌باشـــد، اما اصلی‌ترین مرجع حل و فصل اختلاف در تعاونی‌ها مرکز داوری اتاق تعاون اســـت که داوری را به نحو ســـازمانی در این حـــوزه پیش برده و دارای آیین‌نامه در نحوه انجام داوری اســـت. قانون‌گذار برای تخصصی‌تر شدن فرایند حل اختلاف در بخش تعاون به این ترتیب که تمامی اختلافات در این مرکز طرح شـــود و از ارجاع اختلافات به دادگاه‌ها که ممکن اســـت با این حوزه آشنایی نداشته باشند جلوگیـــری نماید، در اصلاحات قانون بخش تعاونی در تبصره ٦ ماده ۵۷ [۳] بیان نمود که ارجاع به داوری مرکز داوری اتاق تعاون باید در اساســـنامه همه اشخاص حقوقی تعاونی درج شود. ضمانت اجرای این تبصره نیز در ماده ٧٦ قانون بخش تعاون آمده و مطابق آن تعاونی‌ها موظف هستند اساسنامه خود را ظرف سه ماه پس از لازم‌الاجرا شـــدن این قانون با آن تطبیق داده و تغییرات اساســـنامه خـــود را به عنوان تعاونی به

---

۱. مـــاده ٤٣ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اســـلامی ایـــران: «اتحادیه‌های تعاونی با عضویت شـــرکت‌ها و تعاونی‌هایی که موضوع فعالیت آنها واحد است برای تأمین تمام و یا قسمتی از مقاصد زیر تشـــکیل می‌گـــردد: ... ۹- حل اختلاف و داوری در محدوده امـــور مربوط به تعاونی‌ها به‌صورت کدخدامنشی و صلح اعضاء تعاونی‌ها».

۲. ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اســـلامی ایـــران (اصلاحی ۱۳۹۳): «به‌منظور تأمین مقاصد زیر اتاق‌های تعاون شهرستان، استان و ایران تشکیل می‌گردد ... ١٤- داوری در امور حرفه‌ای بین اشـــخاص حقوقی بخش تعاونی با یکدیگر و یا با سایر اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز بین هر شخص حقوقی بخش تعاونی با اعضایش از طریق مرکز داوری اتاق».

۳. تبصره ٦ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران: «نحوه تشکیل و فعالیت مرکز داوری اتاق تعاون بر اساس آیین‌نامه‌ای است که به‌تصویب مجمع عمومی اتاق تعاون ایران می‌رسد. ارجاع به داوری اتاق تعاون باید در اساسنامه همه اشخاص حقوقی تعاونی درج شود».

ثبت برســـانند و در غیر این صورت، تعاونی شناخته نمی‌شوند و نمی‌توانند از مزایای شرکت‌های تعاونی استفاده نمایند (رستمی و تقی‌پور: ۱٤۰۲: ۱٦۹).

پرسشـــی که در اینجا مطرح می‌شـــود این اســـت که آیا با وجود شرط ارجاع اختلافات به مرکز داوری اتاق تعاون در اساسنامه اشخاص حقوقی تعاونی، در صورت رجـــوع طرفین اختلاف بـــه دادگاه، آیا قاضی می‌تواند رســـیدگی کند. علاوه بر الزام قانون‌گذار مبنی بر ارجاع اختلافات به مرکز داوری اتاق تعاون توسط تعاونی‌ها مطابق تبصره ٦ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی، بر اســـاس بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۱۳۰۳۹/۱۰۰ مـــورخ ۱۳۸۸/۳/۱۰ رئیس قوه قضاییه،[1] مراجع قضایـــی ملزم به ارجاع پرونده‌های با موضوع تعاون به داوری شـــده‌اند. به علاوه مـــاده ٤ آیین‌نامه داوری اتاق تعاون ایران در این خصوص مقرر داشـــته اســـت: «کلیه اشـــخاص موضوع این آیین‌نامه به‌عنوان طرفین اختلاف که به‌موجب اساســـنامه مورد عمـــل موظف به ارجاع اختلافات خود به داوری شده‌اند باید بر اســـاس مقررات حاضر، اختلافات خود را اعم از این‌که در مراجع قضایی طرح نشده و یا در صورت طرح شدن، دعوای خود را در هر مرحله از رسیدگی باشد مسترد نماید و به مرجع داوری مورد توافق ارجاع دهند».

طبـــق بند ۳ ماده ٤۱ قانون بخش تعاون[2] و مطابق بند ۱۷ ماده ٦٦ قانون بخش تعاونی[3] و قســـمت و بند ۲ دستورالعمل نظارت بر حســـن اجرای قوانین و مقرارت وزارت تعاون،[4] پیش از مراجعه به داوری، مراجعی نظیر بازرسان تعاونی‌ها و وزارت تعاون کار و رفاه اجتماعی جهت حل و فصل اختلاف و رسیدگی به شکایات پیش‌بینی شـــده اســـت، اما کارکرد حل اختلاف این دو مرجع اولیه، بیشتر جنبه نظارتی دارد و تخلفات و شـــکایت پس از طرح در دو مرجـــع فوق، به‌عنوان مثال به هیأت مدیره یا مجامع عمومی شـــرکت‌ها و در نهایت به دادگاه صالح ارسال می‌شود و این دو مرجع

---

۱. «... مقتضی اســـت قضات محترم در صورت ارجاع پرونده‌های مربوط به شرکت‌ها و اتحادیه‌های تعاونی، پیش از رسیدگی قضایی و با احراز شرایط لازم، موضوع اختلاف را به داوری ارجاع دهند».

۲. ماده ٤۱ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران: «وظایف بازرس یا بازرسان تعاونی به شرح زیر است ... ۳- رسیدگی به شکایات اعضاء و ارائه گزارش به مجمع عمومی و مراجع ذی‌ربط».

۳. ماده ٦٦ قانون بخش تعاونی: «وظایف و اختیارات وزارت تعاون عبارت است از ...۱۷- حسابرسی از تعاونی‌ها در صورت تقاضا و شکایت‌های اعضاء در حدود امکانات».

٤. قسمت و بند ۲ دستورالعمل نظارت بر حسن اجرای قوانین و مقرارت وزارت تعاون: «عناوین امور نظارتی که ادارات کل تعاون اســـتان‌ها در چارچوب برنامه عملیاتی و متناسب با امکانات و اعتبارات خود مکلف به انجام آن می‌باشند عبارتند از ... و- رسیدگی به شکایات».

متضمن یک شیوه حل و فصل اختلاف مجزا نیست.

افزون بر شـــیوه‌های فوق، در آیین‌نامه مرکز داوری اتاق تعاون ایران اصلاحی ۱۳۹۷ داوران مرکز داوری دارای اختیار صلح و ســـازش می‌باشند و در بند ۱ ماده ۲ آیین‌نامه، داوران تشـــویق شده‌اند که ترجیحاً داوری و حل و فصل را با رویکرد صلح و سازش انجام دهند.[۱] مطابق مواد ۱۰۳ و ۱۰٤ این آیین‌نامه[۲] چنانچه طرفین اختلافات خود را از طریق ســـازش فیصله دهند، شرایط سازش و نحوه فیصله دعوا به صورت گزارش اصلاحـــی تنظیم و گزارش اصلاحی صادر می‌شـــود که قطعی و لازم‌الاجرا اســـت. از طرفی، آیین‌نامه مرکز داوری اتاق تعاون ایران یکی از وظایف رئیس مرکز داوری اتاق تعاون را در بند ۱۰ ماده ۲۷ مساعدت در حل و فصل اختلافات از طرق غیر داوری، از قبیل ایجاد صلح و سازش و کارشناسی قرار داده است.

در نتیجـــه با ملاحظه قوانین و مقررات و رویه عملی به‌کار رفته در این حوزه می‌توان بیان داشت که اصلی‌ترین شـــیوه حل و فصل اختلاف در تعاونی‌ها، در ابتدا داوری و در نهایت رســـیدگی در دادگاه است و به شیوه‌های غیر ترافعی حل و فصل اختلاف توجه نشـــده و شـــیوه‌های فعلی در نظر گرفته شـــده در قانون نیز با اصول، ارزش‌ها و اقتضائات تعاون مطابق و هم‌سو نیست.

۲-۳. داوری کدخدامنشی در اتحادیه‌های تعاونی

در حال حاضـــر رویکرد عملی تعاون‌گران در رســـیدگی به اختلافات درون تعاونی‌ها، به ســـمت شیوه‌های ترافعی بالاخص داوری می‌باشد. یکی از مباحث مهم، تحلیل و بررســـی ظرفیت قانونی برای به‌کارگیری شیوه‌های غیرترافعی جایگزین حل و فصل اختلاف در بخش تعاونی می‌باشـــد؛ به‌خصوص آن‌که روش‌های غیر ترافعی به دلیل تأکید قانون بر لفظ داوری و عدم تصریح به شـــیوه‌های غیر ترافعی جایگزین حـــل و فصل اختلاف، مورد اقبال قرار نگرفته اســـت. مطابق بنـــد ۹ ماده ٤۳ قانون بخـــش تعاونی حل اختلاف و داوری در محدوده امور مربوط به تعاونی‌ها به‌صورت

---

۱. ماده ۲ آیین‌نامه مرکز داوری اتاق تعاون ایران: «اهداف تشـــکیل وفعالیت مرکز داوری عبارتند از :بند۲/۱- ترویج داوری وحل و فصل اختلافات ترجیحاً با رویکرد صلح و سازش».

۲. ماده ۱۰۳: «چنانچه طرفین در جریان رســـیدگی، اختلافات خود را از طریق ســـازش فیصله دهند، داور به درخواســـت طرفین مراتب وقوع سازش را همراه با شرایط سازش و نحوه فیصله دعوی، به صورت گزارش اصلاحی تنظیم و گزارش اصلاحی صادر می‌نماید»؛ ماده۱۰٤: «گزارش اصلاحی که به صورت فوق صادر می‌شود، برای طرفین قطعی و لازم‌الاجرا است».

کدخدامنشـــی و صلح اعضای تعاونی‌ها، یکی از وظایف اتحادیه‌های تعاونی اســـت. منظور از داوری کدخدامنشـــی که در این بنـــد جای تأمل دارد؛ آیا منظور قانون‌گذار، داوری کدخدامنشـــی به عنوان یکی از اقسام داوری در حل و فصل اختلاف به‌عنوان یک شیوه خاص بوده است یا داوری قانونی مذکور در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و دیگر قوانین مورد نظر بوده است؟

۱-۲-۳. داوری کدخدامنشی[1]

با توجه به ناســـازگاری داوری بر مبنای کدخدامنشـــی و انصاف با فرهنگ و حقوق ســـنتی ایران، حقوق‌دانان به این نوع داوری شـــکل دیگـــری داده و از آن به داوری بـــا اختیار صلح یاد کرده‌اند (صفایـــی، ۱۳۸۸: ۲۹). اصطلاح داوری با اختیار صلـــح در ماده ٦٥٩ قانون آیین دادرســـی مدنی مصـــوب ۱۳۱۸ [2] و ماده ٤٨٣ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب[3] به‌کار رفته است. در داوری کدخدامنشـــی، داور مکلـــف به رعایت قانون نیســـت و می‌تواند بر مبنای موازین و ملاحظات منصفانه تصمیم گیرد و به مقرره‌های دقیق و انعطاف‌ناپذیر قانونی پای‌بند نیســـت (Btaszczak & Kolber, 2013: 190)، بلکه می‌تواند مفهوم عدالتی را که از قواعد قانونی ناشـــی می‌شـــود و حتی امکان دارد با آن مخالف باشد، در حل اختلاف‌هـــا اتخاذ کند تا بتواند بهترین، نزدیک‌ترین و قابل قبول‌ترین راه را برای حل مناقشات به‌کارگیرد؛ بنابراین در این نوع داوری، هدف و نتیجه مورد نظر اهمیت دارد (شهبازی‌نیا و همکاران، ۱۳۹٦: ۲۷۵-۲۷٤) و هدف این است که اعمال قانون به نتیجه غیرمنصفانه منجر نشـــود و نتیجه داوری منطبق با انصاف باشـــد (خدابخشی،۱۳۹۷: ٦٦٠).

به نظر برخی، داورانـــی که اختیار صلح دارند، همانند داوری کدخدامنشـــی مکلـــف به اجرای قواعد حقوقی نیســـتند و می‌توانند بر اســـاس انصاف اختلاف را

1. Amiable composition.

۲. ماده ٦٥٩ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸: «در صورتی‌که داورها اختیار صلح داشته باشند می‌توانند دعوی را به صلح خاتمه دهند در این‌صورت صلح‌نامه‌ای که به امضای داورها رسیده باشد قابل اجراء خواهد بود».

۳. مـــاده ٤٨٣ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امـــور مدنی مصوب ۱۳۷۹: «در صورتی که داوران اختیار صلح داشـــته باشـــند می‌توانند دعوا را با صلح خاتمه دهند. در این صورت صلح‌نامه‌ای که به امضای داوران رسیده باشد معتبر و قابل اجراست».

فیصله داده و تنها ملاحظات منصفانه را مبنای رأی قرار دهند (شـــمس، ۱۳۸۷: ۵٤۹؛ شهبازی‌نیا و همکاران،۱۳۹٦: ۲۸۳). با توجه به تعریفی که از داوری کدخدامنشی ارائه شـــد و نص ماده ٤۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌توان این نظر را مردود دانســـت؛ زیرا مطابق مـــاده ٤۸۳ در داوری با اختیار صلح، داوران بـــر مبنای وظیفه اصلی خود دعـــوا را فیصله می‌دهند یا طبق قانون رأی صادر می‌کنند و یا بر اساس اختیاری که در موافقت‌نامه داوری برای صلح و سازش به آن‌ها داده شـــده، در صورت موافقت طرفین، دعوا را به صلـــح ختم می‌دهند و در نهایت صلح‌نامه را امضاء نموده و به آن قدرت اجرایی می دهند. لذا در داوری موضوع ماده ٤۸۳ رأی به‌صرف انصاف و با امکان تعدیل در قوانین و مقررات صادر نمی‌شود، بلکه داور می‌تواند طرفین را به صلح ســـوق داده و بر مبنای آن رأی اصلاحی و یا گزارش اصلاحی صادر کند. طرفین نیز الزامی به پذیرش صلح‌نامه نداشته و این سازش کاملاً بر مبنای توافق طرفین صورت می‌پذیرد. بر خلاف داوری کدخدامنشی که رأی صادره از ســـوی داور کدخدامنش با عنایت به وجود موافقت‌نامه داوری، بدون نیاز به توافق بعدی طرفین نســـبت به آن‌ها صادر و برای ایشـــان الزام‌آور است. اداره حقوقی قوه قضاییه به موجب نظریه مشورتی به تاریخ ۱۳۹٦/۱۱/۱۲ در خصوص پذیرش داوری کدخدامنشـــی در حقوق ایران، اعلام داشته اســـت: «اگرچه برابر بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، طرفین می‌توانند به داور اختیار تصمیم‌گیری بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشـــانه را اعطاء نمایند، اما در داوری‌های داخلی چنین امری پیش‌بینی نشده است و با توجه به اطلاق بند یک ماده ٤۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان می‌دارد رأی داوری در صورتی که مخالف با قوانین موجد حق باشـــد باطل است؛ به نظرمی‌رسد امکان آن در داوری داخلی وجود ندارد».

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت داوری به صورت کدخدامنشـــی که در بند ۹ ماده ٤۳ قانون بخش تعاونی به آن اشـــاره شده است، با داوری کدخدامنشی که داور بر اســـاس انصاف و عدالت رأی می‌دهد متفاوت اســـت؛ چراکه: اولاً، این نوع داوری در حقوق ایران به عنوان نوع خاصی از داوری شناســـایی نشده است و به نظر نمی‌رســـد قانون بخش تعاونی محلی باشد که در آن قانون‌گذار به یک‌باره موضوع به

این با اهمیتی را بپذیرد؛ بدون آن‌که آن را تعریف و فرایند و ابعاد آن را تبیین کند؛[1] ثانیاً، در بند ۹ ماده ٤٣ آمده است: «حل اختلاف و داوری در محدوده مربوط به تعاونی‌ها به صورت کدخدامنشی و صلح اعضاء تعاونی‌ها» و از درج عبارت «صلح اعضاء تعاونی‌ها» در کنار اصطلاح «کدخدامنشی« بودن در این بند، می‌توان نتیجه گرفت که برای قانون‌گذار حل و فصل دوستانه اختلاف موضوعیت داشته که در آن داور (شخص واسط) می‌بایست اختلاف را با صلح و سازش فیصله دهد. در واقع قانون‌گذار در کاربرد واژه کدخدامنشی در این بند، به معنای لغوی آن نظر داشته است و معنای اصطلاحی آن به عنوان یک نوع داوری خاص در علم حقوق مورد نظر نبوده است؛ بنابراین داوری به‌نحو کدخدامنشی در اتحادیه‌های تعاونی موضوع بند ۹ ماده ٤٣ به‌معنای اصطلاحی آن به‌عنوان یکی از انواع داوری نمی‌باشد.

۲-۲-۳. داوری قانونی[2]

در این نوع داوری، تصمیم‌گیری و صدور رأی مطابق با قوانین و مقررات، یک قاعده اصلی به حساب می‌آید (Trakman, 2008: 5). به نظر نمی‌رسد که داوری مذکور در بند ۹ ماده ٤٣ این نوع داوری باشد که در باب هفتم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تبیین شده است. به‌کارگیری عبارت کدخدامنشی به‌عنوان روش داوری و نیز صلح اعضاء، نشان دهنده آن است که قانون‌گذار داوری قانونی را که از آن در همه قوانین با عنوان «داوری» یاد می‌کند مورد نظر نداشته است. این مطلب از بند ١٤ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی نیز قابل استنباط است؛ چرا که در این بند جهت محول کردن وظیفه داوری بخش تعاون به

---

۱. به‌نظرمی‌رسد چنانچه طرفین به موجب قرارداد در خصوص داوری کدخدامنشی توافق کرده و به داور چنین اختیاری را اعطا نمایند و در موافقت‌نامه خود صراحتاً تبیین نمایند که منظور از داوری کدخدامنشی چه بوده و موجب تمایز آن از میانجی‌گری گردند، انجام این نوع داوری بلااشکال است؛ چرا که از سوی قانون‌گذار منعی بر خلاف توافق اشخاص برای انجام این نوع داوری مشاهده نمی‌شود. اگرچه همان‌طور که در ادامه مورد اشاره قرار خواهد گرفت، بسیاری از محاکم قید داوری کدخدامنشی در موافقت‌نامه‌های داوری را برابر با میانجی‌گری تلقی می‌نمایند که تحت آن شخص واسط حق صدور رأی را نداشته و تنها امکان صلح و سازش دارد و آراء صادره در این روش را باطل می‌نمایند. لذا تبیین دقیق عبارت داوری کدخدامنشی در موافقت‌نامه داوری و تمیز آن از سایر روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف برای قابل پذیرش بودن آن در محاکم بسیار پر اهمیت است.

2. Arbitration.

نحو قانونی به اتاق‌های تعاون، از عبارت «داوری» استفاده شده است؛ لذا اگر قصد قانون‌گذار این بود که داوری قانونی را جزء وظایف اتحادیه‌های تعاونی قرار دهد، از همین عبارت بدون اضافه کردن الفاظی مثل کدخدامنشی و صلح اعضاء استفاده می‌کرد. از سوی دیگر، داوری کدخدامنشی که در بند ۹ ماده ٤٣ قانون بخش تعاونی بیان شده، با داوری با اختیار صلح و سازش مذکور در ماده ٤٨٣ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی متفاوت است؛ چرا که در داوری مذکور، اختیار صلح از سوی طرفین به داور داده می‌شود تا اگر امکان‌پذیر بود و طرفین نیز رضایت دادند، آنان را به سازش برساند و در غیر این صورت، وظیفه اصلی خود را انجام داده و مطابق قواعد داوری رأی صادر کند، اما در داوری کدخدامنشی موضوع بند ۹، داور صرفاً می‌تواند طرفین را به صلح برساند و نمی‌تواند مطابق قواعد داوری حکم صادر کند. قانون‌گذار در این بند داوری به نحو صرفاً کدخدامنشی را که همان صلح و سازش است، به اتحادیه‌های تعاونی محول کرده و راه را برای داوری قانونی که در آن داور می‌تواند رأی صادر کند بسته است. این مطلب در ردیف الف بند ١٦ ماده ۱ آیین‌نامه داوری اتاق تعاون ایران مورد تأکید قرار گرفته است و مطابق آن، نتیجه داوری در اتحادیه‌های تعاونی صرفاً باید با رضایت طرفین اختلاف باشد و طرفین برای گرفتن رأی داوری تنها می‌توانند به مرکز داوری اتاق تعاون مراجعه کنند. از سوی دیگر، مطابق بند ١٤ ماده ۵۷ وظیفه داوری قانونی در بخش تعاونی تنها به مراکز داوری اتاق تعاون محول شده است.

با توجه به توضیحات بیان شده، به نظر می‌رسد قانون‌گذار در کاربرد واژه داوری در بند ۹ ماده ٤٣، معنی لغوی داوری یعنی حکمیت را مد نظر داشته است و مقصود، حل اختلاف با حضور حَکَم به‌نحو کدخدامنشی بوده است. افزون بر این، قانون‌گذار با استفاده از لفظ داوری، حضور شخص ثالث را در این فرایند جهت کمک به حل و فصل اختلاف لازم دانسته است.

۳-۲-۳. میانجی‌گری

مطابق با تفاسیر مطرح شده می‌توان نتیجه گرفت که مقصود از داوری کدخدامنشی مصرح در بند۹ ماده ٤٣ همان شیوه میانجی‌گری به عنوان یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف می‌باشد؛ چرا که میانجی‌گری روشی است

که طرفین اختلاف با پادرمیانی و مساعدت شخص ثالث مشکلات و اختلافات موجود خود را حل می‌کنند. این شیوه کاملاً منطبق با تفسیری است که از بند ۹ ماده ٤٣ می‌شود. در این شیوه شخص ثالث تنها می‌تواند طرفین را با روشی کاملاً دوستانه و ارائه راه حل‌های کاربردی به حل و فصل و سازش سوق دهد و طرفین در پذیرش نتیجه فرایند حل اختلاف کاملاً مختار هستند و می‌توانند آن را نپذیرند. این نظر در آیین‌نامه مرکز داوری اتاق ایران نیز به‌نحوی مورد تأیید قرارگرفته است و به موجب ردیف الف بند ١٦ ماده ١ آیین‌نامه مذکور، در صورت اختلاف میان تعاونی و اعضاء آن و یا بین تعاونی و سایر شرکت‌های تعاونی با موضوع فعالیت مشابه، عدم حصول نتیجه داوری به صورت کدخدامنشی در اتحادیه‌های تعاونی، شرط پذیرش داوری در اتاق تعاون شهرستان، استان یا ایران بیان شده است. همان‌طور که می‌دانیم در صورت ارجاع به داوری کدخدامنشی (به مفهوم اصلی خود) و نیز داوری با اختیار صلح در ماده ٤٨٣ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، داور فارغ از این‌که طرفین تمایل داشته باشند یا چنین نباشد، در پایان رسیدگی، در یکی بر اساس انصاف و دیگری بر اساس قانون رأی الزام‌آور صادر می‌کند؛ بنابراین عبارت عدم حصول نتیجه در این ماده بیان‌گر آن است که نویسندگان این آیین‌نامه، داوری کدخدامنشی به معنای میانجی‌گری را در نظر داشته‌اند که در آن اختلاف با وساطت یک نفر و یا توافق طرفین به صلح و سازش می‌رسد؛ اگرچه تضمینی نیز در به نتیجه رسیدن فرایند حل اختلاف در آن نمی‌باشد؛ زیرا نتیجه فرایند میانجی‌گری باید به تایید هریک از طرفین برسد.

برخی محاکم داوری کدخدامنشی را به معنای داوری با اختیار صلح و سازش یا داوری عادی گرفته‌اند، اما رویه غالب دادگاه‌ها در حال حاضر، تفسیر داوری کدخدامنشی به معنای میانجی‌گری است؛ به عنوان مثال، در دادنامه شماره ٨٧٤ مورخ ١٣٩٢/١١/٦ صادره از شعبه ٢٠٦ دادگاه عمومی تهران، در دعوایی با خواسته ابطال رأی داور اتاق تعاون، قاضی در استدلال رأی خود بیان نموده است«... به دلالت بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون (پیش از اصلاح)[1] داوری مقرر در این ماده به‌صورت

۱. قبل از اصلاح قانون بخش تعاونی در سال ۱۳۹۳، به موجب بند ۳ ماده ۵۷، وظیفه داوری کدخدامنشی بر عهده اتاق تعاون نیز گذاشته شده بود و تنها تفاوت آن با اتحادیه‌های تعاونی، صلاحیت گسترده‌تر اتاق‌های تعاون در حل و فصل اختلاف بود.

کدخدامنشـــی و میانجی‌گری بوده و ناظر بـــه داوری مقرر در فصل هفتم قانون آیین دادرســـی مدنی نیست ...».[1] در دادنامه دیگری به شـــماره ۴۰۱– ۱۳۹۲/٤/۳۱ دادگاه در دعوای اقامه شـــده مبنی بر ابطال رأی داوری بیان داشته است که «... مطابق بند ۳ ماده ماده ۵۷ (قانون بخش تعاون) داوری اولاً، اختیاری اســـت و ثانیاً، داور وظیفه‌ای بیش از کدخدامنشـــی و صلح میان اعضاء ندارد که به نظر می‌رسد این نوع داوری با داوری مندرج در باب هفتم قانون آیین دادرســـی مدنی از (موضوع داوری) متفاوت می‌باشد ... و داور برابر با ماده استنادی، اختیاری بیشتر از کدخدامنشی و صلح ندارد؛ در حالی که رأی داور فراتر از اختیارات قانونی می‌باشـــد؛ بنابراین دادگاه دعوی اقامه شـــده را بر مبنای آنچه که صرفاً اشارت شـــد، متکی به دلیل دانسته و به استناد ماده مندرج در متن رأی موضوع بحث را باطل اعلام می‌نماید».[2] در رأی دیگر با شـــماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۸۱ و تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۳ آمده اســـت: «با توجه به این‌که مطابق ماده ۱٦٦ اساســـنامه شـــرکت تعاونی طرف اختلاف و نیز بند ۳ ماده ۵۷ قانون بخش تعاون(قبل از اصلاح) صلاحیت داوری اتاق تعاون مبنی بر صلح و ســـازش و کدخدامنشـــی بوده، داور نمی‌تواند رأی صادر کند».[3] با در نظر گرفتن این اســـتدلال، قانون‌گذار با پیش‌بینی داوری کدخدامنشـــی اتحادیه‌های تعاونی یک ظرفیت قانونی بـــرای به‌کارگیری شـــیوه‌های غیر ترافعی جایگزین حل و فصـــل اختلاف در بخش تعاون در نظر گرفته است که منطبق با اصول و ارزش‌های تعاونی و می‌بایست توسط تعاون‌گران به‌کار گرفته شود.

٤. ضرورت و بایسته‌های اعمال شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

نبود یک دستورالعمل یا آیین‌نامه منسجم با قابلیت انعطاف در خصوص نحوه اعمال شـــیوه‌های غیر ترافعی از جمله میانجی‌گری، از عوامل عدم رغبت تعاون‌گران به این شـــیوه‌های حل و فصل می‌باشـــد، اما اصلی‌ترین خلاء در قوانین فعلی و علت عـــدم تمایل تعاون‌گـــران به این روش‌های حـــل و فصل، نبود ضمانـــت اجرا برای موافقت‌نامه‌های ناشـــی از آن‌ها می‌باشد. داوری کدخدامنشی اتحادیه‌های تعاونی در واقع همان میانجی‌گری می‌باشـــد و شخص واســـط حق صدور رأی ندارد. در نتیجه

1. www.raay.ijri.ir/Judge/text/7872.
2. www.raay.ijri.ir/Judge/text/6612.
3. www.raay.ijri.ir/Judge/text/557.

نمی‌توان به اســـتناد ماده ٤٨٣ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مدنی برای امضاء او ارزشی مانند امضاء داور قائل گردید. در ماده ٤٨٣ آمده است: «در این صورت صلح‌نامه‌ای که به امضاء داوران رسیده باشد معتبر و قابل اجراست»؛ لذا لازمه معتبر شـــدن صلح‌نامه، امضاء شخص داور است. داور به معنای آن چیزی که در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی بیان شده، کسی است که درباره موضوعی که به ارجاع او شده قضاوت کند و در مورد این‌که حق با چه کسی است اظهار نظر نماید (شیروی، ١٣٩٤: ١٠). در داوری کدخدامنشـــی اتحادیه‌های تعاونی، شـــخص واسط همچنین وظیفه‌ای ندارد و تنها مســـئولیت او کمک به طرفین برای رســـیدن به صلح و سازش اســـت؛ بنابراین امضای وی به‌موجب قوانین فعلی ایران فاقد ارزش اســـت. در نتیجه اگر طرفین به نتیجه داوری کدخدامنشـــی که در واقع مفهوماً همان میانجی‌گری است به توافقی دســـت پیدا کنند، این توافق‌نامه ارزشی بیش از یک قرارداد ندارد و طرفین تنهـــا می‌توانند به موجب قواعد عمومی قراردادها یکدیگر را ملزم به رعایت مفاد آن نمایند. موضـــوع قوی نبودن ضمانت اجرای موافقت‌نامه‌هـــای حل و فصل[1] یکی از موانع اصلی رشد این شیوه حل و فصل در حقوق ایران است. از راهکارهای پر کردن خلاء پیش‌گفته، الگوگیری از کنوانســـیون سنگاپور و پیاده‌سازی نمونه‌ای مانند آن در حقوق و قوانین داخلی است. کنوانسیون میانجی‌گری سنگاپور[2] معاهده چند جانبه‌ای است که توسط کمیســـیون حقوق تجارت بین‌الملل ســـازمان ملل متحد (آنسیترال) تنظیم گردید. این کنوانسیون چارچوب و قواعد مشخصی را برای شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌های حل و فصلی که از فرایند میانجی‌گری به دســـت می‌آید فراهم نموده اســـت (Herisi, 2019: 156). متن این کنوانســـیون در پاســـخ به خلاء بزرگ شیوه میانجی‌گری که همان عدم الزام‌آوری موافقت‌نامه‌های حل و فصل اختلاف ناشـــی از آن و عدم ضمانت اجرای قوی برای اجرای آنان است، در ۲۰ دسامبر ۲۰۱۸ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب شد (CHUA, 2019: 2).

با توجه به این‌که کنوانسیون ســـنگاپور توسط دولت جمهوری اسلامی ایران در ١٦ مرداد ١٣٩٨ به امضاء رســـیده است و با در نظر گرفتن فقدان قوانین مشخص

1. Settlement Agreement.

2. The Singapore Convention on Mediation (also known as the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation).

در خصـــوص اجرا و نیز وضعیت حقوقـــی موافقت‌نامه‌های حل و فصل اختلاف در حقـــوق داخلی از جملـــه در مورد میانجیگری اتحادیه‌های تعاونی و از ســـوی دیگر اهتمام نظام قضایی به گسترش شیوه‌های دیگر حل و فصل اختلاف برای کاهش تورم پرونده نیاز است که چارچوب قانونی مشخصی برای اجرای موافقت‌نامه‌های ناشی از میانجی‌گری در ایران به تصویب برسد. ماده ۳ کنوانسیون سنگاپور دو اصل مهم حاکم بر موافقت‌نامه‌های حل و فصل ناشی از میانجی‌گری را بیان می‌دارد که می‌بایست در قوانین داخلی جهت رفع مشـــکل ضمانت اجـــرای موافقت‌نامه‌های داوری مورد نظر قرار گیرد: نخست، لازم الاجرا بودن؛ و دوم، اعتبار امر مختوم.[1]

۱-٤. لازم‌الاجرا بودن

یکی از مهم‌ترین امتیازات و نیز ابداعات کنوانســـیون سنگاپور، اعطای ویژگی منحصر به‌فرد و خاص به موافقت‌نامه‌های حل و فصل ناشـــی از میانجی‌گری است. این کنوانســـیون موافقت‌نامه‌ها را از چیزی که صرفاً تحت حاکمیت حقوق قراردادها بوده اســـت، به عمل حقوقی تبدیل می‌کند که قابل قیـــاس با احکام دادگاه و داوری بوده و یک چارچوب حقوقی الزام‌آور در ســـطح بین‌المللی می‌شـــود. از آنجا که این موافقت‌نامه‌ها لازم‌الاجرا می‌باشـــند، طرفین اختلاف می‌توانند به طور مستقیم اجرای آن‌ها را از دادگاه مطالبه کنند و لازم نیســـت مطابق حقوق قراردادها، در صورت عدم انجام تعهد از ســـوی متعهد، دعوای الزام او را به انجـــام تعهد در دادگاه مطرح کنند (Schnabel, 2019: 11).

لازم‌الاجرا بودن موافقت‌نامه‌های حل و فصل ناشی از میانجی‌گری به تصریح در بند ۱ ماده ۳ کنوانســـیون و ماده ۱۵ قانون نمونه آنســـیترال آمده است. مطابق بند ۱ ماده ۳: « موافقت‌نامه حل و فصل می‌بایســـت مطابق قواعد کاری و اجرایی کشور متبوع و مطابق شـــرایط مقرر در این کنوانســـیون اجرا شود». ماده ۱۵ قانون نمونه نیز

1. Article 3:1.Each Party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention.2. if a dispute arises concerning a matter that a party claims was already resolved by a settlement agreement, a Party to the Convention shall allow the party to invoke the settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention, in order to prove that the matter has already been resolved.

بیان می‌دارد: «اگر طرف‌ها به یک موافقت‌نامه حل و فصل اختلاف دست پیدا کردند، این موافقت‌نامه لازم‌الاتباع و قابل اجرا است».

۲-٤. اعتبار امر قضاوت شده

به موجب کنوانسیون سنگاپور، موافقت‌نامه حل و فصل که ناشی از میانجی‌گری باشد، تنها به‌عنوان یک دلیل در کنار دیگر دلیل‌ها برای رد دعوا مطرح نمی‌شود، بلکه با طرح مجدد دعوا از سوی یک طرف اختلاف، طرف دیگر با ارائه موافقت‌نامه حل و فصل می‌تواند ایراد امر قضاوت شده را مطرح کند و خواستار رد دعوا باشد (CHUA, 2019: 6) به عبارت دیگر، اگر طرفین اختلاف خود را از طریق میانجی‌گری حل و فصل کنند و سپس یکی از آنان بخواهد در خصوص تمام یا بخشی از اختلافی که قبلاً از طریق میانجی‌گری حل و فصل شده، مجدد طرح دعوا کند، طرف دیگر می‌تواند به استناد موافقت‌نامه حل و فصل، رد دعوا را از سوی دادگاه درخواست نماید. ملاک قراردادن این دو اصل در خصوص نتیجه رسیدگی در شیوه‌های غیر ترافعی جایگزین حل و فصل اختلاف در حقوق ایران دارای پیشینه است؛ از جمله، به موجب ماده ٤ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک و هم‌چنین تبصره یک ماده‌واحده قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، نظریه‌های هیأت کارشناسی قطعی و لازم‌الاجرا دانسته شده است. هم‌چنین بر اساس تبصره ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی احکام مستند به رأی یک یا چند کارشناس که طرفین کتباً رأی آنان را قاطع دعوا قرار داده باشند قابل تجدید نظر نیست (ساردوئی‌نسب و نامدار، ۱٤۰۰: ۱۰۱).

برآمد

۱- بـــا عنایت بـــه ماهیت ویژه بخش تعاونی و اقتضائـــات آن از قبیل اقتضاء همکاری و همدلی میان اعضاء، ســـودمحور نبودن و مشـــارکتی و دموکراتیک بودن تعاونی‌ها، تعاونی‌ها برای حل و فصل اختلافات اقتضائات مخصوص به‌خود را داشته و شیوه‌های حل و فصل اختلاف در این بخش باید مبتنی بر اصول و ارزش‌های تعاون بوده و مغایر با اهداف و مبانی تعاونی نباشـــد؛ به روابط مستمر اعضاء خدشه‌ای وارد نسازد و در راستای افزایش همکاری و همیاری میان آنان باشد تا بخش تعاون بتواند هرچه بهتر به اهداف خود نایل شود.

۲- شیوه‌های غیر ترافعی جایگزین حل و فصل اختلاف به بهترین نحو مبتنی بر اقتضائات بخش تعاون بوده و نسبت به روش های قضایی و داوری رجحان دارد. بنـــد ۹ ماده ٤۳ قانون بخـــش تعاونی ظرفیت قانونی به‌کارگیری شـــیوه میانجی‌گری به‌عنوان یکی از شـــیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف را در بخش تعاون فراهم کرده است.

۳- عـــدم آشـــنایی تعاون‌گران با مفهوم میانجی‌گری، نبود قواعد منســـجم در خصوص این روش و نیز نبود ضمانت اجرای قوی برای اجرای توافق‌نامه‌های ناشی از میانجی‌گری موجب شده است که این شیوه به ندرت در بخش تعاونی به‌کار گرفته شود.

٤- پیشنهاد می‌شود با الگوگیری از کنوانسیون میانجی‌گری سنگاپور، در حقوق داخلی شـــیوه اجرای موافقت‌نامه‌های ناشی از میانجی‌گری وضع شود. به‌موجب این کنوانسیون، موافقت‌نامه‌های ناشی از میانجی‌گری لازم‌الاجرا بوده و مانند آراء محاکم یا داوری دارای اعتبار امر قضاوت شده است. ورود این‌گونه قواعد به حقوق داخلی، به‌کارگیری شـــیوه‌های غیر ترافعی حل و فصـــل اختلاف را در بخش تعاونی افزایش خواهد داد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اسکندری، امیرمحمد (۱۳۸٤)، «**نقش تکمیلی روش‌های حل اختلاف جایگزین ADR در حل و فصل دعاوی مربوط به ضمان قهری و خسارت**»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، سال ۵۷، شماره ۱۹۱.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، «**گذری بر داوری مبتنی بر انصاف و کدخدامنشی در حقوق تطبیقی**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۸، شماره ٤.

* درویشی هویدا، یوسف (۱۳۸۷)، **شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)**، رساله دکتری دانشگاه تهران.

* رستمی، محمد و تقی‌پور، بهرام (۱٤۰۲)، «**داوری اختلافات درون‌شرکتی؛ مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و انگلستان**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* ساردوئی‌نسب، محمد و نامدار، سعید (۱٤۰۰)، «**بررسی ویژگی‌های تصمیم کارشناسی در حل و فصل اختلافات صنعت نفت و گاز و نحوه اجرای آن در محاکم قضایی ایران**»، مطالعات حقوق انرژی، دوره۷ ، شماره۱.

* ساردوئی‌نسب، محمد و آقامحمدی، شاهین (۱۳۹٤)، «**بررسی تطبیقی امکان انجام فعالیت‌های تجارتی در قالب شرکت تعاونی با تکیه بر رویکردهای اتحادیه بین‌المللی تعاون (ICA)**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ٦، شماره ۲.

* ساردوئی‌نسب، محمد (۱۳۸۸)، «**نگرشی بر مبانی نظری حقوق تعاون در ایران**»، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵.

* سلیمی، محسن و زارع، مهدی (۱۳۹۵)، «**درآمدی بر میانجی‌گری در اختلافات بازرگانی**»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، دوره ۱۲، شماره ۳۰ .

* شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، **آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته**، جلد سوم، چاپ دوازدهم، تهران: دراک.

* شهبازی‌نیا، مرتضی و جعفری، فیض‌الله و حمیدیان، فاطمه (۱۳۹٦)، «**تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۲۷، شماره ۲.

* شـــیروی، عبدالحســـین (۱۳۹٤)، **داوری تجاری بین‌المللی**، چـــاپ پنجم، تهران: سمت.
* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، چاپ هفتم، تهران: سمت.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۸۸)، «**داوری بر اساس انصاف و داوری با اختیار صلح**»، در: مجموعه مقالات همایش صدمین ســـال تأســـیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام: محمد کاکاوند، تهران: شهر دانش.
* طالب، مهدی (۱۳۹۱)، **اصول و اندیشـــه‌های تعاونی**، چاپ هفتم، تهران: دانشگاه تهران.
* مجتهـــد، داوود (۱۳۸۱)، «**بررســـی علل بروز اختـــلاف و مدیریت تعارض در شرکت‌های تعاونی**»، دانش مدیریت، سال پانزدهم، شماره ۵۷.
* محسنی، حسن (۱۳۸۹)، **اداره جریان دادرسی مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* نظام‌الملکی، جعفر (۱٤۰۱)، «**ارزیابی و امکان‌ســـنجی مطلوبیت مراجع قضایی اســـتثنایی برای رسیدگی به دعاوی و شکایات حقوق مالکیت صنعتی با تأکید بر حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۸.
* نیکبخت، حمیدرضا و ادیب، علی‌اکبر (۱۳۹۵)، «**اصلاح‌گری و میانجی‌گری به‌عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی- تجاری (امکان به‌کارگیری آن‌ها در صنعت نفت)**»، تحقیقات حقوقی، دوره۲۰، شماره ۷۸.
* یوسفی، احمدعلی (۱۳۸۹)، «**بررسی تطبیقی اقتصاد تعاونی با اقتصاد سرمایه‌داری و اقتصاد اسلامی**»، اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷.

ب. انگلیسی

* Błaszczak, Ł. ; Kolber, J. (2013), **"General Principles of Law and Equity as a Basis for Decision-Making in Arbitration"**, Comparative Law Review, Vol. 15

CHUA, Eunice. **The Singapore convention on mediation - A brighter future for Asian dispute resolution.** (2019). Asian Journal of International Law. Research Collection School of Law. Available at:

https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2869.

Herisi, Ahdieh Alipour and Wendy Trachte-Huber. (2019). **"Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention."** American Journal of Mediation, 12.

Schnabel, Timothy. (2019). **"The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements."** Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, vol. 19, no. 1.

Trakman, L. (2008), **"Ex Aequo Et Bono: De-Mystifying An Ancient Concept"**, Chicago Journal of International Law, Vol. 8, 2008; Available At: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cjil8&div=28&id=&page=

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۲۲۴-۱۹۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۹

پابند الکترونیک به عنوان شیوه نوین اجرای کیفر حبس؛ از سیاست تقنینی تا قضایی

شهرام ابراهیمی،[۱] حسین سلطانی‌فرد[۲]

چکیده

نظارت الکترونیکی محکومان به عنوان یکی از روش‌های جایگزین حبس سنتی، در سیاست کیفری ایران جایگاه ویژه‌ای یافته است. اگرچه این شیوه، که نخستین بار در ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی معرفی شد، به دلیل کمبود زیرساخت‌های اجرایی کمتر مورد استفاده قرار می‌گرفت، اما با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و گسترش تدریجی امکانات، به یکی از اولویت‌های نظام کیفری تبدیل شده است. اجرای سنتی مجازات حبس علاوه بر تحمیل هزینه‌های سنگین بر دولت و جامعه، پیامدهای منفی اجتماعی، بهداشتی، اخلاقی و جرم‌شناختی را به دنبال دارد؛ از جمله انزوای اجتماعی زندانیان، گسست خانوادگی و مشکلات بازگشت به جامعه. در راستای کاهش این اثرات و با بهره‌گیری از یافته‌های کیفرشناسی و فناوری‌های نوین، سیاست‌گذاران کیفری با تغییر رویکرد به سمت حبس‌زدایی، استفاده از نظارت الکترونیکی را به عنوان راهکاری مؤثر برای مدیریت زندان و بازاجتماعی‌کردن محکومان پیشنهاد کرده‌اند. مساله اصلی این پژوهش، ارزیابی ظرفیت‌ها و چالش‌های نظارت الکترونیکی در جایگزینی حبس سنتی و تأثیر آن بر سیاست‌های حبس‌زدایی است. یافته‌ها نشان می‌دهد که این روش با کاهش هزینه‌های دولتی، کاهش خشونت مجازات و تسهیل بازاجتماعی‌کردن محکومان، ابزاری مؤثر برای مدیریت زندان و اجرای سیاست حبس‌زدایی محسوب می‌شود. با این حال، موفقیت کامل این رویکرد مستلزم توسعه زیرساخت‌های اجرایی، آموزش قضات و سایر نهادهای مرتبط و تصویب قوانین جامع‌تر برای نظارت الکترونیکی است.

واژگان کلیدی: پابند الکترونیک، فناوری‌های نوین، حبس، سیاست جنایی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
shahram.ebrahimi@gmail.com

۲. دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، مدرس دانشگاه، (نویسنده مسئول)
hsoltanifard@yahoo.com

درآمد

زندان محیطی همراه با تشـــویش برای زندانی و موجبی برای پریشان خاطری خانواده و نزدیکان اوست. حال چنانچه این محیط با افزایش جمعیت کیفری نامتعارف همراه شود، از انجام دو ماموریت اصلی خود، یعنی نگهداری امنِ زندانیان جهت سلب آزادی آمد و شـــد آنان از یک سو و بازپذیرسازی اجتماعی آنان ازسوی دیگر، ناتوان می‌گردد. به همین دلیل، دولت‌ها برای کاســـتن از آسیب ترکش‌های این محیط نسبت به کرامتِ انسانیِ زندانی و افزایش اثربخشی کارکرد کیفر؛ به گونه‌ای که مجازات هم برای بزهکار و بزه‌دیده و هم برای جامعه دارای مفهوم باشـــد و اطمینان جامعه جلب شود، از مدت‌ها پیش به دنبال تغییر دیدگاه حاکم بر زندان بوده‌اند (بولک، ۱۳۸۷: ٤؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹٦: ۱۰۹).

از دهـــه هفتاد میلادی با تغییرگفتمان جهانی حاکم بر محیط زندان، اصلاحاتی به منظور تعدیل و ملایم‌ســـازی شـــرایط محل نگهداری محکومانِ به ســـلب آزادی، ماننـــد پایان قاعده ســـکوت تحکمی، آزادی مکاتبه با محیط بیـــرون، حذف بندهای تحت کنترل شـــدید و ایجاد راهروهای عمومی بـــدون تفکیک بین زندانیان، صورت پذیرفت، اما هم‌زمان زندآن‌ها با افزایش بی‌وقفه جمعیت کیفری مواجه شدند. متولیان سیاســـت جنایی در مواجهه با تورم جمعیت زندان، دو دســـته راهکار پیشنهاد دادند؛ افزایش ظرفیت زندان و ساخت زندآن‌های جدید و توسل به جایگزین‌های زندان که به زندانی اجازه دهد تمام یا بخشـــی از مدت حبس خود را در محیط خارج از زندان سپری کند.

نگهداری تحت مراقبت سامانه‌های الکترونیکی[1] یکی از این جایگزین‌ها است که نســـبت به برخی از جرائم و نیز دســـته‌ای از محکومان جرائم مهم‌تر که بخشی از

۱. منظور یک ابزار الکترونیکی است که با استفاده از آن می‌توان از راه دور، حضور محکوم را در یک مکان معین کنترل کرد. بر اســـاس بند ب ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی این سازکار عبارت است از: نظارت و کنترل فرد تحت مراقبت به صورت مستمر یا دوره‌ای، با استفاده از ابزار و تجهیزات الکترونیکی. نســـل دوم این ابزار اجازه می‌دهد جابه‌جایی محکوم در زمان واقعی را دنبال کرد و موقعیتی که وی در آن قرار دارد را تشـــخیص داد. نســـل جدید که از سال ۲۰۲٤ در برخی از کشورها مانند بلژیک به‌کار گرفته می‌شود، نزدیک شدن به محل حضور بزه‌دیده و نیز مصرف الکل و یا مواد مخدر را هشـــدار خواهد داد. بدین ترتیب، مسئولیت رعایت شرایط را به خود زندانی واگذار کرده اســـت. رونق این فناوری از انتقال یکی از وظایف انحصاری دولت یعنی اجرای کیفر به بخش خصوصی حکایت می‌کند؛ انتقالی که بر کارکرد کیفر نیز تأثیر خواهد گذاشت.

مدت حبس خود را سپری کرده اند، قابلیت اعمال دارد. این سازکار نزدیک به نیم قرن پیش در ایالات متحده آمریکا اجرا شد. در آن زمان، این کشور با انفجار جمعیت زندان مواجه بود؛ انفجاری که نه تنها دامن مؤسسه‌های زندان را گرفت، بلکه محیط خارج از زندان را نیز متأثر ساخت.[۱] به همین دلیل تدبیر نگهداری تحت سامانه‌های الکترونیکی یک راه حل ایده‌آل به نظر رسید؛ زیرا نصب و راه‌اندازی آن آسان بود و هم کم هزینه‌تر.[۲] این تدبیر که اجازه می‌داد مراقبتی مستمر از راه دور بر زندانی انجام شود به دو دغدغه پاسخ می‌داد؛ یکی کاستن از فشار غیر قابل تحمل بر مؤسسه‌های زندان؛ و دیگری آزادی زودهنگام برخی از مجرمان یا اجتناب از اجرای حبس و نظارت مستمر بر این دسته در محیط باز.

نگهداری تحت مراقبت سامانه‌های الکترونیکی به سرعت در سطح اروپا گسترش یافته و با استقبال مدیران زندان مواجه شد؛[۳] هرچند رونق آن به لحاظ تنوع برنامه‌های مورد استفاده، گستره جغرافیایی به‌کارگیری، شیوه مدیریت آن یعنی سازماندهی متمرکز، منطقه‌ای، دولتی یا با مباشرت بخش خصوصی، یکنواخت نبوده و

---

۱. این امر تا حدود زیادی نتیجه برخی قوانین کیفری از جمله قانون سه ضربه است که از بازی بیسبال الهام گرفته است. «هوارد بیکر» که یکی از صاحب‌نظران جامعه‌شناسی تعامل گرا در آمریکاست در مصاحبه‌ای در کتاب نقد عقل جرم‌شناختی بیان می‌دارد اگر چه این سیاست غیر عقلانی به لحاظ جرم‌شناختی کارآمد نبود، اما سودآور بود؛ به طوری که شهرهای کوچک برای ساختن یک زندان در مجاورت خود، مسابقه می‌گذاشتند؛ زیرا معتقد بودند با تعطیلی کارخانه‌ها شهروندان بیکار شدند و تأسیس یک زندان موجب رونق کسب و کار شرکت‌های سازنده و رشد اشتغال می‌گردد. وی اضافه می‌کند سندیکای مراقبان زندان از قدرت بالایی برخوردارند. توضیح این‌که وقتی مدت زمان حبس کاهش می‌یابد از تعداد نیروی مراقب نیز کاسته می‌شود و در نهایت اشتغال کم می‌شود؛ لذا چون در بیشتر شهرها زندان وجود دارد، تغییر سیاست‌های ناظر به آن می‌تواند در نتیجه انتخابات پارلمان موثر واقع شود. این تفکر خود یکی از علل افزایش جرائم و به‌تبع آن، افزایش جمعیت کیفری است. به همین دلیل مدتی است حزب چپ به همراه دانشگاهیان، روزنامه‌نگاران و فعالان مدنی و برخی زیرشاخه‌های حزب راست، نظام عدالت کیفری دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ آمریکا را به دلیل سیاست حبس انبوه نقد می‌کنند. آثار این انتقادها امروزه در حال بروز است؛ به طوری که جمعیت زندان‌ها در این کشور با کاهش بیست و پنج درصدی به پایین‌ترین رقم از سال ۱۹۹۰ رسیده است. این کاهش بعد از آن صورت گرفت که ایالات متحده آمریکا قبول کرد زندان یا بی‌فایده بوده و یا حکم به زندان، ناعادلانه صادر شده است (Amicelle & others, 2015: 36).

۲. ناگفته پیداست ابعاد اقتصادی موضوع را نیز نمی‌توان نادیده انگاشت. به عنوان مثال، هزینه یک روز نگهداری یک زندانی ده برابر هزینه یک روز پابند الکترونیک است. در این خصوص، بنگرید به: Robert, A. G. (2020). La peine de détention à domicile sous surveillance électronique: une fausse bonne idée?. RSC, 3(3), 577-588.

۳. در خصوص استفاده از فناوری‌های نوین در اجرای کیفر حبس، بنگرید به: حکم‌اللهی، ۱۳۹۲.

فراز و نشیب‌هایی داشته است. به طور کلی میزان و سطح استفاده از پابند الکترونیک در کشـــورهای مختلف را می‌توان به چهار دسته تقســـیم کرد: مرحله مطالعه، مرحله اجرای آزمایشی، مرحله تعمیم در کل سرزمین و در نهایت سطح بلوغ استفاده از این سامانه‌ها که به صورت هدفمند جمعیت خاصی را شامل می‌شود.

این مقاله نخست خاستگاه نگهداری تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی در حقوق ایران و نیز دامنه شـــمول و شـــرایط قانونی اعطای آن را تحلیل می‌کند و پس از بررسی ضمانت اجرای نقض دســـتورات و موقعیت قاضی اجرای احکام و امکان اعمـــال این ســـازکار در خصوص حبس بدل از جزای نقـــدی و نیز محکومان مالی، جایگاه این سازکار را در نظام عدالت کیفری ایران ترسیم و تبیین می‌کند.

۱. خاستگاه

قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ طی ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی[1] قرار دادن تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی در جرائم تعزیری از درجه پنج تا هشت را پیش‌بینی و سپس هفت ســـال بعد، در چارچوب ماده ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری،[2] دامنه این ســـازکار را نســـبت به حبس‌های تعزیری درجه دو، ســـه و چهار به شرط گذراندن یک‌چهارم مجازات‌های حبس قابل اعمال توســـعه داد. بدین ترتیب می‌توان از یک‌ســـو، نگهداری تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی موضوع ماده ٦۲ به نحوی که ابتدا در قانون مجازات ۱۳۹۲ پیش‌بینی شد و دادگاه می‌توانست محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشـــخص تحت نظـــارت قرار دهد را به عنوان یـــک کیفر جایگزین حبس[3] در نظر گرفت و از ســـوی دیگر، قانون کاهش مجازات

---

۱. ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی: «در جرائم تعزیری از درجه پنج تا درجه هشت، دادگاه می‌تواند در صورت وجود شـــرایط مقرر در تعویق مراقبتی، محکوم به حبس را بارضایت وی در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت سامانه (سیســـتم)های الکترونیکی قرار دهد. تبصره- دادگاه در صورت لزوم می‌تواند محکوم را تابع تدابیر نظارتی یا دستورهای ذکر شده در تعویق مراقبتی قرار دهد».

۲. مـــاده ۹ قانون مجـــازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹: تبصره ماده (٦۲) قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲/ ۲/۱ با عنوان تبصره (۱) ابقاء و دو تبصره به عنوان تبصره‌های (۲) و (۳) به شرح زیر به آن الحاق می‌شـــود: تبصره ۲- مقررات این ماده در مورد حبس‌های تعزیری درجه دو، درجه ســـه و درجه چهار نیز پس از گذراندن یک‌چهارم مجازات‌های حبس قابل اعمال اســـت؛ تبصره ۳- قوه قضاییه می‌تواند برای اجرای تدابیر نظارتی موضوع این ماده یا سایر مقرراتی که به موجب آن متهم یا محکوم تحت نظارت الکترونیکی قرار می‌گیرد، با نظارت سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور از ظرفیت بخش خصوصی استفاده کند.

۳. مشـــابه این حکم در تبصره ۲ ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی در خصوص نوجوانان وجود دارد.

حبس تعزیری که این سازکار را صرفاً در صورت گذراندن یک‌چهارم مدت حبس در مجازات‌های سنگین‌تر قابل اعمال دانسته است را به عنوان یکی از شیوه‌های اجرای مجازات سالب آزادی تلقی کرد.[1] به نظر می‌رسد قانون‌گذار این سازکار را از حقوق تطبیقی به‌ویژه فرانسه اقتباس کرده است. در حقوق فرانسه، ژیلبرت بُن مزون نماینده حزب سوسیالیست که مأمور تهیه گزارشی در خصوص مدرن‌سازی زندان شده بود، به ضرورت استفاده از این سازکار در مرحله پیشارسیدگی به عنوان جایگزین بازداشت موقت و پسارسیدگی در قالب جایگزین حبس‌های کوتاه‌مدت و تعدیل حبس‌های طولانی‌مدت پرداخت. این سازکار پس از آن در قوانین مختلف پیش‌بینی و تکمیل شد و سپس در شش مرحله مورد اصلاح قرار گرفت تا این‌که در سال ۲۰۱۹، قانون‌گذار آن را به صورت کیفر مستقل در فهرست مجازات جنحه‌ای جای داد و امروزه در تمام فرایند کیفری قابل اجراست. گفتنی است در حقوق فرانسه تا قبل از سال ۲۰۱۹ چند شیوه نگهداری تحت مراقبت سامانه‌های الکترونیکی وجود داشت: نخست، قرار دادن تحت مراقبت الکترونیکی ثابت که در تاریخ ۱۹ دسامبر ۱۹۹۷ به عنوان سازکار تعدیل‌کننده حبس پیش‌بینی شد و طبق آن فرد زندانی ادامه حبس را بر اساس شرایطی که قاضی اجرای مجازات‌ها[2] تعیین می‌نمود در منزل سپری

دادگاه می‌تواند با توجه به وضع متهم و جرم ارتکابی، به جای صدور حکم به نگهداری یا جزای نقدی موضوع بندهای الف تا پ این ماده، به اقامت در منزل در ساعاتی که دادگاه معین می‌کند یا به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت در دو روز آخر هفته حسب مورد برای سه ماه تا پنج سال حکم دهد.

۱. لازم به یادآوری است که «دستورالعمل اجرایی کنترل مجرمان حرفه ای و سابقه دار» مصوب ۱۳۹۷/٤/۲٦ که حاصل تفاهم دادستانی کل کشور و فراجا بوده است، موضوعی متفاوت از موضوع نوشتار حاضر است که در مسیری فراقانونی پیش بینی شده و پرداختن به آن نیازمند نگارش مقاله‌ای جداگانه است که امید است در نوشتار آتی مورد بررسی قرار گیرد.

۲. در فرانسه، در سال ۱۹۵۸ در راستای اندیشه فردی‌سازی کیفر، قاضی اجرای مجازات‌ها پیش‌بینی شد که وظیفه دارد محکوم را داخل و خارج از زندان رصد کند. در بلژیک، « قاضی اجرای مجازات» نسبت به حبس تا سه سال و «دادگاه اجرای مجازات» در ارتباط با حبس بیش از سه سال صلاحیت رسیدگی دارد. این دادگاه با حضور سه عضو تشکیل می‌شود. یک قاضی حرفه‌ای و دو مشاور که یکی از آن‌ها متخصص در حوزه کیفرشناسی است و دیگری در حوزه بازپذیرسازی اجتماعی. تصمیم این دادگاه متعاقب یک جلسه ترافعی اتخاذ می‌گردد که معمولا در زندان و با حضور رئیس زندان تشکیل می‌شود. این دادگاه در صدور رای به این پنج محور توجه می‌کند: نخست، دورنمای بازاجتماعی شدن؛ دوم، احتمال ارتکاب جرم جدید؛ سوم، ریسک برای بزه‌دیده؛ چهارم، نوع رفتار نسبت به بزه‌دیده؛ و پنجم، میزان تلاش برای جبران خسارت. بدین ترتیب این محکمه یک دادگاه بین رشته ای است که جهت گیری اصلی آن بازاجتماعی شدن است. به همین دلیل علاوه بر یک

می‌کرد؛ دوم، قرار دادن تحت نظارت الکترونیکی سیار که در سال ۲۰۰۵ نسبت به مرتکبان تکرار جرم پیش‌بینی شد و سپس به مراقبت‌های تأمینی نیز تعمیم یافت. لذا این تدبیر صرفا یک جایگزین حبس نیست و می‌تواند در چارچوب یک مراقبت اجتماعی قضایی پس از اتمام مدت حبس شروع شود. در واقع این تدبیر نسبت به بزرگسالان محکوم به حبسِ هفت سال و بالاتر که پزشک پس از اتمام حبس، استمرار خطرناکی وی را احراز کند و توسل به این اقدام را اجتناب‌ناپذیر بداند، اعمال می‌شد؛ سوم، حبس در منزل تحت نظارت الکترونیکی که قانون برنامه‌ریزی و اصلاحات دادگستری ۲۰۲۲-۲۰۱۸ [1] آن را ایجاد و جایگزین نوع اول نمود.[2]

در ادبیات جرم‌شناسی و عدالت کیفری، بیشتر نوشتگان منتشر شده در خصوص چگونگی کیفردهی، ناظر به شرایط قانونی تعیین کیفر اولیه توسط دادگاه بدوی است، اما بیشتر نظام‌های حقوقی، نوعی از سیستم تعدیل کیفر پس از تعیین کیفر اولیه و تحمل بخشی از آن را پذیرفته‌اند که بر اساس آن قاضی می‌تواند با توجه به تحولات رفتاری محکوم، مجازات صادره را دستکاری و تعدیل کند.[3] در فرض نخست، نگاه قاضی نسبت به گذشته و عمل ارتکابی محکوم و در حالت دوم متمرکز بر آینده مرتکب و به دنبال بازپذیرسازی اجتماعی اوست. در حقوق فرانسه ابتدا مدل دوم به اجرا در آمد. در این مدل، ابتکار عمل در دست قاضی اجرای احکام و دادستان بود که بر اساس گزارش اداره زندان، تقاضای محکوم و رضایت کسانی که با وی زندگی می‌کردند و نیز بر اساس یک تحقیق قبلی از محل اقامت وی جهت احراز شرایط و بررسی استحقاق، حبس وی را به نگهداری تحت نظارت سامانه‌های

حقوق‌دان، یک جرم شناس و جامعه شناس-روانشناس نیز حضور دارد. یعنی تخصص‌هایی که معمولا قاضی فاقد آن است (Nederlandt, 2021: 33).

1. La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

۲. بر اساس ماده ۱-٤-۱۳۱ قانون مجازات فرانسه، زمانی که مجازات جرم ارتکابی حبس باشد دادگاه می‌تواند به جای زندان، حکم به حبس خانگی تحت مراقبت الکترونیکی، برای مدت پانزده روز تا شش ماه بدون این‌که از مدت حبس تجاوز کند صادر نماید. در این صورت محکوم مکلف است از منزل یا هر مکان دیگری که دادگاه تعیین کرده است خارج نشود و ابزار کنترل و راست‌آزمایی رعایت این تعهدات را همراه خود داشته باشد. وی مجاز نیست در این مدت از محل تعیین شده خارج شود؛ مگر برای انجام یک فعالیت حرفه‌ای، گذراندن یک دوره آموزشی، کارآموزی، درمان بیماری، جست‌وجوی شغل، مشارکت در امور زندگی و خانوادگی و یا هر برنامه بازپذیرسازی.

۳. در حقوق انگلیس از دو اصطلاح Front Door و Backdoor Sentencing استفاده می‌کنند.

الکترونیکی تبدیل می‌نمود. در حقوق ایران، به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بیشتر از مدل نخست الهام گرفته بود تا این‌که قانون کاهش حبس تعزیری به مدل دوم روی آورد.

۲. دامنه شمول[۱]

بر اساس ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی، دادگاه در جرایم تعزیری درجه پنج تا هشت، می‌تواند درصورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی،[۲] محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی قرار دهد. مطابق تبصره همین ماده، دادگاه درصورت لزوم می‌تواند محکوم را تابع تدابیر نظارتی یا دستورهای ذکر شده در تعویق مراقبتی قرار دهد. قانون‌گذار هفت سال بعد، در چارچوب ماده ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری دامنه این سازکار را نسبت به حبس‌های تعزیری درجه دو، سه و چهار به شرط گذراندن یک‌چهارم مجازات‌های حبس قابل اِعمال توسعه داد. با توجه به این‌که بر اساس ماده ٦۵ قانون مجازات اسلامی[۳] در جرائم تعزیری درجه هشت، دادگاه باید به جایگزین حبس حکم دهد، دایره استفاده از این تأسیس عملاً به درجات دو تا هفت محدود می‌شود. از طرفی، ماده ٦۲ به جرائم تعزیری درجه پنج تا هشت یعنی مجازات‌های قانونی اشاره کرده است نه مجازات قضایی و این جرائم به صورت مطلق و بدون رعایت حد نصاب مشمول این تأسیس می‌شوند. در رویه قضایی، در مواردی که فردی جرائم

---

۱. بر اساس ماده ۲ آیین‌نامهٔ اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷/٤/۱۰ افرادی که ممکن است حسب تصمیم مرجع ذی‌صلاح، تحت مراقبت الکترونیکی قرار گیرند شامل موارد زیر می‌باشند:۱- متهمان مشمول بند ج ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری؛ ۲- محکومان مشمول ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی؛ ۳- زندانیان تحت نظام نیمه‌آزادی و شاغل در مراکز حرفه آموزی؛ ٤- افرادی که به موجب قانون یا تصمیم مرجع قضایی تحت مراقبت بوده یا از ورود و خروج از محدوده معینی منع شده‌اند؛ از قبیل مراقبت‌های مذکور در مواد ٤۲ و ٤۳ قانون مجازات اسلامی؛ ۵- سایر موارد پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات.

۲. منظور از فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری، این است که در زمان صدور حکم براساس ماده ٦۲ محکوم نباید از حقوق اجتماعی بر اساس مواد ۲۵ و ۲٦ قانون مجازات اسلامی محروم باشد؛ لذا در فرضی که اساساً محکومیت تعیین شده مؤثر نباشد یا این‌که مدت محرومیت از حقوق اجتماعی تمام شده باشد (حصول اعاده حیثیت) یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، امکان اعمال این نهاد ارفاقی با وجود سایر شرایط وجود دارد.

۳. ماده ٦۵ قانون مجازات اسلامی: مرتکبان جرائم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها سه ماه حبس است به جای حبس به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند.

تعزیری درجه چهار و بالاتر مرتکب شده لیکن دادگاه با اعمال مقررات تخفیف حبس درجه پنج تا هشت برای وی تعیین می‌نماید؛ این محکومیت نه شامل صدر ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی می‌شود و نه شامل تبصره ۲ الحاقی به این ماده؛ لذا در این وضعیت، امکان اعمال ماده ٦٢ و صدور حکم به آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی وجود ندارد، لیکن با توجه به مفاد تبصره ۲ الحاقی و با عنایت به این‌که در حبس‌های درجه دو تا چهار پس از سپری شدن یک‌چهارم از محکومیت امکان اعمال این تأسیس وجود دارد، به طریق اولی در محکومیت درجه پنج تا هشت (ولو این‌که جرم ارتکابی از درجات بالاتر باشد) بدون نیاز به سپری شدن حد نصاب، می‌توان این نهاد ارفاقی را اعمال و در این خصوص حکم صادر نمود. حتی در مورد فردی که جرم تعزیری درجه یک مرتکب شده باشد و با اعمال تخفیف به حبس درجه دو تا چهار محکوم شود نیز با سپری شدن یک‌چهارم از مجازات می‌توان این نهاد را مورد حکم قرار داد.

گفتنی است تبصره ماده ٤٥ اصلاحی قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹٦/۷/۱۲ نیز مانع استفاده از این سازکار نیست. مطابق این تبصره، در مورد جرائم موضوع این قانون که مجازات حبس قانونی بیش از پنج سال دارد در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود جز در مورد مصادیق تبصره ماده ۳۸، مرتکب از تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی به استثنای عفو رهبری مذکور در بند ۱۱ اصل یکصد و دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بهره‌مند نخواهد شد. شیوه نگارش این تبصره که البته خلاف اصل کیفی بودن[1] قوانین کیفری است موجب شده است برخی در امکان استفاده از پابند الکترونیک نسبت به این دسته از مجرمان تردید کنند. باید خاطرنشان ساخت پابند الکترونیک یا آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی نهاد ارفاقی نیست، بلکه شیوه نوین اجرای حبس است و مشمول محدودیت‌های مذکور در این تبصره نمی‌شود و از

۱. یکی از مهم‌ترین ابزارهای حمایت از حقوق شهروندان در برابر تعدیات احتمالی مجریان قانون، اصل کیفی بودن قوانین کیفری است. این اصل بدین معناست که چون قانون کیفری جرم‌انگار است، حقوق و آزادی‌های فردی را محدود می‌کند. لذا قانون کیفری باید کیفی باشد. از جمله مصادیق اصل کیفیت عبارت است از صریح و منجز بودن قوانین کیفری و عدم وجود ابهام در آن‌ها و درج آثاری که قانون کیفری برای فرد به دنبال دارد. در مورد اصل قانونی بودن، بنگرید به: نجفی ابرندآبادی، ۱٤۰۱.

قلمرو مصـــادیق نهادهای ارفـــاقی که در این تبصره اعمال آن‌ها ممنوع شده، خارج می‌باشد. آنچه به صراحت در این تبـــصره ممـــنوع شـــده، حکم به آزادی مشروط اســـت و در برخی حالات نیز تعلیق اجرای مجازات با محدودیـت مواجـه شـده و مدت (دوره) تعلیق نیز بیشتر از جـــرائم عـــادی در نظـر گرفته شـده اسـت. افزون بر ایـــن، در موارد شـک، سـکوت و ابهام باید مطابق با اصـل تفسیر مضـیق قوانین جزایی رفتار نمود تا فراتر از آنچه قانون‌گذار اراده کرده است تصـــمیم گرفته نـشود و صـــرفا به منطوق صریح قانون پای‌بند بود. این تفســیر با اصل قانونی بودن جرم و مجـــازات نیز سازگارتر اســت. اداره کل حقوقی قوه قضاییه به درستی طی نظریه شـــماره ۷/۹۹/۱۳۱٤ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/٦ [۱] همین اســتدلال را تأیید نموده است، اما گاهی اوقات اعمال این ســازِکار در فرض وجـــود محکومیت‌های متعدد نیز با ابهام روبه‌رو می‌شـــود. بدیهی اســـت در فرض وجود محکومیت‌های متعدد، چنانچه عمل فرد مشمول مقررات تعدد جرم باشد باید ابتدا نسبت به تجمیع احکام و صدور حکم واحد اقدام نمود و سپس در خصوص اعمال ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی تصمیم گیری نمود، اما در فرضی که محکومیت‌های متعدد باید به موقع اجرا گذاشـــته شوند، مانند تکرار جرم یا حالاتی که وضعیت مرتکب نه مشمول مقررات تعدد جرم است و نه تکرار؛ اعمال ماده ٦۲ در خصوص یک محکومیت، به سایر محکومیت‌های حبس قابل تســـری نمی‌باشـــد.[۲] حال باید دید در مواردی که بخشی از حکم حبس تعلیق و

---

۱. «باتوجـــه به این‌که اجرای مجازات حبس تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی با هدف مقنن از وضـــع تبصره ماده ٤٥ الحاقی به قانـــون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخـــدر دایر بر حتمیت اجرای مجازات‌ها منافات ندارد، بنابراین اعمال نظام آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی که ناظر به شـــیوه اجرای مجازات حبس اســـت از قلمرو مصادیق نهادهای ارفاقی موضوع تبصره ماده ٤٥ قانون پیش‌گفته خارج است».

۲. نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۱٤۰۰/۱۵۹٦ مورخ ۱٤۰۱/۲/۲٦: قرار دادن محکوم بـــه حبس تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی در محدوده مکانی مشـــخص، طبق ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹، با وجود شرایط مقرر در این ماده و با رضایت محکوم به حبس در هر مورد با دادگاه صادر کننده حکم حبس است؛ بنابراین چنانچه فردی چندین محکومیت به حبس قابل اجرا داشته باشد قرار دادن وی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی در هر محکومیت به حبس، در صورتی است که دادگاه صادر کننده این محکومیت ضمن صدور حکم به حبس یا بر اساس ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرســـی کیفری ۱۳۹۲ نســـبت به اعمال ماده ٦۲ قانون یادشده اقدام کرده باشد؛ لذا اتخاذ چنین تصمیمی و اعمال ماده ٦۲ مذکور در خصوص یک محکومیت به حبس قابل تســـری به سایر محکومیت‌های حبس وی نیست.

بخشـــی قابل اجراســـت (غیرتعلیقی) یا در مواردی که اجرای بخشـــی از محکومیت حبس مشـــمول عفو می‌گردد، ملاک محاسبه برای رعایت یا عدم رعایت حد نصاب در مجازات‌های درجه چهار و بالاتر چیســـت؟ در این خصوص دو دیدگاه در رویه قضایی وجود دارد. مطابق دیدگاه نخست، براساس بند ث الحاقی به ماده ۱۳٤ قانون مجازات اسلامی، آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و عفو در حکم اجرا شمرده شده‌اند. همچنین رأی شماره ۸۲٦ مورخ ۱٤۰۱/۸/۲٤ هیأت عمومی دیوان عالی کشور حتی در خصوص اعمال ماده ٤٥ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر، مبنای محاسبه سابقه محکومیت قطعی مذکور در بند پ ماده یادشده را محکومیت قابل اجرا پس از اعمال نهادهای ارفاقی از جمله عفو یا تخفیف مجازات از ســـوی مقام رهبری دانسته اســـت. با توجه به این‌کـــه در نظر گرفتن صرف مجازات غیـــر معلق یا میزان حبس باقی‌مانده پس از اعمال عفو، با تفسیر مضیق قوانین و هدف قانون‌گذار انطباق بیشتری دارد، این دسته مبنای محاسبه را محکومیت قابل اجرا می‌دانند. عده‌ای دیگر از قضات با مبنا قرار دادن نظریه شـــماره ۷/۱٤۰۱/٤۳ مورخ ۱٤۰۱/٥/۱۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییـــه، ملاک را کل مجازات مقرر در حکـــم می‌دانند. این دیدگاه قابل دفاع به نظر نمی‌رسد؛ یا در جایی که دادگاه هنگام تعیین مجازات صرفاً بخشی از حبسی که برای محکوم در نظر گرفته را مستحق اجراء در قالب نظارت الکترونیک اعلام می‌دارد،کدام یـــک از دو نوع (زندان بســـته و نظارت الکترونیکی) باید بدواً اجراء شـــود؟ اگرچه ممکن است تصور شود بتوان با اخذ وحدت ملاک از شیوه اجرای نظارت الکترونیک در مجازات‌هـــای درجه چهار و بالاتر، بدواً محکوم مجـــازات حبس در زندان خود را گذرانـــده و ســـپس از مزیت نظارت الکترونیک بهره مند گـــردد، اما چون نظارت الکترونیک نوعی از اجرای مجازات اســـت و محکوم با شروع اجرای حکم و پس از گذران مواعد مختلف می‌تواند از نهادهای ارفاقی و تســـهیلات دیگری استفاده نماید که برخی حتی ممکن اســـت منجر به تعلیق یا انتفاء اجرای مابقی مجازات وی گردد، اجرای فوری و مقدم نظارت الکترونیک ضروری است.

۳. شرایط

قانون‌گذار در ماده ٦۲ قانون مجازات اســـلامی به جای تعیین دقیق حد و مرز و مشخص نمودنِ شرایط اســـتفاده از این سازکار، با ذکر عبارت «دادگاه می‌تواند در

صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی، محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت سامانه (سیستم)های الکترونیکی قرار دهد»، به نوعی از مسئولیت خود در این زمینه فرار کرده و به فن ارجاع یا احاله متوسل شده است؛ فنی که اصل «جهل به قانون رافع مسئولیت کیفری نیست» را متزلزل و مخدوش می‌کند. گفتنی است احاله به دو شکل انجام می‌شود: نخست، در متن قانون، مقنن یک قاعده را وضع می‌کند، اما بر خلاف رویه معمول، مجازات آن جرم و قاعده را در همان ماده، بلافاصله پیش‌بینی نمی‌کند و بعد از احصاء جرائم دیگر در پایان متن، ماده مستقلی را به مجازات اختصاص می‌دهد. این یک قاعده خاص است و بدان معناست که اهمیت قواعد کیفری و جرائم پیش‌بینی شده قبلی از نظر مقنن یکسان است. بنا بر اصل قانونی بودن، مجازات در کنار جرم باید مطرح شود و این گونه طرح کردن جرم و مجازات یک روش احاله‌ای برای تعیین مجازات بوده و محل ایراد است؛ روش دوم پیچیده‌تر است؛ بدین ترتیب که در یک متن قانونی، مقنن جرم را تعریف و پیش‌بینی کرده، ولی مجازات و شیوه اجرای آن را در همان ماده تعریف نمی‌کند، بلکه ذیل آن مواد، به ذکر جمله‌ای مانند «مجازات این جرائم، مجازات کلاهبرداری است» یا «مطابق شرایط تعویق مراقبتی» و نظایر آن بسنده می‌کند و قاضی برای مطالعه مجازات، ناچار به مراجعه و مطالعه جرم کلاهبرداری یا شرایط تعویق مراقبتی است. ایراد در جایی شدیدتر است که این دو جرم، از نظر ماهیت ارتباط قابل توجیهی با هم نداشته باشند.

حال منظور از شرایط تعویق مراقبتی چیست؟[1] بهتر این بود که قانون‌گذار از عبارت شرایط تعویق به صورت مطلق استفاده می‌کرد؛ چرا که شرایط عمومی تعویق در ماده ٤٠ قانون مجازات اسلامی آمده است. وجه تمایز تعویق ساده و مراقبتی، امکان تعیین «تدابیر» و «دستورات» از سوی دادگاه است که هر کدام اصطلاحی جداگانه و دارای مفهومی مستقل است. در همین راستا، اداره کل حقوقی قوه قضاییه

---

۱. ماده ٤٠ قانون مجازات اسلامی: «در جرایم موجب تعزیر درجه شش تا هشت دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد: الف- وجود جهات تخفیف؛ ب- پیش‌بینی اصلاح مرتکب؛ پ- جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران؛ ت- فقدان سابقه کیفری مؤثر».

طی نظریه ۷/۱۱/۱۹۱۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۸ [۱] اعلام داشـــته، منظور همان شرایط مقرر در تعویق مراقبتی مذکور در ماده ٤١ و بند ب آن است.

توســـل به شیوه احاله در قانون نویسی به ابهامات متعددی دامن زده است. در ماده ٤٧ قانون مجازات اسلامی صدور حکم و اجرای مجازات در مورد برخی جرائم و شروع به آن‌ها قابل تعویق و تعلیق نیست. حال آیا این استثنائات در مورد ماده ٦٢ همان قانون نیز اعمال می‌شـــود؟ زیرا ماده ٦٢ از شرایط تعویق مراقبتی سخن به میان آورده اســـت. به عبارت دیگر آیا امکان اعمال تأســـیس ماده ٦٢ در خصوص جرائم مذکور در ماده ٤٧ قانون مجازات اســـلامی نیز وجود دارد؟ در این خصوص در رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد. بر اســـاس نظر نخســـت، ماده ٦٢ و تبصره ٢ آن، به جز حبس درجه یک، سایر حبس‌ها را با رعایت حد نصاب شامل می‌گردد و آنچه در صدر ماده ٦٢ قید گردیده است، صرفاً دارا بودن شرایط عمومی تعویق است. در نتیجه جرائم مذکور در ماده ٤٧ نیز با رعایت سایر شرایط مشمول تأسیس ماده ٦٢ می‌شوند و این جرائم صرفاً قابل تعلیق یا تعویق نیستند و مجازات تعیین شده در مورد مرتکب در هر صورت باید اجرا شـــود. آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی نیز یک روش نوین برای اجرای حبس است. در واقع حبس در چارچوب نظارت سامانه‌های الکترونیکی به اجرا در می‌آید؛ برخلاف تعویق و یا تعلیق که ســـلب آزادی به مرحله اجرا نمی‌رســـد. همچنین تأســـیس ماده ٦٢ نهادی جدید اســـت و به‌عکس تعلیق یا تعویق یا آزادی مشـــروط، ارتکاب جرم جدیـــد از علل و موجبات محرومیت از این نهاد نمی‌باشـــد. در اعمال این تأسیس باید بیشتر به شرایط محکوم و جرم ارتکابی و

۱. نظریه مشـــورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه: ۱- مطابق ماده ٦٢ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ شـــرایط مقرر برای برخورداری محکـــوم به حبس از نظام آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکـــی همان شـــرایط مقرر در تعویق مراقبتی مذکور در مـــواد ٤٠ و بند ب ماده ٤١ این قانون اســـت و موافقت دادســـتان یا قاضی اجرای احکام کیفری جزء آن شـــرایط نیست و ماده ٥٥٣ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز بر لزوم موافقت دادســـتان یا قاضـــی اجرای احکام کیفری جهت اعمال نظام آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکـــی دلالت ندارد؛ ۲- با عنایت به منفی بودن پاســـخ سؤال اول، پاسخ سؤال دوم سالبه به انتفاء موضوع است؛ ۳- با عنایت به ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تشخیص وجود و تحقق یا عدم تحقق شرایط مقرر برای برخورداری محکوم به حبس از نظام آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی با دادگاه است؛ بنابراین دادستان یا قاضی اجرای احکام کیفری موظف اســـت تقاضای محکوم را جهت برخورداری از نظام موصوف به دادگاه ارســـال کند؛ مضافاً این‌که دادســـتان یا قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند نظر خود را به دادگاه ارسال کنند.

حالت خطرناک فرد توجه شود. تفسیر به نفع محکوم نیز اقتضای پذیرش این نظر را دارد. قانون‌گـــذار در ماده ٤٧ در مقـــام بیان بوده لیکن به ممنوعیت اعمال ماده ٦٢ در خصوص این جرائم اشـــاره نکرده است. بسیاری از مصادیق جرائم درجه دو تا چهار که مشمول پابند می‌باشد، شـــدت و خطر بیشتری دارند، ولی قانون‌گذار برای اعمال ماده ٦٢، محدودیتی برای آن‌ها قائل نشده است.

طرفداران نظر دوم معتقدند قانون‌گذار با «حکمت» هر ســـه واژه «شـــرایط»، «تعویق» و «مراقبتی» را در ماده ٦٢ به‌کار برده اســـت و هدف او صرفاً اشاره به تعهد مرتکب (بند ب ماده ٤١) یا صرفاً شرایط مذکور در ماده ٤٠ نبوده است. وجود جمیع شـــرایط و فقدان تمام موانع برای این‌که فردی بتواند از تعویق مراقبتی اســـتفاده کند مورد نظر قانون‌گذار بوده اســـت. این دسته معتقدند قانون‌گذار در متن ماده ٦٢ بعد از وجود شرایط تعویق مراقبتی، می‌توانست به «عدم وجود موانع» تصریح کند. در پاسخ می‌توان گفت که لفظ شـــرایط در متن مـــاده ٤٠، بند ب ماده ٤١، ماده ٤٦ و همچنین ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی اعم از وجود شرایط و فقدان موانع است. شاهد مثال این ادعا هم تصریح به فقدان سابقه مؤثر یا غائب نبودن متهم است. در ماده ٤٠ یکی از شرایط، نداشتن سابقه اســـت؛ پس حکم شرایط در این چهار مقررهٔ متصل به هم، می‌تواند مشمول عدم وجود موانع هم باشد. با این استدلال می‌توان گفت سابقهٔ مؤثر، غایب بودن و ممنوعیت ماده ٤٧ جزء موانع می‌باشـــند. بدین ترتیب در پاسخ به گروه اول، ایـــن اعتقاد وجـــود دارد که قانون‌گذار در ماده ٤٧ در مقام بیان نمی‌باشـــد و به بسیاری از مصادیق دیگر مثل شمول یا عدم شمول مرور زمان اشاره‌ای ننموده و ماده ٤٧ در مقام بیان نسبت به کل نهادها و تأسیسات ارفاقی نبوده، بلکه در مقام بیان نسبت به ممنوعیت تعلیق و تعویق می‌باشـــد و نمی‌توان از عدم بیان، چنین مفهومی استنتاج کرد. این دیدگاه با توجه به دلایل پیش‌گفته قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.

ســـوال مهمی که در این زمینه مطرح می‌شـــود این است که آیا اعمال ماده ٦٢ در خصـــوص پابند بعد از صدور حکم قطعی، منوط به معرفی محکوم و حضور وی در زندان می‌باشد. در این خصوص دو دیدگاه بین قضات وجود دارد. عده‌ای بر این باورند که پس از صدور حکم قطعی، دادگاه در صورتی می‌تواند حکم به آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی صادر کند که بر اساس ماده ٥٥٣ قانون آیین دادرسی

کیفری،[1] محکوم به زندان معرفی شده باشد و شورای طبقه‌بندی زندان[2] با درخواست وی موافقت و واحد مددکاری اجتماعی نیز اعمال این نهاد را برای محکوم مناسب بداند و آن را پیشنهاد کند. قائلان به این نظر معتقدند در صورتی که دادگاه قصد استفاده از این تأسیس بدون معرفی محکوم به زندان را داشت، در مقام صدور حکم این کار را انجام می‌داد؛ لذا در فرض قطعی شدن حکم حبس لازم الاجرا، بدون معرفی محکوم به زندان و بدون رعایت تشریفات مذکور در ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری، در عمل اتفاق جدیدی رخ نداده و شرایط جدیدی حادث نشده است تا دادگاه بتواند از این تأسیس استفاده کند؛ بنابراین قاضی اجرای احکام ملزم است محکوم را برای تحمل حبس به زندان معرفی تا مجازات حبس شروع به اجرا و ترتیبات مقرر در ماده ۵۵۳ رعایت شود. اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز طی نظریات متعدد[3] اعلام داشته است چنانچه دادگاه حین صدور حکم، نسبت به اعمال مقررات ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی اقدام نکند، با توجه به اصل قانون‌مندی آیین دادرسی کیفری موضوع ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری، قرار دادن محکوم تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی بعد از صدور حکم قطعی، نیازمند رعایت تشریفات مقرر در ماده ۵۵۳ است و اعمال مقررات این ماده منوط به شروع به اجرای مجازات حبس محکوم خواهد بود.

دسته دوم معتقدند بعد از صدور حکم قطعی، در صورت تقاضای محکوم و

---

۱. ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری: «در جرائم مشمول نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند پس از وصول گزارش شورای طبقه‌بندی زندان و نظریه مددکاران اجتماعی معاونت اجرای احکام کیفری، مبنی بر آن‌که اجرای یک فعالیت شغلی یا حرفه‌ای، آموزشی، حرفه آموزی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی و یا درمان پزشکی، از سوی محکوم علیه در خارج از محیط زندان، در فرایند اصلاح وی و یا جبران ضرر و زیان بزه‌دیده موثر است، به دادگاه صادر کننده حکم، پیشنهاد اجرای نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی را طبق مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی دهد و مطابق تصمیم این دادگاه اقدام کند».

۲. براساس بند ح ماده ٢٤ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی کشور مصوب ۱۴۰۰/۰۲/۲۸ با اصلاحات بعدی پیشنهاد تبدیل مجازات حبس به نظام نیمه آزادی و یا آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، موضوع مواد ٥٦، ۵۷ و ٦۲ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری از جمله وظایف شورای طبقه‌بندی زندان می‌باشد.

۳. نظریه‌های شماره ۷/۱۴۰۰/۱۷۰۵ مورخ ۱۴۰۱/۱/۲۲ و ۷/۱۴۰۰/۵۰۷ مورخ ۱۴۰۰/۵/٦ و ۷/۱۴۰۰/۱۴۰۹ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۳ و شماره ۷/۱۴۰۱/۷۹۱ مورخ ۱۴۰۱/۸/۲۸.

اخذ نظر مثبت واحد مددکاری اجتماعی، بدون معرفی محکوم به زندان، با وجود سایر شـــرایط قانونی، امکان اعمال ماده ٦٢ وجود دارد. ممکن اســـت پس از صدور حکم قطعی، وضعیت یا شـــرایط جدیدی حادث شود و محکوم این تقاضا را بعد از صدور حکم قطعی مطرح و درخواســـت خود را در این خصوص اعلام نماید؛ شـــرایطی که نسبت به این فرد، قبل از صدور حکم قطعی و در زمان انشاء رأی وجود نداشته است؛ بنابراین با اخذ نظر واحد مددکاری اجتماعی، امکان اعمال این تأســـیس وجود دارد؛ ضمن این‌که اخذ نظر شورای طبق بندی زندان منحصر به حالتی است که محکوم در زندان حضور داشته باشد.

به نظر می‌رســـد اســـتدلال دوم به دلیل این‌که با یکی از کارکردهای مهم کیفر یعنی اصلاح و بازپروری (نجفی ابرندآبادی،۱۳۸۷: ۱۳) ســـازگارتر اســـت[1] و نیز از پشتوانه نظری نظریه شرم‌سارســـازی نیز برخوردار است، صائب به نظر می‌رسد و با هدف مورد قانون‌گذار انطباق بیشتری دارد. معرفی محکوم به زندان برای مدت کوتاه، آثاری جز برچســـب‌زنی برای فرد و خانواده او ندارد. برچسب‌زنی فرایندی است که فـــرد در نقط پایانی آن جایگاه و هویت مجرم را کســـب می‌کنـــد.[2] علاوه بر این، در

---

۱. بحث و پرســـش راجع به کارکردهای کیفر به طور کلی و میزان انعکاس آن در سیاســـت جنایی تقنینـــی یا حقوق موضوعه، از طرف فلاســـفه، حقوق‌دانان و جامعه‌شناســـان به حدود قرن هجدهم بازمی‌گردد. انقلاب فکری قرن هجده وتاثیر آن در تلطیف احساسات و عواطف بشری تا حد زیادی به دگرگونی در مبانی و کارکردهای مجازات‌ها کمک کرد. کارکردهای اجتماعی ضمانت اجراها را بر اساس معیارهای مختلف می‌توان دسته‌بندی کرد. نظریه‌های کیفری کلاسیک بین دو کارکرد فایده‌گرا و اخلاقی کیفر تفکیک قائل می‌شدند این نظریه‌ها، ارعاب عام، ارعاب خاص (فردی)، خنثی‌سازی و اصلاح را جزء کارکردهای فایده‌گرا محســـوب و کفاره و تاوان را در دایره کارکردهای اخلاقی لحاظ می‌کردند. مطالعات کیفرشـــناختی پساکلاسیک نیز به سهم خود، در بین کارکردهای فایده‌گرای کیفر، بین پیشگیری عمومی و پیشگیریَ اختصاصی تفکیک قائل شدند. پیشگیری عمومی ناظر به پیشگیری از ارتکاب جرم مجموعه شـــهروندان اســـت. این نوع از پیشـــگیری گاهی از طریق کارکرد آموزشی تربیتی کیفر و گاهی از طریق بازدارندگی ناشـــی از تهدید مجازات محقق می‌شود. به‌عکس پیشگیری اختصاصی به دنبال پیشـــگیری از تکرار جرم از ســـوی افرادی اســـت که قبلاً مرتکب جرم شده‌اند. کارکرد خنثی‌ســـازی و ارعاب فردی و بازاجتماعی شـــدن در همین دایره قرار می‌گیرند. دسته‌بندی دیگری که کمتر شـــناخته شده است، عبارت است از تفکیک بین کارکردهای منفی و مثبت ضمانت اجراهـــای کیفری؛ کارکردهای منفـــی منحصراً در پی دفاع اَز جامعـــه و کارکردهای مثبت، به‌عکس تضمین ارتقاء رعایت قانون کیفری به وســـیله آموزش همه شهروندان از طریق ثبت و لحاظ کیفر در قانون و بازتربیت متهمان.

۲. فرایند برچسب‌زنی به دو شیوه تحقق می‌یابد: نخست، در نتیجهٔ ارتکاب رفتاری که در قانون منع شـــده است؛ دوم، در نتیجهٔ اشـــتباه قضایی یعنی مواردی که نظام عدالت کیفری شخصی را به اشتباه

ماده ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، شـــرط گذراندن بخشـــی از حبس، صرفاً در محکومیت‌های درجه دو تا چهار پیش‌بینی شـــده است و در سایر موارد بدون شروع به اجرای حبس، حتی بعد از صدور حکم قطعی نیز امکان صدور حکم به آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی وجود دارد. اصرار بعضی قضات اجرای احکام مبنی بر این‌که محکوم حتماً باید روانه زندان شود و درخواست خود را از زندان ارائه نماید، یادآور رویه‌ای اســـت که سال‌ها قبل در مورد دادخواست اعسار وجود داشـــت و برخی محاکم، رسیدگی به این موضوع را منوط به معرفی محکوم به زندان می‌دانســـتند. بر اساس رای وحدت رویه شماره ٦٦٣ هیات عمومی دیوان عالی کشـــور برای رسیدگی به درخواســـت محکوم قبل از حبس، منع قانونی وجود ندارد. دادگســـتری استان تهران نیز طی بخشنامه مورخ ۱٤۰۲/۳/۸ بر این نکته تاکید کرد که اعمال ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی منوط به معرفی محکوم به زندان نمی‌باشد.

ناگفته پیداست چنانچه فردی بر اساس حکم دادگاه تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی قرار گرفت، از حقوقی مانند عفو، آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و مرخصی برخوردار می‌شـــود و در این خصـــوص اختلاف نظری وجود ندارد؛ زیرا این فرایند صرفاً ناظر به شیوه اجرای حبس می‌باشد. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز طی نظریه شـــماره ۷/۱٤۰۰/٦٦۷ مورخ ۱٤۰۱/٦/۲۲ [1] بر این موضوع تأکید نموده اســـت. ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷/٤/۱۰ [2] نیز مؤید این نظر می‌باشد.

از جمله شـــرایط دیگر جهت اعمال ماده ٦۲ قانون مجازات اســـلامی، جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران است؛ لذا پرداخت جزای نقدیدر مواردی که جزای نقدی در دادنامه تصریح شـــده است ضروری نیست و دادگاه نمی‌تواند اعمال

دستگیر، محاکمه و مشمول حکم مجازات قرار می‌دهد. البته چند مرحله‌ای بودن رسیدگی‌های کیفری تا حدی موجب کاهش میزان اشتباهات قضایی است، لیکن علاوه بر بزهکاران واقعی، گاه با عده‌ای که بی‌جهت مجرم و منحرف تلقی شده، یعنی بزهکاران کاذب مواجه هستیم.

۱. نظریـــه مشـــورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییـــه: «مطابق ماده ۲۱ آیین‌نامـــه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷/٤/۱۰ رئیس قوه قضاییه «فرد تحت مراقبت الکترونیکی مطابق مقررات از حقوقی «مانند» عفو، آزادی مشروط و مرخصی برخوردار می‌باشد».

۲. ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی: «فرد تحت مراقبت الکترونیکی، مطابق مقررات از حقوقی مانند عفو، آزادی مشروط و مرخصی برخوردار می‌باشد».

این تأسیس را منوط به پرداخت جزای نقدی کند. با توجه به استقلال مفاهیم جزای نقدی از رد مال یا دیه، مراجع قضایی نمی‌توانند با رد درخواست متقاضی به دلیل عدم پرداخت جزای نقدی، دامنهٔ اعمال ماده ٦٢ را محدود کنند. در مواردی که محکومیت به دیه یا رد مال وجود دارد، پرداخت یا برقراری ترتیبات جبران مثل صدور حکم اعسار و تقسیط کفایت می‌کند؛ بنابراین امکان اعمال این نهاد در مورد محکومان به حبس که علاوه بر حبس به جزای نقدی نیز محکوم شده‌اند، بدون پرداخت جزای نقدی نیز وجود دارد.

٤. ضمانت اجرا

ضمانت اجرا معیار کلاسیک قاعده حقوقی و مهم‌ترین رکن آن است. به‌رغم اهمیت این موضوع و حساسیت آن، قانون‌گذار در ماده ٦٢ اشاره‌ای به ضمانت اجرای نقض تکالیف و دستورات آن ننموده است.[1] این بی‌توجهی به سهم خود موجب سرگردانی دادگاه‌ها و واحدهای اجرای احکام کیفری شده است. بر اساس ماده ٢٤ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ١٣٩٧/٤/١٠ واحدهای نظارت الکترونیکی، فرد تحت مراقبت را از طریق سامانه به صورت شبانه‌روزی تحت نظارت قرار داده و چنانچه وی بر خلاف مقررات یا تعهدات اخذ شده رفتار نماید، مراتب توسط مأمور ناظر جهت اتخاذ تصمیم مقتضی حسب مورد به شورای انضباطی زندان یا مقام قضایی ذی‌ربط گزارش می‌شود. ماده ١٥ همین آیین‌نامه نیز مقرر می‌دارد در صورت وجود شرایط اضطراری از قبیل مخاطرات جانی یا حیثیتی که خروج از محدوده مراقبتی ضرورت داشته باشد، فرد تحت مراقبت موظف است در صورت امکان از مرکز کسب تکلیف نماید؛ در غیر این صورت بلافاصله پس از رفع شرایط اضطراری باید مراتب را به مرکز مذکور اعلام نماید. اثبات وضعیت اضطراری و ضرورت خروج فوری، بر عهده مرتکب است و در صورت اثبات، تخلف محسوب نمی‌شود؛ لذا به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت این تصمیم که یک تصمیم قضایی

---

١. بر اساس ماده ١-٤-١٣١ قانون مجازات فرانسه، در صورت عدم رعایت تعهدات، قاضی اجرای مجازات می‌تواند بر اساس شیوه‌های تعیین شده در قانون آیین دادرسی کیفری، موارد مجاز غیبت را محدود کند و یا دستور به سپری کردن باقی‌مانده مدت حبس در زندان دهد. دادگاه همچنین می‌تواند وی را مشمول برخی از تعهدات ماده ٤٤-١٣٢ و ٤٥-١٣٢ قرار دهد». گفتنی است در این دو ماده اخیر در مجموع سی و یک تعهد شبیه تعهدات حین تعویق صدور حکم پیش‌بینی شده است.

محسوب می‌شود، در فرض خروج از محدوده یا ارتکاب جرم جدید، پس از صدور حکم قطعی یا حتی پس از صدور کیفرخواست یا تخطی از دستورات دادگاه، لغو تصمیم قبلی و دستور اجرای محکومیت حبس در زندان، مانعی نداشته باشد. بدین ترتیب، چنانچه دادگاه خروج از محدوده مراقبتی را خارج از شمول ماده ۲۵ آیین‌نامه تشخیص دهد یا محکوم حین اجرا شرایط مقرر را از دست بدهد، عدول از تصمیم قبلی منع قانونی ندارد.[1] گفتنی است با توجه به فقدان متن صریح، برخی از دادگاه‌ها در دادنامه در خصوص ضمانت‌اجریا نقض دستورات، چنین بیان می‌دارند: «چنانچه محکوم بدون مجوز قانونی و به طور غیرضروری از محدوده مکانی مشخص شده خارج گردد و یا از اجرای دستور دادگاه خودداری کند، قاضی اجرا مراتب را جهت اتخاذ تصمیم مناسب و اقدام قانونی به این دادگاه اعلام خواهد نمود» و یا «در صورت عدم تبعیت یا ارتکاب جرم عمدی جدید، موافقت به‌عمل آمده لغو می‌گردد».

با توجه به سکوت قانون، در حال حاضر در فرض عدول دادگاه از تصمیم قبلی، امکان یا عدم امکان طرح درخواست مجدد از سوی محکوم نیز محل اختلاف می‌باشد.

۵. محدوده مکانی

قانون‌گذار در ماده ٦٢ به جای تعیین حد و مرز دقیق قلمرو آمد و شد محکوم، با به‌کار بردن عبارت «دادگاه می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی، محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت قرار دهد»[2] زمینه را برای اختلاف نظر و تشتت آراء فراهم ساخت. به همین دلیل برخی محاکم، محدوده تردد مجاز را قلمرو کل کشور و بعضا محدوده چند استان تعیین نموده‌اند؛ با توجه به اختلافات موجود و به منظور ایجاد رویه واحد در صدور آراء و تأمین هدف قانون‌گذار و امکان نظارت صحیح بر عملکرد محکومان، در تاریخ

---

۱. شایان ذکر است خروج از محدوده مراقبتی، با توجه به تعاریف مذکور در مقررات و آیین‌نامه‌ها در خصوص «زندان» و «بازداشتگاه» مشمول ماده ٥٤٧ قانون مجازات اسلامی کتاب پنجم تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ نمی‌باشد. بر اساس این ماده، هر زندانی که از زندان یا بازداشتگاه فرار نماید به شلاق تا هفتاد و چهار ضربه یا سه تا شش ماه حبس محکوم می‌شود و اگر برای فرار درب زندان را شکسته یا آن را خراب کرده باشد علاوه بر تأمین خسارت وارده، به هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

۲. جهت اطلاع در خصوص استفاده از سامانه‌های نظارت الکترونیکی به عنوان قرار تامین، بنگرید به: پروین، ١٤٠١.

۱۴۰۱/۵/۲۹ دستورالعمل تعیین محدوده مراقبتی محکومان تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی توسط رییس قوه قضاییه تصویب و ابلاغ گردید. بر این اساس، محدوده مراقبتی به درجات یک، دو و سه تعیین و حداکثر شعاع تردد مجاز حسب مورد از دویست تا هزار متر از ساختمان محل سکونت تعیین شد.

براساس ماده ۲ این دستورالعمل، تعیین محدوده با در نظر گرفتن و توجه به شرایطی مانند نوع و کیفیت ارتکاب جرم، سوابق آثار زیان‌بار، خسارت‌های وارده به بزه‌دیده و جامعه و در نظر گرفتن شخصیت و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی فرد تحت مراقبت می‌باشد و طبق تبصره این ماده، در صورت تأیید رفتار تحت مراقبت، با درخواست وی امکان توسعه محدوده مراقبتی حداکثر تا هزار متر وجود دارد. ماده ۳ دستورالعمل برای محکومان به حبس درجه دو و سه و چهار پس از گذراندن یک‌چهارم، محدودیت ویژه‌ای پیش‌بینی و حداکثر محدوده مراقبتی را تا دویست متر در نظر گرفته است. این دستورالعمل در راستای ماده ۲۷ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی از سوی ریاست قوه قضاییه ابلاغ شده است. البته این دستورالعمل، اگر چه به جهت تعیین ضابطه راهگشا می‌باشد، لیکن به دلیل این‌که دامنه توسل به این سازکار را محدود نموده و تا حدودی مخالف اصل فردی‌سازی پاسخ‌های کیفری می‌باشد و در قانون نیز پیش‌بینی نشده، با انتقادهایی مواجه شده است که مناسب است قانون‌گذار با ورود به این موضوع، با رفع ایرادهای وارد بر محدوده مکانی، زمینه استقبال بیشتر قضات از این نهاد را فراهم کند.

٦. نقش و جایگاه دادستان یا قاضی اجرای احکام

قاضی دادگاه در صورت وجود شرایط قانونی، حین صدور حکم می‌تواند این تأسیس ارفاقی را در نظر گیرد و دادستان نیز به عنوان رئیس اجرای احکام باید بر اساس مفاد دادنامه بر فرایند اجرای این تصمیم نظارت کند، اما پس از صدور حکم قطعی، براساس ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری ارائه پیشنهاد از سوی شورای طبقه‌بندی زندان که دادستان رئیس این شورا است، ضروری است. حال سؤال این است که در فرض تقاضای محکوم بعد از صدور حکم قطعی حبس، آیا دادستان یا قاضی اجرای احکام موظف به ارسال این تقاضا به دادگاه است. در این خصوص دو نظر وجود دارد. مطابق نظر نخست، بعد از صدور حکم قطعی، دادستان یا قاضی

اجرای احکام مکلف به بررسی شرایط قانونی می‌باشند و در صورت وجود شرایط قانونی این پیشنهاد را به دادگاه ارسال می‌نمایند و در فرض فقدان شرایط مانند دارا بودن محکومیت مؤثر کیفری، موجبی جهت ارسال به دادگاه وجود ندارد و ارسال پرونده به دادگاه در این فرض کار عبث و بیهوده محسوب می‌شود. این نظر موجب می‌شود درخواست‌های متعدد استفاده از پابند، از فیلتر تصمیمات سخت‌گیرانه اجرای احکام عبور نکند؛ تصمیماتی که نه توجیه می‌شود، نه کتبا به متهم ابلاغ می‌گرد و نه قابل اعتراض است.[1] این تصمیم به دلیل ترافعی نبودنِ شیوه اتخاذ آن، می‌تواند حس ضدیت فرد با جامعه را تقویت و بازگشت قانونمند وی به جامعه را دشوار کند. استدلال مخالف و نظر دوم این است که تشخیص وجود یا عدم وجود و تحقق یا عدم تحقق شرایط برای برخورداری از این تأسیس با دادگاه است و دادستان یا قاضی اجرای احکام باید تقاضا را به دادگاه ارسال کند و حق مخالفت با آن را ندارد. همچنین دادستان یا قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند نظریه خود مبنی بر عدم وجود شرایط را به دادگاه اعلام نماید. بدین ترتیب، مقامات دادسرا در صورت وجود شرایط قانونی، حق اعمال محدودیت ناروا را ندارند. همچنین با توجه به سکوت قانون، به نظر می‌رسد حتی در فرض مخالفت دادگاه برای استفاده محکوم از این نهاد، امکان درخواست مجدد وجود دارد. اضافه می‌شود در موری که دادگاه هم عرض، اعاده دادرسی را وارد ندانسته، با توجه به این‌که معترض حکم قبلی نشده و رأی قبلی به قوت خود باقی است، اظهار نظر در خصوص ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی در صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم محکومیت است؛ نه شعب هم عرض.

---

۱. به عنوان نمونه، در خصوص قاچاق ارز که فرد هم به پنج سال حبس و هم به جزای نقدی درجه یک محکوم شده است و حتی بیش از نیمی از مدت حبس را سپری و تقاضای پابند کرده است، قاضی اجرای احکام با این توجیه که قاچاق ارز جزء جرائم اقتصادی است و به لحاظ وجود مجازات جزای نقدی درجه یک از شمول مقررات نگهداری تحت سامانه‌های الکترونیک موضوع ماده ٦٢ خارج است، از ارسال درخواست وی به دادگاه امتناع می‌کند؛ این در حالی است که رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مورد مجازات جرائمی که طبق قانون جزای آن نسبی است با توجه به حکم مقرر در تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، تعزیر درجه هفت محسوب نموده است. همچنین جرائم اقتصادی خارج از شمول ماده ٦٢ نیستند؛ حال محکوم دربند چگونه این استدلال قاضی اجرای احکام را پاسخ دهد؟

۷. امکان اعمال این تأسیس در مورد حبس بدل از جزای نقدی

بر اساس ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هرگاه بازداشت بدل از جزای نقدی توام با مجازات حبس باشد بازداشت بدل از جزای نقدی از تاریخ اتمام حبس شروع می‌شود که از حداکثر مدت حبس مقرر در قانون برای آن جرم بیشتر نیست و در هر حال مدت بازداشت بدل از جزای نقدی نباید از سه سال تجاوز کند. بدین ترتیب قانون‌گذار بر خلاف سیاست‌های کلان حبس‌زدایی، به طور رسمی حبس بدل از جزای نقدی که خود ابزاری ناخواسته در خدمت افزایش جمعیت کیفری زندان است را به موجب ماده فوق و در بعضی قوانین خاص پذیرفته است؛ بدون این‌که در مورد ماهیت آن شفاف‌سازی کند که آیا مجازات است و یا ابزار اجبار؟ آیا محکوم پس از سپری کردن مدتی از بازداشت بدل، می‌تواند درخواست آزادی مشروط، تعلیق و یا قرار گرفتن تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی را درخواست کند؟ همین عدم شفافیت موجب شده است در خصوص امکان استفاده از پابند الکترونیک نسبت به این نوع از حبس اختلاف نظر ایجاد شود. دسته‌ای بر این اعتقادند که با توجه صراحت ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی، این تأسیس مختص محکومان به حبس است و محکومان به جزای نقدی را شامل نمی‌شود.[1] استدلال دسته دوم این است که با توجه به امکان اعمال این تأسیس در مورد محکومان به حبس، به طریق اولی این سازِکار برای محکومان به جزای نقدی که به علت عجز از پرداخت در حبس باشند نیز قابل اجراست و پذیرش این امر با هدف قانون‌گذار در بخش کلیات و قواعد عمومی تعیین حبس از جمله اصل حبس حداقل[2] و منطق حقوقی هم‌خوانی

---

۱. نظریه شماره ۷/۱٤۰۱/۲۱٤ مورخ ۱٤۰۱/۳/۲۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: «با عنایت به صراحت حکم موضوع ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و بند ۲ ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷/٤/۱۰ رئیس قوه قضاییه، آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی موضوع ماده ٦٢ قانون موصوف، مختص محکومان به حبس است و محکومان به جزای نقدی موضوع ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری از قلمرو شمول ماده مذکور (ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی) خروج موضوعی دارند». نظریه شماره ۷/۱٤۰۱/۱۱۰۲ مورخ ۱٤۰۱/۱۰/۱۷ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز موید این امر است.

۲. بر اساس تبصره ماده ۱۸ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ چنانچه دادگاه در حکم صادره مجازات حبس بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبتنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره علاوه بر موجب مجازات انتظامی درجه چهار، بر اساس رای وحدت رویه شماره ۸۳٤ مورخ ۱٤۰۲/۵/۲٤ هیات عمومی دیوان عالی کشور از جهات تجویز اعاده دادرسی

بیشـــتری دارد. علاوه بر این، زمانی که این تأســـیس برای محکوم به حبس و جزای نقدی به صورت توأمان قابل اعمال است، به طریق اولی برای فردی که صرفاً به علت عجز از پرداخت جزای نقدی در حبس به ســـر می‌برد نیز قابلیت اعمال دارد. البته در مقـــام اعمال باید به حداکثر مدت حبس بدل از جزای نقدی توجه نمود؛ زیرا حداکثر حبس بدل از جزای نقدی، در مورد مرتکبین قاچاق کالا و ارز پانزده سال و در مورد جرائم مواد مخدر ده سال و در سایر جرائم حداکثر سه سال خواهد بود؛[1] لذا با لحاظ این حداکثر محکومان مورد اشـــاره در جرائم قاچاق کالا و ارز و مواد مخدر به مانند محکومان به حبس تعزیری درجه دو تا چهار پس از گذراندن یک‌چهارم مدت حبس بدل، می‌توانند این ســـازکار را تقاضا کنند و مشمولین ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی بلافاصله امکان استفاده از این تاسیس را دارند.

۸. پابند الکترونیک در مورد بدهکاران مالی

به طور کلی در زندان پنج گونه اشخاص نگهداری می‌شوند: متهمان، محکومان به حبس، محکومان به مجازات غیر سالب آزادی که در انتظار اجرای حکم محکومیت خود می‌باشـــند، محکومان به حبس بدل از جزای نقدی و محکومان مالی. محکومان جرائم مالی، بدهکارانی هســـتند که بدون قصد و نیت اقدام مجرمانه یا به دلیل عجز از پرداخـــت دیه یا ناتوانی در رد مال یا ضرر و زیان ناشـــی ازجرم یا به دلیل ناتوانی از اجرای تعهدات مالی، بر خلاف مبانی شـــرعی و تعهـــدات بین‌المللی مبنی بر منع بازداشت بدهکاران مالی معسر برای مدت نامعلومی بخش قابل توجهی از حیات مفید خود را در زندان ســـپری می‌کنند. ناتوانی از اجرای تعهد که بعضا خود در آن نقشی نداشته و به تعبیر جرم‌شناسی آسیب اجتماعی‌شناسی (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۴۰۲: ۱۹) قربانی کوتاهی مدیران، ضعـــف آنان در پیش‌بینی و مدیریت بحران‌های

می‌باشد.

۱. قانون‌گـــذار در تبصره ۲ ماده ۳۱ قانون اصلاح قانون مبـــارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶ مجمع تشـــخیص مصلحت نظام با اصلاحات و الحاقات بعدی، بـــه صراحت حداکثر حبس بدل از جزای نقدی را ده ســـال تعیین کرده است، لیکن تبصره ماده ۸ دســـتورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیـــت کیفری زندان‌ها مصوب ۱۳۹۸ رئیس قوه قضاییه مقرر می‌دارد حکم موضوع مواد ۲۷ و ۲۹ قانون مجازات اسلامی در مورد محکومان به ارتکاب کلیه جرائم از جمله جرائم مرتبط با مواد مخدر و روان‌گردان به اســـتثنای محکومان موضوع ماده ۶۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ جاری می‌باشد.

اقتصادی، تحریم‌ها، بی‌عدالتی‌های اجتماعی و غیره می‌باشند. در این رویکرد، علاوه بـــر جرم، نوع و کیفیـــتِ مدیریت‌ها و تصمیم‌های دولت‌ها، بنگاه‌ها و مؤسســـه‌های اقتصادی، مالی، خدماتی و مانند آن نیز باید بررسی شود، ولی از آن‌جا که این اقدامات جرم‌انگاری نشـــده‌اند و یا اگر جرم‌انگاری شـــده‌اند، کمتر تحت تعقیب، تحقیقات، رسیدگی، محاکمه و مجازات قرار می‌گیرند، در مطالعات جرم‌شناسان وارد نشده‌اند.

گفتنی است ایران به لحاظ عضویت در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹٦٦)[1] به این قاعده ملتزم شده است (ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۸) که هیچ‌کس را نمی‌توان به علت ناتوانی در ایفای تعهدات قراردادی خود زندانی نمود. این قاعده اساســـی که در ماده ۱۱ میثاق درج شـــده اســـت، حقی مطلق و غیر قابل تخطی قلمداد می‌شود. با این حال، مـــاده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌هـــای مالی مصوب ۱۳۹٤ مجمع تشـــخیص مصلحت نظام مقرر می‌دارد «اگر استیفای محکوم‌به از طرق مذکور در این قانـــون ممکن نگردد محکوم‌علیه به تقاضای محکوم‌له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم‌له حبس می‌شود». این ماده در تعارض آشکار با مواد ۲ و ۱۱ میثاق می‌باشد. بدین ترتیب طلبکار با اعمال حق خویش، یعنی بـــه زندان انداختن محکوم مالی، هزینه‌های زیـــادی بر جامعه بار می‌کند. توضیح این که، زندان و زندان‌بانی هزینه و بار مالی دارد و با بازداشـــت بدهکار مالی، هزینه‌های جرم‌شناســـانه، بهداشتی، اخلاقی و سیاســـی نیز بر دولت‌ها، بزه‌کاران و خانواده‌های آنان تحمیل می‌شـــود؛ زیرا امروزه در روابط بین–الملل، پای‌بندی به موازین علمی و انسانی در نهادهای مختلف عدالت کیفری، معیار قضاوت درباره کارنامه آن کشور در باب زمام‌داری است. این پیامدها در پیدایش گفتمان زندان‌زدایی در سطح قوه قضاییه بی‌تاثیر نبوده است. در همین راســـتا رئیس قوه قضاییه از احتمال مجازات جایگزین حبس و جزای نقدی برای بعضی محکومان مالی ســـخن گفتند؛ زیرا حبس به لحاظ طرد و کنار گذاشتن مجرم از اجتماع و آشنا ساختن وی با فرهنگ زندان و نیز وجود مشکلات عدیده اجتماعی، فرهنگی و بهداشتی در آن محیط، همیشه به عنوان آخرین راه حل مطرح بوده است.

با ایـــن وجود ماده ٦۲ قانون مجازات در خصوص قـــرار دادن تحت نظارت

1. The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

سامانه های الکترونیکی نسبت به این دسته سکوت اختیار کرده است؛ در حالی که قرار دادن آن‌ها تحت نظارت این سامانه‌ها، یک تدبیر عدالت ترمیمی است که اجازه می‌دهد این دسته با استفاده از آن بتوانند زمینه و لوازم پرداخت محکومیت‌های خود را با جلب نظر شاکی یا ورثه وی یا کاهش دیون خود و یا جلب کمک‌های مردمی، زمینه رفع خصومت و تنش را فراهم کنند.[1]

بدین سان، در مورد دسته اخیر، زندان به وسیله‌ای برای اجبار به پرداخت بدهی تبدیل شده است؛ این در حالی است که به جای توسل به زندان، باید اخلاق عمومی جامعه تقویت شود تا عدم پرداخت بدهی، در سطح جامعه ضمانت اجراهای اجتماعی اخلاقی قوی داشته باشد و این امر برای خودداری‌کننده از پرداخت بدهی، امری ناپسند تلقی شود و برای او آثار اجتماعی نامطلوب به‌بار آورد. بدین ترتیب اگر چه قانون برخی از مشکلات جامعه را حل می‌کند، ولی باید بیش از هر چیز، اخلاق‌سازی اجتماعی را در اولویت قرار داد و درست‌کاری مالی را به عنوان یک فضلیت معرفی نمود. ناگفته پیداست نظام عدالت کیفری نمی‌تواند کوتاهی نهادهای اجتماعی در انجام رسالت خود را جبران کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۴۰۱: ۸).

---

۱. بر اساس ماده ٤ دستورالعمل نظارت بر زندانیان دارای محکومیت مالی، در مواردی که محکوم‌به تقسیط شده و یا در اجرای تبصره ۱ ماده ۳ قانون مذکور برای محکوم قرار کفالت یا وثیقه صادر گردید، لکن میزان اقساط خارج از توان مالی وی بوده یا قرار تامین نامتناسب صادر شده باشد، روسای کل دادگستری‌ها ضمن نظارت و هماهنگی لازم با قضات مربوط ترتیبی اتخاذ نمایند تا با اعمال اقدامات متناسب از بازداشت محکومان مذکور پیشگیری شود.

برآمد

۱- رفع ایرادها و تعارضات موجـــود و تعیین دقیق محدوده و موازین اعمال نهـــاد نوپای نگهداری تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی در نظام عدالت کیفری ایران ضروری اســـت. با در نظر داشتن تجربه‌های مشـــابه می‌توان پیش‌بینی کرد که ســـپردن امر تفســـیر و رویه‌سازی به دســـت آیین‌نامه‌های اداری و رویه‌های قضایی، موجب نقض غرض قانونگذار، خروج این نهاد تازه تاســـیس از مسیر رشد و تبلور، مهجور شـــدن تدریجی آن و حتی نقض حقوق شـــهروندی آحاد تابعان نظام عدالت کیفری خواهد شد.

۲- با توجه به ایرادات ماهوی و شکلی به ویژه در خصوص تعیین محدوده و تفاسیر مختلف نسبت به موقعیت آن در سیاست جنایی قضایی، پیشنهاد می‌شود ماده قانونی زیر در مقام اصلاح و جایگزینی ماده ٦٢ قانون مجازات اســـلامی به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد:

«در جرائم تعزیری درجه دو تا چهار، پس از گذراندن یک‌چهارم مدت حبس و پس از موافقت شـــورای طبقه‌بندی زندان و قاضی اجرای احکام و در درجات پنج تا هفت بـــدون رعایت حد نصاب با موافقت قاضی اجـــرای احکام، دادگاه می‌تواند در صورت وجود شـــرایط مقرر در ماده ٤٠ قانون مجازات اسلامی، محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشـــخص، تحت نظارت ســـامانه (سیستم)های الکترونیکـــی قرار دهد. در خصوص تمام جرائم مذکور، اعمال این نهاد منوط به اخذ نظر موافق واحد مددکاری اجتماعی است.

تبصره ۱- در جرائم تعزیری درجه پنج تا هفت در صورت شـــروع به اجرای مجازات، موافقت شورای طبقه‌بندی زندان نیز ضروری است.

تبصـــره ۲- در صـــورت مخالفت قاضـــی اجرای احکام یـــا واحد مددکاری اجتماعی، محکوم ظرف پنج روز می‌تواند به این تصمیم اعتراض کند. رســـیدگی به اعتراض در صلاحیت دادگاه صادر کننده رای قطعی است.

تبصره ۳- محکومان جرائم غیر عمد، محکومان مالی و همچنین محکومانی که به علت عجز از پرداخت جزای نقدی در مؤسسه به سر می‌برند نیز بدون رعایت حد نصاب و با لحاظ سایر شرایط فوق می‌توانند از این تأسیس استفاده نمایند.

تبصره ٤- در صورت مخالفت دادگاه با اعمال این نهاد ارفاقی، محکوم حداکثر برای دو مرتبه دیگر می‌تواند اعمال این نهاد را تقاضا نماید.

تبصره ٥- این تأسیس ناظر به شیوه اجرای حبس است و محکومان به آن می‌توانند ازمرخصی آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و عفو مقام رهبری استفاده نمایند؛ لیکن محکوم نمی‌تواند هم‌زمان با این نهاد، از حالت اشتغال یا حرفه‌آموزی برخوردار شود.

تبصره ٦- در راستای امکان نظارت صحیح و تأمین اهداف اجرای این نهاد، محدوده‌های مکانی و شعاع تردد مجاز از ساختمان محل سکونت، توسط قاضی اجرای احکام تعیین می‌شود. در صورت خروج محکوم از محدوده بدون وجود عذر موجه، دادگاه به پیشنهاد قاضی اجرا از تصمیم خود عدول خواهد نمود و اعطای این نهاد مجدد امکان‌پذیر نخواهد بود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۱)، «**بازپروری عادلانه مجرمان**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۳.

* پرویـــن، حبیب (۱٤۰۱)، **نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و انگلستان**، تهران: میزان.

* حکم‌اللهی، امیر (۱۳۹۲)، **تحولات اجرای اقدامات سالب آزادی در پرتو فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات**، پایان‌نامه کارشناســی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

* بولک، برنار (۱۳۸۷)، **کیفرشناســی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم ، ویراست پنجم، تهران: مجد.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۹٦)، «**مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحهٔ قانون مجازات‌های اجتماعی جایگزین زنــدان**»، در: راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان (مجموعه مقالات)، به کوشش: مائده میرشمس شهشهانی، چاپ نخست، تهران: میزان.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حســین (۱٤۰۱)، «**حقوق کیفری آرایی سیاست جنایی در پرتو راهبرد سیاست عمومی**»، در: حقوق کیفری پویا (مجموعه مقاله‌ها در پاسداشت اســتاد دکتر محمدعلی اردبیلی»، به کوشش: نســرین مهرا و امیرحسن نیازپور، چاپ نخست، تهران: میزان.

* نجفی ابرندآبای، علی‌حسین (۱۳۹۸)، «**سیاست جنایی**»، در: دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، به کوشش: امیرحسن نیازپور، چاپ دوم، تهران: میزان.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و هاشم‌بیکی، حمید (۱٤۰۲)، **دانشنامهٔ جرم‌شناسی**، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.

ب. فرانسه

* Amicelle A, Becker H.S, Bigo D, Bonelli L, Brion F, Foucault M, Gordon C, Gouriou F, Lemaire E, Proteau L, Razac O, Salle G, Voruz V, (2015), **Critique de la raison criminologique**, harmattan.

❋ Bouloc, Bernard, **Placement sous surveillance électronique**, RSC 1998 p.587.

❋ Lévy, René, **Placement sous surveillance électronique : mieux évaluer avant d'aller plus loin AJ Pénal**, 2005. 151.

❋ Couvrat, Pierre, **Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique**, RSC 1998. 374.

❋ Seuvic, Jean-François, **Placement sous surveillance électronique pour l'exécution d'une peine privative de liberté**, RSC 1998. 372.

❋ Olivia Nederlandt, **Enquête auprès des tribunaux de l'application des peines en Belgique : que devient le pouvoir judiciaire, et le droit qu'il protège, lorsqu'il franchit la porte des prisons?** in Anne Simon, Jean-Manuel Larralde, (2021) Les frontières de la privation de liberté, mare & martin.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۲۵۲-۲۲۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۲

احضار متهم در مقام مطلع

اسدالله مسعودی مقام،[۱] میلاد امیری[۲]

چکیده

بر اســـاس ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقام تحقیق می‌تواند به تشخیص خود یا معرفی شاکی یا به تقاضای متهم یا حسب اعلام مقامات ذی‌ربط مانندِ دادســـتان یا قاضی دادگاه، شخصی را که حضور یا تحقیق از وی برای روشن‌شـــدن موضوع ضروری اســـت، به عنوان مطلع احضار نماید. با توجه به رویه قضایی ایران، ســـوال مهمی که از این ماده‌قانونی به ذهن متبادر می‌شـــود این اســـت کـــه آیا مقام تحقیق می‌تواند متهم یا مشـــتکی‌عنه را که قرائـــن و دلایلی بر ارتکاب جـــرم علیه وی وجود ندارد یا کفایت نمی‌کند، بـــه عنوان مطلع احضار کند. در رویه قضایی احضار متهم در مقام مطلع متداول بوده و اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه‌های مشـــورتی این رویه را تأیید نموده است، اما دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات با توجه به مقررات فصل ششم بخش دوم قانون آیین دادرسی کیفری، احضار متهم به‌ســـان مطلع را منطبق با دیدگاَه قانون‌گذار ندانسته و تخلف انتظامی محسوب می‌نماید. این نوشـــتار با اِمعان‌نظر به تصمیمات دادســـرای انتظامی قضات، به شیوه تحلیلی و توصیفی، موضوع ا مورد بررسی قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: بازپرس، احضار، متهم، مشتکی‌عنه، مطلع، شاهد.

---

۱. قاضی دیوان عالی کشور، استادیارگروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران. (نویسنده مسئول)
Milad.amiri.m@gmail.com

درآمد

مستفاد از مواد ۹۰ الی ۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری[۱] با شروع تحقیقات مقدماتی، بازپرس[۲] یا مقام تحقیق می‌بایست در جهت جمع‌آوری ادله وقوع جرم اقدامات لازم را انجام دهد. در برخی موارد، مقام قضایی با احضارِ[۳] شاکی یا تحقیق از شهود[۴] و مطلعین[۵] یا تحقیق محلی، دلیل یا دلایلی کافی بر وقوع جرم و احضار متهم[۶] تحصیل نمی‌کند، در نتیجه احضار مشتکی‌عنه[۷] وفق ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری «به‌مثابه متهم» ممکن نمی‌باشد؛ بنابراین جهت گذر از این ممنوعیت، تصمیم می‌گیرد مشتکی‌عنه یا متهم را «به‌مثابه مُطلع» احضار نماید؛[۸] زیرا اظهارات شخص مطلع[۹] علاوه بر گواهی شهود وفق ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی[۱۰] در روشن شدن حقیقت و علم قاضی[۱۱] به عنوان

---

۱. منظور از قانون آیین دادرسی کیفری در این پژوهش، قانون مذکور، مصوب ۱۳۹۲ است.

2. Investigator

3. Invitation

4. Witnesses

5. Informants

6. Accused

7. Complaining

۸. در بسیاری از پرونده‌ها ادله کافی جهت احضار متهم به عنوان متهم وفق ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری وجود دارد، لکن برخی از قضات با تفسیرموسع از دلیل کافی، متهم را به علت نبود دلیل کافی، به مثابه مطلع احضار می‌نمایند؛ این در حالی است که از نظر یکی از نویسندگان، کافی یک مفهوم مشکک یعنی دارای مراتب شدت و ضعف است همانند نور یا ادویه در غذا و هر چند از مرحله شروع تعقیب یک طرف مرحله اجرای مجازات پیش برویم بر شدت آن افزوده می‌شود؛ لذا آنچه برای شروع به تعقیب کافی است (مثلاً ماده ۶۵ یا ۶۷) برای احضار متهم ناکافی است و آنچه برای احضار متهم کافی است (مثلاً شکایت به‌علاوه یک شاهد) برای تفهیم اتهام ناکافی است و آنچه برای تفهیم اتهام ماده ۱۹۵ کافی است (مثلاً شهادت دو شاهد مرد)، ممکن است برای اخذ تامین ماده ۲۱۷ ناکافی باشد و آنچه برای تامین ماده ۲۱۷ کافی است ممکن است برای اخذ آخرین دفاع ماده ۲۶۲ ناکافی باشد (شاهچراغ، ۱۴۰۲: ۷۳).

۹. نظریه مشورتی شماره ۷/۴۰۰/۶۶۰ مورخ ۱۴۰۰/۷/۱۱: «در ادای شهادت و بیان اظهارات مطلع، مباشرت شخص شاهد یا مطلع شرط است؛ بنابراین معرفی وکیل دادگستری منتفی است». هم‌چنین مراجعه شود به نشست قضایی شماره ۹۴۹۰-۱۴۰۱ استان سیستان و بلوچستان/ زاهدان مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۵: اصل پذیرش وکالت از شهود فاقد منع قانونی است؛ مع‌الوصف تحقیقات باید از شخص شاهد و مطلع انجام پذیرد.

۱۰. منظور از قانون مجازات اسلامی در این پژوهش، قانون مذکور مصوب ۱۳۹۲ است.

11. The science of the judge

یکی از ادله اثبات دعوی[۱] مؤثر اســـت. به عبارت دیگر؛ در راستای حق اَدای شهادت و مشارکت شهود در فرایند تحقیقات مقدماتی، قانون‌گذار مشابه چنین حقی را برای اشخاصی که شاهد عینی صحنه جرم بوده؛[۲] ولی شرایط قانونی اَدای شهادت را ندارند فراهم نموده کـــه حداقل به عنوان مطلع، اظهارات آنان اســـتماع گردد؛ بلکه موجب حصول نتیجه مطلوب و تأثیر ضمنی در روند تحقیقات گردد.(مؤذن‌زادگان و اختری، ۱۳۹۷: ۱۱۵) معهذا،نگارنـــدگان این مقاله، در اکثـــر پرونده‌های مطروحه در مراجع قضایی تهران،[۳] احضار متهم به‌سان مطلع را بسیار مشاهده نموده‌اند. سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا مقام تحقیق می‌تواند بدین نحو متهم را در مقام مطلع احضار نماید. پژوهش‌های میدانی و نظری در بین قضات نشـــان دهنده اختلاف نظر بوده و حتی ملاحظه شـــده اســـت برخی از قضات به دلیل احضار متهـــم به‌نام مطلع، تحت تعقیب انتظامی دادسرای انتظامی قضات قرارگرفته و محکوم شده‌اند، اما رویه کماکان ادامه دارد؛[۴] بنابراین تلاش شـــد با نگارش این مقاله، این اختلاف نظر تعدیل شـــود.

---

۱. ماده ۱۶۰ قانون مدنی ایران: ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شـــهادت، قســـامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است.

۲. به تعبیر نگارندگان، مطلع/ مطلعان درجه دوم (شاهد غیرشرعی)

۳. شایان ذکر است این امر صرفاً در دادسراها معمول نبوده است، بلکه بعضاً دادگاه‌ها مستند به ماده ۳۴۱ قانون آیین دادرســـی کیفری با صدور قرارهای رفع نقص و اعاده پرونده به دادســـرا، خطاب به بازپرس یا دادیار تحقیق دستور احضار مشتکی‌عنه در مقام مطلع و تحقیق از وی یا برگزاری مواجهه حضوری صادر می‌نمایند. بازپرس نیز طبق قاعده تبعیت دادســـرا از دادگاه که بر اســـاس نظر غالب قضات و اداره حقوقی قوه قضاییه، یک اصل مسلم و غیر قابل خدشه است، اقدام به احضار می‌نمایند (به نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۳۲۲ مورخ ۱۴۰۰/۳/۳۱ در خصوص اصل تبعیت دادسرا از دادگاه در معیت مراجعه شـــود)؛ در حالی‌که به نظر می‌رسد با وجود اصل مذکور، مقام تحقیق می‌تواند وفق ماده ۶۹ قانون مدیریت خدمات کشـــوری اقدام نماید؛ هر چند که به نظر برخی از نویســـندگان این ماده مربوط به اوامر رؤســـای مافوق در امور اداری اســـت (الهام و برهانی، ۱۴۰۰ : ۱۳۶/۱). در این زمینه نشســـت قضایی استان هرمزگان به شـــماره ۶۹۲۲-۱۳۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۲/۱۹ قابل توجه است: «نظر اکثریت قضات: مرجع بدوی یا تالی می‌بایســـت مراتب دستور خلاف قانون را در ابتدا به اطلاع مرجع عالی برساند و تقاضای ارشاد قضایی نماید و چنانچه مرجع عالی بر تصمیم خود مصمم باشد، مرجع بدوی می‌تواند ضمن اعلام تخلف مرجع عالی به دادســـرای انتظامی قضات، دستورات مرجع عالی را انجام دهد. نظر اقلیت قضات: مرجع بدوی (تالی) می‌بایســـت حسب نظر مرجع عالی موارد خواســـته شده را انجام دهد و مســـئولیتی متوجه او نخواهد بود»؛ معهذا در صورت تبعیت دادسرا از دستور خلاف دادگاه، ملاحظه شده است که قاضی دادسرا و دادگاه (هردو) به عنوان آمر و مأمور به مجازات انتظامی محکوم شده‌اند.

۴. در برخی از موارد، حتی ملاحظه شـــده که مقام قضایی دســـتور احضار متهم در مقام مطلع را به کلانتری و ضابط دادگستری داده است.

در ابتدا مواد قانونی مربوط به احضار مطلع مورد مداقه قرارگرفت. باید ابراز داشت مقررات فصل ششم از بخش دوم قانون آیین دادرسی کیفری می‌تواند شبهه ایجاد نماید. تأمل در مواد مذکور به خصوص ماده ۱۶۸ قانون مذکور به‌خوبی نشان می‌دهد که قاضی تحقیق نمی‌تواند مشتکی‌عنه یا متهم را بدون دلیل کافی به عنوان متهم یا مطلع احضار نماید. در این زمینه نشست‌های قضایی مربوط به موضوع مورد توجه قرارگرفت که اختلاف نظر واضح بود. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌های مشورتی خود به‌وضوح اعلام نموده است که احضار متهم به عنوان مطلع «فاقد اشکال قانونی» است. این نظریه‌های مشورتی[1] با استدلال‌های مذکور در این مقاله صحیح نمی‌باشند و موجب شده‌اند که برخی از قضات با تمسک به این نظریه‌ها متهم یا متهمان را به عنوان مطلع احضار و در نهایت تحت تعقیب انتظامی قرارگیرند. دادسرای انتظامی نیز با علم به نظر اداره حقوقی قوه قضاییه، اقدام قاضی در احضار متهم به عنوان مطلع را موجه نمی‌داند؛ با این حال، در نشست‌های قضایی، برخی هیأت‌های عالی این امر را فاقد وجاهت قانونی و برخی قانونی تلقی نموده‌اند.[2] با این حال امید است این مقاله

---

۱. نظریه مشورتی؛ شماره ۷/۱۴۰۱/۵۳۱ مورخ ۱۴۰۱/۶/۱: مطابق ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بازپرس می‌تواند در کلیه جرائم اعم از قابل‌گذشت یا غیرقابل‌گذشت شخصی را که حضوروتحقیق از وی برای روشن‌شدن موضوع ضروری است، به عنوان مطلع احضار کند؛ بنابراین تحقیق از مشتکی‌عنه که دلایل کافی بر توجه اتهام به وی وجود ندارد به عنوان مطلع و با رعایت حقوق ناظر به تحقیق از مطلعان از قبیل ماده ۲۱۳ قانون یاد شده، فاقد اشکال قانونی است هم‌چنین است نظریه‌های شماره ۷/۱۴۰۱/۲۹۹ مورخ ۱۴۰۱/۴/۸، شماره ۷/۱۴۰۰/۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۶، شماره ۷/۹۸/۴۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۴/۲۵، شماره ۷/۹۸/۱۲۶۰ مورخ ۱۳۹۸/۸/۲۰، شماره ۷/۹۶/۲۵۴۴ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۴، شماره ۷/۹۶/۴۸۷ مورخ ۱۳۹۶/۲/۳۱، شماره ۷/۹۶/۲۲۱۱ مورخ ۱۳۹۶/۹/۱۹، شماره ۷/۹۶/۱۹۶۳ مورخ ۱۳۹۶/۹/۱ و شماره ۷/۹۶/۲۲۵۷ مورخ ۱۳۹۶/۹/۲۲.

۲. نشست قضایی استان گیلان/ شهر شفت مورخ ۱۳۹۷/۹/۱۳ شماره ۶۵۰۲-۱۳۹۸:در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ عناوین متهم، شاکی، مطلع و شاهد دارای معانی خاص خود و مجزای از یکدیگرند و لذا احضار متهم (مشتکی‌عنه) به استناد قانون مزبور به عنوان مطلع به‌صرف این‌که دلیلی برعلیه او وجود ندارد فاقد وجاهت قانونی است؛ بنابراین نظریه اقلیت قضات محترم دادگستری شهرستان شفت استان گیلان، موجه و مورد تأیید است. ضمناً نظریه مشورتی شماره ۳۳۹۷/۹۴/۷ مورخ ۸/۱۲/۱۳۹۴ اداره کل حقوقی این استنتاج را تأیید می‌کند. اکثریت: نظر به مفاد ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری که مطابق آن این اختیار را به بازپرس داده که هر شخصی (از جمله مشتکی‌عنه) حضور و تحقیق از وی را برای روشن‌شدن موضوع ضروری تشخیص دهد برابر مقررات احضار کند در مواردی که دلیل کافی جهت احضار مشتکی‌عنه به عنوان متهم وجود ندارد (مثلاً در زمان وقوع بزه نسبت به شاکی صرفاً شاکی و مشتکی‌عنه حضور داشته‌اند) می‌توان مشتکی‌عنه را به عنوان مطلع احضار کرد و از وی در خصوص شکایت شاکی بدون تفهیم اتهام و رعایت مقررات مربوط به تحقیق از متهم از ایشان تحقیق کرد چنان‌چه اظهارات وی دلالت بر توجه اتهام به او نماید با توجه به مفاد

مسیر دادرسی کیفری را به‌غایت قانون‌گذار نزدیک نموده و اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در ارائه نظریه مشورتی با مضمون سابق الذکرتجدیدنظر نماید. لذا در مبحث اول به بررسی مفهوم مطلع و انواع آن در دادرسی کیفری و در مبحث دوم به بررسی قوانین مربوط به احضار متهم و مطلع پرداخته و در مبحث سوم به آثار احضار متهم به عنوان مطلع پرداخته و در نهایت نتیجه‌گیری می‌شود.

ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری که بیان می‌دارد «تفهیم اتهام به کسی که به عنوان متهم احضار نشده از قبیل شاهد یا مطلع ممنوع است و چنانچه این شخص پس از تحقیق در مظان اتهام قرار گیرد باید طبق مقررات و به عنوان متهم برای وقت دیگر احضار شود» بعداً به عنوان متهم احضار کرد. هم چنین اقرار وی به ارتکاب بزه در مقام مطلع چنان‌چه مقرون به‌واقع باشد اقرار صحیح بوده و می‌توان زمانی که به عنوان متهم احضار شد به عنوان یکی از ادله تفهیم اتهام باشد.

– نظر ابرازی در نشست قضایی استان تهران/ شهر ملارد مورخ ۱۳۹۸/۲/۲۶ شماره ۷۱۱۲–۱۳۹۹: اولاً، طبق اطلاق ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ می‌توان شخصی را که علیه او شکایت مطرح گردیده به عنوان مطلع احضار نمود؛ ثانیاً، طبق ماده ۱۳ قانون مذکور تفهیم اتهام به کسی که به عنوان متهم احضار شده از قبیل شاهد یا مطلع ممنوع است و چنان‌چه این شخص پس از تحقیق در مظان اتهام باشد باید طبق مقررات و به عنوان متهم برای وقت دیگر احضار شود. از کنارهم قرار دادن این ماده و ماده ۱۹۸ قانون مذکور چنین استنباط می‌گردد، زمانی که شاکی علیه شخصی شکایتی را مطرح می‌نماید و دلیل کافی برای توجه اتهام به وی وجود ندارد می‌توان شخص را به عنوان مطلع احضار و پس از اخذ اظهارات ایشان چنان چه ادله، دلالت بر توجه اتهام به ایشان نمود سپس نام‌برده را به عنوان متهم احضار کرد؛ ثالثاً، زمانی که شاکی شکایت بی‌شائبه‌ای را مطرح می‌نماید و ادله حداقلی بر تحقق و انتساب بزه به متهم ارائه شود به‌نحوی‌که ادله ابرازی مطابق ماده ۱۱۸ قانون سابق‌الذکر برای توجه اتهام به متهم کفایت نماید، برای جلوگیری از تضییع حقوق شاکی می‌توان از ظرفیت قانون برای احضار متهم به عنوان مطلع استفاده نمود». نشست قضایی استان سمنان/ شهرسمنان مورخ ۱۳۹۷/۸/۹ شماره ٦٦٣٧–۱۳۹۸: در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ عناوین متهم، شاکی، مطلع و شاهد دارای معانی خاص خود و مجزای از یکدیگرند و لذا احضار متهم (مشتکی‌عنه) به استناد قانون مزبور به عنوان مطلع به‌صرف این‌که دلیلی بر علیه او وجود ندارد، فاقد وجاهت قانونی است. نشست قضایی استان مرکزی/ شهر کمیجان مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۱ شماره ٦٣٧٤–۱۳۹۸: در ماده ١٦٨ قانون آیین دادرسی کیفری که مقررگردیده: (بازپرس نباید بدون دلیل کافی برای توجه اتهام، کسی را به عنوان متهم احضار یا جلب کند)؛ منظور از دلیل کافی در حد احضار متهم است نه ادله محکومیت، چرا که در این ماده دلیل کافی به احضار مربوط می‌شود نه به محکومیت و همچنین ادله محکومیت تنها زمانی کامل می‌شود که دادگاه اظهارات و دفاعیات متهم را نیز استماع نموده باشد. به عبارتی بدون اخذ دفاعیات متهم دلیل محکومیت کافی تلقی نمی‌گردد و صرف ادله اجمالی جهت احضارمتهم کافی است. ۲– احضار متهم به عنوان مطلع در طول روند تحقیقات امکان دارد؛ چرا که ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری تکلیف کرده است که تفهیم اتهام به کسی که به عنوان متهم احضار نشده از قبیل شاهد یا مطلع ممنوع است که از این ماده می‌توان برداشت کرد که احضار متهم به عنوان مطلع امکان دارد – نظر اتفاقی.

۱. مفهوم مطلع

پیرامون مفهوم مطلع، بررسی مواد مرتبط با قوانین سابق و لاحق در حوزه دادرسی کیفری حائز اهمیت است؛ بدین بیان که ماده ۱۳۹ قانون موقت اصول محاکمات جزائی مصوب ۱۲۹۰ مقرر می‌داشت: «مستنطق اشخاصی را که در ضمّ شکایت‌نامه و اخبار نامه اسم برده شده و شخصی را که مدعی‌العموم معین کرده و کسی را که مستنطق می‌داند که از واقعه یا اوضاع و احوال مطلع است برای تحقیق احضار خواهد نمود». ماده ۱٤۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت: «قاضی اشخاصی را که به تشخیص خود یا به معرفی شاکی یا اعلام مقامات ذی‌ربط یا به تقاضای متهم برای روشن‌شدن اتهام لازم بداند، برابر اصول مقرر احضار می‌نماید». ماده ۲۰٤ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «بازپرس به تشخیص خود یا با معرفی شاکی یا به تقاضای متهم و یا حسب اعلام مقامات ذی‌ربط، شخصی که حضور یا تحقیق از وی را برای روشن شدن موضوع ضروری تشخیص دهد، برابر مقررات احضار می‌نماید.[1] در مواد مختلفی از قانون آیین دادرسی کیفری، لفظ مطلع به‌کار رفته است[2] لکن در قانون صریحاً تعریف نشده است. سابقه قانون‌گذار در قانون اصول محاکمات جزایی و آیین دادرسی کیفری مؤید آن است که مطلع، شخصی غیر از طرفین دعوی کیفری است که نسبت به وقوع یا عدم وقوع رفتار مجرمانه یا اوضاع و احوال پیرامونی و مرتبط با آن و هر امر دیگری اطلاع دارد اعم از این‌که آگاهی وی مستند به امور حسی باشد یا نباشد. این تعریف

---

۱. ماده ۱-۱۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه ۲۰۱۲ میلادی مقرر می‌دارد: هر شخصی که درخواست (تقاضانامه) تعقیب اولیه یا درخواست تکمیلی، به اسم نام‌برده می‌شود و تحت بررسی یا اتهام قرار ندارد، فقط می‌تواند به عنوان شاهد همراه با مشاور (مطلع) استماع شود. ماده ۲-۱۱۳ قانون مذکور مقرر می‌دارد: هر شخصی که در شکوائیه یا به عنوان شخص تحت بررسی (متهم) توسط بزه‌دیده به اسم، نام‌برده شود، می‌تواند به عنوان شاهد همراه با مشاور (مطلع) استماع شود. هنگامی که او نزد بازپرس حاضرمی‌شود، در صورتی‌که این عنوان را درخواست کند، الزاماً تحت همین عنوان استماع می‌شود (تدین، ۱۳۹۱: ۱۱۷). جهت بررسی تطبیقی با قانون آیین دادرسی کیفری ایران به ماده ۳۲۳ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ذیل آن توجه نمایید.

۲. مواد ٤۰ و ٤٤ و بند ت ماده ٦۸ و مواد ۷۲ و ۹۷ و ۹۸ و ۱۱۹ و ۱۲۷ و ۲۰۰ و۲۰۱ و ۲۰۲ و تبصره‌های یک و دو ماده ۲۰٤ و مواد ۲۰۵ و ۲۰٦ و ۲۰۷ و ۲۰۸ و ۲۰۹ و ۲۱۰ و ۲۱۱ و ۲۱۲ و تبصره آن و ۲۱۳ و ۲۱٤ و تبصره آن و ۲۱۵ و ۲۱٦ و ۳۲۵ و بند الف ماده ۲۳۸ و ۳۲۰ و تبصره آن و مواد ۳۲۱ و تبصره ۳۲۳ و ۳۷۰ و ٤۱۳ و بند پ ماده ٤۵۱.

شامل شـــاهد[۱] نیز می‌شود. مثلاً آقای الف آپارتمان خود را به شخص ب پیش‌فروش می‌نماید. ســـپس همان آپارتمان را به صورت وکالتی به شـــخص ج می‌فروشـــد. ج شخصی است که از فروش سابق بی‌اطلاع است؛ ولی مقام قضایی برای کشف حقیقت و جمع‌آوری در خصوص اطلاعات ج وی را به عنوان مطلع احضار می‌کند.

در دکترین حقوقی نیز به بررسی مفهوم مطلع پرداخته شده است. از نظر یکی از حقوق‌دانان، مطلع کســـی است که اطلاع او از واقعه محسوسی که رخ داده، ناشی از حس خود او نبوده؛ بلکه به‌واســـطه دیگران علم او قطعی و یا ظنی باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹٦: ٦٥٩)[۲] یا نویســـنده دیگری که مطلع را کسی می‌داند که وقوع جرم را از طریق مشـــاهده یا سایر حواس خود ادراک نکرده، اما اطلاعاتی از وقوع آن دارد (خالقی، ۱۳۹۵: ۲۳۷) یا پژوهشـــگر دیگری که مطلع را شخصی می‌نامد که اطلاعات او مبتنی بر شـــنیده‌ها و مســـموعات اســـت و خود ناظر وقوع جرم و حادثه‌ای نبوده اســـت (زارع کمال‌آباد، ۱۳۹۵: ۱۸) یا مطلعان کسانی هستند که مطالب مفیدی را که در مورد جرائم صورت‌گرفته، ارزش زیادی در کشـــف و رســـیدگی به آن‌ها دارد، در اختیارمراجع ذی‌صلاح قانونی قرارمی‌دهند (باقری‌نژاد، ۱۳۹٤: ۳٤). برخی حقوق‌دانان با تفکیک شـــاهد از مطلع با معیار اِخبار به اوضاع و احوال مســـتقیم و غیر مستقیم با جرم، مطلع را شخصی می‌دانند که از اوضاع و احوالی خبر می‌دهد که رابطه مستقیمی با ارتکاب جرم یا عدم ارتکاب جرم توســـط متهم ندارد و بر اســـاس اطلاعات او به طور معقول نمی‌توان به ارتکاب جرم یا عدم ارتکاب جرم توسط متهم پی برد (ناجی زواره، ۱/۱۳۹۵: ۲۸۰). به نظر می‌رســـد باتوجه به ماده ۱۷٦ قانون مجازات اســـلامی و ماده ۲۱۱ قانون آیین دادرســـی کیفری تخصیص مطلع به امور غیرحســـی وجاهت قانونی ندارد و مطلع می‌تواند شـــخصی باشـــد که از حس خود به واقعه آگاهی یافته

---

۱. شـــاهد کسی است که شهادت بر امری می‌دهد خواه ادای شهادت کرده باشد خواه تحمل شهادت کرده باشد؛ یعنی موضوع مورد شهادت را احساس نموده و اطلاع از آن حاصل کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹٦: ٦٥٨). همچنین جهت بررسی مفهوم حقوقی شاهد به مواد ۱۷٤ تا ۱۷۷ و ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی مراجعه نمایید.

۲. ایشـــان در اثر دیگر خود تحت عنوان وســـیط در ترمینولوژی حقوق مطلع را کسی می‌دانند که از طریق شـــنیدن از این و آن در واقعه‌ای آگاهی پیدا کرده باشـــد؛ نه از حسّ خود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ٦٥٦). به نظر می‌رســـد تعریف ارائه شـــده از مطلع جامع نبوده و فقط مطلع در عنوان مطلع درجه سوم را شامل می‌شود.

اســـت (یعنی شاهد بوده است)، لیکن بنا به دلایل و شـــرایط قانونی وی را نمی‌توان شـــاهد و اظهارات وی را شهادت و واجد اعتبار شرعی و قانونیِ گواهی دانست؛ مثلاً شهادت اطفال غیر ممیز[1] یا ممیز[2] که صحنه جرم را مشاهده کرده و شاهد بوده‌اند؛ ولی به دلیل عدم وجود شرط بلوغ طبق بند الف ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی به عنوان مطلع (درجه دوم) شـــناخته و دعوت می‌شوند و آنچه اظهار می‌نمایند طبق ماده ۱۶۰ قانون مجازات اســـلامی جزء ادله اثبات جرم تلقی نمی‌شود؛ بنابراین به نظر مطلع در معنای مصطلح در قانون آیین دادرسی کیفری هر فردی غیر از متهم است که اطلاعات او (اعم از حسی یا غیر حسی) می‌تواند به مقام قضایی به هر طریقی کمک کند.[3] مطلع می‌تواند شاهد شرعی باشد یا شاهد شرعی نباشد و یا اساساً شاهد نباشد؛ زیرا شاهد نیز یک شـــخص مطلع است. این دسته از افراد که شاهد شرعی محسوب نمی‌شوند، کســـانی هستند که قاضی در پرونده امر، اطلاعات آن‌ها را منبعی برای علم خود قرار می‌دهد و مستند حکم قاضی، علم خواهد بود نه شهادت شهود (پرویزی، ۱۳۸۵: ٦۱).

برخی نویســـندگان شاهد را به چهار گروه تقسیم نموده‌اند: شاهد مخبر، شاهد بزه‌دیده، شـــاهد بزهکار و شاهد مطلع (کاظمی و طهماسبی، ۱۳۹۰: ۳۲– ۳۳). صرف نظر از این که قســـم دوم و سوم بر اســـاس ماده ۱۷٤ قانون مجازات اسلامی صحیح نمی‌باشـــد و طرفین دعوی کیفری اساساً در شمار شـــهود قرار نمی‌گیرند؛[4] قسم اول نیز بر اساس بند ب ماده ٦٤ و قسمت دوم ماده ٦۵ و ماده ۷۲ از قانون آیین دادرسی کیفری صحیح نبوده و مخبری که شـــاهد یا ناظر بر ارتکاب جرم بود، شاهد و اعلام کننده جرم محســـوب می‌شود و در غیر این صورت در شمار قسم چهارم تقسیم‌بندی اشاره شده قرار می‌گیرد. قسم چهارم هم قابل پذیرش نیست؛ زیرا مطلع زیر مجموعه شـــاهد محسوب نمی‌شود؛ بلکه شاهد زیرمجموعه مطلع قرارمی‌گیرد؛ به تعبیر دیگر،

---

۱. ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرســـی کیفری فرانســـه: شهادت اطفال زیر شانزده سال بدون ادای سوگند (به عنوان مطلع) استماع می‌شود.

۲. به مواد ۱۷٦ و ۱۷۷ و ۱۷۹ قانون مجازات اسلامی مراجعه کنید.

۳. در حقوق انگلســـتان در تعریف مطلع آمده‌است: شخصی که اطلاعاتی را در مورد جرائم ارتکابی دیگران، به پلیس ارائه می‌دهد (ابراهیمیان و دیگران، ۱۳۹۰: ۳۵).

٤. ماده ۱۷٤ قانون مجازات اسلامی: شهادت عبارت از اخبار شخصی غیراز طرفین دعوی به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی است.

شـــاهد نوعی مطلع است؛[۱] اگر شـــرایط ماده ۱۷۷ و ۱۸۰ و ۱۸۳ و ۱۸٤ و سایر مواد قانون مجازات اسلامی را داشته باشد، شاهد، مطلع درجه اول[۲] محسوب و در غیر این صورت، مطلع با درجه پایین‌تر (دوم یا ســـوم) تلقی خواهد شد. نص ماده ۲۱۱ قانون آیین دادرســـی کیفری مؤید آن اســـت؛ با این توضیح که قانون‌گذار در ماده مذکور اشـــاره می‌کند در صورتی که شـــاهد (منظور مطلع درجه دوم) یا مطلع (منظور مطلع درجه سوم) واجد شرایط شهادت شرعی (منظور مطلع درجه اول) نباشد، بدون ادای ســـوگند اظهارات او برای اطلاع بیشتر استماع می‌شود؛[۳] بنابراین مطلع نوعی از انواع شـــاهد محسوب نمی‌شود، بلکه شاهد نوعی از انواع مطلع است؛ لذا اگر فردی دارای شـــرایط شرعی شهادت به شـــرح مذکور در ماده ۱۷۵ و ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی باشد «شاهد» و در غیر این صورت «مطلع» نامیده می‌شود (طهماسبی، ۱۳۹۵: ٦۸). در واقع وجود شرایط شرعی شهادت موجب ارتقای درجه مطلع به شاهد شرعی (مطلع درجه اول) می‌شـــود. به همین دلیل در ماده ٦۵۰ از کتـــاب تعزیرات قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۷۵ و ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرســـی کیفری شهادت دروغ[٤] و نه اظهار اطلاعات کذب در مقام مطلع، جرم و واجد مجازات شناخته شده است. البته به نظر می‌رســـد منظور از شهادت در مواد مذکور، شهادت شرعی[۵] به عنوان دلیل اثبات دعوای کیفری (طبق ماده ۱٦۰ قانون مجازات اسلامی) در دادگاه (نه دادسرا یا شورای

---

۱. بر اساس ماده ٤۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه: شخصی که بر طبق وظایف قانونی خود یا به ابتکار خود، اعمال قابل‌تعقیب را به اطلاع دادگســـتری می‌رساند، به عنوان شهادت استماع می‌شود (تدین، ۱۳۹۱: ۲۵۳) یا فراز پایانی ماده ۳۱۰ از قانون مذکور، شهودی که دعوت شده‌اند؛ ولی سوگند یاد نمی‌کنند اظهارات آن‌ها فقط جهت اطلاع استماع می‌شود (همان: ۲۱۲).

۲. در مبحث بعدی انواع مطلع درجه اول تا سوم توضیح داده می‌شود.

۳. با در نظرگرفتن مواد ۲۱۰ و ۲۱۱ از قانون آیین دادرســـی کیفری، ســـوگند یادکردن شاهد و مطلع (درجه اول) که واجد شرایط شهادت شرعی است الزامی است. تصریح به مطلع در عرض شاهد در این دو ماده جدای از سایر مواد قانون آیین دادرسی کیفری با توجه به عدم اشاره مطلع در ماده ۱۷٦ قانون مجازات اســـلامی گویای این است که شاهد را باید نوعی مطلع محسوب نمود و تفکیک میان شاهد و مطلع بدون در نظرگرفتن درجه اطلاع، صحیح نمی‌باشد.

٤. نشســـت قضایی تهران به شـــماره ۷۲۱۰-۱۳۹۹ مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۷: با توجـــه به ماده ٦۵۰ قانون مجازات اســـلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ که تنها برای شـــهادت دروغ مجازات تعیین کرده است و این موضوع با تفســـیر مضیق قوانین کیفری شامل مطلع نمی‌شود، صرف اظهارات کذب شخص مطلع در قوانین جاری جرم شناخته نشده است و این اظهارات اساساً به عنوان دلیل مستقل که مستند صدور حکم باشد قرار نمی‌گیرد.

۵. برای مفهوم شهادت شرعی، بنگرید به: ماده ۱۷۵ قانون مجازات اسلامی.

حل اختلاف) اســـت.[1] در نتیجه تفاوت شهادت شاهد شرعی و اظهار مطلع به میزان اعتبار اِخبار آن‌ها یعنی ارزش اثباتی شهادت است (همان: ٦٨).

۲. انواع مطلع

با توجه به مطالب ســـابق‌الذکر مطلع بر اساس درجه اعتبار و ارزشِ اثباتی به سه نوع تقسیم می‌شود؛ نخست، مطلع – شاهد شرعی (مطلع درجه اول)؛ دوم، مطلع – شاهد غیر شرعی (مطلع درجه دوم)؛ و سوم، مطلع – غیر شاهد (مطلع درجه سوم).

شـــاید از نظر برخی از حقوق‌دانان، نوع دوم و سوم ضروری نبوده و در شمار یک نوع قرار گیرند، لیکن در رد این نظر باید گفت طبق ماده ٦٥ قانون آیین دادرسی کیفری میان ناظر و غیر ناظر تفاوت وجود داشـــته و ناظر (شاهد اعم از شرعی و غیر شـــرعی) اولی بر غیر ناظر اســـت و طبق ماده ۲۱۱ قانون مجازات اســـلامی و تبصره ذیل آن، این تفاوت می‌تواند در علم قاضی مؤثر باشـــد؛[2] لذا به‌نظر تقسیم‌بندی مذکور مطلوب است. در خصوص شـــاهد – بزه‌دیده که مورد توجه برخی نویسندگان قرار گرفته است، اگر بزه‌دیده به هر جهت از اقامه دعوا خودداری نماید[3] در شمار مطلع – شـــاهد غیر شرعی (مطلع درجه دوم) قرار می‌گیرد؛ زیرا چون اقامه دعوا ننموده است و طبق ماده ١٧٤ قانون مجازات اســـلامی طرف دعوا محســـوب نمی‌شود پس شاهد تلقی می‌شود (با این که بزه‌دیده است) و مقنن نیز به شاهد محسوب‌شدن بزه‌دیده در بند ب ماده ٤٥ قانون آیین دادرسی کیفری[4] و مؤثر بودن این شهادت جهت شروع به تحقیق و حتی بازداشـــت متهم توسط ضابطان و دادستان طبق مواد ٤٤ و ٤٦ یا ۷۷ و ۷۸ قانون آیین دادرســـی کیفری اشاره نموده است؛[5] با این حال بزه‌دیده طبق بندهای ج و چ ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی شاهد شرعی تلقی نمی‌شود؛ لذا مطلع درجه

---

۱. جهت ملاحظه نظر مخالف، بنگرید به: نظریه مشـــورتی شـــماره ۷/۱٤۰۰/٤۲۳ مورخ ۱٤۰۰/٤/۲۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

۲. غالباً قضات پس از بیان این‌گونه دلایل در رأی از تعبیر «ارتکاب بزه توســـط متهم نزد این مرجع محرز اســـت» استفاده می‌کنند (عابدی، ۱۳۹۸: ٤۳۷). دلایل مستند به تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی می‌تواند اظهارات مطلع به عنوان اماره قضایی باشد.

۳. عدم شکایت بزه‌دیدگان تحت عنوان عدم گزارش‌دهی بزه‌دیدگان یا عدم شکایت و دادخواهی در بزه‌دیده‌شناسی مورد بحث قرار می‌گیرد (شیری ورنامخواستی، ۱۳۹۷:۱۲۲).

٤. مصداقی از مشهود حکمی است.

۵. ضابطان دادگســـتری می‌توانند در جرائم مشهود، مستقیماً و بدون نیاز به شکایت بزه‌دیده با اعلام اشخاص مطلع و گواهان، فرایند تحقیقات جنایی را آغاز نمایند (شیری ورنامخواستی، ۱۳۹۷:۱۲۱).

دوم اســـت. از طرفی، اطلاع او در جرائم غیرقابل‌گذشت می‌تواند قاضی کیفری را در کشـــف حقیقت و روشن شدن موضوع یاری رســـاند که در این صورت مقام قضایی می‌تواند بزه‌دیده را به عنوان مطلع بر اســـاس ماده ۲۰٤ قانون آیین دادرســـی کیفری احضار کند.[۱] دلیل پذیرش این دیدگاه این است که وی بر اساس ماده ۱۰ قانون مذکور طرف دعوای کیفری محسوب نشده و ممکن است رأساً توسط بازپرس یا به تقاضای مقامات ذی‌ربط (به طور مثال دادســـتان یا دادیار اظهار نظر یا قاضی دادگاه بدوی یا تجدید نظر) برای تحقیق احضار شـــود و بازپرس با اختیار مقرر در تبصره ماده ۲۰٤ قانون آیین دادرســـی کیفری می‌تواند بزه‌دیده را جلب کند، اما بدیهی اســـت که اگر بزه‌دیده وفق ماده ۱۰ قانون پیش‌گفته شـــاکی تلقی و تقاضای تعقیب متهم را بنماید، اعم از این‌که جرم قابل‌گذشت یا غیر قابل گذشت باشد، کسب اطلاع از وی فقط در قالب احضار شخص به عنوان شاکی قابل‌پذیرش است؛ بنابراین بزه‌دیده می‌تواند نه به عنوان شاهد بلکه در مقام مطلع طبق تحلیل فوق، احضار شود. در جرائم منافی عفت به عنف یا ســـازمان‌یافته که بزه‌دیدگان[۲] به هر جهت از اقامه دعوا خودداری می‌نمایند یا در جرائم غیر قابل گذشـــتی که بزه‌دیده به عنوان مثال به دلیل رابطه خویشـــاوندی یا دوســـتی از اقامه دعوا پرهیز می‌نماید، دعوت از بزه‌دیده به عنوان مطلع جایزاست. در نتیجه کســـب اطلاع از بزه‌دیده یا از طریق شکوائیه و احضار به عنوان شاکی یا از طریق احضار به‌سان مطلع درجه دوم میسور است.

در خصوص شـــاهد بزهکار که تلقی اشتباه از این موضوع موجب گردیده که اداره حقوقی و برخی از قضات با تفســـیر ناصواب از مـــاده ۲۰٤ و ۲۱۳ قانون آیین دادرســـی کیفری شخص تحت بررســـی را به عنوان مطلع احضار نمایند، باید اذعان

---

۱. بر خلاف دیدگاه غالب، بزه‌دیده و شـــاکی قابل جلب هستند؛ جلب بزه‌دیده (نه شاکی) به عنوان مطلع در راســـتای ماده ۲۱۳ و تبصره ۱ ماده ۲۰٤ قانون آیین دادرســـی کیفری و جلب شاکی (و بزه دیده) در راستای تبصره ماده ۱۲۵ و ماده ۱۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری امکان‌پذیر است (رزاززاده، ۱۳۹٦: ۹٦-۹۷). البته به نظر می‌رســـد تبصره ماده ۱۲۵ شـــامل شاکی نمی‌شود و صرفاً شامل مباشر، شـــریک و معاون جرم می‌شود؛ زیرا میان شرکت در امر کیفری و مداخله در فرایند رسیدگی کیفری تفاوت وجود دارد (بنگرید به: شاهچراغ، ۱٤۰۲: ٦۱).

۲. منظور از بزه‌دیده، بزه‌دیده مســـتقیم اســـت و نه غیر مســـتقیم؛ چون همه آحاد جامعه غیر مستقیم متضرر جرم هستند (آقایی، ۱٤۰۰: ٤۳؛ خالقی، ۱۳۹۵: ۳۳). در خصوص استثنای بزه‌دیده مستقیم در جرائم منافی عفت و ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری به تبصره ۳ ماده ۱۰۲ قانون یادشده مراجعه نمایید.

داشـــت که در هر حال، متهم و مشـــتکی‌عنه طرف دعوای کیفری هستند. احضار وی تنها به نام متهم میسوراست و مقام قضایی باید به هر طریقی جز کسب اطلاع از او و احضار به‌ســـان مطلع اتخاذ تصمیم نماید. شاید محدود کردن مقام قضایی در احضار متهم و مشـــتکی‌عنه طبق ماده ۱٦۸ قانون آیین دادرســـی کیفری نیل او را به رسیدن به حقیقت دشوار ســـازد؛ لیکن این خواست قانون‌گذاراست که متهم بر خلاف سایر اشـــخاص به‌صِرف شـــکایت حتی به عنوان مطلع، بدون دلیل احضار نشـــود. هدف قانون‌گذار از محدودیت‌های مذکور در مباحث بعد مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ مع‌هذا متهم یا بزهکار در شـــمار انواع مطلع قرار نداشته و دیدگاه برخی نویسندگان که در توجیه آن به عنوان حق اساســـی متهم در مورد مصونیت از خود اتهامی تمسک یافته‌اند (مهدی‌پور، ۱۳۸٤: ۲۰) قابل‌پذیرش نیست.

در مطلع تلقی نشدن متهم می‌توان چنین استدلال کرد:

نخســـت، در صورتی که احضار متهم به عنوان مطلع در دادگستری رایج شود، امنیت و حقوق تمامی شـــهروندان در معرض خطر قرار می‌گیرد. به ویژه آن‌که، طبق تبصره ماده ۲۰٤ قانون آیین دادرســـی کیفری امکان جلب مطلع وجود دارد جلب که پس از احضار و در اجرای هدف احضار صورت می‌گیرد، ناقض آزادی بشـــر است. البته قبل از جلب، احضار نیز مخالف آزادی اســـت؛ زیرا احضار خلاف اصل اســـت، احضار انســـان به دادگاه، آزادی عمل شـــخصی را که احضار شده است سلب می‌کند و محدودیتی برای آزادی او وارد می‌ســـازد. به همیـــن دلیل گفته‌اند احضار به مرجع قضایی چیزی به‌مانند حبس اســـت؛ پس چون آزادی اصل اســـت، ایراد استثنا بر این اصل باید متکی به دلیل قطعی باشـــد (غلام‌پـــور و تدین، ۱۳۹۲: ۱۷۸)؛ لذا تصریح و تأکید بر وجود دلیل کافی یا قطعی برای احضار و جلب متهم در راستای تضمین اصل برائت و رعایت حقوق شهروندی افراد است (رستمی، ۱۳۹۷: ۱۷۳) در صورت شک در نفوذ احضار قاضی، به چنین احضاری نمی‌توان ترتیب اثر داد (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۱: ۳۱).

دوم، متهم بر خلاف سایر افراد از حقوق دفاعی و تکالیفی برخوردار است که مقام قضایی تکلیف به تفهیم حقوق و تکالیف متهم طبق مواد ۵ و ۱۹۰ و ۱۹٤ و ۱۹۵ و ۱۹۷ و ۱۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری دارد که تمامی این موارد با احضار اولیه وی

به‌مثابه مطلع در معرض نقض قرار می‌گیرد.

سوم، اظهارت وی در مقام مطلع نمی‌تواند طبق تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مفید و نوعاً علم‌آور باشد. مثلاً وی در مقام احضار به عنوان مطلع اقرار نماید؛ این اقرار اگر در مرتبه بعد و طبق ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری در مرحله حضور به عنوان متهم مورد انکار قرار گیرد، مسموع است؛ البته این مهم فقط به متهم اختصاص دارد و سایر افراد اگر به عنوان مطلع احضار و اقرار نمایند مفید علم قاضی بوده و می‌تواند مبنای احضار به عنوان متهم قرار گیرد. دلیل اصلی این تحلیل این است که مطلع طرف دعوی محسوب نمی‌شود. بدین ترتیب طبق قانون آیین دادرسی کیفری احضار متهم به عنوان مطلع برای مقام قضایی احضار کننده مفید فایده نخواهد بود. بدیهی است با توجه به ماده ۱٦۸ قانون آیین دادرسی کیفری، نه‌تنها احضار متهم به عنوان مطلع تخلف انتظامی است، بلکه طبق ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری (اصل قانونی بودن رسیدگی کیفری) قاضی یکی از مهم‌ترین اصول دادرسی منصفانه و عادلانه را نقض نموده است؛ زیرا تحقیقات مقدماتی نیز به عنوان سومین مرحله از مراحل دادرسی کیفری با احضار غیر قانونی، وجاهت خود را از دست می‌دهد و علاوه بر آن، حقوق متهم که در مواد ۱ و ۲ قانون آیین دادرسی کیفری تأکید شده است، تضییع می‌شود. در حقوق ایتالیا شیوه تحصیل دلیل می‌بایست منصفانه باشد و در غیر این صورت، ادله تحصیل شده معتبر نیستند. ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری ایتالیا مقررمی‌دارد ادله‌ای که با نقض ممنوعیت‌های قانونی تحصیل شوند، فاقد اعتبار محسوب می‌شود. در این زمینه ماده ۱۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه نیز قابل توجه است که مقرر می‌دارد هنگامی که عدم رعایت تشریفات اساسی پیش‌بینی شده توسط مقررات قانون حاضر یا دیگر مقررات آیین دادرسی کیفری به منافع اصحاب دعوایی که تشریفات راجع به آن‌هاست لطمه وارد آورد، موجب بطلان تحقیقات است. در ادامه ماده ۱۷۲ قانون پیش‌گفته در خصوص اعتبار بخشیدن به تحقیقات باطل بیان می‌کند که اصحاب دعوایی که نسبت به آن‌ها تشریفات اساسی رعایت نشده‌است، می‌توانند از انتفاع از این تشریفات چشم‌پوشی کنند و به دادرسی (یا تحقیقات) جنبه قانونی ببخشند؛ لذا می‌توان معتقد بود، تحقیقات و ادله تحصیل شده از احضار غیر قانونی متهم، می‌تواند معتبر نباشد.

چهارم، مطلع باید ثالث باشـــد، یعنی شـــخصی غیر از شـــاکی و مشتکی‌عنه. به‌عبارت‌دیگر، اگر افراد دخیل در یک پرونده کیفری را به‌مانند یک مثلث فرض شود؛ ضلع اول مشـــتکی‌عنه، ضلع دوم شاکی یا مدعی‌العموم و ضلع سوم شهود، مطلعان و سایرین هستند. به تعبیر دیگر، در فرایند دادرسی کیفری افرادی دخیل هستند[1] که هر یـــک نقش منحصر به فرد خود را دارند و در یک مرحله رســـیدگی امکان جایگزینی نقش‌ها وجود ندارد؛ جز مواردی که مقنن بدان اشـــاره نموده باشد. به‌طور مثال طبق ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرســـی کیفری مطلع یا شـــاهد (شخصی که قبل از احضار در مقام مطلع یا شـــاهد، نقشـــی در پرونده به عنوان شاکی یا متهم ندارد) می تواند نقش متهم را پس از انجام تحقیقات و در احضار ثانویه اکتساب نماید.

پنجم، احضار متهم به‌نام مطلع وفق ماده ۳ و ۹۳ قانون آیین دادرســـی کیفری قاضـــی را در معرض خـــروج از بی‌طرفی قرار می‌دهد؛ در حالـــی که قاضی باید در جمع‌آوری ادله، بین نفع و ضرر متهم فرق نگذارد. برخی قضات بر این اعتقاد هستند که احضار متهم به‌مثابه مطلع در جرائم پنهان[2] ممکن است. به نظر می‌رسد در صورت پذیـــرش این دیدگاه، اســـتثنائاً در جرائم پنهان[3] در صورت فقـــدان ادله کافی جهت احضـــار متهم، بتوان متهم را به عنوان متهم احضار نمود نه به‌نام مطلع؛ زیرا مهم‌ترین اثر این نوع احضار، صیانت از حقوق دفاعی متهم اســـت و متهم نمی‌تواند نقش مطلع را به عنوان یکی از افراد مداخله کننده در رســـیدگی کیفری بپذیرد. هر چند وفق ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری در راستای تضمین رعایت حقوق دفاعی متهم، مطلع می‌تواند با رعایت شـــرایطی نقش متهم را بپذیرد؛ بـــا این وصف که نقش اولیه خود

---

۱. در قانون آیین دادرســـی کیفری باید میان جملات ذیل تفاوت قائل شد: نخست، افراد ذی‌ربط در فرایند دادرسی کیفری (ماده ٦ قانون آیین دادرسی کیفری)؛ دوم، افرادی که در فرایند دادرسی کیفری مداخله دارند (ماده ۷ قانون آیین دادرســـی کیفری)؛ ســـوم، افرادی که در جریان تحقیقات مقدماتی حضور دارند (ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری)؛ چهارم، اشخاصی که در امر کیفری شرکت دارند (تبصره ماده ۱۲۵ قانون آیین دادرســـی کیفری). ســـه جمله اول یکسان هستند و شامل متهم، شاکی، مطلع، شاهد، قاضی، وکیل، ضابط، کارشناس و غیره می‌شود، ولی جمله چهارم دلالت بر افراد مداخله کننده در ارتکاب جرم دارد؛ مانند مباشـــر (مادی) سبب (سبب اقوی، سبب مشارکتی، معاون، مباشر معنوی) و شریک.

۲. منظور از جرائم پنهان، جرائمی است که به نحوی واقع شده‌اند که ادله یا قرینه‌ای جزء اقرار متهم برای کشف آن نمی‌توان یافت. به تعبیری کشف سایر ادله مُحال و غیر ممکن است؛ مثلاً ایراد ضرب و جرح توسط زوج علیه زوجه در واحد آپارتمانی به دور از حضور هر شاهد و یا وجود دوربین.

3. Hidden Crimes

را از دســـت می‌دهد؛ بدین توضیح که متهم در مقام مطلع، نقش سابق خود به عنوان متهم را حفظ می‌کند و مقام قضایی علاوه بر نقش ســـابق، جایگاه جدیدِ موقتِ ثانویه بـــه نام مطلع را به او داده تا غالباً علیه وی ادله‌ای جمع‌آوری نماید و در صورت عدم توفیق، وی را به جایگاه اولیه باز می‌گرداند، اما زمانی که مطلع در مقام متهم احضار می‌شـــود، نقش سابق از او زدوده شده و نقش جدیدِ متهم به وی اعطاء می‌شود؛ زیرا زیـــن پس او در مقام مطلع نیســـت بلکه به مثابه متهم اســـت؛ در حالی که در فرض نخســـت، مشتکی‌عنه نقش متهم و مطلع را به صورت هم‌زمان دارد. این مهم بی‌طرفی قاضی وفق ماده ۳ و ۹۳ قانون آیین دادرســـی کیفری را تحت الشـــعاع قرار می‌دهد؛ زیرا قاضی مکلف اســـت در جمع‌آوری ادله، له (نفع) یا علیه (ضرر) متهم بی‌طرفی را رعایت کند؛ این در حالی اســـت که احضار متهم به عنوان مطلع می‌تواند در اغلب موارد بی‌طرفی را نقض نماید.

ششـــم، مطلع برابر ماده ۲۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری می‌تواند برای حضور خـــود تقاضای هزینه ایاب و ذهاب نماید یا مدعی ضرر و زیان از حیث ترک شـــغل خود شـــود و بر اساس ارزیابی کارشناس شاکی مکلف به پرداخت هزینه است. حال آیا متهم پرونده‌ای که به عنوان مطلع احضار شده است می‌تواند از شاکی خود تقاضای هزینه ایاب و ذهاب نماید؟ پاســـخ قطعاً در فرضی کـــه معتقد به قانونی بودن چنین احضاری باشیم، مثبت است، لیکن از لحاظ منطقی دور از ذهن است؛ زیرا برای آمدن و حضور متهم در مرجع تحقیق و کشـــف حقیقت، شاکی را مکلف به پرداخت هزینه می‌نماییم که قاعدتاً کارشناسی این هزینه نیز برعهده وی است و این موضوع مغایر با فحوای ماده ٦٢ قانون یادشده و غایت مقنن است.

هفتم، برابر ماده ۹۷ قانون آیین دادرســـی کیفری توجه به صِنف اشخاصی که مشـــمول بهره‌مندی از دستورات حمایتی بازپرس می‌شـــوند حائز اهمیت است. این اشـــخاص محدود و محصور به کسانی هستند که در ماده مذکور از آنان نام برده شده است و عبارتند از بزه‌دیده و خانواده او، شاهد و خانواده او، مطلع و خانواده او، اعلام کننده جرم و خانـــواده او و خانواده متهم؛ بنابراین شـــخصِ متهم نمی‌تواند موضوع دستورات حمایتی بازپرس باشد (مهاجری، ۱/۱۳۹۵: ۱۱۷). این ماده نیز قرینه دیگری است که نمی‌توان به متهم جایگاه و نقشِ مطلع را اعطا نمود.

۳. وجوه افتراق انواع مطلع

اهم وجوه افتراق انواع مطلع عبارت است از:

نخست، ارزش اثباتی و قضایی اطلاعات مطلع درجه اول نسبت به سایر درجات متفاوت است؛ بدین توضیح مختصر که اطلاعات مطلع درجه اول، مستند به ماده ۱٦۰ قانون مجازات اسلامی می‌تواند به عنوان دلیل محسوب شود (شهادت شرعی)؛ در حالی که اطلاعات مطلع درجه دوم و سوم، مستند به ماده ۱۷٦ قانون مجازات اسلامی و ماده ۲۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری می‌تواند به عنوان اماره قضایی، مستند علم قاضی قرار گیرد. به‌سخن دیگر، شهادت شرعی «موضوعیت» دارد و اظهارات مطلع «طریقت» دارد یعنی اظهارات مطلع طریقی برای کشف واقع و تحصیل علم است (ناجی زواره، ۱/۱۳۹۵: ۲۸۲).

دوم، صِرف اظهارات مطلع درجه اول و دوم (شاهد اعم از شرعی یا غیرشرعی) مستند به قسمت اول ماده ٦۵ قانون آیین دادرسی کیفری برای شروع به تعقیب، کافی است، لیکن صِرف اظهارت مطلع درجه سوم مستند به قسمت دوم ماده مذکور برای شروع به تعقیب کافی نیست.

سوم، مستند به تبصره ۲ ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری اعطای نیابت قضایی نسبت به مطلع درجه اول (شاهد شرعی) در صورتی که تنها مستند رای دادگاه باشد، امکان‌پذیر نیست، اما اعطای نیابت قضایی نسبت به مطلع درجه دوم و سوم طبق صدر ماده ۱۱۹ قانون یاد شده حتی اگر تنها مستند علم قاضی باشد بلامانع است.

چهارم، مستند به ماده ٦۵۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اظهار اطلاعات کذب از سوی مطلع درجه اول در دادگاه واجد وصف مجرمانه است؛ در حالی که اظهار اطلاعات کذب از سوی مطلع درجه دوم و سوم فاقد وصف مجرمانه است.

پنجم، مستند به مواد ۲۱۰ و ۲۱۱ و ۳۲۳ قانون آیین دادرسی کیفری مقام قضایی باید مطلع درجه اول را سوگند دهد،[1] ولی این الزام را نسبت به مطلع درجه

---

۱. نظر فقهی شورای نگهبان : چنانچه شاهد واجد شرایط شرعی شهادت باشد، در صورت عدم ادای سوگند نیز، شهادت وی معتبراست (قانون آیین دادرسی کیفری در پرتو نظرات شورای نگهبان، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۸٦). به تعبیر دیگر، از درجه و ارزش اثباتی شهادت شرعی کاسته نمی‌شود.

دوم و سوم وجود ندارد.

٤. تحلیل قوانین مرتبط با احضار متهم و مطلع

نخســـت، ماده ١٦٨ قانون آیین دادرســـی کیفری مقرر می‌دارد: «بازپرس نباید بدون دلیل کافی برای توجه اتهام، کســـی را به عنوان متهم احضار و یا جلب نماید». منهی‌عنه در این عبارت، احضار یا جلب متهم بدون دلیل کافی اســـت. اولین تفســـیر این اســـت که قانون‌گذار احضار مشتکی‌عنه به عنوان متهم را نهی نموده؛ لذا احضار مشتکی‌عنه به عنوان دیگر مثلاً مطلع بلامانع می‌باشد. دومین تفسیر این است که ناهی احضار مشـــتکی‌عنه را به عنوان متهم نهی نموده‌است؛ لذا احضار مشتکی‌عنه به عنوان مشـــتکی‌عنه یا مظنون که در مرحله‌ای کمتر از متهم و بعـــد از تفهیم اتهام قرار دارد بلامانع است.

در جهت رد تفســـیر اول باید اذعان داشت که مشتکی‌عنه یا متهم جزء طرفین دعوای کیفری محســـوب و مطلع شخصی غیر از طرفین دعوی است که در خصوص مسائل پیرامونی جرم دارای اِخباری است؛ بنابراین احضار مشتکی‌عنه به عنوان مطلع، حرام و ممنوع اســـت. در جهت رد تفســـیر دوم باید تأکید نمود که با عنایت به مواد قانون آیین دادرســـی کیفری، قانون‌گذار میان متهم، مشتکی‌عنه، شخص تحت نظر یا تحت بررسی تفاوتی قائل نیست؛[1] مثلاً در ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری از لفظ متهم قبل از تفهیم اتهام بهره جسته است. در این مجال اشاره به ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرســـی کیفری فرانسه مفید است. وفق ماده مذکور، اشخاصی که علیه آن‌ها امارات قوی و منســـجم مبنی بر شرکت در اعمالی که قاضی به آن‌ها رسیدگی می‌کند وجود

---

۱. نظریه مشـــورتی شـــماره ۷/۹۸/۵٦۳ مـــورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۸: اگرچه در ادبیـــات حقوقی اصطلاح «مشتکی‌عنه» متفاوت از اصطلاح «متهم» است؛ با این توضیح که به‌محض اقامه شکایت علیه شخص، عنوان مشـــتکی‌عنه بر وی بار می‌شود و ســـپس چنانچه دلایل مکفی بر انتساب اتهام به دست آمد و بعد از تفهیم اتهام، به‌کارگیری عنوان «متهم» برای وی قابل‌توجیه اســـت، اما قانون‌گذار در موادی از قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ فارغ از این تفاوت، به دنبال تبیین حقوق شـــخصی است که در معرض شـــکایت قرارگرفته یا علیه او اعلام جرم شـــده اســـت و از جمله در مواد ٤٨ و ٤٩ به شـــخصی که در ابتدا توســـط ضابط تحت نظر قرار گرفته، عنوان «متهم» بارکرده و در ماده ٤٨ برای وی حق تقاضای حضور وکیل را مقرر کرده است. ازاین‌رو به محض اقامه دعوای کیفری (شکایت) علیه شـــخص (مشتکی‌عنه) یا اعلام جرم نســـبت به وی، وفق ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ حق همراه داشـــتن یک نفر وکیل را در مراجع انتظامی خواهد داشـــت و هم‌چنین می‌تواند از حق دسترسی به اوراق پرونده موضوع ماده ۱۹۱ همین قانون با رعایت شرایط قانونی بهره‌مند شود.

دارد، نمی‌توانند به عنوان شـــاهد یا مطلع) استماع شوند. به عبارت دیگر، بازجویی از متهم به نام شـــاهد و یا مطلع ممنوع است؛ چنان‌که بازجویی از شاهد به نام متهم نیز وفق ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرســـی کیفری صحیح نمی‌باشد (انصاری، ۱۳۹۰: ٤٠٥ و ٤٠٧)؛ زیرا با توجه به تفســـیر تاریخی این ماده در فرانســـه، این شیوه به ازاله حقوق دفاعی متهم منتهی خواهد شد.

دوم، ماده ۲۰٤ قانون آیین دادرســـی کیفری تصریح دارد: بازپرس به تشخیص خود یا با معرفی شاکی یا به تقاضای متهم و یا حسب اعلام مقامات ذی‌ربط، شخصی کـــه حضور یا تحقیق از وی را برای روشن‌شـــدن موضوع ضروری تشـــخیص دهد، برابر مقررات احضار می‌کند. شـــخصی که به موجب متن ماده احضار می‌شود شاهد یـــا مطلع نـــام دارد (خالقی، ۱۳۹۵: ۲۳۷). از این ماده می‌توان دو تفســـیر ارائه نمود؛ اولین تفســـیر این است بازپرس طبق این ماده می‌تواند هر شخصی حتی متهم را برای کشـــف حقیقت به عنوان مطلع احضار نماید. دومین تفســـیر این است که بازپرس نه هر شـــخصی، بلکه شخصی غیر از شاکی و متهم را می‌تواند به عنوان ثالث در پرونده تحت عنوان مطلع احضار نماید. جهت رد تفســـیر اول باید به لفظ شـــاکی و متهم در ماده مذکور توجه دقیقی داشـــت. در این صورت مطلع نمی‌تواند شاکی و متهم باشد. این تفسیر قابل پذیرش است.

ســـوم، ماده ۲۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری حکم می‌کند: بازپرس از هر یک از شـــهود و مطلعان جداگانه و بدون حضور متهم تحقیق می‌کند و منشـــی اطلاعات ایشـــان را ثبت می‌کند و به امضا یا اثر انگشت آنان می‌رساند. تحقیق مجدد از شهود و مطلعان در مـــوارد ضرورت یا مواجهه آنان بلامانع اســـت. دلیل ضرورت باید در صورت‌مجلس قید شود.

در تفســـیر این ماده باید اذعان داشـــت که لزوماً شاهد و مطلع شخصی غیر از متهم است؛ اعم از این که متهم شناسایی شده یا شناسایی نشده باشد و در هر صورت می‌بایســـت از مطلع به عنوان شخص بی‌طرف و بدون حضور متهم در برابر او از وی تحقیق نمود؛ لذا اگر قائل به این دیدگاه باشـــیم که متهم می‌تواند مطلع باشـــد، فلسفه تقنینی این ماده زائل می‌شود.

چهارم، ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرســـی کیفری مقرر می‌دارد: بازپرس پیش از

شروع به تحقیق، حرمت و مجازات شهادت دروغ و کتمان شهادت را به شاهد تفهیم می‌کند و نام، نام خانوادگی، نام پدر، سن، شغل، میزان تحصیلات، مذهب، محل اقامت، پیام‌نگار (ایمیل)، شماره تلفن ثابت و همراه و سابقه محکومیت کیفری و درجه قرابت سببی یا نسبی و وجود یا عدم رابطه خادم و مخدومی شاهد یا مطلع با طرفین پرونده را سوال می‌نماید و در صورت‌مجلس قید می‌کند.

در تفسیر این ماده باید اذعان داشت که لزوماً شاهد و مطلع شخصی غیر از متهم است که وجود قرابت سببی یا نسبی یا رابطه خادم و مخدومی فی‌مابین وی و متهم حائز اهمیت است.[1] طبق تبصره ماده ۳۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری وجود قرابت یا رابطه مذکور مانع از پذیرش شهادت شهود یا اظهارات مطلعین نیست و این موارد بنا به تشخیص مقام قضایی در ارزیابی شهادت یا اظهارات اطلاع مؤثراست.

پنجم، ماده ۲۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح می‌نماید: بازپرس می‌تواند در صورتی که شاهد یا مطلع واجد شرایط شهادت نباشد، بدون یادکردن سوگند، اظهارات او را برای اطلاع بیشتر استماع کند. منظور قانون‌گذار از این که واجد شرایط شهادت نباشد، بندهای ماده ۱۷۷ و شرایط مقرر در مواد بعدی است و بر این نکته که شاهد یا مطلع می‌تواند از طرفین دعوی کیفری باشد دلالت ندارد و اساساً مفاد مقرره فوق در ماده ۱۷٦ قانون مجازات اسلامی نیز پیش‌بینی شده است و هر دو مقرره مذکور تابع قاعده اصلی ماده ۱۷٤ قانون پیش‌گفته است؛ مبنی براین‌که مطلع در معنای اعم و شاهد در معنای اخص غیر از طرفین دعوا هستند. شایان ذکر است طبق تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی اظهارات مطلع می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد استفاده قاضی قرار گیرد.

---

۱. ماده ۳۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری: «دادگاه پیش از شروع به تحقیق از شاهد، حرمت و مجازات شهادت دروغ را به او تفهیم می‌نماید و سپس نام، نام خانوادگی، نام پدر، سن، شغل، شماره شناسنامه و شماره ملی، میزان تحصیلات، مذهب، محل اقامت، شماره تلفن ثابت و همراه و سابقه محکومیت کیفری شاهد و درجه قرابت سببی یا نسبی و وجود یا عدم رابطه خادم و مخدومی او با طرفین را سوال و در صورت‌مجلس قید می‌کند. تبصره- رابطه خادم و مخدومی و قرابت نسبی یا سببی مانع از پذیرش شهادت شرعی نیست»؛ ماده ۳۲۳ قانون یادشده: «شاهد پیش از ادای شهادت باید به شرح زیر سوگند یاد کند: به خداوند متعال سوگند یاد می‌کنم که جز به راستی چیزی نگویم و تمام واقعیت را بیان کنم. تبصره- در مواردی که احقاق حق متوقف بر شهادت باشد و شاهد از اتیان سوگند خودداری کند، بدون سوگند، شهادت وی استماع می‌شود و در مورد مطلع، اظهارات وی برای اطلاع بیشتر استماع می‌شود».

ششـــم، ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرســـی کیفری حکم می‌کنـــد: «تفهیم اتهام به کســـی که به عنوان متهم احضار نشده از قبیل شاهد یا مطلع ممنوع است و چنان‌چه این شـــخص پـــس از تحقیق در مظان اتهام قرارگیرد، بایـــد طبق مقررات و به عنوان متهم برای وقت دیگر احضار شود». در رویه مستند به این ماده، در صورتی که مطلع یا شـــاهد در مظان اتهام قرار گیرند، تفهیم اتهام صـــورت نمی‌گیرد، بلکه برای وقت دیگری دعوت می‌شـــوند.[۱] این ماده به وضوح بر این نکته دلالت دارد که متهم در هر صورت باید به عنوان متهم احضار شود و نه عنوان دیگر.[۲]

هفتم، ماده ۲۱٤ قانون آیین دادرســـی کیفری مقـــرر می‌دارد: «هرگاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شـــاهد یا مطلع و یا خانواده آنان وجود داشـــته باشـــد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشـــد، بازپرس به منظور حمایت از شاهد یـــا مطلع و با ذکـــر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخـــاذ می‌کند: الف- عدم مواجهه حضوری بین شـــاهد یا مطلع با شاکی یا متهم». این ماده نیز به صراحت در بند الف،

---

۱. نظریه‌هـــای مشـــورتی شـــماره ۷/۱٤۰۰/۳۱۱ مـــورخ ۱٤۰۰/۳/۲٦ و شـــماره ۷/۹۳/۱٤۷۳ مورخ ۱۳۹۳/٦/۲٤.

۲. نشســـت قضایی استان مازندران/ سرخرود به شـــماره ۷٤٥٤-۱۳۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۳/۳۰: «مقررات ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در راســـتای حفظ حقوق دفاعی اشخاص متهم به ارتکاب جرم (مواد ٥ و ٦ این قانون) و رعایت حقوق شـــهروندی (ماده ۷ این قانون) وضع شـــده اســـت و رعایت این حقوق ایجاب می‌نماید که متهم زمان لازم جهت تدارک دفاع را داشـــته باشد؛ به‌وصفی که قانون‌گذار در ابلاغ احضاریه فرد تا حضور نزد بازپرس، مدت حداقل پنج روزه را تعیین نموده‌اســـت (ماده ۱۷۱ همان قانون)، لیکن متهمی که طوعاً حاضر شـــده اســـت گر چه حضور وی متعاقب ابلاغ احضاریه نبوده، چنان‌چه به صراحت آمادگی خود را برای تحقیق اعلام نماید، بازپرس می‌توانـــد با احراز آمادگی متهم برای دفـــاع و رعایت حقوق دفاعی وی از جمله تفهیم حق متهم در داشـــتن حق وکیل (ماده ۱۹۰ همـــان قانون) مبادرت به انجام تحقیق و تفهیم اتهام نماید»؛ نشســـت قضایی اســـتان تهران به شماره ۷٦۷۹-۱۳۹۹ مورخ ۱۳۹۸/٥/۲۷: «به نظر می‌رسد فلسفه اصلی وضع ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲، حفظ حقوق دفاعی اشخاص متهم به ارتکاب جرم اســـت؛ زیـــرا همان‌گونه که در ماده ۳ قانون فوق‌الذکر و نیز مـــاده ۹٤ آن تأکید دارد، تحقیقات مقدماتی باید به ســـرعت و به نحو مستمر انجام شود؛ بنابراین چنان‌چه وضعیت به گونه‌ای باشد که حقوق دفاعی متهم تأمین شده باشد؛ مانند مواردی نظیر فرض سوال که شخص احضارشده به عنوان مطلع یا شاهد، آمادگی خود را برای تحقیق از وی به عنوان متهم ابراز نماید، بازپرس می‌تواند با احراز آمادگی متهم در دفاع و لحاظ ماده ۱۹۰ قانون یادشده و تفهیم حق متهم در داشتن وکیل، مبادرت به انجام تحقیق بدون لزوم احضار مجدد نماید. بدیهی اســـت مواردی که انجام تحقیق منجر به صدور قرارتأمین کیفری و در نهایت بازداشـــت متهم می‌گردد، می‌تواند دال بر عدم آمادگی متهم در دفاع و تدارک لازم جهت جلوگیری از بازداشـــت وی باشد، اما در هر صورت احراز شرایط منوط به اعلام آمادگی متهم و تشخیص بازپرس ذی‌ربط است.

متهم را بازیگری در نقش مطلع نمی‌داند و خط بطلانی بر این دیدگاه اســـت که متهم می‌تواند در جایگاه مطلع ایفای نقش نماید.

۵. مهم‌ترین آثار احضار متهم به عنوان مطلع

اولین اثر این اقدام قضایی، تعقیب انتظامی قاضی اســـت؛ زیرا احضار متهم به عنوان مطلع که غالباً به دلیل عدم دســـتیابی قاضی بـــه دلیل کافی و قابل قبول جهت احضار وی به نام متهم اســـت، تفاوتی با احضـــار همان متهم به نام متهم ندارد. آرای دادسرای انتظامی قضات[1] گویای آن است که مقام قضایی نمی‌تواند و حق ندارد بدون وجود ادله کافی و فقط بر اساس شکایت شاکی یا اعلام اشخاص یا ظنّ ضعیف خود،

---

۱. در یکی از نظریات انتظامی دادســـرای انتظامی قضات مورخ ۱۴۰۰/۳/۴ آمده اســـت: «با توجه به این‌که مطلع شـــخص ثالث اســـت و نمی‌توان طرفین پرونده را مطلع توصیف نمود و صدور چنین دســـتوری به لحاظ رهایی از منع مندرج در ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرســـی کیفری جهت احضار یا جلب متهم صادر گردیده و خلاف قانون اســـت و تخلف از مقررات موضوعه تلقی می‌شـــود و بر اســـاس ماده ۱۸ قانون نظارت بر رفتار قضات مســـتوجب تعقیب انتظامی است». در پرونده‌ای دیگر نظرات مقامات قضایی دادســـرای انتظامی قضات قابل توجه است: نظریه مورخ ۱۴۰۱/۲/۱۸ انتظامی دادیار انتظامی قضات: «به نظر می‌رســـد دستور مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ دادیار محترم دادسرای عمومی و انقلاب تهران مبنی بر احضار مشـــتکی‌عنهما به عنوان مطلع خلاف مفاد ماده ۱۶۸قانون آیین دادرسی کیفری اســـت؛ لذا مستندا به ماده ۱۸ قانون نظارت بر رفتار قضات بر تعقیب انتظامی قاضی موصوف اظهار نظـــر می‌گردد»؛ نظریه انتظامی مورخ ۱۴۰۱/۲/۲۴ معاون دادســـرای انتظامی قضات: «با عقیده دادیار انتظامی مبنی بر تعقیب قاضی به سبب احضار مشتکی‌عنها به عنوان مطلع «مخالفم»؛ زیرا چنین اقدامی منع قانونی ندارد و در شـــرایطی که مشـــتکی‌عنه غالباً «با اطلاع‌ترین» شخص از واقعه مورد ادعای شاکی اســـت و احضار وی از ناحیه مقام قضایی در راستای کشف حقیقت و برملاشدن واقع ماجرا مواجه با اشکالی به نظر نمی‌رسد»؛ نظریه انتظامی مورخ ۱۴۰۱/۳/۷ دادیار انتظامی قضات: «در خصوص نظریه مورخ ۱۴۰۱/۲/۲۴ معاون محترم به استحضارمی‌رســـاند: ۱- نظر به این‌که قانون‌گذار در ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرســـی کیفری احضار بدون دلیل را ممنوع اعلام نموده است لذا این منع قانونی را نمی‌توان با احضارهمان‌شـــخص(مشتکی‌عنه) به عنوان مطلع نادیده گرفت. ۲- هر یک از عناوین شـــاکی، متهم، مطلع و ... در ادبیات حقوقی و قضایی معنا و مفهوم خاص خود را دارند که مطلع شـــخصی غیر از طرفین دعوی محســـوب می‌گردد. ۳- بر خلاف نظر معاون محترم و با توجه به اصل برائت، مشـــتکی‌عنه نمی‌تواند غالباً مطلع‌ترین شـــخص از واقعه مورد ادعای شاکی باشد چه بسیار شکاتی هستند که به دلایل مختلف اقدام به طرح شکایت واهی نموده به امید این که امتیازاتی از این طریق کسب نمایند و چه بسیار افراد دارای وجهه اجتماعی و بی‌گناه که حاضرند در این گونه مواقع امتیازاتی به طرف مقابل بدهند»؛ نظریه انتظامی مورخ ۱۴۰۱/۳/۹ معاون اول دادســـرای انتظامی قضات: «با توجه به گزارش واصله از پرونده همان‌گونه که دادیار محترم دادســـرای انتظامی استدلال فرمودند احضار مشـــتکی‌عنه در قالب و نام «مطلع» منع قانونی دارد و ممنوعیت مندرج در ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرســـی کیفری را نمی‌توان با این‌گونه احضارافراد نادیده گرفت. بنا به مراتب، با تعقیب انتظامی دادیار دادســـرای عمومی و انقلاب تهران به استناد ماده ۱۶۸ قانون مارالذکر و ماده ۱۸ قانون نظارت بر رفتار قضات موافقت می‌شود».

فـــردی را چه به نـــام متهم و چه به نام مطلع تحت پیگرد قرار دهد و امنیت و آرامش روانی او و خانواده وی را به بهانه کشـــف حقیقت سلب کند. این امر ممکن است به قیمت تهدید وضعیت شـــغلی، اجتماعی و از دست رفتن اعتبار و آبروی فرد انجامد؛ به نحوی که صدور قرار منع تعقیب یا حکم برائت از آثار آن نکاهد.

اثر دوم این اســـت که با این اقدام قواعد احضار متهم که جزء اصول دادرسی[1] اســـت نقض می‌شود و در نتیجه عدم رعایت اصول دادرسی سبب نقض رأی می‌شود (طهماسبی، ۱/۱۳۹۶: ۳۶)[2] در صورتی که عدم رعایت قواعد احضار متهم را به عنوان

---

۱. اصول دادرســـی به آن دســـته از قواعدی اشاره دارد که یک دادرسی عادلانه مبتنی بر آن‌ها وضع و اجرا می‌شـــود و در بســـیاری از موارد حتی قانون‌گذار نیز حق نادیده‌گرفتن آن را ندارد (طهماسبی، ۱/۱۳۹۶: ۳۶).

۲. هم‌چنین بنگرید به: نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۱۲۰۹ مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۲: «با عنایت به تبصره (۱) ماده (۲۰) و تبصره ماده (۲۱) قانون شـــوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷ اصول و قواعد حاکم بر رســـیدگی شامل مقررات ناظر به صلاحیت، حق دفاع، حضور در دادرسی، رسیدگی به دلایل و مانند است و منظور از تشـــریفات دادرسی، مقررات ناظر بر شرایط شکلی دادخواست، نحوه ابلاغ، تعیین اوقات رسیدگی و مانند آن‌آســـت»؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۹۲۹ مورخ ۱۴۰۱/۳/۹: «اولاً، با عنایت به تبصره یک ماده ۱۸ و تبصره ماده ۱۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴، اصول و قواعد حاکم بر رســـیدگی شامل مقررات ناظر به صلاحیت، حق دفاع، حضور در دادرسی، رسیدگی به دلایل و مانند آن اســـت و منظور از تشریفات دادرسی، نحوه اجرای اصول و قواعد دادرسی است همانند مقررات ناظر بر شـــرایط شکلی دادخواســـت، نحوه ابلاغ، تعیین اوقات رسیدگی و مانند آن. بر این اســـاس، محرومیت متهم از حق داشـــتن وکیل، عدم رعایت اصول دادرسی است نه تشریفات آن؛ ثانیـــاً، در صورت عدم رعایت اصول و مقررات حاکم بر دادرســـی به صورت مطلق و هم‌چنین عدم رعایت تشـــریفات قانونی دادرسی، مشروط به آن‌که آن تشریفات به درجه‌ای از اهمیت باشد که موجب بی‌اعتباری رأی شود، رأی از سوی شعبه دیوان عالی کشور یا شعبه دادگاه تجدید نظر نقض می‌شـــود و منظور از «تشریفاتی که موجب بی‌اعتباری رأی شود» آن دسته تشریفاتی است که از یک سو عدم رعایت آن‌ها در ماهیت رأی دادگاه مؤثر باشد و از سوی دیگر بتوان با نقض حکم از سوی مرجـــع عالی، آثار و نتایج عدم رعایت آن تشـــریفات را بر طرف و حقوق از بین رفته اصحاب دعوا را مجدداً احیاء نمود. همانند تشـــریفات متضمن حقوق دفاعی متهم»؛ نشست قضایی استان مرکزی/ شـــهر اراک به شـــماره ۸۲۴۱-۱۴۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۶/۱۳: «صدر و ذیل ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ را با یکدیگر تفســـیر نمود؛ بدین شـــرح که ذیل ماده موصوف آمده اســـت که (... باید مطابق مقررات و به عنوان متهم برای وقت دیگری احضار شـــود) ذکر عبارت احضار متهم درذیـــل این ماده در بیان یک قاعده کلی مبنی بر لزوم احضار متهم در تمامی جرائم اســـت؛ کما این که فرض قانون‌گذار در تمامی جرائم در قانون آیین دادرســـی کیفری برای حضور متهم حفظ حقوق دفاعیه متهم از طریق احضار ایشـــان اســـت، لیکن ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری یک استثنا بر این اصل است که این استثنا بر فرض سوال نیز تسری دارد؛ چه اساساً هدف از وضع ماده ۱۸۰ قانون موصوف جلوگیری از فرار متهم یا جلوگیری از امحا ادله و ... اســـت و اقدام در این راستا می‌بایست به قید فوریت انجام شود».

اصول دادرسی نپذیریم، مسلماً جزء تشریفاتی محسوب می‌گردد که وفق تبصره ماده ٤٥٥ قانون آیین دادرسی کیفری به دلیل نقض حقوق دفاعی متهم[1] موجب بی‌اعتباری رأی می‌شـــود؛ با این‌حال به نظر برخی قضات ادله جمع‌آوری شـــده می‌تواند مبنای احضار بعدی همان متهم قرارگیرد.[2]

ســـومین و مهم‌ترین اثر احضار متهم در مقام مطلع، تأثیر این شـــیوه بر اعتبار ادله تحصیل شـــده اســـت؛ زیرا دلایل در امور کیفری با جان و آزادی افراد سر و کار دارند و می‌توانند تحت تمام وسائلی که برای اثبات یا نفی یک امر موضوعی یا برای اثبات صحت یا بطلان یـــک فرض به کار آیند (دیانی، ١٣٩٤ : ٢٦) با توجه به موارد مبحوث‌عنه این آیین یعنی « احضار متهم در مقام مطلع»، جهت جمع‌آوری ادله اثبات دعوای کیفری، نوعاً توسل به شیوه غیر قانونی جهت تحصیل دلیل تلقی می‌شود؛ زیرا دلیل به عنوان مرکز ثقل دعاوی کیفری نه تنها خود باید مشروع و قانونی باشد، بلکه روش تحصیل و به‌کارگیری آن نیز باید تابع اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری باشد (تدین و باقری‌نژاد، ۱۳۹۰: ۲۱۵). به ســـخن دیگر، دلایل قانونی باید به طرق قانونی یعنی با رعایت موازین و مقررات مربوط تحصیل شوند. ارائه «دلیلی» به ظاهر قانونی، چنان‌چه به طرق نامشروع و غیر قانونی تحصیل شده باشد، سبب سلب ارزش اثباتی آن دلیل می‌شود (آشوری، ۲/۱۳۸۸: ۳۲۲). اصل سی و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مؤید آن است؛ بنابراین اقراری که از متهم در مقام مطلع اخذ می‌شود نمی‌تواند تضمین کننده یک دادرســـی منصفانه در پرتو اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری محســـوب شود. در همین راستا، مقنن در ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری از اصلی به عنوان اصل تضمینِ حقوق طرفین دعوای کیفری جهت جلوگیری از تضییع حقوق اشـــخاص (متهم، بزه‌دیده و جامعه) نام می‌برد. بدین ترتیب قاضی تحقیق در تحصیل ادله به طور مطلق آزاد نیســـت و می‌بایســـت اصول و ترتیبات قانونی را در

---

۱. برای دیدن جلوه‌ای از حقوق دفاعی متهم به مواد ٥ و ٦ و ۱۹۰ تا ۱۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه نمایید. هم‌چنین برای اطلاع بیشتر با حقوق دفاعی متهم، نک: امیدی، جلیل، دکتر آشوری و حقوق دفاعی متهم، در علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از اســـتاد محمد آشوری)، انتشارات سمت، تهران، چاپ هفتم، ١٣٩٦. صص ٢٢٤-٢٤١.

۲. نشســـت قضایی اســـتان گیلان به شـــماره ٦٥٠٢-١٣٩٨ مورخ ١٣٩٧/٩/١٣: اقرار وی (متهم) به ارتکاب بزه در مقام مطلع چنان‌چه مقرون به‌واقع باشد اقرار صحیح بوده و می‌توان زمانی که به عنوان متهم احضار شد به عنوان یکی از ادله تفهیم اتهام باشد.

این زمینه رعایت نماید و مقام قضایی در این راه تا جایی آزاد محسوب می‌شود که اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری و به عبارتی، وصف منصفانه تحصیل دلیل را زیر سوال نبرد (تدین و باقری‌نژاد، ۱۳۹۰: ۲۱۸). بدین‌سان، احضار غیر قانونی متهم به نام مطلع و گذر از تشریفات ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری، از طرفی موجب خلع سلاح شدن متهم در مقابله با طرفِ دیگر دعوای کیفری شده و عدالت و انصاف در تحقیقات و کسبِ ادله مشروع را به‌طورجدی مخدوش می‌نماید و از طرف دیگر، عدم رعایت تشریفاتِ ویژهِ احضار و بازجویی از افراد از جمله متهم و مطلع، می‌تواند موجبات تضییع حقوق این افراد را فراهم آورد (آخوندی، ۲/۱۳۹۰: ۱۰۳) امری که قطعاً با اهداف مقرر درمواد ۱و۲ قانون آیین دادرسی کیفری مغایراست.

برآمد

۱- مشـــتکی‌عنه یا متهم، مطلع محســـوب نمی‌شود و مستند به مواد ۵ و ٦۵ و ۱٦۸ و ۲۰٤ و ۲۰۷ و ۲۱۱ و ۲۱۳ و ۲۱٤ از قانون آیین دادرســـی کیفری و مواد ۱۷٤ و ۱۷۵ و ۱۷٦ و ۱۷۷ و ۱۸۳ و ۱۸٤ و ۲۱۱ از قانون مجازات اسلامی، مطلع شخصی ثالث و غیر از طرفین دعوای کیفری (شاکی و مشتکی‌عنه) محسوب می‌شود.

۲- مســـتند به مواد ۵ و ۱٦۸ از قانون آیین دادرسی کیفری بازپرس می‌تواند مشـــتکی‌عنه یا متهم را فقط به عنوان متهم پس از جمع آوردی دلیل کافی احضار کند و نمی‌تواند کســـی را که قرائن و دلایل اتهام علیه وی وجود ندارد رسماً به نام مطلع و در واقـــع برای تفهیم اتهام احضـــار نماید؛ لذا احضار متهم به عنوان مطلع در قانون پیش‌بینی‌نشده و تمسک به ماده ۲۰٤ قانون یادشده فاقد وجاهت قانونی است.

۳- بر اساس رویه قضایی و دادنامه‌های انتظامی دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات، احضار متهم به‌مثابه مطلع تخلف محســـوب می‌شـــود. ادله تحصیل شـــده از تحقیقات انجام شده از متهم در مقام مطلع مانند اقرار وی به ارتکاب جرم، فاقد اعتبار است؛ زیرا مقررات مربوط به احضار و حضور در جلسه رسیدگی، حقوق دفاعی متهم در شـــمار اصول دادرسی منصفانه بوده و از تشریفات دادرسی خروج موضوعی دارد. به این ترتیب، مقام قضایی در معرض تخلفات متعدد از قبیل احضار متهم بدون دلیل کافی، احضار متهم به عنوان مطلع، جلب متهم به عنوان مطلع و احضار بعدی متهم به عنوان متهم پس از جمع‌آوری ادله ازطریق نامشروع قرار می‌گیرد.

فهرست منابع

* ابراهیمیان، گیســـو و تدین، عباس و شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۰)، **شهادت شهود و مطلعین در نظام کیفری ایران و انگلستان**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

* اختری، عباس و موذن‌زادگان، حســـنعلی (۱۳۹۷)، «**بررســـی رویکرد قانون آیین دادرســـی کیفری(۱۳۹۲) به حقوق شاهد و مطلع در مرحله تحقیقات مقدماتی و میزان انطباق آن با اســـنادبین المللی و منطقه‌ای**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم شناسی، دوره٦ ،شماره ۱۲، صص ۹۹-۱۲۳.

* آخوندی، محمود (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ سیزدهم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.

*آشوری، محمد (۱۳۸۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ دهم، تهران: سمت.

* آقائی، مهدی (۱٤۰۰)، **رســـیدگی به جرائم منافی عفت**، چاپ پنجم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* باقری‌نژاد، زینب (۱۳۹٤)، **حمایت از شهود درحقوق ایران فرانسه و اسناد بین المللی**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.

* برهانی، محسن و الهام، غلامحســـین (۱٤۰۰)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی (جرم و مجرم)**، جلد نخست، چاپ ششم، تهران: میزان.

* پرویزی، آیت‌اله (۱۳۸۵)، **حمایت از شهود در قوانین کیفری و اسناد بین‌المللی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

* تدیـــن، عباس (۱۳۹۱)، **قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.

* تدیـــن، عباس و باقری‌نژاد، زینب (۱۳۹۰)، «**تضمین دادرســـی منصفانه در پرتو اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۳.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **مبســـوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، **وســـیط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ سی‌ام، تهران: گنج دانش.
* خالقی، علی (۱۳۹۵)، **نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری**، چاپ هشتم، تهران: میزان.
* دیانی، عبدالرسول (۱۳۹٤)، **ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* رزاززاده، امیرحسین (۱۳۹٦)، **کارگاه رسیدگی به جرایم در دادسرا**، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* رستمی، هادی (۱۳۹۷)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* زارع کمال‌آباد، ابوالفضل و کوشکی، غلامحسین و موذن‌زادگان، حسنعلی (۱۳۹۵)، **حمایت از شهود و مطلعان در قانون آیین دادرسی کیفری۱۳۹۲**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
* شاهچراغ، سیدحمید (۱٤۰۲)، **قانون آیین دادرسی کیفری**، چاپ چهارم، تهران: قدس.
* شیری ورنامخواستی، عباس (۱۳۹۷)، «**نقش و جایگاه بزه‌دیده در حقوق تحقیقات جنایی**»، پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۳.
* طهماسبی، جواد (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
* طهماسبی، جواد (۱۳۹٦)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: میزان.
* عابدی، احمدرضا (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* غلامپور، مهدی و تدین، عباس(۱۳۹۲)، «**جلب شاهد از منظر حقوق ایران و اسناد بین المللی، از هست‌ها تا بایدها**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۲.
* کاظمی، سیدعلی و طهماسبی، جواد (۱۳۹۰)، «**حمایت از شهود در لایحه آیین دادرسی کیفری**»، مجله کارآگاه، سال چهارم، شماره ۱۵.
* مهاجری، علی (۱۳۹۵)، **آیین رسیدگی در دادسرا**، جلد نخست، چاپ یازدهم،

تهران: فکرسازان.
* مهدی‌پور، اعظم (۱۳۸٤)، **حمایت از شـــهود در اســـناد بیـــن المللی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم: دانشگاه مفید قم.
* ناجی زواره، مرتضی (۱۳۹۵)، **آیین دادرســـی کیفری**، جلد نخســـت، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
* انصاری، ولی‌الله (۱۳۹۰)، **حقوق تحقیقات جنایی**، چاپ دوم، تهران: سمت.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۲۷۶-۲۵۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹

شاخصه‌های «ایراد اتهام» در نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی‌ژرمنی با نگاهی به حقوق ایران

عدنان عمرانی‌فر،[۱] مهدی شیدائیان آرانی،[۲] حسن عالی‌پور[۳]

چکیده

ایراد اتهام به عنوان اصلی‌ترین مرحله فرایند دادرسی کیفری، متاثر از نظام‌های عدالت کیفری است و شاخصه‌های آن با توجه به نظام‌ها و فرایندهای عدالت کیفری متفاوت است. پژوهش حاضر که با روش توصیفی تحلیلی تدوین یافته، با بررسی نظام‌ها و فرایندهای عدالت کیفری، نتیجه گرفته است که شاخصه‌های ایراد اتهام با توجه به نظام و فرایند حاکم دادرسی متفاوت است؛ به طوری که در نظام رومی-ژرمنی دادستان نقشی در مرحله ایراد اتهام ندارد و باید آن را جلو ببرد؛ در حالی که در نظام کامن‌لا دادستان در مواردی می‌تواند از ایراد اتهام خودداری کند. در فرایند عدالت کیفری کنترل‌مدار، هر واکنش بر خلاف نظم و امنیت با ایراد اتهام روبه‌رو است، اما در فرایند کرامت‌مدار، ایراد اتهام مبتنی بر نظام کفایت ادله و با احتیاط و با توجه به ظن غالب ارتکاب جرم وارد می‌شود و در فرایند ترکیبی، در جرائم با حیثیت خصوصی، ایراد اتهام با شاخصه‌های مشابه فرایند کرامت‌مدار و در جرائم با حیثیت عمومی، شاخصه‌های ایراد اتهام همانند فرایند کنترل‌مدار است. در نظام عدالت کیفری ایران، ایراد اتهام تا حد زیادی منطبق بر شاخصه‌های کنترل‌مدار است و دادستان در مرحله ایراد اتهام اختیاری ندارد.

واژگان کلیدی: ایراد اتهام، نظام عدالت کیفری، دادستان، نظام کامن‌لا، نظام رومی ژرمنی، متهم.

---

۱. دکترا حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
adnan.om.far@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران
m_sheidaeian@ut.ac.ir

۳. عضو هیأت علمی پردیس فارابی دانشگاه تهران
hassan.alipour@ut.ac.ir

درآمد

«ایراد اتهام»[1] از جمله اصطلاحات نوظهور در ادبیات حقوق کیفری و مرحله‌ای مهم از فرایند کیفری است. در تعریف ایراد اتهام یا اتهام زدن درگفته شده است: «ایراد اتهام حالتی است که فرد با نوعی عنوان کیفری داخل در فرایند کیفری شده و تعقیب با آن آغاز می‌شود» (Pavlich, 2018: 46). ایراد اتهام حالتی است که در آن پلیس یا دادستان بر اساس به اختیارات قانونی خود، با بررسی نوع جرم و ادله موجود، تصمیم می‌گیرند که برچسب اتهام را به متهم وارد کنند یا خیر؛ بنابراین ایراد اتهام به معنای وارد نمودن برچسب مجرمانه و کلیدِ ورودی به فرایند کیفری است و به عبارتی، در بعضی تعابیر از آن به عنوان «دروازۀ عدالت کیفری»[2] یاد می‌شود (pavlich, 2018: 46). هنگامی که سخن از دروازه عدالت کیفری به میان می‌آید، باید به این موضوع واکنش نشان داد که آیا دستگاه عدالت کیفری به تأثر شاخصه‌های ایراد اتهام توجه کرده است یا خیر. در اهمیت پرداختن به این موضوع باید گفت؛ شرط ورود به فرایند کیفری، دروازه آن است و بعضاً اگر ایراد اتهام مبتنی بر سازکارهای علمی و نظام‌مند و بررسی دقیق شاخصه‌ها و تعدیل آن نباشد، اهداف حقوق کیفری برآورده نمی‌شود.

پیشینه پژوهش در مقوله ایراد اتهام، به طور مستقیم سابقه‌ای را نشان نمی‌دهد؛ بنابراین در حقوق ایران کمتر به مرحله ایراد اتهام پرداخته شده و به نوعی پژوهش در این حوزه کمتر به چشم خورده و ادبیات پژوهش از این حیث دارای نوآوری است. در ابتدا امکان دارد این نگرش ایجاد شود که مرحله ایراد اتهام در همه نظام‌های حقوقی به نحو واحد صورت می‌گیرد، اما این پژوهش بر آن است تا روشن نماید که شاخصه‌های ایراد اتهام، متأثر از نظام‌ها و فرایندهای عدالت کیفری، واحد نبوده و به نحو متفاوت صورت می‌پذیرد. از لحاظ بررسی تطبیقی، باید حقوق انگلستان را در توجه به این مرحله دادرسی کیفری پیشگام دانست. توجه به مرحله ایراد اتهام به عنوان اولین قدم از فرایند کیفری در حقوق انگلستان، باعث شده که بسیاری از پرونده‌های کم اهمیت و فاقد دلایل کافی وارد دستگاه عدالت کیفری نشود و این موضوع در برای متهم و پس برای دستگاه عدالت کیفری سودمند است (Brown,

1. Accusation
2. The gate of criminal justice

.(1998: 7

موضوع پژوهش حاضر، شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام‌ها و فرایندهای کیفری و در ایران است و به این منظور، پس از پرداختن به مفهوم اصلی بحث، این شاخصه‌ها در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا بررسی می‌شود و سپس، تأثر ایراد اتهام از فرایندهای کیفری کرامت‌مدار، کنترل‌مدار و ترکیبی، مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. تأثیرپذیری شاخصه‌های ایراد اتهام از نظام‌های رومی ژرمنی و کامن‌لا

در ذیل این فصل ابتدا در مبحث اول، شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام رومی ژرمنی و سپس در مبحث دوم، شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام کامن‌لا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام حقوقی رومی ژرمنی

در نظام حقوقی رومی ژرمنی دادستان به عنوان نماینده جامعه در تعقیب جرائم است و نمی‌تواند از تعقیب جرم یا پرونده صرف نظر کند[۱] مگر این‌که‌قانون اجازه عدم تعقیب را صادر کرده باشد؛ بنابراین تمام تصمیم‌های دادستان باید از مجرای قانون بگذرد و از این رو، تمام کنترل و ارزیابی می‌گردد (safferling, 2001: 74). در نظام حقوقی رومی ژرمنی شیوه دادرسی و مدل تحقیق و تعقیب جرائم از شیوه تفتیشی[۲] پیروی می‌کند و دولت‌ها با حضور و دخالت مضاعف خود در کشف حقیقت و اجرای عدالت احساس مسئولیت می‌کنند. از طرف دیگر، دادستان و چند

---

۱. به طور کلی مبنای نظام حقوقی رومی ژرمنی را قواعد حقوق روم و تعلیم‌های اخلاقی مذهب مسیح و افکار آزادی‌خواهانه حکیمان قرن هجدهم تشکیل می‌دهد. با این که در دو سده اخیر، اجتماعی شدن حقوق در غالب این دسته از کشورها مورد توجه واقع شده است، هنوز هم انسان و آزادی‌ها و شخصیت او هدف و مبنای قواعد حقوق است. در نظام حقوقی رومی ژرمنی قانون مهم‌ترین منبع حقوق است و لذا اصول کلی را باید در متون قوانین جست‌وجو کرد و قوای مملکت به سه شعبه ممتاز و مستقل تقسیم می‌شود. قوه مقننه مامور وضع قوانین و قوه قضاییه و مجریه عهده‌دار اجرای آن است. برای جلوگیری از تجاوز به قانون و بازرسی آرای محاکم، دیوان عالی در راس قوه قضاییه قرار گرفته است و هماهنگ ساختن آرای قضایی و رعایت قانون را تضمین می‌کند. در کشورهای با نظام حقوقی رومی ژرمنی، غالباً نظام سیاسی مبتنی بر تفکیک قوا حاکم است.

۲. وجود مقام قضایی خاص تعقیب و انتخاب شدن قضات را از میان افراد تحصیل‌کرده که موجب تخصصی شدن کار ایشان می‌شود، از محاسن این سیستم دادرسی است. این سیستم در حفظ نظام موجود و دفاع از اجتماع بسیار مفیدتر از سیستم اتهامی است و احتمال فرار مجرم از مجازات را کاهش می‌دهد، اما عیوب بسیاری بر آن وارد است که مهم‌ترین آن، نادیده گرفتن اصل برائت است و دیگر این‌که، نفع متهم در این نظام نادیده گرفته می‌شود و در حقیقت، فرد فدای جامعه می‌شود (شیدائیان و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۰۰).

قاضی بی‌طرف درگیر کشـــف حقیقت هستند (Jorg & Brants, 1998: 17). در این نظام، اگرچه که دادستان وظیفه تعقیب جرائم را بر عهده دارد، اما چون نماینده جامعه محسوب می‌شـــود، وظیفه دارد به عنوان مقام بی‌طرف، له و علیه متهم به جمع‌آوری دلایل بپردازد؛ بنابراین اولین موضوعی که باید به آن اشـــاره شود این است که در این نظام، ارتکاب جرم مســـاوی ایراد اتهام بی‌چون و چرا اســـت و لذا نهادهایی همچون «معامله اتهام» مخصوص این نظام نیســـت؛ چرا که کشـــف حقیقت و اعمال مجازات در نظام مذکور از اهمیت بالایی برخوردار اســـت (Ambos, 2003: 6). ایراد اتهام و تعقیب در فرانسه می‌تواند نمونه بارزی از نقش دادستان بر اساس نظام حقوق نوشته باشـــد. در نظام حقوقی فرانســـه سه عامل پلیس، دادســـتان و دادگاه بخش در فرایند ایراد اتهام نقش بـــارزی ایفا می‌کنند. دادگاه‌های بخش به عنوان مدیر تحقیقاتی عمل می‌کنند و بر اقدامات پلیس قضایی و دادستان نظارت دارند، اما نمی‌توانند ایراد اتهام، تعقیب و تحقیقات مقدماتی را انجام دهند؛ مگر این‌که دادستان یا بزه‌دیده از جرم از آن‌ها درخواست کنند. باید خاطر نشان کرد که تصمیم به آغاز تعقیب یا توقف آن در جنایـــات کم اهمیت و اکثر جرائم با درجـــه جنحه، تصمیم به ایراد اتهام علیه متهم و مدیریت و نظارت بر وظایف و عملکرد پلیس قضایی از اختیارات دادستان است. در جنایات مهم دادستان باید پرونده را برای رسیدگی به دادگاه ارجاع دهد و در صورتی که دادگاه تکمیل تحقیقات را بخواهد، دادســـتان مکلف به انجام درخواســـت دادگاه است (Defranica, 2001: 615).

در کشور فرانســـه تحقیقات مقدماتی همانند ایران توسط مقام قضایی مستقل و بی‌طرف یعنی بازپرس صورت می‌پذیرد و چنانچه بازپرس قصد بازداشـــت متهم را داشته باشد، باید دلایل و مدارک و قرائن توجیهی در جهت بازداشت موقت را به یک قاضی بی‌طرف ارائه کند و آن قاضی با شنیدن اظهارات دادستان، متهم و وکیل مدافع، در یک رســـیدگی ترافعی در خصوص بازداشت موقت متهم تصمیم‌گیری می‌کند. در حقوق فرانسه مواردی از تشخیصی بودن ایراد اتهام توسط دادستان دیده می شود، اما این تصمیم مطلق نبوده و قابل اعتراض است. به موجب ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری کشور فرانسه[1] چنانچه دادستان رفتار ارتکابی را جرم بداند و منع قانونی برای

1. French criminal procedure approved in 2010

تعقیب دعوای عمومی وجود نداشته باشد می‌تواند تعقیب را آغاز کند؛ در اجرای مواد ۱-٤۱ و ۲-٤۲ از جایگزین تعقیب ترمیم یا تنبیهی دعوای عمومی استفاده کند؛ در صورتی که اوضاع و احوال خاصی از ارتکاب جرم را توجیه کند می‌تواند از ایراد اتهام خودداری و پرونده را بایگانی و مراتب را به شاکی و گزارش دهنده جرم ابلاغ کند. این تصمیم از طرف شاکی وفق ماده ۱-٤۰ از قانون آیین دادرسی کیفری قابل اعتراض در دادگاه بخش می‌باشد.

در کشور آلمان چرخش دستگاه عدالت کیفری به سمت نظام ایراد اتهام موقعیت مدار بسیار با ظرافت و احتیاط صورت می‌گیرد. در واقع در کشور آلمان، دادستان اختیار خود را در زمینه عدم ایراد اتهام فقط در جرائم کم اهمیت و یا مواردی که قانون، صراحتاً این اجازه را به او داده باشد می‌تواند اعمال کند (Saffer-ling, 2001: 73). به موجب ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری آلمان،[1] دادستان در صورتی قادر است از ایراد اتهام خودداری نماید که جرم ارتکابی سبک باشد و یا منافع عمومی آغاز تعقیب را اقتضا بکند. به استثنای بیشتر پرونده‌های کم اهمیت در سایر پرونده‌ها تصمیم دادستان مبنی بر توقف تعقیب و تحت نظارت یک قاضی بی طرف قرار می‌گیرد. در پرونده‌های مربوط به جنحه،[2] دادستان می‌تواند با رضایت مرتکب و دادگاه صالح از ایراد اتهام در جرائم عمومی صرف‌نظر کند و شرایط و دستورهایی را از جمله؛ خدمتی خاص به منظور جبران خسارت ناشی از ارتکاب جرم، یا پرداخت مبلغی به خزانه دولت و یا موسسه غیرانتفاعی برای متهم تعیین کند. در واقع به نظر می‌رسد در این جا یک نوع معامله اتهام صورت پذیرفته است به نوعی که دادستان به جای ایراد اتهام در پرونده‌های کم اهمیت با رضایت مرتکب که خود نوعی اقرار ضمنی بر ارتکاب جرم کم اهمیت از ناحیه اوست مرتکب را به خدماتی که به نفع جامعه باشد محکوم می‌نماید. به نظر می‌رسد این عقیده از آن‌جا نشأت می‌گیرد که هر کسی که با رفتار خود ضرری به جامعه وارد نموده حال موظف

1. German criminal procedure law approved in 1987

۲. در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰٤، مجازات‌ها را بر اساس شدت و ضعف جرم به جنایت، جنحه و خلاف تقسیم‌بندی می‌کردند و در نتیجه چنانچه مدت حبس، حداکثر سه سال در نظر گرفته می‌شد، به آن حبس جنحه‌ای گفته می‌شد. جنحه در لغت به معنای گناه می‌باشد. همچنین جنایت به جرمی گفته می‌شود که به اندازه‌ای سنگین باشد که مجازات آن بیش از سه سال باشد.

است در راستای جبران ضررهای وارده جامعه را از رفتارهای سودمند و جبران کنندهٔ خویش بهره‌مند سازد. در ادامه این مطلب باید به این موضوع خاطرنشان کرد که برخلاف حقوق کشورهایی همچون انگلستان و همچنین نظام حقوقی آمریکا، قوانین کشور آلمان به نحوی نیست که به صراحت دادستان بتواند از ابتدا، از ایراد اتهام صرف نظر کند.

دادرسی کشور ایران از نظام دادرسی مختلط پیروی می‌کند؛ با این توضیح که در مرحله دادسرا از نظام تفتیشی و در مرحله رسیدگی از نظام اتهامی پیروی می‌نماید؛ بنابراین اختیار دادستان در تعقیب جرم برگرفته از نظام حقوقی نوشته و تابع اصل قانونی بودن تعقیب است. به عبارتی دادستان بعد از اطلاع از وقوع جرم نمی‌تواند از ایراد اتهام صرف نظر کند و مکلف به ایراد اتهام و تعقیب متهم است و صرفاً می‌تواند با استناد به قانون از ایراد اتهام صرف نظر کند و یا تعقیب متهم را با طرق قانونی متوقف سازد. البته باید به این موضوع خاطرنشان کرد که در حقوق ایران به مرحله ایراد اتهام توجهی نشده است و چنین مرحله‌ای در دادرسی وجود ندارد. در واقع در حقوق ایران آغاز تعقیب متقارن با ایراد اتهام و تعقیب کیفری شناخته شده است؛ بنابراین به جز چند نهاد محدود همچون تعلیق تعقیب[1] (موضوع ماده ۸۱ قانون آیین دادسی کیفری) و یا بایگانی کردن پرونده (موضوع ماده ۸۰ همین قانون) نهادهای دیگری به چشم نمی‌خورد که بتوان آن را مشابه با نهاد ایراد اتهام (البته با مسامحه) دانست. پیش از این قانون، به موجب ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری، تعلیق تعقیب در جرائم جنحه ای پذیرفته شده بود. از سوی دیگر، بهره نظام عدالت کیفری ایران از جلوه‌های «اصل اقتضای تعقیب» صرفاً تعلیق تعقیب بود. همچنین بند و ماده ۲۶ آیین‌نامه دادسراها و دادگاه‌های ویژه روحانیت اصلاحی ۱۳۸۴ اعمال تعلیق تغییر را به جرائم خفیف امور خلاف شرع محدود نموده که این ماده کماکان به قوت خود پابرجاست. در واقع قرار تعلیق تعقیب یا بایگانی کردن پرونده مرحلهٔ ایراد اتهام را شامل نمی‌شود؛ چرا که دادستان با آغاز تعقیب کیفری و

---

۱. حقوق ایران تا سال ۱۳۵۲ آشنایی با قاعده موقعیت داشتن تعقیب از سطح دکترین و تدریس در دانشکده‌های حقوق تجاوز نمی‌کرد، ولی در این سال با الحاق ماده ٤٠ مکرر به قانون آیین دادرسی کیفری، «تعلیق تعقیب» به عنوان یکی از اقدامات قضایی دادسرا و اجرایی نمودن قاعده فوق و با تقلید از حقوق فرانسه وارد سیاست جنایی تقنینی ایران شد.

در مرحله بعد از ایراد اتهام، متهم را از این نهادها بهره‌مند می‌سازد؛ کما این‌که در مورد اخیر یعنی بایگانی کردن پرونده که در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت امکان‌پذیر اســـت، اساساً دادستان به عنوان یک مقام تشخیصی عمل می‌کند و مستفاد از ماده ۸۰ قانون آیین دادرســـی کیفری این دادگاه اســـت که بر حسب تشخیص از تعقیب متهم خودداری می‌کند.

همان طور که در موارد پیشین اشاره شد، ایراد اتهام در حقوق بعضی کشورهایی همانند انگلستان می‌تواند توسط مقام پلیس و دادستان صورت پذیرد و در اختیار این دو مرجع در جهت بررسی و ایراد اتهام یا صرف نظر از آن است. با توجه به این که در نظام تفتیشـــی با توجه به قوت داشتن اصل قانونی بودن، مقامات پیش‌گفته نمی‌توانند از ایراد اتهام صرف نظر کنند و باید پرونده را به جریان انداخته و تنها به حکم قانون، دادسرا می‌تواند از تعقیب متهم خودداری یا پرونده را بایگانی نماید؛ از این رو نیازمند افزایش اختیارات دادستان است و به نوعی دادسرا از ماهیت اداری خارج شده و جنبه قضایی به خود می‌گیرد. قضاوتی شـــدن دادســـرا به این معناست که وظایف قضات نشسته و صلاحیت محـــاکم کیفری به دادسرا نیز اعطا می‌شود. با تقویت صلاحیت مقامات دادسرا، آن‌ها اختیـــار حـــل و فصل جرایم کم اهمیت را پیدا می‌کنند (نجفـی ابرنـــدآبادی و رستمی، ۱۳۹۱: ٥٦). در پرتـــو ایـــن امـــر، نقش دادسرا افزایش یافته و از نظر کیفی تغییر کرده اســـت. دادســـرا در انتخـــاب شـــیوه‌هـــای رسیدگی، بیشتر به عنوان مرجع قضایی؛ تا ایفاگر نقش سنتی خـــود در پیگـــرد شـــناخته می‌شود (بوریکان و ســـیمون، ۱۳۸۹: ٤٠). در سیاست جنایی ایران مصالحه کیفری در مرحله دادسرا تا به حال مورد پـــذیرش قـــرار نگرفته و آنچه در مورد تعقیب متهمـــان از نظـــر نحـــوه پاســـخ‌دهـــی حـــاکم مـــی‌باشـــد، دارای رویکردی یک‌جانبه‌نگر و تحمیلی است. البته به طور غیر مســـتقیم می‌توان از نهادهایی چون تعلیق تعقیب و یا بایگانی کردن پرونده، قرائت مصالحه کیفری در شرایطی داشت؛ هرچند الزاماً چنین نیست. به طور کلی، دادستان به صـــورت یـــک‌طرفـــه در مـــورد پیگرد مجرمان تصمیم می‌گیرد و اراده متهم در آن نقشی نـــدارد و نشـــانه‌های از عـــدالت سازشی یا تصالحی در این مرحله نمی‌توان مشاهده نمود. واکـــنش مقـــام تعقیـــب بـــر اســـاس رویکرد اجباری تعقیب کیفری صورت می‌گیرد که تمـــامی مـــرتکبان جـــرائم بایســـتی بـــدون توجه به

شخصیت مورد ایراد اتهام قرار گیرند.

۲- ۱. شاخصه‌های ایرادِ اتهام در نظامِ کامن‌لا

برخلاف نظام حقوقی رومی ژرمنی که معمولاً همه تصمیمات قضایی حول محور قانون می‌چرخد، در نظام کامن‌لا به جای استناد به مواد قانونی، بیشتر به اصول کلی حقوقی و مقایسه دعوای مطرح شده با دعاوی رسیدگی شده و آراء قبلی دادگاه‌ها در مورد آن قضیه پرداخته می‌شود و در صورت شباهت بین عناصر دو پرونده حکم مشابه صادر خواهد شد. در واقع کامن‌لا دومین خانواده حقوقی است که شامل حقوق کشور انگلستان و دیگر کشورهایی است که از حقوق انگلستان سرمشق گرفته است و به نوعی کامن‌لا را می‌توان زاییده از دل حقوق کشور انگلستان دانست (داوید، ۱۳۹۰: ۲۲).

از رهگذر تعدیل آغاز فرایند کیفری و اعمال بدیل های آن، آغاز فرایند کیفری سنتی که تابع نظام تفتیشی است، از آن فاصله گرفته و به نظام اتهامی نزدیک‌تر می‌شود. از جمله نشانه‌های اتهامی شدن رسیدگی، ترافعی شدن آغاز فرایند کیفری می‌باشد؛ چون اولاً، بر اساس رویکرد اقتضای تعقیب، مقام تعقیب همانند نظام تفتیشی مکلف نیست همه جرائم را آغاز نماید؛ ثانیاً، اراده متهم نیز در فرایند کیفری دخالت داده می‌شود و در تصمیم‌گیری دادستان در مورد نحوه آغاز فرایند کیفری تأثیرگذار است. همچنین برای حل و فصل موضوعات کیفری از نهادهای جامعوی و مردمی کمک گرفته می‌شود و مثل نظام تفتیشی، دیگر مقامات دولتی و رسمی، تنها مرجع رسیدگی محسوب نمی‌شوند (عمرانی‌فر و همکاران، ۱۳۹۹: ١٦٤).

در نظام حقوقی رومی ژرمنی مدل دادرسی از شیوه تفتیشی پیروی می‌کند؛ در حالی که در نظام کامن‌لا مدل تعقیب و تحقیق جرائم بر پایه دادرسی اتهامی است. از ایرادات این نظام بر خلاف نظام تفتیشی که در آن دادستان بسیار فعال و پویا می‌باشد و وظیفه جمع‌آوری ادله له و علیه متهم بر عهده دارد، این است که دعوا بحث و رقابتی است بین شاکی و متهم به منظور حل اختلاف در برابری قاضی منفعل و بی طرف و هیأت منصفه‌ای که حقیقت وقایع را جست‌وجو می‌کند. در نظام حقوقی

کامن‌لا قاضی از تحصیل دلیل[1] و کوشش در راه رسیدن به حقیقت و اجرای عدالت منع شـــده است و بســـیاری از جرائم به دلایل مختلفی از سوی شاکی مورد شکایت قـــرار نمی‌گیرد و این خود یکی از چالش‌های مهم بر ســـر راه نظـــام مذکور بود. از این رو برای مرتفع کردن این اشـــکال و حفظ نظم عمومی، از اواخر سده گذشته در کشورهایی که نظام اتهامی بر آن حاکم است به تقلید از فرانسه مقام دولتی برای آغاز فرایند کیفری به وجود آمد که این مقام در انگلستان مدیر تعقیب[2] و در کانادا دادستان سلطنتی[3] نامیده می‌شود (Safferling, 2001: 56). تفاوت مقام تعقیب و مدیر تعقیب در این اســـت که در نظام حقوقی که در آن شـــیوه تفتیشی حاکم است، دادستان مقام ایراد اتهام و آغاز تعقیب کیفری اســـت؛ بنابراین دادســـتان را مقام تعقیب می‌دانند نه مدیر تعقیب؛ در حالی که در نظام اتهامی دادستان می‌تواند به صلاح‌دید خود از آغاز فراینـــد کیفری خودداری و یا آن را به جریان اندازد. به نوعی، ایراد اتهام در این نظام در اختیار دادســـتان اســـت که می‌تواند با وضعیت حاکم بر جرم، مثل شدت و حدت میزان مجازات و همچنین مصلحت عمومی و سایر مبانی دیگر از ایراد اتهام خودداری نماید؛ از این رو این مدیریت در اختیار دادســـتان قرار گرفته اســـت و دادستان مدیر تعقیب نامیده می‌شـــود. دادســـتان در نظام اتهامی وظیفهٔ تعقیب و تحقیق جرائم را بر عهده دارد و رکنی از قوهٔ مجریه یا دولت محســـوب می‌شـــود که تعقیب و تحقیق را شخصاً انجام می‌دهد؛ در حالی که در کشورهایی که نظام تفتیشی درآن‌ها حاکم است مانند نظام حقوقی کشور ایران، در مرحله دادسرا تعقیب و تحقیق از هم تفکیک شده و مقامی خاص (دادستان و بازپرس) عهده‌دار هر یک از مراحل است.[4]

1. Study the reason.
2. Chase Manager.
3. Royal Prosecutor.

٤. دادســـتان به عنوان نماینده مدعی‌العموم وظیفه دارد تا در صورت اطلاع از وقوع جرم، برای حفظ حقوق فردی و حقوق عامه مردم به عنوان مدعی به تعقیب متهمان بپردازد، اما پس از شـــروع تعقیب متهم و بازداشـــت یا احضار متهم، وظیفه تحقیق در خصوص وقوع یا عدم وقوع جرم با بازپرس به عنوان مقام تحقیق اســـت. در واقع بازپرس به عنوان یک مقام بی‌طرف بین ادله جرمی که از ســـوی دادستان اعلام شده و دفاعیاتی که متهم برای رهانیدن خود ابراز می‌کند به تحقیق پرداخته و سپس در خصوص مجرم بودن یا نبودن متهم اظهار نظر می‌کند. بر اســـاس ماده ۹۲ قانون آئین دادرسی کیفری جدید، »تحقیقات مقدماتی تمام جرائم به عهده بازپرس است». البته در ادامه قانون با توجه به بضاعت نظام قضایی، به مقام دادستان اجازه داده است تا در صورت نبودن بازپرس همان وظایف بازپرس را در بخشـــی از جرائم به عهده داشته باشد. در جرائم مهمی که در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی به

حدود چهار دهه پیـــش زمانی که دیوان عالی ایالات متحده معاملهٔ اتهام را به رســـمیت شناخت، در توجیه تصمیم خود، این‌گونه اظهار داشته بود که اگر قرار باشد هـــر اتهام کیفری موضوع محاکمه کاملی قرار گیرد، ایالات و دولت فدرال باید تعداد قضـــات و امکانات را چندین برابر کنند (Ma, 2002: 22). این اســـتدلال دیوان عالی ایالات متحده بسیار ظریف و هوشمندانه است؛ چرا که اگر قرار باشد هر اتهام کیفری توسط دادستان مورد تعقیب قرار گیرد و تبدیل به یک پروندهٔ کیفری شده و به دادگاه فرستاده شود، با توجه به حجم زیاد پرونده‌ها و تعداد کم قضات، از توان دادگاه خارج است و باعث می‌شود دستگاه عدالت کیفری به جای رسیدگی عادلانه، صرفا درصدد مختومه کردن پرونده‌ها و کســـر آمار باشـــد و این یکی از عیوب بزرگ نظام دادرسی مبتنی بر لزوم تعقیب کیفری اســـت. در واقع نظام ایراد اتهام که در اختیار دادســـتان اســـت می‌تواند به دادســـتان در نظام حقوقی کامن‌لا که مبتنی بر نظام اتهامی می‌باشد کمک نماید؛ با این توضیح که دادســـتان در مرحله ایراد اتهام با ارزیابی اهمیت و ادله موجود در پرونده، آینده آن را در ذهن خود تصور می‌کند و در صورتی که تشخیص دهـــد کـــه در انتهای پرونده امـــکان دارد به دلیل فقدان دلایل کافـــی یا عدم اهمیت موضوع به برائت منتهی شـــود یا ایراد اتهام برای جامعه سودمند نباشد، خود تصمیم مقتضـــی اتخاذ و از ورود پرونده‌های غیر مهم خـــودداری می‌نماید؛ چرا که اگر قرار باشـــد هر پرونده کیفری توسط دادستان وارد دستگاه عدالت کیفری شود و به قضات دادسرا و سپس دادگاه ارجاع شود، علاوه بر بالا بردن هزینه و وقت، موجب کاهش دقت در رســـیدگی می‌گردد.[1] برای نمونه در کشـــور آمریکا که از شیوه نظام دادرسی

آن‌ها اشـــاره شده، دادستان حق تحقیق نداشته و در این صورت، تحقیق در جایی که بازپرس حضور ندارد، توســـط دادرس دادگاه انجام خواهد شد. اگر در جایی بازپرس حضور نداشته باشد یا به دلیل قانونی معذور از رسیدگی باشد (برای مثال وجود قرابت نسبی و سببی بین متهم و بازپرس)، در غیر از جرائم مهم در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی، دادستان به جای بازپرس حق تحقیق در خصوص جرم را خواهد داشـــت که در این صورت می‌تواند تحقیق را به یکی از دادیاران دادسرا ارجاع دهد، اما دادیار از آنجایی که اســـتقلال در تصمیم ندارد باید تحت دســـتورات دادستان انجام وظیفه کند و در صورتـــی که دادیار بخواهد قرار بازداشـــت متهم را صادر کند حتما باید موافقت دادســـتان را در این خصوص جلب کند. شـــاید یکی از مهم‌ترین دلایل تفکیک بین مقام تعقیب و مقام تحقیق، همان حفظ حقوق متهمان باشـــد تا در فضایی منطقی راجع به جرم تحقیق و نســـبت به آن اظهار نظر شود (شیدائیان، مهدی و اسحاقی، سیدجعفر، ۱۳۹۹: ۱۰۵).

۱. نویســـنده می‌خواهد به قابلیت محدود سیستم عدالت کیفری در رسیدگی به پرونده ها اشاره کند. در حال حاضر نسبت توان رسیدگی کیفری به ورودی پرونده‌ها بسیار پایین است.

اتهامی پیروی می‌شـــود، دادگاه‌ها مأمور به کشـــف حقیقت و اجرای عدالت نیستند و قضات در مقایســـه با نظام حقوقی نوشته، نقشی منفعل دارند. مسئولیت اصلی تعیین ماهیت اختلاف و اراه حقایق وظیفه طرفین دعوا و وکلای آن‌هاســـت؛ به ویژه این که پرونده‌های جنایی به عنوان اختلافات بین دولت و اشـــخاص متهم تلقی می‌شوند. در یک پرونده جنایی دادستان به عنوان نمایندهٔ دولت می‌تواند تصمیم بگیرد که آیا منافع موکلش «دولت» با عدم اتهام‌زنی بهتر حفظ می‌شـــود یا این‌که از طریق راه حل کوتاهِ توافق با متهم، با لحاظ فراینـــد طولانی فرایند کیفری و پیش‌بینی نتیجه محاکمه قابل دستیابی است. این موضوع توافق گسترده دادستان‌ها در نظام کامن‌لا را توجیه می‌کند. (Jorg et al. 1995: 41).

در کشـــور آمریکا دادستان از اختیارات بســـیار زیادی برخوردار است. در این نظام حقوقی که از شیوهٔ اتهامی پیروی می‌کند، دادستان می‌تواند از شیوه‌ی معاملهٔ اتهام و گفت‌وگو در خصوص اتهام بهره گیرد. وی اختیار توقف هرگونه تعقیب قانونی را در هر مرحله از رسیدگی دارد؛ خواه تعقیب توسط وی یا مقام دیگر شروع شده باشد. وی ملزم نیســـت تشخیص و تصمیم خود را مســـتند به دلیل کند و اجبار او به ارائه دلیل، تجاوز به حدود اختیارات دادستان تلقی می‌شود.[1] در حقوق آمریکا در صورتی که دادســـتان تشـــخیص دهد که ایراد اتهام متهم نتایج مطلوبی را برای جامعه ندارد و شرایط ایراد اتهام را اقتضا نمی‌کند می‌تواند ایراد اتهام را بنابر صلاح‌دید خود مدیریت و از اتهام زدن خودداری نماید (Reichel , 1999: 211)؛ این در حالی اســـت که در قانون ایران، در صورتی که دادســـتان از وقوع جرم مطلع شـــد، با توجه به اصل لزوم

۱. جایـــگاه دادســـتان در نظام عدالت کیفری در نظام‌های حقوقی عرفـــی و نظام های حقوقی رومی ژرمنی متفاوت اســـت به گونه‌ای که در نظام‌های حقوقی عرفی نقش اجرای داســـتان پررنگ‌تر است و دادســـتان بخشی از قوه مجریه است و تلاش می‌شود اســـتقلال عملی نهاد در این رو حفظ شود، اما در نظام‌های رومی ژرمنی بر حســـب انتخاب کشـــورها ممکن است دادستان بخشی از قوه مجریه یا قضاییه باشـــد. به عنوان مثال، در نظام حقوقی فرانســـه دادستان بخشی از وزارت دادگستری است و در عین حال پایه قضایی دارد در نظام حقوقی انگلســـتان مدیر تعقیب یا همان دادســـتان، بخشی از وزارت کشور است؛ در آمریکا بخشی از وزارت دادگستری و در ایران بخشی از قوه قضاییه است و پایه قضایی دارد. البته باید توجه داشت که وابستگی اداری دادستان به قوه مجریه یا قضاییه بر حسب نظام سیاسی، پارلمانی یا سیاسی متفاوت است. بر همین اساس تکالیف دادستان در نظام‌های حقوقی مختلف فرق می‌کند و در برخی از آن‌ها به عنوان مقام مسئول تعقیب جرم شناخته می‌شود و در برخی دیگر افزون بر تکلیف تعقیب جرم تکالیف دیگری به دادســـتان تعویض می‌شود که ماهیت قضایی و شبه قضایی دارد (کوشکی، ۱۳۸۹: ۱۳).

تعقیب کیفری باید ایراد اتهام و سپس متهم را تعقیب نماید و نمی‌تواند به صلاح‌دید خود از ایراد اتهام به متهم خودداری نماید.

۲. تأثیرپذیری شاخصه‌های ایراد اتهام از فرایندهای کیفری

تقسیم‌بندی فرایندِکیفری به کرامت‌مدار (عدالت محور) و کنترل جرم را می‌توان در اندیشه‌های «هربرت پاکر»[1] ملاحظه کرد و او را اولین شخصی دانست که در این زمینه اظهار نظر کرده و این تقسیم‌بندی را به وجود آورده است. ذیل این قسمت، شاخصه‌های ایراد اتهام در فرایندِ کرامت‌مدار، کنترل‌مدار و ترکیبی به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. شاخصه‌های ایراد اتهام در فرایندِ کرامت‌مدار

الگوی کرامت‌مدار یا «دادرسی منصفانه»[2] الگویی است که فرایند کیفری در آن تا حد امکان، حقوق متهم را در پروسه کیفری مقدم بر حقوق جامعه می‌داند. الگوی مذکور با راهبرد دادرسی عادلانه و رعایت کرامت انسانی متهم، قصد دارد عدالت را در جامعه ایجاد نماید و به چیزی غیر از عدالت محض نمی‌اندیشد (Worrall, 2008: 11). اکنون احتمال دارد این سوال مطرح شود که ایراد اتهام چگونه می‌تواند از الگوی دادرسی منصفانه تأثیر پذیرد. به عبارت دیگر، در حکومت‌هایی که فرایند کیفری آن‌ها عدالت‌محور است، وضعیت ایراد اتهام به چه شکلی است؟

دستگاه عدالت کیفریِ مبتنی بر الگویِ کرامت‌مدار، «اصل برابری»[3] را به عنوان یکی از ارکان مهم و اساسی الگوی خویش می‌نامد و بر این اساس تصمیم می‌گیرد (Garner, 2009: 18). بر اساس این الگو، نظام عدالت کیفری بر متهم برتری ندارد و برابری قضایی بر روابط هر دو طرف حکم‌فرماست. این موضوع باعث می‌شود در صورتی که دستگاه عدالت کیفری بخواهد فردی را داخل در فرایند کیفری نمایند و دادستان ادله‌ای در اختیار دارد که وقوع بزهکاری را از ناحیهٔ فرد را تصدیق می‌نماید، متهم این فرصت را دارد تا ادلهٔ دادستان را جرح یا به عبارتی دلایلِ قانونیِ رفع اتهام را در ابتدای فرایند کیفری،علیه ادلهٔ دادستان ارائه کند (Cole, 1973: 55). علت اصلی این اقدام، احترام به شخص متهم و حفظ کرامت او در پروسه کیفری است تا مبادا

1. Hebert Packer
2. Fair trial model
3. The principle of equality.

دادســـتان به دلیل مصالح و منافع اجتماعی یا غرض‌ورزی شـــخصی، قصد ایراد اتهام ناروا و سپس تعقیب کیفری فرد را داشته باشد.

در الگـــوی کرامت‌مدار، تضمین‌های حقوق بشـــری به طـــور کامل در فرایند کیفری مورد توجه قرار می‌گیرد. یکی از مفاهیم نوین دستگاه‌های عدالت کیفری مبتنی بر یافته‌های نوین جرم‌شـــناختی و پیشـــگیری از وقوع جرم، مفهوم «کارایی»[1] است. مفهوم کارایی به این موضوع می‌پردازد که ورود افراد به دســـتگاه عدالت کیفری چه مزایـــا و مخاطراتی را در پی دارد. در انتها در صورتی که منافع داخل نمودن افراد در پروسه‌های کیفری بیشتر از مخاطرات آن باشد، آغاز فرایند کیفری توجیه یا به عبارتی قانونی تلقی می‌شود. موضوع کارایی تا جایی مورد نظر قرار گرفته است که بعضی از نویسندگان آغاز فرایند کیفری بدون کارایی را «غیرقانونی»[2] دانسته‌اند (Hutchings, 2001: 28)؛ بنابراین الگوی کرامت‌مدار، محکوم نمودن متهمان را در پروســـه کیفری به هر طریق و هر قیمت نمی‌پذیرد. پاکر معتقد اســـت توجه به آزادی‌های اشـــخاص در این الگو باعث به کارگیری ســـازکارهایی جهت تضمین حقوق افراد اســـت که از آن جمله می‌توان به فرض بی‌گناهی اشاره کرد. بر اساس این اصل، فرد بی‌گناه است مگر جرم وی ثابت گردد (Dimitrie Cantemir, 2013: 43)؛ بنابراین مفهوم کارایی به معنای درصد بالای تحقیق، دســـتگیری بازداشت و محکوم نمودن متهمان نیست، بلکه به معنای رعایت موازین قانونی و حفظ حقوق اشخاص و همچنین توجیه‌پذیری داخل نمودن افراد در پروســـه کیفری یا همان دقت در مبانی اصیل، جهت ایراد اتهام است. متناسب با الگوی دادرسی منصفانه در مرحلهٔ آغاز تعقیب کیفری، یا به عبارتی مرحله‌ای که فرد مظنون امکان دارد وارد دســـتگاه عدالت کیفری از طریق ایراد اتهام گردد؛ اصل برائت که یکی از اصول اساسی دادرسی کیفری است به شدت از حقوق فرد مظنون دفاع می‌کند و صرفاً زمانی اجازه می‌دهد که وضعیت فرد از حالت مظنون[3] به «متهم» تبدیل شـــود که ادله قوی مبتنی بر ارتـــکاب جرم ارائه گردد. از این جهت دســـتگاه عدالت کیفری مبتنی بر الگوی دادرسی منصفانه، اجازهٔ ایراد اتهام بدون ادلهٔ محکـــم را نمی‌دهد (Cole & Smith, 1998: 110). در خصوص جمع‌آوری ادله در

1. Performance.
2. Illegal.
3. Suspected.

مرحله تحقیقات مقدماتی و به عبارتی بستن پرونده اتهاماتِ شخص مظنون در قالب کیفرخواست، باید تاکید کرد که این موضوع آن‌قدر دارای اهمیت است که در حقوق کشور آمریکا، دادستان به طور مستقل حق تصمیم‌گیری راجع به کفایتِ ادلهٔ اثباتی را ندارد. به عبارتی، بسته به نوع ایالت، یک نهاد قضایی ناظر شامل قاضی دادگاه بخش و هیأت منصفه عالی در مرحله تأیید کیفرخواست وجود دارد که وظیفه اصلی آن‌ها بدون آن که نقشی در انجام تحقیقات مقدماتی داشته باشند، تصمیم‌گیری برای ارسال پرونده به دادگاه است؛ مگر در خلاف یا جنحه‌ای که خود متهم راضی به تشکیل نشدن جلسه مقدماتی باشد؛ یا مواردی که هیأت منصفه عالی، پیش‌تر به درخواست دادستان، صدور کیفرخواست را تأیید کند که در این موارد نیازی به تشکیل جلسه مقدماتی نیست.

نظام‌های عدالت کیفری مجازات‌گرا بر این باور هستند که هر فردی که داخل در دستگاه عدالت کیفری می‌شود، باید دست خالی از آن خارج نگردد و نوعی واکنش کیفری برای او در نظر گرفته شود. این موضوع مبتنی بر اصل قابلیت محکومیت و تشخیص آن است که یکی از مبانی مهم ایراد اتهام جهت ورود به این مرحله می‌باشد. برخی از بازداشت‌های غیر قانونی (قبل از محاکمه) می‌تواند مبتنی بر این نگرش باشد. در دستگاه عدالت کیفری کرامت‌مدار عقیده بر این است که کنش‌گران عدالت کیفری باید در داخل نمودن افراد در فرایند کیفری جواب‌گوی کنش کیفری خویش باشند و زمانی اقدام به ایراد اتهام کنند که شرایط و اوضاع و احوال تا حدودی بزهکاری فرد را تصدیق نماید. در هر حال باید دقت نمود که ورود افراد به پروسه کیفری دلیل بر مجرمیت آنان نیست و برای کارگزاران متخلف باید ضمانت اجراهایی در نظر گرفته شود تا در تصمیمات خود دقت کافی داشته باشند تا مبادا افراد جامعه را طبق مبانی غیر قانونی، از طریق اتهام زدن وارد پروسه کیفری نمایند (Cole & Gertz, 1997: 16). در تشکیلات دادرسی کیفری به خصوص در مرحله دادسرا، آغاز فرایند کیفری به معنای امارهٔ مجرمیت محسوب می‌شود. در تأیید این گفتار می‌توان استناد مقامات قضایی دادسرا را در نظر گرفت که در قرارهای صادره و در قسمت ادله اثباتی، شکایت شاکی و متعاقب آن آغاز تعقیب کیفری را به عنوان اماره‌ای در جهت توجیه قرار جلب به دادرسی خویش معرفی می‌کنند؛ در حالی

که استناد به این موضوع کاملاً اشتباه و خلاف اصل می‌باشد. به طور جمع بندی و در پاســـخ به سوالی که در ابتدای این قسمت مطرح شد باید به این نکته پرداخت که در دستگاه‌های عدالت کیفری مبتنی بر الگوی کرامت‌مدار، ایراد اتهام با رعایت حقوق و آزادی‌های شهروندی در نظر گرفته می شود. از طرفی در این فرایند، ایراد اتهام صرفاً در جهت «اعاده نظم اجتماعی»[1] صورت می‌گیرد و هدف از ایراد اتهام به هیچ عنوان جهت‌گیری‌های سیاسی، اقتصادی و فرهنگی نمی‌باشد.

۲-۲. شاخصه‌های ایراد اتهام در فرایندِ کنترل‌مدار

اگر قرار باشـــد در خصوص الگوی کنترل جـــرم تعریف مختصر و مفید ارائه شـــود باید اذعان نمود: «الگوی کنترل جرم نوعی فرایند کیفری رســـیدگی است که سیاست اصلی دستگاه عدالت کیفری مبتنی بر آن سرکوب رفتارهای مجرمانه می‌باشد» (Packer, 1964: 27). در دســـتگاه‌های عدالت کیفـــری مبتنی بر الگوی کنترل جرم، شـــخص فراخوانده به فرایند کیفری یا همان متهم به هیچ عنوان مهم نبوده و هدف و غایت اصلی در این الگو، حفظ امنیت پایدار[2] حتی به قیمت فراخواندن افراد به فرایند کیفری بدون مبانی ایراد اتهامی می‌باشد. بعضی از نظریه‌پردازان در خصوص استفاده از از این الگو بر این عقیده‌اند که فلسفه وجودی استفاده از الگوی کنترل جرم، نظریه حفظ نظام اجتماعی[3] است (Ibid: 18, 32). نظریهٔ حفظِ نظام اجتماعی، این موضوع را مطرح می‌کند که در جامعه اولین و اصلی ترین هدف، برقراری نظم و امنیت است و این مهم بر ســـایر موضوعات دیگر اولویت دارد. در این‌جا باید به این نکته توجه داشت که امکان دارد در راستای برقراری نظم و امنیت اجتماعی، افرادی بدون توجه ایراد اتهام به آن‌ها وارد فرایند کیفری شده و یا به عبارتی «تاوان» کار ناکرده را بدهند، اما همین که نظم و امنیت اجتماعی برقرار باشـــد، این نقیصه قابل چشم‌پوشـــی است و مهم به نظر نمی‌رســـد. در دستگاه های عدالت کیفری مبتنی بر الگوی کنترل جرم، میان نیروهای پلیس و دادســـتان با هدف محکوم کردن متهمان، پیوند عمیق صورت می‌گیرد؛ تا جایی که پلیس منافع (خواست و اراده) دادستان را تأمین نموده و دادستان هم به عنوان مقامی که افراد را در فرایند کیفری وارد می‌کند، گزارشات پلیس را نادیده

1. Restoration of social order.
2. Maintain stable security
3. Maintaining social order

نگرفته و برای آن‌ها اعتبار بالایی در حد «دلیل»[1] قائل است.

بر خـــلاف فرایند کرامت‌مدار که «مشـــخص بودن»[2] و «محـــدود بودن»[3] دو مشـــخصه اصلی ایراد اتهام در فرایند پیش‌گفته است، در فرایند کنترل‌مدار، دادستان اختیارات گسترده و بی حد و حصر دارد؛ بنابراین «نامعین بودن»[4] و «بی حد و حصر بودن»[5] دو مشخصه اصلی ایراد اتهام در فرایند مذکور است؛ با این توضیح که دادستان در نظـــام کنترل‌مدار یا امنیتی، به عنوان اولین مقام در آغاز فرایند کیفری در راســـتای حفظ امنیت و نظم اجتماعی و کشـــف جرم به نوعی آتش به اختیار اســـت؛ به نحوی که می‌تواند به صلاح‌دید خود افراد را وارد فرایند کیفری کند یا به صلاح‌دید خود از ایراد اتهام نسبت به دیگران صرف نظر نماید (Wyngaert. Van. Den, 1993: 14). در رویکرد مذکور ایراد اتهام مبانی زیر را در بر می‌گیرد:

نخست، افرادی که برای پلیس به عنوان مجرمان قبلی شناخته می‌شوند (افراد سابقه‌دار) باید در هر زمان به منظور تعیین این‌که آیا آن‌ها در فعالیت‌های ضد اجتماعی پیش آمده شـــرکت داشته‌اند یا خیر، اعلام وضعیت نمایند؛ به ویژه هنگامی که جرمی اتفاق افتاده است و اگر جرمی که پیش آمده توسط مرتکب سابقاً روی داده باشد؛

دوم، هر کس به گونه‌ای رفتار کند که ســـوء ظن را برانگیزد باید برای بررسی اتهام بازداشـــت شود. ممکن است معلوم شـــود که او مرتکب تخلف شده است، اما مهم‌تر از آن، بازداشت او برای بازجویی، در خیابان و در منزل، ممکن است از ارتکاب جرم جلوگیری کند؛

سوم، کسانی که از طریق فعالیت‌های مجرمانه امرار معاش می‌کنند باید متوجه شـــوند که حضور آن‌ها در اجتماع مورد رصد دائمی پلیس قرار می‌گیرد؛ به نوعی که اگر جرمی در یک محله روی دهد، آن افراد در معرض ایراد اتهام پلیس قرار می‌گیرد (Remington, 1960: 51)؛ بنابرایـــن بدبینی کیفری، بازداشـــت موقت و ایراد اتهام ابزاری، از مشخصه‌های ایراد اتهام توسط پلیس است.

---

1. Proof
2. to be clear
3. being limited
4. being uncertain
5. Limitless

در فرایند کنترل جرم، نه تنها با اشتباهات قضایی[1] برخورد نمی‌شود بلکه از آن استقبال هم می‌شود؛ با این توضیح که بر اساس الگوی‌های حاکم بر دستگاه عدالت کیفری نوین، قاعده نامعتبر شناختن اعمال و ادلهٔ جمع‌آوری شده خارج از موازین قانونی است که کنش‌گران کیفری آن را تحصیل نموده‌اند؛ در حالی که در دستگاه عدالت کیفری مبتنی بر فرایند کنترل‌مدار، خط قرمزی برای دستیابی به اطلاعات وجود ندارد و عقیده بر آن است که برای نظم و امنیت جامعه باید بتوان هر ادله‌ای را به دست آورد (عمرانی فر و همکارن، ۱٤۰۲: ٤٥). حریم خصوصی افراد و احترام به کرامت انسانی در الگوی فوق به هیچ عنوان در اولویت رسیدگی‌های کیفری نیست. می‌توان ویژگی‌های نظام دادرسی مبتنی بر الگوی کنترل جرم را به طور خلاصه موارد ذیل دانست:

نخست، همواره در پروسه کیفری اماره مجرمیت به جای اصل برائت حکم فرماست؛

دوم، معمولاً در در این الگو توسل به شکنجه در مرحله اتهام نمود دارد؛

سوم، به رسمیت شناختن حق سکوت در مرحله اتهام ملحوظ است؛

چهارم، سرعت رسیدگی در الگوی کنترل جرم بسیار زیاد است در واقع به نوعی عقاید مکتب کلاسیک[2] در بحث مجازات‌ها در این الگو رسوخ دارد؛

پنجم، ایراد اتهام در این الگو از مقررات قانونی تبعیت نمی‌کند و به عبارتی، ایراد اتهام به جایی که قانونی باشد در دست کنش‌گران کیفری است (McLaughlin & Munice, 2001: 138).

در قالب جمع‌بندی باید عنوان نمود که در دستگاه‌های عدالت کیفری که رویکرد آن‌ها مبتنی بر الگوی کنترل‌مدار است، شهروندان به عنوان افرادی تلقی می‌شوند که هر لحظه باید تحت نظارت دستگاه‌های نظارتی و انتظامی باشند؛ به عبارتی اصل مجرمیت یا امارهٔ مجرمیت حاکم است؛ ایراد اتهام به عنوان ابزاری در اختیار دادستان است که با همکاری پلیس از آن در جهت حفظ منافع حاکمیت استفاده می‌کند. دادستان به عنوان رئیس دادسرا و مقامی که افراد را وارد پروسه کیفری

1. Judiciary mistakes.

۲. در ادبیات جرم‌شناسی اغلب به تفکر جرم‌شناسانه مکتب‌های کلاسیک و نئوکلاسیک توجه می‌شود. این نظریه پردازان بازدارندگی را شامل سه جزء می‌دانستند؛ سرعت، قطعیت و شدت جرم.

می‌کند، در صورتی که تشخیص دهد بعضی از افراد می‌توانند نظم و امنیت اجتماعی را مختل کنند، آن‌ها را وارد پروسه کیفری کرده و برای تکیه بر تشخیص خود، به شدت نیاز به گزارشی برای تخلفات فرد متهم دارد. در این‌جا پلیس این گزارش را برای جلب رضایت دادستان (هر چند خلاف واقع) کامل می‌کند. در نظام‌های مبتنی بر الگوی کنترل‌مدار، ایراد اتهام می‌تواند همانند ابزاری برای سرکوب مخالفان نظام یا ایدئولوژی حاکم بر جامعه (منتقدان، روشنفکران و اصلاح‌طلبان) باشد و نمی‌توان از این نظام انتظار داشت که صرفاً افرادی را وارد پروسه کیفری کند که طبق قانون جرم انجام داده‌اند؛ چرا که احتمال دارد افرادی وارد پروسه کیفری شوند که از نظر حاکمیت مهره سوخته سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و یا مخالف حاکمیت باشند؛ بنابراین اصل قانونی بودن جرم و مجازات به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری، در الگوی مذکور رعایت نمی‌شود (Goldstein, 1960:147). بعید نیست که مقام دادستان در دستگاه عدالت کیفریِ کنترل‌گرا، از یک مقام قضایی یا مدعی‌العموم به مقامی تبدیل شود که به جای نظم و حقوق اجتماعی خواست و اراده دولت‌ها و حاکمیت‌ها را برای بقا و حفظ نظم و امنیت به کار گیرند و نه نظم و حقوق جامعه. از این جهت در این نظام‌ها نباید انتظار داشت ایراد اتهام بر مبنای قانون صورت پذیرد؛ کما این‌که در این نظام‌ها، تخلفات قانونی از ناحیه پلیس و دادستان بسیار بالاتر از از دستگاه عدالت کیفری، مبتنی بر الگوی کرامت‌مدار روی می‌دهد. در این نظام ها در جهت حفظ بقاء، امنیت و حاکمیت چه بسا در مرحله اتهامی توسل به شکنجه، سرکوب، اخذ اعتراف موافق نظر حاکمیت، و به عبارتی عدم رعایت حقوق دفاعی و نقض سایر اصول کیفری پذیرفته شده بین‌المللی در دستگاه‌های عدالت کیفری مشاهده می‌گردد (Pavlich, 2018: 32).

۳-۲. شاخصه‌های ایراد اتهام در فرایندِ ترکیبی

همیشه نمی‌توان فرایندهای دادرسی کیفری را صرفاً شامل فرایند کرامت‌مدار یا فرایند کنترل‌مدار دانست؛ چرا که امکان دارد در یک نظام دادرسی کیفری هر دو فرایند به عنوان یک فرایند واحد تحت عنوان«فرایند ترکیبی»[1] مورد نظر قرار گیرد و در هر مرحله، یکی از فرایندهای موجود ملاک عمل قرار و بر ایراد اتهام تاثیر بگذارد.

1. Combined process.

منظور از فرایند ترکیبی این اســت که دســتگاه عدالت کیفری با توجه به نوع جرم و نتیجه آن، تصمیــم می‌گیرد از کدام یک از فرایند کرامت‌مدار یا کنترل‌مدار اســتفاده نماید. به عبارتی، در جایی که عنوان جرم، ارتکاب جرم با حیثیت خصوصی و مابین افراد را شــامل شود یا به عبارتی بزه‌دیده از افراد جامعه باشد؛ مانند جرائمی همچون ســرقت، ضرب و جرح، توهین و افترا که ناشی از اختلافات بین افراد جامعه است، شاخصه‌های ایراد اتهام از فرایند کرامت‌مدار تبعیت می‌کند و تمام شاخصه‌هایی که در فرایند کرامت‌مدار مطرح شد، در این دسته از جرائم ساری و جاری است. در مقابل در حالتی که جرائم با حیثیت عمومی و حکومتی باشد؛ به نوعی که نتیجه آن حاکمیت یا نظم و امنیت جامعه را مختل کند، دیگر شاخصه‌های ایراد اتهام از فرایند کرامت‌مدار تبعیت نکرده و نمی‌تواند منافع دولت را تأمین کند و راهگشا باشد؛ بنابراین از فرایند کنترل‌مدار اســتفاده می‌شــود. در این حالت جرائمی از قبیل برهم زدن نظم و امنیت عمومی، قیام علیه دولت و حاکمیت و جرائم علیه سردمداران حکومتی مشمول فرایند کنترل مدار می‌شــود و تمام فاکتورهایی که در این فرایند وجود دارد، در جرائم علیه حاکمیــت و دولت مورد نظر کنش‌گران کیفری قرار می‌گیرد. در حکومت‌هایی که از الگوی ترکیبی در نظام دادرســی خود استفاده می‌کنند، کنش‌گران کیفری در جایی که موضوع جرم اختلاف بین افراد جامعه یا به عبارت شهروندان است، اتهام را با توجه بــه نص قانون وارد می‌کنند یــا به عبارتی کنش گران کیفــری از ضوابط و مقررات قانونی در مرحله ایراد اتهام تبعیــت می‌کنند (Goldstein, 1960: 17)؛ در حالی که اگر جرم به نوعی عنوان حکومتی و دولتی داشــته باشد مانند جرائمی که علیه امنیت داخلی و خارجی دولت‌ها است (در حقوق ایران مانند، محاربه، افساد فی‌الارض، بغی و جاسوســی)، ایراد اتهام از مبانی ثابت و قانونی پیروی نمی‌کند و با توجه به شرایط و مقتضیات و مرتکب جرم و خواســت و ارادهٔ دولت‌ها تغییر کرده و همانند ابزاری در اختیار دســتگاه عدالت کیفری برای پاسخ به امیال حاکمیت قرار می‌گیرد. بدیهی است دولت‌ها برای پاسخ‌گویی به جرائمی که علیه حاکمیت آن‌ها نظم و امنیت روی می‌دهد، ســخت‌گیری بیشتر و واکنش شدیدتری نشــان می‌دهند و شیوه دادرسی از فراینــد کنترل‌مدار تبعیت می‌کند. بنابراین می‌توان گفت که در حال حاضر ایراد اتهام در بسیاری از نظام های کلی حاکم بر عدالت کیفری از الگوی ترکیبی استفاده می‌کنند.

برآمد

۱- ایراد اتهام از جمله موضوعات نوظهور در ادبیات کیفری محسوب می‌شود که دارای شـــاخصه‌های یکســـان در نظام‌ها و فرایندهای کیفری نیست. ایراد اتهام با توجه به نظام حقوقی یا فرایند مورد اســـتفاده متفاوت است. شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام رومی ژرمنی شـــامل حتمی بودن ایراد اتهام، انفعال دادســـتان در مرحله ایراد اتهام، عدم حاکمیت نظام کفایت ادله اســـت و در نظام کامن‌لا، تشخیصی بودن ایراد اتهام، فعال بودن دادســـتان در مرحله ایراد اتهام و حاکمیت نظام کفایت ادله به چشم می‌خورد.

۲- شـــاخصه‌های ایراد اتهام در فرایند کرامت‌مدار شـــامل اصل برابری، اصل کارایـــی، توجه به کفایت ادله، توجه به فردی کردن ایراد اتهام و تأکید به اصل برائت است و ایراد اتهام در راســـتای اصل قانونی بودن جرم می‌باشد. در فرایند کنترل‌مدار شاخصه‌های ایراد اتهام شامل ایراد اتهام در راستای برقراری نظم و امنیت، ایراد اتهام به منزلهٔ ابزار حکومتی، عدم توجه به کفایت ادله جهت ایراد اتهام، ایراد اتهام به اساس مبانی فرا قانونی (عدم رعایت اصل قانونی بودن جرم) و در فرایند ترکیبی باید جرائم را بـــه حیثیت خصوصی و حیثیت عمومی حکومتی تقســـیم نمود؛ با این توضیح که شاخصه‌های ایراد اتهام در جرائم خصوصی (جرائم بین افراد جامعه) معمولاً از فرایند کرامت‌مـــدار و در جرائم با حیثیت عمومی به ویژه جرائـــم علیه حاکمیت، از فرایند کنترل‌مدار تأثر می‌پذیرد.

۳- در ســـازکارهای حقوق کیفری ایران، اساســـاً مرحله‌ای تحت عنوان ایراد اتهام پیش‌بینی نشده است؛ بنابراین دادستان اختیاری برای مدیریت مرحله ایراد اتهام و تمیز تعقیب کیفری ندارد. همچنیـــن فرایند کیفری کنترل‌مدار حاکم بر آغاز فرایند کیفری، ، اجازه اختیار عمل از دادســـتان را ســـلب کرده و او را مکلف به تعقیب کلیه جرائم می‌نماید.

٤- پیشـــنهاد می‌شود ایراد اتهام به عنوان یکی از مراحل مهم دادرسی کیفری، بدواً در قوانین دادرســـی شناسایی شود و مواردی که می‌تواند باعث حرفه‌ای‌تر شدن پروســـه کیفری در مرحله ایراد اتهام شود، از نظام کامن‌لا و فرایند کرامت‌مدار در این مرحله، شناسایی و جایابی گردد.

۵- با افزایش اختیارت دادستان در مرحلهٔ تعقیب، می‌توان مرحلهٔ ایرادِ اتهام را به عنوان یکی از کلیدی‌ترین مراحل دادرسی کیفری که در حقوق ایران تا حد زیادی مغفول مانده، سازماندهی و از ورود پرونده‌های فاقد ارزش جلوگیری کرد. شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام اتهامی دارای جنبه‌های مثبت بیشتری است و لذا گردش از نظام تفتیشی در مرحله دادسرا به اتهامی، مفید به نظر می‌رسد.

٦- کشور انگلستان در زمینه کنترل ورودی پرونده‌هایِ فاقدِ ارزش به سیستم عدالتِ کیفری و تعدیل، دستاوردهای خوبی دارد؛ زیرا در جهت ایرادِ اتهام، صرفَ نظر از نوع جرم، دو شاخصهٔ کفایت ادله و مصلحت عمومی را برای آغاز پروسه کیفری در نظر دارد. توجه به دو شاخصهٔ فوق در قوانین دادرسی کیفری، برای ایراد اتهام در یک مدل مطلوب پیشنهاد می‌شود.

۷- اثرپذیری شاخصه‌های ایراد اتهام در نظام فرایند کرامت‌مدار بسیار مثبت و تعدیل‌گرا است؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود در کلیهٔ جرائم به ویژه در جرائم علیه امنیت و حاکمیت، با توجه به شدت مجازات‌ها و تمایل به شاخصه‌های کنترل‌مدار، ایراد اتهام از شاخصه‌های فرایند کرامت‌مدار تأثیر پذیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* بوریکان، ژاک و سیمون، آن ماری (۱۳۸۹)، **آیین دادرسی کیفری**، برگردان: عباس تدین، چاپ نخست، تهران: خرسندی.

* داوید، رنـــه (۱۳۹۰)، **نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر**، ترجمه و تحقیق: حســـین صفایی و محمد آشوری و عزت الله عراقی، چاپ سوم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

* شـــیداییان، مهدی و همکاران (۱۴۰۰)، «**تحلیل نســـبت مصلحت‌سنجی تعقیب کیفری با نظم عمومی و امنیت اجتماعی**»، مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران، سال دهم، شماره ۱.

* شـــیداییان، مهدی و اسحاقی، سیدجعفر (۱۳۹۹)، «**جلوه‌های مصلحت عمومی در آیین دادرسی کیفری و چالش آن با حقوق فردی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.

* عمرانی‌فر، عدنان و شیدائیان، مهدی (۱۴۰۲)، «**ایراد اتهام به افراد؛ علل و پیامدها از منظر مبانی قرآنی و روایی**»، مطالعات قرآنی جیرفت، دوره ٤، شماره ٥٦.

* عمرانی‌فر، عدنان و همکاران (۱۳۹۹)، «**جایگاه شُعبه مقدماتی در دیوان بین‌الملل کیفری و اِمکان‌ســـنجی پیش‌بینی آن در حقوقِ ایران**»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، دوره ٤، شماره ۲.

* کوشـــکی، غلامحســـن (۱۳۸۹)، «**جایگزین‌های تعقیب دعوای عمومی در نظام دادرسی کیفری ایران و فرانسه**»، حقوق و سیاست، دوره ۱۲، شماره ۲۹.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حســـین و رستمی، هادی (۱۳۹۱)، «**رویکرد سزاگر به کیفر در نظریهٔ لیبرالیسم**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰.

ب. انگلیسی

* Ambos, Kai. (2003). **International criminal procedure**, adversarial, inquisitorial or mixed?; International Criminal Law Review,vol 3

* Brown, A. (1998), **Police Governance in England and Wales**. First published. Great Britain: Cavendish Publishing Limited.

* Cole, George F. & Christopher E. Smith, (1998). **The American**

System of criminal justice, Wadsworth Publishing Company, 8th ed

❋ Cole, George F. & Mary G. Gertz,(1997), **The criminal justice system: Politics and policies**, 7th ed., West/Wadsworth Publication,

❋ Defranica, Cristian (2001), **Due Process in international criminal courts, why procedure matters?** Virginia law Review, Vol. 87.

❋ Garner, Bryan A.(2009). **Black's Law Dictionary**, discretion (4), 9 edition.west

❋ Goldstein, (1960). **The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure**, 69 YA.z L.J. 1149.

❋ Hutchings, P. (2001). **The Criminal Subject in Law**, Literature and Aesthetics. New York: Routledge.

❋ Jorg, N; Field, S & Brants, C. (1995). **Are Inquisitorial and Adversarial systems converging? In Fennell**, P et al . (eds). Criminal Justice in Europe: A Comparative Study,Oxford, Clarendon Press

❋ Ma, Yue. (2002). **Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States**, France, Germany, and Italy, A Comparative Perspective,International Criminal Justice Review, Vol. 12.

❋ McLaughlin, Eugene & John Muncie, (2001). **The Sage Dictionary of criminology**, Sage Publication, 1st published.

❋ Packer, Herbert. (1964). **Two models of criminal process**, Stanford University Press.

❋ Pavlich, George. (2018). **'The violent rhetoric of accusation: Cicero and the Marcus Ameleus Scaurus case'**. In Joshua Nichols and Amy Swiffen (eds), Legal Violence and the Limits of the Law. Abingdon: Routledge, 30–49.

❋ Reichel L. Philip. (1999). **Criminals Justices Systems**, A Topical Approach Sec.Ed. Pearson

❋ Remington, The Law Relating to, (1996) **On the Street" Detentio**

n, Questioning and Frisking of Suspected Persons and Police Arrest Priileges inGeneral, 51 3. Gnns. L., C & P.S. 386 .

❋ Safferling, Christoph J.M (2001). **Towards an international criminal procedure**, Oxford university Press

❋ Worrall, John L (2008). **Prosecution in America A Historical and Comparative Account**, in: Worrall, John L. & M. Elaine NugentBorakove, The Changing Role of the American Prosecutor, Albany: State University of New York Press

❋ Wyngaert. Van. Den. (1993). **Criminal Procedure Systems in the European Community**, Van Den Wyngaert, Butterworths, London, Brussels, Dublin, Edinburgh.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۳۱۴-۲۷۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

واکاوی مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی بر مبنای اشکال مسئولیت کیفری بین‌المللی[1]

اکبر علیزاده،[2] جعفر کوشا[3]

چکیده

مسئولیت کیفری در عرصه بین‌المللی دارای اشکال متعددی است. مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت کیفری در پرتو فعالیت مجرمانه مشترک (جمعی) و مسئولیت فرماندهان و مقام‌های مافوق، سه شکل رایج مسئولیت کیفری محسوب می‌شوند. در این عرصه، اصل عام مسئولیت کیفری فردی با توجه به ماهیت جنایات بین‌المللی با استثناءهایی همراه شده که مسئولیت کیفری ناشی از فعالیت مجرمانه مشترک و مسئولیت کیفری فرماندهان و مقام‌های عالی‌رتبه، دو مصداقی هستند که در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی در راستای تحمیل مسئولیت کیفری به مرتکبان جنایات بین‌المللی مورد استناد قرار می‌گیرد. پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی به واکاوی مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی و همراهان وی بر مبنای اشکال سه‌گانه مسئولیت کیفری بین‌المللی می‌پردازد و این مسئولیت را در قالب هر سه شکل مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت کیفری در پرتو فعالیت مجرمانه مشترک (جمعی) و مسئولیت فرماندهان و مقام‌های مافوق اثبات می‌نماید که شکل آن بسته به شیوه مشارکت و دخالت یا عدم دخالت مرتکب در عملیات مادی مشخص می شود.

واژگان کلیدی: تروریسم، مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت جمعی، مسئولیت فرماندهان.

---

۱. این مقاله برگرفته از رسالهٔ دورهٔ دکتری تخصصی نویسندهٔ مسئول تحت عنوان «ترور سردار سلیمانی از منظر حقوق کیفری بین‌المللی» با راهنمایی دکتر جعفر کوشا و مشاورهٔ دکتر حسین میرمحمدصادقی و دکتر رجب گلدوست جویباری در دانشگاه شهید بهشتی است.

۲. دانشجوی دکترا حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)
alizadeh6128@gmail.com

۳. عضو هیات علمی دانشگاه شهید بهشتی
jkoosha@yahoo.com

درآمد

بر خلاف حقـــوق کیفری ملی، در حقوق بین‌الملل تقســـیم‌بندی رســـمی و مشخصی از جرائم وجود ندارد، با این همه، حقوق‌دانان با توجه به اساس‌نامه محاکم کیفـــری بین‌المللی و معیارهایی نظیر درجه و میزان جرم، تأثیر جرم، شـــیوه ارتکاب جرم و ماهیت جرم به جرائم ساده و جرائم شدید، «جنایات» اصلی را تعیین کرده‌اند. مطابق این دیدگاه، جرائم شـــدید که آثار جبران‌ناپذیری بر روابط انسانی دارد و صلح و امنیت بین‌المللی را با خطرات جدی مواجه می‌کند، جنایت تلقی شـــده و به غیر از آن‌ها، هر نوع رفتار مجرمانه دیگر به عنوان جرائم محسوب شدند؛ بنابراین در حقوق بین‌الملل کیفری بین جرائم ساده و جنایات تفاوت وجود دارد که این تفاوت ناشی از نوع و دامنه تعهد نقض شـــده و شدت و ضعف واکنش‌های کیفری در قبال آن است. مسئولیت کیفری ناشی از ارتکاب جرائم ساده و جنایات نیز متفاوت است؛ مسئولیت ناشـــی از جنایات بین‌المللی با ارتکاب رفتارهایی کـــه منجر به نقض صلح و امنیت بین‌المللی می‌شـــود بر مرتکب تحمیل می‌شود، اما مســـئولیت کیفری ناشی از جرائم بین‌المللی، مربوط به تخلفاتی است که آثار کمتری نسبت به جنایات بین‌المللی دارد.

مطابق بند یک ماده ۵ اساس‌نامه رم، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی محدود به شـــدیدترین جنایت‌های مورد دغدغه مجموعه جامعـــه بین‌المللی خواهد بود. به موجب این اســـاس‌نامه، دیوان در رابطه با جنایت‌های نسل‌کشـــی،[1] علیه بشـــریت،[2] جنگی[3] و تجاوز ارضی[4] صلاحیت رســـیدگی خواهد داشـــت که اختصاراً «جنایات اصلی»[5] خوانده می‌شـــوند. با وجود این‌که اقدام‌های تروریستی از منظر درجه و میزان جرم، تأثیر جرم، شیوه ارتکاب و ماهیت جرم[6] از آستانه شدت بسیار بالایی برخوردار بوده و حداقل در مورد اشـــکال حاد تروریستی، این آستانه شدت بسیار بالا است، اما

1. Genocide
2. Crimes against humanity
3. War crimes
4. Aggression
5. . Core Crime, see: Report of the ILC on the Work of its 46th Session 2 May-22 July 1994, UN GAOR 49th Session, Supplement NO.10(A/49/10), para.3, p. 7.

۶. چهار معیار یاد شده، برابر گزارش دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی در مورد جرائم در صلاحیت این دیوان بیان شده است.

این‌که چرا با وجود آستانه شدت بالا، جزء جرائم در صلاحیت دیوان قرار نگرفته، پرسشی است که صاحب‌نظران پاسخ‌های مختلفی به آن داده‌اند که قانع کننده نیست؛ چرا که اشکال حاد این نوع از جرائم به ویژه اگر از نوع تروریسم فراملی دولتی باشد، دارای چنان آثار زیان‌بار و غیرقابل جبرانی علیه صلح و امنیت بین‌المللی است که اگر این آثار از آثار جنایات اصلی در صلاحیت دیوان بیشتر نباشد، حداقل به اندازه آن‌ها خواهد بود. با وجود عدم تصریح به صلاحیت دیوان در رسیدگی به تروریسم در اساس‌نامه رم، به دلیل آثار و خطرات جبران‌ناپذیر اقدام‌های تروریستی بر صلح و امنیت بین‌المللی، می‌توان این نوع از اقدام‌ها را حداقل در اشکال حاد[1] خود نظیر آن‌چه در اقدام تروریستی منجر به شهادت سردار سلیمانی و همراهان وی شاهد بودیم، یک جنایت بین‌المللی محسوب کرد. هم‌چنین این اقدام‌ها، در قالب هر یک از جنایات اصلی در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی یا به‌عنوان مصداقی از آن‌ها نیز قابلیت تفسیر داشته و می‌توان به عنوان یک جنایت بین‌المللی، صلاحیت دیوان در رسیدگی به مسئولیت کیفری مرتکبان را مطرح کرد.

از جمله موضوعات بسیار مهمی که در جنایات بین‌المللی مطرح بوده و در ذیل مباحث آن مورد بررسی قرار می‌گیرد، مسئولیت کیفری مرتکبان است. با وجود مطالعات متعدد انجام یافته پیرامون جنبه‌های مختلف اقدام تروریستی منجر به شهادت سردار سلیمانی و همراهان وی، در ارتباط با مسئولیت کیفری مرتکبان این جنایت، مطالعه و پژوهشی ثبت نشده است، این خلاء تحقیقاتی در حالی است که با توجه به بین‌المللی بودن این جنایت و ابهامات و مسائلی که در این خصوص وجود دارد، پرداختن به آن در جهت تبیین اشکال مسئولیت کیفری مرتکبان اقدام تروریستی ضرورتی انکارناپذیر می‌باشد؛ با این توضیح که مسئولیت کیفری بین‌المللی دارای اشکال متعددی است. بر اساس اصول کلی و آن‌چه که در حقوق بین‌–الملل عرفی مرسوم شده، هر شخصی به لحاظ مشارکت در ارتکاب جرم در هر مقام و منصبی باشد از نظر کیفری مسئول است. ماده ۲۵ تحت عنوان «مسئولیت کیفری شخصی» شیوه‌های مشارکت در ارتکاب جنایات بین‌المللی را احصاء و تشریح کرده است.

---

۱. در تقسیم‌بندی انواع تروریسم، حمله تروریستی امریکا در دسته تروریسم بین‌المللی دولتی قرار دارد که از آن به حادترین و شدیدترین شکل تروریسم یاد می‌شود.

با عنایت بـــه این ماده و همچنین آراء و کیفرخواســـت‌های صادره از محاکم کیفری بین‌المللی، مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت کیفری در پرتو فعالیت مجرمانه مشترک (جمعی) و مســـئولیت فرماندهان و مقام‌های مافوق، سه شکل رایج مسئولیت کیفری هســـتند که بسته به نحوه مشارکت در ارتکاب جنایات بین‌المللی محقق می‌شوند. در اقدام تروریستی امریکا، برخی دخالت مستقیم در عملیات داشته‌اند و برخی نیز بدون شـــرکت در عملیات مادی، در پیش‌برد آن نقش موثر داشته و با طرح و برنامه‌ریزی و دســـتور مستقیم آن‌ها ارتکاب یافته است یعنی فاعل معنوی و مغز متفکر این عملیات بوده‌اند. با توجه به اشـــکال یادشده از مســـئولیت کیفری، سوال‌های متعددی در این خصوص مطرح می‌شـــود؛ از جمله این‌که: دخالت یا عدم دخالت در عملیات مادی و فیزیکی این جنایت چه تاثیری در شـــکل مسئولیت کیفری مرتکب دارد؟ با توجه به اساس‌نامه رم و اصول کلی حقوق کیفری، آیا امکان طرح مسئولیت کیفری اشخاصی ماننـــد ترامپ و مک‌کنزی که در عملیات مادی شـــرکت نداشـــته‌اند وجود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاســـخ، آیا طرح چنین مســـئولیتی مغایر با اصل مسئولیت کیفری فردی نیســـت؟ فرضیات متصور در پاسخ به این ســـوال‌ها مبتنی بر تفاوت در شکل مســـئولیت کیفری مرتکبان در این پرونده بســـته به نوع مداخله به‌عنوان آمر، مباشر و معاون می‌باشد.

هدف اصلی این مقاله، تحلیل مسئولیت کیفری مرتکبان اقدام تروریستی منجر به شهادت سردار سلیمانی و همراهان وی ذیل هر یک از اشکال مسئولیت کیفری در حقوق کیفری بین‌المللی اســـت و در راستای نیل به این هدف، در سه بخش، هر یک از اشـــکال مسئولیت کیفری مورد مطالعه قرار می‌گیرد و با در نظر گرفتن نوع مداخله مرتکبان، مسئولیت آن‌ها بررسی و ارزیابی می‌گردد.

۱. مسئولیت کیفری فردی

رایج‌ترین و اصلی‌ترین شکل مسئولیت کیفری در عرصه بین‌المللی، مسئولیت کیفری فردی اســـت. این نوع مسئولیت در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل کیفری از جمله اصول کلی و عام محســـوب می‌شـــود. مفهوم اصل مسئولیت کیفری فردی این است که هیچ‌کس را نمی‌توان به مناسبت اقدام مجرمانه یا فعالیت مجرمانه دسته‌جمعی که شـــخصاً در آن دست نداشـــته و به‌گونه دیگری هم در آن مداخله نکرده است، از

نظر کیفری مسئول دانست؛[1] از این رو، مسئولیت کیفری در عرصه بین‌المللی نیز بر «اصل مجرمیت شخصی»[2] بنا شده است.

مفهوم مسئولیت کیفری فردی به طور مستقیم در پرتو حقوق بین‌الملل کیفری مطرح و موجب شد تا پس از جنگ جهانی دوم در منشورهای نورنبرگ و توکیو ظاهر شود (Kitti , 2010: 45). یکی از مشهورترین نظرات دیوان نورنبرگ، تأکید بر مسئولیت مستقیم افراد در حقوق بین‌المللی است که به‌عنوان اساس تئوری «مسئولیت کیفری فردی» در حقوق بین‌الملل کیفری مطرح گردید. دیوان در این زمینه اعلام نمود: «جنایت‌ها در حقوق بین‌الملل، توسط افراد و نه موجودات انتزاعی، صورت می‌پذیرد و تنها با مجازات افرادی که این جرایم را مرتکب گردیده‌اند، می‌توان مقررات بین‌الملل را به مورد اجرا درآورد. افراد دارای تعهدات بین‌المللی می‌باشند و این تعهدات بر تعهدات ملی مربوط به مقررات داخلی کشورهای متبوع آن‌ها برتری دارد» (منصورلکورج و همکاران، ۱٤۰۰: ٤۱۹). اساس‌نامه دیوان نورنبرگ[3] در ماده ٦ تصریح می‌دارد: «دادگاه برابر موافقت‌نامه مذکور در ماده ۱ این منشور، به منظور محاکمه و مجازات جنایت‌کاران بزرگ جنگی از کشورهای محور اروپایی تشکیل گردیده، اختیارات لازم را دارد تا اشخاصی را که به صورت فردی یا به عنوان عضو یک سازمان، ضمن فعالیت در جهت منافع کشورهای محور اروپایی مرتکب جنایت‌های زیر گردیده‌اند محاکمه نموده، به مجازات برساند»؛ بنابراین دادگاه نظامی نورنبرگ اصل مسئولیت کیفری شخصی را مورد شناسایی قرار داده است. در ماده ۷ منشور نورنبرگ نیز مقرر گردیده است: موقعیت رسمی متهمان خواه روسای دولت‌ها یا ماموران مسئول در بخش دولتی، نباید آن‌ها را از مسئولیت بری کند یا باعث تخفیف مجازات آن‌ها شود. ماده ٦ منشور دادگاه نظامی توکیو[4] با تغییرات اندکی همین موضوع را تائید کرده است. بند ۲ ماده ۷ اساس‌نامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق[5] مقرر می‌دارد که سمت رسمی هر شخص متهم به عنوان

1. Null Poene Sine Culpa
2. principle of personal Culpability
3. Statute of the Nuremberg - 1946.
4. Statute of the International Criminal Tribunal of the Tokyo
5. Statute of the International Criminal Tribunal of the former Yugoslavia (ICTY) - 1991.

رئیس دولت یا حکومت یا به عنوان مامور دولتی مسئول نباید چنین شخصی را از مسئولیت کیفری مبری کند یا باعث تخفیف مجازاتش شود. بند ۲ ماده ٦ اساس‌نامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای روآندا[1] نیز همین مضامین را در مورد مسئولیت کیفری فردی مرتکبان جنایات بین‌المللی بیان کرده است. در سایر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی موردی نیز به مسئولیت کیفری فردی پرداخته شده است؛ نظیر اساس‌نامه دادگاه سیرالئون[2] که اصل مسئولیت کیفری فردی را ذیل ماده ٦ اساس‌نامه درج کرده است. مطابق بند ۱ و ۲ ماده ٦، دادگاه نسبت به اشخاص حقیقی که به‌نحوی مرتکب جنایات مشمول مواد ۲ تا ٤ شده‌اند، فارغ از این‌که در مقام و سمت رسمی قرار دارند یا خیر، صلاحیت دارد.

در نهایت، مسئولیت کیفری فردی در ماده ۲۵ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری[3] به شرحی که در مقدمه بیان شد، درج و اجرایی شد. طبق بند ۱ ماده ۲۵ اساس‌نامه دیوان، تنها اشخاص حقیقی می‌توانند در دیوان محاکمه و مجازات شوند؛ بنابراین هیچ دولت یا گروهی حتی گروه‌های تروریستی که از اساس مبادرت به ارتکاب جرائم نسل‌کشی و علیه بشریت می‌کنند، به عنوان گروه یا دولت در دیوان قابل محاکمه نیستند. همچنین مسئولیت فردی در دیوان مطرح است. در این خصوص بند ۲ ماده ۱۵ اساس‌نامه بیان می‌دارد: «کسی که یکی از جرائم مشمول صلاحیت دیوان را مرتکب شود، به‌طور فردی مسئول و مستحق مجازات بر اساس آن اساس‌نامه خواهد بود»؛ بنابراین به‌رغم آن‌که تابعان اصلی حقوق بین‌الملل، دولت‌ها هستند، تابعان اصلی و منحصر حقوق کیفری بین‌المللی، اشخاص حقیقی هستند و کیفر شخص حقوقی در حقوق کیفری بین‌الملل فاقد سابقه است. بر این اساس، دیوان کیفری نسبت به اشخاص حقوقی اعم از دولتی و غیر دولتی صلاحیتی ندارد و تنها می‌تواند مقام‌ها و اشخاص حقیقی را محاکمه کند. در مورد اشخاص حقیقی نیز «در قالب نظریه مسئولیت کیفری بین‌المللی فردی (حقیقی) در ارتکاب جنایات بین‌المللی با دو دسته اشخاص حقیقی مسئول مواجه است؛ نخست، نظامیانی که به طور مستقیم مرتکب قتل و جنایت شده‌اند؛ و دوم، سردمداران که مجموعه اعمال ارتکاب یافته

1. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)-1994
2. Statute of the International Criminal Tribunal for the Sierra Leone -2002
3. Statute of the International Criminal Court-1998

توسط نظامیانِ تحت امر آن‌ها، یک جنایت خاص بین‌المللی مانند نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و تجاوز را شکل می‌دهد (کاظمی، ۱۳۹۸: ۱۱۹).

در مورد جنایات بین‌المللی بودن تروریسم باید بیان داشت که این اقدام به مانند جنایات اصلی که دیوان کیفری بین–المللی تنها صلاحیت رسیدگی به آن‌ها را دارد، از چنان شدتی برخوردار است که آن‌ها برخوردارند. از همین رو کاسسه به–عنوان یکی از قضـــات محاکم کیفری بین‌المللی و از صاحب‌نظران این حوزه، تروریســـم را یک جنایت بین‌المللی خاص در زمان صلح قلمداد می‌کند؛ با این استدلال که: اقدامی است که به طور معمول در نظام‌های حقوقی ملی جرم‌انگاری[1] شده است؛ واجد خصیصه‌ای فراملی است و به دیگر سخن، عمل یا اجرای آن تنها محدود به یک کشور نمی‌شود؛ بـــا هدف تهدید یک دولت یا جامعه بین‌المللی بـــه انجام یا خودداری از انجام امری صورت می‌گیرد؛ برای این منظور به دو شکل شامل وحشت پراکنی میان شهروندان یا حمله به مؤسسات عمومی یا شخصی یا نمایندگان آن‌ها انجام می‌گیرد و انگیزه چنین اقدامی نه اغراض شخصی، بلکه انگیزه‌های ایدئولوژیکی یا سیاسی است (Cassese, 2006: 957). افزون بر این، پیش‌بینی صلاحیت جهانی برای اعمال صلاحیت توسط محاکم داخلی، جرم‌انگاری در قوانین داخلی کشـــورها، صدور قطع‌نامه‌های متعدد در راســـتای همکاری بین کشـــورها و اتخاذ تدابیر بازدارنده نشان می‌دهد که در عرصه بین‌المللی، اقدام‌های تروریســـتی از جمله جنایات بین‌المللی محســـوب می‌شـــود و مرتکبان چنین اقدام‌هایی با مسئولیت کیفری فردی مواجه می‌باشند.

بدین‌ترتیب اقدام‌های تروریســـتی عمل غیرمشروع و خلاف حقوق بین‌الملل است که دارای اشکال متعددی بوده و یکی از اشکال حاد آن، تروریسم دولتی است. در مورد وصف دولتی داشـــتن که در ترور ســـردار سلیمانی نیز شاهد آن بودیم، باید بیان داشـــت که یکی از تقسیم‌بندی‌های ترور، تقسیم آن به دولتی و غیردولتی است؛ با این توضیح که امروزه مرتکبان اقدام‌های تروریســـتی تنها افراد نبوده و به مانند آن چه در ترور سردار سلیمانی شاهد بودیم، دولت‌ها نیز ممکن است مرتکب اقدام‌های تروریستی شوند. در این راستا گفته شده است: «تروریسم دولتی زمانی شکل می‌گیرد

---

۱. جرم انگاری فرایند و اقدامی اســـت که عمیقا تحت تأثیرگرایش‌های سیاسی و اقتصادی دولت‌ها است (عارفی، ۱٤۰۱: ۲٤٤).

که یک کشـــور اصول اساســـی و احکام ثابت قانون بین‌المللـــی را زیر پا بگذارد. در نتیجه کشـــوری که مستقیم یا غیر مستقیم به یک عمل تروریستی مبادرت می‌کند، در برابـــر قانون بین‌المللی و مجازات‌ها و غرامت‌های در نظر گرفته‌شـــده در این قانون، مســـئول خواهد بود» (تقدسی، ۱۳۸۷: ۱۰٤). با این اوصاف، ترور سردار سلیمانی نیز از جمله مصادیق تروریســـم دولتی است که توســـط دولت امریکا، با هدایت مستقیم رئیس جمهور این کشـــور و نیروهای مسلح آن ارتکاب یافته است؛ چرا که نخست، فرماندهی این اقدام تروریســـتی با دولت امریکا بوده و کشورهای دیگری نظیر رژیم صهیونیستی و آلمان نیز مشارکت داشـــته‌اند؛ دوم، مرتکبان ترور از اعضای نیروهای مسلح امریکا می‌باشند؛ ســـوم، محل ارتکاب این اقدام تروریستی، کشور عراق است یعنی غیر از کشوری که مرتکبان تابعیت آن را دارند؛ چهارم، قربانیان ترور از اتباع و مقام‌های رسمی دو کشور ایران و عراق هستند؛ و پنجم، این جنایت توأم با خشونت و وحشت و بدون مجوز قانونی ارتکاب یافته است.

موضـــوع دیگری که قبل از تبیین مســـئولیت کیفری فردی لازم اســـت مورد بررســـی قرار گیرد، بحث مصونیت و طرح آن در مورد ســـران دولت امریکاست که فرماندهی این عملیات تروریستی را از طرف دولت امریکا بر عهده داشته‌اند. مصونیت بدین معنا است که شخص دارای مصونیت، در انجام وظایف خود از هرگونه تعقیب در امان و مصون اســـت. همان‌گونه که در آراء مربوط به قضایای پینوشـــه و یرودیا اندومباســـی تاکید شده است،[1] تا زمانی که یک مقام عالی رتبهٔ دولت، در رأس قدرت اســـت نمی‌توان وی را با اعمال صلاحیت جهانی توسط دول دیگر محاکمه کرد. در این صورت به نظر می‌رســـد مصونیت شخصی می‌تواند مانعی موقت در راه مبارزه با بی‌کیفری باشد. در دوره زمانی که ترامپ و سایر آمران ترور سردار سلیمانی در راس قدرت نبودند، اســـتفاده از مصونیت شخصی توسط آن‌ها منتفی است. البته باید توجه داشـــت که موارد یادشده و اعمال صلاحیت شـــخصی تا زمان در راس قدرت بودن، مختص محاکم داخلی دولت‌هاســـت، اما در محاکم بین‌المللی، توســـل به مصونیت شخصی نیز نمی‌تواند مانعی برای محاکمه اشخاصِ در راسِ قدرت باشد. این موضوع

۱. بنگرید به: حسینی‌خواه، جانی‌پور و کریمی، ۱٤۰۰: ۱– ۱۸.

به صراحت در بند ۲ ماده ۲۷ اساس‌نامه رم مورد تاکید قرارگرفته است.[۱]

با عنایت به آن‌چه بیان شد، در ادامه به واکاوی مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی بر مبنای مسئولیت کیفری فردی می‌پردازیم.

مطابق اصل مسئولیت کیفری فردی، این مسئولیت ویژه اشخاص حقیقی است و اشخاص حقوقی از جمله دولت‌ها به دلیل انتزاعی بودن آن‌ها، فاقد مسئولیت کیفری هستند. البته این به معنای عدم امکان تحمیل هیچ‌گونه مسئولیت دیگر نیست بلکه مسئولیت بین‌المللی آن‌ها به قوت خود باقی است. بدین‌ترتیب «در حقوق بین‌الملل کیفری، دو نوع مسؤولیت بین‌المللی از یکدیگر قابل تفکیک است؛ مسؤولیت کیفری فردی و مسؤولیت بین‌المللی دولت. مسؤولیت دولت در نتیجه عدم ایفای تعهدات موجود در مقررات این شاخه از حقوق مطرح می‌شود و اما الزامات دولت‌ها در این حوزه از حقوق بین الملل، شامل تعهدات حاکمیتی از قبیل تعهد به همکاری، تعهد به قانون‌گذاری، تعهد به ترک نقض ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی و تعهد به ممانعت و برخورد با ناقضان مقررات کیفری بین‌المللی است» (اکبرنژاد، ۱۳۹۳: ۱۶۱).

در پرونده ترور سردار سلیمانی، دولت ایالات متحده امریکا مرتکب رفتار متخلفانه موجد مسئولیت بین‌المللی شده است؛ چرا که در عرصه بین‌المللی، کشورها متعهد به احترام به حاکمیت سایر کشورها شده‌اند (بند ٤ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد) و هیچ کشوری مگر در موارد استثنایی آن هم با مجوز شورای امنیت سازمان ملل متحد حق ندارد حاکمیت کشور دیگر را نقض کند. امریکا با این رفتار، ضمن نقض حاکمیت سرزمینی دولت عراق، حاکمیت ایران را نیز از منظر سیاسی نقض نموده است؛ زیرا سردار سلیمانی از جمله فرماندهان ارشد نظامی جمهوری اسلامی ایران بوده و نیرویی که فرماندهی آن را بر عهده داشت (نیروی قدس سپاه پاسداران انقلاب اسلامی)، در قانون اساسی ایران به عنوان بخشی از نیروهای مسلح به رسمیت شناخته شده است و لذا جنایت ارتکابی علیه وی، با امنیت بین‌المللی و استقلال ایران در ارتباط است. از طرفی، کشورها بر اساس اعلامیه جهانی حقوق

---

۱. مطابق این مقرره: «مقررات این اساس‌نامه نسبت به همه به صورت برابر بدون هیچ تمایزی مبتنی بر سمت رسمی متهم اعمال می‌شود. به –ویژه سمت رسمی، رئیس دولت یا حکومت، عضو یک حکومت یا پارلمان، نماینده منتخب یا مأمور دولت، در هیچ حالت باعث معاف شدن متهم از مسئولیت کیفری او به موجب این اساس‌نامه نبوده و به عنوان دلیل برای کاهش مجازات نمی‌باشد».

بشـــر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بسیاری از اسناد دیگر، متعهدند که متعرض حق حیات انسان‌ها نشوند. با توجه به این‌که دو کشور امریکا و ایران با وجود خصومت‌های فراوان در وضعیت جنگی قرار نداشـــتند، مجوزی در خصوص کشتن افراد انســـانی به عنوان پیامد طبیعی یک جنگ وجود نداشته است. در این جنایت ده انسان کشته شدند و امریکا مرتکب نقض اسناد بین‌المللی شده است. همچنین مطابق قواعد حقوق بشردوســـتانه از جمله ماده ۵۱ پروتکل الحاقی اول به کنوانســـیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، دولت‌ها در وضعیت جنگی نیز در اســـتفاده از ابزارهای جنگی و تســـلیحاتی آزاد نیســـتند و با محدودیت‌هایی مواجه می‌باشند. بر مبنای این قواعد، اســـتفاده از جنگ‌افزارهایی که منجر به ایـــراد حملات کور و درد و رنج غیرضروری می‌شـــوند ممنوع است. در حمله امریکا به کاروان ســـردار سلیمانی این قواعد مورد رعایت قرار نگرفته و از هواپیماهای بدون سرنشـــینی اســـتفاده شده که مغایر با اصل ضرورت، اصل تناســـب، اصل تمایز و اصل احتیـــاط به عنوان اصول حاکم بر قواعد حقوق بشردوســـتانه در وضعیت جنگی اســـت.[1] به طریق اولی، با توجه به این‌که، دو کشور ایران و امریکا در وضعیت جنگی نیز قرار نداشتند، استفاده از این نوع ابزارهای جنگی مغایر با قواعد یادشـــده و تعهدات بین‌المللی دولت‌هاست. نکته دیگر این‌که، بر اساس مقررات حقوق بشردوســـتانه بین‌المللی معاصر، علاوه بر مسئولیت کیفری اشـــخاص حقیقی که در این ترور نقش داشـــته‌اند، با توجه به دخالت رسمی دولت امریکا در حمله تروریستی و کوتاهی در جلوگیری از ارتکاب این جنایت و هم‌چنین خـــودداری از مجازات مرتکبان آن تاکنون، مســـئولیت دولت امریـــکا بدیهی به نظر می‌رسد. در مورد ســـایر دول نیز که در ارتکاب این جنایت نقش همکاری داشته‌اند، به دلیل کمک و مســـاعدت به دولت امریکا، مســـتند به ماده ۱۶ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل، مسئولیت بین‌المللی خواهند داشت.

مســـئولیت کیفری فردی، ویژه اشخاص حقیقی است که به نوعی در ارتکاب جنایت یکی از نقش‌های مباشـــرت، شرکت یا معاونت را داشته است. در ترور سردار سلیمانی، اشخاص حقیقی مرتکب ترور، به دو دسته قابل تقسیم‌بندی هستند. نخست، اشـــخاص نظامی که عملیات مادی و فیزیکی این اقدام تروریستی را انجام داده‌اند؛ و

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: شریفی طرازکوهی و صیادنژاد، ۱۳۹۹.

دوم، اشـــخاصی که بدون شرکت در عملیات مادی، فرماندهی و هدایت این عملیات را بر عهده داشـــتند. دسته اخیر را رئیس جمهور امریکا، وزرای دفاع و امور خارجه، فرماندهان و مقام‌های عالی‌رتبه نظامی تشـــکیل می‌دهند که به موجب اصل مسئولیت کیفری بین‌المللی فردی مســـتحق و متحمل مجازات کیفری هســـتند. دونالد ترامپ،[۱] جیمز متیس[۲] و مایکل ریچارد پمپئو،[۳] رابرت چارلز اوبراین،[٤] متیو اف پوتینگر،[٥] کنث فرنکلین مک‌کنزی،[٦] مارک الکساندر میلی،[۷] ریچارد داگلاس کلارک،[۸] جیمز نیل بلو[۹] و لیندن اســـتنلی بلو[۱۰] اشخاصی هســـتند که در این عملیات تروریستی نقش سران و مقام‌های عالی‌رتبه را داشته و طراحی، هدایت و دستور انجام این عملیات با مشارکت آن‌ها انجام یافته است؛ بدون این‌که در عملیات مادی شرکت کنند. از این رو، به‌مانند آن‌چه که در ماده ٦ اساس‌نامه دیوان نورنبرگ و دیوان یوگسلاوی سابق، بند ۲ ماده ٦ اساس‌نامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای روآندا و بالاخره مطابق بندهای ۱ و ۲ ماده ٦ و ماده ۲۵ اساس‌نامه رم پیش‌بینی شده دارای مسئولیت کیفری هستند و سمت رسمی آن‌ها، به عنوان رئیس دولت یا حکومت یا به عنوان مامور دولتی آن‌ها را از مسئولیت کیفری فردی مبری نمی‌کند یا باعث تخفیف مجازاتش نخواهد شـــد. سایر نیروهای نظامی هم که در عملیات مادی حضور داشـــته مانند تک تیراندازها و یا کســـانی که هدایت پهبادها را بر عهده داشته‌اند، مبتنی بر مسئولیت کیفری فردی، دارای مسئولیت کیفری هســـتند، اما رسیدگی به مسئولیت کیفری آن‌ها بر عهده محاکم کیفری داخلی است. مستندات محاکم قضایی بین‌المللی و داخلی در راستای احراز مسئولیت کیفری فردی مرتکبان (آمرین، مباشران، شرکا و معاونان) به شرح زیر است:

---

۱. Donald Trump: رئیس جمهور وقت ایالات متحده آمریکا
۲. James Mattis: وزیردفاع وقت ایالات متحده آمریکا
۳. Michael Richard Pompeo: وزیر امور خارجه وقت ایالات متحده آمریکا
٤. Robert Charles O'brien: مشاور وقت امنیت ملی ایالات متحده آمریکا
٥. Matthew F. Pottinger: معاون مشاور امنیت ملی ایالات متحده آمریکا
٦. Kenneth Frank Mckenzie: فرمانـــده ســـتاد فرماندهی مرکزی ارتش ایـــالات متحده آمریکا (سنتکام)
۷. Mark Alexander Milley: رئیس ستاد مشترک ارتش ایالات متحده آمریکا
۸. Richard Douglas Clarke: فرمانده نیروی ویژه SOCOM ارتش ایالات متحده آمریکا
۹. James Neal Blue: مالک اصلی (هشـــتاد درصد ســـهام) شـــرکت جنرال اتمیکس سازنده پهباد MQ-9
۱۰. Linden Stanely Blue: صاحب بیست درصد سهام شرکت جنرال اتمیکس سازنده پهباد MQ-9

نخست، طبق قوانین حقوق بشر (ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند یک ماده ٦ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده (۱) ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند یک ماده ٤ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و بند یک ماده ٤ منشور آفریقایی حقوق بشر و ماده ۲ اعلامیه اسلامی حقوق بشر)، حق حیات به عنوان عالی‌ترین و بنیادی‌ترین حق بشری محسوب شده که سلب عمدی آن و در نتیجه محروم کردن انسان‌ها از این حق، بزرگ‌ترین جنایت علیه حقوق بشر محسوب شده است. ترور سردار سلیمانی، نقض حق حیات به‌عنوان متعالی‌ترین حق انسان است. اسناد و معاهدات بین-المللی اغلب با هدف حمایت از حق حیات به تصویب رسیده‌اند. «مطابق اسناد بین‌المللی، سلب حیات یا کشتار فراقانونی نقض موازین حقوق بین‌الملل بشر تلقی می‌شود و طبق این ماده نمی‌توان بدون حکم قانون یا خارج از چارچوب حقوقی حق حیات افراد را سلب کرد» (مومنی راد، ۱۳۹۹: ٢٦)؛ بنابراین ترور شهید سلیمانی نقض فاحش حق حیات بوده و با توجه به مواد یادشده در هر یک از اسناد پیش‌گفته، اقدامی ضد بشری است.

دوم، منشور سازمان ملل متحد[1] مستند دیگری در احراز مسئولیت کیفری فردی است. مهم‌ترین دستاوردی که برای منشور سازمان ملل متحد بیان شده، پیش‌بینی منع توسل به زور موضوع بند ٤ ماده ۲ این منشور است. در بند ٤ ماده اخیر مقرر شده است: «کلیه اعضاء در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مباینت داشته باشد خودداری خواهند نمود». در این مقرره، منشور به صراحت قاعده منع توسل به زور را به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور و آمره به‌رسمیت شناخته است. بر این اساس می‌توان گفت، پیشرفت حقوق بین‌الملل از «قواعد توسل به زور» به «قواعد منع توسل به زور» موید آن است که دیگر چیزی به عنوان حق توسل به زور برای دولت‌ها وجود ندارد (مدرس سبزواری، ۱۳۹۲: ۱۹). با عنایت به این قاعده مشخص می‌شود که اقدام امریکا در توسل به زور که در خارج از قلمرو سرزمینی این کشور و با نقض تمامیت ارضی کشور عراق ارتکاب یافته، با مقاصد ملل متحد در تضاد بوده و به‌ویژه این‌که، این جنایت خارج از بستر مخاصمات جنگی و در زمان

1. Charter of the United Nations

صلح بین دو کشـــور ایران و امریکا ارتکاب یافته اســـت، مباین با منشور این سازمان می‌باشـــد؛ بنابراین ترور سردار سلیمانی نقض صریح این مقرره از منشور سازمان ملل متحد بوده و اقدامی علیه صلح و امنیت بین‌المللی که از اهداف این ســـازمان در ماده یک این منشور بیان شده، می‌باشد.

ســـوم، کنوانســـیون بین‌المللی مقابله با بمب‌گذاری تروریستی از دیگر اسناد بین‌المللی است که می‌توان با استناد به آن ترور در حالت کلی و ترور سردار سلیمانی و همراهان وی را به صورت خاص مغایر با آن برشـــمرد و مســـئولیت کیفری فردی مرتکبان را احراز نمود. براســـاس بند ۲ این کنوانسیون هر کس به هر طریق اقدام به وارد کردن، جای‌گذاری و منفجر کردن مواد منفجره در یک محل عمومی، ســـاختمان دولتی و ایســـتگاه‌های سیســـتم حمل و نقل عمومی کند که منجر به تخریب، زخمی شدن یا مرگ کسی شود، مرتکب عملی تروریستی شده است. با استناد به این مقرره، ترور سردار ســـلیمانی که در یک مکان عمومی (فرودگاه) و از طریق شلیک موشک انجام یافته، عملیات تروریســـتی محسوب شده و مغایر با مقررات پیش‌بینی شده در این کنوانسیون می‌باشد.

چهارم، کنوانســـیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، از جمله مأموران سیاسی ۱۹۷۳، مستند بین‌المللی دیگری است که با بررسی آن می‌توان به صراحت مسئولیت کیفری فردی مرتکبان ترور سردار سلیمانی را احراز کرد. ایـــن کنوانســـیون در مجمـــع عمـــومی ســـازمان ملـــل متحـــد در ۱۴ دســـامبر ۱۹۷۳ در نیویـــورک و با هدف مقابلـه بـا حمـلات تروریستی بـــر ضـــد «اشـــخاص مورد حمایت بین‌المللی» تنظیم و از تاریخ ۲۰ فوریـه ۱۹۹۷ لازم الاجرا شـــد. با وجود این‌که سردار سلیمانی نظامی بود، اما نوع حضور وی با دعوت مقام‌های عراقی، در قالب ماموریت دیپلماتیک و غیرنظامی بوده اســـت؛ بنابراین وی به عنوان مقام و شـــخصیتی دیپلماتیک در شـــمول مقررات «کنوانسیون جلوگیری و مجازات جنایت بر ضد اشـــخاص تحت حمایت بین‌المللی از جمله ماموران سیاسی مصوب ۱۴ دســـامبر ۱۹۷۳»[1] قرار می‌گیـــرد و جنایت علیه وی قابلیت

1. Convention on the prevention and punishment of crimes against persons under international protection, including political agents, approved on December 14, 1973

اســـتناد به آن را خواهد داشت. بر اساس ماده ۲ این کنوانسیون «هرگونه فعل عمدی منجر به قتل و آدم‌ربایی یا حملات دیگر علیه شخصیت، آزادی افراد مورد حمایت، یا حمله به مکان مأموریت و محل اقامت و وسیله نقلیه اشخاص ذکر شده در کنوانسیون و یا تهدید یا شـــروع به ارتکاب اعمال مندرج در کنوانسیون یا معاونت درآن باید بر اساس قوانین داخلی دولت عضو، جرم محسوب گردد». با توجه به این ماده، جنایت ارتکابی علیه ســـردار ســـلیمانی از جمله جرائم مصرح در این کنوانسیون یعنی قتل عمدی می‌باشـــد. استناد به این کنوانسیون علاوه بر این‌که می‌تواند موجبات همکاری الزامی تمامی دولت‌های عضو این کنوانســـیون را به دنبال داشته باشد، مستندی برای اعمال صلاحیت جهانی توســـط هر یک از این دولت‌ها از جمله دولت ایران می‌باشد تا در صورت حضور هر یک از اشخاص دخیل در این پرونده در قلمرو سرزمینی آن دولت، اقدام به دستگیری، تعقیب و محاکمه و مجازات آن‌ها نماید.[1]

پنجم، از موثرترین سازکارهای حقوقی جهت طرح دعوی در محاکم بین‌المللی توسط ایران، استناد به کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، از جمله مأموران سیاســـی می‌باشـــد؛ چرا که هر سه کشور درگیر در این واقعه یعنی ایران (کشـــور محل اقامت بزه‌دیده)، عراق (محل ارتکاب و کشور محل اقامت برخی از بزه‌دیدگان) و امریکا (مرتکب جنایت) با پذیرش مقررات پیش‌بینی شـــده در این سند به آن ملحق شده و از اعضای این کنوانسیون می‌باشند؛ از طرفی، سردار سلیمانی مصداق بارز مقام‌های مورد حمایت در این کنوانسیون است و اقدام جنایت‌کارانه علیه وی، از جمله مصادیق جرائمی اســـت که در این کنوانسیون به آن تصریح گردیده است. با توجه به این موارد، این سند بین‌المللی همواره باید در تعقیب و پی‌گیری پرونده موضوع مطالعه مورد توجه قرار گرفته و از جمله استنادهای دولت ایران در تعقیب جنایت ارتکابی در محاکم قضایی و نهادهای بین‌المللی باشـــد. در هر صورت، می‌توان به این جمع‌بندی رســـید که ترور سردار سلیمانی با استناد به کنوانسیون ۱۹۷۳ اقدامی ضد حقوق بشر بوده و ناقض تعهداتی است که دولت امریکا با توجه به عضویت در آن پذیرفته است.

ششم، دســـتور و اقدام تروریستی دولت آمریکا نقض آشکار بند یک قطع‌نامه

---

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: نژندی منش، ۱۳۹۹: ش ۲.

ضد تروریستی ۱۲۶۹ مصوب ۱۹ اکتبر ۱۹۹۹، (S/RES/ 1999: 1269) شورای امنیت است که به موجب آن، همه اقدام‌ها، روش‌ها و رویه‌های تروریسم را بدون توجه به انگیزه آن‌ها، در کلیه مظاهر و اشکال آن‌ها، در هر کجا و توسط هر کس که انجام شده باشد و خصوصاً آن‌هایی که ناقض صلح و امنیت بین‌المللی باشند قاطعانه محکوم شده است. قسمت اخیر بند یک قطع‌نامه شورای امنیت به شماره ۱۳۶۸ مصوب ۲۰۰۱، (S/RES/ 2001: 1368) که بر محکومیت اقدام‌های تروریستی ناقض صلح و امنیت بین‌المللی تأکید دارد (S/RES/ 2001: 1373) بر تروریستی بودن این اقدام که استمرار دومینویی آن دور از انتظار نیست تعمیم می‌یابد. امر به این اقدام تروریستی با مفاد قطع‌نامه ۱۳۷۳ مصوب ۲۸ سپتامبر ۲۰۰۱ شورای امنیت در تناقض است؛ به‌ویژه آن که، بند ۵ این قطع‌نامه تصریح دارد: سازمان ملل متحد اقدام‌ها، روش‌ها و شیوه‌های تروریسم خلاف اهداف و اصول سازمان ملل است و تأمین آگاهانه مالی، برنامه‌ریزی و تحریک اقدام‌های تروریستی نیز با اهداف و اصول سازمان ملل نقض قطع‌نامه‌های مذکور به منزله تهدید جدی علیه صلح و امنیت منطقه‌ای و بین‌المللی است، مغایرت دارد (خالقی، ۱۳۹۹: ۳۵).

با عنایت به موارد یادشده می‌توان به این نتیجه رسید که اقدام دولت آمریکا در ترور سردار سلیمانی به عنوان یک مقام عالی‌رتبه جمهوری اسلامی ایران در خاک کشور ثالث؛ به وضوح مغایر با اصول و اسناد بین‌المللی و در نهایت یک اقدام ناقض حقوق بشر محسوب می‌شود.

۲. مسئولیت کیفری در پرتو فعالیت مجرمانه مشترک

در کنار اصل فردی بودن مسئولیت کیفری که از اساسی‌ترین اصول حقوق بین‌الملل کیفری است، یکی دیگر از اشکال مسئولیت کیفری در حقوق کیفری بین‌الملل «فعالیت مجرمانه مشترک»[1] یا مسئولیت کیفری جمعی است. ماهیت جنایات بین‌المللی به گونه‌ای است که اغلب به صورت غیر انفرادی و توسط گروهی که بر مبنای یک طرح مجرمانه مشترک عمل می‌کنند ارتکاب می‌یابد. فعالیت مجرمانه مشترک به این معناست که شماری از اشخاص با قصد واحد و برای رسیدن به هدفی مشترک (ارتکاب جنایت بین‌المللی) با یکدیگر همکاری کنند و هر یک به نحوی

1. Joint Criminal enterprise

در رسیدن به هدف، مشارکت داشته باشد؛ هر چند که همه در عملیات مادی شرکت نداشته باشند.

در تبیین و تشـــریح این شکل از مسئولیت باید گفته شود که، بر خلاف رویه داخلی که در آن‌ها معمولاً ارتکاب جرم فردی اســـت؛ یعنی جرم توســـط یک نفر نه یـــک جمع ارتکاب می‌یابد، «در عرصه بین‌المللـــی از آن جایی‌که ماهیت اکثر جرائم بین–المللی مانند جرائم علیه بشریت، نسل‌کشی، جرائم جنگی و ... علاوه بر گسترده و منظـــم بودن، در غالب موارد به صورت گروهی و دســـته‌جمعی رخ می‌دهد، تعیین دقیق نقش هر یک از افراد در این گروه‌ها اگر امری غیرممکن نباشـــد اغلب بســـیار مشـــکل است (Rane, 2012: 61). علت اصلی طرح تئوری فعالیت مجرمانه مشترک به عنوان یکی از اشـــکال مســـئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل نیز از همین تفاوت در شکل ارتکاب جرم و گســـتره جنایات بین‌المللی در مقایسه با جرائم در محدوده کشورهاســـت. در جرائم بین‌المللی، مرتکبان در نقش‌هـــای متفاوتی در ارتکاب یک فعالیت مجرمانه مشـــارکت می‌کنند؛ برخی از آن‌ها تصمیم‌گیر (مغز متفکر) هســـتند که معمولاً این عده از ســـران گروه‌ها یا کشـــورها می‌باشـــند، برخی مجری یا مباشر تصمیمـــات اتخاذی بوده یعنـــی عملیات مادی یا فیزیکی فعالیـــت مجرمانه را انجام می‌دهند و بالاخره برخی نیز دارای نقش–های پشـــتیبانی هســـتند، که در زمینه‌های متعـــدد اطلاعاتی، لجســـتیکی، تجهیزاتی و ... همکاری موثـــر در پیش‌برد و ارتکاب فعالیت مجرمانه دارند. از همین‌رو جنایات بین‌المللی، اولاً به صورت ســـازمان‌یافته و سیستماتیک ارتکاب می‌یابد (ســـازمان–یافتگی یکی از اوصاف و شیوه‌های ارتکاب جرم است و اختصاص به شخص حقیقی یا حقوقی ندارد) (ضیائی چاهگاهی، ۱۴۰۱: ۳۰۷)؛ از طرفی نمی‌توان شـــخص یا اشـــخاص خاصی را به عنوان مرتکب جنایت معرفی کرد، بلکه نتیجه مجرمانه محصول مشارکت جمعی آن‌هاست و همچنین اثبات نحوه مشـــارکت دقیق هر شـــخص در ارتکاب چنین جنایاتی سخت و در برخی از موارد غیرممکن اســـت؛ بنابراین زمانی که گروهی از افراد با هدف مشـــترک اقدام به ارتـــکاب جرمی بین‌المللی می–کنند، همه به علت همان جرم محاکمه خواهند شـــد؛ فارغ از آن‌که نقش آن‌ها در گروه چه بوده اســـت. تنها محدودیت این نوع مسئولیت آن اســـت که نقش افراد باید در گروه مهم باشد و الزامی نیست که نقش فرد اساسی

باشـــد؛ بنابراین صرف ایفای نقشی مهم در رسیدن به هدف کفایت می‌کند. علت این نوع مســـئولیت بنا به عقیده برخی حقوق‌دانان دو امر اســـت: «وجود هر یک از افراد برای وصول به نتیجه نهایی ضروری است؛ به‌جز در مرحله تعیین مجازات، تمییز بین درجات مســـئولیت کیفری بسیار مشکل خواهد بود» (کاسسه، ۱۳۸۸: ۲۲۶). به همین دلیل اســـت که عنوان می‌شود این نوع مسئولیت، «وسیله مناسبی برای تضمین تعقیب همه مقصران در جرائم بین‌المللی است که پیچیدگی خاص دارند» (Gattini, 2009: 121).

با توجه به موارد یادشـــده، اگر در جنایات بین‌المللی تنها قائل به مســـئولیت کیفری فردی باشیم، بسیاری از اشخاصی که در ارتکاب این جنایات مشارکت داشته و مشارکت آن‌ها در حصول نتیجه موثر بوده، بی‌کیفر خواهند ماند و اغلب اشخاصی هم که مجازات نمی‌شـــوند، از طراحان اصلی، سران گروه‌ها یا سازمان‌ها یا کشورها می‌باشـــند؛ بنابراین برای مقابله با چنین وضعیتی، در کنار مســـئولیت کیفری فردی، اشکال دیگری از مسئولیت نیز هم‌چون مسئولیت کیفری جمعی تحت عنوان «فعالیت مجرمانه مشترک» مطرح شد.

در مورد پیشـــینه تئوری فعالیت مجرمانه مشـــترک، نظرات متفاوتی بیان شده است؛ برخی طرح این تئوری را برای اولین بار به پرونده تادیچ و رای شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگســـلاوی سابق[1] مرتبط می‌دانند (جیان کاخلا، ۲۰۱۰: ۱۵)؛ در مقابل برخی آن را به رای دادگاه بدوی فورندزیجا که در ســـال ۱۹۹۸ از دادگاه صادر شـــد نسبت داده‌اند (رشنودی و اردبیلی، ۱۳۹۷: ٦)؛ و بالاخره برخی هم معتقدند که چنین تئوری در حقوق کامن‌لا نیز مطرح بوده و در آراء صادره از دادگاه‌های این کشور مسبوق به سابقه است (محسنی، ۱۳۸۸: ۱۹۰).

در بین نظرات یاد شده، نظری که توسط بسیاری از حقوق‌دانان پذیرفته شده و بیان می‌شود، طرح تئوری فعالیت مجرمانه مشترک در پرونده تادیچ در شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۹ است. «دوسکو تادیچ»[2] که از محافظان یکی از کمپ‌های زندان صرب‌های بوســـنی به نام کمپ اومارسکا بود به همراه سایر اعضای

1. Tadic Appeal judgment, 1999: 191
2. Dusko tadic

گروه خود با هدف پاک‌سازی منطقه‌ای از بوسنی هرزگوین از مردم غیر صرب، به ضرب و شتم اهالی آن پرداخت که در نتیجه پنج تن به قتل رسیدند. تادیچ در آوریل ۱۹۹۵ به دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق منتقل شد و دادگاه بدوی در ۷ می ۱۹۹۷ وی را فقط به ارتکاب جرم علیه بشریت و نقض قواعد و عادات جنگی به دلیل مشارکت وی در پاک‌سازی و اعمال خشونت محکوم کرد، اما هیچگاه اثبات نشد که تادیچ به طور مستقیم مرتکب قتل آن افراد شده است؛ شعبه بدوی استدلال دادستان در خصوص اعمال دکترین فعالیت مجرمانه مشترک را رد کرد، اما شعبه تجدید نظر به ریاست قاضی آنتونیو کاسسه ضمن نقض حکم ابتدائی اعلام داشت که اگر شخصی عالماً در ارتکاب یک عمل مجرمانه با دیگران مشارکت کند، در قبال کلیه جرائمی که نتیجه این قصد مشترک هستند مسئول خواهد شد. لذا شعبهٔ تجدید نظر برای افزودن جرم قتل به محکومیت‌های وی به نظریه‌ای متوسل شد که معرفی ساختارمند و استنباط سه دسته از انواع آن، از نوآوری‌های این رأی به حساب می‌آید (میرکمالی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۵۶).

اساس‌نامه دادگاه کیفری بین‌الملل به عنوان نخستین سند بین‌المللی در عرصه حقوق بین‌الملل کیفری است که مشتمل بر مقرراتی راجع به مسئولیت بر مبنای مسئولیت جمعی است. این اساس‌نامه، بر خلاف دو دادگاه موقت قبلی که نامی از عنوان مسئولیت جمعی نیاورده و صرفاً با تمسک به رویه قضایی بین‌المللی، این مفهوم را در آراء خود به کار گرفتند، در بند (د)۳ از ماده ۲۵ به این نوع از مسئولیت اشاره نموده است. در این بند آمده است: «شخص نسبت به جنایاتی که در صلاحیت دیوان بین‌الملل کیفری قرار دارد، در هر یک از حالات زیر مسئولیت داشته و قابل مجازات است: ... د- از طریق گروهی از اشخاص که با هدف مشترکی اقدام می‌کنند و به هر نحو به ارتکاب جرم یا شروع به ارتکاب آن کمک کنند و این کمک‌رسانی باید عمدی باشد و حسب مورد: یک، به منظور پیش‌برد فعالیت مجرمانه یا هدف مجرمانه گروه صورت پذیرد؛ مشروط بر این‌که فعالیت یا هدف مورد نظر شامل ارتکاب یکی از جنایات در صلاحیت دیوان باشد؛ دو، با علم و آگاهی از تصمیم گروه مبنی بر ارتکاب جرم انجام شده باشد».

این مقرره اگر چه به مسئولیت کیفری مشترک تصریح ندارد، اما با بیان فعالیت

مجرمانه گروهی از اشـــخاص که با هدف مشـــترک اقدام می‌نماینـــد، کاملا با مفهوم مسئولیت کیفری مشترک هم‌پوشانی دارد؛ با این‌حال، این ماده از سوی مفسران مورد انتقاد گســـترده‌ای قرار گرفته است؛ از جمله این که، محدوده این ماده نمی‌تواند دسته سوم مسئولیت مجرمانه مشترک را در برگیرد.

به‌طور کلی و با عنایت به آراء محاکم کیفری بین‌المللی ســـه گونه متفاوت از فعالیت مجرمانه مشـــترک نام برده شده اســـت که در ادامه به بررسی آن‌ها پرداخته و ســـپس برمبنای هریک از این گونه‌ها، مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی را تحلیل می‌کنیم.

حالت اول که رایج‌ترین شکل مسئولیت در بین گونه‌های سه‌گانه می‌باشد، به «حالت بنیادین»[1] یا مدل پایه یا ســـاده معروف است؛ این حالت «زمانی محقق می‌شود که تمامی همکاران و افراد دخیل در گروه، قصد مجرمانه مشابهی داشته باشند و یک نفر یا بیش‌تر (نه همه افراد) آن جرم را عملاً و عیناً انجام دهد. عنصر مادی مدل پایه به صورت پیش‌گفته بوده و عنصر روانی لازم عبارت از داوطلبانه بودن مشارکت و قصد وقوع همان نتیجه مجرمانه پیش‌آمده یا به عبارتی همان هدف مجرمانه مشـــترک گروه است» (میرکمالی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۵۸). همان‌گونه که در پرونده «مولتینویچ»[2] نیز بیان شده اســـت، در مورد طرح مشـــترک که متهم با دیگر اعضای دخیل در فعالیت مجرمانه، نسبت به ارتکاب جرائمی توافق می‌کند؛ دادستان موظف بود ثابت نماید که: ۱- سیستم سرکوب ســـازمان‌یافته‌ای وجود داشته است؛ ۲- متهم مشارکت فعالی در اجرایی کردن سیســـتم دارد؛ ۳- از ماهیت آن نظام آگاه بوده است؛ ٤- قصد پیش‌برد آن نظام را داشته است (پرونده مولتینویچ، ۲۰۰۳: ١٤٦).

گونه دوم به «حالت ســـازمانی»[3] معروف اســـت و زمانی محقق می‌شـــود که «جرائم توســـط اعضایی از واحدهای نظامی، اداری، اجرایـــی مانند افرادی که اداره واحدهایی مانند بازداشـــتگاه زندانیان یا اســـرای جنگی[4] را بر عهده دارند به صورت منظم و در قالب مجموعه رفتارهایی از ســـوء و آزار و اذیت نسبت به این زندانیان و

1. Basic Form (JCE I)
2. Moultinouvich
3. Systemic form (JCE II)
4. Camp Concentration

اسرا اتفاق می‌افتد» (جانی‌پور و لادمخی، ۱۳۹۳: ۱۳۹).

برای مسئول دانستن متهمان به ارتکاب جرم در چارچوب این دسته (گونه)، سه شرط لازم دانسته شده است: وجود یک دستگاه سازمان‌دهی شده برای بدرفتاری و ارتکاب جرم علیه ساکنان یا زندانیان (عنصر مادی)؛ آگاهی متهم از وجود سیستمی با این اوصاف (عنصر روانی)؛ و مشارکت فعالانه متهم در اجرا و پیش‌برد امور این سیستم (عنصر مادی) (میرکمالی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۵۸).

از پرونده‌هایی که به این‌گونه از فعالیت مجرمانه مشترک پیوند داشت، پرونده «کوکا و دیگران» بود که در سال ۲۰۰۱ در دادگاه یوگسلاوی مورد رسیدگی قرار گرفت. متهمان این پرونده پنج نفر بودند که هر کدام نقش و مقامی در اردوگاه زندانیان در «امارسکی»[1] داشتند. «کوک»[2] فرمانده یک بخش از اردوگاه بود. «رادیچ»[3] فرمانده در گردش بود. «کاس»[4] فرمانده در گردش نگهبانان بود. زیگیچ[5] راننده تاکسی بود که معمولاً برای سوء استفاده، ضرب و شتم، شکنجه و کشتن زندانیان به اردوگاه وارد می‌شد. پرکاچ[6] جانشین فرمانده اردوگاه بود. شعبه اعلام کرد که اردوگاه امارسکی سمبل نوعی از فعالیت مجرمانه مشترک است که به منظور تبعیض نهادن و سوء استفاده از افراد غیر صرب منطقه پریجدرو[7] و نیز خالی کردن آن سرزمین از آن‌ها و یا تحت انقیاد درآوردنشان به کار می‌رفت.[8]

گونه سوم، این حالت به «حالت توسعه‌یافته»[9] معروف است؛ به این معنا که، ضمن ارتکاب جرم، تعدادی جرائم دیگر را نیز مرتکب می‌شوند که ظن ارتکاب آن از ابتدا وجود داشته است. افراد گروه به دلیل این جرم نیز مسئولیت خواهند داشت (Van der Wilt, 2009: 159-158). در این حالت «تنها کافی است اثبات شود که متهم وارد توافقی برای ارتکاب جرمی شده، که ارتکاب آن جرم به طور معقول برای

1. Omarska
2. Kvocka
3. Radic
4. Kas
5. Zigic
6. Perkac
7. Prijedor
8. Judgment,Kvoca and others,2001: 324
9. extended Form (JCE III)

متهم پیش‌بینی جرم دیگر را نیز ممکن می‌ساخت» (Doria, 2009: 149).

اقدام‌های مجرمانه مشـــترک موســـع، در دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی ســـابق، رواندا و سایر دادگاه‌های موردی دیگر به عنوان مبنایی برای تحمیل مسئولیت کیفری بر اشـــخاص به کار گرفته می‌شود که از جمله این موارد، پرونده کرستیچ[1] در سال ۲۰۰۱، پرونده استاکیچ[2] در سال ۲۰۰۶ و پرونده کارمرا[3] در سال ۲۰۰۶ است.

نکته مهم و مشترک در هر سه گونه فعالیت مجرمانه، این است که در هیچ‌یک از این صور نیازی به مداخله مســـتقیم در ارتکاب جرم و حتی حضور در صحنه جرم نیســـت. «شـــعب ابتدایی و تجدید نظر دیوان‌های اختصاصی، از معیارهای مذکور در پرونده تادیچ در راستای تبیین اجرای سه‌گانه عنصر مادی که نسبت به همه گونه‌های فعالیت مجرمانه مشترک مصداق دارند پیروی کرده‌اند: مجموعه‌ای از اشخاص؛ وجود برنامه، طرح یا هدف مشـــترک که ارتکاب جرم مقرر در اســـاس‌نامه به شمار می‌رود یا متضمن آن اســـت (هر چند ارتجاعی و بدون آمادگی قبلی باشد)؛ و مشارکت متهم در برنامه، طرح یا هدف مشـــترک که متضمن ارتکاب یکـــی از جرم‌های مذکور در اساس‌نامه است (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۵: ٤٠).

بـــا توجه به آن‌چه پیرامون تئوری فعالیت مجرمانه مشـــترک به عنوان یکی از اشـــکال مسئولیت کیفری در عرصه بین‌المللی و گونه‌های سه‌گانه آن بیان شد، در این قســـمت مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی و همراهان ایشان را بر مبنای هر یک از گونه‌های سه‌گانه فعالیت مجرمانه مشترک مورد واکاوی قرارمی‌دهیم.

در مـــورد گونه اول که گفتیم رایج‌ترین شـــکل در تئـــوری «فعالیت مجرمانه مشترک» می‌باشـــد، همه مرتکبان دارای طرح یا هدف مشترک هستند، اما تنها یک یا چنـــد نفر از آن‌ها (نه همه) عملیات مادی یا فیزیکی جرم را انجام می‌دهند. در حمله امریکا، همه مرتکبان که یک گروه سازمان‌یافته از سران دولت امریکا و نیروهای نظامی بودند، از هدف مشـــترک با قصد واحد برخوردار بودند که این هدف مشترک، کشتن سردار سلیمانی به صورت عمدی بود. در این عملیات مشاهده شد که تنها یک گروه چنـــد نفره از نیروهای نظامی، عملیات مادی جنایت را انجام دادند و گروه بزرگ‌تری

1. Krstic
2. Stakic
3. Karemera

از مشـــارکت‌کنندگان بدون حضور در حمله یعنی عملیات فیزیکی، در پیش‌برد هدف مشـــترک نقش (مداخله) موثر ایفا نمودند؛ بنابراین حمله تروریستی امریکا واجد هر دو شرط گونه اول می‌باشد که عبارت است از: نخست، وجود نقشه یا طرح مشترک؛ دوم، قصد مشترک و واحد و می‌توان آن را منطبق با گونه اول فعالیت مجرمانه مشترک دانست. از این رو مســـئولیت قتل سردار سلیمانی و تمامی کشته‌شدگان این عملیات تروریستی بر دوش ترامپ، مرتکبان مادی و تمام کسانی است که در حمله تروریستی همکاری داشـــته‌اند. در این پرونده، متهمان اعم از آمرین، مباشرین و معاونین که در طرح مشـــترک کشتن سردار ســـلیمانی و همکاران ایشان هم‌کاری داشته‌اند، بر مبنای گونه نخست فعالیت مجرمانه مشترک مرتکب اقدام تروریستی و از جمله قتل دوازده نفر از اتباع ایرانی و عراقی شده‌اند و در صورت اثبات اتهام، مسئولیت کیفری خواهند داشـــت. در مورد نحوه اثبات اتهام هر یک از متهمان در ترور ســـردار ســـلیمانی و همراهان وی نیز، همان‌گونه که در پرونده مولتینویچ بیان شـــد، باید ثابت شـــود که: نخست، سیستم سرکوب سازمان‌یافته‌ای وجود داشته است؛ دوم، متهم مشارکت فعالی در اجرایی کردن سیستم دارد؛ سوم، از ماهیت آن نظام آگاه بوده است؛ و چهارم، قصد پیش‌برد آن نظام را داشته است.

در پرونده ترور سردار سلیمانی، هر چهار مصداق یاد شده در پرونده مولتینویچ محرز و قابل اثبات است؛ به عنوان نمونه، در مورد اتهام ترامپ به عنوان یکی از متهمان این جنایت بر اســـاس گونه نخست فعالیت مجرمانه جنایت: اولاً، طرح سازمان-یافته و برنامه‌ریزی شـــده‌ای مبنی بر ترور سردار ســـلیمانی وجود داشته است؛ ثانیاً، متهم (ترامپ) مشـــارکت فعالی در اجرایی کردن سیســـتم داشـــته و در واقع، مغز متفکر و فاعل معنوی ارتکاب این جنایت بوده است؛ ثالثاً، ترامپ از ماهیت سیستم نظام‌مند که هدف آن برنامه‌ریزی برای کشـــتن سردار سلیمانی بود، آگاه بوده است؛ رابعاً، ترامپ همان‌گونه که در مصاحبه-های خود معترف شـــده، در کشتن سردار سلیمانی دستور انجام عملیات را صادر کرده؛ بنابراین محرز است که وی قصد پیش‌برد برنامه و هدف مشترک را داشته است.

مســـئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار ســـلیمانی بر مبنای گونه دوم فعالیت مجرمانه مشـــترک نیز امکان‌پذیر اســـت؛ چرا که در جهت کشتن سردار سلیمانی یک

ســـاختار سازمان‌یافته تشـــکیل شـــده بود که اعضای آن از واحدهای اجرایی، نظامی و اداری در قالب یک مجموعه منســـجم مرتکب رفتارهایی شـــده‌اند که نوعاً کشنده بوده اســـت. در گونه دوم فعالیت مجرمانه مشترک، همان‌گونه که بیان شد، سه شرط برای احراز مســـئولیت کیفری متهم باید اثبات شود. در حمله امریکا به کاروان سردار سلیمانی هر سه شرط در مسئول شناختن متهمان این پرونده قابل اثبات است. به عنوان نمونه، در مورد مسئول شـــناختن ترامپ مطابق با گونه دوم فعالیت مجرمانه مشترک باید گفت که اولاً، یک ســـاختار سازمان‌یافته متشـــکل از مقام‌های اجرایی و دولتی، فرماندهان یگان‌های مختلف از نیروهای مســـلح امریکا، هدایت‌کنندگان هواپیماهای بدون سرنشـــین، تک‌تیراندازها و سایر اشخاص برای کشـــتن سردار سلیمانی وجود داشته است؛ ثانیاً، ترامپ از وجود این سیستم آگاهی داشته است؛ چرا که تشکیل این سیســـتم با تصمیم ترامپ به عنوان رئیس جمهور وقت امریکا بوده است؛ ثالثاً، ترامپ در اجرا و پیش‌برد امور این سیســـتم مشـــارکت فعال داشته و همان‌گونه که خود نیز معترف شده، همه اقدام‌های این سیستم با ریاست و نظارت وی انجام یافته است.

در مورد امکان احراز مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی بر مبنای گونه ســـوم فعالیت مجرمانه مشترک نیز می‌–توان عنوان داشت در حمله امریکا طرح مشـــترک، کشتن سردار ســـلیمانی بوده و رفتار ارتکابی اعضا نیز مطابق با طرح بوده اســـت؛ مگر این‌که نسبت به کشته شدن محافظان ســـلیمانی و همراهان وی قائل به ارتکاب رفتاری شـــویم که فراتر از طرح بوده اســـت. در این صورت بر مبنای گونه سوم فعالیت مجرمانه مشترک، همه اعضاء در مورد رفتار خارج از طرح نیز مسئولیت کیفری خواهند داشت؛ به این دلیل که کشته شدن محافظان و همراهان سردار سلیمانی بـــه همراه خود وی، نتیجه قابل پیش‌بینی و طبیعـــی اجرای چنین طرحی بود؛ به‌ویژه این‌که، نوع وســـیله کشنده مورد استفاده در این حمله، موشک بوده که ویژگی اصلی آن، گستره کشندگی جمعی (بیش از یک نفر) می‌باشد.

با عنایت به موارد یاد شـــده می‌توان نتیجه گرفت که تحمیل مسئولیت کیفری به مرتکبان ترور ســـردار سلیمانی و همراهان وی برمبنای هریک از گونه‌های فعالیت مجرمانه مشـــترک امکان‌پذیر می‌باشـــد. در این بین، به نظر می‌رسد، اقدام تروریستی امریکا، با گونه اول و دوم انطباق بیشتری دارد؛ چرا که به مانند گونه اول، اعضای تیم

مشـــارکت‌کننده، دارای طرح مشترک (کشتن سردار سلیمانی) و قصد مجرمانه یکسان (ارتکاب عمـــدی رفتار مجرمانه با علم و آگاهی) بـــوده و از بین اعضاء، تنها برخی از آن‌ها در عملیات مادی و فیزیکی مشـــارکت داشته‌اند. همچنین به مانند گروه دوم، ساختار منسجم و نظام‌مندی برای کشتن سردار سلیمانی تشکیل داده بودند؛ به طوری که برخی از اعضاء از واحدهای اداری ریاست جمهوری ایالات متحده امریکا (دونالد ترامپ، جیمز متیس، مایکل ریچارد پمپئو، رابرت چارلز اوبراین و متیو اف پوتینگر)، برخـــی از واحدهای نظامی اعم از هوایی و زمینـــی (کنث فرنکلین مک‌کنزی، مارک الکســـاندر میلی و ریچارد داگلاس کلارک) و برخی نیز از واحدهای اجرایی (جیمز نیل بلو و لیندن استنلی بلو) بودند.

۳. مسئولیت کیفری فرماندهان و مقام‌های مافوق

ســـومین شـــکل از مســـئولیت کیفری که در حقوق کیفری بین‌المللی مطرح شـــده و در بحث از مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار ســـلیمانی می‌تواند مورد اســـتناد قرارگیرد؛ مسئولیت کیفری فرماندهان و مقام‌های مافوق است. در این نوع از مســـئولیت که به مانند مسئولیت جمعی، اســـتثنایی بر اصل «مسئولیت کیفری فردی» است، فرماندهان و مقام‌های مافوق به سبب رفتار مجرمانه زیردستان، متحمل مسئولیت کیفری می‌شوند.

در تعریف از مسئولیت مقام مافوق آمده است: «مسئولیت مقام مافوق، گونه‌ای از مســـئولیت غیر مستقیم اســـت که در آن مسئولیت کیفری مافوق به علت رفتارهای مجرمانه‌ای که در ارتکاب آن‌ها به نحوی دخالت داشته است (به عنوان مثال آن رفتار را برنامه‌ریزی کرده، یا دســـتور ارتکاب آن را داده و یا در ارتکاب آن رفتار شـــریک بوده است) نمی‌باشد، بلکه در ارتباط با رفتارهای مجرمانه‌ای که از سوی زیردستانش ارتکاب می‌یابد، واجد مســـئولیت کیفری شناخته می‌شود. با وجود این، فرض این‌که مقام مافوق تنها به دلیل رفتار مجرمانه زیردســـتانش اســـت که مسئول دانسته می‌شود اشـــتباه است، بلکه مســـئولیت مافوق از کوتاهی او مبنی بر منع یا مجازات رفتارهای مجرمانه زیردستانش نشأت می‌گیرد (Vark, 2012: 88).

اهمیت موضوع فرماندهی و مســـئولیت فرمانده در واحد نظامی تا حدی است که دکترین مسئولیت مقام‌های مافوق در ابتدا با رویکرد نظامی پا به عرصه وجود نهاد،

اما امروزه این مفهوم شـــامل مقام‌های مافوق غیر نظامی نیز می‌شود و این موضوع در اســـاس‌نامه و آراء دیوان‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و روآندا به صورت بســـیار جدی مورد بحث و تحقیق قرار گرفته اســـت (نـــورا، ۱۳۸۹: ۱۵۷؛ هنکرتر و همکاران، ۱۳۸۷: ۷۹۰).

در حقوق داخلی اصل بر مســـئولیت شخصی است (ماده ۱٤۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) و مسئولیت ناشی از رفتار دیگری تنها به موارد خاصی محدود شده است. مطابق ماده ۱٤۲ همین قانون: «مسؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری تنها در صورتی ثابت است که شـــخص به طور قانونی مسؤول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه رفتار ارتکابی دیگری، مرتکب تقصیر شـــود». مسئولیت ناشی از رفتار دیگری در حقوق داخلی دارای یک مفهوم کلی اســـت که هم مســـئولیت مدنی و هم مســـئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری را شامل می‌شود. به عبارت دیگر، رفتاری که منجر به مســـئولیت مدنی یا کیفری شخص مسئول می‌شود اعم است از رفتار زیان‌بار یا رفتار مجرمانه؛ حال آن‌که ماهیت مســـئولیت مافوق به علت رفتار مأمور مادون، از آن‌جایی که در رابطه با جرائمی که در زمان جنگ به وقوع پیوســـته‌اند، مطرح می‌شود بیشـــتر ناظر بر مســـئولیت کیفری مقام مافوق در قبال رفتار مجرمانه زیردست است؛ بنابراین می‌توان گفت که :«هر چند ممکن است مسئولیت کیفری مقام مافوق به علت رفتار مأمور زیردســـت را تا حدودی شبیه به مسؤلیت ناشی از فعل غیر دانست، لیکن هـــر یک از ایـــن مفاهیم دارای ماهیتی خاص و متمایز از دیگری اســـت» (توجهی و کریمیان، ۱۳۹۷: ۲٤۹).

علاوه بر حقوق داخلی، در حقـــوق کیفری بین‌الملل نیز از جمله موضوعاتی که در باب مســـئولیت کیفری در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مطرح شـــد، مسئولیت فرماندهان در قبال زیردستان است. البته در حقوق بین‌الملل، تا مدت‌ها نظریه اطاعت محض برقرار بود، به‌طوری که گفته شـــده: «طی قرون متمادی اصل اطاعت از سلسله مراتـــب حاکم بود، همان اطاعتی که ایشـــمن در برابردادگاه اورشـــلیم آن را اطاعت مجسمه‌وار نامید» (آقایی‌جنت‌مکان، ۱۳۸٦: ۱٥٦). شاید بشود اوج بی‌مسئولیتی را در اعصار منتهی به قرون وسطی جست‌وجو کرد. با افول قدرت کلیسا، امپراطوران چنین جایگاهـــی (مصونیت از هر نوع خطا) برای خود قائل بودنـــد؛ چرا که معتقد بودند،

شمشیر دســـت امپراطور یکی از دو شمشیر عیسی مسیح است که برای اقتدار زمینی باید به خون‌آلوده شود. با این توصیفات بی‌مسئولیتی مقام‌های مافوق اعم از کلیسایی یا پادشاهی و شهریاری هویداست (زمانی و عسگری‌راد، ۱۳۹۹: ۷۷).

تحولات حقوق جزای بین‌الملل ما را به نقطه‌ای رهنمون شد که اصل مسئولیت فرمانده در قبال فرمانبران تئوریزه شـــد و برای تحقق آن ســـه عنصر پیش‌بینی گردید: نخســـت، عنصر نوع رابطه فرمانده و فرمانبر؛ دوم، عنصر آگاهی؛ سوم، عنصر انفعال. در عنصر رابطه، فرمانبر مکلف به اطاعت از مافوق اســـت. در عنصر آگاهی، فرمانده می‌دانسته که جرم اتفاق افتاده و عنصر انفعال نیز در جایی مطرح است که فرمانده بر اساس وظایف خود مداخله نمی‌نماید (Greg, 2000: 98-97).

پیش از تصویب اســـاس‌نامه رم، به لحاظ تاریخـــی دو رویکرد در خصوص مسئولیت مافوق وجود داشته است: «نخست، مسئولیت مشروط که غالباً توسط نظام‌های ملی پذیرفته شـــده بود؛ و دوم، مسئولیت مطلق بود. در اولی، زیردستان ممکن بود به همراه مافوق تحت شرایط ویژه‌ای مانند زمانی که «او می‌دانسته یا باید می‌دانسته» که دستور آشکارا بزه‌کارانه است، مسئول تلقی شوند. اولین بار این اصل در دادگاه نظامی اتریش مجارســـتان در ســـال ۱۹۱۵ اعلام گردید و متعاقباً در دستورالعمل‌های نظامی کشـــورهای دیگر از جمله هلند، رژیم صهیونیســـتی، آلمان، ایتالیا، سوئیس و ایالات متحده گنجانیده شـــد (Wilner, 1966: 128)، اما اصل مسئولیت مطلق در آراء دیوان نظامی نورمبرگ به نمایش درآمد و در ماده ۸ منشور لندن، منشور دیوان نظامی توکیو و قانون شماره ۱۰ شورای کنترل پذیرفته شد. توجیه اصل مسئولیت مطلق بر این مبنا اســـتوار بود که سرباز قبل از این‌که سرباز باشد، انسان عاقل است و به صورت بالقوه توانایی تشـــخیص دستورات تبهکارانه را دارد و زمانی‌که از دستور مجرمانه‌ای تبعیت می‌نماید یعنی آثار اجرای دستور تبهکارانه را پذیرفته است» (Gaeta, 1999: 180).

اصل مســـئولیت فرمانده یا اصل مســـئولیت مافوق»که دکترین پاســـخ‌گویی سلســـله‌مراتبی در پرونده‌های جرائم جنگی می‌باشد، توسط کنوانسیون‌های شماره ٤ و ۱۰ لاهه ۱۹۰۷ ایجاد شـــد و برای اولین بار بعد از جنگ جهانی اول توســـط دیوان عالی آلمان در لیپزیگ در ســـال ۱۹۲۱ در محاکمه امیل مولر[1] اعمال گردید. در میانه

1. Emil Muller

دو جنگ، جهان در برزخی از مسئولیت مافوق و مادون به‌سر می‌برد. از طرفی در پرونده داور کاسل،[1] سرهنگ کارل نورمان،[2] فرمانده جنگی با این دفاع که به اعتقاد فرماندهانش، متفقین کشتی‌های بیمارستانی را برای مقاصد نظامی استفاده می‌کردند و غرق داور با این پیش‌فرض و این دفاع که بنا به امر آمرقانونی انجام شده است، دیوان عالی لایپزیک او را تبرئه کرد و از طرفی دیگر در پرونده کستل لندوری[3] (یک کشتی بیمارستانی که مورد حمله یک زیردریایی آلمانی قرار گرفت) که فرمانده دستور شلیک به نجات یافتگان از غرق کشتی را داده بود، دادگاه به خلاف پرونده قبلی، دفاع اطاعت از مافوق را نپذیرفت و این بدعت را تحکیم کرد که «آتش گشودن به قایق‌های نجات، یک جرم علیه حقوق ملل است و دستور فرمانده، متهم را از اتهام تبرئه نمی کند». در این پرونده، دادگاه دستور مافوق را فقط در حد عامل مخففه تلقی نمود. وقتی دستور غیرقانونی است، مافوق و مادون هر دو مقصرند (زمانی و عسگری‌راد، ۱۳۹۹: ۷۸).

ضابطه یاماشیتا نیز به وسیله دیوان‌عالی ایالات متحده آمریکا در پرونده ژنرال ژاپنی یاماشیتا پایه‌گذاری شد. او در سال ۱۹۴۵ در یک دادرسی جدال‌آمیز برای بی‌رحمی‌هایی که نیروهای تحت امرش در فیلیپین مرتکب شده بودند، مورد تعقیب قرار گرفت. مهم‌ترین اتهام ایالات متحده علیه این فرمانده ژاپنی، قصور در مدیریت و فرماندهی و قصور در کنترل عملیاتش بود که امریکا مدعی بود به این جهت، جنایات جنگی و ضد بشریت از سوی نیروهای تحت امر وی علیه نیروهای امریکا و هم‌پیمانانش به‌خصوص فیلیپین ارتکاب یافته و به این دلیل یاماشیتا به نقض قوانین جنگ متهم شد. «یاماشیتا در دفاع از خود چنین مطرح کرد که وی بر مرتکبان نقض قوانین جنگی کنترل واقعی نداشت و تأکید کرد به علت نداشتن نیروهای باتجربه و کاستی آذوقه، نتوانست بر نیروهای خود کنترل لازم را داشته باشد. هم‌چنین وی مدعی بود که هیچ‌گاه دستوری مبنی بر ارتکاب بدرفتاری یا شکنجه اسیران صادر نکرده است. علاوه بر آن، وی اظهار داشت که هیچ گزارشی از نقض حقوق جنگ و ارتکاب جنایات جنگی از سوی نیروهای تحت امر خود دریافت نکرده است.

1. Dover Castle
2. Karl Norman
3. Castle LLandovery

کمیسیون در جمع‌بندی، دفاع یاماشیتا را نپذیرفت و تأکید کرد که وی نمی‌توانست از ارتکاب این‌همه جنایات جنگی بی‌خبر باشد و جنایات به حدی گسترده بود که اساساً می‌بایست یاماشیتا تعمداً اجازه هرکدام را داده باشد. با وجود این، دادگاه، محکومیت او را بر دروغ‌گویی وی ابتنا نکرد. اگرچه اقلیتی از حقوق‌دانان معتقدند که محکومیت یاماشیتا مبتنی بر مسئولیت و دخالت مستقیم وی در نقض قوانین صورت گرفته، اکثریت معتقدند که محکومیت وی از سوی کمیسیون بر مبنای مسئولیت کیفری فرمانده به جهت ارتکاب نقض قوانین جنگ از سوی نیروهای تحت امر وی بوده است و بدین صورت، صدور حکم یاماشیتا باعث توسعه دکترین مسئولیت کیفری مافوق شده است (صلاحی، ۱۳۹٤: ۲۵۸).

مهم‌ترین اعتراض یاماشیتا به دیوان‌عالی ایالات متحده امریکا برای نقض حکم اعلامی کمیسیون، فقدان نص و وظیفه قانونی در تحقق مسئولیت فرمانده برای کنترل نیروهای تحت امر و جلوگیری از نقض قانون به‌وسیله یک فرمانده بود. دیوان‌عالی امریکا در پاسخ، با اشاره به ماده یک ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ یادآور شد که از مهم‌ترین وظایف نیروهای نظامی این است که یگان نظامی تحت فرماندهی یک نفر نظامی قرارگیرد که وی توانایی پاسخ‌گویی رفتار نیروهای تحت امرش را داشته باشد. به علاوه دادگاه عالی امریکا خاطرنشان کرد که ماده ٤۲ ضمیمه کنوانسیون فوق‌الذکر، حفظ نظم و امنیت عمومی سرزمین‌های اشغال شده را جزء وظایف فرماندهان نظامی مستقر در سرزمین‌های اشغالی می‌داند (صلاحی، ۱۳۹٤: ۲۵۸-۲۵۹).

اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی آخرین مستند بین‌المللی است که در آن به صورت دقیق‌تر مسئولیت کیفری مافوق مورد پذیرش قرارگرفته است. مواد ۲۵ و ۲۸ از جمله مهم‌ترین مستنداتی است که در ارتباط با مسئولیت کیفری مافوق می‌توان به آن‌ها استناد نمود. برای احراز و تحقق مسؤولیت کیفری رهبران سیاسی دول حامی تروریسم بدون تردید یکی از عناصر مهم قانونی، ماده ۲۵ اساس‌نامه دادگاه بین‌المللی کیفری رم است که با توجه به صراحت ماده در برخی مصادیق می‌تواند حداقل در شناخت مسؤولیت کیفری این دست از افراد موثر واقع شود. در ماده ۲۵ آمده است: «هرگونه تسهیل ارتکاب جرم، هر نوع مساعدت یا تلاش برای

ارتکاب جرم کرده باشد، یا تهیه ابزار ارتکـاب جـرم به منزله مساعدت برای ارتکاب جرم خواهد شـــد و شرایط تحقق مسؤولیت کیفری را فراهم مـی‌ســـازد». در بخش دیگری از این ماده نیز چنین مقرر شده است: «هرگونه اقدامی به‌منظور تسـهیل عمـل مجرمانـه یـا هـدف مجرمانه گروه انجام شده باشد و متضمن ارتکاب جرائمی باشد کـه در صـلاحیت دیـوان اسـت».

در ماده ۲۸ اســاس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی مســئولیت کیفری فرماندهان نظامی و ســایر افراد مافوق مورد تفکیک قرار گرفته اســت. در بند نخست این ماده، مســئولیت کیفری «فرمانده نظامی یا شخصی که عملاً وظایف فرمانده نظامی را انجام می‌دهد» مورد بحث اســت. بند دوم ماده مذکور نیز به روابط بین «مقام‌های مافوق و افراد زیردست که در بند یک نیامده است» اختصاص یافته است. با عنایت به ماده ۲۸ برای تحمیل مسئولیت کیفری به فرمانده به جهت تخلفات نیروهای تحت امر، شرایط ذیل باید احراز و اثبات شود:

نخســت، شــرط وجود رابطه بین مافــوق و نیروی تحت امــر: برای این‌که فرماندهی به تبع رفتار زیردســتان مسئول شــناخته شود، این رابطه باید احراز شود و اگر چنین رابطه‌ای موجود نباشد، بحث در خصوص مسئولیت فرمانده یا مافوق منتفی است. «برای احراز این رابطه، محاکم کیفری اختصاصی به «کنترل موثر» توجه کرده و بیان داشــته‌اند در صورتی‌که احراز شود فرمانده بر زیردستان (مرتکب جنایت) کنترل موثر داشته، فرمانده یا مافوق وی محسوب خواهد شد» (Roberta, 2002: 669). در همین راستا و به عنوان نمونه، قضات دادگاه روآندا در قضیه کایشما[1] و روزیندانا[2] نیز به این نتیجه رســیدند حتی در جایی که سلسله‌مراتب فرماندهیِ روشن و مشخصی بر اساس مقررات حقوقی وجود ندارد، صرف داشتن کنترل یک فرمانده بر زیردستان خود می‌تواند دلیل کافی برای تحمیل مسئولیت فرماندهی باشد.[3]

دوم، «فرمانده نظامی می‌دانست یا می‌بایست می‌دانست که نیروهای تحت امر او، جرم مذکور را مرتکب شــده یا به زودی مرتکب خواهند شد؛ مافوق غیر نظامی

1. Kayishema
2. Ruzindana
3. Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana (Case No. ICTR-95-1-T), Judgment, 21 May 1999, para, 491.

می‌دانســـت که افراد تحت امر او مرتکب جرم خواهند شد یا آگاهانه از اطلاعاتی که به‌وضوح نشان می‌داده که افراد تحت امر او مرتکب جرم می‌شوند یا به زودی مرتکب خواهند شـــد، چشم‌پوشی کرده اســـت»؛ با توجه به این شرط، ماده ۲۸ اساس‌نامه رم برای اولین بار، بین مقام‌های مافوق نظامی و غیر نظامی تفکیک قائل شـــد و بر همین اســـاس، برخی معیارهای جداگانه‌ای برای مســـئول شناخته شدن فرماندهان نظامی و مقام‌های مافوق در نظر گرفته و بیان می‌دارند: «مقام نظامی مافوق در صورتی مسئولیت خواهد داشـــت که نسبت به ارتکاب جرم از سوی زیردستان مطلع بوده یا باید اطلاع می‌داشته اســـت؛ در حالی‌که مقام مافوق غیر نظامی باید می‌دانسته که افراد تحت امر او مرتکب جرم می‌شوند و یا از اطلاعاتی که به وضوح دلالت بر چنین امری داشته اســـت به طور آگاهانه غمض عین کرده باشـــد. به عبارت دیگر، برای مسئول دانستن مقام مافوق مطابق این ماده، صرف احراز آن‌چه که در نظر عرف مســـامحه محسوب می‌شـــود کفایت می‌کند؛ در حالی‌که در مورد مقام غیر نظامی، معیار ســـخت‌تری،که همانا اثبات علم واقعی یا اعتباری وی نســـبت به موضوع است به کار گرفته می‌شود» (میرمحمدصادقـــی، ۱۳۹۰: ۲۱۷). با توجه به ماده ۲۸ اســـاس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی و نظر اخیرالذکر، می‌توان در مورد این شرط به این جمع‌بندی رسید که تمایز بین فرماندهان نظامی و مافوق‌های غیر نظامی در اساس‌نامه رم، معیار اساسی است و در رابطه با فرماندهان نظامی وظیفه بیشـــتری نسبت به مافوق غیر نظامی تحمیل کرده تـــا از فعالیت نیروهای تحت امر خویش آگاهی یابد؛ هنگامی‌که او می‌دانســـت یا در شـــرایطی قرار داشت که می‌بایست می‌دانست که نیروهایش مرتکب ارتکاب چنین جرائمی شده‌اند.

ســـوم، مافوق در جلوگیری از ارتکاب یا مجازات یا گزارش جرائم نیروهای تحت امر، قصور ورزیده باشد.

در پرونده ترور ســـردار ســـلیمانی و همراهان ایشـــان با چهار نوع مسئولیت مواجهیم: نخســـت، مســـئولیت کیفری مباشرین این حمله یعنی کســـانی که اقدام به هدایت هواپیمای بدون سرنشـــین کرده و با اقدام به شـــلیک موشک به خودروهای حامل فرماندهان ایرانی و عراقی کرده‌اند؛ دوم، مسئولیت کیفری هم‌دستان که مشتمل بر تمامی اشخاصی هســـتند که به نوعی در ارتکاب این جنایت نقش موثر داشته‌اند؛

سوم، مقام‌ها و فرماندهان مافوق که دستور حمله و هدایت نیروها را برعهده داشته‌اند؛ و چهارم، مسئولیت بین‌المللی دولت امریکا که مربوط به مسئولیت حقوقی می‌شود نه کیفری؛ چرا که مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل تنها بر اشخاص حقیقی تحمیل می‌شود. البته «فقدان مسئولیت کیفری دولت در حقوق بین‌الملل، انتساب اعمال جنایی به دولت‌مردان و فرماندهان را مخدوش نمی‌سازد و انتساب مسئولیت کیفری به افراد نیز مسئولیت بین‌المللی دولت امریکا، ناشی از اعمال متخلفانه بین‌المللی را منتفی نمی‌کند» (زمانی، ۱۳۹۵: ۹).

در پرونده ترور سردار سلیمانی، اولین شکل مسئولیت کیفری برای کسانی متصور است که در عملیات نظامی منتج به کشته شدن سردار سلیمانی و همراهان ایشان نقش فرماندهی داشته و دستور انجام این عملیات را صادر کرده‌اند. همان‌گونه که در بحث مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی و مقام‌های مافوق بیان شد، در صورت وقوع جرم جنایی، فرمانده و مافوق مسئول جنایات ارتکابی است که طبق دستور وی اجرا شده است و هم‌چنین بیان شد؛ که برخلاف رویه سابق، در حال حاضر مسئولیت کیفری فرمان، تنها مختص به فرماندهان نظامی نیست، بلکه مقام‌های غیر نظامی مافوق نیز در صورتی که بر زیردستان کنترل موثر داشته باشند، دارای مسئولیت کیفری خواهند بود. در حمله امریکا با هر دو نوع فرماندهی مواجه هستیم؛ چرا که ترامپ به عنوان فرمانده ستادی این عملیات فردی غیر نظامی است و ژنرال مک‌کنزی به عنوان فرمانده مستقیم این عملیات فردی نظامی است. در مورد بحث کنترل موثر که به عنوان یکی از شرایط اصلی تحقق مسئولیت کیفری ناشی از فرمان، در اساس‌نامه محاکم کیفری اختصاصی و اساس‌نامه رم بیان شده، در مورد مک‌کنزی شکی نیست؛ چرا که وی فرمانده ستاد فرماندهی مرکزی ایالات متحده آمریکا (سِنتکام) را بر عهده داشته و عملیات اجرایی توسط نیروهای همین ستاد فرماندهی انجام یافته است، اما در مورد ترامپ ابتدا باید به این نکته مهم توجه شود که بر خلاف نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران که رئیس جمهور در این خصوص مسئولیت فرماندهی کل ندارد، در امریکا رئیس جمهور این کشور فرماندهی کل نیروهای مسلح را بر عهده دارد و این مسئولیت را از طریق وزارت دفاع انجام می‌دهد؛ بنابراین با توجه به اعتراف صریح و علنی ترامپ به عنوان رئیس جمهور وقت امریکا که اعلام داشته بود

به صورت خاص انجام این عملیات با دستور وی بوده و از طریق مانیتورینگ بر نحوه اقدام نیروهای خود نظارت داشته، وی بر نیروهای اجرایی کنترل موثر داشته است. در مورد نحوه اجرایی شـــدن این فرامین با استناد به گزارش‌های رسمی از حمله امریکا باید بیان داشـــت؛ پس از صدور دستور از طرف رئیس جمهور این کشور یعنی کسب مجوز از دولت امریکا، ژنرال مک‌کنزی فرمانده این نیروها، دستور اجرای عملیات را به یگان‌های عملیاتی صادر می‌کند. به دنبال این فرمان، موشـــک‌های آمریکایی شلیک شـــده و ابتدا به خودروی حامل ســـردار ســـلیمانی و ابومهدی المهندس و سپس به خودروی حامل محافظان آن‌ها اصابت می‌کند.

با این مختصر در مورد فرامین و شکل صدور آن، در ادامه به بررسی شرایطی که برای احراز مســـئولیت کیفری ترامپ به –عنوان فرمانـــده غیرنظامی و مک‌کنزی بـــه عنوان فرمانـــده نظامی هدایت کننده عملیات اجرایی، در ماده ۲۸ اســـاس‌نامه رم پیش‌بینی شده می‌پردازیم.

اولین شـــرط برای تحقق مســـئولیت کیفری فرمانده به دنبال صدور فرمان و ارتکاب جنایت، وجود رابطه بین او و زیردســـتان اســـت. قاعده‌ای که به رســـمیت شـــناخته شـــده، «کنترل موثر» است؛ بنابراین اگر احراز شـــود که ترامپ و مک‌کنزی کنترل موثر بر زیردســـتان داشته، فرمانده یا مافوق آن‌ها محسوب خواهند شد. ترامپ هر چند در سلسله مراتب فرماندهی نیروهای هدایت‌کننده پهبادها و تک‌تیراندازهای مســـتقر در فرودگاه بغداد و سایر نیروهای امریکایی نبوده، اما به صورت رسمی و بر اســـاس قوانین این کشور جایگاه فرماندهی کل بر نیروهای مسلح این کشور را داشته و مسئول اصلی و تنظیم‌کننده سیاست‌های نظامی این کشور می‌باشد؛ بنابراین وی این اختیار را دارد که در برخی از عملیات‌های نظامی خود هدایت و فرماندهی مســـتقیم را بـــر عهده بگیرد. با توجه به اظهارات پمپئو وزیر امور خارجه این کشـــور و برخی مقام‌ها، یکی از سیاســـت‌های نظامی این کشور، ترور سلیمانی بوده و ترامپ در مقام اجرایی نمودن این سیاســـت، حسب اظهارات خود هدایت مستقیم این عملیات را بر عهده داشته و دستور حمله را صادر کرده است؛ بنابراین شرط اول فراهم است.

شـــرط دوم برای تحقق مســـئولیت کیفری از منظر قوانین بین‌المللی (فرمانده می‌دانست یا می‌بایست می‌دانســـت که نیروهای تحت امر او جرم مذکور را مرتکب

شـــده یا به زودی مرتکب خواهند شـــد؛ مافوق غیر نظامی می‌دانست که افراد تحت امر او مرتکب جرم خواهند شد یا آگاهانه از اطلاعاتی که به وضوح نشان می‌داده که افراد تحت امر او مرتکب جرم می‌شوند یا به زودی مرتکب خواهند شد، چشم‌پوشی کرده اســـت) نیز محقق است. در این پرونده، ترامپ می‌دانست که افراد تحت امرش، مرتکب چنین جنایتی خواهند شـــد. مک‌کنزی نیز به عنوان فرمانده مستقیم نیروهای اجرایی، بر این موضوع آگاه بوده و می‌دانست با صدور فرمان اجرایی، هدایت‌کنندگان پهبادها شـــروع به عملیات کرده و مرتکب چنین جنایتی می‌شـــوند؛ حتی برای کشته شـــدن تمام سرنشـــین‌ها، تک‌تیراندازهایی را در فاصله‌ای اندک از محل ترور مستقر کرده بود؛ بنابراین مک‌کنزی نیز به عواقب چنین فرمانی آگاهی داشته است. اظهارات این دو فرمانده پس از ارتکاب جنایت، جای شبهه‌ای را باقی نمی‌گذارد. ترامپ پس از ارتکاب عملیات گفته بود «تصمیم به کشـــتن هیچ کس، تصمیمی آسان نیست، اما خطـــر خودداری از اقدام در خصوص این موضوع، بیش‌تر از خطر اقدام بود؛ بنابراین در انجام این تصمیم اقدام خوبی کردم».

شـــرط سوم برای تحقق مســـئولیت کیفری بین‌المللی (مافوق در جلوگیری از ارتکاب یا مجازات یا گزارش جرائم نیروهای تحت امر، قصور ورزیده باشـــد» نیز با توجه به صدور عمدی فرمان توســـط فرماندهان (ترامپ و مک‌کنزی) و علم آن‌ها به عواقب این فرمان، محقق است و نوبت به بررسی قصور آن‌ها نمی‌رسد.

برآمد

۱- مستند به قوانین حقوق بشری، منشور سازمان ملل متحد، کنوانسیون‌ها و اسناد مرتبط با حمایت از مقام‌های رسمی و اسناد و قطع‌نامه‌های ضد تروریستی، مرتکبان اقدام تروریستی منجر به شهادت سردار سلیمانی و همراهان وی، دارای مسئولیت کیفری در هر سه شکل رایج در عرصه بین‌المللی (فردی، در پرتو فعالیت مجرمانه مشترک و فرماندهان) می‌باشند.

۲- در عرصه بین‌المللی اصل، مسئولیت‌کیفری فردی است و مسئولیت کیفری در پرتو فعالیت مجرمانه مشترک و مسئولیت کیفری فرماندهان به عنوان استثناءهای این اصل هستند. بر مبنای مسئولیت کیفری فردی تمامی اشخاصی که به نوعی در ترور سردار سلیمانی یکی از نقش‌های سه‌گانه ارتکاب رفتار مجرمانه (مباشرت، شرکت و معاونت) را داشته‌اند، مسئولیت کیفری خواهند داشت.

۳- مسئولیت کیفری مرتکبان ترور سردار سلیمانی را بر مبنای تئوری مسئولیت جمعی نیز می‌توان اثبات کرد که مشتمل بر سه‌گونه است و به نظر می‌رسد، با گونه‌های اول و دوم انطباق بیش‌تری دارد؛ چرا که به مانند گونه اول، اعضای تیم مشارکت‌کننده در حمله دارای طرح مشترک (کشتن سردار سلیمانی) و قصد مجرمانه یکسان (ارتکاب عمدی رفتار مجرمانه با علم و آگاهی) بوده و از بین اعضا، تنها برخی از آن‌ها در عملیات مادی و فیزیکی مشارکت داشته‌اند. همچنین به مانند گروه دوم، ساختار منسجم و نظام‌مندی برای جنایت تشکیل داده بودند.

٤- شرایط اساسی تحمیل مسئولیت کیفری بر مبنای مسئولیت کیفری فرماندهان، وجود رابطه فرماندهی و احراز کنترل موثر است. در ترور سردار سلیمانی، رئیس جمهور وقت این کشور به دلیل این‌که مطابق قانون اساسی ایالات متحده امریکا سمت فرماندهی کل نیروهای مسلح را بر عهده دارد، رابطه فرماندهی محرز است. در مورد شرط کنترل موثر نیز با توجه به این‌که وی طی توئیتی اعلام داشته دستور ارتکاب این حمله را صادر کرده و ارتکاب آن زیر نظر مستقیم وی بوده، این شرط نیز قابل اثبات می‌باشد. البته مسئولیت فرماندهی تنها متوجه ترامپ نبوده بلکه فرماندهان نظامی به ویژه فرمانده سنتکام (مک‌کنزی) نیز که نیروهای هدایت کننده پهبادها و تک‌تیراندازان و سایر نیروهای نظامی مجری عملیات تحت اوامر مستقیم وی بودند، بر بنای تئوری فرماندهی مسئولیت کیفری خواهند داشت.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۹۵)، **اشکال مسئولیت در حقوق کیفری بین‌المللی**، تهران: جنگل جاودانه.

* آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۸٦)، **محاکمه قدرت**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* تقدسی، محمد (۱۳۸۷)، **دادگاه کیفری سیرالئون**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

* توجهی، عبداله و کریمیان، هاله (۱۳۹۷)، «**مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی**»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰٤.

* حسینی‌خواه، جواد و جانی‌پور، کرم و کریمی، قوام (۱٤۰۰)، «**رویکرد دیوان کیفری بین المللی در خصوص مصونیت کیفری مقامات بلند پایه دولتی**»، مطالعات سیاسی، سال چهاردهم، شماره ۵۳.

* رشنودی، عارف و اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۷)، «**مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در حقوق بین‌الملل کیفری، آموزه‌های حقوق کیفری**»، دانشگاه علوم رضوی، شماره ۱٦.

* زمانی، قاسم (۱۳۹۵)، «**واگرایی و همگرایی مسئولیت کیفری فردی و مسئولیت بین‌المللی دولت: تأملی در اوراق پرونده جنگ شیمیایی عراق علیه ایران**»، پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱.

* زمانی، قاسم و عسگری راد، حسین (۱۳۹۹)، «**تحولات انتساب مسئولیت کیفری آمر و مامور در حقوق بین‌الملل**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱۵.

* زمانی، قاسم و عسگری راد، حسین (۱۳۹۹)، «**تحولات انتساب مسئولیت کیفری آمر و مأمور در حقوق بین‌الملل**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱۵.

* ضیائی چاهگاهی، سیدیاسر و جمشیدی، علیرضا و آشوری، محمد (۱٤۰۱)، «**افتراقی شدن دادرسی کیفری جرائم اشخاص حقوقی؛ مبانی، ضرورت و ضوابط**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* شریفی طرازکوهی، حسین و صیادنژاد، محمدحسین (۱۳۹۹)، «**اعمال اصول**

بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه بر تسلیحات کاملاً خودکار به عنوان ابزار جنگی نوین»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۲.

* صلاحی، سهراب (۱۳۹٤)، «**مسئولیت کیفری مافوق در نقض قواعد ومقررات حقوق بشر و بشردوستانه از سوی مأمورین امریکایی در اشغال عراق**»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۳.

* عارفی، مرتضی (۱٤۰۱)، «**گونه‌شناسی واکنش‌ها در برابر تکدی؛ از سیاست کیفری تا سیاست اجتماعی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.

* منصور لکورج، علی و عباسی، اصغر و قربانی، علی (۱٤۰۰)، **بی‌کیفری مجرمان بین‌المللی در اسناد بین‌المللی**، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، سال دوازدهم، شماره ٤٦،

* کاسسه، آنتونیو (۱۳۸۸)، **حقوق کیفری بین‌المللی**، برگردان: حسین پیران و اردشیر امیرارجمند و زهرا موسوی، چاپ نخست، تهران: جنگل.

* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۰)، **حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)**، چاپ سوم، تهران: میزان.

* مومنی‌راد، احمد (۱۳۹۹)، «**شلیک به حقوق بشر و حقوق بین‌الملل**»، پاسدار اسلام، شماره ٤٦۵ و ٤٦٦.

* نژندی‌منش، هیبت‌الله (۱۳۹۹)، «**امکان‌سنجی حقوقی توصیف ترور سردار سلیمانی و دیگران به مثابه جنایت علیه بشریت**»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۷، شماره ۲.

ب. انگلیسی

* Alan Wilner (1966), **"Superior Order as a Defense to Violations of International Law,"** Maryland Law Review 26(2): 128.

* Arnold Roberta (2002), **"Command Responsibility: A Case Study of Alleged Violations of the Laws of War at Khiam Detention Center"**, Journal of Conflict and Security Law.

* Cassese, Antonio (2006), **"The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law."** Journal of International Criminal

Justice 4.

❋ Doria, Jose (2009), **"The Relationship between Complicity Modes of Liability and Specific Intent Crimes in the Law and Practice of the ICTY"**, in José Doria, Hans-Peter Gasser & M. Cherif Bassiouni the Legal Regime of the International Criminal Court, Martinus Nijhuff

❋ Gattini, Andrea (2009). **"A Historical Perspective from Collective to Individual Responsibility and Back"**, in Andre Nollkaemper and herman Van der wilt (Eds), System Criminality in International Law, Cambridge University Press.

❋ Greg R. Vetter (2000), **"Command Responsibility of Nonmilitary Superiors in the International Criminal Court,"** Yale Journal of International Law 25: 97.

❋ Jayankakula. Kitti (2010), **ls the doctrine of joint criminal enterprise a legitnate mode of lndividual criminal liability a study of the Khmer Rouge trials**, eastom Asia university

❋ Paola Gaeta, (1999), **"The Defense of Superior Orders, the Statue of International Criminal Court versus Customary International Law,"** Gjil 10.

❋ Prosecutor V. Multinovic et al, (2003), **Decition on Dragoljub Ojdanic Motin challenging jurisdiction**, **joint criminal enterprise, Appeals champer**, Case No. IT-99-37- AR72. 23.,

❋ Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana **(Case No. ICTR-95-1-T)**, Judgment, 21 May 1999, para, 491.

❋ Van der Wilt, Harmen (2009). **"Joint Criminal Enterprise and Functional Perpetration"**, in Andre Nollkaemper and herman Van der wilt (Eds), System Criminality in International Law, Cambridge University Press

❊ Vark, Rene (2012), **Superior Responsibility**, Article in the ENDC Proceedings, vol. 15.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۳۳۹-۳۱۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۰

کیفرشناسی جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران

مهرداد احمدزاده ذوالپیرانی،[۱] یاسمن خواجه نوری[۲]،علی نجفی توانا[۳]

چکیده

اصول و معیارهایی بر رفتار مجرمانه مترتب است که واقعیت حقوقی آن را از منظر شکلی و ماهوی مشخص کرده و به‌تبع آن، در تعیین کیفر و نگاه کیفرشناختی بر آن تأثیر می‌گذارد. جرائم اقتصادی نیز در پرتو همین دیدگاه، متجلی از ضوابطی است که رفتار منتسب به آن را جرم انگاری کرده و در عرصه جرم به آن مصداق خارجی می‌بخشد. پژوهش حاضر با تمرکز بر تحلیل کیفرشناسی جرائم اقتصادی، درصدد است انواع مجازات در این حوزه را بررسی کند و در پرتو هدف مذکور، با روشی توصیفی و تحلیلی به این پرسش اصلی پاسخ دهد که در بازخورد با جرائم اقتصادی، کدام‌یک از دو رویکرد پیامدگرایی به عنوان نتیجه مطلوب و یا جنبه ناپیامدگرا و سزامحور به صورت مطلق در مجازات باید مورد نظر قانون‌گذار باشد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد با اتخاذ رویکردی موسع و تنویعی به مجازات، نسبت به جرائم اقتصادی آن‌چه غلبه دارد، تفوق سزاگرایی است. این باور آن‌جا توسعه می‌یابد که قانون‌گذار افزون بر جرائم مالی و شلاق، از حبس‌های موقت و طولانی‌مدت در گفتمان کیفری جرم اقتصادی بهره جسته و مجازات اعدام با مبنایی دینی و در قالب مجازات حد و در شاکله تعزیر، پیش‌بینی شده است. نتیجه این اندیشه غالب در خصوص جرائم اقتصادی، اتخاذ رویکرد ناپیامدگرا جهت دست‌یازی به عدالت برای جامعه است.

واژگان کلیدی: کیفرشناسی، اعدام، جرم اقتصادی، سازمان‌یافتگی، رویکرد سزاگرا، رویکرد پیامدگرا

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
Ahmadzadeh.m25@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
yas-Kh2009@yahoo.com

۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
Najafi.Tavani@gmail:com

درآمد

همـــواره رویکردهای تکمیلی و تتمیمـــیِ مجازات در مواجهـــه با عناصری هم‌چـــون زمان و مکان، نوع جرم، میزان خشـــونت، میزان تأثیـــر در قلمرو هنجاری جامعه و به‌طـــور کلی اوضاع و احوال حاکم بر پدیده مجرمانـــه؛ رفتارهای مبتنی بر هنجارگریزی را از منظر تبارشناسی کیفر دربرمی‌گیرد. این فرایند در خصوص جرائم اقتصادی با فســـاد اداری، فقر جامعه، ناکارآمدی برخی دستگاه‌های دولتی و اشخاص مدیر و ... به‌هم تنیده شـــده است که نوع مجازات و مبنای جرم‌انگاری و کیفرگذاری را پیچیده وگسترده می‌کند. پیچیدگی موضوع زمانی مشخص می‌شود که در مصادیق متعـــدد جرائم اقتصادی بـــا مجرمان مختلف برخودار از هوش و اســـتعداد ناهمگون مواجه هستیم. همین امر موجب می‌گردد، بررسی کیفرشناختی جرائم اقتصادی بسیار مشکل و متفاوت از دیگر جرائم باشد. افزون بر این جریان پیچیده فوق که بیان شد، تفکیک جرم اقتصادی به دو دســـته کلی جـــرم اقتصادی مبتنی بر نقض مبانی دینی و مبانی اجتماعی که در نظام حقوقی ایران قابل رویت اســـت نیز برگستردگی و متعاقباً پیچیدگی موضوع می‌افزاید.

به‌عبـــارت دیگر، اگر بخواهیم جرم اقتصادی را در نظام حقوقی ایران از منظر کیفرشناســـی تحلیل و تفسیر کنیم می‌بایست در آغاز امر، فقه و رویکردهای فقهی را به‌عنوان یک محک و ضابطه در بخشـــی از رفتارهای مجرمانه اقتصادی دخیل بدانیم، چرا که رفتارهـــای مبین جرم اقتصادی از منظر فقهی معرف مصادیقی چون افســـاد فی‌الارض اســـت که کیفرشناســـی موضوع را در حوزه‌های دیگری چون حدود باید واکاوی کرد. افزون بر این با توجه به فقدانِ مفهوم روشـــن و پذیرفته شـــده از جرائم اقتصادی و مالی، تعیین مصادیق گسترده این پدیده نیز دشوار می‌باشد. هم‌چنین اذعان به‌این موضوع که آیا در حال حاضر این نوع رفتار مجرمانه نسبت به سال‌های گذشته شیوع بیش‌تری داشته یا خیر، بررسی همه‌جانبه می‌طلبد که ظرفیت جغرافیای ماهوی موضوع قادر به بررسی آن نیست. از سوی دیگر، غور در جزء به جزء جرائم اقتصادی نه تنها مجالی گسترده می‌طلبد که در این وجیز تنها قادریم بخشی از رویکرد حقوقی نســـبت به جرائم اقتصادی را تحلیل نماییم. به عنوان مثال، دادرســـی افتراقی جرائم اقتصادی که از منظر شـــفافیت، پیش‌گیری از اطاله دادرسی و دیگر مولفه‌ها ضرورت

این امر را توجیه‌پذیر می‌سازد، در این مجال نمی‌گنجد؛ چرا که در همین مورد نیز مراجع مختلف در زمینه‌های متفاوت صالح به رسیدگی هستند. در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، صلاحیت مراجع رسیدگی کننده مبتنی بر ماده ٤٤ این قانون تعیین می‌شود و دادگاه انقلاب و سازمان تعزیرات حکومتی صلاحیت رسیدگی به جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را بر عهده دارند که صلاحیت این دو مرجع نسبت به یکدیگر ذاتی و به موجب این ماده احصاء شده است. افزون بر این، در مرحله کشف جرم نیز، به موجب ماده دیگری از این قانون یعنی ماده ٣٦ در صلاحیت برخی دستگاه‌ها شناسایی شده و اصولاً به جهت ایجاد تکالیفی در فرایند کشف می‌توان صلاحیت‌هایی برای آن تعریف نمود (خلیلی پاجی و احمدی، ١٤٠٢: ١٢١)؛ بنابراین بررسی همه جانبه جرم اقتصادی در نظام حقوقی ایران بسیار دشوار و بستر مباحثی طولانی خواهدبود.

پژوهش حاضر با هدف بررسی و تحلیل مصادیق جرم اقتصادی از منظر کیفرشناختی، سعی دارد این پرسش اصلی را پاسخ دهد که در میان دو کشش به‌داوری مبتنی بر پیامدگرایی با مطلوبیت ذاتی مجازات در شکل سزاگرایی هم‌گام با ناپیامدگرایی، کدام‌یک بهتر می‌تواند ماهیت جرم اقتصادی را در راستای مصالح عامه تفسیر نماید. برایند پرسش مزبور این مهم است که در جرم اقتصادی به‌مثابه هر رفتار مجرمانه‌ای نتیجه مطلوب مورد نظر است و یا این‌که این پدیده تصویری ناهمگون و ناهنجار در سطوح مختلف جامعه را درک کرده و باید تنها علاج آن را از ره‌گذار مجازات صرف قلمداد کنیم. علت این نگرش، این واقعیت است که اساساً جرم اقتصادی دارای بزه‌دیده عام بوده و به نوعی جامعه (به‌عنوان تعرض به حریم بیت‌المال و یا اموالشان به صورت گسترده) و حاکمیت (به عنوان اقلیت حاکم که اعتماد جامعه را از دست داده و یا حداقل این اعتماد کم‌رنگ شده است) آماج نخستین آثار منفی این رفتار مجرمانه قرار گرفته‌اند؛ بنابراین بایست بررسی شود که مجازات‌های مختلف (صرف نظر از نوع رفتار مجرمانه اقتصادی) می‌تواند به صرف کیفر، برای این دو طیف بزه‌دیده (جامعه و حاکمیت) اعاده وضع به‌حال سابق نماید؛ یعنی جامعه آن‌چه را از دست داده به دست آورده و حاکمیت نیز آن‌چه از اعتماد از دست داده بازیابد.

با این رویکرد این پژوهش در دو سطح کلی، چهار بخش را مورد توجه قرار داده است. سطح نخست جایگاه پیامدگرایی و ناپیامدگرایی در رفتارهای مجرمانه اقتصادی و سطح دیگر بازخورد انواع مختلف مجازات؛ اعم از حبس، جزای نقدی، سلب حیات و حتی تشهیر در این نوع جرم می‌باشد. این دو سطح نیز در چهار بخش از جمله دیدگاه تئوریک پیامدگرایی در جرم اقتصادی که به بررسی هستی‌شناسی پیامد در کیفر جرم اقتصادی می‌پردازد و با الگوهای مختلف مجازات تحلیل می‌گردد. بخش دیگر بر فرافکنی و نقش آن در مجازات و محکوم (نه الزاماً مجرم اصلی) جرم اقتصادی و توالی فاسد آن تمرکز دارد. در گام‌های دیگر نیز به تحلیل کیفرشناسی مصادیقی از جرم اقتصادی پرداخته شده است.

۱. رویکرد پیامدگرا به مجازات‌های ناظر به‌جرم‌های اقتصادی

۱-۱. جایگاه تئوریک پیامدگرایی در جرم اقتصادی

«پیامد گرایی»[1] گفتمانی است که اشاره به نظریه‌ای هنجاری داشته و در نهایت اخلاقی بودن یک عمل یا یک قاعده (یا هر چیز دیگری) را تنها از طریق پیامدهای آن قضاوت می‌کند. لذا مبتنی بر نظریه‌ای از خیر است که رفاه هر فرد را در نظر می‌گیرد. پس روایت پیامدگرا، مجازات را توجیه می‌کند، نه به این دلیل که مجرم مستحق آن است، بلکه به‌دلیل پیامدهای خوب ناشی از مجازات. در مقابل سزاگرایی، مجازات را نه با توسل به پیامدهای خوب ترویج شده، بلکه صرفاً به‌این دلیل که مجرم مستحق آن است، توجیه می‌کند (Russell, 2005: 281)؛ بنابراین آن‌چه در پیامدگرایی مجازات مورد نظر است، سود محوری مجازات است که برآیند این رویکرد موضوع فایده‌گرایی و اقتصاد رفاه است که معروف‌ترین نظریه‌های پیامدگرا محسوب می‌گردد (Zamir & Medina, 2008: 329). با این‌حال پیامدگرایی در کیفر جرم اقتصادی چشم‌اندازی به آینده دارد؛ نگاهی که در آن سعی می‌شود علاوه بر یک کیفر مطلوب، آثار شرورانه جرم اقتصادی را در فردا کاهش دهد. البته این رویکرد به نسبت جرائم متعدد و بی‌شمار اقتصادی که امروزه به‌فراخور پیچیدگی‌های بوروکراتیک در نظام حاکمیتی و نیز پیشرفت‌های سریع و گسترده در حوزه علم و فناوری با زعامت فضای مجازی و سایبری ایجاد شده، پاسخ‌های یک‌دست و هم‌نوا

1. consequentialism

نداشته و اغلب دارای واکنش‌های کیفری منحصر به فردی هستند.

۲-۱. الگوواره پیامدگرا در مدل‌های کیفردهی جرائم اقتصادی

همان‌طور که در مقدمه نیز بیان شد، اراده قانون‌گذار مترصد دو رویکرد تقنینی به جرائم اقتصادی است؛ رویکرد ایدئولوژیک مبتنی بر دین و دیگر رویکرد مقررات حاکم در جهت مقتضیات جامعه و زمان می‌باشد. بنابراین جهت تبیین کیفرگزینی این دو رویکرد بایست الگوهای کیفردهی و تأثیرات آن بر فرایند کیفرگزینی مذکور را تحلیل نماییم.

نخستین و شناخته‌شده‌ترین نوع الگوی کیفردهی، کیفردهی معین[1] است. در این الگو، مجرم به میزان معین و الزام‌آوری از کیفر محکوم می‌شود. در این الگو، برخلاف الگوی نامعین، مجرم به طیفی از مجازات محکوم نشده و صلاح‌دید قضایی در آن جایگاهی ندارد. پس این الگو اغلب، با توجه به شدید و ثابت بودن مجازات، برای جرائم خاص یا مجرمان مکرر به‌کار گرفته می‌شود (مهرا و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۱۱). این مدل از کیفر را می‌توان در پرتو اوصافی چون اطلاق در مجازات، غیر قابل انعطاف با صلاح‌دید قضایی و ...، با رویکرد ناپیامدگرا توصیف نمود که در عنوان مجرمانه افساد فی‌الارض قابل تعمیم است. به‌هر حال نوع الگوی کیفردهی معین در جرم اقتصادی ره‌یافتی است که جهت اتخاذ کیفر براساس شدت آثار رفتار مجرمانه طرح‌ریزی شده است.

کیفردهی نامعین[2] که با عنوان «کیفردهی مشورتی یا اختیاری»[3] نیز شناخته می‌شود؛ از نظر اختیارات قاضی از اختیار و صلاح‌دید بیش‌تری در تعیین کیفر برخوردار است. در این الگو حداقل و حداکثر دوره توسط قانون مشخص شده و قاضی اجازه دارد بر اساس اوضاع و احوال هر پرونده، میزان کیفر را تعیین نماید، اما قاضی در مقام تعیین کیفر به‌جای تعیین مدت مشخص، در حکم خود حداقل و حداکثر مجازات قابل اجرا را (یک تا دو سال حبس) تعیین می‌نماید (هالوی، ۱۳۹۳: ٦٦). پس باور بر این است که اختیار قضایی و مورد نظر قرار دادن شرایط حاکم بر رفتار مجرمانه و ارتکاب جرم و تعدیل مجازات و یا حبس‌محوری در مقابل حذف

1. Determinate sentencing
2. indeterminate sentencing
3. voluntary or advisory sentencing

مجرم از اجتمـــاع می‌تواند کارایی و تأثیری فزاینده در اصلاح و بازاجتماعی شـــدن مجرمان داشـــته باشـــد؛ بنابراین با نگاهی آینده‌محور به مجازات سعی می‌کند الگویی پیامدگرا را ناظر بر کیفر اتخاذ کند. با این‌حال پرســـش اصلی در این مجال این است که این الگو تا چه میزان می‌تواند در مورد مجرم اقتصادی با خصیصه شـــخصیتی که خود انگیزه‌ای برای ارتکاب این نوع جرم می‌باشد مناسب و مطلوب باشد.

در راســـتای این شیوه از کیفردهی، می‌توان انقضای مواعدی که به عنوان مثال در ماده ۵۸ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ جهت اســـتفاده از آزادی مشروط آمده اســـت را خوانشی از ســـبک و ســـیاق رویکرد نامعین با اختیارات مقام قضایی دانســـت. آن‌چه می‌تواند در بازخورد با مجرمان اقتصادی که عنوان مجرمانه آن‌ها در قالب مجازات تعزیری تعریف شده را در برگیرد.

الگـــوی کیفردهی فرضی[1] یا «الگوی کیفردهی ره‌نمودمحور»[2] در رابطه با تمام جرائـــم یا طبقه خاص از جرائم اعمال می‌شـــود. در این الگو به خلاف الگوی معین و نامعین، به‌صلاح‌دید قضایی، جایگاه معقول و متعارفی داده شـــده اســـت؛ بنابراین شیوه‌ای پیامدگرا بر مجازات داشته و با الگویی ترکیبی تلاش می‌کند با ادغام کیفردهی نامعین و کیفردهی الزامی، مجازات را تعدیل کند. در این نوع از کیفردهی، قانون‌گذار میـــزان هنجارمندی و قاعده‌مندی از کیفر را برای هر جرم تعیین می‌نماید و به قضات اجـــازه می‌دهد تنها در صورت وجود کیفیات یا اوضاع و احوال خاصی، از آن قاعده منحرف شوند (مهرا و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۱۴). این الگو در رابطه با تمام پرونده‌ها اعمال می‌شـــود، اما زمانی که عوامل مخففه یا مشـــدده مجازات وجود داشته باشند قضات می‌توانند با رعایت حدود مشـــخصی میزان مجازات را تشدید نموده یا تخفیف دهند؛ بنابراین سیستم قضایی می‌تواند بر اساس این الگو برای مجرم اقتصادی در صورتی‌که پیامد رفتار خود را پذیرفته و حداقل، اعاده وضع به‌حال سابق نماید، مجازاتِ مناسبی را اعمـــال نماید. البته محدودیت واکنش‌های پیامدگرا در جرائم اقتصادی نســـبت به دیگر جرائم به‌مراتب بیش‌تر اســـت؛ تا آن‌جا که نهادهـــای ارفاقی کیفری مثل تعویق صدور حکم، تعلیق و مصادیقی از این دست شامل این جرائم نمی‌شود و در صورت

1. presumptive sentencing
2. guideline based sentencing

شمول با شروط و محدودیت‌های قانونی و قضایی همراه است.

البته در سیســـتم کیفرگزینی همواره این سیکل منطقی رعایت نمی‌شود، بلکه در برخی برهه‌ها به فراخور تأثیرات اجتماع و لفاظی‌های سیاســـیون، فضایی آرمانی انقلابی بر چهره اراده قانون‌گذار ســـایه می‌افکند که همین امر موجب می‌شـــود حتی در صـــورت اتخاذ رویکرد کیفرگزینی و کیفرگذاری معیـــن و نامعین، عمل‌کردهایی دیگر نیز جایگزین گردد. به‌عنوان مثال، بررســـی تحولات تقنینی نظام مالیاتی نشـــان می‌دهد، اگر چه در جهت‌گیری عمده مقررات مالیاتی قبل از انقلاب، رویکرد اتخاذی مبتنی بر مذاکره و مصالحه در راستای مطلوبیت نتیجه حاکمیت داشت، لیکن به طور خاص از زمان اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم در سال ۱۳۹۲، آن‌چه تفوق پیدا کرد، مداخلات کیفری از طریق جرم‌انگاری و کیفرگزینی بر مدار آرمان‌گرایی و توجیهات توســـعه‌محور بوده‌اســـت. با این حال ناکارآمدی این ره‌آورد ایدئولوژیک منتج به این نتیجه شـــد که در چارچوب شـــیوه نامه داخلی نحوه اجرای مواد ۲۷٤ تا ۲۷۷ قانون مزبور این رویکرد (ناپیامدگرایی سزاگرا) به‌محاق رفته و کمافی‌السابق سازمان مالیاتی به‌عنوان نماینده دولت، خود را شایســـته چگونگی جبران ناشی از بزه‌دیدگی تخلف مالیاتـــی بداند (ابراهیمی، ۱٤۰۲: ۳٤). برآیند ایـــن امر تغییر رویکرد ترجیح گفتگو با مؤدی مالیاتی جهت اعاده وضع و پرداخت مالیات‌های معوقه شد و رویکرد تهاجمی و واکنشی سزاگرا در این حوزه در گام‌های بعدی قرار گرفته است.

۲. رویکرد ناپیامدگرا به مجازات‌های ناظر به جرم‌های اقتصادی

۲-۱. ابزارگرایی کیفر توجیه در ســـرپوش ناکارآمدی با عاملیت رســـانه در جرائم اقتصادی

جـــرم اقتصادی با پیوند مجازات با رویکرد ناپیامدگرایی[1] به‌ویژه در سیاســـت کیفری ایران هم‌سنخ‌تر است. به‌طور کلی در پدیده مجرمانه واکنش اجتماعی، خوانشی از مجـــازات دارد که در گامی به دلیل ارزش ذاتی آن یا برخی ویژگی‌های ذاتی چون ارعاب، ترزیل و ... توجیه می‌گردد و در گامی دیگر با چشـــم‌اندازی آینده‌مدار سعی می‌کند مجرم و جامعه را در مداری اصلاحی قرار دهد. هر چند در هر دو گام واکنش هیأت حاکمه ابزاری برای ســـرکوب، ناتوان‌سازی، اصلاح و بازاجتماعی کردن مجرم

1. Punishment: Nonconsequentialism

قلمداد می‌شود، اما واکنش حاکمیت با چشم‌انداز ناپیامدگرا موجب سوءاستفاده از مجازات شده و به‌تعبیر دیگر آن‌چه نمود می‌یابد ابزارگرایی کیفر است که برون‌داد آن خشونت عریان در مقابل پدیده مجرمانه خواهد بود.

با توجه به آن‌چه بیان شد، در جرم اقتصادی ابزارگرایی کیفری با عواملی چون رسانه همگن شده که در نهایت برون‌داد این زوجیت عوام‌گرایی است که تنها می‌توان در پرتو جرم‌شناسی فرهنگی تحلیل کرد، اما آن‌چه در این مجال باید مدنظر قرارگیرد، نه بررسی جرم شناختی فرهنگی جرم اقتصادی است که ناپیامدگرایی مجازات این جرم است که ابزار رسانه با به‌هم‌تنیدگی عوام‌گرایی کیفری موجب تشدید و تفوق‌باوری شده که مجرم‌محور بودن جرم اقتصادی را القاء می‌کند.

تفوق نگاه عوام‌گرا با ابزار رسانه بر پیکره جرم‌انگاری و کیفرگذاری جرم اقتصادی علاوه بر تصمیمات تکانه‌ای و احساسی قانون‌گذار موجبی در مغفول ماندن برخی از مصادیق جرم اقتصادی می‌شود که نزد عوام گنگ و تعریف شده نیست؛ چرا که از منظر محتوایی، جرم از سوی رسانه‌ها به عنوان یک کالا و در جهت عرضه به مشتریان رسانه‌ای؛ (مخاطبان) ارائه می‌گردد. در واقع، رسانه‌ها بر چگونگی ارائه داستان جرم توجهی ویژه دارند و در این راستا در مواقعی با تحریف نسبت به تصاویر پیشین جرم، به ساخت و پردازش تصاویر مدنظر خود از آن اقدام می‌کنند.

آن‌چه به صورت تئوریک در فوق بیان شد اگر بخواهیم در عرصه حقوق اقتصادی و رفتارهای ناهنجار آن خوانش کنیم، شرحی از مراحل سیاست کیفری تقنینی است که ریشه در رفتارهای سیاسی حاکمیت دارد. جهت تشریح بحث می‌توان به مصداقی تاریخی (زمانی پس از جنگ تحمیلی) اشاره کرد. در آن برهه نیز جهت چاره‌جویی دولت‌مردان با شتاب‌زدگی و تعجیل در تقنین در فرایند جرم‌انگاری و کیفرگذاری، واژگانی مبهم و کلی به دایره‌المعارف جرم اقتصادی وارد کردند که خود موجب سردرگمی دستگاه قضا می‌شد. از جمله واژگانی چون «عمده و کلان» به عنوان اوصاف جرم اقتصادی که مصداقی برای آن تعریف نشده بود. واژگانی که شارح آن‌ها تنها رسانه‌هایی بودند که با تیترهای برجسته شده، آن‌ها را به‌نرخ آرام کردن جامعه به مخاطب می‌فروختند.

در نقطه مقابل چنین رویکردی، عدم توجه افکار عمومی به جرم پول‌شویی

اســـت؛ چرا که این رفتار ناهنجار اقتصادی در مردم حساسیتی ایجاد نکرد پس مورد اقبال رســـانه قرار نگرفت؛ بنابراین برخلاف سایر جرائم فسادآمیز وجهه‌ای با طبیعت ثانویه القاء کرد. برآیند عوام‌گرایی حاکم بر سیاست کیفری این است که به‌رغم تلاش دولت ایران جهت الحاق به کنوانســـیون جرائم ســـازمان یافته فراملی مصوب ۲۰۰۰ میلادی، هنوز گشایشـــی صورت نگرفته اســـت. آخرین اراده قانون‌گذار در راستای الحاق به این کنوانســـیون، مصوبه مجلس شورای اســـلامی (عدم اعمال نظر شورای نگهبان و ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام) در تاریخ ۱۳۹۷/۷/۱۹ بود؛ این در حالی اســـت که در تاریخ ۱۸ مهرماه ۱۳۹۸ پس از پایان مهلت یک‌ســـاله مجمع برای رسیدگی به کنوانسیون پالرمو، متعاقباً نظر شورای نگهبان مبنی بر رد لایحه مذکور به دلیل تعارض با بند ۲ اصل یکصد و نهم قانون اساســـی قطعی شـــده و مجمع به‌علت عدم رسیدگی در فرصت یک‌ساله، دیگر صلاحیت قانونی برای رسیدگی و اظهار نظر مصلحتی در باب این لایحه را ندارد. از این‌رو می‌توان گفت پیوســـتن به کنوانسیون مذکور در نظام قانون‌گذاری ایران رد شـــده است (خیرانی و دیگران، ۱٤۰۱: ٦۲). این رویکرد مبین این واقعیت است که جرم‌انگاری مستقل پول‌شویی نه تنها یک ضرورت تلقی نشـــود، بلکه تصور ملاحظات سیاســـی و بین‌المللی در تصویب قانون مذکور تقویت گردد. چنین نگرشی موجب شده بود تا حتی هشدار برخی نمایندگان مبنی بر بدبینی افکار عمومی به مجلس شورای اسلامی در صورت عدم تصویب قانون مبارزه با پول‌شویی مؤثر واقع نشود (مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۸۲: ۲۷)؛ بنابراین موضوع مطروحه جنبه منفی دیگری از عوام‌گرایی کیفری اســـت که بر ساختار حقوق کیفری اقتصادی کشور حاکم می‌باشد.

۲-۲. رویکرد ناپیامدگرا در جرم اقتصادی جلوه‌ای از فرافکنی مقصر محور

فرافکنـــی حکومت در پذیـــرش علل ناکامی سیاســـت‌ها و مقصر جلوه دادن متهمان مهم‌ترین ویژگی نظریه قوچ قربانی اســـت (آقاجانی و دیگران، ۱٤۰۰: ۱۸۵)؛ بنابراین نظریه قوچ قربانی در جرائم اقتصادی کاربردی گســـترده داشته و هر آن فساد و ناکارآمدی مدیریت بخش اقتصادی تحت هجمه‌های مقصرمدار که با زعامت رسانه ایجاد می‌شود، در اذهان عامه کاشته می‌شود. این رویکرد، رویکردی ناپیامدگرا است که هیچ شـــخص (اعم از حقیقی و یا حقوقی) ســـعی در پذیرش مسئولیت نداشته و

ممکن اســـت به یک فساد سیســـتماتیک اذعان داشته باشند و یا ممکن است حتی آن را کتمان کنند، اما کیفر و مجازات همواره تکانه‌ای، خلاصی از پاســـخ‌گویی به‌وسیله مقامات مســـئول و محو یا طرد کامل نوک کوه یخ (مجرم در چشـــم) خواهد بود. به عبارت دیگر، سیاست‌گذاران و دســـت‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به منظور جلب اعتماد عمومی، کســـب مشـــروعیت و حمایت عامه مردم، بـــدون توجه به یافته‌های علمی، دیدگاه‌های نخبگان و معیار اثربخشـــی و کارآمدی، سیاســـت و برنامه‌هایی را تدوین و اجرا می‌کنند که در راستای انتظارات زودگذر و مقطعی مردم باشد.

علاوه بر این مولفه‌ها می‌توان لمپنیسم رسانه‌ای را نیز که با نوعی هیجان‌گرایی، مســـیر فعل مجرمانه را بازتعریف می‌کند اضافه کرد. تعریفی که تصویر دل‌خواه خود را به مخاطب القاء کرده و این مهم را تقویت می‌کند که حاکمیت بایست در بازخورد بـــا این‌نوع عمل مجرمانه با تحکم برخورد کند. در بازه قانون‌گذاری مســـائل دیگری نیز قابل بررسی اســـت که می‌توان اذعان کرد رسانه، عوام‌گرایی و کیفرهای شدیدی چون اعدام را بازنشـــر می‌کند. این‌موضوع همان خوانش حاکمیت از مجرم است که خود می‌تواند در فرایندی سیاســـت‌زده القاء گردد. در این راســـتا حکومت یا به تعبیر دیگر، همان دســـت‌اندرکاران ایدئولوژی مسلط، با طرح مباحث ایدئولوژیک در مورد جرم مثل جرم علیه امنیت اقتصادی، امنیت ملی و ... یک قالب ذهنی از مجرم منتشـــر می‌کنند و این قالب ذهنی و کابوس واقعی که تمام بدی‌ها را در خود پوشش می‌دهد مانند نقابی بر چهره فرد می‌نشیند و پس از آن، این فرد مثال قوچ قربانی را می‌یابد که جامعه علت تمام ناکامی‌ها، ناهنجاری‌ها و بدی‌های موجود در خود را به او نســـبت می‌دهد (بست، ۱۳۷۷: ۵۷). اما آن‌چه نادیده گرفته شده و به محاق می‌رود، زیر پوسته این واقعیت است که اشخاصی به عنوان مجرم نقش قوچ قربانی را پیدا کرده تا ضامن تداوم حیات دولت و صیانت از مشروعیت و کارآمدی صوری آن‌ها شوند.

۳. واکاوی مجازات جرم اقتصادی در قانـون: رویکردی پیامدگرا یا ناپیامدگرا

۱-۳. تعزیر در جرایـــم اقتصادی مجازاتی ناظر بـــر دو رویکرد پیامدگرا و ناپیامدگرا

در کتاب‌های فقهی بر این اصل که تعزیر کمتر از حد باشد، تأکید شده است، اما پرســش اصلی این است که این ملاک، معیاری است که همواره ثابت و مطلق در نظر گرفته می‌شود یا اطلاق آن تا میزانی می‌باشد که مفسده‌ای بزرگ در جامعه ایجاد گردد؛ مفسده‌ای از جنس اقتصاد که ارتباط مستقیم با زندگی حداقلی مردم دارد.

موثر بودن و رویکرد پیامدگرایی یا ناپیامدگرایی در جرم اقتصادی بازخوردی از این واقعیت اســت که دفع مفســده در مواجهه با توجیه کیفر اقتصادی شــدید در قالب تعزیر، خوانشی از این موضوع دارد که نظام اقتصادی مبتنی بر آموزه‌های الهی، نظام‌ســازی اقتصادی خود را بر پایه مخاطره حیات معنوی و مادی قرار نمی‌دهد. اگر این چالش ایجاد گردد در هر برهه‌ای واکنش مناســب با حکومت و حاکم شــرع که شخصی عادل است، انجام می‌شــود. در خصوص توجیه کیفر تعزیر، اصل مصلحت اســت که برخاست مفهومی از نســبی بودن ماهیت حقوق را ارائه می‌دهد. به عبارت دیگر، حکومت اســلامی از نظــر فقهای متأخر امامیه، می‌توانــد قانونی که مطابق با مصلحت نظام باشد، وضع کرده و ناقضان آن را تعزیر کند (عینی نجف آبادی، ۱۳۷۳: ۲۳)؛ مصلحتی که تدبیر دولت اســلامی به هدف رعایت منافع معنوی و مادی جامعه اسلامی و در راستای اهداف شارع مقدس می‌اندیشد (هاشمی، ۱۳۸۱: ۳)؛ بنابراین بر اساس و مبنای مصلحت نیز می‌توان کیفر تعزیر را حتی شدیدتر از حد اعمال کرد.

تعمیم کلیات قواعد و رویکردهای عام حاکمیت اسلامی بر قباحت و حرمت رفتارهایی که در نهایت یک جرم اقتصادی را نمود می‌بخشــند، صحه می‌گذارد؛ چرا که برخی از این مصادیق چون جرم گمرکی در صد سال گذشته نیز مسبوق به سابقه نیست؛ بنابراین نمی‌توان به‌صورت ثابت و یک‌طرفه بر این امر اصرار داشت که تعزیر شــدیدتر از حدود در جرم اقتصادی نمی‌تواند محمل شــرعی و قانونی داشته باشد. پس الزامــات هنجاری چون احترام به مالکیت خصوصی، رقابت، شــفافیت، اعتماد پذیری، برابــری اجتماعی مبتنی بر عدالت توزیعی، کارایی اقتصادی، ثبات اقتصادی، برابــری فرصت‌ها، قانون‌گرایی و اصل حاکمیت قانون (حســنی و مهرا، ۱۳۹٤: ۵۱)،

همه مبناهایی هستند که امروزه در حقوق موضوعه در پرتو قواعد فقهی پذیرفته شده و بسط داده شده تا به‌واسطه آن بتوان شرایطی مساعد و مناسب را در سلامت اداری و اقتصادی کشور داشته باشیم.

این نگرش خود موجب مسأله‌ای مهم‌تر نیز خواهد بود و آن این‌که در نظام سیاست کیفری جمهوری اسلامی، برای این‌که مجازات جرم اقتصادی را خارج از رویکرد مجازات اسلامی به صورت مجازاتی شدید توجیه کنند با دستاویزهایی چون قصد مرتکب در مقابله با نظام یا بانـدی بودن، چهره‌ای امنیتی به آن داده و موضوع جرم از امنیت اقتصادی به امنیت سیاسی یا امنیت ملی تغییر چهره می‌دهد (برزگری و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۵۲). همین امر موجب می‌شود اگر مقصد مجازات رویکردی پیامدگرا داشته باشد، به سمت ناپیامدگرایی سوق داده شود. هم‌چنین رویکرد دیگری در توجیه کیفر و معطل ماندن ماهیت تعزیری جرم اقتصادی در این بستر گسترده می‌گردد که مواردی را که به ظاهر از جرائم تعزیری هستند، اما فساد عظیم در جامعه ایجاد می‌نمایند، تحت عنوان افساد فی‌الارض قرار دهند و شدت مجازات آن را از این باب توجیه می‌نمایند؛ اگر چه بعضی از فقها قائل هستند که در این‌صورت چنین مجازاتی به‌عنوان حد، نه به‌عنوان تعزیر اعمال می‌شود (شمس ناتری، ۱۳۸۷: ۱٦٤). به هر حال در خصوص جرم اقتصادی و یا تعمیم عنوان مجرمانه افساد فی‌الارض باید احتیاط به خرج داده؛ چرا که مجازات آن به صورت ثابت بوده و قاضی جهت تخفیف انتخابی ندارد؛ هم‌چنین مجازاتی با رویکرد ناپیامدگرا است که تنها ارعاب و خشونتی عریان را درگفت‌مان خود تبلیغ می‌کند؛ بنابراین حاکمیت در این حوزه مدخلیت تفکراتی مجازات‌مدار است.

۲-۳. توجیه کیفرشناسی جرم اقتصادی در پرتو تنویع کیفر در تعزیرات از شخص حقیقی تا حقوقی

تنویع کیفر به مفهوم گوناگونی و متنوع بودن ضمانت اجرای کیفری است که در بازخورد با جرائم اقتصادی قابل واکاوی است. گستردگی که به رویکرد و صبغه‌ای ناپیامدگرا در عرصه جرم اقتصادی تعریف و گنجانیده شده است. این گوناگونی گستره‌ای از انواع مختلف کیفرها از جمله حبس، جزای نقدی، شلاق، اعدام و ... را در بر می‌گیرد که به موجب ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و نیز ماده

۲۳ همان قانون، مجازات‌هایی را نیز می‌توان در خصوص اشـــخاص حقوقی بیان کرد که در ذیل بررسی می‌شود.

۱-۲-۳. شلاق

مجازات شـــلاق برای بزه‌کاران، به‌عنوان یکی از کیفرهای جســـمانی تنبیهی، ترهیبی و ترذیلی، حضوری دیرین در جوامع انســـانی دارد. هر چند امروزه مجازات شـــلاق از ســـیاهه قوانین کیفری بسیاری از کشـــورهای جهان محو گردیده، اما کیفر مزبور هم‌چنان طی مـــواد مختلفی در قانون جزای ایران در قالب مجازات‌های حدی و تعزیری پیش‌بینی شده است (نجفی توانا و میلکی، ۱۳۸٦: ۱٤٥). در مورد مصادیق جـــرم اقتصادی، ایـــن کیفر که پیش‌تر مجازاتی با رویکرد ناپیامدگرا اســـت در قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳٦۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام پیش‌بینی شـــده است (توسلی‌زاده، ۱۳۹۲: ۲۳٤). قانون‌گذار در تدوین مواد یک و ۲ قانون مذکور، مجازات‌های مرتکب یا مرتکبان را بر اســـاس قصد آن‌ها تشـــریح کرده اســـت. بر این اســـاس باید گفت چنان‌چه اقدامات صورت‌گرفته به حد افساد فی‌الارض نرســـد ولـــی اخلال‌گری در نظام اقتصادی به صـــورت عمده یا کلان و یا فراوان باشـــد، دادگاه می‌تواند علاوه بر جریمه مالی و حبس، مرتکب را به بیســـت تا هفتاد و چهار ضربه شـــلاق تعزیری در انظار عمومـــی محکوم نماید. پس در این‌جا قانون‌گذار بر اســـاس میزان شـــدت جرم کیفرهای مختلفی از جمله شلاق را در نظر گرفته است. این‌که کیفر تازیانه برای جرم اقتصادی تا چه میزان می‌تواند موثر و مورد هدف در فلســـفه اعمال مجازات باشـــد، خود دارای ابهام است؛ چرا که باید واقعیت امروز را پذیرفت که کیفر جرم اقتصادی باید از جنس خود جرم یعنی در حوزه مالی و اقتصادی باشد.

۲-۲-۳. کیفر سالب آزادی

آن‌چه کیفر حبس را در جرم اقتصادی بیشـــتر نمود می‌بخشد، تدریج مجازات بـــه موجب مـــاده ۱۹ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشـــد. درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری نســـبیتی مشـــخص به موضوع حبس داده اســـت که به موجب آن می‌توان تأثیری شـــگرف را در جرم اقتصادی واکاوی نمود؛ این در حالی است که سیاست کیفری و تعیین کیفر به‌طور کلی در جرائم اقتصادی مبتنی بر تشدید و قطعیت

کیفر است. اســـتفاده از حبس‌های طولانی‌مدت از جمله ابزارهای مقنن در این زمینه است. قانون تشـــدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاه‌برداری نمونه گویایی می‌باشـــد. بر طبق ماده ٤ این قانون مجازات تشکیل دهنده و رهبری کننده شبکه ای جرم ارتشـــاء، اختلاس و کلاه‌برداری، حبس از پانزده سال تا ابد در نظر گرفته می‌شد که این مجـــازات به موجب قانون کاهش مجازات حبـــس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ و تبصره الحاقی (تبصره ٦) به ماده ۱۹ قانون مجازات اســـلامی که مقرر می‌کرد: «تمام حبس‌هـــای ابد غیرحدی مقرر در قانون به حبس درجه یک تبدیل می‌شـــود»، دارای حبس بیش از بیست و پنج سال خواهد بود. هم‌چنین به‌موجب ماده ۲ قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشـــور اگر شـــخصی مرتکب اخلال در نظام اقتصادی کشـــور از طریق قاچاق «عمده» ارز و اســـکناس، ... و مانند آن گردد، در صورتی‌که محارب تلقی نشـــود، به حبس از پنج سال تا بیســـت سال محکوم خواهد شد. مورد دیگر در مورد کیفر حبس در شـــاکله جرم اقتصادی که قانون‌گذار نظامی تشـــدیدی را دنبال می‌کند، اخذ پورســـانت در معامـــلات خارجی موضوع قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب ۱۳۷۲ است که در این قانون مجازات تعزیری آن حبس از دو سال تا پنج سال در نظر گرفته شده است. هم‌چنین در جرم پول‌شویی نیزمـــی توان حبس‌های موقت منطبق بر تدریج مجازات را به این شـــرح و در ماده ۹ قانون اصلاح مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۹۷ بیان کرد: «در صورتی‌که جمع عواید و درآمـــد های حاصـــل از جرم به مبلغ یک میلیارد تومان باشـــد مجازات وی حبس تعزیری درجه پنج و در صورت ارقامـــی بیش‌تر از رقم مزبور، حبس تعزیری درجه چهـــار در مورد وی جاری خواهد بود». البته بحـــث کارآمدی مجازات حبس نیز در مورد جرائم اقتصادی محل تردید اســـت؛ چرا که در حوزه جرم اقتصادی هرچه سنخ مجازات از جنس مالی و اقتصادی و در راستای برطرف کردن زیان‌های بزه‌دیده (عام و خاص) باشد، نتیجه‌ای مناسب‌تر خواهد داشت.

۳-۲-۳. اعدام

در خصـــوص جرائم اقتصادی کیفر اعـــدام را هم تحت عنوان مجرمانه حد و هم تعزیر، می‌توان هم‌چون ســـایه‌ای سنگین بر سر مرتکب تصور کرد. از جمله اعدام تعزیـــری جرم اقتصادی در قانون مجازات اخلال‌گران اقتصادی مصوب ســـال ۱۳٦۹

قابل اشاره است.

مورد دوم، تشکیل شبکه مجرمانه برای ارتکاب ارتشاء، اختلاس و کلاه‌برداری و رهبـــری آن موضـــوع ماده ٤ قانون تشـــدید مجازات مرتکبان ارتشـــاء اختلاس و کلاه‌برداری اســـت. البته این ماده پیش‌شرط اعدام را رهبری باند و یا اعضایی می‌داند که مصداق مفســـد فی‌الارض شناخته شوند که البته در این‌صورت نوع اعدام تعزیری نبوده بلکه مجازاتی حدی خواهد بود.

مورد ســـوم اعدام تعزیری در حوزه جرائم اقتصادی ماده واحده قانون تشدید مجازات جاعلان اســـکناس و وارد کنندگان اســـکناس مجعول مصوب ۱۳٦۸، جعل اسکناس رایج داخلی یا توزیع و مصرف آن با علم به جعلی بودن و وارد کردن عمدی آن می‌باشـــد. البته در صورتی این افراد به مجازات اعدام محکوم می‌گردند که علاوه بر این‌که رفتار مادی و معنوی جرم را به صورت تام انجام داده باشند، باید به صورت شبکه‌ای و برای مبارزه با نظام جمهوری اسلامی ایران صورت گیرد؛ بنابراین اگر حتی به‌صـــورت باندی صورت پذیرد، اما به انگیزه مبارزه با نظام جمهوری اســـلامی ایران نباشـــد، مجازات اعدام مشـــمول وی نخواهد بود. یا حتی اگر این رفتارها را با انگیزه مبـــارزه با نظام اما به صورت فردی و نه شـــبکه‌ای و باندی انجام دهد دیگر مجازات اعدام بر وی اعمال نمی‌گردد.

این مجازات با طبیعتی ناپیامدگرا با هدفی ارعابی و در مســـیر حذف مجرم و عامل خطر در جامعه می‌باشـــد. پرسشی که در خصوص کارآمدی مجازات شلاق و حبس وجود داشـــت در مورد اعدام به‌مراتب دامنه‌دارتر اســـت. این‌که اعدام می‌تواند پیامدی اصلاحی در قامت بازدارندگی از این جرم داشـــته باشد بحثی مبتنی بر فلسفهٔ مجازات با تمرکز بر نظریه سودانگارانه است (حدادزاده نیری و دیگران، ۱۳۹۹: ١٤). در واقع در نگرش اقتصادی به حقوق کیفری فرض بر این اســـت که مرتکبان در یک فرایند انتخاب عقلانی جرم را برمی‌گزینند. پس به‌نظر می‌رسد با پذیرش فرض اولیه نظریه‌های اقتصادی جرم، در بازخورد با جرم اقتصادی ضرورت دارد ریسک جرم و پیامدهای آن بالا برده شـــود؛ بنابراین به‌جای اهتمام به مجازات اعدام، مسأله حتمیت کشـــف جرم و دستگیری مرتکبان بایست در اولویت قرار گیرد؛ چرا که در محاسبات متهمان دســـتگیری از جایگاه ویژه‌ای برخوردار اســـت که در ترجیح قطعیت کیفر بر

شدت کیفر کمتر می‌توان تردید کرد (حدادزاده نیری و دیگران، ۱۳۹۹: ۳۶).

٤-۲-۳. کیفر مالی

جـــزای نقدی ضمانت اجرایی اســـت که با هدف بازدارندگی اعمال شـــده و به شـــخصیت مرتکبان این جرائم تناسب بیش‌تری داشـــته و به‌نوعی هم‌سنخ با جرم اقتصادی اســـت؛ لذا در غالب این جرائم پیش‌بینی شده است. جزای نقدی بخشی از مجازات کلی‌تر تحت عنوان مجازات مالی اســـت. پس کیفر مالی شامل جزای نقدی، مصادره عوائد حاصل از ارتکاب جرم و ضبط اموال مورد اســـتفاده در ارتکاب جرم می‌باشد (توسلی زاده، ۱۳۹۲: ۲۳۸).

در جرائم مختلف به‌ویژه در جرائم اقتصادی که با وصف گســـتردگی و حوزه وسیع شـــناخته می‌شود؛ در مواردی که این ضمانت اجرا پیش‌بینی شده، عدم تناسب مشـــهود اســـت. گاه «جزای نقدی معین» مانند ماده ۱ قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی (جزای نقدی از دو هزار ریال تا پانزده هزار ریال) است که طبیعتاً با گذشت زمانی حدود هشتاد سال از تصویب این قانون، عملاً این مجازات هدف خود را از دست داده است. جرم موضوع ذیل ماده ٦۰۳ قانون مجازات اسلامی تعزیرات که مجازات نقدی از سه تا سی میلیون ریال را دارد؛ پس گاه از «جزای نقدی نسبی» استفاده شده که مبلغ آن نسبتی با عواید ناشی از جرم است (مانند کلاه برداری، ارتشـــاء و اخذ پورسانت و پول‌شویی) و گاه این مبلغ دو برابر ارزش مال کسب شده اســـت (مانند جرم اختلاس و بخش نخســـت ماده ٦۰۳ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات). گاه این نســـبت به هفت تا ده برابر ارزش موضوع جرم نیز می‌رسد (مانند بنـــد ت ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در خصوص کالای ممنوعه یا وارد کردن مشروبات الکلی موضوع ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) که ملاک ده برابر را مقرر کرده است).

در کنار مشکلات ماهوی پاسخ‌های مبتنی بر جزای نقدی در خصوص جرائم اقتصـــادی، می‌توان به اطاله تقنین مربوط به قوانینی که به طور غیرمســـتقیم می‌توانند موجب شفافیت و پیش‌گیری از جرائم اقتصادی شوند، اشاره کرد (حطمی و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۰۱). با این مراتب رویکرد منسجمی در زمینه جزای نقدی در جرائم اقتصادی مشـــاهده نمی‌شـــود؛ چرا که برخی از قوانین قبل از حاکمیت قانون مجازات اسلامی

و مـــدرج نمودن کیفر بوده و عملاً تطبیق آن با ماده ۱۹ کاری مشـــکل و در مواردی نشـــدنی است؛ بنابراین در پرتو آن‌چه بیان شد می‌توان این مجازات تعزیری را نوعی مجازات پیامدگرا دانســـت که نظر به آینده داشته و بخشی از رفتار مجرمانه را ممکن است جبران کند که بهتر است قوانین آن‌ها را بر اساس تورم پولی نسبیت بخشند.

عـــلاوه بر جزای نقدی و در مواجهه با جرم اقتصادی دو عملکرد وجود دارد. نخســـت مصادره اموال که در جرائم اقتصادی و مالی وقتی رد مال صورت پذیرفت در مواردی از قبیل درآمدهای ناشـــی از اختلاس، کلاه‌برداری، تصاحب مال دیگران با ســـوء استفاده از شغل و عنوان دولتی، پورسانت‌ها و ربا و ارتشاء و امثال آن انجام می‌شـــود. در موارد دیگری، شـــخص با ارتکاب جرائمی از قبیل قاچاق مواد مخدر، قاچاق اسلحه، جعل اســـناد و امثال آن، درآمدهای نامشروع خاصی را کسب می‌کند که ســـبب نامشـــروع بودن این درآمدها، قانون‌گذار از مجرم خلع مالکیت می‌کند که صورت دوم سلب مالکیت به نفع دولت از عواید جرم می‌باشد. که ممکن است حتی ابزار ارتکاب جرم محسوب گردد (شمس ناتری، ۱۳۹۲: ۲۷۳).

۳-۳. جـــرم اقتصادی با عنـــوان مجازات حدی کیفری ناپیامدگرا از ســـنخ مجازات معین

از جمله قوانینی که در این خصوص تصویب شده است قانون تشدید مجازات جاعلان اســـکناس مصوب ۱۳٦۸، قانون تشـــدید مجازات محتکران و گران‌فروشان مصوب ۱۳٦۷، قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاه‌برداری مصوب ۱۳٦۷، قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳٦۹ و نیز قوانین مجازات ۱۳٦۱، ۱۳۷۵ و ۱۳۹۲ اشاره کرد.

در این راســـتا در ماده یک و بندهای گوناگون قانون مجازات اخلال‌گران در نظـــام اقتصادی کشـــور به موضوعات متفاوتی مانند اخـــلال در نظام پولی و ارزی و اخلال در نظـــام صادراتی و بحث میراث فرهنگی و نیز موضوع ارتشـــاء به صورت عمده اشـــاره می‌کند. پس از جرم‌انگاری موارد چندگانـــه فوق، در ماده ۲ قانون‌گذار بـــه بحث مجازات‌ها می‌پردازد، این ماده اشـــاره می‌کند که: «هر یک از اعمال مذکور در بندهای ماده ۱ چنان‌چه به قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اســـلامی ایران و یا بـــه قصد مقابله با آن و یا با علم بـــه مؤثر بودن اقدام در مقابله با نظام مزبور چنان‌چه

در حد افساد فی‌الارض باشد مرتکب به اعدام و در غیر این‌صورت به حبس از پنج سال تا بیست سال محکوم می‌شود و در هر دو صورت دادگاه به عنوان جزای مالی به ضبط کلیه اموالی که از طریق خلاف قانون به‌دست آمده باشد حکم خواهد داد».

ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز گفتمانی مشابه قانون مجازات اخلال‌گران داشته و مجرمان اقتصادی را مفسد فی‌الارض می‌خواند. در ماده چنین آمده است: «هر کس به‌طور گسترده مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور و ... در حد وسیع شود مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌شود».

با توجه به مراتب پیش‌گفته، در خصوص ماده ۲ قانون اخلال‌گران و ماده ۲۸۶ که در فوق ذکر شد و درقانون مجازات جدید گفته شد، این دو قانون اخلال کننده در نظام اقتصادی را مفسد فی‌الارض دانسته‌اند. افساد فی‌الارض در قوانین موجود به طور مستقل جرم‌انگاری نشده است، در موارد جرم‌انگاری نیز، محاربه و افساد فی‌الارض مطرح شده است. در قوانین جاری عنوان مستقل افساد فی‌الارض را بسیار محدود داریم، از جمله در جرائم مشمول قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ و نیز در ماده ٤ قانون تشدید مجازات ارتشاء و... ولی در تمامی قوانین ذکر شده، قانون‌گذار موضوع را به قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ ارجاع داده است و مجازات محاربه را برای مفسدان پیش‌بینی کرده است. از نظر سابقه جرم‌انگاری محاربه و افساد فی‌الارض، این موضوع به قانون راجع‌به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ برمی‌گردد.

به‌هرحال جهت تبیین افساد فی‌الارض به عنوان معیاری در جرم حدی دانستن جرائم اقتصادی باید اذعان داشت: هر عملی که آثار تخریبی گسترده‌ای را به وجود آورد و یا به بیان دیگر، هر عملی که موجب بروز فساد گسترده‌ای گردد. در چنین مواردی نفس عمل باید حاکی از قصد و سعی مرتکب در به فساد کشاندن جامعه تلقی گردد و عنصر معنوی در آن مفروض گرفته شود. از این‌رو ایجاد شبکه‌های گسترده فحشاء و قاچاق مواد مخدر به هر انگیزه‌ای مصداق افساد فی‌الارض خواهد بود (مهدیان و کریمیان، ۱۳۹٦: ۲۹۸). با این اوصاف، کلید واژه‌ای که مصادیق مترتب در ماده ۲۸٦ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را در هیبت افساد فی‌الارض

جرم‌انگاری می‌کند، وصف گســـتردگی آن است. در قوانین خاص تعزیری که با این نگرش در شـــاکله افساد فی‌الارض جرم‌انگاری شده است می‌توان به ارتشا نیز اشاره کرد.

٤. تشهیر بازتعریفی از رویکرد پیامدگرا از کیفر

تشهیر مجرمان با هدف رسوا کردن آنان در میان اجتماع و تحقیر آنان موافقان و مخالفانی در میان جرم‌شناســـان دارد و هستند بســـیاری از کسانی که آن را نه تنها بازدارنده نمی‌دانند، بلکه عامل تکرار جرم از طریق برچســـب‌زنی و انگشت‌نما کردن محکوم در اجتماع می‌دانند (نشاســـته‌ریز و دیگران، ١٤٠٠: ٢٢٣). در بند س ماده ٢٣ قانون مجازات اســـلامی ۹۲، قانون‌گذار مقرر می‌کند: «... س- انتشار حکم محکومیت قطعی». این رویکرد قانون‌گذار بیان‌گر نگاه تکمیلی یا تبعی به این نوع کیفر می‌باشد. این مجازات در واقع همان تشـــهیر مجرمان اســـت که با توجه به‌این‌که در خصوص مجرمان اقتصادیِ کلان، الزام و تکلیف قانـــونی به اعمال آن وجـود دارد، باید آن را در ردیف مـجازات‌های تبعی قلمداد کرد و نه تکمیلی (نشاسته‌ریز و دیگران، ١٤٠٠: ٢٢٣).

در پرتو این ماده می‌توان به ماده ٣٦ همان قانون اشاره کرد که از ماده ۳۵-۱۳۱ قانون جزای فرانســـه اقتباس شده اســـت. در این ماده آمده است: «حکم محکومیت قطعـــی در جرائم موجب حد محاربه و افســـاد فی‌الارض یـــا تعزیر تا درجه چهار و نیـــز کلاه‌برداری بیـــش از یک میلیارد ریال در صورتی کـــه موجب اخلال در نظم یا امنیت نباشـــد در یکی از روزنامه های محلی در یک نوبت منتشـــر می‌شـــود». حکم صادره به موجب ماده مزبور همان‌طور که در تبصره همین ماده آمده بر اســـاس مبلغ جرم می‌تواند حتی الزامی نیز باشـــد؛ بنابراین همان‌طور کـــه تبصره آن مقرر می‌کند: «انتشار حکم محکومیت قطعی در جرائم زیر که میزان مال موضوع جرم ارتکابی، یک میلیارد ریال یا بیش از آن باشد، الزامی است و در رسانه ملی یا یکی از روزنامه های کثیرالانتشار منتشر می‌شود». مجازات انتشـــار حکم محکومیت به هزینه محکوم‌علیه نوعی مجازات تکمیلی اســـت؛ بنابراین باید مقررات و شرایط مجازات‌های تکمیلی در نظر گرفته شـــود. ملاک انتشار حکم نوع محکومیت است. محل انتشار در جرائم مذکور در متن ماده، روزنامه‌های محلی است و در جرائم موضوع تبصره، رسانه ملی

یا روزنامه کثیرالانتشـــار ملی می‌باشد. موارد انتشار حکم در قانون احصاء شده است؛ بنابراین دادگاه نمی‌تواند در موارد دیگر حکم به انتشـــار بدهد مانند این که شـــاکی درخواســـت کند حکم محکومیت انتشـــار یابد مگر این‌که خواسته خود را در قالب دعوای خصوصی و به عنوان ضرر و زیان ناشی از جرم مطرح کند که در این‌صورت تابع مقررات مربوط به دعاوی خصوصی خواهد بود. نوبت انتشار در متن ماده تعیین شده اســـت، اما در تبصره مسکوت می‌باشد پس تعیین نوبت و مدت انتشار بر عهده دادگاه می‌باشـــد و اگر بدون تعیین نوبت باشـــد اصولاً برای یک‌مرتبه منتشر می‌شود (حسنی و مهرا، ۱۳۹٤: ٥٤).

مجازات اعلان و انتشار حکم محکومیت قطعی در رسانه‌ها (تشهیر رسانه‌ای) اگـــر چه از جنبه کیفرشناســـی دارای معایب و ایرادهایی از جمله منافات داشـــتن با کرامت انســـانی، منافات با اصل شـــخصی بودن مجازات‌هـــا، قبح‌زدایی از جرم و ... می‌باشـــد (حیدری، ۱۳۹۲: ۱۳۹-۱٤۲)، لیکن به نظر می‌رســـد در چشم‌انداز تئوری «فایده‌گرایی» که عدم تعیین مجازات متناســـب با شـــدت جرم ارتکابی، به تضعیف کارکرد بازدارندهٔ مجازات منجر خواهد شـــد (جلیلی مقدم، ۱۳۸۹: ۱۱۱)، کیفر تشهیر مجازاتی پیامدگرا بوده که در مورد مجرمان اقتصادی و یقه‌ســـفیدی که با سوء استفاده از موقعیت و نفوذ اداری خود مرتکب جرم می‌شوند، با رسوایی و سلب اعتبار بزه‌کار امکان بازدارندگی را فراهم می‌کند.

برآمد

۱- مجرمـــان اقتصادی در پشـــت چهره‌هایی مثبت و کارآمـــد از تکنیک‌های پیچیـــده و با تمرکز بر خلاءها و آســـیب‌پذیری رژیم مالی اســـتفاده کرده و اغلب از رانت‌هایی که به‌واســـطه نفوذشان به دست می‌آورند، این جرائم را به صورت گسترده انجام می‌دهند؛ بنابراین اتخاذ معیاری مشـــخص جهت تعیین جرم اقتصادی و مجرم اقتصادی ســـخت و پیچیده است. با این‌حال گام نخستین قبل از بیان ضابطه و معیار، برداشـــت پیامدگرایی و ناپیامدگرایی از کیفر در حوزه جرائم اقتصادی است. به نظر ناپیامدگرایی کیفر در جرائم اقتصادی تنها واکنشـــی لحظه‌ای است به‌مثابه مسکن بوده و تا زمانی اندک می‌تواند چارچوب پیش‌گیرانه خود را حفظ کند.

۲- پیچیدگی وجود پیامدگرایی در کیفر با ابعادی وسیع‌تر در کیفرشناسی جرم اقتصـــادی، قانون‌گذار را در مواقعی گیـــج و گمراه می‌کند تا آن‌جا که می‌توان در این عرصه شـــاهد تنویع و پراکندگی کیفر از یک‌ســـو و تکثر عنوان مجرمانه باشیم. پس معیار و ضابطه‌ای مشخص در تعیین جرم اقتصادی می‌تواند این تشتت را تا حدودی رفع کند. در بازخورد با جرم اقتصادی، کیفرشناسی اتخاذی، بر اساس معیارهای عرفی و بـــر پایه حقوق موضوعه و نیز رویکرد ایدئولوژیک و در بســـتر نگرش دینی قابل تفکیک اســـت. این تفکیک خود صحه بر تفکیک کیفر جرم اقتصادی در چشـــم‌انداز پیامدگرایـــی و ناپیامدگرایی دارد؛ چرا که باعث شـــده در جرائم اقتصادی برخوردی صفر تا صد از تعزیر تا حد و از شـــلاق و جزای نقدی حداقلی تا اعدام داشته باشیم. این نوع مجازات‌ها را می‌توان در انواع جرائم اقتصادی مشـــاهده نمود. به‌عنوان مثال، قانون‌گذار در قانون مبارزه با پول‌شـــویی مجموعـــه‌ای از کیفرها اعم از جزای نقدی، حبس، مصادره کلیه اموال و یا انفصال در مورد کارمندان و ... را در نظر گرفته است. یا «اخلال در نظام اقتصادی کشـــور» از مصادیق رفتـــاری مندرج در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد که با اوصافی چون «به‌طور گسترده»، «اخلال شـــدید»، «خسارت عمده» و «در حد وسیع» دارای مجازات اعدام است. موضوعی که می‌توانـــد هر مصداق رفتاری که موجبات اخلال در نظام اقتصادی کشـــور با اوصاف پیش‌گفته شـــود را به‌رغم عنوان مجرمانه مشخص و معین و یا بدون وصف مجرمانه مستقل، در بر گیرد.

۳- آن‌چه از ماهیت جرم اقتصادی در ایران و در فوق بیان شد، گفتمانی است که قانون‌گذار ایرانی سعی نموده است به خاطر ویژگی‌های این جرم، با وسواس و رویکردی تقابلی به تعیین کیفر و کیفرگذاری بپردازد. همین احتیاط باعث شده است ضوابط و معیارهای اتخاذی در کیفرگزینی، موجب ابهام برای دستگاه قضا شود. این امر در برخی مواقع موجب می‌شود که اختیارات قضایی اقتضا نماید رویکردهای سلیقه‌ای در تعیین عنوان مجرمانه دخالت کند. به‌عنوان مثال همان‌طور که در فوق نیز بیان شد رفتار مجرمانه اقتصادی در ماده ۲۸٦ با موضوع «اخلال در نظام اقتصادی» یا اوصاف آن که اخلال شدید، گستردگی و ... که همه این موارد قابل تفسیر بر اساس درک شخص از موضوع و وضعیت حاکم خواهد بود؛ همچنین در ماده ۲ قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور، قانون‌گذار از دو عبارت «جرم اخلال کلان و عمده در نظام اقتصادی کشور» و «با انگیزه مقابله با نظام جمهوری اسلامی یا ضربه زدن به آن یا علم به موثر بودن اقدام در مقابله با نظام مزبور چنان‌چه در حد فساد فی‌الارض باشد». همان‌طور که مشخص است، جهت تعیین انگیزه علیه نظام و ... معیار سنجش حد فساد، نامعین است. در فراز ابتدایی ماده نیز اخلال کلان دارای ابهام مفهومی است و مشخص نشده است که تصمیم‌گیری در مورد تطبیق عمل صورت‌گرفته با این عنوان، باید بر چه معیار و اساسی باشد.

٤- به این‌دلیل که جرم اقتصادی در مناسبات اجتماعی، برگ دیگری از ارتکاب جرم را در شاکله اشخاصی متمول، دارای پایگاه اجتماعی بالا و نفوذ در لایه‌های حاکمیتی رقم زده است، بایست کیفر و شیوه کیفرگذاری در این عرصه، جوانب مختلفی را در برگرفته تا به‌واسطه آن هم مجرم مجازات شود و هم بزه‌دیده به‌واسطه کیفر اتخاذی مورد ترمیم قرار گیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقاجانی، مهدی و میرخلیلی، محمود و حاجی ده‌آبادی، احمد (۱٤۰۰)، «**آسیب‌شناسی سیاست کیفری ایران در پرتو نظریه قوچ قربانی**»، مطالعات حقوق معاصر، سال ۱۲، شماره ۲۳.

* ابراهیمی، شهرام (۱٤۰۲)، «**پاسخ واکنشیِ دوگانه در برابر بزه ـ تخلف مالیاتی در حقوق ایران و فرانسه**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۲۰، شماره ۲۵.

* برزگری، فروغ و عباسی، اصغر و اسماعیلی، مهدی و حاجی‌تبار فیروزجائی، حسن (۱٤۰۱)، «**بررسی بنیادهای کیفری تشدیدی در قلمرو جرائم اقتصادی**»، مطالعات فقه اسلامی، دوره ٤، شماره ۱ (۱۲).

* بست، ژان میشل (۱۳۷۷)، **جامعه‌شناسی جنایت**، برگردان: فریدون وحیدا، چاپ دوم، مشهد: به‌نشر.

* توسلی‌زاده، توران (۱۳۹۲)، **پیش‌گیری از جرائم اقتصادی**، چاپ نخست، تهران: جنگل.

* جلیلی مقدم، مجتبی (۱۳۸۹)، «**بررسی سودگرایی بنتام**»، نشریه معرفت، سال ۱۹، شماره ۱۲.

* حدادزاده نیری، محمدرضا وحبیب‌زاده، محمدجعفر و فرجیها، محمد (۱۳۹۹)، «**واکاوی اثربخشی اعدام در جرائم مواد مخدر در پرتو تئوری‌های تحلیل اقتصادی جرم**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۸، شماره۳۱.

* حسنی، جعفر و مهرا، نسرین (۱۳۹٤)، «**نقدی بر مفهوم جرم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۲، شماره‌های ۲ و۳.

* حطمی، ایمان و پاکزاد، بتول و فرح‌بخش، مجتبی و خسروی، حسن (۱۳۹۸)، «**تحلیل علل جرائم اقتصادی ایران در پرتو نظریه‌های جرم شناسی اقتصادی**»، مطالعات راهبردی ناجا، سال چهارم، شماره ۱۱.

* حیدری، علی‌مراد (۱۳۹۲)، «**نقد کیفرشناختیِ تشهیر رسانه‌ای**»، مجله حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۸.

* خلیلی پاجی، عارف و احمدی، امین (۱٤۰۲)، «**دادرسی افتراقی در جرائم قاچاق کالا و ارز**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.
* خیرانی، روح‌اله و زرنشان، شهرام و سلیمانیان، محمدهادی (۱٤۰۱)، «**ارزیابی وضعیت ایران در ارتباط با مقررات بین المللی مرتبط با پول‌شویی**»، نشریه پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ٤۹.
* شمس ناتری، محمدابراهیم (۱۳۹۲)، «**اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری**»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری)، ویرایش پنجم، تهران: سمت.
* شمس ناتری، محمدابراهیم (۱۳۸۷)، **بررسی تطبیقی مجازات اعدام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
* عینی نجف‌آبادی، محسن (۱۳۷۳)، **مبنا و ماهیت تعزیر**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس تهران.
* مجلس شورای اسلامی، **مشروح مذاکرات** (۱۳۸۲)، دوره ششم، جلسه ۳٤٦.
* مهدیان، محسن و کریمیان، محمدرضا (۱۳۹٦)، «**مصادیق افساد فی‌الارض در ارتباط با جرائم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و سایر قوانین**»، سومین کنفرانس ملی علوم انسانی.
* مهرا، نسرین و قورچی‌بیگی، مجید و مؤذن، عباس (۱۳۹٦)، «**تحلیل تطبیقی الگوهای کیفردهی در نظام کیفری ایران و انگلستان**»، پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۰.
* نجفی توانا، علی و میلکی، ایوب (۱۳۸٦)، «**شلاق؛ در پرتو اندیشه‌های کیفری**»، تحقیقات حقوقی آزاد، پیش شماره ۲.
* نشاسته‌ریز، سهراب، مالمیر، محمود و حیدری، مسعود (۱٤۰۰)، «**از جهانی شدن تا کاربستِ سیاست جنایی دشمن‌مدار در رسیدگی به جرائم اقتصادی**»، مجله حقوق پزشکی ویژه‌نامه نوآوری حقوقی.
* هاشمی، حسین (۱۳۸۱)، **مجمع تشخیص مصلحت نظام (تحلیل مبانی فقهی و حقوقی)**، قم: مرکز مطالعات پژوهش‌های اسلامی.
* هالوی، گابریل (۱۳۹۳)، **کیفردهی آموزه‌ای مدرن**، برگردان: علی شجاعی، تهران:

دادگستر.

ب. انگلیسی

* Russell, Christopher (2005), **"Time and Punishment"**, University of Tulsa College of Law, Ohio State Law Journal, Vol66, N 2

* Zamir, Eyal and Barak Medina (2008), **"Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law"**, California Law Review, Vol 96, No2.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۳۶۳-۳۴۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

تحلیلی بر دادخواهی سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری

غلامرضا مولابیگی،[۱] میلاد قطبی،[۲] حسین محمدی احمدآبادی[۳]

چکیده

سازمان بازرسی کل کشـــور به عنوان یکی از مهم‌ترین ارکان نظارتی در نظام اداری کشـــور، صلاحیت تهیه گزارش و اعلام جرم، تخلف و سوء جریان به مراجع رســـیدگی‌کننده گوناگون اعم از مراجع قضایی و اداری را بر عهده دارد. شعب دیوان عدالت اداری می‌توانند یکی از مراجع دریافت شـــکایات سازمان بازرسی کل کشور باشـــند که تا پیش از اصلاح اخیر قانون دیوان عدالت اداری در ســـال ۱۴۰۲ به دلیل فقدان شـــرط ذی‌نفعی خواهان، چنین امکانی وجود نداشـــت. مقاله حاضر با هدف تحلیل و بررسی این اختیار و حدود و ثغور آن؛ که گامی بلند جهت صیانت از حقوق عامه به شـــمار می‌رود، در پی پاســـخ به این سوال اســـت که تجویز شکایت سازمان بازرســـی کل کشور در شعب دیوان با چه استنباطی قابل توجیه است و محدودیت‌ها و ابعاد طرح شـــکایت سازمان بازرسی در شـــعب دیوان کدام است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون اصلاحی دیوان عدالت اداری از باب نمایندگی عموم مردم به ســـازمان بازرسی مجوز داده تا در حدود اختیار خود و در مواردی که حقوق عامه در معرض تضییع قرار می‌گیرد، با رعایت تشریفات دادرسی بتواند نسبت به تصمیمات و اقدامات دســـتگاه‌های دولتی و مأموران آن‌ها و آراء صادره از مراجع اختصاصی اداری در شعب دیوان اقدام به طرح شکایت کند.

واژگان کلیدی: سازمان بازرسی کل کشور، شعب دیوان عدالت اداری، تضییع حقوق عمومی، نظارت قضایی، الزام به ذی‌نفعی در دعاوی.

---

۱. دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشـــکده الهیات و علوم سیاســـی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، معاون سابق دیوان عدالت و حقوق‌دان شورای نگهبان
saleh.mowla@gmail.com

۲. دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، (نویسنده مسئول)
m.ghotbi110@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)
hossein.mohammadi.a@gmail.com

درآمد

سازمان بازرسی کل کشور مستند به اصل (۱۷٤) قانون اساسی مکلف به نظارت بر «حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری» گردیده و تعیین حدود و اختیارات این سازمان نیز بر عهده قانون عادی گذاشته شده است. بر همین اساس مجلس شورای اسلامی اولین بار در سال ۱۳٦۰ نسبت به تصویب قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور اقدام و سپس در سال‌های ۱۳۷۵، ۱۳۸۷ و ۱۳۹۳ اصلاحاتی را در مفاد آن انجام داد. لیکن هرچند سازمان بازرسی به‌عنوان یک آمبودزمان رأساً صلاحیت رسیدگی قضایی و صدور حکم ندارد بلکه دارای صلاحیت اعلام موارد تخلف و سوء جریانات مالی و اداری به مقامات اجرایی و قضایی صالح بوده و می‌تواند نسبت به اعلام آن به‌مراجع قضایی، اداری و انتظامی جهت تعقیب، پیگیری و رسیدگی موضوع اقدام نماید، اما این سازمان هیچ‌گاه حائز سمت اصلی در پرونده‌های قضایی مرتبط با گزارش‌هایی که خود تهیه نموده، نبود و به عبارت دیگر «ذی‌نفع» و «شاکی» محسوب نشد. این موضوع در خصوص اعلام جرم، فساد و مشخصاً نحوه ارسال گزارش‌های کیفری سازمان بازرسی به دادستانی نیز موثر افتاد؛ بدین ترتیب که این سازمان، مشمول مصادیق ماده (۲۹) قانون آیین دادرسی کیفری[1] که ضابطان عام و خاص را برشمرده، نیست و از طرف دیگر مطابق با ماده ۱۰ همین قانون،[2] سمت شاکی یا مدعی خصوصی را نیز نمی‌تواند احراز نماید و صرفاً اعلام‌کننده جرم یا گزارش‌دهنده محسوب شده است[3] و مستند به بند د ماده ۲

---

۱. ماده ۲۹: ضابطان دادگستری عبارتند از: الف ـ ضابطان عام شامل فرماندهان، افسران و درجه‌داران نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران که آموزش مربوط را دیده باشند. ب ـ ضابطان خاص شامل مقامات و مأمورانی که به‌موجب قوانین خاص در حدود وظایف محول شده ضابط دادگستری محسوب می‌شوند؛ از قبیل رؤسا، معاونان و مأموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان، مأموران وزارت اطلاعات، سازمان اطلاعات سپاه و مأموران نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی. هم‌چنین سایر نیروهای‌مسلح در مواردی که به‌موجب قانون تمام یا برخی از وظایف ضابطان به آنان محول شود، ضابط محسوب می‌شوند.

۲. ماده ۱۰: بزه‌دیده شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنانچه تعقیب مرتکب را درخواست کند، «شاکی» و هرگاه جبران ضرر و زیان وارده را مطالبه کند، «مدعی‌خصوصی» نامیده می‌شود.

۳. تعبیر «اعلام‌کننده جرم» در قانون جدید آیین دادرسی کیفری (مصوب سال ۹۲) در ماده (٦٦) نیز به‌رسمیت شناخته شده و چنین تصریح شده که با شرایطی سازمان‌های مردم نهاد می‌توانند اعلام جرم نموده و در تمام مراحل دادرسی نیز حضور داشته باشند.

قانون تشـــکیل سازمان بازرسی کل کشور[۱] نیز منحصراً می‌تواند اعلام‌کننده جرم باشد اما شاکی پرونده محسوب نشده و مدعی‌العموم، شاکی خواهد بود.

همین وضعیت دقیقاً در خصوص شـــکایت ســـازمان بازرسی در شعب دیوان عدالت اداری نیز مطرح است و از آنجا که قانون‌گذار سابقاً سازمان بازرسی را ذی‌نفع تلقی نکرده و به صراحت امکان شـــکایت این ســـازمان را پیش‌بینی نکرده بود چنین امکانی برای سازمان فراهم نبود. تا این‌که در اصلاحیه اخیر قانون دیوان عدالت اداری در ســـال ۱۴۰۲ امکان طرح شکایت توسط ســـازمان بازرسی در شعب دیوان عدالت اداری در حدود اختیارات ســـازمان و در مـــوارد متضمن تضییع حقوق عمومی مورد شناســـایی قانون‌گذار قرارگرفت. شایان ذکر اســـت در خصوص امکان طرح دعوی توسط ســـازمان بازرســـی در هیات عمومی دیوان عدالت اداری ابهامی مطرح نبوده و نیست چراکه شـــرط ذی‌نفعی در هیات عمومی دیوان محل اختلاف نیست و کلیه اشخاص در قبال تصمیمات و مصوبات عام‌الشمول که صلاحیت انحصاری رسیدگی به شـــکایت نســـبت به آن‌ها در اختیار هیات عمومی است ذی‌نفع تلقی شده و امکان شـــکایت دارند. (قطبی، ۱۳۹٤: ۱۰۵) قانون‌گـــذار در این مورد در تبصره «۲» بند «د» از ماده (۲) قانون تشـــکیل سازمان بازرسی کل کشـــور به این اختیار سازمان و طرح شـــکایت در هیات عمومی دیوان عدالت اداری تصریح نموده است و رویه عملی نیز موید همین امر اســـت. بنابر توضیحاتی که گذشت نوشتار پیش رو با هدف تحلیل و بررســـی این امکان جدید یعنی دادخواهی ســـازمان بازرسی در شعب دیوان و تعیین حـــدود و ثغور آن در ارتباط با مفهوم تضییع حقوق عمومی تدقیق خواهد نمود و در پی پاســـخ به این سوال اســـت که خواهان قرار گرفتن سازمان بازرسی کل کشور در شـــعب دیوان با چه استنباطی قابل توجیه است و هم‌چنین محدودیت‌ها و ابعاد طرح شـــکایت سازمان بازرسی در شعب چیست؟ جهت پاسخ به سوالات مذکور با روش توصیفی تحلیلی طی سه بخش، به تحلیل و تبیین موضوعات اخیر خواهیم پرداخت.

---

۱. د- در مواردی که گزارش بازرســـی متضمن اعلام وقوع جرمی است، چنانچه جرم دارای حیثیت عمومی باشد، رئیس سازمان یا مقامات مأذون از طرف وی یک نسخه از گزارش را با دلایل و مدارک مربوط به رأی تعقیب و مجازات مرتکب به مرجع صالح قضایی ارسال و موضوع را تا حصول نتیجه نهایـــی پیگیری نماینـــد و در مورد تخلفات اداری، انضباطی و انتظامی مســـتقیماً مراتب را به مراجع ذی‌ربط منعکس نموده و پیگیری لازم را به عمل آورند. مراجع رسیدگی کننده مکلفند وقت رسیدگی و جهت حضور را به اطلاع سازمان بازرسی کل کشور برسانند.

در بخش اول در خصوص لزوم ذی‌نفعی خواهان جهت طرح شکایت در شعب دیوان بحث خواهد شد، در بخش دوم به محدودیت‌های سازمان بازرسی جهت طرح شکایت در دیوان اشاره می‌گردد و در بخش سوم ابعاد و حدود دادخواهی سازمان بازرسی در شعب مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۱. خواهان در شعب دیوان عدالت اداری و لزوم احراز ذی‌نفعی

صلاحیت رسیدگی به شکایات از اقدامات و تصمیمات واحدهای دولتی و مأموران آن‌ها بر اساس بند ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب این دیوان به‌رسمیت شناخته شده که خواهان صرفاً تحت عنوان «اشخاص حقیقی یا حقوقی» در این ماده مطرح گردیده است. اما با رجوع به اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی[1] که مبنای صلاحیت دیوان عدالت اداری به‌شمار می‌رود برای جایگاه خواهان لفظ «مردم» آمده است و از آن‌جا که اشخاص حقوق عمومی مشمول عنوان «مردم» نمی‌شوند، می‌توان گفت که فقط اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌توانند در شعب دیوان نقش خواهان را برای ابطال تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای دولتی داشته باشند.(قطبی، ۱۳۹٤: ۹۸) این موضوع در شعب دیوان نیز مورد اختلاف بوده و آراء متعارضی در این زمینه صادر گردیده است و به همین جهت، هیات عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۳۹-۳۷ مورخ ۱۳٦۸/۷/۱۰ دقیقاً بر پایه معنای لغوی و عرفی واژه «مردم» در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی، شکایت واحدهای دولتی به شعب دیوان را درخور پذیرش تشخیص نداد.[2] این امر هر چند در خصوص اغلب دستگاه‌های دولتی امری پذیرفته

---

۱. اصل یکصد و هفتاد و سوم به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران یا واحدها با آئین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوانی به‌نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند.

۲. نظر به این‌که در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران یا واحدهای دولتی تصریح گردیده و با توجه به معنی لغوی و عرفی کلمه مردم واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود و مستفاد از بند ۱ ماده ۱۱ قانون دیوان (مصوب سال ۱۳٦۰) اشخاص حقیقی و نیز حقوقی خصوصی می‌باشند علی‌هذا شکایت و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد» (روزنامه‌ی رسمی شماره ۱۳۰۱٦ مورخ ۱۳٦۸/۸/۱۷).

شـــده بود اما نســـبت به‌برخی از نهادهای نظارتی از جمله ســـازمان بازرسی موجب اختلاف نظر گردید. توضیح آن‌که در تبصره ۲ ماده ۲ قانون تشـــکیل سازمان بازرسی کل کشور مقرر شده است: «گزارش‌های بازرسی در ارتباط با آیین‌نامه و تصویب‌نامه و بخشنامه و دستورالعمل‌های صادره و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی که حاکی از تشخیص تخلف در موارد فوق‌الذکر باشد جهت رسیدگی و صدور رای بـــه دیوان عدالت اداری ارســـال می‌گـــردد» و در ماده ٦ قانون مزبـــور نیز به امکان تجدیدنظرخواهی سازمان بازرسی از آراء مراجع انضباطی و انتظامی در مراجع ذی‌ربط اشـــاره شده است. همین امر موجد این ابهام گردید که آیا سازمان بازرسی کل کشور می‌تواند نســـبت به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آن‌ها در شعب دیوان طرح شـــکایت نماید؟ موافقان امکان شکایت سازمان بازرسی در شعب دیوان اعتقاد داشـــتند با توجه به آن‌که در تبصره ۲ ماده ۲ قانون تشـــکیل سازمان بازرسی به امکان ارسال شکایت و گزارش سازمان بازرسی به دیوان تصریح شده است و به دلیل اطلاق تبصـــره مذکور این امر اعم از شـــکایت از تصمیمـــات و اقدامات موردی و عام‌الشـــمول می‌باشد، بنابراین رسیدگی به شکایات ســـازمان بازرسی قابل استماع و رســـیدگی اســـت.[1] در مقابل گروهی بر این عقیده بودند که تبصـــره ۲ ماده ۲ قانون اخیرالذکـــر ناظر بر دعاوی ابطال مقررات عام‌الشـــمول موضوع ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری اســـت و منصرف از دعاوی موضوع ماده ۱۰ قانون مذکور می‌باشـــد و به‌جهـــت آن‌که وفق ماده ۱۷ قانون دیوان، طرح شـــکایت در شـــعب منوط به احراز ذی‌نفعی شاکی اســـت و سازمان بازرسی فاقد این شـــرط می‌باشد، شکایت سازمان بازرسی نســـبت به تصمیمات و اقدامات موردی واحدها و مأموران دولتی در شعب دیوان غیر قابل اســـتماع و رسیدگی اســـت.(مولابیگی و محمدی احمدآبادی، ۱٤۰۲: ۳۳) با توجه به‌صدور دو رای متعارض، هیات عمومی طی دادنامه شماره ۲٦٦ مورخ ۱۳۹۹/۲/۱٦ این‌چنین نســـبت به صدور رای مبادرت ورزید: «.... با عنایت به اینکه بر مبنـــای رأی وحدت رویه شـــماره ۳۷-۳۹ مورخ ۱۳٦۸/۷/۱۰ هیـــات عمومی دیوان عدالت اداری، صرفاً اشـــخاص حقیقی و حقوقی حقـــوق خصوصی، از امکان طرح

۱. در خصوص معتقدان به این نظر، همان‌طور که گذشـــت، دو رای معارض از شـــعب دیوان صادر شد و منجر به رای وحدت رویه در رد امکان شکایت سازمان بازرسی در شعب دیوان صادر گردید.

شـــکایت در دیوان برخوردار بوده و شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رســـیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نیست و هم‌چنین با لحاظ این موضوع که بر مبنای ماده ۱۷ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، شرط تقدیم دادخواســـت در دعاوی موردی، احراز ذی‌نفع بودن شاکی بوده و حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور نیز در رابطه با ارسال شکایات ســـازمان بازرسی کل کشور به دیوان ناظر بر دعاوی موضوع ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری است و منصرف از دعاوی موضوع ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است؛ لذا رأی شماره ۳۳۰۰ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۶ شعبه هفتم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری که بر مبنای عدم قبول ســـمت سازمان بازرسی کل کشور در شـــکایت مطروحه توسط آن سازمان در شعبه دیوان صادر شده، صحیح و منطبق با موازین قانونی است». در حقیقت مساله مهم در این زمینه آن است که شـــکایت از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و ماموران آن‌هـــا و هم‌چنیـــن آراء مراجع اختصاصی اداری در شـــعب دیـــوان، منوط به احراز «ذی‌نفعی خواهان» اســـت و همان‌طور که در صدر ماده ۱۷ قانون فعلی و سابق دیوان آمده اســـت، صرفاً اشـــخاص ذی‌نفع می‌توانند در شعب طرح شکایت کنند. مطابق با رویه، ذی‌نفع بودن فقط مادی و مستقیم تفسیر شده (مولابیگی و محمدی احمدآبادی، ۱۴۰۲: ۳۹۸) و صرفـــاً اثبـــات ذی‌نفعی در تصمیمات عام‌الشـــمول، منتفی اســـت. (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۵۲۳). برای مثال اگر کســـی به دلیل عدم اعطای جواز کسب، متضرر شـــده باشد می‌تواند به شعب دیوان شـــکایت کند، اما اگر در بین چند نفر از داوطلبان جذب و به‌کارگیری در ارگان دولتی، یک نفر بر خلاف مقررات، انتخاب و به‌کارگیری شـــود، ســـایر افراد «خارج از عداد» داوطلبان نمی‌توانند صرفاً به‌اســـتناد انتصاب یک‌فرد که شـــرایط لازم قانونی برای تصدی پســـتی را ندارد به شعب دیوان شـــکایت کنند؛ زیرا نسبت به آن‌ها ضرری مستقیم محقق نشـــده است و نمی‌توانند ذی‌نفع‌بودن خود را اثبات کنند؛ بنابراین شـــعب دیوان به چنین شـــکایتی رســـیدگی نخواهند کرد. در مورد این‌که ذی‌نفعی در قانون دیوان عدالت اداری و به‌طور کلی در دعاوی اداری چگونه تفســـیر گردد باید اشاره نمود با توجه به این‌که در ماده ۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر شـــده اســـت: «هیچ

دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی نماید مگر این‌که شخص یا اشخاص ذی‌نفع ... رسیدگی به دعوی را برابر قانون درخواست نموده باشند» صاحب‌نظران ذی‌نفعی و ویژگی‌های آن را به‌صورت‌های متفاوتی تحلیل کرده‌اند. برخی بیان نموده‌اند که منفعت باید فعلیت داشته باشد و فعلیت نفع به این است که قبل از اقامه دعوی ضرر محقق شده باشد (متین دفتری، ۱۳۸۸: ۲۱۱). بعضی دیگر معتقدند ذی‌نفع کسی است که در صورت صدور حکم علیه خوانده، نفعی به او برسد (شمس، ۱۳۸۱: ۳۱٦). عده‌ای دیگر نیز استدلال کرده‌اند که شخص برای طرح دعوی باید یا نفع فعلی داشته باشد یا نفع آتی (واحدی، ۱۳۸۷: ۳۰٦). هم‌چنین گفته شده نفع باید موجود، محقق، مشروع و قانونی، شخصی و مستقیم باشد و مستقیم بودن نفع به این معناست که با فرض صدور حکم علیه خوانده، نفع به‌طور مستقیم متوجه شخص خواهان باشد (کریمی، ۱۳۸٦ : ۷٦). برخی نیز بیان داشته‌اند که طرح دعوی به‌صرف مغایرت تصمیمات و اقدامات دولت با قانون بدون این‌که متضمن تضییع حقی باشد، قابل استماع نیست و وجود نفع باید ثابت و مسلم بوده و تعلق آن به مدعی محقق باشد؛ به‌نحوی‌که عدم رعایت آن عرفاً از مصادیق تضییع حق شخصی تلقی شود؛ بنابراین شکایت به ادعای نفی حقوق اساسی و کلی جامعه که شاکی در آن سهیم است، درصورتی‌که حاوی نفع شخصی معین و معلوم نباشد، مسموع نیست. اما یک استثناء بر این قاعده‌ی کلی وجود دارد که اعتراض به آئین‌نامه‌ها به‌دلیل مخالفت با شرع و قانون چون خاستگاه حاکمیت ملی دارد و پاسداری از موارد مذکور مهم تلقی می‌شود، اثبات ذی‌نفعی ضرورتی ندارد (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۵۲۳). نظریه اخیر دقیقاً نقطه عطف بحث پیش رو است؛ چه این‌که همگان در مخالفت امری با شرع و قانون به دلیل خاستگاه ملی ذی‌نفع هستند و دلیلی وجود ندارد این مسأله را صرفاً در موارد عام‌الشمول مانند آیین‌نامه‌ها و مصوبات محدود نماییم، لیکن در رویه موجود، دیوان عدالت اداری معیار مستقیم و بالفعل بودن نفع را اتخاذ نموده و حتی در مواردی که معونه منطقیِ ذی‌نفع تلقی کردنِ خواهان وجود داشته نیز این‌چنین عمل نکرده است، به‌عنوان مثال، شعبه ۲۹ دیوان در تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۷ در مورد سلب عضویتِ یکی از اعضای شورای اسلامی شهر به این ترتیب عمل کرد؛ یکی از اعضای شورای شهر خوزستان توسط هیات حل اختلاف استان سلب عضویت می‌شود و از این رای به

هیات مرکزی حل اختلاف شکایت می‌کند. این هیات رای مبنی بر سلب عضویت را نقض می‌کند و عضو شـــورای شهر ابقا می‌شود. در این بین یکی از اعضای علی‌البدل شورای شهر ادعای ذی‌نفعی کرده ودر دیوان طرح شکایت می‌نماید، اما دیوان عدالت اداری با اســـتناد به تبصره ۳ ماده ۸۲ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شـــهرداران صرفاً افرادی را که از آن‌ها سلب عضویت شده اســـت، محق به طرح دعوی در دیوان دانسته و مقرر کرده است که سایر اعضاء چنین حقی ندارند و ذی‌نفع نیستند (معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۲: ۷۹)؛ در حالی که شـــخص علی‌البدل را می‌توان ذی‌نفع دانســـت؛ چه این‌که با سلب عضویت فرد دیگر به عضویت شـــورا درخواهد آمد. البته دیـــوان در مواردی نیز به درســـتی مصادیق مفهوم ذی‌نفع را به اشخاص دیگر نیز تسری داده است مثلاً مطابق آراء شماره ۸۳۲ مورخ ۱۳۸٤/۱۲/۲۱ و شماره ۱۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۳ هیات عمومی شـــکایت مالکان مجاور نسبت به آراء صادره از کمیســـیون ماده صد یا سایر دعاوی مربوط به موضوعات شـــهری قابل پذیرش تلقی شـــده است. بر همین اساس برخی معیار صحیح برای شناخت ذی‌نفع در دادرسی اداری را «احتمال عقلایی نفع» معرفی نمودند که بدین وســـیله می‌توان ظرفیت جدیـــدی در صلاحیت دیوان عدالت اداری ایجاد کرد. از طرف دیگر نیز می‌توان از طرح دعوای کســـی که منطقاً و عقلاً احتمال نفعی در مورد او متصور نیست، جلوگیری نمود (فلاح‌زاده، ۱۳۹۲: ۸۱). تأکید بر این مطلب ضروری اســـت که احتمال ذی‌نفع‌بودن باید عقلایی و منطقی باشـــد وگرنه بر مبنای احساسِ ذی‌نفع‌بودن نمی‌توان طرح دعوی نمود. برخی نویسندگان اصل مطلب مذکور را تأیید کـــرده و معتقدند بین ویژگی‌های نفع در دعوای عمومی و خصوصی باید تفاوت قائل شـــد و معنای ذی‌نفع بودن در دعاوی عمومی را موسع تفسیر نمود. البته این گروه که ذی‌نفع بودن را موسع تفسیر کرده‌اند معتقدند امکان طرح دعوی از تصمیمات دولتی در صورت نقض قانون و حقوق عمومی وجود دارد، لیکن همه افراد حق طرح چنین دعوایی را ندارند و صرفاً مخاطب یا مخاطبان تصمیم مورد نظر چنین صلاحیتی خواهند داشت (امامی و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۱۰-۱۱۱). به عبارت دیگر، افراد می‌توانند از تصمیماتی که خلاف قوانین صادر می‌شود شکایت کنند و صرفاً به دنبال حاکمیت قانون باشـــند، اما هم‌چنان در مورد خواهان با محدودیت روبه‌رو هستیم و

صرفاً مخاطبان تصمیم، برای شـــکایت صالح شناخته شده‌اند؛ در حالی که در نظر قبل مبنی بـــر اتخاذ ملاک نفع احتمالی و عقلایی، چنین محدودیتی وجود نداشـــت و بر اســـاس آن هر کسی می‌تواند از تصمیم خلاف قانون اعتراض کند و همان‌طور که در دعوای ابطال آیین‌نامه‌ها ذی‌نفعی شـــرط نشده اســـت، در موارد صلاحیت شعب نیز شایسته است ذی‌نفع بودن موسع تفسیر شود؛ چراکه ممکن است افراد به دنبال احقاق حق عمومی خود باشـــند که بالتبع نفع شخصی آن‌ها را هر چند غیر مستقیم به دنبال خواهد داشت. شـــایان ذکر است برداشت اخیر در واقع وضعیت آرمانی این موضوع است که نظریه مختار نگارندگان نیز می‌باشد، لیکن قانون‌گذار در اصلاحیه اخیر قانون دیوان عدالت اداری (سال ۱۴۰۲) در واقع وضعیتی مابین رویه دیوان عدالت اداری و وضعیت مطلوب را برگزیده و تا حد زیادی مشـــکل تفســـیر مستقیم ذی‌نفعی را حل نموده است؛ بدین‌ترتیب که اگرچه تک تک افراد را ذی‌نفع تلقی نکرده، اما نمایندگانی از جانب مردم در مصادیقی که حقوق عامه تضییع شـــده اســـت را برای شکایت در شعب دیوان به عنوان ذی‌نفع به رسمیت شناخته است. در اصلاحیه ماده ۱۷ با الحاق یک تبصره به‌عنوان تبصره «۱» این‌چنین مقرر شده است: «دادستانی کل کشور، سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات کشور در حدود اختیارات قانونی خود، صلاحیت طرح شکایت نســـبت بـــه موضوعاتی کـــه متضمن تضییع حقوق عمومی است و رســـیدگی بـــه آن برابر ماده (۱۰) این قانون در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد را دارند ...» در واقع هرچند شورای نگهبان سابقاً اعطای صلاحیت طرح شکایت از سوی ســـازمان بازرسی را در سال ۱۳۷۵ و به‌موجب تبصره ماده ٤ طرح اصلاح بعضی از مواد تشـــکیل سازمان بازرسی کل کشور مصوب ۱۳٦۰ [1] مغایر اصل یکصد و هفتاد و ســـوم قانون اساسی تشـــخیص داده بود[2] اما در سال ۱٤۰۲ حکم مذکور در تبصره ۱ ماده ۱۷ را مغایر قانون اساســـی نشناخت؛ توضیح آن‌که، هرچند تعدادی از اعضای شورای نگهبان اعتقاد داشتند تجویز طرح شکایت توسط سازمان بازرسی در

۱. تبصره: گزارش‌های بازرســـی در ارتباط با آئین‌نامه و تصویب‌نامه و بخشـــنامه و دستورالعمل‌های صادره و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی که حاکی از تشخیص تخلف در موارد فوق‌الذکر باشد جهت رســـیدگی و صدور رأی به دیوان عدالت اداری ارســـال می‌گردد. رسیدگی به این‌گونه موارد به‌طور فوق‌العاده و خارج از نوبت خواهد بود.

۲. تبصره ماده ٤ در خصوص «شکایات» مغایر اصل ۱۷۳ قانون اساسی شناخته شد.

شـــعب دیوان به جهت عدم اطلاق عنوان «مردم» بر آن مغایر اصل یکصد و هفتاد و ســـوم قانون اساسی است (پژوهشکده شـــورای نگهبان، ۱۴۰۱: ۲۵-۲۶) اما اکثریت اعضا تبصره مذکور را مســـتدل به این‌که ســـازمان بازرســـی در مقام ناظر و به عنوان «نماینده مردم» اقدام به‌طرح شـــکایت می‌نماید (مولابیگـــی و محمدی احمدآبادی، ۱۴۰۲: ۳۵) مغایر قانون اساسی ندانستند و تبصره مذکور مورد تایید شورا قرار گرفت.

۲. محدودیت‌های طرح شکایت سازمان بازرسی در شعب دیوان

بـــا توجه بـــه ابهامات و محدودیت‌هایـــی که در مورد ذی‌نفعـــی بیان گردید قانون‌گذار با اصلاحیه اخیر خود و تجویز شـــکایت سازمان بازرسی در شعب دیوان گام بسیار موثری در رفع ابهام مذکور و احقاق حقوق عامه برداشت. این اصلاحیه در واقع خلأهایی که ناشی از عدم ذی‌نفعی دستگاه‌های نظارتی از جمله سازمان بازرسی کل کشـــور را دربرداشت، پوشش داد. به عنوان مثال چنانچه کمیسیون موضوع ماده ۵ قانون تاســـیس شورای عالی شهرسازی و معماری بر خلاف ضوابط (با فرض این‌که موضوع فاقد وصف کیفری باشـــد) به شـــخصی اجازه تغییـــر کاربری داده و اراضی باغی را به تجاری تبدیل کرده بود و ذی‌نفعان به هر دلیلی شکایتی مطرح نمی‌کردند، موضوع بدون اقـــدام باقی می‌ماند و تنها در مواردی که موضوع واجد وصف کیفری بود دادستان صلاحیت ورود داشت[1] و دستگاه‌های نظارتی مانند سازمان بازرسی کل کشور که از موضوع و نقض قوانین و مقررات مربوط مطلع می‌شدند نمی‌توانستند در شـــعب دیوان شـــکایت کنند.[2] اما با الحاق تبصره ۱ به ماده ۱۷ قانون دیوان، با دو قید «در حدود اختیارات» و موارد متضمن «تضییع حقوق عمومی» امکان شکایت سازمان

---

۱. لازم به‌توضیح اســـت در ماده ۱۲۱ قانون دیوان عدالت اداری موضوع تقریبا مشـــابهی مقرر شده: «هرگاه ضمن رســـیدگی به موضوعی در دیوان، رئیس دیـــوان در جریان تضییع حقوق عمومی و یا منافع بیت‌المال قرار گیرد، موظف است مراتب را حسب مورد به سازمان بازرسی کل کشور، دادستان کل کشور و دیوان محاسبات کشور اعلام نماید». این ماده نیز انصراف به مباحث کیفری دارد و البته مشکل مطروحه را حل نمی‌کند و اتفاقا موضوع را به مراجعی احاله داده که نمی‌توانند در شعب دیوان عدالت اداری به عنوان خواهان قرار گیرند.

۲. البتـــه در یک فرض بدون طرح شـــکایت در مرجع قضایی می‌توان ایـــن تصمیمات را تغییر داد، سازمان بازرسی کل کشور مطابق با ماده ۱۰ قانون سازمان بازرسی می‌تواند پیشنهاد اصلاح تصمیمات را به دستگاه‌های اجرایی ارائه نماید و آن‌ها نیز مشروط به این‌که عدم اجرای پیشنهاد منجر به‌تخلف یا جرم بشـــود ملزم به اجرای پیشـــنهاد هستند و اســـتنکاف از اجرای چنین پیشنهادی در همین ماده جرم انگاری شـــده اســـت، اما موضوع بحث پیش رو امکان دادخواهی به شعب دیوان عدالت اداری در این موارد است.

بازرسی در شعب به‌رسمیت شناخته شد که به‌توضیح هریک خواهیم پرداخت.

در خصوص «حدود اختیارات سازمان بازرسی» باید گفت که این سازمان، مستند به اصل یکصد و هفتاد و چهارم قانون اساسی موظف به نظارت بر «حسن‌جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری» شده و تعیین حدود و اختیارات این سازمان نیز بر عهده قانون عادی گذاشته است. با بررسی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور که آخرین مرتبه در سال ۱۳۹۳ مورد اصلاح قرار گرفته است مشخص می‌گردد که سازمان بازرسی فارغ از ابهامات موجود در خصوص ماهیت حقوقی هر یک از نهادها، ارگان‌ها و دستگاه‌های اجرایی کشور که مورد بحث حاضر نیست می‌تواند طیف وسیعی از آن‌ها را مورد نظارت و بازرسی قرار دهد. نظارت و بازرسی نیز در تبصره ۱ ماده ۱ قانون تشکیل سازمان بازرسی این‌چنین تعریف شده است: «مجموعه فعالیت‌های مستمر و منظم و هدف‌دار به منظور جمع‌آوری اطلاعات لازم درباره مراحل حین و بعد از اقدامات دستگاه‌های مشمول ماده (۲) این قانون، تجزیه وتحلیل آن‌ها، تطبیق عملکرد دستگاه با اهداف و تکالیف قانونی و ارائه پیشنهادهای مناسب در جهت حسن جریان امور. سازمان بازرسی هم‌چنین می‌تواند قبل از اقدامات دستگاه‌های مذکور نیز اطلاعات لازم را جمع‌آوری کند» همان‌طور که مشخص است سازمان بازرسی اختیار گسترده و خوبی جهت نظارت بر حسن اجرای قوانین دارد و حتی می‌تواند قبل از اقدام دستگاهِ موردِ نظارت، در خصوص مسأله‌ای اقدام به بررسی موضوع و جمع‌آوری اَطلاعات نماید. با بررسی سایر مواد قانونی، این‌چنین قابل برداشت است که سازمان بازرسی در حین نظارت و بازرسی خود چنانچه به مصداق ارتکاب جرم یا تخلف برسد خاطیان را به مراجع صالح کیفری و اداری معرفی می‌کند تا به آن رسیدگی شود. هم‌چنین در مواردی که سوء جریانی مشاهده نماید به‌همان دستگاه مورد نظارت و یا مقامات بالاتر آن‌ها، گزارشی حاوی پیشنهاد و هشدار ارائه خواهد نمود و نهایتاً این پیشنهادات نیز مشروط به این‌که استنکاف از اجرای آن‌ها موجب تحقق عمل غیر قانونی گردد، جرم تلقی و مشمول ضمانت اجرا خواهد بود. با این توضیح باید گفت رسالت اصلی سازمان بازرسی به صورت کلی نظارت بر حاکمیت قانون می‌باشد و بنابراین اغلب موضوعاتی که تحت صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار می‌گیرد در صلاحیت سازمان بازرسی قرار دارد

(مولابیگی و محمدی احمدآبادی، ۱٤۰۲: ۳۵) و سازمان می‌تواند در موارد مذکور از تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های یادشده و ماموران آن‌ها و هم‌چنین آراء صادره از مراجع اختصاصی اداری در دیوان طرح شکایت نماید.

شرط دومی که قانون‌گذار طرح شکایت توسط سازمان بازرسی در شعب دیوان عدالت را منوط به احراز آن نموده، موارد متضمن «تضییع حقوق عمومی» است. این موارد به‌صورت شفاف توسط مقنن تعیین نگردیده و مفهوم «حقوق عمومی» هم توسط قانون‌گذار تعریف نشده است. این موضوع حتی موجب ابهام در شورای نگهبان نیز شده و گروهی از اعضای شورای نگهبان معتقد بودند مفهوم و قلمرو حقوق عمومی و معیارهای تمییز آن از حقوق خصوصی مشخص نبوده و مفهومی کاملاً تفسیربردار به‌نظر می‌رسد و این امر باعث خواهد شد که نهادهای مذکور، هر موضوعی که موجب تضییع حقوق خصوصی اشخاص شده است را به صورت غیرمستقیم موجب تضییع حقوق عمومی تلقی کنند و اقدام به طرح شکایت نمایند و در این فرض که تضییع حقوق عمومی مسلم نباشد، مغایر اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی است (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱٤۰۱: ۲۵) در مقابل، اکثریت اعضای شورا معتقد بودند مقصود از «حقوق عمومی» در این تبصره، همان «حقوق عامه» مذکور در بند ۲ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی بوده که بر احیاء آن تاکید شده است؛ در نتیجه این نهادها تنها در موضوعاتی می‌توانند طرح شکایت نمایند که «حقوق عامه» تضییع شده باشد و بر این اساس در این قبیل پرونده‌ها، دستگاه‌های نظارتی نماینده «مردم» تلقی می‌شوند و اشکال مغایرت با اصل یکصد و هفتاد و سوم منتفی است. در هرحال حتی با یکسان تلقی نمودن «حقوق عمومی» و «حقوق عامه» و استناد به بند ۲ اصل یکصد و پنجاه و ششم این مفهوم دارای ابهام به‌نظر می‌رسد؛ چراکه نه در مشروح مذاکرات قانون اساسی ذیل اصل یکصد و پنجاه و ششم به آن پرداخته شده که گویی منظور از حقوق عامه و مصادیق آن اجمالاً بلکه تفصیلاً برای نمایندگان روشن بوده است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳٦٤: ۱۵۷۹-۱۵۸٤) و نه این‌که تا به‌حال مقنن تعریفی از «حقوق عامه» ارائه نموده است.

برای مشخص شدن این مفهوم ابتدا باید واژه «حق» را تعریف نمود؛ در

خصوص مفهوم «حق» تعاریف بسیار مختلفی از سوی صاحب‌نظران ارائه شده تا جایی‌که دکتر کاتوزیان اذعان نموده: «به گفته مازو، به‌همان اندازه که درباره حق تألیف شده است، تعریف نیز وجود دارد» (کاتوزیان،۱۳۸۵، ج ۳: ٤٤٢). حق در لغت‌نامه دهخدا نیز این‌چنین معنا شده است، «ثابت که انکار آن روا نباشد، آن‌چه ادای آن واجب باشد، حال واقع، حکم مطابق با واقع» (دهخدا، ٦/۱۳۷۳: ۸۰۲۸) هم‌چنین در فرهنگ عمید، حق «اختیاری که طبیعت، قانون، یا عرف به کسی داده» معنا شده است (عمید، ۱۳۸۹: ٤٥٨). شایان ذکر است مقصود از حق، کاربرد اسمی مفهوم حق، یعنی حق داشتن است نه مفهوم وصفی آن با تعبیر حق بودن و در واقع حق داشتن در صورت مصدری آن از وجود نوعی رابطه میان صاحب حق و امری که موضوع و متعلق حق است حکایت می‌کند (طالبی،۱۳۹۲: ۱۷۵). در واقع «مقصود از حق امتیاز شخصی است که در اختیار اوست و می‌تواند درآن به دلخواه تصرف کند یا از آن درگذرد» (کاتوزیان، ۳/۱۳۸۵: ٤١١) «حق عبارت است از توانایی که شخص بر چیزی یا بر کسی داشته باشد» (جعفری لنگرودی، ۳/۱۳۷۸: ١٦٦٩) در نهایت این‌که باید توجه نمود که حق به‌واسطه «ویژگی‌های آن» به انواع مختلفی از جمله حق سیاسی، حق فرهنگی و حق اجتماعی تقسیم شده و از جهت «حاملان حق» نیز قابل تقسیم به حقوق عمومی، حقوق فردی، حقوق اجتماعی و ... می‌باشد که دلالت مستقیم بر مستحقان و ذی‌نفعان این حقوق دارد.

با توضیح مذکور در مورد مفهوم «حقوق عمومی» که ترکیب اضافه ملکی است، نظرات مختلفی قابل استنباط است: برخی معتقدند که «حقوق عمومی» تمامی ارزش‌هایی است که مربوط به عموم جامعه بوده که لازمه زیست جمعی است و تنها تعلق به تک‌تک افراد جامعه ندارد مانند مصالح عمومی، خیرجمعی، منفعت عمومی، امنیت ملی و نظم عمومی (امینی پژوه، ۱۳۹٦: ٤٣). در مقابل ممکن است بیان شود که منظور از حقوق عمومی یا حقوق عامه همان «حقوق مردم» مذکور در اصل یکصد و هفتاد و سوم می‌باشد که مشتمل بر حقوق مالی و غیر مالی تک تک افراد بوده و شامل حقوق مذکور در قانون اساسی و قوانین عادی می‌گردد (همان: ۵۹). شورای نگهبان نیز در مواردی این دو مفهوم را یکسان پنداشته و تضییع حقوق مردم را همان

تضییع حقوق عامه و مغایر اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساسی دانسته است.[1] گروهی دیگر بر این باورند که عبارات مذکور در قانون اساســـی از جمله حقوق ملت (فصل سوم)، حقوق انســـانی (اصول چهاردهم و بیستم)، آزادی‌های مشروع (اصول نهم و یکصد و پنجاه و ششـــم)، آزادی‌های فـــردی و اجتماعی(اصل یکصد و پنجاه و ششـــم)، آزادی‌های سیاسی (اصل ســـوم) همگی از مصادیق «حقوق عامه» به‌شمار می‌رونـــد. (غمامی، ۱۳۹۷: ٧٤) لازم به ذکر اســـت که برخی نویســـندگان نیز مفهوم «حقوق عامه» را با تفســـیری مضیق صرفاً قابل اطـــلاق بر انفال و ثروت‌های عمومی مذکور در اصل چهل و پنجم قانون اساســـی می‌دانند (قاسمی، ۱۳۹۸: ۲) علاوه‌بر این بیان شده است که مفهوم «حقوق عمومی» یا «حقوق عامه» در مقابل حقوق خصوصی قرار گرفته و به حق‌هایی اطلاق می‌شود که فرد در مقابل دولت استحقاق آن‌ها را دارد و دولت مکلف به تامین آن‌هاست و حامل حق‌ها در این معنا عموم افراد جامعه و نه تک تک افراد می‌باشند (امینی پژوه، ١٣٩٦: ٤١).

فـــارغ از انتقادات وارد به نظرات فوق‌الذکر که پرداختن به آن مجالی واســـع می‌طلبد، با دقت در تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری و مشـــروح مذاکرات شـــورای نگهبان که «حقوق عمومی» مذکور در تبصـــره را مترادف با مفهوم «حقوق عامه» مندرج در بند ۲ اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساسی تلقی نموده است (پژوهشـــکده شـــورای نگهبان، ١٤٠١: ٢٦) و با توجه به این‌که مطابق این بند مفهوم «حقوق عامه» مقید به واژه «احیاء» شـــده است این مفهوم باید به‌گونه‌ای تفسیر گردد که با مقتضیات عینـــی در خصوص صلاحیت‌های قوه قضاییه و دیوان عدالت اداری هم‌خوانی داشـــته باشد که تصریح مذکور در دســـتورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ابلاغی ۱۳۹۷ رئیس قوه قضاییه نیز موید همین برداشـــت است. مطابق بند الف ماده ۱ دســـتورالعمل مذکور «حقوق عامه حقوقی اســـت که در قانون اساسی، قوانین موضوعه و یا ســـایر مقررات لازم‌الاجرا ثابت است و عدم اجرا یا نقض آن، نوع افراد

---

۱. اظهـــار نظر شـــماره ۸۰/۲۱/۲۷۸۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ در خصوص «لایحه اصلاح قانون تشـــکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب»: «در تبصره (٤) ماده (۳) ارســـال پرونده‌های موضوع صدر تبصره (۱) ماده (٤) جهت ادامه رســـیدگی به دادگاه کیفری اســـتان، اطلاق آن چون موجب تضییع حقوق مردم می‌گردد لذا خلاف موازین شـــرع و بند (۲) اصل ١٥٦ قانون اساسی شناخته شد» و «اطلاق رسیدگی به جرائم مطبوعاتی و سیاســـی صرفاً در دادگاه کیفری استان چون در مواردی موجب تضییع حقوق مردم می‌شود لذا خلاف موازین شرع و اصل ١٥٦ قانون اساسی شناخته شد.»

یک جامعه مفروض مانند افراد یک شـــهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آسیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا تضرر یا ســـلب امتیاز آنان می‌شود، از قبیل آزادی‌های مشروع، حقوق زیست محیطی، بهداشت و سلامت عمومی، فرهنگ عمومی و میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی و اســـتانداردهای اجباری». به هر حال صرفاً در صورتی‌که موضوع متضمن تضییع حقوق عامه باشد سازمان بازرسی می‌تواند در دیوان طرح شـــکایت نماید و در مواردی که شعب دیوان تشخیص دهند، موضوع مرتبط با تضییع حقوق عمومی نیست، مکلفند قرار رد شکایت صادر نمایند.

۳. ابعاد شکایت سازمان بازرسی در شعب دیوان

پس از تبیین امکان شکایت سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری در حدود اختیارات ســـازمان و موارد متضمن تضییع حقوق عمومی، ضرورت دارد تا ابعاد شکایت سازمان در شعب دیوان مورد بررسی قرار گیرد.

صلاحیت‌های دیوان بین شعب و هیأت عمومی تقسیم شده است و در شعب امکان شکایت از تصمیمات و اقدامات موردی دولت و مأموران آن قابل طرح است؛ در حالی‌که هیأت عمومی مرجع شـــکایت از تصمیمات عام‌الشـــمول دولت می‌باشد. مطابـــق با ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، رســـیدگی به شـــکایات از اقدامات و تصمیمات واحدهای دولتی و مأموران آن‌ها، رســـیدگی به شکایات از آراء صادره از مراجع اختصاصی اداری (شـــبه‌قضایی و تشخیصی) و رســـیدگی به شکایات تضییع حقوق اســـتخدامی در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار دارد. البته باید توجه داشـــت که قسم اخیر (شکایت از تضییع حقوق اســـتخدامی) ماهیتاً همان تصمیمات و اقدامـــات واحدهای دولتی در مورد وضعیت اســـتخدامی کارکنان دولت اســـت و صرفاً به‌ســـبب تأکید و اهمیت موضوع به‌صورت مجزا آمده و در صورت نبود چنین تصریحی نیز دیوان عدالـت اداری واجد چنین صلاحیتی بود (استوار سنگری، ۱۳۹۲: ۳۷۳)؛ بنابراین مســـتفاد از ماده ۱۰ و تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری، در خصوص شکایات سازمان بازرسی کل کشور در شعـــب دیوان باید قائل به تفکیک شد.

۳-۱. شـــکایت از تصمیمات و اقدامات واحدهـــای مذکور در ماده ۱۰ قانون دیوان و ماموران آن‌ها

با توجه به‌تصریح تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون یادشـــده، سازمان بازرسی در حدود اختیارات قانونی خود و در مواردی که متضمن تضییع حقوق عمومی اســـت می‌تواند از تصمیمات و اقدامات دســـتگاه‌های دولتی و مأموران آن‌ها در شـــعب دیوان اقدام به‌طرح شکایت و عندالاقتضاء تجدیدنظرخواهی نماید؛ بنابراین در مواردی که «خارج از صلاحیت ســـازمان» بوده یا «متضمن تضییع حقوق عمومی نباشد» این سازمان حق شکایت ندارد و شعبه دیوان مکلف به صدور قرار رد می‌باشد. در این زمینه اشاره به چند نکته ضرورت دارد:

نخســـت، آیا لازم است سازمان بازرسی در مواردی که اقدام به طرح شکایت می‌نماید گزارش نظارت و بازرسی مصطلح (گزارش اختصاصی) در قانون و آیین‌نامه[۱] خود را داشته باشد؟ و به عبارت بهتر، با عنایت به این که در تبصره ٤ ماده ١٦ قانون دیوان عدالت اداری[۲] طرح شکایت در دیوان عدالت اداری منوط به مراجعه ابتدایی به دســـتگاه می‌باشد، آیا سازمان بازرسی نیز مکلف است قبل از طرح شکایت در شعب دیوان به دســـتگاه طرف شکایت مراجعه کند؟ در پاسخ باید گفت با عنایت به این‌که در تبصره ٤ ماده ١٦ قانون دیوان صرفاً به لزوم مراجعه «اشخاص ذی‌نفع»[۳] به اداره و درخواست از اداره قبل از طرح شکایت در دیوان اشاره شده است و نهادهای مذکور در تبصره ۱ ماده ۱۷ مراجع نظارتی هســـتند که در موضوعات متضمن تضییع حقوق عمومی می‌توانند در دیوان شـــکایت نمایند و معمولاً نیز قبل از شـــکایت در دیوان با اداره مربوطه مکاتبه داشـــته‌اند، لذا مراجعه ابتدایی به اداره و ارائه درخواست خود به اداره برای سازمان بازرسی منتفی بوده و می‌تواند در شعب دیوان عدالت اداری طرح

---

۱. ماده ٤٧ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی مصوب ۱۳۹۸/۳/۲۵

۲. تبصره ٤: دســـتگاه‌ها و مأموران موضوع بندهـــای (۱) و (۳) ماده (۱۰) این قانون مکلفند هرگونه تصمیم و اقدام قطعی خود را که در مورد اشـــخاص ذی‌نفع اتخـــاذ می‌نماید، به آن‌ها ابلاغ کنند. در مـــواردی که اشـــخاص ذی‌نفع تقاضای انجام امر اداری یا خودداری از انجـــام آن را دارند، ابتدا باید تقاضای خود را به دستگاه مربوط ارائه دهند و آن دستگاه مکلف است ضمن ثبت درخواست و ارائه رســـید، حداکثر ظرف سه ماه به‌صورت کتبی پاسخ قطعی را (نفیاً یا اثباتاً) به ذی‌نفع ابلاغ نماید مگر این‌که در سایر قوانین ظرف زمانی معینی برای پاسخ‌گویی دستگاه‌ها و مأموران مذکور مشخص شده باشد یا فوریت موضوع، اقتضای زمان کوتاه‌تری را داشته باشد.

۳. در این ماده «ذی‌نفع» به معنای اشخاص دارای نفع مستقیم و شخصی مراد است.

دعوی کند؛ چراکه سازمان بازرسی از مصادیق شخص ذی‌نفع مذکور در تبصره ٤ ماده ١٦ قانون دیوان محسوب نمی‌گردد.

دوم، با توجه به این‌که در تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون دیوان که در مقام بیان بوده و مراجع مذکور از جمله سازمان بازرسی کل کشور را صرفاً از پرداخت هزینه دادرسی معاف نموده اســـت؛ لذا سازمان بازرسی در طرح شـــکایت تابع سایر مقررات طرح دعوی از جمله رعایت تشریفات تنظیم دادخواست و مواعد قانونی طرح شکایت در دیوان عدالت اداری می‌باشد.

سوم، سازمان بازرسی علاوه بر این‌که می‌تواند به عنوان شاکی در شعب دیوان طرح شـــکایت نماید، می‌تواند مســـتند به ماده ۵۵ قانون دیوان به عنوان وارد ثالث و مطابـــق ماده ۵۷ قانون مذکور به عنـــوان معترض ثالث به حکم صادره در موضوعات متضمـــن تضییع حقوق عمومی اعتراض نماید؛ زیرا همان‌گونه که بیان شـــد نهادهای نظارتی به نمایندگی مردم و در راســـتای صیانت از حقوق عامه مجاز به‌طرح شکایت در دیوان شده‌اند.

۳-۲. شکایت از آراء مراجع اختصاصی اداری (شبه‌قضایی و تشخیصی)

همان‌طور که ذکر گردید از یک ســـو مطابق بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری شعب دیوان صلاحیت رسیدگی به شکایت از آراء مراجع اختصاصی اداری را دارا بوده و وفق تبصره ۲ ماده ۳ قانون مذکور، رســـیدگی به این شکایات مستقیماً در شعب تجدیدنظر مورد رســـیدگی قرار می‌گیرد و از سوی دیگر سازمان بازرسی کل کشـــور مطابق تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون یاد شـــده در حدود اختیارات خویش و موارد متضمن تضییع حقوق عمومی واجد صلاحیت طرح شکایت در شعب دیوان می‌باشد. هم‌چنین به‌تصریح ماده ٦ قانون تشـــکیل ســـازمان بازرسی مصوب ۱۳٦۰ مقرر شده اســـت که آراء صادره از هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، انضباطی و انتظامی با درخواســـت سازمان بازرسی در مراجع ذی‌صلاح ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر بوده و این رســـیدگی نیز خارج از نوبت خواهد بود. با این توضیح در این زمینه نیز دو ابهام وجود دارد:

ابهام اول آن‌که، آیا در موارد شکایت سازمان بازرسی از آراء صادره از مراجع اختصاصی اداری لازم اســـت رأی صادره از مرجع اختصاصی اداری مرتبط با گزارش

سازمان بازرسی بوده باشد یا خیر؟ به عنوان مثال، چنانچه مدیران کل به بالا تا سطح وزرا و هم‌ترازان آنان مرتکب تخلف اداری شوند سازمان بازرسی مکلف است آن‌ها را مطابق با بند هـ ماده ۲ قانون سازمان بازرسی به هیات تخلفات نهاد ریاست جمهوری معرفی نماید و به فرض صدور رای برائت با رعایت شرط تحقق تضییع حقوق عمومی، می‌تواند از رای برائت صادره به شعب دیوان شکایت نموده و تقاضای نقض رأی را داشته باشد، اما اگر رأی صادره از هیات تخلفات نهاد ریاست جمهوری به واسطه گزارش سازمان بازرسی نبوده و گزارش از اداره کل حفاظت به هیات رسیدگی به تخلفات اداری واصل شده باشد، آیا در این صورت نیز سازمان بازرسی که نقشی در تهیه و ارسال گزارش نداشته باز هم می‌تواند نقض رأی را از شعب دیوان عدالت اداری درخواست نماید یا خیر؟ در این خصوص به نظر می‌رسد با عنایت به این‌که در تبصره ۱ ماده ۱ به جز دو شرط «در حدود اختیارات» و «موارد متضمن تضییع حقوق عمومی» شرط دیگری برای طرح شکایت توسط سازمان بازرسی ذکر نشده است، ضرورتی ندارد که رأی صادره از مرجع اختصاصی اداری مرتبط با گزارش سازمان باشد و سازمان بازرسی به صورت مطلق و صرفاً با احراز دو شرط مذکور می‌تواند از آراء صادره در دیوان طرح شکایت نماید.

ابهام دومی که وجود دارد آن است که منظور از «مرجع ذی‌صلاح» برای رسیدگی به تجدیدنظرخواهی سازمان بازرسی مذکور در ماده ٦ قانون سازمان بازرسی کدام است؟ آیا سازمان بازرسی می‌تواند از آراء صادره از هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در هیأت‌های تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری تجدیدنظرخواهی نماید یا امکان تجدیدنظرخواهی از این آراء در دیوان عدالت اداری نیز وجود دارد؟ بدون تردید پاسخ به این سوال مثبت است؛ چراکه به تصریح تبصره ۱ ماده ۱۷ امکان شکایت سازمان بازرسی در دیوان تجویز شده است و با توجه به رأی اخیر هیأت عمومی دیوان به شماره ۲٤۷٦ مورخ ۱٤۰۱/۹/۲۲ در برخی موارد شکایت از آراء قطعی هیأت ابتدایی رسیدگی به تخلفات اداری به‌جز در دیوان عدالت اداری در مرجع دیگری قابل رسیدگی نیست و لذا سازمان بازرسی از آراء غیرقابل تجدیدنظر هیأت ابتدایی رسیدگی به تخلفات اداری فقط می‌تواند به دیوان عدالت شکایت کند و مرجع تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری صلاحیت رسیدگی به موضوع را

ندارد و تصریح قانون به اختیار سازمان بازرسی مبنی بر داشتن صلاحیت اعتراض ایجاد صلاحیت برای مرجع تجدیدنظر نمی‌باشد، بلکه مقصود آن است که سازمان بازرسی حق اعتراض در مرجع ذی‌صلاح را دارد که طبق قانون مرجع ذی‌صلاح دیوان عدالت اداری است. سوال این است که آیا شکایت سازمان بازرسی از آراء صادره از هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری نیز منحصر در «موارد متضمن تضییع حقوق عمومی» است یا این سازمان به‌صورت مطلق واجد صلاحیت طرح شکایت از آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی اعم از موارد متضمن تضییع حقوق عمومی و حقوق خصوصی است؟ در پاسخ می‌توان گفت با توجه به این‌که ماده ۱۷ قانون دیوان صراحتاً شکایت سازمان بازرسی را صرفاً در موضوعات متضمن تضییع حقوق عمومی تجویز نموده است، حتی شکایت از آراء صادره از هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی نیز مشروط به این موارد است و در غیر این‌صورت، شعبه دیوان مکلف به صدور قرار رد می‌باشد، اما به نظر می‌رسد با توجه به این‌که به صورت کلی دو نوع دعوی در شعب دیوان عدالت اداری مطرح می‌گردد؛ اول، رسیدگی به شکایت از آراء مراجع اختصاصی اداری و دوم، رسیدگی به شکایت از تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های دولتی و ماموران آن‌ها (مولابیگی و محمدی احمدآبادی، ۱۴۰۲: ۲۹) و از طرفی، در ماده ٦ قانون تشکیل سازمان بازرسی به صورت مطلق به سازمان بازرسی صلاحیت تجدیدنظرخواهی از آراء صادره از هی ت‌های رسیدگی به تخلفات اداری اعطا شده است که قابل تسری به امکان شکایت از این آراء در دیوان عدالت اداری نیز می‌باشد؛ و همچنین، ماده ۱۷ قانون دیوان به عنوان «عام لاحق»، ماده ٦ قانون تشکیل سازمان بازرسی (خاص سابق) را نسخ نمی‌کند بلکه تخصیص می‌زند؛ لذا سازمان بازرسی کل کشور دارای صلاحیت شکایت از آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی به صورت مطلق حتی در مواردی که تضییع حقوق عمومی احراز نگردد می‌باشد. در نهایت باید اشاره نمود هرچند اقتضاء رسیدگی به شکایات سازمان بازرسی و نهادهای مذکور در تبصره ۱ ماده ۱۷ با توجه به مأموریت‌ها و صلاحیت این نهادها در حوزه حقوق عمومی و اهمیت بیشتر آن‌ها نسبت به شکایات متضمن تضییع حقوق خصوصی، رسیدگی خارج از نوبت به این‌گونه شکایات می‌باشد، اما با توجه

به این‌که شورای نگهبان اطلاق «رسیدگی خارج از نوبت» به این‌گونه پرونده‌ها را در مواردی که رسیدگی به شکایات مردم دارای اهمیت و اولویت بیشتر باشد، مغایر شرع و نظام اداری صحیح موضوع بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی تشخیص داد، رسیدگی خارج از نوبت مشـــروط به رعایت موارد اهم لازم‌الرعایه گردید که تشخیص این امر بر عهده قاضی رسیدگی‌کننده می‌باشد و منظور از موارد اهم لازم‌الرعایه این است که بین پرونده‌هایی که از سوی سازمان بازرسی شکایت نشده است، مواردی وجود دارد که اهمیت آن‌ها بیشتر از پرونده‌هایی است که سازمان بازرسی شکایت کرده است که شعبه باید رسیدگی به پرونده‌های مهم‌تر را در اولویت رسیدگی قرار دهد. شایان ذکر است به‌رغم این‌که شورای نگهبان رسیدگی به شکایت نهادهای مذکور را به صورت مطلق و بدون رعایت موارد اهم لازم‌الرعایه مغایر شـــرع و قانون اساســـی دانست اما در موارد دیگر از جمله رســـیدگی به آراء خلاف بین شرع یا قانون (ماده ۷۹) اطلاق رسیدگی خارج از نوبت به آراء مذکور را واجد ایراد تشخیص نداده است که با توجه به علت منصوص توسط شـــورا مبنی بر احتمال وجود شکایات با اولویت و اهمیت بیشتر، شایسته بود رسیدگی خارج از نوبت در موارد دیگر نیز منوط به رعایت موارد مهم‌تر توسط شعبه رسیدگی کننده می‌گردید.

برآمد

۱- سازمان بازرسی کل کشور به عنوان یکی از مهم‌ترین دستگاه‌های نظارتی کشور، تا پیش از اصلاحات قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲ به‌دلیل فقدان ذی‌نفعی نمی‌توانست در شعب دیوان طرح شکایت کند، اما با اصلاحات قانون ذیل تبصره یک ماده ۱۷، این سازمان به‌شرط تضییع حقوق عمومی و در حدود اختیار بودن می‌تواند به عنوان نماینده مردم در شعب دیوان وارد شود و این نمایندگی ایراد مغایرت با اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی را مرتفع می‌کند.

۲- قانون‌گذار تعریف مشخصی از دو شرط تضییع حقوق عمومی و در حدود اختیار بودن ارائه نداده و اطلاق این تبصره نتایجی را به‌دنبال خواهد داشت که منطبق با آن، سازمان بازرسی در کلیه مواردی که در حدود اختیار اوست و تضییع حقوق عمومی صورت گرفته است؛ بدون نیاز به ارائه گزارش نظارتی قبلی، می‌تواند از اقدامات و تصمیمات موردی دستگاه‌ها و ماموران آن‌ها و آراء مراجع شبه قضایی در شعب دیوان طرح شکایت کند.

۳- از جمع اطلاق تبصره یک ماده ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری با اطلاق ماده ٦ قانون سازمان بازرسی کل کشور می‌توان نتیجه گرفت که طرح شکایت نسبت به آراء مراجع شبه‌قضایی از سوی سازمان، منوط به آن است که قبلا گزارشی در خصوص موضوع به‌مرجع رسیدگی کننده ارائه داده و مثلا منجر به برائت متهم شده باشد؛ در این صورت سازمان می‌تواند بدون محدودیت الزام به تضییع حقوق عمومی در شعب دیوان عدالت اداری طرح شکایت کند؛ در مقابل، چنانچه معتقد باشیم که از ماده ٦ به‌لحاظ مقدم بودن، چنین مقصودی برداشت نمی‌شود، سازمان بازرسی برای شکایت از آراء مراجع شبه قضایی، باید تضییع حقوق عمومی را به اثبات برساند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شـــورای اسلامی (۱۳٦٤)، **صورت مشـــروح مذاکرت مجلس بررســـی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: مجلس شورای اسلامی.

* استوارسنگری، کورش (۱۳۹۲)، «**صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن**»، در: مجموعه مقالات اندیشه‌های حقوق اداری، تهران: مجد.

* امامی، محمد و واعظی، ســـیدمجتبی و سلیمانی، مهستی (۱۳۹۱)، **ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری**، تهران: میزان.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **مبســـوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد سوم، تهران: گنج دانش.

* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳)، **لغت‌نامه دهخدا**، جلد ششـــم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، تهران: میزان.

* صدرالحفاظی، ســـیدنصرالله (۱۳۷۲)، **نظـــارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، تهران: شهریار.

* عمید، حسن (۱۳۸۹)، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران: راه رشد.

* فلاح‌زاده، علی‌محمد (۱۳۹۲)، **معنای ذی‌نفعی در رأی دیوان – ســـلب عضویت از شورای اسلامی شهر**، مجموعه رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل.

* قاســـمی، احمد (۱۳۹۸)، **گزارش نشســـت احیاء حقوق عامه؛ از مفهوم تا اجرا**، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

* قطبی، میـــلاد (۱۳۹٤)، **جایگاه و صلاحیت‌های دیـــوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اســـلامی ایران بـــا نگاهی به نظرات شـــورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **فلســـفه حقوق (منطق حقوق)**، جلد ســـوم، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کریمی، عباس (۱۳۸٦)، **آیین دادرسی مدنی**، تهران: مجد.
* متین دفتری، احمد (۱۳۸۸)، **آیین دادرسی بازرگانی**، جلد نخست، تهران: مجد.
* معاونت آمـــوزش و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲)، **مجموعه رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل.
* مولابیگـــی، غلامرضا و محمدی احمدآبادی، حســـین (۱٤۰۲)، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل.
* واحدی، قدرت‌الله (۱۳۸۷)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، تهران: میزان.
* امینی‌پژوه، حســـین (۱۳۹٦)، **واکاوی مفهومی کلیـــدواژگان چند معنا در قانون اساســـی مدخل حق و حقوق**، تهران: پژوهشکده شـــورای نگهبان، شماره مسلسل گزارش: ۱۳۹٦۰۰٦٦.
* پژوهشکده شورای نگهبان (۱٤۰۱)، **نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح اصلاح قانون تشـــکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، کد گزارش: ۱٤۰۱۰٥۱۰.
* طالبی، محمدحسین (۱۳۹۲)، «**واکاوی مفهوم حق، به مثابه موضوع دانش فلسفه حقوق**»، روش‌شناسی علوم انسانی، شماره ۷٤-۷٥.
* غمامی، ســـیدمحمدمهدی (۱۳۹۷)، «**الگوی احیاء حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی**»، نشریه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ٥۸.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۳۹۱-۳۶۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

مداخله‌گری کیفری برای احیای حقوق عامه در نظام حقوقی ایران؛ چرایی و چالش‌ها

زهرا شیری،[۱] باقر شاملو[۲]

چکیده

بند ۲ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از وظایف قوه قضاییه را احیای حقوق عامه اعلام کرده است و لذا لازم است در راستای شناسایی سازکارهای تحقق عینی و عملیاتی آن اقدام شود. از جمله این سازکارها، مداخله‌گری کیفری دولت در معنای عام و قوه قضاییه در معنای خاص است. این نوع مداخله، از یک سو با جرم‌انگاری رفتارهای نقض‌کننده حقوق عامه و کیفرگذاری برای آن‌ها و از سوی دیگر، با پیش‌بینی دادگاه‌ها و فرایندهای قضایی ویژه و افتراقی به منظور رسیدگی سریع و قاطعانه به موارد نقض حقوق عامه به‌ویژه در صورت ارتکاب از سوی کارگزاران حاکمیتی و تعیین ضمانت اجراهای بایسته و موثر برای این قبیل رفتارها تحقق می‌یابد. از سوی دیگر، شاخص‌های خاصی می‌توان برای این سطح مداخله‌گری در نظر گرفت. در پژوهش حاضر، پس از بررسی مفهوم حقوق عامه و چیستی و چرایی مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه، شاخص‌های عمده و چالش‌های فراروی این مداخله‌گری مورد بحث قرار می‌گیرد. یافته پژوهش حاضر، آن است که یکی از سازکارها برای احیای حقوق عامه، مداخله‌گری کیفری است و به منظور اعمال و تضمین این نوع مداخله، جرم‌انگاری‌های افتراقی و پیش‌بینی سازکارهای قضایی ویژه برای رسیدگی بدون اغماض به موارد نقض حقوق عامه ضروری است. تصویب قانون جامعی در موضوع، دادخواهی‌پذیر کردن موارد نقض حقوق عامه و تأسیس و استقرار دادگاه قانون اساسی پیشنهاد می‌شود.

واژگان کلیدی: حقوق عامه، مداخله‌گری کیفری، احیای حقوق عامه، نظام حقوقی ایران، رویه‌های افتراقی.

---

۱. دانشجوی دکترا حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی. دانشکده حقوق، (نویسنده مسئول)
shiri_zahra@yahoo.com

۲. استاد دانشگاه و عضو هیئت علمی دانشگاه شهید بهشتی
b_shamloo@sbu.ac.ir

درآمد

حقوق عامه، به ویژه در سال‌های اخیر، یکی از پرتکرارترین و قابل توجه‌ترین مفاهیم مطرح در محافل و پژوهش‌های حقوقی بوده است. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، حقوق عامه اولین بار در قانون اساسی مطرح شد و سپس در سایر قوانین به معنای اعم، به صورت پراکنده مورد توجه قرارگرفت. نگاهی به قوانین و مقررات موجود نشان می‌دهد که حقوق عامه در قالب عبارات و مفاهیمی که تاکنون توسط قانون‌گذار بیان گردیده، به خوبی و مبتنی برمبانی قانون اساسی روشن نشده است؛ لذا ارائه تعریف و معیارهایی برای تشخیص صحیح حقوق عامه ضروری است. از سوی دیگر، نحوه صیانت از حقوق عامه موضوع مهمی است که بر جنبه‌های کاربردی و عملیاتی مباحث مربوط به حقوق عامه دلالت دارد؛ این‌که صیانت از حقوق عامه به چه ترتیب، قابلیت و امکان عملی دارد و چه سازِکارهایی را می‌توان در این باره به کار بست، مقوله بسیار مهمی است. در واقع، تحقق عینی و عملی چنین سازِکارهایی، جایگاه و منزلت حقوق عامه و صیانت از آن در نظام حقوقی ایران را مشخص می‌سازد.

یکی از روش‌های صیانت از حقوق عامه، مداخله‌گری کیفری است که به طور مستقیم و آشکار از سوی حاکمیت و با محوریت ابزارهای کیفری به صورت افتراقی و در راستای صیانت از حقوق عامه انجام می‌پذیرد. مداخله کیفری، در وهله اول، به معنای جرم‌پنداری رفتارهایی است که ارزش‌های مهم زندگی افراد در بعد فردی و اجتماعی را نقض می‌کند. وقتی از مداخله کیفری سخن گفته می‌شود، جرم انگاری و کیفرگذاری نسبت به رفتارهای نقض‌کننده یا تهدیدکننده ارزش‌های اساسی، مورد نظر است. سطح دیگری از مداخله‌گری کیفری، سطح قضایی و اجرایی است. در این سطح، سیستم قضایی به منظور تعقیب موارد ارتکاب جرم و محاکمه مرتکبان و تعیین و اجرای ضمانت اجراهای تقنینی شکل می‌گیرد و به قول دیگر، سطح اجرای قوانین و مقررات کیفری (ساده و تشدیدیافته) بروز می‌یابد؛ بنابراین می‌توان مداخله کیفری را ابتدا ناظر بر جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها در سطح تقنینی و سپس، راجع به برگزاری محاکمات کیفری نسبت به مرتکبان رفتارهای مجرمانه در سطح قضایی و اجرایی دانست. نکته این‌جاست که بر اساس الگوی تفکیک قوا که سال‌هاست

در غالب کشـــورهای دارای نظام‌های سیاســـی ســـنجیده و دموکراتیک، مبنای اصلی ساخت‌بندی ســـاختارهای سیاســـی اعمال‌کننده اقتدار عمومی است، با این‌که سطح تقنینی مداخله‌کیفری، در صلاحیت قوه قانون‌گذار (مقننه) اســـت و سطح قضایی آن نیز توســـط قوه قضاییه و در قالب مراجع قضایی در معنای عام، به نمایش گذاشـــته می‌شود، سطح اجرایی مداخله کیفری، می‌تواند با عملکرد دولت در معنای خاص(قوه مجریه)، همـــراه گردد. افتراقی بودن این نوع مداخله‌گری که دربردارنده رویکردها و رویه‌هایی افتراقی است، موجب می‌شود جایگاه حقوق عامه و صیانت از آن به واسطه ســـازکارهای مداخله‌گری کیفری، به صورت برجســـته‌تر و نمایان‌تر در گفتمان نظام حکمرانی کشور مشخص شود.

در نوشتار حاضر، سوال اساسی این است که مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه به چه معناســـت؛ چه شـــاخص‌هایی دارد و تحقق آن در نظام حقوقی ایران، با چه چالش‌هایی روبه‌روست. برای تحلیل مسائل مربوط به این پرسش‌ها، ابتدا مفهـــوم حقوق عامه و مداخله‌گری کیفری بـــرای احیای حقوق عامه در نظام حقوقی ایران تعریف و سپس چرایی و ضرورت این نوع مداخله‌گری تبیین می‌شود. پس از آن، چالش‌های فراروی نظام حقوقی ایران به منظور تحقق این نوع مداخله‌گری، مورد بررسی قرار گرفته و راهکارهای رفع این چالش‌ها ارائه شده است.

۱. حقوق عامه

در تبیین مفهومی حقوق عامه ادبیات حقوقی چندان مشـــخصی وجود ندارد و هیچ‌گاه تعریف دقیقی از این مفهوم وجود نداشته است. از طرفی قرائن قانونی نیز در تبیین آن بسیار کم و مبهم است.

در ترمینولوژی حقوق، حقوق عامه، معادل مشترکات عمومی و ناظر بر حقوق و منافع عمومی دانســـته شـــده اســـت که میان افراد مختلف، مشترک است (جعفری لنگـــرودی، ۱۳۸۹: ۳۸۵). برخی نویســـندگان بر این نظرند کـــه مفهوم حقوق عامه می‌تواند دربردارنده هر دو مفهوم حقوق ملت و حقوق بشـــر باشد (افشاری و پتفت، ۱٤۰۰: ۱۱۵).[۱] برخی نویســـندگان با تعریفی مشـــابه اما خاص‌تر، حقوق عامه را حق جامعه بر نظم عمومی و امنیت شهروندان خود دانسته‌اند (تنگستانی و دیگران، ۱۳۹۷:

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: بیگلربیگی، ۱۳۹۸: ۱۹۵-۲۳۳.

۸۲) و برخی دیگر نیز بیان داشته‌اند که حقوق عامه اعم است از حقوق اجتماعی، حقوق اقتصادی، حقوق فرهنگی، حقوق دفاعی، حقوق قضایی و ... از کلی‌ترین تا جزئی‌ترین مصادیق آن (نقره‌کار، ۱۳۸۸: ۲۳). البته برخی دیگر، حقوق عامه را حق‌های عمومی مقرر در قانون اساسی تعبیر کرده‌اند و آن را حق جامعه بر نظم عمومی و امنیت شهروندان خود دانسته‌اند (قاسمی و دیگران، ۱۴۰۱: ۱۹۸).[۱]

به نظر می‌رسد حقوق عامه، مفهومی است که نمی‌توان آن را صرفاً منحصر در مفهوم حقوق ملت یا حقوق بشر دانست. همچنین حقوق عامه را نمی‌توان بالاطلاق معادل حقوق شهروندی پنداشت؛ چرا که حقوق شهروندی مفهومی است که در ادبیات حقوقی کشورمان چندان مصطلح نیست و در فرهنگ حقوقی غرب ریشه دارد (سلطانی، ۱۳۹۳: ۱۰۲). حقوق عامه مفهومی است که گستردگی مصادیق آن می‌تواند دربردارنده هر دو مفهوم مزبور باشد. نگارندگان حاضر با الهام از تعاریف فوق بر این نظرند که حقوق عامه ترکیب اضافی و ناظر به حقوقی است که شامل همه مردم یا بخش قابل توجهی از افراد جامعه گردد اعم از این‌که در این خصوص به صورت مستقیم یا غیر مستقیم حق فردی نقض شده باشد یا خیر؛ بنابراین به نظر می‌رسد از میان مفاهیم نزدیک به حقوق عامه، حقوق عمومی بیشترین قرابت معنایی را با حقوق عامه دارد و منظور از حقوق عامه در وظیفه «احیاء حقوق عامه» نیز همین مفهوم است. در حوزه عمومی که بستر منافع عمومی و حقوق عامه است، هنجارهای حقوق عمومی حاکمیت دارد که در صدد حمایت از منفعت عمومی جامعه است. کسی که در حوزه عمومی ناقض هنجارهای مرسوم باشد، درحقیقت، منافع تمامی افراد جامعه را پایمال می‌کند و از این رو، امکان چشم پوشی از این تخلف و بخشش خاطی وجود ندارد؛ از این رو، بنابر عقیده برخی، مقتضای عدالت، احیاء حقوق عمومی افراد جامعه و صیانت از آن است (نیکونهاد، ۱۳۹۳: ۲۹).

باید توجه داشت حقوق عامه مفهومی سیال، بسیط و نامحدود بوده و مصادیق متعددی را دارا می‌باشد. بسیاری از مصادیق حقوق عامه در قانون اساسی برشمرده شده‌اند. از حقوق افراد در روابط اجتماعی گرفته تا امور اعتقادی، اقتصادی، قضایی، امنیتی، دفاعی، اخلاقی، آموزشی، فرهنگی و غیره همه ذیل عنوان عام الشمول و

۱. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: قاسمی، ۱۳۹۸.

گســـترده حقوق عامه قـــرار می‌گیرد. (هداوند و همـــکاران، ۱٤۰۱: ۳۲۹) البته قانون اساســـی در مقام احصاء مصادیق حقوق عامه نبـــوده و این حقوق می‌تواند از تمامی اســـناد حقوقی حائز اعتبار در نظام حقوقی منتج شود. قانون‌گذار اساسی با بیان واژه «عامه» قصد کرده است حقوقی را برشمرد که منافع عموم افراد در آن، دخیل است. با وجود روشن بودن حقوق عامه برای نمایندگان مجلس بررسی قانون اساسی، نگاهی به دکترین نشـــان می‌دهد که دو دیدگاه مضیق و موسع در تعریف حقوق عامه مطرح اســـت (موســـی‌زاده و همکاران، ۱٤۰۲: ۳۱۹). دیدگاه موسع که در مصوبه کمیسیون حقوقی و قضایی مجمع تشـــخیص مصلحت نظام مورد نظر قرارگرفته است، حدود هفتاد حق را شـــامل می‌شـــود و دیدگاه مضیق که از اصل چهل و پنجم قانون اساسی الهام گرفته، صرفاً شـــامل انفال و ثروت‌های عمومی اســـت. در این راستا برخی نیز حقوق عامه را صرفا به حق‌های مقرر در قانون اساسی تعبیر کرده‌اند.[۱]

در دســـتورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ابلاغـــی مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۳ رئیس قوه قضاییه از حقوق عامه چنین تعریف شده است: «حقوقی است که در قانون اساسی، قوانین موضوعه یا سایر مقررات لازم الاجرا ثابت است و اجرا نشدن یا نقض آن، نوع افراد یک جامعه مفروض مانند افراد یک شـــهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آســـیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا تضرر یا ســـلب امتیاز آنان می‌شـــود، از قبیل آزادی‌های مشروع، حقوق زیست‌محیطی، بهداشت و سلامت عمومـــی، فرهنگ عمومـــی و میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی و اســـتانداردهای اجباری». تعریف مذکور بیان‌گر آن اســـت که تمایل دســـتگاه قضایی به ارائه تعریفی مضیق از حقوق عامه اســـت که همین مفهوم مضیـــق نیز حوزه‌های متعددی را در بر می‌گیرد. بدیهی اســـت شناسایی مصادیق این حقوق جهت روشن شدن هرچه بیشتر این اصطلاح و شناســـایی و اتخاذ راه‌کارهایی برای صیانت از آن ضروری می‌باشـــد. لازم به ذکر است تمتع از حقوق عامه، به عنوان حقوق به رسمیت شناخته شده ملت و مردم توســـط قانون، نیازمند صیانت از آن و نیز اقداماتی است که ضمن جلوگیری از تشـــدید آثار زیان‌بار ناشـــی از نقض حقوق عامه زمینه اعاده آن را فراهم می‌نماید

۱. برای مطالعه بیش‌تر، بنگرید به: دادیار، ۱۳۹۱.

(تنگستانی و دیگران، ۱۳۹۷: ٤١).[1]

از آن‌جا که درک درســـت و کاملی از حقوق شهروندی و حقوق ملت وجود ندارد، این عبار، هرازگاهی در قوانین بدون مابه‌ازای موثری درج می‌شود. ابهام موجود در معنای حقوق عامه مســـتلزم آن اســـت که حقوق عامه در نظام حقوقی ما به‌طور مشـــخص از طریق لایحه قضایـــی، قانون‌گذاری و کیفیت هر یـــک تعیین و تبیین و مشخص شود که در هر مورد، نهادهای مسئول چگونه باید اقدام کنند (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۸: ۳۸).

افزودنی اســـت حقوق عامه، حقوقی آســـیب‌پذیر بوده که در صورت نقض، باید با مداخله دســـتگاه‌های مختلف از جمله دستگاه قضا تامین شود. ضمانت اجرای اصول مربوط به حقوق عامه که در قانون اساســـی آمده، در اختیار دستگاه‌های قضایی است که بر اساس قوانین کیفری، متجاوزان به حقوق افراد را مجازات و حقوق تضییع شده آن‌ها را احقاق می‌نماید. هر چند مداخلات قوه قضاییه در مسیر رسالت و هدف خویـــش جهت احیای حقوق عامه و صیانت از آن، منحصر به مداخله قضایی نبوده و تلاش‌های این قوه در راســـتای انجام این وظیفه خطیر مداخله غیرقضایی را نیز شامل می‌شـــود. به عبارتی ورود قوه قضاییه به حوزه احیـــای حقوق عامه و صیانت از آن، منوط به وقوع جرم نیست، این قوه می‌تواند از طرق غیر قضایی و با استفاده از وجود مقامات و نهادهای مختلف، قبل از آن که تضییع حقی صورت گیرد مبادرت به احیای ایـــن حقوق و صیانت از آن نماید و این امر، به نوبه خود، دال بر لزوم پیشـــگیری از ارتکاب رفتارهای ناقض حقوق عامه است که به‌ویژه از سوی دولتمردان و حکمرانان ارتکاب می‌یابد.

۲. جنبه‌های صیانت از حقوق عامه

صیانت از حقوق عامه، به مجموعه اقدامات و تدابیری گفته می‌شود که ضمن پاسداشـــت این حقوق، تلاش برای احقاق آن‌ها بر اســـاس فرایندهای حق‌مدارانه را سرلوحه خود قرار می‌دهند. صیانت از حقوق عامه، دربردارنده تمام رفتارهایی است که از ســـوی حاکمیت (دولت) در معنای عام به منظور ارج نهادن به حق‌های مســـلم بشـــری و شهروندی از یک ســـو و اقدام عملی برای صیانت از جایگاه و منزلت این

۱. برای مطالعه بیش‌تر، بنگرید به: پورحسنی میبدی، ۱۳۸۹.

حق‌ها از طریق برخی سازِکارهای خاص است که در این قسمت، مورد بحث و مداقه قرار می‌گیرند. به نظر می‌رسد بتوان برای صیانت از حقوق عامه، دو جنبه کلی در نظر گرفت: جنبه فلسفی و جنبه حقوقی قضایی. در ادامه هر یک بررسی می‌شوند.

۱-۲. جنبه فلسفی

جنبه فلسفی صیانت از حقوق عامه، به طور مستقیم، به کارکرد دولت‌ها و حاکمیت‌ها در زمینه احترام به حق‌ها و آزادی‌های فردی و اجتماعی شهروندان در وهله اول و تلاش ساختارهای سیاسی مربوط به اعمال اقتدار عمومی در جهت احقاق عملی این حق‌ها و آزادی‌ها در وهله بعد مربوط می‌شود. در اینجا در واقع، بحث از فلسفه تشکیل دولت‌هاست. توضیح آن‌که، هدف از تشکیل دولت، می‌تواند متفاوت باشد اما نکته این‌جاست که این هدف امروزه تحت تأثیر آموزه‌های حقوق بشری، بیش از پیش به سوی توجه دولت‌ها به مقولاتی چون حقوق بشر، حقوق شهروندی و مسائل پیرامون آن، تغییر جهت پیدا کرده است؛ به نحوی که اساساً امروزه، یکی از معیارهای سنجش میزان کارآمدی دولت‌ها در سطح کلان و خرد، میزان صیانت عملی و حمایت اجرایی آن‌ها از موازین حقوق عموم شهروندان جامعه و صیانت از این حقوق به معنای واقعی کلمه است (بالوی، ۱۳۸٤: ۱۳۳).

در یک دولت مدرن، مشروعیت نهاد دولت، از اراده مردم برمی‌خیزد و دولت، تجسم و بیانگر خواست ملت تلقی می‌شود، دولت، خود را نماینده افکار عمومی یا بیانگر اراده جمعی ملت دانسته و رابطه‌ای عمیق و ارگانیک با ملت برقرار می‌کند. در چنین دولتی، کارگزاران حکومتی، اعمال قدرت سیاسی را به شیوه‌ای قانون‌مند و منطبق بر قانون اساسی و با رعایت آئین‌های عرفی مقبول جامعه، نه به‌منظور حفظ منافع طیف محدود کارگزاران عمومی و یا حتی منفعت طبقه یا طبقات حاکم، بلکه با هدف حفظ منافع مشترک همه افراد به‌عنوان اعضای جامعه انجام می‌دهند (بودنهایمر، ۱۳۸۷: ۱۰۸-۱۲۲)؛ بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که کارکرد اصلی دولت مدرن، حفظ و ارتقای مصلحت عمومی است و هنگامی‌که هابز می‌گفت « خیر مردم باید قانون برتر باشد» (Barry, 1997: 114)، در واقع همین مدعا را بیان می‌کرد. بایستی توجه داشت که هر چند مفهوم مصلحت عمومی سادگی فریبنده‌ای دارد، اما طیف گسترده‌ای از معانی نظیر ایمنی، بهداشت، فراوانی، رفاه، رستگاری و

... را در بـــر می‌گیـــرد (Oakeshott, 1996: 39). از آن‌جا که در دنیای مدرن امروز، نظام هنجاری حقوق بشـــر، ماهیت وستفالیایی دولت را به شدت تحت تاثیر قرار داده و با محوریت بخشـــیدن به فرد صاحب حق در مفهوم دولت و تاکید بر حقوق افراد و تعهدات حکومت، دولت تکلیف‌مدار را آفریده اســـت، خیر عمومی نیز معنایی جز تامین و تضمین بیشـــترین میزان حقوق و آزادی‌های فردی برای تمامی شـــهروندان نداشـــته (اندرسون، ۱۳۸۵: ۱۸۹-۱۷۳) و کارویژه اصلی دولت مدرن، حفظ و ارتقای حقوق و آزادی‌های مزبور تعریف و تعیین می‌شود.

در اندیشـــه مدرن، تضمین آزادی فرد در وجوه گوناگون، لازمه‌شان انسان در مقام موجودی خردمند اســـت. ایده احترام به‌شان و کرامت انسان، محوری‌ترین ایده حقوق بشـــر اســـت که ایجاد نظامی متشـــکل از حقوق و آزادی‌های فردی و جمعی را به‌دنبال داشـــته است. بر این اســـاس، حقوق بشر معاصر، نظامی هنجاری است که متضمن حقوق افراد در برابر دولت می‌باشد (Barry, 1990: 190). کارکرد اصلی این نظام هنجاری، محدودکردن قدرت دولت در برابر افراد اســـت. اگرچه حقوق بشر در روابط میان افراد نیز مطرح می‌باشـــد اما فضای غالب در گفتمان حقوق بشـــر، فضای تضمین حق‌های افراد در برابر دولت اســـت، فضایی کـــه دولت را متعهد به تضمین حق‌ها می‌داند (قاری، ۱۳۹٤: ٤١).

بر این اســـاس، مبنای اصلی در بحث از جنبه فلسفیِ صیانت از حقوق عامه، آن اســـت که فضای غالب در گفتمان حقوق بشر معاصر، فضای تضمین حقوق افراد در برابر دولت است. به همین خاطر است که ادبیات حاکم بر اسناد بین‌المللی حقوق بشـــر، در رابطه با دولت‌ها، ادبیاتی تعهدمدار و نسبت به شهروندان، ادبیاتی حق‌محور اســـت (بیات کمیتکی، ۱۳۸۵: ۳۹-۵۹) خلاصه آن‌که، در گفتمان حقوق بشر معاصر، دولت در برابر افراد و افراد در برابر یکدیگر، متعهد و مکلف می‌باشند. بر این اساس، صیانت از حقوق عامه در بعد فلســـفی، به‌طور مستقیم به تحقق کارکردهای دولت‌ها و حاکمیت‌ها در رعایت موازین حقوق بشر و شهروندی و نظریه‌پردازی هدف‌مند و کارآمد راجع به فلسفه تأســـیس دولت‌ها در ارتباط با حق‌های مورد اشاره دارد. البته باید دانست که بعد فلســـفی صیانت از حقوق عامه، چه بسا در تحلیل نهایی، دلالت بر جنبـــه نظری فرایند صیانت از این حقوق کند و گفته شـــود که جنبه نظری، برای

صیانت از حقوق عامه، کافی نیســت. در پاسخ می‌توان اظهار داشت که جنبه حقوقی قضایــی صیانت از حقوق عامه، تکمیل‌کننده جنبه فلســفی آن اســت؛ زیرا در جنبه حقوقی قضایی، اهتمام دولت‌ها و حاکمیت‌ها به حقوق عامه شــهروندان، بعد عملی و کارکردی می‌یابد و در قالب ساختارها و وظایف و صلاحیت‌های مشخصی، تحقق عینی پیدا می‌کند. در قســمت بعد، جنبه حقوقی قضایی صیانت از حقوق عامه، مورد بررسی قرارمی‌گیرد.

۲-۲. جنبه حقوقی قضایی

جنبــه حقوقی قضایی صیانت از حقــوق عامه، به اســتقرار نهادها و اجرای ســازکارهایی مربوط می‌شــود که در پرتو آن‌ها، صیانت از حقــوق عامه به صورت عملی در دســتور کار دولت‌ها و حاکمیت‌هایی قرار می‌گیرد که دغدغه ارتقاء جایگاه و منزلــت حقوق عامــه و صیانت عملی از آن‌ها را دارنــد. در جنبه حقوقی قضایی، از یک ســو، مجموعه نهادها و ســاختارهای رسمی با تشــکیلات و صلاحیت‌ها و اهداف مشخصی در راســتای صیانت از حقوق عامه تشکیل می‌شوند. در این زمینه، استقرار نظام دادگســتری در معنای عام آن (شامل دادســراها، دادگاه‌های عمومی و دادگاه‌های اختصاصی)، زمینه اولیه صیانت از حقوق عامه را فراهم می‌آورد. ســپس، اجرای ســازکارهای خاص، تکمیل کننده جنبه حقوقی قضایی صیانت از حقوق عامه خواهد بــود. در این‌باره، جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌هــای عام و خاص یا افتراقی، مبنــای عملکرد دولت‌ها و حاکمیت‌ها در راســتای صیانت از حقوق عامه به صورت عملــی قرار خواهد گرفــت. در حالت عام، جرم‌انگاری‌هــا و کیفرگذاری‌ها ناظر بر اعــلام وصف مجرمانه و تعیین ضمانت اجراهای قانونی به ویژه ضمانت‌های کیفری برای رفتارهایی اســت که به نحوی حقوق عامه را نقض می‌کند و در حالت خاص، دولت‌ها و حاکمیت‌ها چه بســا علاوه بر جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌های عام، مایل باشــند به جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌های افتراقی نیز مبــادرت ورزند. البته در این زمینه، ممکن اســت الزاماً جرم‌انگاری جدیدی رخ ندهد، بلکه کیفرهای موجود برای رفتارهــای نقض کننده حقوق عامه، واجد وصف تشــدیدی شــوند؛ به این معنا که حاکمیت احساس کند با اکتفا به شدت فعلی کیفرهای موجود نمی‌تواند جنبه حقوقی قضایی صیانت از حقوق عامه را تحقق و عینیت عملی بخشد و لازم است به تشدید

مجازات‌ها روی آورد. در این حالت، تشدید مجازات‌ها نسبت به رفتارهایی که حقوق عامه افراد جامعه را نقض می‌کنند، در واقع واکنشی است که دولت (در معنای عام) نسبت به نقض شدید حقوق عامه از خود نشان می‌دهد و در بردارنده شدت‌گرایی در تعیین و اجرای ضمانت‌های اجرایی کیفری در قبال رفتارهای نقض کننده حقوق عامه است. بر این اساس، جنبه حقوقی قضایی صیانت از حقوق عامه، در حقیقت، تکمیل کننده فرایند احترام به حق‌های بشری و شهروندی و شناسایی جایگاه و منزلت برای این حق‌هاست که جنبه فلسفی صیانت از حقوق عامه را تشکیل می‌داد و پیش از این، مورد بحث قرار گرفت.

از سوی دیگر، وجه دیگری از جنبه حقوقی قضایی فرایند صیانت از حقوق عامه، تأسیس مراجع قانونی و قضایی جدید است؛ به‌این معنا که گاه، سیستم‌ها و سازکارهای عمومی، نمی‌توانند به هر دلیلی ازجمله کم بودن عِدّه و عُدّه یا عدم تکافو از حیث کمیت و کیفیت، صیانت‌کننده از حقوق عامه تلقی شوند؛ در اینجا، تعبیه نهادهای خاص با صلاحیت‌های ویژه، چرخه صیانت از حقوق عامه را تکمیل‌تر خواهد کرد. نمونه بارز شناسایی این نهادهای خاص، تشکیل دادگاه‌های موسوم به دادگاه–های قانون اساسی در برخی کشورها از جمله فرانسه است که از سوی قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران به صلاحیت‌های خاصی مجهز شده‌اند تا بتوانند اثر به مراتب بیشتری از دادگاه‌های عمومی و اختصاصی در راستای صیانت از حقوق عامه داشته باشند. همان‌گونه که بسیاری از تحلیل‌گران نیز گفته‌اند، یک مبنای اصلی برای تشکیل دادگاه‌های قانونی اساسی در نظام حقوقی این کشورها آن است که شهروندانی که به نحوی حق‌ها و آزادی‌های شهروندی خود را به‌ویژه از سوی مقامات و مراجع حکومتی در معرض نقض و تهدید دیده یا می‌بینند، بتوانند در مرجع عالی‌تری، شکایات و تظلمات خود را پی‌گیری کنند (گرجی ازندریانی، ۱۳۹۳: ۱۸۳). پیش‌بینی صلاحیت‌های خاص و ویژه برای دادگاه‌های قانون اساسی در راستای صیانت از حقوق عامه، بعد جدیدی از جنبه حقوقی قضایی صیانت از این حقوق را به نمایش می‌گذارد و تا حدود زیادی می‌تواند نقص عملکردی دادگاه‌های عمومی و اختصاصی را پوشش دهد.

نکته دیگر این است که بحث از جنبه حقوقی قضایی صیانت از حقوق عامه،

به‌طور مستقیم با مقوله مداخله کیفری برای صیانت از این حقوق مرتبط می‌شود. در حقیقت، وقتی از جرم‌انگاری و کیفرگذاری به‌منظور صیانت از حقوق عامه در جنبه حقوقی قضایی آن سخن گفته می‌شود، مداخله کیفری، بارزترین شکل صیانت از حقوق عامه محسوب خواهد شد.

۳. مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه

از مهم‌ترین انواع مداخله‌گری برای صیانت از حقوق عامه، مداخله کیفری حاکمیت است. اوج احترام حاکمیت به حقوق عامه شهروندان، در این امر تجلی می‌یابد که با جرم‌انگاری و کیفرگذاری نسبت به رفتارهای نقض یا تهدید حقوق عامه، این رفتارها را مشمول ضمانت اجراهای کیفری قرار دهد. مفروض اصلی در این نوع مداخله‌گری، آن است که تمهید جبران‌های مدنی و غرامت‌ها و اعمال ضمانت‌اجراهای غیرکیفری، کافی و وافی به مقصود نیست و نمی‌تواند حمایت کامل و همه‌جانبه از حقوق عامه شهروندان را عملی سازد لذا لازم است تا ابزارهای کیفری، به‌عنوان تکمیل‌کننده حلقه ضمانت اجراهای حقوقی راجع به نقض و یا تحدید حقوق عامه شهروندان، تعریف شده و به اجرا درآیند.

بنابر تعبیر برخی حقوق‌دانان، صیانت از حق‌های اساسی شهروندان، در یک رویکرد کلی به حقوق کیفری واگذار شده است (اردبیلی، ۱۳۹۸: ٤٤)؛ بنابراین از جمله کارکردهای اصلی حقوق کیفری، می‌تواند صیانت از حقوق عامه نیز باشد. در بیان مفهوم این مقوله می‌توان گفت که در مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه، حاکمیت با ابزارها و سازِکارهای کیفری، صیانت از حقوق عامه را در دستور کار قرار می‌دهد. این مداخله را می‌توان در سه سطح کلی مورد بررسی قرار داد؛ نخست، سطح تقنینی که در آن حاکمیت جلوه‌های نقض حقوق عامه از سوی خودش در درجه اول و از سوی افراد یا نهادهایی غیر از خود در درجه دوم را جرم انگاری و با مجازات روبه‌رو می‌کند؛ دوم، سطح اجرایی که در آن حاکمیت سعی بر صیانت حداکثری از حقوق عامه از طریق اجرای سازِکارهای کیفری و ابزارهای حقوق کیفری دارد و ازجمله می‌کوشد در تمام سطوح اجرایی اعم از قوه مجریه و دیگر قوا و نهادها، قوانین حمایت کننده از حقوق عامه را به اجرا گذارد؛ سوم، سطح قضایی که در آن حاکمیت خاطیان از اجرای قوانین صیانت‌کننده از حقوق عامه را با رویکردی قضایی،

با ضمانت اجراهای مشخص قانونی مواجه می‌سازد.

مساله اساسی که در بحث مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه باید مورد نظر قرارگیرد، قلمرو، نقش و استفاده از ضمانت‌های کیفری در صیانت از حقوق عامه و به عبارتی امکان‌سنجی مداخله کیفری در زمینه صیانت از حقوق عامه و تبیین چالش‌ها، موانع و راهکارهای آن می‌باشد؛ چرا که وجود ابزارهای قضایی برای دخالت در عرصه صیانت از حقوق عامه ضرورتی انکارناپذیر است و در بحث مداخله قضایی در زمینه صیانت از حقوق عامه، مسلم است که تفکر غالب بر ضمانت اجراهای نظام کیفری تمرکز دارد. مکانیزم‌هایی که قوه قضاییه در اختیار دارد موجب می‌شود در مواردی که اشخاص، مقامات اجرایی یا تقنینی حقوق عامه را نقض یا تضییع می‌کنند این قوه بتواند ناقضان را مجازات کند (مرادی، ۱۳۹٦: ۱۲۲).

حقوق عامه باید در سایه عدالت تنظیم و تضمین شود و ساختار قوه قضاییه در راستای هدف صیانت از حقوق عامه باید به‌گونه‌ای تنظیم شود که تامین بهینه صیانت از حقوق عامه به عنوان خروجی عملکرد قوه برای مشروعیت بخشی به فعالیت‌ها و ایجاد احساس عدالت در مردم حاصل شود. در این زمینه چگونگی تامین و تضمین آزادی‌های مشروع نباید از عدالت‌محوری روی گردانیده و به امنیت‌گرایی و تقابل و جدل با حقوق شهروندان منجر شود. مداخله قوه قضاییه باید شفاف باشد؛ یعنی تصمیم گیری‌ها و اجرای آن تابع قواعد و مقررات باشد و اطلاعات در دسترس افرادی که از آن متاثر می‌شوند قرار داشته باشد و از طریق رسانه‌های همگانی در اختیار مردم قرار گیرد. ناقضان حقوق عامه حق بهره‌مندی از یک دادرسی عادلانه و رفتار منصفانه، از جمله علنی بودن محاکمات، حق داشتن وکیل و ...؛ را دارا هستند و حفظ و توجه به حقوق افراد و رعایت حیثیت اشخاص بسیار مهم و غیر قابل اغماض است. مشارکت عموم شهروندان در زمینه صیانت از حقوق عامه و وفاق‌محور بودن مداخلات نیز از جمله شاخص‌های قابل طرح و بررسی است (کبگانی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱٥٤).

باید اضافه کرد که حفظ حقوق و آزادی‌های مردم از یک سو و برقراری نظم عمومی از سوی دیگر از بزرگ‌ترین دستاوردهای توجیهی وجود یک اقتدار مرکزی تحت عنوان حاکمیت است. توجه به آزادی‌ها و حقوق عامه فلسفه مشروعیت

حکومت‌ها و صیانت از این حقوق، رسالت ذاتی آن‌هاست؛ لذا حقوق عامه و صیانت از آن در قوانین بالادستی و عالی از جمله قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته است و در جامعه حاکمیت موظف به تضمین آن‌ها می‌باشد. حاکمیت می‌بایست موانع موجود بر سر راه تحقق این حقوق را از میان بردارد و با متخلفان و متعرضانی که با نقض حقوق عامه حقوق فرد و جامعه را تضییع نموده و موجب اخلال در نظم عمومی می‌شوند، وفق ضوابط و مقررات برخورد نماید (تنگستانی، ۱۳۹٤: ٤٨).

صیانت از حقوق عامه هم به اعتبار قانون و هم به اعتبار اشخاص، نهادها، مقامات، دستگاه‌ها و نهادهای مختلفی که مسئولیت و وظایف مربوط به این حوزه را عهده‌دار می‌باشند، قابل بررسی است. وضع بسیاری قوانین و مقررات با هدف صیانت از حقوق عامه بوده و این موضوع به‌طور صریح و یا ضمنی در قوانین و مقررات مختلف پیش‌بینی گردیده است؛ هم‌چنین صیانت از حقوق عامه می‌تواند ابعاد و راه‌کارهای متعددی داشته باشد که مداخلات قضایی یکی از آن‌هاست. به عبارتی قوای سه گانه هر یک به نوعی در بحث حقوق عامه و صیانت از آن، ایفای نقش می‌کنند؛ اما در هر حال اجرای وظیفه دفاع از حقوق عامه، مستلزم داشتن اختیار و تکلیف بوده که در قانون اساسی و دیگر قوانین پیش‌بینی شده باشد.

شایان ذکر است قوه قضاییه به‌عنوان یکی از ارکان حاکمیت، نگهبان و پاسدار حقوق و آزادی‌های عمومی بوده و می‌بایست به صیانت از آن‌ها بپردازد. در ساختار دستگاه قضا، علاوه بر محاکم که رسیدگی به دعاوی و موارد نقض حقوق عامه را عهده‌دار هستند، مقامات و نهادهای مختلفی هم‌چون دادستانی کل کشور، سازمان بازرسی کشور و دیوان عدالت اداری وجود دارند که با نظارت بر حسن اجراء قوانین و پیش‌گیری از وقوع جرم و ... صیانت کننده از حقوق عامه می‌باشند (عباسی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۳۱). افزودنی است که مراجع قضایی مستقل و بی‌طرف که از هر حیث (ساختاری و عملکردی)، دارای استقلال و نسبت به اصحاب دعوا کاملاً بی‌طرف هستند، بازوهای اجرایی سیاست‌گذاران کیفری برای صیانت از حقوق عامه محسوب می‌شوند. در پناه این مراجع است که افرادی که به نحوی حقوق عامه خود را تضییع شده یا در معرض تضییع می‌یابند؛ حق طرح شکایات و دعاوی جبران خسارات نسبت به افرادی که به این حقوق تجاوز کرده‌اند خواهند داشت و می‌توانند

صیانت از حقوق عامه خود را از قوه قضاییه مطالبه نمایند.

٤. چراییِ مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه

به‌نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل برای توجیه چرایی مداخله کیفری برای صیانت از حقـــوق عامه را بتوان اولاً جبران عدم تکافـــوی ضمانت‌اجراهای مدنی و جبرانی نســـبت به موارد نقض حقوق عامه و ثانیاً لزوم پیش‌گیری از ارتکاب رفتارهای ناقض حقوق عامه با رویکرد بازدارندگی دانست. دلیل اول در گفتمان دادگاه قانونی اساسی فرانسه مشهود است. این دادگاه بر این باور است که «... گاه و چه بسا در بسیاری از موارد، ضمانت اجراهای مدنی از جمله حکم به جبران خسارت از زیان‌دیدگان، نمی‌تواند اقدام موثری در راســـتای احقاق حقوق از دست رفته و پایمال شده شهروندان محســـوب شود. در این حالت، باید از ســـطح به‌مراتب شدت‌گراتری از مداخله‌گری حاکمیت برای صیانت از حقوق شـــهروندان بهره بـــرد ... بر این مبنا، مداخله کیفری برای صیانت از این حقوق، مفهوم، جایگاه و جلوه خاص خود را می‌یابد ...».[1]

دلیل دوم، به اســـتناد کارکردهای حقوق کیفری قابل پذیرش اســـت. حقوق کیفری از دید کارکردگرایی دارای بالاترین ســـطح بازدارندگی از ارتکاب رفتارهایی اســـت که به نحوی حقوق مسلم بشری و شهروندی را نقض می‌کند و یا در معرض تهدید قرار می‌دهد. بر این اساس، حقوق کیفری جرم‌انگاری و کیفرگذاری را به دلایل مهم و متقنی به‌ویژه به‌سامان کردن نظام رفتاری افراد در جامعه، وجهه همت خود قرار

---

۱. ایـــن نکته بنیادی را دادگاه قانون اساســـی فرانســـه در برخی از آرای صـــادره خود از جمله رأی مورخ ۲۳ دســـامبر ۲۰۰۵ میلادی در پرونده‌ای موسوم به «پرونده مهاجران آفریقایی به طرفیت دولت فرانســـه» مورد تصریح قرار داده است. می‌توان این‌گونه برداشت کرد که از منظر دادگاه قانون اساسی فرانسه، صرف صدور حکم به جبران خسارت از زیان‌دیدگان، گاه نمی‌تواند صیانت به نسبت کاملی از حقوق بشـــر و حقوق شهروندان را عملی سازد. از ســـوی دیگر، اکتفا به ضمانت اجراهای مدنی، چه بســـا این شائبه را برای شهروندان ایجاد کند که حاکمیت قادر یا حتی مایل به صیانت کامل‌تر از حق‌های بشـــری و شهروندی آن‌ها نیست. به دیگر تعبیر، گاه عدم اقدام به‌موقع حاکمیت در صیانت از حق‌های بشـــری و شـــهروندی، نه تنها جنبه‌های حقوقی بلکه جنبه‌های سیاسی نیز می‌یابد و رفته رفته موجبات شـــورش‌ها و اعتراض‌های مدنی را نیز فراهم می‌آورد. این شورش‌ها و اعتراضات، به احتمال بالا واکنشـــی اســـت عمومی به ضعف دولت و حاکمیت به ویژه از سوی کسانی که حق‌ها و آزادی‌های شـــهروندی خود را در بستر سیاســـت‌ورزی حاکمیت، بر باد رفته و تضییع شده می‌بینند. بر این اســـاس، مداخله کیفری دولت‌ها و حاکمیت‌ها در زمینه ارتقاء هر چه بیشـــتر جایگاه و منزلت حق‌ها و آزادی‌های شـــهروندی و صیانت عملی از آن‌ها امری ضروری به شـــمار آمده است (در این زمینه، بنگرید به: فاورو، ۱۳۹٦: ٤٤).

می‌دهد و در این میان، بازداشـــتن افراد مصمم به تعدی به حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شهروندان از تصمیم‌شان، ازجمله اهداف و مقاصد اصلی حقوق کیفری است. بر این مبنا، مداخله کیفری برای صیانـــت از حقوق عامه، نه تنها از حیث نظری، امری مفید اســـت، بلکه از حیث عملی، مقوله‌ای لازم و ضروری است. در بسیاری از موارد، چه بســـا نتوان انتظار و توقع بازدارندگی و پیش‌گیری از وقوع دوباره رفتارهای متخلفانه و آسیب‌رســـان به حریم خصوصی و عرصه حقـــوق و آزادی‌های بنیادین افراد را از وضع و اجرای ضمانت اجراهای مدنی که عمدتاً مبتنی بر جبران خســـارت‌های مالی هســـتند داشت. این ضمانت اجراها ممکن است نسبت به کسانی که قصد جدی برای تعدی به حریم حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شهروندان را دارند، چندان اثربخش نباشد و امکان دارد نسبت به افرادی که به سبب برخورداری از تمکن مالی، ابایی از تجاوز به حقوق و آزادی‌های اساســـی دیگران ندارد، دارای اثر بازدارنده نباشـــد. از طرفی، مداخله‌گری کیفری حاکمیت در جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها، به‌خودی خود دلالت بر عزم ساختار سیاسی حاکم بر مقابله با ناقضان حق‌ها و آزادی‌های اساسی شهروندان می‌کنـــد. اوج اعمـــال اقتدار عمومی حاکمیت برای ســـامان دادن بـــه رفتارها و رفع زمینه‌های تجاوز و تعدی افراد به حریم حقوق و آزادی‌های دیگران، در مداخله‌گری کیفـــری دولت و حاکمیت تجلی می‌یابد؛ بنابراین حاکمیت برای نشـــان دادن قدرت تصمیم‌گیری خود نیز محتاج مداخله‌گری کیفری است. البته نفس مداخله‌گری کیفری حاکمیت در حوزه رفتاری شهروندان، گویای حادترین جدال میان آزادی‌های شخصی و قدرت حکومت است. بر این اساس، امری است نیازمند دلیل و توجیه کافی و قانع کننده و بدون ابتنا به دلایل و توجیهات اقناع آور قابل پذیرش نیست.

از سوی دیگر، مداخله‌گری کیفری که به‌ویژه با جرم‌انگاری رفتارهای خلاف و کیفرگذاری نســـبت به آن‌ها رخ می‌دهد، مبتنی بر اختیارات و صلاحیت‌های قانونی یک سیستم حاکمیتی است؛ به‌نحوی که بدون شناسایی میزان مشخص و قابل اتکایی از این اختیارات و صلاحیت‌ها، اساســـاً نمی‌تـــوان برای حاکمیت حد معینی از اقتدار عمومی نســـبت به شـــهروندان و صلاحیت برای اعمال این اقتـــدار در نظر گرفت. در راســـتای صیانت از حقوق عامه، به نظر می‌رســـد جایـــگاه والای حقوق عامه از یک‌سو و ضرورت صیانت همه جانبه از آن از سوی دیگر، به میزان کافی، دلیل برای

مداخله‌گـــری کیفری به منظور صیانت از این حقوق را در اختیار قرار می‌دهد. به نظر می‌رســـد ناکافی بودن ضمانت اجراهای مدنیِ جبرانی در قبال رفتارهای نقض‌کننده حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شـــهروندی و ضرورت صیانت همه‌جانبه از این حق‌ها و آزادی‌ها، بیشتر از آن‌که «حق» حاکمیت باشد و بتواند امتیازی برای آن محسوب شود، «تکلیف» حکم‌رانان اســـت و دربردارنده وظایف مهمی برای آن‌ها در قبال شهروندان است. در یک دیدگاه کل‌نگر، شهروندان مستقر در یک جامعه، خواه به صورت فطری و خدادادی[1] از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین برخوردار دانســـته شوند و خواه بر اساس مبانی سیاســـی،[2] باید موضوع حمایت و مداخلـــه کیفری برای صیانت از حقوق عامه قرار گیرند وگرنه نمی‌توان سیستم حاکمیتی را نظامی کارآمد محسوب کرد.

می‌توان افزود که صلاحیت یک سیســـتم حاکمیتی، فقط اعمال اقتدار عمومی بر شهروندان نیســـت، بلکه حمایت از شهروندان آسیب‌دیده یا در معرض آسیب در برابـــر رفتارهای نقض‌کننده حق‌ها و آزادی‌های بنیادین نیز هســـت. از ســـوی دیگر، کارایی حقوق کیفری فقط به ظاهر پرطمطراق آن نیست، بلکه آن‌چه می‌تواند کارآمد بـــودن حقوق کیفری را به نمایش بگذارد، اهتمامی اســـت که بـــه صیانت از حقوق و آزادی‌های بنیادین شـــهروندان مســـتقر در یک جامعه انســـانی دارد. در این معنا، مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه در معنایی که از آن به‌دست داده شد و بر اساس سازکارهایی که پیش از این مورد بحث قرار گرفتند، اوج کارآمدی حقوق کیفـــری و نظامِ حقوقی در ارتباط با صیانـــت همه‌جانبه از حریم حق‌ها و آزادی‌های بنیادین می‌تواند لقب گیرد.

۵. شـــاخص‌های مداخله گری کیفری برای صیانـــت از حقوق عامه در نظام حقوقی ایران

شـــاخص‌های عمده مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه در نظام حقوقی ایران عبارت است از: شاخص‌های مدیریتی، ساختاری و عملکردی. در ادامه این شاخص‌ها بررسی می‌شوند.

---

۱. حقوق طبیعی
۲. تابعیت

۱-۵. شاخص‌های مدیریتی

فرایند صیانت عملی از حقوق عامه در نظام حقوقی ایران با بهره‌گیری از صلابت حقوق کیفری، نیازمند تصمیم‌گیری‌های رسمی در سطوح عالی مدیریتی کشور است. بدون هم‌گرایی دستگاه‌های عالی مدیریتی در کشور و به‌ویژه در نظام حقوقی، بحث از صیانت از حقوق عامه بی‌معناست. شاخص‌های مدیریتی فرایند مداخله‌گری کیفری برای صیانت عملی از حقوق عامه در نظام حقوقی ایران، اشاره به آن دست استانداردهای رفتاری دارد که به‌ویژه در مورد کارگزاران حاکمیت که در تعامل روزمره با شهروندان هستند و آن‌ها را مخاطب اوامر و نواهی خود قرار می‌دهند تعریف می‌شوند. مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه می‌تواند مهم‌ترین و در عین حال، چالش برانگیزترین نوع و سطح مداخله برای صیانت از حقوق عامه لقب گیرد. به صِرف صدور بخشنامه از سوی رئیس قوه قضاییه یا تأکید بر احترام به حقوق عامه در سخنرانی‌ها و جلسات، نمی‌توان این حقوق را صیانت شده محسوب کرد. باید لزوم مداخله‌گری به ویژه با استفاده از ابزارهای کیفری، در گفتمان مدیران رده بالای نظام حقوقی به‌ویژه در مجلس، دولت و قوه قضاییه نهادینه شود. اکتفا به رویکرد قانون اساسی در اشاره به احیای حقوق عامه به عنوان یکی از وظایف قوه قضاییه، وافی به مقصود نیست، بلکه باید به تصویب قوانین عادی و تعیین ضمانت اجراهای کارامد به‌ویژه ضمانت‌های کیفری اقدام نمود. اقدام دیگری که به‌نظر می‌رسد جلوه بارزی از احیای عملی حقوق عامه در نظام حقوقی ایران است، تشکیل دادگاه‌های قانون اساسی است که سال‌هاست مورد تأکید حقوق‌دانان قرار دارد. این دادگاه‌ها با صلاحیت‌های خاص و افتراقی در راستای رسیدگی قضایی به موارد نقض حقوق عامه اقدام خواهند کرد.

۲-۵. شاخص‌های ساختاری

شاخص‌های ساختاری، به طور مستقیم به استانداردهایی مربوط می‌شود که با استقرار آن‌ها در ساختارهای خرد و کلانِ موجود در حاکمیت در معنای عام و موجود در نظام حقوقی در معنای خاص، فرایند مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه عملیاتی می‌شود. بخشی از چالش‌های فراروی فرایند مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه، چالش‌های ساختاری هستند که عبارتند از موانعی که در

ساختارهای اعمال اقتدار عمومی از سوی حاکمیت نسبت به شهروندان در بخش‌ها و سطوح مختلف وجود دارد و مانع حرکت عملی به سوی صیانت همه‌جانبه از حقوق عامه می‌شود. یکی از مهم‌ترین این چالش‌ها آن است که ساختار اجرایی کشور که از طریق ادارات دولتی و نیز ساختار قضایی کشور که از ره‌گذر محاکم و دادسراها در ارتباط مستقیم با شهروندان قرار می‌گیرد، بارها مرتکب عدم تکریم ارباب رجوع و سرگردان کردن آن‌ها[1] و عدم تعیین تکلیف برای آن‌ها در مدت زمانی معقول شده‌اند. مشخص است که این وضعیت، علاوه بر این‌که هرگز زیبنده یک ساختار سیاسی نیست، در تنافی و تغایر آشکار با مبانی صیانت از حقوق عامه نیز هست.

در بسیاری از موارد، دیده و شنیده شده است که مشکل ارباب رجوع، با یک پاسخ‌گویی ساده از سوی مقام اداری یا قضایی قابل حل است ولی از وی دریغ می‌شود. از سوی دیگر، نظام قانون‌گذاری کشور نیز تاکنون، جز جرم‌انگاری‌های مرسوم و معمول یا به‌عبارت دیگر، حمایت کیفری ساده و عادی، اقدام خاص دیگری مبذول نداشته است. بر این اساس، شاخص کلی ساختاری برای رفع این معضل، آن است که ساختارهای کلان و خرد اعمال‌کننده اقتدار عمومی بر شهروندان، باید حقوق عامه را سرلوحه برنامه‌های خود قرار دهند و در عین‌حال، بخش دیگری از شکل‌گیری این شاخص، آن است که محاکم کشور، به صورت عمل‌گرایانه، به موارد نقض حقوق عامه از سوی ساختارهای مورد اشاره ورود کنند.

۳-۵. شاخص‌های عملکردی

در مقابل شاخص‌های ساختاری و مدیریتی، باید از شاخص‌های عملکردی راجع‌به فرایند مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه نیز سخن گفت. بحث از این شاخص‌ها به‌ویژه از آن روست که در فرایند مورد اشاره، با چالش‌های عملکردی مختلفی در نظام حقوقی ایران روبه‌رو هستیم. چالش‌های عملکردی به طور مستقیم، به رفتار و عملکرد مقامات تقنینی، اجرایی و قضایی در راستای صیانت از

---

۱. گفتنی است در ۲۲ تیر ۱۳۹۸، دستورالعمل حفظ کرامت و ارزش‌های انسانی در قوه قضاییه ابلاغ شده است. بر اساس قسمت مقدماتی این دستورالعمل، تکلیف قوه قضاییه به افزایش دقت و سرعت در ارائه خدمات قضایی، تحقق عدالت قضایی و احیای حقوق عامه، ارتقای کیفیت و کاهش اطاله دادرسی و ایجاد فرصت برابر برای دسترسی آحاد مردم به خدمات قضایی، از جمله مهم‌ترین رویکردها و افق‌های مورد نظر در جهت تدوین این دستورالعمل بوده است.

حقوق عامه مربوط می‌شـــود. این چالش‌ها عمدتاً به اجرای بد و ناقص و یا چه بســـا عدم اجرای قوانین و مقررات فعلی مربوط به حقوق عامه در کشـــور مربوط می‌شود. در ایـــن زمینه، وجود تبعیض‌های احتمالی در روند اجرای قوانین به صورت مثبت یا منفی، عدم برخورد کافی و کارآمد با موارد نقض حقوق عامه به‌ویژه در دســـتگاه‌های اجرایی و قضایی و در ارتباط مســـتقیم با مردم، بی‌توجهی به سازمان‌های مردم‌نهاد و ســـاختارهای غیر دولتی در مقام صیانت از حقوق عامه در حالی‌که این ســـازمان‌ها و ساختارها می‌توانند محمل مهم و قابل اطمینانی برای صیانت از حقوق عامه در کشور باشند،[1] قابل اشاره است.

٦. الگوسازی برای مداخله‌گری کیفری به منظور صیانت از حقوق عامه

به‌نظر می‌رســـد یکی از مهم‌ترین نیازهای نظـــام حقوقی در وضعیت فعلی در راســـتای صیانت از حقوق عامه با محوریـــت و موضوعیت مداخله کیفری، تصویب قوانین کیفری با لحاظ مداخله کیفری تشـــدیدی برای صیانت از حقوق عامه اســـت. حقیقت آن اســـت که صیانت از حقوق عامه، موضوعی فراتر از تظلم‌خواهی و احقاق حق در فرایندهای قضایی با موضوع حقوق کیفری و حقوق خصوصی اســـت. لازمه صیانت از حقوق عامه، انجام سلسله اقداماتی است که در حیطه حقوق عمومی و در بالاترین ســـطوح حکم‌رانی و اعمال اقتدار عمومی تعریف و ترســـیم می‌شود. بر این اســـاس، صیانت از حقوق عامه با مداخلات کیفری در نظام حقوقی فعلی ایران میسر نخواهد شد؛ مگر آن‌که همه قوای حاکمیتی در کشور، آن را وظیفه مهم و مبنایی خود بپندارند. بدیهی است اکتفا به برخی شئون خاص به‌ویژه در سطح قوه قضاییه و بدون اعتنا به دیگر شئون و امور در قوای دیگر، هرگز نمی‌تواند نویدبخش صیانت از حقوق عامه در نظام حقوقی ایران باشـــد. در وضعیت فعلی، حتی باید ترک فعل‌های زیان‌بار را نیز همانند فعل‌های آسیب‌زا مصداقی از نقض حقوق عامه در کشور محسوب کرد و بر اســـاس اصل یکســـان‌پنداری فعل‌ها و ترک فعل‌های خسارت بار، باید درصدد مداخلات کیفری خاص و ویژه در این باره بود.

یک دلیل عمـــده برای ناقص ماندن فرایند صیانت از حقوق عامه بر اســـاس مداخلـــه کیفری در نظام حقوقی ایـــران، عدم تصویب قوانین و مقـــررات ویژه و با

---

۱. در این زمینه، بنگرید به: مرندی، ۱٤۰۰: ۲۲۷–۲۵۸.

محوریت حقوق عامه و نحوه مداخله کیفری برای صیانت از این حقوق است. با این‌که بحث از نحوه صیانت از حقوق عامه، همواره و به ویژه در سال‌های اخیر، در گفتمان مقامات کشور در سطوح تقنینی، قضایی و اجرایی مطرح بوده است، اما اقدام تقنینی در راستای حمایت کیفری از حقوق عامه به‌ویژه به‌صورت افتراقی و ویژه صورت نگرفته است و لاجرم باید به مصداق‌های تقنینی موجود از جمله مقررات قانونی مذکور در قانون حفظ حقوق شهروندی یا مقررات مربوط به تعدی مقامات دولتی و قضایی مذکور در قانون تعزیرات بسنده کرد؛ حال آن‌که به نظر می‌رسد باید اقدامی در خور در این حوزه صورت داد. باید طرحی نو متناسب با اصول حاکم بر حقوق عمومی نیز جهت احیای حقوق عامه در نظر گرفته شود. اصولی مانند اصل شفافیت، اصل پاسخ‌گویی و اصل حاکمیت قانون در حکم‌رانی خوب از مباحث مهم در حقوق عمومی است که اثری از آن در حقوق کیفری و جرم‌شناسی و حقوق خصوصی نمی‌توان یافت. تأثیر اصول مذکور در احیای حقوق عامه بحث مفصلی را می‌طلبد، لیکن به عنوان نمونه می‌توان به اصل پاسخ‌گویی و اصل شفافیت اشاره کرد. مقام اداری (به‌عنوان متهم ردیف اول تضییع حقوق مردم با فعل و ترک فعل‌های خود در انجام مأموریت‌ها متناسب با صلاحیت‌ها و اختیارات خود) باید پاسخ‌گوی تمامی اقدامات و تصمیمات خود باشد؛ چرا که اصل پاسخ‌گویی مبتنی بر این است که هر گونه اقتدار ناشی از قانون تنها با تصور مسئول بودن (مورد سؤال بودن و به تبع آن، پاسخ‌گو بودن) منجر به تحقق حاکمیت قانون می‌شود و در غیر این صورت موجبات استبداد قدرت و از بین رفتن حقوق عامه می‌شود. این اصل به نوعی در امتداد اصل شفافیت نیز قرار می‌گیرد؛ به این ترتیب که مقام دولتی علاوه بر این‌که باید تصمیمات خود را در فضایی شفاف اتخاذ کند، ملزم است نسبت به هرگونه عمل خود در صورت تقاضای مردم پاسخ‌گو باشد و آن را مستند و مستدل به فرامین قانونی کند؛ لذا اصل در حقوق عمومی و حقوق عامه این است که هر مقام دولتی در صورت بازخواست باید نسبت به تمامی تصمیمات و اقدامات خود پاسخ‌گو باشد و نمی‌تواند از ارائه پاسخ مستند و مستدل استنکاف کند و در صورت عدم‌پاسخ گویی به مردم، باید وکیل مردم یا همان شأن مدعی‌العمومی دادستان وارد عمل شده و مقام تضییع‌کننده حق مردم را به پاسخ وا دارد و حتی ممکن است مقام تضییع‌کننده حقوق

عامه اساســاً مرتکب جرم به معنای حقوق کیفری نیز نشده باشد، لیکن ترک فعل در انجام وظایف قانونی منجر به تضییع حقوق عامه شده باشد.

البته با دیدگاهی منصفانه، باید گفت در ســال ۱۳۹۷ «دســتورالعمل نظارت و پی‌گیری حقوق عامه» به تصویب رئیس وقت قوه قضاییه رسید و حتی ریاست فعلی این قوه نیز دســتوراتی در جهت صیانت از حقوق عامه در مراجع قضایی و به‌ویژه با موضوع مداخله دادستان‌های سراسر کشور صادر کرده است، اما حقیقت آن است که برای صیانت عملی از حقوق عامــه به‌ویژه با رویکرد مداخله کیفری، نیازمند اقدامی افتراقی هستیم.[۱]

نظر به این‌که یکی از خصوصیات حقوق عامه، گستردگی و شمول عام آن است، پس از نهادینه‌ســازی و پیش‌بینی سازکارهای پیش‌گیرانه به‌عنوان سیاست‌گذاری‌های کنشــی، یکی از روش‌های موثر برای صیانت از حقوق عامه در مجموعه اقدامات و سیاســت‌گذاری‌های واکنشــی، می‌تواند به کارگیری حقوق کیفری باشد. با اعتقاد به اصل کمینه‌انگاری در جرم‌انگاری و کیفرگذاری و حداقل‌گرایی در مداخلات کیفری، به نظر می‌رســد بخشــی از کمبودها در فرایندهای صیانت از حقوق عامه را بتوان از طریق مداخله‌گری کیفری جبران کرد. این امر قطعاً نباید زمینه‌ســاز مداخلات کیفری (جرم‌انگارانه و کیفرگذارانه) افراط‌گونه باشد.

به‌رغم مراتب پیش‌گفته، در اثربخشی کامل و جامع مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه نباید اغراق کرد و باید دیدگاهی منصفانه و غیر غرض‌ورزانه داشت و به نظر می‌رســد که نمی‌توان به طور کلی از مداخلات کیفری برای صیانت از حقوق عامه چشم پوشید. این درست است که تقید به موازینی از جمله شفافیت ساختاری و عملکردی، نظارت و پایش مستمر و هدف‌مند، پاسخ‌گویی، آزادی بیان، آزادی قلم و اندیشــه، گردش آزاد اطلاعات و ... باید در گفتمان‌سازی و پیش‌بینی و اجرای تدابیر مربوط به صیانت از حقوق عامه، مبنای اصلی باشــد، اما بی‌نیاز از مداخلات کیفری نیســتیم. از سوی دیگر، کارآیی‌بخشی بیشتر جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها در قلمرو

---

۱. لازم به ذکر اســت در زمان نگارش این سطور، حسب اطلاعات موجود، لایحه‌ای با عنوان «لایحه صیانت از حقوق عامه» در قوه قضاییه در حال تدوین اســت و از ســوی دیگر، در ســند موسوم به «ســند تحول و تعالی قوه قضاییه» صیانت از حقوق عامه و تعبیه و اجرایی‌سازی راهکارهای مربوط به صیانت از حقوق عامه، یکی از محورهای اساسی بوده است.

حقوق عامه، نیازمند یک سازِکار قضایی ویژه نیز هست و دادگاه‌های فعلی در نظام قضایی کشور، تکافوی تحقق هدف صیانت از حقوق عامه با مداخلات کیفری را ندارد و باید در صدد تعریف و تعبیه دادگاه‌هایی با صلاحیت‌های افتراقی برای صیانت از حقوق عامه برآمد.

ممکن است در بحث از جرم‌انگاری به منظور احیای حقوق عامه، با اشکال جرم‌تراشی یا جرم‌انگاری حداکثری مواجه شویم که محل نقد و اشکال است. در این زمینه گفته شده است که جرم‌انگاری‌های حداکثری، منتهی به تورم قوانین کیفری و فهرست جرائم خواهد شد که پدیده مذمومی است، اما کیفرگذاری افتراقی، الزاماً به معنای اضافه کردن بدون توجیه عناوین مجرمانه به فهرست جرائم موجود نیست، بلکه به‌مثابه افزایش میزان مجازات‌ها با هدف بازدارندگی بیشتر آن‌ها نسبت به رفتارهای نقض کننده حقوق عامه است. همچنین افزایش هدف‌مند مجازات‌ها دارای اثر بازدارنده است و می‌تواند بسیاری از افرادی که مصمم به نقض حقوق عامه هستند را از ارتکاب رفتارهای ناقض این حقوق منصرف سازد. به بیان دیگر، حتی اگر قائل به کیفرزدایی هم باشیم، حوزه حقوق عامه از جمله مصادیقی است که مداخله کیفری در آن به‌سبب گستردگی بزه ضرورت دارد. از سوی دیگر، افزایش مجازات‌ها در یک فرایند کیفرگذاری افتراقی، اگر با اجرای دقیق سازِکارهای قضایی و اعمال کامل مجازات‌ها همراه باشد و در برگزاری دادرسی‌های کیفری و اعمال صلاحیت‌های کیفری، تبعیض‌مداری و مصلحت‌اندیشی در کار نباشد، کیفرگذاری افتراقی مبتنی بر شدت‌گرایی؛ بدون آن‌که نیاز به جرم‌انگاری‌های جدید باشد، می‌تواند احیاء حقوق عامه را در بعد عملی محقق سازد.

برآمد

۱- بنیـــاد اصلی جنبـــه حقوقی قضایی صیانت از حقوق عامه، این اســـت که حاکمیت، در راســـتای داعیه احیاء حقـــوق عامه و صیانت از آن، ابتدا باید اقدامات و تدابیر مقدماتی لازم را برای صیانت از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شـــهروندان انجام دهد و پس از آن، باید سازِکارها و سامانه‌های حقوقی و قضایی مشخص که متناسب با ماهیت حقوق عامه قابلِ تدارک اســـت را ایجاد نماید تا از طریق این ســـازِکارها و ســـامانه‌ها، صیانت از حقوق عامه را به‌طور عملی، وجهـــه همت خود قرار دهد. در واقع، در بحث از جنبه حقوقی، قضایی احیاء حقوق عامه، آن‌چه پیش از این، بیشـــتر با رویکردی نظری در مورد جنبه فلسفی، اخلاقی، اجتماعی این مقوله گفته شد، جنبه عملی به خود می‌گیرد و حاکمیت کارکردهای اصلی خود برای صیانت از حقوق عامه به صورت عملیاتی را نمایان می‌سازد.

۲- هرچنـــد ایجاد نهادهای نظارتی و اجرایـــی و قضایی در جهت صیانت از حقوق و آزادی‌های شـــهروندی، گام مهمی در راستای صیانت عملی از حقوق عامه محســـوب می‌شود، اما در وضعیت فعلی نظام حقوقی ایران، برخی چالش‌های جدی فراروی فرایندها و سازِکارهای صیانت از حقوق عامه وجود دارد. به‌طور کلی می‌توان از چالش‌های ســـاختاری و عملکردی سخن گفت که اولی به ساختارهای معیوب و ناقص مســـتقر در نظام حقوقی ایران در بعد تقنینی، اجرایی، قضایی و نظارتی مربوط می‌شود و بر اساس آن‌ها طبعاً نمی‌توان مداخله کیفری کارآمد برای صیانت از حقوق عامه را اجرایی ســـاخت. در این زمینه، ضعف در قانون‌گذاری و فقدان ســـاختارهای حمایت‌گر به ویژه دادگاه‌های قانون اساســـی، نقص در اجرای قوانین، نقص در تعبیه و عملیاتی‌سازی ســـاختارهای قضایی و نظارتی رسیدگی‌کننده به موارد نقض حقوق عامه و تعیین واکنش‌های کیفری نســـبت به این موارد، قابل ذکر است. از سوی دیگر، چالش‌های عملکردی به نحوه کنش‌گری دســـت انـــدرکاران نظام حقوقی ایران برای صیانت کیفری از حقوق عامه مرتبط می‌باشد.

۳- عرصه تعامل روزمره کارگزاران نظام سیاسی و حقوقی ایران با شهروندان، از این منظر می‌تواند مورد آسیب‌شناســـی عملکردی قرار گیرد. بر این مبنا، مهم‌ترین شاخص‌های مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه را می‌توان شاخص‌های

ساختاری و عملکردی محسوب کرد. در کنار این موارد، شاخص‌های مدیریتی نیز قابل اشاره است. شاخص‌های مدیریتی به سطوح عالی تصمیم‌گیری و تمشیت امور در راستای مداخله‌گری کیفری برای صیانت از حقوق عامه بازمی‌گردد. در این موضوع، درک کامل و همه‌جانبه جایگاه حقوق عامه و ضرورت صیانت از آن از جمله با ابزارهای کیفری، ضرورت اجتناب‌ناپذیر و مقدمه لازم است.

٤- با توجه به مراتب پیش‌گفته، تصویب قانون جامعی با موضوع حمایت از حقوق عامه در نظام تقنینی کشور پیشنهاد می‌شود. این قانون باید به مداخله کیفری برای صیانت از حقوق عامه، جامه عمل بپوشاند و دربردارنده ضمانت اجراهای کیفری ویژه نسبت به ناقضان حقوق عامه در سطوح مختلف اعمال اقتدار عمومی از سوی قوای سه‌گانه کشور باشد. دادخواهی‌پذیر کردن موارد نقض حقوق عامه، رویکرد دیگری است که باید به گفتمان غالب در میان مقامات و مسئولان کشور تبدیل شود. زیان‌دیدگان و بزه‌دیدگان نقض حقوق عامه باید به‌سهولت امکان اقامه دعوا یا شکایت در مراجع خاص را داشته باشد. در راستای دادخواهی‌پذیر کردن موارد نقض حقوق عامه، تأسیس و استقرار دادگاه قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، اقدامی درخور است. با توجه به صلاحیت‌های افتراقی و اختصاصی دادگاه قانون اساسی در مقایسه با دیگر دادگاه‌ها، با تشکیل آن، بستر مداخله‌گری حقوق کیفری برای صیانت از حقوق عامه فراهم می‌آید و چنان‌چه دادگاه‌های عادی نتوانند آن‌گونه که لازم است در مقام مداخله‌گری به منظور صیانت از حقوق عامه وارد عمل شوند، دادگاه قانون اساسی می‌تواند این مداخله‌گری را به ثمره نهایی برساند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۸)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، چاپ چهل و سوم، تهران: میزان.
* افشاری، فاطمه و پتفت، آرین (۱٤۰۰)، «**موانع احیاء حقوق عامه در حقوق ایران و راهکارهای تحقق مطلوب آن**»، دانش حقوق عمومی، دوره دهم، شماره ۳۳.
* اندرسون، سوزان لی (۱۳۸۵)، **فلسفه جان استوارت میل**، برگردان: خشایار دیهیمی، چاپ دوم، تهران: طرح نو.
* بالوی، مهدی (۱۳۸٤)، **دولت مدرن حق‌بنیاد و حقوق بشر**، رساله دکتری حقوق عمومی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
* بودنهایمر، ادگار (۱۳۸۷)، «**درآمدی بر تئوری مصلحت عمومی**» در: حق و مصلحت، برگردان: محمد راسخ، چاپ ششم، تهران: خط نوش.
* بیات کمیتکی، مهناز (۱۳۸۵)، **ارزیابی مفهوم مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
* بیگلربیگی، کیان (۱۳۹۸)، «**سازوکارهای رفع موانع احیاء حقوق عامه در قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران**»، مجله حقوق بشر و شهروندی، شماره ۸.
* پژوهشگاه قوه قضاییه (۱۳۹۸)، **صیانت از حقوق عامه در ساختار دیوان عدالت اداری**،چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* پورحسنی میبدی، احسان (۱۳۸۹)، **کارکرد قوه قضاییه در زمینه احیاء حقوق عامه**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
* تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹٤)، **درآمدی بر مسئولیت قوه قضاییه در احیاء حقوق عامه با تأکید بر وظایف سازمان‌ها و نهادهای عمومی(گزارش پژوهشی)**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* تنگستانی، محمدقاسم و مرادی برلیان، مهدی و مهرآرام، پرهام (۱۳۹۷)، **گفتارهایی در باب حقوق عامه و احیاء آن**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ سی و ششم، تهران: گنج دانش.
* دادیار، هادی (۱۳۹۱)، **نقش دادستان در حفظ حقوق عامه و چالش‌های قانونی و اجرائی آن**، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران (پردیس قم).
* سلطانی، سیدناصر (۱۳۹۳)، **جرائم علیه حقوق اساسی ملت**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* عباسی، محمود و همکاران (۱۳۹۸)، **حقوق شهروندی: از حقوق ملت تا احیاء حقوق عامه**، چاپ نخست، تهران: حقوقی.
* غمامی، سیدمحمدمهدی (۱۳۹۷)، «**الگوی احیاء حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی**»، مجله حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۵۸.
* فاورو، لویی (۱۳۹٦)، **دادگاه‌های قانون اساسی**، برگردان: علی‌اکبر گرجی ازندریانی، تهران: جنگل.
* قاری سید فاطمی، سیدمحمد (۱۳۹٤)، **حقوق بشر در جهان معاصر**، دفتر یکم، چاپ هشتم، تهران: جنگل.
* قاسمی، احمد (۱۳۹۸)، **نشست احیاء حقوق عامه؛ از مفهوم تا اجرا**، چاپ نخست، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
* قاسمی، غلامعلی و همکاران (۱٤۰۱)، «**تحلیل نهادهای حقوقی حقوق عامه و حقوق جمعی از منظر اندیشمندان اسلامی و غرب**»، مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۹، شماره ۳ (پیاپی ۳۳).
* کبگانی، محمدحسن و همکاران (۱۳۹۹)، **گزارش کارشناسی نقد و بررسی لایحه صیانت از حقوق عامه**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۳)، **در تکاپوی حقوق اساسی**، چاپ ششم، تهران: جنگل.
* مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹٦)، «**جایگاه و صلاحیت‌های نهاد دادستانی در نظم حقوقی ایران از منظر حقوق عمومی با نگاه ویژه به احیاء حقوق عامه**»، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* مرندی، الهام (۱٤۰۰)، «**سیاست جنایی مشارکتی در احیاء حقوق عامه با بهره از**

سازمان‌های مردم‌نهاد»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۶، شماره ۹۶.

* موســـی‌زاده، ابراهیم و همکاران (۱۴۰۲)، «**کاربست نظریه احیای حقوق عامه در دادرسی اداری؛ مطالعه آرای موسسان اساسی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* نقره‌کار، محمدصالح (۱۳۸۸)، **نقش دادســـتان در صیانت از حقوق عامه**، چاپ نخست، تهران: جنگل.

* نیکونهاد، حامد (۱۳۹۳)، «**مفهوم امت در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۹.

* هداوند، مهدی و همکاران (۱۴۰۱)، «**شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۲۰.

ب. انگلیسی

* Barry, B. (1990), **Political Argument**, London: Harvester Wheat sheaf.

* Barry, B. (1997), **The Public Interest**, in political Philosophy edited by A. Quinton, London: Oxford University Press.

* Oakeshott, Michael (1996), **The Politics of Faith and Politics of Scepticism**, edited by Timothy Fuller, New Haven: Yale University Press.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۶/ صفحات: ۴۱۵-۳۹۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

کاربرد تورم اقتصادی و خط فقر در حکم اعسار و تقسیط

محمد شکری[۱]

چکیده

فلسفه قاعده اعسار، حمایت از کرامت انسانی شخص بدهکار ناتوان است. لحاظ تورم اقتصادی و خط فقر در اختصاص حکم اعسار، موجب تناسب آن با وضعیت واقعی و دقیق مالی معسر است. مطابق قوانین جاری، در موارد فقدان سابقه ملائت و عدم دریافت مال، اصل بر عدم توانایی مدیون بوده؛ مگر طلبکار خلاف آن را اثبات نماید. از مفاهیم اقتصادی کنونی، تورم و خط فقر است. تورم معیار میزان تنزل قدرت پول است و خط فقر حداقل پول لازم برای ادامه زندگی و حیات می‌باشد؛ مفاهیمی که اعمال آن‌ها در احکام مربوط به اعسار ضرورتی است که رویکرد آن، حمایت شایسته و واقعی از بدهکار مطابق مبانی فقهی و حقوقی این قاعده است. این تحقیق به شیوه کتابخانه‌ای و تجزیه و تحلیل حقوقی داده‌های علمی، نتیجه می‌گیرد که استفاده از این معیارهای دقیقِ اقتصادی باید به موجب قانون الزامی شود؛ به طوری‌که اگر درآمد ریالی بدهکار معادل یا کمتر از خط فقر باشد، اساساً صدور حکم مبنی بر پرداخت حتی به نحو اقساط جایز نیست؛ زیرا این امر حداقل‌های معاش مدیون را تحدید می‌نماید. احکام صادره نیز باید متناسب با تورم حادث تعدیل شود و حسب مورد تعداد اقساط افزایش یابد و یا در حالت کمتر از خط فقر، پرداخت تا زمان کسب درآمدِ افزون بر آن، متوقف شود.

واژگان کلیدی: اعسار، تقسیط، تعدیل اقساط، تورم اقتصادی، خط فقر.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
mshokri@pnu.ac.ir

درآمد

اعسار در رسیدگی به دعاوی طلبکار علیه مدیون مالی، از احکام مترقی در نظام حقوقی اسلام است که مقصود از آن، حمایت از بدهکاری است که ناتوان از پرداخت دین مالی خود است. توجه به میزان درآمد مدیون با لحاظ تورم اقتصادی منطقاً ضرورتی موجد رویکرد عادلانه در صدور احکام اعسار است. در شرایط افزایش شدید و سریع تورم، این موضوع در تعدیل اقساط اهمیت فراوان دارد؛ موضوعی که اگر با خط فقر تعیین شده از سوی مراجع رسمی هماهنگ باشد، با واقعیت‌های اقتصادی منطبق خواهد شد.

چرایی انتخاب موضوع حاضر این است که تورم اقتصادی در سال‌های اخیر در جامعه ایران شدت بیشتری به خود گرفته و از نوسان فزاینده‌ای برخوردار است. این موضوع رابطه مستقیم با پرونده‌های اعسار دارد. رعایت میزان تورم در رسیدگی به دعاوی اعسار و صدور حکم کلی یا جزئی و تقسیط بدهی، ضرورتی است که منتهی به کارایی شایسته قاعده اعسار و پاسخ‌گویی آن به واقعیت‌هاست، به‌عکس بی‌توجهی به میزان تورم و خط فقر موجب تضعیف و نادیده گرفتن رسالت قاعده و خدشه به عدالت مورد انتظار حاصل از آن است. اهمیت موضوع نوشتار حاضر در توجه به این نکته است که، با وجود پیشینه فقهی و انعکاس موضوع رعایت حال معسر و امهال تا زمان تمکن، سازکار مشخصی برای اعمال صحیح آن وجود ندارد. راهکار رفع این نقصان، رعایت خط فقر و تورم حادث در دعاوی اعسار و تعدیل اقساط است. از طرفی در دعاوی تعدیل اقساط ناشی از تورم، اصولاً نیازی به معرفی گواه نیست؛ زیرا تورم موضوعی است که به تصریح تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹٤، به وسیله قاضی بر اساس استعلام از مراجع ذی‌ربط و یا طرق دیگر قابل احراز است. این ترتیب قانونی در محاکم غالباً رعایت نمی‌شود؛ به طوری که میزان تورم از مرجعی استعلام نمی‌گردد و هم‌چنان از گواهی استفاده می‌شود.

در راستای موضوع تورم، رعایت مفهوم اقتصادی خط فقر به عنوان میزان درآمد لازم برای هزینه‌های ضروری جهت معیشت امروزه، یک ضرورت است که موجد رویکرد تحقق فلسفه واقعی قاعده اعسار است. ورود این مفهوم تخصصی به

ادبیات حقوقی اعسار و تعدیل اقساط، موجب کارآیی قاعده فقهی و حقوقی اعسار خواهد شد و زمینه حمایت شایسته از بدهکار ناتوان در پرتو مقررات اعسار را فراهم می‌آورد.

در بیان پیشینه، مقاله‌های متعدد در خصوص اعسار به رشته تحریر درآمده است و هم‌چنین پژوهش‌ها و مقاله‌هایی با موضوع تعدیل قرارداد، بخشی از پیشینه عنوان این نوشتار محسوب می‌شود، اما ابتکار موضوع حاضر، پردازش ضرورت کاربرد دو مفهوم اقتصادی یعنی تورم و خط فقر در حکم اعسار و رویکرد عدالت قضایی آن است.

مهم‌ترین پرسش‌هایی که پژوهش حاضر به آن می‌پردازد، بدین شرح است: در دعاوی اعسار و به ویژه تعدیل، حکم صادره به استناد تورم چه جایگاهی دارد؟ آیا در صدور احکام اعسار، تقسیط و تعدیل اقساط، تورم موجود باید لحاظ شود؟ بی‌اعتنایی به تورم واقعی و خط فقر چه رویکردی دارد؟ چگونه می‌توان با لحاظ دقیق و علمی تورم و خط فقر در این احکام، فلسفه ایجادی قاعده اعسار را تحقق بخشید؟ بررسی دو عبارت مهم اقتصادی شامل «تورم» و «خط فقر» و نقش و رویکرد حاصل از رعایت آن‌ها در رسیدگی و تصمیم‌گیری قضایی در موضوع اعسار و از جمله پاسخ به سوال‌های پیش‌گفته، حوزه فعالیت پژوهش حاضر را تعیین می‌نماید. این نوشتار در چهار بند تحت عناوین پذیرش دادخواست اعسار بدون استشهادیه به استناد تورم اقتصادی، جایگاه گواهی در دعوای اعسار و تعدیل حکم به استناد تورم، ضرورت لحاظ تورم اقتصادی در حکم اعسار و ملاک خط فقر در حکم اعسار، با تحلیل ایرادها و مبانی موضوع و رویکرد آثار مربوط به آن، حمایت مورد نظر قاعده اعسار از بدهکار ناتوان از پرداخت را مورد نظر قرار می‌دهد.

۱. پذیرش دادخواست اعسار بدون استشهادیه به استناد تورم اقتصادی

در رویه جاری بسیاری از دفاتر خدمات الکترونیک قضایی که هم اکنون مرجع پذیرش دعاوی و از جمله دادخواست اعسار و تقسیط و تعدیل اقساط به استناد تورم اقتصادی است، بدون پیوست استشهادیه و معرفی گواهان از پذیرش و ثبت دادخواست امتناع می‌نمایند. این رویه غلط و منافی قانون به قول برخی مدیران این دفاتر، به استناد دستوری است که از سوی دادگستری استان یا شهرستان به آن‌ها اعلام

شـــده است. رویه موجود به دلایل ذیل مخالف قانون و از مصادیق نقض قانون تلقی می‌شود؛ زیرا اولاً، موارد نقص دادخواست را قانون تعیین می‌کند و تشخیص مصادیق نقص در زمان تقدیم دادخواســـت بر عهده مدیر دفتر است؛ نه دفاتر خدمات قضایی؛ ثانیـــاً، به موجب ماده ٤٩ و صدر ماده ۵۳ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مدیر دفتر مکلف اســـت حتی دادخواست ناقص را تحویل بگیرد و پس از تحویل و آن هم در موارد مشـــمول ذیل ماده ۵۳ این قانون، اخطار رفع نقص بفرســـتد؛ نه این‌که از تحویل گرفتن آن امتناع کند. وقتی مدیر دفتر حتی دادخواســـت ناقص را باید بپذیرد و ســـپس اخطار رفع نقص ارســـال کند، به طریق اولـــی، دفتر خدمات قضایی نباید از همان ابتدا از پذیرش دادخواســـت بدون پیوست استشـــهادیه خودداری نماید؛ ثالثاً، استشـــهادیه از نظر ماهیت جز ادله اثبات دعواســـت که ارائه آن در اختیار خواهان است و اگر دعوا بدون دلیل باشد، در مرحله رسیدگی ماهوی به وســـیله دادگاه حکم به بی‌حقی خواهان صادر می‌شود؛ نه این‌که از ابتدا دادخواســـت پذیرفته نشـــود؛ رابعاً، به موجب نص ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، اثبات ادعای اعســـار از ســـوی مدیون تنها در مواردی است که وضعیت سابق بدهکار دلالت بر ملائت وی کند یا در عوض دینِ موضوع دعوا مالی دریافت کرده و یا به هر نحو تحصیل مال نموده باشـــد. در صورتی که طلبکار نتواند ملائت فعلی یا ســـابق او را ثابت کند و یا این امر از ســـوی قاضی احراز نشود، بدون نیاز به دلیل و به صرف یمین مدیون ثابت است. در این موارد مرجع تشخیص ملائت سابق یا حاضر، دادگاه و پس از رسیدگی است؛ نه دفاتر خدمات قضایی.

دفتر خدمات قضایی به عنوان مرجع دریافت و ارسال شکایات و دعاوی، حق تعیین یا تعین ادله مورد اســـتناد خواهان و الزام وی به استناد به امر خاص را ندارد و نمی‌تواند حق اقامه دعوی را منوط به آن کند. این اقدام اساساً خارج از شان این مرجع مقدماتی و دارای ماهیت اداری اســـت. سایر مقام‌ها از جمله رئیس دادگستری استان یا شهرســـتان به عنوان یک مقام اداری و حتی قاضی دادگاه نیز چنین حقی ندارند که با دستور اداری و یا در عمل، پذیرش و ثبت دادخواست اعسار یا تعدیل آن در دفاتر خدمات قضایی را منوط به معرفی گواهان (استشهادیه) نمایند؛ الزام به پیوست نمودن استشـــهادیه به دادخواســـت اعسار و تعدیل اقساط از ســـوی دفاتر خدمات قضایی،

مصداق تحدید و منافی حق دادخواهی مندرج در اصل سی و چهارم قانون اساسی است. حتی قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا نیز بدون ورود به ماهیت دعوی، نمی‌تواند قرار رد چنین دعوایی را صادر کند، بلکه دادگاه باید وارد رسیدگی ماهوی دعوا شده و در صورت اثبات و احراز ملائت خواهان (مدیون) یا دریافت مال (مانند مواردی که بدهی ناشی از معاملات معوض باشد و خواهان نتواند تلف بعدی آن را ثابت کند)، حکم به رد دعوای اعسار دهد؛ در غیر این صورت قاضی ملزم است حسب مورد به اعسار یا اعسار و تقسیط و یا تعدیل اقساط بر اساس تغییرات حاصل در وضع مدیون حکم کند. هر گونه رسیدگی غیر از این روند، خلاف مقررات جاری است.

در حکم شماره ۱۵۹ مورخ ۱۳۳۰/۲/۱۷ صادره از شعبه ششم دیوان عالی کشور نیز در این‌باره، قرار رد دادخواست اعسار به استناد ماده ٨٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به دلیل عدم پیوست استشهادیه متضمن شرایط مخصوص مذکور در ماده ۲۳ قانون اعسار در مدت پنج روز از تاریخ رویت احضاریه را صحیح ندانسته؛ زیرا چنین استشهادیه‌ای ممکن است در اصل دعوای اعسار موثر باشد، ولی موجب رد دادخواست نخواهد بود (متین، ۱۳۸۷: ٥٤)؛ بنابراین امتناع از پذیرش دادخواست به دلیل عدم استشهادیه، باید تخلف اداری آمران و اجراکنندگان و مسئولیت انضباطی آنان را باید در پی داشته باشد. هم‌چنین به موجب مقررات عام مسئولیت مدنی و به تصریح اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی قاضی به دلیل تقصیر در صورت ورود خسارت به ذی‌نفعان، ملزم به جبران ضررهای ناشی از آن خواهد بود. حتی در موارد اثبات ملائت سابق، برای تلف حقیقی یا حکمی اموال بر اساس قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مدیون می‌تواند از هر دلیلی استفاده کند و این امر انحصار در شهادت ندارد؛ بر اساس ماده ۸ قانون پیش‌گفته نیز، گواهی شهود صرفاً در مواردی است که اثبات اعسار بر عهده مدیون است.

۲. جایگاه گواهی در دعوای اعسار و تعدیل حکم به استناد تورم

در مواردی که مدیون در زمان پرداخت توانایی مالی ندارد، در اصطلاح فقهی معسر بوده و اصولاً تکلیف به پرداخت تا زمان ملائت از او برداشته می‌شود. البته در خصوص مهریه به‌عنوان بخش عمده موضوع دعاوی اعسار در کشور ما، مبنای ارادی حال نبودن مهریه نیز قابل توجه است؛ به نظر فقها نیز آگاه بودن زوجه به این که زوج

فعلاً توانایی تادیه مهریه را ندارد به نحو ضمنی دربردارنده مهلت و تاخیر در ادای آن است (تبریزی، ۲:۳٤۱/۱۳۸۵). دیگران نیز مقصود از حال در ادبیات فقه را زمان عقد دانسته‌اند؛ بر این اساس، مهریه عندالمطالبه در صورت عدم توانایی پرداخت زوج حین عقد، عرفاً حال نیست (اخلاقی و باریکلو، ۱٤۰۰: ۲۲). در عصر حاضر با شیاع مهریه‌های سنگین و علم زوجه به عدم توانایی پرداخت به صورت حال و اطلاع از اعسار و تقسیط آن توسط محاکم، دست کم به قرائن حالیه و مقالیه بر مبنای قاعده اقدام، نافی حق مطالبه فوری آن است (قربانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۹۵).

در قوانین فعلی به عنوان آخرین اراده مقنن، اصل بر اعسار و عدم توانایی پرداخت محکوم‌به است، ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی قائل به نظریه تفکیک شده است؛ در مواردی که سابقه مدیون دلالت بر ملائت وی نماید و یا در مقابل دین ایجاد شده مدیون مالی دریافت و یا به هر نحو تحصیل مال نموده باشد، اصل اولیه عدم اموال کافی برای پرداخت دیون منتفی و به دلالت قرینه به ملائت مدیون حکم شده است. در این موارد، وضعیت ملائت استصحاب می‌شود؛ تا زمانی که با ارائه دلیل مبنی بر تلف اموال مذکور توسط خواهان (مدیون)، خلاف آن ثابت شود. در این صورت، با انتفاء قرینه ملائت، استصحاب ناشی از آن نیز زائل و مجدد اصل عدم اموال وی احیاء می‌گردد. دلیل برای انتفاء حکم بر اساس اصاله العدم (عدم دارایی مدیون) باید دلالت بر وجود اموال کافی و قابل وصول متعلق به بدهکار نماید.

در مواردی که سبق ملائت مدیون محرز نشده و یا دین ناشی از معاملات معوض و دریافت مالی مابه ازاء دین نبوده است، اصل اولیه یعنی عدم اموال برای پرداخت بدهی به عنوان اصلی بلامعارض، استصحاب خواهد شد. مطابق منابع فقهی نیز مواردی که ایجاد دین مبتنی بر مال نیست و داشتن مالی در گذشته برای بدهکار اثبات نگردیده، به صرف ادعا و بدون این‌که احتیاج به شاهد باشد اعسار پذیرفته است (انصاری، ۱٤۱۵: ۸۲ و۱۹۳؛ نراقی، ۱۷/۱٤۱۵: ۱۸۸). ضرورت اقامه بینه در مواردی است که وجود مال برای بدهکار مسبوق به سابقه است و یا مورد ادعا مال است که لازم است تلف شدن با بینه ثابت شود (گوهری و ناصری، ۱۳۹٤: ۱٦۹).

طلبکار (خوانده) دعوی در مقام دفاع، اگر اموال و دارایی از خواهان سراغ دارد می‌تواند با ارائه دلیل آن را اثبات نماید. به عبارت دیگر، برای رد ماهیتی دعوای

اعسار، خوانده باید با معرفی اموال و اثبات تعلق آن به مدیون (خواهان)، تمکن مالی وی را اثبـــات کند و در غیر این صورت، دادگاه باید بدون نیاز به ارائه دلیل از طرف مدیون، حکم اعســـار را صادر نماید. طریق اتخاذی در قانون فعلی به درستی مبنی بر اصل عدم اســـت؛ زیرا لازمه تمکن و توانایی پرداخت دین، وجود مال یا اموال کافی متعلق به مدیون اســـت. امر وجودی در اینجا، وجود دارایی و اموال کافی است و هر که مدعی آن است همو باید آن را ثابت نماید؛ زیرا «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر». در این باره مدعی وجود مال طلبکار (خوانده دعوای اعسار) و مدیون منکر آن است. این تحول اصولی و منطقی که در قانون فعلی از سوی مقنن به عنوان قانون لازم‌الاجرا ایجاد شده، به نحو شایع با بی‌اعتنایی از سوی برخی محاکم نقض می‌شود و در مـــوارد قابل توجهی، قضات کماکان برای اثبات اعســـار مدیون، گواهی مطالبه می‌نمایند و ضمانت اجرای عدم معرفی شـــهود را رد دعوای اعسار قلمداد می‌کنند.[1] البته در برخی رسیدگی‌ها و دادنامه‌های صادره به درستی و مطابق قانون لازم‌الاجرای فعلی، چون دین، مهریه و غیرمعوض و بدون دریافت مالی بوده اســـت، بدون نیاز به گواهی ادعای اعســـار را پذیرفته است،[2] اما تعداد این آراء در مقایسه با رسیدگی‌هایی

---

۱. در دادنامه شـــماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۸۱۶۰۰۱۹۷ مورخ ۱۳۹٤/۱/۳۰ شـــعبه ۱۱۷٦ دادگاه عمومی تهران که خود برخلاف مقررات مذکور در دعوای مهریه (عدم مســـبوق به دریافت مال) به استناد شهادت شـــهود حکم به تقسیط مهریه صادر نموده است؛ پس از تجدیدنظرخواهی طلبکار (زوجه) به موجب رای شـــماره ۹۵۰۹۹۸۲۱۸۱۶۰۰۲٤۳ مورخ ۱۳۹٦/۲/۱۹ شـــعبه ٤٦ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به صراحت، اصل را بر ایســـار نهاده و رای بدوی را با این اســـتدلال نقض نموده است. در رای شماره ۹۷٦-۱۳۹۵/٦/٦شـــعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو رباط کریم به استناد عدم حضور خواهان و کلی‌گویی شـــهود، حکم به بطلان دعوای اعســـار صادر نموده؛ امری که مبین عدم اعتقاد شـــعبه به اصل اعسار و لزوم گواهی اســـت. این تصمیم به موجب رای شماره ۹۵۰۹۹۸۲۲۹۰٦۰۰۰۲٤ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۲ نقض گردیده، اما علت نقض را مساعدت به خواهان به دلیل غیر عمدی بودن صدمه بیان نموده است و به ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به عنوان مســـتند قانونی رای اشاره ننموده است؛ گویی اصل اعسار مصرح در ماده ۷ در این رسیدگی‌ها ناشناخته است. رای شماره ۸۷۳-۱۳۹۱/۸/۲۷ شعبه ۱۰۳٦ دادگاه کیفری دو تهران اصل را بر ایسار دانسته و تقریر نموده: «... با استناد به اصل کلی ایســـار، دادگاه دعوی مطروحه را در خور پذیرش تشخیص نداده و مستند به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکـــم به بطلان دعوی صادر و اعلام می‌دارد». در دادنامه ۳۳۸-۹٤ مورخ ۱۳۹٤/٤/۲۱ شـــعبه ۱۰۳٦ دادگاه کیفری دو تهران نیز در دعوای مهریه (عدم مســـبوق به دریافت مال) اصل را بر یســـر خواهان دانســـته: «... با عنایت به این‌که اصل بر یســـر اشخاص قرار دارد و اعســـار نیاز به دلیل دارد ...»، این رای بر همین مبنا به موجب رای شماره ۹٤۰۹۹۸۲۱٦۰۳۰۰۳۱۳ مورخ ۱۳۹۵/۳/۲۵ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تایید شده است.

۲. . به موجب دادنامه شـــماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۰۲۰۰۰۰۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۱/۱٦ شعبه ۲۵۰ دادگاه عمومی

که شهادت شهود را لازم برای اثبات اعسار می‌دانند اندک است.

از سوی دیگر باید تفحص وضعیت خواهان اعسار به شیوه‌ای غیر از گواهی، بر قاضی ضروری باشد تا پیامد فاسد حبس مدیونِ معسرِ فاقدِ بینه را به دنبال نداشته باشد (صفری و شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۳: ۱۸) و در صورت عدم قائلیت به حصر اثبات اعسار از طریق بینه، کشف واقع از سایر طرق، نه تنها جایز است، بلکه از وظایف قاضی می‌باشد (همان: ۲۰). در مقررات فعلی، حصر ادله در اثبات اعسار منتفی است؛ از این رو به طریق دیگر نیز اثبات ممکن است (همان: ۲۱)؛ در حالی‌که به موجب ماده ۲۳ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ استناد به گواهی طریقی انحصاری بود. مطابق مواد ۷ و ۸ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در مواردی که به واسطه سابقه ملائت مدیون یا دریافت مابه ازاء دین یا تحصیل مال به هر نحو، بار اثبات اعسار بر عهده مدیون است، اثبات تلف حقیقی یا حکمی اموال وی از سوی مدیون برای پیروزی در دعوای اعسار با شهادت اجباری نبوده و اختیاری است؛ مستفاد از طرز انشاء حکم ماده ۸ و عبارت «هر گاه مدیون بخواهد ادعای خود را با شهادت شهود اثبات کند»، علاوه بر گواهی، توسل به سایر ادله نیز امکان‌پذیر است؛ به طوری‌که استناد به شهادت، یکی از دلایل قابل استناد است؛ و نه تنها دلیل.

به موجب ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی امکان شناسایی اموال شخص بدهکار مورد پذیرش واقع گردیده است؛ اگرچه ماده مذکور به فرض وظیفه دادگاه در موارد درخواست محکوم‌له تصریح نموده، اما علاوه بر آن به موجب ماده ۱۰ همین قانون، با ثبت دادخواست اعسار، دادگاه را مکلف به استعلام وضعیت مالی مدیون از مراجع مربوطه یا به طریق ممکن دیگر نموده است (ماده ۱۹ همین قانون)؛ موضوعی که بر نقش فعال قاضی دلالت دارد (سیامی تکمه‌داش و بهارلویی و پنجه‌پور، ۱۴۰۰: ۵۳). «برخلاف باور شایع و موارد قابل توجهی از آراء صادره، دعاوی اعسار از پرداخت مهر بدون ارائه شهادت‌نامه و معرفی شاهد نیز قابل اثبات

حقوقی تهران با خواسته تقسیط محکوم‌به (مهریه) با استناد به صورت لیست اموال و چون خوانده قادر به معرفی مال و یا دارایی از خواهان نبوده است، دعوی خواهان را ثابت تشخیص داده و با استناد به مواد ۷، ۸، ۹ و ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ حکم به تقسیط مهریه صادر نموده است. این رای به موجب دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۵۳۵ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱۴ شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تایید شده است.

اســـت» و تکلیف خواهان برای ارائه شـــهادت‌نامه و معرفی شهود منوط به این است که مدیون برای اثبات ادعای خود به شـــهادت شـــهود استناد نماید؛ بر این اساس، در صورت عدم اســـتناد مدعی به گواهی، بر مبنای اصل عدم ملائت و یا اســـتناد به ادله دیگر باید رســـیدگی و حکم اعســـار صادر کند (کمیلی‌فرد و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۲۰–۱۲۱). عبارت «هرگاه مدیون بخواهد ادعای خود را با شـــهادت شهود اثبات کند» در ماده ۸ قانـــون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، متضمن اختیاری بودن اســـتفاده از گواهی اســـت و حتی در موارد ســـبق ملائت یا اخذ مال در عوض دین، طریق اثبات منحصر به گواهی نیست.

دادخواســـت تقسیط و تعدیل اقساط تعیین شـــده در حکم قطعی می‌تواند به استناد تورم اقتصادی حادث باشد. در رویه قضایی آن‌چه به نحو غالب مشهود است، حکم به تعدیل اقساط نیز منوط به گواهی گواهان است و حداقل دو شاهد در جلسه دادرســـی باید بر عدم توانایی پرداخت دین یا پرداخـــت یک‌جای محکوم‌به گواهی دهنـــد تا قاضی رای قبلی را تعدیل نماید. ایـــن رویه به دلیل نقض قانون مورد انتقاد اســـت؛ تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در خصوص تعدیل هیچ اشـــاره‌ای به گواهی ندارد و صرفاً به استعلام نرخ تورم از مراجع رسمی تصریح می‌نماید؛ مقرره‌ای قانونی که در عمل متروک مانده اســـت. در شـــرایط تورمی مطابق با نوســـانات ایجاد شده و در صورت درخواست مدیون باید حکم قبلی تعدیل شود. در چنین شـــرایطی قاضی رسیدگی‌کننده مکلف است به طریق مقتضی و حسب تورم افزایش یافته در مقایســـه با زمان صدور حکم سابق، نسبت به تعدیل متناسب اقدام و حکم جدید صادر کند. در چنین مواردی که دادخواست مستند به تورم حادث است، اصولاً نیازی به گواه نیست؛ زیرا تورم با شهادت اثبات نمی‌شود، بلکه میزان تورم باید توســـط قاضی احراز گردد و این امر باید با اســـتعلام از مراجع مالی ذی‌ربط صورت پذیرد.

۳. ضرورت لحاظ تورم اقتصادی در حکم اعسار

پـــول در مفهوم رایج کنونی، عبارت از قدرت اقتصادی ناشـــی از توان تولید فرآورده‌های صنعتی و کشاورزی است و قدرت اقتصادی پولِ هر کشور رابطه مستقیم با توان تولید در آن کشـــور دارد. کمیتی از پول که اســـکناس نماینده آن است، ممکن

است با گذشت زمان کاهش یابد (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۴۸) و به عبارتی تدریجاً از اسکناس تخلیه شود که این وضعیت اصطلاحاً تورم نامیده می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۴۹). تورم رشد مستمر و همه‌گیر قیمت کالاها و خدمات است؛ بنابراین افزایش مقطعی و نسبت به برخی کالاها موجب تورم نیست (عزیزی گنزق و دیگران، ۱۴۰۱: ۱۵۶). «تداوم» و «عمومیت» صعود قیمت‌ها شاخصه تورم است (کهریزی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۳). از تورم به افزایش متوسط قیمت کالاها و خدمات بر حسب پول یاد شده است و پی بردن به رفتار تورم را منوط بر تحلیل بازار پول عنوان می‌دارند (عزیزی گنزق و دیگران، ۱۴۰۱: ۱۵۶). هم‌چنین تورم بالا و وابستگی اقتصاد به واردات، موجب اثرگذاری نرخ ارز بر تورم شده و بالا رفتن نرخ ارز سبب صعود دائمی قیمت‌های داخلی گردیده است (تحصیلی، ۱۴۰۱: ۲۵۹ و ۲۶۳).

در دیدگاه اقتصاد هنجاری، ملاک محاسبه قواعد، تاثیر آن‌ها بر رفاه اجتماعی کلی است؛ پیامد قاعده حقوقی نیز باید بر اساس تاثیر آن بر رفتار مردم مورد ارزیابی قرار گیرد (انصاری، ۱۳۹۰: ۸). یکی از نقاط ضعف مشهود در رسیدگی به دعاوی اعسار و تقسیط، بی‌توجهی به معیار تورم در جامعه است؛ در شرایطی که تورم با سرعت و شتاب در حال پیش‌روی است، رسیدگی به موضوع اعسار بدون توجه به تورم و نوسانات آن، رویکردی مخالف فلسفه ایجادی آن را به دنبال خواهد داشت. در فقدان ثبات قیمتی، پول قادر نیست سنگ محک عادلانه‌ای برای توزین عدالت باشد (شهبازی غیاثی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۵۸). همان‌طور که در جبران خسارات کاهش ارزش پول، لازم است بین حالت تورم شدید، متوسط و خفیف تفاوت لحاظ شود (میثمی و رضایی، ۱۴۰۱: ۲۳)، به منظور حفظ ارزش مهریه‌های ریالی باید به نرخ روز تعدیل شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۱۵۵) و در حکم اعسار و میزان اقساط، باید تورم محاسبه گردد؛ از این رو درآمد رقمی شخص معسر با لحاظ دقیق قدرت خرید آن و تورم اقتصادی موجود در رقم پولی باید معیار تصمیم قضایی و صدور حکم باشد؛ زیرا تورم از ارزش واقعی مبلغ اسمی پول می‌کاهد. مقدار تورم صرفاً زمانی نزدیک به واقعیت معلوم می‌گردد که میزان آن به وسیله متولیان اقتصادی مربوطه و به صورت رسمی برآورد شود و قاضی به موجب قانون مکلف باشد بر اساس آن رای صادر نماید؛ خواه این قیمت به صورت دوره‌ای به مراجع قضایی اعلام

شود و یا قاضی رسیدگی‌کننده در هر مورد از مرجع ذی‌ربط آن را استعلام نماید.

در دعوای اعسار، تقسیط و تعدیل اقساط بدون تردید تورم باید مهم‌ترین معیار تعیین‌کننده در رسیدگی و صدور حکم باشد. در یک رسیدگی عادلانه و منطبق با فلسفه شرعی و حقوقی تاسیس فقهی اعسار، باید میزان درآمد و میزان مبلغی که برای پوشش‌دهی مخارج لازم برای امرار معاش شخص معسر و افراد واجب نفقه وی محاسبه و کسر شود و مازاد بر آن برای پرداخت دیون لحاظ گردد. عدالت در این دسته از آراء زمانی محقق می‌شود که قانون لحاظ تورم اعلامی توسط مرجع رسمی را در آراء مربوط به اعسار الزامی نماید. رویکرد این امر، صدور حکم عادلانه بر اساس قدرت مالی بدهکار در پرداخت دیون است. مبنای این مهم، تصریح تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به ضرورت تعدیل اقساط با عنایت به نرخ تورم بر اساس اعلام مراجع رسمی قانونی و تغییر در وضع معیشت مدیون است؛ مقرره‌ای که متاسفانه در عمل مغفول مانده و در پرونده‌های اعسار و تعدیل اقساط موردی یافت نمی‌شود که دادگاه‌ها میزان تورم حادث را از مرجعی رسمی استعلام نمایند. تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی با توجه به ماهیت این مقرره، از نوع مقررات آیین دادرسی مدنی به معنای اخص محسوب می‌شود و همان‌طور که گفته‌اند: «چنین مقرراتی با توجه به این‌که مرتبط با نظم عمومی هستند از قوانین آمره محسوب می‌شوند» (شمس، ۱۳۸۱: ٤٢).

اندازه‌گیری میزان تورم سالیانه با بهره‌برداری از معیار نرخ تورم و سنجش قیمت‌ها در یک سال نسبت به سال قبل صورت می‌گیرد (کهریزی و دیگران، ۱۳۹۷: ١٤٣). همین معیار برای تورم فصلی یا ماهانه مورد استفاده قرار می‌گیرد. حال با فقدان موضوعیت اثبات تورم به‌وسیله گواهی، مشخص نیست اخذ گواهی گواهان چه لزومی دارد؟ زیرا با صدور حکم اعسار، موضوع تعدیل، اعسار وی قبلاً به نحو قطعی ثابت شده است و وی صرفاً به استناد تورم حادث خواستار تعدیل آن است و قاضی باید میزان آن را تشخیص دهد و بر اساس آن رای را تعدیل نماید. نکته قابل ذکر این‌که، بر اساس تحقیقات میدانی، متغیرهای جغرافیایی و اقتصادی هر منطقه بر میزان تورم آن ناحیه موثر است و در استان‌های نزدیک به مراکز رشد و فناوری و مناطق دارای چگالی‌های اقتصادی بالا به دلیل عرضه بیشتر کالاها و خدمات، قیمت‌ها

و تورم کمتر اســت (کهریزی و دیگــران، ۱۳۹۷: ۱۴۲). این مطلب متضمن ضرورت ســنجش میزان تورم در اســتان‌های کشــور به تفکیک و تعیین میزان آن است تا در تصمیم‌گیری‌های قضایی مربوط مانند دعاوی اعســار، تقسیط و تعدیل اقساط مورد اســتفاده قرار گیرد. رویکرد عملی شــدن این امر، ایجاد عدالت قضایی در این بخش از دعاوی است تا احکام قضایی منطبق با واقعیت‌های اقتصادی جامعه صادر شود.

عمــل نکردن به صراحت تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و عدم اســتعلام نرخ تورم از مراجع رســمی ناشــی از این است که در مقرره پیش‌گفته، مرجع اســتعلام به طور دقیق مشــخص نشــده و صرفاً به عبارت «مراجع رســمی قانونی کشور» اکتفا شده است؛ از این رو همانند ماده ۱۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که به طور مشــخص مراجع استعلام (بانک مرکزی برای اعلام حســاب‌ها و اداره ثبت و شــهرداری برای املاک) را معین نموده است، تعیین مرجع رسمی استعلام برای اعلام نرخ تورم نیز ضروری است و موجب عملی شدن مقرره خواهد شد.

٤. ملاک خط فقر در حکم اعسار

فلســفه ایجادی اعسار، ممانعت از فشار بی‌جهت و نابرابر به مدیون است. در فرض عدم توانایی بدهکار در پرداخت دیون به دلیل فقدان دارایی و یا عدم دسترسی بدان، هرگونه فشار به وی بی‌فایده و از طرفی ناروا خواهد بود؛ از این رو آیه شریفه دویست و هشتاد سوره بقره،[1] نهاد اعسار را با هدف حفظ شان انسانی و عدم حرج به نحو تصریح مورد حکم قرار داده است، قاعده فقهی «المفلس فی امان الله» (مدرسی، ١٤٢٥: ٨٦) نتیجه رعایت همین حکم در مورد بدهکاران مالی ناتوان اســت؛ بنابراین وضعیت اعســار مانع مطالبه دین اســت و در چنین وضعیتی مطالبه دین عملی حرام است و بر این اساس حاکم شرع نباید دعوای مطالبه را استماع نماید (عاملی، ١٤١٧: ٣١٢؛ کاشــانی، بی‌تا: ۱۳۰؛ سبزواری، ١٤١٣: ۱۵۹؛ قاســمی‌حامد و دیگران، ١٤٠٠: ٢٨٨). اعســار موجبــات امکان زندگی و تداوم حیات را بــرای مدیون ناتوان فراهم می‌آورد. این نهاد یکی از قواعد گران‌بها در شــرع مقدس اســلام اســت که رویکرد رعایت حق بشری نسبت به افراد جامعه دارد.

---

۱. وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ

در تحقیقات اقتصادی، اقسام خط فقر بیان شده و انواع شیوه‌های تعیین حدود آن ارائـــه گردیده اســـت. در این دیدگاه با نگاه چند زاویه‌ای و وســـیع فقر به عنوان محرومیت از قابلیت‌ها جهت زندگی در سطح خوب طرح شده است (Ducloset al.,1998: 266-277). اگرچه توجه زیادی به این جنبه چند بعدی می‌شود، اما مفهوم فقر همواره با اســـتفاده از یک ویژگی، یعنی درآمد، عملیاتی می‌گردد و باید با آن مطابقت داده شود. دلیل این انتخاب، مشکلات عملیاتی کردن مفاهیم چند بعدی است (FLIK and VAN PRAAG, 1991: 311).

فقر مطلق عدم دسترســـی به حداقـــل امکانات لازم برای زندگی اســـت، در حالی‌که اگر در اختیار نداشتن امکانات ضروری برای زندگی پایین‌تر از سطح متعارف و معمول جامعه باشـــد، خط فقر نســـبی است؛ این ســـطح اغلب متوسط هزینه‌های مصرفی می‌باشـــد (Ravallion,1998: 5). در روش‌های اندازه‌گیری مطلق، خط فقر بدون توجه به ســـطح رفاه عمومی و توزیع رفاه در جامعه مورد نظر تعیین می‌شـــود، ولی در روش نســـبی، فقر به عنوان یک پدیده کاملاً نسبی تلقی می‌گردد. افرادی فقیر محسوب می‌شوند که شرایط مالی آن‌ها کمتر از سطح متوسط ثروت در جامعه باشد. در رویکرد مطلق این امکان وجود دارد که هیچ کس در جامعه‌ای خاص طبق تعریف مطلق فقیر نباشد، در رویکرد نسبی همیشه یک «طبقه فرودست» وجود خواهد داشت که اعضای آن بنا به تعریف فقیر هستند. به عنوان تلاش برای شناسایی فقر به صورت مطلق، رویکرد نیازهای اساســـی ذکر شده اســـت. در این روش، رژیم غذایی و سایر نیازهای ضروری مانند لباس و مســـکن با حداقل هزینه تعیین می‌شـــود؛ به نحوی که بقای فیزیکی فرد را تضمین کند. مقدار پولی که فرد برای خرید این بســـته غذایی و سایر نیازهای اولیه معیشت نیاز دارد خط فقر محسوب می‌شود (FLIK and VAN PRAAG, 1991: 311-312).

در تمامی تحقیقات حوزه فقر، تعیین یک خط فقر ضرورت داشته و نخستین قدم در مطالعات فقر به شـــمار می‌رود. خط فقر هزینه‌هایی اســـت که شخص برای دستیابی به سطح حداقلی از رفاه باید آن را بپردازد (نجفی و شوشتریان، ۱۳۸٦: ٤). در اقتصادهای توســـعه‌یافته رویکردهای مختلف به منظور تعیین خط فقر برای تمایز بین فقیر و غیر فقیر بررسی می‌شود. این‌ها شامل استاندارد بودجه، نسبت غذا، روش‌های

خط فقر رسمی، ذهنی و نسبی و هم‌چنین تجزیه و تحلیل شاخص‌های محرومیت است (Callan & Nolan, 1991: 243).

فقر به عنوان وضعیتی تعریف می‌شود که در آن تسلط و دسترسی بر منابع به زیر سطح معینی یعنی خط فقر می‌رسد (Goedhart et al, 1977: 504). اساساً برای تشخیص فقیر از غیر فقیر باید سطح خط فقر را تعریف کرد؛ یعنی سطح تسلط بر منابعی که زیر آن یک فرد فقیر است (Goedhart et al, 1977: 505). برای تشخیص فقیر، ساده‌ترین توصیف با استفاده از درآمد فعلی است؛ یعنی یک مقدار آستانه تعریف می‌شود که خط فقر نامیده می‌شود و اگر درآمد فعلی او کمتر از آن باشد، فردی فقیر شناخته می‌شود (FLIK and VAN PRAAG, 1991: 311).

ارزیابی خط فقر مستلزم نوعی تصمیم‌گیری سیاسی است؛ زیرا از منظر سیاست اجتماعی، خط فقر معیاری را نشان می‌دهد که بر اساس آن می‌توان تصمیم گرفت که کدام شهروندان برای تکمیل درآمد خود نیاز به مزایای ویژه از سوی دولت دارند. از این‌رو، باید تحلیل گردد که جامعه در چه شرایطی و با چه مقدماتی حاضر است به برخی از شهروندان فقیر خود توجه ویژه‌ای داشته باشد (Goedhart et al, 1977: 505). این اصطلاح نسبتاً جدید در حوزه اقتصادی، باید در حقوق مورد استفاده قرار گرفته و موجد رویکرد حقوقی باشد؛ زیرا آثار عینی و واقعی بر آن مترتب است. فلسفه حقوق پاسخ‌گویی به نیازهای جامعه است. اگر خط فقر به نحو علمی گویای حداقل میزان دارایی لازم برای امکان زیست و بیان‌کننده کمترین حد ضروری از دارایی به منظور ادامه حیات است، بدون تردید باید در تصمیم‌گیری‌های قضایی و صدور حکم اعسار مورد توجه واقع شود. در فقه هر کسی که اموال وی از هزینه‌های شرعی و لازم برای معاش افزون نباشد از نظر شرعی معسر محسوب می‌شود (بحرالعلوم، ۳:۳۸۳/۱۴۰۳). چنان‌چه فردی صرفاً دارای حداقل زندگی مطابق موقعیت و شأن خویش باشد، عنوان معسر بر وی صادق است (علامه حلی، ۱۴/۱۴۱۴: ۷۳). مکتسب نیز اگر فاقد دارایی کافی باشد معسر است و توانایی و امکان کسب مال از طریق تجارت و حرفه مانع تحقق اعسار نیست (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۱)، بلکه ملاک حال فعلی شخص است. خط فقر چارچوب تحقق عملی این عبارت فقهی است و مبتنی بر حداقل معاش است. لازم است مجموع حقوق یا درآمد فرد

مدیون تا حد خط فقر جزو مستثنیات دین باشد. این امر نیاز به اصلاح قانون دارد تا در شمار مستثنیات دین موضوع ماده ٢٤ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بدان تصریح شود. رویکرد این امر مصونیت مدیون ناتوان و افراد تحت نفقه وی از تعرض به حداقل معیشت است.

در تفسیر پویا برای پاسخ‌گویی قانون به تغییرات و تحولات اجتماعی، قاضی حتی مجاز به تفسیر مخالف مقاصد و اهداف قانون‌گذار تاریخی است (پورمحمدی و سیمائی‌صراف، ١٤٠٢: ٨٣). قانون در احکام اعسار باید از مفهوم اقتصادی خط فقر استفاده کند. نتیجه توجه قاضی به این امر در تصمیم قضایی، صدور احکام منطبق با واقعیت و تحقق فلسفه نهاد حقوقی و فقهی اعسار است. خط فقر در صدور حکم اعسار موجب رعایت مستثنیات دین به نحو واقعی است. ملاک خط فقر با رقمی مشخص که برای حداقل‌های زندگی یک فرد لازم است، به تشخیص مرجع مالی ذی‌صلاح موجد معیاری عینی است. رویکرد این معیار، لحاظ واقعی و عملی مستثنیات دین و در امان ماندن او از اعمال نظر شخصی در محاکم است. در اعمال نظر قاضی بدون معیاری عینی مانند خط فقر، عدم انطباق تصمیم قضایی با واقعیت و اعمال سلیقه شخصی محتمل است.

در تعریف عینی، خط فقر «سطح معیشتی» نامیده می‌شود. ایده اصلی این است که انسان نیازهای اولیه خاصی از قبیل غذا، پوشاک و مسکن دارد که باید برآورده شود. موضوع به متخصصان ارجاع می‌شود که این نیازهای اساسی را اندازه‌گیری کنند (Goedhart et al, 1977: 506). قاعده لاحرج به عنوان قاعده‌ای موثر در زندگی اجتماعی، مبین رفع تکلیف در مواردی است که موجب سختی و مشقت فراوان شود؛ چه تکالیف شرعی در چارچوب توانایی و طاقت مکلف است (جوکار و غریب‌پور و پارسا، ١٤٠٠: ٢) و به حکم قاعده عقلی، هر تکلیفِ موجب حرج ساقط می‌شود (امامی، ١٣٩٠: ٢٣١). در رویه عملی دادگاه‌ها با هر میزان دارایی و درآمد برای خواهانِ حکم اعسار مبادرت به صدور حکم به تقسیط دین می‌نمایند؛ به نحوی که در دعوای اعسار حتی اگر مدیون دارایی نداشته و حقوق یا درآمد زیر خط فقر داشته باشد، به ندرت می‌توان موردی را یافت که حکم به اعسار مطلق صادر شود؛ حال آن‌که، صدور حکم به تقسیط دین در مواردی که بدهکار فاقد دارایی است یا دارایی

وی محدود به درآمد لازم برای حداقل معیشت باشد، مستلزم عسر و حرج است. عدم توجه به خط فقر موجب صدور حکم به تقسیط در دارایی است که فرد مدیون برای تامین حداقل معاش خود و افراد واجب‌النفقه بدان نیاز دارد.

دادگاه برای تشـــخیص اعسار باید به اموال موجود مدعی اعسار توجه کند. در این سنجش باید میزان دارایی یا درآمد معمول وی با لحاظ خط فقر در جامعه در نظر گرفته شود و بدهکار را فقط نسبت به آنچه افزون بر خط فقر است، ملزم به پرداخت کند؛ بنابراین علاوه بر اعسار مطلق (اعسار کلی)، در احکام تقسیط بدهی نیز که خود از انواع اعسار (اعســـار جزئی) است، خط فقر باید مبنای تصمیم‌گیری قضایی باشد. چنان‌چه میزان درآمد موجود و دارایی که به طور مســـتمر به دســـت می‌آورد، کمتر یا مساوی خط فقر باشد، قاضی اصولاً نباید حکم به پرداخت حتی به نحو تقسیط دهد. در واقع چنین مصداقی برخلاف حکم شرعی اعسار و از موجبات ایجاد عسر و حرج است.

در اقتصاد ایران افقی شدن نمودار نسبت نقدینگی به شاخص از مهر ۱۳۹۷ به بعد مبین تخلیه قست عمده‌ای از نقدینگی افزوده شده بر روی تورم است. شوک پولی به اقتصاد موجب افزایش تورم و کاهش دســـتمزد حقیقی و رفاه مصرف‌کننده اســـت (حیدرپور، ۱۴۰۰: ٤٧). تورم به شـــیوه تنـــزل ارزش پرداخت‌های انتقالی بر نابرابری درآمد موثر می‌باشـــد؛ درخصوص اشخاص با درآمد ثابت از جمله کارکنان دولت و کارگران نیز این‌گونه اســـت؛ زیرا با صعود تورم توانایی خرید این اشـــخاص کاسته می‌شـــود و آن‌ها که قادر به تغییر درآمد خویش به نســـبت افزایش قیمت‌ها نباشند، زیان می‌بینند (مرادی‌زاده و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۱). این واقعیت، توجه قانونی به مفاهیم اقتصـــادی تورم و خط فقر در صدور احکام اعســـار را ایجاب می‌نماید. در مواردی که مدیون کارمند یا کارگر و دارای حقوق ماهیانه ثابت اســـت، تشـــخیص شمول یا عدم شمول خط فقر و یا میزان مازاد بر آن آسان است. صدور حکم اعسار یا تقسیط باید تابع ملاک خط فقر در زمان صدور حکم باشـــد. بر این اســـاس، در صورتی که میزان حقوق ماهیانه مدیون کمتر یا مساوی خط فقر باشد، باید حکم به اعسار مطلق صادر کرد و حکم به تقســـیط برخلاف قاعده اعسار و موجد تکلیفی نامشروع است. در مشـــاغل آزاد نیز چنان‌چه میانگین مجموع درآمد ســـالانه و درآمد ماهانه (حسب

مدارک ابرازی به دادگاه) معادل یا کمتر از میزان خط فقر باشـــد، اصولاً تقســـیط دین منافی قاعده اعســـار است. بر این مبنا دادگاه صرفاً نسبت به درآمد مازاد بر خط فقر، حق صدور حکم به تقســـیط دارد. در بیان مثال، چنان‌چه خط فقر اعلام شده از سوی مراجع رســـمی ماهیانه پنج میلیون تومان باشـــد، تمام بدهکارانی که حقوق ماهانه و یا میانگین درآمد آنان تا این مبلغ اســـت، مشـــمول حکم شرعی اعسار خواهند بود و هرگونه تقسیط دین این اشخاص غیر قانونی و غیر شرعی است.

نمی‌توان به زعم برخورد با ســـوء اســـتفاده احتمالی بدهـــکار و با این هدف احتمالی که ممکن اســـت برخی از بدهکاران به این دلیـــل تن به کار ندهند، به همه مشـــمولان حمایتی قاعده، اجحاف نمود و به خلاف شـــرع و قانون و مبنای تاسیسی قاعده اعســـار عمل کرد؛ زیرا اگر پرداخت دین واجب است، این وجوب در شرایط اعســـار و عدم توانایی پرداخت برداشته می‌شـــود. در واقع شرایط اعسار، استثنایی بر لزوم پرداخت دین اســـت؛ البته به محض این‌که متعاقباً توانایی پرداخت حاصل شود، وجوب ادای دین مجدد برقرار می‌گردد و چنان‌چه ثابت شـــود مدیون دارای ملائت است و یا مبادرت به انتقال صوری اموال نموده، خارج از قاعده اعسار بوده و از دایره حمایت‌های ذکر شده خارج است.

اشـــتباه دیگر محاکم، این استدلال است که در شرایط تورم یا به دلیل وضعیت خاص، دائن نیز محتاج است. احتیاج یا عدم احتیاج دائن به طلب، جایگاهی در حکم اعســـار و کیفیت تقســـیط ندارد و صرفاً وضعیت مدیون باید در حکم اعســـار لحاظ شـــود. حق طلبکار بر طلب خود، امری ثابت و غیر مرتبط با نیاز وی است. اعسار نیز تاسیسی جهت رعایت حال بدهکار است.

مزایـــا و ضرورت اســـتفاده از مفهوم اقتصادی خط فقـــر، انعطاف و خاصیت پوشـــش‌دهی آن در ازمنه و امکنه مختلف اســـت. عدد و رقم تعیین‌کننده خط فقر به وســـیله متخصصان مالی بر اساس نیازهای ضروری برای زندگی مشخص می‌شود که میزان آن از شهری به شهر دیگر متفاوت بوده و زمان‌های مختلف نیز بر اساس تورم و قیمت کالاهای ضروری این عدد را با واقعیات عینی متناسب‌سازی می‌نماید.

ایجاد تکلیف قانونی برای اعلام رســـمی خط فقر به صورت ســـالیانه و یا در شرایط ناپایدار و نوسان ســـریع تورم، اعلام چند ماه یک‌بار و یا ماهانه رقم خط فقر

از ســـوی متولیان امور مالی مانند بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به قوه قضاییه، ضرورتی اســـت که این مهم را محقق می‌گرداند. همچنین قاضی باید پس از استعلام عدد خط فقر از مرجع مربوط، با توجه به آن و دارایی و درآمد مدیون، حکم اعســـار، تقســـیط و یا تعدیل اقساط صادر کند و یا بر اساس واقعیت‌های موجود و یا با ارجاع به کارشـــناس، اقدام نماید. مبنای این پیشنهاد قاعده نفی عسر و حرج به عنوان مبنای مقررات اعســـار و مصونیت مستثنیات دین از توقیف است؛ زیرا خط فقر بیان‌گر مبلغ لازم جهت تامین هزینه‌های ضروری در زندگی اســـت. فلســـفه مصونیت مستثنیات دین نیز چیزی جز این نیســـت. از ســـوی دیگر مطابق مـــاده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی «در صورت ثبوت اعســـار، چنان‌چه مدیون متمکن از پرداخت به نحو اقســـاط شناخته شـــود، دادگاه ضمن صدور حکم اعسار با ملاحظه وضعیت او مهلت مناســـبی برای پرداخت می‌دهد یا حکم تقســـیط بدهی را صادر می‌کند. در تعیین اقســـاط باید میزان درآمد مدیون و معیشت ضروری او لحاظ شده و به نحوی باشـــد که او توانایی پرداخت آن را داشته باشد». نص صریح این ماده قانونی مبنی بر «ملاحظه وضعیت مدیون برای تعیین مهلت مناســـب» و «لحاظ میزان درآمد مدیون و معیشـــت ضروری مدیون» مبین و هماهنگ با رعایت خط فقر به‌عنوان معیار معیشت ضروری افراد جامعه اســـت؛ ضمن این‌که، رعایت خط فقر به عنوان میزانی از درآمد برای ضروریات زندگی در احکام اعسار و تعدیل، در راستای تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است.

برآمد

۱- بر اساس معیارهای قانونی موجود و با اتخاذ اصل عدم ملائت مدیون در خصوص دیونی که در عوض دریافت مال نیست و همچنین موارد عدم سابقه ملائت وی، صرف ادعای اعسار البته با تقدیم فهرست دارایی، برای صدور حکم اعسار کافی است؛ مگر دادگاه با استعلام یا ادله ابرازی از سوی طلبکار، خلاف آن را احراز نماید. اثبات گواهی در موارد سبق ملائت یا دریافت مال در عوض دین، یکی از ادله است که مدعی اعسار می‌تواند بدان متوسل شود و دلیل انحصاری نیست.

۲- پدیده تورم به عنوان یکی از رویدادهای حاکم بر نظام اقتصادی جامعه باید در تصمیمات قضایی راجع به احکام اعسار لحاظ شود. در چنین مواردی نیازی به معرفی شهود نیست؛ زیرا دلیل دعوا تورم است و تورم موضوعی است که به تصریح تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، به وسیله قاضی بر اساس استعلام از مراجع ذی‌ربط و یا طرق دیگر قابل احراز است. این موضوع در محاکم مغفول مانده است و علت آن، عدم تعیین مرجع استعلام تورم به نحو مشخص است. از این‌رو اصلاح قانون ضروری است.

۳- خط فقر که تحت تاثیر میزان تورم تعیین می‌شود، مفهومی اقتصادی است که در صدور احکام مربوط به اعسار و تقسیط دین باید لحاظ شود. چنان‌چه مدعی اعسار درآمدی مساوی یا کمتر از خط فقر داشته باشد، باید حکم به اعسار مطلق وی صادر شود و تا زمان خروج از این وضعیت، تقسیط دین منع قانونی دارد. این ترتیب منطبق با مبنای فقهی اعسار است؛ زیرا خط فقر حداقل درآمد لازم برای ادامه زندگی و تامین نیازهای اساسی است و در نتیجه داخل در مستثنیات دین است که ایجاد عسر و حرج برای بدهکار و افرد تحت نفقه وی را در پی دارد.

٤- پیشنهاد می‌شود با اصلاح قانون، مجموع حقوق یا درآمد فرد مدیون تا حد خط فقر جزو مستثنیات دین محسوب شود. همچنین بانک مرکزی یا وزارت اقتصاد و دارایی و یا مرکز آمار ایران باید به موجب قانون مکلف به اعلام رسمی خط فقر به صورت سالانه شوند و در شرایط ناپایدار و نوسان سریع تورم، هر فصل یا هر ماه چنین تکلیفی بر آنان بار شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اخلاقی، سیدمحمدباقر و باریکلو، علیرضا (۱۴۰۰)، «**تحلیل رای وحدت رویه ۷۰۸ هیات عمومی دیوان‌عالی کشور مطابق موازین فقهی-حقوقی**»، فقه و حقوق خانواده، دوره ۲۶، شماره ۷۴.

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

* انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، تهران: جاودانه جنگل.

* تبریزی، شیخ میرزاجواد (۱۳۸۵)، **استفتائات جدید**، جلد دوم، چاپ سوم، قم: سرور.

* پورمحمدی، رضا و سیمائی‌صراف، حسین (۱۴۰۲)، «**جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* تحصیلی، حسن (۱۴۰۱)، «**اثرگذاری تکانه نرخ ارز بر تورم در اقتصاد ایران: کاربرد الگوی خودرگرسیون‌برداری آستانه‌ای**»، پژوهش‌های اقتصادی ایران، دوره ۲۷، شماره ۹۱.

* جوکار، سیدمهدی و غریب‌پور، منصور و پارسا، الهه (۱۴۰۰)، «**عسر و حرج پزشکی و تاثیر آن در پذیرش درخواست طلاق زوجه**»، فقه پزشکی، دوره ۱۳، شماره ۴۳.

* سیامی تکمه‌داش، پریسا و بهارلویی سیامک و پنجه‌پور، جواد (۱۳۹۸)، «**امکان‌سنجی جایگزینی حبس ناشی از محکومیت‌های مالی با رعایت حقوق شهروندی**»، حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق بشر و شهروندی). دوره ۱۳.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: میزان.

* شهبازی‌غیاثی، موسی و نظرپور، محمدنقی و فراهانی‌فرد، سعید (۱۳۹۷)، «**اهداف نهایی سیاست‌های پولی و طراحی تابع هدف مقام پول؛ رهیافت اقتصاد اسلامی**»، اقتصاد اسلامی، سال هجدهم، شماره ۷۲.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **آثار قراردادها و تعهدات**، چاپ دوم، تهران: مجد.

* صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۵)، **مختصر حقوق خانواده**، چاپ بیست

و سوم، تهران: میزان.
* صفری، محسن و شاهنوش‌فروشانی، محمد عبدالصالح (۱۳۹۳)، «**جواز حبس مدیون در صورت تردید در وضعیت مالی او از منظر فقه امامیه**»، حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ٤٣.
* عزیزی گنزق، حامد و جعفری صمیمی، احمد و میلاعلمی، زهرا و طهرانچیان، امیرمنصور (١٤٠١)، «**مقایسه الگوهای پیش‌بینی تورم در ایران: شواهد جدید از الگوی ترکیبی** MRDL-D-LSTM»، پژوهش‌های اقتصادی ایران، دوره ۲۷، شماره ۹۳.
* قربانی، رحیمه و سالارزائی، امیرحمزه و کیخا، محمدرضا (۱۳۹۷)، «**واکاوی فقهی حقوقی حق حبس و چالش‌های فراروی ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی**»، دانش حقوق مدنی، سال هفتم، شماره ۱.
* کمیلی‌فرد، محمدرضا و علی‌اکبری بابوکانی، احسان و حیدری، محمدعلی (۱۳۹۸)، «**تحلیل احکام فقهی حقوقی، اعسار از پرداخت مهر (با تاکید بر رویه قضایی)**»، قرآن و طب، دوره ٤، شماره ٥.
* گوهری، داود و ناصری، حسین (١٣٩٤)، «**نقدی بر لزوم حبس مدعی اعسار در پرداخت مهریه**»، فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره ۱۰۳.
* کهریزی، زهرا و مراسلی، عزیز و عسگری، حشمت‌اله (۱۳۹۷)، «**پویایی‌های تورم استان‌های ایران: رویکرد اقتصادسنجی فضایی**»، پژوهش‌های اقتصادی ایران، سال بیست و سوم، شماره ۷۷.
* متین، احمد (۱۳۸۷)، **مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی)**، چاپ نخست، تهران: آثار اندیشه.
* مرادی‌زاده، مهدیه و شیرمهنجی، محمدباقر و نوراحمدی، محمدجواد (١٤٠٠)، «**اثر غیرخطی تورم بر نابرابری درآمد (مطالعه کشورهای در حال توسعه)**»، اقتصاد با ثبات، سال دوم، شماره ٤.
* میثمی، حسین و رضایی، مجید (١٤٠١)، «**عملیات بازار از طریق اوراق ودیعه بانک مرکزی: ماهیت، الگوی عملیاتی و مبانی فقهی**»، اقتصاد اسلامی، سال بیست و دوم، شماره ۸۵.

* نجفی، بهاءالدین و شوشتریان، آشان (۱۳۸۶)، «**برآورد خط فقر، اندازه فقر و بررسی تعیین‌کننده‌های آن در خانوارهای روستایی و شهری ایران**»، اقتصاد کشاورزی و توسعه، سال پانزدهم، شماره ۵۹.

ب. عربی

* انصاری‌دزفولی، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **القضاء و الشهادات**، چاپ نخست، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

* بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳ق)، **بلغه الفقهیه**، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: مکتبه الصادق.

* سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق)، **تهذیب الأحکام فی بیان مسائل الحلال و الحرام**، جلد بیست و پنجم، قم: موسسه المنار.

* عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه**، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

* علامه حلی، حسن بن یوسف بن اسدی (۱۴۱۴ق)، **تذکره الفقها**، (ط-الحدیثه)، جلد چهاردهم، قم: مؤسسه آل البیت.

* کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲ق)، **انوارالفقاهه-کتاب القضاء**، نجف: کاشف الغطا.

* فیض کاشانی، محمدمحسن (بی‌تا)، **مفاتیح الشرائع**، جلد سوم، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

* مدرسی، سید محمد تقی (۱۴۲۵ق)، **الوجیز فی الفقه الإسلامی (فقه الدستور و احکام الدوله الإسلامیه)**، چاپ نخست، تهران: دار محبی الحسین (ع).

* نراقی، موسی احمد بن محمد بن محمدمهدی (۱۴۱۵ق)، **مستندالشیعه فی أحکام الشریعه**، قم: آل البیت.

پ. انگلیسی

* Walker, David M. (1980), **The Oxford Companion to Law**, U.S.A. Oxford University.

* Callan, Tim; Nolan, Brian (1991), **CONCEPTS OF POVERTY AND THE POVERTY LINE**, Economic Surveys, Vol. 5, No. 3,

Available in: https://doi.org/10.1111/j.1467-6419.1991.tb00134.x

❋ Duclos, Jean-Yves, Araar, Abdelkrim and Giles, John (2010), **"Chronic and Transient Poverty: Measurement and Estimation, with Evidence from China"**, Elsevier, Vol. 91, Issue 2, Available in: https://doi.org/10.1016/j.jdeveco.2009.09.002

❋ FLIK, ROBERT J., VAN PRAAG, BERNARD M.S. (1991), **SUBJECTIVE POVERTY LINE DEFINITIONS**, DE ECONOMIST 139, No. 3.

❋ Goedhart, Theo; Halberstadt, Victor; Kapteyn, Arie; Praag, Bernard van (1977), **"The Poverty Line: Concept and Measurement"**, The Journal of Human Resources, Vol. 12, No. 4.

❋ Ravallion, Martin (1998), **"Poverty Line in Theory and Practice"**, LSMS Living Standards Measurement Study Working Paper, No. 133, World Bank, Washington D.C., Available in: https://documents1.worldbank.org/curated/en/916871468766156239/pdf/multi-page.pdf

The Application of Economic Inflation and the Poverty Line in the Verdict of Insolvency and Installment

Mohammad Shokri[1]

The philosophy of the insolvency rule is protection of human dignity of the incapacitated debtor. Economic inflation and the poverty line help in assigning the judgment of foreclosure and its proportionality with the real and accurate financial situation of the insolvent. The research method is library method and legal analysis of scientific data to reach the result. According to the current laws, in cases without history of financial ability of the debtor and non-receipt of money, the principle is based on the inability of the debtor unless the creditor proves otherwise. Also, debt can be verified by non-certificate methods, including the adjustment of installments based on inflation, it does not require testimony. One of the current economic concepts is inflation and the poverty line. Inflation is the measure of the decline in the power of money and the poverty line is the minimum amount of money needed to continue living, concepts which their application in the judgments related to debt is a necessity and its approach is proper and real protection of the debtor according to the jurisprudence and legal foundations of this rule. The use of these precise economic criteria should be required by law, so that if the debtor's riyal income is equal to or less than the poverty line, basically issuing a verdict to pay even in installments is not permissible; because this process limits the minimum wage necessary for the debtor's livelihood. The verdicts issued should be adjusted according to the inflation rate and the number of installments should be increased according to the case, or if it is less than the poverty line, the payment should be stopped until the time of earning additional income.

Keywords: Insolvency, Installment, Adjustment of Installments, Economic Inflation, Poverty Line.

1. Assistant Professor Department of Law in Payam Noor University

Abstract

Criminal Intervention to Restore Public Rights in Iranian's Legal System; Why and Challenges

Zahra Shiri[1]\ Bafger Shamloo[2]

Clause 2 of Article 156 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran declares the restoration of public rights as one of the duties of the judiciary and therefore, it is necessary to identify mechanisms for its objective and operational realization. Among these mechanisms is the criminal intervention of the government in a general sense and the judiciary in a specific sense. This type of intervention, on the one hand, by criminalizing behaviors that violate public rights and punishing them and then again, by predicting special and differential courts and judicial processes in order to deal quickly and decisively with cases of violations of public rights Especially if it is committed by the government officials and the guarantee of necessary and effective executions is realized for such behaviors. On one side, certain indicators can be considered for this intervention level. In the current research, after examining the concept of public rights and what and why criminal intervention is for the protection of it, the main indicators and challenges facing this intervention are discussed. The finding of the present research is that one of the mechanisms for the restoration of public rights is criminal intervention, and in order to apply and guarantee this type of intervention, differential criminalizations and the provision of special judicial mechanisms are necessary to deal with violations of public rights without complacency. As a solution, it can be suggested to adopt a comprehensive law on the protection of public, and the establishment and establishment of the Constitutional Court in Iran's legal system.

Keywords: Public Rights, Criminal Intervention, Revival of Public Rights, Iranian's Legal System, Differential Procedures.

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology of Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

2. Professor of Criminal Law Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Analysis of the litigation of the General Inspection Organization of the country in the branches of the Court of Administrative Justice

Gholamreza Mowlabeigi[1]\ Milad Qotbi[2]\ Hossein Mohammadi[3]

As one of the most important supervisory bodies in the country's administrative system, the inspection organization has the authority to prepare reports and announce crimes, violations and misconduct to various investigating authorities, including judicial and administrative authorities. The Court of Administrative Justice can be one of the authorities to receive complaints of the inspection organization, which was not possible until the recent amendment of the Law of the Court of Administrative Justice in 1402 due to the lack of the claimant's beneficial condition. However, according to the aforementioned law, such a possibility was foreseen for the inspection organization. The present article aims to analyze and examine this authority and its limits and loopholes, which is considered a big step towards the protection of public rights, in search of an answer to the question, with what inference can the prescription of the General Inspection Organization's complaint in the branches of the court be justified. Is? And what are the limitations and dimensions of filing a complaint with the inspection organization in the court's branches? In this regard, it should be acknowledged that with regard to the application of the text of the law, it seems that the legislator in Note 1 of Article 17 of the Amending Law of the Court of Justice has given permission to the inspection organization to represent the public within the limits of its authority and in cases where public law is exposed to damages and by observing the legal procedures, he can file a complaint against the decisions and actions of the government agencies and their officials and the decisions issued by the special administrative authorities in the Court branches,

Keywords: General Inspection Organization of the country, branches of the Court of Administrative Justice, Public Rights Violation, Judicial supervision, obligation to the beneficiary in lawsuits.

1. PhD in Public Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

2. Milad Qotbi, Ph.D. in Public Law, Faculty of Law, University of Imam sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

3. Hosein mohammadi ahmad abadi, Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law, University of Imam sadiq University, Tehran, Iran.

Penology of Economic Crimes in the Legal System of Iran

Mehrdad Ahmadzadeh Zolpirani[1]\ Yasaman Khadjehnoori[2]\ Ali Najafi Tavana[3]

There are principles and criteria related to criminal behavior, which determine its legal reality in terms of form and substance, and consequently affect the determination of punishment and the penological view of it. In the light of this perspective, economic crimes are also a manifestation of the rules that both criminalize the behavior attributed to it and give it an external example in the field of crime.The current research, focusing on the penological analysis of economic crimes, tries to investigate the types of punishments in this area as a final goal and in the light of the aforementioned goal, with a descriptive and analytical method, answer the main question that in dealing with economic crimes, which of the two approaches of consequentialism as the desired result or the non-consequentialist and retributivists aspect should be considered by the legislator in an absolute way in punishment? The results research show that by adopting a broad and diverse approach to punishment, what prevails over economic crimes is the superiority of retributivism.This belief is developed where, in addition to financial crimes and whipping, the legislator has used temporary and long term imprisonment without fear in the criminal discourse of economic crime and the judicial system has also approved this method in implementation. However, the punishment in this area is execution penalty, which with a religious basis and in the form of punishment and in the shape of Ta'zir, removes the economic criminal from the scene of accountability as a corrupt person, or against the economic system.The result of this prevailing thought regarding economic crimes is to adopt a non-consequentialist approach to achieve justice for the society.

Keywords: Penology, execution, economic crime, organization, retributivists approach, consequentialism approach.

1. Ph.D. Student in Criminal Law, Department of Criminal Law and Criminology, Central Tehran Branch, Islamic Azad university, Tehran, Iran

2. Assistant Professor Department of Criminal Law and Criminology, Central Tehran Branch, Islamic Azad university, Tehran, Iran, (Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Central Tehran Branch, Islamic Azad university, Tehran, Iran

Analyzing the Criminal Responsibility of the Perpetrators of the Assassination of Sardar Soleimani based on the forms of International Criminal Responsibility

Akbar Alizadeh[1]\ Jafar Kousha[2]

Criminal responsibility in the international arena has many forms. Individual criminal responsibility, criminal responsibility in the light of joint (collective) criminal activity, and responsibility of commanders and superiors are three common forms of criminal responsibility. In fact, in this field; the general principle of individual criminal responsibility according to the nature of international crimes has been accompanied by exceptions that criminal responsibility resulting from joint criminal activity and criminal responsibility of commanders and high-ranking officials are two examples that are imposed in international criminal courts in order to impose criminal responsibility. They are cited as perpetrators of international crimes. The present study, which was written in a descriptive-analytical method with the aim of "examining the criminal responsibility of the perpetrators of the assassination of Sardar Soleimani based on the three forms of international criminal responsibility", comes to the conclusion that: the criminal responsibility of the perpetrators of a terrorist act leading to martyrdom General Soleimani and his companions, in the form of all three forms of criminal responsibility, i.e. 1- individual criminal responsibility, 2- criminal responsibility in the light of joint (collective) criminal activity, and 3- the responsibility of commanders and superior officials, and depending on the way of participation and interference or The lack of involvement of the perpetrator in the material operations determines the form of criminal responsibility

Keywords: Terrorism, individual criminal responsibility, collective responsibility, commanders' responsibility.

1. PhD student in Criminal Law and Criminology of Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
2. PhD student in Criminal Law Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Analyzing the Effectiveness of the "Accusation Objection" Indicators in the Common Law and Roman-Germanic Legal Systems with a view to Iranian law

Adnan Omrani far[1]\ Mehdi Sheydaeiyan[2]\ Hassan Alipour[3]

Accusation, as the main stage of the criminal process, which can be considered as the gateway to criminal justice, is affected by criminal justice systems in such a way that, contrary to most beliefs, that the indicators of accusation are the same in all legal systems, its indicators according to the systems and processes Criminal justice is different, and as a result, this influence plays an important role in the beginning and subsequent stages of the criminal process. The current research, which was compiled with descriptive-analytical method after examining the criminal justice systems and processes, has concluded: the indicators of objection to the accusation are different according to the system and the governing process of the proceedings, so that in the Roman-Germanic system, the prosecutor has no role in the objection stage. There is no charge and he must proceed with it, while in the common law system, the prosecutor can refuse to charge in some cases. In the control-oriented criminal justice process, any reaction against order and security is faced with an accusation, while in the dignity-oriented process, the accusation is based on the sufficiency of evidence system and is introduced with caution and considering the prevailing suspicion of committing a crime. Finally, in the combined process, in crimes with private status, accusations are presented with the same indicators as in the dignity-oriented process, and in crimes with public status, including crimes against sovereignty, the indicators of accusations are similar to the control-oriented process. The approach of Iran's criminal justice system in this regard is such that the prosecutor has no authority in the accusation stage and must initiate the criminal process, and in the end, the accusation in Iranian law is considered to be in line with the indicators of the control system to a large extent.

Keywords: accusation, criminal justice system, prosecutor, common law system, Roman-Germanic system, accused.

1. Doctorate in criminal law and criminology from Tehran University

2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, Tehra University

3. Member of the Faculty of Farabi Campus of Tehran University

Summoning the Accused in an Informed Position

Milad Amiri[1] \ Assadollah Masoudi Magham[2]

According to Article 204 of the Criminal Procedure Law (2013), the investigating authority can, at his own discretion or by introducing the plaintiff or at the request of the accused or according to the declaration of the relevant authorities such as the prosecutor or the court judge, the person whose presence or investigation is necessary to clarify the issue. Summon as an informant. According to Iran's judicial practice, an important question that occurs to mind from this legal article is whether the investigating authority can summon the accused or the defendant who has no or insufficient reason to commit a crime, as an informant? In the judicial procedure, it is common to summon the accused as an informant, and the legal department of the judiciary has also confirmed this procedure in its advisory theories; However, according to the provisions of Chapter Six, Part Two of the Criminal Procedure Law, the Prosecutor's Office and the Supreme Criminal Court of Judges consider summoning the accused as an informant, is not in accordance with the legislator's point of view, and it is considered a criminal offense. While criticizing the judicial procedure, based on the arguments presented in this article, the authors examines the issue in an analytical and descriptive manner, focusing on the decisions of the Judges' disciplinary prosecution.

Keywords: Investigator, subpoena, accused, defendant, informant, witness.

1. PhD student in Criminal Law and Criminology of Azad University

2. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology of Azad University

Electronic monitoring as a new method of executing prison sentences in Iran: from legislative policy to judicial policy

Shahram Ebrahimi[1]\ Hossein Soltanifard[2]

Punishment and its implementation reflect the nature and strategies of each government's criminal policy. Deprivation of liberty, which has become the most common sanction after the legal and practical abolition of corporal punishment, leads to undesirable effects and costs for the State, society, the offender and his family. Criminologists and criminal law experts have long highlighted the harmful consequences of prisons on health, criminal cognition, ethics and the social fabric. Nowadays, governments, aware of these costs and the undesirable effects of prisons, as well as with the aim of preventing the phenomenon of social exclusion, the alienation of prisoners from society and the breakdown of ties social and family, have adopted a policy of extrication. Using criminological and criminological studies as well as advances in information technology, they reduced the violence of sanctions and provided in their regulations a new way of applying the prison sentence with the aim of mitigating criminal rights. "Electronic monitoring" as one of the methods of serving the prison sentence, although provided for since Article 62 of the Islamic Penal Code, was less reflected in criminal sentences due to the lack of infrastructure necessary for its implementation. However, with its expansion in law and the gradual reduction of prison sentences with the gradual establishment of the necessary infrastructure, it has become one of the priorities of criminal policy. Today, it has become an inevitable measure, showing that the direction of prison management focuses on the future of prisoners rather than their past. It is expected that, taking into account this change of perspective, the legislator will also develop and approve precise and comprehensive rules for the optimal use of this method of serving the prison sentence.
Keywords: Electronic monitoring, prison, criminal policy, judicial policy.

1. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. PHD in Criminal Law and Criminology

Methods to Resolve Disputes within coOperatives in the Light of the Requirements and Principles of the Cooperative

Mohammad Sardoeinasab[1]\ Ali Zandi[2]

According to the principles and values governing the cooperative sector, the cooperatives has requirements regarding the method of resolving incident disputes, which have been neglected by many activists in this field. Cooperatives, which have a non-commercial atmosphere and are based on friendship and cooperation, require settlement methods that resolve disputes in the most peaceful way and do not add to arguments and contentions. The present study, by exploiting the studies of the control library and adopting an analytical-descriptive approach, after analyzing the requirements of the cooperative sector in choosing the method of dispute resolution and analyzing the principles governing alternative methods of dispute resolution, has reached the conclusion that non-confrontational methods of Alternative dispute resolution is based on the requirements of the cooperative sector for dispute resolution and has priority over judicial and arbitration methods. On the other hand, it will be analyzed that the amiable composition mentioned in Clause 9, Article 43 of the Cooperative Sector Law is a legal capacity seen by the legislator to apply the non-confrontational method of dispute resolution in the cooperative sector, which is currently due to the lack of rules and regulations for how to apply it, as well as the absence of a proper Performance Bond for the implementation of the agreements resulting from it, its use in the cooperative sector has been ignored.

Keywords: Cooperative, Alternative Dispute Resolution, Amiable Composition, Mediation.

1. PHD in Department of Private and International law, Faculty of law, University of Tehran Iran

2. Phd student of International Trade and Investment Law in University of Tehran

Investigating the Regulation of Value Added Tax and Capital Gain Tax of Cryptocurrencies in the European Union

Ali Allahyarifard[1]\ Kheyrollah Parvin[2]

Decentralized cryptocurrencies have emerged as an essential regulatory issue for governments since their introduction in 2009 and widespread use in recent years. These new technologies exist in the environment of blockchains and peer-to-peer networks, outside the supervision of central banks. Therefore, the absence of a centralized regulatory body, anonymity, the lack of universally accepted classification, valuation problems, and extreme fluctuations have created challenges and inconsistencies regarding the regulation of cryptocurrencies, especially in tax discussions. This has resulted in the lack of integration and disorder of laws and regulations, and tax inequality for cryptocurrency users. In a review of the framework of the European Union's approach to value-added tax and capital-gains tax on cryptocurrency trading with a descriptive-analytical method and the use of up-to-date library resources, it was found that tax regulators are focused on the areas of cryptocurrency speculation and brokerage activities. Taxes are levied on business operators, while other cases are exempted from tax. But the analysis of this approach showed that the tax challenges such as the exchange rate, anonymity and fair value of cryptocurrencies have not been paid attention to; Therefore, the results of this research revealed that things such as the use of the LIFO storage method in calculating the fair value of cryptocurrencies, the creation of an initial registration system for exchangers providing virtual asset services, the supervisory body of the special action group for the treasury of cryptocurrencies, and the system of trading contracts in order to prevent The anonymity of cryptocurrency transactions helps tax regulators in Iran not to face the aforementioned challenges.
Keywords: European Union, Blockchain, Bitcoin, Regulation, Cryptocurrency, Taxation.

1. PhD student in Public law at university of Tehran
2. Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Compensating Damage to Beauty in Sunni and Imamiyyah Jurisprudence with a Review of Judicial Precedent

Abas Niazi[1]\ Mahdi Hadi[2]

In case of bodily injury, whether intentional or unintentional, or simple mistake (pure mistake), the holy legislator)Holy Sharia, Allah as the law-giver) and according to it the legislator, has determined the limb retaliation, the limb blood money or corporal crimes compensation, or its benefit. However, compensation for beauty is not explicitly stated in the statute, and the recovery of injuries along with the ugliness of the face has not been explained, and there is no document on whether beauty is a benefit. Therefore, it is not known whether it is possible to claim compensation for the loss or decrease in beauty, in addition to the fixed blood money of the limb, or where the limb does not have the fixed blood money, is it possible to receive corporal crimes compensation or more than that or not? To answer these questions, reference was made to the library sources of Sunni and Shiite jurisprudence with a descriptive-analytical method. And it became clear that Sunni jurists consider " destruction of benefit and destruction of beauty" together or separately from each other as the cause of blood money or corporal crimes compensation. And in the Shiite jurisprudence, the early ones have not explicitly addressed this issue, and some of the later ones believe that it is not possible to claim compensation due to beauty defects, and some have believed that there is a distinction between the limb that is entitled to specified blood money. The result is that one of the reasons for the existence of limb blood money and blood money of limb benefits in Sharia is decrease or loss of beauty, and this is assumed without being explicitly stated in the law.

Keywords: Beauty Defect, Corporal Crimes Compensation, Blood Money, Civil Liability.

1. Judge of Tehran, University lecturer
2. Judge of Tehran

Open-Source Software: An Examination of Intellectual Property Law versus Contract Law

Abdollah Rajabi[1]

Abstract: The imperative for the protection of intellectual property rights concerning computer programs arises from their pivotal role in modern society and the considerable resources invested in their development. However, there are ongoing movements advocating for the release of certain software outside the traditional economic paradigm of intellectual property, promoting the concept of open-source software. Advocates of these movements emphasize the importance of user freedom in both the development and application of software. As a result, users must accept specific contractual terms when utilizing the software, which regulate modifications and redistribution. While some international courts classify such software within the intellectual property framework and subject it to applicable legal rules, a majority of legal scholars contend that these protections are more appropriately situated within the realm of contract law. This article investigates the validity of such contracts within the context of Iranian law, assessing their classification among conventional contract types. The research ultimately concludes by affirming the legitimacy of these contracts based on their intrinsic stipulations.

Keywords: Software, Open Source, Intellectual Property, Contract, License, Economic Right.

1. Assistance Professor of Law, Farabi College (Qom), University of Tehran

Pathology of Criminal Policy in Issuing Unified Judicial Precedent (1392-1402 Solar Hijri)

Zarqam Narehei[1]\ Morteza Fathi[2]

In Iran's legal system, binding judicial precedents should be sought in Unified Judicial Precedent. Therefore, Unified Judicial Precedents are considered as the main sources of law. Now, if we believe that the precedent is formed due to stability and continuity; Requiring all judicial authorities to follow a certain interpretive opinion that is issued a few months after the approval of the law cannot be considered a "precedent". Because, in this sense, the interpretation position of the Supreme Court has been reduced to legislation. Considering the mentioned criticism, present research has tried to analyze the content of fifty-eight Unified Judicial Precedents issued between 1392 and the end of 1401 Solar Hijri, while explaining the philosophy and position of the Unified Judicial Precedent, classifying the Unified Judicial Precedent, and extracting the components criminal policy of the Supreme Court of Iran. These components include the lack of regulated methodology in interpretation, adopting a lenient criminal policy and violation of the law. In addition, the reasons for the large number of Unified Judicial Precedents, in the above-mentioned duration, are minimal participation of executive agents in the approval of laws, dispersion and experimental nature of laws, and the lack of coherence between legislative and judicial criminal policy.

Keywords: Criminal Policy, Precedent, Supreme Court, Law, Interpretation.

1. Ph.D student of Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran
2. Assistant professor of the Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Qom.

Abstract

Insolvency of the Government from the Cost of Litigation

Ali Ghesmati Tabrizi[1]

In the eyes of jurists and jurisprudence, it is obvious that the government, governmental institutions, and legal persons cannot claim insolvency from the cost of litigation. Regarding some historical records, legal points, and practical considerations, revising this obvious idea is a necessity. The possibility of claim of insolvency from the cost of litigation is one of the prerequisites for a lawsuit, and the reasons expressed in justifying the deprivation of this right from government agencies are not convincing. Also, the government's financial ability and the huge amount of property of this legal person do not mean the ability of its components to pay the huge expenses of litigation. In addition, the budget restrictions and rules governing the governmental property sometimes make it difficult or even impossible to pay the unforeseen expenses of the trial. Since the hearing of this claim is not prohibited by the laws and does not contradict legal principles too, thus it seems that depriving the ministries and government institutions to prove their insolvency from paying the cost of trial is illogical. Prohibition of government agencies from proving insolvency in paying the cost of litigation requires undesirable sequences and damage to the government's rights and is an obstacle to the equality of persons in a fair trial and access to justice. The purpose of this lawsuit is to preserve the government's rights and get time to pay the legal fees, and its acceptance will be temporary and conditional.

Keywords: Insolvency from the cost of litigation, Provisory exemption, Legal person, Government institution, Budget.

1. Assistant Professor of Semnan University

The Effect of Termination of the Contract on "Liquidated Damages Clause"; A Comparative Study in Iranian, English and French Legal Precedents

Mohammad Hadi Javaherkalam[1]\ Mohsen Alijani[2]\ Fakhrodin Sharifi[3]

There are two opinions about the effect of termination of the contract on liquidated damage clause, it's non_fulfillment or it's delay in fulfillment. the first opinion is the lapse of the clause due to the termination of the contract and the second is survival of creditors right about demanding the liquidated damages. In this article with a comparative method ,aforementioned issue has been studied in the jurisprudence of Iran, France and England and the findings indicate differences between the courts opinions of these countries. Supreme Court of England ruled based on the first opinion and it didn't accept substitution of the creditor Unless the parties have explicitly stipulated it in the contract.In French law, some courts consider the obligation to be an independent clause of the contract, which can be survived even after the termination of the contract. But some of the jurists believe that liquidated damages for non-fulfillment of the obligation can be demanded even after termination of the contract; However, delay liquidated damages are not claimable after termination of the Contract. In Iranian's Legal Precedent System, many differences of opinion have arisen But it seems that the final criterion in this field is the intention of the both parties However, as a whole, the distinction presented in French legal doctrine can also be applied as a guide in Iranian law.

Keywords: Liquidated damages, penalty clause, independence of theclause of thecontract, dissolutionof the contract, English law, French law.

1. Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University

2. Assistant Prof of Faculty of Law and Political Science , shahid chamran university of ahvaz, Ahvaz, iran

3. PhD Student in International Trade Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Contents

The Effect of Termination of the Contract on "Liquidated Damages Clause"; A Comparative Study in Iranian, English and French Legal Precedents ..... E
Mohammad Hadi Javaherkalam\ Mohsen Alijani\ Fakhrodin Sharifi
Insolvency of the government from the cost of litigation ..... F
Ali Ghesmati Tabrizi
Pathology of Criminal Policy in Issuing Unified Judicial Precedent (1392-1402 Solar Hijri) ..... G
Zarqam Narehei\ Morteza Fathi
Open-Source Software: An Examination of Intellectual Property Law versus Contract Law ..... H
Abdollah Rajabi
Compensating Damage to Beauty in Sunni and Imamiyyah Jurisprudence with a Review of Judicial Precedent I
Abas Niazi\ Mahdi Hadi
Investigating the Regulation of Value Added Tax and Capital Gain Tax of CryptocurRencies in the European Union ..... J
Ali Allahyarifard\ Kheyrollah Parvin
Methods to Resolve Disputes within coOperatives in the Light of the Requirements and Principles of the Cooperative ..... K
Mohammad Sardoeinasab\ Ali Zandi
Electronic monitoring as a new method of executing prison sentences in Iran: from legislative policy to judicial policy L
Shahram Ebrahimi\ Hossein Soltanifard
Summoning the Accused in an Informed Position ..... M
Milad Amiri \ Assadollah Masoudi Magham
Analyzing the Effectiveness of the "Accusation Objection" Indicators in the Common Law and Roman-Germanic Legal Systems with a view to Iranian law ..... N
Adnan Omrani far\ Mehdi Sheydaeiyan\ Hassan Alipour
Analyzing the criminal responsibility of the perpetrators of the assassination of Sardar Soleimani based on the forms of international criminal responsibility ..... O
Akbar Alizadeh\ Jafar Kousha
Penology of Economic Crimes in the Legal System of Iran ..... P
Mehrdad Ahmadzadeh Zolpirani\ Yasaman Khadjehnoori\ Ali Najafi Tavana
Analysis of the litigation of the General Inspection Organization of the country in the branches of the Court of Administrative Justice ..... Q
Gholamreza Mowlabeigi\ Milad Qotbi\ Hossein Mohammadi
Criminal Intervention to Restore Public Rights in Iranian's Legal System; Why and Challenges ..... R
Zahra Shiri\ Bafger Shamloo
The Application of Economic Inflation and the Poverty Line in the Verdict of Insolvency and Installment ..... S
Mohammad Shokri

The Judiciary's

Law Journal

Scientific Research Quarterly Journal of the Judiciary

■ **Director-in-Charge:** Alireza Amini
■ **Editor-in-Chief:** Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam
■ **Director-in-Chief:** Leilasadat asadi
■ **English Text Editor:** Marzieh Aghamirsalim
■ **Technical Editor:** Somayeh Safaei
■ **Designer and layout:** Maryam Heidari
■ **Address:** Tehran\ Shahid Chamran Highway\ Yadegar Imam Highway\ After Evin Darkeh exit\ Judiciary Research Institute
■ **Postal Code:** 1983846514
■ **Telex:** 021-22091869
■ **Web Site:** www.jlj.ir
■ **Email:** law.journal1316@gmail.com

Editorial Board

Rabiaa Eskini
Professor of Tehran Nuclear Science and Technology Research Institute
Gholamhossein Elham
Associate Professor of University of Tehran
Khirollah Parvin
Professor of Tehran University
Mohammad Javad Javid
Professor of Tehran University
vali rostami
Professor of Tehran University
Siamak Rahpeik
Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services
Mohammad Hadi Sadeghi
Professor of Shiraz University
Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam
Professor of Tehran University
Abbasali Kadkhodaei Elyadrani
Professor of Tehran University
Fazlollah mousavi
Professor of Tehran University
Hossein Mirmohammadsadeghi
Professor of Shahid Beheshti University

The Judiciary's

Law Journal