
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

نگرشی انتقادی به رویکردهای قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در حل چالش‌های معاملات املاک ۵
نسرین طباطبائی حصاری
چالش استماع دعاوی دارای خواهان‌های بالقوه در رویه قضایی ۳۷
علی طهماسبی، علی شیرازی
قاعده عدم‌امکان تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث (به مفهوم عام) در حقوق ایران با تأکید بر «نظریه قائم‌مقامی» ۶۵
حسین عابدینی
تحلیل ملازمه ابطال رأی داور و مسؤولیت مدنی او در حقوق ایران ۹۳
محمدجواد چراغی، بهنام انصافی‌آذر، حکمت‌الله عسکری
امکان‌سنجی شناسایی اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری در نظام حقوقی ایران و آمریکا؛ با تاکید بر رویه قضایی ۱۲۳
مهران عبدی، ربیعا اسکینی، حسین منوری
تعدیل شرط وجه التزام ناکافی در پرتو رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ۱۵۵
پریسا ناصری، نصراله جعفری
حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در پرتوی رویه قضایی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان و دیوان اروپایی حقوق بشر ۱۷۵
محمد جلالی، پگاه مرزبان
نظارت قضایی پیشینی بر تعقیب و تحقیق؛ مبانی و پیامدها ۲۰۱
ماجد جبّان، محمود صابر، سیّد دُرید موسوی مجاب
مطالعه تطبیقی «توقیف پیشگیرانه» در حقوق کیفری ایران و انگلستان ۲۳۱
عبدالرضا جوان جعفری، محمد نوروزی
نقد استثناءهای جهل حکمی با نگاهی تطبیقی ۲۵۵
حسن پوربافرانی
سیاست تقنینی و قواعد عمومی حاکم بر تعزیر منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی ۲۷۷
محمدمهدی شیررفیعی، فضل الله فروغی، محمدهادی صادقی
متغیرهای تأثیرگذار بر عدم گزارش همسرآزاری جنسی ۳۰۵
زهرا نعمتی، محمد فرجیها
سیاست نفی مدارا در امور کیفری؛ عوام‌گرا یا اخلاق‌مند؟ ۳۴۳
شیرین شیعه‌زاده، حسین میرمحمدصادقی، عباس شیخ‌الاسلامی، حمیدرضا میرزاجانی
چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین ۳۶۷
زینب پارسائیان، محسن بدره، فاطمه پورمسجدیان
حقوق دعاوی؛ سنتز برگفته از دیالکتیک حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی ۳۹۱
سید رسول میرنژاد بروجنی
اقتدار در قضای کیفری؛ ضرورت‌ها، پیامدها و راه‌حل‌ها ۴۱۷
عظیم آقابابائی طاقانکی، محمود صابر، رضا قندعلی

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۳۶-۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۸

نگرشی انتقادی به رویکردهای قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در حل چالش‌های معاملات املاک

نسرین طباطبائی حصاری[1]

چکیده

قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول با دو هدف اصلی «اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی مالکیت» و «سلب اعتبار از اسناد عادی معاملات املاک» تصویب شد. با این حال این پرسش قابل طرح است که راهکارهای حقوقی پیش‌بینی شده در این قانون به ویژه به واسطهٔ تغییرات متعدد مفاد آن در فرایند تصویب، تا چه میزان می‌تواند معضلات حقوقی موجود در حوزه معاملات املاک را حل کرده و دو هدف اصلی مذکور در فوق را تامین کند؟

مقالهٔ حاضر با رویکردی تطبیقی تحلیلی و با نگرشی انتقادی به رویکردهای این قانون در حل چالش‌های معاملات حوزهٔ املاک به این نتیجه رسیده است که قانون حاضر به دلیل عدم هماهنگی مقررات آن با نوع نظام ثبتی ترسیم شده در قانون ثبت اسناد و املاک و نیز تعارض و ابهام‌های متعدد در مفاد آن و استثناءهای متعدد وارد بر احکام اصلی مندرج در آن، تا حد زیادی از اهداف ترسیم شده مذکور فاصله گرفته و سبب طرح دعاوی جدیدی در رویه قضایی و تشتت در آرای قضایی مرتبط خواهد شد.

بر همین اساس برای تقویت کارآمدی این قانون، پیشنهادهایی در چهارچوب «هم‌گرایی میان قانون الزام و قانون ثبت از طریق راهبردهای تفسیری برای قضات و بازنگری در مقررات قانون برای تطبیق با مبانی نظام ثبت املاک ایران یا تدوین قانون جدید ثبت»، «بازتعریف اصل لزوم ثبت معاملات با محوریت ثبت حقوق عینی»، «مقابله با ورود اسناد عادی به نظام ثبتی» و «حفظ اعتبار اسناد رسمی که تا پیش از این قانون صادر شده‌اند» ارائه شده است.

واژگان کلیدی: سند رسمی مالکیت، سلب اعتبار از سند عادی، ارتقای اعتبار سند رسمی، ثبت املاک، سامانه ثبت الکترونیک، مشاوران املاک.

---

۱. دکترای حقوق خصوصی و دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران
nasrintaba@ut.ac.ir

درآمد

مطالعات تطبیقی نشـــان می‌دهد قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ یکی از مترقی‌ترین نظام‌های ثبت املاک در دنیا را اتخاذ نموده است (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۵۷-۲۵۹) که در تقسیم بندی نظام‌های ثبت املاک معروف به «ثبت عینی یا رجیســـتر» می‌باشد و تضمین حق مالکیت توســـط سیستم ثبتی و به پشتوانه قدرت دولت را به همراه دارد (Peiró and García, 2017: 29).

«اصل الزامی بودن ثبت املاک» یکی از اصول مترقی نظام ثبت عینی اســـت که منجر بـــه تعیین «وضعیت حقوقی» دقیق املاک از طریق فرایند ثبت اولیه املاک و به روز رســـانی این اطلاعات با الزامی‌شـــدن ثبت هر تغییری در وضعیت حقوقی ملک بـــه ویژه معاملات ناقله می‌گـــردد (Cursley and Davys, 2011: 245-246). همین اهمیت ســـبب شده اســـت مقنن در قانون پیش‌گفته در خصوص ثبت اولیه[1] که ملک برای اولین بار وارد سیســـتم ثبتی می‌شود (خناری‌نژاد و همکاران، ۱۴۰۱: ۳۴۶) و در ثبـــت ثانویه[2] که ثبت معاملات املاک به منظور به روز رســـانی تغییرات در وضعیت حقوقی املاک است (همان‌جا) اصل الزامی‌بودن را مورد نظر قرار دهد و صرفاً مالک ثبت شده و یا شخصی را که حق مالکیت به او منتقل شده و این انتقال در دفاتر ثبتی به ثبت رســـیده اســـت را مالک بداند.[3] به‌رغم اتخاذ این رویکرد مترقی در قانون ثبت و عـــدم وجود ایراد در مرحله قانون‌گذاری، نگاهـــی به وضعیت معاملات املاک در جامعه و فراز و فرود رویه قضایی از سال ۱۳۱۰ تا کنون در خصوص دعاوی ناظر بر معاملات املاک مستند به اســـناد عادی[4] نشان می‌دهد که بسیاری از صاحبان حق در

---

۱. مواد ۹ الی ۲۱ قانون ثبت

۲. مواد ۴۶-۴۸ قانون ثبت

۳. ماده ۲۲ قانون ثبت

۴. در پاســـخ به این پرســـش که آیا دعوای اشخاصی که به استناد سند عادی مدعی مالکیت یا معامله ملکی می‌شـــوند که دارای سابقه ثبتی و سند رسمی مالکیت است، قابلیت استماع و رسیدگی ماهوی دارد یا خیر، چهار دوره متفاوت در رویه قضایی ایران قابل شناسایی است: ۱- دوره اقتدار مطلق سند رســـمی مالکیت و عدم پذیرش سند عادی در دادگاه که به استناد قانون ثبت ۱۳۱۰ و مفاد ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی و بخشـــنامه‌های متعدد رئیس عدلیه از جمله بخشنامه ۱۳۱۵ مبنی بر «عدم پذیر هر نوع دعوا از دارنده سند عادی» و بخشنامه به دفاتر اسناد رسمی مبنی بر «اسقاط کافه خیارات اعم از آن که طرفین خواهان آن باشند یا خیر»، اصل الزام به ثبت به طور مطلق اجرا می‌شد. ۲- تعدیل نظریه اقتدار مطلق ســـند رسمی از ۱۳۳۰ در محاکم: با پذیرش دعوای بطلان سند رسمی به استناد عبارت «مطابق قانون» در ماده ۲۲ قانون ثبت و گسترش آن از امور ثبتی به امور ماهوی انتقال و پذیرش دعوای «الزام

املاک ثبت شده علی رغم تصریح مقنن به لزوم ثبت معاملات (ثبت ثانویه) بر مبنای قرارداد عادی اقدام به معامله نموده اند (دشتی به نقل از هاشمی،۱۳۹۹: ۱۲)؛ امری که زمینه ساز معاملات معارض بوده و سبب شده نه تنها بانک اطلاعاتی مرجع ثبتی در خصوص وضعیت حقوقی املاک قابل اعتماد نباشد بلکه دستگاه قضایی نیز با حجم وسیعی از دعاوی ملکی و تشتت در رویه قضایی مواجه شود (موسوی به نقل از هاشمی، ۱۳۹۹: ۲۰-۲۱؛ یثربی و رضاپور آکردی،۱۳۹۷: ۳۵۸-۳۵۹)؛ امری که سبب اتخاذ رویکردی نوین جهت مقابله با توسعه و گسترش اسناد عادی معاملات املاک و تلاش برای عودت اعتبار اسناد رسمی مالکیت مورد نظر در قانون ثبت ۱۳۱۰ در قالب طرح ها و لوایح قانونی مختلفی گردید که یا به تصویب نرسیدند و یا موفق نبودند. از جمله موارد زیر قابل اشاره است:

۱- بند الف ماده ۱۸۸ لایحۀ برنامه پنجم توسعه، صلاحیت مشاوران املاک را صرفاً در حدود دلالی تعریف و تاثیر کلیه عقود راجع به املاک ثبت شده را موکول به ثبت سند در دفاتر اسناد رسمی نمود که از متن نهایی این قانون حذف شد.

۲- طرح ارتقاء اعتبار اسناد رسمی در سال ۱۳۹۵ که ضمن تصریح به لزوم ثبت کلیه عقود و ایقاعات راجع به عین املاک با پیشنهاد اصلاح ماده ٤٨ قانون ثبت، مستنکف از ثبت رسمی را مکلف به طرح دعوی با ابطال تمبر هزینۀ دادرسی به میزان ده تا هفتاد درصد بهای واقعی خواسته نمود و نهایتاً مسکوت ماند.

به تنظیم سند رسمی» با رواج قولنامه‌ها و تلقی آن به تعهد به بیع. ۳- دوره رجوع به اصل رضاگرایی و تورم دعاوی ملکی بعد از انقلاب ۱۳۵۷ تا ۱۳۷۰: شکل‌گیری نظام جدیدی بر مبنای دو شاخصه «وقوع معامله به صرف ایجاب و قبول» و «پذیرش قولنامه‌ها به عنوان بیع» تحت تاثیر دیدگاه‌های فقهی و افزایش دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی بیعی که قبلا واقع شده و رواج دعوای خلع ید با سند عادی و افزایش معاملات معارض و معامله فضولی، دعاوی اثبات بیع و دعوای بطلان سند سمی‌املاک در رویه قضایی. ٤- دوره گرایش به سمت فرمالیسم ثبتی از سال ۱۳۷۰ به بعد: تمایل رویه قضایی به لزوم انجام معامله به صورت رسمی با تشتت شدید در آرای قضایی و عدم امکان پیش‌بینی دعوا به ویژه بعد از نظریه مشورتی شورای نگهبان مورخ ۱۳۹۵ در خصوص مغایرت اطلاق مواد ۲۲ و ٤٨ قانون ثبت با شرع که ابهام‌های بیشتری در این حوزه ایجاد کرد. این رویکرد منجر به عدم پذیرش دعوای خلع ید به جز با سند رسمی (رای وحدت رویه ٦٧٢ مورخ ۱۳۸۳) وعدم پذیرش دعاوی اثبات مالکیت ملک ثبت شده و محدود شدن پذیرش دعاوی به استناد سند عادی در اغلب محاکم شد، اما از سوی دیگر، آراء وحدت رویه‌ای در سال‌های اخیر این رویکرد را با تشتت مواجه کرد از جمله رای وحدت رویه ۸۱۰ مورخ ١٤٠٠/٣/٤ در خصوص انتقال مبیع در زمان خیار شرط در بیع و رای وحدت رویه ۸٤٧ مورخ ١٤٠٣/٢/٢٥ در خصوص فضولی تلقی کردن معاملاتی وکالتی هر چند با سند رسمی انجام شده باشد و پذیرش بطلان آن‌ها.

۳- ماده ٦٢ قانون احکام دائمی توسعه مصوب ۱۳۹٦ که جهت پایان دادن به تشتت در رویه قضایی و پایان اعتبار اسناد عادی، به پیش‌بینی عدم امکان معارضه سند عادی با سند رسمی پرداخت و با توجه به ایراد شورای نگهبان، عبارت «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» در فرایند تصویب به متن آن اضافه گردید که هدف اصلی از وضع این ماده را از بین برد و به نوعی اعتبار بیشتری به اسناد عادی اعطا کرد (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۸: ۲۰٤-۲۰۵)؛ به طوری‌که صدور قرار عدم استماع دعوای املاک مستند به اسناد عادی که پیش از این توسط برخی محاکم به استناد ماده ٤٨ قانون ثبت صادر می‌شد را غیرممکن ساخت و قضات را ناگزیر از ورود ماهوی به این دعاوی نمود و سبب شکل‌گیری اختلاف نظرهای جدیدی در رویه قضایی در خصوص امکان طرح دعوای عینی[۱] یا شخصی[۲] به استناد اسناد عادی که اعتبار شرعی آن‌ها احراز شده است گردید (خدابخشی، ۱۳۹۸: ۳٦-۵۰)

٤- طرح الحاق یک تبصره به مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی که به منظور

---

۱. در این خصوص، در نشست قضائی مورخ۱۰/۱۵ ۱۳۹۸ مشهد، در پاسخ به پرسشی پیرامون اعتبار اسناد عادی، اتفاق نظر حاضرین دلالت بر آن داشت که «مطابق با قوانین موضوعه لزوماً می‌بایست به اسناد عادی ترتیب اثر داده شود؛ به جهت این‌که اولاً، در قانون، سند عادی را باطل اعلام ننموده؛ ثانیاً، سند عادی غیر شرعی و ممنوع نمی‌باشد و نظریه شورای نگهبان مبنی بر اعتبار اسناد عادی است؛ ثالثاً، مقررات قانون ثبت که مبتنی بر نظم عمومی‌است موجب بی‌اعتباری اسناد عادی نخواهد بود، بلکه بسیاری از دعاوی حقوقی مبتنی بر اسناد عادی قابل طرح است که موید این نظریه، ماده ٦٢ قانون احکام دائم برنامه توسعه و مواد ١٤٧ و ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده و ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد".
https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/229aae5a-2a5f-4868-c50b-08d606441130

۲. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۹۰۹۹۷۰۰۱۱۰۰۰٤۳۷ شعبهٔ ۱۰۳ دادگاه عمومی حقوقی‌مجتمع قضائی عدالت: «... ثانیاً، نسبت به سایر خواندگان با عنایت به این‌که خواهان اساس استحقاق خود را در دعوای حاضر بر مبنای دادنامه شماره ۹٦۰۳۱۸ مورخ ۱۳۹٦/۱۱/۸ شعبه محترم ٤۳ دیوان عالی کشور بر معتبر دانستن مبایعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۸۵/٤/٤ قرار داده است و از آنجایی که به موجب مبایعه‌نامه مذکور تعهدات فروشنده و خریدار جاری می‌باشد ولیکن باید در نظر داشت که ملک موضوع دعوا از جمله املاک ثبت شده می‌باشد و در این گونه املاک صرف تنظیم مبایعه‌نامه موجب نقل مالکیت نیست، بلکه فروشنده مکلف به انتقال ملک در دفتر اسناد رسمی و انتقال رسمی آن است و تا زمانی که این مالکیت به صورت رسمی منتقل نشود، حق عینی خریدار بابت ملک موضوع دعوای مستقر نمی‌شود فلذا نمی‌تواند در مقابل اشخاص ثالث قابلیت استناد داشته باشد ... مبیع موضوع مبایعه‌نامه تلف حکمی‌حاصل نموده است ... خواهان می‌تواند به لحاظ درک مبیع مطالبه غرامت از فروشنده نماید ... در نتیجه خواسته‌های خواهان نسبت به عین پلاک ثبتی قابلیت استماع نداشته ...».

جلوگیری از بطلان سند رسمی به استناد مبایعه‌نامه‌های عادی مقرر می‌داشت: «انتقال مال مغصوب از طریق سند رسمی در حکم تلف است و مالک تنها می‌تواند به انتقال دهنده رجوع نماید مگر انتقال دهنده عالم به غصب باشد که وفق مقررات عمل می‌شود». این طرح مسکوت ماند، اما متن پیشنهادی تمایل نظام حقوقی را به ارتقاء اعتبار اسناد رسمی مبتنی بر تفکیک میان «تنظیم سند» و «قرارداد پایه انتقال» نشان می‌دهد که با موضوعیت دادن به سند رسمی انتقال، از ابطال آن به علت اشتباه در معاملات پایه جلوگیری می‌نمود و راهکار این دیدگاه را هم با استفاده از نظریه تلف حکمی‌پیش‌بینی نموده بود (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۸: ۲۰۱-۲۰۲)؛ دیدگاهی که مبتنی بر «اصل کفایت ثبت»[1] به عنوان یکی از اصول پذیرفته شده در نظام های ثبتی مترقی می‌باشد. این اصل به منظور حمایت از منتقل‌الیه ثالثی که به اطلاعات موجود در سیستم ثبتی در لحظه معامله اعتماد نموده و از معاملات پنهانی یا ایرادها و اشتباهات معاملاتی در ایادی قبلی مطلع نمی‌باشد این راهکار را ارائه می‌دهد که ثبت می‌تواند اشتباهات موجود در فرایند یک معامله از جمله مالک نبودن فروشنده را اصلاح کند و مبتنی بر این دیدگاه است که «ثبت معامله» طریقیت ندارد، بلکه موضوعیت داشته و خود ایجاد حق می‌کند و دارای ارزش ذاتی است (Schmid, et al, 2005: 33-35).

«طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول» آخرین تلاش مقنن جهت سلب اعتبار از معاملات عادی و اعطای اعتبار مطلق به معاملات رسمی املاک بود که در اردیبهشت ۱۳۹۹ به تصویب مجلس دهم رسید و با توجه به طرح ایرادهای متعدد توسط شورای نگهبان نسبت به آن نهایتاً به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع و در تاریخ ۲۶ اردیبهشت‌ماه ۱۴۰۳ تصویب و به قانون تبدیل گردید. اگر چه قانون مذکور اهداف متعددی نظیر جلوگیری از تنظیم سند عادی توسط مشاورین املاک، تسهیل اخذ استعلام‌های ضروری در معاملات املاک از طریق الزام دستگاه‌های مربوطه برای اتصال برخط به سامانه ثبت الکترونیک اسناد، تسهیل صدور سند مالکیت برای اراضی کشاورزی زیر حد نصاب ، حل مشکلات مربوط به ثبت معاملات پیش فروش ساختمان و .... دارد؛ لیکن مروری بر سیر تحولات پیشین به خوبی نشان می‌دهد

1. Sufficient to register

هدف اصلی این قانون در گام اول «اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی مالکیت »، در گام دوم «سلب اعتبار از اسناد عادی معاملات املاک » می‌باشد.

بر این اســـاس، پرسش قابل طرح آن اســـت که راهکارهای حقوقی پیش‌بینی شـــده در این قانون به ویژه تغییرات متعدد مفـــاد آن در فرایند تصویب، تا چه میزان می‌تواند معضلات حقوقی موجود در حوزه معاملات املاک را حل کرده و دو هدف اصلی مذکور در فوق را تامین کند؟

ضـــرورت طرح این بحث از آن جهت اســـت که اصـــولاً تجربیات نظام‌های حقوقی در تحول سیســـتم ثبت املاک نظیر انگلستان (در سال ۲۰۰۲) با هدف تثبیت وضعیت حقوق امـــلاک و افزایش امنیت معاملاتی از طریـــق اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی مالکیت نشان می‌دهد که به دلیل لزوم رویکرد سیستماتیک و زنجیره‌وار مقررات در این حوزه، قانون‌گـــذار درصدد نگارش قانون جامع با عنوان ثبت املاک برآمـــده و مجلس نیز بدون ورود به مصادیق ماده به مـــاده و دخل و تصرف در آن، نســـبت به آن تصمیم‌گیری می‌کند (Dixon, 2010: 27). با این حال در نظام حقوقی ایران، تصویب قانونی با عنوان الزام به ثبت رســـمی معاملات غیرمنقول، نشان دهندهٔ عدم رویکرد جامع و سیستماتیک از سوی دستگاه تقنین است و از سوی دیگر رفت و برگشـــت‌های مداوم میان مجلس، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام و دخل و تصرف در مفاد قانون، موجد ابهام‌های متعدد در مفاد این قانون شده است و این مســـأله را پر رنگ‌تر می‌نماید که این قانون تا چه میزان در تحقق اهداف خود می‌تواند موفق باشد.

لذا برای پاسخ‌گویی به این مسأله، مقاله حاضر با رویکردی تطبیقی و مراجعه به اســـناد و مدارک قانونی در کنار روش تحقیق توصیفی تحلیلی، ابتدا میزان انطباق ایـــن قانون با اصول حاکم بر نظـــام ثبت املاک ایران به عنوان نمونه‌ای از نظام مترقی ثبت عینی را بررسی نموده و سپس راهکارهای آن نسبت به تامین دو هدف اصلی این قانون یعنی اعطای اعتبار مطلق به ســـند رسمی و سلب اعتبار اسناد عادی را بررسی نموده است.

۱. سنجش انطباق‌پذیری قانون الزام با اصول حاکم بر نظام ثبت املاک

هنر حقوق‌دان در معنای عام، در آن اســت که قوانین و مقررات حقوقی را به نحوی تفســیر کند که اصول حقوقی را بهتر تأمین نماید (جغتایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۹۸-۲۹۹) و به‌رغــم آن که «اصل الزام به ثبــت» معاملات املاک در مواد ٤٦ و ٤٧ قانون ثبت ۱۳۱۰ تصریح شــده بود و در ماده ٦٢ قانون احکام دائمی‌توسعه نیز تکرار شــده بود، نظام حقوقی ایران با شــعار «الزامی‌کردن ثبت معاملات املاک» (تحصیل حاصل) و با هدف اعطای اعتبار مطلق به اســناد مالکیت رســمی و حل مشــکلات این حوزه، راهکار تصویب قانون جدید را اتخاذ نمود؛ غافل از آن‌که این مشــکلات بیش از آن که ریشــه تقنینی داشــته باشند ناشی از تفاســیر متعدد و متشتت در رویه قضایی و فراز و فرودهای آن از ســال ۱۳۱۰ به بعد بوده است. ماده ٦٢ قانون احکام دائمی‌توسعه به سمت اعتباربخشی به اسناد عادی حرکت کرده بود و نظام تقنینی را با مشــکلاتی در اصل الزامی‌بودن ثبت مواجه می‌کرد، لیکن رویهٔ قضائی[1] با تمایل نشان دادن به عدم پذیرش دعوای عینی نســبت به این املاک و از همچنین دکترین حقوقی در پی ارائه تفسیری از مفاد این مقرره برآمدند که کمترین تأثیر بر نظم حقوقی ترسیم شــده در قانون ثبت اســناد و املاک را بر جای می‌گذاشت (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۹۳-۱۰۰؛ طباطبائی حصــاری، ۱۳۹۸: ۲۰۲-۲۰۵؛ بهرامی،۱٤۰۱: ۱۸۵-۱۸٦، ۱۹۵-۱۹٦؛ طباطبایی و سادات اخوی، ۱۳۹۸: ۱۹۸-۱۹۹؛ صفی‌زاده، ۱٤۰۱: ۱۹۹-۲۰۰).

به هر حال مقنن ایرانی تصویب قانون جدید را به عنوان راهکار حل مشکلات به وجود آمده در رویه قضایی در خصوص ضمانت اجرای حقوقی «اصل الزامی‌بودن ثبــت» انتخاب نمود؛ امری که ریســک ایجاد تغییر در نوع سیســتم حقوقی ایران به گونه‌ای ناهماهنگ با سایر مولفه‌های نظام ثبتی ایران مندرج در قوانین و مقررات ثبتی و ریســک عدم تأمین اهداف؛ آن‌طور که در ماده ٦٢ قانون احکام دائمی‌توسعه بروز یافت را در پی داشت.

از مقدماتــی که در تدویــن هر قانون به منظور تامین اهداف ناشــی از وضع آن بایــد مورد توجه مقنن قــرار گیرد، تدوین و تصویب مفاد قانون با توجه به اصول

---

۱. بنا به اصول هفتاد و ســوم و یکصد و شــصت و ششم قانون اساسی و مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی

حقوقـــی حاکم بر آن حوزه اســـت. «احترام به اصول حقوقـــی» یکی از مبانی کلیدی در نظام قانون‌گذاری اســـت کـــه حتی منتقدین آن نیز بر آن صحـــه می‌گذارند. ریپر حقوق‌دان شهیر فرانسوی با وجود تمام انتقادهایی که به اصول حقوقی وضع شده در یک جامعه داشـــت، در نهایت معتقد بود که نباید بر این واقعیت سرپوش گذاشت که به‌رغم تمامی‌انتقادهای وارده، قانون‌گذار مکلف به احترام به اصول حقوقی اســـت و این امر در تطابق با واقعیت امور اســـت (ریپر، ۱٤۰۰: ۳۲٦)؛ لذا زمانی می‌توان انتظار کارآیی یک قانون جدید در سیستم حقوقی یک کشور را داشت که تمامی‌راهکارهای موجـــود در آن به صورت نظام‌مند و منطبق بر نظام حقوقی آن کشـــور بوده و بتواند با ســـایر قوانین موجود در آن حوزه هماهنگ عمل کند؛ در غیر این صورت، اهداف ناشـــی از وضع قانون تامین نخواهد شـــد و نظام حقوقی با ابهام‌های متعددی مواجه می‌شـــود و چه بسا تبدیل به قانونی متروک شود. این امر خاصه در حوزهٔ حقوق ثبت از این منظر اهمیت دارد کـــه در این گرایش هم با خانواده‌های حقوق ثبت مواجهیم و هر کشوری بر اســـاس اصول و مولفه‌هایی که دارد، اقدام به تنظیم مقررات می‌کند (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱٤۰۰: ۲٤۹-۲۵۷).

۱-۱. تحلیل اصل «الزامی‌بودن ثبت معاملات» در قانون الزام

نظام ثبت املاک در معنای اعم دارای دو زیر سیستم می‌باشد: «نظام ثبت اولیه» که با ورود ملک به فرایند ثبتی برای اولین بار و درج اطلاعات در دفتر املاک و صدور سند مالکیت همراه اســـت و طی عملیات مقدماتی ثبت انجام می‌گیرد (خناری‌نژاد و همکاران، ۱٤۰۱: ۳٤٦) و «نظام ثبت ثانویه» که با هدف به‌روزرسانی اطلاعات از گذرگاه ثبت نقل و انتقالات ناظر به یک ملک در دفتر املاک انجام می‌شـــود (همان‌جا) و به روزرســـانی وضعیت حقوقی ملک بعد از ثبت اولیه ملک و ثبت تغییرات بعدی آن به طور کامل را در پی دارد (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۸: ۱۱۸)؛ امری که یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های غالب نظام‌های ثبت املاک است؛ چراکه بی‌توجهی به آن، پایگاه اطلاعات ثبت املاک را خیلی زود به یک پایگاه منســـوخ اطلاعاتی مبدل می‌سازد (همان‌جا) و منتقل‌الیه را با ریسک‌های حقوقی متعدد مواجه می‌کند. بدون تردید در یک نظام ثبت املاک مطلوب، توجه به نظام ثبت ثانویه از طریق تضمین روزآمدســـازی مداوم ثبت املاک به منظور تأمین اعتماد جامعه نســـبت به نظام ثبتی یک ضرورت است (همان:

۱۱۷). در این راستا سیاست ثبتی بایستی به‌گونه‌ای طراحی شود که با اعمال ضمانت اجرای مناسب و مدیریت فرایند ثبت ثانویه، نسبت به ترغیب ذی‌نفعان به مسأله ثبت موثر باشد. بر همین اساس ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول، ثبت تمامی اعمال حقوقی ناقل حق مالکیت و همچنین تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور را الزامی‌اعلام نموده است؛ یعنی نه تنها حقوق عینی، بلکه حقوق دینی باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد. هر چند به عقیده برخی این جامعیت ثبتی از جمله دستاوردهای این قانون است (خداداد و امینی،۱٤۰۱: ۱۸۵–۱۸٦). واقعیت آن است که این امر خلاف اصول و مبانی نظام ثبت ایران می‌باشد و منجر به مشکلات حقوقی متعددی خواهد شد؛ با این توضیح که یکی از مولفه‌های مهم در دسته‌بندی خانواده‌های ثبتی، معیار «الگوی ثبتی» است که انتخاب آن در هر نظام حقوقی ارتباط مستقیم با اهداف سیستم ثبتی در آن کشور داشته و اصول خاص خود را اقتضا می‌کند. بر اساس این معیار، نظام‌های ثبت املاک در دو دسته ثبت عینی و شخصی طبقه‌بندی می‌شوند. تفاوت کلیدی میان این دو نظام ثبتی به این نکته مربوط می‌شود که آیا صرفاً اعمال حقوقی و اسناد معاملاتی انجام شده بر روی املاک صرف نظر از اثر حقوقی‌ای که ایجاد می‌نمایند باید ثبت شود (نظام شخصی) یا نتیجه و اثر حقوقی این اعمال اگر منجر به ایجاد حقوق عینی گردید باید در دفاتر ثبتی (دفتر املاک) به ثبت برسد (نظام ثبت عینی) (Zevenbergen, 2002: 48). نظام حقوقی ایران بر اساس مفاد قانون ثبت ۱۳۱۰ و ماده ۱۰۳ آیین‌نامه آن، از «الگوی ثبتی» معروف به «ثبت عینی» پیروی کرده است؛[1] الگویی که مبتنی بر قابلیت شناسایی «وضعیت حقوقی مال (حقوق عینی)» و ایجاد نوعی قطعیت، ثبات و اطمینان نسبت به این وضعیت حقوقی و بر اساس «اصل اعلام» در نظام‌های حقوق اموال سیستم حقوق نوشته شکل گرفته است (طباطبائی حصاری و آیین‌پرست، ۱٤۰۲: ۵۸۳). اصل اعلام به معنای قابلیت اطلاع از وضعیت حقوقی مال و امکان اطلاع از «نوع حق موجود بر آن و میزان آن» و «دارنده حق» بوده و اثر مستقیم بر حقوق معاملات دارد (همان‌جا). هدف این اصل اطلاع رسانی در خصوص وضعیت حقوقی مال به «اشخاص ثالث» طرف معامله است (Berlee, 2018: 19). این امر به تفاوت بنیادین میان حقوق عینی و دینی به ویژه در نظام‌های

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: طباطبائی حصاری، ۱۳۸۹: ۲۱۹–۲۳۷.

حقوق نوشـــته برمی‌گردد؛ درحالی که حقوق دینی صرفاً میان طرفین آن معتبر است و قابلیت اســـتناد در برابر اشـــخاص ثالث را ندارد و همین مسأله سبب شده است که اصل بر عدم محدودیت نوع و تعداد آن‌ها باشـــد، حقوق عینی مطلق دارد و در برابر همه قابل اســـتناد است؛ به این معنا که از یک سو اشـــخاص ثالث موظف به احترام به این حق هســـتند، بنابراین عدالت ایجاب می‌کند که امـــکان آگاهی آن‌ها از نوع و دامنه این حقوق با ابزارهای حقوقی فراهم شـــود و از ســـوی دیگر نظام حقوقی باید بتواند این حقوق را هم شـــفاف به اشخاص اطلاع‌رسانی کند و هم امکان حمایت از حقوق عینی را در برابر جامعه فراهم کند و احتمال نقض آن توسط اشخاص ثالث را با فراهم کردن زمینه اطلاع از این حقوق برای آن‌ها، کاهش دهد. این ویژگی ســـبب شده که نظام‌های حقوقی نوشته تمایل به سیستم ثبت عینی و اتخاذ «اصل الزامی‌بودن ثبت» به منظور فراهم کردن زمینه آگاهی از حقوق عینی املاک به صورت شفاف پیدا نمایند (Berlee, 2018: 2; طباطبائی حصاری و آیین‌پرســـت،۱۴۰۲: ۵۸۴)؛ امری که سبب شده است برخی کشورهای حقوق عرفی مانند انگلستان نیز با توجه به اهمیت معاملات املاک، این سیســـتم را در تحولات قانون‌گذاری خود در حوزه ثبت املاک اتخاذ نمایند و بر این اســـاس ثبت تمامی حقوق عینی را بر اساس «اصل الزامی‌بودن ثبت» الزامـــی نماینـــد (Cooke, 2012: 158-159; Dixon, 2010: 29-30)؛ این در حالی است که ماده ۱ قانون الزام، در کنار لزوم ثبت هرگونه عمل حقوقی مفید انتقال حقوق عینی (مالکیت عین، منافع و حقوق انتفاعی)، تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی (حقوق دینی) را نیز مشمول الزام به ثبت در سامانه ثبت الکترونیک اسناد نموده است؛ یعنی نه تنها حقوق عینی، بلکه حقوق دینی باید در این ســـامانه به ثبت برســـد. پیش نویـــس اولیه این قانون به طور ضمنی از این هم فراتر رفته بود و در تبصره ۲ ماده ۱ نیز اســـناد وکالتی را نیز تحت شمول الزام به ثبت قرار داده بود؛[1] در حالی که مطابق مقررات قانون مدنی، وکالت از عقود اذنی است و ایجاد حق نمی‌کند. به عبارت دیگر،

۱. در متن اولیه پیش‌نویس تبصره مذکور، به لزوم ثبت وکالت‌های بلاعزل تصریح شده بود؛ هر چند در متـــن مصوب این تبصره اصـــلاح و ظاهرا مفاد آن به تعیین میزان حق الثبت وکالت فروش املاک محدود گردید، اما ذکر آن در ذیل ماده ۱ که در مقام بیان «اصل الزام به ثبت» اســـت و بیان عام مقنن بر لزوم ثبت هر قراردادی ممکن است این ابهام را به وجود اور که ثبت وکالت های بلاعزل در دفتر املاک نیز الزامی است که توجه به لزوم ثبت حق و نه اذن و این که وکالت صرف ایجاد اذن می نماید سبب دوری از این تفسیر می گردد.

نه تنها حق عینی بلکه حق دینی هم ایجاد نکرده و صرفاً نوعی اســتنابه در تصرف و حاوی اذن اســت نه حق. البته در متن نهایــی این امر اصلاح گردید . در رویه عملی دفاتر اسناد رســمی از ارسال خلاصه معامله وکالت‌های تنظیمی بعد از اجرایی شدن این قانون (در خصوص اسناد مشمول تبصره ٤ ماده ۱ قانون) به دفتر املاک خودداری می‌کنند که این رویه به معنای عدم توسعه قلمرو موضوعی ماده ۱، نسب به استنابه در تصرف (وکالت) است. توسعه قلمرو موضوعی«اصل الزام به ثبت» به حقوق دینی در حالی که اساســاً قابل استناد در برابر ثالث نیستند و همچنین عقود اذنی نظیر وکالت، خود می‌تواند موجب دعاوی عدیده شود که مغایر دغدغه تثبیت اعتبار اسناد مالکیت است و آن را تضعیف می‌کند؛ امری که دفتر املاک را هم در نمایش وضعیت حقوقی ملک دچار ایراد و ابهام خواهد کرد و این سوال را مطرح می‌کند که در فرض تعارض حقوق عینی با دینی، این حقوق عینی اســت که مقدم می‌باشد. بر فرض مثال اگر در پاسخ استعلام ثبتی درج شده بود که نسبت به ملکی تعهد به انتقال آن در آینده (حق دینی) وجود دارد، آیا سرفتر اســتعلام گیرنده حق تنظیم سند انتقال از سوی دارنده حق عینی مالکیت را نخواهد داشت؟ پاسخ مثبت با اصول حقوقی منطبق نخواهد بود و پاســخ منفی نیز این ابهام را پررنگ می‌سازد که هدف از ثبت حقوق دینی در دفتر املاک و اطلاع‌رســانی آن به اشخاص ثالث وقتی در روابط متعاقدین صرفاً دارای اثر حقوقی اســت چیســت و آیا نتیجه‌ای جز ابهام در معاملات املاک و ایجاد تردید در معامله توسط خریدار دارد؟

در تشــریح این اشکال گفتنی اســت که مطابق اصل آینه در نظام ثبت املاک، دفتر املاک باید آینه تمام نمای حقوق عینی باشــد و بتواند وضعیت حقوقی ملک را به اشــخاص ثالث نمایان ســازد (طباطبائی حصاری،۱۳۹۳: ٤۹۰)؛ چرا که در نظریه عمومی‌ثبــت املاک، دفتر املاک به مثابه صفحه یک ســاعت می‌ماند. افراد عادی به راحتی با نگاه به صفحه ســاعت، زمان دقیق را می‌ســنجند، اما هنگامی‌که به پشــت ساعت و سیســتم چرخ‌دنده‌های آن نگریسته شود، حتی افراد نسبتاً متخصص هم به سختی از کارکرد آن سر در می‌آورند (Pottage, 1995: 378).

این مثال بیان‌گر این نکته است که لازم نیست دفتر املاک فرایندها، تعارض‌ها، حقوق احتمالی و حقوق دینی را نمایش دهد؛ زیرا در این صورت اشخاص عادی را

از صفحه ســـاعت به پشت ساعت که فناوری پیچیده‌ای دارد هدایت می‌کند و فهمش کار هرکسی نیست. به عنوان مثال در صورتی که شخصی به عنوان مالک رسمی ملک ثبت شود و در کنار آن یک تعهد به انتقال مالکیت و یک وکالت در انتقال مالکیت به ثبت رسد، خریدار و حتی سردفتر تنظیم کننده سند در یافتن مالک اصلی ملک دچار تردید و ســـردرگمی می‌شود؛ لذا بررسی، صحت‌ســـنجی و اعتباربخشی به معاملات منعقده دقیقاً حکم همان چرخ‌دنده‌های ســـاعتی را دارد که به شـــیوه‌ای کاملاً پیچیده کار می‌کنند.

فهم ماهیت حق دینی و اثر حقوقی آن برای خریداری که حقوق‌دان نیســـت، کار دشواری است و این امر سبب ایجاد چالش‌های حقوقی جدید در معاملات املاک خواهد شـــد؛ به ویژه که بعد از الزامی‌شـــدن این قانون و با تفاسیر متعدد از متن مبهم آن، دفاتر اسناد رسمی شروع به ثبت «قولنامه رسمی» یا وعده به بیع رسمی که صرفاً ایجاد کننده حق دینی اســـت، در کنار سند «قطعی غیر منقول» (بیع) نموده‌اند که خود می‌تواند زمینه تضییع حقوق خریداری را فراهم کند که با تنظیم ســـند در دفترخانه و بنا بر عرف متعارف تا کنون گمان می‌برده مالک اســـت و چه بســـا تمامی ثمن را هم پرداخت کرده باشد؛ در حالی که انچه از نظر حقوقی اتفاق افتاده، وعده به بیع (قولنامه به معنای خاص) می‌باشـــد؛ و نه انتقال حـــق مالکیت (حق عینی) به خود. این امر در حالی اســـت که تنظیم پیش‌نویس سند توسط مشاوران املاک در ماده ۳ این قانون نیز بدون تعیین اثر حقوقی دقیق آن پیش‌بینی شده است و مشخص نیست تنظیم سند در هر یک از قالب‌های فوق نسبت به ملک واحد و در برابر اشخاص متفاوت و ثبت آن در دفتر املاک چه تبعاتی را به دنبال خواهد داشت.

برخـــی معتقدند لزوم ثبت تعهد به انتقال، رویـــه جاری نظام‌های ثبت املاک مدرن نظیر فرانســـه اســـت (خداداد و امینی،۱۴۰۱: ۱۹۴-۱۹۷)، اما به نظر می‌رســـد اختلاطی در این بخش میان دو مفهوم «الزام به تنظیم سند رسمی» و «الزام به ثبت در دفتر املاک» صورت گرفته اســـت. مطالعه تطبیقی نظام‌های ثبت املاک نشان می‌دهد این اســـتنباط ناشی از سو برداشت از جزئی از سیستم مرکب معاملات در فرایند ثبت معامله ملکی در کشـــورهای دیگر اســـت که در برخی از نظام‌های ثبت املاک تحت

عنوان ثبت موقت[1] یا مقدماتی[2] (در حقوق فرانسه) یا رزرو تقدم[3] (در حقوق آلمان و سوئیس) وجود دارد؛ بدین صورت که تعهد طرفین برای انعقاد قرارداد بیع مشابه نهاد قولنامه در نظام حقوقی ایران که متفاوت از مبایعه‌نامه و قرارداد انتقال مالکیت است، ابتدا به صورت رسمی انجام می‌شود. پس از آن سردفتر یک اخطار صادر می‌کند که این اخطار یک رزرو مقدماتی در دفتر املاک ایجاد می‌کند و خریدار پس از آن نسبت به رزرو تقدم خود و مسدود شدن سیستم نسبت به هرگونه نقل و انتقال اطمینان حاصل می‌کند. پس از آن استعلام‌های لازم اخذ شده و فرصت برای پرداخت ثمن قرارداد به خریدار داده می‌شود و پس از پرداخت، سند انتقال تنظیم شده و انتقال در دفتر املاک ثبت می‌شود (Schmid,et al, 2006: 42-43) یعنی آنچه در دفاتر ثبتی در این مرحله به ثبت می‌رسد رزو حق تقدم است نه حق مالکیت.

به عنوان مثال در فرانسه یکی از مشکلات اساسی افراد منتقل‌الیه آن بود که پس از انعقاد مبایعه‌نامه، افراد انتقال دهنده حاضر به ثبت تقاضای انتقال نبودند. از سویی طرح دعوی در دادگاه نیز منتقل‌الیه را مشمول اطاله‌ای سنگین می‌کرد؛ از این رو در این نظام ثبتی تحت ماده ۳۷ قانون ٤ ژانویه ۱۹۵۵ امکان ثبت موقت اسناد رسمی که هنوز مطابق قانون ثبت نشده‌اند وجود دارد (Simler & Delbecque, 2016: n. 882). استفاده از این مکانیزم زمانی توجیه می‌شود که شرایط لازم برای ثبت نهایی هنوز برآورده نشده باشد و نیاز به حفظ حقی که ثبت آن مورد تقاضاست وجود داشته باشد. این در شرایطی است که دارنده حق تنها یک سند خصوصی دارد و اخذ گواهی ثبت برای آن دشوار است. ثبت مانع از آن می‌شود که اشخاص دیگر حقوق خود را در رتبه بالاتر از این حق قرار داده و ثبت کنند. این ثبت مقدماتی اولویتی را به حق اعطا می‌کند؛ به شرطی که ثبت قطعی ظرف سه سال صورت پذیرد (ibid). در آلزاس موزل نیز قانون ۱۹۲٤ در بردارنده مکانیزم ثبت موقت است؛ با این حال در قیاس با نظام عمومی ثبت املاک فرانسه دارای دو تفاوت عمده است: نخست، برخلاف سیستم عمومی‌شرایط محدودتر است؛ زیرا باید نشان داده شود که حق هنوز نمی‌تواند به صورت قطعی ثبت شود و ثابت شود که این حق از جمله

1. provisional registration
2. Vormerkung
3. freeze

حقوقی اســـت که می‌توان ثبت کرد؛ دوم، محدودیت زمانی بـــرای تاثیر ثبت موقت وجود ندارد (Glock, 2004: 26)؛ فرایندی که در قانون الزام پیش‌بینی نشده است و آثار حقوقی آن نیز تبیین نشده و در نتیجه منجر به ابهام‌های متعدد در دفاتر املاک و حقوق ایجاد شده ناشی از ثبت خواهد شد. بدیهی است که پیش‌بینی این اثر حقوقی و این فرایند نیاز به صراحت قانونی دارد.

۲-۱. تحلیل جایگاه اصل تضمین در قانون الزام

یکی دیگر از تفاوت‌های بنیادین اتخاذ الگوی ثبت عینی (رجیستر) و شخصی (رکورد)، در تضمین مالکیت توســـط دولت است. در الگوی ثبتی رجیستر، در پایان فرایند ثبتی، ســـندی تحت عنوان ســـند مالکیت صادر می‌شـــود که دارای تضمین و پشتوانه دولتی است؛ بدین معنا که دولت برای تأمین امنیت اشخاص ثالثی که به دفاتر ثبتی مراجعه و کسب اطلاعات می‌کنند و همچنین امنیت مالک ثبت شده در خصوص ثبات و غیر قابل نقض بودن حقوقش، مندرجات دفتر املاک را تضمین می‌کند؛ امری که در سیســـتم های عینی معروف به اصل تضمین یا بیمه[1] است (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۳: ٤٨٤)؛ این در حالی است که در نظام‌های ثبت املاک معروف به ریکورد، نظام ثبتـــی صرفاً به جمع‌آوری اطلاعات و اســـناد معاملاتی آن هم به صرف اعلام طرفین سند و بدون ورود به ماهیت این اسناد و بررسی صحت آن‌ها بسنده نموده و در پایان فرایند ثبتی نیز چیزی تحت عنوان سند مالکیت صادر نمی‌شود و به مالک تحویل داده نمی‌شـــود، بلکه صرفاً در حاشیه سند ارائه شده برای ثبت گواهی می‌شود که مفاد آن ثبت شد؛ زیرا این سیستم‌ها به هیچ وجه صحت اطلاعات یا مالکیت مدعی مالکیت را تضمین نمی‌کنند و صرفاً بر حسب اعلام مالک بدون بررسی صحت آن این اطلاعات وارد سیســـتم شده اســـت (Sagaert, 2016: 415,417; UN-ECE, 2000: 143). با توجه به احتمال خطایی که در فرایند بررســـی متصور اســـت، خرید بیمه خصوصی مالکیت از جمله نهادهایی اســـت که در نظام های حقوقی اتخاذ کننده این سیســـتم ثبتی وجود دارد (Foster, 2013: 114). در این راستا و به‌رغم آن که مقنن در ماده ۱ از «اصل ابطال ناپذیری ثبت» که ویژگی خاص سیســـتم‌های ثبت عینی است و ناشی از تضمین صحت اطلاعات ثبت شـــده در این سیســـتم‌ها می‌باشد صحبت کرده، در

1. Insurance Principle

ماده ۱۳ ضمن پذیرش قابلیت ابطال سند بر خلاف مفاد ماده ۱ و با فراموشی اصل تضمین سیستم‌های ثبتی که دولت را مکلف به جبران خسارت ناشی از اشتباهات موجود در سیستم ثبتی می‌نماید و با پیروی از الگوی ثبت شخصی، سازمان ثبت را مکلف ساخته است در صورت درخواست طرفین نسبت به بیمه خصوصی معامله منعقده اقدام نموده تا در صورت بطلان، متضرر بتواند ضرر و زیان خود را از شرکت بیمه مطالبه کند. اشکال اساسی این مقرره، بی‌توجهی به نوع نظام ثبت املاک ایران و عدم توجه به تفاوت میان اصل بیمه یا تضمین که ویژگی سیستم ثبت عینی است با قراردهای خصوصی بیمه مالکیت می‌باشد. در واقع در نظام‌های ثبت شخصی با توجه به آن‌که اسناد معاملاتی پیشین و کشف زنجیره معاملاتی توسط شرکت‌های حرفه‌ای خصوصی انجام می‌شود (Janczyk, 1977: 213-214)، میزان محاسبه ریسک کار دشواری نبود و هرچه ریسک بالاتر باشد، مبلغ حق بیمه هم بیشتر است (The Law commission, 2016: 292)؛ در حالی که در نظام ثبت عینی، دفتر املاک صرفاً منعکس کننده حقوق عینی موجود در ملک است و بیمه‌گر خصوصی اطلاعات چندانی ندارد که بتواند بر اساس آن‌ها میزان ریسک معاملات را ارزیابی کند (ibid). افزون بر آن در نظام‌های ثبت عینی، نظام‌های ثبت املاک نمی‌توانند هیچ سقف مالی برای تعهدات خود نسبت به جبران خسارت احتمالی قائل باشد؛ در حالی که بیمه‌گر تجاری بر اساس سقف تعهدات خود مبادرت به محاسبه حق بیمه می‌کند (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱٤۰۰: ٤٤۹).

موارد مذکور نشان می‌دهد با وجود آن‌که این قانون با هدف تقویت اعتبار سند رسمی مالکیت که صدور آن ویژگی سیستم ثبت عینی است و در سیستم‌های ثبت شخصی وجود ندارد و سلب اعتبار از اسناد عادی در دستور کار قرار گرفت؛ لیکن عدول مقنن از اصول سیستم ثبت عینی در فرایند تصویب این قانون ابهام‌هایی را در قابلیت اجرای مفاد آن به وجود آورده و سبب تعارض میان مفاد این قانون با سایر مقررات ثبتی موجود و لازم الاتباع و عدم تامین اهداف این قانون شده است.

۲. تحلیل راهکارهای قانون الزام در «اعطای اعتبار مطلق به اســـناد رسمی مالکیت»

مـــاده ۱ قانون الزام، قلب این قانون و مهم‌ترین ماده آن اســـت که ناظر بر اثر ثبت بر معاملات املاک و در پاسخ به نیاز به تامین «اصل الزام به ثبت» از طریق تعیین ضمانت اجرای صحیح قانونی طراحی شـــده اســـت. ماده‌ای که نشان می‌دهد قلمرو این قانون محدود به ثبت ثانویه (ثبت معاملات املاک) است و ثبت اولیه همچنان بر اساس قانون ثبت اســـناد و املاک ۱۳۱۰ و مقررات و اصول مذکور در آن باید انجام شود؛ امری که عنوان این قانون نیز موید آن است و می‌تواند مانع بسیاری از تفاسیری شـــود که که ممکن است نظام ثبت املاک را با آسیب‌های جدی به ویژه در خصوص املاکی که ثبت اولیه آن‌ها به پایان رســـیده اســـت، مواجه کنـــد و رویه قضایی را با چالش‌های حقوقی بیشتری روبه‌رو سازد.

نکتـــه حائز اهمیت در این ماده که در حقیقت به دنبال حل چالش‌های مربوط به ضمانت اجرای لزوم ثبت معاملات املاک و تشـــتت آرای قضایی در این خصوص بوده، ابهام در قلمرو حکمی‌این ماده و تعارض صدر و ذیل آن اســـت. در این مقرره تمامـــی اعمال حقوقـــی ناقل حق مالکیت و همچنین تعهد بـــه انجام کلیه این اعمال حقوقی در ســـامانه ثبت الکترونیک اسناد الزامی اعلام شده است. قانون‌گذار با درک مشـــکلات ناشی از ماده ٦٢ قانون احکام دائمی‌توسعه از حیث اعتبار اعطایی به اسناد عـــادی و درصدد رجعت به مواد قانون ثبت خاصه ماده ٤٦ و ۲۲ قانون ثبت، در متن اولیه مصوب مجلس ضمانت اجـــرای این الزام را به صراحت «بطلان» عمل حقوقی ثبت نشـــده اعلام نمود که با ایرادهای شـــورای نگهبان مواجه شد و پس از ارجاع به مجمـــع، کلمه «بطلان» حذف و در متن نهایی ضمانت اجـــرای این عدم ثبت به این نحو بیان گردید: «... دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آن‌ها، در بخشی که مفید موارد مذکور است، در غیر این صورت نزد مراجع قضایی، شبه قضایی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است ...». مقنن در فراز اول ماده، ثبت در ســـامانه ثبت الکترونیک را کافی و دارای منشا اثر حقوقی قرار داده و ضمانت اجرای آن را بر خلاف هدف اولیه و اصول ثبتی که ناظر بر مرحله «ثبوت» معامله بود، به مرحله «اثبات» منتقل نموده و از عدم قابلیت استماع دعوا و بی‌اعتباری

ادله راجع به آن صحبت کرده اســـت؛ امری که این پرســـش را مطرح می‌سازد که آیا نـــوع نظام ثبتی ایران از لحاظ اثر ماهوی ثبت بـــر معاملات املاک با این مقرره تغییر نموده است. هر چند فراز اول ماده به این سوال پاسخ مثبت می‌دهد، لیکن فراز بعدی ماده پاسخ به این سوال را با ابهام جدی مواجه می‌کند؛ زیرا مقنن در انتهای متن ماده بـــا عدول از آنچه در فراز اول ذکر کرده، مقرر می‌دارد: «... در مراجع قضائی و اداری مذکور فقط شخصی مالک ملک شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون «سازمان» نامیده می‌شود ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد». بر اساس این قسمت، آنچه ثبت به حساب می‌آید و الزامی و دارای اثر حقوقی است، ثبت در «دفتر املاک سازمان ثبت» است نه سامانه ثبت الکترونیک و علاوه بر آن، مفاد این قسمت همانند ماده ۲۲ قانون ثبت مفید این مطلب اســـت که صرفاً کســـی مالک به حساب می‌آید که معامله او در دفتر املاک به ثبت برســـد و لذا این امر به عنوان شـــرط صحت این معاملات قابلیت تفســـیر دارد و در نتیجه فراز اول ماده هم در خصوص عدم قابلیت اســـتناد دعوای به استناد اســـناد عادی و بی‌اعتباری ادله عادی به عنوان اثر این امر تفسیر شود؛ یعنی نه تنها ابهام‌های گذشته در خصوص اثر ماهوی ثبت بر معاملات املاک با این ماده رفع نمی‌شـــود، بلکه با این بیان مبهم و مجمل مقنن، اکنون تفســـیر دیگری هم قابل ارائه اســـت که ثبت در «ســـامانه ثبت الکترونیک» را بتوان دارای اثر اثباتی و ثبت در «دفتر املاک» را دارای اثر ثبوتی دانست.

به‌رغم ابهام فوق در ضمانت اجـــرای لزوم ثبت معاملات املاک مقرر در این مـــاده، نکته حائز اهمیت در این ماده که می‌تـــوان آن را مهم‌ترین نوآوری این قانون دانســـت، پذیرش «اصل ابطال ناپذیری ثبـــت» در مرحله ثبت ثانویه به عنوان یکی از اصول بنیادین سیســـتم‌های ثبت عینی در دنیا می‌باشـــد. مقنن در جهت اعطای اعتبار مطلق به اســـناد رسمی معاملات املاک، به صراحت پذیرش هر دعوایی در خصوص ملک ثبت شـــده به استناد اسناد عادی به جز دعوای استرداد عوضین را منتفی دانسته اســـت. باید توجه داشت که یکی از مبانی ظهور نظام ثبت املاک مقابله با ریسک‌های حقوقی اســـت که منتقل‌الیه ممکن است با آن موجه شـــود. مهم‌ترین آن‌ها، «ریسک بی‌اعتباری اســـناد مثبت مالکیت ناقل» و «بی‌اعتباری معامله ناقل و منتقل‌الیه» اســـت

(طباطبائی حصاری، ۱۳۹۵: ۱۵-۱۶).

بـــرای مقابلـــه با این ریســـک‌ها، در ادبیـــات ثبت املاک نظریـــه‌ای با عنوان «ابطال‌ناپذیری ثبت مالکیت» به رســـمیت شناخته شده است. ترکیب «ابطال‌ناپذیری» برای اولین بار توســـط رابرت تورنس،[1] هنگام ارائه ســـخنرانی دوم خود در پارلمان اســـترالیای جنوبی در خصوص طرح اولیه موســـوم به مقررات تورنس مطرح شـــد (Harding, 2007: 347). او معتقد بود که یکی از مبانی بنیادین سیستم تعبیه شده در این مقررات آن اســـت که مالکیت ثبت شده جز در مواردی که در نتیجه کلاهبرداری و جعل به دست آمده است، مالکیتی ابطال‌ناپذیر خواهد بود (ibid).

در ایران نیز اگرچه ماده ۲۲ قانون ثبت اســـناد و املاک ۱۳۱۰ به عنوان قاعده برتری مالک ثبتی[2] مجوز طرح دعوی علیه مالکیت ثبت شده را اعطا نمی‌کرد و مجوز ابطال ســـند مالکیت ناشی از ثبت اولیه را حتی در فرض ثبت ملک دیگری به منظور تامیـــن اصل فوق نمی‌دهد (ماده ٢٤) و صرفاً امـــکان طرح دعوای کیفری را پذیرفته اســـت (مواد ۱۰۵ - ١١٤) لیکـــن این مقرره با توجه به صراحـــت عبارات آن صرفاً در مرحله ثبت اولیه جاری بود و قابل تســـری بـــه ثبت ثانویه نبود و از برتری مطلق مالک ثبتی بر اســـاس مفاد مواد ٢٤ و ٢٢، در ســـال ۱۳۵۱ با اصلاح ماده ۲۵ به منظور امکان‌پذیری اصلاح دفتر املاک کاسته شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۳۱).

با تصویب قانون الزام، مقنن با الهام از متن ماده ٢٤ قانون ثبت که در مقام بیان اصل ابطال ناپذیری در مرحله ثبت اولیه می‌باشـــد، از عدم پذیرش هر گونه شکایت کیفری یا دعوای حقوقی از جمله دعوای ابطال ســـند رسمی مالکیت سخن می‌گوید؛ امـــری که با توجـــه به قلمرو موضوعی ماده ۱ بیان‌گر پذیـــرش «اصل ابطال ناپذیری سند رسمی مالکیت» در مرحله ثبت ثانویه یا ثبت معاملات به طور مطلق می‌باشد که می‌تواند جلوی طرح هر دعوایی به اســـتناد ایراد در زنجیره مالکیت ایادی قبلی و یا حتی عدم وجود شـــرایط ماهوی صحت معامله را بگیرد. نحوه بیان مقنن چنان مطلق اســـت که به خلاف سایر نظام‌های حقوقی که در کنار پذیرش این اصل به استثنائات آن به طور محصور اشاره کرده‌اند نیز توجهی نکرده[3] (O'Connor, 2009: 208-216)

1. Robert Torres
2. Paramountcy Provision
۳. به عنوان مثال در انگلســـتان که به زعم صاحب‌نظران سیســـتم مالکیت به موجب ثبت یا title by

و ظاهراً به دنبال اعطای اعتبار مطلق به سند رسمی بدون هیچ استثنایی بوده است. بر همین اساس در فراز سوم ماده ۱۰ این قانون نیز در فرض اخذ سند رسمی با جعل(!) که در اغلب نظام‌های حقوقی اســـتثنای اصل ابطال ناپذیری است، برای مالک واقعی صرفاً حق مطالبه قیمت روز را در نظر گرفته اســـت؛ نوآوری که پراکندگی در مراجع بررســـی و تصویب این قانون و عدم وجود وحدت دیدگاه میان آن‌ها به ســـرعت در مواد دیگر از آن عدول شـــده است؛ به گونه‌ای که هدف اصلی قانون در اعطای اعتبار مطلق به اســـناد رسمی مالکیت را نقض کرده است. نمونه بارز آن در تبصره ۵ ماده ۱ می‌باشد که با الهام از فرایند دادرسی فوق‌العاده موضوع ماده ٤٧٧ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ دعوای مربوط به تمامی اعمال حقوقی و معاملات ثبت نشـــده (معاملات عادی) که قبل از لازم الاجرا شـــدن[1] این قانون محقق شـــده اســـت را در صورت تشخیص قطعیت این مستندات عادی توسط رئیس قوه قضائیه الی بدون قید زمانی قابل اســـتماع دانسته است؛ دعاوی‌ای که نه تنها محدود به زمان مشخص شده، برای دوره گذار مذکور در ماده ۱۰ این قانون نیســـت، بلکه دقیقا متضاد با اصل ابطال ناپذیری اسناد مالکیت ثبت شده در ثبت ثانویه بوده و باب پذیرش دعاوی ابطال اسناد مالکیت به اســـتناد معاملات عادی واقع شده قبل از لازم الاجرا شدن این قانون را تا ابد باز می‌گذارد و ســـیل طرح دعاوی مستند به اسناد عادی را به امید برخورداری از امتیاز این تبصره ایجاد می‌کند.

افزون بر آن، عدول از اصل ابطـــال ناپذیری در ماده ۱۳ این قانون به گونه‌ای اســـت که می‌توان تغییر رویکرد مقنن را به پذیرش «اصل ابطال پذیری» ملاحظه کرد. این رویکرد مربوط به سیســـتم‌های ثبت شخصی اســـت که متضمن تضمین مالکیت

---

registration را پذیرفته اســـت (Cooke, 2003: 1) در پرونده Ajibade v Bank of Scotland plc، خانـــم Ajibade مالک ملکی بود. خواهر وی با جعل وکالت‌نامه‌ای از وی در خصوص انتقال ملک، ملک را به همســـر خود منتقل کرد و او نیز آن را در ازای دریافت وام در رهن بانک گذاشت. پس از اطلاع Ajibade و طرح دعوا علیه بانک، دادگاه رأی داد که یک اشتباه در سیستم ثبت رخ داده است تنها زمانی می‌تواند اصلاح شود که مالکیتی فاقد از حقوق رهنی به خانم Ajibade بازگردد. بر همین مبنا رأی به ابطال انتقال و حق رهن داد (Carruthers, 2015: 1281-2).

۱. تالی فاســـد این مقرره زمانی بیشتر مشخص می‌شود که توجه شـــود زمان لازم الاجرا شدن مواد مختلف این قانون نیز دارای ابهام اســـت و قابلیت تفاسیر مختلفی را دارد که آیا بر اساس ماده ۱ یک سال بعد از راه اندازی سامانه ماده ۱۰ است و یا مفهوم لازم اجرای مقرر در تبصره ٤ ماده ۱ است که به قرینه انتهای این تبصره، پانزده روز پس از انتشار آن است.

توسط دولت نیست و فرایند ثبت صرفاً عملی اداری بدون صدور سند مالکیت و شبیه گواهی امضا صرف می‌باشد. مقنن در این ماده مفاد ماده ۱ را کاملا فراموش کرده و برخلاف آن، از ابطال معامله رسمی انجام شده و در نتیجه سند رسمی مالکیت به طور مطلق سخن گفته و مسؤولیت شخصی که بطلان مستند به اوست را قابل بیمه تلقی کرده است؛ امری که با هدف اولیه مقنن در تصویب این قانون در تعارض آشکار است.

۳. تحلیل رویکرد قانون الزام نسبت به «سلب اعتبار از اسناد عادی»

بررسی تحولات نظام حقوقی ایران در مقدمه نشان داد که سلب اعتبار از اسناد عادی و جلوگیری از انعقاد معاملات عادی هدف مهم دیگری است که در این قانون دنبال شده است. پرسش قابل طرح آن است که این قانون در تحقق این سیاست چه راهکارهای حقوقی را پیش‌بینی کرده و این راهکارها تا چه میزان در تامین این هدف موثر می‌باشند. مروری بر مفاد این قانون نشان می‌دهد که قانون‌گذار برای تحقق سیاست مذکور دو راهبرد «سلب اختیار مشاورین املاک در انعقاد قرارداد» و پیش‌بینی یک دوره گذار برای «ساماندهی اسناد عادی موجود» را مورد نظر داشته است.

۱-۳. سلب اختیار مشاورین املاک در انعقاد قرارداد

یکی ار مهم‌ترین عللی که موجب ترویج اسناد عادی در معاملات غیرمنقول می‌شود، نقش آفرینی افراد فاقد تخصص حقوقی به نام بنگاه‌های معاملات املاک است که اسناد قراردادهای نقل و انتقال را به طور عادی تنظیم نموده و باب نقل و انتقالات معارض و گاهی برخی جرائم ملکی را باز می‌نماید (موسوی؛ به نقل از هاشمی، ۱۳۹۹: ۲۰). با هدف جلوگیری از این امر، در پیش‌نویس اولیه این قانون، به بطلان تمامی این معاملات تصریح شده بود که به شرحی که گذشت تغییر کرد. با این وجود و با هدف جلوگیری از گسترش معاملات عادی، مقنن در ماده ۳ این قانون، صلاحیت مشاوران املاک و بنگاه‌های ملکی را پس از انجام مذاکره مقدماتی، صرفاً محدود به درج «پیش‌نویس قرارداد» در «سامانه ثبت الکترونیک اسناد» جهت انعکاس به دفاتر اسناد رسمی دانسته است. در ماده ۱۱ این قانون نیز آنان را از مبادرت به تنظیم سند عادی قرارداد در خصوص معاملات موضوع ماده ۱ منع کرده و برای متخلفان نیز مجازات‌های انتظامی‌از جمله جریمه‌های سه و شش برابری حق دلالی،

تعلیق موقت و یا ابطال پروانه دلالی و ... مقرر نموده است. مقررات فوق از دو جهت قابل ایراد و تامل است:

نخســـت، ابهام در ماهیت، ضمانت اجرا و آثـــار حقوقی پیش نویس تنظیمی: توجه به سیر تغییرات ایجاد شده در متن این ماده، این ابهام را شدیدتر می‌کند؛ زیرا در متن اولیه پیش‌نویس فاقد اثر حقوقی اعلام شـــده بود. اکنون با حذف آن عبارت، این ابهام به وجود می‌آید که ماهیت این پیش‌نویس چیست و آیا تنظیم آن از نظر حقوقی فاقد اثر در انتقال مالکیت اســـت یا به طور مطلق فاقد هر گونه اثر حقوقی می‌باشـــد. تهیه این پیش‌نویس و ثبت آن در سامانه، آیا حق تقدمی شبیه «رزرو حق مالکیت» در نظام‌های حقوقی دیگر مانند فرانســـه که آن نیز به طور مستقیم توسط سردفتران اسناد رســـمی به عنوان مامور به خدمت عمومی‌ایجاد می‌شود، به وجود می‌آورد؟ (Simler & Delbecque, 2016: n.882; Schmid, et al, 2006: 42-43) اگـــر پیش‌نویـــس تنظیمـــی ررا دارای اثر فوق بدانیم، مشـــمول ممنوعیت مندرج در ماده ۱۱ نیســـت و نوعی اعتباربخشی به اسناد عادی است؛ زیرا مشاوران املاک مامور عمومی نیستند که سند تنظیمی توسط آن‌ها سند رسمی محسوب شود (طباطبائی حصاری،۱٤۰۰: ۸۰). اگر این پیش‌نویس فاقد اثر حقوقی به طور مطلق است، چگونه با عرف معاملاتی که تبادل ثمن و تحویل قبل از ثبت معامله در دفترخانه اسناد رسمی است جمع می‌شود؟ از نظر منطقی، فروشنده نیز بدون اخذ قسمتی از ثمن نمی‌پذیرد که پیش‌نویس معامله در سامانه ثبت اسناد ثبت شود و محدودیت در معاملات او نسبت به ملکش به وجود آید. از ســـوی دیگر، خریدار نیز حاضر نخواهد بود بدون ایجاد حقی به جز استرداد ثمـــن آن هم در یک اقتصاد تورمی، مبلغی را به فروشـــنده پرداخت کند؛ به ویژه آن کـــه برخلاف نظام‌های حقوقی دارای حق رزرو مالکیت، هیچ محدودیت زمانی برای تنظیم ســـند انتقال مالکیت نزد سردفتر پس از تهیه پیش‌نویس مذکور پیش‌بینی نشده است (Schmid, et al, 2006: 43).

دوم، عدول از قاعده اولیه سلب اعتبار از اسناد عادی: مقنن دو استثناء مهم بر این قاعده وارد کرده است.

اســـتثناء اول: به‌رغم آن که بنا بر مفاد مواد ۳ و ۱۱ این قانون، مشاوران املاک از تنظیم ســـند انتقال منع شده‌اند، در تبصره ۲ ماده ۳ مقنن از آن عدول کرده و حتی

صلاحیت تنظیم ســـند انتقال به آن‌ها اعطا نموده و سازمان ثبت مکلف شده است که امکان دسترسی دلالان و مشاورین املاک و اشخاص حقیقی و حقوقی به پایگاه ثبت اسناد الکترونیک جهت «ثبت اعمال حقوقی موضوع ماده ۱» قانون را فراهم کند؛ امری که نشان می‌دهد به موجب این قانون، مشاوران املاک از این پس دارای دو صلاحیت خواهند بود: صلاحیت انجـــام مذاکرات اولیه و «تنظیم پیش‌نویس قرارداد» مطابق با ماده ۱ این قانون و صلاحیت «انعقاد و ثبت همه اعمال حقوقی موضوع ماده ۱» به طور مستقیم در سامانه تنظیم اسناد؛ مشروط بر آن که در قالب قراردادهای یکسان و نمونه موجود در این ســـامانه اقدام کنند (بدون امکان کاهش و افزایش شروط قراردادی) و همچنین ملک موضوع معامله دارای ســـند رســـمی مالکیت (سابقه ثبتی خاتمه یافته) باشـــد؛ امری که نه تنها با هدف مقنن در جلوگیری از تنظیم قراردادهای ملکی توسط مشـــاوران املاک (غیر متخصصین حقوقی) و منطوق مواد ۳ و ۱۱ هماهنگ نیســـت، بلکه با توجه به آن که مشاوران املاک مامور رسمی یا عمومی نیستند، در رسمی بودن اسناد انتقال ثبت شده توسط آن‌ها ایجاد ابهام می‌کند؛ چه آن‌که برابر ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، ســـند رسمی سندی است که توسط مأمور رسمی در حدود صلاحیت مأمور و مطابق قانون تنظیم شده باشد. از آنجا که هیچ مقرره صریحی در باب تلقی مشاورین املاک به عنوان مأمور رسمی یا عمومی وجود ندارد، معاملات منعقد شده توسط آن‌ها ولو در سامانه الکترونیک ثبت اسناد به ثبت رسد، از نظر ماهیت معاملات غیر رسمی و عادی محســـوب می‌شود. اعطای این صلاحیت به مشاوران املاک و یا تلقی رسمی بودن این اســـناد، خلاف «اصل انحصاری بودن تنظیم سند توسط سردفتران» است که از اصول حاکم بر سیستم ســـردفتری لاتین می‌باشد.[۱] حتی مقنن از آن هم فراتر رفته و خودکاربری همه اشـــخاص حقوقی و حقیقی را در تنظیم سند مشروط به دو شرط فوق را پیش‌بینی نموده است؛ امری که صرف نظر از قابلیت اجرای آن، امنیت حقوقی معاملات املاک را به خطر خواهد انداخت و وضعیت های حقوقی ثبت شده در دفتر املاک را با ابهام‌ها و تردیدهای جدی مواجه خواهد کرد.

اســـتثناء دوم: بنا بر ماده ۲ این قانون، دفاتر اسناد رسمی مکلفند اسناد مربوط

---

۱. برای مطالعه بیشـــتر در خصوص اصل انحصاری بودن تنظیم سند، بنگرید به: طباطبائی حصاری و سلیمان آبادی، ۱۴۰۰: ۶۲۲-۶۲۳.

به قراردادهای خصوصی اشـــخاص از قبیل تعهد به بیع، قولنامه، مبایعه‌نامه و اقساط ثمن و امثـــال آن را تنظیم و ثبت نمایند. تفکیک میان «ســـند» و «قرارداد خصوصی» در این ماده به این معناســـت که مقنن به طور ضمنی پذیرفته اســـت که انعقاد قولنامه یا مبایعه‌نامه عادی به طور مطلق یعنی حتی پس از ســـپری شـــدن دوره گذار مذکور در ماده ۱۰ این قانون دارای اثر حقوقی اســـت و ســـردفتران مکلف به ثبت آن‌ها در هر زمانی حتی برای مثال ده ســـال پس از انعقاد می‌باشـــند؛ امری که خود زمینه طرح دعوای جدیدی مبنی بر «الزام دفاتر اســـناد رسمی به ثبت قراردادهای عادی» موضوع این ماده را فراهم می‌کند.

۲-۳. ساماندهی اسناد عادی موجود

مـــاده ۱۰ قانون الزام بـــا پیش‌بینی یـــک دوره گذار به دنبـــال تعیین تکلیف تمامی‌ادعاها و حقوق ایجاد شـــده بدون تنظیم ســـند رسمی و خاتمه دعاوی آن بوده اســـت. به این منظور ســـازمان ثبت را مکلف به ایجاد ســـامانه «ساماندهی اسناد غیر رسمی» ظرف یک‌سال از تاریخ ابلاغ این قانون نموده و مدعیان را مکلف کرده ادعای خود راجع به مالکیت عین و ســـایر حقوق عینی ملک و مســـتندات آن که قبل از راه اندازی این ســـامانه ایجاد شده و فاقد سند رسمی می‌باشند را ظرف دوسال از تاریخ راه‌اندازی این ســـامانه ثبت کنند و ظرف دو ســـال از ثبت در سامانه مذکور، آن‌ها را مکلف به طرح دعوا در دادگســـتری یا هر اقدام قانونی لازم دیگر و بارگذاری آن در سامانه نموده است. ضمانت اجرای این امر هم آن است که «پس از مهلت مزبور هیچ ادعایی در سامانه قابل ثبت نیست. در صورت انقضای مواعد فوق الذکر و عدم اقدام قانونی مدعیان مذکور ادعاهـــای مزبور علیه اراضی عمومی و دولتی از جمله اراضی ملی، موات خالصه مستحدث و ساحلی و همچنین علیه اشخاص ثالث با حسن نیت بی اطلاع از معاملات معارض قبلی دارنده ســـند رسمی قابل استناد استماع و معارضه نیست..».

هدف پیشـــنهاد دهندگان این ماده آن بوده که پس از گذری شـــدن این دوره گذار چهار ساله، وضعیت همه معاملات عادی و فاقد سند رسمی در خصوص املاک مشـــخص شود و در نتیجه صرفاً دفتر املاک مشـــخص کننده وضعیت حقوقی ملک باشـــد، اما متن این ماده به گونه‌ای تنظیم و در فرایند تصویب اصلاح شـــد که نه تنها

منجر به سلب اعتبار اسناد عادی مالکیت بعد از دوره گذار نمی‌گردد، بلکه از جهاتی اعتبار بیشتر به اسناد عادی اعطا نموده و علاوه بر آن، به خلاف قلمرو قانون که ناظر بر ثبت ثانویه اســـت، امکان تفسیرهایی را باز می‌کند که می‌تواند اصل ابطال ناپذیری در ثبت اولیه را هم دچار خدشه نماید و سیل جدید از پرونده‌های حقوقی را در این حوزه مطرح سازد؛ به این شرح که اگر چه متن ماده ۱ قانون راجع به ثبت ثانویه است، لیکن مفاد ماده ۱۰ مطلق بوده و ثبت «ادعاهایی» که قبل از راه‌اندازی سامانه ایجاد شده اســـت و فاقد سند رسمی است، نســـبت به ملک ثبت شده و ثبت نشده قابلیت طرح دارد و در خصوص املاک ثبت شـــده هم ادعای فوق اعم بوده و شامل ادعای مربوط به مرحله ثبت اولیه (خلاف ماده ٢٤ قانون ثبت) و ادعاهای مربوط به نقل و انتقالات (ثبت ثانویه) باشد؛ امری که منجر به زنده شدن پرونده‌های اعتراض ثبتی مرحله ثبت اولیه که مهلت اعتراض آن‌ها منقضی شـــده است در قالبی جدید خواهد شد. راه حل آن اســـت که رویه قضایی باید با لحاظ قلمرو ماده ۱ این قانون و با توجه به هدف و فلسفه وضع قانون، از پذیرش دعاوی‌ای که ثبت اولیه ملک را بر خلاف ماده ٢٤ قانون ثبت زیر سوال می‌برد خودداری کند. البته این امر هم از مشکلات ناشی از این تفسیر جلوگیری نمی‌کند؛ زیرا بر اساس تبصره‌های ذیل این ماده، صرف ادعای ثبت شده در این ســـامانه قابلیت نقل و انتقال در سامانه را دارد که خود زمینه‌ساز کلاهبرداری‌های جدید خواهد بود.

ضمانت اجرای مذکور در این ماده نیز دارای ابهام و نحوه بیان مقنن به گونه‌ای اســـت که این مسأله را مطرح می‌کند که آیا فراز دوم این ماده مفهوم مخالف دارد؛ به ایـــن معنی که صرف ثبت ادعـــا و طرح دعوا در مواعد مذکور در ماده، به ادعای ثبت شـــده در سامانه قابلیت معارضه با ســـند رسمی می‌دهد. هر چند رویه قضایی باید به سمتی برود که چنین مفهوم مخالفی از ماده را با توجه به هدف مقنن در سلب اعتبار از اســـناد عادی و به استناد این که امر وجودی نیاز به اثبات دارد و در نتیجه اصل بر اعتبار ادعاهای مندرج در ســـامانه نیست استنباط نکند، اما تنظیم مواد قانونی به نحو مبهم توسط مقنن، یکی از اسباب مهم نقض عدالت قضایی است.

مقنن در انتهای این فراز، دعوای مســـتند به سند عادی را صرفاً علیه اشخاص ثالث با حسن نیتِ بی اطلاع از معاملات معارض قبلی دارنده سند رسمی قابل استناد

و معارضه ندانســـته اســـت؛ به این معنا که هر زمان و حتی پس از دوره گذار می‌توان دعوای ابطال سند رسمی ملک را علیه منتقل‌الیه رسمی به جهت اثبات سوء نیت او و اطلاع از وجود معامله عادی معارض مطرح کرد.

اصلی‌ترین ایراد وارده به این مقرره، قاعده‌ســـازی اسناد عادی در چهارچوب ایجاد سامانه‌های موازی با نظام ثبتی است که نه تنها در دورهٔ چهارساله مطرح شده در این قانون معتبر اســـت، بلکه دارای یک نظام معاملاتی برابر تبصره ۱۰ این ماده است که افراد تا مدت هشـــت سال می‌توانند در سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی، حقوق ناشی از این اسناد را مورد نقل و انتقال قرار دهند (مشوقی جهت طرح ادعاهای واهی و کلاهبرداری‌هـــای جدید). این امر در کنار فراز آخـــر متن ماده ۱۰ منجر به تقویت معاملات عادی املاک خواهد شـــد؛ زیرا مطابق آن، هر چند بعد از دوره گذار دعوای عینی قابل پذیرش نیســـت، اما دعوای شخصی به استناد اسناد عادی مالکیت همچنان قابـــل پذیرش بوده و از این جهت که می‌توان قیمت روز ملک را مطالبه نمود، به نفع مدعی و در جهت حمایت از دارنده ســـند عادی اســـت؛ در حالی که در رویه قضایی کنونی و بر اســـاس برخی نظریه‌های مشورتی موجود[1] در فرض تلف حکمی، قیمت روز (به غیر از فرض مســـتحق للغیر درآمدن مبیع)[2] قابل مطالبه نیست. افزون بر آن،

---

۱. نظریه مشورتی شماره ۱۳۹۳/۹۹/۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۵: با توجه به حکم مقرر در ماده ٤٥٤ قانون مدنی مبنی بر این‌که «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود ...» و ماده ٤٥٥ همان قانون که مقرر می‌دارد «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از بیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل این که نزد کســـی رهن گذارد، فســـخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شـــد ...» و دیگر مواد قانون مدنی مانند ملاک ماده ٢٨٦ و مواد ٢٨٧، ٣٦٣ و ٣٦٤ این قانون، تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شـــده است، در موضوع تملیک نافذ بوده و فسخ یا انفساخ بعدی به آن صدمه نمی‌زند؛ مگر این‌که برخلاف آن به طور ضمنی یا صریح تراضی شـــده و یا خریدار اول صریحاً یا ضمناً برای مدت معینی حق انتقال به غیر را از خود ســـلب کرده باشـــد. بنابراین در فرض پرســـش که پس از انتقال بعدی مورد معامله توسط خریدار، معامله اول فسخ شده است، از آن‌جایی که این امر موجب فسخ معامله دوم نمی‌شود، در خصوص استرداد مورد معامله مانند تلف مبیع رفتار می‌شود (تلف حکمی) و خریدار مکلف است حسب مورد مثل یا قیمت مورد معامله را به فروشنده مسترد کند.

۲. آرای وحدت رویه شـــماره ۷۳۳ و ۸۱۱ دیوان عالی کشـــور: رای ۷۳۳: «به موجب ماده ٣٦٥ قانون مدنی، بیع فاســـد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می ماند و حســـب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مســـتحق للغیر درآید، بایع ضامن اســـت و باید ثمن را مســـترد دارد و در صورت جهل مشـــتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمـــن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنـــوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم

مروری بر برخی تبصره‌های این قانون نظیر تبصره‌های ۲ و ۸ که استثنائاتی را بر این دوره گذار وارد نموده است نشان می‌دهد که رویای حذف اسناد عادی در دورهٔ گذار چندان مورد پذیرش قانون‌گذار هم نبوده است.

در حقیقت بعد از لازم الاجرا شدن این قانون و سپری شدن دوره گذار برخلاف مفاد ماده ۱، صرفاً دعوای استرداد عوضین نیست که قابل استماع است، بلکه دعاوی متعدد دیگری به استناد سند عادی قابل استماع خواهد بود؛ از جمله دعوای ابطال سند مالکیت و اثبات معامله معارض به استناد اثبات سوء نیت ثالث دارنده سند رسمی (انتهای بند ۲ ماده ۱۰)، دعوای مطالبه قیمت روز ملک که خود مستلزم اثبات جعلیت[1] یا خلاف واقع بودن ادعاهای بارگذاری شده در سامانه ماده ۱۰ و یا اثبات انجام معامله معارض است (بند ۳ ماده ۱۰)، همه دعاوی حقوقی به استناد معامله عادی ایجاد شده تا تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون با تشخیص رئیس قوه قضائیه بدون محدودیت زمانی برای طرح دعوا (تبصره ۵ ماده ۱)، دعوای تنفیذ فسخ عادی (تبصره ۱ ماده ۱) و دعوای الزام دفاتر اسناد رسمی به ثبت قراردادهای خصوصی (ماده ۲).

به جبران آن است؛ بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آرای صحیح و قانونی تشخیص می گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوانعالی کشور و دادگاه ها لازم الاتباع است.»

رای ۸۱۱: « با عنایت به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در موارد مستحق للغیر در آمدن مبیع و جهل خریدار به وجود فساد، همان گونه که در رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۵/۷/۱۳۹۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز بیان شده است، فروشنده باید از عهده غرامات وارده به خریدار از جمله کاهش ارزش ثمن، برآید. هرگاه ثمن وجه رایج کشور باشد، دادگاه میزان غرامت را مطابق عمومات قانونی مربوط به نحوه جبران خسارات از جمله صدر ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناس و بر اساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، تعیین می کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است. بنا به مراتب، رای شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان کردستان تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می شود.

این رای طبق ماده ٤٧١ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.»

۱. در نظام‌های تابع اصل ابطال ناپذیری سند، جعلیت استثنا شده و در این فرض، سند مالکیت ابطال می‌شود؛ امری که مورد توجه مقنن ایرانی قرار نگرفته است (Carruthers, 2015: 1281-1282; O'Connor, 2009: 211-212).

برآمد

۱- قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول آخرین تلاش مقنن جهت تحقق «اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی» و «سلب اعتبار از معاملات عادی» است. با این حال، عدم هماهنگی مقررات این قانون با نوع نظام ثبتی ترسیم شده در قانون ثبت اسناد و املاک به عنوان قانون مادر و دخل و تصرف‌ها در فرایند تصویب قانون، موجب شد که قانون موضوع این تحقیق تا حد زیادی از اهداف ترسیم شده برای آن فاصله بگیرد. ۲- به‌رغم آن‌چه در بند پیشین بیان شد، به منظور تقویت کارآمدی قانون حاضر جهت حل معضلات نظام معاملات املاک، پیشنهاد می‌شود:

نخست، با عنایت به آن‌که ساختار نظام ثبت املاک ایران بر اساس قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ شکل گرفته و اصلاحات موردی پس از سال ۱۳۱۰ به دلیل ناهماهنگی با مبانی نظام ثبتی با شکست مواجه شده و تضعیف مقررات نظام ثبتی را در پی داشته است، لازم است مقررات قانون الزام از حیث میزان انطباق با مبانی نظام ثبت املاک ایران مورد بازنگری قرار گیرد. در صورت پافشاری سیاست‌گذاران بر حفظ تأسیسات نوین این قانون، با هدف جلوگیری از معضل تعارض میان مقررات ثبتی، تدوین مقررات جدید ثبت اسناد و املاک با مبانی جدید و استحاله قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول در مقررات جدید پیشنهاد می‌شود؛

دوم، در راستای تحقق هدف «لزوم ثبت رسمی معاملات»، ضروری است مقررات موضوع ماده ۱ با محوریت ثبت حقوق عینی مورد بازنگری قرار گیرد و مواردی نظیر ثبت تعهدات یا وکالت در انتقال حذف شود؛

سوم، در راستای سلب اعتبار از اسناد عادی، ضروری است سازمان ثبت جز در موارد مستند به رأی دادگاه، از ورود اسناد عادی به نظام ثبتی خودداری کنده و تنها اسنادی که از فیلتر دفاتر اسناد رسمی گذر می‌کنند را به دلیل اعتمادپذیری و اطمینان بخشی مورد پذیرش قرار دهد. در این راستا لازم است مقررات موضوع ماده ۳ و تبصره ۲ آن که از اتصال مشاورین املاک به دفتر ثبت اسناد الکترونیک جهت درج پیش‌نویس قرارداد یا ثبت اعمال حقوقی سخن گفته است مورد بازنگری قرار گیرد. افزون بر آن، ضروری است سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی موضوع ماده ۱۰ که

موجب ورود اسناد عادی به نظام ثبتی و ایجاد سامانه‌های موازی با نظام ثبتی می‌شود، مورد بازنگری قرار گیرد و اسناد مذکور از طریق راهکار ثبت فوق‌العاده مورد بررسی قرار گرفته و در صورت تأیید منتهی به صدور سند مالکیت گردد.

چهارم، در راستای اعطای اعتبار مطلق به اسناد رسمی، ضروری است ضمن حفظ اعتبار اسناد مالکیت صادره از سوی سازمان ثبت و عدم تفکیک میان اسناد دفترچه‌ای و حدنگاری در چهارچوب اصلاح تبصره ٤ ماده ۱، منطوق ماده ۱۳ که فرض ابطال اسناد رسمی را متصور شده است، مورد بازنگری و اصلاح قرار گیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* بهرامی، داریوش (۱۳۹٤)، **حقوق ثبت املاک در ایران**، تهران: میزان.
* بهرامی، داریوش (۱٤۰۱)، **مبانی توصیفی و تحلیلی حقوق ثبت اسناد و املاک**، تهران: میزان،
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، **حقوق ثبت**، تهران: گنج دانش.
* جغتائی، عباس و نصیران نجف آبادی، داود و عباسیان، رضا (۱٤۰۱). «**نقش اصول حقوقی در تفسیر قضایی قوانین**»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، دوره ۲۵، شماره ۹۰.
* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، «**قابلیت استناد سند عادی در مقابل سند رسمی؛ رویه‌ی قضایی و راهکارها**»، تعالی حقوق، دوره ٤، شماره ۱.
* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، **حقوق دعاوی: تحلیل‌ها و منتخب آرای قضایی**، جلد هفتم، تهران: شرکت سهامی‌انتشار.
* خداداد، جنت و امینی، منصور (۱٤۰۱)، «**ارزیابی طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول با رویکرد تطبیقی**»، پژوهش‌های حقوق ثبت، دوره ۱، شماره ۱.
* خناری‌نژاد، امیر و طباطبائی حصاری، نسرین و صادقی، محسن (۱٤۰۱)، «**تحلیل رفتار بازیگران نظام حقوقی ثبت ثانویه (معاملات املاک ثبت‌شده) بر مبنای راهبرد چانه‌زنی در نظریهٔ بازی‌ها با تأکید بر مادهٔ ٦۲ قانون احکام دائمی‌توسعه**»، مطالعات حقوق خصوصی, دوره ۵۲، شماره ۲.
* ریپر، ژرژ (۱٤۰۰)، **نیروهای پدیدآورندهٔ حقوق**، برگردان: رضا شکوهی‌زاده، تهران: مجد.
* صفی‌زاده، سروش(۱٤۰۱)، «**جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دورهٔ ۸٦، شمارهٔ ۱۱۸.
* طباطبائی حصاری، نسرین (۱۳۸۹)، «**بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤، شماره ۲.
* طباطبائی حصاری، نسرین (۱۳۹۳)، «**وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای**

تئوری اعتماد عمومی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۲.
* طباطبائی حصاری، نسرین (۱۳۹۸)، **مبانی و آثار نظام ثبت املاک**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* طباطبائی حصاری، نسرین (۱٤۰۰)، «**خصوصی سازی سیستم ثبتی از طریق دفاتر اسناد رسمی»**، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۳، شماره ۷۲.
* طباطبائی حصاری، نسرین و سلیمان آبادی، الهه (۱٤۰۰)، «**تأثیر دو نظام حقوقی سیویل‌لا و کامن‌لا در شکل‌گیری و تحول دو سیستم متفاوت «سردفتری لاتین» و «سردفتری عمومی»**». مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۲.
* طباطبائی حصاری، نسرین و صفی‌زاده، سروش (۱٤۰۰)، «**درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مولفه‌های کلان طبقه‌بندی تطبیقی)**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۲٤، شماره ۹٤.
* طباطبایی حصاری، نسرین و صفی‌زاده، سروش (۱٤۰۰)، «**مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارات ناشی از اشتباهات سیستمی‌ثبت املاک در حقوق ایران و انگلستان»**، حقوق خصوصی، دوره ۱۸، شماره ۲.
* طباطبائی حصاری، نسرین و صفی‌زاده، سروش و حاج نجفی، حسنا و اتحادیه، سحر (۱٤۰۱)، **حقوق تطبیقی نظام ثبت املاک (الجزایر، امارات متحده عربی، انگلستان،ایالات متحده آمریکا)**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: سازمان ثبت اسناد و املاک.
* طباطبایی، سیدمرتضی و سادات اخوی، سیدمحسن (۱۳۹۸)، «**تحلیل اعتبار مطلق اسناد رسمی در پرتو قانون احکام دائمی‌برنامه‌های توسعه»**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
* کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۲)، **اموال و مالکیت**، تهران: میزان.
* هاشمی، سیدسعید (۱۳۹۹)، **سلسله نشست‌های بررسی و نقد طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول**، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
* یثربی، سیدعلی‌محمد و رضاپور آکردی، محمدعلی (۱۳۹۷). «**انتخاب بین مالک یا خریدار با حسن نیت؛ تحلیل اقتصادی نظام ثبت زمین در کامن‌لا (نظام رکورد و رجیستر) با نگاهی به ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»**، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۸، شماره ۲.

ب. انگلیسی

❋ Berlee, Anna (2018). **Access to personal data in public land registers**. Netherlands: Eleven International Publishing.

❋ Carruthers, P (2015). **tangled web indeed: The english land registration act and comparisons with the australian torrens system**. University of New South Wales Law Journal, Vol 38, Issue 4.

❋ Cooke, E (2003). **The New Law of Land Registration**, Oxforg & Portland, Oregon: Hart publishing.

❋ Cooke, E (2012). **Land Registration Institutions: Developed World**. Elsvair Ltd.

❋ Cursley, J. and Davys, M. (2011), **Land Law**, Great Britain: Palgrave Mac Milan law masters

❋ Dixon, Martin (2010), **Modern Land Law**, USA and Canada: Routledge

❋ Foster, Kimball, **"Certificates of Possessory Title: A Sensible Addition to Minnesota's Successful Torrens System"**, William Mitchell Law Review, vol. 40, issue 1

❋ Glock, S., **EUI-Real property Law project (France)**, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg (2004), available at: https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/France.PDF, (last visited on 02/03/ 2021).

❋ Janczyk, Joseph. T. (1977). **"An Economic Analysis of the Land Title Systems for Transferring Real Propery"**, the journal of legal studies , Vol.6, No.1

❋ O'Connor, P (2009). **Deferred and immediate indefeasibility: Bi-**

jural ambiguity in registered land title systems. Edinburgh Law Review, Vol.13, Issue 2

❋ Peiró, N. & Martinez García, E (2017). **Blockchain and Land Registration Systems**. European Property Law Journal, Vol. 6,Issue 3

❋ Pottage, A (1995). **The originality of registration**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol.15, Issue 3

❋ Sagaert, Vincent(2016), **Negative and Positive Land Registers: Public Faith in Registration from a Belgian Perspective, in Schriften zum Internationalen Recht Band 212 (Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts)**, Herausgegeben von Arkadiusz Wudarski, Berlin: Duncker & Humblot.

❋ Schmid, H., Hertel, Christian, Wicke, Hartmut (2005). **Real Property Law and Procedure in the European Union**, EUI-Real Property Law, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg. Available at: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>,(last visited on 02/03/ 2021).

❋ Simler, Philippe, Delebecque, Philippe (2016), **Droit civil**, Les sûretés, La publicité foncière, 7e edition, Paris: Dalloz

❋ The Law commission (2016), **UPDATING THE LAND REGISTRATION ACT 2002**, Consultation Paper No 227. Available at: <https://lawcom.gov.uk/project/updating-the-land-registration-act-2002/>,(last visited on 02/03/ 2021).

❋ UN-ECE (2000), **Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation**, Part 2 of 2, available at : <https://unece.org/DAM/hlm/documents/Publications/wpla_inv2_p2.pdf>(last visited on 02/03/ 2021).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ٦٤-۳۷
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰۵/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۱۰/۱۲

چالش استماع دعاوی دارای خواهان‌های بالقوه در رویه قضایی

علی طهماسبی،[۱] علی شیرازی[۲]

چکیده

حق دادخواهی شهروندان ایجاب می‌کند که دادگاه‌ها با اصل قرار دادن رسیدگی ماهیتی به دعوا، موارد خودداری از ورود به ماهیت را به حداقل برسانند. با وجود این مطالعه رویه قضایی نشان می‌دهد که برخی دادگاه‌ها توجه کافی به اصل یادشده ندارند و با تفسیر ناروای قواعد حقوقی و ضروری دانستن دادخواهیِ جمعی خواهان‌های بالقوه، حق دادخواهی شهروندان را به چالش کشیده و آن را با مانع دائمی روبه‌رو ساخته‌اند؛ زیرا خواهانِ مایل به دادخواهی، نه می‌تواند به صورت قانونی، خواهان یا خواهان‌های دیگر را ملزم به همراهی با خود کند و نه راهی برای برون‌رفت از معضل عدم رسیدگی ماهیتی دادگاه‌ها در اختیار دارد و لاجرم باید از دادخواهی چشم‌پوشی کند. این نوشتار در پاسخ به این پرسش که در دعوای دارای چند خواهان بالقوه، آیا دادخواهی جمعی ایشان برای استماع آن ضروری است یا دادخواهی فردی آنان کفایت می‌کند، با روش توصیفی تحلیلی به بررسی انتقادی رویه قضایی در برخی دعاوی مانند فسخ قرارداد و تخلیه پرداخته و به این نتیجه می‌رسد که جز در فروض بسیار محدودی که دادخواهی فردی به ضرر خوانده می‌انجامد، دادخواهی جمعی خواهان‌ها ضرورت ندارد و دادگاه نباید حق دادخواهی فردی ایشان را با چالش روبه‌رو کنند.

واژگان کلیدی: دادخواهی، خواهان‌های بالقوه متعدد، دادخواهی جمعی، دادخواهی فردی، استماع دعوا.

---

۱. استادیار حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران (نویسنده مسئول)
a.tahmasebi@razi.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران
shiraziali1368@gmail.com

درآمد

حقوق بشـــر آیینی زمینه‌ســـاز اجرای حقوق بشـــر ماهوی[1] و روش تضمین آن‌هاســـت؛ به‌گونه‌ای که می‌توان با اطمینان گفت رعایت حقوق بشر آیینی شرط لازم برای اجرای حقوق ماهوی محسوب می‌شود (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۳: ۲۰۲-۲۰۱) و در غیاب حقوق آیینی مناسب، حق‌های ماهوی صرفاً حق‌های نظری[2] خواهند بود که فایده‌ای برای دارنده آن در پی نخواهند داشت.

حق بر دادخواهی و دسترســـی بـــه دادگاه صالح، یکی از حقوق بشـــر آیینی (رویه‌ای)[3] اســـت که در اسناد حقوق بشـــری (ماده ۸ و بند ۱ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ١٤ میثاق حقوق مدنی و سیاسی) و نیز قوانین اساسی کشورها (اصل سی و چهارم قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران) مورد تصریح قرار گرفته است (عباسی، ۱۳۹۰: ۲۲۷-۲۲٦). با وجود این بررسی رویه قضایی در حقوق ایران، نشان از آن دارد کـــه در مواردی که دعوا واقعاً یا به زعم دادگاه دارای چند خواهان بالقوه[4] است، میان دادگاه‌ها در خصوص استماع دادخواهی انفرادی خواهان‌ها در دعاوی‌ای مانند تخلیه ید مستأجر یا تأیید فسخ و غیره اختلاف وجود دارد؛ به‌گونه‌ای که برخی دادگاه‌ها حق بنیادین دادخواهی افراد را به محاق برده و درهای دادگستری را به روی ایشان بسته‌اند.

بدین‌ترتیب در کنار مشـــکلات برآمده از قوانین (سکوت، نقص، اجمال، ابهام و تعارض) و تفســـیرپذیری آنها (بهره‌مند و دیگران، ١٤٠٢: ٧٤-٧٢)، برداشت ناروا از پدیده نظر قضایی نیز، عامل مهم دیگری اســـت که تشتت شدید رویه و آنارشیسم قضایی را رقم زده است؛ به‌گونه‌ای که وجود چندین رویکرد متفاوت در مورد موضوع واحد قابلیت پیش‌بینی نتایج دادرســـی‌ها را به سراب تبدیل کرده است؛ در حالی که لازمه صورت‌گرایی (فرمالیســـم حقوقی) آن است که با ایجاد قطعیت و پیش‌بینی‌پذیر ســـاختن تفسیر و اســـتدلال‌های حقوقی، امنیت قضایی را برای شهروندان به ارمغان

1. substantive human rights
2. theoretical right
3. procedural human rights
٤. دلیل بالقوه خواندن خواهان‌ها اســـت که احتمال دارد همه یا بعضی از ایشـــان اقدام به دادخواهی نکنند.

آورد؛ به گونه‌ای که ایشان بتوانند پیشاپیش تا حدود زیادی بدانند در صورت مراجعه به دادگاه، نتیجه دادرسی‌ها چه خواهد شد تا بر مبنای آن زندگی خود را سامان دهند (راسخ و پورسید آقایی، ۱۳۹٤: ۷٤)؛ در عین حال تشتت در رویه را نمی‌توان لزوماً برآمده از گریز آگاهانه قضات از آثار نامطلوب فرمالیسم حقوقی و کوشش ایشان برای سیراب نمودن قلمرو حقوق از اقیانوس اخلاق و عدالت دانست (الماسی و واعظی، ۱٤۰۱: ٦)؛ زیرا در این صورت خروجی عملکردشان نباید کاملاً در مقابل آن باشد؛ به این دلیل می‌توان گفت رویکرد ایشان فاقد پشتوانه نظری بوده و نه تنها نشانه ترجیح بادیه رفتن بر نشستن باطل نیست[1] بلکه عمدتاً پیامد حاکمیت تفسیر ناروا از پدیده نظر قضایی است.

این نوشتار در صدد پرداختن به این پرسش است که آیا در مواردی که دعوا دارای چند خواهان بالقوه باشد، دادخواهی جمعی ایشان برای رسیدگی ماهیتی به دعوا لازم است یا دادخواهی فردی هر یک از آنان برای ورود دادگاه به ماهیت آن کفایت می‌کند؟ آیا تقصیر من علیه الخیار می‌تواند تبعیض در فسخ قرارداد را به زیان او توجیه کند؟ بر این بنیاد مقاله در پی آن است که با روش توصیفی تحلیلی به بررسی انتقادی رویه قضایی در برخی دعاوی مربوط به فسخ قرارداد اجاره و تخلیه یا تخلیه در قراردادهای مشمول قانون سال ۱۳۵٦، دعوای اعتراض به برگ تشخیص منابع طبیعی و غیره بپردازد تا با نشان دادن خطای برخی دادگاه‌ها در خصوص ضروری دانستن دادخواهی جمعی خواهان‌های بالقوه، مانع مخدوش شدن حق دادخواهی افراد شود؛ به امید آن‌که روزنه‌ای به سوی استقرار رویه مطلوب گشوده و مانع از به محاق رفتن حق دادخواهی افراد شود.

۱. خواهان واحد و خواهان‌های متعدد

در سنت دادخواهی تک خواهانه (مدل پایه یا ساده‌ی دادخواهی) یک خواهان دعوایی علیه خوانده طرح می‌کند. درمقابل گاه ممکن است خواهان بالقوه بیش از یک شخص باشد. در این صورت هرگاه همه آنان تصمیم بگیرند دادخواهی کنند و نامشان در دادخواست قید شود، مشکلی بروز نمی‌کند، اما اگر صرفاً بعضی از آنان دادخواهی کنند، بسته به تجزیه‌پذیری یا تجزیه‌ناپذیری خواسته (دعوا) و وجود یا فقدان رابطه

۱. به راه بادیه رفتن به از نشستن باطل که گر مراد نیابم، به قدر وسع بکوشم (سعدی)

تضامن میان خواهان‌ها، فروض متفاوتی قابل طرح است.[۱]

۱-۱. دعوای تجزیه‌پذیر

اگر خواسته تجزیه‌پذیر باشد، دادخواهی جمعی خواهان‌ها و حضور همه آنان در دادرسی ضروری نیست و هر خواهان می‌تواند نسبت به سهم خود دادخواهی نماید .

۱-۲. دعوای تجزیه‌ناپذیر

در صورت تجزیه‌ناپذیری خواسته، هرگاه میان خواهان‌های بالقوه رابطه تضامن وجود داشته باشد،[۲] هر یک می‌تواند به تنهایی برای تمام خواسته علیه خوانده دادخواهی کند. در برابر در فرض نبود رابطه تضامن، عدم دادخواهی جمعی ایشان رسیدگی ماهیتی به دعوا را با چالش روبه‌رو می‌کند؛ زیرا در هر دادرسی، تنها می‌توان نسبت به اشخاصی تصمیم‌گیری کرد که طرف دعوا باشند و در نتیجه هرگاه همه اشخاص ذی‌نفع، به علت عدم دادخواهی له یا علیه ایشان، در دادرسی حضور نداشته باشند، نمی‌توان دادرسی را منطبق با موازین حقوقی دانست. حال پرسش آن است که اساساً مگر تجزیه‌ناپذیری خواسته نسبت به خواهان‌ها معنا دارد تا بحث از ضرورت یا عدم ضرورت دادخواهی جمعی ایشان موضوعیت پیدا کند؟

در پاسخ به این پرسش برخی معتقدند در حقوق ایران تجزیه‌ناپذیری دعوا نسبت به خواهان‌ها قابل تصور نیست و بنابراین در صورت تعدد، دادخواهی جمعی ایشان لازم نیست؛ بلکه هر یک می‌توانند منفرداً اقامه دعوا نمایند (احمدی، ۱۳۹۳: ۱۹-۱۸). در نقد این دیدگاه می‌توان گفت تجزیه‌ناپذیری خواسته (دعوا) نسبت به خواهان‌ها متصور است و چون در این صورت اتخاذ تصمیم در دادرسی در خصوص همهٔ خواهان‌ها گریزناپذیر است، باید همه دادخواهی نمایند و نامشان در دادخواست

---

۱. برای دیدن تمایز دعاوی تجزیه‌ناپذیر از رأی و دعوای تجزیه‌ناپذیر (ر.ک: فتحی و هرمزی، ۱۴۰۲: ۳۲۴-۳۲۱).

۲. برای مثال اگر دو یا چند نفر یک دستگاه خودرو از شخصی خریداری و در قرارداد شرط کنند که هر یک از آنان می‌تواند تسلیم مبیع را از فروشنده مطالبه نماید، در این صورت به علت درج شرط تضامن آنان در قرارداد، هر یک می‌توانند تسلیم مبیع را از فروشنده مطالبه کنند در حالی که در نبود چنین شرطی، دادخواهی جمعی خریداران برای رسیدگی ماهوی ضروری است؛ زیرا تسلیم مال به هر یک از ایشان، با تصرف مادی وی بر سهم دیگران ملازمه دارد و دادگاه نمی‌تواند زمینه‌ساز تصرف غیرقانونی یک شریک بر سهم شریک یا شرکای دیگر باشد(طهماسبی، ۱۳۹۶: ۱۲۹-۱۲۸).

بیاید وگرنه علی‌الاصول رسیدگی به دعوا قانوناً ممتنع است؛[۱] برای نمونه، چنان‌که خواهد آمد، در فرضی که دارنده خیار یا حق شفعه پس از ایجاد حق و پیش از آن‌که فرصت تصمیم‌گیری در مورد اعمال یا اسقاط آن را پیدا کند از دنیا رفته و وراثش متعددند و طرف مقابل راضی به تبعیض نباشد، اجرای حق و دادخواهی جمعی وراث برای استماع دعوا ضروری است یا اگر شخصی یک دستگاه خودرو را به دو شخص بفروشد، رسیدگی ماهیتی به دعوای تحویل مبیع از جانب یکی از خریداران و صدور و اجرای حکم به نفع وی به این معناست که دادگاه بستر تصرف نامشروع یک شریک را بر سهم شرکای دیگر فراهم کند؛ طبعاً چنین نتیجه‌ای ناپذیرفتنی است و دادگاه نمی‌تواند چنین پیامدی را رقم زند مگر آن‌که گفته شود دادخواهی تصرف حقوقی است و انجام آن نیاز به اذن شریک دیگر ندارد، اما وصول محکوم‌به مستلزم تصرف مادی در سهم سایر شرکا نیز هست و بدون اذن آنان، مجاز نیست.[۲]

بدیهی است هرگاه خواسته خلع ید از مال غیرمنقول یا رفع ید از مال منقول باشد، استماع دعوا با مانعی روبه‌رو نیست و دادگاه می‌تواند حکم به خلع یا رفع ید صادر کند، طبعاً خلع یا رفع ید از مال با تصرف دادبرده بر آن ملازمه ندارد، بلکه از ملک خلع ید می‌شود بدون آنکه در تصرف دادبرده قرار گیرد(ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی)؛ مال منقول نیز از تصرف دادباخته خارج و در اختیار اجرای احکام قرار

---

۱. قانون آیین دادرسی مدنی در مبحث واخواهی (ماده ۳۰۸)، تجدید نظرخواهی (ماده ۳۵۹)، فرجام (ماده ٤٠٤) و اعتراض ثالث (ماده ٤٢٥) به تجزیه‌پذیری رأی و در مواد ۱۰٤ و ۲۹۸ به تجزیه دعوا (خواسته) اشاره کرده است، اما اینکه تجزیه دعوا، تجزیه یک خواسته میان یک خواهان و خوانده را نیز در بر می‌گیرد یا این قاعده صرفاً تفکیک خواسته‌های (دعاوی) متعدد یا تجزیه دعوا به اعتبار تعدد طرفین آن را تجویز کرده، محل بحث است (محسنی، ۱۳۹۷: ۲۲٤-۲۲۱ و فتحی و هرمزی، ۱٤۰۲: ۳۲٤-۳۲۲). در بند ۲ ماده ٦۲، به فرضی که خواهان‌های متعدد که هریک بخشی از خواسته را مطالبه می‌کنند، اشاره شده است.

۲. برخی آرای صادر شده از شعب دیوان ظاهراً مؤید این نظر است. در دادنامه شماره ٦۰۹ مورخ ۱۱/۲/ ۱۳٦۹شعبه ۹ دیوان آمده: با توجه با اینکه دو نفر از وراث مرحوم ک به اسامی بانوان ن (دختر) و م (عیال دائمی) در تقدیم دادخواست و اقامه دعوا دخالت ننموده‌اند، دادگاه می‌بایست حکم خود را مقید به قدرالسهم خواهان‌ها می‌نمود ... (بازگیر، ۱۳۸۹: ۳۱۳) همچنین شعبه اول دیوان به موجب دادنامه شماره ۱/۸۸/۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۲/۲۷ حکم داده، با توجه به این‌که خواسته مطالبه طلب و سهم‌الارث و منافع حاصل از شرکت در کسب و تجارت [است] و کلاً مالی بوده و قابلیت تقسیم و تفکیک به نسبت سهام شرکا را دارد، لذا طرح دعوا به طرفیت احد از شرکا و یا بعضی از آنان بلامانع بوده است، نتیجتاً صدور قرار عدم استماع دعوا به جهت عدم طرح آن به طرفیت تمام شرکا فاقد مجوز قانونی است. (بازگیر، ۱۳۸۹: ۲٤٤)

می‌گیرد تا مالکان به توافق برسند.

به هر حال تأمل در رویه قضایی نشان از آن دارد که برخی دادگاه‌ها در رسیدگی به دعاوی‌ای مانند اعتراض به برگ تشخیص منابع طبیعی و دعاوی تخلیه‌ی ید مستأجر گاه با تفسیر ناروا، دادخواهی جمعی خواهان‌ها را ضروری دانسته و با صدور قرار عدم استماع دعوا از ورود به ماهیت آن خودداری کرده‌اند. در راستای نقد این شیوه، رویه این دادگاه‌ها بررسی می‌شود.

۲. دعوای اعتراض به برگ تشخیص منابع طبیعی

بعضی دادگاه‌ها در دعوای اعتراض برخی از مالکان ملک مشاع به برگ تشخیص منابع طبیعی از ورود به ماهیت دعوا خودداری کرده و استماع آن را منوط به دادخواهی جمعی ایشان دانسته‌اند. برای نمونه شعبه ٤ دادگاه عمومی حقوقی کرمانشاه به موجب دادنامه شماره‌ی ۹۹۰۹۹۷۸۳۱۰٤۰۰٦٦۱ مقرر می‌دارد: «پیرامون دعوای مطروحه از ناحیه ... به طرفیت خواندگان ۱. اداره کل منابع طبیعی و آبخیزداری استان کرمانشاه ۲. اداره منابع طبیعی و آبخیزداری شهرستان کرمانشاه ۳. اداره کل راه و شهرسازی استان کرمانشاه دائر به خواسته اعتراض به نظریه تشخیص شماره ۱۱٥٦ مورخ ۱۳۷٤/۲/۹ صادره از اداره منابع طبیعی و اعلام مالکیت ... دادگاه با التفات به جامع اوراق و محتویات پرونده و با این استدلال که اولاً و توجهاً به اظهارات وکیل خواهان‌ها منعکس در پرونده مؤیداً به وضعیت دعوی مطروحه، اراضی مورد ادعا موروثی بوده و متعلق به کل ورثه مرحوم ... است که مشتمل بر شش نفر بوده و جملگی در قید حیات هستند و حسب گواهی انحصار وراثت صادره، خانم ... هم جزء ورثه است. ثانیاً و مؤکداً، نظر به اینکه خواهان‌ها هیچ دلیلی مبنی بر انتقال مالکیت سهم مشارالیه به آن‌ها یا تقسیم‌نامه‌ای مبنی بر این‌که زمین موضوع دعوی سهم‌الارث ایشان است، ارائه و ابراز ننموده‌اند، فلذا زمین مختلف‌فیه (در فرض صحت ادعا) هنوز بین کلیه ورثه مشترک است و با عنایت به ماهیت مشاعی اراضی موروثی، کلیه ورثه در ذره ذره اراضی متنازع‌فیه دارای مالکیت بوده و امکان تشخیص و تعیین سهم هر یک از ورثه از اراضی وجود ندارد. ثانیاً و تدقیقاً امکان رسیدگی علی‌حده به سهم خواهان‌ها از اراضی مابه‌النزاع بدون در نظر گرفتن سهم خانم ... امکان‌پذیر نیست؛ چرا که با توجه به مشاعی بودن اراضی، این اقدام مستلزم اظهار نظر در خصوص سهم نامبرده است

که با توجه به عدم درخواســت ایشــان قانوناً جایز نیست؛ چرا که کارشناسان تفسیر عکــس هوایی با ملاحظه تصاویر هوایی زمیــن موضوع دعوی، در خصوص زراعی و [یا] ملی بــودن کل اراضی اظهار نظر می‌کنند. رابعاً و نتیجتاً در اراضی موروثی که کلیه ورثه به طور مشاع مالک آن هستند، یا باید جملگی اقدام به اقامه دعوی نمایند یا این‌که سهم هر یک از وراث به وسیله تقسیم‌نامه یا تقسیم ترکه ... مشخص باشد؛ در غیر این صورت، به دلیل عدم امکان انطباق ســهم هر یک از وراث با تصاویر هوایی، امکان رسیدگی عقلاً و منطقاً وجود ندارد. خامساً و نهایتاً دعوی مطروحه برابر قانون درخواست نشده و با هیأت و کیفیت مطروحه فعلاً قابلیت استماع و رسیدگی ندارد. بناء علی هذا دادگاه به اســتناد ماده ۲ قانون آیین دادرســی مدنی، قرار عدم اســتماع دعوی خواهان‌ها را صادر و اعلام می‌نماید. رأی اصداری ظرف مدت بیســت روز از ابلاغ قابل تجدید نظر در محکمه محترم تجدید نظر استان کرمانشاه است».[1]

در دعــوای دیگری کــه خواهان برای مصون ماندن از ایــراد عدم دادخواهی دیگر شرکاء و فراهم ساختن بســتر رسیدگی ماهیتی دادگاه به دعوا، شرکای ناهمراه خود را نیز به عنوان خوانده طرف دعوا قرار می‌دهد، شعبه یادشده، به موجب دادنامه شــماره ۱٤۰۱٥۰۳۹۰۰۰٥۲٥٤٤٥۸، با همان استدلال اقدام به صدور قرار عدم استماع دعوا کرده و شــعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان کرمانشاه نیز به موجب دادنامه شماره ۱٤۰۲٥۰۳۹۰۰۰۰۸٤۲٥۹۲ آن را تأیید کرده است.

این دیدگاه نادرســت بوده، با ســلب حق بنیادین دادخواهی افراد، دسترسی ایشــان به دادگســتری را به طور کامل مسدود کرده اســت؛ زیرا از یک سو دادخواه نمی‌تواند دیگر مالکان را به اجرای حق (دادخواهی) الزام کند؛ از سوی دیگر، پذیرش دعوای خواهان و صدور حکم بر ملی نبودن ملک به معنای تجویز تصرف دادبرده بر آن نیست تا بحث از ممنوعیت تصرف مادی در مال مشاع به میان آید. به این ترتیب دادگاه بر خلاف اصل ۳٤ قانون اساسی مالکِ دادخواه را با بن‌بستی روبه‌رو ساخته که راه گریز از آن ندارد. در تقابل با رویکرد این دادگاه‌ها، اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۱۰۷/۱٤۰۱/۷ مورخ ۱٤۰۱/۱۲/۳ دادخواهی جمعی خواهان‌ها

---

۱. شــعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان کرمانشاه به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۸۳۲٤۲۰۰۸۷۹ آن را تأیید کرده است.

را در دعوای ابطال برگ تشـــخیص منابع طبیعی غیرضروری دانسته و اعلام می‌کند: «اولاً، اعتراض یکی از مالکان مشاع (در فرض سؤال یکی از ورثه) به برگ تشخیص اداره منابع طبیعی مبنی بر ملی یا مرتع دانســـتن اراضی قابل اســـتماع است و موجب قانونی برای منوط کردن استماع دعوا به طرح آن از سوی تمامی مالکان وجود ندارد؛ ثانیاً، طرح دعوای اعتراض به تشـــخیص اراضی ملی می‌بایســـت از سوی خواهان به طرفیت اداره کل منابع طبیعی ذی‌ربط صورت گیرد و در فرض سؤال، نیازی به طرف دعوا قرار دادن دیگر مالکان مشاعی (سایر وراث) نیست».

هم‌سو با این رویکرد، شعبه ۷ دادگاه حقوقی سنندج دادخواهی فردی یکی از وراث در اعتراض به برگ تشـــخیص را قابل استماع دانسته و پس از آن‌که شعبه ١٤ دادگاه تجدید نظر استان کردستان به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۸۷۱۷۷۰۱٤۹٦ آن را تأیید کرده است، دیگر وراث اقدام به طرح دعوای اعتراض ثالث می‌کنند. این دادگاه (شـــعبه ١٤ دادگاه تجدید نظر) به موجب دادنامه شـــماره ١٤٠١٤٨٣٩٠٠٠١٨٣٧٢٦٧ مقرر می‌دارد: «راجع به دادخواست تقدیمی آقایان ... به خواسته اعتراض ثالث نسبت به دادنامه شـــماره ۹۸۰۹۹۷۸۷۱۷۷۰۱٤۹٦ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۱۱ صادره از این شعبه که به موجب آن حکم صادره از شـــعب ویژه مرکز اســـتان (۷ حقوقی سنندج) مبنی بر زراعی بودن مســـاحت ٢٤٦٦٣٧ متر مربع و ابطال برگ تشخیص تأیید گردیده است و حال معترضین ثالث با ادعای مالکیت موروثی بر اراضی موضوع دعوی خواســـتار نقض رأی گردیده‌اند، نظر به این‌که رایی که از جانب شـــعب ویژه مرکز استان صادر می‌گردد مثبت مالکیت در معنای مرســـوم نیســـت و آنچه که در شـــعب ویژه مورد رســـیدگی واقع می‌گردد، همـــان اعتراض به ملی بودن اســـت و رای نیز بین ملی یا مستثنیات بودن زمین دوران دارد و نتیجه آن مالکیت به معنای احیاء زمین است. پس رایی که دادگاه در مورد ملی یا مســـتثنی بودن زمیـــن صادر می‌کند، منافاتی با ادعای معترضین ثالث مدعی مالکیت مشـــاعی نداشته و خللی به حقوق آنان وارد نمی‌آورد؛ زیرا اگر زمین ملی اعلام شود، حق اعتراض هر یک از مالکین مشاع به برگ تشخیص کماکان پابرجاست و اگر اراضی مستثنی اعلام گردید، معارضه مالکانه آن‌ها با خواهان دعوای اصلی به قوت خود باقی اســـت و اگر بتوانند مالکیت خود را نشـــان دهند از حق خلـــع ید یا هر امر دیگری علیه خواهان برخوردار هســـتند، لذا مبتنی بر مراتب

فوق و به لحاظ عدم احراز خلل به حقوق ادعایی معترضین ثالث مستنداً به مواد ۲ و ٤١٧ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی اعتراض ثالث مطروح صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی است».

ممکن است گفته شود پذیرش این دیدگاه زمینه‌ساز صدور آرای معارض از دادگاه‌ها می‌شود؛ زیرا محکومیت یکی از مالکان مشاع مانع دادخواهی دیگران نخواهد شد و به دلیل عدم تحقق شرط وحدت اصحاب دعوا، طرح ایراد اعتبار امر قضاوت‌شده در برابر آنان منتفی است؛ بنابراین اگر دیگر مالکان مشاع در دعوای دوم یا سومی که اقامه کرده‌اند برنده شوند، با وضعیتی (وجود دو حکم معارض) روبه‌رو خواهیم شد که اعتبار نظام حقوقی را به چالش می‌کشد و طبعاً تحقق چنین پیامد زیان‌باری را نباید تجویز کرد. به این دلیل برخی معتقدند «اگر یکی از مالکان مشاع به میزان سهم خود اعتراض نماید، با توجه به این‌که مالکین مشاع در ذره ذره ملک سهیم‌اند، مرجع رسیدگی‌کننده به ناچار باید راجع به کل ملک اتخاذ تصمیم و صدور رأی نماید. بر همین اساس بقیه مالکین مشاع نمی‌توانند دوباره به تشخیص اعتراض کنند؛ زیرا راجع به این موضوع یک بار رسیدگی به عمل آمده و رسیدگی مجدد آن چه بسا موجب صدور آرای معارض گردد. در این فرض باید برای مالکین مشاع که در حین رسیدگی حضور نداشتند، حق اعتراض در مراجع بالاتر یا اعتراض ثالث قائل بود» (عموزاد مهدیرجی، ۱۳۹۸: ۹۹).

این دیدگاه ایراد دارد؛ زیرا مالکان غیردادخواه را هم‌زمان جزو اصحاب دعوا و ثالث شمرده است؛ زیرا از یک سو معتقد است در صورت قابل اعتراض بودن رأی در مراجع بالاتر ایشان می‌توانند در آن مرجع به رأی اعتراض کنند؛[1] از سوی دیگر پیش‌بینی طرح دعوای اعتراض ثالث از سوی مالکان مشاع به این معناست که ایشان را جزو اصحاب دعوا نمی‌داند.

در پاسخ به معضل امکان صدور آرای معارض نیز باید گفت این استدلال درست نیست؛ زیرا همان‌طور که در دعاوی واخواهی (ماده ۳۰۸)، تجدید نظرخواهی (ماده ۳۵۹) و فرجام‌خواهی (ماده ٤٠٤)[2] تسری نقض رأی تجزیه‌ناپذیر پذیرفته شده

۱. بعید است مقصود نویسنده (عموزاد مهدیرجی) طرح دعوای ورود ثالث در مرحله تجدید نظر بوده باشد.
۲. اعتراض ثالث (ماده ٤٢٥)

بـــه این معنا که هرگاه برخـــی دادباختگان اقدام به واخواهـــی، تجدید نظرخواهی یا فرجام‌خواهی کرده و رأی غیابی یا تجدید نظرخواســـته یا فرجام‌خواسته نقض شود، رأی به دیگر دادباختـــگان غیردادخواه (در مرحله واخواهـــی، تجدید نظرخواهی یا فرجام‌خواهی) تســـری یافته و ایشـــان نیز از آن بهره‌مند می‌شـــوند؛ دعوای اعتراض به تشـــخیص منابع طبیعی نیز مشـــمول این قاعده است؛ زیرا قانون‌گذار بر پایه حکم عقل دســـت به شناسایی و پذیرش چنین نهادی در دعاوی اعتراضی زده و اجرای آن در موارد مقتضی دیگر نیز پذیرفتنی اســـت؛ بدین‌ترتیب موضوع تعارض آراء در این دعاوی منتفی بـــوده، با صدور حکم دوم مبنی بر غیرملی بودن ملک متنازع‌فیه، حکم صادر شده در دعوای اول منتفی می‌شود.

۳. تعدد وراث شفیع و دارنده خیار

یکی از چالش‌های ســـنتی در بحث خیارات و حق شـــفعه ناظر به چگونگی اجرای آن در فرضی است که دارنده حق فسخ و شفیع فوت کرده و وراث آنان بیش از یک شخص‌اند. طبعاً این نوشتار سودای واکاوی تفصیلی مباحث حقوق ماهوی آن را ندارد، بلکه صرفاً در حد تبیین اثرگذاری تحلیل ماهوی موضوع بر قواعد آیینی در دو بخش به بررسی مختصر آن می‌پردازد.

۱-۳. تعدد وراث شفیع

در صورت اجماع وراث بر اخذ به شـــفعه یا عدم آن تکلیف روشـــن اســـت. طبعاً در صورت اجرای حق از ســـوی همه وراث و لـــزوم طرح دعوا برای تأیید آن، دادخواهی جمعی آنان ضروری اســـت؛ در غیر این صورت شرط استماع دعوا فراهم نیست. حال پرسش آن است که در صورت اختلاف نظر میان ایشان چه باید کرد. در پاسخ به این پرسش باید دو فرض را از هم تفکیک کرد:

فرض نخســـت آن‌که بعضی از وراث حق خود را اسقاط کنند؛ در این صورت برابـــر ماده ۸۲٤ قانون مدنی دیگر وراث می‌توانند مبیع را برای شـــخص خود تملک کرده، ثمن را به خریدار بپردازند؛ طبعاً اگر وارثِ مایل به اعمال حق شـــفعه یک نفر باشد، مشکلی در اجرای حق وجود ندارد اما در فرض تعدد ایشان مانند آن‌که وراث شـــش نفر باشند که سه نفر حق خود را اسقاط کرده و سه وراث دیگر در صدد اخذ به شفعه‌اند، دادخواهی جمعی سه نفر اخیر ضروری است.

فرض دوم این‌که، بعضی از آنان نه حق خود را اسقاط کرده و نه با دیگر وراث همراهی کنند؛ ممکن است گفته شود که در این فرض می‌توان رابطه میان وراث را تضامنی شمرد (تضامن مثبت)؛ به این معنا که هر یک بتوانند اخذ به شفعه کرده و اعلام آن را از دادگاه درخواست کنند و بنابراین دادخواهی جمعی ایشان ضرورت ندارد (ابن قدامه، ۱۳۹۲: ٥٣٦؛ به نقل از: صفایی و امیر محمدی، ۱۳۸۳: ۵۱). پذیرش این نظر به این معناست که پس از اخذ به شفعه توسط برخی از وراث، مبیع به ترکه برگشته و متعلق به همه وراث است و طبعاً ثمن نیز از ترکه پرداخت خواهد شد.

این دیدگاه ایراد دارد؛ زیرا تضامن میان طلبکاران خلاف اصل است و به دلیل مخاطراتی که در بر دارد، در حقوق فرانسه صرفاً در صورتی ایجاد می‌شود که در قرارداد بر آن توافق شده باشد و تضامن مثبت قهری در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است؛ برخلاف تضامن میان بدهکاران که می‌تواند برآمده از قانون یا قرارداد باشد (جنیدی، ۱۳۷۵: ۱۳-۱۱؛ پاکباز، ١٤٠١: ٤٨١). قانون‌گذار ایران نیز به تضامن طلبکاران تصریح نکرده و طبعاً با توجه به خلاف اصل بودن آن، نمی‌توان در موارد تردید به اصل ساختگی تضامن تمسک جست و رابطه میان وراث شفیع را تضامنی شمرد؛ زیرا پذیرش رابطه تضامن میان ایشان، به این معناست که برخلاف اصل استقلال، برابری و عدم ولایت، هر یک از وراث بر دیگری ولایت داشته و بتواند با تصمیم خود، مبیع را به مالکیت ایشان درآورده و ثمن را از آن خارج کند.

۲-۳. تعدد وراث دارنده حق فسخ

گاه دارنده خیار از دنیا رفته و وراثش بیش از یک نفر است. قانون مدنی جز بیان انتقال‌پذیری حق فسخ (ماده ٤٤٥) حکم دیگری در مورد مسائل آن بیان نکرده است؛ در فرض توافق وراث بر فسخ یا عدم فسخ تکلیف روشن است، اما در صورت عدم اجماع میان ایشان، با توجه به سکوت قانون مدنی، اختلاف دیدگاه فراوان است.

برخی معتقدند ورثه دارای همان حق بسیط و تجزیه‌ناپذیر مورث بوده و صرفاً در صورت توافق می‌توانند قرارداد را فسخ کنند (امامی، ۱۳۸۹: ٥١٤-٥١٣). بدیهی است با پذیرش این دیدگاه، در صورت فسخ و لزوم طرح دعوای تأیید آن، دادخواهی جمعی وراث شرط رسیدگی ماهیتی به دعواست.

گفتنی است که دادگاه‌ها گاه در تشخیص صغرای استدلال اشتباه کرده و در

مواردی که چند مالک ملک خود را به دیگری اجاره داده و سپس یکی از آنان قرارداد را فسخ و برای تأیید آن علیه مستأجر دادخواهی کرده است، با ضروری دانستن دادخواهی جمعی ایشان، اقدام به صدور قرار عدم استماع کرده و حق دادخواهی افراد را به محاق برده‌اند. برای نمونه شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۸۸۵۸۰۰۳۰۶ اعلام می‌دارد: «... به اعتقاد دادگاه تجدید نظرخواهی‌های مورد اشاره وارد است. همان گونه که دادگاه محترم بدوی نیز استدلال کرده است چون قرارداد اجاره از سوی آقای غ. ب. و از طرف سایر مالکین (ورثه) منعقد شده، دعوای فسخ آن بایستی از ناحیه همه‌ی آن‌ها مطرح می‌گردید ... لذا مطابق ماده ۳۳۵ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تجدید نظرخواهی آن‌ها مسموع نیست، مستند به مواد ۳۴۸ (بندهای ج و ه) و ۳۵۸ و ۲ از همان قانون ضمن نقض حکم تجدید نظرخواسته و ... قرار رد تجدید نظرخواهی راجع به تجدید نظرخواهان‌های اخیر، قرار رد دعوای آقای غ. ب. را صادر و اعلام می‌دارد ... این رأی قطعی است».[1]

استدلال دادگاه‌های بدوی و تجدید نظر در خصوص لزوم دادخواهی جمعی موجرین اشتباه بوده، موضوع دعوا ارتباطی به ارث حق خیار ندارد و برخلاف تحلیل دادگاه، حتی با پذیرش لزوم دادخواهی جمعی وراث در دعوای تأیید فسخ قرارداد مورث (کبرای قیاس)، نمی‌توان قراردادی را که خود وراث بعد از فوت مورث منعقد کرده‌اند، مصداق آن (صغرای قیاس) شمرد؛ هم‌چنان‌که در صورت مجنون بودن یکی از موجرها، قرارداد نسبت به او باطل است، ولی خدشه‌ای به اعتبار قرارداد دیگران وارد نمی‌کند. بر این بنیاد اگر یکی از مالکان قرارداد را به نسبت سهم خود فسخ و تأیید آن را درخواست کند، دعوای او قابل استماع بوده و دادگاه نباید به دلیل عدم دادخواهی دیگر مالکان از رسیدگی ماهیتی به دعوا خودداری کند. بدین‌سان تحلیل شعبه ۴۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۸۰۲۱۳۷۰۱۰۲۸ نیز که دادخواهی جمعی مالکان را شرط استماع دعوا شمرده، اشتباه است؛ زیرا بر پایه استدلالی نادرست، ضمن تأیید قرار تجدید نظرخواسته از شعبه ۱۸۶ دادگاه حقوقی تهران اعلام می‌کند: «... نظر به اینکه در قرارداد مستاجرین دو نفر می‌باشند و قرارداد

1. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28780

اجاره عین واحد قابل انحلال عقود متعدد نمی‌باشـــد، لذا ... به رسیدگی شکلی ظاهراً ایراد و اشکالی وارد نیست ... بنابراین تجدید نظرخواهی تجدید نظرخواه وارد نیست، مستندا به ماده ۳۵۳ همان قانون دادنامه تجدید نظرخواسته را تائید می‌نماید».[1]

در مقابل گفته شـــده است که حق خیار قابل تجزیه است و هر یک از ورثه به نسبت سهم‌الارث خود از آن ارث می‌برد. پیروان این دیدگاه در خصوص اجرای حق به سه دسته تقسیم می‌شوند:

به نظر برخی هر وارث می‌تواند به نســـبت حصه خود قرارداد را فســـخ کند (نایینی، ۱٤۱۳: ۲۹۷؛ به نقل از: باریکلو، ۱۳۹٤: ۱۷۷)، در عین حال برای جبران ضرر ناشـــی از پاره پاره شدن معامله به طرف مقابل، او نیز از خیار تبعض صفقه برخوردار خواهد شـــد؛ بر این بنیاد دادخوهی جمعی آنان موضوعیت ندارد. ظاهراً شـــعبه ٦۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران در دادنامه ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰٦۰۱۲٤۳ این دیدگاه را مقبول دانســـته اســـت؛ زیرا در خصوص دادخواهی بعضی از ورثه برای تأیید فسخ قرارداد مورث، ضمن نقض قرار عدم اســـتماع شـــعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران اعلام می‌کند: «... نظر به این‌که اقامه دعوی از حقوق اشـــخاص [است] و ذی‌نفع می‌تواند با تقدیم دادخواست حق خود را اعمال یا از آن صرف نظر نماید و نظر به این‌که تجدید نظرخواهان‌ها نمی‌توانند شـــریک خود را مجبور بـــه اقامه دعوی نمایند و هر یک از وراث و شـــرکا به نســـبت حصه خود می‌توانند برای اعمال حق خود (اقامه دعوی به منظور صدور حکم به تأیید فســـخ قرارداد) اقدام نمایند و عدم اقامه دعوی از ناحیه یکی از ورثه و شـــرکا مانع از پذیرش دعوی ورثه و شـــریک دیگر نمی‌باشد و نظر به این‌که دعوی برابر مقررات قانونی اقامه شـــده و منـــع قانونی برای پذیرش آن وجود ندارد، از این رو تجدید نظرخواهی وارد تشخیص داده می‌شود و به تجویز ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرســـی مدنی، قرار معترض‌عنه نقض می‌گردد و پرونده جهت رسیدگی ماهیتی به دادگاه محترم نخستین اعاده می‌شود. این رأی قطعی است».[2]

ایـــن رویکرد طرف مقابل (من علیه الخیار) را با وضعیتی ناخواســـته روبه‌رو کرده و با انحلال قرارداد واحد به چند قرارداد، اشـــاعه را بر او تحمیل می‌کند؛ حتی

1. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28591
2. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5273

پیش‌بینی خیار تبعض صفقه نیز گره از کار فرو بسته‌ی او نمی‌گشاید؛ زیرا گذشته از دردسرهای اعمال خیار و چه بسا لزوم دادخواهی برای تأیید آن، رویکرد غالب در دکترین و رویه آن است که وی در صورت فسخ صرفاً می‌تواند ثمن پرداختی را از فروشنده پس بگیرد؛ در حالی که با وجود تورم بالای موجود در اقتصاد ایران، فسخ از جانب خریدار توجیه عقلایی ندارد و چنین عملی را می‌توان نشانه‌ی حجر او دانست!

برخی با پذیرش رابطه تضامن میان ایشان، بر این باورند که هرچند ورثه صرفاً به نسبت سهم‌الارث خود از حق خیار ارث می‌برند، ولی هر یک می‌توانند کل قرارداد را فسخ کنند؛ بر این بنیاد اقدام فردی ایشان به معنای تضییع حق بقیه نیست، بلکه در واقع وی حق آنان را اعمال کرده است (صفایی و امیرمحمدی، ۱۳۸۳: ۵۷-۵۶)؛ طبعاً مطابق این دیدگاه، دادخواهی جمعی ورثه شرط استماع دعوا نیست و هر یک می‌تواند به تنهایی تأیید آن را درخواست کند. با توجه به ایرادهای بیان شده در بحث شفعه، این دیدگاه پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد.

گروه دیگر حق خیار را به اعتبار موضوع آن بین وراث قابل تقسیم می‌دانند؛ به این معنا که هر وارث به نسبت سهم‌الارث خود دارای حق فسخ است، منتها تضرر طرف مقابل مانع اجرای حق (فسخ) می‌شود و جز در فرض رضایت او یا پیش‌بینی شرط تبعیض در قرارداد، اجازه اجرای حق (فسخ) به وارث نمی‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۹-۱۲۸).

این دیدگاه پذیرفتنی است و بنابراین در صورت پیش‌بینی شرط تبعیض در قرارداد یا رضایت یا تقصیر من علیه الخیار (برای مثال تعدی و تفریط مستأجر در عین مستأجره موضوع قراردادهای مشمول قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶)، مانع اجرای حق دارنده خیار از میان رفته و می‌تواند آن را اعمال کند؛ بدیهی است در این صورت وی می‌تواند به نسبت سهم خود قرارداد را فسخ و برای تأیید آن طرح دعوا کند و دادخواهی جمعی وراث ضرورت ندارد. در برابر هرگاه رضایت یا تقصیر من علیه الخیار یا شرط قراردادی در میان نباشد، به دلیل تزاحم حق دارنده خیار با حق من علیه الخیار، فسخ به نسبت سهم غیر ممکن بوده و تبعاً دادخواهی فردی برای تأیید آن، قابل استماع نیست.

٤. دعاوی تخلیه در اجاره‌های مشـــمول قانون روابط موجر و مســـتاجر سال ۱۳٥٦

در قراردادهای اجاره مشـــمول قانون سال ۱۳٥٦ ممکن است موجر در شرایط خاص بتواند تخلیه ید مســـتأجر را درخواســـت کند؛ در این صورت منطقی است که فرض دعوای فسخ قرارداد و تخلیه را از فرض درخواست تخلیه پس از پایان حیات قرارداد تفکیک کرد؛ در عین حال در خصوص اســـتحقاق مســـتأجر بر دریافت حق کسب و پیشه و تجارت چند فرض قابل تصور است که در این‌جا به آن می‌پردازیم.

٤-١. دعوای فسخ قرارداد و تخلیه

گاه موجر به دلیل تقصیر مستأجر مانند تغییر شغل غیرمشابه، تعدی و تفریط و عدم پرداخت اجاره‌بها و غیره در پی فسخ قرارداد است. طبعاً در فرض تعدد موجرین این پرســـش به میـــان می‌آید که آیا آنان باید جمعی عمل کنند یا اقدام انفرادی‌شـــان نیز پذیرفتنی اســـت. در پاســـخ باید گفت بر خلاف دیدگاه برخی (ابهری و زارعی، ۱۳۹۱: ٦٧-٦٤)، فســـخ و دادخواهی جمعی موجرین ضرورت ندارد؛ زیرا از یک سو منع تبعیض در اعمال خیار برای حمایت از مســـتأجر و پیشگیری از تضرر اوست در حالی که در فرض تقصیر مســـتأجر، وی اقدام به زیان خـــود کرده و دلیلی ندارد که مورد حمایت قرار گیرد؛ از ســـوی دیگر، حمایت از مســـتأجر با ورود ضرر ناشی از بقای قرارداد به موجرِ خواهانِ فســـخ ملازمه دارد و ترجیح مستأجر بر موجر منطقی به نظر نمی‌رسد.

حتی اگر بر مبنای منطق اقتصادی مقایسه ضررها و انتخاب کمترین آن‌ها عمل شود، دست‌کم در مواردی که ضرر ناشی از عدم فسخ برای موجر بیشتر از ضرر ناشی از فسخ برای مستأجر باشـــد، باید امکان فسخ یکی از موجرین و دادخواهی انفرادی او را پذیرفـــت. بر این بنیاد باید بر آن بود که یکی از موجرین می‌تواند ضمن فســـخ قرارداد، برای تأیید آن و تخلیه ید مستأجر اقدام به دادخواهی کند؛ طبعاً پس از تخلیه، تصرف مستأجر و موجر یا موجرین فسخ‌کننده تابع قواعد تصرف بر مال مشاع است (ماده ٤٣ قانون اجرای احکام مدنی) و این امر نمی‌تواند مانع اســـتماع دعوای یکی از موجرین شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ٥۱۲)؛ زیرا وقتی می‌توان خلع ید مالک مشاع عین و منافع را درخواست کرد، تخلیه ید مستأجر به طریق اولی پذیرفتنی است.

۲-٤. پایان قرارداد و دعوای تخلیه

گاه موجر پـــس از پایان مدت قرارداد در صدد تخلیه ید مســـتأجر برمی‌آید؛ طبعاً در این صورت به دلیل وجود نداشـــتن قرارداد، فســـخ آن منتفی است. در عین حال ممکن است مستأجر به دلیل تقصیر خود استحقاق دریافت حق کسب و پیشه و تجارت نداشته یا برای دریافت نصف یا تمام آن ذی‌حق باشد. حال پرسش آن است که در فرض تعدد موجرین، آیا دادخواهی جمعی ایشان لازم است.

۱-۲-٤. عدم استحقاق مستأجر برای دریافت حق کسب و پیشه و تجارت

مســـتأجر در مـــواردی به دلیل تقصیر خود (برای نمونـــه در صورت تعدی و تفریط در عین مستأجره یا تغییر شغل غیرمشابه موضوع بندهای ۷ و ۸ ماده ١٤) حقی بر دریافت کســـب و پیشه و تجارت ندارد. در این فرض دادخواهی جمعی موجرین ضرورت ندارد و هر یک از ایشان می‌تواند تخلیه ید مستأجر را درخواست کند (ماده ٤٣ قانون اجرای احکام مدنی)؛ زیرا از یک ســـو تخلیه ید او به معنای تصرف موجر بر مال نیست؛ از سوی دیگر پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به او منتفی است و بنابراین مانعی برای اعمال حق یکی از موجرین و رســـیدگی ماهیتی به دعوای وی وجود ندارد. بر این بنیاد برخی دادگاه‌ها به درســـتی دعوای تخلیه طرح شـــده توسط یکی از موجرین را پذیرفته و اقدام به رســـیدگی ماهیتی کرده‌اند. برای نمونه شـــعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰٤۳۱ ضمن نقض قرار عدم اســـتماع صادر شده از شعبه ۱۸٦ دادگاه عمومی حقوقی تهران بیان می‌دارد: «ثانیاً، مقررات حاکم بر روابط اســـتیجاری متعاملین، قانون روابط موجر و مســـتاجر مصوب ۱۳٥٦ بوده که مقنن به شـــرح قانون مرقوم یکی از موارد تخلف مستاجر و تخلیه عین مستاجر ه را تغییر شغل اعلام داشته که خواهان نیز با تمسک به تخلف حادث شـــده دعوی خود را برابر مقررات درخواست نموده است. ثالثاً، مطابق تصریح نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۲٤٦۳/۷ مورخه ۱۳۷۸/٤/۲۳ هر یک از موجرین به تنهایی می‌تواند در صورت حدوث تخلف مســـتاجر تخلیه عین مستاجره را درخواست نماید و صرف این‌که ورثه موجر افراد متعددی می‌باشند مانع از پذیرش دعوی نبوده و محاکم به حکم مقرر در مواد ۲ و ۳ از قانون آیین دادرسی مدنی مکلف می‌باشـــند به دعاوی‌ای که برابر مقررات درخواست شـــده‌اند رسیدگی کرده و حکم

مقتضی را صادر و فصل خصومت نمایند. از این رو دادگاه با پذیرش لایحه اعتراضیه و با استناد به قسمت آخر از ماده ۳۵۳ از قانون مرقوم ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه، پرونده را جهت ادامه رسیدگی و اظهار نظر ماهیتی به دادگاه نخستین اعاده می‌نماید».[1]

شعبه ۳۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۲۳۲۰۰۱۷۱، در دعوایی که یکی از موجرین به دلیل تغییر شغل علیه مستأجر طرح کرده، ضمن ضروری ندانستن دادخواهی جمعی موجرین، قرار عدم استماع شعبه ۳۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران را نقض کرده است.[2] به همین ترتیب شعبه ۵۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۰۶۵۸ که البته ارتباط منطقی میان اسباب موجهه و منطوق آن چندان روشن نیست، تجدید نظرخواهی دادباخته را پذیرفته و مقرر می‌کند: «اولاً، خانم ط. ب.م. به موجب استعلام ثبتی به شماره ٤٨٦٨٣ مورخ ۲۰/۱۲/۹۳ از اداره ثبت اسناد و املاک مالک سه دانگ پلاک مذکور می‌باشد؛ ثانیاً، به موجب ماده ٤٧٣ قانون مدنی لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد، ولی باید مالک منافع آن باشد؛ لذا با توجه به این که دادنامه تجدید نظرخواسته[3] بدون رعایت اصول و قواعد دادرسی و موازین حقوقی صادر شده است، آن را نقض و جهت ادامه رسیدگی مستنداً به ماد ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی به دادگاه بدوی ارسال می‌گردد».[4]

در مقابل برخی دادگاه‌ها دادخواهی جمعی خواهان‌ها را ضروری دانسته و در فرض دادخواهی غیر جمعی ایشان، از ورود به ماهیت دعوا خودداری و اقدام به صدور قرار عدم استماع دعوا کرده‌اند. برای نمونه شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر

---

1. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/25888

2. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4414

۳. شعبه یازده دادگاه عمومی حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۷۰۲۲۷۱۰۰۲۱٦ مقرر کرده بود: «در خصوص دعوی خواهان ... به خواسته فسخ اجاره و تخلیه و تحویل عین مستاجره و ... خوانده به موجب اجاره‌نامه عادی شماره ۱۲۱/۹۲ مغازه موصوف را از ناقل قانونی جهت طباخی اجاره نموده است. در قرارداد مذکور شرط شده است در صورتی‌که هر یک از چک‌های تحویلی به موجر به هر علت منجر به صدور گواهی عدم پرداخت گردد موجر می‌تواند این اجاره را یک‌طرفه فسخ و نسبت به تخلیه عین مستاجره اقدام نماید ... نظر به این‌که حق تخلیه حقی بسیط و غیر قابل تجزیه بوده و مادامی که کلیه شرکاء اعمال حق مزبور را مجری ننمایند، منفرداً قابل اجرا و اعمال نمی‌باشد، بنا به مراتب مذکور، دادگاه دعوی را به کیفیت مذکور قابل استماع ندانسته و مستنداً به ماده ۱۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی صادر می‌گردد.

4. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28811

استان تهران در مقام تأیید دادنامه تجدید نظرخواسته، به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۵۱۱ بیان می‌دارد: «در خصوص تجدید نظرخواهی آقای ح.ر. به طرفیت آقای ح.ب. نسبت به دادنامه شماره ۵۵۹ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۹ صادر از شعبه ۱۵۶ دادگاه حقوقی تهران که مطابق آن دعوای تخلیه به لحاظ تغییر شغل به لحاظ عدم قابلیت تجزیه حق کسب و پیشه در فرض اجابت دعوی به لحاظ این‌که تجدید نظرخواه صرفاً احد از مالکین مشاع بوده منتهی به صدور قرار رد دعوی گردیده، دادگاه با عنایت به مستندات تقدیمی و توجهاً به اظهارات طرفین به شرح لوایح تقدیمی ایراد اساسی بر رأی معترض‌عنه وارد نبوده با رد تجدید نظرخواهی مستند به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی رأی معترض‌عنه را تأیید و ابرام می‌نماید».[1]

مشخص نیست مراد دادگاه از عدم قابلیت تجزیه حق کسب و پیشه و تجارت چیست؟ زیرا سبب دادخواهی مالک برای تخلیه، تغییر شغل مستأجر است و برابر قانون، مستأجر در این فرض حقی بر دریافت حق کسب و پیشه و تجارت ندارد تا بحث از قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه آن به میان آید و دادگاه با تفسیر ناصواب خود، راه دادخواهی را مسدود کرده است.[2]

۲-۲-٤. استحقاق مستأجر بر دریافت کامل حق کسب و پیشه و تجارت

در مواردی که موجر با دریافت پروانه ساخت در صدد ایجاد ساختمان جدید بر ملک بوده یا برای کسب و کار شخصی خود به آن نیاز داشته یا ملک از قابلیت سکنی برخوردار بوده و موجر برای سکونت خود یا اولاد یا پدر یا مادر یا همسر خود به آن نیاز داشته باشد، پس از پایان مدت قرارداد اجاره می‌تواند با پرداخت کامل حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر تخلیه ملک را درخواست کند (ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵٦).

برخی معتقدند تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید نخست آن‌که صرفاً در فرضی قابل پذیرش است که موجر یک شخص باشد؛ و دوم آن‌که، چون تخلیه زمینه

1. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4604

۲. اگر اجرای حکم در قالب وضع ید انجام شود؛ به این معنا که دادبرده همراه با مستأجر در مال تصرف کنند، دادبرده صرفاً به میزان سهم خود حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر را خواهد پرداخت و تخلیه ید مستأجر و پرداخت نصف حق کسب و پیشه و تجارت منتفی خواهد بود (ابهری و زارعی، ۱۳۹۱: ۷۷-۷۵)، البته در صورت نیاز به ملک برای استفاده مسکونی، اجرای حکم به صورت وضع ید به سختی قابل تصور است.

تصرف یکی از شرکا را بدون اذن دیگران بر مال مشاع فراهم می‌کند، دادخواهی فردی ایشان پذیرفته نیست (ابهری و زارعی، ۱۳۹۱: ٦٨). در مقابل می‌توان گفت دلیلی برای منحصر دانستن تخلیه به فرض واحد بودن موجر وجود ندارد و در صورت توافق موجرین نیز امکان تخلیه برای احداث ساختمان وجود دارد؛ از سوی دیگر در صورت دریافت پروانه ساختمان توسط همه موجرین، دادخواهی جمعی ایشان ضروری به نظر نمی‌رسد؛ زیرا از یک سو تخلیه ید مستأجر با تصرف مالک مشاع بر ملک ملازمه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۵۱۳-۵۱۲) و بنابراین اگر وی پس از تخلیه اقدام به تصرف و تخریب آن نماید، عملش مشمول قواعد عمومی تصرف در مال مشاع است؛ از سوی دیگر پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر توسط مالک دادخواه با مانعی مواجه نیست و تخلیه ید مستأجر پس از پرداخت حقوق او انجام می‌شود (ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳٥٦) و بنابراین تخلیه تضییع حقوق او را در پی ندارد. درعین‌حال رابطه پرداخت‌کننده با دیگر موجر یا موجرین نیز ارتباطی به مستأجر ندارد و در بخش بعد این نوشتار فروض مختلف آن بررسی می‌شود.

در خصوص تخلیه به منظور نیاز شخصی موجر برای کسب و کار یا برای سکونت خود یا اولاد یا پدر یا مادر یا همسر او، این پرسش مطرح است که آیا پیش‌بینی تخلیه در این موارد صرفاً ناظر به فرضی است که موجر یک نفر است یا شامل فرض تعدد موجرین نیز می‌شود.

در صورت پذیرش دیدگاه غالب در دکترین و رویه و اختصاص حق تخلیه به فرض واحد بودن موجر، طبعاً بحث لزوم یا عدم لزوم دادخواهی جمعی به میان نمی‌آید (کشاورز، ۱۳۸۳: ۱۷۲)، اما در صورت پذیرش اعمال این قاعده در فرض تعدد موجرین، مسأله لزوم یا عدم لزوم دادخواهی جمعی به میان می‌آید؛ بدین ترتیب می‌توان گفت ممکن است همه موجرین برای کسب و کار به عین مستأجره نیاز داشته باشند یا با فرض نیاز یکی از آنان، دیگران نیز با تخلیه عین مستأجره و استفاده از آن توسط وی موافق باشند. به نظر می‌رسد در این فرض نیز مانعی برای پذیرش دادخواهی انفرادی برخی از موجرین وجود ندارد؛ زیرا از یک سو حق ایشان برای تخلیه بی‌دلیل محدود نمی‌شود؛ از سوی دیگر پذیرش آن به زیان مستأجر نیز تمام نمی‌شود؛ زیرا حق کسب و پیشه و تجارتش را به طور کامل دریافت می‌کند.

۳-۲-٤. استحقاق مستأجر یا متصرف بر دریافت نصف حق کسب و پیشه و تجارت

در فرضی که مستأجر بدون داشتن حق انتقال اجاره و بدون اذن موجر یا دادگاه، منافع مورد اجاره را به دیگری انتقال داده، موجر می‌تواند تخلیه ملک را درخواست کند، ولی باید نصف حق کسب و پیشه و تجارت را به مستأجر یا متصرف بپردازد (ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵٦ و تبصره ۱ آن). برخی دادگاه‌ها در این فرض دادخواهی جمعی موجرین را ضروری دانسته و در صورت دادخواهی انفرادی ایشان، از ورود به ماهیت دعوا خودداری کرده‌اند. برای نمونه شعبه ۲۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران چنین رویه‌ای در پیش گرفته و در دعوایی که به سبب انتقال بدون مجوز اجاره به غیر تخلیه ید مستأجر درخواست شده، به موجب دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۱۱۵٦ بیان می‌دارد: «برابر رویه غالب قضایی و به ویژه در سطح مراجع عالی و نیز دکترین موثر حقوقی، از آنجا که منفعت در امر اعیان مستاجره خصوصاً تجاری، فرایندی واحد و غیر قابل تجزیه، تفکیک و غیر قابل انفکاک به اجزاء متفاوت و عدیده بوده و این مهم نیز مورد تائید برخی از فقهاء عظام نیز بوده و بر اساس همین عقیده اصل معروف «المنفعه امر واحد» مقبول نظریات مذکور بوده و بدین ترتیب و به علت اصل تجزیه ناپذیری منفعت در عین مستاجره، دعوای تخلیه الزاماً می‌باید از سوی کلیه مالکین (موجرین) مطرح تا امکان اجابت آن (در صورت مدلل به دلیل قانونی یا شرعی بودن) و نسبت به تمام عین مستاجره، ممکن و متصور باشد و الا مطابق رویه مذکور، طرح و اقامه دعوای تخلیه و صرفاً از ناحیه برخی مالکین، قابلیت اجابت و پذیرش را دارا نمی‌باشد که مهم یاد شده در طرح دعوای بدوی و رسیدگی بدان و نیز صدور دادنامه مرقوم، به کلی مغفول باقی مانده، فلذا دعوای بدوی که صرفا از سوی برخی مالکین (چهار تن از ده تن) و برخی ورثه مرحوم ... طرح و اقامه گردیده، قابلیت اجابت را از حیث شکلی دارا نبوده است».[1]

استدلال قضات در خصوص تجزیه ناپذیری منفعت عین مستأجره مبهم است و ممکن است یکی از این فروض مورد نظر بوده باشد:

1. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/30435

نخست، نظر به این که پس از تخلیه عین مستأجره، یکی از موجرین (دادبرده) ملک را متصرف شـــده و افزون بر سهم خود، بر مال دیگران نیز استیلاء پیدا می‌کند، بنابراین نمی‌توان دادخواهی انفرادی ایشـــان را پذیرفت. این استدلال درست نیست؛ زیرا تخلیه ید مستأجر با تصرف یکی از موجرین بر مال ملازمه ندارد و مال صرفاً از تصرف مستأجر خارج می‌شود.

دوم، به دلیل مشـــاع بودن مال، هیچ‌یک از موجرین حق درخواست تخلیه به دلیل تخلف مستأجر را ندارد؛ حتی اگر بر ملک استیلاء پیدا نکند. این دیدگاه درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا دلیل خاصی برای چنین منعی وجود ندارد و نمی‌توان حق افراد را به دلایل واهی سلب کرد.

سوم، ممکن اســـت مقصـود دادگاه آن باشد که مطـــابق قانـون (ماده ۱۹ و تبصره ۲ آن) اگر مستأجر بدون داشتن حق انتقال و اجازه دادگـاه یا اذن موجر، اجاره را به غیر منتقل کند، مالک در صورت تخلیه باید نـصف حق کسب و پیشه و تجارت را به مســـتأجر بپردازد و چون در صـــورت تعدد موجرین، یکی از ایشان نمی‌تواند صرفاً سهم خود را پرداخته و خواستار تخلیه ید مـستأجر شود، لذا دعوا قابل استماع نیست.

در نقـــد این دیدگاه باید گفت این‌که یکـــی از موجرین نمی‌تواند با پرداخت بخشـــی از حق کسب و پیشه و تجارت، مستأجر را از ملک بیرون کند، درست است و مطابـــق ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مســـتاجر در مواردی کـــه حکم تخلیه عین مســـتأجره با پرداخت حق کسب و پیشـــه و تجارت صادر شده باشد، موجر جز در صورت توافق با مســـتأجر، باید ظرف ســـه ماه از تاریخ ابـــلاغ حکم قطعی، آن وجه را در صنـــدوق دادگســـتری تودیع یا ترتیب پرداختش را بدهـــد وگرنه حکم صادره ملغی می‌شـــود، اما وجود این حکم قانونی با عدم استماع دعوا ملازمه ندارد؛ زیرا در صـــورت صدور حکم قطعی بر تخلیه، دادبرده در صورت تمایل به اجرای آن، حقوق مســـتأجر را به صورت کامل پرداخت می‌کند؛ بنابراین مانعی برای رسیدگی ماهیتی به دادخواهی انفرادی یکی از موجرین وجود ندارد و دادگاه‌ها نباید با قواعد ســـاختگی، حق دادخواهی ایشان را نقض کنند.

٤-۲-٤. امکان‌سنجی رجوع موجرِ پرداخت‌کننده حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر به دیگر موجرین

در صورت تخلیه ید مستأجر و لزوم پرداخت نصف یا تمام حق کسب و پیشه و تجارت به او، این پرسش به میان می‌آید که اگر یکی از موجرین پس از موفقیت در دادخواهی، حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر را پرداخت، آیا حق دارد به دیگر موجرین رجوع کند. در پاسخ به این پرسش سه دیدگاه قابل ارائه است.

الف. قائم مقامی پرداخت‌کننده از مستأجر

در مواردی که شخصی دین دیگری را می‌پردازد ممکن است بتواند بر پایه رجوع (دعوای) شخصی یا قائم‌مقامی به بدهکار رجوع کند. دعوای شخصی ممکن است دارای مبنای ارادی (اذن پرداخت‌کننده به پرداخت دین) یا قانونی (اداره فضولی مال غیر یا دارا شدن غیرعادلانه) باشد. قائم‌مقامی به اعتبار منشأ ایجاد آن می‌تواند قانونی یا قراردادی باشد. دعوای قائم‌مقامی پرداخت‌کننده قانونی است و در مواردی معنا دارد که وی به دلیل الزام قانونی یا ذی‌نفع بودن در پرداخت (همانند وضعیتی که در مواد ۵۵، ٧٦ و ۸۲ قانون اجرای احکام مدنی یا ماده ۷ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/٦/۱۱ پیش بینی شده)، قائم مقام بستانکار شده و می‌تواند به بدهکار رجوع کند (دارویی، ۱۳۸۸: ١٦٩-١٦٨). در مورد موجر نیز به دلیل تحقق سبب قانونی برای تخلیه ملک و در عین حال لزوم پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر و ذی‌نفع بودن پرداخت‌کننده در تأدیه، وی می‌تواند به دیگر موجر یا موجرین مراجعه کند و بنابراین موضوع از شمول ایفای بدون اذن دین دیگری (ماده ٢٦٧ قانون مدنی) خارج است. در ماده ١٣٤٦ قانون مدنی اصلاحی سال ٢٠١٦ فرانسه نیز قائم مقامی با پرداخت پیش‌بینی شده و شخص می‌تواند در صورت داشتن نفع قانونی در پرداخت دین دیگری، آن را تأدیه و سپس به قائم‌مقامی از بستانکار به بدهکار رجوع کند (پاکباز، ١٤٠١: ۵۷۵).

ب. رجوع شخصی پرداخت‌کننده به دیگر موجرین

پرداخت‌کننده بر مبنای قاعده منع استفاده بلاجهت یا اداره فضولی مال غیر، حق رجوع شخصی به دیگر موجرین را دارد؛ زیرا با تخلیه ید مستأجر، ملک ایشان

آزاد و بر دارایی‌شـــان افزوده می‌شـــود بدون آن‌که سبب قانونی برای آن وجود داشته باشـــد. از سوی دیگر پرداخت‌کننده گاه در چارچوب حقی که قانون برای واکنش در برابر تخلف مستأجر به وی داده، به سود خود و دیگر موجرین درخواست تخلیه کرده و شایســـته نیست که متضرر شود؛ بدیهی است ذی‌نفع بودن وی در پرداخت و تخلیه ملـــک منافاتی با رجوع بر مبنای قاعده اداره فضولی مال غیر ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۸؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۱۹).

پ. عدم رجوع پرداخت‌کننده به دیگر موجرین

برابر این دیدگاه موجرِ پرداخت‌کننده نه قائم مقام مســـتأجر می‌شود و نه حق رجوع شـــخصی به دیگر موجرین را دارد؛ زیرا رجوع شخصی یا بر مبنای اذن تأدیه کننده (ماده ۲٦۷ قانون مدنی) اســـتوار اســـت یا مبنای قانونی داشته و بر پایه قواعد دارا شـــدن غیرعادلانه یا اداره فضولی مال غیر اســـتوار است؛ حال آن‌که اقدام موجر پرداخت‌کننده بر هیچ‌یک از مبانی یادشـــده استوار نیست و فارغ از این‌که متبرع باشد یا نه، به این دلیل که بدون اذن دیگر موجران، دین ایشان را ایفاء و اقدام به زیان خود کرده است، بنابراین حق مراجعه به آنان را ندارد.

برآمد

۱- استماع برخی دعاوی دارای خواهان‌های متعدد بالقوه همچون اعتراض به برگ تشـــخیص منابع ملی، تأیید فسخ و تخلیه یا تخلیه در قراردادهای اجاره مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵٦، تأیید فسخ قرارداد و اخذ به شفعه در رویه قضایی با چالش روبه‌رو شـــده است؛ به‌گونه‌ای که برخی دادگاه‌ها با ضروری شمردن دادخواهی جمعی خواهان‌ها، از رسیدگی ماهیتی به دعاوی فردی آنان خودداری کرده و در مواردی بدون دلیل موجه حق دادخواهی شهروندان را به محاق برده‌اند؛ در حالی که به نظر می‌رسد باید به شرح بندهای زیر قائل به تفکیک شد.

۲- در دعاوی اعتراض به برگ تشـــخیص منابع طبیعی در فرض تعدد مالکان، دادخواهی جمعی ایشـــان ضرورت ندارد؛ زیرا از یک سو خواهان دادخواه نمی‌تواند دیگر خواهان‌های بالقوه را الزام به طرح دعوا کند؛ و از ســـوی دیگر سلب یا محدود کردن حق دادخواهی خواهان دادخواه مبنای حقوقی ندارد.

۳- در دعاوی تخـلیه عیـن مسـتأجره در اجـاره‌های مشمول قانون سال ۱۳۵٦، ممکن است موجر در مدت اجـــاره یا پس از آن بتـــواند با پرداخت نصـف یا تمام حق کسب و پیشه و تجارت یا بدون تکـلیف به پرداخـت آن، تأیید فسخ قـرارداد و تخلیه (در مدت قرارداد) یا تخـــلیه (پس از پایان مـدت قرارداد) را درخواسـت کند. نظر به اینکه در این قانون موجـــر در صورتی حق فســخ قرارداد را دارد که مستأجر مرتکب تقصیر شده باشد. بنابرایـن در زمان حیات قرارداد نیز به دلیل اقدام مـستأجر به زیان خود، دادخواهـــی فردی موجرین قابل پذیرش است و هر یک می‌تواننـــد دعوای تأیید فسخ و تخلیه را طرح کنـــند. پس از پایان مدت قرارداد نیز، دادخـواهی فردی موجرین مطابق قواعد حقوقی پذیرفتـنی به نظر می‌رسـد و استـحقاق مستأجر بر دریافت حق کسب و پیشه و تجارت نمی‌تـــواند مانع دادخواهی فردی هر یک از موجرین شود.

٤- در دعاوی تأیید فســخ قـــرارداد، هر گاه دارنده خیـــار پیش از پیدا کردن فرصت تصمیم‌گیری در مورد اعمال یا اســـقاط حق فسخ از دنیا برود و وراثش متعدد باشند، فســـخ و دادخواهی فردی ایشان با مانع تضرر ناشی از تبعیض به طرف مقابل روبه‌رو می‌شود؛ بنابراین در صورت عدم رضایت یا فقدان شرط تبعیض در قرارداد یا

گاهی تقصیر طرف مقابل، فسخ و دادخواهی جمعی وراث ضروری است.

۵- هرگاه شـــفیع پیش از پیدا کردن فرصت تصمیم‌گیـــری در مورد اعمال یا اســـقاط حق بمیـــرد و وراثش متعدد بوده و برای اخد به شـــفعه به توافق نرســـند و درعین‌حال هیچ‌کـــدام نیز حق خود را اسقاط نکنند، اجرای حق و دادخواهی جمعی ایشـــان ضروری بوده و دادخـــواهی فردی‌شـــان به دلیل اضرار خریدار قابل استماع نیست.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابهـــری، حمید و زارعی، رضا (۱۳۹۱)، «**تخلیه اماکن تجاری مشاع به درخواست بعضی از مالکین**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۹.

* احمـــدی، خلیل (۱۳۹۳)، «**مطالعه تطبیقی مفهوم و انواع دعاوی بین اشـــخاص مختلف**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ٤.

* الماســـی، مسعود و واعظی، احمد (۱٤۰۱)، «**پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایـــران؛ برآیند تعاملی فرمالیســـم حقوقی و نص‌گرایی قانونـــی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۷.

* امامی، سیدحسن (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، چاپ سی‌ام، تهران: اسلامیه.

* باریکو، علیرضا (۱۳۹٤)، **حقوق قراردادها: عقود معین(۱)**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* بازگیر، یدالله (۱۳۸۹)، **آرای دیوان عالی کشـــور در امور حقوقی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: جاودانه.

* بازگیر، یدالله (۱۳۸۹)، **آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: جاودانه.

* بهره‌منـــد بگ‌نظر، حمیـــد، عامری ثانی، امیر کیا، فرهمنـــد، آذر و حاجی‌زاده، امیر حســـین (۱٤۰۲)، «**سیاستگذاری حقوقی و پیشگیری از تشتت آراء؛ کاهش دامنه‌ی تفســـیرپذیری قوانین از طریق یادداشـــت توضیحی و آزمایشگاه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.

* پاکباز، سیامک (۱٤۰۱)، **شرح قانون مدنی فرانسه**، چاپ سوم، تهران: میزان.

* جنیدی لعیا (۱۳۷۵)، «**تضامن و آثار و اوصاف آن**»، مجله دانشکده حقوق، شماره ۲۵.

* دارویی عباسعلی (۱۳۸۸)، «**پرداخت دین دیگری در نظام حقوقی ایران**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ٤.

* راسخ، محمد و پورسید آقایی، سیدحمید (۱۳۹٤)، «**نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷٤.

* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۹۵)، **مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، چاپ نهم، تهران: سمت.
* صفایی، سیدحسین و امیرمحمدی، محمدرضا (۱۳۸٤)، «**نظریه تضامن در اجرای حق شفعه و ارث خیار**»، اندیشه‌های حقوقی، سال دوم، شماره ۷.
* طهماسبی، علی (۱۳۹٦)، «**تحلیل قواعد دادرسی مدنی در فرض تعدد اصحاب دعوا**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۹۸.
* عباسی لاهیجی، بیژن (۱۳۹۰)، **حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* عموزاد مهدیرجی، قدرت (۱۳۹۸)، **اعتراض به تشخیص اراضی ملی از مستثنیات**، چاپ سوم، تهران: دادگستر.
* فتحی، بدیع و هرمزی، خیراله (۱٤۰۲)، «**تجزیه‌ناپذیری دعاوی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
* قاری سیدفاطمی، محمد (۱۳۹۳)، **حقوق بشر در جهان معاصر**، دفتر دوم، چاپ سوم، تهران: دانش.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷٦)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد پنجم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **عقود معین: معاملات معوض-عقود تملیکی**، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **وقایع حقوقی**، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کشاورز، بهمن (۱۳۸۳)، **سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام**، چاپ پنجم، تهران: کشاورز.
* محسنی، حسن (۱۳۹۷)، «**مفهوم و آیین دادرسی دعوا و رأی غیر قابل تجزیه و تفکیک**»، حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۲.

ب. آرای دادگاه‌ها

* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28780

* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28591
* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5273
* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/25888
* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4414
* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28811
* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4604
* https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/30435

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۹۱-۶۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

قاعده عدم‌امکان تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث (به مفهوم عام) در حقوق ایران با تأکید بر «نظریه قائم‌مقامی»

حسین عابدینی[۱]

چکیده

«گسترش قلمرو اثر موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث به مفهوم عام» ازجمله موضوعات محل اختلاف در عالم حقوق است. برخی با استناد به قضایی نبودن داوری و ابتنای اثر موافقت‌نامه آن بر توافق طرفین، معتقدند این اثر قائم‌مقام طرفین و اشخاص ثالث مرتبط با آن‌ها را نیز در بر می‌گیرد. بعضی دیگر نیز با تأکید بر قرار گرفتن داوری در دایره فرایند دادرسی، معتقدند که قضاوت امری حاکمیتی است که تنها در برخی شرایط، به صلاح‌دید دولت به نهاد داوری سپرده شده است. در پژوهش حاضر، با روش توصیفی تحلیلی، در پاسخ به این سؤال که آیا موافقت‌نامه داوری قابل‌تسری به دیگران است، دکترین حقوقی و مواد قانونی مرتبط مورد بررسی قرار گرفته و نظرات دو گروه یاد شده، از طریق شناسایی «مفهوم قائم‌مقامی و شخص ثالث و استقلال آن‌ها از یکدیگر»، «مبنای مشروعیت و صلاحیت داوری» و با استناد به حقوق موضوعه و رویه قضایی مقایسه می‌شود و «قاعده عدم امکان تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث به مفهوم عام در حقوق ایران» کشف و استنباط می‌شود؛ بدین ترتیب، افزون بر آن‌که ارجاع به داوری امری کاملاً استثنایی است، تحت هیچ شرایطی، تفسیر موسع از موافقت‌نامه داوری نسبت به قائم‌مقام طرفین قرارداد و اشخاص ثالث امکان‌پذیر نیست.

واژگان کلیدی: موافقت‌نامه داوری، قائم‌مقام، شخص ثالث، نظریه قائم‌مقامی، تسری داوری.

---

۱. استادیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه میبد، میبد، ایران
Abedini@Meybod.ac.ir

درآمد

حمایت قضایی از اشخاص و حل اختلافات آن‌ها از طریق دادگاه‌ها، یک حق اولیه است که که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، اما طرفین دعوا می‌توانند از این سازِکار حل اختلاف، انصراف داده، به جای آن، داوری را انتخاب کنند (دبیری قصرعاصمی و جعفری، ۱۴۰۲: ۲۲۴). در این میان، یکی از مباحث مورد اختلاف در دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران، بررسی مسأله قابلیت «گسترش قلمرو اثر موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث به‌مفهوم عام (شامل قائم‌مقام طرفین و اشخاص ثالث به‌معنی خاص)» است. سؤال قابل توجه در این باره، این است که فارغ از بحث تسری قرارداد در فرض «انتقال قرارداد داوری»،[1] آیا موافقت‌نامه داوری شامل قائم‌مقام طرفین و اشخاص ثالث می‌شود یا خیر. در پاسخ به این پرسش، نظرات مختلفی ابراز شده که در یک تقسیم‌بندی کلی، به دو دسته قابل تقسیم است:

برخی صاحب‌نظران معتقدند رأی داور در ماهیت، عملی قضایی نیست و از آن‌جا که داور سمت عمومی ندارد، لذا داوری جزو مسائل حاکمیتی نیست و موافقت‌نامه داوری مانند سایر عقود، تابع «قواعد عمومی قراردادها» و «اصل نسبی‌بودن عقود» است؛ لذا اصولاً طرفینِ موافقت‌نامه و قائم‌مقام آن‌ها، ملتزم به داوری هستند (شید و ایزانلو، ۱۳۹۶: ۱۸۳). به اعتقاد این گروه، نصوصی نظیر ماده ۲۳۱ قانون مدنی نیز مؤید این ادعا است و به موجب آن، آثار قرارداد از طرف‌های آن، به قائم‌مقام آن‌ها هم تسری می‌یابد؛ لذا براساس آن‌چه از این ماده برمی‌آید، این دسته از آثار قراردادها از جمله داوری، نسبی است و جز در موارد استثنایی، طرفین قرارداد و قائم‌مقام آن‌ها که داخل در محدوده اصل نسبی‌بودن عقود هستند و به جای اشخاص اصیل، طرفین رابطه حقوقی قرار می‌گیرند و از آن تأثیر می‌پذیرند.

در مقابل، برخی دیگر با تأکید بر منع تسری آثار موافقت‌نامه داوری به «اشخاص ثالث در معنای عام» معتقدند فرایند دادرسی بخشی از خدمات قضایی است

---

۱. در انتقال قرارداد، انتقال‌گیرنده جانشین طرف قرارداد می‌شود و از تمام ویژگی‌های موقعیت قراردادی بهره‌مند می‌شود (کاتوزیان، ۳/۱۳۷۶: ۲۹۳)، لذا چون در این فرض، قرارداد با کلیه لوازم و حقوق و تعهداتش به شخص ثالث به معنی عام منتقل می‌شود (محمدی و عسکری، ۱۳۹۶: ۱۳۶)، از موضوع بحث این پژوهش، خروج تخصصی دارد. برای مطالعه بیشتر در این رابطه، بنگرید به: شعاریان، ۱۳۹۴ و مافی، ۱۳۹۷.

که ماهیتی حاکمیتی دارد (خزایی، ۱۳۸٦: ۳۳)؛ بنابراین با توجه به آن که رسیدگی به دعاوی و حل اختلافات، در محدوده صلاحیت دولت به مفهوم عام است، اثر قرارداد داوری و رأی داور تنها نسبت به شخص طرفین قرارداد اعتبار دارد؛ بند ۲ ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ که با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا، داوری را منحل می‌داند، مؤید این ادعا دانسته شده است.

پژوهش حاضر که با روش توصیفی تحلیلی انجام شده، به دنبال پاسخ‌گویی به این سؤال مبنایی است که خارج از بحث انتقال قرارداد، آیا موافقت‌نامه داوری به غیر از طرفین قرارداد، به قائم‌مقام و اشخاص ثالث مرتبط نیز تسری پیدا می‌کند. در این راستا، ابتدا مهم‌ترین مفاهیم مرتبط با پژوهش را مورد بررسی قرار می‌دهیم، در ادامه، مهم‌ترین دلایل مخالفان و موافقان تحدید قلمرو موافقت‌نامه داوری به طرفین را در دو بخش مستقل بررسی می‌نماییم و در انتها، نظر مختار را با استناد به سه دلیل تحلیلی، تبیین می‌کنیم.

۱. مفاهیم

۱-۱. مفهوم موافقت‌نامه داوری

بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، موافقت‌نامه داوری را این‌گونه تعریف می‌کند: «توافقی بین طرفین که به موجب آن، تمام یا بعضی از اختلافاتی که درخصوص یک یا چند رابطه حقوقی مشخص، اعم از قراردادی یا قهری که براساس آن، تمام یا برخی از اختلافات ایجادشده یا اختلافاتی که ممکن است ایجاد شود، به داوری ارجاع می‌شود». این تعریف برگرفته از بند ۱ ماده ۷ قانون نمونه داوری آنسیترال است که بیان می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری، قراردادی است بین طرفین که به موجب آن، تمام یا بعضی از اختلافات به وجود آمده در مورد یک رابطه حقوقی معین، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی یا اختلافاتی که ممکن است (در رابطه با آن ارتباط حقوقی معین) پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود».

بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی و نیز بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه داوری آنسیترال تأکید می‌کنند که «موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در یک قرارداد یا به صورت موافقت‌نامه‌ای مستقل باشد».

بر این اســـاس، موافقت‌نامه داوری را می‌توان قراردادی دانست که به شخصی اجازه می‌دهـــد تا در قالب فرایندی قضاوتی، اختلاف دو یا چند شـــخص، در مورد حقوق یا تکالیف قانونی‌شـــان را با رأیی الزام‌آور، در خارج از دادگاه رسیدگی و حل و فصل کند.

۲-۱. مفهوم قائم‌مقامی

در لغت، «قائم‌مقام» را «نایب»، «جانشـــین» (دهخـــدا، ۱۳۷۲: مدخل قاف) و «کسی که در جای کس دیگر قرار گیرد و کارهای او را انجام بدهد» دانسته‌اند (عمید، ۱۳۶۹: ۱۵۶۳). از نظـــر اصطلاحی، در فقه اســـلامی با وجود آن‌که مفاهیمی مرتبط با مفهوم «قائم‌مقام» در ابواب مختلف مورد بحث و بررســـی قرار گرفته، اما تعریفی در این باره دیده نمی‌شود.

در نظام حقوقی ایران هم وضع مشـــابهی وجود دارد؛ زیرا به‌رغم کاربرد وسیع اصطلاح قائم‌مقامی در مجموعه مقررات شـــکلی و ماهوی کشور،[1] در هیچ‌یک از این قوانین و مقررات تعریفی از این واژه به عمل نیامده اســـت و اختلاف نظرهایی درباره مفهـــوم آن وجود دارد (قادری، ۱۳۹۲: ۱). همین امر در تبیین قلمرو قرارداد داوری و شمول آن بر اشخاصی غیر از طرفین قرارداد، تأثیرگذار بوده است.

در دکترین حقوقی تعاریف متعددی برای قائم‌مقامی آورده‌اند؛ به عنوان نمونه، برخی معتقدند قائم‌مقام کســـی اســـت که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است (کاتوزیان، ۳/۱۳۷۶: ۲۷۹). بعضی دیگر در عباراتی موجز، آن را کســـی دانسته‌اند که در تشکیل قرارداد دخالت نداشته، اثر عقد از طرفین به او سرایت می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۸) و در حقوق و تکالیف طرف معامله، جایگزین او می‌شود (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۸۶). بعضی از نویســـندگان نیز معتقدند قائم‌مقام یا جانشین، شخصی است که حقوق و تعهدات دیگری به وی منتقل می‌شود (مافی، ۱۳۹۷: ۹۹).

معانـــی اصطلاحی متعدد این واژه که در لســـان حقوق‌دانان بـــه‌کار رفته، در

---

۱. نظیر مواد ۲۱۹، ۲۳۱، ۲۴۷، ۳۲۱ قانون مدنی، ۳۹۵ و ۴۱۸ قانون تجارت و ۸۴، ۳۰۳ و ۳۸۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

حقیقت به همان معنای لغوی «جانشـــینی» بازمی‌گردد، اما از آن‌جا که ماهیت حقوقیِ جانشینی در موارد مختلف، متفاوت است، باید بین این معانی متعدد، قائل به تفکیک شـــد؛ مســـأله‌ای که ذیل نظریه‌ای تحت عنوان «نظریه قائم‌مقامی» قابل بحث است و در حقوق فرانسه و به‌ویژه حقوق تعهدات این کشور، جایگاه ویژه‌ای دارد (جعفری، ۱۳۹۳: ۲۴۳).

در مجموع به نظر می‌رسد قائم‌مقام را باید شخصی دانست که نه خودش و نه دیگری (به نمایندگی از سوی او) در قرارداد حضور ندارد، اما به صورت قراردادی یا قهری، جانشین یکی از طرفین قرارداد شده است.

۳-۱. مفهوم شخص ثالث

«ثالث» را در لغت به «ســـوم» (معین، ۱۳۸۶: مدخل ثاء) یا «شخص خارجی» (دهخدا، ۱۳۷۲: مداخل ثاء) تعبیـــر کرده‌اند، اما از نظر اصطلاحی، در قواعد عمومی قراردادها، «شخص ثالث» را شخصی دانسته‌اند که رضایت او در اعتبار عقد مؤثر نبوده (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۰)، به اصالت یا به نمایندگی در قرارداد شرکت نداشته (کاتوزیان، ۳/۱۳۷۶: ۳۴۰) و در واقع، یکی از طرفین عقد یا قائم‌مقام او نیســـت (فلاح‌خاریکی، ۱۳۹۶: ۸۰).

در نگاه برخی صاحب‌نظران حقوق خارجی، شـــخص ثالـــث دایره مفهومی گسترده‌تری دارد و مصادیق زیر را در بر می‌گیرد:

– شخصی که نام او در موافقت‌نامه داوری یا عقد متضمن شرط داوری نیامده است؛

– شخصی که به نمایندگی از دیگری، قرارداد داوری را امضا نموده است؛

– شخصی که بعد از انعقاد قرارداد اصلی، به آن ملحق شده است؛

– شخصی که موافقت‌نامه داوری یا عقد متضمن شرط داوری به نحوی به او منتقل یا واگذار شده است (Courtney, 2008: 586) و این همان مفهوم عامی است که در این پژوهش مورد نظر بوده است.

بر اساس میزان ارتباط اشـــخاص ثالث با طرفین اصیل در موافقت‌نامه داوری از لحاظ منافع و مســـؤولیت‌ها نیز می‌توان آن‌ها را به دو گروه تقســـیم کرد: نخست، اشـــخاصی که از لحاظ منافع و مســـؤولیت‌های قراردادی، ارتباط نزدیکی با طرفین

اصیل موافقت‌نامه داوری دارند. در این حالت، طرفین اصیل با اشـــخاص ثالث، منافع مشترک دارند و دعوی ناشی از رابطه تجاری روی این منافع تأثیر می‌گذارد؛ در واقع، در این شـــرایط طرفین اصیل و اشـــخاص ثالث معمولاً به صورت توأمان و تضامنی مسؤولیت داشته، حقوق و تکالیف مشترکی با طرفین اصیل دارند؛ نظیر مالکان املاک مشـــاع، شرکای شرکت‌های تجاری، اشخاص مرتبط در صدور و انتقال اسناد تجاری (کشـــکولی، ۱۳۹٦: ۳۹)؛ گروه دوم اشخاصی را شامل می‌شـــود که با طرفین اصیل، ارتباط قراردادی دارند، اما حقوق و مسؤولیت‌هایشـــان مشترک نیست و با آن‌ها منافع مشترک ندارند (Devitt, 1983: 669). در این حالت، تکالیف قراردادیِ طرفین اصیل و اشـــخاص ثالث مربوط به یک پروژه تجاری است، اما هر کدام تکالیف متفاوت و متمایزی به عهده دارند؛ نظیر اشـــخاص متعددی که از لحاظ قراردادی در یک پروژه تجاری مشـــترک به هم متصل و مرتبط‌اند (چه ارتباط قراردادی عمودی و چه ارتباط قراردادی افقی) و ارتباط و به هم پیوستگی شرکت–های متعددی که همگی متعلق به یک گروه هستند (کشکولی، ۱۳۹٦:٤۰).

افزون بر این، فرض دیگری نیز برای اشـــخاص ثالث می‌توان تصور کرد و آن فرض موافقت‌نامه‌های مربوط به «قراردادهای تضمین» است که در آن، شخص ثالثی خـــارج از قرارداد اصلی، با انعقاد قراردادی جداگانه، حســـن اجرای روند قرارداد را تضمین می‌کند؛ مانند بانک‌ها و شرکت‌های بیمه (Austmann, 1991: 142).

با توجه به آن‌چه بیـان گـــردید، شخص ثالث مفهومی متفاوت از قائم‌مقـام دارد و معنـــای آن در لایه اول را باید در یکی از این ســـه دســـته جســـت‌وجو کرد: نخـست، گروهی که منافع مشـترکی با طرفین اصـیل دارند؛ دوم، گروهی که ارتبـاط قراردادی عمودی یا افقی با طـــرفین دارند؛ و سـوم، گروهی که تضمین‌کننده حـسن اجرای قرارداد و ضامن تأدیه دیـــون و خســـارات هستند (Andrews & Millet, 2000: 26). با این وصف، فرضی که شخص هیـــچ ارتـباط مستقیمی با یک قرارداد ندارد، اما با یکی از دو طرف آن قرارداد، قراردادی مستقل و جداگانه دارد، در لایه‌های بعدی شخص ثالث دسـته‌بندی می‌شود و به‌طریق اولی، می‌توان او را «شخص ثالث» دانست.

۲. دیدگاه مخالفان و موافقان تحدید قلمرو موافقت‌نامه داوری به طرفین

۲-۱. رویکرد مخالفان

مخالفـــان تحدید قلمرو موافقت‌نامه داوری معتقدند که رأی داور فی حد ذاته، یک عمل قضایی نیســـت و از طرف شخصی صادر می‌شود که سمت عمومی ندارد؛ به –همین دلیل اســـت که رأی داور به خودی خـــود قدرت اجرایی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۳۰). در واقع، عملی می‌تواند جنبه قضایی داشـــته باشد که مأمور عمومی در انجام آن دخالت داشـــته باشد؛ در حالی که با وجود آن‌که در داوری، اصول و قواعد عمدتاً آمره توسط قانون‌گذار مقرر شده است (ساردوئی‌نسب و زندی، ۱٤۰۳: ۱۷۲)، اقتدار رأی داور در قراردادهای داوری، ناشـــی از توافق طرفین دعوا است (کلانتریان، ۱۳۷٤: ۳٤٥).

با این وصف، شرط داوری دارای ماهیتی قراردادی و تابع اصل حاکمیت اراده اســـت و چنانچه در زمان بروز اختلاف و لزوم حل و فصل آن از طریق اجرای مفاد شرط داوری، مفاد این شرط به دلیل ابهام یا سکوت، مستلزم تفسیر باشد و داور قبل از رســـیدگی ماهوی ناگزیر به تفسیرمفاد شرط داوری و درصدد کشف قصد مشترک طرفین برآید، باید طبق اصول و قواعد تفســـیر قراردادها، اقدام به «تفســـیر مفاد شرط داوری» نماید (امینی و دیگران، ۱۳۹۹: ۵۳).

علاوه بر ایـــن، برخی معتقدند قرارداد داوری یک عقد لازم اســـت که بدون تراضی کتبی طرفین هم قابل فســـخ نیســـت. بعد از تحقق اختـــلاف و انعقاد قرارداد داوری، ایـــن قرارداد میان متعاقدین و قائم‌مقام آن‌ها الزام‌آور اســـت. تنها در صورت توافق طرفین می‌توان کل قرارداد یا بخشـــی از آن را اقاله کرد. فوت یا حجر یکی از طرفین هنگامی از اســـباب زوال داوری است که قبل از صدور رأی باشد، لذا فوت یا حجر یکی از طرفین پس از صدور رأی، موجب بی‌اعتباری داوری انجام‌شده نخواهد شد (حیاتی، ۱۳۹٤: ۱۹۹ و ۲۰۲).

برخی دیگر نیز با اســـتنباط از بند ۲ ماده ٤۸۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومـــی و انقلاب در امور مدنی بر ایـــن باورند که فوت و حجر یکی از طرفین تنها رسیدگی داور را از بین می‌برد، اما تراضی اصلی دایر بر ارجاع امر به داوری هم‌چنان باقی است (سروی، ۱۳۸۹: ۳٦).

از مجموع آن‌چه بیان گردید، می‌توان ادعا کرد رویکرد مخالفان تحدید قلمرو داوری به طرفین این است که رأی داور، در صورتی که با رعایت اصول و موازین قانونی صادر شده باشد، هم برای طرفین و هم برای اشخاصی که به‌نوعی در رأی دخالت و شرکت داشته‌اند و قائم‌مقام آنان لازم‌الاتباع است؛ زیرا با انعقاد قرارداد داوری، طرفین می‌پذیرند که حل و فصل اختلاف خود را به داوری اشخاص معینی واگذار کنند و داوری آنان را امتثال نمایند (مافی و روشنایی، ۱۳۹٤: ٥٤)؛ از سوی دیگر، با وجود آن‌که در ظاهر، شخص ثالث طرف قرارداد داوری نیست و داوری نباید حقوق او را تحت‌الشعاع قرار داده، حق و تکلیفی برای او پدید آورد، از آن‌جا که رأی داور می‌تواند با حقوق و منافع او اصطکاک پیدا کند و موجب تحمیل ضرر و زیان به شخص ثالث شود (همان‌جا)؛ به دلیل آن‌که قائم‌مقام مفهوماً مشتمل بر آن هم می‌شود باید آثار قرارداد داوری را بر او هم قابل تسری دانست؛ در واقع، به اعتقاد این صاحب‌نظران، شخص ثالث دارای مفهومی ذیل مفهوم قائم‌مقام است و چنانچه حکمی، قائم‌مقام طرفین قرارداد را دربرگیرد، طبق قاعده شامل شخص ثالث نیز می‌شود.

۲-۲. رویکرد موافقان

در مقابل، طرفداران تحدید موافقت‌نامه داوری به طرفین تأکید دارند قرارداد داوری به نسبت به شخص اصحاب معامله مربوط است و از آن‌ها به غیر سرایت نمی‌کند؛ هر چند که آن غیر، وارث و قائم‌مقام شخص طرف قرارداد داوری باشد (مدنی، ۲/۱۳۹۰: ٦٧٨)؛ زیرا مدیریت دادگستری، قسمتی از خدمات عمومی است (خزایی، ۱۳۸٦: ۳۳) و دادرسی ماهیتاً یک عملکرد حاکمیتی محسوب می‌شود. همان‌طور که ایجاد امنیت در جامعه، مبارزه با جرائم، ایجاد محیط امن اقتصادی، کمک به آموزش و پرورش و تأمین شغل برای افراد جامعه و وظایفی چون دفاع از کشور، کنترل ترافیک، رفع و جبران خسارت‌های ناشی از قوای قاهره به عهده دولت‌ها است، حل و فصل اختلافات نیز به عنوان یکی از همین وظایف، در محدوده تکالیف آن‌ها تعریف می‌شود. حق دسترسی به دادگاه، حقی شهروندی است و هر نظام متمدنی باید برای شهروندان، وسیله حل و فصل عادلانه و صلح‌آمیز اختلافات بین مردم را فراهم سازد (داودی، ۱۳۹۷: ۲۱۵). بر این اساس، دلیل ارجاع اختلافات به

داوری نیز این است که حاکمیت به طرفین اختلاف اجازه می‌دهد که اختلافات خود را به جای ارجاع به دادگاه‌ها از طریق داوری حل و فصل کنند و بدین جهت، به رأی صادره از سوی داور، قدرت اجرایی می‌بخشد (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۱).

با این مبنا، رسیدگی به دعاوی، حل و فصل اختلافات، تفسیر قوانین و در نهایت، اعمال و اجرای قانون، یکی از ویژگی‌ها، جلوه‌ها و مظاهر حاکمیت و صلاحیت قضایی دولت‌ها است؛ هر دولت اختیار نظارت و تنظیم رسیدگی به دعاوی و اختلافات و امور ترافعی را دارا است که به تبع آن، بخشی از صلاحیت خود را به نهاد داوری تفویض می‌کند.

۳. تبیین نظر مختار

نگارنده ضمن تأکید بر خروج بحث تسری قرارداد در فرض «انتقال قرارداد داوری» که در آن، قرارداد داوری با تمام شروط و الزاماتش به اشخاص ثالث به مفهوم عام منتقل می‌شود، از این پژوهش و با تأیید نظر طرفداران تحدید قلمرو قرارداد داوری، معتقد است باید پا را فراتر گذاشته، پذیرفت که ارجاع اختلاف به داوری، امری کاملاً استثنایی است و به هیچ عنوان امکان تفسیر موسع این قرارداد وجود ندارد؛ در واقع، آن‌چه باید در این حوزه به آن قائل بود، «قاعده عدم‌امکان تسری موافقت‌نامه داوری» است که بر پایه دلایل زیر استوار است:

۱-۳. دلیل اول: شناسایی مفهوم دقیق «قائم‌مقامی» و «شخص ثالث» در حقوق ایران

شاید بتوان ریشه دلایل گروه مخالفان تحدید قلمرو داوری به طرفین قرارداد را در «نظریه قائم‌مقامی» جست‌وجو کرد؛ نظریه‌ای که ریشه در پیشینه حقوق فرانسه[۱] دارد (Savaux, 2002: no 2; Mestre, 1979: no 11)؛ چراکه تحلیل‌های این دسته از صاحب‌نظران متأثر از حقوق مدنی سابق این کشور است. مطابق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی سابق فرانسه[۲] «اصل بر این است که شخص، عقد را برای خود و ورثه خود و

۱. نکته‌ای که باید در این‌جا مورد توجه قرار گیرد، این است که اکثر منابعی که در حقوق داخلی، در راستای مخالفت با تحدید قلمرو داوری به طرفین قرارداد نگارش یافته است، پیش از تصویب قانون مدنی جدید فرانسه بوده است. بر این اساس، در این بخش از متن پژوهش حاضر، بیشتر به مواد قانون مدنی سابق فرانسه که مورد توجه و استناد آن منابع بوده، ارجاع شده است.
۲. این ماده در اصلاحات جدید قانون مدنی فرانسه، حذف شده است.

منتقلٌ‌الیه منعقد کرده است، مگر این‌که خلاف آن تصریح شده باشد یا از ماهیت عقد برآید»؛ یعنی مشـــخص شود که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد، وابسته به شخص طرف قرارداد اســـت (Weill, 1975: n. 507 a’ 509)؛ لذا براساس این ماده، قائم‌مقام شـــخصی اســـت که پس از فوت یکی از طرفین قرارداد یا انتقال مال از سوی یکی از طرفین عقد به او، جانشـــین وی شـــده، حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد به او منتقل و عقد در حـــق او تأثیر می‌گذارد؛ بنابراین مطابق منطـــوق صریح این ماده، وراث و منتقلٌ‌الیه، قائم‌مقام اصیل هستند.

پس قانون مدنی سابق فرانسه، در ماده یادشده با جانشین‌کردن «وراث» به جای «مورث» در فرض فوت، و جانشـــین‌کردن «منتقلٌ‌الیه» به جای «ناقل» در فرض انتقال مال به دیگری، تکلیف آثار عقد و حقوق و تعهدات ناشی از عقد را روشن و آن‌ها را قابل انتقال به ورثه و منتقلٌ‌الیه دانسته است؛ همچنین بر اساس وضع این ماده، به دلیل این‌که الزام این اشـــخاص، مخالف «اصل نســـبی بودن قراردادها» موضوع ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی سابق فرانسه[1] نباشـــد، این اشخاص به عنوان طرفین عقد فرض شده‌اند؛ یعنی در زمان انعقاد عقد، از ابتدا این‌گونه فرض می‌شـــود که این عقد برای شـــخص متعاقد، ورثه وی و منتقلٌ‌الیه منعقد می‌شود (جعفری، ۱۳۹۳: ۲۹٤).

بـــا توجه به آن‌چـــه بیان گردید و تأکیـــد حقوق‌دانان (شـــهیدی، ۱۳۹۱: ۲۳؛ کاتوزیان، ۳/۱۳۷٦: ۲۹۱؛ محمدی، ۱۳۸۸: ۲۷٤) بر تشابه و اخذ مفهومی مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی ایران (اصل حاکمیت اراده و اصل نسبی بودن اثر قراردادها) از قانون مدنی سابق فرانسه، اساساً و جز در موارد استثنایی، آثار قرارداد داوری بین طرفین و به تبع ایشان، قائم‌مقام آن‌ها جریان پیدا می‌کند؛ زیرا قائم‌مقام شخصی است که حقوق و تعهدات دیگری به او انتقال پیدا می‌کند و ادامه‌دهنده شخصیت حقوقی طرف قرارداد نسبت به آثار مالی قرارداد و حقوق و تعهدات ناشی از آن است (عدل، ۱۳٤۲: ۱٤۵).

در واقع، اســـتفاده مکرر قانون مدنی ایران از واژه یاد شـــده، حقوق‌دانان را به

---

۱. ماده ۱۱۶۵: «عقود فقط نســـبت به متعاقدین مؤثر اســـت. آن‌ها به حقوق شخص ثالث، خلل وارد نمی‌کنند و فقط در مورد مقرر در ماده ۱۱۲۱ به نفع شخص ثالث مؤثر خواهند بود». در قانون مدنی جدید فرانسه، ماده ۱۱۹۹ متناظر با این ماده است: «عقد فقط نسبت به طرفین آن، تعهد ایجاد می‌کند. جز در حدود مقررات این مبحث و فصل سوم از بخش چهارم، اشخاص ثالث، نه می‌توانند تقاضای اجرای قرارداد را نمایند و نه ملزم به اجرای آن می‌شوند».

پذیرش هم‌سانی مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی ایران با ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی سابق فرانسه سوق داده که این امر، نتیجه‌ای جز پذیرش کل «نظریه قائم‌مقامی» توسط قانون مدنی ایران در پی ندارد؛ بر اساس این دیدگاه، مفهوم قائم‌مقامی به‌همان شکل که در حقوق فرانسه وجود دارد، در حقوق ایران نیز وجود دارد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۸-۱۰۹؛ کاتوزیان، ۳/۱۳۷٦: ۲۸۷-۲۸٦) و از این رو، تعهدات نیز به مقام قائم‌مقام قابل انتقال است؛ نتیجه‌ای که منطبق با ظاهر و منطوق ماده ٤۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است و در نگاه نخست، در همان راستا تنظیم شده است.

نکته حائز اهمیت آن است که در ساختار حقوقی فرانسه، پذیرش نهاد قائم‌مقامی به دلیل اعتقاد به «شخصی‌بودن تعهدات»،[1] امری معقول و منطقی محسوب می‌شد، اما پذیرش بدون قید و شرط این نظریه از سوی حقوق‌دانان ایران، به‌رغم تفاوت مبانی حقوق ایران با حقوق فرانسه قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا قائم‌مقامی مفهومی مشکک است و درخصوص آن باید قائل به تفکیک شد.

از مجموع آن‌چه در خصوص قائم‌مقامی و مفهوم آن به رشته تحریر درآمده است، می‌توان معنای این واژه را به سه دسته کلی تقسیم کرد: «قائم‌مقامی مبتنی بر نیابت»، «قائم‌مقامی مبتنی بر انتقال طلب (قائم‌مقامی با پرداخت)» و «قائم‌مقامی مبتنی بر انتقال اموال و دارایی (در قراردادها)» (فاتحی، ۱۳۹۱: ۱۰؛ دارویی، ۱۳۹۲: ۱۰-۱۸).

«قائم‌مقامی مبتنی بر نیابت» در فرضی محقق می‌شود که کسی به‌جای دیگری، کاری را انجام دهد، اما آثار حقوقی عمل، متوجه او نشود، بلکه به شخص دیگری که کار برای او انجام شده، برسد. به این نوع قائم‌مقامی در اصطلاح حقوقی و به -ویژه در قراردادها، «نیابت» گفته شده[2] (مولودی، ۱۳۸۲: ۱) و بر همین مبنا، بعضی نویسندگان حقوقی بر اساس نص بعضی مواد قانونی، اشخاصی نظیر وکیل و قیم را قائم‌مقام دانسته‌اند؛ نظیر ماده (۵۷) قانون ثبت اسناد و املاک که منظور از قائم‌مقام

---

۱. به موجب این نظریه، شخصی که بخشی مثبت از ظرف دارایی یک شخص به او منتقل می‌شود، خود او نیز باید پاسخ‌گوی بخش منفی آن ظرف دارایی یعنی تعهدات باشد؛ زیرا اوست که از منافع مال استفاده می‌کند و باید تعهدات مربوط به آن را بپذیرد (ابری و رو؛ به نقل از: مولودی، ۱۳۸۲: ۲۸).

۲. در بعضی ابواب فقه نیز این واژه، در معنای «نیابت» آمده و حسب مورد و شرایط مختلف تحقق فروض آن، به اشخاصی نظیر ولی، وکیل، حاکم و وصی (موسوی گلپایگانی، ۲/۱٤۱۳: ۱٤۱؛ طوسی، ۱٤۰۰: ۳۱۷؛ سبزواری، ۵/۱٤۱۳: ۱٤؛ مامقانی، ۳/۱۳۱٦: ۳۵۰)، «قائم‌مقام» اطلاق شده است.

در آن، «ولی قهری»، «وصی منصوب از سوی ولی قهری» و «قیم» است که ولایت، وصایت و قیمومت نسبت به صغار، مجانین و اشخاص غیررشید را به عهده دارند. همین‌طور است ماده ٤١٨ قانون تجارت که در آن هم معنای «جانشینی»، مورد نظر و مراد مقنن بوده است (کاتوزیان، ٣/١٣٧٦: ٢٧٩).

«قائم‌مقامی مبتنی بر انتقال طلب (با پرداخت)»، نوعی از قائم‌مقامی است که در نتیجه پرداخت دین دیگری به دست می‌آید؛ با این توضیح که طلب پرداخت‌شده به وسیله ثالث، به نفع او باقی‌مانده و با تمام لواحقش به او منتقل می‌شود؛ هر چند که آن طلب در رابطه با طلبکار ساقط شود (دارویی، ١٣٩٢: ١٦ و ١٩). ماده ٣٠ قانون بیمه مصوب ١٣١٦، ماده ٣٢١ قانون مدنی، ٢٧١ قانون تجارت و ماده ٧ «آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الإجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» مصوب ١٣٨٧، از جمله مقرراتی است که در آن، قائم‌مقامی با پرداخت مورد توجه مقنن است.

«قائم‌مقامی مبتنی بر انتقال اموال و دارایی»، نوع سوم قائم‌مقامی است که «نظریه قائم‌مقامی به معنی الأخص» مبتنی بر آن است (جعفری، ١٣٩٣: ٢٤٣). در این معنا، قائم‌مقام به شخصی گفته می‌شود که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود، در انعقاد قرارداد شرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف عقد به او، جانشین طرف عقد شده (کاتوزیان، ٣/١٣٧٦: ٢٧٩) و حقوق و تعهدات ناشی از عقد به او منتقل گشته است.

نکته حائز اهمیت این است که در حقوق فرانسه قائم‌مقامی غالباً به مفهوم اخیر است (Savaux, 2002: no 3; Malaurie, 2000: no 1206) و لذا نمی‌توان مواد ٢١٩ و ٢٣١ قانون مدنی ایران را شبیه ماده ١١٢٢ قانون مدنی سابق فرانسه دانست؛ زیرا اولاً، ماده‌ای از قانون مدنی فرانسه که شبیه ماده ٢١٩ قانون مدنی ایران است، ماده ١١٣٤ قانون مدنی سابق این کشور است؛ نه ماده ١١٢٢ (که مطابق آن، قراردادهایی که به صورت قانونی شکل گرفته باشند، جایگزین قانونی نسبت به اشخاصی هستند که آن‌ها را منعقد کرده‌اند و این قراردادها را نمی‌توان فسخ کرد؛ مگر با اقاله یا جهاتی که قانون اجازه می‌دهد)؛ ثانیاً، ماده ٢٣١ قانون مدنی ایران نیز مشابه ماده ١١٢٢ قانون مدنی سابق فرانسه نیست؛ زیرا ماده ٢٣١ قانون مدنی ایران متناظر ماده ١١٦٥

قانون اخیرالذکر اســـت (جعفری، ۱۳۹۳: ۲۹۸)؛ ثالثاً، آن‌چه نباید در این میان مغفول بماند، این اســـت که این دو ماده که مشتمل بر اصول حاکمیت اراده و نسبی بودن اثر قراردادها است، ریشه در حقوق اسلامی دارد و اساساً نمی‌تواند از نظر مفهومی مبتنی بر حقوق فرانسه باشد؛ جز این‌که شکل و ساختار ظاهری‌اش مشابه با مواد یادشده از قانون مدنی این کشور تنظیم شده باشد.

نکته قابل‌ذکر دیگر این است که یکی از شرایط تحقق قائم‌مقامی در قرارداد به مفهوم فرانسوی آن، این اســـت که: اولاً، قرارداد تعهدآوری منعقد شده باشد؛ و ثانیاً، تعهدات ناشی از آن اجرا نشده باشد. در عین حال، در فقه امامیه ورثه به طور مطلق و فارغ از این قیود، قائم‌مقام و جانشین متوفی معرفی و عقود به صورت مطلق و بدون هیچ شرطی، نســـبت به قائم‌مقام لازم‌الإتباع دانسته شده است (همان: ۲۹۹)؛ بنابراین مفهوم قائم‌مقامی در فقه و مواد یاد شده از قانون مدنی، با آنچه تحت عنوان قائم‌مقام در حقوق فرانسه آمده، متفاوت است و نمی‌توان بر مبنای تحلیلی که حقوق‌دانان ایران از قائم‌مقامی ارائه کرده‌اند، بر تســـری دایره موافقت‌نامه داوری بر اشخاص ثالث نظر داد و مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی ایران را با مفهوم مورد نظر حقوق‌دانان از قائم‌مقام تحلیل کرد.

مضاف بر این، در خصوص اســـتناد مخالفان تحدید قلمرو به طرفین، به ماده ٤٩٥ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی باید توجه کرد که تحلیل این ماده بدون توجه به ماده ٤٨١ همان قانون بی‌معنا است؛ زیرا بند ۲ ماده پیش‌گفته تأکید دارد که با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا، داوری از بین می‌رود؛ لذا از منظر اصولی، مقرره پیش‌گفته نســـبت به ماده ٤٩٥ همان قانون، «حکومت به –نحو تضییق» دارد و تحت هیچ شرایطی نمی‌توان ماده ٤٩٥ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را به تنهایی تفسیر کرد؛ از این رو در زمانی که طرفین قـــرارداد داوری در قید حیات بوده یا موضوع معامله را منتقل نکرده–اند، داوری تنها در رابطه آن‌ها مؤثر است و تردیدی نیست که با مرگ یکی از آن‌ها، داوری نیز از بین می‌رود (خدابخشـــی، ۱۳۹۸: ۱۹۹)؛ زیرا به موجب مقرره و دلیل یاد شـــده، داوری با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا از بین می‌رود[1] و عملاً جایی برای بحث از شخص

۱. شـــایان ذکر است اگر داوری به‌عنوان شرط ضمن عقد لازم یا حتی در قالب قرارداد موضوع ماده

وارث یا موصی‌له باقی نمی‌ماند.

در خصوص منتقلٌ‌الیه هم برخلاف اعتقاد برخی نویسندگان که می‌گویند چون منتقلٌ‌الیه، «ثالث» شمرده نمی‌شود و از بین رفتن داوری، تنها در صورت فوت و حجر و تراضی پیش‌بینی شـــده است، باید قائل به پاسخ مثبت بود (شمس، ۳/۱۳۸۷: ٥٣٤)، باید تأکید کرد که مقدمات این سخن و نتیجه حاصل از آن، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا: اولاً، منتقلٌ‌الیه «ثالث» محســـوب می‌شـــود و تحلیل حقوقی مفهوم ثالث و مواد متعـــددی از قانون مدنی، نظیر ۵۸۳، ۸۰۸، ۱۲۹۰ و ۱۳۰۵ نیز این امر را تأیید می‌کند؛ ثانیاً، ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در مقام بیان انحلال داوری، با توجه به عواملی است که به طرفین مربوط می‌-شود؛ نه این‌که تمام موارد را بیان کند و در همین محدوده نیز همه اســـباب انحلال را ذکر نمی‌کند. برای مثال، فســـخ قرارداد داوری در این ماده نیامده اســـت؛ بنابراین نمی‌-توان گفت که چون تنها فوت، حجر و تراضی طرفین پیش‌بینی شـــده است، پس انتقال موضوع قرارداد به دیگری نمی‌تواند از اســـباب انحلال باشد؛ زیرا اساساً در بحث قائم‌مقامی، ســـخن از انحلال داوری نیست، بلکه این مسأله مطرح می‌شـــود که آیا منتقلٌ‌الیه، به شـــرط داوری بین ناقل و طرف دیگر او پای‌بند است. هر پاسخی داده شود، ارتباطی به موارد انحلال مذکور در ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ندارد و باید تحلیل دیگری را به میان آورد (خدابخشـــی، ۱۳۹۸: ۱۹۹-۲۰۰).

با توجه به آن‌چه بیان گردید، به قیاس اولویت، تسری مفهوم و آثار داوری به اشـــخاصی غیر از طرفین نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا وقتی اثر موافقت‌نامه داوری و تســـری تعهدات ناشی از این قراردادِ میان طرفین اصیل، به وراث، موصی‌له و منتقلٌ-الیه امکان‌پذیر نیســـت، به طریق اولی نمی‌توان گســـترش این اثر را به شخص ثالث، شـــامل اشـــخاص ثالث در لایه اول و لایه‌های بعدی پذیرفت؛ لذا تسری موافقت‌نامه داوری به شـــخصی که یا منافع مشـــترک یا ارتباط قراردادی عمودی یا افقی با یکی

---

۱۰ قانـــون مدنی مورد توافق قرار گیرد، بدون تردیـــد، با فوت یکی از طرفین معامله، هرچند عقد به اعتبار خود در حق وراث باقی می‌ماند، اما شرط داوری ضمیمه آن زایل می‌شود (ره‌پیک و عزیزیانی، ۱۳۹۷: ۱۵۳) و این بدان معنا است که حتی انتقال قهریَ عقد لازم هم سبب انتقال شرط داوری مندرج در آن به دیگران نمی‌شود.

از طرفین قرارداد دارد یا تضمین‌کننده حسن اجرای قرارداد و ضامن تأدیه دیون و خسارات است (شخص ثالث در لایه نخست)، قابل پذیرش نیست و با این وصف، شخصی که هیچ ارتباط مستقیمی با یک قرارداد ندارد و تنها با یکی از دو طرف آن قرارداد، قراردادی مستقل و جداگانه دارد (شخص ثالث در لایه‌های بعدی) را نیز در برنمی‌گیرد؛ لذا نمی‌توان پذیرفت فرضاً در جایی که شخصی مدعی است به دلیل عدم اجرای تعهد از سوی طرف مقابل خود، نتوانسته به تعهداتش نسبت به شخص دیگری در قراردادی دیگ، عمل کند، موافقت‌نامه داوری در قرارداد نخست و به‌تبع آن، رأی داور نسبت به آن قرارداد، به شخص سوم که جزو اشخاص ثالث در لایه-های بعدی محسوب می‌شود، تسری یابد؛ زیرا هر چه ارتباط با طرفین قرارداد دورتر باشد، از نظر عقلی و منطقی، تسری اثر بعیدتر و غیر قابل قبول‌تر خواهد بود.

با توجه به آن‌چه بیان گردید، می‌توان نتیجه گرفت به دلیل استثنایی‌بودن صلاحیت داوری در رسیدگی به اختلافات، ملزم به احراز صلاحیت داوری در هر مورد هستیم و در پی آن، در موارد مشکوک، چاره‌ای جز رجوع به اصل عدم صلاحیت این نهاد نداریم. بر این اساس، با توجه به این دو نتیجه، داوران تنها درباره موضوعات مورد توافق طرفین و صرفاً در مورد طرفین موافقت‌نامه داوری، واجد صلاحیت رسیدگی، اتخاذ تصمیم و صدور رأی هستند.

۲-۳. دلیل دوم: شناسایی مبنای مشروعیت و صلاحیت نهاد داوری در حقوق ایران

مسأله دیگری که در باب تأسیس اصل «قاعده عدم‌امکان تسری داوری» باید بدان توجه شود، این است که مبنای مشروعیت داوری دادرسی فقط از اعمال حاکمیت دولت بوده و آن را باید دادرسان دولتی انجام دهند. ارجاع اختلافات به داوری نیز به این دلیل است که حاکمیت به دلیل کثرت دعاوی و مشغله فراوان حل و فصل اختلاف‌ها، گریزی ندارد جز این‌که از طریق شیوه‌های غیر قضایی، راه‌هایی را فراروی طرف‌های اختلاف قرار دهد (حیاتی، ۱۳۹۰: ٦٩٧) تا آن‌ها مرافعه خود را از آن رهگذر حل و فصل کنند و به جای ارجاع به دادگاه‌ها، از طریق داوری پایان دهند و با این کار، به رأی صادره قدرت اجرایی می‌بخشد (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۱)؛ بنابراین طرفین داوری فقط تا جایی می‌توانند به داوری رجوع کنند که به طور صریح

یا ضمنی در قانون محل داوری، اجازه داده شده یا پذیرفته شده باشد (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۵: ۱۸۸).

بر این اســـاس، داوران ملزم به اعمال قواعد قانونـــی دولت و اطراف قرارداد داوری که برای حل و فصل اختلافات به آن‌ها ارجاع شـــده دارای صلاحیت هستند و خـــارج از محدوده‌ای که به آن‌ها تفویض اختیار شـــده، صلاحیتی ندارند. در واقع، «داوران شبیه قضات دادگاه‌های ملی هستند و اختیارات داوران ناشی از قدرت دولت و حکومت است که به وسیله‌ی قانون اعطا می‌شود» (همان‌جا).

نظر برخی حقوق‌دانان مؤید این دیدگاه اســـت؛ ایشـــان معتقدند که اختیار و وظیفه داور، بیشـــتر از قانون ناشی می‌شـــود؛ چراکه قانون آیین دادرسی مدنی بنا به مصالحی، به اشخاص اجازه داده است که دادرس امور خویش را با توافق معین کنند و به جای مراجعه به دادگاه، داوری او را بپذیرند؛ مفهوم این سخن این است که قانون به‌طور موقت و در موارد خاص و استثنایی، وظیفه دادرسی را به داور سپرده و او در زمان اجرای وظایف خویش، به عنوان یک مأمور دولتی محسوب می‌شود و منشأ آن، قدرت عمومی و قانون‌گذار است. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۳۱-۱۳۰)

با این تحلیل، باید بپذیریم که اختیار داور و منشـــأ اقتدار او، ریشـــه در قانون دارد و اگر قانون نهاد داوری را شناســـایی نمی‌کرد، معلـــوم نبود که توافق طرفین به خودخودی مؤثر واقع شـــود (مافی و تقی‌پـــور، ۱۳۹۵: ۱۸۸-۱۸۹). پس تحقق آن در رابطه با افراد، باید بدون تردید باشد (خدابخشی، ۱۳۹۸: ۲۰۰).

علاوه بر این، استدلال شده است که لزوم حفظ منافع اشخاص ثالث به عنوان یکی از مبانی مســـلم اصل نسبی بودن قلمداد می‌شـــود. عادلانه نیست اشخاصی که نمی‌توانند در دادرســـی مشارکت کنند، ناگزیر باشـــند بر اساس ماده ٤٩٠ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امـــور مدنی ناظر بر ماده ٤٨٩ همان قانون، نتایج دادرسی را بپذیرند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۳۰).

۳-۳. دلیل سوم: آراء قضایی و نظریه‌های مشورتی مرتبط

بررســـی رویه قضایـــی هم حاکی از آن اســـت که عدم تســـری موافقت‌نامه داوری به اشـــخاص ثالث، مورد توجه برخی قضات قرار داشـــته است؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۲٦ مورخ ۱۳۹۳/٦/۲۹ شـــعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در این راســـتا و مؤید استدلال یاد شده است: «قرارداد منشأ امر داوری فقط نسبت به متعاقدین و طرفین قرارداد مؤثر بوده، داور مرضی‌الطرفین صرفاً حق اظهارنظر نسبت به اشـــخاص فوق (طرفین قرارداد) بر اســـاس مفاد قرارداد دارد و اقدام و اظهار نظر وی نســـبت به اشخاص ثالثی که مدخلیتی در تنظیم قرارداد و پیش‌بینی امر داوری در صورت حصول اختلاف نداشـــته‌اند، برخلاف اراده و نیت طرفین قرارداد و نیز مخل حقوق اشـــخاص ثالث بوده که نیاز به اذن و رضایت آنان داشـــته]هم‌چنین[ملاحظه می‌گردد]که[قانون‌گذار حسب بند ۲ ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حتـــی در صورت فوت احدی از طرفین قرارداد داوری، امر داوری را قابل تســـری به وراث و قائم‌مقام قانونی ندانســـته؛ چه رسد به این‌که بتوان شخص ثالث را که در ارتباط و قرارداد تنظیمی فیمابین مدخلیتی ندارد، وارد موضوع نموده، داوری را به وی نیز تعمیم داد».

همین‌طور اســـت رأی شـــعبه ٦ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران که این‌گونه مقرر داشـــته است: «شـــرط داوری مندرج در قرارداد عادی، نســـبت به طرفین معتبر و لازم-الاتباع می‌باشد و نســـبت به تجدیدنظرخواه مؤثر نمی‌باشد و با فرض این‌که تجدیدنظرخواه به عنوان قائم‌مقام شـــرکت ... محسوب می‌شود، باز هم شرط داوری موصوف فقط نســـبت به طرفین قرارداد مؤثر است؛ نه نســـبت به تجدیدنظرخواه به عنوان قائم‌مقام».

نکته‌ای که از رأی صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۵۵۱ مـــورخ ۱۳۹۲/۵/۷ و شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰٤۸٤ مورخ ۱۳۹۲/٤/۲٦ در باب «عدم انتقال موضوع قرارداد شرط داوری به شخص ثالث» و «اثر فوت یکی از طرفین داوری بر انحلال قرارداد داوری و عدم تســـری آن بر اشخاص ثالث» و نیز رأی شـــماره ۹۲۰۹۹۸۲۱٦٤۰۰۱۰۳۸ مورخ ۱۳۹۳/٤/۲۳ صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران در خصوص «زوال شرط داوری در اثر حجر یکی از طرفین قرارداد» هم به صراحت، قابل برداشت و استنباط است.[۱]

به‌علاوه، برخی آرای صادره در رویه قضایی کشـــورمان نیز در راستای مبنای مشـــروعیت و استثنایی بودن صلاحیت نهاد داوری است که مؤید ادعای این پژوهش

۱. جهت دسترسی به آرا، بنگرید به: https://www.ara.jri.ac.ir.

است؛ به عنوان نمونه، رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۱۱ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۶ مبنی بر این‌که «اصل بر صلاحیت عام محاکم است و داوری، استثنایی بر این اصل است که باید تفسیر محدود و مضیق شود و در فرض تردید، اصل بر صلاحیت دادگاه‌ها است» و نیز رأی شماره ۹۴۰۹۹۸۰۲۱۳۹۰۰۱۷۹ شعبه ۵۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران مورخ ۱۳۹۴/۸/۳۰ دال بر این‌که «اگر در شرط داوری قید شده باشد: در صورت اختلاف در خصوص مشخصات و شرایط و اوصاف مربوط به معامله و نقشه تفصیلی ساخت، مشاور املاک، داور مرضی‌الطرفین است، در خصوص الزام به تحویل، تنظیم سند و مطالبه خسارت، دلیلی برای رجوع به داوری وجود ندارد و دادگاه صالح به رسیدگی است».[1]

برخی نظریات مشورتی نیز به‌طور صریح و مبسوط، مدعای نگارنده را اثبات می‌کند و تأکید می‌کند که شرط داوری مندرج در قرارداد و به طریق اولی موافقت‌نامه داوری که مستقل از قرارداد اصلی منعقد شده به منتقلٌ‌الیه، اعم از این‌که انتقال قهری باشد یا قراردادی، تسری پیدا نمی‌کند:

«... اگر با دقت در مقررات راجع به داوری توجه شود، درمی‌یابیم که متعلق داوری، اختلاف همان اشخاصی است که در توافق‌نامه یا شرط ضمن قراردادِ رجوعٍ به داوری توافق نموده‌اند؛ به عبارت دیگر، در قرارداد داوری، اعم از این‌که مستقلاً انشاء شده باشد یا ضمن یک قرارداد، غیر مسائلی، از قبیل ذکر نام داور یا داوران و مدت داوری، دو عنصر اصلی و اساسی وجود دارد: یکی موضوع اختلاف و دوم طرفین اختلاف. موضوع اختلاف ممکن است تفسیر و اجرای قرارداد معین یا مسائل دیگری باشد که طرفین معین کرده‌اند، اما متعلَق داوری، همان اختلاف اشخاصی است که در موافقت‌نامه داوری مشارکت داشته‌اند. در این‌جا نمی‌توان گفت اختلاف عمرو و زید همان اختلاف ورثه، یکی از آن‌ها یا منتقلٌ‌الیه با طرف دیگری است. کسانی که قرارداد داوری را امضا می‌نمایند، فقط اختلاف خودشان و نه اختلاف دیگران، اعم از ورثه یا منتقلٌ‌الیه را به داوری ارجاع می‌دهند؛ بنابراین توافق رجوع به داوری، چه قبل از پیدایش اختلاف و چه بعد از آن، قائم به اشخاصی است که در آن قرارداد مشارکت داشته‌اند. در این‌جا نمی‌توان گفت که منتقلٌ‌الیه نسبت به شرط

۱. جهت دسترسی به آرا، بنگرید به: https://www.ara.jri.ac.ir.

داوری، قائم‌مقام انتقال دهنده در قرارداد اولی اســـت. اگر چه مطابق ماده ۲۱۹ قانون عقودی که بر طبق قانون واقع شـــده باشـــد، بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است، ولی در تحلیل همان ماده هم می‌گوییم مسائلی که قائم به شخص باشد، به ورثه و منتقلٌ‌الیه منتقل نمی‌شـــود؛ به عنوان مثال، در عقد مشارکت، اگر ضمن عقد شرکت به یکی از شـــرکا اذن در تصرف مال مشترک داده شده باشد، با فوت هریک از شرکا، شـــریک مأذون حق تصرف در مال مشـــترک را از دست می‌دهد؛ بنابراین اگر شریک مأذون فوت کند، ورثه او نمی‌توانند به اســـتناد اذن قبلی که به مورث آن‌ها داده شده، در مال مشـــترک تصرف کنند و اگر شریک اذن دهنده فوت شود، شریک مأذون حق تصرف خود را از دست می‌دهد. این‌که توافق رجوع به داوری قائم به اشخاصی است که به آن تراضی کرده‌اند، در برخی مواد قانون آیین دادرســـی مدنی نیز قابل استنباط اســـت. در ماده ٤٥٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تصریح شـــده است که طرفین اختلاف خود را به داوری ارجاع دهند. ماده ٤٥٥ نیز با عبارت «اختلاف بین آنان» همین مضمون را دارد. عبارت «اختلاف» خود منصرف به اختلاف همان اشـــخاصی است که توافق نموده‌اند. به همین دلیل در ماده ٤٥٨ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، یکی از شرایط داوری علاوه بر ذکر نام داور و موضوع و مدت داوری، تعیین مشخصات طرفین اختلاف است. این همان چیزی است که گفتیم دو عنصر اصلی داوری، یکی موضوع اختلاف و دیگری طرفین اختلاف اســـت. نکته دیگری که این نظر را تقویت می‌کند، استناد به ماده ٤٨١ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است. به موجب این ماده، «با فوت یا حجـــر یکی از طرفین دعوا، داوری از بین می‌رود»؛ بنابراین با فوت طرفین قراردادی که شـــرط داوری را در آن گنجانده‌اند، شـــرط داوری از بین می‌رود و اختـــلاف ورثه با طرف دیگر قرارداد، باید از طریق دادگاه حل و فصل شـــود؛ مگر این‌که ورثه هم به داوری توافق نمایند. این‌که توافق رجوع به داوری به ورثه که قائم مقام قانونی طرف قرارداد هســـتند منتقل نمی‌شـــود، مؤید این مطلب است که رجوع به داوری، «قائم به شـــخص» است؛ بنابراین به طریق اولی باید معتقد باشیم که شرط داوری به منتقلٌ‌الیه قراردادی نیز منتقل نمی‌شـــود؛ زیرا همان‌طور که گفته شد متعلق داوری اختلاف همان اشخاصی است که رجوع به داوری را توافق می‌کنند. در نهایت

باید گفت در موارد تردید باید به اصل رجوع کرد؛ داوری یک نهاد دادرسی است و در دادرسی‌ها اصل اولیه، «صلاحیت عام دادگستری» است؛ لذا وقتی تردید شد که دادگاه صالح به رسیدگی است یا خیر، باید گفت مطابق اصل، دادگاه صالح است. این نظر مانع آن نیست که به نحوی احراز شود که منتقلٌ‌الیه با رضایت طرف دیگر قرارداد، شرط داوری را پذیرفته باشد که در این صورت، به دلیل توافق جدید، قرارداد داوری معتبر خواهد بود؛ نه به واسطه قائم‌مقامی در قرارداد (نشست قضایی، استان مرکزی، شهرستان زرندیه، ۱۳۹۹/۱۲/٦).

برآمد

۱- با وجود آن‌که داوری از جمله مفاهیم دارای پیشـــینه تقنینی و کاربرد قابل -توجه در عالم حقوق اســـت، دارای وجوه مغفولی اســـت که تبیین آن‌ها می‌تواند به پیشـــبرد این نهاد در نظام حقوقی ایران کمک شایانی کند. از جمله مسائلی که در این خصوص به دقت مورد بررسی قرار نگرفته و سبب اختلاف شده، «گسترش قلمرو اثر داوری به اشخاص ثالث به مفهوم عام» است.

۲- دانســـتیم که برخی صاحب‌نظران با اعتقاد بـــه غیر قضایی بودن داوری و امکان شـــکل‌گیری آن از طریق توافق دو طـــرف، مطابق قواعد عمومی قراردادها، اثر داوری را با ابتنای بر توافق طرفین، قابل تسری بر قائم‌مقام آن‌ها و اشخاص ثالث نیز دانســـته‌اند. در مقابل، بعضی دیگر از صاحب‌نظران، با تأکید بر قرار گرفتن داوری در دایره فرایند دادرسی، معتقدند که قضاوت امری حاکمیتی است و اگر امکان توافق در ارجاع امر اختلافی به داوری وجود دارد، تنها در برخی شرایط خاص، به -صلاح‌دید دولت است و داوری نهادی در طول نهادهای حاکمیتی قضاوتی است.

۳- پژوهـــش حاضر ضمن تبییـــن نظر دو دیدگاه یادشـــده و تأیید نظر گروه دوم، ضمن تأکید بر خروج تســـری قرارداد در فـــرض «انتقال قرارداد داوری» که در آن، قرارداد داوری با تمام شـــروط و الزاماتش به اشـــخاص ثالث به مفهوم عام منتقل می-شود، از این پژوهش، در رد نظر نخست و استحکام‌بخشی دیدگاه خود، دو دسته دلیل را ارائه داد؛ در «شناسایی مفهوم دقیق قائم‌مقامی» با هدف تبیین پایه نظرگاه اول، مشـــخص گردید که «نظریه قائم‌مقامی» ریشه در حقوق فرانسه دارد و پذیرش بدون قید و شـــرط آن از جانب حقوق‌دانان ایران و تحلیل مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی در باب تســـری آثار قراردادها بر وارث، موصی‌له و منتقل‌الیه، براساس ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی سابق آن کشـــور، با توجه به تفاوت مبنایی نظام حقوقی ایران با فرانسه، وجود کاربردهای مختلف مفهومی برای «قائم‌مقام» و عدم‌تطابق این دیدگاه با نظرات فقهی، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

٤- در نتیجه «شناسایی مبنای مشـــروعیت و صلاحیت داوری» روشن شد از آن‌جا که دایره اختیارات داور، مبتنی بر تفویض قانونی است و حکومت در قانون آیین دادرسی مدنی، در راســـتای منافع عامه و موارد خاص و استثنایی، به اشخاص اجازه

داده است که اختلافات خود را به داور مورد توافق خود ارجاع دهند، پذیرش تفسیر موسع از موافقت‌نامه‌ی «داوری» و تسری آن به اشخاصی غیر از طرفین قرارداد، تحت هیچ شـــرایطی قابل پذیرش نیســـت. نصوص آراء قضایی دادگاه‌های ایران، حاکی از پذیرش این نتایج است.

۵- «قاعده عدم‌امکان تســـری داوری به شخص ثالث به مفهوم عام» در حقوق ایران، قابل کشـــف و استنباط است که در موارد مشـــکوک می‌توان به آن استناد کرد و بـــا تصویب و انضمام آن به مقررات داوری از ســـوی مقنن، اختلافات مرتبط را به ســـهولت حل کرد. بر اساس این قاعده، ارجاع به داوری امری کاملاً استثنایی است که جز در موارد خاص قابل اجرا نیســـت و تحت هیچ شرایطی، امکان تفسیر موسع از آن وجـــود ندارد؛ نه برای قائم‌مقام طرفین قرارداد و نه برای هر مصداقی که تحت عنوان شخص ثالث قابل دسته‌بندی است؛ چه آن‌ها که منافع مشترکی با طرفین قرارداد داوری دارند و چه گروهی که تضمین‌کننده حسن اجرای قرارداد و ضامن تأدیه دیون و خســـارات هســـتند؛ و چه آن دسته از اشخاصی که ممکن اســـت ارتباط قراردادی با طرفین قرارداد داوری داشـــته باشـــند؛ خواه رابطه قـــراردادی طولی و خواه رابطه قراردادی عرضی (شـــخص ثالث در لایه اول) و چه شـــخصی که ارتباط مستقیمی با یک قرارداد ندارد و صرفاً با یکی از طرفین، قراردادی مستقل و جداگانه دارد (شخص ثالث در لایه‌های بعدی). پس اگر در فرضی شـــخصی مدعی شـــود که به خاطر عدم اجرای تعهد از ســـوی طرف مقابل خود، نتوانسته به تعهداتش نسبت به شخص دیگر در قراردادی دیگر عمل کند، موافقت‌نامه داوری در قرارداد نخست و به تبع آن، رأی داور نســـبت به آن قرارداد، به شخص سوم که جزو اشخاص ثالث در لایه‌های بعدی محسوب می‌شود، قابل تسری نیست.

فهرست منابع

الف. فارسی

* امینی، عیسی و اسکینی، ربیعا و رشیدی، امید (۱۳۹۹)، «**تفسیر شرط داوری اجباری**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۲.
* جعفری، نصرالله (۱۳۹۳)، **مطالعه تطبیقی ماهیت «دین» و «تعهد» و کارکرد آن در نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی، کامن‌لا و اسلام**، رساله دکتری، دانشگاه قم.
* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، **حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* خزایی، حسین (۱۳۸٦)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، جلد هفتم (داوری)، چاپ نخست، تهران: قانون.
* دارویی، عباسعلی (۱۳۹۲)، **قائم‌مقامی با پرداخت: مطالعه‌ای جامع در پرداخت دین دیگری**، چاپ نخست، تهران: جنگل‌جاودانه.
* دبیری قصرعاصمی، مرضیه و جعفری، فیض‌الله (۱٤۰۲)، «**بررسی داوری‌پذیری دعاوی دوران تصفیه امور ورشکستگی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.
* داودی، حسین (۱۳۹۷)، «**ویژگی‌های قواعد شکلی (آیین دادرسی مدنی)**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۸، شماره ۲.
* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۲)، **لغت‌نامه دهخدا**، چاپ نخست (دوره جدید)، تهران: دانشگاه تهران.
* ره‌پیک، سیامک و عزیزیانی، مجید (۱۳۹۷)، «**امکان‌سنجی انتقال شرط و موافقت‌نامه داوری**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۲.
* ساردوئی‌نسب، محمد و زندی، علی (۱٤۰۳)، «**شیوه‌های غیرترافعی حل و فصل اختلاف درون تعاونی‌ها در پرتو اقتضائات و اصول تعاون**»، مجله حقوقی

دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.
* سبزواری، عبدالأعلی (۱٤۱۳ق)، **مهذب‌الأحکام فی‌الحلال و الحرام**، جلد پنجم، چاپ نخست، قم: مؤسسه المنار.
* سربازیان، مجید و رنجبری، سهیلا (۱۳۹۵)، «**تعمیم قلمرو موافقت‌نامه داوری به شخص ثالث و آثار آن**»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۸، شماره ۲.
* سروی، محمدباقر (۱۳۹۰)، **نگرشی کاربردی به موضوع داوری**، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.
* شعاریان، ابراهیم (۱۳۹٤)، **انتقال قرارداد؛ نظریه عمومی-عقود معین**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.
* شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، **آیین دادرسی مدنی؛ دوره پیشرفته**، جلد سوم، چاپ دوازدهم، تهران: دراک.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، **حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)**، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: مجد.
* شید، بابک و ایزانلو، محسن (۱۳۹٦)، «**گسترش قلمرو داوری در پرتو نظریه اصیل واقعی و مطالعه تطبیقی با حقوق ایران**»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، سال ۱۰، شماره ۳۷.
* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، **داوری تجاری بین‌المللی**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: میزان.
* طوسی، ابوجعفر محمد (۱٤۰۰ق)، **النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی**، چاپ نخست، بیروت: دارالکتب العربی.
* عدل، مصطفی (۱۳٤۲)، **حقوق مدنی**، چاپ نخست، تهران: امیرکبیر.
* عمید، حسن (۱۳٦۹)، **فرهنگ عمید**، چاپ هفتم، تهران: امیرکبیر.
* فاتحی، زینب (۱۳۹۱)، **تحلیل انتقادی مفهوم قائم‌مقامی در حقوق ایران و فقه**

امامیه، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه اصفهان.
* فلاح‌خاریکی، مهدی (۱۳۹٦)، **قواعد عمومی قراردادها و سقوط تعهدات**، چاپ دوم، تهران: دوراندیشان.
* قادری، نسیبه (۱۳۹۲)، **قائم‌مقامی غیرقراردادی در حقوق موضوعه ایران**، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه مازندران.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، **اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوای مدنی**، چاپ ششم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷٦)، **حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کشکولی، رسول (۱۳۹٦)، **مبانی حقوقی و آثار تسری داوری به اشخاص ثالث؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه و آمریکا**، رساله دکتری، دانشگاه تربیت‌مدرس.
* مافی، همایون (۱۳۹۷)، **شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران**، چاپ دوم، تهران: دانشگاه علوم قضائی.
* مافی، همایون و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹۵)، «**ماهیت حقوقی نهاد داوری**»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱.
* مافی، همایون و روشنایی، ریحانه (۱۳۹٤)، «**آثار رأی داوری**»، فقه و تاریخ تمدن، شماره ٤٤٦.
* مامقانی، محمدحسن بن عبدالله (۱۳۱٦ق)، **غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب و البیع**، جلد نهم، چاپ نخست، قم: مجمع‌الذخائر الإسلامیه.
* محمدی، سام (۱۳۸۸)، «**ماهیت تعهد به نفع شخص ثالث**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱.
* محمدی، عاصم و عسکری، سیدحکمت‌الله (۱۳۹٦)، «**واکاوی مبانی، مفهوم و کارکرد نهاد قائم‌مقامی در قراردادها در حقوق ایران و فرانسه**»، پژوهش حقوق تطبیقی، سال ۲۱، شماره ٤.
* مدنی، جلال‌الدین (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: پایدار.

* معین، محمد (۱۳۸٦)، **فرهنگ معین**، چاپ سوم، تهران: زرین.
* موسوی‌گلپایگانی، محمدرضا (۱٤۱۳ق)، **هدایه العباد**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دارالقرآن الکریم.
* مولودی، محمد (۱۳۸۲)، **آثار قرارداد نسبت به قائم‌مقامان متعاقدین**، رساله دکتری، دانشگاه تهران.
* پایگاه اینترنتی سامانه آراء پژوهشگاه قوه قضاییه به آدرس: https://www.Ara.Jri.ac.ir
* نشست قضایی استان مرکزی، شهرستان زرندیه با عنوان «**انتقال شرط داوری به روابط قائم‌مقام یکی از طرفین قرارداد با طرف دیگر**» در تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/٦؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
https://davoudabadi.ir/page/5418736

ب. انگلیسی و فرانسه

* Aubry, et Rau (1994), **Cours de Droit Civil Francais**, T. 1, Par Et.re Ponsard, 7ed. Paris: T. IV, 6ed. Par Bartin.
* Andrews, Geraldine & Richard Millett (2000), **Law of Guarantees**, London: Sweet & Maxwell Press, 3rd Edition.
* Austmann, Andreas (1991), **"Commercial Multiparty Arbitration: A Case-by-Case Approach"**, 1 Am. Rev. Int'l. Arbitration 34, Vol. 1, No. 3; Available at: http://Blogs2.Law.Columbia.Edu/Aria/Issues/1-3/Commercial-Multi-Party-Arbitration-A-Case-by-Case-Approach-Vol-1-No-3/. (Last Visited: 25 March 2024)
* Courtney, Tae (2008), **"Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad Rich"**, Richmond Journal of Global Law & Business, Vol. 8, Issue 4.
* Devitt, Thomas P. (1983), **"Multiparty Controversies in International Construction Arbitrations"**, International Lawyer, Vol.

17, No. 4; Available at: https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3648&context=til.

❋ Malaurie, Ph. Et Aynes, L. (2000), **Les Obligations**, 10 éme éd, Cujas, Paris.

❋ Mestre, J. (1979), **La Subrogations Personnelle**, t. 160, Préf. Par Kayser, Bibl. Dr. Privé, GDJ.

❋ Savaux, E. (2002), **Subrogations Personnelle**, Encyclopédie, Répertoire de Droit Civil, t.X.

❋ Tymczyszyn, Irina & Claire Morel de Westgaver & Bryan Cave & Allan Van Fleet & McDermott Will & McDermott Emery & Mark A. Correro (2014), **"Joining Non-Signatories to an Arbitration"**, Practical Law Yearbook of International Busines; Available at: https://Uk.Practicallaw.Thomsonreuters.Com/6-275-4952?TransitionType=Default&contextData=(Sc.Default)&FirstPage=true. (Last Visited: 25 March 2024)

❋ Weill, Alex Francios (1975), terré Dr.Civ, DALLOZ.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۱۲۱-۹۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۳

تحلیل ملازمه ابطال رأی داور و مسؤولیت مدنی او در حقوق ایران

محمدجواد چراغی،[۱] بهنام انصافی‌آذر،[۲] حکمت‌الله عسکری[۳]

چکیده

مطابق ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، رکن اصلی مسؤولیت مدنی داور عنصر تقصیر بوده و ملازمه‌ای میان اعلام بی‌اعتباری رأی داوری از سوی دادگاه و مسؤولیت مدنی وی وجود ندارد. در مقابل، تأیید رأی داور در دادگاه نیز ملازمه‌ای با عدم مسؤولیت مدنی وی نداشته و در این فرض نیز می‌توان تقصیر داور را در صدور رأی و فرایند داوری احراز کرد. دلیل این امر، مقایسه با نهاد قضاوت و عدم وجود تلازم میان نقض رأی قاضی دادگاه و مسؤولیت مدنی او، ابطال به جهتی غیر از موارد تقصیر داور، اصل نسبی بودن اثر آراء، مغایرت ملازمه میان ابطال رأی داور در دادگاه و مسؤولیت وی با مبانی و اصول مسؤولیت مدنی همچون مستقیم بودن خسارت وارده، پذیرش مصونیت داور در دیگر نظام‌های حقوقی، انتخاب داور توسط طرفین در داوری انتخابی و نهایتاً توسل به برخی قواعد فقهی همچون قاعده احسان و لاضرر است. در این مقاله ضمن بررسی شیوه‌های دخالت داور در دعوی ابطال رأی داوری جهت پرهیز از ایجاد مسؤولیت مدنی داور، از حضور داور در جریان رسیدگی به دعوای ابطال رأی داوری حمایت شده و در نتیجه با شرایط معین، امکان اعتراض ثالث داور به دادنامه ابطال رأی داور و نقض آن مورد پذیرش قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: داوری، بطلان رأی داور، مسؤولیت مدنی داور، تقصیر.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
mj.cheraghi94@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)
ensafy@gmail.com.

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران
hekmat_askari@yahoo.com

درآمد

داوری به رفع اختلاف و تنازع میان افراد در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشـــخاص انتخابی یا انتصابی اطلاق می‌شـــود. بر خلاف آراء صادره از دادگاه که قانون‌گذار راهکارهـــای مختلفی نظیر تجدیدنظرخواهی یـــا فرجام‌خواهی را جهت اعتراض به آراء پیش‌بینی کرده اســـت، حسب اصول مربوط به داوری به طور معمول رأی داور قابل اعتراض نیســـت؛ از آنجا که قابـــل اعتراض بودن آرای صادره خلاف اصل بوده و نیازمند تصریح مقنن می‌باشـــد و اصل بر قطعیت آراء اســـت و دقت در مقـــررات فعلی حاکی از عدم وجود مقرره‌ای جهـــت قابلیت اعتراض به رأی داوری اســـت، می‌توان گفت با توجه به قواعد مقرر در قانون آیین دادرســـی مدنی و قانون داوری تجـــاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، آرای داور غیر قابل اعتراض بوده و در این زمینه تنها از طریق مراجعه به دادگاه می‌توان درخواســـت ابطال رأی داور را از دادگاه نمود و اشـــخاص معترض به رأی داوری راهی به جز درخواســـت ابطال رای داوری ندارند.

تخطـــی داور یا داوران از مقررات قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی، حســـب ماده ۵۰۱ این قانون و البته تحت شـــرایطی، موجب ایجاد مســـؤولیت مدنی برای داور خواهد بود. با این حال می‌بایست اشاره داشت که مســـؤولیت مدنی داور محدود به رعایت قواعد مقرر در قانون آیین دادرســـی مدنی (باب هفتم) نخواهد بود و عدول از آیین‌نامه و مقررات تعیینی توسط مؤسسه یا مرکز داوری که هنگام انعقاد قرارداد داوری مورد قبول داور یا داوران قرار گرفته نیز حسب قاعـــده التزام و پای‌بندی به قراردادها موجب ایجاد مســـؤولیت مدنی برای او خواهد بود و حتی در مواردی موجب ابطال و عدم شناســـایی و اجرای رأی داوری می‌شود. برای نمونه، چنانچه در مقررات مرکز داوری مربوط، شرط صدور رأی در مهلت مقرر گنجانده شـــده باشد، داور مکلف به رعایت آن و صدور رأی ظرف مهلت تعیین شده در قرارداد اســـت. عدم اجرای این تکلیف و بـــه عبارتی، عدم صدور رأی در مهلت مزبور مســـؤولیتی نخواهد داشت، مگر آن‌که مبتنی بر تعلل یا تقصیر داور باشد که در این صورت، زمینه طرح دعوای مطالبه خســـارت علیـــه داور را فراهم می‌آورد.[1] مثلاً

۱. از موافقـــان این دیدگاه: (کریمی و پرتـــو، ۱۴۰۲: ۱۶۸) و از مخالفان این دیدگاه که در خصوص

عامل عدم انجام این وظیفه می‌تواند طرفین داوری باشند که با ارائه مدارک غیرمرتبط یا مراجعات وقت‌گیر و متعدد موجب خارج شدن روند رسیدگی از اختیار داور شود و صدور رأی ظرف مدت تعیین شده را برای داور دشوار یا غیرممکن سازند.

برخی (کریمی و پرتو، ۱٤۰۲: ۱۵۹) بر این باورند، از آنجا که حسب ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی،[1] داوران را جز در صورت ارتکاب موارد مصرحه در ماده یاد شده، می‌بایست فاقد مسئولیت تلقی نمود، می‌توان بیان داشت که این ماده در مقام بیان اصل مصونیت از تعقیب مدنی داور بوده است. همچنین جهت هرچه کارآتر کردن داوری و تشویق بدان نه تنها باید داوران در چتر حمایت و مصونیت قرار گیرند، بلکه سازمان داوری نیز باید زیر این چتر قرار گیرد (امیرمعزی، ۱٤۰۲). اما از آنجا که در حقوق ایران قضات دادگاه از مصونیت مطلق برخوردار نیستند، به طریق اولی نمی‌توان در تمام موارد برای داوران قائل به مصونیت شد.[2] خصوصاً آنکه با وجود یک مرحله‌ای بودن داوری، علاوه بر درخواست ابطال رأی داور مندرج در ماده ٤۸۹ این قانون، تنها ابزار پیشگیرانه جهت کنترل کیفیت آراء داوری و نظارت بر آن قائل بودن به دیدگاه مسئولیت مدنی داور است (سیدین و کارچانی، ۱٤۰۰: ۳۰ و ۳۱).[3] در جهت پذیرش اصل مصونیت داور که در غالب نظام‌های حقوقی، من‌جمله کامن‌لا (Hausmaninger, Christian, 1990: 7) مورد قبول واقع شده است، اولاً، می‌توان به دیدگاه «پذیرش تحدید مسئولیت در قرارداد داوری»[4] استناد نمود که نه

قاضی دادگاه و به تبع آن در خصوص داور، اطاله دادرسی را چه به صورت عمدی چه غیرعمدی موجب مسؤولیت مدنی قاضی یا دولت دانسته‌اند: (اصغری آقمشهدی و قربانی دیسفانی، ۱۳۸٦: ٤۳).

۱. جهت ملاحظه قانون حاکم بر این موضوع در داوری‌های تجاری بین‌المللی، بنگرید به: (جوهر، ۱٤۰۳: ٦۸– ۸۹) و نیز به طور کلی جهت ملاحظه جایگاه تقصیر در مطالبه خسارت، خصوصاً در دعاوی واهی ر.ک به: (بهرامی و السان، ۱٤۰۲: ۵۹– ٦٤).

۲. برخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲۵٤) بر این عقیده‌اند که «قاضی» در اصل ۱۷۱ به معنای دادرس است و شامل عنوان «داور» نمی‌گردد. با این توضیح که، در موارد شک در رابطه با اینکه آیا به داوران عنوان «قاضی» اطلاق می‌گردد تا معلوم گردد که آیا از مزایای تعیین شده برای قاضی برخوردار می‌گردند یا خیر، می‌توان گفت، چون مصونیت قضایی امری استثنایی و خلاف قاعده است، باید به قدر متیقن تمسک نموده و قدر متیقن نیز «قضات محاکم» می‌باشند. در مقابل دیدگاه دیگر آن است که واژه «قاضی» دارای مفهوم عام و کلی بوده و منظور از آن اعم از قضات دادگاه و یا عنوان داور می‌باشد (شمس، ۱۳۹۱: ۱٤٦).

۳. برای دیدن نظرات موافقان این دیدگاه، بنگرید به: تقی‌پور، ۱۳۹۳: ۷۹؛ مافی و حسینی مقدم، ۱۳۹۳: ۸۳؛ شمس، ۱٤۰۲: ۵٤۹.

٤. شرط تحدید مسؤولیت با شرط عدم مسؤولیت که عبارت از شرطی است که به موجب آن

تنهـــا مقنن در برخی مواد همچون مـــواد ٥٤ و ٥٥ قانون دریایی که ضمن آن تحدید مســـئولیت متصدی حمل و نقل را پذیرفته یا ماده ۷۵ این قانون که به مالک کشـــتی اجازه داده تا مســـئولیت خود را به میزان مقرر در مـــاده ۷۷ این قانون محدود کند و نیـــز مواد ۳۸٦ و ۳۸۷ قانون تجارت که این اختیـــار را به طرفین قرارداد اعطاء نموده تا برای میزان خســـارت، مبلغی کمتر از قیمت کامل مال‌التجاره پیش‌بینی کنند به این شـــرط اشاره نموده اســـت، بلکه، به تعبیر برخی (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۲۰)، به طور معمول شروط کاهش دهنده مسئولیت، در صورت مخالفت با نظم عمومی (مانند موارد تقصیر عمدی)، در زمره شـــروط نامشروع و باطل محسوب می‌گردد نه شروط مبطل قرارداد؛ مگر در فرضی که در قرارداد عنوان «عدم مســـئولیت علی‌رغم ارتکاب تقصیر عمدی» تصریح گـــردد و در نتیجه موجب تجاوز به مقتضای ذات و اختیاری شدن اجرای قرارداد شود، که در این صورت شروط یاد شده، مبطل قرارداد نخواهند بود؛ ثانیاً، در جهت تأیید این دیدگاه، بحث لزوم قرارداد داوری نیز به نوعی در جهت تأیید این بحث کاربرد خواهد داشت. با این توضیح که، قرارداد داوری به لحاظ عدم تصریـــح قانونگذار به جواز پیمان بـــا داور، ماهیت قراردادی رابطه طرفین اختلاف و داور و به عبارتی به دلیل آنکه در معاملات اصل بر لزوم است و جواز، محتاج اثبات نمی‌تـــوان حکم به جواز قرارداد داوری داد (ســـلیمی و انصافی آذر، ۱۳۹۹: ۳٤۸). با این حال متأسفانه برخی (یوسف‌زاده، ۱۳۹۸: ۷۷) با استناد به موادی همچون ماده ١٤ قانـــون داوری تجاری بین‌المللی که از خاتمه مســـئولیت داور به جهت قصور یا عدم انجام وظیفه داوری سخن گفته یا ماده ٤٧٣ قانون آیین دادرسی مدنی که در مقام بیان امکان استعفای داور است، این قرارداد را در زمره قراردادهای جایز آورده‌اند؛ در حالی که این ماده تنها از امکان اســـتعفای با عذر موجه سخن گفته و در واقع، مقنن در این ماده مصادیق نقض عهد داور را بر شمرده است (سلیمی و انصافی آذر، ۱۳۹۹: ۳٤۸). مـــاده ١٤ قانـــون داوری تجاری بین‌المللی نیز از مانع قانونـــی برای انجام امر داوری ســـخن به میان آورده اســـت. بنابراین به دلایل پیش‌گفته، قراداد داوری را می‌بایست قراردادی لازم تلقی نمود که واجد کلیه اوصاف قراردادها و به عبارت بهتر، مشـــمول

مسؤولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر آن پیش از وقوع تخطی از قرارداد رخ دهد و مطرح شدن بحث خسارت، اسقاط و سلب می‌گردد.

قواعد عمومی قراردادها خواهد بود و از همین روی می‌توان از آن در جهت پذیرش موضوع «تحدید مسئولیت در قرارداد داوری» بهره یافت.

از آنجا که داور یا داوران با قبول داوری متعهد به اعلام و ابلاغ نتیجه رسیدگی خویش در موعد مقرر شـــده‌اند، لزوم جبران خسارات ناشی از تأخیر در صدور رأی، در زمره تعهدات قراردادی داوران محســـوب خواهد شد؛ با این حال، ضمانت اجرای این نوع از مسؤولیت در قالب مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد، اعم از اجبار به اجرای عین قرارداد، فســـخ یا مطالبه وجه التزام خاص قرار نخواهد گرفت؛ بلکه بر اســـاس مقررات ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، داورانی که به واسطه تقصیر، به اصحاب دعوی یا یکی از آنان ضرری تحمیل می‌کنند، مکلف به جبران خسارت وارده خواهند بود (کاتوزیان، ۱۳۸٦: ۲۷٤). ماده ٤۷۳ قانون پیش‌گفته[1] نیز به مســـؤولیت مدنی داور اشـــاره کرده و پس از قبول داوری، در صورت امتناع داور از صدور رأی، عدم حضور داور در جلسات داوری و اســـتعفای داور از رسیدگی بدون عذر موجه، داور را مکلف به جبران خسارات وارده دانسته است.

وفق ماده ١٤ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران[2] و نیز ماده ١٤ قانون نمونه آنســـیترال،[3] ضمانت اجرای امتناع از رسیدگی با سوء نیت و عامدانه و چه بدون سوء

---

۱. «چنانچـــه داور پس از قبول داوری بدون عذر موجه از قبیل مســـافرت یـــا بیماری و امثال آن در جلســـات داوری حاضر نشده یا استعفا دهد و یا از دادن رای امتناع نماید، علاوه بر جبران خسارات وارده تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم خواهد بود».

۲. «۱- اگـــر یـــک داور به موجب قانون یا عملاً قـــادر به انجام وظایف خود نباشـــد و یا بنابه علل دیگری موفق به انجام وظایفش بدون تأخیر موجه نشـــود، مسؤولیت وی خاتمه می‌یابد. چنانچه در تحقق موارد مذکور بین طرفین اختلاف باشـــد، هریک از آن‌هـــا می‌تواند از مرجع مذکور در ماده ٦ درخواست‌کند که در مورد ختم مأموریت داور مزبور اتخاذ تصمیم نماید.

۲- صرف کناره‌گیری و یا موافقت طرف دیگر یا ختم مأموریت داور، به معنای قبول اعتبار و صحت دلایل جرح، قصور، یا عدم قدرت بر انجام وظیفه نخواهد بود».

۳. «اگـــر داور به حکم قانـــون یا عملاً نتواند وظایف خود را انجام دهد یا بنا به علل دیگری از انجام این وظایف بدون تأخیر غیرموجه، ناتوان گردد، چنانچه خود از ســـمت (داوری) کناره‌گیری کند یا اگر طرفین توافق نمایند، (سمت و) مأموریت او پایان می‌پذیرد. در غیر این صورت، چنانچه در مورد هریک از موارد فوق، (بین طرفین) اختلاف نظر وجود داشـــته باشـــد، هرکدام از طرفین می‌تواند از دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ٦ مقرر گردیده درخواســـت کند که در مورد ختم مأموریت داور اتخاذ تصمیم نماید، این تصمیم قابل اعتراض نیست.

در مـــواردی که داور طبق این ماده یا مـــاده ۱۳(۲) از کار خود کناره‌گیری می کند یا یکی طرفین در

نیـــت و همراه با عذر قانونی داور، «امکان برکناری داور» اســـت و در صورت اثبات تقصیـــر داور، از موجبات طرح دعوای مطالبه خســـارت خواهد بود. بند «و» ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی[1] نیز یکی از موجبات ابطال رأی داوری را عدم توجه داور به آیین دادرسی منتخب طرفین یا مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی دانسته است. آیین دادرســـی منتخب طرفین می‌تواند «آیین دادرسی یک نظام قضایی خاص یا آیین رســـیدگی نمونه مانند مقررات آنســـیترال یا آیین رسیدگی معمول در یکی از سازمان‌های داوری و یا آیین ابداع شده توسط خود طرفین باشد» (یوسف‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۵۹).

اما مسأله‌ای که با سکوت مقنن مواجه و در میان آثار نویسندگان حقوقی کمتر مورد توجه و اقبال واقع شده، بحث ملازمه میان بطلان رأی داوری با مسؤولیت مدنی او اوســـت؛ با این توضیح که، چنانچه رأیی از ســـوی داور صادر و اساســـاً یا پس از درخواست محکوم، توســـط دادگاه باطل شود، آیا صرف بطلان رأی به معنای احراز عنصر تقصیر بوده و لزوماً موجب مســـؤولیت مدنی داور می‌شود یا آن‌که میان بطلان رأی داوری در دادگاه و مســـؤولیت مدنی وی ملازمـــه‌ای وجود ندارد و نمی‌توان به صرف ابطال رأی داوری مســـؤولیت مدنی وی را قطعی تلقی و اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت علیه او نمود؟

اهمیت بحث آنجا نمود می‌یابد که ســـکوت قانون‌گذار موجب ایجاد تهافت میان حقوق‌دانان شـــده اســـت؛ خصوصاً آن‌که تأیید تلازم و ارتباط میان بطلان رأی داوری با مســـؤولیت مدنی داور می‌تواند موجب تقبل مسؤولیت‌های سنگین برای او شده و چه بسا موجب تضییع حقوق وی گردد؛ به ویژه در مواردی که ورود خسارت به محکوم یا بطلان رأی تنها ناشـــی از قصور یا اشـــتباه داور بوده و نتوان نقش تعیین کننده‌ای برای داور در ورود خسارت به طرفین داوری احراز نمود. این فرض محدود به داوری مـــوردی نبوده و آنجا که در داوری‌های ســـازمانی با انجام روند داوری و صـــدور رأی، دادگاه صالح اقدام به بی‌اعتباری رأی داوری نیز می‌نماید، بحث ملازمه

مورد ختم مأموریت او موافقت می‌نماید، به معنای قبول اعتبار (و صحت دلایل) موارد مذکور در این ماده یا ماده ۱۲(۲) نخواهد بود».

۱. «ترکیب هیأت داوری یا آیین دادرســـی مطابق موافقت‌نامه داوری نباشـــد یا در صورت سکوت یا عدم وجود موافقت‌نامه داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون باشد».

میان ابطال رأی داوری با مسؤولیت مدنی سازمان داوری یا داوری که به انتخاب سازمان مربوطه به امر داوری گمارده شده است مطرح می‌گردد. با توجه به مطالب فوق–الذکر و نیز جهت دستیابی به اهداف یاد شده سؤال اساسی قابل طرح آن است که آیا در حقوق ما ملازمه ابطال رأی داور و مسؤولیت مدنی او وجود دارد یا خیر؟ جهت تفهیم هرچه بیشتر موضوع به ترتیب دلایل عدم تلازم میان ابطال رای داوری و مسؤولیت مدنی داور و نیز شیوه‌های دخالت داور در دعوی ابطال رأی داوری جهت پرهیز از ایجاد مسؤولیت مدنی داور مورد تحلیل و بررسی قرار خواهند گرفت.

۱. دلایل عدم تلازم میان ابطال رای داوری و مسؤولیت مدنی داور

چنانچه رأیی از سوی داور یا سازمان داوری صادر و رأی مزبور اساساً یا پس از درخواست محکوم علیه توسط دادگاه باطل یا بی‌اعتبار گردد، بنا به دلایلی که ذیلاً اشاره می‌گردد، ملازمه‌ای میان بطلان رأی داوری در دادگاه و مسؤولیت مدنی وی یا تأیید رأی داور با عدم مسؤولیت مدنی وی وجود نخواهد داشت و بطلان رأی مزبور به معنای احراز عنصر تقصیر نبوده و این بطلان لزوماً منجر به مسؤولیت مدنی داور یا سازمان داوری نخواهد شد و نمی‌توان به صرف ابطال رأی داوری مسؤولیت مدنی وی را قطعی تلقی و اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت علیه او نمود.[۱]

در توجیه ملازمه نداشتن ابطال رای داور با مسؤولیت مدنی وی، جهاتی قابل ارائه است که در این قسمت از نوشتار به آن می‌پردازیم.

۱-۱. مقایسه نهاد داوری با قضاوت

مقایسه با نهاد قضاوت و عدم وجود تلازم میان نقض رأی قاضی دادگاه و مسؤولیت مدنی او؛ با توجه به ماهیت قضایی نهاد داوری[۲] و عدم وجود مسؤولیت مدنی برای قاضی، در مواردی که رأی صادره از سوی دادگاه با یکی از طرق اعتراض

---

۱. از مخالفان این دیدگاه که به طور کلی و بدون ذکر دلیل طرح دعوی مسؤولیت مدنی علیه داور را منحصر به ابطال رأی داوری دانسته است: یوسف زاده، ۱۳۹۸: ۲۵۳.

۲. لازم به ذکر است که در رویه حاکم بر داوری، خصوصاً داوری تجاری بین‌المللی، دیدگاه غالب این است که نهاد داوری از ماهیتی مختلط برخوردار بوده و مشخصاتی از آثار قضایی و قراردادی داوری را به همراه دارد. به عبارت دیگر از یک سو، ایجاد داوری نیازمند توافق طرفین است و از سوی دیگر، شناسایی نظام داوری از دیدگاه قانون نیز ضروری است که مقصود از عبارت «ماهیت قضایی نهاد داوری» در عبارات فوق، همین قسمت از ماهیت نهاد یاد شده است. جهت ملاحظه تفسیر دقیق‌تر ماهیت حقوقی داوری، بنگرید به: (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۶: ۱۷۹– ۲۰۰).

به آراء توسط یکی از طرفین یا ثالث نقض می‌گردد، خود حاکی از عدم وجود ملازمه میان بطلان رأی داوری با مسؤولیت مدنی او خواهد بود. به بیان دیگر، از آنجا که نقض رأی صادره از سوی دادگاه به وسیله یکی از طرق اعتراض به آراء توسط یکی از طرفین یا ثالث، حاکی از تقصیر قاضی نیست، در داوری نیز با توجه به ماهیت قضایی آن،[1] صرف ابطال رأی داوری به معنای احراز عنصر تقصیر نخواهد بود.

توضیح آن‌که، مطابق اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی[2] که در راستای حمایت از زیان دیدگان از اشتباهات قضایی تدوین شده است، تنها در صورت احراز عنصر تقصیر، شخص قاضی واجد مسؤولیت مدنی شناخته شده است و نقض رأی در مرجع بالاتر نیز در مورد قاضی دادگاه از مصادیق تقصیر تلقی نشده است. از آنجا که داور نیز به نوعی قاضی خصوصی محسوب می‌گردد، بالتبع نمی‌توان صرف ابطال رأی داوری را حاکی از احراز عنصر تقصیر او دانست. رویه قضایی نیز صرف نقض رأی و حتی صرف محکومیت قاضی در دادگاه انتظامی قضات را به سبب آن‌که خسارت وارده مستقیماً متوجه اشتباه یا تقصیر قاضی نبوده، موجب مسؤولیت مدنی وی ندانسته است:[3]

برای نمونه، در یک دعوی خواهان در دادخواست خود چنین توضیح داده که «به موجب دادنامه ۵۴۸ ـ ۸۵/۶/۱۳ صادره از شعبه ۲۱۱ دادگاه حقوقی تهران آقای ... به پرداخت مبلغ ... ریال وجه یک فقره چک در حق وی به نحو غیابی محکوم شده بود و با اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی[4] محکوم‌علیه

---

۱. به موجب دیدگاه «قضایی بودن ماهیت داوری»، وظیفه دولت، تنها کنترل و سازماندهی داوری و به عبارتی امکان ابطال رأی داوری به وسیله دادگاه می‌باشد. با این حال، دادگاه اجازه تجدیدنظر در پرونده را به عنوان مرحله بعدی رسیدگی دارا نیست و بی‌اعتباری رأی داوری تنها در این مورد که شرایط لازم در داوری رعایت نشده باشد یا اجازه داوری از سوی طرفین داده نشده باشد، اعمال می‌گردد. به نقل از: Belohlavek, 2011: 20.

۲. «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود، و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد».

۳. دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۳۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۱. به نقل از: سامانه ملی آراء قضایی، تاریخ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۵/۳، قابل دسترس در سایت:

https://ara.jri.ac.ir.

۴. در حال حاضر، ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴.

بازداشـــت و به زندان معرفی و وی از دادنامه غیابـــی واخواهی و به موجب دادنامه ۳۹۶ ـ ۸۶/۳/۲۱ واخواهـــی وی مردود اعلام و به دلیل عدم اعتراض وی رأی قطعی و اجرائیـــه صادر و به دلیل عدم پرداخت محکوم به مجدداً با اعمال ماده ۲ قانون یاد شـــده نامبرده بازداشت و زندانی گردید و مجدداً وی از دادنامه غیابی اعلام واخواهی و وی، واخواهی را پذیرفته و با صدور قرار قبولی، او را از زندان آزاد نمود و تاکنون متواری می‌باشـــد و محکوم‌به را تاکنون نپرداخته است و به دلیل تخلف قاضی محترم ایشـــان در دادسرای انتظامی با شکایت خواهان محکوم گردیده است و حالیه خواهان خواســـتار محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ... ریال به انضمام خســـارات دادرسی گردیده است. وکیل خوانده در دفاع لایحه‌ای تقدیم و پس از شرح ماوقع اعلام داشته به اســـتناد اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی که مقرر داشته هرگاه در اثر تقصیر یا اشـــتباه قاضی در موضوع یـــا حکم یا در تطبیق حکم به مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد در صورت تقصیر مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از مقصر اعاده حیثیت می‌گردد».

رأی دادگاه بدوی (شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران) به خواسته محکومیت خوانـــده به پرداخت مبلغی معین بابت اشـــتباه در پذیرش واخواهی مجدد به انضمام خسارت تأخیر تأدیه و خسارات دادرسی از قرار ذیل است:

«(با وجود آن‌که) اشتباه قاضی در دادگاه انتظامی رسیدگی و حکم مقتضی علیه وی صادر شـــده است اما این حکم موجب مســـؤولیت پرداخت خسارت به خواهان نمی‌شـــود و دعوی متوجه خوانده نمی‌باشد و مضافاً که طلب خواهان با اشتباه قاضی منتفی نشـــده اســـت و رأی محکومیت مدیون هنوز پابرجاست و خواهان با پی‌گیری می‌توانـــد به حق خود طبق دادنامه صادره برســـد و مطالبه این حـــق مجدداً از کس دیگر فاقد وجاهت قانونی اســـت چراکه نمی‌توان یـــک دین را از دو نفر طلب نمود و حالیه دادگاه با توجه به دفاعیات وکیل خوانده و اینکه اشـــتباه خوانده یک تخلف انتظامی بوده که در مرجع قانونی خود به آن رســـیدگی شـــده است ولی این موضوع دلیلی بر مسؤولیت مدنی خوانده نمی‌باشد مضافاً که طبق اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساســـی بر اثر اشتباه یا تقصیر قاضی به کسی خسارتی وارد شود یعنی مستقیماً

خسارت وارده متوجه اشـــتباه یا تقصیر قاضی باشد اما در این موضوع اشتباه خوانده به طور مستقیم خسارتی به خواهان وارد نکرده است در حالی که، حق خواهان مبنی بر مطالبه مبلغ ... ریال وجه چک از مدیون ... حسب دادنامه صادره به حال خود باقی اســـت و وی می‌تواند آن را پیگیری و مطالبه کند و لذا خسارت مستقیم چه از جهت مادی و چه از جهت معنوی به خواهان وارد نشـــده است و متواری شدن محکوم‌علیه امری اســـت که به طور مستقیم منتسب به اشـــتباه خوانده نمی‌باشد و خواهان طلب خـــود را نیز نمی‌تواند برای بار دوم از کس دیگـــر (خوانده) مطالبه کند که این اقدام خوانده فاقد وجاهت قانونی اســـت و این دادگاه خواســـته خواهان را وارد ندانسته و به اســـتناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوای خواهان صادر و اعلام می‌دارد».

و اما رأی دادگاه تجدیدنظر:

«تجدیدنظرخواهی آقای ... نسبت به دادنامه شماره ۵۵۳ ـ ۱۳۹۱/۵/۲۸ شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که متضمن صدور حکم بر بطلان دعوی می‌باشد حاوی دلایل و جهات قانونی در نقض نیســـت، با وجـــود اعتبار دادنامه ۵٤۸ ـ ۱۳۸۵/٦/۱۳ شـــعبه ۲۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران که دلالت بر محکومیت آقای ... به پرداخت مبلغ ... ریال موضوع چک شـــماره ٦۹۱۱۹۹ مورخ ۱۳۸٤/۹/۸ دارد محکومیت مجدد تجدیدنظـــر خوانده به پرداخت این مبلغ فاقد توجیه قانونی اســـت عمل تجدیدنظر خوانده باعث از بین رفتن حقوق آقای ... از اجرای دادنامه ۵٤۸ نشـــده است مشارالیه می‌تواند از طرق قانونی موضوع اجرایی حکم را پیگیری نماید. در نحوه رســـیدگی و اســـتنباط قضایی دادگاه بدوی ایراد مؤثری که ملازمه با نقض آن داشته باشد مشاهده نمی‌شـــود. لذا با رد تجدیدنظر خواهی به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته را تأیید می‌نماید. رأی قطعی است».

۲-۱. ابطال به جهتی غیر از موارد تقصیر داور

ممکن اســـت ابطال رأی داوری نه به جهت ارتکاب تقصیر از سوی او، بلکه به جهتی دیگر، مانند تفاوت در اســـتنباط احکام یا تفسیر متفاوت داور از یک ماده که مبنای صدور رأی داوری بوده با تفســـیر دیگری از آن ماده از سوی دادگاه بوده باشد. این در حالی اســـت که حســـب ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی، تنها در صورت

احراز عنصر تقصیر می‌توان داور را واجد مسؤولیت مدنی دانست. بنابراین می‌بایست میـــان مواردی که برای نمونه مســـتند رأی داوری قانونی متفرقـــه یا یک ماده واحده منسوخ باشد که به واسطه ماده واحده‌ای دیگر نسخ شده و داور به این موضوع توجه نداشـــته با ســـایر موارد قائل به تفکیک بوده و در این موارد مسؤولیت وی را محرز دانست.

از ســـوی دیگر تأیید رأی داوری در دادگاه نیـــز به تنهایی نمی‌تواند حاکی از عدم وجود مسؤولیت مدنی یا عدم امکان طرح دعوای خسارت علیه داور باشد و چه بســـا بتوان تقصیر داور در صدور رأی و نیز فرآیند داوری را با وجود تأیید رأی داور توسط دادگاه صالحه احراز نمود.

۳-۱. توسل به اصل نسبی بودن اثر آراء

اصل نســـبی بودن اثر آراء را قانون آیین دادرســـی مدنی ضمن بند ٦ ماده ٨٤ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی[1] مورد پذیرش قرار داده اســـت و به موجـــب آن رأی دادگاه و به تبـــع آن رأی داور همانند قرارداد جز نسبت به اشخاصی که طرف آن بوده‌اند و در تعیین داور دخالت و شرکت داشته‌اند و قائم‌مقام آنان، اثری نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۸۲).

بـــه بیان دقیق‌تر، حکم دادگاه علاوه بر اصحاب دعوا، قائم‌مقامان عام و خاص و بســـتانکاران، نسبت به سایرین بی-تأثیر اســـت. البته از حکم ماده مزبور نمی‌توان اســـتنباط کرد که حکم هیچ اثری درباره اشـــخاص ثالث ندارد و در صورت خلل به حقوق ثالث، وی می‌تواند به وســـیله اعتراض حکم را زایـــل کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۸۸).

مطابق ماده ٤٩٥ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز، اثر نسبی آراء صادره از سوی داور مورد پذیرش قرار گرفته و اشعار داشته اســـت: «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشـــته‌اند و قائم‌مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت». در این مورد نیز از حکم مقرر در این ماده نمی‌توان فقدان هرگونه اثر درباره

---

۱. مطابـــق بند ٦ ماده ٨٤ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومـــی و انقلاب در امور مدنی: «دعوای طرح شده سابقاً بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوا قائم‌مقام آنان هستند، رسیدگی شده نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد».

اشـــخاص ثالث را استنباط کرد و بیان داشت که رأی داور هیچ اثری درباره اشخاص ثالث ندارد بلکه اولاً، در صورت خلل به حقوق ثالث، وی می‌تواند به وسیله اعتراض حکم را زایل کند (ماده ٤١٨ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی)[1] و در ثانی، «رأی داور در مقابل اشـــخاص ثالث قابل اســـتناد است» (زراعت، ۱۳۸۵: ۹٦۳).

بدیهی است که ماده ٤١٨ قانون مزبور که در مقام بیان امکان اعتراض شخص ثالث به حکم داور اســـت با ماده ٤٩٥ این قانون که در راستای اصل نسبی بودن رأی داور تنظیم گشته است منافاتی نخواهد داشت؛ چنان‌که در خصوص اصل نسبی بودن اثر آراء دادگاه‌ها (مندرج در ماده ٨٤) نیز چنین بوده و امکان اعتراض به آن توســـط شخص ثالث ضمن ماده ٤١٧ این قانون مورد پذیرش قرار گرفته است.

به هر روی، مطابق اصلی نســـبی بـــودن اثر آراء، دادنامـــه ابطال رأی داوری نبایســـت موجب مسؤولیت مدنی قطعی داور شود و دادگاه رسیدگی کننده خود باید ارکان سه‌گانه مسؤولیت مدنی را احراز کند.

توضیح آن‌که، مسؤولیت مدنی تنها در صورت تجمیع سه شرط اساسی ایجاد می‌شـــود که از آن‌ها تحت عنوان ارکان مســـؤولیت مدنی یاد می‌شـــود و برای تحقق مســـؤولیت مدنی ضرورت دارند: ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت میان ضرر وارده و فعل زیان‌بار. با این توضیـــح معلوم می‌گردد که نمی‌توان تنها با تکیه بر ابطال رأی داوری، داور را واجد مسؤولیت مدنی تلقی و او را ملزم به پرداخت خسارت نمود.

با این حال، از آنجا که ماده ٤٩٥ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی داور را علاوه بر طرفین دعوا نســـبت به اشخاصی که دخالت و شـــرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم‌مقام آنان واجد اثر دانسته، ممکن است این شبهه ایجاد شود که داور نیز در زمره آنان محســـوب و ثالث محسوب نمی‌گردد و در نتیجه توسل به اصل نسبی بودن آراء داوری به عنوان یکی از دلایل عدم تلازم میان ابطال آراء داوری و مســـؤولیت مدنی وی منتفی است، اما از آنجا که رویه قضایی داور را شخص ثالث تلقی و به عدم امکان داوری طرفین قرارداد اشـــاره داشته است[2] و به علاوه با وجود سکوت قانون‌گذار در

---

۱. «... نســـبت به حکم داور نیز کســـانی که خود یا نماینده آنان در تعیین داور شـــرکت نداشـــته‌اند می‌توانند به عنوان شخص ثالث اعتراض کنند».

۲. برای نمونه می‌توان به دادنامه شـــماره ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۰۹۷٤ مورخ ۱۳۸۹/۸/۱۱ موضوع پرونده

این باره که ناشـــی از بداهت این موضوع اســـت، از برخی از مواد قانونی می‌توان به این خصیصه نایل آمد. برای نمونه، ماده ٤٥٨ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که در هنگام تعیین داور به مشـــخص نمودن مشخصات داور به طوری که رافع اشـــتباه باشد اشـــاره داشته، خود حاکی از این موضوع است. با این توضیح، بدیهی اســـت که مشـــخصات طرفین داوری معلوم است و اگر داور شخص ثالث تلقی نمی‌گردید، نیازی به تکرار مشـــخصات او احســـاس نمی‌شـــد. همچنین خصیصه ثالث تلقی شدن داور، به معنای عدم امکان تعیین داور توسط یکی از طرفین است که به دلیل امکان اتحاد حقوقی داور با آن طرف ممنوع و مغایر با شرط «ذی‌نفع نبودن داور» است که بند ۲ ماده ٤٦٩ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به دلیل عدم امکان اعتماد به چنین داوری، به آن اشـــاره نموده اســـت (خدابخشی، ۱٤۰۲: ۲۳۳).

٤-۱. مغایـــرت ملازمه ابطال رأی داور و مســـؤولیت وی بـــا مبانی و اصول مسؤولیت مدنی

در خصوص مبنای مســـؤولیت مدنی ســـه نظریه معروف وجود دارد؛ نظریه تقصیر، نظریه خطر و نظریـــه تضمین حق. به طور کلی قانون مدنی با در نظر گرفتن موازین فقهی و با ذکر چند ماده به صورت کلی، اصول مســـؤولیت مدنی را بیان کرده اســـت و علی‌الاصول قانون مسؤولیت مدنی نیز بر اســـاس نظریه تقصیر تنظیم شده و این دیدگاه را مورد پذیرش قرار داده اســـت. ظاهراً مبنای مســـؤولیت مدنی داوران مندرج در ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرســـی مدنی مبتنی بر نظریه تقصیر است و مطالبه خســـارت نیز مستلزم اثبات تقصیر با عناصر قانونی مسؤولیت خواهد بود نه به صرف ابطـــال رأی داوری؛ چرا که جهت تعیین مبنای مســـؤولیت مدنی داوران، قانون‌گذار ضمن ماده ۵۰۱ قانون معنونه واژه «تقصیر» را اســـتعمال و مقرر داشـــته است: «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب، یا تقصیر در انجام وظیفه داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوا گردد داوران برابر موازین قانونی مســـؤول جبران خسارت وارده خواهند بود». تلقی صرف ابطال رأی داوری به عنوان دلیلی بر مسؤولیت مدنی داور منطبق بر هیچ‌یک از مبانی مورد اشـــاره نبوده و با آن مغایر است. برای نمونه، در موضوع مورد

شماره ۸۹۰۳۳۲ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد اشاره داشت.

نظر چنانچه خسارت وارده مستقیماً متوجه اشتباه یا تقصیر داور نبوده باشد مسؤولیتی متوجه داور نخواهد بود؛ بـــا این توضیح که، دلیل دیگر عدم وجود تلازم میان ابطال رأی داوری و مســـؤولیت مدنی وی آن است که خســـارت وارده می‌بایست مستقیماً متوجه اشـــتباه یا تقصیر داور باشد تا مســـؤولیت مدنی وی محقق گردد، در حالی که صرف ابطال رأی داوری مســـتقیماً موجب ورود خسارت با محکوم‌علیه رأی داوری نشـــده که این موضوع به خوبی در رأی دادگاه بدوی که سابقاً اشاره شد، نمود یافته است.

۵-۱. پذیرش مصونیت داور در دیگر نظام‌های حقوقی

امروزه در ســـایر نظام‌های حقوقی به ویژه کامن‌لا ملاحظه می‌گردد که دیدگاه مصونیت داور مورد پذیرش قرار گرفته است و این نظام‌های حقوقی، عدم برخورداری داوران از مصونیت و معافیت از مســـؤولیت مدنی را، موجب زوال مصلحت داوری، تهدید، آزار و ارعاب داوران توسط اشخاص ناراضی (اعم از نارضایتی از رأی صادره یا غیره)، ایجاد بی‌مبالاتـــی در میان داوران، عدم صدور آراء اصولی در نتیجه نگرانی از طرح دعوا علیه داوران و نیز انتقام‌جویی افراد ناراضی دانســـته و در تأیید مصونیت داوران به کاربردهای آن من‌جمله، تأمین اســـتقلال و بی‌طرفی داوران، صحت جریان داوری، تشـــویق افراد ماهر جهت پذیرش و تصدی امر داوری، تقویت و توسعه نهاد داوری، تأمین مصلحت و منفعت عمومی، ســـبک کردن بار سنگین پرونده‌هایی که در انتظار رسیدگی توسط دادگاه‌ها هستند و امثالهم اشاره داشته‌اند.

برای نمونه، ماده ۲۹ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلســـتان، قاعده عمومی مصونیت داوران، در مقـــام اجرای وظایـــف قضایی را به عنوان داور مـــورد پذیرش قرار داده اســـت. با این وجود، این ماده اســـتثنائاً در دو مورد مســـؤولیت مدنی داروان را جایز دانســـته اســـت که اتفاقاً همین موضوع حاکی از پذیرش اصل مصونیت نسبی داوران در حقوق انگلســـتان است: اولاً، چنانچه داور از موقعیت داوری استعفاء دهد و نتواند برای استعفاء خویش دلیل معتبر ارائه دهد، ممکن است طبق ماده ۲۵ مسؤول شناخته شـــود. در ثانـــی، «داور برای تمام افعال یا ترک افعالی که با ســـوءنیت ایجاد شـــده، مسؤولیت خواهد داشـــت» (Mullerat, Ramón, 2006: 1) یا مانند ماده ۳۱ داوری بین‌المللی لندن مصوب ۱۹۹۸ که با عنوان «معافیت از مسؤولیت مدنی»، قواعد مربوط

به «مصونیت داوران» را مقرر داشته و بر آن تأکید نموده است.[۱]

علاوه بر مواد یاد شـــده، ماده ٧٤ قانون داوری انگلستان نیز به اصل مصونیت داوران اختصاص یافته و بر اساس آن داوران، سازمان‌های متکفل داوری و هر شخصی که از طـــرف داور اقداماتی را انجام می‌گردد، در قبال اعمالی که به عنوان داور انجام می‌دهند مسؤولیتی نخواهند داشت، مگر آن‌که سوءنیت داشته باشند.

در نتیجه، با وجود ســـوق نظام‌های حقوقی مانند انگلستان به دیدگاه مصونیت داور به جهت مزایای گفته شـــده، همچون فراهم نمودن زمینه صدور رأی صحیح و تقویت صحت داوری، تشویق سیاســـت داوری، تأمین استقلال و بی‌طرفی داوران، سبک کردن بار سنگین پرونده‌هایی که در انتظار رسیدگی توسط دادگاه‌ها می‌باشند و امثالهم بهتر اســـت که قانون داوری ایران و نویسندگان حقوقی نیز به این امر توجه و حداقل با تفسیر مضیق اصل مسؤولیت مدنی داور، این قاعده را تعدیل و در مواردی چـــون ابطال رأی داوری به عدم وجود تلازم و ارتباط این ابطال با مســـؤولیت مدنی داور حکم نموده و ابطال رأی داوری را حاکی از احراز تقصیر او ندانســـته و تنها در صورت اثبات تقصیر داور به اخذ خسارت از او حکم نمایند.

البته چنانچه سابقاً اشـــاره شد، در حقوق ایران نیز با دقت در ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی معلوم می‌گردد که داور نیز همانند کارفرما مصون از مسؤولیت خواهد بود، مگر آن‌که تحت شرایطی که ماده یاد شده بدان اشاره کرده، خلاف آن اثبات گردد.

٦-١. انتخاب داور توسط طرفین در داوری انتخابی

از آنجـــا که به طور معمول طرفین داوری با رضایت خویش و اعتماد به داور، وی را به امـــر داوری می‌گمارند، حداقل در داوری از نوع انتخابی، چندان صحیح به نظر نمی‌رســـد که صرف ابطال رأی داوری را به منزله تقصیر داوری که طرفین بنا بر اعتماد خود به او مراجعه نموده‌اند تلقی و او را واجد مســـؤولیت مدنی شناخت و در

---

۱. به موجب ماده ۳۱ داوری بین‌المللی لندن مصوب ۱۹۹۸: «... هر داور و کارشناس در دیوان داوری به هر ترتیب در مقابل هیچ‌یک از طرفین برای فعل یا ترک‌فعل در ارتباط با هر داوری برگزار شـــده یا ارجاع شـــده به این قواعد، مســـؤول نخواهد بود، مگر در جایی که اثبات شود که فعل یا ترک‌فعل ارتکاب یافته، توســـط هیأت یا شخصی که ادعا بر مسؤولیت آن شده است، خطای عمدی و آگاهانه مرتکب شده است».

نهایت از او مطالبه خسارت نمود.

۷-۱. توسل به برخی قواعد فقهی

در جهت تقویت دیدگاه عدم وجود تلازم میان ابطال رأی داوری و مسؤولیت مدنی داور یا عدم وجود تلازم میان تأیید رأی داوری و عدم مسؤولیت مدنی وی، علاوه بر دلایل یاد شده، می‌توان به قواعد فقهی نیز تمسک جست.

۱-۷-۱. قاعده احسان

اولین قاعده فقهی که در این باره می‌توان به آن استناد نمود قاعده احسان است که تنها در مورد داوری که بدون دریافت مزد و از روی احسان به داوری میان طرفین مبادرت می‌ورزد کاربرد دارد. به موجب قاعده احسان، «هرگاه کسی کار نیکی انجام دهد و بدون تعدی و تفریط زیانی به بار آورد مسؤول و ضامن نخواهد بود» (محمدی، ۱۴۰۲: ۴۰).

طبق این قاعده، داوری که از روی احسان و بدون ارتکاب هرگونه تعدی و تفریط به امر داوری مبادرت می‌ورزد اما، در نهایت رأی صادره از سوی او با ابطال مواجه می‌گردد، واجد مسؤولیت مدنی نخواهد بود.

۲-۷-۱. قاعده لاضرر

به موجب قاعده «لاضرر» نیز نمی‌توان حکمی ضرری وضع و داوری را که در ایفای وظایف خویش مرتکب تقصیر نشده یا تقصیر وی احراز نشده را صرفاً به دلیل ابطال رأی داوری واجد مسؤولیت مدنی شناخت و دعوای مطالبه خسارت را علیه وی طرح و اقامه نمود. با این توضیح که، تحمیل جبران خسارت بر شخصی که موجب ورود خسارت به دیگری نشده است، موجب تحمیل ضرر ناروا بر او بوده و بر خلاف معنای عام قاعده لاضرر است.

۲. تسری بحث به داوری‌های سازمانی

پس از اثبات عدم وجود تلازم میان بی‌اعتباری رأی داور و مسؤولیت مدنی او، توجه به این نکته ضروری می‌نماید که این فرض محدود به داوری موردی نبوده و آنجا که در داوری‌های سازمانی پس از طی فرایند داوری، رأی صادره با بی‌اعتباری مواجه می‌گردد، بحث ملازمه میان ابطال رأی داوری با مسؤولیت مدنی سازمان داوری یا داوری که به انتخاب سازمان مربوطه به امر داوری گمارده شده است، مطرح

می‌گردد.

مطابق بند دوم ماده ۱ قواعد داوری اتاق بین‌المللی بازرگانی که مقرر داشته است: «دیوان داوری، خود به دعاوی رسیدگی نمی‌کند، بلکه جریان دادرسی توسط داوران را مدیریت می‌کند»، به طور معمول داوری توسط شخصی حقیقی صورت می‌گیرد و سازمان داوری، در ماهیت دعوا داوری نمی‌کند.

در داوری سازمانی، قرارداد داور به صورت یک قرارداد سه جانبه خواهد بود که در یک طرف آن اطراف اختلاف، در طرف دیگر سازمان داوری و در طرف سوم، داور قرار دارد؛ به طوری که هر سه سوی این قرارداد در مقابل هم واجد حقوق و تعهداتی می‌باشند (سیفی، ۱۳۸۳: ۵).

به بیان دقیق‌تر، به طور معمول در داوری‌های سازمانی، سه توافق منعقد خواهد گردید که به طور قطع زمان ایجاد این سه توافق یکسان نخواهد بود؛ توافق میان طرفین جهت ارجاع اختلافات به داوری، توافق میان طرفین با سازمان داوری مربوطه و توافق میان طرفین از یک سو و داور یا داوران از سوی دیگر.

از آنجا که برای تحقق مسؤولیت مدنی اعم از قهری و قراردادی وجود سه رکن اساسی ضرر، ارتکاب تقصیر و رابطه سببیت میان آن دو لازم و ضروری است؛ بدیهی است که در صورت ارتکاب تقصیر چه از سوی داور یا سازمان داوری، چنانچه خسارتی متوجه طرفین گردد، جبران خسارت با شخص یا اشخاصی که مرتکب تقصیر شده‌اند خواهد بود. حتی بر فرض پذیرش عدم وجود رابطه قراردادی میان سازمان داوری و طرفین اختلاف نیز، همچنان مسؤولیت-هایی برای سازمان داوری متصور خواهد بود (رضوانیان، ۱۳۹۷: ۵۲)؛ بنابراین چنانچه اقدامات سازمان داوری موجب بی‌اعتباری رأی داور گردد، به نحوی که ارتکاب تقصیر از سوی آن احراز گردد، خود سازمان داوری مسؤول جبران خسارات وارده خواهد بود نه داور یا داورانی که از سوی سازمان به این امر گمارده شده‌اند؛[1] برای نمونه چنانچه عدم صدور رأی در مدت تعیین شده، مربوط به سازمان مزبور باشد نه اقدامات داور

---

۱. حتی ضمن تبصره ماده ۱۱ آیین‌نامه رسیدگی به تخلفات انتظامی داوران مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۲۰ هیأت مدیره کانون داوری دادگستری استان فارس نیز این موضوع مورد قبول و چنین مقرر شده است: «در صورتی که طرف شکایت مؤسسه یا مرکز داوری باشد مراتب به مدیر آن ابلاغ و از وی دعوت و اخذ دفاع به عمل می‌آید ...».

تعیینی، بلاشک سازمان مربوطه واجد مسؤولیت مدنی و محکوم به جبران خسارت خواهد بود. البته از این حیث تفاوتی میان داوری موردی و سازمانی نخواهد بود و صرف ابطال رأی داوری در این مورد را نیز به دلایل گفته شده نمی‌توان موجب ایجاد مسؤولیت مدنی برای سازمان داوری دانست.

۳. شیوه‌های دخالت داور در دعوی ابطال رأی داوری جهت پرهیز از ایجاد مسؤولیت مدنی داور

در غالب موارد پس از صدور رأی داوری، محکوم نسبت به ابطال کل رأی داوری یا بخشی از آن اقدام نموده و آن را به میل خود اجرا نمی‌کند. در چنین مواردی رویه قضایی به طور معمول طرف دعوا قرار دادن داور یا نهاد داوری را ضروری ندانسته و حتی ملاحظه می‌گردد که قید «داور» به عنوان خوانده دعوا در دادخواست در عمل به دلیل عدم توجه دعوا به او با صدور قرار ردّ دعوا مواجه خواهد بود. در حالی که به نظر می‌رسد، عدم استماع این دعوی صحیح نبوده و چنین پیش داوری برخلاف موازین و اهداف قضا است. چراکه ممکن است داور دلایلی در اختیار داشته باشد که مبانی بی‌اعتباری رأی او را مخدوش سازد؛[1] به‌ویژه آن‌که، ورود داور به دادرسی پس از ابطال رأی داوری و در زمان اقامه دعوای مسؤولیت مدنی علیه وی که هم‌اکنون به عنوان شیوه‌ای مرسوم در رویه قضایی جریان دارد، علاوه بر اطاله دادرسی و بار نمودن هزینه‌های بسیار بر طرفین، می‌تواند موجب صدور آرای متناقض از سوی مراجع قضایی گردد و از همین روی امکان طرف دعوا قرار دادن داور یا نهاد داوری در دعوی ابطال رأی داوری قابل قبول به نظر می‌رسد.

قاعده آن است که دخالت شخص در دعاوی، منوط به نفع مادی یا معنوی است و دخالت داور نیز تابع این قاعده است؛ به دلیل تأثیر دعوای ابطال رأی داوری بر داور یا سازمان داوری، خصوصاً آن‌که ممکن است ابطال رأی داور موجب مسؤولیت مدنی او گردد و زمینه طرح دعوی مطالبه خسارت علیه او را فراهم آورد یا بقای رأی، شرط وصول حق‌الزحمه داوری حاصل نماید (نفع مادی) یا به رأی باطل شده او در دعوای دیگری استناد شود، مداخله داور در دعوی ابطال رأی داوری یا پس از آن (پس از ابطال رأی داور) توجیه می‌گردد.

---

۱. از موافقان این دیدگاه: خدابخشی و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۹۸: ۲۲۱.

همچنین در تقویت این دیدگاه می‌توان به آگاهی کامل داور به روند طی شده در جریان دعوی نیز اشاره داشت. چه بسا عدم ورود داور به این جریان نیز بسیاری از پرونده‌ها را بی‌آن‌که لازم به ابطال رأی داوری باشد با بطلان رو به رو خواهد ساخت.

ممکن است ایراد شود که به جهت شباهت نهاد داوری با قضاوت و از آنجا که قاضی دادگاه نمی‌تواند از بابت نقض رأی خود، دعوایی اقامه یا دفاع کند، داور نیز که قاضی خصوصی است چنین حقی ندارد و به هیچ عنوان حق دخالت در دعاوی ابطال یـــا فرایند اجرا را ندارد؛ با این حـــال، از آن روی که داوری علاوه بر ماهیت قضایی، واجد ماهیت قـــراردادی نیز بوده و این ماهیت تلفیقی، پـــاره‌ای تفاوت‌ها را ایجاب می‌کنـــد؛ مانند آن‌که بقای رأی، موجب تضمین هرچه بیشـــتر اعتبار مرجع داوری و داور خواهد گشته تا نقض آن، اما این موضوع در مورد قاضی، اهمیت چندانی ندارد؛ مداخله داور در دعوی ابطال رأی داوری یا پس از آن قابل توجیه خواهد بود.

بنا بر ملاحظات فوق، ممکن است داور به چند شیوه به دادرسی ورود یابد که شیوه‌های مزبور را می‌توان در دو گروه عمده که در ادامه می‌آید، جای داد.

۱-۳. در جریان رسیدگی به دعوی ابطال رأی داوری

در خصوص امکان مداخله داور در جریان رســـیدگی بـــه دعوای ابطال رأی داوری، چند فرضیه به شرح ذیل به ذهن متبادر می‌شود:

نخســـت، ورود ثالث؛ بـــا توجه به ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومـــی و انقلاب در امور مدنی که در مقـــام تعریف ورود ثالث اصلی و تبعی مقرر داشـــته است: «هرگاه شـــخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوای اصلی برای خود مستقلاً حقی قائل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی‌نفع بداند، می‌تواند تا وقتی که ختم دادرسی اعلام نشده است، وارد دعوا گردد ...»، امکان ورود شخص داور به دادرســـی به عنوان ثالث وجود نخواهد داشت؛ چرا که ماده یاد شده دو شرط را جهت ورود شخص ثالث به دادرسی ضروری دانسته است: شخص ثالث در موضوع دادرسی برای خود مستقلاً حقی قائل باشد یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی‌نفع بداند؛ از آنجا که داور واجد هیچ‌یک از شروط یاد شده نخواهد بود و در مـــورد رأی خود، اعم از تأیید یا ابطال، نفعی ندارد تا بتواند به ســـود محکوم‌له دخالت کند، فرض ورود داور به عنوان ثالث در خلال رسیدگی به دعوای ابطال رأی

داوری ممکن نخواهد بود و در این مورد صرف بقای رأی به منظور حفظ اعتبار داور کفایت نمی‌کند. با این توضیح که، با توجه به اصل بی‌طرفی داور، اولاً داور نفعی در محق شدن هیچ‌یک از متداعیین نداشته و در ثانی از آنجا که مستقلاً نیز حقی برای وی قابل تصور نیست، فرض ورود داور به عنوان شخص ثالث هنگام رسیدگی به دعوای ابطال رأی داوری غیرممکن می‌نماید.

دوم، خوانده قرار دادن داور در دعوای ابطال رأی داوری؛ هرچند دعوای ابطال رأی داوری توجه مستقیمی به شخص داور نخواهد داشت و در عمل نیز این عمل مورد توجه رویه قضایی قرار نگرفته است، اما در مواردی ممکن است دعوی یاد شده موجبات مسؤولیت مدنی وی را فراهم کند. لذا با توجه به آن‌که اولاً، این موضوع مغایر با هیچ‌یک از اصول و قواعد دادرسی نبوده و با مانع حقوقی مواجه نخواهد بود و ثانیاً به لحاظ آن‌که داور نیز همچون قاضی دادگاه مشمول اصل حسن نیت در حقوق دادرسی مدنی بوده و تا هنگامی که خلاف آن ثابت نشده، فرض همیاری و همکاری وی با دادگاه در تحقق عدالت سازنده خواهد بود (دهقانی، ۱۳۹۹: ۱۱۲)، می‌توان گفت که قید نام داور در ستون خواندگان دادخواست دعوای ابطال رأی داوری و اعطای فرصت دفاع از صحت رأی داوری نه تنها با مانعی رو به رو نخواهد بود، بلکه در جلوگیری از اطاله دادرسی و نیز پرهیز از صدور آرای متناقض مفید می‌نماید.

سوم، امکان صدور بطلان رأی داوری توسط شخص داور؛ در این راستا ممکن است این سؤال مطرح گردد که در مواردی که رأی داوری باطل است و قابلیت اجرائی ندارد، آیا دادگاه می‌تواند صدور حکم مبنی بر بطلان یا عدم بطلان رأی داور را به خود داور ارجاع دهد؟

نظریه مشورتی زیر به این پرسش پاسخ منفی داده و این نظریه را مردود دانسته است: «هدف قانون‌گذار از پذیرش تأسیس داوری در مقررات دادرسی مدنی، حل و فصل اختلاف طرفین از طریق قضاوت غیردولتی است به نحوی که قاطع دعوی باشد.

ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر داشته است: «هریک از طرفین رأی داوری می‌توانند در موارد موضوع ماده ۴۸۹ قانون اخیرالذکر ظرف بیست روز بعد از ابلاغ رأی داوری از دادگاهی که دعوا را ارجاع به

داوری کرده یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد حکم به بطلان رأی داوری را بخواهد».

در این صورت دادگاه مکلف است به درخواست رسیدگی کرده و هرگاه رأی از موارد مذکور در ماده فوق باشد، حکم به بطلان آن دهد و تا رسیدگی به اصل دعوا و قطعی شدن حکم به بطلان، رأی داور متوقف می‌ماند. بنابراین، اتخاذ تصمیم و صدور رأی پیرامون رأی داور از اختیار داور خارج بوده و به عهده دادگاه صالح است».[1]

چهارم، دعوت داور به دادگاه در دعوای ابطال رأی داوری؛ از آنجا که قانونگذار در راستای تعدیل قاعده منع دادرس از اقدامات تحقیقی و کشف ادله در امور مدنی به وضع ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی[2] اقدام نموده است که در مقام بیان وظیفه تحقیقی دادگاه می‌باشد و نیز به لحاظ آن‌که دعوت داور به دادگاه نیز با مانع حقوقی مواجه نبوده و گاه در عمل مورد توجه و اقبال محاکم نیز قرار گرفته است، می‌توان دعوت داور به دادگاه و اخذ توضیح از وی جهت تحقق عدالت را مورد پذیرش قرار داد؛ خصوصاً آن‌که وی بیش از هر شخص دیگری به اتفاقات سپری شده در جریان داوری آگاه است.

رویه قضایی نیز گاه به همین سو رفته و دعوت داور به دادگاه در دعوای ابطال رأی داوری را مورد پذیرش قرار داده و حتی عدم‌حضور وی در دادگاه را موجب ابطال رأی داوری دانسته است، هرچند از آنجا که اصل بر صحت آراء داوری است و وظیفه پیوست قرارداد داوری به دادخواست ابطال رأی داور بر عهده خواهان قرار دارد، این دیدگاه واجد این ایراد است که، در این موارد تنها می‌توان حکم به بی‌حقی خواهان صادر نمود نه ابطال رأی داور:

«در خصوص دعوای ... به طرفیت ... به خواسته ابطال رأی داوری دادگاه نظر به اینکه قانونگذار برای ارجاع اختلاف به داوری مقرراتی را احصاء نموده که مستنبط از آن هسته مرکزی داوری، قرارداد داوری می‌باشد نظر به اینکه در پرونده امر، قرارداد رجوع به داوری ارائه نشده است و معلوم نیست در چه تاریخی موضوع

۱. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/٤۹۹۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۱.
۲. «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد».

به داوری ارجاع شـــده و در چه مدتی وی اظهار نظر نموده است و از داور و طرفین خواســـته شده است که موارد غیر روشن در پرونده را برای بررسی ادعا تقدیم دادگاه نمایند که پاسخی دریافت نشده است بنابراین ضمن تأیید دادخواهی خواهان و اینکه داوری بدون رعایت مقررات مربوط انجام پذیرفته اســـت مستندا به مواد ٤٥٤ به بعد قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر بطلان رأی داوری صادر و اعلام می‌گردد».[1]

۲-۳. پس از ابطال رأی داوری

در خصوص امکان مداخله داور پس از ابطال رأی داوری، بررسی چند مصداق مهم ضروری می‌باشد:

نخست، اعتراض ثالث اصلی یا طاری داور نسبت به رأی دادگاه مبنی بر ابطال رأی داوری؛ از آنجا که ممکن است ابطال رأی داوری به لحاظ احراز تقصیر داور مثلاً در رعایت ترتیبات رسیدگی (مانند صدور رأی خارج از مهلت) باشد که ممکن است موجب مسؤولیت مدنی برای داور و متوجه شدن جبران خسارات مادی به او گردد و یا در اعتبار فردی یا حرفه‌ای شخص یا نهاد داوری مؤثر واقع شود، آیا می‌توان گفت داور می‌تواند با اعتراض ثالث به دادرسی ورود نماید؟

با توجه و لحاظ ماده ٤١٧ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که در مقام بیان شـــرایط اعتراض ثالث، صرف ایجاد خلل نسبت به حقوق شـــخص خارج از جریان دادرسی را موجب فراهم شدن زمینه اقامه دعوای اعتراض ثالث تلقی نموده و مقرر داشـــته است: «اگر در خصوص دعوایی، رأیی صادر شود که به حقوق شـــخص ثالث خللی وارد آورد و آن شـــخص یا نماینده او در دادرسی که منتهی به رأی شده است به عنوان اصحاب دعوا دخالت نداشته باشد، می‌تواند نسبت بـــه آن رأی اعتـــراض نماید»، اعتراض ثالث داور به رأی صـــادره مبنی بر ابطال رأی داوری ممکن به نظر می‌رسد.

بـــه علاوه، رویه قضایی نیز به این امر توجه و در مواردی طرح اعتراض ثالث از ســـوی شـــخص داور را مورد پذیرش قرار داده اســـت؛ مانند داوری که به جهت عدم صدور رأی داوری در مهلت مقرر با ابطال رأی خود مواجه و لذا قبل از جلســـه

---

۱. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۵۱۱۲۶۰۰۰۴۲، مورخ ۱۳۹۰/۱/۲۰ شعبه ۳۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد.

رسیدگی به دعوای خسارت، اقدام به ثبت دادخواست اعتراض ثالث به دادنامه ابطال رأی داوری با استدلال‌ها و مستندات منجز نموده و بیان می‌دارد که رأی داوری در مهلت صادر و تسلیم شده و تمدید مدت داوری نیز منطبق با قوانین و موافقت‌نامه داوری بوده است و متعاقباً دادگاه نیز به شرح ذیل اقدام به صدور دادنامه ذیل نموده است:

«اعتراض ثالث تقدیمی آقای ... مراجعت دارد به دادنامه شماره ۹۸۰۲۱۱۸ این مرجع که مفاد آن متضمن حکم ابطال رأی داوری به لحاظ خارج از مهلت بودن رأی داوری مستند به بند ٤ ماده ٤٨٩ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد. با عنایت به اینکه معترض ثالث از این حیث که به شرح پرونده ۹۹۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۰٤۳ احد از طرفین دعوا ابطال رأی داوری در شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران دعوای مطالبه خسارت به لحاظ ابطال رأی داوری اعلام و اقامه دعوا نموده است، دادگاه با عنایت به اینکه صرف طرح دعوای خسارت که از حقوق قانونی اشخاص می‌باشد دلالتی بر تضرر نداشته و از طرفی مطالبه خسارت مستلزم اثبات تقصیر با عناصر قانونی مسؤولیت بوده و دادنامه این مرجع موجد اثبات تقصیر خواهان از حیث ثبوتی بودن امر نمی‌باشد که سلب تکلیف از محکمه صالح در رسیدگی به دعوای خسارت از حیث احراز ارکان و شرایط بر اساس قواعد مسؤولیت مدنی جهت اثبات تقصیر نماید به ویژه اینکه رأی داور مبنی بر استنباط داور از حقوق تفویضی موضوع قرارداد بوده و بنابراین با توجه به اینکه ماده ٤١٧ قانون آیین دادرسی مدنی قابل پذیرش بودن دعوای اعتراض ثالث را منوط به تضرر واقع گردیده، لذا اعتراض تقدیمی مشمول ماده ٤١٧ قانون نبوده لذا قرار ردّ آن را صادر و اعلام می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است».[1]

ملاحظه می‌گردد که در این دادنامه دعوی اعتراض ثالث نه به جهت ممنوعیت داور در طرح و اقامه این دعوی بلکه به لحاظ فقدان ضرر در این پرونده مردود اعلام گردیده است.

دوم، دفاع ماهوی در دعوی مسؤولیت مدنی (دعوی مطالبه خسارت)؛ داور می‌تواند پس از مواجهه با دعوی مسؤولیت مدنی (دعوی مطالبه خسارت) به طور

۱. دادنامه صادره از سوی شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، به شماره ۷۰۰٦، مورخ ۱٤۰۰/۵/۲۵.

ماهوی به دادرسی وارد و جهت جلوگیری از آثار سوء این دعوی، اعم از خسارات مادی یا لطمه به اعتبار فردی یا حرفه‌ای خویش، از خود دفاع کند.

البته لازم به ذکر است که این راه‌حل می‌تواند موجب تعارض آراء دادگاه صادر کننده رأی مبنی بر ابطال رأی داوری با دادگاه رسیدگی کننده به مسؤولیت مدنی داور گردد؛ فلذا لازم می‌آید تا این ایراد حداقل با وضع یک ماده مبنی بر شناسایی ورود و مداخله داور به دعوای ابطال رأی داوری توسط مقنن رفع و در نهایت از اطاله دادرسی و بار نمودن هزینه‌های متعدد بر طرفین و داور پرهیز گردد.

برآمد

۱- با وجود سکوت رویه قضایی و مقررات قانونی در رابطه با عدم وجود تلازم میان ابطال رأی داوری و مسؤولیت مدنی او، چنانچه رأیی از سوی داور صادر و رأی مزبور اساساً یا پس از درخواست محکوم علیه توسط دادگاه باطل گردد، ملازمه‌ای میان بطلان رأی داوری در دادگاه و مسؤولیت مدنی وی وجود نخواهد داشت و بطلان رأی مزبور به معنای احراز عنصر تقصیر نبوده و این بطلان لزوماً منجر به مسؤولیت مدنی داور نخواهد شد. در مقابل، صرف تأیید رأی داور در دادگاه نیز ملازمه‌ای با عدم مسؤولیت مدنی وی نداشته و می‌توان در فرض تأیید رأی داور در دادگاه نیز تقصیر داور را در صدور رأی و فرایند داوری احراز نمود.

۲- جهات مؤید نتیجه مذکور در بند پیشین عبارت است از:

- مقایسه داوری با نهاد قضاوت و عدم وجود تلازم میان نقض رأی قاضی دادگاه در مرجع بالاتر و مسؤولیت مدنی او؛

- ممکن است ابطال رأی داوری نه به جهت ارتکاب تقصیر از سوی او، بلکه به جهتی دیگر، همانند تفاوت در استنباط احکام یا تفسیر متفاوت داور از یک ماده که اتفاقاً مبنای صدور رأی داوری بوده با تفسیر دیگری از همان ماده از سوی دادگاه بوده باشد.

- اصلی نسبی بودن اثر آراء نیز، دادنامه ابطال رأی داوری نبایست موجب مسؤولیت مدنی قطعی داور شود و دادگاه رسیدگی کننده خود باید ارکان سه گانه مسؤولیت مدنی را احراز کند.

- دست کم در داوری از نوع انتخابی، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد که صرف ابطال رأی داوری را به منزله تقصیر داوری که طرفین بنا بر اعتماد خود به او مراجعه نموده‌اند تلقی و او را واجد مسؤولیت مدنی شناخت.

- خسارت وارده می‌بایست مستقیماً متوجه اشتباه یا تقصیر داور باشد تا مسؤولیت مدنی وی محقق گردد و صرف ابطال رأی داوری مستقیماً موجب ورود خسارت به محکوم‌علیه رأی داوری نمی‌شود.

- مغایرت با برخی قواعد فقهی از قبیل احسان و لاضرر.

۳- با وجود سوق نظام‌های حقوقی به دیدگاه مصونیت داور به جهت مزایای

آن، همچون فراهم نمودن زمینه صدور رأی صحیح و تقویت صحت داوری، تشویق سیاست داوری، تأمین استقلال و بی‌طرفی داوران، بهتر است که قانون داوری ایران و نویسندگان حقوقی نیز به این امر توجه و حداقل با تفسیر مضیق اصل مسؤولیت مدنی داور، ایـــن قاعده را تعدیل کند.و در مواردی چـــون ابطال رأی داوری به عدم وجود تلازم و ارتباط این ابطال با مســـؤولیت مدنی داور حکم نموده و ابطال رأی داوری را حاکی از احراز تقصیر او ندانسته و تنها در صورت اثبات تقصیر داور به اخذ خسارت از او حکم نمایند.

٤- از آنجا که سرنوشـــت ابطال رأی داوری در اعتبـــار فردی و نیز حرفه‌ای شخص یا نهاد داوری مؤثر است و چه بسا زمینه ایجاد مسؤولیت مدنی و لزوم جبران خســـارت را برای داور یا سازمان داوری فراهم سازد، بررسی شیوه‌های دخالت داور در دعوی ابطال رأی داوری جهت پرهیز از ایجاد مسؤولیت مدنی داور لازم می‌نماید و بایستی حقوق دفاعی داور نیز ملحوظ نظر قرار گیرد. برای نمونه، استماع اظهارات داور بـــه عنوان خوانده دعوای ابطال رأی داور، تحقیق مســـتقیم دادگاه از او و امکان اعتراض ثالث داور به ابطال رأی داوری، می‌تواند کارساز و راهگشا باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اصغری‌آقمشـــهدی، فخرالدین و قربانی‌دیسفانی، جواد (۱۳۸٦)، «**مسؤولیت مدنی قاضی در حقوق ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق و علوم سیاســـی دانشگاه مازندران، سال دوم، شماره ۷.

* امیرمعزی، احمد (۱٤۰۲)، **داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی**، چاپ ششـــم، تهران: دادگستر.

* بهرامی، احسان؛ الســـان، مصطفی (۱٤۰۲)، «**جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خســـارات ناشی از دعوای واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۳.

* تقی‌پور، بهرام (۱۳۹۳)، «**مســـؤولیت داور در حقوق ایران و برخی کشـــورها**»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۱.

* جعفری لنگـــرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ شـــانزدهم، تهران: گنج دانش.

* جوهر، ســـعید، (۱٤۰۳)، «**قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی در صورت عدم انتخاب طرفین اختلاف**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و هشتم، شماره ۱۲۷.

* خدابخشـــی، عبـــدالله (۱٤۰۲)، **حقوق داوری و دعـــاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* خدابخشی، عبدالله و عابدین‌زاده شهری، مریم (۱۳۹۸)، «**نقش داور بعد از صدور رأی**»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ٦۱.

* دهقانی، حســـین (۱۳۹۹)، **حسن نیت در دادرســـی مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* رضواییان، اویس (۱۳۹۷)، «**مســـؤولیت حقوقی ســـازمان‌های داوری ناشی از استنکاف از رسیدگی به اختلافات ارجاعی**»، پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲٤.

* زراعت، عباس (۱۳۸٦)، **محشـــای قانون آیین دادرسی مدنی**، چاپ دوم، تهران:

ققنوس.
* سلیمی، محسن و انصافی‌آذر، بهنام (۱۳۹۹)، «**اوصاف قرارداد با داور**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰.
* سیدین، علی و کارچانی، مهدی (۱۴۰۰)، **مسؤولیت مدنی داور؛ ابزار نظارت و کنترل قضایی**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
* سیفی، سیدجمال (۱۳۸۳)، «**اهمیت داوری سازمانی در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی**»، در: داوری‌نامه ۱، تهران: مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران.
* شمس، عبدالله (۱۴۰۲)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، چاپ سی و هشتم، تهران: دراک.
* شمس، عبدالله (۱۳۹۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ بیست و هشتم، تهران: دراک.
* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۵)، **مسؤولیت مدنی**، چاپ پنجم، تهران: سمت.
* علوی‌قزوینی، سیدعلی و مسعودیان‌زاده، سید ذبیح‌الله (۱۳۹۳)، «**قاعده «من له الغنم و علیه الغرم»**»، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، دوره جدید، شماره ۱ (پیاپی ٤).
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **الزام‌های خارج از قرارداد - مسؤولیت مدنی «قواعد عمومی»**، جلد نخست، چاپ دوازدهم، تهران: دانشگاه تهران.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی**، چاپ نهم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸٦)، **اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع**، چاپ دوازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۴۰۲)، **حقوق داوری داخلی**، چاپ نهم، تهران: دادگستر.
* مافی، همایون و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹٦)، «**ماهیت حقوقی نهاد داوری**»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱.
* مافی، همایون و حسینی‌مقدم، سیدحسن (۱۳۹۳)، «**مفهوم و قلمرو مسؤولیت مدنی داوران**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ٦٦.

* محمدی، ابوالحسن (۱٤۰۲)، **قواعد فقه**، چاپ هجدهم، تهران: میزان.
* یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۸)، **آیین داوری**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ب. انگلیسی

* Belohlavek, A, **The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts Between Legal Cultures**, Law of Ukraine, No.2, (2011).
* Hausmaninger, Christian, **«Civil liability of arbitrators-Comparative analysis and proposals for reform»**, Journal of International Arbitration,)decembre 1990(.
* Mullerat, Ramon, **The liability of arbitrators: a survay of current practice**, International Bar Association on Arbitration, Chicago, (2006).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۱۵۴-۱۲۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۱۵

امکان‌سنجی شناسایی اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری در نظام حقوقی ایران و آمریکا؛ با تاکید بر رویه قضایی

مهران عبدی،[۱] ربیعا اسکینی،[۲] حسین منوری[۳]

چکیده

اصل نسبی بودن قرارداد در نگاه نخست شامل تمام انواع قرارداد، از جمله موافقت‌نامه داوری می‌شود و با هیچ استثنایی مواجه نیست؛ مگر به حکم قانون، اما بر مبنای اقتضائات روز جوامع، در فرایند داوری، رسیدگی به اختلافاتِ مربوط به اشخاص ثالث در چارچوب معاملات تجاری بین‌المللی مدرن که معمولاً شبکه‌های پیچیده از توافق‌نامه‌های در هم تنیده و تعهدات حقوقی چندلایه با حضور اشخاص حقوقی متعدد و غالباً مرتبط را در بر می‌گیرد، اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. تسری موافقت‌نامه داوری به شخص ثالث و امکان استناد ثالث به آن، در نظام‌های حقوقی مختلف همواره محل بحث بوده و در بسیاری از نظام‌ها، با مبانی خاص مورد پذیرش واقع شده است. این امر پذیرش نسبی بودن موافقت‌نامه داوری را به عنوان یک اصل با تردید مواجه نموده است.

در این تحقیق به روش توصیفی تحلیلی و با مطالعه در منابع کتابخانه‌ای، با بررسی نظام حقوقی و رویه قضایی ایران و آمریکا به این نتیجه رسیده‌ایم که در نظام حقوقی ایران، اگر تسری موافقت‌نامه داوری به ثالث بر مبنای قواعد عمومی قراردادها قابل توجیه باشد، قابل پذیرش است و در غیر این صورت، هنوز نظام حقوقی ما پاسخی برای این مسأله ندارد و باید حکم به اعتبار اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری و عدم پذیرش تسری موافقت‌نامه داوری به ثالث داد؛ رویکری که در «طرح جامع داوری» نیز اتخاذ گردیده است.

واژگان کلیدی: موافقت‌نامه داوری، شخص ثالث، تسری موافقت‌نامه داوری، اصل نسبی بودن قرارداد، استاپل، خرق حجاب شرکتی.

---

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
Mehran.abdi65@gmail.com
۲. استاد دانشگاه مفید، قم، ایران (نویسنده مسئول) reskini@mofiduac.ir
۳. گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران Hmonavari@gmail.com

درآمد

با گسترش روزافزون تجارت و معاملات بین‌المللی؛ بازرگانان جهت حل و فصل اختلافات احتمالی خود به لحاظ خصیصه امنیت، سرعت، تخصص و امکان انتخاب قانون و قاعده حقوقی حاکم، داوری را بر می‌گزینند. اصولاً وجه تفاوت داور با قاضی دولتی آن است که قاضی مشروعیت خود را از دولت می‌گیرد و به نام قانون و حکومت رسیدگی می‌نماید، اما صلاحیت داور در صدور حکم، از اراده طرفین نشأت می‌گیرد و حضور افرادی متفاوت از امضاء کنندگان قرارداد داوری در فرایند رسیدگی باید بر همین مبنا مورد رسیدگی قرار گیرد. با وجود این اصل، مداخله اشخاص ثالث در داوری بر خلاف دعاوی مطروحه در محاکم قضایی که در آن خصوص قانون حکم خاص دارد، نمی تواند بدون تراضی اصحاب دعوی باشد و همین امر چالش‌هایی را در عرصه عملی به وجود آورده است که به شرح ذیل شرح داده خواهد شد. در تمامی نظام‌های قضایی اعم از نظام‌های رومی ژرمنی و کامن‌لا حضور شخص ثالث در رسیدگی و مداخله در روند دادرسی بر اساس قاعده صلاحیت ذاتی محاکم دادگستری توجیه شده است؛ چرا که مبنای حضور طرفین اصلی و اشخاص ثالث در دادرسی یکسان است. بر همین اساس در قواعد آیین دادرسی مدنی نحوه ورود، جلب ثالث و اعتراض ثالث از گذشته‌ها مورد توجه بوده و در حال تکامل می‌باشد.

این موضوع در رابطه با داوری با اشکال عمده مواجه است. مطابق اصل حاکمیت اراده و در نتیجه اصل نسبی بودن قراردادها، عقود تنها نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند موثر می‌باشند. حضور اشخاص ثالث در داوری مستلزم آن است که مانند اطراف موافقت نامه با ایشان برخورد شود؛حال آن‌که شخص ثالث در تنظیم قرارداد داوری نقشی نداشته است. لذا این سوال مطرح است که چگونه می‌توان قرارداد داوری را نسبت به شخصی سرایت داد که در تنظیم آن نقشی نداشته است؟

فرایند داوری دارای مراحل مختلفی است. انتخاب داور، تشکیل دیوان داوری و صلاحیت آن و اجرای رأی داوری از جمله این مراحل است که برای قابلیت اعتبار قرارداد داوری نسبت به ثالث باید چگونگی حضور وی را با لحاظ اصولی نظیر آزادی اراده، محرمانه بودن داوری، سرعت در رسیدگی و تساوی در تعیین داور که بر داوری

حاکمند، تبیین و تحلیل نمود.

در منابع قابل توجهی به برخی از شـــقوق تحقیق حاضر پرداخته شـــده است. برخی (کشکولی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۰۹–۱۳۲) با تمرکز بر داوری بین‌المللی، «رضایت» را عنصر اصلی آن دانسته‌اند و بر این باورند که نمی‌توان بدون احراز رضایت، قلمرو شـــرط داوری را گســـترش داد. بدیهی است که این مقاله قســـمت بسیار ناچیزی از موضوع تحقیق حاضر را پوشش می‌دهد. برخی دیگر (شیخ‌محمدی و دیگران، ۱۴۰۲: ۱–۲۸) معتقدند در این خصوص پاســـخ نظام حقوقی داخلی کشورها با پاسخ حقوق و رویـــه داوری تجاری بین‌المللی یکی نیســـت و اغلب نظام‌هـــای حقوق داخلی با استناد به اصل نســـبی بودن قراردادها در مقابل تسری موافقت‌نامه داوری به شخص غیر امضاء کننده آن مقاومت دارد. برخی دیگر (ایرانشـــاهی، ۱۳۹۲: ۱۱۶–۱۳۸) چنین نقضی را به «نقض موضوعی» و «نقض شـــخصی» تقســـیم نموده و بر این باورند که توســـعه قلمرو قرارداد داوری به شخص ثالث، نوعی نقض شخصی تلقی می‌شود که بر خلاف بدیهی‌ترین اصول حقوقی بوده و از موجبات ابطال رأی داور است. گروهی از پژوهش‌گران (ایزانلو و شـــید، ۱۳۹۶: ۳۵–۵۲) معتقدنـــد امروزه توجه به نظریاتی مانند توســـعه قلمرو داوری به اشخاص ثالث با اســـتناد به قاعده استاپل ضروری به نظر می‌رسد، اما این قاعده با ریشه عمیقی که در انصاف دارد، قابلیت اعمال در نظام حقوقـــی ایران به عنوان یک قاعده را ندارد. پژوهش‌گر دیگری (عالی‌پســـند، ۱۳۹۹: ۲۳۷–۲۶۶) معتقد اســـت این مســـأله با تصویب قواعد آنسیترال راجع به شفافیت در داوری‌های مبتنی بر معاهده بین دولت و سرمایه‌گذار تغییر کرده و ورود ثالث نه تنها در جلســـات اســـتماع دعوی، بلکه به عنوان یکی از طرفین دعوی نیز مجاز گردیده اســـت. دسته‌ای دیگر از پژوهش‌گران (سربازیان و رنجبری، ۱۳۹۵: ۵۹–۸۵) معتقدند چون دکترین استاپل بیش از سایر نظرات حقوقی برای عنصر «رضایت» اهمیت قائل است، با مبانی و اصول حقوقی سازگارتر است. برخی دیگر (شیخ محمدی و دیگران، ۱۴۰۱: ۵۲۸۵–۵۳۰۲) نیز بدین نتیجه دست یافته‌اند که در بسیاری از نظام‌های حقوقی اروپایی تســـری شرط داوری به اشـــخاص ثالث پذیرفته شده است. در نهایت برخی (غریبه و شـــهریاری، ۱۳۹۶: ۵۱–۷۳) معتقدند تعهد یکی از اعضای گروه شرکت‌ها، می‌توانـــد دیگر اعضای گروه را بر مبنای رضایت ضمنی و نقش موثر آنان در جریان

انعقاد، اجـــرا و خاتمه قرارداد تحت تأثیر قرار دهد. تحقیقی که کل مبانی مطروحه و مبانی جدید را یکجا مورد بررسی قرار دهد یا سخن از اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری گفته باشد، یافت نگردید.

اصل نسبی بودن قرارداد به عنوان اصل شناخته شده در ادبیات حقوقی کنونی جلـــوه می‌نماید. در ایالات متحده آمریکا نیز به عنوان نمونه در «قانون مدنی» ســـال ۲۰۲۳ ایالت کالیفرنیا[1] بارها به اصل نســـبی بودن قرارداد اشاره شده است. با توجه به مشابهت‌های رسیدگی داور نســـبت به رسیدگی محاکم دادگستری، ممکن است این ابهام مطرح شـــود که آیا اصل نسبی بودن قراردادها به قراردادهای داوری نیز سرایت می‌نماید. در این تحقیق برآنیم تا با بررسی اصل مزبور و حدود اعمال آن در داوری، به پاسخ این پرسش‌ها دست یابیم. در این راستا لازم است مبانی حقوقی اعتبار قرارداد داوری در برابر ثالث تبیین شود و همچنین بررسی شود که در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه در این نوشتار، تا چه میزان می‌توان در برابر ثالث به داوری استناد کرد و اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری با چه شرایطی قابل پذیرش است.

لازم به ذکر اســـت که در اکثـــر مطالعات داخلی از عنوان قابلیت اســـتناد به «قرارداد» داوری یا «شرط» داوری استفاده شده است که به نظر می‌رسد انتخاب دقیقی نبوده و بهتر است از عبارت «موافقت‌نامه داوری» استفاده شود که هر دو حالت را در برگیرد. با این حال پژوهش‌گران این اثر، با احترام به انتخاب اساتید حقوق داخلی، از همان عبارت رایج استفاده نموده‌اند.

۱. شناسایی «اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری» در قوانین ایران

اصل نسبی بودن قرارداد[2] اشخاص ثالث را از اجرای قهری قرارداد باز می‌دارد؛ چرا که تنها شـــخصی که به موجب قرارداد «عوض»[3] پرداخت نموده اســـت می‌تواند قـــرارداد را از طریق مراجع صالح اجرا نماید و این‌جاســـت که دکترین نســـبی بودن قرارداد بـــا دکترین «عوض» مرتبط می‌شـــود (J Bowman & Dino, 2018: 203). آنچه در نگاه نخســـت از اصل نســـبی بودن قراردادها مقرر در ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران قابل برداشت است، این است که موافقت‌نامه داوری چه به صورت شرط ضمن

1. 2023 California Civil Code
2. Privity of Contract
3. Consideration

عقد باشـــد یا قرارداد جداگانه، فقط نسبت به کســـانی که آن را تنظیم نموده‌اند مؤثر است. این اســـتنباط با ماده ٤٧٥ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تکمیل می‌شـــود که مقرر می‌دارد: «شخص ثالثی که برابر قانون به دادرسی جلب شـــده یا قبل یا بعد از ارجاع اختلاف به داوری وارد دعوا شده باشد، می‌تواند بـــا طرفین دعـــوای اصلی در ارجاع امر به داوری و تعیین داور یا داوران تعیین‌شـــده تراضی کند و اگر موافقت حاصل نگردید، به دعوای او برابر مقررات به طور مســـتقل رسیدگی خواهد شد». ظاهر ماده با لفظ «دادرسی» دلالت بر ورود ثالث و جلب ثالث در دادگاه دارد که اگر شـــخصی از این طرق قانونی، قبل یا بعد از ارجاع امر به داور، وارد دادرســـی شود، می‌تواند در خصوص داوری با طرفین توافق نماید و در غیر این صورت، به دعوای وی جداگانه در دادگاه رســـیدگی می‌شود. این ماده نشان می‌دهد که اولاً، از نظر قانون‌گذار، داوری مبتنی بر قرارداد و توافق اســـت و قانون‌گذار نیز تا حد ممکن در این توافق مداخله نمی‌نماید؛ ثانیاً، نشـــان دهنده یک قاعده کلی اســـت که به داوری‌هایی که خارج از دادگاه انجام می‌شـــوند نیز تســـری خواهد یافت. اصل نسبی بودن قراردادها و اطلاق آن نیز پشتوانه این امر است که نسبی بودن موافقت‌نامه داوری را در نگاه نخست به عنوان اصل بپذیریم.

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در ماده ٢٦ با عنوان «ورود شـــخص ثالث» مقرر گردیده اســـت: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلاً حقی قایل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی‌نفع بداند، می‌تواند مادام که ختم رســـیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط بر این‌که موافقت‌نامه و آییـــن داوری و «داور» را بپذیرد و ورود وی مورد ایـــراد هیچ کدام از طرفین‌واقع نشـــود». قیود مقرر در این ماده، نشـــان دهنده احترام قانون‌گذار ایرانی نسبت به اصل نســـبی بودن موافقت‌نامه داوری اســـت؛ چرا که شرط نموده ورود ثالث نباید موجب ایراد هیچ‌یک از طرفین شود. نکته ظریفی که در ماده وجود دارد این است که سکوت طرفین را حمل بر رضایت ایشان قلمداد نموده است و فقط ایراد ایشان را مانع ورود ثالث دانسته است. این ماده از مقررات آنسیترال اتخاذ نشده و ظاهراً ابتکار قانون‌گذار ایرانـــی و تحت تأثیر ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص ورود ثالث در دادرســـی بوده اســـت، با این تفاوت که مبنای

ورود ثالـــث در دادرســـی قانونی و ورود ثالث در داوری قراردادی اســـت و نیازمند رضایت طرفین رســـیدگی داور است که خود مؤیدی بر اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری است.

۲. تسری اصل نسبی بودن قرارداد به «شرط داوری ضمن قرارداد اصلی»

همان طور که از عنوان «اصل نسبی بودن قرارداد» پیداست، تسری آن به شرط داوری محل تأمل است؛ چرا که اصل مزبور بر نسبی بودن «قرارداد» تأکید دارد،اما در ادبیات حقوقی جهان پیرامون داوری بحثی به نام اســـتقلال شرط داوری مطرح است. در بیان مفهوم اســـتقلال شـــرط داوری باید گفت با توجه به این‌که در بحث «شروط ضمن عقد» حیات شـــرط وابسته به عقد اســـت و اگر عقد به هر دلیلی از بین برود، شرط نیز از بین می‌رود، در نتیجه اگر شرط داوری را تماماً مشمول احکام شرط ضمن عقد بدانیم، با از بین رفتن عقد به هر دلیل اعم از ابطال، بطلان، انفساخ و فسخ، شرط داوری نیز از بین رفته و لذا نمی‌توان دعاوی ناشـــی از عقدی را که اعتقاد داریم فسخ یا منفســـخ شده (دعوای تأیید فسخ یا انفســـاخ)، اقاله شده (تأیید اقاله)، از اول باطل بوده (اعلام بطلان) یا درخواســـت ابطال عقد را به اســـتناد شرط داوری ضمن همان عقـــد، در مرجع داوری مطرح نمود؛ چرا که می‌خواهیـــم دعوا را با اعتقاد به انحلال عقـــد در مرجع داوری‌ای مطرح نمائیـــم که آن مرجع صلاحیت خود را از همان عقد دریافت می‌نمود و در غیاب آن عقد، صالح به رســـیدگی نمی‌باشـــد. از سوی دیگر، ضرورت‌های اجتماعی و عرف تجاری ایجاب می‌نمود که بتوان شـــرط داوری را به مواردی که اعتبار قرارداد، مورد اختلاف طرفین است، تسری داد و لذا بحث استقلال شـــرط داوری در بین حقوق‌دانان مطرح شده و در نظام‌های حقوقی به صورت قاعده الزام آور ظهور نمود و ســـپس در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به رســـمیت شـــناخته شـــد؛ در حالی که قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در این خصوص ساکت بوده و این سکوت تا به امروز ادامه داشته است. از این روســـت که برخی معتقدند اگر موافقت‌نامه داوری به صورت «شـــرط داوری» ضمن قرارداد اصلی قید شـــده و مورد توافق قرار گرفته باشد، فحوای قصد طرفین این بوده اســـت که اختلافات راجع به اعتبار قرارداد نیز مشـــمول شـــرط داوری مذکور باشد (صلح‌چی، ۱۳۸۹: ۲۵۳). برخی نیز با اشـــاره به این‌که مبنایی که غالباً برای این قاعده

انتخاب می‌شود، «آزادی اراده طرفین» است، توجیه استقلال شرط داوری را با «عرف تجـــاری» ممکن می‌دانند؛ چرا که نقش عرف به عنوان یک منبع تکمیل کننده قرارداد تا بدان‌جاست که حتی اگر طرفین معامله جاهل به آن باشند، باز هم بر ایشان تحمیل خواهد شد (سلیمی و دیگران، ۱۳۹٦: ۷۸). آیا اگر بپذیریم شرط داوری مستقل است، بدین معناست که استقلال شرط مزبور از قرارداد، استقلال تام و تمام بوده و «در عالم اعتبار» هیچ ارتباطی بین شرط داوری و عقد وجود نداشته است؟ اگر اصل و استثنایی وجود دارد، کدام یک اصل و کدام یک استثنای وارده بر اصل است؟

برخی معتقدند اســـتقلال شرط داوری، اســـتقلالی کامل و مطلق نبوده و نباید شرط داوری را به استناد مفهوم استقلال شرط داوری، کاملاً مجزا و مستقل از قرارداد اصلی دانست و از همه آثار یک قرارداد مستقل بهره‌مند نخواهد بود. این دسته قلمرو اســـتقلال شـــرط داوری را محدود به «جهات صحت و اعتبار عقد» و «قانون حاکم» می‌دانند و این شرط را در سایر جهات، تابع قرارداد اصلی می‌دانند. این دسته داوری را عقد معین می‌دانند (ســـلیمی و دیگران، ۱۳۹٦: ۷۹ – ۸۰). در ادبیات حقوقی جهان استقلال شـــرط داوری کمتر مورد تردید قرار گرفته است و در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران هم این امر مورد تاکید قرار گرفته اســـت. اما در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بحثی از اســـتقلال شـــرط داوری به میان نیامده و این موضوع همیشه محل نزاع حقوق‌دانان و محاکم بوده است. به عنوان نمونه شـــعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۷۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۸ معتقد اســـت بقای شرط داوری با وجود قرارداد ممکن است و اگر قرارداد فســـخ شده باشد، شـــرط داوری مندرج در آن نیز بالتبع منحل شده است (حاتمی‌پور، ۱٤۰۱: ٤۱۰–٤۱۱). شـــعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران نیز طی دادنامه شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۹۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲ همین امر را در مورد اقاله پذیرفته اســـت (همان: ٤۳۱–٤۳٤). به عبارت دیگر غالـــب رویه قضایی ایران، انتزاع شرط داوری از قرارداد اصلی و ادامه حیات شرط پس از انحلال قرارداد به هر جهت یا بطلان آن را نپذیرفته است.

با پذیرش اســـتقلال شرط داوری، این شـــرط نیز، قراردادی مستقل از قرارداد حاوی آن محسوب می‌شود و لذا اصل نسبی بودن قرارداد در خصوص آن قابل اعمال

اســـت و با این تحلیل موافقت‌نامه داوری در نگاه نخســـت مشمول اصل نسبی بودن قرارداد می‌شود؛ چه به صورت شرط داوری باشد، چه به صورت قرارداد مستقل. در نتیجه نتایج این تحقیق با فرض پذیرش اســـتقلال شرط داوری، به انواع موافقت‌نامه داوری، اعم از شرط داوری و قرارداد مستقل داوری قابل تسری خواهد بود.

در رویه قضایی ایران بر اســـاس دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ صادره از شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان تهران، قاضی صادر کننده با به رسمیت شناختن اصل نسبی بودن شرط داوری، دعوای ثالث در خصوص قرارداد حاوی شـــرط داوری را در صلاحیت داور ندانســـته و دادنامه بدوی را نقض نموده است.[1]

۳. مبانی مطروحه در خصوص قابلیت استناد ثالث به شرط داوری

در خصوص توسعه داوری به شـــخص ثالث با مطالعه در نظام حقوقی ایران و آمریکا، مبانی مختلفی به دســـت می‌آید که در این قســـمت به بررســـی این مبانی می‌پردازیم.

۱-۳. استناد قائم‌مقام به شرط داوری

انتقال ارادی قرارداد،[2] آثار آن و مباحث پیرامون آن واجد چنان اهمیتی اســـت که در فصل نهم مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی[3] با عنوان «انتقال طلب و دین و قرارداد» بدان پرداخته شده است. در داوری تجاری بین‌المللی، انتقال قرارداد داوری با قرارداد اصلی از تفسیر ماده ۹,۳,۱ شرح اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی اســـتنباط شده اســـت (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۳۸۱) که بر اســـاس آن: «واگذاری یک قرارداد به معنی انتقال توافقی حقوق و تعهدات یک شـــخص (واگذارنده) به شخص دیگر (طرف واگذاری) اســـت ...». یکی از قالب‌های انتقـــال حقوق ماهوی قرارداد، قائم‌مقامی است.

به‌رغـــم اختلافاتی که در مصادیق وجـــود دارد، قائم‌مقام عام عبارتند از وراث طرفیـــن معامله و به این اعتبار «عام» نامیده می‌شـــوند کـــه در همه حقوق و تعهدات جانشین مورث شان می‌گردند نه در یک عقد یا تعهد خاص. قائم‌مقام خاص نیز کسی

1. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5344, Last Seen May 13, 2024.
2. Assignment
3. The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)

اســـت که به واسطه انتقال حقی به‌خصوص به او، نســـبت به آن حق جانشین انتقال دهنده می‌شود که به وی «منتقل‌الیه» می‌گویند. در حقوق ایران قرارداد یا شرط داوری به قائم‌مقام عام سرایت نمی‌کند؛ چرا که طبق بند ۲ ماده ٤٨١ «فوت» باعث زائل شدن داوری می‌شـــود. برخی با انتقاد نسبت به بند مذکور چنین حکمی را با ماهیت عقود لازم در تعـــارض نمی‌دانند؛ چرا که معیار اصلی تمایز عقود لازم از جایز، اســـتحقاق طرفین بر فســـخ عقد اســـت و انحلال عقد با فوت و جنون طرفین و حتی ســـفه، از ویژگی‌های غالب عقود جایز است (دشتی و کریمی، ۱۳۹۲: ۱۰۲). با این حالی برخی از حقوق‌دانان، شـــرط داوری را در تمام موارد قائم‌مقامی، حتی در خصوص قائم‌مقام خاص، غیرقابل انتقال دانســـته‌اند (مدنی، ١٣٧٦: ۲۵۰) که امری قابل نقد است. شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۷۰۲۲۱۵۰۰۳۱۲ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ این‌چنیـــن اظهارنظر نموده که در صورت فـــوت یکی از طرفین قرارداد مشـــتمل بر شرط داوری، داوری زایل می‌شـــود (حاتمی‌پور، ١٤٠١: ٤٧٩–٤٧٧) و از مفاد رأی چنین به نظر می‌رســـد که موافقت‌نامه داوری را زائل دانسته است نه فرایند داوری را؛ چـــرا که فاصله قابل توجهی بین زمان فـــوت طرف و صدور رأی داوری وجود داشته است.

در خصوص قائم‌مقام خاص یا «منتقل‌الیه» با توجه به این‌که اولاً، منتقل‌الیه در قراردادها ثالث محســـوب نمی‌شود و ثانیاً، از بین رفتن قرارداد داوری در قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنـــی صرفاً در موارد فوت، حجر و تراضی پیش‌بینی شـــده و این موارد را باید حصری تلقی نمود، باید قائل به این نظر بود که موافقت‌نامه داوری نســـبت به منتقل‌الیه تســـری می‌یابد (شمس، ١٣٨٧: ٥١٤) و در موارد تردید نیز باید بقای موافقت‌نامه را اســـتصحاب نمود، اما باید این نکته را در نظر داشـــت که اگر در قرارداد یا شرط داوری، شخص داور نیز انتخاب شده باشد و این انتخاب توســـط طرفین «به اعتبار شـــخصیت داور» بوده باشد، اگر چه در بقای موافقت‌نامه داوری نتوان تردید نمود، انتخاب داور مذکور با تردید مواجه اســـت مگر این‌کـــه قبول منتقل‌الیه در خصوص انتقال را حاکـــی از قبول داور انتخابی نیز بدانیم. در خصوص قائم‌مقام خاص می‌توان به چند ماده قانونی اســـتناد نمود. اولاً، برابر ماده ۲۳۱ قانون مدنی: «معاملات و عقود فقـــط درباره طرفین متعاملین و قائم‌مقام قانونی

آن‌ها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶» که نشان دهنده اصل بودن تسری معاملات و عقود و شروط آن‌ها به قائم‌مقام قانونی است؛ ثانیاً، برابر ماده ٤٩٥ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قائم‌مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت» که این ماده در خصوص تسری خود رأی داور به قائم‌مقام قانونی دلالت دارد، نه موافقت‌نامه داوری؛ ثالثاً، در ماده ٤١٨ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص «اعتراض ثالث» مقرر گردیده که «... نسبت به حکم داور نیز کسانی که خود یا نماینده آنان در تعیین داور شرکت نداشته‌اند می‌توانند به عنوان شخص ثالث اعتراض کنند».

با این حال برخی از حقوق‌دانان، منتقل‌الیه را متعهد به شرط داوری مقرر در قرارداد نمی‌دانند؛ چرا که به باور ایشان با انتقال حق عینی، صرفاً حقوق و تعهدات وابسته به آن که عرفاً یا عقلاً از لوازم تکمیل کننده آن به شماره می‌آیند و یا جدا شدن آن‌ها از حق مذکور، آن‌ها را لغو و بیهوده می‌نماید، منتقل می‌گردند؛ نه این‌که هر چه بین طرفین مقرر گردیده منتقل شود. صاحب این نظر بر این باور است که چون داوری به معنای محرومیت از مراجعه مستقیم به دادگاه است، تحمیل چنین محرومیتی بر منتقل‌الیه پسندیده نیست؛ چرا که شرط داوری به روابط شخصی بین طرفین مربوط می‌شود نه منتقل‌الیه و عبارت ماده ٤١٨ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که عدم مشارکت شخص یا نماینده وی در تعیین داور، وی را به «ثالث» تبدیل نموده و می‌تواند به رأی داور به عنوان «اعتراض ثالث» اعتراض نماید، را قرینه‌ای بر این تحلیل دانسته است (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۲۰۰). به نظر می‌رسد اولاً، برخلاف نظر دکتر عبدالله شمس، زمانی که منتقل‌الیه یا نماینده او در تعیین داور مداخله نداشته است، ثالث محسوب می‌شود و برابر ماده ٤١٨ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حق اعتراض ثالث دارد و ثانیاً، بر این اساس، اعتقاد به عدم انتقال شرط داوری صرفاً در حالتی که در قرارداد اصلی، داور مشخصی به اعتبار اعتماد طرفین به وی، تعیین گردیده است، قابل پذیرش باشد و در سایر موارد با درنظر داشتن آنچه در مباحث قبل گذشت، شرط داوری منتقل می‌شود و نظرات مورد بحث هر یک در قسمتی قابل قبول و در قسمت دیگر

غیر قابل قبول هستند.

اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی به شماره ۷/۲۸۶۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۳ کمیسیون آیین دادرسی مدنی، در پاسخ به این سؤال که آیا شرط داوری قائم به شخص است یا با انتقال موضوع قرارداد یا اصل قرارداد، به منتقل‌الیه منتقل می‌شود؟ چنین پاسخ داده که «اگر موقعیت قراردادی به ثالث منتقل شود، شرط داوری نیز منتقل می‌شود، در غیر این صورت با صرف انتقال موضوع قرارداد، شرط داوری منتقل نمی‌شود». به نظر می‌رسد منظور از «انتقال موقعیت قراردادی» انتقال کل قرارداد با مجموع حقوق و تعهدات مندرج در آن بوده است، که این امر از بدیهیات می‌باشد.

با این حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر منتقل‌الیه بر علیه فروشنده اولیه و فروشنده ثانویه طرح دعوا کند، دادگاه صالح است یا داور. اگر کل قرارداد با شروط آن به منتقل‌الیه انتقال داده شده باشد، شرط داوری نیز در برابر فروشنده اولیه معتبر است و اما در برابر فروشنده ثانویه، باید به فحوای قصد طرفین توجه نمود؛ چرا که ممکن است فروشنده ثانویه حل و فصل اختلافات بین خود و منتقل‌الیه اولیه را بر مبنای داوری نپذیرفته باشد. البته انتقال کل قرارداد به خواهان داوری، به طور ضمنی بدین معناست که فروشنده ثانویه شرط داوری خود را در کنار فروشنده اولیه قرار داده و لذا عدم پذیرش درخواست داوری به طرفیت وی، می‌تواند بر خلاف عدالت و انصاف باشد.

در رویه قضایی شعبه ۱۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران به موجب دادنامه قطعی شماره ۹۹۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۵۰۴ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۲ (حاتمی‌پور، ۱۴۰۱: ۱۳۵–۱۳۸) ضمن عدم پذیرش انتقال شرط داوری به قائم‌مقام و عدم صلاحیت داور در مورد اظهارنظر راجع به اختلاف حادث شده، این‌چنین اظهارنظر نموده است: «... داوری قائم به شخص بوده و تسری به قائم‌مقام قرارداد ندارد». شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۵۵۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۰۷ معتقد است در صورت انتقال موضوع قرارداد داوری به شخص دیگری، از آنجایی که منتقل‌الیه قرارداد داوری را امضاء نکرده است، ملتزم به شرط داوری نیست (حاتمی‌پور، ۱۴۰۱: ۴۵۲–۴۵۶).

در حقوق آمریکا برای احراز این امر که طرفین قصد انتقال شرط داوری

با انتقال قرارداد را داشـــته‌اند، احراز قصد طرفین اولیه شـــرط داوری و انتقال دهنده و انتقال گیرنده و نیز عبارت‌بندی واژگان توجه شده اســـت، اما در نهـــایت انتقال خودکار شـــرط داوری در نتیجه انتقال قرارداد، نظر منتخب نویســـندگان بوده است (Born, 2009: 1190-1202) و عبارت‌بندی شرط و احراز قصد طرفین را ظاهراً برای احراز اراده‌ای بر خلاف این امر در دستور کار قرار داده‌اند. انتـــقال خـــودکار شرط داوری در حقوق آمریکا در دعوای دعوای اسمیت/انرون علیه اسمیت اینترنـشنال در سال ۱۹۹۹،[1] دادگاه استیناف بر اساس قاعده خرق حجاب و استاپل، حکم انتقال شرط داوری داد و قرار الزام بـــه داوری را تأیید نمود.[2] دادگاه عالی کالیفرنیا نیز در دعوای روئیز علیه پادولســـکی در سال ۲۰۱۰ ورثه را ملتزم به موافقت‌نامه داوری دانست که مورث در زمان حیات خود امضاء نموده است.[3]

در رویـــه قضایی مربوط به دعاوی بین تجار ایران و آمریکا می‌توان به دعوای شـــرکت کنگو لیمیتد اشاره نمود. این شرکت بر اساس موافقت‌نامه مورخ ۱۳۷۲/٦/٤ مبلغ پنج میلیون دلار آمریکا به شـــرکت ایرانی نوشـــاب وام اعطاء نمود و شـــرکت تولیـــدی و صنعتی ملیکا، بازپرداخت وام را به صـــورت تضامنی بر عهده گرفت. در مورخ ۱۳۷۵/٦/۲۸ وام دهنده حقوق خود ناشی از آن قرارداد را به شرکت خوشگوار انتقال داد و حتی ســـند رهنی به شرکت اخیر منتقل گردید. شرکت خوشگوار با طرح دعوا در شعبه ٤۰۵ دادگاه عمومی تهران تقاضای محکومیت تضامنی خواندگان نمود. خوانده در جلسه نخست رسیدگی به شرط داوری استناد نمود، اما دادگاه بدون توجه به این ایراد، حکم به محکومیت تضامنی صادر نمود. شـــعبه ششم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به فرجام‌خواهی رأی صادره را نقض نموده به شعبه هم‌عرض ارجاع می‌نماید (شعبه ٤۰۲). شعبه اخیر رأی اصراری صادر می‌کند و با فرجام‌خواهی مجدد،

1. SMITH/ENRON COGENERATION LIMITED PARTNERSHIP, INC v. SMITH COGENERATION INTERNATIONAL, INC (1999).
2. United States Court of Appeals for the Second Circuit: Smith/Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. v. Smith Cogeneration International, Inc. International Legal Materials. 2000;39(3):704-713. doi:10.1017/S002078290001072X.
3. SCOCAL, Ruiz v. Podolsky , 50 Cal. 4th 838, 237 P.3d 584, 114 Cal. Rptr. 3d 263 available at: (https://scocal.stanford.edu/opinion/ruiz-v-podolsky-33899) (last visited Tuesday April 23, 2024).

شـــعبه ۱۸ دیوان این استدلال را نمی پذیرد و با طرح پرونده در هیأت عمومی شعب حقوقی رأی اصراری شـــماره ۲۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۰۲ صادر می‌شود که بر اساس آن انتقال شرط داوری، برای قضات دیوان مفروض بوده است (کاکاوند و محبی، ۱۳۹۳: ۳۲۱). البته اگر در موافقت‌نامه داوری مشخص باشد که داوری قائم به شخص خاص داور یا طرفین بوده، انتقال شرط داوری منتفی خواهد بود.

۲-۳. استناد ذی‌نفع ثالث به شرط داوری

«ذی‌نفع ثالث»[1] شـــخصی است که طرف قرارداد نیست، اما می‌تواند از مزایای اجرای قرارداد بهره‌مند شود. اصل نسبی بودن قرارداد ناظر به طرفین آن است. متعهد شخصی اســـت که تعهدی به نفع ثالث می‌پذیرد و متعهدله نیز در قبال تعهدات وی، مبلغی می‌پردازد یا تعهدات دیگری را می‌پذیرد. متعهد، طرفی اســـت که برای گرفتن قـــول متعهد، اجرت می‌دهد. نمونه بارز این امر در قرارداد بیمه وجود دارد که مطابق آن اگر شـــخصی برای فرزندش قـــرارداد بیمه‌ای منعقد نمایـــد، وی متعهدله بوده و فرزندش ذی‌نفع ثالث محســـوب می‌شود. اگر شـــخصی طرف اصلی قرارداد نباشد، معمـــولاً نمی‌تواند قـــرارداد را اجرا کند یا ادعای نقض قـــرارداد را علیه هیچ یک از طرفیـــن مطرح کند، اما اســـتثنائاً ذی‌نفع ثالث در حدود نفع بـــه وجود آمده، از همان حقوق طرفین قرارداد برخوردار است. در این خصوص باید دید که آیا شخص ذی‌نفع می‌تواند با استناد به شرط داوری مندرج در قرارداد اصلی دعوای خود را علیه طرفین در داوری مطرح نماید و آیا طرفین نیز می‌توانند دعوای خود را علیه ذی‌نفع نزد داور مطرح کنند.

در رویـــه قضایی بیشـــتر ایالت‌های آمریکا نیز این امر محل نزاع اســـت و در حالی که حقوق‌دانان معتقدند موافقت‌نامه داوری باید به صورت پیش‌فرض به ذی‌نفع ثالث تســـری یابد، اما قانون ایالت ایلینوی تا کنون چنین امری را صراحتاً به رسمیت نشناخته اســـت و لذا بدون این فرض، امضاکنندگان قرارداد در ایلینوی باید اطمینان حاصل کنند که قراردادهای آن‌ها به طور خاص و صریح، ذی‌نفعان ثالث را مشـــمول موافقت‌نامـــه داوری می‌داند (Matthew, 2016: 1-5). در ایالت آلبرتا دادگاه در یک

1. Third Party Beneficiary

دعوای معروف به این مسأله پرداخته است. هاسکی[1] مالک پروژه و ذی‌نفع ثالث غیر امضا کننده و شخص ثالث قرارداد فرعی بین پیمانکار عمومی خود (سایپم[2]) و پیمانکار فرعی آن، تکنیپ[3] بود. این دادخواست در دادگاه ابتدا توسط قاضی پروز[4] مورد رسیدگی قرار گرفت. وی بر شرایط قرارداد فرعی تمرکز کرد و معتقد بود که مقررات حل اختلاف، از جمله مقررات داوری، فقط برای طرفین قرارداد یعنی سایپم و تکنیپ اعمال می‌شود. با اذعان به این‌که هاسکی در قسمت‌های مختلف قرارداد فرعی، به عنوان ذی‌نفع ضمانت‌های خاص پیمانکاران فرعی نامیده می‌شد. وی تشخیص داد که شرط داوری به هیچ یک از مفاد حل اختلاف تعمیم نمی‌یابد وهاسکی می‌تواند به دعاوی ضمانت خود در دادگاه ادامه دهد. تکنیپ به رأی دادگاه اعتراض کرد. قاضی لما[5] درخواست تجدید نظر را پذیرفت و اظهار داشت که ادعاهای ضمانت هاسکی باید داوری شوند، اما ادعاهای سهل‌انگاری همچنان قابل طرح در دادگاه هستند.[6]

در حقوق ایران مسائل مربوط به تعهد به نفع شخص ثالث در ماده ۱۹۶ قانون مدنی (مقتبس از ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی فرانسه) ذکر شده و گفت‌وگوهای فراوانی پیرامون مفهوم و حدود اعمال آن در بین حقوق‌دانان شکل گرفته است. نظریاتی که در این راستا در این دو نظام حقوقی مطرح گردیده عبارتند از نظریه ایجاب (یا نظریه دو قرارداد)،[7] نظریه اداره فضولی،[8] نظریه ایقاع[9] و نهایتاً نظریه تعهد مستقیم ناشی از قرارداد[10] است که دو نظر اول مبتنی بر اراده ذی‌نفع ثالث و دوم نظر دوم فارغ از چنین اراده‌ای است. اکثر حقوق‌دانان نظریه تعهد مستقیم ناشی از قرارداد را در تبیین

1. Husky
2. Saipem
3. Technip
4. Prowse
5. Lema
6. Husky Oil Operations Limited v Technip Stone & Webster Process Technology Inc, 2023 ABKB 545 (CanLII), https://canlii.ca/t/k0cxp , Last Seen May 8, 2024.
7. Théorie de l'offre.
8. Théorie de la gestion d'affaire
9. Théorie de la déclaration unilatérale de volonté
10. Théorie de l'acquisition directe du droit

نهاد تعهد به نفع ثالث مطابق‌تر با واقع دانسته‌اند (محمدی، ۱۳۸۸: ۲۸۵ – ۲۸٦) که بر اساس آن تعهد به نفع ثالث نهادی مستقل است که به‌رغم اصل نسبی بودن قراردادها، بـــه طرفین قرارداد امکان ایجاد چنین حقی داده و این حق از زمان اشـــتراط توســـط طرفین و بدون نیاز به قبول ثالث یا هر مقدمه دیگری ایجاد می‌شود اما ثالث می‌تواند آن را رد کنـــد. از ظاهر عبـــارت «تعهد به نفع ثالث» بر می‌آید کـــه چنین تعهدی به صورت ضمن عقد امکان‌پذیر است و برای استناد ثالث به شرط داوری علیه طرفین و یا استناد طرفین به شرط داوری در مقابل ثالث اولاً باید اختلاف پیش آمده در محدوده شـــرط داوری باشد و ثانیاً از ســـیاق کلام طرفین، باید انتقال شرط داوری را استنباط نمود و در صورت تردید اصل عدم انتقال شـــرط داوری را جاری نمود. بدیهی است در صورت رد شـــرط توسط ثالث یا قبول شرط بدون قبول داوری، داوری نیز منتفی خواهد بود. در رویه قضایی نیز شـــعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران به موجب دادنامه قطعی شـــماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۲٦ مورخ ۱۳۹۳/٦/۲۹ (حاتمی‌پور، ۱٤۰۱: ۳٤۰-۳٤٤) اولاً، شـــرط داوری را قابل تســـری به وراث و قائم‌مقام قانونی ندانسته و ثانیاً، با قیاس اولویت معتقد اســـت شـــرط ثالثی که در قرارداد متضمن شرط داوری مدخلیتی ندارد، متعهد به شرط داوری نیست.

۳-۳. استناد به «ارجاع به سند متضمن شرط داوری در قرارداد کتبی»

عبارت Incorporation by refrence [1] ناظر به حالتی از تسری موافقت‌نامه داوری به ثالث اســـت که ویژه برخی از قراردادهای چندلایه یا زنجیره قراردادهاست. به عنوان مثال در قرارداد پیمانکاری شـــرط می‌شود که کلیه شروط قرارداد پیمانکاری اصلی، به پیمانکاران فرعی نیز تســـری می‌یابد و لذا شرط داوری نیز از این امر مستثنا نیست. این عبارت به معنای الحاق یک سند به سند دیگر از طریق استناد به سند اول، در ســـند دوم می‌باشـــد. الحاق[2] انواعی دارد (Arda, 2024: 5-9) که عبارت است از «الحاق از طریق اعلان»،[3] «الحاق از طریق ســـیر مـــداوم معاملات»[4] و نهایتاً «الحاق از

---

۱. در حقوق داخلی در بند د ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، چنین اصطلاحی ارجاع به منابعی خارج از داده پیام به کار رفته است.

2. Incorporation

3. Incorporation by Notice

4. Incorporation by Consistent Course of Dealing

طریق ارجاع به موافقت‌نامه داوری در قراردادهای بعدی زنجیره».[1] این شـــیوه تسری شرط داوری با ثالث در قراردادهای زیر اعمال می‌شود (Arda, 2024: 41-193):

نخســـت، در قراردادهای پیمانکاری فرعی یا قراردادهای مهندسی، به شروط مندرج در قرارداد پیمانکاری اصلی (از جمله شرط داوری) ارجاع داده می‌شود و این شرط از طریق ارجاع، به قرارداد فرعی الحاق می‌شود.

دوم، در قراردادهـــای «بیمه اتکائی»[2] یـــا «بیمه اتکایی مجدد»،[3] به قرارداد بیمه اصلی ارجاع داده می‌شود.

سوم، در قراردادهای حمل و نقل دریائی، در بارنامه صادره، به شروط مندرج در قراردادهای اجاره ارجاع داده می‌شود.

چهارم، در قراردادهای گارانتی (تضمین) که در آن به شروط مندرج در قرارداد اصلی بین مضمون‌عنه و مضمون‌له ارجاع داده می‌شـــود و شـــرط داوری نیز می‌تواند یکی از این شروط باشد.

از آنجایی که در بیشـــتر موارد الحاق مذکور، طرفین قرارداد فرعی زنجیره، از محتوای قرارداد اصلی اطلاعی ندارند و مجبور می‌شـــوند بدون ملاحظه آن قرارداد، شروط مذکور در آن، از جمله شـــرط داوری را بپذیرند. اکثر نظام‌های حقوقی التزام طرفین قرارداد فرعی منعقده در زنجیره به شروط قرارداد اصلی را وقتی می‌پذیرند که این امر از صراحت کافی برخوردار باشـــد و ارجاع به تمام شروط کافی نیست، بلکه شـــرط داوری مندرج در قرارداد اصلی، در قرارداد فرعی باید پذیرفته شده باشد؛ در حالی که در نظام حقوقی آمریکا (به عنوان نظام موضوع مطالعه) همانند نظام حقوقی فرانسه، عدم اشراف طرفین قرارداد فرعی به شروط قرارداد اصلی و ارجاع کلی به آن شـــروط، مانع التزام ایشان به شرط داوری احتمالی نیست. با تفسیری که رویه قضایی آمریـــکا از قانون داوری فدرال دارد، این نظام حقوقی شـــرط داوری را هم‌تراز و هم عرض با ســـایر شروط دانسته و پذیرش کلی شـــروط قرارداد مرجع را برای التزام به

1. Incorporation by refrence
2. Reinsurance
۳. هنگامی که بیمه‌گر اتکایی، بیمه‌های اتکایی دریافت شده از بیمه‌گران مستقیم را به سایر بیمه‌گران اتکایـــی واگذاری می‌نماید، بیمه اتکایی مجدد ایجاد می‌شـــود که معادل لاتیـــن آن Retrocession می‌باشد.

شـــرط داوری در کنار سایر شروط دانسته اســـت. البته محاکم ایالات متحده آمریکا از تأثیر لحن قرارداد در احراز قصـــد طرفین غافل نبوده‌اند (Sheriden, 1996: 62). حقیقت هم این اســـت که شـــرط داوری خصوصیتی ندارد که بخواهیم آن را از سایر شـــروط مســـتقل بدانیم و حکم جداگانه ای در خصوص آن صـــادر نماییم. در نظام حقوقی ایران، در مـــاده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر گردیده: «... ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری خواهد بود». از نحوه بیان ماده به نظر می‌رســـد که ارجاع به سند مذکور حتی اگر ارجاع به تمام شـــروط آن به نحو مطلق باشـــد و شرط داوری نیز جزء آن شروط باشـــد، طرفین را به شـــرط داوری نیز ملزم خواهد نمود. به نظر می‌رسد این امر جزء قواعد عمومی قراردادها باشـــد که از باب رفع ابهام مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته اســـت. در داوری داخلـــی مقرره‌ای در این باب وجود ندارد بـــا این حال چون اولاً، داوری داخلی در این راســـتا خصوصیتی ندارد که حکم آن را متمایز در نظر بگیریم و ثانیاً، طبق اصل صحت قراردادها و شـــروط مندرج در آن و نیز اطلاق شـــرط مورد پذیرش ثالث در غیاب مقدمات حکمت، باید قائل به این امر شد که ارجاع به قرارداد کتبی متضمن شرط داوری، به منزله موافقت‌نامه داوری مستقل می‌باشد.

٤-۳. استناد به رضایت ضمنی یا مفروض

شاید نتوان استناد به رضایت ضمنی یا مفروض را به عنوان شیوه‌ای هم‌عرض ســـایر شیوه‌های پیش گفته برای ملتزم دانستن ثالث به قرارداد داوری در نظر گرفت؛ چرا که این شـــیوه عمدتاً مبتنی بر تحلیل قصد طرفین اســـت و به نظر می‌رسد احراز قصد طرفین می‌تواند هم در راســـتای ملتزم دانستن ثالث به داوری مورد استفاده قرار گیرد و هم در جهت مســـتثنی دانســـتن وی از داوری؛ در حالی که سایر قرائن نشان دهنده التزام وی به داوری اســـت. از ســـوی دیگر برخی از نظریات راجع به رضایت ضمنی، مبتنی بر قاعده اســـتاپل مبتنی بر انصاف هســـتند، که در حقوق ایران پذیرفته نیســـت و لذا نمی‌توان چنین نظریاتی را در ایران به صـــرف ابتنای آن‌ها بر رضایت، مشمول قواعد عمومی قراردادها دانست. شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ معتقد است شرط داوری مندرج در قرارداد صرفاً نسبت به کسانی که «مستقیماً» در تنظیم قرارداد مداخله داشته

اند مؤثر بوده و نسبت به سایرین فاقد اثر است (حاتمی‌پور، ۱۴۰۱: ۴۱۰-۴۱۱). چنین به نظر می‌رسد که پذیرش رضایت ضمنی یا مفروض به عنوان مبنای تسری شرط داوری به ثالث، در حقوق ایران، نسبت به رویه قضایی انحراف جدی دارد. در رأی دیگری که از شعبه ٦ دادگاه تجدید نظر استان تهران صادر شده است، چنین اظهارنظر شده است که اگر در متن چک به قراردادی اشاره شده باشد که در آن شرط داوری وجود داشته است، شرط مذکور بدین دلیل که دارنده چک طرف آن نبوده است، به وی تسری داده نمی‌شود.[1]

۱-٤-۳. نظریه خرق حجاب شرکتی

به‌رغم استقلال کامل شرکت‌های تجاری از یکدیگر، نظریه‌ای در حقوق عرفی تحت عنوان نظریه «اصیل واقعی»،[2] «خرق حجاب»،[3] «دکترین نفوذ» یا «شخصیت ثانوی» (یزدی، ۱۳۷۸: ۵۸) بر مبنای ارتباط تنگاتنگ دو شخص، تا حدی که احد آن‌ها استقلال مالی و مدیریتی خود را از دست داده و تحت اداره شخص دیگری مانند یک شرکت مادر قرار گرفته باشد، در حقوق انگلستان و متعاقب آن تمام نظام‌های حقوقی عرفی به رسمیت شناخته شده است. به عقیده حقوق‌دانان داخلی «بر اساس تئوری خرق حجاب شرکت‌ها در انگلستان و آمریکا دادگاه‌ها در صورت کنترل کامل شرکت توسط سهام‌دار، کمبود سرمایه، عدم رعایت مسائل شکلی شرکت و اختلاط اموال در کنار تقلب یا رفتار غیر منصفانه، به بستانکاران اجازه می‌دهند با کنار زدن حجاب شرکت، سهام‌داران را ملزم به پرداخت دیون شرکت ورشکسته کنند. این دکترین کمک می‌کند تا منافع محدودیت مسؤولیت با هزینه‌های آن به توازن برسد» (امینی و واحدی، ۱۳۹۸: ۸۷ - ۸۸).

در دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا، در پرونده «مشارکت ریدینگ و بیتز علیه شرکت ملی نفت ایران»[4] دعوایی مطرح گردید که مبتنی بر قرارداد مشارکتی

---

۱. سامانه ملی آرای قضائی: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Attribute/522، تاریخ آخرین مشاهده ۱۴۰۳/۵/۷.

۲. «اصیل واقعی» به عنوان معادل Alter-ago انتخاب شده است، اما در مواردی نیز معادل «دیگر خود» برای آن انتخاب شده است (بنگرید به: شعاریان، ۱۴۰۲: ٦٨١). به نظر می‌رسد منظور نویسندگان مذکور از این ترجمه «خودِ دیگر» طرف اصلی قرارداد می‌باشد.

3. Piercing the corporate veil

4. READING & BATES CORPORATION, Reading & Bates Exploration, Co. v.

بین «مشارکت ریدینگ و بیتز» از یک طرف و «شرکت خدمات نفت ایران موسوم به اســکو»[1] بود. خواهان به دلیل اختلافات قراردادی و تخلفات طرف ایرانی، با ادعای فسخ قرارداد، مدعی استرداد دکل حفاری و پرداخت اجاره بهای آن شده بود و با این ادعا که شــرکت ملی نفت ایران بر شرکت اسکو مالکیت دارد و هدایت آن را نیز در دســت دارد، هر دو شــرکت را به عنوان خوانده به داوری دعوت نمود. شرکت ملی نفت ایران با این اســتدلال که اصل نسبی بودن قرارداد، مانع تسری آثار آن به وی آن شــرکت می‌باشد، دعوا را متوجه خود ندانســت، اما دیوان داوری با استناد به نظریه «اصیل واقعی» تســلط کامل بر یک شــخص حقوقی را مبنایی جهت گسترش قلمرو شخصی موافقت نامه داوری تلقی نمود. طبق این نظریه، یک شرکت تابعه یا خدماتی ممکن است تحت سلطه یک شرکت ارشد یا مادر قرار گیرد. زمانی که دیوان داوری یا دادگاه به این قاعده متوسل می‌شود، در واقع با شکافتن شخصیت حقوقی شرکت، از آن عبــور می‌نماید و با چنین خرق حجابی[2] قواعد جدیدی بنیان می‌گذارد (Knight, 1998: 261). اگر شــرکت‌های تابع هلدینگ‌ها ورشکسته شده باشند یا دارایی کافی جهت پرداخت مطالبات ادعایی نداشــته باشــند، خواهان می‌تواند با خرق شخصیت حقوقی شرکت، در مقابل شــرکت مادر نیز به شرط داوری بین خود و شرکت تابعه اســتناد نماید؛ چرا که اتحاد افراطی دو شــرکت و کنترل اقتصادی شــرکت مادر بر شرکت تابعه، ابتکار عمل و اســتقلال در تصمیم گیری را از شرکت تابعه می‌گیرد و لذا می‌توان در قبال شــرکت مادر به داوری اســتناد نمود (Macey & Mitts, 2014: 100-135). علاوه بر آن ممکن است عدم تسری شرط داوری به شرکت مادر، باعث سوء استفاده این شــرکت از حق خود در مراجعه به دادگاه و محروم نمودن خواهان

NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY, No. 79 Civ. 4421 (KTD)., United States District Court, S. D. New York, September 27, 1979.

1. OSCO: Oil Service Company of Iran: NISOC was incorporated in 1971 in Masjed Soleyman, Khouzestan as Oil Service Company of Iran (OSCO):

شــرکت خدمات نفت ایران موسوم به اوسکو، شاخه شــرکت ملی مناطق نفت‌خیز جنوب ایران در مسجد سلیمان بود:

Reading & Bates Corp. v. National Iranian Oil Co., 478 F. Supp. 724 (S.D.N.Y. 1979)". Justia; Hague yearbook of international law, Volume 18". Martinus Nijhoff Publishers. 1990. ISBN 9024737494

2. Piercing the Corporate Veil

از مزایای داوری شـــود چرا که شـــرکت مادر هر وقت بخواهـــد می‌تواند با انتقال و تخصیص منابع بین خود و شـــرکت‌های تابعه، از مسؤولیت‌های قراردادی شانه خالی نموده و باعث تضعیف ناعادلانه رقبا شـــود. تفاوت دکترین خرق حجاب شـــرکتی با اصول نمایندگی یا رضایت ضمنی در این اســـت که دکترین خرق حجاب شـــرکتی مبتنی بر عدالت و انصاف اســـت در حالی که اصول نمایندگی یا رضایت ضمنی، بر قصد و رضای طرفین و قواعد عمومی قراردادها تکیه دارند.

در نظام حقوقی ایران از نظر برخی حقوق‌دانان تئوری خرق حجاب شـــرکتی قابل پذیرش نیســـت و به هیچ عنوان نمی‌توان بـــر خلاف قواعد عمومی قراردادها و اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌ها از یکدیگر (ولو شخصیت حقوقی شرکت مادر و شـــرکت تابعه)، موافقت‌نامه داوری بین شـــرکت تابعه و شـــخص دیگر را به شـــرکت مادر تسرّی داد یا به عکس شرکت مادر به چنین موافقت‌نامه‌ای استناد نماید و در داوری وارد شود. این دسته از حقوق‌دانان مصادیقی برای خرق حجاب شرکتی در قوانین مالیاتی و بانکی بر مبنای ماده ۱۹۸ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مســـتقیم مصوب ۱۳۹٤ و مواد ١٤، ٣٤ و ٤٤ قانون پولی و بانکی کشـــور را ذکر نموده اند که در واقع مصداق خرق حجاب نبوده، بلکه به عنوان مثال در خصوص شرکت‌های در حال تصفیه، مدیر تصفیه را تضامناً با شـــرکت مســـؤول پرداخت مالیات دانسته است که چنین حالتی نادیده گرفتن شـــخصیت حقوقی مستقل شرکت نیست، بلکه اقدامی تأمینـــی و بازدارنده برای حفظ حقوق عموم اســـت (امینـــی و واحدی، ۱۳۹۸: ۸۷ – ۸۸؛ شـــعاریان، ١٤٠٢: ٦٨٣). برخی دیگر نیز خرق حجاب شـــرکت‌ها در خصوص مسؤولیت شرکت‌های هولدینگ در قبال طلبکاران شرکت‌های تابعه را قابل توجیه با قواعد اســـلامی دانسته و در حقوق ایران موجه تلقی نموده‌اند. این دسته برای توجیه این امر به قاعده «لاضرر»، مســـأله «حیل مردود شـــرعی»، قاعده «المغرور یرجع الی من غره»، «من له الغنم فعلیه الغرم» و قاعده «تســـبیب» اشاره کرده و دکترین منع سوء اســـتفاده از حق و منع تقلب نســـبت به قانون را دو دکترین عاریتی تلقی نموده‌اند که نیازی به استفاده از آن‌ها برای توجیه خرق حجاب وجود ندارد (عبدی‌پور و کریمی، ۱۳۹۸: ۱۸۸؛ فرجی، ۱۳۹۰: ۱۰۹).

در رویه قضایی ایران معمولاً نظریه خرق حجاب شـــرکتی پذیرفته نیست، اما

همچنان آرایی وجود دارند که دادگاه دست به ابتکار عمل زده و سعی در بهره‌برداری از آموزه‌های انصاف که ریشـــه در حقوق کامن‌لا دارند نموده اســـت. به عنوان نمونه بر اساس دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ صادره از شـــعبه اول دادگاه تجدید نظر استان تهران که دقیقاً با عنوان «خرق حجاب شخصیت حقوقی شـــرکت» در سامانه ملی آرای قضایی منتشر گردیده، آمده است که «با وصف اســـتقلال شخصیت حقوقی شرکت از شـــخصیت حقیقی اعضاء و مدیران آن، هرگاه محرز شـــود که اقدامات شـــرکت فی الواقع تحت سیطره مؤثر شخص حقیقی است، تعهد ایجاد شـــده را می‌توان منتسب به اصیل واقعی دانست و او را در برابر متعهدله مســـؤول شـــناخت. با توجه به لزوم جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و جلوگیری از ســـوء استفاده از حق، اســـتناد به اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت نمی‌تواند مستمسکی برای برائت ذمه و رفع مســـؤولیت از اصیل واقعی باشد».[1] چنین رویه‌ای در ایران نادر بوده و رأی دیگری در این خصوص یافت نشد، اما برخی پژوهش‌گران ورود برخی استثنائات در خصوص استقلال شخصیت حقوقی شرکت را از باب منع ســـوء استفاده از حق، توســـط رویه قضائی؛ و نه قانون، مطلوب دانسته و مبادرت به تمجید از رأی صادره نموده‌اند (ســـلیمان‌زاده، ۱٤۰۱: ۳۰٤). چنین شـــیوه‌ای مطلوب نظام‌های حقوقی مبتنی بر کامن‌لا بوده و به نظر می‌رســـد برای کشورهای دارای نظام حقوق نوشته مطلوب نباشد.

۲-٤-۳. نظریه گروه شرکت‌ها و گروه دولت‌ها

اگر یکی از شـــرکت‌های گروه در مذاکرات یا اجرای قرارداد شرکت دیگری از گروه مشـــارکت فعال داشته و سپس قرارداد منعقد شود، تحت شرایطی می‌تواند به شـــرط داوری موجود در آن قرارداد استناد نموده و وارد داوری شود یا حتی خوانده داوری واقع شـــود. این دکترین بر خلاف ســـایر دکترین‌های راجع به استناد ثالث به موافقت‌نامه داوری، صرفاً در حوزه داوری توسعه یافته و خارج از این حوزه معمولاً مورد استناد قرار نمی‌گیرد (شعاریان، ۱٤۰۲: ٦۸٦ – ٦۸۷).

نظریه گروه شـــرکت‌ها ریشه در رویه داوری‌های تجاری بین‌المللی دارد و از

1. https://ara.jri.ac.ir/judge/Text/5418, Last Seen May 5, 2024.

دعوای معروف شـــرکت داو کمیکال و دیگران علیه ایزور سن گوبن[1] آغاز گردید. بر اساس این نظریه، گروه‌های بزرگ از شرکت‌های تابع (فرعی) متعدد که از طریق یک یا چند شرکت مادر عمل می‌نمایند، در حکم یک کل واحد در نظر گرفته می‌شوند. در این نظریه، برخلاف قواعد عمومی قراردادها، استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌های گروه نادیده گرفته می‌شـــود و نتیجه مستقیم آن می‌تواند افزایش ریسک و مسؤولیت مرتبط با سهام باشد.

برخی نیز معتقدند خرق حجاب شـــرکت‌ها در مورد شرکت‌های کوچک‌تر و ســـهام‌داران حقوقی به خصوص در فرض گروه شرکت‌ها و مسؤولیت شرکت مادر و نیز در الزامات خارج از قرارداد، از نظر اقتصادی کارآمد بوده و کاستی‌های ناکارآمدی مســـئولیت محدود را جبران می‌کند (امینی و واحدی، ۱۳۹۸: ۸۷ – ۸۸). نظریه گروه شـــرکت‌ها معمولاً مبتنی بر احراز رضایت ضمنی افراد غیر امضاء کننده موافقت‌نامه داوری است و برخی ملاک احراز چنین رضایتی را از جمله مشارکت وی در مراحل مذاکره، انعقاد و اجرای قرارداد دربردارنده شـــرط داوری، انتفاع مســـتقیم ایشـــان از قـــرارداد و التزام عملی وی به برخی از تعهدات قرارداد دانســـته‌اند (بهمئی و مرادی، ۱۳۹۲: ۲۰۱). حتـــی می‌توان انجام برخی از تعهـــدات موضوع قرارداد مانند پرداخت ثمن معامله توســـط غیر امضاء کننده را نیز دال بر چنین امری دانســـت چیزی که در هلدینگ‌های فعال در ایران نیز رایج است.

در خصـــوص نظریه گروه دولت‌هـــا در قراردادهای منعقده دولتی، اغلب یک شـــخص عمومی دولتی مانند شـــرکت ملی گاز ایران مســـتقیماً قرارداد حاوی شرط داوری را امضا می‌کند. با این حال، مداخله و مشارکت فعال دولت در مراحل مختلف مذاکره، انعقاد، اجرا و یا خاتمه قرارداد یاد شده این پرسش را به ذهن متبادر می‌سازد که آیا می‌توان دولت را به عنوان طرف پنهان قرارداد داوری شناســـایی نموده شـــرط داوری را به وی تســـری داد؟ این موضوع در فرضی که دولت قرارداد حاوی شـــرط داوری را امضا می‌کند و شـــخص عمومی در مراحـــل مختلف حیات قرارداد فعالانه نقش‌آفرینی می‌نماید، در مورد شـــخص عمومی غیر امضاکننده قرارداد یاد شده قابل طرح اســـت. به نظر می‌رســـد شناسایی دولت یا شـــخص عمومی غیر امضا کننده به

1. The Dow Chemical Company and others v ISOVER Saint Gobain

عنـــوان طرف واقعی اما پنهان قرارداد داوری، تابع تفســـیر و احراز اراده مشـــترک و متقابل اطراف رابطه حقوقی و کشـــف انتظارات معقـــول و منصفانه آن‌ها در پرتوی اصل «حسن نیت» می‌باشـــد.[1] در نظام حقوقی ایران این نظر به دور از منطق حقوقی نیست چرا که بر اساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران اســـت و باید به اطلاع مجلس برســـد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». لزوم تصویب چنین شـــروط داوری توسط دولت، نشان می‌دهد که این شخص حقوقی به عنوان طرف پنهان قرارداد عمل نموده و ورود نهادهای متعدد نظارتی در قراردادهای بین‌المللی نیـــز چنین فرضی را تقویت می‌نماید. لـــذا در قراردادهای دولتی متضمن شرط داوری، بهتر اســـت مذاکره کنندگان به احتمال تسری شرط داوری به دولت و محکومیت دولت توجه داشته باشند.

۳-٤-۳. نظریه استاپل

واژه «استاپل»[2] در لغت به معنای «مانع» است و ریشه آن زبان فرانسوی است. با وجود این‌که استاپل دامنه کاربرد گسترده ای دارد، برخی از حقوقدانان داخلی سعی در یافتن معادل دقیق برای آن در حقوق داخلی نموده اند و در کنار برخی حقوق‌دانان خارجی (گایـــار، ۱۳٦٥: ۲٥۷–۲۳۷) معادل‌هایی مانند «مأخـــوذ بودن به اقرار»، «منع انکار بعد از اقرار»، «منع تفکیک اقرار»، «مانع طرح دعوا»، «منع تناقض گویی به زیان دیگری» و ... را به کار برده‌اند (خدابخشـــی، ۱۳۹۲: ٦٦۹). چنین معادل‌یابی تســـری برخی از مصادیق استاپل به کل قاعده است و این قاعده چنان دامنه گسترده‌ای دارد که در حقوق کامن‌لا کمتر رابطه حقوقی وجود دارد که متأثّر از آن نباشد. البته این قاعده بیشـــتر در امور موضوعی کاربرد دارد اما در مواردی مانند ممنوعیت شخص از اتخاذ مواضع قضایی متضاد یا ادعای حقی به موجب قانون اساســـی، ممکن اســـت کاربرد حکمی نیز داشته باشد. گستردگی دامنه مصادیق استاپل باعث شده تعاریف ارائه شده از آن مصداق محور باشـــند اما با این حـــال برخی حقوقدانان داخلی مبادرت به ارائه

---

۱. بنگرید به: بهمئی، ۱۳۹۲.

2. Estoppel

تعریفی از استاپل نموده اند. بر اساس این تعریف: «استاپل مانعی است که شخص را از انـــکار یا ادعای هر چیزی متضاد با آنچه که از نظر حقوق، به عنوان واقعیت محرز شده است، ممنوع می‌سازد. اعم از این‌که این احراز به وسیله اعمال کارگزاران قضایی یا تقنینی صورت گرفته باشـــد یا به وسیله سند یا اظهارات صریح یا ضمنی، رفتار یا ترک فعل خود شخص» (افتخار جهرمی و شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ٦ و ۹ و ۱۱ – ۱۲).

اهمیت استاپل در داوری تجاری بین‌المللی از آنجا ناشی می‌شود که این قاعده در برخـــی نظام‌های حقوقی مورد پذیرش واقع نشـــده اســـت و در حقوق بازرگانی فراملی نیز رد پایی از آن دیده نمی‌شـــود (گایار، ۱۳٦۵: ۲۳۷). اســـتاپل انواع مختلفی دارد که عبارتند از استاپل ناشی از حکم، استاپل ناشی از سند و استاپل ناشی از رفتار (اســـتاپل مبتنی بر انصاف)[1] که نوع اخیر در داوری‌های تجاری بین‌المللی کاربرد دارد و در برخی آرای داوری منعکس گردیده اســـت. این بخش از استاپل بیشتر از این‌که (همانـــند دو نوع اول) قاعده حقوقی باشـــد، رنگ اخلاق به خـــود گرفته و به همین جهت با اقبال قابل توجهی مواجه شده است و حقوق بین‌الملل آن را به عنوان «قاعده حقوقی ملل متمدن» پذیرفته اســـت. برای تحقق استاپل مبتنی بر انصاف لازم نیست طرفین دعوی با یکدیگر رابطه قراردادی داشـــته باشند بلکه کافی است رفتار و گفتار ثالث باعث اعتماد خواهان به ورود به رابطه قراردادی شـــده باشد (افتخار جهرمی و شـــهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۵۸) (Cross and Wilkins, 1986: 48) این‌جاست که استاپل به عنوان استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها رخ می‌نماید.

در نظـــام حقوقی ایران در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر گردیده: ««داور» در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشـــند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشـــانه تصمیم بگیرد». بدیهی است که اگر چنین بندی در قانون مزبور ذکر نمی‌شـــد، باز هم داور می‌توانست بر مبنای انصاف تصمیم بگیرد؛ چرا که چنین تصمیمی مبتنی بر توافق طرفین اســـت و چنین توافقی بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی و ســـایر مقررات، مخالفتی با شرع، نظم عمومی و اخلاق حسنه نـــدارد که آن را نپذیریم؛ لذا ذکر این بنـــد در قانون داوری تجاری بین‌المللی از باب تأکید است و در مقررات مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی

1. Equitable Estoppel

و انقلاب در امور مدنی که ذکری از آن به میان نیامده اســـت، توافق طرفین می‌تواند چنین خلأیی را جبران نماید و داوری داخلی را نیز بر مبنای انصاف مجاز ســـازد. در نتیجه چون بر مبنای دکترین اســـتاپل مبتنی بر انصاف، تســـری موافقت‌نامه داوری به ثالث، قابل توجیه اســـت، در نظام حقوقی ایران در صورتی که طرفین در موافقت‌نامه داوری، قرارنامه داوری یا ســـایر اســـناد، اجازه داوری بر مبنای انصاف را داده باشند، چنین تسری مجاز خواهد بود. لازم به ذکر است که توافق طرفین در قالب موافقت‌نامه یا قرارنامه داوری موضوعیت ندارد و می‌تواند در هر سند دیگری چنین توافقی احراز شود.

برآمد

۱- موافقت‌نامه داوری اعم اســـت از قرارداد مستقل داوری و شرط داوری در ضمن قرارداد اصلی؛ از این رو باید اصل نسبی بودن قرارداد در هر دو موضوع مورد بررسی قرار گیرد. در خصوص قرارداد مســـتقل داوری، تردیدی در پذیرش قرارداد نیست و در خصوص شرط داوری، با پذیرش استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی، اصل نسبی بودن شـــرط داوری را نیز می‌توان به عنوان قاعده بنیادین پذیرفت که در رویه قضایی نیز مورد تأیید قرار گرفته است.

۲- در خصوص تســـری موافقت‌نامه داوری به قائم‌مقام عام باید گفت چون داوری زائل می‌شـــود، تســـری امکان ندارد و در خصوص قائم‌مقـــام خاص، انتقال موقعیت قراردادی باعث تسری موافقت‌نامه داوری خواهد شد.

۳- رویه قضایی آمریکا در خصوص استناد ذی‌نفع ثالث به موافقت‌نامه داوری، با تشتت مواجه است و در ایران نیز این امر اصولاً پذیرفته نیست؛ مگر آن‌که از سیاق کلام طرفین، انتقال شرط داوری برداشت شود.

٤- ارجاع به سند متضمن شرط داوری در قرارداد کتبی به عنوان مبنایی دیگر مطرح گردید و مصادیق آن ذکر شـــد و دیدیم که در قانون داوری تجاری بین‌المللی این امر به صراحت پذیرفته شـــده اســـت و باید در حقوق داخلی نیز آن را پذیرفت. در خصـــوص مبانی مبتنی بر رضایت مفروض، این مبانی از قبیل نظریه خرق حجاب شرکتی، قاعده استاپل، گروه شرکت‌ها و گروه دولت‌ها، چون عمدتاً بر انصاف مبتنی هســـتند، تســـری موافقت‌نامه داوری به ثالث بر مبنای آن‌ها در ایران پذیرفته نیست؛ مگر توافق طرفین بر رســـیدگی بر مبنای انصاف وجود داشته باشد، اما در داوری‌های بین‌المللی بسیاری این امر مورد پذیرش قرار گرفته است و لذا همواره این خطر وجود دارد که در داوری‌های بین‌المللی که یک طرف آن شخص حقیقی یا شخص حقوقی (عمومی یا خصوصی) ایرانی باشـــد، موافقت‌نامه داوری به شخص حقیقی یا حقوقی دیگری مانند شرکت‌های مادر یا خود دولت تسری یابد.

۵- «اصل نسبی بودن موافقت‌نامه داوری» در حقوق ایران، به عنوان یک اصل قابل شناسایی و پذیرش است و اگر جامعه بخواهد بر مبنای مصالحی آن را با استثنائاتی از قبیل آنچه در خصوص حقوق آمریکا گذشت مواجه نماید، نیازمند تصویب قانون

اســـت. لازم به ذکر اســـت که همواره این خطر وجود دارد که در قراردادهای منعقده بین بازرگانان ایرانی با بازرگانان خارجی یا نهادهای عمومی دولتی ایرانی با اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی که متضمن شـــرط داوری هســـتند، دیوان داوری با تسری موافقت‌نامـــه داوری به دولت ایران به عنوان طرف پنهان موافقت‌نامه داوری یا به یک شـــرکت مادر یا هلدینگ به عنوان طرف اصلی موافقت‌نامه، محکومیت‌هایی را علیه نامبردگان صادر کند.

٦- لـــزوم هماهنگی نظام حقوقی ما با نظام‌های پیشـــرفته دنیا و وحدت رویه داوری تجاری بین‌المللی ایران با نظام‌هـــای مزبور اقتضاء می‌نماید قانون‌گذار ایرانی اثباتاً یـــا نفیاً با تمرکز بر اقتضائات روز و نفع اتبـــاع ایران که طرف موافقت‌نامه‌های داوری بین‌المللی هســـتند، تکلیف موضوع را روشـــن نماید و به بیان حکم موضوع پرداخته به اختلافات موجود خاتمه دهد. در این راستا در طرح جامع داوری گام‌های روشـــنی برداشته شـــده اســـت. در ماده ۱۳ طرح مزبور تحت عنوان «اثر موافقت‌نامه داوری» عمدتاً اصل نسبی بودن پذیرفته شده و تسری به ثالث بر مبنای قواعد عمومی قراردادهـــا مدنظر تدوین کنندگان طرح قرار گرفته اســـت. همچنین در ماده ۵۵ طرح مذکور با عنوان «ورود ثالـــث» و ماده ٥٦ با عنوان «جلب ثالث» رضایت تمام طرفین داوری و ثالث مورد نظر تدوین کنندگان طرح قرار گرفته است. این رویه مطلوب به نظر می‌رســـد؛ چرا که انحراف قانون‌گذار از قواعد عمومی قراردادها و ورود حکمی، امری و دستوری در داوری که عمدتاً مبتنی بر قرارداد است، نیازمند مصلحت خاص است که چنین مصلحتی در داوری لااقل در حال حاضر وجود ندارد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد (۱۳۸۵)، **اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی**، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.

* افتخار جهرمی، گودرز و شـــهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۳)، «**بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا**»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰.

* امینی، منصور و واحدی، ســیمین (۱۳۹۸)، «**محدودیت مســئولیت سهامداران و خرق حجاب شرکت‌ها**»، نشریه حقوق خصوصی، دوره ۷، شماره ۲۷.

* ایرانشاهی، علیرضا (۱۳۹۲)، «**نقض و توسعه قلمرو قرارداد داوری**»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و نهم، شماره ٤٧.

* ایزانلو، محســن و شــید، بابک (۱۳۹٦)، «**تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث بر مبنای نظریه اســتاپل**»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، شماره ۱۰۰.

* بهمئــی، محمدعلی و مرادی، فهیمه (۱۳۹۲)، «**نقش دکترین گروه شــرکت‌ها در شناسایی اطراف پنهان قرارداد داوری**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ٦٢.

* بهمئی، محمدعلی (۱۳۹۲)، «**اطراف پنهــان قرارداد داوری در گروه دولت‌ها**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره شانزدهم، شماره ٦١.

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

* حاتمی‌پور، محسن (۱٤۰۱)، **رویه قضایی محاکم استان تهران: داوری (سال‌های ۱۳۸۰ تا ۱٤۰۰)**، چاپ سوم، تهران: دادگستری کل استان تهران.

* خدابخشــی، عبــدالله (۱۳۹۲)، **حقوق داوری و دعــاوی مربوط به آن در رویه قضائی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* دشــتی، محمدرضا و کریمی، عباس (۱۳۹۲)، «**مطالعــه تطبیقی قرارداد داوری؛ رضایی یا تشریفاتی**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ٤، شماره ۱.

* رستمی، محمد و تقی‌پور، بهرام (۱٤۰۲)، «**داوری اختلافات درون‌شرکتی؛ مطالعهٔ تطبیقی در نظام حقوقی ایران و انگلســتان**»، مجله حقوقی دادگســتری، دوره ۸۷،

شماره ۱۲۳.
* سربازیان، مجید و رنجبری، سهیلا (۱۳۹۵)، «**تعمیم قلمرو موافقت‌نامه داوری به شخص ثالث و آثار آن**»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۸، شماره ۲.
* سلیمی، محسن و خسروی‌نیا، بابک و زارع، مهدی (۱۳۹٦)، «**ماهیت حقوقی شرط داوری**»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۳.
* شعاریان، ابراهیم (۱٤۰۲)، **موافقت نامه داوری از انعقاد تا انحلال در پرتو حقوق داوری داخلی و بین‌المللی**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.
* شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، **آئین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد سوم، چاپ دوازدهم، تهران: دراک.
* شیخ‌محمدی، مرضیه و محبی، محسن و تقی‌زاده، ابراهیم (۱٤۰۲)، «**تسری شرط داوری به شخص ثالث در حقوق ایران و رویه داوری تجاری بین‌المللی**»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱٦، شماره ٦۰.
* شیخ‌محمدی، مرضیه و محبی، محسن و تقی‌زاده، ابراهیم (۱٤۰۱)، «**مطالعه تطبیقی رویه قضایی حاکم بر تسری شرط داوری بر افراد غیر امضا کننده در برخی کشورهای اتحادیه اروپا و حقوق ایران**»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره ۱۱.
* صلح‌چی، محمد (۱۳۸۹)، «**استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی**»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۱.
* عالی‌پسند، ائلناز (۱۳۹۹)، «**امکان ورود ثالث در داوری بر اساس سیر قواعد آنسیترال و قانون داوری تجاری بین المللی ایران و تأثیر آن بر خصوصی و محرمانه بودن داوری**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ٤۳.
* عبدی‌پور، ابراهیم و کریمی، بشری (۱۳۹۸)، «**اعمال قواعد سنتی مسئولیت مدنی غیر قراردادی بر مسئولیت شرکت هلدینگ**»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۲۰.
* غریبه، علی و شهریاری، سیروس (۱۳۹٦)، «**گسترش قلمرو موافقت‌نامه داوری بر اشخاص ثالث از منظر دکترین گروه شرکت‌ها**»، تعالی حقوق، شماره ۲۰.
* فرجی، اسماعیل (۱۳۹۰)، **نفوذ در پوشش شخصیت حقوقی شرکت تجاری**، رساله دکتری حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

* کاکاوند، محمد و محبی، محســـن (۱۳۹۳)، **مجموعه مقالات جشـــن‌نامه دهمین ســـالگرد تاســـیس مرکز داوری اتاق ایران**، جلد پنجم، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.

* کشـــکولی، رســـول و صادقی، محمود و شـــهبازی‌نیا، مرتضی و عزیزی، ابراهیم (۱۳۹۵)، «**گســـترش قلمرو شرط داوری از طریق رضایت مفروض**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۳.

* گایار، امانوئل (۱۳٦۵)، «**قاعده اســـتاپل یا منـــع تناقض‌گویی به ضرر دیگری**»، برگردان و تلخیص: ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ٦، شماره ٦.

* محمدی، ســـام (۱۳۸۸)، «**ماهیت حقوقی تعهد به نفع شـــخص ثالث**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱.

* مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۷٦)، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ نخست، تهران: پایدار.

* مقدم ابریشـــمی، علی و محبوب، مسعود (۱۳۹۵)، «**ساختار حقوقی نظام داوری: سیستم واحد یا دوگانه؟**»، پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱٦.

* یزدی، عباس (۱۳۷۸)، **فرهنگ حقوقی رهنما**، چاپ دوم، تهران: رهنما.

* ســـلیمان زاده، سمیرا (۱٤۰۱)، «**خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، مبانی و آثار**»، نقد و تحلیل آراء قضایی، دوره ۱، شماره ۲.

ب. انگلیسی

* Matthew, R. Carter (2016), **"Arbitration clauses in the context of thirdparty beneficiary claims: An issue ripe for corporate consideration and Illinois Supreme Court review"**, Illinois state bar association Journal, vol 61 No. 8.

* READING & BATES CORPORATION (1979), **Reading & Bates Exploration, Co. v. NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY**, No. 79 Civ. 4421 (KTD)., United States District Court, S. D: New York.

* Lawyer Co-Operative Publishing (1947-1956), **American Jurisprudence, Sanfrancisco, Bancroft Whiteng**, Rochaster N.Y., Lawyer

Co-Operative Publishing, 1947-1956, Vol. 19.

❋ Arda, Asli (2024), **ARBITRATION CLAUSES AND THIRD PARTIES**, Informa Law from Routledge (Taylor & Francis Group): New York.

❋ Born, Gary B. (2009), I**nternational Commercial Arbitration**, Vol 1., India: Wolters Kluwer Publications.

❋ Cross and Wilkins (1986), **Outline of Law of Evidence**, by Collin Tapper, 6th Ed., London: ButterWorths.

❋ Hosking, James M. (2004), **"Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent"**, Arbitration International, Volume 20, Issue 3, 1

❋ Husky Oil Operations Limited v Technip Stone & Webster Process Technology Inc (2023), 2023 ABKB 545 (CanLII),< https://canlii.ca/t/k0cxp> , Last Visited May 8, 2024.

❋ Jonathan Macey and Joshua Mitts (2014), **"Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil"**, 100 Cornell L. Rev, 99 Available at: https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss1/2 (Last Visited May 14, 2024).

❋ Knight, Warren, ET all (1998), **Arbitration by and Against Non-signatories in California Practice Guide: Alternative Dispute Resolution**.

❋ M Abrishami ,Ali (2015), **"Iranian Arbitration law : The Need for Reform"**, International Arbitration Law Review, Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, Issue 1,

❋ Justia; Hague(1990), **yearbook of international law**, Volume 18, Martinus Nijhoff Publishers.

❋ Reading & Bates Corp. v. National Iranian Oil Co(1979), 478 F. Supp. 724 (S.D.N.Y. 1979).

❋ SCOCAL, Ruiz v. Podolsky , 50 Cal. 4th 838, 237 P.3d 584, 114 Cal. Rptr. 3d 263, available at: <https://scocal.stanford.edu/opinion/ruiz-v-podolsky-33899> (last visited Tuesday April 23, 2024).

❋ Sheriden, Peter (1996), **"The Consensus Challenged: Incorporation of Arbitration Agreements by Reference in Construction Contracts"**, Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 274 ss.

United States Court of Appeals for the Second Circuit (2000): Smith/ Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. v. Smith Cogeneration International, Inc. International Legal Materials. 2000;39(3):704-713. doi:10.1017/S002078290001072X.

❋ J. Bowman, Michael and Dino kritsiotis (2018), **Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties**, England: Cambridge University Press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۱۷۳-۱۵۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۲۳

تعدیل شرط وجه التزام ناکافی در پرتو رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

پریسا ناصری،[۱] نصراله جعفری[۲]

چکیده

اعتبار شـــرط وجه التزام یا غرامت خریدار در فرض فســـاد و مستحق ٌ للغیر درآمـــدن مبیع، با صدور رأی وحدت رویه شـــماره ۸۱۱ از موضوعات مورد اختلاف دکترین حقوقی و در پی آن رویه قضایی بوده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی جهت اعتبارسنجی شـــرط وجه التزام مقرر در قرارداد و ماهیت این شرط به رشـــته تحریر درآمده و در پی پاســـخ به این پرسش است که در صورت کشف فساد پس از سپری شدن چند سال و ناچیز درآمدن مبلغ خسارت تعیینی توسط طرفین، آیا خریدار صرفاً اســـتحقاق دریافت همین مبلغ را دارد یا این که راهکاری جهت مطالبه غرامات و قیمت روز مبیع (موضـــوع رای وحدت رویه ۸۱۱) و یا امکان تعدیل این مبلغ وجود دارد. یافته‌های این تحقیق حاکی از آن اســـت که، شرط وجه التزام ضمن قرارداد با وجود فســـاد عقد اصلی هم‌چنان صحیح اســـت و با لحاظ اصول و مبانی حقوقی و هم‌سو با دگرگونی‌های اقتصادی، اراده طرفین بر تعیین مقدار وجه التزام را می‌بایســـت برای مدت زمان متعارف متناسب با افزایش قیمت مبیع و تورم دانست؛ و نه کشف فسادی که چند دهه بعد آشکار می‌شود. بر این اساس، اراده طرفین بر تعیین مبلغ مشخص ناظر به مدت زمانی است که بر اساس شاخص تورم نوعی یا موضوعی، این مبلغ بتواند خسارت کاهش ارزش ثمن خریدار را جبران نماید و تعدیل این مبلغ بر اساس شاخص تورم خالی از وجه نمی‌باشد.

واژگان کلیدی: شرط، وجه التزام، خسارت، اصل حاکمیت اراده، تعدیل.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده الهیات دانشگاه میبد. میبد، ایران،
parisa.naseri20199@gmail.com

۲. دانشیار حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه میبد. میبد، ایران (نویسنده مسئول)
nasrjafari@meybod.ac.ir

درآمد

بنـــا بر رأی وحدت رویه شـــماره ۷۳۳ [۱] هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور با کشف فساد معامله در پی مستحقٌ للغیر در آمدن مبیع و رجوع مالک به متصرف مال، کاهـــش ارزش ثمن به منزله زیان قابل مطالبه، مـــورد پذیرش قرار گرفت و نهایتاً در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰ [۲] نرخ روز اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند معیار محاسبه زیان کاهش ارزش ثمن اعلام شد. حکم مقرر در رأی وحدت رویه اخیر جهت تعیین حدود جبران خسارات ناشی از بطلان معامله به نوبه خود قابل ستایش است، لیکن در عمل و تفسیر آن مشکلاتی مشاهده می‌شود و از جمله مباحث مهم و چالش‌برانگیز در رویه قضایی، اعتبارسنجی شرط وجه التزام قراردادی با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ است.

تـــا پیش از صدور آراء وحدت رویه مذکور، در بســـیاری از روابط قراردادی برای جلوگیری از زیان خریدار و جبران خســـارت وی یا محدود کردن مســـؤولیت فروشـــنده به مبلغ مشخصی در صورت کشف فساد، طرفین مبلغی مقطوع یا درصدی از ثمن را به عنوان وجه التزام یا خســـارت قطعـــی خریدار تعیین می‌کردند. به عنوان مثال در قراردادی که ثمن یکصد میلیون تومان بود، طرفین ذکر کرده‌اند که در صورت کشف، فروشنده علاوه بر استرداد اصل ثمن، مکلف است یکصد میلیون تومان دیگر یا پنجاه درصد ثمن را نیز به خریدار بپردازد. این توافق و شـــرط و مبلغ مورد توافق

---

۱. بنـــا بر این رأی وحدت رویه که در تاریخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ صادر شـــده اســـت: «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحقٌ‌للغیر درآید، بایع ضامن اســـت و باید ثمن را مســـترد دارد و در صورت جهل مشـــتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمـــن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنـــوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است ...».

۲. مطابـــق رأی وحدت رویه شـــماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱: « با عنایـــت به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در موارد مستحقٌ‌للغیر درآمدن مبیع و جهل خریدار به وجود فساد ... فروشنده باید از عهده غرامات وارده به خریدار از جمله کاهش ارزش ثمن برآید. هرگاه ثمن وجه رایج کشور باشد، دادگاه میزان غرامت را مطابق عمومات قانونی مربوط به نحوه جبران خســـارات از جمله صدر ماده ۳ قانون مســـئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناس و بر اساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشـــابه همان مبیع هســـتند، تعیین می‌کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است».

طرفین، در زمان انعقاد قرارداد کاملاً متعارف و معقول بوده است، لیکن گاه فساد پس از ســالیان زیاد آشکار می‌شود و مبلغ ذکر شده در قرارداد آنچنان ناچیز تلقی می‌شود کــه زیان خریدار را جبران نمی‌کنــد. در این موارد اگر خریدار پیش‌بینی می نمود که کشف فســاد بعد از سالیان زیادی مثلاً ده یا بیست ســال، صورت خواهد گرفت یا وجه التزامی درج نمی‌کرد و یا مبلغی به تناسب سال‌هایی که ثمن در تصرف فروشنده می‌ماند، به عنوان خســارت تعیین می‌نمود. در رویــه قضایی این مصادیق مربوط به قراردادهایی است که پیش از صدور آراء وحدت رویه ۷۳۳ و ۸۱۱ منعقد شده است؛ سال‌هایی که جبران خسارت خریدار مبیع مستحقٌ للغیر درآمده، به شدت محل تردید بود و از دیدگاه برخی قضات، صرفاً ثمنَ قرارداد قابل استرداد بود و جبران آن به نرخ روز، از اســاس محل تردید بود؛ از این رو خریدار به این دلیل که نظام حقوقی مقرره روشنی برای جبران غرامات ندارد، تن به وجه التزام قراردادی می‌سپرد.

در این موارد دو پرســش اساســی قابل طرح است: نخست، آیا چنین شرطی صحیح اســت؟ اگر اصل قرارداد باطل باشد، آیا شرط ضمن عقد نیز به تبع آن باطل تلقی می‌شــود؟ دوم، چنانچه این شرط صحیح باشد، چگونه می‌توان از خریداری که پس از ســالیان زیاد از فساد مطلع شده، جبران خســارت کرد؟ آیا صرفاً همان مبلغ مذکور در قرارداد به عنوان غرامات قابل دریافت است یا این شرط و مبلغ قابل تعدیل اســت؟ که در این تحقیق به تحلیل این پرسش‌ها خواهیم می‌پردازیم و در این راستا، در این راستا ابتدا استقلال یا عدم استقلال شرط وجه التزام درج شده در قرارداد فاسد، سپس تعدیل شرط یاد شده به دلیل گذر زمان و ناچیز شدَن آن بررسی می‌شود و در پایان، تفســیری منطقی از اراده طرفین در رابطــه با مقدار وجه التزامِ مورد توافق در قرارداد ارائه خواهد شد.

۱. استقلال یا عدم استقلال شرط وجه التزام در قرارداد باطل

از مباحث مهم شــروط ضمن عقد، پیوند شــرط با عقد و میزان متابعت آن از عقد اصلی اســت. از ماده ۲٤٦ قانون مدنی[۱] این‌گونه برداشت می‌شود که شرط ضمن عقد از هر لحاظ تابع عقد اصلی بوده (صادقی مقدم و شکوهی‌زاده،۱۳۹۱:۷٤؛ حسینی

۱. برابر با نص ماده: «در صورتی‌که معامله به واســطه اقاله یا فســخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شــده اســت باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را ازمشروطله بگیرد».

مقدم و رباطی، ۱۴۰۰: ۲۱۳) و با انحلال عقد به سبب قانونی یا ارادی، شرط ضمن آن نیز منتفی می‌شود.

به نظر می‌رسد در فقه اسلامی، مشهور شرط را «التزام تبعی» می‌دانند؛ به عبارت دیگر،چه در مرحله پیدایش و در ادامه هستی حقوقی عقد، شرط را وابسته به عقد می‌دانند و برای شرط وجود حقوقی مستقلی قائل نیستند (کاظمی و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۴۵؛ تبریزی، ۱۳۸۵: ۲۶۰). در نقطه مقابل، برخی شروط با وجود انحلال عقد اصلی، هم‌چنان به حیات حقوقی خود ادامه داده و منشأ اثر خواهند بود. شرط داوری (بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶)،[1] شرط حفظ اسرار تجاری و شرط تعیین قانون حاکم بر قرارداد را می‌توان به عنوان مصادیق مسلم این قسم از شروط یعنی شروط مستقل از قرارداد نام برد (شیروی،۱۴۰۰: ۱۷۰).

در باب شرط وجه التزام نیز هر دو صورت متصور است؛ گاه این شرط ناظر به قرارداد صحیح درج می‌شود و گاه ناظر به قراداد باطل. به بیان دیگر، شرط وجه التزام از شروطی است که معمولاً جهت پشتیبانی از ایفای کامل تعهدات مندرج در قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد، اما برخی اوقات این شرط برای زمان پس از فسخ یا انحلال و یا حتی بطلان مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد. به عنوان مثال در قرارداد بیع شرط می‌شود چنانچه مبیع مستحقٌ للغیر درآید و فساد بیع آشکار شود، فروشنده متعهد است علاوه بر استرداد ثمن، مبلغ مشخصی نیز به عنوان وجه التزام یا خسارت به خریدار پرداخت کند.

در این حالت پرسش اساسی، وضعیت الزام‌آوری و اعتبار این شرط است. در این خصوص دو دیدگاه متفاوت وجود دارد: برخی قائل به عدم استقلال شرط از عقد هستند و از این رو برای شرط وجود اعتباری مستقل قائل نبوده و از نظر آنان، شرط وجه التزام چنانچه در ضمن عقد باطل درج شده باشد فاقد اعتبار تلقی می‌شود (شهیدی، ۱۴۰۱/۴: ۱۸۰). از ویژگی‌های وجه التزام که در دکترین حقوقی به آن تصریح می‌شود، جنبه تبعی داشتن شرط وجه التزام نسبت به قرارداد اصلی

---

۱. بند اول ماده ۱۶ قانون یاد شده مقرر داشته است: «... شرط داوری که به صورت جزیی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الاثر بودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

اســـت؛ در واقع، بطلان قرارداد اصلی (متبوع) بطلان شـــرط وجه التزام (تابع) را در پی دارد، اما بطلان شـــرط وجه التزام سبب بطلان قرارداد اصلی نخواهد بود (محقق داماد،۱٤۰۱:٤٥۱؛ شهیدی، ۱٤۰۱/۳: ۱۳۰-۱۳۱).

در مقابـــل برخی این شـــرط را صحیـــح و الزام آور می‌داننـــد. (جواهرکلام، علیجانی و شـــریفی، ۱٤۰۳: ۲٤) مهم‌ترین دلیل قائلین به نظریه «صحت» شرط وجه التزام، استقلال شرط از عقد در این موارد است؛ چرا که طرفین از اساس این شرط و توافـــق را ناظر به زمان پس از انحلال اراده نموده‌اند؛ نه این‌که ناظر به حیات و بقای عقد شـــرط و تعهدی را پذیرفته باشند؛ مگر نه این است که در تفسیر گستره تعهدات اساســـی قراردادی، کنکاش خواست و اراده طرفین قرارداد و احراز توافقات صریح یا ضمنی ایشان ضروری است. این خواست مشترک با هیچ نص قانونی منافات نداشته و تحت شمول قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» قرار می‌گیرد.

گاهی اشـــتراط امری ضمن یک قرارداد ســـبب استواری و استحکام مضاعف آن می‌شـــود تا آن‌جا که بطلان عقد اصلی هم خللی در صحت آن به وجود نمی‌آورد (صغیری، ۱۳۸۷:۲۱۱). حتی با تحلیل اراده طرفین در قرارداد مشتمل بر شرط می‌توان بـــه تعدد مطلوب دســـت یافت؛ عقد یک مطلوب اصلی و شـــرط یک مطلوب تبعی (فرح‌زادی، ۱۳۸۵: ۱۵). برخی فقیهان نیز بیان داشته‌اند: «از نظر عرف و لغت، معامله معلق بر شـــرط نیســـت؛ زیرا وجود معامله بر وجود شرط توقف ندارد. معامله امری منجز اســـت که در ضمن آن، کاری بر یکی از طرفین آن شرط شده است. پس رابطه میان آن دو چنین نیست که یکی معلق بر دیگری باشد، بلکه شرط التزام مستقلی است که ضمن التزامی دیگر قرار گرفته اســـت؛ هرچند حکم عقلایی آن در صورت تخلف شرط، پیدایش خیار برای مشروطله است» (موسوی خمینی، ۱۳٦۳: ۲۰۵).[۱] در واقع، اگر شرط ضمن عقد مربوط به اوصاف مورد معامله و یا زمان و مکان و شیوه اجرای تعهد باشـــد و به تعبیری جزئی از عوضین باشد، می‌توان قائل به تبعیت شرط از عقد اصلی بود که فرض ما تحت شمول هیچ‌یک از موارد یادشده نیست (عربشاهی کریز، ۱۳۹۷:۱۲۵).

۱. {ســـؤال} ٤٥٦: اگر در ضمن عقد لازم شـــرط کند که هرگاه مبیع مستحقٌ‌للغیر درآمد فلان مبلغ به مشـــتری بدهد، آیا مشروط‌علیه مشغول‌الذمه می‌شـــود؟ {جواب}: بلی، شرط صحیح است و باید بر اساس آن عمل شود (نوری همدانی، ۱۳۸۸:۱۳۱).

یکســـان نبودن نظرات دکترین، تشتت آراء قضایی را نیز به دنبال دارد. برخی محاکم با استناد به ماده ۲٤٦ قانون مدنی به عدم استقلال شرط وجه التزام نظر داده‌اند؛ مانند دادنامه شماره۹٦۰۹۹۷٦۱۹۱۸۰۰٤۸۲ مورخ ۱۳۹٦/٤/۲۷ موضوع پرونده شماره ۹٦۰۱۷۱ شـــعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کاشـــمر؛ برخی نیز قائل به به استقلال آن شده‌اند از قبیل دادنامه شماره ۹٦۰۹۹۷۸۷۱۲٦۰۰۸۰٤ مورخ ۱۳۹٦/۱۱/۲۵ شـــعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی ســـنندج یا دادنامه قطعی صادره از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۹۹ مورخ ۱۰/۲۷/ ۱۳۹۱ که در متن آن این گونه آمده اســـت: «در صورتی که به صورت شرط ضمن عقد مقرر شود که خسارت ناشی از مســـتحقٌ للغیر درآمدن مبیع معادل قیمت روز مبیع باشد، شرط موصوف معتبر و الزام‌آور اســـت». به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر وجاهت بیشتری دارد؛ چرا که مبنای اســـتقلال یا عدم استقلال شرط، نه صرفاً صورت قرارداد و درج آن در قرارداد اســـت، بلکه اراده طرفین می‌باشـــد. طرفین توافق مستقلی را اراده نموده‌اند و صرفاً مفاد آن را در ضمن قرارداد باطل درج کرده‌اند.

همچنین با فرض این‌که طرفین توافقات مورد نظر خود را در صورت کشـــف فســـاد و بطلان معامله در قرارداد در چارچوب شـــرط انشـــاء و به آن وجود حقوقی می‌بخشند، وجود غرض و هدف عقلایی که از شرایط صحت شرط می‌باشد روشن اســـت؛ چراکه این بنای عقلاء است که می‌پذیرد اشـــخاص بیهوده عبارات و شروط در قرارداد نمی‌گنجانند (مریدی‌فر و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۰۹). کارکرد و فلسفه وجودی شـــرط و فهم عرفی که با روش منصفانه آنچه به خود نمی‌پســـندی به دیگران مپسند دست‌یافتنی است (جعفری‌تبار، ۱٤۰۱/الف: ۱۹۹) نیز آن را تأیید می‌نماید.

در رابطه با گزینش ماهیت این تأسیس قراردادی به عنوان شرط فعل و یا یک توافق مستقل نسبت به خسارات، به نظر می‌رسد هر چند شرط در معنای اصلی خود در قانون مدنی غالباً عملی وابســـته است نه مستقل و احکام قانون مدنی نیز عموماً به شـــروط وابسته منصرف است و به همین جهت پیامد بطلان عقد اصلی به سبب نبود هر کدام از شـــرایط بنیادی صحت معاملات، بطلان شرط ضمن عقد است (قاسم‌زاده و قربانی جویباری، ۱۳۹۷: ۱۱٦)، اما در رابطه با توافق طرفین بر پرداخت مبلغ معینی به عنوان خســـارت، با توجه به خواســـت و اراده طرفین و جوهره و طبیعت شرط که

قابلیت التزام مستقل را دارد، توافقی مستقل است و به نظر صحیح می‌باشد .

حال بر فرض صحت این شرط، این پرسش چالش برانگیز مطرح می‌شود که اگر ضمن قرارداد بیع شرط شده باشد که چنانچه مبیع مستحقٌ للغیر درآید، فروشنده می‌بایست علاوه بر استرداد ثمن، مبلغ یک میلیون تومان نیز به عنوان خسارت و وجه التزام پرداخت کند و پس از گذشت سی سال مبیع مستحقٌ للغیر درآید و خریدار در صدد استرداد ثمن و غرامات خود برآید، آیا مبنای خسارت و غرامات خریدار، همان مبلغ مذکور در عقد سابق است؟ چگونه و با چه تحلیلی می‌توان جنبه جبران خسارتی وجه التزام را توجیه کرد؟ در ادامه به تحلیل موضوع می‌پردازیم.

۲. تعدیل وجه التزام در صورت ناچیز بودن آن به دلیل گذر زمان

همان گونه که بیان شد، در برخی از قراردادها به ویژه قراردادهایی که پیش از صدور آراء وحدت رویه ۷۳۳ و ۸۱۱ منعقد شده است، برای جبران خسارت خریدار مبلغ مقطوعی به عنوان وجه التزام یا غرامت ناشی از مستحقٌ للغیر درآمدن مبیع ذکر می‌شود که این مبلغ اگر چه در زمان انقعاد معقول و متعارف محسوب می‌شود، اما پس از گذشت یک یا دو دهه و چه بسا بیشتر، فساد عقد آشکار می‌شود و در این موارد چالش اساسی برای جبران خسارت خریدار، امکان تعدیل مبلغ مورد توافق است؛ آیا صرفاً این مبلغ می‌بایست مورد صدور حکم قرار گیرد یا اینکه مبلغ مذکور قابل تعدیل است؟ در این بخش به راهکارها و امکان‌سنجی تعدیل آن خواهیم پرداخت.

۲-۱. تعلق خسارت تأخیر تأدیه به وجه التزام

ماده ۷۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر کرده بود: «خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست». با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ با وجود وضع ماده ۵۲۲ [۱] و پیش‌بینی مشروعیت مطالبه خسارت تأخیر تأدیه حکمی نظیر ماده ۷۱۳ قانون سابق وضع نشد. از این

۱. وفق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

رو امـــکان مطالبه این نوع خســـارت همواره مورد اختـــلاف دکترین حقوقی بوده و رویـــه قضایی نیز به عنوان متعهد اصلی تشـــخیص میزان خســـارات قابل جبران، در این‌باره به نحو یکسان عمل نکرده است. برخی از نویسندگان، به سبب این‌که افزودن خســـارت بر اصل سرمایه و اخذ خســـارت تأخیر از این مجموعه برای وام‌گیرندگان بســـیار خطرناک بوده و موجب انباشت بی‌شمار ثروت برای وام‌دهندگان خواهد بود، مطالبه خســـارت از خســـارت را ممنوع می‌دانند (کاتوزیـــان، ۱۳۹۹/٤: ۲٤۹). برخی دیگر به جهت ســـکوت قانون جدید، قائل به پرداخت این نوع خســـارات هســـتند (شـــمس،۱۳۸٤:٤۰۷). شماری نیز دلیل سکوت قانون جدید را باور قانون‌گذار به غیر مستقیم بودن خسارت از خســـارت بیان می‌دارند که در ماده ۵۲۰ به غیر قابل مطالبه بودن خسارت باواسطه اشاره شده است (شهیدی، ۱۳۹۰/۵: ۱۹ و ۲٤٤).

قضات دادگاه‌ها نیز رویه‌های متفاوتی پیش گرفته‌اند؛ برخی از شعب از جمله شـــعبه ۳۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شـــماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۹۳۰۰۸۸٤ حکم به محکومیت خوانده به پرداخت وجه التزام و خســـارت تأخیر تأدیه آن داده است. در مقابل بســـیاری از قضات، مطالبه خسارت از خسارت را روا نمی‌دانند؛ مطابق دادنامه قطعی مورخ ۱۳۹٤/٤/۱٦ به شـــماره ۹۳۰۹۹۸۲۱٦۰۷۰۰٤۱۲: « خسارت تأخیر تأدیه نسبت به خسارت قراردادی مقرر بین طرفین، خسارت از خسارت بوده و قابل مطالبه نیست». در دادنامه دیگری به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۱۳۰ و به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۲۷ آمده است: «در صورتی که خواسته اصلی دعوی، مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد باشـــد، مطالبه خســـارت تأخیر تأدیه نسبت به خواســـته اصلی در واقع مطالبه خسارت از خسارت بوده که فاقد مبانی شرعی و قانونی است».

در این خصوص به نظر می رسد فارغ از این که در حال حاضر مقرره‌ای مبنی بر ممنوعیت مطالبه خســـارت از خسارت وجود ندارد و مقرره سابق نسخ شده است و اگر چه مطالبه خســـارت تاخیر تادیه بر اساس شاخص بانک مرکزی، خسارت از خسارت محسوب نمی‌شـــود، اما مهم‌ترین مانع برای پذیرش این راهکار در رابطه با موضوع تحقیق، شرایط مذکور در ماده ۵۲۲ و شرط مطالبه آن است. نیک می‌دانیم که مهم‌ترین مقرره در نظام حقوقی کشور در باب امکان مطالبه خسارت تاخیر تادیه وجه نقد که به نوعی می‌توان این مقرره را قاعده عمومی در باب خســـارت کاهش ارزش

دیون ریالی دانســـت، حکم مذکور در ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اســـت که بر اساس آن، در دیون ریالی در صورت مطالبه دائن و عدم پرداخت مدیون متمکن، دائن مســـتحق دریافت خسارت تاخیر تادیه بر مبنای شاخص بانک مرکزی اســـت، اما در موضوع تحقیق، آنچه منجر به ناچیز شدن وجه التزام مندرج در قرارداد شـــده اســـت، گذر زمان و عدم اطلاع طرفین از بطلان بیع و کشف فســـاد پس از چندین سال است. در واقع مهم‌ترین شرط مذکور در ماده یعنی شـــرط مطالبه ۵۲۲ در باب موضوع تحقیق، پس از آشکار شدن فساد تحقق می‌یابد و از زمان بیع تا کشف فساد، خریدار مطالبه‌ای مبنی بر استرداد ثمن و وجه التزام نداشته اســـت تا بتوان بر مبنای ماده ۵۲۲ از زمان قرارداد تا زمان کشف فساد، وی را مستحق خسارت تاخیر تادیه بر مبنای شاخص بانک مرکزی دانست.

بنابراین اگر چه این راهکار در نفس خود می‌تواند معقول و متعارف باشد، اما مســـتند قانونی برای آن وجود ندارد و از این رو می بایســـت به دنبال راهکار دیگری بود. فراموش نشـــود که موضوع بحث حاضر، خسارت تاخیر تادیه وجه التزام مندرج در قرارداد اســـت؛ و نه خسارت تاخیر تادیه ثمن؛ تا بتوان آن را مشمول رای وحدت رویه ۷۳۳ دانست و شرط مطالبه دائن را نادیده انگاشت.

۲-۲. تعدیل منفی وجه التزام و رای وحدت رویه ۸۰۵

حـــدود اعتبار وجـــه التزام قـــراردادی در تعهدات پولی، همـــواره از مباحث پراهمیت در نظام حقوقی ایران بوده و رأی وحدت رویه شـــماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور جواز این امر را منوط به عـــدم مغایرت با قوانین و مقررات آمره دانسته است؛ مطابق این رأی: «مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی‌که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشـــته باشـــد، معتبر و فاقد اشـــکال قانونی است». رأی یاد شده بدون لحاظ معقول بودن میزان تعهد و رعایت حسن نیت، طرفین قرارداد را در تعیین وجه التزام ناشی از پیمان‌شکنی به هر میزان مختار می‌داند؛ هرچند در بسیاری موارد به دور از عدالت بوده و ریسک‌های فراوانی به همراه خواهد داشت؛ به عبارت دیگر، هرچند از نتایج اصل آزادی قراردادی، اصل حاکمیت اراده مندرج در

ماده ۱۰ قانون مدنی[1] است که بارزترین دلیل برای صحت شرط وجه التزام است، در این خصوص، وجه التزام محیط بر عوض خواهد شد و حکم به آن و نه اجرای اصل تعهد برای متعهدله مطلوبیت بیشتری خواهد داشت.

رویکرد تازه، ابتکار عمل دادرسان را در این موضوع نابود می‌سازد و موجب می‌شود آنان بدون اقناع قضایی اسیر در چنگال متعهدله بی‌رحم شوند (موسوی، ۱۴۰۱: ۵۳۸)؛ در حالی‌که «دادرس می‌تواند آنچه را رفتار انسانی با حسن نیت و منصف می‌بیند، زیر عنوان شرط ضمنی و شرط بنایی در عقد اجرا کند و از اتهام تحریف قرارداد نیز به دور ماند» (کاتوزیان،۱۳۹۹/۳: ٥٤).

فارغ از اشکالات وارد بر رای پیش‌گفته، ممکن است در باب موضوع تحقیق نیز این اشکال مطرح شود که با وجود این رای وحدت رویه، امکان تعدیل وجه التزام در هر حال وجود ندارد. در این خصوص گفتنی است اگر چه مبنای رای وحدت رویه ماده ۲۳۰ قانون مدنی است و این مقرره در بیان عدم امکان هر نوع تعدیل مثبت یا منفی در این خصوص می‌باشد، اما موضوع رای وحدت رویه ۸۰۵ صرفاً رفع اختلاف در باب تعدیل منفی وجه التزام و رفع این اختلاف است که چنانچه وجه التزام مندرج در قراردادهای دیون ریالی بیش‌تر از شاخص تورم باشد، آیا مبلغ بیشتر صحیح است. در این خصوص دیوان عالی کشور این‌گونه اظهار نظر نموده است: « مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است»؛ از این رو به نظر می‌رسد تعدیل مثبت وجه التزام یعنی حکم به مبلغ بیشتری از آنچه در قرارداد برای جبران خسارت خریدار ذکر شده و به دلیل گذر زمان دچار کاهش ارزش شدید شده و مبنای جبرانی خود را از دست داده است، با رای وحدت رویه مزبور تعارضی ندارد.

---

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی که بر اساس آن «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی‌که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» سوغات فرنگ است چراکه هنوز به این سرزمین وارد نشده بود که در فقه قرن‌ها در رابطه با توقیفی نبودن عقود (آزادی اراده در عقود) مطالعه شده بود (جعفری لنگرودی،۱۴۰۱/ب:۲۷٦).

۳. تفسیر اراده طرفین بر تعیین مقدار وجه التزام برای مدت زمان متعارف و تحلیل نگارندگان[۱]

چنان‌چه طرفین در قرارداد با فرض مستحقٌ للغیر درآمدن مورد معامله میزان خسارت پرداختی را معین نموده باشند با توجه به تکمیلی و به عبارتی تعویضی و مفسر اراده بودن قواعد، اراده‌گرایی حقوقی که وفق آن دادگاه می‌بایست به توافقات و شروط مربوطه پای‌بند باشد و نیز مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی که بیان‌گر قاعده کلی لزوم تعهدات است، امکان استناد به رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ وجود ندارد. در همین فرض اگر وجه التزام افزون بر میزان مقرر در رأی وحدت رویه ۸۱۱ باشد، در صحت آن اشکالی وجود ندارد، اما چنان‌چه این مبلغ بسیار کمتر از خسارت کامل زیان‌دیده باشد، لازم الاتباع بودن یا نبودن توافق مقرر نیاز به بررسی دارد. به عنوان مثال، در قرارداد منعقد شده در سال ۱۳۸۰ شرط شده است در صورت کشف فساد به هر دلیلی، فروشنده متعهد است علاوه بر استرداد ثمن مبلغ دو میلیون تومان هم به عنوان خسارت به خریدار پرداخت نماید. حال پس از بیست سال که قیمت مبیع دو میلیارد شده است، کشف فساد می‌شود. خریدار چه مبلغی را به عنوان خسارت و غرامت خود می‌تواند دریافت کند؟ برخی معتقدند دو میلیون توافق شده به جهت احترام به توافقات خصوصی طرفین و تکمیلی بودن رأی وحدت رویه مزبور؛ لذا رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ در این مورد اعمال نمی‌شود. در همین راستا، دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۰۸۹۵۵۹۸ به تاریخ ۱۴۰۱/۱/۲۹مقرر داشته است: «ارجاع امر به کارشناسی جهت تعیین قیمت روز ملک مورد معامله فضولی منوط بر آن است که توافق مغایری وجود نداشته باشد؛ زیرا رأی وحدت رویه مزبور در مورد یک قاعده تکمیلی است. لذا شرط وجه التزام، شرط مستقل در عقد بوده و علی‌الاصول صحیح است؛ از این رو بطلان عقد اصلی به صحت آن لطمه‌ای وارد نمی‌سازد». شمار دیگری از نویسندگان قائل به بطلان شرط به سبب تبعیت از عقد هستند و معتقدند تنها اگر در نظر طرفین و بر مبنای اراده آن‌ها مستقل از عقد و فراتر از آن ناظر به بطلان قرارداد باشد مطابق آن عمل می‌شود.

---

۱. صورت ظاهر چه جویی ای جوان/ رو معانی را طلب ای پهلوان/ صورت ظاهر فنا گردد بدان/ عالم معنا بماند جاودان (مولوی، ۱۳۷۳: ابیات ۱۰۲۰/۶۵۳).

شـــرط و توافق طرفین مبنی بر پرداخت مبلغی به عنوان خســـارت ناشـــی از مستحقٌ للغیر بودن بی‌تردید لازم‌الاتباع است؛[1] زیرا اگر طرفین استقلال شرط از عقد را حتی به صورت ضمنی[2] شـــرط کنند و یا از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد بتوان قصد مشـــترک طرفین مبنی بر استقلال شرط را اســـتنباط کرد (حق مکتسبه)، قاعده لزوم تبعیت شـــرط از عقد اجرا نمی‌شود. به نظر می‌رسد با توجه به تأثیر شایان توجه عنصر زمان در تعیین مقدار خســـارت و در راستای واقع‌گرایی حقوقی، اراده طرفین را می‌بایســـت ناظر به مدت زمان متعارف کوتاه متناسب با افزایش قیمت مبیع و تورم دانســـت؛ و نه کشف فســـادی که چند دهه بعد آشکار می‌شـــود. در واقع، خریدار و فروشنده که مبلغی بر مبنای حفظ تعادل نسبی دو عوض و متناسب با تورم پنج سال آینده به عنوان خسارت تعیین کرده‌اند، اگر طی این پنج سال کشف فساد صورت گیرد ملاک همان مبلغ است، اما اگر بیست سال بعد کشف فساد صورت گیرد، آیا می‌توان گفت اراده طرفین ناظر به این زمان بوده و خســـارت دیگری به وی تعلق نمی‌گیرد؛ چه ســـابقاً نسبت به خسارت به توافق رسیده‌اند؟![3] در این‌باره، با شرط ضمنی واقعی مواجهیم که همان «شـــرط ضمنی ارتکازی» است؛ این نوع از شرط، ناشی از عقل و بداهت اســـت؛ یعنی عقل به طور آشکار وجود شرط را از لوازم عقد می‌داند (صفایی و عسگری، ۱۳۹٤:۹٦).

التزام مشروطله به شـــرط مقرر در قرارداد برای مدت طولانی و نامعین (و نه برای یک مدت عرفی) که می‌تواند ســـبب اخلال در معیشـــت ایشان و تحقق «غبن معکوس» (خدابخشـــی،۱٤۰۱: ٥٤۹) شود و از مصادیق سلب حق مقرر در ماده ۹۵۹ قانون مدنی به شـــمار آید، به خوبی گویای این حکم اســـت. اســـتفاده بدون جهت فروشنده به‌ویژه اگر از مستحقٌ للغیر بودن مورد معامله آگاه باشد، از دیگر نتایج التزام مشروطله به وجه التزام اندک قراردادی است. تفسیر قواعد حقوقی که سبب حمایت

---

۱. در این راســـتا، صحت ضمان عهده که از جمله می‌تواند در ضمن عقد بیع باشـــد قابل اشاره است (ماده ٦۹۷ قانون مدنی).

۲. «شـــرط ضمنی» مدلول التزامی مفاد قرارداد و ابزار تفسیر و تکمیل آن است که رعایت آن، به نظم قراردادی و ایجاد رویه عرفی و نوعی در قراردادها مرتبط است (ره‌پیک، ۱٤۰۰: ۲۹).

۳. تفسیر بما لایرضی صاحبه.

باید به این مهم توجه داشـــت که «نه تنها قراردادها، بلکه ممکن اســـت قانون نیز توان تعیین تکلیف تغییرات آینده را نداشته باشد» (طالب احمدی، ۱٤۰۳:۲٤۰).

از شـــخص دارای سوء نیت باشـــد، با هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی سازگار نیست و عناوین متعدد موجود در فقه نیز از جمله قاعده لاضرر نشـــان‌گر توجه فقهای امامیه به حســـن نیت و حمایت از آن اســـت (حاجی‌پور، ۱۳۹۲: ۳۱). گفتنی است کوربن[1] یکی از نویســـندگان حقوقی، هدف از «حقوق قراردادها» را محقق ساختن انتظارهای معقولی می‌داند که تعهدی موجب پیدایش آن می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹/٤: ۱۲۱). در راستای رمزگشـــایی از مطلوب واقعی طرفین باید به این مهم توجه داشت که از نظر واقع‌گرایان، در مطالعه علم حقوق باید به داده‌های واقعی و عینی مانند داده‌های دعوی و عوامل سیاســـی، اجتماعی و اقتصادی در نگریست و «علم واقعی حقوق» را با همه موارد مؤثر بر آن شناسایی نمود (بابایی، ۱۳۸٦: ۲۵). به همین منظور، دادرس در صدد اســـت که با حرکت از متن به معنای «خود از متن» که به عوامل متعدد خارج از متن پیوند دارد و با بسترهای اجتماعی و فرهنگی خود سازوار است، برسد؛ از این‌رو، باید از ایجاد معنا سخن بگوییم نه کشف معنا (چراغی، ۱٤۰۰: ۲٦٦).

همچنین توجه به معنای عرفی وجه التزام و قاعده «المعروف عرفاً کالمشروط شـــرطاً» وجه تضمین کننده پای‌بندی طرفین در معاملات، خواست اصلی مشروطله مبنی بر زیر فشار قرار دادن مشروط‌علیه برای ایفای موضوع قرارداد است؛ و نه عملی کردن ستمی ناروا بر مشروطله. ویژگی توأم با تحدید و تضمین بودن شرط وجه التزام گواه صحت این نگرش اســـت. به عبارت بهتر، «واقعـــی- عقلانی» کردن وجه التزام (تقلیل آن) بر پایه قاعده فقهی «اعمال الکلام اولی من اهماله» و «اصل تفسیر در پرتو کل قرارداد» نباید جنبه التزامی آن را که پیامد اراده مشترک طرفین است، بی‌مایه نماید (خدابخشی، ۱٤۰۱: ٦۷۰).

با امعان‌نظر در این تعریف از وجه التزام، صحت دیدگاه اخیر تأیید می‌شـــود: «وجه التزام گاهی فقط به منظور تأمین خســـارت عـــدم انجام تعهد یا تأخیر آن مقرر می‌شود و گاهی طبیعت آن طبیعت خسارت نبوده، بلکه برای توثیق و استواری انجام قرارداد می‌باشد و گاهی هر دو حیثیت در آن دیده می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹٦: ۷٦). ناگفته پیداســـت در ســـرزمین حقوق، نص‌گرایی یا اجرای مرّ قرارداد به عنوان قانون بین متعاملین، همواره آرمان‌های حقوقی و عدالت را محقق نخواهند ســـاخت؛

1. Corbin

چـــه باید به واژه‌ها معنی بخشـــید، نه آن‌که آن‌ها را از معنـــی تهی کرد (جعفری‌تبار، ۱۴۰۱/ب: ۸۲).

با توجه به مطالب گفته شـــده، به نظر می‌رسد اگر قصد مشترک طرفین روشن نباشـــد، وجه التزام را می‌بایست ناظر و برای مـــدت زمان متعارف محسوب کرد و چنانچه کشف فساد در این مدت متعارف محقق شـد، خریدار نیازمند حمایت دیگری نیست؛ چرا که توافق طرفین وجه تضمین جـبرانی خود را حفظ نموده است، اما با اتمام مدت زمان متعارف می‌توان از رای وحـــدت رویه ۸۱۱ استفاده کرد و خریدار را مستحق قیمت روز مبیع دانست. در واقع شـــرط وجه التـــزام به عنوان یک شرط مســـتقل در این موارد، بر مبنای اراده باطنی طرفین مهلت متعارفی داشـــته و پس از ســـپری شدن این مهلت متعارف، گویا منحل شده و دیگر در رابطه با طرفین الزام‌آور نیست و می‌توان خریدار را مستحق قیمت روز مبیع موضـوع رای وحدت رویه ۸۱۱ دانست.

برآمد

۱- با کشف فساد معامله، مبنای اصلی جبران خسارت خریدار رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ است، اما از موضوعات مهم مرتبط با این رأی، اعتبارسنجی شرط وجه التزام قراردادی است. آن‌چه قابل بررسی است، ملاک جبران خسارات در پی کشف فساد معامله در فرضی است که رأی وحدت رویه ارجاع امر به کارشناس بر اساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند را معین نموده؛ درحالی‌که طرفین به مبلغ مقطوعی توافق کرده‌اند. اصل حاکمیت اراده و اصل التزام به مفاد عقد، هرچند نمودی از واقعیت‌اند، اما تابعی از اصل انصاف نیز هستند؛ از این رو در رابطه با اعتبار اراده طرفین در تعیین خسارات تردیدی نیست، اما حکم به آن در هر شرایطی و بدون لحاظ عنصر زمان، اراده ضمنی و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، موجب ترتب بی‌عدالتی اجتماعی و پیامدهای ناخوشایند اقتصادی می‌شود.

۲- استقلال شرط ضمن عقد از عقد اصلی، نظریه‌ای پذیرفتنی است که «صحت» وجه التزام را در پی دارد. در واقع، مبنای قانونی وجه التزام قراردادی مندرج در ماده ۲۳۰ قانون مدنی، ماده ۱۰ این قانون است که با لحاظ قصد مشترک طرفین، یکی از فروض آن کشف فساد معامله است. به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت عنصر زمان در تعیین مقدار خسارت و با لحاظ لزوم پایا ماندن نسبی و عرفی شرایط زمان درج شرط در قرارداد، اراده طرفین را می‌بایست ناظر به مدت زمان متعارف کوتاه متناسب با افزایش قیمت مبیع و تورم دانست؛ و نه کشف فسادی که چند دهه بعد آشکار می‌شود؛ لذا در این موارد باید بر اساس شاخص تورم بانک مرکزی و ملاک ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، همان مبلغ وجه التزام را به روزرسانی کرد و به نوعی کاهش ارزش وجه التزام را این‌گونه جبران نمود یا این‌که می‌بایست خریدار را برای مدت زمان متعارف پس از انعقاد قرارداد، مستحق وجه التزام دانست و برای بعد از آن، قیمت روز مبیع و مبنای رای وحدت رویه ۸۱۱ را جاری کرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* بابایی، ایرج (۱۳۸٦)، «**مبانی نظـــری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق**»، پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۹، شماره ۲۳.

* تبریزی، جواد (۱۳۸۵)، **استفتائات جدید**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: سرور.

* جواهرکلام، محمدهادی و علیجانی، محســـن و شـــریفی، فخرالدین (۱٤۰۳)، «**اثر انحلال قرارداد بر شرط «وجه التزام»؛ مطالعه تطبیقی رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱٤۰۱)، **فلســـفه حقوق مدنی؛ اصول عامه اذن و اذنیات**، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹٦)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ ســـی‌ام، تهران: گنج دانش.

* جعفری‌تبار، حســـن (۱٤۰۰)، **دیو در شیشـــه در فلسفه رویه قضایی**، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر.

* جعفری‌تبار، حســـن (۱٤۰۱/الف)، **کاغذین‌جامـــه؛ آیین نگارش لایحه قضایی**، چاپ چهارم، تهران: نگاه معاصر.

* جعفری‌تبـــار، حســـن (۱٤۰۱/ب)، **منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی**، چاپ سوم، تهران: نشر نو.

* چراغی، ولی‌الله (۱٤۰۰)، **فلســـفه‌ی قضاوت؛ نقـــش دادرس در ایجاد قاعده‌ی حقوقی**، چاپ دوم، تهران: مجد.

* حاجی‌پور، مرتضی (۱۳۹۲)، «**حســـن نیت تکلیفی در فقه امامیه**»، نشـــریه فقه و حقوق اسلامی، دوره ٤، شماره۷.

* حسینی مقدم، حسن و رباطی، حسین‌حمزه (۱٤۰۰)، «**کارآیی اقتصادی شرط وجه التزام برای مبیع مســـتحقٌ للغیر درامده (فراتر از آرای وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱)**»، دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۸، شماره ۲۰.

* خدابخشی، عبدالله (۱٤۰۱)، **فلسفه حقوق؛ از اسپینوزا تا هینمن**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* ره‌پیک، حسن (۱٤۰۰)، **حقوق مدنی پیشرفته؛ مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد**، چاپ سوم، تهران: خرسندی.
* شهیدی، مهدی (۱٤۰۱)، **حقوق مدنی؛ شروط ضمن عقد**، جلد چهارم، چاپ نهم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱٤۰۱)، **حقوق مدنی؛ تعهدات**، جلد سوم، چاپ بیست و ششم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱٤۰۱)، **حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات**، جلد نخست، چاپ شانزدهم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی؛ سقوط تعهدات**، جلد پنجم، چاپ ششم، تهران: مجد.
* شیروی، عبدالحسین (۱٤۰۰)، **حقوق قراردادها؛ انعقاد، آثار و انحلال**، چاپ چهارم، تهران: سمت.
* شمس، عبدالله (۱۳۸٤)، **آیین دادرس مدنی**، جلد نخست، چاپ دهم، تهران: دراک.
* شهابی، مهدی (۱۳۹۳)، «**قرارداد به مثابه‌ی قانون هابزی یا کانتی تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه**»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ٦، شماره ٤.
* صغیری، اسماعیل (۱۳۸۷)، **تئوری تعهدات در بوته عمل**، چاپ دوم، تبریز: فروزش.
* صفایی، عسگری و حسین، جعفر (۱۳۹٤)، «**ماهیت و مبانی نظریه نقض قابل پیش‌بینی در فقه و حقوق ایران**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۰.
* صادقی مقدم، محمدحسن و شکوهی‌زاده، رضا (۱۳۹۱)، «**نظریه تبعیت در اعمال حقوقی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۷.
* صادقی نشاط، امیر (۱۳۹٦)، «**حقوق؛ واقعیت یا اعتبار (ماهیت حقوق)**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۷، شماره ۱.
* طالب احمدی، حبیب (۱٤۰۳)، «**انعطاف‌پذیری در قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.

* عربشاهی کریز، محمود (۱۳۹۷)، «**وضعیت حقوقی شرط تشدید و تخفیف ضمان ناشی از مستحقٌ للغیر درآمدن مبیع**»، وکیل مدافع، دوره ۸، شماره ۱۷.
* فرح‌زادی، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، «**رابطه شـــرط ضمـــن عقد و قرارداد**»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره۳۸ و ۳۹.
* قاســـم‌زاده، مرتضی و قربانی جویبـــاری، محمد (۱۳۹۷)، «**اثر بطلان عقد بر شرط مستقل (توجیه و تحلیل رویه قضایی)**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ٦، شماره ۲۲.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۱)، **حقوق خانواده**، جلد نخســـت، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۰)، **حقوق مدنی؛ نظریه عمومی تعهدات**، چاپ دهم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۰)، **فلسفه حقوق**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، **قواعد عمومی قراردادها؛ آثار قرارداد**، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
* کاتوزیـــان، ناصر (۱۳۹۹)، **قواعد عمومی قراردادها؛ اجرای قرارداد**، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
* کاظمی، محمود و تقی‌زاده، ابراهیم و احمدی بیاضی، علی (۱۳۹۹)، «**شرط مستقل از عقد؛ مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق فرانسه بر مبنای اصلاحات قانون مدنی**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۱، شماره ۱.
* کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰)، **مبانی فلسفی تفسیر قانون**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* مولوی، جلال‌الدین (۱۳۷۳)، **مثنوی معنوی**، چاپ پنجم، تهران: بهزاد.
* محقق داماد، ســـیدمصطفی (۱٤۰۱)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، جلد نخست، چاپ ششم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* موســـوی، عباس (۱٤۰۱)، «**مهار وجه التزام قراردادی با اصول عدالت و انصاف (نقد رأی وحدت رویه شـــماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱٦)**»، نقـــد و تحلیل آراء قضایی، دوره اول، شماره ۲.

* مریدی‌فر، حسین و سکوتی نسیمی، رضا و مسعودی، ناصر (۱۳۹۷)، «**جایگاه اصل واجد اثر بودن عبارات قرارداد در تفسیر قراردادها**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۳.
* نوری همدانی، حسین (۱۳۸۸)، **هزار و یک مسأله فقهی (مجموعه استفتائات)**، جلد دوم، قم: مهدی موعود (عج).

ب. عربی

* موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳٦۳)، **البیع**، جلد پنجم، چاپ سوم، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعلیان.
* موسوی بجنوردی، حسن (۱۳۷۷)، **القواعد الفقهیه**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: الهادی.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۲۰۰-۱۷۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۵

حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در پرتوی رویه قضایی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان و دیوان اروپایی حقوق بشر

محمد جلالی،[۱] پگاه مرزبان[۲]

چکیده

تجربه سال‌های جنگ جهانی دوم که همزمان با آن بی‌اعتبار ساختن حق‌ها از معنا و اهمیت خود به امری رایج بدل شده بود، در آلمان منجر به تضمین حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت گردید. حقی که با به رسمیت شناختن عقل، اراده و مسؤولیت انسان به عنوان سه رکن رقم‌زننده مسیر دلخواه او از زندگی، در جهت اعاده ساحت‌های ویران‌شده شخص برآمد. به همین دلیل در فاصله قرن نوزده تا بیستم میلادی، ساحت نظام‌های حقوقی به آزمایشگاه چگونگی تضمین حق‌ها بدل گشت. بنیان تمامی نظریه‌هایی که بر گرد محور حق‌ها و آزادی‌ها بنا نهاده شده بودند، با چالشی اساسی مواجه گردیدند. پرسش پیش‌روی آن بود که حق با همه ماهیت پرطمطراق خود، چگونه می‌تواند سازکاری عملی برای جامعه عمل پوشانیدن به تن این ارزش‌ها مهیا سازد. پاسخ به این سوال خود را در قامت رویه قضایی نمودار ساخت. از همین‌روی دادگاه قانون اساسی آلمان به عنوان نهاد رویه‌ساز اساسی، به یکی از اثرگذارترین مصادیق تضمین‌گر حق‌ها تبدیل گردید. شناسایی و حفاظت از حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت نیز از جمله مهم‌ترین شاهد مثال‌های این مدعا به شمار می‌رود. از گستره معنایی این حق تا محدودیت‌ها و توسعه آن در سایه رویه این دادگاه قابل مشاهده است. شکوفایی آزادانه شخصیت آدمی از مرکزی‌ترین هسته یعنی ساختارهای بیولوژیکی و هویت تا شهرت و اعتبار او در اجتماع موضوع دعاوی متعدد بوده است. ادامه روند توجه به جایگاه رویه قضایی تنها به درون مرزهای کشورها و نظام‌های حقوقی داخلی محدود نگردیده است. در سطح اروپا، تاسیس دیوان اروپایی حقوق بشر منجر به ایجاد سازکار تضمین مضاعف حق‌ها شد. این امر، گفتمانی را میان دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان و این دیوان شکل داده است که بر قلمروی حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت نیز تاثیرگذار بوده است.

واژگان کلیدی: رویه‌ی قضایی، حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت، تضمین حق‌ها، دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، دیوان اروپایی حقوق بشر.

---

۱. استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
mdjalali@gmail.com

۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
Pmarzban98@gmail.com

درآمد

آلمان پس از جنگ جهانی دوم و با قرار گرفتن در ساعتِ صفر تاریخی خود توانست از قلب ویرانه‌های وجود حقوقی و اخلاقی آدمی به مرزهای احترام به انسان همچون موجودی که توانایی شکوفایی آزادانه شخصیت خود را داراست دست یابد. از همین روی می‌توان گفت شخصیت عنصر یگانه بخش وجود شخص طبیعی است که از مجرای آن دارای حق و تکلیف می‌گردد. با توجه به دیدگاه نظام حقوق اساسی آلمان، شخصیت فرد در اراده و انتخاب یک هدف و فعلیت بخشیدن به آن متجلی می‌شود. بر این اساس، هسته چیستی حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت را اراده آزاد فرد در گزینش شیوه دل‌خواه زندگی‌اش تشکیل می‌دهد. بر پایه همین تعریف، مفهوم سهلِ دیریاب این حق بر پیکر قانون بنیادین طرحی نو درانداخت. منطبق بر ماهیت این حق و قرار گرفتن آن در منظومه حق‌های نسل نخست حقوق بشر، دولت ملزم به حفاظت و عدم مداخله در قلمرو آن است. از همین روی همواره امکان بروز تعارض میان دامنه حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت افراد و حدود صلاحیت دولت وجود دارد. بر این اساس، حق مورد بحث آزادی عمل اشخاص را مورد حمایت قرار می‌دهد. با این حال همواره چالش‌هایی در قالب دادخواهی اساسی نمود می‌یابد.

به همین دلیل علاوه بر شناسایی حق‌ها در قانون اساسی، سازکار تضمین آن نیز چنان مهم است که ماده ١٦ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ فرانسه بیان می‌نماید: «هر جامعه‌ای که در آن حقوق افراد تضمین نشده است ... دارای نظام مبتنی بر قانون اساسی نیست» (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۷۹). به عبارت دیگر هدف از نظارت اساسی نشان دادن اثربخشی واقعی قانون اساسی به عنوان هنجار حقوقی برتر، نسبت به سایر هنجارها است (جلالی و یاوری، ۱۳۹۹: ۱۰۷). در همین راستا نظام حقوقی آلمان نیز بر اهمیت قوه قضاییه و تاثیر دادرسی اساسی تاکید نموده و آن را یکی از پر اهمیت‌ترین راه‌های تضمین حق‌های بنیادین مندرج در قانون اساسی شمرده است. تجلی این روش از دادرسی در پیکر دادگاه قانون اساسی آلمان، آن را به عالی‌ترین نگهبان قانون بنیادین در این نظام حقوقی بدل نموده که تصمیمات آن برای سایر دادگاه‌ها قطعی و لازم الاجرا است. از سوی دیگر هم‌زمان با توسعه فرایندهای جهانی شدن که منجر به فراملی شدن گفتمان‌های قضایی نیز شده است، دیوان اروپایی

حقوق بشـــر پا به عرصه گذارده است. بدین روی تفسیرهای دادگاه قانون اساسی در کنار نظارت قضایی دیوان اروپایی حقوق بشـــر، در درک چیســـتی و چرایی حق‌های بنیادین اهمیت یافته اســـت. بر این اساس در این نوشتار به شیوه توصیفی- تحلیلی، حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت را ابتدا در پرتو رویه قضایی دادگاه قانون اساسی به عنوان عالی‌ترین دادرس اساسی و سپس دیوان اروپایی حقوق بشر بررسی می‌نماییم.

۱.حق بر شکوفایی آزادانه شـــخصیت در رویه دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان

به دلیل نقش برجســـته دادگاه قانون اساسی فدرال در نظام حقوقی آلمان این نهاد را «الگوی پیشروی اساســـی‌گرایی دموکراتیک» دانسته‌اند (Kommers, 2019: 559). دیدگاه حاکم بر رویه دادگاه بر این مبنا اســـتوار اســـت کـــه برای هر منازعه مبتنی بر قانون اساســـی با اتکاء به تفسیر قضات این دادگاه می‌توان پاسخی در قانون یافت. دادگاه بارها «انسان را موجودِ اخلاقیِ کرامت‌مند توصیف نموده که همه ارکان دولت موظف به احترام و حفاظت از شـــکوفایی خودآیین او است» (BVerfGE 45, 187,1977, para.72). بر این اساس انسان از بدو تولد تا زمان مرگ توانایی شکوفایی شـــخصیت خود را داراست. دادگاه قانون اساسی وظیفه خود می‌داند تا هم‌گام با حق بر شـــکوفایی آزادانه شخصیت از تمامی مولفه‌های برسازنده شخصیت آدمی حفاظت نماید. از این روی، در این قســـمت رویه این دادگاه را نســـبت به حق بر شـــکوفایی آزادانه شـــخصیت از پایه‌ای ترین مولفه شخصیت آدمی، جهت روشن شدن بیش از پیش قلمروی آن مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱-۱. هویت در تار و پود حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت

هویت آدمی و رابطه در هم تنیده آن با بدن او، بنیادی‌ترین عنصر شـــخصیت آدمی را تشکیل می‌دهد. شخصیت انسان در گرو ریشه‌های بیولوژیکی وجود او است. این عوامل محرمانه‌ترین ساحت شخص را می‌سازد. آگاهی انسان از نسب خود، پیوند عمیقـــی با تعلقات درونی او دارد. از این روی در میـــان پرونده‌های مرتبط با حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در نظام حقوقی آلمان، با دعاویی که فرد به جست‌وجوی نســـب و منشا بیولوژیکی خود برخاسته است، مواجه می‌شـــویم. در« پرونده آگاهی از نســـب» (BVerfGE 79, 256,1988, para.16)، خواهان از همسر مادر خود در

دادگاه قانون اساسی شکایت نمود و خواستار تعیین پدر بیولوژیکی خود شد. دادگاه قانون اساسی«آگاهی از اصل و نسب و پی بردن به منشأ بیولوژیکی فرد را در راستای شکوفایی آزاد شخصیت معیاری مهم دانست» (BVerfGE 79, 256,1988, para.53). این دادگاه منفعت خواهان در یافتن هویت واقعی خود را دارای اهمیت اساسی شمرد. دادگاه به این امر اشاره نمود که حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در کنار کرامت انسانی، قلمرو مستقلی را برای شخص فراهم می‌نماید که در محدوده آن بتواند فردیت خود را توسعه دهد. علاوه بر این، شکوفایی شخصیت ارتباط تنگاتنگی با عوامل شکل‌دهنده هویت انسان دارد. یکی از این عوامل را می‌توان اصل و نسب دانست. این امر نه تنها ساختار ژنتیکی فرد را معین می‌نماید، بلکه شخصیت او را نیز شکل می‌دهد.«پی‌بردن به ریشه‌های بیولوژیکی، نقش کلیدی در آگاهی فرد برای درک خویش دارد؛ لیکن درک هویت فرایندی چندلایه است که آگاهی از منشأ بیولوژیکی تنها عامل تعیین‌کننده نیست» (BVerfGE 79, 256,1988, para.53). دادگاه قانون اساسی به نقش خانواده در شکل‌گیری شخصیت فرد و توسعه جامعه تاکید کرد و حمایت از آن را از جمله آرمان‌های قانون اساسی دانست. این نهاد اگرچه بر اهمیت منفعت فرد در آگاهی از منشأ بیولوژیک خود تاکید نمود، اما در رتبه‌بندی با منفعت حمایت از خانواده آن را در مرتبه پایین‌تری قرار داد. دادگاه حمایت از خانواده را در راستای برهم نخوردن آرامش زندگی خانوادگی و به خطر نیفتادن حریم خانواده دارای اهمیت دانست.

دادگاه قانون اساسی در سال ۱۹۸۹میلادی با رسیدگی به پرونده حاضر، در پی حمایت از خانواده و آسایش این نهاد بود، لیکن دادگاه چند فرض را در رویه خود نادیده انگاشت که مورد انتقاد برخی از حقوق‌دانان و قانون‌گذاران آلمان قرار گرفت. این فرض‌ها بر این موارد بنا شده بود که اگر شخص با پدر بیولوژیکی خود پیوند عاطفی برقرار نموده باشد و یا اگر مادر و همسر او به یافتن منشأ بیولوژیک فرد آگاهی و رضایت داشته باشند، آیا باز هم تاکید دادگاه قانون اساسی بر حمایت از خانواده خواهد بود و این امر تناسب را میان حق شخص و حمایت از خانواده متوازن می نماید. سوالاتی از این دست قضات دادگاه قانون اساسی آلمان را بر آن داشت تا در رویه آتی خود سازکارهایی مانند «تضمین آزادی فرد در دست‌یابی به اطلاعاتی که

منجر به آگاهی از نسب او می‌شود» (راسخ و خداپرست،۱۳۸٦:۲٤۷) را تعیین نمایند تا تعادل عادلانه در این زمینه صورت گیرد. به این ترتیب دادگاه مذکور پس از تعمق در هویت به عنوان هسته شخصیت آدمی به لایه بیرونی‌تر یعنی حفاظت از شهرت و اعتبار فرد در اجتماع پرداخت.

۲-۱. شهرت و اعتبار در سایه حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت

حمایت از حیثیت و شهرت انسان از جمله مهم‌ترین جلوه‌های حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت است. اهمیت حمایت از حیثیت گرچه برای همه افراد دارای تاثیر بسیار است، اما هنگامی که از حیثیت و آبروی اشخاص مشهور سخن به میان می‌آید، بحث عمق دیگری پیدا می‌کند. با بررسی پرونده‌های دادگاه قانون اساسی فدرال می‌توان دریافت، شکایاتی از این دست شامل دو دسته مهم می‌شوند: نخست، دعاوی مرتبط با اعاده‌ی اعتبار و آبروی افراد در رسانه‌ها و آثار هنری؛ و دوم در ارتباط با حمایت از تقریرات و اقوال اشخاص در برابر تحریف و انتساب نادرست. بیشترین تزاحم در این پرونده‌ها میان حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت، و آزادی بیان و هنر شناسایی شده قانون بنیادین صورت گرفته‌است.

۱-۲-۱. شهرت و اعتبارِ شخص در عرصه هنر و رسانه

یکی از اصلی‌ترین بزنگاه‌هایی که در آن دادگاه قانون اساسی از حیثیت و آبروی افراد در سایه حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت حفاظت می‌نماید، عرصه رسانه و هنر است. گزارش‌های تلویزیونی، مجلات طنز و سرگرمی و آثار ادبی می‌توانند شهرت، اعتبار و آبروی افراد را در معرض تهدید قرار دهند. به همین دلیل بر این وهله به بررسی چگونگی تضمین این حق در این عرصه می‌پردازیم.

الف. حمایت از شهرت و اعتبار در اخبار و مجلات

اطلاع رسانی از طریق اخبار در مجلات و رسانه‌های تلویزیونی یکی از ویژگی‌های مهم عصر ارتباطات و هم‌چنین بستری برای آزادی بیان تلقی می‌شود. اگر رسانه در انجام این امر معیارهایی مانند «هدف پخش خبر، روش ارائه و یا تاثیر آن را نادید انگارد» (مرادی برلیان،۱۳۹۱:۵۰٤) و یا به روشی نادرست از آن بهره جوید، تزاحم میان حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت و آزادی بیان به وجود خواهد آمد؛ زیرا یکی از محدودیت‌هایی که همواره بر آزادی بیان بار می‌شود در راستای حفظ حیثیت

و آبروی افراد اســـت. دادگاه قانون اساســـی فدرال نیز معمولا با چالش برانگیزترین پرونده‌ها در این زمینه روبه‌رو بوده‌است.«پرونده لباخ» (BVerfGE 35, 202 ,1973, para.2) از جمله مهم‌ترین تصمیمات دادگاه قانون اساســـی در راســـتای حفاظت از حیثیت و آبروی افراد در سایه حق بر شکوفایی آزدانه شخصیت به شمار می‌رود. در این پرونده که به جنایت خشـــونت‌آمیز لباخ شهرت دارد، حمله مسلحانه یک گروه، به سرقت از انبار مهمات و قتل چند سرباز منجر شد. جست‌وجو برای یافتن عاملان جنایت چندین ماه به طول انجامید. پس از دســـتگیری و دادرسی کیفری، به علت این که ماجرای این پرونده در اذهان عمومی جلب توجه نموده بود، رســـانه‌ها شـــروع به تولید مســـتندی از این جنایت کردند. آن‌ها هدف ایـــن کار را بازدارندگی، « تقویت اخلاق عمومی» و « مسؤولیت اجتماعی» عنوان کردند (BVerfGE 35, 202 ,1973, para.3). دادگاه قانون اساسی نقش رسانه و اخبار را دارای تاثیری تعیین‌کننده دانست و بیان نمود«این رسانه‌ها اطلاعات جامعی را در اختیار شهروندان قرار می‌دهند که در امـــور جاری و تحولات دولت و زندگی اجتماعی اهمیت زیادی دارند» (BVerfGE 35, 202 ,1973, para.13)، لیکن نمی‌توان به تلویزیون جوازی برای پخش مســـتند از زندگـــی خصوصی افراد شـــریک در جنایت را به طور نامحـــدود داد؛ زیرا حق بر شـــکوفایی آزادانه شخصیت این اجازه را به رسانه نمی‌دهد که برای مدت نامشخص در قلمرو فرد مداخله نماید. منفعت عمومی نمی‌تواند به عنوان دلیل غالب خدشـــه بر حق شکوفایی آزادانه شـــخصیت فرد را به همراه آورد. «در سایه این حق مجرم باید امکان جامعه‌پذیری مجدد را داشته باشد تا توانایی و اراده در پیش گرفتن یک زندگی مسؤولانه را بازیابد و در یک جامعه آزاد، بدون آن که مرتکب نقض قانون شود خود را ثابت نمایـــد» (BVerfGE 35, 202 1973, para.14). با ادامه این روند دادگاه با ســـیری در پرونده‌هایی از این دست دریافت که حمایت از اعتبار و شهرت اشخاص تنها محدود به رسانه و مجلات نمی‌شود بلکه گاه مسأله صورت چالش‌برانگیزتری به خود می‌گیرد و آن حمایت از اعتبار و شهرت در آثار هنری است.

ب. حمایت از شهرت و اعتبار در آثار هنری

یک اثر ادبی گرچه متعلق به جهان فکری نویسنده آن است و هرگونه مداخله در جهت سانســـور، به وسیله قانون بنیادین ممنوع شده‌است، اما گاه میان حفاظت از

این جهان و شهرت و اعتبار اشخاص تزاحم پدید می‌آید. خطیرترین تصمیم‌گیری‌های دادگاه قانون اساسی معمولا در چنین پرونده‌هایی شکل می‌گیرد. به عنوان مثال، «پرونده رمان اِزرا» (BVerfGE 119, 1, 2007, para. 1) مبتنی بر شکایت خانم عایشه رومی علیه آقای ماکسیم بیلر نویسنده آلمانی رمان اِرزا بود. این رمان درباره زندگی خصوصی آدام و اِزرا بود. در این کتاب اِزرا به عنوان زنی همواره تسلیم سرنوشت، معرفی‌شده بود. او یک دختر بیمار داشت که حاصل ازدواج اول اِزرا بود. اِزرا با مادر سلطه‌گرش زندگی می‌کرد که مانع رابطه عاشقانه میان آدام و اِزرا بود. پس از انتشار کتاب، خانم رومی شریک زندگی سابق آقای بیلر (نویسنده کتاب) به دلیل نقض حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت خود درخواست توقف انتشار کتاب را به دادگاه قانون اساسی ارائه نمود (BVerfGE 119, 1, 2007, para. 2). خانم رومی معتقد بود که رمان اِزرا، زندگی او را با جزئیات بسیار به تصویر می‌کشد و حاوی تصاویری تحقیرآمیز از عادات و شیوه زندگی او است. هم‌چنین خوانندگان می‌توانند از طریق شخصیت اِزرا او را شناسایی نمایند.

دادگاه قانون اساسی خدشه به حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت خانم عایشه رومی را تایید نمود. دادگاه اعتقاد داشت که یک اثر هنری دارای دو جنبه است: «اول، هر اثر ادبی ریشه در واقعیت دارد؛ و دوم، حاوی معیارهای زیبایی شناختی است. یک اثر ادبی گرچه می‌تواند دارای اغراق‌های ادبی باشد، اما جلوه‌های اجتماعی خود را هرگز از دست نمی‌دهد. با این معیارها، شخصیت‌های رمان آقای بیلر آیینه تمام‌نمای شخصیت، عادات و جزئیات حریم خصوصی خواهان است» (BVerfGE 119, 1,2007, para.18). برای مثال اشاره به دختر بیمار که در واقعیت نیز برای خانم رومی اتفاق افتاده بود نقص جدی حریم خصوصی او را به همراه داشته است. به بیان دیگر نویسنده هیچ گونه تصویری مستقل از شخصیت واقعی عایشه را خلق ننموده است. دادگاه با توجه به رویه پیشین خود در «پرونده مفیستو» (BVerfGE 30, 173, 1971, para. 9) معیاری را برای سنجش نقض حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در آثار ادبی در نظر گرفت. این پرونده مربوط به شکایت فرزندخوانده آقای گوستاو گراندنس بازیگر و کارگردان تئاتر بود. رمان مفیستو به نویسندگی کلاوس مان، داستان یک بازیگر تئاتر بود که در قبال همکاری با حزب نازی توانسته بود به ارتقاء

شـــغلی دست یابد. خواهان عقیده داشـــت که این کتاب به یاد و خاطره بازیگر فقید آقای گراندنس صدمه وارد می‌نماید. دادگاه قانون اساســـی گرچه شـــکایت مبتنی بر حق شکوفایی آزادانه شـــخصیت را به دلیل مرگ آقای گراندنس رد نمود؛ زیرا دامنه این حق را محدود به حمایت از شـــخصیت فرد در زمان حیات او دانســـت، لیکن در سایه کرامت انسانی به شکایت خواهان رسیدگی نمود (BVerfGE 30, 173, 1971, para. 20). معیاری که دادگاه به وسیله آن خدشه به کرامت و حیثیت فرد را در چنین پرونده‌هایی سنجید شامل این امر بود که اگر حلقه نزدیکان و وابستگان فرد با خواندن اثر ادبی مورد شـــکایت یاد و خاطره خواهان در ذهن آنان تداعی شـــود، مداخله در حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت صورت گرفته است. دادگاه قانون اساسی فدرال بر اســـاس همین معیار در «پرونده رمان اِزرا» شکایت خواهان را قابل قبول اعلام نمود. هم‌چنین محافظت از فرد در برابر اقداماتی که تاثیرات مخربی بر شهرت و تصویر او در انظار عمومی دارد را از جمله دامنه‌های حمایتی حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت عنوان کرد و حتی گســـتره آن را به انواع جعل و تحریف‌هایی که شخصیت را تهدید می‌نماید نیز توسعه داد.

۲-۲-۱. شهرت و اعتبار در پرتو اَقوال و تقریرات شخص

می‌تـــوان گفت بنیادی‌ترین عملی که انســـان می‌توانـــد در پرتو آن از حق بر شـــکوفایی آزادانه شخصیت خود برخوردار شود، ابراز نظرات و عقاید خود در قالب گفتار، نوشـــتار، تصویر و ســـایر ابزارهایی از این دست است. این آزادی در مواردی شـــامل حمایت در برابر تحریف اظهارات و یا انتســـاب نقل قول‌هایی که فرد هرگز آن‌ها را بیان ننموده اســـت نیز می‌شود. برای روشن‌تر شدن آن‌چه بیان شد در ادامه به تفصیل به این امر می‌پردازیم.

الف. حفاظت در برابر تحریف اظهاراتِ شخص

نســـبت دادن نظرات و یا نقل قول تحریف شـــده به افـــراد می‌تواند منجر به نقض حق بر شـــکوفایی آزادانه شـــخصیت شـــود. در «پرونده بُل» (BVerfGE 54, 208, 1980, para. 4) که مربوط به شـــکایت هاینریش بُل نویسنده مشهور آلمانی از کارشـــناس برنامه‌ای تلویزیونی بود، خواهان ادعا نمود که کارشـــناس برنامه جملات تقریر شـــده او را به طرز تحریف شـــده‌ای بیان نموده است. موضوع مقاله تهیه شده

به وسیله خواهان مربوط به قتل تروریستی یکی از قضات دادگاه‌های آلمان بود که هم‌زمان با مراسم خاکسپاری، از اخبار تلویزیونی پخش می‌شد. کارشناس برنامه به نقل از آقای بُل عنوان نمود که او در متن یادداشتش از حاکمیت قانون به عنوان«کوه زباله» یاد کرده و دولت را متهم نموده با شکار بی‌رحمانه تروریست‌ها آن‌ها را ترغیب به فعالیت‌های تروریستی کرده است. خواهان عنوان نمود که منظور او در نوشته‌اش هرگز متهم کردن دولت به اقدامات خشونت بار علیه تروریست‌ها نبوده و هدف او انتقاد از رسانه‌ها در جهت تشویش اذهان عمومی بوده است (BVerfGE 54, 208, 1980, para. 4).

دادگاه قانون اساسی نقل قول‌هایی از این دست را انتقال مطلب مورد بحث از قلمرو واقعیت به قلمرو مبتنی بر عقیده بازنشرکننده آن تعبیر نمود. به عبارت دیگر هنگامی که کارشناس تلویزیون با زبان نقد نوشته خواهان را بازگو می‌نماید، در این حالت امکان تحریف افزایش می‌یابد. دادگاه به این امر اشاره می‌نماید که بازگو نمودن اظهارات در سطح یک برنامه تلویزیونی تاثیر گسترده‌تری بر حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت خواهد گذاشت. هم‌چنین برداشت‌هایی از این دست از تقریرات خواهان در یک برنامه تلویزیونی حیثیت اعتبار فرد را خدشه دار می‌نماید (BVerfGE 54, 208, 1980, para. 26). این دادگاه در تفسیری رویه‌ساز بیان نمود«تحریف اقوال و تقریرات می‌تواند شخص را به شاهدی علیه خودش بدل نماید». به عبارت دیگر «نقل قول نباید مبتنی بر برداشت‌هایی که ریشه در توهمات بازگو کننده آن دارد، داشته باشد؛ بلکه می‌بایست بر واقعیت بنا شود. نقل قول‌های واهی می‌تواند به سلاحی تند و تیز در جدال آرا تبدیل شود» (BVerfGE 54, 208, 1980, para. 27). دادگاه قانون اساسی توسل به آزادی بیان در این پرونده را بی‌اساس عنوان نمود؛ زیرا معتقد بود تعرض به تعهد در بیان حقیقت می‌تواند باعث ناتوانی رسانه در وظیفه خبررسانی و از میان رفتن کارکرد صحیح آن شود. محافظت از اقوال و تقریرات شخص در سایه حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در نهایت می‌تواند به الزامات نظم دموکراتیک قانون بنیادین جامه عمل بپوشاند. در ادامه باید به این امر توجه نمود که دامنه این حفاظت، حمایت از شخص در برابر انتساب اظهاراتی که او هرگز به زبان نیاورده است را نیز در برمی‌گیرد. این پدیده توجه ویژه دادگاه قانون اساسی را به خود

معطوف نموده اســـت؛ زیرا در پرتو گسترش رسانه‌های تجاری، ادعای مصاحبه‌های اختصاصی با افرادی که هرگز حاضر به صحبت با این رســـانه‌ها نشده‌اند رواج بسیار یافته است. از این روی حمایت از اعتبار و شهرت اشخاص اهمیت بسیاری می‌یابد.

ب. حفاظت در برابر انتسابِ اظهاراتِ بیان نشده

آن چه می‌تواند حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت فرد را تحدید نماید، انتساب اظهاراتی اســـت که او هرگز به زبان نیاورده است. به همین دلیل دادگاه قانون اساسی سعی بر حمایت از اشـــخاص در چنین پرونده‌هایی دارد، لیکن باید توجه داشت که محدود نمودن رســـانه و پایگاه‌های خبری با هر دست آویزی خطری است که رویه دادگاه را تهدید می‌کند. به همین دلیل این دادگاه کوشـــش نموده اســـت تا تعادل را در این زمینـــه برقرار نماید. در «پرونده اپلـــر» (BVerfGE 54, 148, 1980, para. 1)، آقای ارهات اپلر شـــکایت خود را مبنی بر نســـبت دادن اظهاراتی که او هرگز به زبان نیاورده بود در ســـایه حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت به دادگاه قانون اساسی تقدیم نمـــود. ماجرا از این قرار بود که حزب دموکرات مســـیحی آلمان مطلبی را با عنوان «سوسیالیست‌ها مشغول کار» به آقای اپلر که در آن زمان رئیس حزب سوسیال دموکرات ایالت بادن- ووتمبرگ بود نســـبت داد. در قســـمتی از این مطلب به نقل از اپلر چنین بیان شـــده بود: «هر اقتصادی باید یک بار تا مرز شکســـت آزموده شود تا تعیین گردد دولت در آن مرز، چه میزان از وظایف اجتماعی را می‌تواند متحمل شود» (BVerfGE 54, 148, 1980, para. 2).

دادگاه قانون اساسی فدرال گستره‌ی حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت فرد را در ارتباط با قلمرو خصوصی زندگی فرد شـــامل حیثیت و آبرو، حق شخص بر نشر تصاویر و اَقوال و تقریرات او دانســـت؛ لیکن بیان نمود که در پرونده حاضر حق بر شکوفایی آزادانه شـــخصیت آقای اپلر مورد خدشه قرار نگرفته است (Kommers, Miller, 2012: 406)؛ زیرا حریم خصوصی فرد با اظهاراتی از این دســـت تحت تاثیر قـــرار نمی‌گیرد و صحبت از میزان تاب‌آوری اقتصاد موجب صدمه به اعتبار و آبروی شخص نمی‌شود. هم‌چنین این مطالب حاوی دعوت به اقداماتی خلاف قانون اساسی نیســـت تا ایشـــان را متهم به عدم پای‌بندی به نظم قانون اساسی نماید. از همین روی شکایت آقای اپلر به وسیله دادگاه قانون اساسی رد شد (BVerfGE 54, 148, 1980,

para. 21). با سیری در پرونده‌های مورد بحث دریافتیم، گرچه رسانه و مطبوعات می‌تواند بستری برای آزادی بیان و هنر فراهم نماید، اما امکان تحدید حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت را از طریق به خطر انداختن حیثیت و آبروی افراد فراهم می‌کند.

۲. حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

نقش دیوان اروپایی حقوق بشر بر نظام حقوق داخلی کشورهای عضو شورای اروپا را نمی‌توان نادیده انگاشت.«جایگاه تصمیمات این دادگاه در تعمیق گفتمان حقوق بشر» (قاری سید فاطمی، ۱۳۹۸:۲۰۸) دارای اهمیت است. نظام حقوق اساسی جمهوری فدرال آلمان نیز از پرتوهای این تاثیر به دور نبوده‌است. از این روی با توجه به رویه دادگاه قانون اساسی آلمان و مؤلفه‌های برسازنده حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت، این بار آن را در بستر دیوان اروپایی حقوق بشر مورد توجه قرار می‌دهیم.

۲-۱. هویتِ شخص در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

هویت آدمی بخش جدایی ناپذیر وجود او را در بر می‌گیرد. آگاهی از نسب و منشأ بیولوژیک شخص پایه‌ای‌ترین مؤلفه شخصیت او را شکل می‌دهد. در این وهله برآنیم تا این بار نقش و رویکرد دیوان اروپایی حقوق بشر را نسبت به این وجه از حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت مورد تحلیل قرار دهیم.

آگاهی از نسب در احساس تعلق فرد نسبت به آشنایان و نزدیکان و شناخت خویش جایگاه مهمی دارد، اما سوال اساسی آن است که آیا فرد می‌تواند با ارائه درخواست به دادگاه تحت هر شرایطی نسبت به یافتن نسب و منشأ بیولوژیک خود اقدام نماید. دعاوی متعددی دیوان اروپایی حقوق بشر را در این زمینه به خود مشغول داشته است. در «دعوای اونایو علیه دولت آلمان» (Case of Anayo v. Germany, ECHR, 2010, pp. 4, para. 1) خواهان که تبعه نیجریه بود، خواستار دسترسی مداوم و ملاقات با دوقلوهای خود بود. این کودکان حاصل رابطه ایشان با خانم بی بودند. خانم بی در طول مدت ازدواج خود با خواهان روابط جنسی داشت. دوقلوها اکنون با خانم بی و همسر او (پدر قانونی دوقلوها) زندگی می‌کردند. خواهان به عنوان پدر بیولوژیک، با شکایت به دیوان اروپایی حقوق بشر بیان نمود که دادگاه‌های داخلی آلمان از درخواست امکان دسترسی مداوم او به عنوان والد بیولوژیک دوقلوها امتناع می‌نمایند. به همین دلیل ادعای نقض ماده ۸ کنوانسیون و حق احترام به زندگی

خصوصی و خانوادگی را ابراز نمود. دیوان اروپایی حقوق بشر در استدلال‌های خود به این امر توجه داشـــت که دسترســـی مداوم خواهان به دوقلوها می‌تواند برای رفاه کودکان مفید باشـــد؛ زیرا از این طریق، آنان به ریشـــه‌های آفریقایی آلمانی خود آگاه می‌شـــوند. دلیل تفاوت خود با ســـایر اعضای خانواده را درمی‌یابند و این امر موجب درک آنان از خویش و پی بردن به هویت خود می‌شود. هم‌چنین گستره مفهوم زندگی خانوادگی، تنها شـــامل روابط مبتنی بر ازدواج نیســـت، بلکه روابطی که طرفین بدون پیوند ازدواج با یکدیگر زندگـــی می‌کنند را در بر می‌گیرد و می‌توان کودکان حاصل از این روابط را بخشی از واحد خانواده دانست؛ با این حال دادگاه به این نکته اشاره نمود که صرف پیوند بیولوژیک میان والد زیستی و فرزند بدون وجود هرگونه عنصر قانونی و یا واقعی مانند پیوند عاطفی، حمایت ماده ۸ را بر نمی‌انگیزد. دادگاه مشاهده نمود که تاکید قانون‌گذاران آلمان آن اســـت که نســـبت میان پدر قانونی و فرزند بر نسبت میان پدر بیولوژیکی دارای اولویت باشد؛ با این حال دیوان اروپایی حقوق بشر شـــکایت خواهان را به دلیل آن که رویه داخلی آلمان توجه کافی را در ارزیابی میزان منفعت کودک در رابطه با پدر بیولوژیک خود نداشـــته اســـت قابل قبول اعلام نمود (Case of Anayo v. Germany, ECHR, 2010, pp. 12, para. 55)

با مشـــاهده رویه دادگاه در این پرونده، تاکید دیوان اروپایی حقوق بشر را بر اهمیت سنجش منفعت کودک در یافتن منشأ بیولوژیک دریافتیم. در مواردی اما هدف افراد در جهت آگاهی از نسب خود برخاسته از انگیزه‌های مرتبط با حقوق ارث است. در «دعوای اودیور علیه دولت فرانســـه» (Case of Odièvre v. France, ECHR, 2003, (pp. 4, para. 9)، خواهان که متولد فرانسه بود، در سال ۱۹۶۵ به دنیا آمد. در ابتدای تولد، مادر او ، ایشـــان را در اداره بهداشت و تامین اجتماعی شهر پاریس رها نمود. مدت‌ها بعد او به وســـیله زن و شـــوهری به فرزندخواندگی گرفته شد. پس از گذشـــت سال‌ها هنگامی که خواهان در جست‌وجوی یافتن مادر بیولوژیک خود بود، دولت فرانســـه از درخواست او برای دسترسی به اطلاعات زمان تولدش امتناع نمود. به همین دلیل خواهان شـــکایت خود را به دیوان اروپایی حقوق بشـــر تقدیم کرد. او اذعان داشـــت که ارائه اطلاعات شخصی مرتبط با تاریخ تولد و دوران کودکی بخشی جدایی‌ناپذیـــر از زندگی خصوصی او را در بر می‌گیرد به همین دلیل باید از حمایت

ماده ۸ کنوانسیون برخوردار شود. هم‌چنین دولت با عدم ارائه این اطلاعات، موجب تبعیض علیه او و محرومیت از حقوق ارث در رابطه با مادر زیستی‌اش شده است. دیوان اروپایی حقوق بشر اظهار داشت که هدف خواهان از دسترسی به اطلاعات، به چالش کشیدن رابطه خود با والدین غیر زیستی‌اش نیست؛ بلکه پی بردن او به شرایطی است که در آن متولد شده‌است. این‌ها در بر گیرنده هویت فرد و شکوفایی شخصیت او است. این امر به ثبات روانی شخص برای بهره‌مندی از حق داشتن یک زندگی خصوصی و خانوادگی به او یاری می‌نماید، لیکن ادعای تبعیض به وسیله خواهان غیر قابل پذیرش است؛ زیرا او می‌تواند از حقوق مربوط به ارث در رابطه فرزندخواندگی‌اش بهره‌مند شود. به همین دلیل نقض کنوانسیون در این پرونده مشاهده نمی‌شود (Case of Odièvre v. France, ECHR, 2003, pp. 24, para. 40). به این ترتیب رویه دادگاه را در ارتباط با رابطه میان حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت و آگاهی یافتن فرد از نسب خویش دریافتیم. با توجه به آراء دیوان اروپایی حقوق بشر، می‌توان بر اهمیت هویت انسان در شکوفایی شخصیت او پی برد. آدمی با درک هویت خویش به سوی اجتماع گام برمی‌دارد. این حضور در مواردی نیازمند حمایت از حق‌های او می‌شود. از این روی حفاظت از آبرو، اعتبار و شهرت‌اش می‌تواند گامی دیگر در راستای تضمین حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت او باشد.

۲-۲. حفاظت از شهرت و اعتبار در آیینه دیوان اروپایی حقوق بشر

آدمی از دیرباز بخش جدایی‌ناپذیر از شخصیت خود را در آیینه نگاه دیگران جسته‌است. با گسترش روزنامه‌ها و مجلات، حفاظت از شهرت و اعتبار بعد پیچیده‌ای به خود گرفته‌است. تبدیل شدن رسانه به یک امپراتوری قدرتمند که اخبار را بیشتر به صورت تصویری بازنشر می‌نماید، شخصیت فرد را در معرض خطر بیشتری قرار می‌دهد. در کنار این تحول، آثار ادبی و سرزمین تخیل نویسندگان نیز می‌تواند شهرت و اعتبار اشخاص را دست‌خوش خدشه‌دار شدن نماید. در این قسمت رویه دیوان اروپایی حقوق بشر را نسبت به حفاظت از شهرت و اعتبار فرد در سایه حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱-۲-۲. حمایت از شهرت و اعتبار در آثار ادبی

قلمرو خیال نویسنده می‌تواند بازتابی از تجربه و روابط اجتماعی او در زندگی باشد. در مواردی نویسندگان با الهام از شخصیت‌های حقیقی داستانی را خلق می‌نمایند؛ اما این مجال می‌تواند شهرت و اعتبار افراد دیگر را به شیوه بغرنجی مورد خدشه قرار دهد. دیوان اروپایی حقوق بشر با دعاوی قابل توجهی از این دست برخورد نموده است. در «دعوای لیندون، اوچافسکی و جولای علیه دولت فرانسه» (Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July v. France, ECHR, 2007, pp. 4, para. 9)، متیو لیندون نویسنده، آقای اوچافسکی رئیس انتشارات پی. او. ال و آقای جولای مدیر مسؤول روزنامه لیبراسیون علیه دولت فرانسه به دلیل نقض حق آزادی بیان در برابر حفاظت از شهرت و آبروی آقای ژان ماری لوپن سیاستمدار فرانسویی شکایت نمودند. لیندون کتابی با عنوان«محاکمه ژان ماری لوپن» را در سال ۱۹۹۸ میلادی چاپ نمود. داستان این رمان ماجرای محاکمه رونالد بلیستر به اتهام قتل«براهیم بوارام» جوان مراکشی بود که به ادعای نویسنده به دلیل سخنان تحریک‌آمیز و نژادپرستانه ماری لوپن به وقوع پیوسته بود. تمرکز رمان بر روی شخصیت‌هایی بود که مواضع اخلاقی و سیاسی خود را متاثر از ایدئولوژی حزب راست افراطی اتخاذ نموده بودند. هم‌چنین هدف رمان انتقاد از مواضع نژادپرستانه در فرانسه بود. دادگاه کیفری پاریس در رسیدگی داخلی خود بخش‌هایی از رمان را خدشه به شهرت و آبروی آقای ماری لوپن تشخیص داد. برای مثال در بخشی از رمان چنین نوشته شده‌بود: «آقای لوپن رهبر دسته قاتلان است. آل کاپون هم رای دهندگانی داشت» و یا « پشت پیشنهادات آقای لوپن می‌توان شبح بدترین فجایع تاریخ بشر را دید. او خون آشامی است که از خون رای دهندگانش تغذیه می‌کند».

دادگاه داخلی نویسنده و ناشر کتاب را به پرداخت خسارت به دلیل صدمه به حیثیت و آبروی ماری لوپن محکوم نمود. به همین دلیل خواهان‌ها شکایت خود را بر اساس ماده ۱۰ کنوانسیون به دیوان اروپایی حقوق بشر تقدیم نمودند. دادگاه مداخله در حق آزادی بیان خواهان‌ها را تایید نمود. این دادگاه با مشاهده نظام حقوق داخلی دریافت که بر اساس بخش‌های ۲۹ و ۳۲ قانون آزادی مطبوعات فرانسه هرگونه اظهار نظر که آبرو و یا شهرت شخص را مورد خدشه قرار دهد، توهین‌آمیز

محســـوب شده و جرم تلقی می‌گردد. به همین دلیل مداخله در حق خواهان‌ها مطابق با قوانین داخلی فرانسه بوده است. گرچه آزادی بیان از جمله مهم‌ترین بنیان‌های یک جامعه دموکراتیک را تشکیل می‌دهد و تکثر، وسعت اندیشی و تسامح از ویژگی‌های این جامعه اســـت. هم‌چنین آزادی بیان یکی از مصادیق خودشکوفایی شخص تلقی می‌گردد، لیکن حفاظت از شـــهرت و اعتبار فرد هدف مشروعی است که مداخله در ماده ۱۰ کنوانسیون را توجیه می‌نماید. از طرف دیگر، دیوان اروپایی حقوق بشر بر این نکته تاکید می کند که در عرصه عمومی و در ارتباط با بحث‌های سیاســـی محدودیت های وارده بر آزادی بیان باید کاهش یابد؛ زیرا به عنوان مثال یک سیاست‌مدار آگاهانه و ناگزیر خود را در معرض کنکاش موشـــکافانه حرف‌ها و کردارش از سوی مردم و روزنامه‌نگاران می‌گذارد. به همین دلیل باید تساهل بیشتری از خود نشان دهند، لیکن دیوان اروپایی حقوق بشـــر با تاکید بر اهمیت شهرت و آبروی افراد به عنوان یکی از مهم‌ترین ارکان شـــخصیت فرد شکایت خواهان نسبت به نقض حق آزادی بیان آنان را رد نمـــود (Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July v. France, ECHR, 2007, pp. 36, para. 74).

در این پرونده نظر قاضی لوکادیس بسیار اهمیت دارد. این قاضی بیان می‌نماید، هدف از تدوین کنوانســـیون پس از پشت سر گذاشـــتن جنگ جهانی دوم، حمایت اساســـی از شـــخصیت فرد بود و عدم حمایت مســـتقیم از حیثیت و شهرت فرد در کنوانســـیون غیرقابل توضیح است. کنوانسیون از حوزه‌هایی مانند احترام به مراسلات حمایت می‌نماید. شهرت و اعتبار به عنوان یک ارزش، حقی انسانی است که همگان، حتی سیاســـت‌مداران باید از آن برخوردار شـــوند. به همین دلیل ماده ۸ کنوانســـیون حمایت از شـــهرت و اعتبار را در راســـتای احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی مورد حمایت قرار داده است (Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July v. France, ECHR, 2007, pp. 40). در مثـــال دیگری در «پرونده فرناندس علیه دولت پرتغال» (Almeida Leitão Bento Fernandes v. Portugal, ECHR, 2015, pp. 1, para. 5)، خانـــم فرناندس به دلیل جلوگیری از انتشـــار کتاب خود با عنوان«قصر مگس‌ها» به دیوان اروپایی حقوق بشـــر شکایت نمود. همسر سابق خانم فرناندس علیه او در دادگاه‌های داخلی پرتغال شـــکایت نمود؛ زیرا به ادعای ایشـــان

خانـــم فرناندس تصویری واضح از زندگی خانوادگی او را در این کتاب بازگو نموده بود و شخصیت‌های رمان برگرفته از زندگی حقیقی شوهر سابق خانم فرناندس بدون کوچک‌ترین تغییـــری بود. از همین روی حق احترام به زندگی خانوادگی او را مورد خدشـــه قرار می‌داد. دیوان اروپایی حقوق بشـــر یک اثر ادبی را تجلی آزادی هنر و بیان فرد دانســـت، اما احترام به حیثیت و آبروی همســـر ایشان را در راستای ماده ۸ کنوانسیون دارای ارجحیت دانست و تصمیم دادگاه‌های داخلی پرتغال را تایید نمود. از این روی بر تاکید دیوان اروپایی حقوق بشـــر در حفاظت از شهرت و اعتبار افراد پی می‌بریم. در کنار آثار ادبی، امروزه اخبار و رسانه نیز بدل به آوردگاه تهدید شهرت و اعتبار فرد شده است.

۲-۲-۲. حفاظت از تصویرِ خویشتن در امپراتوری اخبار و رسانه

حیثیت و آبروی افراد پیوندی ناگسســـتنی با جوهر انسانی آنان دارد. به همین دلیل در هنگام سخن از حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت نمی‌توان حمایت از شهرت و اعتبار را نادیده انگاشـــت. در میزان برخـــورداری از این حمایت میان افراد تفاوتی وجود ندارد، لیکن قضات دیوان اروپایی حقوق بشـــر با توجه به «ویژگی رسانه‌های جمعـــی که امـــروزه آن‌ها را بدل به یک بنـــگاه تجاری با قدرتـــی نامحدود و تنظیم نشـــده نموده و موتور محرکه آنان ساخته شـــده از اخبار پر زرق و برق است»، تاثیر فعالیت‌های این دسته از رسانه‌ها بر شهرت و اعتبار همه افراد را یکسان نمی‌دانند. در دعاویی که تصویر و تصور اشـــخاص در ذهن عموم به وســـیله گزارش‌ها و شایعات مورد خدشه قرار گرفته‌اســـت، دادگاه با معیاری خاص سعی در برقراری توازن میان منافع متعارض نموده اســـت. دیوان اروپایی حقوق بشر با پرسش «شخصی که اعتبار و آبروی او مورد صدمه قرار گرفته، به چه میزان شـــناخته شـــده است؟»، تصمیمات خود را اتخاذ می‌نماید. به همین دلیل میان شـــخصیت‌های سیاسی و اجتماعی و افراد عادی تمایز قائل شـــدیم تا تصویر روشـــن‌تری از رویه دیوان اروپایی حقوق بشر به دست آوریم.

الف. شخصیت‌های سیاسی و اجتماعی

زندگی افراد معروف و شـــهرت و اعتبار آنان عرصـــه‌ی فعالیت روزنامه‌ها و مجلات اســـت. در «دعوای لیلو استنبرگ و استر علیه دولت نروژ» (Case Of Lillo-

(Stenberg And Sæther v. Norway, ECHR, 2014, pp. 2, para. 6)، خواهان‌ها که بازیگر و خواننده سرشـــناس نروژی بودند به دلیل انتشـــار عکس‌های خصوصی مراســـم عروسی‌شـــان در یکی از مجلات پر تیراژ نروژ و هم‌چنین نقض حق احترام به زندگی خانوادگی شکایت خود را در دیوان اروپایی حقوق بشر طرح نمودند. این مجله پنج مورد از عکس‌های مراســـم عروســـی را چاپ نمود و جزئیات مراسم را به طور عمومی بازنشر کرد.

دیوان اروپایی حقوق بشـــر با تفسیر ماده ۸ کنوانســـیون بیان نمود که مفهوم زندگی خصوصی هویت فرد مانند نام، عکس و تمامیت اخلاقی و جسمانی او را در بر می‌گیرد. «تصویر شـــخص یکی از مولفه‌های مهم شخصیت او را می‌سازد؛ به این دلیـــل که ویژگی‌های منحصر به فـــرد او را به نمایش می‌گذارد و فرد را از همتایانش متمایز می‌نماید. از این روی تصویر فرد عنصر اساسی شکوفایی شخصیت او است». این امر شـــامل نظارت و کنترل بر بازنشـــر نمودن این تصاویر نیز می‌شود؛ حتی اگر فرد« چهره‌ای شـــناخته شـــده» میان مردم باشـــد، باز هم می‌تواند انتظار مشروعی در جهت حمایت از حریم خصوصی خود داشـــته باشد. از طرف دیگر دادگاه به اهمیت آزادی بیان تاکید می‌نماید، اما در رویه خود آزادی بیان را در سنجش با منفعت فرد در حمایت از شـــهرت و اعتبار او نیز قرار می‌دهد. از آن جایی که مقالات درباره مراسم عروسی خواهان‌ها است، دیوان اروپایی حقوق بشر ویژگی مراسم‌هایی از این دست را گرچه دارای جلوه ای بســـیار شخصی می‌شمارد، لیکن آن را دارای وصف عمومی نیز می‌داند؛ زیرا این مراســـم، تشریفاتی اســـت که طی آن دو نفر قصد خود بر ادامه زندگی با یک‌دیگر اعلام می‌دارند و پیامدهای قانونی آن قلمروهایی از سپهر جامعه را نیز در بر می‌گیرد. به همین دلیل خبر مراســـم عروسی اگر به طور طبیعی و بر اساس منابع معتبر منتشر شود به خودی خود باعث نقض حریم خصوصی نمی‌شود و هدف از این گونه خبرها صرفاً ارضای کنجکاوی عموم است (Case Of Lillo-Stenberg And Sæther v. Norway, ECHR, 2014, pp. 11, para. 25). بـــر این اســـتدلال دیوان اروپایی حقوق بشر با توجه به رویه داخلی نظام حقوقی نروژ نقض کنوانسیونی را در این پرونده مشـــاهده نکرد و دعوای خواهان‌ها را رد نمود. در مثال دیگری نیز دادگاه بـــر عدم نقض ماده ۸ کنوانســـیون تاکید نمود. در دعـــوای «زو گوتنبرگ علیه

دولت آلمان» (Case of Karl-Theodor zu Guttenberg v. Germany, ECHR, 2019, pp. 2, para. 4)، خواهان آقای کارل تئودور زو گوتنبرگ سیاست‌مدار آلمانی، وزیر سابق اقتصاد و فناوری و وزیر دفاع فدرال آلمان بود. او در سال ۲۰۱۱ در پی «سرقت علمی» از کار خود استعفا نمود و به همراه خانواده به ایالات متحده آمریکا نقل مکان کرد. پس از گذشت مدتی مجله بونته آلمان عکس‌هایی را از منزل ایشان در برلین و آمریکا منتشر نمود. آقای زو گوتنبرگ به همراه همسر خود از این مجله به دادگاه‌های داخلی آلمان شکایت نمودند. دادگاه‌های داخلی با نظر به این واقعیت که آقای زو گوتنبرگ قصد دارد به زودی به دولت آلمان بازگردد و قدرت را به دست گیرد، انتشار گزارش هایی از وضعیت مالی ایشان را در اذهان عمومی دارای اهمیت دانستند و به همین دلیل مداخله در حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت ایشان را توجیه نمودند. در پی رویه دادگاه های داخلی آلمان، آقای زو گوتنبرگ شکایت خود را تقدیم دیوان اروپایی حقوق بشر نمود.

دیوان اروپایی حقوق بشر بر اساس رسوایی‌های مالی پیشین خواهان و قصد او در جهت بازگشت به قدرت ایشان را یک شخصیت سیاسی دانست. به دلیل این امر درجه برخورداری ایشان از حمایت ماده ۸ را در راستای منفعت عمومی، متفاوت از اشخاص عادی دانست. از همین روی دادگاه با توجه به رویه داخلی نظام حقوقی آلمان تصمیم دادگاه آلمان را دارای تعادل و تناسب عادلانه میان حق خواهان بر احترام به حریم زندگی خانوادگی و آزادی بیان مجله بونته دانست و از همین روی شکایت خواهان را غیر قابل قبول اعلام نمود. بدین ترتیب دیوان اروپایی حقوق بشر به دلیل در میان بودن منفعت عمومی، درجه حمایت متفاوتی را در راستای شهرت و اعتبار اشخاص سیاسی و اجتماعی نسبت به اشخاص عادی جامعه پیش بینی نموده است.

ب. اشخاص عادی

رویکرد دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت حفاظت از آبرو و اعتبار اشخاص عادی جلوه دیگری می‌یابد. در «دعوای کاول علیه دولت اتریش» (Case Of Küchl v. Austria, ECHR, 2012, pp. 1, para. 5)، خواهان که در صومعه آیسگان این کشور مشغول به تدریس بود، از مجله پروفایل به علت خدشه به حیثیت و آبروی خود

شکایت نمود. یادداشت این مجله مربوط به گزارش‌های پلیس در پی رسوایی جنسی و جرائـــم مربوط به پورنوگرافی کودکان در ایـــن صومعه بود. مجله پروفایل گزارش پلیـــس را به همـــراه عکس و مصاحبه‌ای از خواهان که در آن ایشـــان وجود هرگونه رسوایی‌هایی از این دست را تکذیب می‌نمود، منتشر کرد. اعتقاد مجله پروفایل بر آن بود که به دلیل اهمیت موضوع و ارتباط آن با سپهر عمومی جامعه، گزارش از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده است. پس از چاپ یادداشت روزنامه پروفایل به همراه عکس خواهان، او با استناد به«قانون رسانه اتریش» از مجله پروفایل به دلیل صدمه به قلمرو شخصی خود شکایت نمود، اما دادگاه‌های داخلی اتریش شکایت او را رد نمودند. به همین دلیل خواهان شکایت خود را به دیوان اروپایی حقوق بشر تقدیم نمود.

دادگاه اقدامات دولت‌های عضو در رابطه با حفظ حریم خصوصی و احترام به زندگی خانوادگی افراد را دارای دو وجه دانست؛ «از یک سو دولت‌ها باید از هرگونه مداخله خودســـرانه در این قلمرو بپرهیزند. این امر در بر گیرنده تعهدات منفی آن‌ها نســـبت به سپهر خصوصی شهروندان است. از ســـوی دیگر اما در مواردی بر اساس تعهدات مثبت، باید تدابیری را در جهت حمایت موثر از قلمرو خصوصی فرد و حتی در رابطه با تعاملاتی که میان این قلمرو و روابط اجتماعی شخص شکل می‌گیرد اتخاذ نمایند» (Case Of Küchl v. Austria, ECHR, 2012, pp. 15, para. 54). گرچه تعهدات مثبت و منفی در قبال ماده ۸ کنوانسیون مرزهای روشن و دقیقی ندارد، لیکن باید تعادل عادلانه‌ای میان منافع متعارض ایجاد شود.

با این مقدمه دیوان اروپایی حقوق بشـــر در صدد برآمد تا ارزیابی خود را بر مبنای ســـنجش عادلانه میان منفعت خواهان در احترام به زندگی خصوصی و منفعت مجله پروفایل در حق آزادی بیان صورت دهد. در همین راستا دادگاه در گام نخست، به بررســـی این امر پرداخت که یادداشت منتشر شـــده تا چه میزان دارای اهمیت در اذهان عمومی بوده و آگاهی از آن چه جایگاهی در منفعت عمومی جامعه داشته است. از همین روی دادگاه دریافت، به علت آن که جرم مرتبط با رســـوایی‌های جنســـی و پورنوگرافی‌های کودکان بوده است حساسیت‌های قابل توجهی را در عموم برانگیخته و منفعت عمومی بر حفاظت از حیثیت و اعتبار خواهان غلبه دارد. در گام بعد، معیار دادگاه میزان شـــناخته شده بودن خواهان و موضوع گزارش بود. در این راستا دادگاه

بیان نمود: «باید میان افراد عادی و اشـــخاصی که در ســـپهر عمومی جامعه به عنوان شـــخصیت‌های سیاسی و اجتماعی شناخته می‌شـــوند تمایز قائل شد؛ زیرا در میزان حمایت از احترام به زندگی خصوصی این دسته از افراد تفاوت وجود دارد. در بستر یک جامعه دموکراتیک گزارش‌ها و حقایق مربوط به سیاست‌مدارانی که در حال انجام وظایف عمومی هســـتند برخوردار از اهمیت ویژه‌ای اســـت» (Case Of Küchl v. Austria, ECHR, 2012, pp. 17, para. 61). در جهـــت ارزیابی این معیار، دادگاه دریافت خواهان را نمی‌توان در دســـته بندی شـــخصیت‌های سیاسی و اجتماعی قرار داد، اما به دلیل شغل و موقعیت ایشان در کلیسای کاتولیک، این پرونده ارتباط زیادی با حیات جمعیِ جامعه دارد. در گام نهایی دیوان اروپایی حقوق بشـــر شیوه به دست آمدن اطلاعات و پیامدهای انتشار آن را بررسی نمود. بدین روی دادگاه شیوه عملکرد خبرنـــگاران را مبتنی بر حســـن نیت و ارائه دقیق و موثـــق اطلاعات مطابق با اخلاق روزنامه‌نگاری تبیین نمود. هم‌چنین پیامدهای انتشـــار این اخبار بر زندگی خصوصی خواهان را دارای شـــدت قابل توجهی دانست. در نهایت دیوان اروپایی حقوق بشر با توجه به شـــکایت خواهان معتقد بود که گزارش مجله پروفایل به همراه انتشار عکس خواهـــان گرچه مداخله اساســـی در حیثیت و اعتبار خواهان بـــود، لیکن با توجه به معیارهای سه‌گانه بیان شده شکایت ایشان بر اساس ماده ۸ کنوانسیون غیر قابل قبول اعلام شد.

در پرونده دیگری به نام «دعوای پـــک علیه دولت بریتانیا» (Case Of Peck v. The United Kingdom, ECHR, 2003, pp. 2, para. 9) آقـــای جفری دنیس پک به دلیل ابتلا به افســـردگی، شـــبی با در دست داشـــتن چاقوی آشپزخانه از منزل خارج شـــد و با قدم زدن در خیابان اقدام به بریدن مچ دســـت خود و خودکشی کرد. این صحنه به وســـیله دوربین‌های مداربســـته خیابان فیلم‌برداری شد. اپراتور دوربین با مشـــاهده مردی چاقو به دســـت، پلیس را به صحنه فرا خوانـــد و این امر منجر به دستگیری آقای پک شد. پس از گذشت مدتی از آزادی ایشان، «روزنامه هفتگی برنت وود» با چاپ عکسی از آقای پک، مقاله‌ای در ارتباط با مزایای استفاده از دوربین‌های مداربســـته منتشر نمود. در کنار این مقاله مستند سریالی «ضرباهنگ جنایت» از شبکه بی. بی. سی تصویر خواهان را بدون پوشاندن چهره او به نمایش گذاشت. پس از رد

شـــکایت‌های آقای پک در دادگاه‌های داخلی بریتانیا دائر خدشه به حیثیت و آبروی او، ایشـــان دعوای خود را در دیوان اروپایی حقوق بشر طرح نمود. دادگاه استفاده از تصاویر دوربین مداربســـته در گزارش روزنامه هفتگی برنت وود و مستند سریالی را خدشـــه جدی بر حیثیت و آبروی خواهان دانســـت و آن را نقض حریم خصوصی و زندگی خانوادگی او بر اساس ماده ۸ کنوانسیون اعلام کرد (Case Of Peck v. The United Kingdom, ECHR, 2003, pp. 24, para. 98). در این قسمت رویه دیوان اروپایی حقوق بشر را نسبت به حفاظت از شهرت و اعتبار فرد در جهت تضمین حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت او مشاهده نمودیم.

برآمد

۱- رویه قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق همواره بر چیستی و چگونگی مفاهیم حقوقی اثرگذار است. از همین روی دسته‌ای از حقوق‌دانان عقیده دارند حقوق چیزی به جز آن‌چه که در دادگاه‌ها می‌گذرد نیست. حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت نیز از این قاعده مستثنی نیست. پژوهش پیش رو در گام نخست چیستی حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت را تبیین نمود و آن را شامل اراده آزاد فرد در گزینش شیوه دل‌خواه زندگی دانست. سپس در سایه احکام دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان حق مورد بررسی را از بنیادی‌ترین ساحت وجود انسان یعنی عنصر بیولوژیکی و هویت او تا شهرت و اعتبار فرد در اجتماع مورد مطالعه قرار داد. هم‌چنین در کنار این مهم، تصمیمات دیوان اروپایی حقوق بشر به مثابه محفل هم‌نشینی فرهنگ‌های حقوقی گوناگون امروزه طرحی نو در سنت نظارت قضایی و تضمین حق‌های بشر درانداخته است. به همین دلیل رویه این دو نهاد در کنار یک‌دیگر منجر به توسعه مفهومی و گاه محدودیت قلمرویی حق مذکور گردیده است.

۲- اگرچه به دلیل ماهیت جهان شمولی حق‌ها زمینه شناسایی و تضمین آن‌ها فراتر از حدود جغرافیایی یک دولت- ملت خاص امکان‌پذیر است، اما به دلیل وقوع برخی حوادث تاریخی یا وجود عرف‌ها و سنن مختص به یک نظام حقوقی خاص، مفاهیم یکسان دارای ابعاد مفهومی و چارچوب تضمینی مخصوص به خود آن کشور می‌شوند. این امر در مورد حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت نیز صدق می‌کند. در برخی دیگر از کشورها مثل رومانی این مفهوم در ساحت قانون اساسی مورد شناسایی قرار گرفته است. هم‌چنین با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سایه روشن‌هایی از مفاهیمی چون کرامت و ارزش والای انسان (اصل دوم)، ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن (اصل بیست و یکم) و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد (اصل چهل و سوم) وجود دارد. با تمام این تفاسیر، این مشابهت‌های لفظی نمی‌تواند به معنای قصد صریح قانون‌گذار اساسی بر شناسایی حق بر شکوفایی آزادانه شخصیت باشد. از همین روی بررسی این حق می‌تواند از بعد مطالعه تطبیقی برای نظام حقوقی کشورمان ایران و دادگاه‌های آن نیز مفید فایده باشد و زمینه‌های امکان شناسایی آن را هم در ساحت قانون و رویه قضایی این نظام حقوقی فراهم آورد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* جلالی، محمد و یاوری، اسدالله (۱۳۹۹)، **درآمدی بر حقوق اساسی**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* جلالی، محمد و سودبر، سوگل (۱۳۹۹)، «**تاثیر دیوان اروپایی حقوق بشر در نظام داخلی کشور های اروپایی**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۱، شماره ۱.

* حبیب‌زاده، محمدجعفر و رحیمی‌نژاد، اسماعیل (۱۳۸٦)، «**کرامت انسانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، نشریه مدرس علوم انسانی، شماره ٥٤.

* راسخ، محمد و خداپرست، امیرحسین (۱۳۸٦)، «**حق بر شناختن پدر و مادر بیولوژیک**»، فصل‌نامه باروری و ناباروری، دوره۸، شماره۳.

* عبدالمحمدی، فرزانه (۱٤۰۰)، **رویکرد اقتصادی جمهوری اسلامی ایران و نسبت‌سنجی آن با مفهوم خوشبختی**، رساله دکتری حقوق عمومی، قم: دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران.

* فاورو، لویی (۱۳۸۳)، «**حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی و اساس حقوق**»، برگردان: جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۳.

* قاری سیدفاطمی، سیدمحمد (۱۳۹۸)، **حقوق بشر معاصر: درآمدی بر مباحث نظری؛ مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع**، دفتر اول، چاپ ششم، تهران: نگاه معاصر.

* مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۱)، **مفهوم و جایگاه اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپایی با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری ایران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

* واندرمرچ، و.ژ.گانزوف (۱۳٥٦)، **حمایت حقوق بشر در حقوق اساسی**، برگردان: نجادعلی الماسی، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.

* هامون، فرانسیس و واینر، سلین (۱۳۸۳)، «**صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا**»، برگردان: محمد جلالی، حقوق اساسی، دوره ۱، شماره پیاپی ۲.

* یاوری، اسدالله (۱۳۸۸)، «**نظارت قضایی بر تصمیم های اداری در آلمان**»، حقوق و مصلحت، سال دوم، شماره ۵.

ب. انگلیسی

❋ Christian, B., & Andreas, V. (2019). **German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles**, Oxford University Press.

❋ Delaney, E. F., & Dixon, R. (Eds.) (2018), **Comparative judicial review**, Edward Elgar Publishing.

❋ Eberle, Edward J. (1997). **"Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law"**, UTAH LAW REVIEW, 963.

❋ Grimm,Dieter. (2016), **Constitutionalism (1st ed.)**, Oxford University Press.

❋ Kommers, D. P. (2006), **"The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy"**, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 603(1).

❋ Kommers, D. P., & Miller, R. A. (2012), **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Duke University Press.

❋ Kommers, Donald P. (1991), **"German Constitutionalism: A Prolegomenon"**, Emory L. J., 40.

❋ Kommers, Donald P. (2019), **"Can German Constitutionalism Serve as a Model for the United States?"**, German Law Journal,Cambridge University Press, 20(4).

❋ Möller, K. (2012), **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press.

❋ Pünder, Hermann & Waldhoff, Christian. (2014), **Debates in German Public Law (1st ed.)**, Bloomsbury Publishing.

❋ Reisman, W. Michael. (1987), **Jurisprudence: Understanding and Shaping Law: Cases, Readings, Commentary**. New Haven Pr.

❋ Robertson, D. (2010), **The judge as political theorist: Contemporary constitutional review**, Princeton University Press.
❋ Rogowski, R., & Gawron, T. (Eds.), (2016), **Constitutional courts in comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court (New and revised second edition)**. Berghahn Books.

Case of Constitutional Court of Germany

❋ BVerfGE 30, 173, Mephisto, 1971(https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html)
❋ BVerfGE 35, 202, Lebach, 1973(https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html)
❋ BVerfGE 54, 208, Böll, 1980 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv054208.html)
❋ BVerfGE 54, 148, Eppler, 1980(https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv054148.html)
❋ BVerfGE 79, 256, Kenntnis der eigenen Abstammung,
❋ 1988(https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html)
❋ BVerfGE 119, 1, Roman Esra, 2007(https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv119001.html)

Case of European Court of Human Rights

❋ Case of Odièvre v. France, 42326/98, ECHR, 2003
❋ Case of Anayo v. Germany, Application no. 20578/07, ECHR, 2010
❋ Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July v. France, Applications nos. 21279/02 and 36448/02, ECHR, 2007
❋ Case Of Almeida Leitão Bento Fernandes v. Portugal, application no. 25790/11, ECHR, 2015
❋ Case Of Lillo-Stenberg And Sæther v. Norway, Application no.

13258/09, ECHR, 2014

❊ Case of Karl-Theodor zu Guttenberg v. Germany, application no. 14047/16, ECHR, 2019

❊ Case Of Küchl v. Austria, application no. 14047/16, ECHR, 2012

❊ Case Of Peck v. The United Kingdom, Application no. 44647/98, ECHR, 2003

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۲۳۰-۲۰۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۵

نظارت قضایی پیشینی بر تعقیب و تحقیق؛ مبانی و پیامدها

ماجد جبّان،[۱] محمود صابر،[۲] سیّد دُرید موسوی مجاب[۳]

چکیده

نظارت قضایی پیشینی بر تعقیب و تحقیق، عبارت است از نظارت بر اقدامات، تصمیمات قضایی و تحقیقی نهادهای متولی امر تعقیب و تحقیق؛ به ویژه اقدامات ناقض حقوق و آزادی‌های افراد در زمینه بازداشت، تفتیش منزل و بازرسی اشخاص در مرحله پیش‌دادرسی. پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی، ضمن بهره‌گیری از ابزار کتابخانه‌ای، با تدقیق در نقش نظارت قضایی پیشینی در کنترل اقدامات متولیان امر تعقیب و تحقیق، به تبیین اهمیت و موقعیت نهاد یاد شده در تضمین دادرسی عادلانه، تبلور فرض برائت و تعین اصل ترازمندی حق‌های طرف‌های دعوای کیفری در سایه اصل حاکمیت قانون و اصل قضامندی می‌پردازد. از جمله پیامدهای مهم کاربست نهاد نظارت قضایی، افزایش اعتماد عمومی به عملکرد دستگاه قضایی، تضمین کارآمدی آن و پیشگیری از سوء استفاده مقام‌های تعقیب و تحقیق از اختیارات قانونی است. یافته‌های پژوهش، حاکی از تایید نقش اثرگذار نهاد نظارت قضایی پیشینی در تضمین حقوق طرف‌های دعوای کیفری و کاهش زمینه تعدی یا تعرض به حقوق آن‌ها است.

واژگان کلیدی: تحقیق، تعقیب، حقوق فردی، آزادی‌های فردی، دادرسی کیفری، نظارت قضایی پیشینی.

---

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه حلب، حلب، سوریه (نویسنده مسئول) majed20101993m@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرّس، تهران، ایران. m.saber@modares.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرّس، تهران، ایران. d.mojab@modares.ac.ir

درآمد

در گذشـــته آیین دادرسی کیفری بیشـــتر از نظام تفتیشی تبعیت می‌کرد و حق حکمرانان و دادرسان در نقض حقوق متهمان، امری عادی بوده است؛ لیکن امروزه در پی تحولات تاریخی، قانونی و در نتیجه انتقادهای فلاسفه و جامعه‌شناسان، به سمت نظام اتهامی و حفظ حقوق متهمان مایل شـــده است. اگرچه نظارت بیشتر در گرایش حقوق عمومی به چشـــم می‌خورد (هاشمی،۱۴۰۲: ۱۵۹)، اما با توجه به تحولات، در حوزه حقوق کیفری به‌ویژه دادرســـی کیفری نیز مشاهده می‌شود. نظارت، گونه‌های مختلفـــی دارد (Stahn, 2009: 247)؛ به این معنی که نظارت بر عملکرد دادســـرا در نظام‌های قانونی، گوناگون اســـت که از جمله می‌توان به جلوه‌هایی هم‌چون نظارت اداری، نظارت سیاسی، نظارت مردمی و نظارت قضایی اشاره کرد. از حیث زمانی نیز می‌توان نظارت پیشـــینی[1] (نظارت پیشگیرانه و نظارت پیش از اتخاذ تصمیم، نظارتی اســـت که قبل از اتخاذ تصمیمات یا اقدامات از سوی مقام‌های صلاحیت‌دار صورت می‌گیرد)، نظارت هم‌زمان و نظارت پســـینی را نام برد که عبارت است از نظارت پس از اتخاذ تصمیم؛ به عبارتی، نخست اخذ تصمیم و سپس نظارت در مقام رسیدگی به اعتراض صورت می‌گیرد. هم‌چنین می‌توان نظارت را به نظارت بیرونی (نظارت نهادِ دیگر بر یک نهاد) و نظارت درون‌نهادی یا نظارت داخلی طبقه‌بندی کرد که از سوی مقام‌های همان نهاد اعمال می‌شود؛ خواه در قانون به یک قاضی یا تعدادی از قضاتِ وابسته به آن نهاد واگذار شده باشد (Jabban et al,2024: 95-101).

منظور از نظارت قضایی پیشـــینی در این پژوهش، نظارت دادگاه‌های عالی بر دادگاه‌های تالی یا سازمان‌ها (دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری، سازمان بازرسی کل کشـــور و غیره) نیست، بلکه نظارت قضات نشسته (دادگاه) بر عملکرد دادسرا از حیث وظایفی مهمی اســـت که انجام می‌دهند. نظارت قضایی پیشینی، نظارتی است کـــه پیش از اتخاذ تصمیمات یا اقدامات از ســـوی مقامـــات صلاحیت‌دار در جرائم غیر مشـــهود صورت می‌گیرد. نظارت قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی به معنای نظارت خارج از نهاد دادســـرا بر دادسرا از سوی قاضی مستقل و بی‌طرف و اطمینان

۱. همانند ماده ۱۴۹ و ۱۵۰ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و بند ۳ ماده ۱۵ اســـاس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی.

از مشـــروعیت اقدامات تأثیرگذار بر حقوق و آزادی‌های فردی از لحاظ تحقق شرایط شخصی و عینی اقدامات انجام شده است (شمس‌الدین، ۲۰۰۷: ۵۵). چنانچه نظارت پیشینی دارای الگوی مناسب و برخوردار از استقلال و بی‌طرفی باشد، به نوعی دارای جنبه پیش‌گیرانه، بازدارنده از تصمیمات نامناســـب، مانعی در مسیر تعرض به‌حقوق و آزادی‌های افراد و تقویت‌کننده رویکرد به حداقل رســـاندن آســـیب یا آسیب‌های ممکن‌الوقوع اســـت. در قطع‌نامه نهایی پانزدهمین کنگره بین‌المللی حقوق جزا[1] آمده است که: «هر تصمیمی که توسط مقام صلاحیت‌دار اتخاذ می‌شود و با حقوق بنیادین افراد ارتبـــاط دارد حتی اقدامات مأموران پلیس باید مورد تأیید قاضی و با نظارت او باشـــد» (خزانی، اردبیلی و نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ٤٧٥). از این رو، تضمین حقوق و آزادی‌های افراد، در گرو نظارت بر اقدامات مقام‌های قضایی فاقد اســـتقلال قضایی توسط مقام‌های قضایی مستقلی است که در اسناد بین‌المللی و قوانین موضوعه تأکید شـــده اســـت. در نظارت قضایی بر مرحله تحقیقات مقدماتی دو الگو حاکم اســـت: الگوی باز و الگوی بســـته؛ در الگوی بســـته متولیان امـــر تعقیب و تحقیق صلاحیت ندارنـــد که در امور واجد جنبه قضایی و مرتبط با حقوق و آزادی‌های افراد تصمیمی اتخاذ کنند، بلکه باید آن‌را در اختیار مقام قضایی دارای استقلال و بی‌طرف قرار دهند؛ همانند نظارت شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی بر تصمیمات بازداشت و غیره. به‌عکس، در الگوی باز متولیان امر تعقیب و تحقیق، صلاحیت اتخاذ تصمیمات حاوی جنبه قضایی یا متعارض با حقوق و آزادی‌های افراد را دارا هستند (عبدی و اردبیلی، ۱۳۹۹: ۱۵۱). برخی حقوق‌دانان نیز این‌دو الگو را با تعبیر الگوی فاقد نظارت قضایی و الگـــوی دارای نظارت قضایی به‌کار برده‌اند (یوســـفی،۱۳۹۱: ۷). منظور از الگوی فاقد نظارت قضایی، فقدان ویژگی‌هایی از سوی نهاد یا افراد ناظر است که قضات از آن ویژگی‌ها برخوردارند؛ به‌دیگر ســـخن، ممکن است نظارت وجود داشته باشد، اما خصیصه قضایی بودن را نداشته باشد.

در ایران طبق مواد ۲۸، ۳۲ و ۳۳ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲، نظارت و ریاســـت بر اعضای دادسرا بر عهده دادستان است. در ایران نهاد دادسرا در موارد قابل توجهی می‌تواند بدون اخذ مجوز پیشینی از نهاد بالاتر، تصمیمات سنگین

۱. این کنگره، در سال ۱۹۹٤ میلادی در ریودوژانیروی برزیل برگزار شد.

از قبیل قرار بازداشـــت، تفتیش مسکن، تفتیش اشـــخاص، کشف و گردآوری ادله و موارد دیگری که جنبـــه قضایی دارد را اتخاذ کند. امروزه آثار زیان‌بار این تصمیمات بر کســـی پوشیده نیست. دادستان نماینده دولت و طرفدار مجازات کردن افراد است؛ حال آن‌که، نهاد دادســـرا نهادی در مقابل متهم نیســـت، بلکه باید به صورت بی‌طرف عمل کند و هدف آن، اثبات اتهام افراد خاطی و نجات افراد بی‌گناه از ســـیطره اتهام باشـــد (حومـــد، ۱۹۸۷: ۱۵۳)؛ بنابراین نهاد بر تصمیمات خـــود نظارت می‌کند و در اتخاذ تصمیمات، هم ناظر و هم نظارت شونده است. هر چند که برخی از جلوه‌های نظارت پیشینی هم‌چون ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مشاهده می‌شود که بر اساس آن، کنترل ارتباط مخابراتی افراد جز در موارد مصرح ممنوع است؛ که در این موارد نیز، کنترل با تعیین مدت و دفعات آن در خصوص اشـــخاص با موافقت رئیس کل دادگســـتری و در مورد اشخاص و مقامات موضوع ماده ۳۰۷، با مجوز رئیس قوه قضاییه ممکن اســـت. نمونه دیگر، تبصره ۲ ماده ۱۵۰ قانون یادشـــده در زمینه کنترل ارتباطات مخابراتی محکومان اســـت که جز به تشخیص دادگاه نخستین که رأی زیر نظر آن اجرا می‌شـــود یا قاضی اجرای احکام ممنوع می‌باشـــد. هم‌چنین است کنترل حســـاب‌های بانکی از ســـوی بازپرس که طبق ماده ۱۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیازمند موافقت رئیس حوزه قضایی اســـت. ضروری اســـت چنین رویکردی به سایر تصمیمات متعرض حقوق و آزادی‌های افراد تعمیم داده شود.

یکی از دلایل آسیب‌پذیری نظارت بر یک نهاد یا فرد، وجود ترس از هم‌دستی میان ناظر و نظارت‌شـــونده است. قاضی در عین برخورداری از استقلال، باید در قبال تصمیمات و عملکرد خود پاســـخ‌گو و نظارت‌پذیر باشـــد (نعمتی و دیگران،۱۴۰۰: ۳۲۸). بر اســـاس استانداردهای مســـئولیت حرفه‌ای و بیان وظایف و حقوق اساسی دادستان‌ها[1] که در سال ۱۹۹۹ میلادی توسط انجمن بین‌المللی دادستان‌ها[2] به تصویب رسید، «به‌کارگیری آزادی عمل دادستان در موارد دارای صلاحیت، باید به‌طور مستقل اعمال شود و عاری از مداخله سیاسی باشد».[3] هم‌چنین «در صورتی‌که مقامات خارج

1. The ‘Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors’
2. International Association of Prosecutors
3. Art. 2.1. of the Standards of Professional Responsibility and Statement of the Es-

از دادســـرا، حق اعطای تعلیمات عمومی یا خصوصی به دادسرا را داشته باشند، باید شفاف، مطابق قانون و تابع رهنمودهای حفظ استقلال دادستانی باشند».[1]

با توجه به ضرورت و اهمیت نهادینه‌ســـازی نظارت قضایی پیشینی در مرحله پیش‌دادرســـی، این مقاله در قالب دو بخش پایه، به اهم مبانی نظارت قضایی از جمله تضمین دادرسی عادلانه، فرض برائت و برابری و توازن میان طرف‌های دعوای کیفری و کنترل قدرت و همچنین، شـــناخت پیامدهای کاربســـت نظـــارت قضایی از جمله افزایش اعتماد عمومی به عملکرد دستگاه قضایی، تضمین کارآمدی آن و پیشگیری از سوء استفاده مقام‌های تعقیب و تحقیق از اختیارات قانونی می‌پردازد.

۱. بنیان‌های نظری پژوهش

تبیین بنیان‌هـــای نظری نهاد نظارت قضایی بر تعقیب و تحقیق، جهت تقویت پایه‌هـــای نظری بحث در زمینه ضرورت وجودی و توجیه چراییِ کاربســـت نظارت بسیار مهم است. از این رو در چند محور، به اهم موارد در این زمینه اشاره می‌شود.

۱-۱. تضمین دادرسی عادلانه

هربرت پاکر [2]دو مدل فرایند کیفری را شامل «کنترل جرم»[3] و «ضرورت رعایت تشریفات قانونی رسیدگی[4]»[5] را معرفی کرد. در مدل نخست، مصالح جامعه بر حقوق و آزادی‌های فردی ترجیح می‌یابد و با نقض فرض برائت و موازین دادرسی عادلانه، تأمیـــن امنیت جامعـــه در اولویت قرار می‌گیرد، اما در مـــدل دوم، ضمن پای‌بندی به اصل حاکمیت قانون، رعایت دادرسی عادلانه و احترام به حق‌ها و آزادی‌های فردی، برقراری نظم در جامعه اولویت می‌یابد و بر این اســـاس، همه طرف‌های دعوا با هم برابر بوده و ترجیحی بر یکدیگر ندارند. در این مدل، در جهت ایجاد سازکارهایی به منظور تضمین ترازمندی حق‌های طرف‌های دعوی تلاش می‌شـــود (Packer, 1964:

---

sential Duties and Rights of Prosecutors

1. Art. 2.2. of The Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors

2. Hebert Packer

3. Crime Control Model

4. Due Process Model

۵. برخـــی از حقوق‌دانان ایرانی به این الگو، «الگوی دادرســـی منصفانه» اطلاق می‌کنند، لیکن اطلاق «الگوی مبتنی بر رعایت تشریفات قانونیِ رسیدگی» صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

p.p1-67). از جمله این سازکارها، نظارت قضایی است که تضمین دادرسی عادلانه در فرایند کیفری به شمار می‌آید. الگوی کنترل جرم مبتنی بر سزاگرایی با هر هزینه است، اما الگوی ضرورت رعایت تشریفات قانونی رسیدگی، دقت و حفظ حقوق و آزادی‌افراد مهم‌تر از هر مساله است (قپانچی و دانش ناری، ۱۳۹۱: ۱۶۹). به کارگیری الگوی رعایت تشریفات قانونی رسیدگی، دادرسی عقلانی‌تر، نزدیک‌تر به عدالت و برابری می‌شود؛ لذا تضمینات دادرسی عادلانه باید ملموس، عینی و قابل احساس باشد (شاهد و بهارک، ۱۳۹۷: ۷). در این راستا، هِلی فاستن[1] معتقد است «دو منفعت محکم و تمام عیار باید مورد حمایت قرار گیرد: نخست، منفعت عامه جامعه که در پیِ عدالت و سرکوب سریع جرائم است؛ دیگری منافع متهمان که به سهم خود یک منفعت اجتماعی به شمار می‌آید و یک تضمین تمام عیار حقوق شهروندی و دفاعی را به دنبال دارد. این موضوع از مسائل پیچیده‌ای است که قانون‌گذار باید آن را حل کند. مشکل فراروی قانون‌گذار عبارت است از برقراری تعادل یا توازن بین تضمینات لازم برای حفظ نظم در جامعه و ضمانت اجرایی که به طور هم‌زمان آزادی مدنی را مطالبه می‌کند. مقام تعقیب و تحقیق، از یک‌سو ملزم به صیانت از منافع و مصالح عمومی است و از دیگر سو، باید تضمینات لازم در حمایت از حق‌ها و آزادی متهمان را سرلوحه عمل خویش قرار دهد. این تقابل رسمی که بین متهم و قدرت عمومی صورت می‌پذیرد، زیر بار هیچ نتیجه‌ای جز رسیدن به عدالت نمی‌رود؛ بنابراین راهی جز این نیست که هر دو جنبه مورد اشاره یک حمایت مؤثر از تضمینات محکم یادشده را در نهادهای حقوقی داشته باشند» (Helie,1866: 4). در این‌جا می‌توان گفت به‌رغم دوگانگی حق افراد در بهره‌مندی از آزادی و تضمین حق دفاعی و حق دولت در سرکوب جرائم و مجازات مجرمان، راهبرد حل مسأله توسل به تضمینات قضایی است.

اقتضای دادرسی عادلانه این است که تفکیک بین نهاد تعقیب یا تحقیق و نهاد رسیدگی به شکل متعادلی برقرار شود؛ در غیر این‌صورت، ترازمندی حق‌های طرف‌های دعوی اعم از متهم، شاکی و جامعه، با چالش روبه‌رو خواهد شد (خزانی، ۱۳۷۷: ۱۹٤). برای عدالت قضایی مقتضی است که نهاد تعقیب، تحقیق و دادرسی

1. Helie, Faustin

از یکدیگر تفکیک شـــود و هر یک از آن‌ها بر عملکرد دیگری نظارت داشـــته باشد و نظارت جداگانه‌ای نیز جهت پیشـــگیری یـــا کاهش احتمال غرض–ورزی، تبانی و اشتباه پیش‌بینی شود (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۷۰). در نظام تفتیشی، مرحله پیش‌دادرســـی اصولاً از سوی ضابطان قضایی صورت بخشیده می‌شود؛ لذا پرونده‌ای که نزد دادگاه ارســـال می‌شود، تنها محصول عمل دادستان (هم‌چون انگلستان و ولز) نیســـت، بلکه ناشـــی از تحقیق قضایی یا تحت نظارت قضایی است (Jacqueline, 2005: 245). مرحله پیش‌دادرسی بر اقدامات پلیسی استوار است و این اقدامات نقش قابل توجهی در جهت‌دهی پرونده ایفا می‌کند.

۲-۱. فرض برائت

از بارزترین آثار فرض برائت، پیش‌بینی ســـازکاری اســـت که موجب تضمین مصونیت اشـــخاص از تعرض به حقوق و آزادی‌های فردی می‌شود (سرمست بناب، ۱۳۸۷: ۳۲). انتقال اختیار اِعمال ضمانت اجرا از نهاد رســـیدگی (دادگاه) به دادســـرا، اصل تفکیک قوا و فرض برائـــت را مخدوش می–کند؛ چون ضمانت اجراها باید از رهگذر دادرســـی، بررسی و احراز شـــوند (خزانی، ۱۳۷۷: ۱۹۱). مونتسیکو و بکاریا معتقدند که آیین دادرســـی کیفری باید برای کشـــف سریع جرم و اثبات گناه مرتکب و حفظ منافع جامعه تأثیر قاطع داشـــته باشد، اما وکلای مدرن معتقدند که هم‌زمان با حفظ منافع جامعه، حقوق و آزادی‌های فردی نیز باید در نظر گرفته شود (همان: ۱۳). امـــروزه حفظ حقوق و آزادی‌های فردی جهت رعایت فرض برائت کفایت نمی‌کند، بلکه فراهم کردن امکانات قضایی و قانونی نزد دادســـرا، ضابطان دادگستری یا پلیس جهـــت اتخاذ تصمیمات متناســـب با فرض برائت و اصول دادرســـی منصفانه بدون اشـــتباهات قضایی لازم است (آشـــوری، ۱۳۷٦الف: ۱٤۳–۱٤٤). در ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشـــر مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹٤۸ تصریح شده است که: «هیچ‌کس نباید در مســـائل فردی، خانوادگی، محل زندگی یا مراسلات شخصی، در معرض دخالت خودســـرانه قرار گیرد. هم‌چنین شـــرافت و آبروی هیچ‌کس نباید مورد تعرض قرار گیرد. هر کس شایســـته پشتیبانی قضایی و قانونی در برابر چنین مداخلاتی است». در این ماده، دخالت خودســـرانه به صورت مطلق مورد پذیرش قرار گرفته و این مداخله خودســـرانه ممکن است به گونه‌های مختلف از سوی آحاد جامعه یا نهادهای عدالت

کیفـــری صورت گیرد. فرض برائت اقتضا می‌کند کـــه افراد در برابر چنین مداخلاتی مورد حمایت قرار گیرند. به لحاظ قانونی، قانون‌گذار باید مقررات ویژه‌ای را در زمینه حمایت از اشـــخاص در برابر مداخله‌های خودسرانه در نظر گیرد و البته سازِکارهای ویژه‌ای از قبیل نظارت قضایی را پیش‌بینی کند.

مطالعات جامعه‌شناســـی کیفری نشـــان می‌دهد که در عمل، مرحله رسیدگی ماهوی به دلیل ضعف احتمال تبرئه در آن، تعیین‌کننده سرنوشـــت دادرســـی کیفری قلمداد نمی‌شـــود، بلکه مرحله مقدماتی تعیین‌کننده سرنوشـــت دادرسی است. بر این اســـاس باید در قضاوت احتیاط کنیم (دلماس مارتـــی، ۱۳۹۸: ٤١٥). نهاد نظارت بر تعقیب و تحقیق، واجد اثر پیشگیرانه است و به مثابه فیلتر ورود افراد بی‌گناه به مرحله رســـیدگی است و به عنوان حامی حقوق افراد نقش ایفا می‌کند. نهاد نظارت به نوعی در امتداد مســـیر مدیریت‌گرایی کیفری به ایفای نقش می‌پردازد. سیاست تقنینی ایران و اســـناد بین‌المللی هم‌ســـو با فرض برائت می‌باشند؛ لیکن رویه قضایی ثابت می‌کند که سیاست قضایی با سیاست تقنینی فاصله زیادی دارد(سرمست بناب، ۱۳۸۷: ۱۲۹). به نظر می‌رســـد که معیار ارزیابی سیاست کشـــورها نبودِ فاصله بین سیاست قضایی و تقنینی جهت رســـیدن به اهداف مطلـــوب در برقراری نظم عمومی، حفظ حقوق و آزادی‌های فردی و جلب اعتماد محکومان اســـت؛ لذا از زمانی که تعارض اساســـی بین مقام‌های متولی امر تعقیب و تحقیق ایجاد می‌شـــود، دولت در این‌جا دیگر نه تنها موظف به حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان است، بلکه تعهد بیشتری بـــرای حفظ حقوق دفاعیِ متهم از قبیل فرض برائت، حق دادرســـی منصفانه و غیره دارد؛ حتی اگر این امر مانعِ روشن شدن حقایق شود.

۳-۱. برابری و توازن بین طرف‌های دعوای کیفری و کنترل قدرت

برابری از اهداف اصلی آیین دادرسی کیفری است. پیش‌بینی متون قانونی برای رعایت برابری در آیین دادرسی کیفری کافی نیست، بلکه قانون‌گذار باید ضمانت‌های مناسب برای این امر را هم در نظر بگیرد. بر اساس دکترین حقوقی، جایگاه طرف‌های دعوای خصوصی و عمومی به دلیل اختلاف منافعی که هر دو توســـط قانون حمایت می‌شود، متفاوت است؛ به‌گونه‌ای که آیین دادرسی مدنی برابری بین طرف‌های دعوی را رعایت می‌کند، اما در آیین دادرســـی کیفری قدرت‌های زیادی به نفع دادسرا داده

شده است (سلامه، ۱۹۸۰: ۱۹)، لیکن به‌رغم تفاوت پیشین، برابری هدف بنیادین آیین دادرسی کیفری اســـت و باید هم در متون قانونی و هم در تشکیلات قضایی در نظر گرفته شـــود. یکی از جلوه‌های برابری، برابری در وسایل دفاع است؛ به‌گونه‌ای که هر یک از طرف‌ها در وضعیتی قرار گیرد که بتواند از خود دفاع کند.

اگرچه برخی اســـناد بین‌المللی، الزامی برای قانون‌گذار داخلی ایجاد نمی‌کند، لیکن همواره در قوانین داخلی و اســـناد بین‌المللی بر رعایت برابری در آیین دادرسی کیفری تاکید شده است؛ هم‌چون اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹٤۸میلادی) که در ماده ۱ آن، برابری افراد در کرامت و حقوق و در ماده ۷ آن، برابری همه افراد در برابر قانون و عدم تبعیض مورد تأکید قرار گرفته است. ماده ۱۰ این اعلامیه نیز به طور مشخص به دادرسی عادلانه و برابری در اقدامات دادرسی اشاره می‌کند. بر این اساس، هرگونه اقدام موجب اختلال در برابری، خلاف اعلامیه جهانی حقوق بشـــر قلمداد می‌شود. مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز با تصویب میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی(۱۹٦٦میلادی)، سعی در اِعمال ضمانت اجراهای عینی برای مفاد اعلامیه جهانی حقوق بشر داشت(حبیب‌زاده و توحیدی‌فرد، ۱۳۸۸: ۳٦-۳۷). در بند یک ماده ۱٤ میثاق حقوق مدنی و سیاســـی آمده است: «همه افراد در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگســـتری (از حقـــوق) برابر برخوردارند. هر کـــس حق دارد که بـــه دادخواهی او در یک دادگاه قانونی، صلاحیت‌دار، مســـتقل و بی‌طرف، به طور منصفانه و علنی، رسیدگی شود و آن دادگاه درباره حقانیت اتهام‌های کیفری علیـــه فرد یا (علیه) حقوق و تعهدات مدنـــی او، تصمیم بگیرد». دولت‌ها در کاربســـت هنجارهای بین‌المللی دو روش را در پیش می‌گیرند: در روش اول، حقوق بین‌الملل کاملاً منفک از حقوق داخلی است و تصویب هنجارها از طریق قانون‌گذاری داخلی لازم اســـت(مانند کانادا، انگلستان و ایران). در روش دوم نیز، حقوق بین‌الملل همانند حقوق داخلی محسوب می‌شود و در صورت تعارض، حقوق بین‌الملل مقدم است(نظیر فرانسه) (فلسفی، ۱۳۹۸: صص ۳۵-٦۷).

قانون‌گذار بـــرای تضمین برابری افراد باید نوعـــی از نظارت بر آزادی عمل دادســـتان در شـــروع به تعقیب را پیش‌بینی کند. در خصوص آغاز تعقیب، دو قاعده

وجود دارد: قاعده قانونی بودن تعقیب[1] و قاعده اقتضای تعقیب.[2] در قاعده نخست، دادستان اختیاری در تعقیب یا عدم تعقیب ندارد و به صِرف گزارش جرم از راه‌های پیش‌بینی شده در قانون، باید تعقیب را آغاز کند. مطابق قاعده دوم، مقام قضایی می‌تواند بر اساس شاخص منفعت از تعقیب دسته‌ای از جرائم صرف نظر کند (جمشیدی و نوریان، ۱۳۹۲: ۱٤٥).

اغلب کشورها قاعده اقتضای تعقیب را بر نظام قانونی بودن تعقیب ترجیح داده‌اند (پرادل و دیگران، ۱۳۹۳: ۸۷)، اما بر اساس توصیه‌های بین‌المللی، نمی‌توان کشوری را یافت که نظام قانونی بودن تعقیب یا اقتضای تعقیب را به صورت کامل برگزیده باشد(آشوری، ۱۳۹۸ب/۱: ۱۷۱). هر دو قاعده در یک نظام حقوقی مجال طرح می‌یابد، اما بر اساس چهره غالب گفته می‌شود کشور معین تابع اقتضای تعقیب یا قانونی بودن تعقیب است. در قانون آیین دادرسی کیفری ایران مصوب ۱۳۹۲ نیز می‌توان جلوه‌هایی از هر دو قاعده را یافت(خالقی،۱٤۰۱/۱: ۵۰-۵۱).

قاعده اقتضای تعقیب، اختیارات وسیعی به نهاد دادسرا می‌دهد و این گستردگی اختیارات، زمینه را برای ورود آسیب بر سرنوشت عدالت مهیا می‌سازد (حومد، ۱۹۸۷: ۱۷۹). سوء استفاده از این اختیارات به دو شکل ممکن است تحقق یابد: سوء استفاده از جایگاه یا سوء استفاده از طریق عدم اجرای قانون. راهکاری که می‌توان از آن در راستای نظام‌مند کردن این اختیارات و پیش‌گیری از سوء استفاده‌های احتمالی بهره برد، پیش‌بینی نظارت بر نحوه کاربست اختیارات ناشی از نظام اقتضای تعقیب است؛ چون نقش نظارتی دادستان بر مقام‌های تحقیق و ضابطان قضایی مخالف جایگاه دادستان در نهادهای عدالت کیفری است و واگذاری امر موافقت قرارهای نهایی صادره از سوی بازپرس مخالف اصل تساوی صلاح‌ها و جایگاه دادستان به عنوان یکی از طرف‌های دعوای کیفری است(صالحی و افراسیابی، ۱۳۹۷: ۲۱٦). از طرف دیگر، تفاوت اصلی بین قضات و دادستان در این است که دادستان‌ها تابع قوه مجریه بوده و تحت فشارهای قوه مجریه به اجرای سیاست‌های عمومی دولت یا در اولویت قرار دادن برخی از جرائم وادار می‌شوند، اما قضات تحت نظارت و کنترل دولت

1. The legality of Prosecution - la légalité des poursuites
2. The opportunity for prosecution - l'opportunité de poursuites

قرار نمی‌گیرند و در تصمیمات خود اســـتقلال دارند (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۳٦). مشاهده رویه عملی در دادســـراها و مصاحبه با قضات به صورت غیر مســـتقیم نشان می‌دهد در ایران قضات دادســـرا تحت فشارهای سلسله مراتبی مقامات مافوق (مقامات درون و برون دادســـرا) هستند و تصمیمات قضات تحت تاثیر توجیهات مقام مافوق است. نظام سلسله مراتبی در ایران ممکن است ناشی از تبعیت از سیاست جنایی بخشنامه‌ای باشـــد که این امر منجر به اداری‌ســـازی فرایند عدالت کیفری و نقض اصول دادرسی منصفانه می‌شود (رستمی، ۱٤۰۰: ۳۱۷–۳۱۸). با وجود سلسله مراتب در دادسرا، مسأله عدم بی‌طرفی و ســـعی در کســـب رضایت مقامات مافوق، انکارناپذیر است. سلسله مراتب به طور خودآگاه یا ناخودآگاه، دادســـرا را از مســـیر اصلی خود که حمایت از منافع عمومی جامعه بدون طرفداری از طرف معین است، منحرف می‌سازد و نظارت دادســـتان را به نظارتی بیهوده و شکلی تبدیل می‌کند؛ به عبارت دیگر، سلسله مراتب نظام فرماندهی و فرمانبری کامل را در نظارت برقرار ســـاخته و نظارت شوندگان را بر سر دو راهی[1] قرار می‌دهد. این دو راهی مقامات را در وضعیت انتخاب یکی از دو راه قرار می‌دهد تا در نتیجه، دست به‌ترجیح یک ارزش بر ارزش دیگر بزنند. ساختار سلســـله مراتبی به نوعی این انتخاب را از فرد سلب می‌کند و فرد را در وضعیتی قرار می‌دهد که کســـب رضایت مقامات مافوق را بر ارزش‌هـــای دیگر ترجیح دهد. این وضعیت، همان زندگی عاریتی[2] است که مهم‌ترین شاخص آن، تقلید، تعبد و پذیرش بی‌دلیل از دیگران و در نتیجه، عمل کردن به خلاف تشخیص خود شخص و «با خود در کشـــاکش بودن»[3] است (ملکیان، ۱۳۸۱: ۲٤٥). وجود سلسله مراتب در هر سازمان باعث می‌شـــود که مقامات برخلاف میل درونی خود، به رفتار و کردار نمایشی جهت کســـب رضایت مقامات مافوق دست زده و از زندگی اصیل[4] به زندگی عاریتی سوق یابند. پیش‌بینی نظارت قضایی بر تصمیمات ســـنگین دادســـرا، قضات دادسرا را قادر می‌سازد تا در صورت قرار گرفتن در وضعیت دو راهی، بر فشارهای ناشی از سلسله مراتب سازمانی فائق آیند.

1. Dilemma
2. Vicarious
3. Selfchallenging
4. Authentic

٤-١. تفکیک وظایف و جلوگیری از تمرکزگرایی

نظارت زمانی مؤثر واقع می‌شـــود که میان نهاد ناظر و نظارت‌شـــونده تمرکز وجود نداشـــته باشـــد. تمرکزگرایی در این امر منجر به فقدان رغبت به انجام وظیفه از ســـوی نظارت شونده می‌شود و از طرف دیگر زمینه ســـوء استفاده ناظر را فراهم می‌ســـازد. عدالت و انصاف اقتضا می‌کند که چنین تفکیکی حاصل شود؛ به عبارتی، تمرکزگرایـــی خلاف عدالت و انصاف بوده و زمینه ســـوء اســـتفاده را ایجاد می‌کند (راسخ، ۱۳۸۸: ۱۷-۱۹). بر اساس رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر مساله عدم تفکیک وظایف ممکن اســـت منجر به بی‌طرفی عینی و ذهنی مقام‌های قضایی شـــود (پرادل و کورستنز و فرملن، ۱۳۹۳: ۵۳۱). شورای مشورتی قضات اروپایی[1] و شورای مشـــورتی دادستان‌های اروپا[2] بنا به درخواســـت کمیته وزرای شورای اروپا در مورد روابط بین قضات و دادستان‌ها، دیدگاه خود را این‌گونه بیان کردند که «اجرای قانون و در صورت اقتضا، آزادی عمل دادستان در مرحله پیش از محاکمه ایجاب می‌کند که وضعیت مدعیان عمومی در بالاترین سطح ممکن، به شیوه‌ای مشابه با قضات، توسط قانون تضمین شـــود. آن‌ها باید در تصمیم‌گیری آزاد و مســـتقل باشند و وظایف خود را منصفانه، عینی و بی‌طرف انجام دهند» (CCJE et CCPE, 2009: 2). در قطع‌نامه کنگره وین در ســـال ۱۹۸۹ نیز تاکید شده است که قضات باید از بی‌طرفی و استقلال برخوردار باشند و نهاد دادسرا از قوه مجریه مجزا بوده و استقلال داشته باشد (خزانی، اردبیلی و نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ٤٦٣-٤٦٤).

بیل استانتز[3] در یکی از پراســـتنادترین مقالات خود بیان داشته که «دادستان‌ها قانون‌گذاران واقعی نظام عدالت کیفری هســـتند و ... بر نظام عدالت کیفری حکمرانی می‌کننـــد» (William, 2001: 506-507). امروزه در برخی کشـــورها مانند امریکا به دادستان اجازه داده شده است با متهم خصوصاً شرکت‌ها بر سر اتهام معامله کند.[4] در اثـــر معامله اتهام و با اعتراف متهم بـــه تقصیر خود و پرداخت مقابل نقدی (نه جزای نقدی) از ســـوی او، به وی مهلت مناسب برای اصلاح رفتار اعطا و پرونده به تعویق

1. Consultative Council of European Judges (CCEJ)
2. Consultative Council of European Prosecutors (CCEP)
3. Bill Stuntz
4. Deferred Prosecution Agreement (DPA)

اتهام یا عدم توجیه اتهام منتهی می‌شود (Frederick, 2022: 753). در فرانسه نیز این نهاد در موارد متعدد به کار گرفته شـــده اســـت و به عنوان ابزاری برای جلوگیری از نظارت قضایی، شبیه نظارت قضایی موجود در صورت عبور پرونده از رهگذر قاضی تحقیق است (Frederick, 2022: 798).

قرار دادن مسأله تحقیق در دست نهاد دادسرا، امری خطرناک محسوب می‌شود. اغلب کشـــورها نیز امر تعقیب را از تحقیـــق تفکیک کرده‌اند؛ دلیل اصلی این تفکیک آن اســـت که نهاد متولی امر تعقیب همیشه تمایل به گردآوری ادله علیه متهم دارد و خود عهده‌دار اثبات مجرمیت متهم اســـت. بر این پایه، ادغام امر تعقیب و تحقیق در دســـت یک نهاد، تحقیق را از هدف خود یعنی کشـــف حقیقت دور می‌سازد (نشأت بک، ۱۹۲۵: ۳۶-۳۷). جهت حفظ حقوق و آزادی‌های فردی باید امر تعقیب، تحقیق و قضاوت در دســـت یک قاضی نباشـــد. کامبســـره[1] در این خصوص می‌گوید همه شـــهروندان از این‌که یک فرد دارای دو قدرت باشد، بیم‌ناک می‌شوند (لارگیه،۱۳۷۸: ۳۵). با ارزش‌ترین تضمین حقوق و آزادی‌های افراد، حســـن انتخاب مقامات متولی تحقیق اســـت؛ به نحوی که دارای اســـتقلال، بی‌طرف و عادل باشـــد. به همین دلیل، گرایش نوین به ســـمت قضایی کردن و واگذاری تحقیق به قضات اســـت (بسیونی و وزیر، ۱۹۹۱: ۵۹).

منتســـکیو در کتاب روح القوانیـــن می‌گوید: تفکیک قوا بـــه منظور اطمینان شـــهروندان از عدم تجاوز اســـت؛ زیرا وقتی قدرت کنترل نشود، به تعدی و تجاوز گرایش پیدا می‌کند، به ســـمت اطلاق و عدم محدودیت تمایل می‌یابد و چون قدرت در اختیارش است، می‌تواند به حقوق شهروندی تجاوز کند. برای این‌که چنین اتفاقی نیفتد، باید قـــدرت، قدرت را کنترل کند (الشـــرقاوی، ۲۰۰۷: ۱۱۲-۱۱۳). در اغلب ایالت‌های آمریکا، دادســـتان در تعقیب، تحقیق و توجیه اتهام آزادی عمل بسیار دارد و اغلـــب تصمیمات وی بدون نظارت معنـــادار داخلی و خارجی یا هرگونه اعتراض مؤثـــر صورت می‌گیـــرد (Luna & Wade, 2010: 1415). به طـــور کلی، نظام‌های انگلوامریکایی تابع نظام اتهامی هســـتند کـــه فرد متهم را در برابر دولت قرار می‌دهد، اما نظام‌های حقوق برّی یا قاره‌ای با رویکرد تفتیشـــی همراه شده‌اند که فرایند کیفری

1. Cambacérès

را به عنوان یک تحقیق رسمی جهت کشف حقیقت از رهگذر تحقیق منطقی و بی‌طرف می‌داند (Ibid: 1430). نظام دادرسی کیفری فرانسه، امر تعقیب را از تحقیق تفکیک کرده و بین قضات ایستاده و نشسته تفاوت قائل شده است؛ قضات ایستاده قضات دادسرا و تابع سلسله مراتب هستند و قضات نشسته عبارتند از قضات تحقیق و حکمی که از استقلال قضایی کافی برخوردارند. به هر حال، وظیفه اصلی نهاد دادسرا تعقیب جرایم است، لیکن امروزه نقش آن‌ها به تعقیب محدود نمی‌شود و علاوه بر تعقیب، وظایف دیگری بر عهده آن‌ها قرار داده شده است (العوجی، ۱۹۸۹: ٤٣٨)؛ تا جایی که دادستان مرکز خراسان رضوی در همایش روز جهانی بهداشت محیط بیان کرد که «اختیارات دادستان از اختیارات خداوند به اندازه یک بند انگشت کم‌تر است!» (ایسنا، ١٣٩٦). هرچه وظایف و اختیارات دادستان توسعه پیدا می‌کند، کیفیت نظارت بر این وظایف نیز پیچیده‌تر می‌شود. در ازای افزایش اختیارات مقامات دادسرا در ایران، ضروری است که قانون‌گذاران از رویکرد«تمرکزگرایی اختیارات» در مرحله تحقیقات به رویکرد «تمرکززدایی اختیارات» سوق یابند؛ به عبارت دیگر، ضروری است که مسأله دادستان‌محوری و رویکرد قیم‌مآبانه دادستان در این مرحله، با روش‌های متعدد کاهش یابد. کاربست نظارت قضایی بر تصمیمات نهاد دادسرا نقش قابل توجهی در تفکیک وظایف و تمرکززدایی اختیارات خواهد داشت.

۵-۱.حاکمیت قانون و اصل قضامندی

پاسداری از جنبه شکلی حاکمیت قانون مستلزم این است که اقدامات کیفری، افزون بر قانونی بودن، تحت نظارت مقام صلاحیت‌دار صورت گیرد (الرهیمی،۲۰۰۳: ۲۰). از نظر بکاریا و مونتسکیو، قانون سدی در مقابل خودکامگی قاضی است (پرادل،۱۳۸۱: ٤٠) بیل استانتز هم می‌گوید که با گسترش قوانین کیفری، قانون‌گذاری و قضاوت هر دو به دست پلیس و دادستان می‌رسد و مجریان قانون، نه قانون، تعیین می‌کنند که چه کسی و برای چه مدت به زندان برود (William,op. cit. 509). اصل تضمین قضایی اقتضا می‌کند هر زمان تصمیمات و اقدامات دادسرا حقوق بنیادین افراد نظیر زندگی خصوصی یا آزادی و غیره را محدود سازد، باید مورد نظارت قاضی قرار گیرد (خزانی، ۱۳۷۷: ۱۹۰). حاکمیت قانون علاوه بر وجود قوه قضاییه مستقل، مستلزم به‌کارگیری دادستان‌های فعال، آموزش‌دیده و متعهد به برقراری

عدالت، حفظ حقوق بشـــر و حاکمیت قانون است (Dandurand, 2007: 247). اکثر کشورهای جهان در صدد هستند که صلاحیت اتخاذ تصمیمات محدود کننده حقوق و آزادی‌هـــای فردی را به قضات واگذار کنند و در صـــورت واگذاری این اختیار به پلیس و دادســـرا در شرایط استثنایی، چنین تصمیماتی در اســـرع وقت باید به تأیید دادگاه برســـد (خزانی، اردبیلی و نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ٤٧٠). در اسناد بین‌المللی مفهوم قاضی رســـیدگی‌کننده شامل قضات و اعضای دادســـرا نمی‌شود (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۳۸) و واگـــذاری اختیار تصمیمات محـــدود کننده حقوق و آزادی‌های فردی به دادســـرا، سبب تضعیف تضمین قضایی می‌شود و عدم وجود نظارت بر دادسرا، به مراتـــب تضمین قضایی را کاهش می‌دهد (همان: ۱۹۱). از آن‌جا که قضات دادســـرا ماهیتاً قاضی نیستند، لازم است تصمیماتشان توسط یک قاضی نظارت شود.

در بند ۳ ماده ۵ و شـــق ج از بند ۱ ماده ۵ کنوانســـیون اروپایی حقوق بشر بر اصل قضامندی و ضرورت قضایی کردن مرحله دادرســـی و پیش‌دادرسی تأکید شده اســـت. بر اســـاس رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، بازداشـــت افراد تنها در صورتی قانونی اســـت که مقام صادرکننده قرار بازداشت، مقام قضاییِ دارای استقلال کافی به ویژه در برابر قوه مجریه بوده و از مقام تعقیب نیز تفکیک شده باشد[1] (دلماس مارتی، ۱۳۹۸: ٤٦١-٤٦٢). دادگاه اروپایی حقوق بشـــر در یک رأی قابل توجه، رومانی را به این دلیل که در این کشـــور تصمیمات دادستان به توقف تعقیب فقط از طریق مقامات دادســـرا نظارت می‌شـــود، محکوم نمود؛ به عبارت دیگر، نظارت درونی نهاد دادسرا را جایگزین مناســـبی برای نظارت مقامات قضایی دارای اســـتقلال ندانسته است. در این قضیه، دادگاه اروپایی حقوق بشـــر چنین نظر داد که«تصمیم اتخاذ شـــده توسط دفتر دادســـتانی ... متقاضی را از ضمانت‌هایی که در صورت ارسال پرونده به دادگاه برخوردار می‌شد، محروم کرده است» (Nowak, 2014: Online). این رأی به خوبی نشان می‌دهد که چنانچه تصمیمات مهم دادستان، حقوق و آزادی‌های افراد را محدود می‌ســـازد، رعایت اصل قضامندی ضرورت دارد. در قضیه مدودیف و دیگران (۲۰۱۰ میلادی) نیز دادگاه اروپایی حقوق بشر اشاره کرد که دادستان فرانسوی به دلیل وابسته بودن به سلســـله مراتب، یک قاضی واقعی قلمداد نمی‌شود (HUDOC, 2010: 46).

---

۱. رأی صادر شده در پرونده هوبر علیه سوئیس در تاریخ ۲۳ اکتبر ۱۹۹۰میلادی

بنا بر آن‌چه بیان شـــد، اصل قضامندی اقتضا می‌کند هرگاه تصمیمات دادسرا با حقوق و آزادی‌های فردی از قبیل دســـتگیری، بازداشت، حریم خصوصی و تفتیش منزل یا خودرو در ارتباط است، باید توسط مقامات قضایی دارای استقلال و بی‌طرف نظارت شود.

۲. پیامدهای نظارت قضایی بر تعقیب و تحقیق

مهم‌ترین پیامدهای کاربست نظارت قضایی بر امر تعقیب و تحقیق در مرحله پیش‌دادرســـی، عبارتند از: تأمین اعتماد عمومی به قوه قضاییه، تقویت کارآمدی قوه قضاییه و جلوگیری از ســـوء استفاده مقامات از اختیاراتی که به آنان اعطا شده است. در ادامه به این پیاندها می‌پردازیم.

۱-۲. تأمین اعتماد عمومی به قوه قضاییه و تقویت کارآمدی آن

عدالت کیفری مبتنی بر یک فرایند از مرحله پیش‌دادرسی تا پسادادرسی است و کنش‌گران عدالت کیفری متولیان این مراحل هستند (پلیس، دادسرا و قضات). این عدالت مبتنی بر یک‌سری قواعد، اصول و مقررات است. هدف اصلی عدالت کیفری از یک ســـو تضمین حق شهروندان در برخورداری از امنیت مالی، جانی و اخلاقی در برابر مجرمان و از سوی دیگر تضمین حق شهروندان در برخورداری از امنیت قضایی یـــا حقوقی و حفظ حقوق و آزادی‌های شـــهروندان در برابـــر کنش‌گران و نهادهای عدالت کیفری اســـت (نجفـــی ابرندآبادی،۱۳۹۱: ۵۲). نظریه‌هـــای نوین حقوق‌دانان کیفری کانادایی و آمریکایی بر این موضوع تأکید دارد که حقوق کیفری در پی ارضاء حس اقتدارگرایی حاکمان نیســـت، بلکه می‌تواند پاســـدار حقوق بشر باشد (گرجی ازندریانـــی، ۱۳۹۳: ۹۹۲). هم‌چنین تمام مردم تمایل دارند که رســـیدگی به اتهام نزد قاضی مستقل و بی‌طرف صورت گیرد. برای این‌که اقدامات کیفری به مقبولیت مردم برســـد و قانونی باشـــد، ضروری اســـت که افراد ذی‌ربط یقین داشته باشند که نتیجه محاکمه از پیش مشخص نشده است و ادله و دفاعیات همه اطراف، با رعایت برابری و از ســـوی کنش‌گران عدالت کیفری مستقل و بی‌طرف مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ از این رو در راســـتای حفظ اعتماد عمومی و تامین کارآمدی نظام عدالت کیفری، وجود ابزارهـــای کنترل قدرت بی‌حد و حصر کنش‌گران عدالت کیفری ضرورت دارد؛ یکی از مهم‌تریـــن این ابزارها، نظارت قضایی بر اعمـــال و تصمیمات کنش‌گران این نظام

است. وجود دستگاه‌های قضایی با ساختار دقیق و نظام‌مند و دارای نظارت مستمر بر فرایند دادرسی کیفری، شـــرط بنیادین مقابله با جرم و انحراف، پیشرفت اقتصادی و اجتماعی و رســـیدن به سازماندهی ادارای مطلوب و به‌روز می‌باشد؛ به عبارت دیگر، کیفی بودن امر تعقیب و تحقیق، بنیان رسیدن به کیفیت مطلوب دستگاه عدالت کیفری کارآمد است.

اعتماد عمومی مجموعه عقاید اعتماد کننده به اعتماد شـــونده نسبت به درستی اقدامات اعتماد شونده است (قاســـمی و کردنژاد، ۱٤۰۰: ۳۷۹). سلب اعتماد عمومی به کنش‌گران عدالت کیفری، موجب پرهیز افراد از پناه بردن به نظام عدالت می‌شـــود؛ برپایی نظم، امنیت و عدالت از طریق وجود ســـاختار قضایی مناســـب از مطالبات و خواســـته‌های مردم اســـت. افراد برای این‌که از نظام عدالت کیفری درخواست کمک کنند که بر اختیارات کنش‌گران خود کنترل و نظارت ندارد، ابا خواهند داشت. چنین نظامی حقـــوق و آزادی افراد را در معرض خطر قرار می‌دهد. در این صورت، عموم مردم نهادهای عدالت کیفری را پناهگاه و پاســـدار عدالـــت و حقوق نمی‌بینند، بلکه با ترس و نارضایتی به آن چشـــم می‌دوزند. در مقابل، عدالت کیفری فعال و کارآمد سازکارهایی را جهت برآوردن اهداف بنیادین خود، تأمین حق افراد و برقراری امنیت جامعه پیشـــنهاد می‌کند. تعبیه سازکارهایی از قبیل نظارت قضایی به دلیل نبودِ قابلیت پاسخ‌گویی مســـتقیم قضات به آحاد جامعه و نهادهای سیاسی از جمله پارلمان است (تنگســـتانی، ۱۳۹۷: ۲۱۲). وجود نظارت قضایی بر کنش‌گران عدالت کیفری در امر تعقیب و تحقیق موجب می‌شـــود که متولیان این عرصه خود را از پاســـخ‌گویی دور ندانند؛ مثلاً افزایش اختیارات پلیس یا دادســـرا و وجود فرصت‌های ســـوء استفاده از اختیاراتی که به آن‌ها داده شـــد، سبب ترس آحاد جامعه و کاهش اعتماد در توسل به آن‌ها می‌شـــود. در نهایت دســـتگاه عدالت کیفری، اعتماد مردم و مقبولیت خود را به تدریج از دست می‌دهد.

در بیست و سومین کنفرانس سالانه انجمن بین‌المللی دادستان‌های عمومی[۱] بر این امر تأکید شده است که استقلال دادسرای عمومی پیامد اجتناب‌ناپذیر استقلال قوه

۱. این کنفرانس، سال ۲۰۱۸ در ژوهانسبورگ سندتون آفریقای جنوبی با موضوع «استقلال دادستانی: سنگ بنای عدالت برای جامعه» برگزار شده است.

قضاییه اســـت و بدون آن عدالت نمی‌تواند وظایف خود را به شکل مطلوب ایفا کند؛ به همین دلیل اســـتقلال دادسرا شرط بنیادین حاکمیت قانون تلقی می‌شود. باید توجه داشت که اســـتقلال به‌خودی خود برقرار نمی‌شـــود، بلکه با پاسخ‌گویی گره خورده اســـت؛ در نتیجه دادستانی که مستقل باشد، اما از پاسخ‌گویی در برابر قانون و جامعه امتناع ورزد، از اعتماد جامعه محروم خواهد شد (IAP, 2018: Online).

از مقایسه نظام‌های پیشگام نظارت قضایی، مشاهده رویه عملی و مطالعه آثار مرتبط با پژوهش، به نظر می‌رســـد که در نظام قضایی ایران، در مرحله پیش‌دادرسی، برخی از اقدامات و تحقیقات کیفری تحت نظارت گسترده دادستان عمومی قرار دارد، لیکـــن این نظارت با توجه به قواعد و اصول حاکم بر آیین دادرســـی کیفری، کیفیت مطلوبی ندارد و امکان حمایت مؤثر از حقوق و آزادی‌های افراد را فراهم نمی‌کند؛ به عبارت دیگر، این نظارت با توجه به اعمال خاصی که به شـــدت آزادی‌های فردی را محدود می‌ســـازد نظیر اتخاذ تصمیم به بازداشت، رضایت‌بخش به نظر نمی‌رسد؛ زیرا دادسرا از تضمین‌های لازم برای حفظ استقلال و بی‌طرفی برخوردار نیست.

۲-۲. پیشگیری از سوء استفاده از اختیارات

از مهم‌ترین حوزه‌های تجلی دولت‌ها، حوزه دادرسی کیفری است که از دیرباز محل تلاقی آزادی و قدرت بوده است. در سال ۱۹۲۶ «جامعه کل زندان‌ها» در فرانسه، این پرسش چالش‌برانگیز را مطرح کرد که آیا قوانین مربوط به تحقیقات مقدماتی باید تغییر کند؟ موریس گارســـون[1] به این پرسش پاسخ مثبت داد و امید داشت قوانین این مرحله، جنبه ترافعی بیشتری پیدا کند (پرادل، ۱۳۸۱ :۴۰).

نهادها و تدابیری که در مرحله تحقیقات مقدماتی پیش‌بینی می‌شود، به جهت کشـــف حقیقت جنبه الزامی و اجباری دارد؛ لـــذا قانون‌گذار برای جلوگیری از نقض حقوق و آزادهای افراد، تضمین‌های لازم را در نظر می‌گیرد (ســـلامه،۱/۲۰۰۰: ۵۷۲). از جمله این تضمین‌ها، نظارت قضایی بر امر تعقیب و تحقیق اســـت. فلسفه وجودی نظارت، آگاهی از عملکرد نظارت شـــونده و توسل به ابزارهای مختلف جهت حفظ حقوق و آزادی‌های افراد و هم‌چنین پیش‌گیری از خطا، اشـــتباه و ســـوء اســـتفاده از قدرت است (جوان آراســـته، ۱۳۸۹: ۱۶۱). از سوی دیگر، مرحله تحقیقات مقدماتی

1. Maurice Garson

از دیرباز مورد انتقاد بوده اســت و تلاش‌های قابل توجهی جهت جلوگیری از ســوء استفاده متولیان صورت می‌گیرد؛ مثلاً در زمان تصویب قانون اصول محاکمات جزایی فرانسه (ســال ۱۸۰۸ میلادی) برانژه نویسنده کتاب «عدالت کیفری در فرانسه بر پایه قوانین دائم، قوانین استثنایی و آموزه‌های دادگاه‌ها» (۱۸۱۸) بازپرس را این‌گونه مورد انتقاد قرار داد: «بازپرس‌ها تقریباً هیچ کاری انجام نمی‌دهند؛ زیرا پلیس اســت که به تشــکیل پرونده، دســتگیری و بازجویی متهم می‌پردازد. این دســته از قضات خیلی جوان‌اند؛ به عبارتی مردانی بی‌ریش هستند. شرایط توقیف احتیاطی بسیار دشوار است و قضات از این موضوع برای گرفتن اقرار از متهم استفاده می‌کنند. آیین دادرسی بسیار آهسته و کند است». وی در ادامه پیشنهاد می‌کند شعبه مشاوره[1] به عنوان نهاد نظارتی بیهوده بین مرحله بازپرســی و ارجاع متهم به دادگاه حذف شــود و در عوض، متهم نزد شعبه اتهامی[2] به عنوان نهاد کنترل بازپرس حضور یابد (پرادل، ۱۳۸۱: ۸۶-۸۷).

در هر نظام حقوقی، نظارت قضایی بر فعالیت‌های دادســرا در جریان دادرسی کیفری موضوع مهمی است. این امر به ویژه در مرحله پیش‌دادرسی اهمیت دو چندان دارد؛ چون بخش مهمی از وظایف دادســرا در مرحله پیش‌دادرسی مطرح می‌شود و پس از آن، در مرحله دادرســی به معنای اخص کلمه، دادگاه مســؤولیت پرونده را بر عهده می‌گیرد و از اهمیت دادســرا کاسته می‌شود. دادسرا قدرت توجیه اتهام و تعیین نوع آن را دارد. به عبارت دیگر، کلید دروازه توجیه اتهام در دســت یک شخص قرار دارد و اوســت که قادر به باز و بســته کردن چنین دروازه‌ای است (Angela, 2005: Online). افزون بر این، مهم‌ترین تصمیمات دادستانی پشت درهای بسته و به دور از نظارت عمومی گرفته می‌شــود و در نتیجه مصون از پاسخ‌گویی عمومی باقی می‌ماند. قدرتمندترین مقامات نظام عدالت کیفری ایران در نهاد دادسرا هستند. تصمیماتی که در این نهاد اتخاذ می‌شــود، در سرنوشت پرونده تأثیر به‌سزایی دارد. قدرت دادستانی گســترده و بی قید و بند اســت و سازکارهایی که مدعی پاســخ‌گو کردن دادستان‌ها هستند، ضعیف و اغلب کاملاً ناکارآمد است. با توجه به این‌که برخی اقدامات تحقیقی از ســوی ضابطان دادگستری انجام می‌شود و گزارش‌های آنان اساس و بنیان پرونده

1. La chambre du conseil
2. La chamber d'accusation

را می‌سازد، نظارت بر آن‌ها باید از نزدیک، دقیق و تا حد امکان هم‌زمان با اتخاذ تصمیم باشد؛ نه نظارت از راه دور و شکلی (القهوجی، ۲۰۰۹: ۳۵). ماده ۱۱٤ قانون آیین دادرسی کیفری ایران مصوب ۱۳۹۲ [1] از نبودِ نظارت قضایی رنج می‌برد و به تصمیمات گرفته‌شده تنها در صورت اعتراض، توسط مقام بالاتر رسیدگی می‌شود؛ نه در زمان صدور این تصمیمات. بر این اساس یکی از بازپرسان می‌گوید: «... ذیل دستوراتی که بنده به استناد ماده ۱۱٤ قانون آیین دادرسی کیفری صادر می‌کنم، دادستان مرقوم می‌دارد: «از مراتب فوق اطلاع حاصل گردید» و با این اقدام، ما فقط ظاهر شکلی ماده را رعایت کرده‌ایم« (زمانی جباری و دیگران،۱٤۰۰: ۱۹۵).

شورای مشورتی قضات اروپایی و شورای مشورتی دادستان‌های اروپا بنا به درخواست کمیته وزرای شورای اروپا در مورد روابط بین قضات و دادستان‌ها، دیدگاه خود را این‌گونه بیان کردند: «تضمین حاکمیت قانون از طریق اجرای عدالت منصفانه، بی‌طرف و مؤثر به نفع جامعه است. دادستان‌ها و قضات در تمام مراحل دادرسی، رعایت حقوق و آزادی‌های فردی و حفاظت از نظم عمومی را تضمین می‌کنند. این تضمین مشتمل بر احترام کامل به حقوق متهم و بزه‌دیدگان است. تصمیم دادستان بر عدم تعقیب کیفری باید مورد نظارت قضایی قرار گیرد. یک گزینه ممکن است این باشد که به بزه‌دیده اجازه داده شود تا پرونده را به طور مستقیم به دادگاه ببرد» (CCJE et CCPE, 2009: 2). در نظام‌هایی که تفکیک در آن در بین قضات و دادستان و قانون‌گذار پذیرفته شد، قرار است هر شاخه دیگری را کنترل کند که این اتفاق نمی‌افتد (William, op.cit: 510).

ماریو پاگانو [2] حقوق‌دانان ایتالیایی بر این باور است که «چنانچه به کشوری ناشناخته گام نهید و مشتاق اطلاع از حدود و ثغور حمایت از آزادی‌های مدنی باشید،

---

۱. ماده ۱۱٤ قانون آ.د.ک : «جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی از قبیل امور تجارتی، کشاورزی، فعالیت کارگاه‌ها، کارخانه‌ها و شرکتهای تجارتی و تعاونی‌ها و مانند آن ممنوع است مگر در مواردی که حسب قرائن معقول و ادله مثبته، ادامه این فعالیت متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه ای باشد که مضر به سلامت، مخل امنیت جامعه یا نظم عمومی باشد که در این صورت، بازپرس مکلف است با اطلاع دادستان، حسب مورد از آن بخش از فعالیت مذکور جلوگیری و ادله یاد شده را در تصمیم خود قید کند. این تصمیم ظرف پنج روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در دادگاه کیفری است».

2. Mario Pagano.

به قانون آیین دادرسی کیفری آن مراجعه کنید» (آشوری، ۱۳۹۸/الف:۱۷۳). برای این‌که آیین دادرسی کیفری به حقیقت و حُسن اجرای عدالت برسد، شرط اساسی و مهم، حسن اجرا و فهم آن از سوی متولیان دادرسی کیفری است (المرصفاوی، ۱۹۸۲: ۹). نظارت قضایی به عنوان سپری مهم برای تضمین تحقیقات کامل و صحیح در نظر گرفته می‌شود و به نوعی موجب ارزیابی قضایی ادله در مرحله پیش‌دادرسی می‌شود (Jacqueline, op.cit. 246).

آزادی عمل دادسرا به قدرت دادستان در اتخاذ تصمیمات بی‌شمار از جمله آغاز تعقیب، تعیین عنوان اتهامی و ترجیح آن بر عنوانی دیگر، اصلاح عنوان اتهام، ترک تعقیب و غیره اشاره دارد (Findlaw, 2019: Online). توسعه اختیارات دادسرا موجب شده است این نهاد به نهاد قضاوتی نزدیک شود. دادستان‌ها برای مختومه‌کردن پرونده، گزینه‌ای کلاسیک مبنی بر عدم کفایت ادله یا عدم وجود منافع عمومی در تعقیب را در اختیار دارند و عملاً حکم بی‌گناهی صادر می‌کنند. آزادی عمل نهاد دادسرا در تعقیب یا عدم تعقیب و اجرای برخی تحقیقات ممکن است تحت تأثیر تمایلات شخصی قرار گیرد و این امر منجر به خدشه‌دار شدن اعتبار دستگاه قضایی می‌شود. آزادی عمل، امتیازی مطلق و بدون هیچ‌گونه نظارت نیست که به مقامات دادسرا داده شده باشد، بلکه هدف از اعطای آن، برقراری عدالت در عین مسؤولیت این مقامات و ضرورت پاسخ‌گویی آنان است.

برآمد

۱- برخـــلاف رویکرد موجود در کشـــورهای غربی از جمله ایتالیا، فرانســـه، آلمـــان و دیوان کیفری بین‌المللی، نظارت قضایی پیشـــینی بر امر تعقیب و تحقیق در ادبیات آیین دادرسی کیفری ایران به رسمیت شناخته نشده است. با آن‌که سنگین‌ترین اقدامات معارض با حقوق و آزادی‌های افراد در مرحله پیش‌دادرسی شکل می‌پذیرد، اما توجه به این امر و نقش سازنده آن در تقویت تضمینات مرحله پیش‌دادرسی، مورد توجه قانون‌گذار ایران قرار نگرفته است.

۲- نظارت قضایی پیشـــینی در نگاه حقوق‌دانان و قوانین کیفری کشـــورهای پیشـــگام دادرسی کیفری به ویژه فرانســـه که به عنوان خاستگاه قوانین آیین دادرسی کیفری ایران محســـوب می‌شود، از اهمیت بسیاری برخوردار است. با توجه به این‌که حاکمیت دادسرامحور و دادســـتان‌مآبانه بر تحقیقات مقدماتی در ایران مشهود است، نظارت قضایی پیشینی می‌تواند سبب کاهش حاکمیت نظام تفتیشی بر مرحله تحقیقات مقدماتی و اجتناب از تمرکز قدرت قابل توجه در دادســـرا و سوء استفاده‌های ناشی از آن شـــود؛ به عبارت دیگر، سپردن مســـائل تحقیقیِ دارای جنبه قضایی به مقامات مســـتقل، بی‌طرف و دور از جریان‌های سیاســـی، با پیشـــنهاد نظارت قضایی پیشینی امکان‌پذیر می‌شـــود. تقویت دادرســـی عادلانه، رعایت فرض برائت و برابری افراد، برقراری توازن میان طرف‌های دعوای کیفری و کنترل قدرت، تقویت اصل حاکمیت قانون و اصل قضامندی، از جمله مهم‌ترین مبانی توجیهی ضرورت پیش‌بینی نظارت قضایی بر مرحله پیش‌دادرســـی است. این نظارت می‌تواند در تأمین اعتماد عمومی به قوه قضاییه و تقویت کارآمدی آن و هم‌چنین پیش‌گیری از ســـوء استفاده از اختیارات مقامات در مرحله پیش‌دادرسی مؤثر واقع شود.

۳- در قانون آیین دادرسی کیفری ایران نظارت قضایی بر امر تعقیب و تحقیق صرفاً به صورت نظارت اطلاعی در درون دادســـرا پیش‌بینی شـــده است؛ از این رو دادسرا تصمیم گیرنده و ناظر بر تصمیمات خود است و گاه مقام تحقیق نیز می‌باشد. لیکن در کشـــورهایی که تحت تاثیر الزامات بین‌المللی و داخلی از قبیل شورای قانون اساسی، قوانین آیین دادرسی کیفری پویا و تحول دائم دارند، نظارت قضایی جایگاهی ویژه داشـــته و در اقدامات تحقیقی از قبیل بازداشـــت موقت، تفتیش مسکن، تفتیش

اشـــخاص و حریم خصوصی به شکل متمایزی از حقوق و آزادی‌های افراد پاسداری می‌کند.

٤- کوتاهی قانون‌گذار در پیش‌بینی نظارت قضایی بر تعقیب و تحقیق در قانون آیین دادرسی کیفری، هم‌چنین اکتفا به صِرف آوردن عبارت نظارت و ریاست دادسرا از ســـوی دادستان بر تمام اقدامات ضابطان دادگستری و مقامات دادسرا؛ بدون تلاش برای تبیین گســـتره، نوع نظارت و کیفیت آن، زمینه ســـوء استفاده‌هایی را در مرحله پیش‌دادرسی فراهم کرده و نظارت پویا را به نظارت صوری و قیم‌مآبانه تبدیل نموده اســـت. با توجه به مبانی و پیامدهای نظارت بر امر تعقیب و تحقیق، می‌توان ادعا کرد که ادبیات موجود در ایران پیرامون این نهاد، در مقایســـه با کشورهای غربی از عقب ماندگـــی قابل توجهی رنج می‌برد و نیازمند اصلاحـــات جدی در خصوص نظارت قضایی است. از این‌رو پیشنهاد می‌شود مســـأله نظارت قضایی پیشینی بر تصمیمات مقامـــات تعقیب و تحقیق، در قانون آیین دادرســـی کیفری پیش‌بینی شـــود و الگوی موجود را در جهت رســـیدن به الگوی مطلوب که حافظ حقوق و آزادی‌های افراد و سامان‌دهنده اختیارات مقامات متولی تحقیق و تعقیب است، اصلاح نماید.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آشوری، محمد (۱۳۹۸الف)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، تهران: سمت.
* آشوری، محمد (۱۳۷٦ب)، **عدالت کیفری (مجموعه مقالات)**، تهران: گنج دانش.
* آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۸۷)، «**نظارت قضایی بر تشخیص دادستان دیوان بین‌المللی کیفری**»، مجله حقوقی، شماره ۳۹.
* ایسنا (خبرگزاری دانشجویان ایران) (۱۳۹٦)، **دادستان مرکز خراسان رضوی: اختیارات دادستان از اختیارات خداوند به اندازه یک بند انگشت کم‌تر است**؛ تاریخ مشاهده: ۱٤۰۲/۳/۱۲: isna.ir/xds47P
* پرادل، ژان؛ کورستنز، گئرت و فرملن، گرت (۱۳۹۳)، **حقوق کیفری شورای اروپا**، برگردان: محمد آشوری، تهران: خرسندی.
* پرادل، ژان (۱۳۸۱)، **تاریخ اندیشه‌های حقوق کیفری**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: سمت.
* تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۷)، **استقلال و مسئولیت قوه قضاییه**، تهران: میزان.
* جمشیدی، علیرضا و نوریان، علیرضا (۱۳۹۲)، «**متناسب بودن تعقیب کیفری: مفهوم، مبانی و جلوه‌ها در حقوق ایران و انگلستان**»، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۳.
* جوان آراسته، حسین (۱۳۸۹)، **حقوق اجتماعی و سیاسی در اسلام**، قم: دفتر نشر معارف.
* حبیب‌زاده، محمدجعفر و توحیدی‌فرد، محمد (۱۳۸۸)، **قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری**، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
* خالقی، علی (۱٤۰۱)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ چهل و پنجم، تهران: شهر دانش.
* خزانی، منوچهر (۱۳۷۷)، **فرایند کیفری (مجموعه مقالات)**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* خزانی، منوچهر و اردبیلی، محمدعلی و نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۷۵)، «**پانزدهمین کنگره بین‌المللی حقوق جزا**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱٦ و ۱۷.

* دلماس‌مارتی، می‌ری (۱۳۹۸)، **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* راسخ، محمد (۱۳۸۸)، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، چاپ نخست، تهران: دراک.
* زمانی جباری، افسانه و صابر، محمود و موسوی مجاب، سید دُرید (۱٤۰۰)، «**طراحی مدل مفهومی آسیب‌شناسی ماده ۱۱٤ قانون آیین دادرسی کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
* سرمست بناب، باقر (۱۳۸۷)، **اصل برائت در حقوق کیفری**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* شاهد، بهارک و مهرا، نسرین (۱۳۹۷)، «**برخی از جلوه‌های بارز الگوی دادرسی منصفانه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ٦ ، شماره ۱۲.
* صابر، محمود (۱۳۸۸)، «**آیین تعقیب جنایات در دادسرای دیوان کیفری بین‌المللی**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۲.
* صابر، محمود و ناظریان، حسین (۱۳۹۳)، «**مهلت معقول دادرسی در دیوان کیفری بین‌المللی و آراء دادگاه اروپایی حقوق بشر**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال هجدهم، شماره ٤.
* صالحی، محمدخلیل و افراسیابی، علی (۱۳۹۷)، «**جایگاه و حدود اختیارات دادستان در نظام رسیدگی کیفری**»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲۵.
* عبدی، حسین و اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۹)، «**بررسی تطبیقی نظارت قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی در دادرسی کیفری ایران و دیوان کیفری بین‌المللی**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۸، شماره ۱۵.
* عمید زنجانی، عباسعلی و موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، **نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**، تهران: دانشگاه تهران.
* فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۸)، **حقوق بین‌الملل معاهدات**، چاپ ششم، تهران: نشر نو.
* قاسمی، غلامعلی و کردنژاد، نسرین (۱٤۰۰)، **اصول حکمرانی مطلوب: حاکمیت**

قانون، شفافیت، پاسخ‌گویی(رهیافت قرآنی و دیدگاه حقوقی)، قم: دانشگاه قم.
* قپانچی، حسام و دانش‌ناری، حمیدرضا (۱۳۹۱)، «**الگوهای دوگانه فرایند کیفری «کنترل جرم» و «دادرسی منصفانه»**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ٤.
* گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۳)، **در تکاپوی حقوق عمومی**، جلد نخست، تهران: جاودانه، جنگل.
* لارگیه، ژان (۱۳۷۸)، **آیین دادرسی کیفری فرانسه**، برگردان: حسن کاشفی اسمعیل‌زاده، تهران: گنج دانش.
* ملکیان، مصطفی (۱۳۸۱)، «**زندگی اصیل و مطالبه دلیل**»، فصل‌نامه متین، شماره ۱۵ و ۱٦.
* مؤذن‌زادگان، حسنعلی و غلامی، نبی‌اله (۱۳۹۵)، «**سازوکارهای نظارت فعال غیرقضایی بر اقدامات ضابطان دادگستری (مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فرانسه و انگلیس)**»، انتظام اجتماعی، سال هشتم، شماره ۱.
* نعمتی، مژگان و حبیب‌زاده، محمدجعفر و موسوی مجاب، سید درید (۱٤۰۰)، «**پاسخ‌گویی پارلمانی قوه قضاییه به‌مثابه چالش استقلال قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
* رستمی، هادی (۱٤۰۰)، «**سیاست جنایی بخشنامه‌مدار در فرایند دادرسی کیفری**»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۸، شماره ۱۰۸.
* هاشمی، سیدمحمد (۱٤۰۲)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران- حاکمیت و نهادهای سیاسی**، جلد دوم، چاپ سی و سوم، تهران: میزان.
* یوسفی، ایمان (۱۳۹۱)، **مدل‌های تحقیقات مقدماتی**، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران- دانشکده فارابی.

ب. عربی

* الرهیمی، جواد (۲۰۰۳م)، **أحکام البطلان فی قانون أصول المحاکمات الجزائیة**، بغداد: منشورات المکتبة الوطنیة.
* الشرقاوی، سعاد (۲۰۰۷م)، **النظم السیاسیة فی العالم المعاصر**، کلیة الحقوق جامعة القاهره: بدون ناشر.
* العوجی، مصطفی (۱۹۸۹م)، **حقوق الانسان فی الدعوی الجزائیة (مع مقدمة فی**

حقوق الانسان)، لبنان، بیروت: مؤسسهٔ نوفل.
* القهوجـــی، علی عبدالقادر (۲۰۰۹م)، **شـــرح قانـــون أصول‌المحاکمات‌الجزائیهٔ (دراسه‌مقارنهٔ)**، الکتاب الثانی، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیهٔ.
* المرصفاوی، حســـن‌صادق (۱۹۸۲م)، **المرصفاوی فـــی أصول‌قانون‌الاجراءات الجنائیهٔ ۱**، الاسکندریهٔ: منشأهٔ المعارف بالإسکندریهٔ.
* بسیونی، محمودشریف و وزیر، عبدالعظیم (۱۹۹۱م)، **الإجراءات الجنائیهٔ فی النظم القانونیهٔ العربیهٔ و حمایهٔ حقوق الانسان**، بیروت: دار العلم للملایین.
* حومد، عبدالوهاب (۱۹۸۷م)، **أصول المحاکمات الجزائیهٔ**، الطبعهٔ الرابعهٔ، دمشـــق: المطبعهٔ الجدیدهٔ بدمشق.
* سلامه، مامون‌محمد (۱۹۸۰م)، **قانون‌الاجراءات الجنائیهٔ معلقا علیه بالفقه وأحکام النقض**، الطبعهٔ الأولی، مصر: دار الفکر العربی.
* ســـلامه، مامون‌محمد (۲۰۰۰م)، **الإجراءات الجنائیهٔ فی التشـــریع اللیبی**، الکتاب الأول، لیبیا، الزاویه: المکتبهٔ الجامعهٔ للنشر و التوزیع.
* شـــمس‌الدین، أشـــرف توفیق (۲۰۰۷م)، **دور القضاء فـــی الرقابهٔ علی التحقیق الابتدائی: دراســـهٔ فی القانون القطـــری و المقارن**، وزاره العدل، مرکز الدراســـات القانونیهٔ والقضائیهٔ.
* عبید، عدنان عاجل (۲۰۱۸م)، **اثر اســـتقلال‌القضاء عن الحکومهٔ فی دولهٔ القانون: دراســـهٔ دســـتوریهٔ مقارنهٔ بالأنظمهٔ القضائیهٔ العربیهٔ والعالمیهٔ**، مصر: المرکز العربی للدراسات والبحوث العلمیهٔ.
* نشـــأت بک، احمد (۱۹۲۵م)، **شرح قانون تحقیق الجنایات(موجز)**، مصر: مطبعهٔ الاعتماد.

پ. منابع انگلیسی و فرانسه

* AngelaJ.Davis (2005), **"The Power and Discretion of the American Prosecutor"**, Droit et cultures [Online], Available at: http://journals.openedition.org/droitcultures/1580 (LastSeen: 2022/12/16).
* Bechoux,Florence (2021), **La fonction de contrôle des juges de l'avant-procès dans la réforme de la procédure pénale**, Univer-

sity of Liège Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Master en droit à finalité spécialisée en droit pénal (aspects belges, européens et internationaux).

❋ CCJE et CCPE (2009), Opinion No.12 (2009) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) and Opinion No.4 (2009) of the Consultative Council of European Prosecutors(CCPE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Relations Between Judges and Prosecutors in a Democratic Society,Available at: https://rm.coe.int/1680747391#_ftn1

❋ Dandurand, Yvon (2007), **"The Role of Prosecutors in Promoting and Strengthening the Rule of Law"**, Crime Law Social Change, No.47.

❋ Di Federico, Giuseppe (1998), **"Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement of Accountability in Italy: Analysis of a Deviant Case in a Comparative Perspective"**, The British Journal of Criminology, Vol. 38, No. 3.

❋ Jabban, M., Saber, M., & Mousavi Mojab, S. D. (2024). **A Typology of Judicial Oversight Systems in Criminal Investigation and Prosecution: A Comparative Study**. Pakistan Journal of Criminology, 16(1).

❋ IAP (2018), **"International Association of Prosecutors"**, 23RD IAP Annual Conference,Available at: https://www.iap-association.org/Conferences/Annual-Conferences/23rd-Annual-Conference(Visit:2023/1/1)

❋ Gogorza, Amane (2017), **L'autorisation judiciaire pendant la phase policière: Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale**. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2, 247-260.

❋ Hudoc (2010), Case of Medvedyev and Others V. France(Application no.3394/03), Available at:https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-97988

❋ Goldstein, A. S., & Marcus, M. (1977). **The myth of judicial supervision in three" inquisitorial" systems: France, Italy, and Germany**. The Yale Law Journal, 87(2), 240-283.

❋ Marco, Fabri (2008), **"Criminal Procedure and Public Prosecution Reform in Italy: A Flash Back"**, International Journal for Court Administration, Vol. 1, No. 1.

❋ Findlaw (2019), **"What is Prosecutorial Discretion?"**, Available at: https://www.findlaw.com/criminal/criminal-procedure/what-is-prosecutorial-discretion. html(visit: 2022/12/20)

❋ Frederick T., Davis (2022), **Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements**, Columbia Journal of Transnational Law, Vol.60, No. 3.

❋ Helie, Faustin (1866), **Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle**, Histoire et théorie de la procédure criminelle, Vol.1, Paris, Henri Plon.

❋ Jacqueline S. Hodgson (2005), **French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France**, Oxford: Hart Publishing.

❋ Luna, Erik & Wade, Marianne (2010), **Prosecutors as Judges**, Washington and Lee Law Review, Vol 67, Issue 4.

❋Nowak, Celina (2014), **Judicial Control of the Prosecutors' Activities in the Light of the ECHR**. Published online 24 September 2019. Available at: https://eucrim.eu/articles/judicial-control-of-the-prosecutors-activities-in-the-light-of-the-echr/

❋ Packer, L. Hebert (1964), **"Two Models of the Criminal Process"**,

University of Pennsylvania Law Review, Vol.1, 13, No.1.

❋ Vie-Publique (2021), **"Qu'est-ce qu'un juge des libertés et de la détention(JLD)?"**, Available at : https://www.vie-publique.fr/fiches/38261-quest-ce-quun-juge-des-libertes-et-de-la-detention-jld

❋ Stahn, Carsten. (2009). **judicial review of prosecutorial discretion: Five years on. In The emerging practice of the International Criminal Court** (pp. 247-279). Brill Nijhoff.

❋ William J. Stuntz (2001), **"The Pathological Politics of Criminal Law"**, Michigan Law Review, Vol. 100, No. 3.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۲۵٤-۲۳۱
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰۱/۱٤ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۰٤/۳۰

مطالعه تطبیقی «توقیف پیشگیرانه» در حقوق کیفری ایران و انگلستان

عبدالرضا جوان جعفری،[۱] محمد نوروزی[۲]

چکیده

با توجه به اصل برائت، اصولاً اقدامات محدود کننده سالب آزادی مربوط به پس از ارتکاب جرم است، اما ضرورت اتخاذ تدابیر کنشیِ قهرآمیز که از طریق مداخله نهادهای عدالت کیفری به منظور ممانعت از ارتکاب جرم صورت می‌گیرد، به یکی از رویکردهای اساسی در زمینه مقابله با بزهکاری تبدیل شده است. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع دست اول کتابخانه‌ای، به تبیین جایگاه «توقیفِ پیشگیرانه» به مثابه اقدامات کنشی قهرآمیز در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان می‌پردازد. با مطالعه تطبیقی این موضوع مشخص می‌شود که در نظام حقوقی انگلستان به منظور پیشگیری از ارتکاب جرم، اجازه توقیف افرادی که در صدد ارتکاب اعمال مجرمانه بوده و یا مظنون به داشتن چنین اراده‌ای هستند، به افسران پلیس داده شده است. در واقع با گسترش «سیاست جنایی امنیت‌گرا» در این نظام حقوقی، اختیارات پلیس در سلب آزادی افراد گسترش یافته است. افزون بر این، به منظور منع تجاوز حداکثری به حقوق شهروندان در کنار تجویز این نوع توقیف، در نظام کیفری انگلستان استانداردهایی جهت اصولی‌تر شدن انجام این عملیات پیش‌بینی شده است. به‌عکس مواد ٤۳ و ٤٤ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، نقطه آغازین فعالیت‌های انتظامی ضابطان را ارتکاب جرم و اطلاع از آن دانسته و اجازه «توقیف پیشگیرانه» به ایشان داده نشده است. بنا به یافته‌های پژوهش، به تأسی از نظام کیفری انگلستان می‌بایست به منظور پیشگیری از ارتکاب جرائم خاص واجد جنبه امنیتی، اختیار «توقیف پیشگیرانه» به طور ضابطه‌مند به ضابطان داده شود.

واژگان کلیدی: پیشگیری از وقوع جرم، توقیف پیشگیرانه، نظم عمومی، حقوق شهروندی.

---

۱. استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه فردوسی مشهد
javan-j@um.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه فردوسی مشهد، (نویسنده مسئول)
m.r-noroozi@alumni.um.ac.ir

درآمد

دستگیری اشخاص مغایر با حقوق طبیعی ایشان بوده و اقدام به آن دستِ‌کم نیاز به ارتکاب جرم دارد. اهمیت این موضوع تا آنجا است که در برخی تعریف‌های صورت گرفته از این عملیات، موضوع مذکور لحاظ شده است. به طور مثال در یک تعریف آمده که منظور از دستگیری متهم، «سلب آزادی فرد در پاسخ به اتهام کیفری جهت حاضر نمودن وی نزد مرجع قضایی است» (جوان‌جعفری و نوروزی، ۱۳۹۶: ۲۹). در تعریف اصطلاحِ «اتهام» و تفهیم آن نیز به تشریح و تبیین جرم ارتکابی و آثار قانونی آن به مظنون اشاره شده استَ (نوروزی، ۱۳۸۶: ۱۷۰). بدین ترتیب لازم است جرمی صورت گرفته باشد تا در جهت شفاف‌سازی زوایای پنهان آن و ارائه توضیحات لازم، فرد مظنون دستگیر شود. با این وجود ممکن است به منظور حفظ حقوق جامعه و با استفاده از مدل‌های «پیش‌بینی رفتار»، پیشنهاد مشروعیت توقیف افرادی داده شود که قصد ارتکاب اعمال مجرمانه در آتی را داشته و یا مظنون به داشتن چنین اراده‌ای هستند. بدین‌ترتیب این نوع توقیف قبل از ارتکاب بزه و جهت پیشگیری از آن انجام می‌شود. البته در کتاب «حقوق تحقیقات جنایی» ضمن نامیدن این عملیات تحت عنوان «دستگیری اداری»،[1] گفته شده است که به منظور جلوگیری از ارتکاب اعمال مخل نظم عمومی که جرم نبوده نیز می‌توان به توقیف اداری اطفال و یا دیوانگان اقدام کرد (انصاری، ۱۳۸۰: ۳۵۵).

با توجه به تعریفی که از اصطلاح «توقیف پیشگیرانه» شد، به نظر می‌رسد این عملیات مظهری از مفهوم «عدالت پیشگیرنده» باشد. منظور از «عدالت پیشگیرنده»[2] سیاستِ نهادهای عدالت کیفری در اتخاذ تدابیر کنشیِ قهرآمیز جهت پیشگیری از ارتکاب جرم است (اسماعیلی، ۱۳۹۸: ۳۷). در این رابطه، نظام کیفری انگلستان به دلیل اتخاذ تدابیر قهرآمیز ناشی از کاربستِ «سیاست جنایی امنیت‌گرا»[3] به منظور حفظ نظم جامعه و تأمین امنیت اعضای آن از دیرباز تا کنون به این جلوه از عدالت پیشگیرنده توجه داشته است؛ به نحوی که به موجب قسمتی از ماده ۲۴ قانون پلیس

1. administrative-arrest.
2. Preventive Justice
3. Security-Oriented Criminal Policy

و ادلـــه‌ی کیفری مصوب ۱۹۸٤ [1] افســـران پلیس حق توقیفِ افـــراد قبل از ارتکاب جرم را داشـــته‌اند. امروزه ایـــن اختیار به موجب بندهای (a) و (c) از قســـمت اول ماده ۱۱۰ قانون پلیس و جرائم ســـازمان یافته کیفری [2] به ایشـــان اعطاء شـــده است. اهمیت این مســـأله باعث شده که برخی اسناد بین‌المللی نیز با عبور از حقوق کیفری کلاسیک، اختیارات گسترده‌ای به افسران پلیس جهت سلب آزادی افراد دهند؛ طوری که «توقیفِ پیشـــگیرنده» در آن‌ها مجاز شناخته شده اســـت. به‌عکس از آنجا که این عملیات معارض با حقوق طبیعی افراد است، در سیره حکومتی امام معصوم و به تبع در نظام حقوقی ایران که مبتنی بر حقوق کیفریِ کلاسیک و شهروندمدار است، اجازه چنین عملیاتی داده نشـــده و تنها پس از ارتکابِ جـــرم می‌توان به توقیف افراد اقدام کرد؛ هر چند که اخیراً در موارد معدودی، به چنین عملی اقدام شده است.[3] البته توجه به این ایراد باعث شده که در نظام حقوقی انگلستان جهت جلوگیری از هر گونه سوء استفاده، ضوابط و اســـتانداردهای مشخصی جهت اصولی‌تر شدن انجامِ این عملیات در نظر گرفته شود.

هدف از نـــگارش این مقاله مطالعه جایگاه «توقیف پیشـــگیرنده» در دو نظام حقوقی ایران و انگلســـتان می‌باشـــد. در واقع مقاله حاضر درصدد است با استفاده از روش توصیفی تحلیلی به این پرســـش که «جایگاه توقیفِ پیشـــگیرانه به مثابه ابزار قهری جهت پیشگیری از ارتکاب جرائم در این نظام‌های حقوقی چگونه است» پاسخ دهد. در این راســـتا و به منظور پاســـخ به این سوال، در قســـمت اول مقاله به مطالعه مبانیِ جواز و یا منع این عملیات می‌پردازیم. اصل این مســـأله معطوف به این بحث است که در صورت تعارض حقوق فرد با جامعه، مصالح جامعه اصالت دارد یا فرد و یا آن‌که پاســـخ این سوال نسبی می‌باشد. از آنجا که هر یک از نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان با استناد به این مبانی، رویکردهای متفاوت در تجویز و یا رد این عملیات در پیش گرفته‌اند، در قســـمت دوم مقاله جواز و یا منعِ قانونیِ «دستگیریِ اداری» در این نظام‌ها را مورد کنکاش قرار می‌دهیم. البته با توجه بَه متأســـی بودن قانون‌گذار ما از موازین شـــرعی، به حیث زمام‌دار بودن امام اول شیعیان، در این قسمت نگاهی نیز

1. Police and Criminal Evidence Act 1984
2. Police and serious organized crime Act 2005
۳. در قسمت سوم مقاله در رابطه با این موضوع صحبت خواهیم کرد

به سیره ایشان در این زمینه خواهیم کرد. از آنجا که اعطای این اختیار زمینه تجاوز حداکثری به حقوق افراد را فراهم می‌آورد، لازم است به شکل علمی و اصولی صورت گیرد. با توجه به تجویز این عملیات در انگلستان، در قسمت سوم مقاله، به مطالعه «جهات» و «ضوابط» توقیف پیشگیرانه در این نظام حقوقی که باعث علمی‌تر شدن اجرای این عملیات شده خواهیم پرداخت.

۱. مبانی جواز و یا منع «دستگیریِ اداری»؛ به مثابه ابزار «عدالتِ پیش‌گیرنده»

به لحاظ تاریخی، مکتب تحققی با شناسایی مفهوم «حالت خطرناک»[1] نخستین بار به لزوم کاربست اقدامات تأمینیِ غیرقهریِ مقدم بر وقوع جرم برای دارندگان این حالت اشاره کرد (پرادل، ۱۳۹۲: ۱۰۵). در این رابطه آنریکوفری از نظریه‌پردازان این مکتب در راستای پیشگیری از وقوع جرم، دخالت قبل از ارتکاب جرم در مورد کسانی که آمادگی ارتکاب آن را از خود نشان داده‌اند، لازم دانست (صلاحی، ۱۳۸٦: ۷۰). بعدها مکتب دفاع اجتماعی[2] نیز با توجه به اهمیت پیشگیری از وقوع جرم، تأمین امنیت شهروندان و حفظ حقوق ایشان را مبنا و مستندِ این اقدامات بازدارنده دانست. در واقع در این رویکرد امنیت‌گرا، مسأله حفظ نظم و تأمین امنیتِ جامعه بر حقوق و آزادی افراد اولویت یافته (اکبری و دیگران، ۱٤۰۲: ۲۰٦) و دغدغه اصلی، پیش‌بینی سریع صدمه و ریسک‌های عوامل خطر، به ویژه بزهکارانِ خطرناک می‌باشد؛ طوری که حقوق کیفری را از خاستگاه اصلی خود که همان کیفردهی می‌باشد، دور کرده و به آن کارکرد پیشگیرانه قهرآمیز می‌دهد (نجفی‌ابرندآبادی و رضوانی، ۱۳۹٤: ۱۰-۱۱). این موضوع بعدها تحت عنوان «عدالت پیشگیرنده»[3] درصدد پیشگیری از ارتکاب جرم با استفاده از روش‌های قهرآمیز برآمد. محوریت این رویکرد، اتخاذ تدابیر کنشیِ سخت از طریق مداخله نهادهای عدالت کیفری به منظور جلوگیری از جرائم محتمل‌الوقوع و همچنین اتخاذ تدابیر لازم نسبت به افراد در آستانه ارتکاب جرم به منظور بازدارندگی می‌باشد (شاملو و خلیلی پاجی، ۱۳۹۹: ۱۳۱-۱۳۲). در این

1. Dangerous situation
2. Social defense theory.
3. Preventive Justice.

رابطه دو اندیشمند با نام‌های آشورث[1] و زدنر[2] در کتاب «پیشگیری و مرزهای حقوق جزا»، تحقق این هدف را از طریق حقوق کیفری و تدابیر قهرآمیز امکان‌پذیر دانسته (Ashworth and Zedner, 2013: 1) و یک سال بعد در کتاب «عدالت پیشگیرنده» موضوع مطالعه خود را «شرح و توصیف ارزش‌ها و اصولی که می‌بایست راهنمای دولت‌ها در کاربست تدابیر پیشگیرانه‌ای که متضمن استعمال نیروی زور و یا سلب آزادی افراد باشد» عنوان نمودند (Ashworth and Zedner, 2014: 1). در این راستا کشورهایی چون انگلستان به دلیل گسترش اختیارات پلیس در سلب آزادی شهروندان که ناشی از اتخاذ سیاست‌های قهرآمیز ناشی از کاربستِ سیاست جنایی امنیت‌گرا در دهه اخیر است،[3] توجه ویژه‌ای به مقوله پیشگیری از جرم و ابزارِ عدالت مذکور در قوانین خود داشته‌اند (پرویزی‌فرد، ۱۳۹۱: ۱۱٤)؛ طوری که قانون «جلوگیری از جرم» در در دو مقطع در سالهای ۱۹۰۸ [4] و ۱۹۵۳ [5] در این کشور به تصویب رسید. متعاقباً در سال ۱۹۹۸ قانون «جرم و بی‌نظمی»[6] و بعدتر در سال ۲۰۰۳ قانون «رفتارهای ضد اجتماعی»[7] مورد تصویب پارلمان این کشور قرار گرفت. با پیش‌بینی دستور نظارت[8] در قانون «جلوگیری از اعمال تروریستی»[9] مصوب ۲۰۰۵، توسل به اقدامات پیش‌دستانه قهری به نقطه اوج خود در این کشور رسید. همان‌طور که در قسمت‌های بعدی مقاله ملاحظه خواهد شد، در همه این قوانین به طور تلویحی و در قانون پلیس و جرائم سازمان یافته کیفری[10] صراحتاً به عملیات «توقیف پیشگیرانه» اشاره شده است. منظور از این عملیات، سلب آزادی افرادی است که درصدد ارتکاب جرم بوده، طوری که قبل از ارتکاب بزه و به منظور پیشگیری توقیف می‌شوند. البته با توجه به محوریت

1. Ashworth.
2. Zedner.
۳. در رابطه با چرایی این کاربست رجوع کنید به: کاشفی اسماعیل زاده، ۱۳۸٤: ۲۵۳-۲۹٤.
4. Prevention of Crime Act 1908.
5. Prevention of Crime Act 1953.
6. Crime and disorder Act 1998.
7. Anti-social behavior Act 2003.
۸. این دستور متضمن برقراری یک سری محدودیت نسبت به اشخاص مظنون به فعالیت‌های تروریستی جهت محافظت از اشخاص جامعه در برابر خطرات تروریستی است (Fenwick , 2017: 1091).
9. Prevention of Terrorism Act 2005.
10. Police and serious organized crime Act 2005.

حقوق جامعه در مفهوم عدالتِ پیشگیرنده، همان‌طور که گفته شد، «دستگیری اداری» نه تنها در جهت پیشـــگیری از جرم، بلکه ممکن است به منظور بازداشتن از آسیب‌ها و صدمات احتمالی ناشـــی از حضور اشخاصی چون دیوانگان صورت گیرد. به طور مثـــال هر لحظه بیم آن می‌رود که فرد دارای اختـــلال روانی با انجام کارهای ناهنجار و خطرناک به دیگران آســـیب بزند؛ لذا منطقی نیســـت که برای اتخاذ راهکار مقتضی جهت توقیف و بســـتری نمودن او منتظر ایجاد سانحه بود. این موضوعی است که در قانون سلامت روانی انگلستان[1] پیش‌بینی شده است (پرویزی‌فرد، ۱۳۹۱: ۱۰۳). بدین ترتیب آنچه در تبیینِ مشـــروعیت این نوع از سلبِ آزادی بیان می‌شود، ضرورت آن جهت حفظ حقوق جامعه و منع تجاوز به آن می‌باشد.

در نقطـــه مقابل و در نکوهش اجرای این عملیـــات باید گفت که اجرای این شکل از سیاست توان‌گیری باعث ایجاد ازدحام و تورم در جمعیت کیفری و در نهایت باعث افزایش هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی دستگاه عدالت کیفری می‌شود. همچنین به لحاظ حقوق بشـــری نیز از جهت سخت بودن بار اثباتی، احتمال تجاوز به حقوق و آزادی‌های افراد در این عملیات بســـیار می‌باشد. از طرفی به موجب اصول بنیادین حقوق جزای مدرن، نقطه عزیمت دســـتگاه عدالـــت کیفری مقارن با ارتکاب جرم و پـــس از آن بوده و هرگونه اقدام قبل از وقوع آن به مثابه قصاص قبل از جنایت تلقی شـــده و در نتیجه در تعارض با اصول حقوقی می‌باشد. در واقع اصل بر برائت بوده و تا زمانی که عمل مجرمانه‌ای صـــورت نگرفته، افراد از کلیه حقوق اجتماعی خویش همچون حق آزادی برخوردار می‌باشـــند. در نهایت می‌بایســـت به این مســـأله توجه داشت که مشروعیت «دستگیری اداری» به عنوان ابزاری از «عدالت پیشگیرنده» زمینه ســـرکوب هر گونه مخالفت در نطفه را فراهم می‌نماید، طوری که افکار، تمایلات و گرایش‌های افراد را تحت نظارت خود قرار داده و به عنوان یک «بزه فکری»[2] با آن‌ها

1. Mental health Act 1983.

2. Thought crime.

این اصطلاح برای نخســـتین بار در کتاب ۱۹۸٤ توسط جورج اورول استفاده شده و بیانگر باورها و تردیدهایی ذهنی بازگو نشده‌ای است که در تقابل با جهان‌بینی و مشی حکومتی نظام حاکم قرار دارد و به همین خاطر دارندگان آن تحت تعقیب و محاکمه قرار می‌گیرند. بخشی از کتاب، تفسیری را که حکومت از مبارزه با «بزه فکری» دارد چنین روایت می‌کند: «ابراین گفت: منظور ما فقط این نیســـت که از شما اعتراف بگیریم یا شما را مجازات کنیم. می‌خواهی دلیل واقعی آوردنت را به این‌جا برایت

برخـــورد می‌کند. در حکومت‌های تمامیت‌خواه[1] ایـــن موضوع به مثابه ابزاری جهت خفه کردن اندیشـــه‌های مجرمانه استفاده می‌شد؛ چـــنان‌که در حقوق کیفری آن‌ها به جای مبنا قرار گرفتن عملِ ارتکابی، قصد و اراده مجرمانه اشـــخاص لحاظ می‌شد و فرد مظنون تبدیل به فرد مقصر می‌گشـــت (آنســـل، ۱۳۹۱: ٤٠). توسل به این مبانی باعث شده که در نظام حقوقی ایران که دارای حقوق کیفری کلاسیـک و شهروندمدار بوده، به تأســـی از حکومت دینی حضرت امیر علیه‌السلام که حُسن‌ظن به افراد در آن محور بوده اشـــکال این نوع از عدالت به طور تام قابل ملاحظه نباشـــد؛ طوری که در آن انجام هر گونه اقدام پیش‌دستانه قهری به منظور ممانعـــت از ارتکاب جرم ممنوع شده است. در قســـمتِ بعدی مقاله به تشـــریح جایگاه قانونی «دستگیریِ اداری» به عنوان یک مصداق از مفهوم عدالت پیشگیرنده در نظام‌های حقوقی انگلستان و ایران خواهیم پرداخت.

۲. جواز و یا منع قانونی «دستگیری اداری» در نظام‌های مورد مطالعه

گفته شـــد که پیشگیری از جرم ممکن است از جمله اهداف توقیف باشد. در واقع بر اساس فاکتور زمانی، در مورد ارتکاب جرائم سه حالت وجود دارد. حالت اول مربوط به زمانی است که هنوز ارتکاب جرم شروع نشده، ولی احتمال وقوع آن وجود دارد؛ در حالت دوم، فـــرد در حال ارتکاب جرم بوده و رکن مادی جرم هنوز خاتمه نیفتاده اســـت؛ حالت سوم مربوط به زمانی است که جرم کاملاً تحقق یافته و مرتکب از ارتکاب رکن مادی جرم فارغ شـــده اســـت. هدف دستگیری افراد در حالت دوم و ســـوم، برقراری نظم و اعاده نظم لطمه دیـــده از جرم بوده و در حالت اول، منظور از دستگیری پیشگیری از ارتکاب جرم می‌باشد. حال باید دید جایگاهِ قانونی «دستگیری اداری» در نظامهای مورد مطالعه چگونه است.

در حقوق ایران، قانون‌گذار به تأســـی از موازین شرعی و با توجه به مبانیِ منع

بگویم؟ دلیلش معالجه توست! برای این که تو را سر عقل بیاوریم! هرکسی را که ما می‌آوریم این‌جا تا وقتی معالجه نشـــده باشـــد، رها نمی‌کنیم. ما به جرایم احمقانه‌ای که تو مرتکب شده‌ای، علاقه‌ای نداریم. حزب به کارهایی که علناً انجام می‌شـــود علاقه ندارد. فقط افکار برای ما مهم هســـتند. ما به نابودی دشمنان خودمان اکتفا نمی‌کنیم، ما آن‌ها را عوض می‌کنیم» (اورول، ۱۳۹۷: ۳۳۸).

1. Totalitarianism.

نوعی از نظام سیاسی است که با استفاده از قدرت و با ایجاد وحشت در جامعه، در کلیه امور دخالت می‌کند.

مداخله پیش‌دستانه که در قسمت اول مطالعه شد، تنها در حین ارتکاب جرم و یا پس از وقوع آن اجازه دستگیری افراد را داده است. از حیث شرع، سیره حضرت امیر علیه‌السلام در برخورد با مخالفین، بهترین گواه در در این زمینه است. به عنوان نمونه پس از مخالفتِ ایشان با مسأله فرمانداریِ «طلحه» و «زبیر»، این دو به بهانه عمره قصد خروج از مدینه را کردند. به رغم آن‌که حضرت می‌دانست قصد واقعی آن‌ها از این سفر، طغیان و گردن‌کشی علیه حاکمیت می‌باشد، نه تنها اَمر به توقیف ایشان نداد، بلکه مانع از سفر ایشان به مکه هم نشد. نقل است که وقتی حضرت علیه السلام نزد ابن‌عباس از انگیزه آن‌ها پرده برداشت، وی گفت: «چرا آنان را به بند نکشیدی و به آن‌ها اجازه خروج دادی؟» امام در پاسخ ابن‌عباس فرمودند: «آیا به من می‌گویی بر پایه گمان و اتهام قبل از ارتکاب جرم مؤاخذه کنم؟!» (مفید، ۱۴۱۳/۱: ۱۶۷-۱۶۶). نظیر این سخن را امام در برخورد با «خِرّیت بن راشد» فرموده است. وی که از یاران امام بود، پس از ماجرای حکمیت و پذیرش آن توسط امام، مخالف ایشان شد. عبدالله بن قعین می‌گوید: پس از این ماجرا من به منزل خِرّیت رفتم و ملاحظه کردم که وی از تصمیمش درباره جدایی از امام با یارانش صحبت می‌کرد. فردای آن روز آنچه را که دیده بودم به امام گفته و توصیه به بند انداختن او کردم. امام (ع) فرمود: «اگر این کار را با هر کس که به او گمان بد داریم، انجام دهیم، زندان‌ها را از آن‌ها پر می‌کنیم و من برای خود جایز نمی‌دانم که بر مردم یورش برم و آنان را زندان و مجازات کنم تا این‌که مخالفت خود را با ما اظهار کنند» (ابراهیم‌بن محمد ثقفی، ۱۳۹۵: ۳۳۲-۳۳۵). بر همین مبنا پس از آن‌که فردی هشدار از خطر توطئه «عبدالله‌بن وهب راسبی» و «زید بن حصین» را داد، از امام خواست که آن‌ها را توقیف نماید. امام با این استدلال که آن‌ها نه کسی را کشته و نه از اطاعت خارج شده‌اند، با پیشنهاد مذکور مخالفت کرد[1] (طبری، ۱۳۸۷: ۱۳۱-۱۳۲). بدین‌ترتیب به نظر می‌رسد امام با اتکا به حدس و گمان به طور پیش‌دستانه اقدام به توقیف افراد نمی‌کرد؛ هر چند که به گواهیِ علم غیبِ ایشان، ارتکاب جرم در آینده قطعی بود؛ چنان‌که امام می‌دانست «ابن ملجَم» او را ترور خواهد کرد، اما نسبت به او هیچ‌گاه اقدام پیش‌دستانه‌ای انجام نداد.[2] از آنجا

۱. هر چند که اینان بعدها بنیان‌گذاران مکتب خوارج شده و با ایجاد بدعت‌های جدید، حضرت را متهم به کفر کرده و علیه او شوریدند.
۲. برای اطلاعات بیشتر در این حوزه، بنگرید به: سید موسوی، ۱۳۹۵: ۱۲۶-۱۳۶.

که ظاهر این روایات نقل شـــده دلالت بر عدم تمایل امام جهت سلبِ آزادی افراد به منظور پیشـــگیری از وقوع جرائم مهم حکومتی دارد، به نظر می‌رسد در جرائم مادون نیز چنین رفتاری در ســـیره ایشان قابل تصور نیست. البته اگر شواهد خارجی گویای این مسأله باشـــد که در آینده نزدیک جرائم مهم امنیتی قطعاً ارتکاب خواهد گرفت، بنـــا به حکم عقل و رعایت قاعده «وجوب حفظ نظام» واجب اســـت که از وقوع آن پرهیز شـــود.[1] در این رابطه در سیره امیرالمومنین ملاحظه شده که در صورت حصول یقیـــن حاصل از مســـتندات بیّن مبنی بر ارتکابِ قطعی جـــرم امنیتی در آتی، به طور پیش‌دســـتانه مداخله کرده‌اند؛ لیکن با توجه ماهیتِ پیشـــگیرانه بودن این اقدامات، به قدر حداقلی اکتفا نموده‌اند. به طور مثال پس از آگاهی حضرت از حرکت سپاه طلحه و زبیر (ناکثین) به سوی بصره، به منظور جلوگیری از قتل و غارت انسان‌های بی‌گناه و دفع غائله سریعاً از مدینه خارج شدند. «اسکافی» می‌گوید: در این رابطه حضرت به «رفاعۀ بن رافع» فرمود که نیتش از این حرکت اصلاح مهاجمان است، اگر به آن پاسخ مثبت دهند. رفاعه گفت: «اگر قبول نکردند، چه؟». حضرت فرمود: «از حق به اندازه‌ای که امید داریم راضی شـــوند، به آنان می بخشیم». رفاعه گفت: «اگر نپذیرفتند؟». علی علیه‌الســـلام فرمود: «تا وقتی که ما را به خود واگذارند، آن‌ها را به حال خود واگذار می‌کنیم». رفاعه گفت: «اگر ما را به خود واگذار نکنند؟». علی علیه‌الســـلام فرمود: «در مقابل آنان از خود دفاع می‌کنیم». رفاعه گفت: «نیکو تصمیمی است» (طبری، ۱۳۸۹/۶: ۱۴۳). این گفت‌وگو حکایت از روش حضرت در برخورد با مخالفان دارد که تا وقتی در مقابل حکومت قیام مسلحانه نکنند متعرض آنان نشود.

با ملاحظه این ســـیره، مقنن در ماده ۴۳ قانون آیین دادرســـی کیفری تصریح نموده که در صورت عدم اطمینان از وقوع جرم، ضابطان بدون داشـــتن حق بازداشت کسی، صرفاً می‌بایســـت به جمع‌آوری اطلاعات جهت گزارش به مقام قضایی اقدام نمایند. از طرف دیگر در ماده ۴۴ همین قانون تصریح شـــده که ضابطانَ دادگســـتری «فقط در صورتی می‌توانند متهم را بازداشت نمایند که قرائن و امارات قوی بر ارتکاب جرم مشـــهود توسط وی وجود داشته باشد». علاوه بر این‌که در این مقرره، بازداشت

۱. البته قواعدی دیگری چون قاعده‌ی ضرورت، دفع خطر مهم‌تر و دفع افســـد به فاســـد نیز توجیه کننده این مسأله می‌باشند.

افراد منوط به وجود امارات و قرائن ارتکاب یافتنِ جرم بوده، مشـــهود بودن جرم نیز مستتر در فعلیت و ارتکاب یافتن آن می‌باشد. البته استقرار نظم و تأمین آسایش فردی و عمومی از جمله اهداف تشـــکیل نیروی انتظامی بوده[۱] و پیشگیری از جرم یکی از طـــرق نیل به این هدف و در عین حال یکی از وظایف نهاد مذکور می‌باشـــد؛[۲] لیکن همان‌طور که گفته شد، اختیار سلب آزادی افراد به منظور پیشگیری از جرم به ضابطان اعطاء نشـــده اســـت. بدین ترتیب با توجه به این‌که چنین عملیاتی در نظام حقوقی ما مبنای قانونی نداشـــته، با استناد به اصل ســـی و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که اعلام نموده تنها در موارد قانونی می‌بایســـت اقدام به بازداشـــت افراد نمود، ضابطان از انجام هر گونه توقیف اداری جهت پیشـــگیری از جرم باید پرهیز کرده و در غیر این صورت به اســـتناد ماده ۵۷۰ قانون مجازات اســـلامی[۳] مستحق مواخذه و مجازات خواهند بود. با این وجود به منظور پیشـــگیری از ارتکاب برخی جرائم مهم، بعضاً به ســـلب آزادی افراد اقدام شده و از این جهت انتقاداتی صورت گرفته است؛ چنان‌که یکی از اعضای کمیســـیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در پاسخ نماینده دیگری که در توییتر خود در رابطه با بازداشـــت برخی دانشجویان نوشته بود: «گفته می‌شـــود عموم بازداشت‌ها، برای پیشگیری بوده است»، گفت: «بر اساس قانون اساســـی اصل بر برائت است و هیچ‌کس را نمی‌توان ســـلیقه‌ای بازداشت کرد و این موضوع در مورد تمام افراد جامعه صدق می‌کند».[۴] البته به لحاظ حقوقی دور از ذهن نیســـت که ضرورت ایجاب نماید ضابطان دســـتِ‌کم در شرایط فوق‌العاده که دلایل متقن دلالت بر بروز خطرات مهم امنیتی داشـــته، به استناد مبانی چون «اجرای قانون اَهم» به چنین عملی متوســـل شـــوند. به هر حال همان طور که قانون‌گذار به منظور پیشـــگیری از ارتکاب جرائم علیه امنیت، برخـــلاف رویه صرفِ تبانی را جرم‌انگاری

---

۱. به موجب ماده ۳ قانون نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹.
۲. شق د بند ۸ ماده ٤ قانون نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹.
۳. به موجب این مقرره: «هر یک از مقامات و مأمورین وابســـته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که برخلاف قانون، آزادی شـــخصی افراد ملت را ســـلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اســـلامی ایران محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج ســـال از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد».
٤. خبرگزاری رویداد٢٤، تاریخ انتشار: ۱۳۹٦/۱۰/۱۷، کد خبر: ۹۷۵۷۷، قابل دسترسی در:
http://www.rouydad24.ir/fa/news/97577/

کرده[۱] و یا آن‌که اجازه جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی را داده[۲] (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۱۶)، شاید مطلوب به نظر برسد در این جرائم نیز استثنائاً خلاف رویه جـــاری عمل کرده و به صراحت عملیات «دســـتگیری اداری» را قانوناً تجویز نماید، اما از آن‌جا که پیشـــنهاد مذکور دارای عیب «مسری بودن» است، طوری که اعطای مجوز «توقیفِ پیشـــگیرانه» به منظور پیشگیری از جرائم مهم احتمالاً باعث اعمال آن در جرائم خرد و کم اهمیت شـــود، لازم اســـت سازکارهایی جهت آموزش بیشتر ضابطان در این حوزه و تنبیه جدی‌تر ناقضان پیش‌بینی شود؛ طوری که وسوسه استفاده از آن را تا حد ممکن کاهش دهد.

به طور کلی محوریتِ «توقیف اداری» در نظام کیفری انگلســـتان مبتنی بر ماده ۱۱۰ قانون پلیس و جرم ســـازمان‌یافته شـــدید مصوب ســـال ۲۰۰۵ است. به موجب این مقرره: «۱- افسر پلیس اختیار دســـتگیری افراد زیر بدون دستور قضائی را دارد؛ (a)- فردی که واقعاً درصدد ارتکاب جرم می‌باشد، ... (c)- فردی که بر پایه‌ی مبانی متعارف، مظنون به سعی در ارتکاب جرم می‌باشد،...» (Lee, 2014: 89). بدین‌ترتیب افسرانِ پلیس انگلستان نه تنها در مواقعی که فرد درصدد ارتکاب جرم می‌باشد، بلکه در حالتی که وی مظنون به سعی در ارتکاب جرم می‌باشد نیز اختیار دستگیری وی را دارند. علاوه بر این به طور موردی می‌توان به قانون ضد اجتماعی مصوب ۲۰۰۳ اشاره کـــرد که درصدد کنترل و مدیریتِ خطر از طریق محدود کردن آزادی‌های اشـــخاص

---

۱. در این رابطه ماده ٦١١ قانون مجازات اســـلامی اذعان داشته که: «هرگاه دو نفر یا بیشتر اجتماع و تبانـــی بنمایند که علیه اعراض یا نفوس یا امـــوال مردم اقدام نمایند و مقدمات اجرایی را هم تدارک دیده باشـــند ولی بدون اراده خود موفق به اقدام نشوند حسب مراتب به حبس از شش‌ماه تا سه سال محکوم خواهند شـــد». همچنین در ماده ٦١٠ این قانون تصریح شـــده که: «هر گاه دو نفر یا بیشـــتر اجتماع و تبانی نمایند که جرایمی بر ضد امنیت داخلی یا خارج کشـــور مرتکب شـــوند یا وســـایل ارتکاب آن را فراهم نمایند در صورتی که عنوان محارب بر آنان صادق نباشد به دو تا پنج سال حبس محکوم خواهند شـــد». با مقایسه این دو مقرره در کنار هم مشخص می‌شود که تحقق جرم تبانی در جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی سهل‌تر بوده، طوری که نیاز به تدارک مقدمات اجرایی ندارد.

۲. بـــه موجب ماده ١١٤ قانون آیین دادرســـی کیفری: «جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشـــی از امور خدماتی یا تولیدی از قبیل امور تجارتی، کشاورزی، فعالیت کارگاه‌ها، کارخانه‌ها و شرکتهای تجارتی و تعاونی‌ها و مانند آن ممنوع اســـت مگر در مواردی که حســـب قرائن معقول و ادله مثبته، ادامه این فعالیت متضمن ارتکاب اعمال مجرمآنه‌ای باشـــد که مضر به ســـلامت، مخل امنیت جامعه یا نظم عمومی باشد که در این صورت، بازپرس مکلف است با اطلاع دادستان، حسب مورد از آن بخش از فعالیت مذکور جلوگیری و ادله یاد شده را در تصمیم خود قید کند».

می‌باشد (Sanders and other, 2010: 133). همچنین باید به اختیار بازداشت افراد توسط پلیس جهت جلوگیری از اخلال در نظم عمومی توجه داشت (Ormerod and Laird, 2015: 761)؛ طوری که اگر بیم بروز این اتفاق برود، اختیار دستگیری برای افسران پلیس وجود خواهد داشت. در این میان برخی از اقدامات پیشگیرانه که باعث محدودیت در آزادی تحرک افراد می‌شود، در منطقه خاکستری قرار گرفته، به طوری که مشخص نیست بازداشت صورت گرفته است یا خیر!؟ به طور مثال مطابق ماده ١٦ قانون جرم و بی‌نظمی انگلستان مصوب ۱۹۹۸، افسران پلیس این اختیار را دارند که در مواقع اضطراری دانش‌آموزان را از اماکن عمومی جمع‌آوری کرده و تحویل مدارس دهند. در ماده ۱۵ این قانون نیز به منظور ممانعت از عبور و مرور اطفال در ساعات معین، به افسران پلیس اختیار داده شده است تا اطفال یافت شده را به محل اقامت و نگهداری ایشان انتقال دهند[1] (Jason-Lloyd, 2013: 87-89). بند یک ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر[2] که به تصویب پارلمان انگلستان رسیده و در ردیف قوانین موضوعه این کشور می‌باشد نیز به این موضوع اشاره داشته است. به موجب این مقرره: «هر شخص از حق برخورداری از آزادی و امنیت فردی برخوردار است. هیچکس را نباید از آزادی‌اش محروم کرد به استثنای موارد زیر و بر اساس رویه‌ای که قانون مقرر کرده است: ... پ- ... بازداشت یا توقیف شخص به منظور جلوگیری از وقوع جرم توسط وی و ...». به موجب این قسمت از مقرره، سلب آزادی افراد به منظور پیشگیری از وقوع جرم جواز داشته و در کشورهایی که به این کنوانسیون پیوسته‌اند، این اختیار برای افسران پلیسِ آن‌ها پیش‌بینی شده است. بدین‌ترتیب برخلاف نظام کیفریِ ایران که هم‌سو با اندیشه‌های دیی توقیف اداری در آن مشروعیت نداشته، در حقوق انگلستان مأموران از اختیاراتِ گسترده توقیفِ افراد قبل از ارتکاب جرم بهره‌مند می‌باشند؛ هر چند که این موضوع دارای انتقادات فراوانی می‌باشد (Hirschel and other, 2008: 131). البته همان‌طور که

---

۱. البته از نظر اندیشمندانی چون دکتر آیت‌اله پرویزی‌فرد «توقیف» می‌تواند با هدف حفظ سلامتی شخص توقیف شده از هر گونه آسیب صورت گرفته و جنبه حمایتی(protective) داشته باشد (۱۳۹۱: ۷۹). توقیفِ کودکان و یا دانش‌آموزان از معابر و تحویل آن‌ها به مدرسه و یا والدینشان می‌تواند این جنبه از عملیات دستگیری را داشته باشد.

2. European Court of Human Rights.

گفته شد، به منظور تحدید این اختیارات در نظام حقوقیِ مذکور از یک سو ضروری دانسته شده که این بازداشت‌ها یا به منظور پیشگیری از وقوع جرائم خاص صورت گرفته و یا آن‌که با هدف مدیریت ریسک و کنترل خطرهای مشخص شده علیه سلامت اموال و بعضی اشخاص انجام شود (جهات دستگیری اداری). از سوی دیگر لازم می‌باشد در افسران پلیس حداقل ظن متعارف نسبت به ارتکاب جرم در آتی ایجاد شود (ضوابط دستگیری اداری). در ادامه به مطالعه نظام عملیات «دستگیری اداری» در نظام کیفری انگلستان که شامل دو محور جهات و ضوابط این عملیات بوده و اساس آن یک سری از بندهای ماده‌ی ٢٤ قانون پلیس و ادله‌ی کیفری مصوب ١٩٨٤ (ماده ١١٠ قانون پلیس و جرم سازمان‌یافته شدید مصوب ٢٠٠٥) است خواهیم پرداخت.

۳. نظامِ «دستگیری اداری» در حقوق کیفری انگلستان

واگذاریِ اختیار «دستگیریِ اداری» به افسران پلیس زمینه تجاوز حداکثری به حقوق افراد را فراهم می‌آورد؛ لذا لازم است شرایطی پیش‌بینی شود تا در چارچوب آن سطح تعرض به کمترین میزان ممکن کاهش یابد. در واقع این موضوع که اشخاص ذی‌صلاح جهت سلب آزادی افراد منتظر ارتکاب جرم نمانده و قبل از ارتکاب آن، اقدام به توقیف افراد می‌کنند، بیان‌گر وجود مدیریت «ریسک جرم»[1] در نظام جنایی بوده که به موجب آن با کاربست سیاست‌های کیفری امنیت‌گرا، ارزیابی و پیش‌بینی ارتکاب جرم به منظور بازدارندگی همواره در سیستم های عدالت جنایی به عنوان یک اصل مورد توجه بوده است. ایجاد این حق گسترده و غیرقابل کنترل بدون توجه به آزادی و ارزش‌های افراد زمینه تجاوز حداکثری به حقوق شهروندی را فراهم کرده و در نتیجه لازم است استانداردهای لازم جهت اصولی‌تر انجام شدن این عملیات پیش‌بینی گیرد. در حقوق ایران به تبع فقدان تصریح این توقیف، چارچوبی دقیق جهت اعمال آن در نظر گرفته نشده؛ لیکن در حقوق انگلستان که این عملیات جواز قانونی داشته، به منظور رعایت هر چه بیشتر حقوق شهروندی، به اتخاذ یک مدل علمی جهت اجرای آن اقدام شده است؛ طوری که شخص دستگیر شده حداقل مظنون به سعی در ارتکاب برخی جرائم و یا انجام بعضی بی‌نظمی‌ها باشد. با

1. Crime risk.

توجه بـــه این گزاره، ابتدائاً ضابطه توقیـــف اداری در حقوق کیفری انگلســـتان که همان ضرورت ایجاد قطع و یا دست‌کم ظن متعارف در افسران پلـــیس بوده را مورد مطالعه قرار می‌دهیم. در مبـحث دوم با مطالعه جهات این نوع توقیف در نظام کیفری انگلسـتان، از ضرورتِ دلایل این بازداشت که همان پیشگیری از وقوع جرائم خاص و یا مدیریت ریسک و کنترل خطرهای مشخص شـده در قانون بوده صحبت خواهیم نمود.

۱-۳. ضابطه وجود حداقل «ظن متعارف» در «دستگیریِ اداری»

در تبیین این ضابطه باید گفت قانون‌گذار کیفری انگلستان در خصوص جرائم قریب‌الوقوع، دو فرض را متصور شـــده اســـت؛ فرض اول حالتی است که فرد واقعاً درصدد ارتکاب جرم بوده[1] و دستگیری وی با حصول یقین صورت می‌گیرد.[2] فرض دوم مربوط به حالتی اســـت که افســـران پلیس ظن متعارف[3] به این موضوع داشته که فرد درصدد ارتکاب جرم[4] می‌باشد، صرف نظر از این‌که واقعاً بزهی در آستانه ارتکاب باشد یا خیر.[5]

در حالت اول قرائن و امارات همگی دلالت بر قطعیت ارتکاب جرم در آینده داشـــته و بهترین نشـــانه جهت احراز این حالت روانی، انجام عملی اســـت که فرای مقدمات ارتکاب جرم بوده؛ البته تا آن‌جا که عمل ارتکابی شـــروع به جرم شـــناخته نشـــود. این موضوع را می‌توان در قالب یک پرونـــده توضیح داد. در دعوای آر علیه گولفر[6] متهم پس از مشـــاهده این موضوع که ســـگ مورد حمایت او در یک مسابقه تازی در آســـتانه شکست اســـت، به منظور پس گرفتن پولی که برای انجام قمار داده بود، با پریدن به روی پیست، ســـعی کرد حواس سایر سگ‌ها را منحرف نماید. پس از بازداشـــت وی، لرد لین ســـی جی[7] با این اســـتدلال که پرش متهم به روی پیست، عملی در حد آمادگی صرف برای انجام «ســـرقت» بوده، دست کم مراجعه او به بنگاه

1. "is about to commit".
2. 24-1(a) PACE (Police and Criminal Evidence Act 1984).
3. Reasonable suspicion.
4. "to be about to commit".
5. 24-1(c) PACE (Police and Criminal Evidence Act 1984).
6. R v Gullefer.
7. Lord Lane CJ.

جهت مطالبه پول را لازم برای صدور این محکومیت او لازم دانست (O'Riordan, 2003: 45). در این پرونده گرچه برای محکومیتِ به سرقت و یا شروع به آن لازم دانسته شده که مرتکب به منظور پس گرفتن پول خود به بنگاه مراجعه کند؛ لکن عمل ارتکابیِ وی به قطع دلالت بر این موضوع دارد که وی در آینده جهت انجام این عمل به بنگاه مراجعه خواهد کرد. همچنین در پرونده آر علیه کمبل[1] فردی با قصد سرقت از اداره پست با به همراه داشتن اسلحه قلابی و یک یادداشت تهدیدآمیز که قصد ارائه آن به صندوق‌دار را داشت، در یک قدمی درب آن اداره بازداشت شد. در پاسخ به اعتراض متهم، لازم دانسته شد که دستِ‌کم در این پرونده اعمالی چون ورود به اداره پست و انجام اقدامات خصمانه به منظور دریافت پول باید صورت گیرد تا بتوان به اتهام شروع به سرقت، مظنونی را دستگیر کرد (C Holzer, 2022: 238). در پرونده اخیر، گرچه اعمال ارتکابی در حد شروع به جرم نبوده، لکن به خوبی دلالت بر قطعیت ارتکاب جرم در آینده دارد. بدین ترتیب در نظام حقوقی انگلستان پس از ارتکاب یک سری اعمال مقدماتی که حکم شروع به جرم نداشته می‌توان پی به قطعیت ارتکاب جرم در آینده برد.

در رابطه با فرض دوم باید گفت برحسب ظن و تردیدی که نسبت به احتمال ارتکاب جرم در آتی وجود دارد، در نظام حقوقی انگلستان این اختیار برای افسران پلیس پیش‌بینی شده که می‌توانند افرادی که مظنون به ارتکاب جرم در آینده هستند را بازداشت کنند. در این رابطه در پرونده حسین علیه چونگ فوک کام[2] این موضوع اعلام شد که ظن متعارف ممکن است مبتنی بر چیزهایی باشد که به عنوان ادله در دادگاه قابل پذیرش نیست. بدین‌ترتیب به چیزی کمتر از ادله محکمه‌پسند در ایجاد این ظن نیاز است (Murphy and Stockdale, 2011: 1184). این کیفیت نفسانی درجه اطمینانش کمتر از قطع بوده، طوری که به تنهایی قادر به اثبات یک موضوع نیست. بدین ترتیب ظن متعارف، گرچه اعتبار ادله و مستندات محکمه‌پسند را نداشته، ولی بروز آن در افسران پلیس باعث مشروعیت توقیف افراد حتی به طور پیش‌دستانه می‌شود. ظاهراً علت این انعطاف‌پذیری و عدم سخت‌گیری در پذیرش معیار ظن

1. R v Campbell.
2. Hussien v Chong Fook Kam.

متعارف، رفع مشـــکلاتی اســـت که افســـران پلیس در اتخاذ تصمیم آنی با آن مواجه هســـتند (Feldman, 2002: 332). حتی در عمل، دادگاه‌ها میلی به بررسی اظهارات پلیس مشـــعر بر ایجاد ظن متعارف در ایشـــان ندارند؛ چرا که دادگاه‌ها موظفند مبانی ضعیـــف در ایجاد ظن متعارف را کافی بداننـــد (Kelly and Slapper, 2009-2010: 437). البته امکان پذیرش این ادعا در تمام جرائم به طور یکسان وجود ندارد؛ چنان‌که در این نظام حقوقی در مصاف با انواع جرائم، نوعی سیاست جنایی افتراقی در احراز و پذیرش ظن متعارف هســـت، طوری که در جرائم مهم مانند جرائم تروریســـتی از تفسیر موسع و در جرائم عادی از تفسیر مضیق جهت احراز این ظن استفاده می‌شود (شاکری و قاسمی، ۱۳۹۵: ۱۰۰). به هر طریق در این مسیر نباید با ایجاد برداشت‌های نـــاروا زمینه خدشـــه به حق آزادی افراد را فراهم کـــرد، در غیر این صورت هر گونه ســـلب آزادی پیش‌گیرانه غیر قانونی و باعث مسؤولیت خواهد بود. این موضوع حتی در توقیف‌های پیش‌بینی شـــده در کامن‌لا به منظور توقف «اخلال در نظم عمومی»[1] یا پیشـــگیری از آن قابل ملاحظه است. به طور مثال در دعوای آر علیه هاول[2] متهم پس از ایجاد مزاحمت و دخالت در ناآرامی‌های خیابانی دســـتگیر شد. قاضی واتکینز[3] در ایـــن پرونده اعلام نمود که اختیار دســـتگیری به جهت اختلال قابل پیش‌بینی در نظم عمومی در صورتی که فرد بازداشـــت‌کننده شاهد هتاکی و فریاد زدن قبلی متهم باشد، وجود دارد. در واقع مأمور می‌بایست بر این باور منطقی بوده که احتمال منتهی شدن رفتار مظنون به خشـــونت نسبت به دیگران وجود داشته است (Kelly and Slapper, 2016-2017: 354-355). بدین‌ترتیب در اینجا به اســـتناد «معیارهای ذهنی»، احتمال ارتکاب جرم در آتی قابل پیش‌بینی می‌شود.

۲-۳. لزوم وجود جهات «دستگیریِ اداری»

در نظام کیفری انگلســـتان، علاوه بر پیش‌بینی صریح «دســـتگیری اداری»، به ضرورتِ وجود یک ســـری جهاتِ قانونی[4] جهت انجام این عملیات اشـــاره شـــده اســـت. در واقع دستگیری افراد زمانی موجه می‌باشد که دلایل قانونی برای انجام این

1. Breach of peace.
2. R v Howell.
3. Watkins.
4. Reasons arrest.

کار وجود داشـــته باشد[۱] (شاکری و قاســـمی، ۱۳۹۵: ۹۸). بدین ترتیب صرف تصور ارتکاب جرم در آتی و یا صرف وجود دلایلِ مذکور باعث مشروعیت این عملیات در انگلســـتان نشده؛ بلکه برای انجام آن ترکیبی از این دو عامل لازم است.[۲] به طور کلی جهـــات توقیف، در بند ۵ ماده ۲٤ قانون پلیس و ادله کیفری مصوب ۱۹۸٤ پیش‌بینی شـــده و دلایل مربوط به توقیفِ اداری در قســـمت (c) و (d) این مقرره تصریح شده اســـت و لازم می‌باشد به منظور ممانعت از تحقق موارد مذکور، این عملیات صورت گیرد. بدین ترتیب می‌توان این دلایل را در دو شـــکل «واکنشی» و «بازدارنده» مطالعه کرد. هدف از توقیف به اقتضای دلایل «واکنشـــی»، تعقیب و تحقیق از فردی است که مظنون به ارتکاب جرم صورت گرفته می‌باشد. بندهای (a)[۳] و (b)[٤] و (e)[٥] و (f)[٦] این مقرره، مصادیق این دلایل بوده و مربوط به بندهای ۲، ۳ و قســـمت‌های (b) و (d) از بند ۱ ماده ۲٤ قانون پلیس و ادله کیفری مصوب ۱۹۸٤ اســـت.[۷] از طرف دیگر، دلایل «بازدارنـــده» مربوط به مرحله قبل از ارتکابِ فعل مجرمانه بوده و فلســـفه وجوب آن دســـتگیری افراد به منظور پیشگیری از ارتکاب جرم یا حادثه نامطلوب نسبت به افراد آسیب‌پذیر اســـت. به موجب بندهای (c) و (d) از بند ۵ قانون مذکور، «پیشگیری از ایراد صدمـــه بدنی به خود یا دیگری، جلوگیری از تحمل صدمه بدنی،[۸] خودداری از

---

۱. . در نظام‌های حقوقی دیگری چون نظام کیفری کشـــور اوگاندا ضمن بحث از عملیات دستگیری اداری، صحبت از این جهات شـــده اســـت. این موضوع در ماده ۲٤ قانون پلیس (The Police Act) کشور مذکور این گونه مطالعه شده که «افسر پلیسی که دلیل منطقی دارد بر این باور که توقیف کردن فردی ضروری اســـت برای جلوگیری از الف- صدمه جسمانی زدن به خود و یا سایرین؛ ب- ایجاد اســـباب ایراد صدمه بدنی به خود توسط ســـایرین؛ ج- ایجاد ضرر یا خسارت به اموال؛ د- ارتکاب جرم علیه عفت عمومی در ملاء عام؛ ه- ایجاد انسداد غیرقانونی در بزرگراه؛ و- وارد کردن آسیب یا رنج ناروا به کودکان یا دیگران فرد آسیب پذیر؛ می‌تواند آن شخص را دستگیر کند».
https://www.upf.go.ug/download/legal_mandate/The-Police-Act.pdf
2. 24-4 PACE (Police and Criminal Evidence Act 1984).

۳. «برای احراز نام شخص مورد نظر».
٤. «برای احراز آدرس شخص مورد نظر».
۵. «تجویز تحقیقات موثر و فوری در مورد جرم و یا رفتار شخص مورد نظر».
٦. «پیشـــگیری از هر گونه تأخیر در تعقیب جرم که به واسطه ناپدید شدن شخص مورد نظر حادث می‌شود».
۷. در فرض بندهای مذکور، یا جرم اتفاق افتاده یا در حال اتفاق می‌باشد.
۸. منظـــور این‌کـــه در صورت عدم توقیف مظنون، وی شـــرایطی را فراهم کند که بدون توســـل به خودزنی، اسباب ایراد صدمه بدنی به خود توسط سایرین را فراهم کند.

تخریب و تلف اموال، ممانعت از جرائم علیه عفت عمومی،[1] بازداشتن از انسداد غیر قانونی بزرگراه‌ها یا هرگونه ایجاد خطر برای طفل یا شـــخص آسیب‌پذیر»[2] موجد این حق برای افســـران پلیس انگلستان بوده (Lee, 2014:91-92) و مربوط به قسمت‌های (a) و (c) از بنـــد ۱ ماده ۲٤ قانون مذکور می‌باشـــد.[3] البتـــه در اصلاحات بعدی، این دلایل در بند (c) و (d) ماده ۱۱۰ قانون پلیس و جرائم سازمان یافته کیفری انگلستان پیش‌بینی شـــد. بدین‌ترتیب گرچه پیش‌بینی توقیفِ اداری در جرائم مهمی که متضمن ایراد آســـیب و صدمات غیرقابل جبران نســـبت به جامعه و اعضای آن به ویژه حق حیات و تمامیت جسمانی می‌باشد، از اهمیت بیشتری برخوردار بوده، لیکن همان‌طور که از جهاتِ قانونی این عملیات در انگلســـتان مشـــخص است، این اختیار افسران به جرائم ســـبک نیز تســـری پیدا کرده که به ظن عده‌ای این توســـیع نیز پیامد گسترش سیاســـت جنایی امنیت‌گرا در این کشـــور بوده است (رضایی، ۱٤۰۰: ٤۷). همان‌طور که گفته شـــد، جهاتِ مربوط به دستگیریِ اداری در نظام حقوقی کشور ما پیش‌بینی نشـــده، اما با استناد به ضرورت‌هایی از این دست، آزادی افراد گاهاً سلب شده است. به طور مثال به‌رغم آن‌که قانون‌گذار جهت ساماندهی کودکان کار صحبت از «جذب»[4] آن‌ها کرده، آنچه در عمل صورت می‌گیرد توقیف آن‌هاســـت؛ طوری که نایب رئیس انجمن حمایت از حقوق کودکان درباره برخورد نامناسب با کودکان کار اذعان داشته: «نحوه جذب کودکان کار در طرح ســـاماندهی در اکثر موارد شبیه به دستگیری بود و دســـتگیری لزوما به این معنی نیست که ما با یک دستبند و اسلحه سراغ کسی برویم.

---

1. Public decency.

2. Vulnerable person.

افراد آسیب‌پذیر اشخاصی هستند که بنا به شرایط روانی، بیماری و یا کهولت سن، به خدمات مراقبت اجتماعی نیاز داشته و توانایی مراقبت از خویش را ندارند. برای اطلاعات بیشتر در این حوزه، بنگرید به:

Michael Mandelstam, Safeguarding Vulnerable Adults and the law (London: Jessica Kingsley Publishers, 2009), 23.

۳. همان‌طور که قبلاً گفته شـــد، در فرض قسمت‌های مذکور، فرد یا واقعاً درصدد ارتکاب جرم بوده یا مظنون به تلاش جهت ارتکاب آن است.

٤. به استناد بند ٤ از ماده یک آیین‌نامه ساماندهی کودکان خیابانی مصوب ۱۳۸٤/۵/٤، منظور از جذب «ارتبـــاط تقویت یافته مددکار اجتماعی با کودک خیابانی اســـت که جلب اعتماد و پذیرش ارتباط از سوی کودک خیابانی را به همراه دارد».

دستگیری می‌تواند با تهدید کلامی و ایجاد ترس و هراس باشد؛ به طوری که کودک ناچار تسلیم شرایط و وارد ماشین‌های بهزیستی شود».[۱] این اقدام به منظور جلوگیری از ایجـــاد خطر برای طفل یا شـــخص آســـیب‌پذیر صورت می‌گیرد. بازداشـــت‌های پیشـــگیرانه دانشجویان نیز که قبلا صحبت از آن‌ها شد، به استناد ضرورت‌هایی چون جلوگیری از تخریب و تلف اموال صورت گرفته است.

۱. خبرگزاری خبر آنلاین، تاریخ انتشار: ۱۳۹۸/٤/۲٦، کد خبر: ۱۲۸۰٥٤۳، قابل دسترسی در:
khabaronline.ir/xdTmy

برآمد

۱- گرچه بـــه اقتضای اصولی چون اصل برائت و اصل قانونی بودن، «توقیف پیشگیرنده» به مثابه ابزاری از مفهوم عدالت پیشگیرنده در نظام حقوقی ایران جایگاهی ندارد، اما تقدم مسأله حفظ نظم و تأمین امنیتِ جامعه بر حقوق و آزادی افراد، ایجاب می‌کند که به تأســـی از نظام کیفری انگلستان که در آن توقیف پیشگیرنده دارای جواز قانونی می‌باشـــد، تنها در جرائم مهم امنیتی ضابطان از چنین اختیاری بهره‌مند باشند. البته در انگلســـتان بدون ملاحظه ایرادهای ناشی از اجرای این عملیات، در جرائم کم اهمیت نیز حکم به جواز انجام آن داده شـــده است. بدین‌ترتیب قانون آیین دادرسی کیفری و دیگر قوانین و آیین‌نامه‌های مرتبط با آن می‌بایست ضمن توجه به حقوق و آزادی‌های فردی شـــهروندان، با ظرافت و دقت به مسأله نظم و امنیت عمومی جامعه نیز توجه لازم داشته باشند؛ چنان‌که بر پایه آن‌ها، اصل نخستین می‌بایست عدم جوازِ انجام توقیف پیشگیرانه باشد. این موضوع با اصل برائت و رعایت حقوق افراد منطبق می‌باشد. از سوی دیگر حفظ نظم و تأمین امنیت جامعه ایجاب می‌کند که ضابطان از اختیارات لازم جهت پیشگیری از ارتکاب جرائم مهم برخوردار باشند. البته به منظور جلوگیری از ارتکاب اعمال مخل نظم عمومی که جرم نبوده نیز می‌بایست به توقیف اداری اطفال و یا دیوانگان اقدام نمود.

۲- از آنجا که «دستگیری اداری» به منظور رعایت حقوق جامعه و اعضای آن جهت ممانعت از ارتکاب جرم و یا هرگونه آســـیب به اشخاص و یا اموال مشخص شده صورت می‌گیرد، لازم بوده به منظور حفظ نظم و عدم تجاوز به حقوق شهروندیِ افراد، یک ســـری ضوابط قانونی برای انجام آن پیش‌بینی شود. این موضوع در حقوق انگلستان مورد توجه قرار گرفته است؛ چنان‌که در قانون پلیس و ادله کیفری انگلستان برای انجام بازداشـــت اداری دســـت‌کم ایجاد ظن متعارف در افســـران پلیس نسبت به ارتکاب جرم در آتی ضروری اســـت. این موضـــوع حتی در توقیف‌های پیش‌بینی شـــده در کامن‌لا به منظـــور توقف «اخلال در نظم عمومی» یا پیشـــگیری از آن قابل ملاحظه می‌باشـــد. از آن‌جا که در نظام حقوقی ایران، دســـتگیری اداری جواز قانونی ندارد، ضوابطی هم برای انجام آن پیش‌بینی نشـــده اســـت؛ لکن مطلوب است ضمن پیش‌بینی صریح اجرای این عملیات، جهت اصولی‌تر شدن اجرای آن، ضوابطی لحاظ

شـــود و برای ناقضان ضمانت‌اجرای کیفری و مدنی مشـــخص شـــود. این موضوع بی‌تردید مســـتلزم برگزاری دوره‌های آموزشی برای ضابطان، جهت فراگیری ضوابط و مهارت‌های لازم جهت انجام توقیف پیشـــگیرانه و آگاهی از مسؤولیت‌های حاصله می‌باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اکبری، محمد و ساداتی، سیدمحمدجواد و جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا (۱۴۰۲)، «**بازخوانی اصول دادرسی کیفری در تقابل گفتمان‌های آزادی‌مدار و امنیت‌گرا**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.
* انصاری، ولی‌الله (۱۳۸۰)، **حقوق تحقیقات جنایی**، تهران: سمت.
* اورول، جورج (۱۳۹۷)، **۱۹۸۴**، برگردان: زهره زندیه. تهران: آذرمیدخت.
* آنسل، مارک (۱۳۹۱)، **دفاع اجتماعی**، تهران: گنج دانش.
* پرادل، ژان (۱۳۹۲)، **تاریخ اندیشه‌های کیفری**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی. تهران: سمت.
* پرویزی‌فرد، آیت‌اله (۱۳۹۱)، «**دستگیری متهم بدون دستور قضائی: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره۴۲، شماره۲.
* پرویزی‌فرد، آیت‌اله (۱۳۹۱)، **سلب آزادی از متهم در حقوق ایران و انگلستان**، تهران: جنگل.
* جوان‌جعفری، عبدالرضا و نوروزی، محمد (۱۳۹۶)، «**بایسته‌های دستگیری متهم در نظام حقوقی انگلستان و اسناد بین المللی**»، تعالی حقوق، دوره ۳، شماره ۲۱.
* رضایی، مهدی (۱۴۰۰)، «**بازداشت متهم بدون دستور قضایی: با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان**»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه پیام‌نور مرکز کرج.
* سیدموسوی، حسین (۱۳۹۵)، «**نقد و بررسی تفسیر شارحان نهج‌البلاغه از عبارت «هَیْهَاتَ عِلْمٌ مَخْزُونٌ» خطبه ۱۴۹**»، پژوهشنامه نهج‌البلاغه، دوره ٤، شماره ۱۳.
* شاکری، ابوالحسن و قاسمی، مسعود (۱۳۹۵)، «**پاسخ به جرم مشهود در سیاست جنایی ایران با نگاهی به حقوق انگلستان**»، پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره ۱۸، شماره ۷۰ .
* شاملو، باقر و عارف خلیلی پاجی (۱۳۹۹)، «**رویکرد ریسک مدار سیاست جنایی در برابر پول‌شویی**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، دوره ۱۱، شماره ۱.
* صلاحی، جاوید (۱۳۸٦)، **کیفرشناسی**، تهران: میزان.
* طبری، ابوجعفر محمد بن جعفر (۱۳۸۹)، **تاریخ الامم و الملوک (تاریخ طبری)**، جلد ششم، برگردان: ابوالقاسم پاینده. بی‌جا: الکترونیک.

* کاشفی اسماعیل‌زاده، حسـن (۱۳۸٤)، «**جنبش‌های بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱، شماره ۱۵.

* نجفی‌ابرندآبادی، علی‌حسین و رضوانی، سودابه (۱۳۹٤)، «**سلبِ آزادی پیشگیری محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ٤، شماره ۱۲.

* نوروزی، نادر (۱۳۸٦)، «**تفهیم اتهام در مقررات کیفری ایران**»، پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره ۹، شماره ۳ .

ب. عربی

* طبری، ابوجعفر محمد بن جعفر (۱۳۸۷ق)، **تاریخ الامم و الملوک (تاریخ طبری)**. بیروت: دارالتراث.

* مفید، محمدبن‌محمد (۱٤۱۳ق)، **الجمل**. جلد نخست، قم: مکتب الإعلام الإسلامی.

* ثقفی، ابراهیم بن محمد (۱۳۹۵ق)، **الغارات**. جلد نخست، تهران: انجمن آثار ملی.

پ. انگلیسی

* Ashworth, Andrew, Lucia Zedner and Patrick Tomlin (2013), **Prevention and the Limits of the Criminal Law**, Oxford: Oxford University Press.

* Ashworth, Andrew and Lucia Zedner (2014), **Preventive Justice**, Oxford: Oxford University Press.

* Feldman, David (2002), **Civil liberties and Human Right in England and wales**, Oxford: Oxford University press.

* Fenwick, Helen (2017), **Fenwick on Civil Liberties & Human Rights**, Abingdon: Routledge.

* Hirschel, David, William Wakefield and Scott Sasse (2008), **Criminal justice in England and United States**, Sudbury: Jones and barlett publishers.

* Ormerod, David and Karl Laird (2015), **Smith and Hogan's Crim-**

inal Law, Oxford: Oxford University Press.

❋ Holzer, Jacob C, Andrea J. Dew and Patricia R. Recupero and Paul Gill (2022), **Lone-actor Terrorism**, New York: Oxford University Press.

❋ Jason-Lloyd, Leonard (2013), **Introduction to Policing and Police Powers**, London: Routledge-Cavendish.

❋ Kelly, David and Gary Slapper (2016-2017), **The English Legal System**, London: Routledge.

❋ Kelly, David and Gary Slappe (2009-2010), **The English Legal System**, London: Routledge.

❋ Lee, Robert G (2014), **Blackstone's Statutes on Public Law and Human Rights 2014-2015**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Mandelstam, Michael (2009), **Safeguarding Vulnerable Adults and the law**, London: Jessica Kingsley Publishers.

❋ Murphy, peter and Stockdale Eric (2011), **Blackstone s criminal practice 2012**, Oxford: oxford university press.

❋ O'Riordan, Jimmy, (2003), **A2 Law for OCR**, Oxford: Heinemann.

❋ Sanders, Andrew, Richard Young and Mandy Burton (2010), **Criminal Justice**, New York: Oxford University Press.

ت. منابع اینترنتی

❋ خبرگزاری رویداد۲٤، تاریخ انتشار: ۱۳۹٦/۱۰/۱۷، کد خبر: ۹۷۵۷۷، قابل دسترسی در:
http://www.rouydad24.ir/fa/news/97577/

❋ خبرگـــزاری خبر آنلاین، تاریخ انتشـــار: ۱۳۹۸/٤/۲٦، کد خبـــر: ۱۲۸۰٥٤۳، قابل دسترسی در: khabaronline.ir/xdTmy

❋ https://www.upf.go.ug/download/legal_mandate/The-Police-Act.pdf

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۲۷۶-۲۵۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

نقد استثناءهای جهل حکمی با نگاهی تطبیقی

حسن پوربافرانی[۱]

چکیده

اصل کلی پذیرفته شده در مورد جهل حکمی رافع مسؤولیت کیفری نبودن آن است. با این حال در مورد استثناءها این قاعده فراز و نشیب‌هایی در نظام‌های حقوقی مختلف وجود دارد. ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در دو حالت استثنایی، رافع مسؤولیت کیفری بودن جهل حکمی را پذیرفته است که عبارتند از یکی وقتی که تحصیل علم عادتاً برای فرد ممکن نبوده و دیگری وقتی که جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود. با این حال به نظر می‌رسد که این دو استثناء در موارد زیادی همپوشانی دارند که نیاز به تبیین دارد. فرضیه مقاله آن است که استثنای دوم با وجود استثنای اول و مواد قانونی خاص، ضرورتی ندارد. در نظام حقوقی فرانسه هم به رغم پذیرش برخی مصادیق جهل حکمی تحت عنوان «جهل حکمی اجتناب ناپذیر»، اما رویه قضایی روی خوشی نسبت به آن نشان نداده است و ادعاهای جهل حکمی را چندان نپذیرفته است. این مقاله ضمن نقد موضع قانون‌گذار، اشاره‌ای هم به حقوق کشورهای فرانسه، انگلستان و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری می‌کند.

واژگان کلیدی: جهل حکمی، جهل حکمی اجتناب ناپذیر، جاهل مقصر، جاهل قاصر، عامل رافع مسؤولیت کیفری

---

۱. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان
hpoorbafrani@ase.ui.ac.ir

درآمد

در نظام حقوقی ایران، قوانین پانزده روز پس از انتشار، لازم‌الاجرا بوده و فرض عدم آگاهی شهروندان و حتی بیگانگانی که به جهت حضور در قلمرو ایران تابع آن محسوب می‌شوند، پذیرفته نیست. به این امر در ماده ۲ قانون مدنی تصریح شده است: «قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجراست مگر آن‌که در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد». این امر مبنای منطقی روشنی هم دارد و آن این‌که، اگر جهل به قانون رافع مسؤولیت باشد، باعث به هم‌ریختگی نظم جامعه شده و علاوه بر آن در حیطه حقوق کیفری متهمان فراوان برای فرار از مسؤولیت کیفری و مجازات، به آن استناد کرده و حتی آگاهان نسبت به حکم قانون، به امید استناد به آن در فرض مورد تعقیب قرار گرفتن، وسوسه بیشتری برای ارتکاب جرم پیدا می‌کنند. بر همین اساس در نظام حقوقی کامن‌لا، جهل به حکم قانون جایگاه چندانی به عنوان عامل رافع مسؤولیت کیفری ندارد (Ashworth, 1992: 207) و قاعده «جهل به قانون عذر محسوب نمی‌شود»،[1] هم بیان‌گر همین نگاه است. با این حال در این نظام حقوقی گفته شده است که اگر اشتباه حکمی باعث زایل شدن رکن روانی جرم شود، رافع مسؤولیت کیفری خواهد بود (Clarkson, 2005: 78؛ لفیو، ۱۳۷۹، ٦). در حقوق فرانسه هم به‌رغم پذیرش برخی موارد اشتباه حکمی در قانون، اما رویه قضایی از آن استقبال نکرده است. در حقوق ایران تا قبل از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مقنن اشتباه حکمی را مگر در موارد خاصی که عمدتاً مربوط به جرایم موجب حد بود، نپذیرفته بود، اما در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقنن ضمن تصریح به اصل عدم پذیرش جهل حکمی به عنوان یکی از علل رافع مسؤولیت کیفری، دو استثناء را در مورد آن پذیرفته است. یکی جایی که تحصیل علم عادتاً برای مکلف ممکن نیست و دیگری وقتی که جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود. اولین سوال این است که آیا مواردی که تحصیل علم عادتاً ممکن نیست، از مصادیق مواردی نیست که جهل به حکم شرعاً عذر محسوب می‌شود؟ افزون بر این، این سوال هم وجود دارد که مواردی که جهل به حکم شرعاً عذر محسوب می‌شود کدام است؟

این مقاله در جهت پاسخ به این پرسش‌ها، با نگاهی تطبیقی به تبیین اصل

1. ignorantia juris neminem excusat

و اســـتثناءهای جهل حکمی می‌پردازد. در ادامه ابتـــدا به تبیین مفهوم و ماهیت جهل حکمی و تمایز آن از جهل موضوعی پرداخته و ســـپس به تبیین جهل حکمی در فقه می‌پردازیم. در بحث ســـوم به تبیین و نقد آن در قانون مجازات اسلامی پرداخته و در مبحث چهارم نیز نگاه نظام‌های حقوقی دیگر به جهل حکمی را بررسی خواهیم کرد.

۱. شناخت مفهوم و ماهیت جهل حکمی و تمیز آن از جهل موضوعی

در جهل حکمی، جاهل نســـبت به مجرمانه بودن رفتار مجرمانه ارتکابی خود جاهل اســـت. به عبارت دیگر پس از ارتکاب جرم و تحت تعقیب واقع شدن، ادعای صادقانـــه جهلِ به حکـــم قانون را مطرح کرده و مدعی می‌شـــود که اگر حکم قانون مبنی بر جرم بودن عمل را می‌دانسته، مرتکب آن نمی‌شده است. اصل کلی عقلانی و منطقی آن است که ادعای جهل به حکم قانون (حتی صادقانه) از طرف مجرم مسموع نباشـــد. در واقع ضرورت نظم بخشـــی به امور جامعه اقتضای آن دارد که همه مردم نســـبت به حکم قانون مطلع فرض شوند (کاتوزیان، ۱۳٦٤: ۱۰۰)؛ زیرا عدم پذیرش ایـــن اصل باعث هرج و مرج در روابط حقوقی اشـــخاص و در حقوق کیفری باعث نقض نظم عمومی می‌شـــود. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان، اگر قرار باشـــد هر مجرمی مدعی شود که نمی‌دانسته رفتار ارتکابی‌اش جرم است، راه نافرمانی عمومی از قانون باز می‌شود و پایه‌های بنیادین جامعه سست می‌گردد؛ مضافاً که پذیرش جهل حکمی به عنوان عامل رافع مســـؤولیت کیفری به تدریج انگیزه قانون‌شکنی را از طریق اثبات بی‌اطلاعی از قانون پرورش می‌دهد (Cassese, 2008: 294-295). بدیهی است عدم پذیرش ادعای جهل به حکم قانـــون در جرائم طبیعی همچون صدمات عمدی علیه تمامیت جســـمانی اشخاص (قتل و ایراد ضرب و جرح عمدی و ...) یا علیه مالکیت آن‌ها (سرقت، کلاهبرداری، تحریق، تخریب و ...) به خصوص در جوامع امروزی که رسانه‌های جمعی همه جا حضور داشته و به نوعی فرهنگ سازی مشغول‌اند، منطقی و قابل دفاع اســـت و ادعای جهل به حکم قانون در مورد این جرایم از کسی پذیرفته نیست، ولی جای بحث از آن در مورد جرائم مصنوعی و تازه وضع شده وجود دارد. بر این اســـاس قاعده مســـموع نبودن جهل به حکم قانون، بدون استثناء هم نیست و در مواردی اســـتثنایی جهل به قانون رافع مسؤولیت است. در حالت اصل کلی، (یعنی عدم پذیرش جهل به حکم قانون)، طبیعی اســـت که رفتار فرد جرم محسوب شده و

واجد مسؤولیت کیفری است، اما در حالات استثنایی مسموع بودن ادعای جهل به حکم قانون، ماهیت حقوقی این استثناءها قابل بررسی است و این‌که آیا ماهیت آن‌ها از باب علل رافع مسؤولیت کیفری است یا این استثناءها به جهت فقدان رکن روانی، مانع تحقق جرم‌اند یا این‌که به جهت فقدان رکن قانونی، مانع تحقق جرم‌اند؟ از بین این سه گزینه مسلماً گزینه سوم درست نیست؛ زیرا رکن قانونی مبنی بر جرم بودن عمل وجود دارد و مرتکب فقط مطلع از آن نیست. افزون بر این، آن‌چه کافی برای تحقق جرم است، وجود رکن قانونی است نه علم به وجود قانون. بر این اساس «علم به وجود قانون» با «وجود قانون» متفاوت است و اگر به صورت خلاف قاعده (قاعده جهل به قانون عذر محسوب نمی‌شود) وجود آن در مواردی استثنایی، شرط تحقق جرم هم باشد، ماهیت آن را باید خارج از مباحث رکن قانونی پیگیری کرد. گزینه دوم (مانع تحقق جرم بودن به جهت فقدان رکن روانی) هم به‌رغم این‌که طرفدارانی دارد و برخی به آن معتقدند (نجیب حسنی، ۱۹۸٤: ۳۹۹-۳۹۱)، درست نیست؛ زیرا علم به جرم بودن رفتار، از اجزای رکن روانی نیست و ماده ١٤٤ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم به نوعی بیان‌گر این مطلب است؛ جایی که مقرر می‌دارد: «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد [به عبارت دیگر سوء نیت عام حاوی علم به موضوع و اراده ارتکاب رفتار باید وجود داشته باشد.] در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است [یعنی جرایم مقید]، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود». شاید گفته شود عدم اشاره مقنن در این ماده به «علم به مجرمیت رفتار» به جهت بدیهی یا مفروض بودن آن نزد مقنن و همگان بوده است، اما نمی‌توان چنین مطلبی را پذیرفت؛ زیرا مقنن در مقام بیان بوده و چنانچه چنین امری را ضروری می‌دانست آن را بیان می‌کرد. افزون بر این، چگونه تصریح به چنین امری با قاعده کلی مسموع نبودن جهل به حکم قانون قابل جمع است؟ در واقع رکن روانی بیان‌گر قصد مرتکب در جهت ارتکاب رفتاری است که مقنن آن را جرم دانسته است؛ اعم از این‌که مجرم عالم یا جاهل به حکم قانونی آن باشد. نهایت آن‌که، به‌سان علل رافع مسؤولیت کیفری دیگر، جرم واقع شده، ولی به جهت عدم آگاهی متهم نسبت به حکم قانون، رفتار مجرمانه قابل انتساب به وی نیست؛ به‌عکس اشتباه موضوعی که

در آن رکن روانی غایب اســـت و به جهت فقدان رکن روانی، جرمی محقق نمی‌شود. بر این اســـاس، علم به حکم قانون (برعکس علم بـــه موضوع جرم)، از اجزای رکن روانی نیســـت و در نتیجه نمی‌توان ماهیت این استثناءها را (حالات استثناییِ مسموع بـــودن ادعای جهل به حکم قانون)، «مانع تحقق جرم به جهت فقدان رکن روانی» نیز لحاظ کرد.

در واقع ماهیت این استثناءها را باید تنها در نهاد «علل رافع مسؤولیت کیفری» دنبـــال کرده و رفتار مجرمانه ارتکابی در چنین حالاتی را به جهت عدم آگاهی مجرم، قابل انتســـاب به وی ندانست. به عبارت دیگر، به جهت عدم آگاهیِ قابل قبولِ متهم نســـبت به حکم قانون، وی تنها قابل ســـرزنش کیفری یعنی مجازات نیســـت، ولی رفتارش به‌ســـان رفتار مجنون، صغیر، مکرَه و مســـت، جرم است. بر عکس در جهل یا اشـــتباه موضوعی، مثلاً زمانی که شـــخصی، مال دیگری را به جهت شباهت با مال خودش و با این تصور که مال خودش است، برمی‌دارد یا وقتی به تصور این‌که آنچه در لیوان اســـت، آب آلبالو است، آن را که در واقع شراب است می‌نوشد، نمی‌توان آن را رافع مســـؤولیت کیفری دانست؛ زیرا در چنین مواردی، به جهت فقدان رکن روانی (علـــم به موضـــوع جرم که در مثال اول علم به تعلق مال بـــه غیر و در دومی علم به وجود شـــراب است) جرمی واقع نمی‌شـــود. بر این پایه، اشتباه موضوعی مانع تحقق جرم به جهت فقدان رکن روانی است. همان‌گونه که در بالا گفته شد، ماده ۱٤٤ قانون مجازات اســـلامی «علم مرتکب به موضوع جرم» را یکی از اجزای سوء نیت عام در کنار «قصد ارتکاب رفتار مجرمانه» می‌داند که در اشتباه موضوعی غایب است. بر این اســـاس، اشتباه موضوعی بر عکس استثناءهای جهل به حکم قانون، از زمره علل رافع مسؤولیت کیفری نیســـت و آن را باید «مانع تحقق جرم به جهت فقدان رکن روانی» نزد مشتبه دانست.

۲. جهل حکمی در منابع فقهی

در منابع فقهی گفته شده است که حد بر جاهل به حکم اجرا نمی‌شود (خوئی، ۱۹٦۸: ۱٦۹؛ عمید زنجانی، ۱۳٦۸: ۲٤۸). برخی از اندیشـــمندان اســـلامی این امر را منطبق بر قاعده قبح عقاب بلابیان دانسته و گفته‌اند: «ممکن است در مورد امری حکم شـــرعیه وضع گردیده ولی اشخاص نسبت به آن‌ها جاهل باشـــند. به موجب قاعده

قبـــح عقاب بلابیان حکم مزبور منجز نمی‌گردد» (محقـــق داماد، ۱۳۷۹: ۲۵). توضیح این‌که، اصل وضع حکم متوقف بر آگاهی مکلفین نیســـت ولی تکلیف مراحلی دارد که از جمله آن‌ها تنجز و قطعیت تکلیف است و هیچ مانع عقلی وجود ندارد که این مرحله منوط به علم و آگاهی مکلفین باشد. به دیگر سخن، تنها تخلف و سرپیچی از آن دســـته از تکالیف قابل مواخذه و مجازات است که منجز و قطعی باشد و قطعیت و تنجز تکلیف منوط به اطلاع و آگاهی فرد اســـت (همان‌جا؛ ابن امیر الحاج، ۱۴۰۳: ۳۲۶-۳۲۷). بر این اساس، نظام فقهی را در خصوص جهل به حکم می‌توان نسبت به نظام‌های حقوقی معاصر، ویژه دانســـت. علت این امر هم مشخص است و آن این‌که، روایات مربوط به نفی حد از جاهل، حکمی مربوط به زمان شـــارع مقدس اســـت که به دلیل بُعد مســـافتِ بســـیاری از مکلفین از مکان حضور پیامبر (ص) یا امام (ع) و عدم وجود وســـایل ارتباط جمعی، ادعای جهل بـــه حکم آن‌ها مفروض و مقرون به صحت دانســـته شده است و حتی می‌توانسته اســـت جنبه غالب نسبت به آگاهان از حکم در زمان‌های اولیه صدور حکم داشـــته باشد؛[1] بنابراین ادعای جهل به حکم در آن زمان، مقرون به صحت دانسته شده و قاعده‌گذاری نیز مبتنی بر مقتضیات آن زمان بوده اســـت، اما امروزه که وسایل ارتباط جمعی همه جا حاضر است نمی‌توان ادعای جهل به حکم را از حیث گستردگی آن در حد دوران‌های گذشته دانست. با این حال به مرور فقیهان مســـلمان، قاعده مســـموع بودن جهل به حکم مقرر در منابع روایی را محدود به مواردی دانســـته‌اند که جاهل به هیچ وجه امکان تحصیل علم را نداشته و جرم ارتکابی هم از جرایم طبیعی و ســـنگین نباشد که در ادامه طی دو قسمتِ جهلِ حکمیِ تقصیری و جهلِ حکمیِ قصوری بررسی می‌شوند.

۱. آن قســـمت از ماده ۲ قانون مدنـــی مصوب ۱۳۰۷ که از حیث زمان لازم‌الاجرا شـــدن قانون بین پایتخت نشـــینان و مردمان ســـایر مناطق ایران تفاوت قائل بود در همین راستا قابل تفسیر است؛ زیرا غیر پایتخت نشـــینان زمان ســـال ۱۳۰۷ که هنوز وسایل ارتباط جمعی و حتی وسایل حمل و نقل به مانَند امروز وجود ندَاشت، دیرتر می‌توانستند نسبت به حکم قانون مطلع شوند. طبق این ماده: «قوانین در تهران ده روز پس از انتشـــار و در ولایات بعد از انقضاء مدت مزبور به اضافه یک روز برای هر شـــش فرسخ مسافت تا تهران لازم‌الاجراســـت مگر این‌که خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر کرده باشد».

۱-۲. جهل حکمی قصوری

قصـــور در مقابل تقصیر بـــه معنی کوتاهی با قابلیت ســـرزنش کـــم یا قابل چشم‌پوشـــی است؛ در حالی که تقصیر به معنی بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی قابل سرزنش اســـت. در جهل قصوری، جاهل حکمی به جهت زندگی دور از محل حضور پیامبر (ص) یا امام (ع) یا محل تجمع مســـلمانان، دسترســـی به حکم ندارد و علاوه بر آن توانایی مطلع شدن هم با توجه به موقعیت زمانی و مکانی و عدم دسترسی به وسایل ارتباط جمعی نداشـــته است. به عبارت دیگر، به جهت اوضاع و احوال محیط زندگی فرد مثلاً زندگی در خارج از کشور یا محیطی بیگانه و دور از مردم، امکان دسترسی به حکم فقهی، برای شهروند یا مکلف فراهم نیست. امروزه نیز در مواردی ممکن است چنین حالاتی متصور باشـــد مانند جوان تازه بالغی که از بدو تولد در خارج از کشور بوده و به محض ورود به فرودگاهی در ایران به نوشیدن شراب مبادرت می‌کند و در مقام دفاع اظهار می‌دارد که علم به موجب حد یا جرم بودن شرب خمر نداشته است. از نظر قواعد فقهی این نوع از جهل، رافع مســـؤولیت کیفری اســـت و چنین جاهلی «جاهل قاصر» در مقابل «جاهل مقصر» شناخته می‌شود (خوئی، ۱۹۷٦: ۱٦۹؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۸٦؛ فیض، ۱۳٦۹: ۲۷٦). همچنین در حکم جاهل مقصر است شخصی که در یافتن حکم قضیه کوتاهی نکرده و تفحص و تحقیق هم می‌کند و در عین حال از مفاد حکم مطلع نمی‌شـــود (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۵۸). این حالت هم عذر محسوب شده و رافع مسؤولیت است.

۲-۲. جهل حکمی تقصیری

به‌عکـــس جهل قصوری، در جهل تقصیری جاهل توانایی تفکر و پرس و جو نســـبت به حکم و دوری از جهل را داشـــته، ولی در این امر تقصیر می‌کند و از این رهگذر به فســـاد و تباهی گرفتار شـــده و مرتکب نقض تکلیف الهی می‌شود. از این حیث عقاب این دســـته از افراد منطبق با موازین عقلی و شـــرعی اســـت (همان: ۲٦؛ موســـوی خمینی، بی‌تا: ۵۸٦). به ســـخن دیگر، در جهل تقصیری امکان دسترسی به حکم برای فرد فراهم اســـت، اما وی دنبال کســـب آن نمی‌رود. چنین فردی گناهکار اســـت و جهل وی اثری در رفع مسؤولیت کیفری او ندارد. مثلاً فردی که از بدو تولد ســـاکن یک شهر مذهبی و نزدیک اماکن مذهبی و علمی آن است اما از حکم حرمت

شـــرب خمر بی‌اطلاع است. در مورد چنین شخصی گفته می‌شود که درست است که نسبت به وجود حکم جاهل است، اما جهل وی ناشی از تقصیر (نه قصور) اوست و درواقع وی جاهل مقصر اســـت. البته شرط گناهکاری چنین فردی آن است که هنگام ارتکاب رفتار مربوطه، احتمال حرام بـــودن آن رفتار را بدهد (جاهل مقصر ملتفت)؛ در غیر ایـــن صورت یعنی هنگامی که هیچ احتمالی هم نســـبت به حرام بودن رفتار خود نداده و به تصور مباح بودن و با خیال آسوده آن را انجام دهد (جاهل مقصر غیر ملتفت)، مسؤولیت کیفری ندارد.

پرواضح اســـت که حکم مورد اخیر شامل گناهان و جرایم بزرگی که به جان، مال و عرض دیگران مربوط است، نمی‌شود و در این جرایم، ادعای متهم مبنی بر عدم احتمال حرمت رفتار، پذیرفته نیست و جهل به حکم، عذر به شمار نمی‌آید (گرجی، ۱۳۷۲: ۲۹۶)؛ زیرا در این قبیل موارد که تجاوز به حقوق دیگران است، احتمال حرام بودن رفتار واقع شـــده از موارد قدر متیقن است و در این موارد عقل حکم می‌کند که فرد جهل خود را برطرف کند.

برخی از فقیهان اهل ســـنت به جای تقسیم‌بندی جهل به قصوری و تقصیری، به تقســـیم‌بندی‌های دیگری دست زده‌اند؛ از جمله شافعی، علم را بر دو گونه عمومی و خصوصی تقسیم کرده و گفته است علم عمومی آن است که برای هیچ عاقل بالغی جهل به آن روا نیســـت مانند نماز، روزه، حج و امثال آن که همه مسلمانان مکلف به آگاهی از آن‌ها هستند، ولی علم خصوصی، آگاهی از جزئیاتِ فرایض و مواردی است که پیرامون آن‌ها نصی اعم از آیات و روایات وجود ندارد و تأویل‌پذیر است (شافعی، ۱۳۵۸: ۳۵۷). بدیهی اســـت در امور دســـته اول که در حقوق کیفری جرائمی سنگین مثل جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص و علیه مالکیت را هم شامل می‌شود، جهل به حکم قانون مســـموع نیست. برخی دیگر از فقیهان اهل سنت، جهل را به جهل در دارالاسلام و دارالحرب تقسیم کرده و گفته‌اند در دارالاسلام جهل به احکام عمومی و کلی دین مانند حرمت شـــرب خمر، زنا، قتل یا وجوب نمازهای پنج‌گانه عذر نیست، اما جهل در مسائل اجتهادی که دلیل قرآنی یا نبوی یا اجماع در مورد آن وجود ندارد عذر به شمار می‌آید (زرکشی، ۱٤۱٤: ۲۸۲-۲۸۱).[۱]

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، بنگرید به: افسری، ۱۳۹۲: ۸٦-۹۰.

۳. جهل حکمی در قانون مجازات اسلامی

از نظر قانون مدنی (ماده ٤ اصلاحی ١٣٤٨) «قوانین پانزده روز پس از انتشـــار در سراسر کشور لازم‌الاجراست». بر این اساس، در حقوق مدنی فرض مقنن آن است که همه مردم پس از گذشـــتن این مدت از حکم قانون مطلع هستند و در نتیجه جهل به حکم قانون مسموع نیست. در حقوق کیفری نیز اصلِ کلی بر اطلاع مردم از قوانین کیفری است و ادعای جهل آن‌ها به حکم قانون «اصولاً» مسموع نیست مگر در موارد اســـتثنایی. بر این پایه، تفاوت حقوق مدنی و کیفری در آن است که در حقوق کیفری در حالات اســـتثنایی جهل به حکم قانون مســـموع است. این موارد استثناء طبق نص ذیل ماده ۱۵۵ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ [1] عبارت است از: اول، «غیرممکن بودن تحصیل علم عادتاً» و دوم، «عذر محســـوب شـــدن جهل به حکم شرعاً» که در ادامه بررسی می‌شوند.

۱-۳. ممکن نبودن تحصیل علم عادتاً

به تصریح ماده ۱۵۵ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲، یکی از مواردی که جهل حکمی اســـتثنائاً رافع مسؤولیت کیفری است، حالتی اســـت که عادتاً امکان تحصیل علم برای مکلف نباشـــد. همان‌گونه که در بحث از موازین فقهی گفته شد، در جهل قصوری هم امکان تحصیل علم برای مکلف فراهم نیســـت و این اســـتثناء چیزی جز همـــان جهل قصوری یا تقصیری غیر التفاتی که در مباحث فقهی به آن اشـــاره شـــد نیســـت. از جمله در مبانی تکمله‌المنهاج آمده اســـت: «مراد از شبهه ساقط کننده حد، شبهه قصوری است، ولی در مورد کسی که جاهل تقصیری بوده و متوجه جهل خود در هنگام رفتارش باشـــد (جاهل مقصر ملتفت) حکم به زنا و ثبوت حد داده می‌شود (خوئی، ١٩٧٦: ١٦٩).[2] همچنین در تحریرالوســـیله آمده اســـت: اگر جاهل به حکم باشـــد ولی متوجه جهل خود بوده و احتمال حرام بودن رفتار را هم بدهد ولی پرس و جو نکند، ظاهر عدم شـــبهه است (یعنی مســـؤولیت کیفری دارد)، ولی اگر جاهل

---

۱. «جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیســـت مگر این‌کـــه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشـــد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود». تبصره این ماده: «جهل به نوع یا میزان مجازات، مانع از مجازات نیست».

۲. «المراد بالشـــبهه الموجبه لســـقوط الحد، هوالجهل عن قصور ... و اما من کان جاهلاً بالحکم عن تقصیر و ملتفتاً الی جهله حال العمل حکم علیه بالزنا و ثبوت الحد».

قاصر یا جاهل مقصر غیر ملتفت نسبت به حکم و پرسش از دیگران باشد، ظاهر آن است که چنین شبهه‌ای دفع کننده مجازات است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۸۶).[۱] هر چند فقیهان از این موارد در کتاب حدود صحبت کرده‌اند، ولی به نظر می‌رسد که این حالت استثنایی محدود به جرائم حدی نیست و همان‌طور که در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به شکل مطلق گفته شده، شامل همه جرائم می‌شود؛ مانند فردی که در قسمت دور افتاده‌ای از شهر و بدون امکاناتی از قبیل وسایل ارتباط جمعی در حال گذران زندگی است، ممکن است نسبت به جرم بودن برخی رفتارهای مجرمانه تعزیری، آگاهی نداشته باشد یا فردی که به جهت تمرکز بر روی اشتغالات خاص خود و روحیه پرهیز از وسایل ارتباط جمعی نسبت به مجرمانه بودن برخی اعمال آگاهی ندارد و با توجه به اوضاع و احوال او احراز این امر هم ممکن باشد؛ مضافاً که امروزه وفور قوانین کیفری و فراوانی جرم‌انگاری‌ها (تورم کیفری) چنان است که گاهی ملاحظه می‌شود که حقوق‌دانان هم نسبت به مجرمیت برخی از رفتارها مطلع نیستند. این استثناء امروزه کارایی زیادی به‌خصوص در حوزه جرائم نوظهور و کمتر شناخته شده توسط مردم دارد و موارد عدیده‌ای را می‌توان تصور کرد که تحصیل علم عادتاً برای فرد ممکن نباشد. بدیهی است این دفاع همان‌طور که گفته شد از لحاظ فقهی هم پذیرفته است و مقنن هم به تبع مباحث فقهی آن را وارد قانون کرده است. باری، این استثناء این ظرفیت را دارد که اگر دادگاهی با موردی مواجه شد که در آن متهم نسبت به جرم تازه جرم‌انگاری شده‌ای، آگاهی حکمی نداشته و تحصیل علم هم عادتاً برای وی ممکن نبوده است، قرار موقوفی تعقیب وی را به جهت فقدان مسؤولیت کیفری صادر کند.

۲-۳. عذر شرعی محسوب شدن جهل به حکم

استثنای دیگری که مقنن در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در آن حالت جهل به حکم را رافع مسؤولیت کیفری دانسته، وقتی است که «جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود». همان‌طور که در مباحث فقهی گفته شد، تنها جهل حکمی که شرعاً عذر محسوب می‌شود، همان جهل قصوری و مصادیقی از جهل تقصیری

۱. «فلو جهل الحکم و لکن کان ملتفتاً و احتمل الحرمه و لم یسأل فالظاهر عدم کونه شبهه، نعم لو کان جاهلاً قاصراً او مقصراً غیر ملتفت الی الحکم و السوال فالظاهر کونه شبهه دارئه».

(جاهل مقصر غیر ملتفت) اســـت که تحت شـــمول همان استثنای اول قرار می‌گرفت و در نتیجه این قســـمت از ماده زائد به نظر می‌رســـد. در ادامه موضع مقنن مورد نقد قرار می‌گیرد.

۳-۳. نقد موضع مقنن در وضع دو استثناء برای جهل حکمی

ســـوال این است که آیا ذکر این اســـتثناء با وجود استثنای اول لازم است یا با وجود آن، تحصیل حاصل و زاید اســـت. در لایحه اولیه قانون مجازات اســـلامی دو اســـتثناء ذکر نشـــده بود. در ماده ٦-١٤٣ لایحه اولیه ارسالی از قوه قضاییه آمده بود: «هرگاه شـــخصی در اثر خطای در فعل و یا اشـــتباه در موضوع یا جهل به قانون، در مواردی که جهل به قانون عذر باشـــد، عمل مجرمانه‌ای از او صادر شـــود، مستوجب مجازات مقرر برای آن عمل نخواهد بود ...». ملاحظه می‌شـــود که در این لایحه فقط گفته شـــده «جهل به قانون در مواردی که جهل به قانون عذر باشد»، موجب مجازات نیســـت. پیشنهاد مرکز پژوهش‌های مجلس هم که در ماده ١٥٤ آن مرکز منعکس شده بود، چنین بود: «جهل به حکم مانع از مجازات مرتکب نیست مگر این‌که تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشـــد» که ظاهراً همین پیشنهاد به تصویب مجلس رسیده بود که مورد ایراد شـــورای نگهبان قرار گرفت. ایراد شورای نگهبان چنین بود: «بر اساس این ماده اگر شـــخص جاهل، مرتکب جرم شود، در مورد او مجازات اعمال می‌شود؛ این در حالی اســـت که از نظر شرعی در برخی موارد همچون حدود نمی‌توان جاهل اعـــم از قاصر و مقصر را به جهت فقدان علم به مجازات جرم ارتکابی محکوم کرد و در فرض جهل تقصیری صرفاً می‌توان او را برای عدم تحصیل علم، مقصر دانســـته و تعزیر کرد؛ بنابراین اطلاق حکـــم مقرر در این ماده مبنی بر مجازاتِ جاهلِ به حکم، حتی در مواردی که جهل، شـــرعاً عذر محسوب می‌شود، خلاف موازین شرع است» (پژوهشکده شورای نگهبان، ١٣٩٧: ٩٤).

اولین نکته‌ای که شـــورای نگهبان از آن غافل بوده، اســـتثنای موجود در ماده ارســـالی مبنی بر «ممکن نبودن تحصیل علم عادتاً» بوده که مقصود شورای نگهبان را تأمین می‌کرد. افزون بر این، با توجه به وجود حکم شرعی خاص برای معافیت مجرم به فرض که چنین چیزی هم نبود و قانون ســـاکت بود (که البته چنین نیســـت) طبق اصل یکصد و شـــصت و هفتم قانون اساسی دادگاه‌ها می‌توانستند برای دفع مجازات

مرتکبِ جاهل به منابع یا فتاوی فقهی معتبر مراجعه کنند. درســـت است که به جهت حاکم بودن اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصل ســـی و ششـــم قانون اساســـی) نمی‌توان برای وضع جرم و مجازات به اصل یکصد و شـــصت و هفتم قانون اساسی مراجعه کرد، ولی برای دفع مجازات، مراجعه به این اصل ممکن و بلکه ضروری است (پوربافرانی، ۱۴۰۱: ۲۷).

به نظر می‌رسد شورای نگهبان استثنای اول مبنی بر «غیر ممکن بودن تحصیل علم عادتاً» را فقط ناظر به جهل قصوری دانســـته و لذا اســـتثنای دوم مبنی بر «عذر محسوب شدن جهل به حکم شرعاً» را جهت افزودن به ماده، به مجلس پیشنهاد داده تا مصادیق جهل تقصیری را هم در آن بگنجاند؛ در حالی که با آوردن این شرط نیازی به شرط اول نبود؛ مضافاً که همان اولی، دومی را هم تحت پوشش قرار می‌داد. به هر جهت این دو اســـتثناء در واقع دو استثناء نیست بلکه یکی عبارت اخرای آن دیگری اســـت و نیازی به وجود هر دو نیســـت. مقنن علاوه بر تصریح به این مطالب در ماده کلی ۱۵۲ قانون مجازات اســـلامی، در مواد خاصی هم به این مطالب تصرح جداگانه کرده اســـت و با این اوصاف به نظر می‌رسد که هیچ ضرورتی به آوردن استثنای دوم نبوده است و همان اســـتثنای اول به اندازه کافی وافی به مقصود شورای نگهبان بود. این مواد خاص عبارت است از:

ماده ۲۱۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که مطابق آن: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مســـؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسؤولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتکابی نیز آگاه باشد». این ماده این برداشت را تقویت می‌کند که متهم علاوه بر داشـــتن علم به جرم بودن عمل از لحاظ قانونی، باید علم به حرمت شرعی هم داشته باشد تا حد شرعی مربوطه قابل اجرا باشد.

ماده ۲۱۸ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ که مطابق آن: «در جرایم موجب حد هر گاه متهم ادعای فقدان علم (اعم از علم به حکم یا موضوع) یا قصد یا وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری (که جهل حکمی هم یکی از مصادیق آن است) را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شـــود و اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارعاب یا شکنجه گرفته شده است، ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود».

همچنین طبق ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در جرایم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی‌الارض، سرقت و قذف به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

به هر حال با وجود این مواد خاص، ذکر استثنای دوم حشو زائد است. سؤال این است که با وجود مواد فوق که تماماً ناظر به جرائم حدی است و به استناد آن‌ها حتی به صرف وجود شبهه مبنی بر فقدان علم به حکم، مجازات حدی ساقط می‌شود، چه نیازی به ذکر این استثناء بوده است؟ شاید اگر مشورت‌های فقهی حقوقی بیشتری توسط کارشناسان به شورای نگهبان داده می‌شد و دست‌کم وجود مواد فوق در مجموعه قوانین (که کافی به مقصود بود) یادآوری می‌گردید، شورای نگهبان اصراری به تصویب استثنای دوم نمی‌کرد و ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی به همان شکل اولیه تصویب می‌شد.

٤-۳. عدم تأثیر جهل به نوع یا میزان مجازات

همان‌طور که ملاحظه گردید، قاعده کلی، مسموع نبودن جهل حکمی و در نتیجه رافع مسؤولیت کیفری نبودن آن است. در عین حال در موارد استثنایی، جهل به حکم قانون رافع مسؤولیت است. نکته قابل ذکر در این مقام، آن است که در این موارد استثناء هم آن‌چه رافع مسؤولیت است، جهل به اساس جرم بودن رفتار است، نه جهل به «نوع» یا «میزان» مجازات. از لحاظ شرعی هم آن‌چه مانع مجازات حدی است، صرف عدم علم به حرمت است، نه عدم علم به نوع یا میزان مجازات جرم ارتکابی؛ چنان‌که در متن شرایع الاسلام و جواهر الکلام هم گفته شده: «یشترط فی تعلق الحد بالزانی و الزانیه العلم بالتحریم» (محقق حلی، ١٤٠٣: ١٤٠؛ نجفی، ١٣٦٧: ٢٦١)؛ یعنی شرط اعمال حد زنا بر زانی و زانیه، علم آن‌ها به حرمت عمل است. بر این پایه، در این موارد استثنایی هم تنها در حالتی که متهم، جهل نسبت به اصل مجرمیت عمل دارد، ادعایش مسموع است و جهل به نوع مجازات (حبس، شلاق یا جزای نقدی و غیره) و میزان آن (تعداد ضربات شلاق یا میزان حبس و غیره)، رافع مسؤولیت کیفری نیست. بر این مطلب در تبصره ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ هم تصریح شده است: «جهل به نوع یا میزان مجازات، مانع از مجازات

نیست».

٤. جهل حکمی در نظام‌های حقوقی دیگر

اشـــاره به جهل حکمی در نظام‌های حقوقی دیگر و استفاده از نقاط قوت آن همواره مفید بوده است. بر این اساس اشاره مختصری به قواعد حاکم بر جهل حکمی در نظام‌های حقوقی دیگر می‌شـــود. نظام حقوقی فرانســـه به عنوان نمادی پیشرو از کشورهای دارای نظام حقوقی مدون (نوشته) و نظام حقوقی کامن لا به جهت اهمیت و گستردگی آن و نیز تفاوت آن با حقوق نوشته انتخاب شده است و نظام‌های حقوقی لبنان و افغانســـتان نیز به جهت اشـــاره به موضع حقوق کیفری کشورهای مسلمان و همسایه انتخاب شده است.

۱-٤. جهل حکمی در حقوق فرانسه

قاعده کلی در مورد جهل حکمی در نظام حقوقی فرانسه آن است که جهل به قانون رافع مســـؤولیت کیفری نیست و پس از انتشار قانون در روزنامه رسمی، کسی جاهل به آن فرض نمی‌شود (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۵۳۰)؛ با این حال ماده ۳-۱۲۲ قانون مجازات فرانســـه مصوب ۱۹۹۲ در حالتی استثنایی مقرر داشته است: «شخصی که باور خود را ثابت کند که بر اثر اشتباه حکمی که نمی‌توانست از آن پرهیز کند، به تصور قانونی بودن، عمل کرده است، مسؤولیت کیفری نخواهد داشت». بر این اساس حقوق‌دانان فرانســـوی، جهل یا اشتباه حکمی را به دو دسته اشتباه حکمیِ گریزناپذیر و ساده تقسیم می‌کنند. اشتباه حکمی ساده که دامنه گسترده‌تری دارد، رافع مسؤولیت کیفری نیست، ولی اشـــتباه حکمیِ گریزناپذیر یعنی اشتباه شخصی که به هیچ روی، به‌رغم تلاش برای آگاهی‌یابی، نمی‌توانسته از این اشتباه پیشگیری کند (کانن، ۱۳۹۹: ۹۱-۹۲)، طبق ماده بالا رافع مســـؤولیت کیفری است. البته اشتباه حکمیِ گریزناپذیر امر اســـتثنایی اســـت و اصل همان قاعده هیچ کس جاهل به قانون فرض نمی‌شـــود، اســـت. ظاهراً دیوان عالی کشور فرانسه هم به ندرت و به سختی دفاع اشتباه حکمی گریزناپذیر را می‌پذیرد (همان‌جا؛ گاســـتون استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۵۳۱). از جمله در پرونـــده‌ای، متهم که به موجب رأی دادگاه در مورد طلاق، خانه هم به همســـرش واگذار شـــده بود، از وکیلش مشورت خواســـت که آیا حق ورود به خانه را دارد که جواب وکیل مثبت بود و بر اســـاس آن متهم وارد خانه شـــده و قفل‌ها را عوض کرد

و همســـر و فرزندانش بعد از بازگشـــت از سفر که با در بســـته مواجه شدند، مجبور به اقامت در هتل شـــدند. متهم به جرم ورود غیرمجاز به منزل غیر مورد تعقیب قرار گرفت و در جهت دفاع از خود و مســـتند به راهنمایی اشـــتباه وکیل خود، دفاع جهل حکمی گریزناپذیر را مطرح کرد که به رغم پذیرش این دفاع در دادگاه بدوی، دیوان عالی کشـــور آن را به جهت اشتباه حکمی ســـاده و قابل اجتناب بودن و این‌که متهم به راحتی می‌توانسته تفسیر حکم را از دادگاه بخواهد نپذیرفت (Catherine, 2001, 125).

۲-٤. جهل حکمی در نظام حقوقی کامن‌لا

به‌رغم این‌که برخی نویســـندگان کوشش کرده‌اند موضع سرسختانه کامن‌لا در مورد جهل حکمی را حداقل در مورد یکی از کشورهای عضو این نظام یعنی ایالات متحده آمریـــکا با تفکیک جهل حکمی از موضوعی، کمی انعطاف‌پذیر نشـــان دهند (Simons, 2012, 487-543)،[1] ولـــی حقیقت آن اســـت که در کامن‌لا جهل به حکم قانون جایگاهی ندارد و رافع مســـؤولیت کیفری نیســـت. به تعبیر فلچر نظام حقوق نوشـــته برخورد انعطاف‌پذیرتری نسبت به نظام حقوقی کامن‌لا در مورد جهل حکمی دارد و آن را می‌پذیـــرد (Fletcher, 2000, 638-691). بـــه تعبیر نویســـنده دیگری، قاعده عدم پذیرش اشـــتباه یا جهل حکمی در نظام حقوقی کامن‌لا، قاعده‌ای مطلق و استثناء ناپذیر اســـت. از جمله در دعوی «بیلی» در انگلستان در سال ۱۸۰۰، متهم که ناخدای کشـــتی بود به موجب قانونی محکومیت یافت که در هنگام سفر دریایی وی تصویب شـــده بود. وی نه تنها نســـبت به قانون جاهل بود، بلکه امکان مطلع شدن از مفاد قانون را هم نداشت (میرمحمدصادقی، ۱٤۰۰: ۲٤۱). با این حال در قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا در حالاتی اســـتثنایی چون ناشناخته بودن یا منتشر نشدن قانون، جهل به حکم قانون با دلایل قابل قبول می‌تواند دفاع محسوب شود (آقایی‌نیا و محمودی جانکی، ۱٤۰۰: ٦۰). همچنین در نظام حقوقی کامن‌لا هم اگر اشتباه حکمی، رکن روانی جرم را زایل کند، می‌تواند مســـؤولیت کیفری را از بین ببرد (Clarkson, 2005: 78؛ لفیو، ۱۳۷۹: ٦) و این موضع، شبیه آن چیزی است که در ذیل بند ۲ ماده ۳۲ اساســـنامه دیوان بین‌المللی کیفری هم پذیرفته شـــده است (Cryer et al, 2010:

۱. برای مطالعه منبع فارسی در مورد تلاش‌ها، بنگرید به: صبوری‌پور، ۱۳۹٤: ٦۵-۸۷.

414). طبق این بند: «... اشتباه حکمی می‌تواند عامل رافع مسؤولیت کیفری تلقی شود، مشـــروط به این‌که سبب زایل شدن رکن روانی جرم شده یا مشمول مقررات ماده ۳۳ باشد». روشن اســـت که جای‌گیری این مطالب در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری محصول تلاش نمایندگان کشـــورهای نظام حقوقی کامن‌لا است، اما به نظر می‌رسد قســـمت اول این بند یعنی «عدم مســـؤولیت کیفری جاهل به حکم هنگام زوال رکن روانی»، بیشتر تحصیل حاصل است تا قاعده‌ای حقوقی و شفاف؛ زیرا روشن است که اگر رکن روانی زایل باشـــد، جرمی به جهت فقدان رکن روانی محقق نخواهد شد و نیازی به الحاق آن به اشتباه حکمی نیست و ایجاد قاعده (عدم تأثیر جهل حکمی) و استثناء (تأثیر به شرط از بین رفتن رکن روانی) ندارد؛ همچنان که در جهل موضوعی به جهت تأثیر آن بـــر رکن روانی، تردیدی در تاثیر آن بر تحقق جرم به جهت فقدان رکن روانی نیســـت، اما قسمت دوم این بند که ارجاع به ماده ۳۳ اساسنامه داده است مبنی بر این‌که «شـــخص نمی‌دانسته که دستور صادره غیر قانونی بوده است» (بند ب ماده ۳۳) یا «دســـتور صادره آشکارا غیر قانونی نبوده است» خود مبنای مستقلی برای رفع مســـؤولیت کیفری تحت عنوان امر آمر قانونی به شمار می‌آید؛ افزون بر این که قانونی پنداشتن امرِ غیر قانونیِ آمرِ قانونی بیشتر از آن‌که اشتباه حکمی باشد، اشتباهی موضوعی اســـت که تکلیف آن مشخص اســـت. بر این اساس به نظر می‌رسد قواعد اتخاذی اساســـنامه دیوان در این خصوص چندان واضح و روشن نیست و این امری اســـت که برخی از صاحب‌نظران حقوق بین‌المللی کیفری هم به نوعی به آن اشـــاره کرده‌اند (kittichisaree, 2005: 265). به تعبیر ایشـــان اینکه چگونه اشـــتباه حکمی می‌توانـــد عنصر روانی لازم در چنین جرائمـــی (جرائم بین‌المللی موضوع صلاحیت دیوان) را منتفی ســـازد چندان آسان نیست (Ibid). باری، از آنجا که قانون، ابزار بیان حق اســـت (موسوی و هداوند، ۱۴۰۲: ۳۰۱) و نمی‌توان با ابزاری مبهم و غیر شفاف به بیان حق و قواعد حقوقی و یاری شـــهروند مســـتحق آن پرداخت، قواعد حقوقیِ نظام حقوقیِ کامن‌لا در این موضوع خاص به جهت ابهام‌ها و آشـــفتگی‌های آن قابلِ گرته‌برداری نیست.

۳-٤. جهل حکمی در نظام‌های حقوقی افغانستان و لبنان

در ماده ۱۱ کد جزایی افغانستان مصوب ۱۳۹٦ آمده است: «بی‌خبری از احکام قانون عذر شـــناخته نمی‌شود». این ماده هیچ استثنایی هم در این مورد نپذیرفته است، اما ماده ۲۲۳ قانون مجازات لبنان در مواردی اســـتثنایی رافع مســـؤولیت کیفری بودن جهل حکمی را پذیرفته است. طبق این ماده: «در غیر از موارد زیر هیچ کس نمی‌تواند به جهل خود نســـبت به قانون کیفری یا تفسیر اشـــتباه از آن استناد کند: ۱- جهل یا اشـــتباه در مورد قانون مدنی یا اداری که مجازات فرد متوقف بر دانستن آن است؛ ۲- جهل به قانون جدید هرگاه جرم در فاصله سه روز پس از انتشار آن واقع شده باشد؛ ۳- جهل بیگانه تا ســـه روز از زمان وارد شـــدنش به لبنان نسبت به رفتار مجرمانه‌ای که در آن رفتار در کشـــور خودش یا کشور محل اقامتش جرم نیست». بر این اساس، قاعده پذیرفته شـــده در قانون مجازات لبنان هم همان رافع مســـؤولیت کیفری نبودن جهل حکمی جز در موارد خاص است. البته برخی از حقوق‌دانان لبنانی جهل به حکم قانون (جهل حکمی) را همانند اشـــتباه موضوعی در قسمت رکن روانی بحث کرده و در واقع علم به حکم قانون را از اجزای رکن روانی جرم به شـــمار آورده‌اند (نجیب حسنی، ۱۹۸٤: ۳۹۱-۳۹۹). اشاره شـــد که ماده ۱٤٤ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تنها «علم مرتکب به موضـــوع جرم» را در کنار «قصد ارتکاب رفتار مجرمانه» (یا سوء نیت عام) و «قصد نتیجه» (یا سوء نیت خاص) از اجزای رکن روانی جرم به شمار آورده و ذکری از علم به حکم نکرده است.

برآمد

۱- طبـــق یک قاعده کلی که غالب نظام‌هـــای حقوقی جهان آن را پذیرفته‌اند، جهل به حکم قانون رافع مسؤولیت کیفری نیست. این قاعده مبنای منطقی دارد؛ زیرا اولاً، امروزه و در جهان عصر ارتباطات ادعای جهل نسبت به حکم قانون اگر نگوییم در اغلب جرائم، حداقـــل در اکثر جرائم به خصوص جرائم طبیعی مانند جرائم علیه تمامیت جســـمانی اشخاص و جرائم علیه مالکیت، بیشتر به طنز شبیه است. چه کسی می‌توانـــد مدعی جهل به جرم بودن قتل عمدی یا تخریب یا تحریق خانه و کاشـــانه دیگری یا تجاوز به عنف به وی شـــود؟ ثانیاً، پذیرش ادعای جهل به حکم قانون، راه را برای مســـتعدان ارتکاب جرم به آرزوی استناد به آن در مرحله تعقیب و رسیدگی هموار کرده و باعث سستی نظم عمومی می‌شود.

۲- در عین حال بستن هرگونه منفذی برای مجرمی که عادتاً تحصیل علم نسبت به قانون برای او دشوار بوده نیز منطقی نیست. بر این اساس، بیشتر نظام‌های حقوقی راه‌هایی محدود و اســـتثنایی را برای پذیرش ادعای جهل حکمی و رفع مسؤولیت از جاهـــل در نظام حقوقی پیش‌بینی کرده‌اند. مقنن ایران نیز در قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ و بر عکس قوانین ســـابق در ماده‌ای کلی (ماده ۱۵۵) ضمن تأکید بر اصل عدم رافع مســـؤولیت کیفری بودن جهل حکمی، دو اســـتثنا را برای این قاعده وضع کرده اســـت. استثنای اول «عدم امکان تحصیل علم عادتاً» است و استثنای دوم حالتی است که «جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود».

۳- فرضیه مقاله این اســـت که از لحاظ شـــرعی، جهل قصوری و مواردی از جهل تقصیری (که در آن جاهل مقصر، غیر ملتفت نسبت به وجود حکم است) عذر شـــرعی محسوب می‌شـــود و در این موارد در واقع جاهل قاصر یا جاهل مقصر غیر ملتفت، عادتاً امکان تحصیل علم را نداشته است؛ بنابراین با وجود استثنای اول نیازی به استثنای دوم نبوده است؛ مضافاً که موارد مصرح استثنای دوم یعنی مواردی که جهل به حکم شرعاً عذر محسوب می‌شود، عمدتاً در کتب فقهی در جرائم موجب حد ذکر شـــده و مقنن هم آن‌ها را وارد قانون کرده است. از جمله در ماده ۲۱۷ صراحتاً تأکید کرده است که شرط مسؤولیت کیفریِ مرتکب در جرایم موجب حد، آگاهی مرتکب به «حرمت شـــرعی رفتار ارتکابی» است. بر این اساس پیشنهاد می‌شود در اصلاحات پیش رو، استثنای دوم از متن ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ حذف شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقایی‌نیا، حسین و محمودی جانکی، فیروز (۱٤۰۰)، **قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا و یادداشت‌های توضیحی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* استفانی، گاستون، لواسور، ژرژ و بولک، برنار (۱۳۷۷)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، برگردان: حسن دادبان، چاپ نخست، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
* افسری، سالم (۱۳۹۲)، **قواعد فقه مذهب شافعی**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* اکبری، محمد و سیدمحمدجواد ساداتی و عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی (۱٤۰۲)، «**بازخوانی اصول دادرسی کیفری در تقابل گفتمان‌های آزادی‌مدار و امنیت‌گرا**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.
* بارکان، استیون ای (۱۳۹۷)، **قانون و جامعه**، برگردان: علی غلامی و همکاران، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
* پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۷)، **مبانی نظرات شورای نگهبان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان**، چاپ نخست، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
* پوربافرانی، حسن (۱٤۰۱)، **حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه امنیت و اسایش عمومی)**، چاپ چهارم، تهران: جنگل.
* پوربافرانی، حسن (۱٤۰۲)، **حقوق جزای عمومی (واکنش جامعه علیه جرم)**، چاپ دوم، اصفهان: دانشگاه اصفهان.
* رضایی، حسن (۱۳۹۵)، **اصول تحول نظام عدالت کیفری در الگوی حق‌محوری، علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی**، تهران: میزان.
* صبوری‌پور، مهدی (۱۳۹٤)، «**رفع مسؤولیت کیفری بر اثر جهل حکمی**»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۰.
* صدر توحیدخانه، محمد (۱۳۸۸)، «**حقوق در چنبره دشمن؛ از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه آلمانی حقوق کیفری دشمنان**»، در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، چاپ نخست، تهران: میزان.
* فیض، علیرضا (۱۳٦۹)، **مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام**، جلد

نخست، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
* عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸٦)، **قواعد فقه (بخش حقوق جزا)**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳٦٤)، **مقدمه علم حقوق**، چاپ ششم، تهران: اقبال.
* کانن، پاتریک (۱۳۹۹)، **حقوق جزای عمومی**، برگردان: مجید ادیب، چاپ نخست، تهران: میزان.
* گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۲)، **مقالات حقوقی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
* گسن، رمون (۱۳۸۸)، «**تحولات سیاست جنایی دمکراسی‌های غربی (مطالعه سیاست جنایی فرانسه)**»، برگردان: شهرام ابراهیمی، در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، چاپ نخست، تهران: میزان.
* لفیو، واین آر (۱۳۷۹)، «**تاثیر جهل یا اشتباه در مسؤولیت کیفری در حقوق آمریکا**»، برگردان: حسین آقایی‌نیا، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۰.
* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۹)، **قواعد فقه (بخش جزایی)**، چاپ نخست، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه (۱۳۸۱)، **مجموعه آرای فقهی قضایی در امور کیفری**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه.
* موسوی، سیدمجید و مهدی هداوند (۱٤۰۲)، «**تحلیلی بر جنبه‌های برتری حق بر قانون در دانش حقوق**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.
* موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۲)، **قواعد فقهیه**، چاپ نخست، تهران: میعاد.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱٤۰۰)، **حقوق جزای عمومی ۲ (مسؤولیت کیفری)**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

ب. عربی

* ابن امیر الحاج، شمس‌الدین محمد (۱٤۰۳ق)، **التقریر و التحبیر**، جلد سوم، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
* موسوی خمینی، سید روح الله (بی‌تا)، **تحریرالوسیله**، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
* خوانساری، سیداحمد (۱۳٦٤)، **جامع‌المدارک فی شرح مختصرالنافع**، جلدهای

پنجم و هفتم، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
* خوئی، سیدابوالقاسم (۱۹۷٦)، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد دوم، چاپ دوم، نجف: مطبعه الاداب.
* زرکشـــی، بدرالدین محمد (۱٤۱٤ق)، **البحر المحیط فی اصول الفقه**، جلد هشتم، چاپ نخست: دارالکتبی.
* شـــافعی، محمد ابن ادریـــس (۱۳۵۸ق)، **الرساله**، تحقیق: احمد شاکر، مصر: مکتبه الحلبی.
* محقق حلی، ابوالقاسم (۱٤۰۳ق)، **شرایع الاسلام**، جلد چهارم، بیروت: دارالاضواء.
* میرزای قمی، ابوالقاســم ابن حســن (۱۳۹٦ق)، **جامع الشـــتات**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: منشورات شرکت رضوان.
* نجفی، محمدحســن (۱۳٦۸)، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد چهل و یکم، چاپ سوم، قم: دارالکتب الاسلامیه.
* نجیب حســنی، محمود (۱۹۸٤)، **قانون العقوبات اللبنانی (القســم العام)**، چاپ نخست، بیروت: دارالنهضه العربیه.

پ. انگلیسی

* Cassese, Antonio (2008), **International Criminal Law**, Second Edition, Oxford University Press.
* Cathrine, Elliott (2001), **French criminal law**, First Edition, Willan Pub.
* Clarkson, CMV (2005), **Understanding Criminal Law**, Fourth Edition, Sweet & Maxwell.
* Cryer, Robert, Et al (2010), **An introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, Cambridge University Press.
* fletcher ,Gorge P (2000), **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press, New York.
* Kittichisaree, Kriangsak (2005), **International Criminal Law**, New

York: Oxford University Press,

❋ Simons, Kenneth W (2012), **Ignorance and Mistake of Criminal law**, Noncriminal Law and Fact, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol: 9, No: 2.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۳۰۴-۲۷۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۶

سیاست تقنینی و قواعد عمومی حاکم بر تعزیر منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی

محمدمهدی شیررفیعی،[۱] فضل الله فروغی،[۲] محمدهادی صادقی[۳]

چکیده

تعزیر منصوص شـــرعی، عنوانی با پشتوانه فقهی اســـت که به طور جزئی از احکام عمومی تعزیر در قانون مجازات اسلامی مستثنی شده است. به‌رغم این، موضع قانون‌گذار درباره نســـبت تعزیر منصوص شرعی با قواعدی نظیر تعدد و تکرار جرم، شروع، شرکت و معاونت در جرم، تخفیف در مجازات، عفو و ادله اثبات جرم روشن نیست. از این رو لازم است با استمداد از مبانی سیاست تقنینی، خلأهای قانونی مرتبط با قواعد عمومی تعزیر منصوص شـــرعی را شناسایی نمود. برآمد پژوهش حاضر که با روش توصیفی و تحقیق کتابخانه‌ای نگارش یافته، این اســـت که سیاســـت تقنینی حاکم بر تعزیر منصوص شـــرعی، افتراقی می‌باشد و به این اعتبار، نمی‌توان برای رفع خلأهای قانونی مرتبط با تعزیر منصوص شـــرعی، آن را به طور مطلق مشمول حکم حد یا تعزیر دانســـت؛ بلکه باید به مقتضای عناصر سیاســـت تقنینـــی، احکام ناگفته پیرامون تعزیر منصوص شرعی را به نحو موردی کشف نمود تا به این‌سان، دگر باره جایگاه این نهاد شرعی در قانون مجازات اسلامی تثبیت شود.

کلید واژگان: تعزیر منصـــوص، تعزیر مقدر، تعزیر شـــرعی، مجازات معین، احکام تعزیر، سیاست تقنینی.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران، (نویسنده مسئول)
Rafiee.MM@yahoo.com

۲. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
forughi@shirazu.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
sadeghi@shirazu.ac.ir

درآمد

در دسته‌ای از روایات برای موجبات تعزیر، مجازات معینی بیان شده است. عده‌ای از فقها به این دسته از تعزیرات، توجه خاصی نشان داده و معتقدند که حکم آن‌ها متفاوت از تعزیرات است. قانون‌گذار ایران نیز، این دسته از تعزیرات را تعزیر منصوص نامید و برخی از احکام آن را از قواعد عمومی تعزیرات خارج کرد، اما در مورد احکام دیگر تعزیر منصوص سکوت نمود و این پرسش را بی‌پاسخ گذاشت که به عنوان مثال، حکم شروع، مشارکت و معاونت در جرم و یا تعدد و تکرار جرم در تعزیر منصوص چگونه است.

اهمیت مسأله تا حدی است که اجتناب از پاسخ به آن، عملاً موجب حذف تدریجی تعزیر منصوص از قلمرو قانون مجازات اسلامی خواهد شد؛ چیزی که پیش از این، موجب متروک ماندن قوانینی نظیر قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت از ماهواره مصوب ۱۳۷۳/۱۱/۲۳ در نظام حقوقی ایران گردید. به این منظور، پژوهش حاضر سعی دارد با درک سیاست تقنینی حاکم بر تعزیر منصوص، قواعد عمومی ناظر بر آن را از سایه سکوت قانون‌گذار خارج کند و بار دیگر، جایگاه آن را در میان مقررات قانون مجازات اسلامی تثبیت نماید.

عمده پژوهش‌های پیرامون تعزیر منصوص دو دسته‌اند: بخشی با بی‌توجه به مقررات قانونی، جایگاه تعزیر منصوص را در منابع فقهی روشن ساخته‌اند[۱] و گروهی دیگر به تبیین مفهوم یا مصادیق تعزیر منصوص پرداخته‌اند.[۲] با این حال، برخی ضمن اشاره گذرا به سیاست کیفری حاکم بر تعزیرات منصوص، از پرداختن به آنچه موضوع این نوشتار است سرباز زده‌اند (موسی‌پور و اسدی، ۱۴۰۱: ۱۸۷–۱۹۱)؛ بنابراین تاکنون سیاست تقنینی و قواعد عمومی حاکم بر تعزیر منصوص، مورد پژوهش قرار نگرفته است. این نوشتار بر پایه روش توصیفی و تحقیق کتابخانه‌ای، در سه بخش شامل مفهوم و پیشینه تعزیر منصوص شرعی، سیاست تقنینی و قواعد عمومی حاکم بر آن نگارش یافته است.

---

۱. به عنوان نمونه، بنگرید به: رمضانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵۷–۱۷۶؛ اکبری و هاشمی، ۱۳۹۵: ۵۶.

۲. به عنوان نمونه، بنگرید به: شیری، ۱۳۹۹: ۱۴۴–۱۵۲؛ ایزدی‌فرد و حسین‌نژاد، ۱۳۹۴: ۲۲۹–۲۵۸.

۱. مفهوم و پیشینه تعزیر منصوص شرعی

تعزیر در لغت، مصدر باب تفعیل و از ریشهٔ «عزّر» است و از جمله معانی آن، منع است؛ زیرا با اجرای مجازات تعزیری، مجرم از تکرار جرم منع می‌شود (جزری، بی‌تا/۳: ۲۸۸). در لسان العرب، اصل تعزیر، تأدیب دانسته شده است (إبن منظور، ۹/۱٤۱٦: ۱۸٤). همچنین برخی معنی تعزیر را زدن (تازیانه) کمتر از میزان حد بیان کرده‌اند (واسطی زبیدی، ۷/۱٤۱٤: ۲۱۲؛ فیومی، بی‌تا/۲: ٤۰۷). واژه منصوص در عبارت تعزیر منصوص، اسم مفعول از مصدر «نص» است و در اصل به معنی بالا بردن چیزی می‌باشد، ولی در معنی مجازی بر اسناد دادن به چیزی دلالت دارد (واسطی زبیدی، ۹/۱٤۱٤: ۳٦۹)؛ بنابراین به دلالت لغوی، می‌توان گفت تعزیر منصوص شرعی بیان‌گر مجازاتی مستند به بیان شارع است که هدف از آن پیشگیری و منع مرتکب از تکرار جرم می‌باشد.

در فقه به جای تعزیر منصوص، اصطلاح تعزیر مقدر رایج است.[۱] با وجود اینکه بداهت مفهوم تقدیر موجب گردیده است در آثار فقهی تعزیر مقدر تعریف نگردد، اما تقدیر مجازات، وجه تمیز حد از تعزیر دانسته شده است (شیخ طوسی، ۸/۱۳۸۷: ٦۹؛ إبن زهره، ۱٤۱۷: ٤۳٥؛ إبن إدریس، ۳/۱٤۱۰: ٥۳٤؛ محقّق حلّی، ٤/۱٤۰۸: ۱۳٦؛ طباطبایی حائری، ۲/۱٤۱۲: ٤۹٥). قدیمی‌ترین فقیه امامیه که سعی نمود تعزیرات مقدر را دسته‌بندی نماید، ابوالصلاح حلبی (٤٤۷ ه‍ ق.) (حلبی، ۱٤۰۳: ٤۱۷-٤۱۲۰) و پس از او، جمال الدین إبن فهد حلّی (۸٤۱ ه‍ ق.) است. (إبن فهد حلّی، ٥/۱٤۱۳: ٦-۷) با این حال، برای نخستین بار، شهید ثانی (۹٦٦ ه‍ ق.) به تعزیرات مقدر توجه نمود. به اعتقاد وی، تعریف محقق حلّی از تعزیر نادرست است؛ زیرا به موجب آن، تعزیر مطلقاً غیر مقدر است؛ در حالی که در برخی از روایات، تعزیر، مقدر است. به این جهت، وی تعزیر را به عقوبتی غالباً غیر مقدر تعریف کرد (شهید ثانی، ۱٤/۱٤۱۳: ۳۲٥). پس از او، سه دیدگاه فقهی درباره ماهیت این دسته از روایات مطرح شد. برخی آن را به صراحت از حدود دانسته و احکام و آثار حد را برای آن‌ها در نظر گرفتند (منتظری نجف‌آبادی، ۲/۱٤۰۹: ۳٥۱-۳٥۲؛ موحدی

۱. به عنوان نمونه، بنگرید به: شهید ثانی، ۱٤/۱٤۱۳: ۳۲٦؛ منتظری نجف‌آبادی، ۲/۱٤۰۹: ۳٥۲.

لنکرانی، ۱٤۲۲: ۸-۱۱؛ مشکینی، بی‌تا: ۲۰۲-۲۰۳؛ تبریزی، ۱٤۱۷: ۹). در مقابل، بسیاری از فقها بیان داشتند تعزیر مقدر با غیر آن تفاوتی ندارد و وصف تقدیر در آن‌ها، خصوصیت ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۵۲، ۱٦٤ و ۱۷٤؛ موسوی اردبیلی، ۱/۱٤۲۷: ٤۹-۵۰؛ نجفی، ٤۱/۱٤۰٤: ۲۵۵؛ مؤمن قمی، ۱٤۲۲: ۳۷۳-۳۷٤؛ جزائری، بی‌تا: ۸۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱/۱٤۲۳: ۲۷۲؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷٦-۷۷؛ محقق داماد یزدی، ٤/۱٤۰٦: ۲۱۸). عده‌ای دیگر این دیدگاه را برگزیدند که با وجود ماهیت تعزیری این دسته از مجازات‌ها، تغییر مجازات آن‌ها به سبب تعیین شارع، ممنوع می‌باشد (موسوی گلپایگانی، ۱/۱٤۱۲: ۲۱؛ حسینی روحانی قمی، ۲۵/۱٤۱۲: ۳۷۳ و ۵٤۷). رویکرد اخیر، نگرشی بینابین به تعزیر مقدر است که تلاش دارد با جمع دو عنصر تعزیر و تعیین شرعی مجازات، عنوان جدیدی ابداع نماید که حکم آن از حد یا تعزیر عام متمایز است.[1]

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی از دو عنوان بدیع تعزیر منصوص و تعزیر معین استفاده کرد. برخی به وحدت مفهومی این دو اصطلاح نظر دارند (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۸: ۳۷۲-۳۷۳؛ سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۰۷، ۱۱۸) و در مقابل، دیگران با عنایت بر تفاوت لغوی آن‌ها، مقصود قانون‌گذار را متمایز پنداشته‌اند[2] (ساریخانی و توکل‌پور، ۱۳۹۵: ۱۰۸). محل نزاع، تعیین مراد مقنن از تعزیر منصوص است؛ زیرا

---

۱. برای آگاهی بیشتر، بنگرید به: جاویدی و پی‌اسدی، ۱٤۰۰: ۳۳-۳٦.

۲. این دیدگاه به چند دلیل مردود است؛ اولاً، اعتبار خصوصیت برای مطلق نصوص تعزیری، عملاً مستلزم آن است که تعزیرات و حدود یکسان دانسته شوند و هر مجازات منصوصی در حکم حد باشد! ثانیاً، بحث از تعزیر مقدر در فقه امامیه در مقام یک استثناء مطرح است نه یک اصل؛ در حالی که استناد به معنی لغوی تعزیر منصوص، یعنی هر مجازات منصوصی دارای خصوصیت است؛ مگر استثناء یافت شود! ثالثاً، این دیدگاه با سیاست تقنینی در تعارض است؛ زیرا با این‌که در بسیاری از روایات، میزان تعزیر، منصوص است، اما در قانون مجازات اسلامی به آن توجهی نشده است؛ مانند هم‌جنس‌گرایی موضوع ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی با مجازات سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه تازیانه که بسیاری از فقیهان آن را به عنوان یکی از مصادیق تعزیر مقدر مستوجب سی تا نود و نه ضربه تازیانه دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱٤۰۰: ۷۰۵، ۷۰۸؛ محقق اردبیلی، ۱۳/۱٤۱۷: ۱۰۹-۱۱۰)؛ بنابراین به نظر می‌رسد تعزیر منصوص و تعزیر معین به یک مقصود دلالت دارند و هیچ‌یک بر معنی لغوی حمل نمی‌شوند. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظر مشورتی شماره ۷/۹۲/۱٤۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۸/۷ نیز دیدگاه اخیر را برگزیده است: «... ثانیاً منظور از تعزیر معین شرعی، همان تعزیر منصوص شرعی است ...».

با عنایت بر رواج تعزیر معین در فقه می‌توان آن را با تعزیر مقدر یکسان دانست (طباطبایی حائری، بی‌تا/۲: ٤٦٢؛ خوانساری، ۷/۱٤۰۵: ١٤). بنا بر نظر غالب،[1] مقصود از تعزیر منصوص، تعیین موجب، نوع و میزان مجازات تعزیری (اعم از مجازات ثابت یا دارای حداقل و حداکثر) در شرع است[2] (جاویدی و بنی‌اسدی، ١٤۰۰: ۳۲؛ حبیبی، ١٤۰۰: ۳٤؛ سلیمانی، ۱۳۹۸: ١١٤؛ اکبری و هاشمی، ۱۳۹۵: ۳٦) این دیدگاه، مستند به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی[3] با مفهوم فقهی تعزیر مقدر، هم‌سو و مورد تأیید است.

۲. سیاست تقنینی حاکم بر تعزیر منصوص شرعی

یکی از روش‌های تفسیر متون جزایی، تفسیر هدفمند، غایی یا اعلامی است که در آن با شناسایی اهداف تصویب یک مقرره قانونی می‌توان ناگفته‌های قانون‌گذار را از نظرگاه منشأ وضع کشف نمود (امیدی، ۱۳۷۷: ۳۸). از ارکان استفاده از این روش، اشراف بر سیاست تقنینی است. از این رو برای کشف خلأهای قانونی مرتبط با تعزیر منصوص باید به مبانی سیاست تقنینی حاکم بر آن پرداخت.

مقررات مرتبط با تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی، ذیل تبصره ۲

---

۱. دیدگاه‌های دیگر درباره مفهوم تعزیر منصوص به این شرح است: بیان موجب، نوع و میزان مجازاتی که لزوماً دارای حداقل و حداکثر باشد (شیری، ۱۳۹۹: ١٥٤؛ رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۲۰)؛ هر رفتاری که در روایات، مستوجب تعزیر دانسته شده باشد (ساریخانی و توکل‌پور، ۱۳۹۵: ۱۹۸؛ منتظر قائم، ۱۳۹۹: ۲۲۸؛ عندلیب و دیگران، ۱۳۹۷: ٤۸-٤۹)؛ مجازات‌هایی که افزون بر تعیین موجب تعزیر به نوع آن نیز در روایات اشاره شده باشد (زجاجی و مالمیر، ۱۳۹۸: ۱۳٦-۱۳۷)؛ هر عمل حرامی مشروط به اینکه میزان مجازات آن در روایات بیان شده باشد (برهانی و نادری‌فرد، ١٣٩٤: ١٠٦؛ رمضانی و دیگران ۱۳۹۷: ١٥٦).

۲. این دیدگاه توسط اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌های مشورتی متعددی از جمله نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۱٤۰٦ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲ پذیرفته شده است. افزون بر این، دیوان عالی کشور نیز در قسمتی از رأی وحدت رویه شمارهٔ ۷۷۰ مورخ ۱۳۹۷/٤/۲٦ از همین دیدگاه پیروی کرده است: «... تعزیر منصوص شرعی که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیرقابل تغییر می‌باشد ...».

۳. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

ماده ۱۱۵ [۱] و ماده ۱۳۵ [۲] و در قانون آیین دادرسی کیفری ذیل تبصره ۲ ماده ۱۱٤ [۳] بیان گردیده است. اگر چه این مقررات، همگی در راستای سیاست واحدی تدوین یافته‌اند، ولی منبع اصلی شناخت سیاست تقنینی در تعزیر منصوص، تبصره ۲ ماده ۱۱۵ است. قانون‌گذار در این مقرره، یک سیاست دوسویه منفی را نسبت به تعزیر منصوص برگزیده است که به موجب آن از یک سو، این مجازات از بسیاری احکام عمومی تعزیر مستثنی شده و از سوی دیگر، احکام آن به حدود ملحق نگردیده است. در واقع قانون‌گذار با گذر از مهم‌ترین مسأله یعنی تبیین نسبت تعزیر منصوص با حدود و تعزیرات عام، فقط در مقام بیان استثناء درآمده و ایجابی سخن نگفته است. ازاین‌رو روشن نیست احکامی که ذیل تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ذکر نشده به حدود ملحق است یا از تعزیرات عام تبعیت می‌کند؟

به نظر می‌رسد هدف قانون‌گذار از بسندگی به این رویکرد سلبی و استثنایی، بدون توجه به خود تعزیر منصوص، فقط حفظ مجازات معین شرعی بوده است؛ چیزی که با نظر به مواد ۱۵ و ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی [٤] نیز قابل درک است و بر اساس آن‌ها باید مجازات‌های معین شرعی، بدون تغییر اعمال شوند. در همین راستا، شورای نگهبان ذیل مواد ۲۳۰ و ۲۳٦ لایحه قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۰/۸/۷ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی) [۵] بیان داشته است:

---

۱. ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی: «در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرایم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید. تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرایم تعزیری در مورد آن‌ها اعمال می‌شود، جاری نمی‌گردد. تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (٤۰)، (٤۵)، (٤٦)، (۹۳)، (۹٤) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود».

۲. ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی: «در تعدد جرایم موجب حد و تعزیر و نیز جرایم موجب قصاص و تعزیر، مجازات‌ها جمع و ابتداء حد یا قصاص اجرا می‌شود؛ مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق النّاس یا تعزیر معین شرعی باشد و موجب تأخیر اجرای حد نیز نشود که در این صورت ابتدا تعزیر اجرا می‌گردد».

۳. تبصره ۲ ماده ۱٤ قانون آیین دادرسی کیفری: «... همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود».

٤. ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی : «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است».

۵. ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی: «در صورتی‌که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون

«از ایـــن نظر که تعزیر مذکور در ماده، تعزیر منصوص شـــرعی اســـت، تعزیر درجهٔ شش دانســـتن آن مستلزم جواز تبدیل به غیرشلاق است، لذا خلاف موازین شـــرع شـــناخته شد» (پژوهشکدهٔ شـــورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۹٤ و ۹٦). مستفاد از این نظریه، مبنای تمایز تعزیرات منصوص از دیگر تعزیرات و فلســـفه وضع مقررات اختصاصی برای آن، تغییرناپذیری این‌گونه از مجازات‌های شـــرعی اســـت. اگر چه نگاه سطحی مجلس شـــورای اسلامی به تعزیر منصوص، ســـبب شده است مقررات ناظر به آن به روشی نســـنجیده و ناقص نگارش یابند و این نکته بدیهی فراموش گردد که پیش از هر استثنایی، تبیین مستثنی‌منه ضروری است.[1]

رفع اجمال و سکوت از مقررات ناظر به تعزیر منصوص، متوقف بر استناد به اصل یکصد و شـــصت و هفتم قانون اساسی است. عده‌ای از پژوهش‌گران معتقدند با وجود اصل ســـی و ششم قانون اساسی[2] استناد به اصل یادشده در بحث حاضر موجه نمی‌باشـــد (رمضانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵۷–۱۷٦؛ حبیبـــی، ۱٤۰۰: ٤۰؛ رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۱٤؛ رحماندوست، ۱٤۰۰: ۱۵۹). برخی دیگر در مقام دفاع از این مبنا، به اطلاق مواد ۲ و ٦۹ قانون مجازات اســـلامی[3] استناد نموده‌اند. (شیری، ۱۳۹۹: ۱۳۵؛ سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۱۷) درحالی‌که مبنا و مستندات این دیدگاه‌ها نادرست است. چه‌اینکـــه با وجود حکومت اصل چهارم قانون اساســـی[4] بر اطـــلاق تمامی قوانین و

تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است: ...». ماده ۲۳۰ لایحه قانون مجازات اسلامی: «اگر دو طرف یا یکی از طرفین رابطهٔ نامشروع، دوجنسی باشد، در صورتی که اجمالاً احراز شود یکی از عناوین موجب حد مانند زنا یا مساحقه واقع شده است به مجازات همان حد و در غیر این صورت، هر یک به سی و یک تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری درجهٔ شش محکوم می‌شوند»؛ ماده ۲۳٦ لایحه قانون مجازات اسلامی: «هرگاه دو یا چند مرد از روی شهوت و بدون ضرورت به صورت برهنه زیر یک پوشش قرار گیرند بـــه ســـی و یک تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری درجهٔ شش، و در صورت تکرار جرم و اجرای تعزیر در مرتبهٔ سوم و بالاتر به یک صد ضربه شلاق محکوم می‌شوند».

۱. برای آگاهی از سرگذشـــت تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و سهل‌انگاری شورای نگهبان در تأیید آن، بنگرید به: فتحی، ۱۳۹۹: ۲۹۰–۲۹٦.

۲. اصل ســـی و ششـــم قانون اساسی: «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

۳. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شـــده اســـت جرم محسوب می‌شود»؛ ماده ٦۹ قانون مجازات اســـلامی: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشـــده اســـت به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند».

٤. اصل چهارم قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی،

مقررات، اساساً بین اصول سی و ششم و یکصد و شصت و هفتم تعارض درنمی‌گیرد تا نوبت به اصل قانونی بودن جرم و مجازات برسد و از منع رجوع به فقه در قوانین جزایی سخن گفته شود؛ زیرا تعارض زمانی مطرح است که دو دلیل یکدیگر را نفی کنند؛ اما در مورد اصول یاد شده اساساً تنافی ادله مطرح نیست. در واقع، از آن رو که اصول مزبور در دو مقام مختلف انشاء شده‌اند و اصل چهارم مشروعیت را مبنای اعتبار قانون می‌داند، فرض تعارض سالبه به انتفاء موضوع است؛[1] بنابراین فهم دقیق از نسبت اصل سی و ششم و یکصد و شصت و هفتم با استعانت از اصل چهارم، مقتضی صحت این گزاره است که اتفاقاً عمل به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در مقام سکوت قانون‌گذار، ایجاب می‌کند برای رفع خلأهای قانونی به فقه امامیه رجوع شود. افزون بر این، مستندات ارائه شده نیز مردود است؛ زیرا با نظر به اصل چهارم، مفهوم قانون در این مقرره، منابع فقهی را نیز شامل می‌گردد و از سویی، چنان‌که بیان می‌گردد با وجود مختصات سیاست تقنینی، اطلاق ماده ۲ از تعزیر منصوص انصراف دارد. همچنین افزون بر این‌که مدلول ماده ٦٩ از محل نزاع خارج است[2] و اطلاق آن از تعزیر منصوص منصرف است؛ از آن‌جا که اعمال مقررات جایگزین حبس در تعزیر منصوص، مستلزم تغییر مجازات شرعی است استناد به آن با مبنای قانون‌گذار مخالف می‌باشد.

مطلب دیگر درباره ماهیت تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی است. چنانکه گذشت در فقه امامیه، درباره ماهیت تعزیر مقدر، سه دیدگاه حدی، تعزیری و بینابین اتخاذ شده است. پرسش این است که قانون‌گذار از چه دیدگاهی در تعزیر

نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است».

۱. توضیح این‌که اصل سی و ششم در مقام الزام به صدور حکم به موجب قانون است و اصل یکصد و شصت و هفتم یک مرحله پس از آن در مقام رفع خلأ از قوانین است. به این ترتیب، مفاد این دو، یکدیگر را نفی نمی‌کنند تا تعارض قابل فرض باشد. از سوی دیگر، اصول سی و ششم و یکصد و شصت و هفتم با نظر به اصل چهارم قابل تفسیر می‌باشند که به موجب آن، آنچه بر اساس شرع تدوین نشده نباشد، اساساً اعتبار قانون را ندارد؛ هرچند مصوبه مجلس شورای اسلامی باشد.

۲. زیرا اولاً، ماده ٦٩ در مقام بیان موردی است که رفتار مجرمانه‌ای در قانون آمده باشد و به مجازات آن اشاره نگردد، اما در بحث حاضر، موجبات، تعریف و احکام تعزیر منصوص با خلأ قانونی مواجه است.

منصوص پیروی کرده است؟ برخی از پژوهش‌گران، تعزیر منصوص را از سنخ جرائم حدی دانسته و خلأهای مرتبط با آن را به حدود ملحق کرده‌اند (زجاجی و مالمیر، ۱۳۹۸: ۱۵٦). در مقابل، اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه‌ای اعلام داشته است که اصولاً احکام تعزیر منصوص از جنس تعزیر عام می‌باشد.[۱] برخی دیگر، هر دو مبنا را قابل دفاع دانسته‌اند (سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۱۵)؛ با این حال، توسل به هریک از رویکردهای اخیر با محذوراتی همراه است و به جهت مخالفت با مبانی قانون‌گذار پذیرفته نیست؛ زیرا چنانچه تعزیر منصوص، تابع حد دانسته شود، باید پذیرفت که قانون‌گذار به‌خلاف مسلّمات شرعی، حدود را از این طریق توسعه داده است[۲] (رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۱٤). از سوی دیگر، اگر تعزیر منصوص در مواضع سکوت قانون‌گذار از سنخ تعزیرات عام محسوب گردد، مستلزم تغییرپذیری مجازات آن و مخالفت با مبنای تقنین می‌باشد. از این رو می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانون‌گذار از نظریه بینابین در ماهیت تعزیر منصوص پیروی نموده است. به‌رغم نقدهای وارد بر این دیدگاه،[۳] تعریف سلبی از تعزیر در صدر ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی[٤] مؤید صحت اتخاذ این نظریه در تعزیر منصوص است. قانون‌گذار در این سیاست افتراقی برخاسته از احتیاط از یک سو، خود را ملتزم به رعایت میزان معین شرعی دانسته است و از سوی دیگر، تعزیر منصوص را از حدود نمی‌داند. از این رو در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ هم در مقام استثناء آن از مقررات عمومی تعزیر برآمده و هم از الحاق آن به حدود، احتراز نموده است. برخی نیز تلویحاً به افتراقی بودن سیاست کیفری در تعزیرات منصوص اشاره داشته‌اند (موسی‌پور و اسدی، ۱٤۰۱: ۱۸۷).

با توجه به آنچه گفته شد، این نتیجه مهم حاصل می‌شود که مصادیق مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ تمثیلی است؛ زیرا به‌خلاف ظاهر این مقرره، موارد استثناء شده

---

۱. نظریه شماره ۷/۹۲/۲۱٤۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۹ اداره حقوقی قوه قضاییه بیان داشته است: «تعزیرات منصوص شرعی نیز نوعی تعزیر هستند و احکام تعزیر بر آن‌ها مترتب است؛ جز در مواردی که در قانون از شمول احکام سایر تعزیرات خارج شده‌اند».

۲. به‌ویژه، بیان مقررات تعزیر منصوص در مباحث تعزیرات قانون مجازات اسلامی و تعزیر نامیدن آن، قرینه‌هایی بر نفی نظریه حدی پنداشتن تعزیر منصوص از سوی قانون‌گذار است.

۳. بنگرید به: عندلیب و دیگران ۱۳۹۷: ٤٤-٤٦؛ رمضانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۷٦-۱۷۰.

٤. ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست ...».

از ذیل آن، همگی در فراهم‌سازی موجبات تغییر مجازات معین شرعی، اشتراک دارند. از این‌جا روشـــن می‌گردد که این وجه اشـــتراک، علت وضع تبصره ۲ ماده ۱۱۵ بوده اســـت. به این اعتبار اســـت که با کشف غایت تقنین در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ می‌توان از خصوصیت مصادیق ذیل آن دست شست و بیان داشت که قانون‌گذار در این مصوبه، اساســاً در مقام احصاء نبوده است. جز این باشد، درباره غیر از مقررات ذیل تبصره ۲ ماده ۱۱۵ (نظیر مقررات مربوط به تخفیف مجازات، تعدد جرم یا تکرار آن) ناگزیر یا باید گفت قانون‌گذار، تعزیر منصوص را حدی دانســـته و یا باید پذیرفت که با الحاق آن به تعزیرات عام، تغییر مجازات معین شرعی را به طور جزئی ممکن دانسته است. پس در واقع، تبصره ۲ ماده ۱۱۵ در مقام تبیین یک قاعده تصویب شـــده اســـت، ولی با گذر از اصل، اســـتثنائات را بیان کرده است. این قاعده کلی آن است که اطلاق واژه تعزیر، نه تنها نســـبت به مقررات بیان‌شده در این مصوبه؛ بلکه در هیچ مقرره قانونی، مگر با فرض وجود قرینه، شامل تعزیر منصوص نمی‌گردد. از این رو یکی از نقدهای وارد بر مقررات مرتبط با تعزیر منصوص، عدم تصویب مســـتقل آن‌ها دانســـته شده اســـت (توجهی، ۱۳۹٤: ۱۷۰)؛ حال آن‌که بایستگی تدوین یک ماده برای پرداختن به این قاعده کلی در تعزیر منصوص، امری انکارناپذیر اســـت. به این ترتیب، مختصات سیاســـت تقنینی حاکم بر تعزیر منصوص در ســـه محور، قابل ترســـیم است: تحلیل ماهیت آن بر اساس رویکرد افتراقی، تغییرناپذیری مجازات منصوص شرعی و تمثیلی بودن مصادیق مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵.

۳. قواعد عمومی حاکم بر تعزیر منصوص شرعی

در این قســـمت، بـــا عنایت به ویژگی‌های سیاســـت تقنینی حاکـــم بر تعزیر منصوص، آن دســـته از قواعد عمومی مرتبط با آن که در قانون مجازات اسلامی بیان نشده، مورد بررسی قرار گرفته است.

۱-۳. قلمرو اجرا در مکان و زمان

تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اســـلامی از میان مقـــررات قلمرو اجرا در مکان، صرفاً به مواد ۷ و ۸ آن قانون،[۱] اشاره نموده و نسبت مواد ۳، ٤، ۵، ٦ و ۹ قانون

۱. ماده ۷ قانون مجازات اسلامی: «علاوه بر موارد مذکور در مواد فوق هریک از اتباع ایران در خارج از کشـــور مرتکب جرمی شـــود، در صورتی که در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود مشروط بر اینکه ...».

مجازات اسلامی[۱] با تعزیر منصوص را روشن نساخته است. به نظر می‌رسد اطلاق واژه «جرم» در مواد ۳، ٤، ٦ و ۹ شامل جرائم مستوجب تعزیر منصوص می‌گردد؛ زیرا اساساً هیچ‌یک از مقررات یادشده به موضوع تعیین مجازات نپرداخته‌اند. ازاین‌رو مجازات معین شرعی، دستخوش تغییر قرار نمی‌گیرد تا به این واسطه، شمول حکم مواد اخیر در تعزیر منصوص مشتبه گردد؛ با این حال، به جهت حصری بودن مفاد ماده ۵، تعزیر منصوص خارج از مصادیق آن بوده و مشمول آن نخواهد بود.

قانون‌گذار درباره شمول ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی[۲] بر تعزیر منصوص ساکت است، اما با عنایت بر تصریح صدر آن ماده و اخذ وحدت ملاک از رأی وحدت رویه شماره ٤۵[۳] چنین به دست می‌آید که قوانین شرعی از جمله تعزیر

ماده ۸ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه شخصی ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی به جز جرایم مذکور در مواد قبل شود و در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود، مشروط بر اینکه ...».

۱. ماده ۳ قانون مجازات اسلامی: «قوانین جزایی ایران درباره کلیه اشخاصی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند اعمال می‌شود مگر آنکه به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد».

ماده ٤ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه قسمتی از جرم یا نتیجه آن در قلمرو حاکمیت ایران واقع شود در حکم جرم واقع شده در جمهوری اسلامی ایران است».

ماده ۵ قانون مجازات اسلامی: «هر شخص ایرانی یا غیر ایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرایم زیر یا جرایم مقرر در قوانین خاص گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی‌ایران محاکمه و مجازات می‌شود و هرگاه رسیدگی به این جرایم در خارج از ایران به صدور حکم محکومیت و اجرای آن منتهی شود، دادگاه ایران در تعیین مجازات‌های تعزیری، میزان محکومیت اجراء شده را محاسبه می‌کند ...».

ماده ٦ قانون مجازات اسلامی: «به جرایم مستخدمان دولت اعم از ایرانی یا غیر ایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب شده‌اند و به جرایم مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود».

ماده ۹ قانون مجازات اسلامی: «مرتکب جرایمی که به موجب قانون خاص یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر کشوری یافت شود در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد».

۲. ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به‌موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد ...».

۳. رأی وحدت رویه شماره ٤۵ مورخ ۱۳٦۵/۱۰/۲۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «ماده ٦ قانون

منصوص، عطف بما سبق می‌شود (اردبیلی، ۱/۱۳۹۵: ۲۳۹؛ برهانی، ۱۳۹۵: ۱۰۳-۱۰۵). اگرچه ممکن است اشکال شود که ماهیت تعزیری این نوع مجازات و اصل تفسیر به نفع متهم، مخالف پذیرش این دیدگاه است؛ حال آن‌که پذیرش عطف بما سبق نشدن تعزیر منصوص، مستلزم مخالفت با اصل چهارم قانون اساسی و توقف اجرای دستورات شرعی، پس از تصویب مجلس شورای اسلامی است! افزون بر این، لزوم اکتفاء به قدر متیقن و احتیاط در التزام به موازین شرعی، با عطف بما سبق شدن احکام تعزیر منصوص موافق است.

۲-۳. نظام درجه‌بندی تعزیرات

قانون‌گذار درباره ارتباط ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی[1] با تعزیر منصوص سکوت کرده است. از دیدگاه برخی درباره امکان اعمال مقررات تخفیف در مجازات‌های تعزیری منصوص، شمول ماده ۱۹ بر این‌گونه از تعزیرات برداشت می‌شود. (سبزواری‌نژاد، ۱٤۰۰: ۳٦۲؛ سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۲۷)؛ حال آن‌که از نظریه شورای نگهبان ذیل مواد ۲۳۰ و ۲۳٦ لایحه قانون مجازات اسلامی که پیشتر ذکر گردید، خلاف این مطلب دریافت می‌شود؛ زیرا مستفاد از عبارت «تعزیر درجهٔ شش دانستن آن مستلزم جواز تبدیل به غیر شلاق است» در نظریه مزبور، شورای نگهبان با شمول ماده ۱۹ بر تعزیر منصوص به سبب ملازمه آن با حکم به جواز تغییر مجازات شرعی مخالف است؛ هرچند در مقابل می‌توان گفت که بنا بر تبصره ٤ ماده ۱۹ [2] نظام درجه‌بندی، صرفاً در مقام تعیین واکنش کیفری است، نه تصرف در میزان مجازات. نکته مهم آن است که عدم شمول ماده ۱۹ در تعزیرات منصوص به این معنی است که درجه‌بندی مجازات در مقررات قانونی، قرینه‌ای بر آن است که اطلاق موجود در آن‌ها از تعزیر منصوص انصراف دارد.

مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳٦۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد، منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می‌باشد که از صدر اسلام تشریع شده‌اند ...».

۱. ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی: «مجازات‌های تعزیری به هشت درجه تقسیم می‌شود ...».

۲. تبصره ٤ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی: «مقررات این ماده و تبصره‌های آن تنها جهت تعیین درجه مجازات است و تأثیری در میزان حداقل و حداکثر مجازات‌های مقرر در قوانین جاری ندارد».

۳-۳. مجازات تکمیلی

مـــاده ۲۳ قانون مجازات اســـلامی[۱] اعمال مجازات تکمیلـــی را در حدود و تعزیرات تجویز کرده اســـت. با عنایت بر شمول این مقرره بر حدود و وحدت ملاک آن با تعزیر منصوص و از ســـوی دیگر، حفظ مجازات معین شـــرعی، به نظر می‌رسد بتوان تعزیر منصوص را مشمول ماده ۲۳ قرار داد؛ زیرا تنها مانع احتمالی برای اعمال مجازات تکمیلی در حدود، تحتّم مجازات اســـت و این امر از نظر قانون‌گذار منافاتی با اجرای مجازات تکمیلی نداشـــته است. پس به طریق اولی، اعمال مجازات تکمیلی در عرض تعزیر منصوص نیز، مانعی نخواهد داشت.

٤-۳. مجازات تبعی

درباره شمول مجازات تبعی موضوع ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی[۲] بر تعزیر منصوص، باید میان حکم امســـاک در قتل و غیـــر آن تفکیک نمود. با توجه به این‌که در روایات، مجازات امســـاک در قتل، حبس ابد دانســـته شده (حر عاملی، ۲۹/۱٤۰۹: ٤۹) و به این مجازات در بند الف ماده ۲۵ نیز اشاره شده است، این مصداق از تعزیر منصـــوص، مجازات تبعی دارد؛ حال آن‌که بنا بر اصل عدم تحمیل مجازات مضاعف، اکتفاء بـــه نص قانون، حصری بودن ظاهر ماده ۲۵ و برائـــت در مقام تحیر نمی‌توان مجـــازات تبعی را در مصادیق دیگر تعزیر منصوص مجری نمود؛ به ویژه این‌که قرینه تدرّج مجازات در بندهای الف تا پ ماده ۲۵ موجب انصراف آن‌ها از تعزیر منصوص است.

---

۱. ماده ۲۳ قانون مجازات اســـلامی: «دادگاه می‌تواند فردی را که به حد، قصاص یا مجازات تعزیری محکوم کرده اســـت با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتکابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی زیر محکوم نماید ...».

۲. ماده ۲۵ قانون مجازات اســـلامی: «محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی، پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان، در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌کند: الف- هفت ســـال در محکومیت به مجازات‌های ســـالب حیات و حبس ابد از تاریخ توقف اجرای حکم اصلی ب- سه سال در محکومیت به قطع عضو، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده بیش از نصف دیه مجنی علیه باشد، نفی بلد و حبس تا درجه چهار پ- دو ســـال در محکومیت به شـــلاق حدی، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده نصف دیه مجنیٌ علیه یا کمتر از آن باشد و حبس درجه پنج».

۵-۳. نهادهای ارفاقی و معافیت از مجازات

به موجب تصریح تبصره ۲ ماده ۱۱۵ از میان نهادهای ارفاقی، حکم به معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات در مورد تعزیر منصوص جاری نمی‌باشد. با این وجود، برخی گمان کرده‌اند عدم ذکر ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی[1] در مقـــرره اخیر بر جواز تقلیل یا تبدیل تعزیر منصوص دلالت دارد. (ســـبزواری‌نژاد، ۱٤۰۰: ۳٦۲؛ ســـلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۲۷)؛ در حالی که افزون بر این‌که سکوت دلالت بر چیـــزی ندارد، مبنای تغییرناپذیری مجازات تعزیری منصوص به عنوان قدر متیقن در مقام تخاطب، مانع ظهور اطلاق واژه تعزیر در ماده ۳۷ و شمول آن به تعزیر منصوص اســـت. البته ممکن است گفته شود که عدم تصریح به ماده ۳۷ در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ می‌تواند خود، قرینه‌ای بر جواز تغییر مجازات در تعزیر منصوص باشـــد؛ حال آن‌که این ســـخن با هدف از وضع مصوبه اخیر مغایرت دارد؛ زیرا اگر جز این باشـــد، باید پذیرفـــت وضع مقررات اختصاصی در تعزیـــر منصوص برای تفکیک احکام عمومی تعزیر از آن، عملی بیهوده بوده است.

٦-۳. تعدد جرم

به‌رغم سکوت قانون‌گذار، تعدد جرم در تعزیر منصوص اثری ندارد (توجهی، ۱۳۹٤: ۱۷۰)؛ زیرا از یک ســـو، بنا بر تصریح ماده ۱۳۲ قانون مجازات اسلامی[2] حکم مقرر در آن به جرائم حدی اختصاص دارد و از سوی دیگر، اطلاق واژه تعزیر در ماده ۱۳٤ قانون مجازات اســـلامی[3] با وجود قرینه درجه‌بندی مجازات از تعزیر منصوص منصرف است. این دیدگاه با توقف در موضع فقدان نص و مسلمات فقهی نظیر اصل عدم تعذیب، حرمت ایذاء ناروا و برائت در مقام تحیر نیز، موافق است.

---

۱. ماده ۳۷ قانون مجازات اســـلامی: «در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناســـب‌تر باشـــد به‌شـــرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند ...».

۲. ماده ۱۳۲ قانون مجازات اسلامی: «در جرایم موجب حد، تعدد جرم، موجب تعدد مجازات است مگر در مواردی که جرایم ارتکابی و نیز مجازات آن‌ها یکسان باشد».

۳. ماده ۱۳٤ قانون مجازات اســـلامی: «در تعدد جرائم تعزیری، تعیین و اجرای مجازات به شرح زیر است ...».

۷-۳. تکرار جرم

حکم تکرار جرم مستوجب تعزیر منصوص بیان نشده است. از آن‌جا که اعدام موضوع ماده ۱۳٦ قانون مجازات اسلامی[۱] به دلیل خاص شرعی مستند است (برهانی، ۱۳۹٦: ۲٤۷) و تعمیم بدون دلیل آن نیز، امری خلاف قواعد فقه و اصول حقوق جزا است؛ نمی‌توان تعزیر منصوص را ذیل ماده ۱۳٦ تفسیر نمود. از سوی دیگر، با توجه به ابتناء حکم ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی[۲] بر نظام درجه‌بندی تعزیرات، تعزیر منصوص از آن منصرف است. به این ترتیب، باید با عنایت بر فقدان نص قانونی و شرعی، اصل عدم تعذیب و برائت در مقام تحیر، هم‌نظر با برخی، تکرار جرم در تعزیر منصوص را بی‌اثر دانست (توجهی، ۱۳۹٤: ۱۷۰).

۸-۳. ترتیب اجرای مجازات‌ها

ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی[۳] در فرض تعدد مجازات‌های مستوجب حد، قصاص و تعزیر منصوص با تحقق دو شرط، اجرای مجازات اخیر را مقدم دانسته است (برهانی، ۱۳۹٦: ۲۳۷؛ سبزواری‌نژاد، ۱٤۰۰: ٤۷۸)؛ با این حال، قانون‌گذار از پرداختن به فرض تعدد مجازات‌های تعزیر منصوص و تعزیر حق النّاسی غفلت ورزیده است. به نظر می رسد مستند به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، از آن‌جا که مشهور فقهای امامیه، اجرای مجازات حق النّاسی را بر حق اللّهی مقدم می‌دانند (موسوی خویی، ۱٦/۱٤۱۸: ۲۵۷؛ شریف کاشانی، ۱٤۰٤: ۱۹)، در این‌گونه موارد نیز، اجرای تعزیر حق النّاسی مقدم می‌باشد.

---

۱. ماده ۱۳٦ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حد شود و هر بار حد آن جرم بر او جاری گردد، حد وی در مرتبه چهارم اعدام است».

۲. ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی: «هر کس به موجب حکم قطعی به علت ارتکاب جرم عمدی به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات‌های تعزیری از درجه یک تا پنج محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم عمدی تعزیری درجه یک تا شش دیگری گردد، حداقل مجازات جرم ارتکابی میانگین بین حداقل و حداکثر مجازات قانونی آن جرم است و دادگاه می‌تواند وی را به بیش از حداکثر مجازات تا یک چهارم آن محکوم کند».

۳. ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی: «در تعدد جرایم موجب حد و تعزیر و نیز جرایم موجب قصاص و تعزیر مجازات‌ها جمع و ابتدا حد یا قصاص اجرا می‌شود مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق‌النّاس یا تعزیر معین شرعی باشد و موجب تأخیر اجرای حد نیز نشود که در این صورت ابتداء تعزیر اجراء می‌گردد».

۹-۳. شروع، شرکت و معاونت در جرم

قانون‌گذار حکم شروع، شرکت و معاونت در جرم مستوجب تعزیر منصوص را بیان نکرده است. نظر به احصایی بودن لحن ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی،[۱] به نظر می‌رسد شروع به جرم مستوجب تعزیر منصوص، مجازات نداشته باشد، اما چون اعمال ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی[۲] ناظر به تغییر مجازات نمی‌باشد می‌توان شمول آن بر شرکت در جرم مستوجب تعزیر منصوص را پذیرفت.

به‌رغم سکوت قانون‌گذار درباره معاونت در جرم مستوجب تعزیر منصوص، با لحاظ این‌که ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی[۳] مقید به عدم تعیین مجازات شرعی برای معاون شده است، جرائم امساک و نظارت بر قتل که مصادیقی از تعزیر منصوص می‌باشند (اکبری و هاشمی، ۱۳۹۵: ٥٦) شامل این مقرره نمی‌شوند. همچنین نمی‌توان ماده ۱۲۷ را درباره معاونت در نظارت بر قتل یا دیگر مصادیق تعزیر منصوص مجری دانست؛ زیرا موجبات تعزیر منصوص از بندهای الف تا پ ماده ۱۲۷ خارج است و از سوی دیگر، قرینه تدرّج مجازات در بند ت، موجب انصراف آن از تعزیر منصوص می‌باشد. به‌رغم این، شاید بتوان در موارد اخیر، مستند به ماده ٦٩ قانون مجازات اسلامی، حکم به جایگزین حبس صادر کرد. با این وجود، معاونت در امساک در قتل می‌تواند بنابر بند الف ماده ۱۲۷ دارای مجازات باشد.

---

۱. ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود: الف- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس دایم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار؛ ب- در جرایمی‌که مجازات قانونی آن‌ها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه پنج؛ پ- در جرایمی‌که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش».

۲. ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی: «هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم، مستند به رفتار همه آن‌ها باشد خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است ...».

۳. ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی: «درصورتی‌که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است: الف- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه؛ ب- در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش؛ پ- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی است سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش؛ ت- در جرایم موجب تعزیر یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتکابی».

۱۰-۳. مقررات اطفال و نوجوانان

بـــا این‌که قانون‌گذار تعزیر منصوص را از حکم مواد ۹۳ و ۹٤ قانون مجازات اسلامی[۱] مستثنی نموده، ولی در مورد اعمال تعزیر منصوص نسبت به طفل یا نوجوان سکوت کرده است. با توجه به سیاست ارفاقی و حمایتی در مورد اطفال و نوجوانان، لزوم اتخاذ واکنش در برابر تمام جرائم و سیاست افتراقی در تعزیر منصوص، به نظر می‌رسد در این باره، مفاد تبصره ۲ ماده ۸۸ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی[۲] جاری است؛ اگر چه ممکن است گفته شود استناد به ماده ۹۱ ممکن نیست؛ زیرا عمل قسمت اخیر آن، مستلزم تبدیل مجازات منصوص است و این امر خلاف موازین شرعی و سیاست تقنینی خواهد بود. به‌رغم این، باید توجه داشـــت که مفـــاد ماده ۹۱ جز بازگو کردن شرایط مسؤولیت کیفری مطلب جدیدی ندارد. به این اعتبار، استناد به ماده مزبور در حالتی که شـــرایط تحقق مســـؤولیت کیفری منتفی است، به منزله انتفاء موضوع جرم است و ازاین‌رو با استناد به ماده ۹۱ در تعزیر منصوص، موضوع تبدیل مجازات مطرح نمی‌باشد.

۱۱-۳. عفو

قانون‌گذار در زمینه تأثیر عفو در تعزیر منصوص ســـخنی نگفته است. برخی به‌طور مطلق، عفو در تعزیر منصوص را مؤثر ندانســـته‌اند (توجهی، ۱۳۹٤: ۱۷۰)؛ در حالی که به نظر می‌رســـد باید به تفصیل سخن گفت. عفو در حقوق کیفری ایران به دو دسته خصوصی و عمومی تقســـیم شده است (برهانی، ۱۳۹٦: ۲۸۱). با عنایت بر توقیفی بودن حدود و نیز عمومیت تأثیر عفو در مجازات‌های اســـلامی می‌توان گفت

---

۱. ماده ۹۳ قانون مجازات اســـلامی: «دادگاه می‌تواند در صورت احراز جهات تخفیف، مجازات‌ها را تـــا نصف حداقل تقلیل دهد و اقدامـــات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان را به اقدام دیگری تبدیل نماید».

مـــاده ۹٤ قانون مجازات اســـلامی: «دادگاه می‌توانـــد در مورد تمام جرایم تعزیری ارتکابی توســـط نوجوانان، صدور حکم را به تعویق اندازد یا اجرای مجازات را معلق کند».

۲. تبصـــره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اســـلامی: «هرگاه نابالغ مرتکب یکـــی از جرایم موجب حد یا قصاص گردد در صورتی که از دوازده تا پانزده ســـال قمری داشته باشد به یکی از اقدامات مقرر در بندهای (ت) و یا (ث) محکوم می‌شود و در غیر این صورت یکی از اقدامات مقرر در بندهای (الف) تا (پ) این ماده در مورد آن‌ها اتخاذ می‌گردد»؛ ماده ۹۱ قانون مجازات اســـلامی: «در جرایم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده ســـال، ماهیت جرم انجام‌شـــده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشـــد و کمال عقل آنان شـــبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند».

عفـــو خصوصی در تعزیر منصوص مؤثر اســـت و از حکم مـــاده ۹۶ قانون مجازات اســـلامی[1] پیروی می‌نماید؛ به ویژه این که عفو مســـتلزم تغییر مجازات نیست تا ادعا شود که با سیاست تقنینی تعزیر منصوص مغایر است. وانگهی اطلاق واژه «محکومان» در ماده ۹۶ می‌تواند مؤید این دیدگاه باشد. با این وجود به چند جهت، نمی‌توان عفو عمومی موضوع ماده ۹۷ قانون مجازات اسلامی[2] را در تعزیر منصوص ممکن دانست؛ چـــه –این‌که: اولاً، ظهور اطلاق واژه تعزیر در این مقرره نســـبت به تعزیر منصوص منتفی است؛ و ثانیاً، اصل قطعیت مجازات‌ها، اقتضاء دارد که پس از اثبات جرم، هیچ عاملی، مانع اجرای مجازات نباشد.

۱۲-۳. مرور زمان

به‌رغم اســـتثناء حکم مرور زمان تعقیب و مرور زمان صدور حکم از تعزیرات منصوص، حکم مرور زمان شکایت (ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی)[3] و مرور زمان اجرای مجازات (ماده ۱۰۷ قانون مجازات اســـلامی)[4] در این‌گونه از تعزیرات روشن نیســـت. با عنایت بر اختصاص مرور زمان شـــکایت به جرائم قابل گذشت (برهانی، ۱۳۹۶: ۲۹۰) و از ســـویی، اصل غیر قابل گذشت بودن جرائم، به نظر می‌رسد بدون نـــص قانونی نمی‌توان حکم ماده ۱۰۶ را به تعزیر منصوص تســـری داد. تعمیم مرور زمـــان اجرای مجازات به تعزیر منصوص نیز، به دلیل مغایرت با خصیصه حتمیت در اجرای مجازات‌های معین شـــرعی و انصراف آن از ماده ۱۰۷ به ســـبب وجود قرینه درجه‌بندی مجازات امکان‌پذیر نمی‌باشد.

---

۱. ماده ۹۶ قانون مجازات اسلامی: «عفو یا تخفیف مجازات محکومان، در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رییس قوه قضاییه با مقام رهبری است».

۲. ماده ۹۷ قانون مجازات اســـلامی: «عفو عمومی که به موجب قانون در جرایم موجب تعزیر اعطاء می‌شـــود، تعقیب و دادرســـی را موقوف می‌کند. درصورت صدور حکم محکومیت، اجرای مجازات موقوف و آثار محکومیت نیز زائل می‌شود».

۳. ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی: «در جرایم تعزیری قابل گذشت هرگاه متضرر از جرم در مدت یک سال از تاریخ اطلاع از وقوع جرم، شکایت نکند، حق شکایت کیفری او ساقط می‌شود ...».

۴. ماده ۱۰۷ قانون مجازات اســـلامی: «مرور زمان، اجرای احکام قطعی تعزیری را موقوف می‌کند و مدت آن از تاریخ قطعیت حکم به قرار زیر است ...».

۱۳-۳. توبه

در ماده ۱۱٤ لایحه قانون مجازات اسلامی،[1] مقررات راجع به توبه در جرائم تعزیری به نحوی آمده بود که اطلاق آن باعث می‌شد تأثیر توبه در مجازات‌های تعزیری منصوص هم مقید به درجه‌بندی موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی باشد و هم موجب تخفیف دانسته شود. به این جهت، شورای نگهبان بر ماده مزبور، چنین ایراد نمود: «مفهوم ذیل ماده ۱۱٤ در خصوص سایر جرائم و همچنین تبصره ذیل آن در مجازات‌های منصوص شرعی در صورت احراز توبه قبل از اثبات، خلاف موازین شرع شناخته شد.» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۵۷) این اشکال سبب شد مجلس شورای اسلامی، تبصره ۲ به ماده ۱۱۵ را به قانون مجازات اسلامی بیافزاید.

با دقت در عبارات تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و توجه به سابقه تقنینی آن، دو نکته روشن می‌شود: نخست، بنا به تصریح صدر این مقرره، قانون‌گذار فقط در مقام نفی اطلاق از ماده ۱۱۵ است و نه نفی اثر توبه از آن؛ دوم، بنا بر پیشینه فقهی تبصره مزبور، تنها اطلاق بخشی از ماده ۱۱۵ که موجب تغییر مجازات منصوص را فراهم می‌ساخته نفی گردیده است. به بیان دیگر، مستفاد از نظریه اخیر شورای نگهبان، مراد قانون‌گذار از «اطلاق مقررات این ماده» در تبصره ۲ ماده ۱۱۵، اطلاق عبارت «در سایر جرائم موجب تعزیری» در ماده ۱۱۵ است (توجهی، ۱۳۹٤: ۱۷۱) و اساساً در مقام نفی اطلاق از قسمت اول آن ماده نمی‌باشد. گذشته از این، قرینه تدرّج مجازات در صدر ماده ۱۱۵ به تنهایی موجب انصراف آن از تعزیر منصوص است و به این جهت، حمل مراد قانون‌گذار بر نفی اطلاق از بخش نخست این ماده، نوعی تحصیل حاصل است. در واقع، مقنن در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ درصدد بیان دو گزاره بوده است: نخست، اثر توبه در تعزیر منصوص، متوقف بر تطبیق آن با نظام درجه‌بندی تعزیرات نیست؛[2]

---

۱. ماده ۱۱٤ لایحه قانون مجازات اسلامی: «در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرایم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید».

۲. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۱٤۰۱/۱۲۲٤ مورخ ۱٤۰۱/۱۲/۱ بیان داشته است: «... اما در تعزیرات منصوص شرعی، با توجه به عبارت «اطلاق مقررات این ماده» در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مقصود قانون‌گذار از این عبارت، خروج حکم تعزیرات منصوص شرعی و توبه مرتکب در این تعزیرات، از شمول اطلاق موجود در این ماده است؛ به بیان دیگر قانون‌گذار در تبصره یادشده، اطلاق ماده مبنی بر این‌که «در جرائم تعزیری درجه یک تا پنج توبه موجب تخفیف مجازات است» و نیز اطلاق حکم تبصره یک این ماده مبنی بر این‌که «تکرار جرم مانع بهره‌مندی از

و دوم، تعزیر منصوص تابع ماده ۱۱٤ قانون مجازات اسلامی است.[1]

با این وجود، بسیاری از حقوق‌دانان بر این باورند که توبه در تعزیر منصوص مؤثر نیست (برهانی، ۱۳۹٦: ۹۷؛ سبزواری‌نژاد، ۱٤۰۰: ۳٦۲؛ سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۲۷؛ کامفر، ۱٤۰۲: ۱٤٤). در مقابل، برخی دیگر از اثر توبه در تخفیف مجازات تعزیری منصوص سخن گفته‌اند (سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۱۳). به نظر می‌رسد منشأ بروز این پندار نادرست، برداشت مفهوم مخالف از تبصره ۲ ماده ۱۱۵ است؛ حال آن‌که نه تبصره ۲ ماده ۱۱۵ در مقام بیان چنین چیزی است و نه مقصود قانون‌گذار، وضع مقرره‌ای مغایر با مبانی شرعی و اصول مسلم حقوق جزا است؛ چه این‌که لازمه عدم تأثیر توبه در تعزیرات منصوص، آن است که قانون‌گذار در حدود که مجازاتی شدیدتر و به‌مراتب مهم‌تر دارد، توبه را مؤثر دانسته، ولی در تعزیر منصوص، برای آن اثری اعتبار نکرده است! بنابراین توبه که یکی از عوامل قاطع در سقوط مجازات‌ها است با استناد به عمومات و اطلاقات ادله شرعی از موجبات سقوط مجازات در تعزیرات منصوص می‌باشد.

۱٤-۳. اعمال قاعده درأ

مستند قانونی اعمال قاعده درأ در تعزیرات منصوص روشن نیست. برخی بی‌دلیل، تعزیر منصوص را تابع ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی[2] دانسته‌اند (سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۲۸). وجه نادرستی این ادعا آن است که احکام حدود در شرع و قانون استثنایی است و بدون دلیل معتبر نمی‌توان استثناء را تعمیم داد. به‌رغم این، با لحاظ اطلاق واژه «جرم» در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی[3] به نظر می‌رسد استناد به آن در تعزیر منصوص امکان‌پذیر باشد.

آثار توبه است» را از شمول احکام تعزیرات منصوص خارج کرده و توبه در تعزیرات منصوص را تابع احکام و مقررات خاص این تعزیرات دانسته است ...».

۱. این نکته از عبارت «در صورت احراز توبه قبل از اثبات» در نظریه اخیر شورای نگهبان دریافت می‌شود.

۲. ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی: «در جرائم موجب حد به استثناء محاربه، افساد فی الارض، شرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

۳. ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسؤولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

۱۵-۳. ادله اثبات جرم

قانون‌گـــذار در مقررات مربوط به ادله اثبات جـــرم، نصاب اقرار، انکار بعد از اقرار، شـــهادت بر شهادت و نصاب شـــهادت را در حدود و تعزیرات متمایز دانسته، ولی در این موارد به حکم تعزیرات منصوص اشـــاره‌ای نکرده اســـت. چه‌بســـا دلیل این ســـکوت، بی‌توجّهی فقها به این مسئله بوده است. با این حال، برخی با استناد به نظریه یکی از فقهای متقدم، معتقدند به ســـبب وحدت ملاک تعزیر منصوص با حد، باید آن را تابع مقررات ادله اثبات جرائم حدی قرار داد (ســـلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۲۸)؛ در حالـــی که اصل توقیفی بودن حدود و رویکرد افتراقی قانون‌گذار در تعزیر منصوص، خلاف این مطلب را اقتضاء دارند. افزون بر این، استناد به وحدت ملاک حد و تعزیر منصوص در این مقام پذیرفتنی نیست؛ زیرا وحدت ملاک این دو مجازات، در بحث تعیین مجازات مطرح اســـت و نه اثبات جرم. از این رو دلیل اعم از مدعی است. در مقابل با نظر به عمومات و اطلاقات موجود در مواد ۱۷۲، ۱۷۳، ۱۸۹ و ۱۹۹ [۱] می‌توان هماهنـــگ با احکام ادله اثبات جرائم تعزیری از کفایت یک بار اقرار، مســـموع نبودن انکار بعد از اقرار، عدم پذیرش شـــهادت بر شـــهادت و اکتفاء به شهادت دو مرد در اثبات جرائم مستوجب تعزیر منصوص سخن گفت.

---

۱. ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی: «در کلیه جرایم، یک‌بار اقرار کافی است ...».
ماده ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی: «انکار بعد از اقرار موجب سقوط مجازات نیست به‌جز در اقرار به جرمی که مجازات آن رجم یا حد قتل است ...».
ماده ۱۸۹ قانون مجازات اســـلامی: «جرایم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است».
ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی: «نصاب شهادت در کلیه جرایم، دو شاهد مرد است ...».

برآمد

۱- در این نوشتار، بیان گردید که تعزیر منصوص، همان تعزیر مقدر است که به معنی بیان موجب، نـــوع و میزان مجازات تعزیری (اعم از تازیانه یا غیر از آن) در شرع می‌باشد. سپس عناصر سه‌گانه سیاســـت تقنینی حاکم بر تعزیر منصوص شامل تحلیل ماهیت آن بر اســـاس رویکرد افتراقی، تغییرناپذیری مجازات منصوص شرعی و تمثیلی بودن مصادیق مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ برشـــمرده شـــد. با محور قرار دادن این دســـت‌آوردها بود که منطق قانون‌گذاری در تعزیر منصوص کشف گردید و بر اســـاس آن، خلأهای ناظر به قواعد عمومی حاکم بر این نهاد کیفری به شرح ذیل تبیین گردید:

– قلمرو اجرا در مکان: مواد ۳، ٤، ٥، ٦ و ۹ شامل تعزیر منصوص نمی‌شوند؛

– قلمرو اجرا در زمان: ماده ۱۰ در مورد تعزیر منصوص جاری نیســـت و این مجازات، عطف بما سبق می‌شود؛

– نظام درجه‌بندی تعزیرات: اســـتناد به ماده ۱۹ در تعزیر منصوص با سیاست تقنینی حاکم بر آن مخالف است؛

– مجازات تکمیلی: ماده ۲۳ در تعزیر منصوص قابل اجرا است؛

– مجازات تبعی: اعمال مجازات تبعی، تنها بنابر بند الف ماده ۲۵ در امساک در قتل ممکن است و مصادیق دیگر تعزیر منصوص از مجازات تبعی برخوردار نیستند؛

– تخفیـــف در مجازات: ماده ۳۷ در مجازات‌هـــای تعزیری منصوص مجری نیست؛

– تعـــدد و تکرار جرم: مفاد مواد ۱۳۲، ۱۳٤، ۱۳٦ و ۱۳۷ درباره تعدد و تکرار جرائم، تعزیر منصوص را شامل نمی‌شوند؛

– ترتیب اجرای مجازات‌ها: در فرض جمع مجازات‌های تعزیری منصوص با تعزیر حق النّاسی، اجرای مجازات اخیر مقدم است؛

– شروع به جرم: تعمیم مفاد ماده ۱۲۲ به تعزیر منصوص پذیرفتنی نیست؛

– شرکت در جرم: حکم ماده ۱۲۵ در تعزیر منصوص جاری است؛

– معاونت در جرم: هرچند امســـاک و نظـــارت بر قتل و نیز معاونت در دیگر مصادیق تعزیر منصوص، مشـــمول ماده ۱۲۷ نیســـت ولی معاونت در امساک بر قتل،

مشمول بند الف مقرره اخیر است؛

– مقـــررات اطفال و نوجوانـــان: حکم تعزیر منصـــوص در مقررات اطفال و نوجوانان، ذیل تبصره ۲ ماده ۸۸ و ماده ۹۱ قابل بررسی است؛

– عفو: به‌خلاف ممنوعیت اعمال عفو عمومی، عفو خصوصی موضوع ماده ۹۶ مشمول تعزیر منصوص می‌گردد؛

– مرور زمان: حکم مواد ۱۰۶ و ۱۰۷ در تعزیر منصوص جاری نیست؛

– توبه: بر اســـاس ضوابط ماده ۱۱۴ توبه از موجبات سقوط مجازات تعزیری منصوص است؛

– قاعده درأ: اعمال قاعده درأ در تعزیر منصوص، تابع ماده ۱۲۰ است؛

– ادلـــه اثبات جرم: تعزیـــر منصوص در نظام ادله اثبات جـــرم، تابع مقررات مجازات‌های تعزیری است.

۲– پیشـــنهاد می‌گردد برای تثبیت جایـــگاه تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی، قانون الحاقی با موضوع موازین حاکم بر تعزیرات منصوص شرعی تصویب شـــود و مفاد آن مشـــتمل بر تعریف تعزیر منصوص، قواعـــد عمومی حاکم بر آن و مصادیـــق فقهـــی آن گردد. ثمره عملی ایـــن مصوبه، رفع خلأهـــای مربوط به تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی، ایجاد وحدت رویه قضایی و اجتناب از متروک ماندن این نهاد شرعی در رویه عملی دادگاه‌ها خواهد بود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، چاپ پنجاهم، تهران: میزان.
* اکبری، محمدجواد و هاشمی، سیدحسین (۱۳۹۵)، «**درنگی در مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه**»، جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۲، شماره ٤.
* امیدی، جلیل (۱۳۷۷)، «**قواعد تفسیر قوانین جزایی**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ٤١.
* ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و حسین‌نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹٤)، «**تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی در مسالک**»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۲.
* برهانی، محسن (۱۳۹۵)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: میزان.
* برهانی، محسن (۱۳۹٦)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: میزان.
* برهانی، محسن و نادری‌فرد، مریم (۱۳۹٤)، «**تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۳، شماره ۱۰.
* پژوهشکدهٔ شورای نگهبان (۱۳۹۵)، **قانون مجازات اسلامی در پرتو نظرات شورای نگهبان**، چاپ نخست، تهران: پژوهشکدهٔ شورای نگهبان.
* توجهی، عبدالعلی (۱۳۹٤)، **آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی**، چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
* شمس ناتری، محمدابراهیم و کلانتری، حمیدرضا و زارع، ابراهیم و ریاضت، زینب (۱۳۹۸)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، جلد نخست، چاپ پنجم، تهران: میزان.
* جاویدی، مجتبی و بنی‌اسدی، ابوطالب (۱٤۰۰)، «**تعزیر منصوص شرعی؛ حد یا تعزیر؟ (بازپژوهی فقهی تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی)**»، مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، دوره ۵۳ ، شماره ۳.

* حبیبی، جواد (۱٤۰۰)، «**بررسی و تحلیل تعزیرات منصوص شرعی و مقایسهٔ آن با حدود**»، اندیشه حقوقی، دوره اول، شماره ٤.
* حکمت‌نژاد، فرزانه و راعی، مسعود و پنجه‌پور، جواد (۱۳۹۸)، «**چیستی‌شناسی تعزیرات منصوص در فقه و قانون مجازات اسلامی**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۲.
* رحمانیان، حامد و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۲)، «**معیار تفکیک حدود غیرمذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸٤.
* رحماندوست، مهدی‌یار (۱٤۰۰)، «**تعزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی**»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۲۷.
* رمضانی، محمد و نوبهار، رحیم و آیتی، سیدمحمدرضا (۱۳۹۷)، «**تعزیرات منصوص از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۱۸.
* زجاجی، حمیدرضا و مالمیر، محمود (۱۳۹۸)، «**مطالعهٔ تعزیرات منصوص شرعی در فقه و حقوق کیفری ایران**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۷.
* ساریخانی، عادل و توکل‌پور، محمدهادی (۱۳۹۵)، «**مفهوم‌شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۵، شماره ۱٤.
* سبزواری‌نژاد، حجت و سبزواری‌نژاد، مهدی (۱٤۰۰)، **دوره کامل حقوق جزای عمومی ایران**، چاپ سوم، تهران: مجد.
* سلیمانی، حسین (۱۳۹۸)، «**تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، دوره ۱۰، شماره ۱.
* شیری، عباس (۱۳۹۹)، «**حاکمیت اصل قانونی بودن مجازات‌ها در تعزیرات منصوص شرعی**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰.
* عندلیب، حسین و حیدری، محمدعلی و توکلی، احمدرضا (۱۳۹۷)، «**بررسی انتقادی به کارگیری اصطلاح تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات**

اسلامی»، مطالعات فقهی و فلسفی، دوره ۹، شماره ۳۵.
* فتحی، حجت الله (۱۳۹۹)، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، چاپ نخست، قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی در مذهب اهل بیت (ع).
* کامفر، بهداد (۱۴۰۲)، **دوره پیشـــرفته حقوق جزای عمومی و اختصاصی**، چاپ شانزدهم، تهران: اندیشه نوین پژوهش.
* مکارم شـــیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، **تعزیر و گستره آن**، بی‌جا: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
* منتظر قائم، مهدی (۱۳۹۹)، «**تعزیرات منصوص و کاســـتی‌های آن**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۹۰.
* موسی‌پور، میثم و اسدی، یاسر (۱۴۰۱)، «**مجازات‌های منصوص شرعی در فقه و سیاست کیفری ایران**»، فقه و حقوق نوین، دوره ۳، شماره ۱۱.

ب. عربی

* اردبیلی، محقق، أحمد بن محمد (۱۴۱۷ق)، **مجمع الفائده و البرهان، فی شـــرح ارشاد الاذهان**، جلد سیزدهم، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
* إبن منظور، محمد (۱۴۱۶ق)، **لســـان العرب**، جلد نهم، بیروت: موسسه دار احیاء التراث العربی.
* تبریـــزی، جواد بن علی (۱۴۱۷ق)، **أسس الحدود و التعزیرات**، چاپ نخست، قم: دفتر مؤلف.
* جزائری، عبد اللّه بن نورالدین (بی‌تا)، **التحفه الســـنیه فی شرح النخبه المحسنیه**، بی‌جا.
* جزری، إبن أثیر، مبارک بن محمد (بی‌تا)، **النهایه فی غریب الحدیث و الأثر**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
* حسینی روحانی قمی، سیدصادق (۱۴۱۲ق)، **فقه الصادق علیه السلام**، جلد بیست و پنجم، چاپ نخست، قم: دار الکتاب – مدرسه امام صادق علیه السلام.
* حر عاملی، محمد بن حســـن (۱۴۰۹ق)، **وسائل الشیعه**، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
* حلبـــی، حمزه بن علی حســـینی (إبن زهـــره) (۱۴۱۷ق)، **غنیه النزوع إلی علمی**

الأصول و الفروع، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
* حلی، محمد بن منصور بن احمد (ابن ادریس) (۱٤۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد سوم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن (محقق) (۱٤۰۸ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
* حلی، جمال الدین احمد ابن محمد (ابن فهد) (۱٤۱۳ق)، **المهذّب البارع فی شرح المختصرالنافع**، جلد پنجم، چاپ نخست، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
* طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد (۱٤۱۲ق)، **ریاض المسائل**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
* حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین (ابوالصلاح) (۱٤۰۳ق)، **الکافی فی الفقه**، چاپ نخست، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام.
* خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱٤۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، جلد هفتم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
* موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱٤۱۸ق)، **موسوعه الإمام الخوئی**، جلد شانزدهم، چاپ نخست، قم: مؤسسه إحیاء آثار الإمام الخوئی.
* شریف کاشانی، ملا حبیب‌الله (۱٤۰٤ق)، **تسهیل المسالک إلی المدارک**، چاپ نخست، قم: المطبعه العلمیه.
* صافی گلپایگانی، **لطف‌الله**، (بی‌تا)، التعزیر، أحکامه و حدوده، بی‌جا.
* طوسی، محمد بن حسن (۱٤٦۰ق)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، جلد هشتم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
* طوسی، محمد بن حسن (۱٤٦۰ق)، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العربی.
* عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱٤۱۳ق)، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، جلد چهاردهم، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
* موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱٤۲۲ق)، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله – الحدود**، چاپ نخست، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

* فیومی، احمد بن محمد مقری (بی‌تا)، **المصباح المنیر فی غریب الشـــرح الکبیر للرافعی**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: منشورات دار الرضی.
* مؤمن قمی، محمد (۱٤۲۲)، **مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود**، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
* محقق داماد یزدی، سیدمصطفی (۱٤۰٦)، **قواعد فقه**، جلد چهارم، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* مشکینی، میرزاعلی (بی‌تا)، **مصطلحات الفقه**، بی‌جا.
* منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی (۱٤۰۹ق)، **کتاب الحدود**، چاپ نخست، قم: دار الفکر.
* منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی (۱٤۰۹ق)، **دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: تفکر.
* موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱٤۱۲ق)، **الدر المنضود فی أحکام الحدود**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: دار القرآن الکریم.
* موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱٤۲۷ق)، **فقه الحدود و التعزیرات**، جلد نخست، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله.
* نجفی، محمدحسن (۱٤۰٤ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد چهل و یکم، چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
* واســـطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی حســـینی (۱٤۱٤ق)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، جلد هفتم، چاپ نخست، بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
* هاشـــمی شاهرودی، سید محمود (۱٤۲۳)، **قرائات فقهیه معاصره**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۳۴۱-۳۰۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۱

متغیرهای تأثیرگذار بر عدم گزارش همسرآزاری جنسی

زهرا نعمتی،[۱] محمد فرجیها[۲]

چکیده

همسرآزاری از شایع‌ترین انواع خشونت خانگی است که در قالب‌های مختلف فیزیکی، روانی، جنسی و اقتصادی ارتکاب می‌یابد. با این حال، نرخ گزارش همسرآزاری جنسی و اقدام رسمی بزه‌دیدگان در قبال آن، بسیار پایین‌تر از سایر انواع همسرآزاری است. این پژوهش با هدف یافتن پاسخ این پرسش که «چرا زنان بزه‌دیده از گزارش همسرآزاری جنسی به نهادهای عدالت کیفری طفره می‌روند و یا چرا پس از سال‌ها تحمل خشونت، تصمیم به گزارش آن می‌گیرند؟»، افزون بر منابع کتابخانه‌ای، از رهگذر مصاحبه‌های عمیق و نیمه‌ساختاریافته با زنان بزه‌دیده، وکلای دادگستری، مقام‌های قضایی و متخصصان بهداشت و سلامت خانواده، نتیجه می‌گیرد که عواملی مانند احساس شرم، بیم برچسب خوردن یا بدنام شدن، ترس از انتقام‌جویی شوهر، بی‌تفاوتی نهادهای عدالت کیفری در قبال مناقشات خانوادگی و از همه مهم‌تر، عدم ادراک خود به عنوان بزه‌دیده، زنان را بر سر دوراهی گزارش دادن یا ندادن همسرآزاری جنسی به مراجع قضایی قرار می‌دهد. از آن‌جا که سکوت زن بزه‌دیده، زمینه را برای تکرار خشونت از سوی شوهر وی فراهم می‌آورد، پایان دادن به خشونت‌دیدگی جنسی زنان در بستر ازدواج، افزون بر آگاه کردن زنان از حق خود بر مصونیت از هرگونه خشونت و نیز فرهنگ‌سازی در زمینه روابط جنسی سالم و متعارف، نیازمند قانون‌گذاری حمایتی و تدوین برنامه‌های آموزشی برای افسران پلیس و مقام‌های قضایی است.

واژگان کلیدی: همسرآزاری، خشونت جنسی، زنان بزه‌دیده، عدم گزارش، نهادهای عدالت کیفری.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
z.nemati@shahed.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.
farajihay@modares.ac.ir

درآمد

بنا بر تعریف سازمان جهانی بهداشت،[1] همسرآزاری عبارت است از «هرگونه عمل خشـــونت‌آمیز شوهر علیه زن که منجر به آســـیب جسمی، جنسی، روانی، مالی و اجتماعی در او شـــود یا به صورت مستقیم و غیر مســـتقیم بر سلامت وی تأثیری نامطلوب بگذارد» (WHO, 2012: 1). همســـرآزاری می‌تواند در قالب‌های متفاوتی فیزیکی (جســـمی)، عاطفی و روانی، کلامی، اقتصادی (مالی) و اجتماعی رخ دهد. با توجه به ابتنای علقه زوجیت بر رابطه جنســـی، یکی از رایج‌ترین انواع همسرآزاری، از نوع جنسی اســـت که اگرچه پدیده نوظهوری به شـــمار نمی‌رود، اما در دهه‌های اخیر و تحت تأثیر گســـترش اســـتفاده از فضای مجازی و رشد صنعت هرزه‌نگاری،[2] شـــیوع بیشتری یافته است. رواج هرزه‌نگری و استفاده از محتویات هرزه و مستهجن، از رهگذر ایجاد اعتیاد جنســـی، افزایـــش یا تغییر تخیلات و فانتزی‌های جنســـی،[3] حساسیت‌زدایی از رفتارهای جنسی خشونت‌آمیز و نیز، دگرگون کردن نوع رفتارهای جنسی یعنی خارج کردن آن‌ها از حالت طبیعی و سوق دادن آن‌ها به سوی رفتارهای نامتعارف و غیر مرســـوم، میزان خشونت‌گری جنسی در بستر ازدواج را افزایش داده است (ملک‌احمدی و همکاران، ۱۳۹۲: ٦-۵).

همســـرآزاری جنســـی را به هرگونه رفتار جنسی یا شـــروع به آن، در غیاب رضایت همســـر[4] یا در نتیجه بـــه کار بردن نوعی از اجبار (فیزیکـــی یا غیرفیزیکی) تعریـــف کرده‌اند (Breiding, 2015: 11). منظور از اجبار فیزیکی، کتک زدن و انجام رفتارهایی از قبیل هُل دادن، سیلی زدن، لگد زدن، گاز گرفتن، کشیدن مو و نظایر آن؛ و مُراد از اجبار غیرفیزیکی، اِعمال فشار روانی در قالب تهدید به ایراد صدمات بدنی،

---

1. World Health Organization (WHO)

2. Pornography

۳. فانتزی جنســـی (Sexual Fantasy) به هرگونه تخیل ذهنی اطلاق می‌گردد که باعث برانگیختگی جنســـی یا شهوت یک فرد شـــود. برخی از این تخیلات طبیعی و بهنجارند، حال آن‌که برخی دیگر غیرطبیعی است و یک اختلال روانی محسوب می‌شود:
Joyal, Christian C., et al (2015), What Exactly Is an Unusual Sexual Fantasy? the Journal of Sexual Medicine 12(2).

٤. منظور مواردی است که شوهر بدون استفاده از خشونت فیزیکی یا تهدید روانی، با خوراندن مواد مخدر یا خواب‌آور، امکان اعلام رضایت یا مخالفت به رابطه جنسی را از همسر خود سلب می‌نماید (Sack, 2010: 556).

افشـــای اسرار، پایان دادن به رابطه، ممنوعیت از اشـــتغال، تحصیل و مانند آن است. در گزارش شـــصت و یکمین جلســـه مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز، خشونت جنســـی از سوی شریک زندگی این‌گونه تعریف شده است: «هرگونه رفتار جنسی که به منظور کنترل یا تحقیر زن یا بی‌اهمیت جلوه دادنِ ســـلامت و تمامیت جنســـی او ارتکاب می‌یابد. این خشـــونت می‌تواند شامل تماس جنسی آزارگرانه، درگیر نمودن زن در فعالیت‌های جنســـی بدون رضایت، برقراری رابطه جنسی کامل یا شروع به آن با زن بیمار، ناتوان یا بی‌اراده باشد» (UN: 2006: 37).

با این تعاریف، شایع‌ترین مصادیق همسرآزاری جنسی را می‌توان بدین شرح برشـــمرد: مقاربت خشـــونت‌آمیز همراه با آزار و کتک، اجبار همسر به رابطه جنسی نامتعارف مقعدی یا دهانی، استفاده از اجسام و ابزارهای خارجی حین آمیزش، پرکاری جنسی، دیرانزالی ناشی از استفاده نامناسب از لیدوکائین‌ها، اجبار همسر به هرزه‌نگری و تقلید از آن‌ها، اجرای تخیلات و فانتزی‌های تحقیرآمیز، فحاشـــی و استعمال الفاظ رکیک جنسی، اجبار همسر به روابط جنسی گروهی یا ضربدری یا تن‌فروشی، انتقال بیماری‌های مقاربتی در نتیجه عدم رعایت بهداشـــت جنسی و بی‌توجهی به نیازهای جنسی همسر (بابازاده، ۱۳۹۶: ۲۱).

اگرچه بسیاری از کشورها، همسرآزاری جنسی را جرم‌انگاری کرده‌اند، قوانین ایران در این زمینه موضع ســـکوت را اتخاذ نموده اســـت. با این حال، زنان بزه‌دیده می‌توانند تحت عمومات قانون مجازات اســـلامی در مقام احقاق حق برآیند. توضیح آن‌که، همســـرآزاری جنسی اگر با آسیب‌های جســـمانی همراه باشد،[1] مرتکب آن را می‌توان مورد تعقیب کیفری قرار داد و در صورت عدم همراهی صدمات جســـمانی با خشـــونت جنسی، باز هم به علت نقض کرامت و حیثیت زن، امکان طرح شکایت کیفری تحـــت عناوین مجرمانه قذف، افترا، توهین،[2] ضـــرب بلااثر (ماده ٥٦٧ قانون

۱. مانند افضاء، سقط جنین یا جنایات موجب زوال یا نقص منافع از قبیل سلس و ریزش ادرار، عدم ضبط مدفوع، از بین بردن قدرت بارداری یا لذت مقاربت، ایجاد اختلال در عادت ماهانه، از بین بردن عانه یا آسیب رساندن به آلت تناسلی؛ به ترتیب موضوع مواد ٦٦٠، ٦٢٢، ٧٠٤ تا ٧٠٨ ، ٦٦٤، ٦٦٨ و ٦٦٩ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۲. توهین عبارت اســـت از هرگونه رفتار (اعم از فعل، گفتار، اشاره یا نوشتار) که بتواند موجب وهن حیثیت کســـی در نظر افراد متعارف و معمولی جامعه شـــود (میرمحمد صادقی، ۱٤۰۰: ۱۳)؛ بنابراین توهین صرفاً جرمی کلامی نیســـت و می‌تواند با فعل یا ترک فعل نیز واقع شـــود که به آن، «توهین

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) یا حتی رابطه نامشروع و اشاعه فحشاء (به ویژه در موارد اجبار همسر به روابط ضربدری یا تن‌فروشی) وجود دارد (نعمتی و فرجیها، ۱۴۰۲: ۲۸۲–۲۸۸؛ آذری و بابازاده، ۱۳۹۸: ۲۶۲–۲۷۰).[۱]

اگرچه همسرآزاری جنسی، رفتاری خلاف اخلاق و کرامت انسان است که به لحاظ قانونی نیز امکان بازخواست مرتکب آن وجود دارد، مشاهده می‌شود که در عمل، تنها شمار اندکی از زنان، بزه‌دیدگی جنسی خود در بستر ازدواج را گزارش می‌دهند. به طور کلی، خشونت‌های جنسی در مقایسه با سایر جرائم، کمتر گزارش می‌شوند و زمانی که مرتکب شخصی است که قربانی وی را می‌شناسد، احتمال عدم گزارش افزایش می‌یابد (Lovell, 2019: 5). برای نمونه، مطابق آمارهای مرکز ملی منابع خشونت جنسی ایالات متحده امریکا، از هر پنج زن، یک نفر قربانی تجاوز جنسی می‌شود که در نیمی از آن‌ها، مرتکب، از آشنایان قربانی است؛ اما بیش از شصت و سه درصد این وقایع هرگز گزارش نمی‌شود (NSVRC, 2015: 2). بنا بر گزارش وزارت دادگستری این کشور، بخش عمده‌ای از خشونت‌های جنسی گزارش‌نشده، مربوط به وقایعی می‌شود که مرتکب، همسر قانونی یا شریک جنسی (پارتنر) قربانی بوده است. بر پایه یافته دیگر این گزارش، الگوی رابطه معکوس بین میزان نزدیکی قربانی با مرتکب و احتمال گزارش خشونت جنسی، از دهه ۱۹۶۰ به بعد تغییری نکرده است؛ یعنی هرچه رابطه مرتکب و قربانی نزدیک‌تر باشد، احتمال گزارش خشونت جنسی کمتر می‌شود (Felson, 2005: 599).

آمار رسمی گزارش همسرآزاری جنسی به حدی پایین می‌باشد که گاه دست‌مایه طنزی تلخ از سوی برخی پژوهش‌گران قرار گرفته است. برای نمونه، موریارتی و اِرل[۲] یکی از یافته‌های پژوهش خود را این‌گونه بیان کرده‌اند: «ظاهراً در ریچموند[۳] مشکل همسرآزاری جنسی وجود ندارد! چون ظرف یک سال، فقط دو مورد به صورت رسمی گزارش و ثبت شده است». البته، آن‌ها پس از ذکر این عبارت

عملی» می‌گویند. قانون استفساریه نسبت به کلمه توهین (۱۳۷۹) نیز بر عدم حصر توهین به لفظ و امکان وقوع آن با رفتار صحه گذاشته است.

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص امکان طرح شکایت کیفری در موارد ارتکاب خشونت جنسی علیه همسر، بنگرید به: نعمتی و فرجیها، ۱۴۰۲.

2. Moriarty & Earle

۳. Richmond: مرکز ایالت ویرجینیا در ایالات متحده امریکا

کنایه‌آمیز، خاطرنشـــان می‌سازند که میان آمار رسمی و آمار به دست آمده از مصاحبه آن‌ها با مراجعه‌کننـــدگان به مراکز خدماتی و درمانی ریچموند، کوچک‌ترین مطابقتی وجود ندارد (Moriarty & Earle, 1999: 175).

در ایران، وضعیت به مراتب غامض‌تر است؛ نه از خشونت‌های جنسی و نه از خشونت‌های خانگی، آماری رسمی و دقیق در دست نیست و به طریق اولی، نمی‌توان در پی دســـتیابی به آماری معتبر از خشونت‌های جنسی خانگی از جمله همسرآزاری جنســـی بود.[۱] افزون بر فقدان آمارهای رســـمی، در خصوص نســـبتِ خشونت‌های گزارش‌شـــده به کل خشونت‌های رخ‌داده نیز، اطلاعات چندانی در دست نیست،[۲] اما آمارهای غیررسمیِ پراکنده و یافته‌های مطالعات تجربی مانند بابازاده (۱۳۹٦)، از این یافته جهان‌شـــمول که به‌رغم شیوع همسرآزاری جنسی، تنها موارد معدودی از آن به مراجع رسمی گزارش می‌شوند، پشتیبانی می‌کنند. این در حالی است که همسرآزاری، پس از اعتیاد و کودک‌آزاری، رتبه ســـوم آسیب‌های اجتماعی در کشور ما را به خود اختصاص داده است.[۳]

اگرچه در ایـــران، پژوهش‌های فراوانی در زمینه انواع خشـــونت‌های خانگی انجام شـــده و مقالات متعددی با موضوع همسرآزاری به رشته تحریر درآمده است،

---

۱. تنها آمار رســـمی موجود درباره خشـــونت خانگی، مربوط به «طرح ملی بررسی خشونت خانگی علیه زنان در ۲۸ اســـتان» اســـت که اجرای آن در سال ۱۳۸۱ آغاز شـــد و در اوایل سال ۱۳۸۳ پایان یافت؛ طرحی که در فاصله سال‌های ۱۳۷۵ تا ۱۳۸۰ در بیست و هشت استان کشور و براساس چهل و پنج گویه مربوط به شـــاخص میزان خشـــونت خانگی علیه زنان به اجرا درآمد. داده‌های این طرح به صورت محدود منتشـــر شدند و جزئیات آن‌ها هیچ‌گاه در دســـترس عموم قرار نگرفت. آمارهای این پژوهش درباره گســـتره خشونت خانگی در بیست و هشـــت مرکز استان، حکایت از آن داشتند که شـــصت و شـــش درصد خانواده‌های مورد مطالعه، خشونت خانگی را تجربه کرده بودند؛ هرچند سهم خشونت‌های جنسی زناشـــویی به صراحت اعلام نشد و صرفاً عدم رعایت بهداشت زناشویی از ســـوی شوهران با فراوانی ۲/٦ درصد به عنوان یکی از خشونت‌های خانگی علیه زنان معرفی شد (خبرگزاری ایسنا، ۱۸ مهر ۱۳۸۳، کد خبر: ۸۳۰۷ – ۰۷۰۲٤).

۲. . تنها آمار موجود در این زمینه، به اظهار نظر شکوه نوابی‌نژاد (رئیس وقت انجمن ایرانی مطالعات زنان) باز می‌گردد: «طبق آمار، کمتر از ســـی و پنج درصد از خشـــونت‌های خانگی در ایران به پلیس گزارش داده می‌شـــود و در یک تحقیق سه‌ماهه، از یکصد و هشتاد واقعه خشونت خانگی، در یکصد و بیســـت و هشت مورد، قربانی حاضر به پیگرد قانونی مجرم نشده است» (خبرگزاری ایسنا، ۱۷ آذر ۱۳۹٤، کد خبر: ۹٤۰۹۱۷۱۰۲۷٤).

۳. . مصاحبه با مجید ارجمندی؛ رئیس وقتِ اورژانس اجتماعی کشـــور (خبرگزاری تابناک، ۱۸ دی ۱۳۹۲، کد خبر: ۳۷۰۰۳۱)

اما مروری گذرا بر این پژوهش‌ها نشان می‌دهد که یا مانند بزمی و همکاران (۱۳۹۱)، نویدنیا و شاملو (۱۳۹۷) و تابش و حاج‌منوچهری (۱۴۰۲) از دریچه شناسایی عوامل مؤثر بر بروز خشـــونت در محیط خانواده به موضوع نگریسته‌اند، یا مانند یکرنگی و شـــیروی (۱۳۹۰)، ره‌کشای (۱۳۹۵) و قادری‌نیا و همکاران (۱۳۹۳)، نحوه پاسخ‌دهی به خشـــونت‌های خانگی را مورد بررسی قرار داده‌اند. در نتیجه، جز پژوهش بابازاده (۱۳۹۶) که بـــا بیانی مختصر، تابوهای فرهنگی و فضـــای مردانه محاکم را به عنوان اصلی‌ترین موانع دسترســـی زنان خشـــونت‌دیده به عدالت معرفی کـــرده، تاکنون پژوهشی اختصاصی در زمینه همسرآزاری جنسی، از منظرِ کشف عوامل مؤثر بر عدم تمایل زنان قربانی به گزارش این نوع خشـــونت، آن هـــم با تکیه بر داده‌های تجربی صورت نگرفته اســـت. به بیان دیگر، پُر کردن جای خالیِ پژوهشی میدانی با تکیه بر تجربه زیســـته زنان قربانی، برای پاسخ به این پرســـش که «چرا زنان با وجود تجربه آســـیب‌های جســـمانی و روانی متعدد، همچنان در یک رابطه زناشویی خشونت‌آمیز باقی می‌مانند و از گزارش آن به مراجع رسمی طفره می‌روند؟»، نویسندگان را به انجام این پژوهش رهنمون ساخته است.

پژوهش حاضر، با رویکرد کیفی و روش توصیفی ـ تحلیلی انجام شده است. مطالعه کیفی با تکیه بر تحلیل اســـتقراییِ داده‌ها، یکی از مناســـب‌ترین روش‌ها برای پژوهش درباره ادراک معنی یا ماهیت تجارب افراد به شـــمار می‌رود. در این مطالعه کیفیِ موردپژوهانه، داده‌های مورد نیاز برای پاســـخ‌گویی به پرسش پژوهش، افزون بر منابعِ کتابخانه‌ای، از رهگذر انجام مصاحبه‌های عمیق و نیمه‌ساختاریافته گردآوری شده است. «مصاحبه عمیق»، یک شـــیوه تحقیق کیفی شامل گفتگوی فردی چهره‌به‌چهره، فشرده و طولانی‌مدت با شمار معدودی از پاسخ‌دهندگان به منظور کشف دیدگاه–های آنان درباره یک پدیده، رویداد یا وضعیت خاص اســـت (Boyce & Neale, 2006: 3). در «مصاحبه نیمه–ساختاریافته» نیز، پژوهشگر از آزادی عمل برای افزودن، حذف کردن یا تغییر دادن پرســـش‌ها با توجه به شـــرایط مصاحبه‌شوندگان برخوردار است؛ بنابراین اگرچه تعدادی پرسشِ از پیش تعیین‌شده وجود داشت، اما براساس پاسخ‌های اولیه هر مصاحبه‌شونده، ممکن بود از معدودی پرسش‌ها صرف‌نظر گردد یا بر اساس اظهارات نخســـتین وی، طرح پرسش‌های پیش‌بینی‌نشده ضروری به نظر برسد. برای

اطمینان از این‌که مصاحبه‌شوندگان از اطلاعات کافی و معتبر درباره موضوع پژوهش برخوردار باشند، با روش نمونه‌گیری هدفمند انتخاب شدند و تعداد مصاحبه‌ها با هر دو گروه از آن‌ها تا مرز اشباع نظری ادامه یافت.

با توجه به پرسش تحقیق و ماهیت موضوع مورد مطالعه، چهار گروه از افراد، به علت ارتباطشان با موضوع پژوهش، مورد مصاحبه واقع شدند که عبارت بودند از: چهل و پنج زن بزه‌دیده همسرآزاری جنسی که از میان مراجعه‌-کنندگان به محاکم قضایی شهر تهران انتخاب شدند؛ بیست مقام قضایی (دادیار، بازپرس و قاضی دادگاه) که در مراجع قضایی شهر تهران مشغول تحقیق یا رسیدگی به پرونده‌های خشونت خانگی بودند؛ پانزده وکیل دادگستری دارای حداقل ده سال وکالت در دعاوی خانوادگی و پانزده کارشناس بهداشت و سلامت خانواده (روانپزشک، روان‌-شناس، سکسولوژیست، زوج‌درمانگر و مشاور و مددکار خانواده) که برخی در واحدهای مددکاری و مشاوره خانواده مستقر در مجتمع‌های قضایی شهر تهران اشتغال داشتند و برخی دیگر، در کلینیک‌های خصوصی، مشغول ارائه راهنمایی و مشاوره به زنان بزه‌دیده همسرآزاری جنسی بودند. این متخصصان، نُه زن و شش مرد بودند که به طور میانگین بین ده تا سی سال سابقه فعالیت داشتند.

پس از کدگذاری و مقوله‌بندی داده‌های به دست‌آمده از مصاحبه‌های انجام‌شده به شرح فوق، پنج عامل به عنوان مهم‌ترین عواملی که زنان بزه‌دیده را از گزارش ارتکاب همسرآزاری جنسی به نهادهای عدالت کیفری باز می‌دارند، مورد شناسایی قرار گرفت. زنان بزه‌دیده همسرآزاری جنسی در بازه سنی هفده تا شصت و سه سال قرار داشتند؛ تحصیلات آن‌ها از ابتدایی تا دکتری متغیر بود؛ یک سوم آن‌ها خانه‌دار و دو سوم شاغل بودند؛ بیش از یک سوم آن‌ها بدون فرزند بوده، حدود یک سوم ایشان تنها یک فرزند داشته و کمتر از یک سوم آن‌ها مادرِ دو فرزند یا بیشتر بودند. همچنین، مدت زندگی زناشوییِ حدود نیمی از مصاحبه شوندگان کمتر از ده سال بوده است. این یافته‌ها نشان می دهند که خشونت‌دیدگی جنسی در بستر ازدواج، اختصاص به زنانی با ویژگی‌های دموگرافیک خاص ندارد و تقریباً در همه اقشار جامعه و طبقات مختلف سنی، تحصیلی و شغلی مشاهده می‌شود. البته، از این موضوع که بیش از دو سوم زنان مصاحبه‌شونده در طیف سنی زیر چهل سال قرار داشته‌اند، نمی‌توان

به طور قطعی نتیجه گرفت که زنانِ جوان‌تر، بیشـــتر در معرض همســـرآزاری جنسی قرار دارند؛ چرا که شاید علت مشارکت بیشتر آن‌ها در مصاحبه‌ها، جرأت و جسارت افزون‌تر آن‌ها برای ســـخن‌گفتن درباره مسائل جنسی بوده باشد. گواه این مدعا آن‌که، هر یک از مصاحبه-شوندگان، زنان مسن‌تری (مانند مادر، خواهر، همسایه، دوست و ...) را می‌شناختند که آن‌ها نیز همسرآزاری جنسی را تجربه کرده‌اند، اما به علل متعدد مذهبی، فرهنگی، اجتماعی یا اقتصادی، تصمیم گرفته‌اند سکوت پیشه کنند.

یافته‌های این پژوهش، موانع پیش روی بزه‌دیدگان برای گزارش همسرآزاری جنســـی به مراجع قضایی اســـت که اهم آنها در پنج محور زیر استخراج و تبیین شده است.

۱. عدم ادراک واقعه به عنوان خشونت جنسی

نخستین عاملی که سبب می‌شود قربانیان همسرآزاری جنسی، وقوع خشونت را گزارش ندهند، عدم ادراک خود به عنوان بزه‌دیده خشـــونت جنســـی است. مادام که یک زن بر تجربه شـــخصی خود نامِ خشـــونت ننهد، به اطلاع دادن آن به نهادهای عدالت کیفری نخواهد اندیشید؛ زیرا ادراک یک واقعه به عنوان رفتاری معمول که باید پذیرفته و تحمل شود، سبب می‌گردد تا بزه‌دیده آن را سزاوار گزارش دادن به مراجع رسمی نپندارد. برای نمونه، مطالعه‌ای بر روی سی زن متأهل اندونزیاییِ دارای تجربه همسرآزاری جنسی نشان داد که آن‌ها از این‌که سوء استفاده‌های جنسیِ شوهران خود را خشـــونت بنامند، اکراه دارند. در آن پژوهش، تنها پنج تن از زنان مصاحبه‌شـــونده، صراحتاً لفظ تجاوز یا خشـــونت جنسی را برای رابطه جنسی اجباری با شوهر به کار بردند (Idrus, 2003 :50).

اگر چه در برخی کشـــورها مانند اندونزی و ایران، عدم ادراک سوء رفتارهای جنسی شوهر به عنوان خشـــونت، ممکن است از کاستی‌های قانون یا عدم صراحت قوانین نیز نشأت گیرد، تجربه کشورهای جرم‌انگاری‌کننده همسرآزاری جنسی نشان می‌دهد که این امر بیشتر از مســـائل فرهنگی و اجتماعی تأثیر می‌پذیرد، تا نواقص و ابهامـــات قانون. برای نمونه، در ایالات متحده امریکا، تا ســـال‌ها پس از جرم‌انگاری همسرآزاری جنسی، زنان از ادراک رابطه جنسی اجباری با شوهر تحت عنوان تجاوز

یا خشـــونت جنســـی طفره می‌رفتند. جِلِس[1] در پژوهش خود در سال ۱۹۷۹ دریافت که فقط ســـه درصد از ســـه هزار و هفتصد و نه تماس گرفته شـــده با مراکز بحران ایالت میشیگان، مربوط به همسرآزاری جنسی بوده است؛[2] حال آن‌که پرسش‌نامه‌های تکمیل‌شـــده توسط کارمندان این مراکز نشـــان می‌داد که بیشترِ زنان تماس‌گیرنده، با این‌که رابطه زناشـــویی خشـــونت‌آمیز و بدون رضایت را تجربه کـــرده بودند، آن را مصداقی از خشونت جنسی نمی‌دانستند (Gelles, 1988: 9).

به طور مشـــابه، فریز[3] دریافت که ادراک یا عدم ادراک زنان از خود به عنوان بزه‌دیده، بیش از هر چیز تحت تأثیر تعریفی که فرهنگ جامعه از اصطلاح خشـــونت جنسی ارائه می‌دهد قرار دارد. در پژوهش او، وقتی از زنان متأهل پرسیده شد که «آیا تا به حال از ســـوی شـــوهر خود مورد تجاوز قرار گرفته‌اید؟»، سی و چهار درصد از زنان کتک‌خورده، شش درصد از زنان گروه کنترل و یک درصد از زنان کتک‌نخورده، پاســـخ مثبت دادند، اما زمانی که از آن‌ها پرسیده شـــد «آیا تاکنون شوهرانتان شما را مجبور به برقراری رابطه جنســـی کرده‌اند؟»، پاسخ‌های مثبت به ترتیب عبارت بود از چهل و ســـه درصد، سیزده درصد و شش درصد؛ و نهایتاً هنگامی که پرسش این‌گونه تغییر کرد که «آیا شـــوهرانتان شـــما را برای داشـــتن رابطه جنســـی تحت فشار قرار می‌دهند؟»، پاســـخ‌های مثبت به ترتیب به هفتاد و سه درصد، شصت درصد و سی و هفت درصد افزایش یافت (Frieze, 1983: 541)؛ بنابراین نوع ادراک بزه‌دیده از یک واقعه خشونت‌آمیز و برچسبی که بر آن می‌زند (خشونت یا صرفاً رفتاری که خوشایندِ وی نبوده اســـت)، بر نحوه واکنش و تصمیم او درباره گـــزارش دادن یا پنهان کردن واقعه مذکور تأثیر می‌گذارد.

اِســـکو[4] معتقد اســـت که مقتضیات فرهنگی و اجتماعی، همچنان شوهران را از تعقیب به اتهام خشـــونت‌گری جنسی علیه همسرانشـــان مصون می‌دارد. به عقیده او، اگر چـــه در حال حاضر در تمام ایالت‌های آمریـــکا، مقرراتی درباره منع تعرض

1. Gelles

۲. قانون کیفری ایالت میشـــیگان در ســـال ۱۹۷٤ (یعنی پنج ســـال پیش از انجام پژوهش مذکور)، همسرآزاری جنسی را صراحتاً جرم‌انگاری کرده بود.

3. Frieze

4. Eskow

جنسی به همسر وجود دارد، اما مسائل فرهنگی همچنان بر سر راه پیگرد موفقیت‌آمیز همسرآزاری جنسی مانع ایجاد می‌کند (Eskow, 2006: 701). بالوس[1] نیز می‌گوید حاکمیت این کلیشه ذهنی که «خانه مرد قلعه اوست»[2] سبب می‌گردد تا دادستان، قاضی و هیأت منصفه با پنهان شدن پشت مفهوم حریم خصوصی زناشویی، از مداخله در پرونده‌های همسرآزاری جنسی طفره روند. این طفره قضایی باعث می‌شود تا زنان تجربه‌کننده خشونت جنسی در بستر ازدواج، خود را به عنوان بزه‌دیده‌ای که سزاوار حمایت قانون و نظام قضاست، ادراک نکنند و در نتیجه، از گزارش وقوع خشونت سر باز زنند (Balos, 2004: 90 &104).

وارنر[3] علت این امر را کُندتر بودن تغییرات فرهنگی در مقایسه با اصلاحات قانونی عنوان می‌کند. به عقیده وی، اگر چه قانون در بسیاری از کشورهای جهان اصلاح گشته و معافیت شوهر از مجازات به اتهام تجاوز جنسی به همسر لغو شده است، اما کلیشه‌های فرهنگی یا اساساً دست‌نخورده باقی مانده‌اند یا با قدرتی ضعیف‌تر همچنان به حیات خود ادامه می‌دهند. به عقیده وی، اصلاح قانون این تصور غلط را ایجاد می‌کند که نابرابری در زمینه حقوق جنسی زوجین کاملاً برطرف شده است، اما در عمل، این نابرابری همچنان در ذهنیت افراد جامعه وجود دارد و بر ادراک زنان از حقوق و وظایف خود در زندگی زناشویی تأثیر می‌گذارد (Warner, 2000: 593-594). باسیل[4] برای نشان دادن این امر که تلقی زنان از وظایف همسری (Wifely Duty) تحت تأثیر فرهنگ غالب در جامعه، تا چه اندازه می‌تواند بر دیدگاه آن‌ها در قبال خشونت‌های جنسی زناشویی تأثیر بگذارد، پژوهشی را انجام داد. یافته‌های او حکایت از آن داشتند که چهل و سه درصد زنان صرفاً به این علت که موافقت با خواسته‌های جنسی شوهر را جزو وظایف همسری خود پنداشته، تن به خشونت داده‌اند و بیست و چهار درصد زنان نیز تنها به این علت که شوهر، هزینه‌های معاش آن‌ها را بر عهده داشته، خود را موظف به کنار آمدن با خشونت دانسته‌اند (Basile, 2002: 511).

1. Balos
2. "A Man's Home Is His Castle."
3. Warner
4. Basile

نمونه‌های فوق نشـــان می‌دهند که مسائل فرهنگی و اجتماعی به ویژه آنچه از آن با عنوان انتظارات جامعه از وظایف همســـری یاد می‌شود، تا چه اندازه می‌تواند بر ادراک زنـــان از خود به عنوان بزه‌دیده یا بزه‌نادیده تأثیر بگذارد و در نتیجه، آن‌ها را به گزارش خشـــونت به مراجع رســـمی قانع نماید یا از آن منصرف سازد. در جامعه ما، این تلقیِ فرهنگ از وظایف همسری، تحت تأثیر مفاهیمی نظیر الزام زوجه به تمکین خاص یا اجتناب وی از نشوز، نقش پررنگ‌تری را در بازداشتن زنان قربانی از گزارش همسرآزاری جنسی ایفا می‌کند.

در این پژوهش، جامعه نمونه، بزه‌دیدگان مراجعه‌کننده به مراجع قضایی تهران بودند؛ یعنی کســـانی که نهایتاً با ادراک خود به عنوان بزه‌دیده خشونت، تصمیم گرفته بودند وقوع آن را گزارش دهند؛ با این حال، اظهارات ایشـــان گواه این امر اســـت که آن‌ها نیز، تا ســـال‌ها سوء رفتارهای جنسی شوهران خود را به عنوان امری ناخوشایند اما معمول و نه به مثابه خشـــونت ادراک کرده‌اند. حتی در زمان انجام مصاحبه‌ها نیز، بزه‌دیدگان از این‌که بر ســـوء رفتارهای جنســـی شوهران خود، نام تجاوز یا خشونت جنســـی بنهند، طفره می‌رفتند. برای نمونه، در پایان مصاحبه‌ها، از بزه‌دیدگان پرسیده شـــد که «آیا رفتارهای شوهر خود را خشونت جنســـی می‌دانید یا خیر؟». حدود دو ســـوم بزه‌دیدگان، با اســـتفاده از عباراتی همچون «نمی‌دونم»، «شاید آره، شایدم نه» و «راستش تا حالا بهش فکر نکرده بودم»، از تردید خود درباره پاسخ قطعی این پرسش پرده برداشـــتند و یک سوم دیگر نیز، با عباراتی مانند «درسته که من راضی نبودم، اما فکر نکنم خشـــونت جنسی محسوب بشه»، «شوهرم بوده، غریبه نبوده که بگم قربانی خشـــونت جنسی شـــدم» و «توی یه خونه داشـــتیم زندگی می‌کردیم، منو که از توی خیابون ندزدیده بود که بگم بهم تجاوز کرده»، به پرســـش مذکور پاســـخ منفی دادند. تنها سه بزه‌دیده، رفتارهای شوهران خود را صراحتاً خشونت جنسی نامیدند.[1]

بســـیاری از بزه‌دیدگان مصاحبه‌شونده، ســـال‌ها پس از تحمل دفعات متعدد خشـــونت جنسی به اَشکال گوناگون و دریافت انبوهی از آسیب‌های جسمی و روانی و تنها در پی مراجعه به پزشـــک، روان‌پزشک، روان‌شناس، مشاور یا وکیل، به این امر

۱. از میان ســـه بزه‌دیده مذکور، یکی دارای مدرک دکتری در رشـــته روان‌شناســـی، یکی خبرنگار و دیگری از اقلیت‌های مذهبی بوده است.

وقوف یافته بودند که قربانی همسرآزاری جنسی شده‌اند و می‌توانند با ادراک خود به عنوان بزه‌دیده خشـــونت، در مقام احقاق حق برآیند. برای نمونه، یکی از بزه‌دیدگان گفته اســـت: «هفت ســـال تحمل کردم، چون مادرم می‌گفت ازدواج همینه و منم فکر می‌کردم واقعاً همینه. آخرش دکتر زنان بهم گفت: شـــوهرت داره تو رو شکنجه میده که زخم‌ها و عفونت‌هات خوب نمیشـــه؛ این‌ها اصلاً عادی نیســـت. اون بود که منو آگاه کرد».

اظهارات وکلا و متخصصان بهداشـــت و ســـلامت روانی نیـــز بر این ادعای بزه‌دیدگان مُهر تأیید می‌زند. برای نمونه، یکی از روان‌شناســـان مصاحبه‌شـــونده گفته است: «مشکل اصلی اینه که زن‌های ما آگاهی ندارن که «نه» گفتن در رابطه زناشویی هم جزو حقوق‌شونه. اصلاً نمی‌دونن در رابطه جنسی، چی متعارفه و چی نامتعارف. فکر می‌کنن هرچی شوهرشـــون میگه باید انجام بدن و هیچ مقاومتی نمی‌کنن؛ به‌رغم این‌کـــه تمایل ندارن خیلی از کارها رو انجام بدن. نتیجه، این می‌شـــه که بعد از چند ســـال، با کوهی از افســـردگی و مشـــکلات روانی متعدد به ما مراجعه می‌کنن. وقتی بهشون میگم: این رفتارهای شوهر شما مصداق بارز خشونت جنسیه، تعجب می‌کنن و میگن: واقعاً؟! نمی‌دونســـتیم. من تا جایی که بشـــه به زن‌ها درباره روابط جنســـی ســـالم آگاهی می‌دم و از حقوق خودشون مطلع‌شـــون می‌کنم، اما خب همه زن‌ها که مراجعه‌کننده من نیستن، باید آگاهی عمومی داده بشه».

از اظهارات بزه‌دیدگان مصاحبه‌شـــونده، می‌توان به نحوه ادراک همسرآزاری جنسی از سوی ســـایر زنان بزه‌دیده‌ای که تاکنون بزه‌دیدگی خود را فاش نساخته‌اند نیز پی برد. برای نمونه، بزه‌دیده‌ای گفته اســـت: «مـــن از یه خانواده پرجمعیتم که یه خواهرم بیست و پنج ســـال از من بزرگ‌تره و مشکلات خیلی بدتر از من داره. حالا من تحصیل‌کرده‌ام و جرأت این رو داشـــتم که بیام شـــکایت کنم، اما اون هنوز طرز تفکرش اینه که اگه یه غریبه حتی به آدم دســـت بزنه، باید اعدام بشـــه، اما شوهر آدم هر کاری کنه، حق داره».

علت اصلی این‌که قربانیان همسرآزاری جنسی، خود را به عنوان یک بزه‌دیده خشونت جنسی ادراک نمی‌کنند می‌توان در برداشت‌های بسیار مضیق و حتی گاه سوء برداشت‌های فقهی و حقوقی از مفهوم قوامیّت (ریاست) شوهر بر خانواده و الزام زن

به تمکین خاص از وی جســـت‌وجو کرد؛ تفاسیر و برداشت‌هایی که از عرصه فقه و حقوق، به بســـتر عرف سرایت کرده و به انگاره‌ی زنان از وظایف همسری شکل داده است.

توضیح آن‌که، ممکن است از ظاهر آیه شریفه ۳٤ از سوره مبارکه نساء (الرّجالُ قوّامونَ علی النّساءِ ...) یا ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی (در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصائص شـــوهر است)، چنین برداشت شـــود که زوج بر زوجه ولایت دارد و در نتیجه، زوجه ملزم به تسلیم شدن در برابر هر گونه خواسته جنسی زوج است. اگرچه معدودی فقها بر این باورند که شوهر بر زن ولایت دارد؛ آن هم از نوع ولایت حاکمان بر رعیت خود (اردبیلـــی، ۱٤۱۲: ٥۳٦)، اما اغلب فقهای معاصر عقیده دارند که واژه «قوّام» در آیه مذکور به معنای داشـــتن ولایت یا سلطه نیست، بلکه در معنای عهده‌دار شدن هزینه‌های زندگی زن و اداره امور خانواده به کار رفته است؛ یعنی چون توانایی و استطاعت مرد در مسائل اجتماعی و اقتصادی بیشتر از زن است، این شوهر است که باید برای تأمین معاش خانواده تلاش و به اصطلاح «قیام» کند (مدرسی، ۱۳۸۸: ۲۰۷). شیخ طوسی از فقهای متقدم نیز در توضیح واژه «قوّام» نوشته است: «قوّام بر دیگری، کســـی اســـت که متکفل و عهده‌دار هزینه خوراک و پوشاک و سایر نیازمندی‌های او می‌شود» (طوسی،٦/۱۳۸۷: ۲). آیت‌الله جوادی آملی نیز، آیه ۳٤ سوره نساء را این‌گونه تفســـیر کرده است: «چنین نیســـت که قرآن به زن بگوید که تو در فرمان مرد هستی، بلکه خطاب به مرد می‌گوید که تو سرپرســـتیِ زن و منزل را بر عهده داری ... به این معنا نیست که زن اسیر مرد است و مرد قیّم و فرمانروای اوست و می‌تواند به دلخواه خود عمل کند ... این قیمومیت معیار فضیلت نیســـت، بلکه وظیفه اســـت» (جوادی آملی، ۱۳۸۳: ١٦٧).

در باب تمکین نیز، با طیف گســـترده‌ای از تفاســـیر فقهـــی مواجه‌ایم. تمکین خاص را امکان دادنِ زوجه به زوج برای استمتاعات جنسی تعریف کرده‌اند. چنان‌که گفته شـــده اســـت: «تمکین کامل عبارت اســـت از واگذار کردن نفس به شوهر برای بهره‌برداری جنســـی بدون تقید به زمان و مکان؛ به طوری که اگر زن، تمتع جنســـی شـــوهر از خود را به زمان و مکان دیگری واگذار نماید، تمکین حاصل نشده است» (حلّی، ۱٤۰۸: ۲۹۱). بنا بر برخی تفاســـیر از مفهوم تمکین خاص، هم‌خوابگی با زوج

و تسـلیم در برابر خواسته‌های جنسی وی، اصلی‌ترین وظیفه زوجه به شمار می‌رود؛ حال آن‌که، مکلف دانسـتن زن به نزدیکی با شـوهر در هر شرایط و به هر شیوه، با فلسـفه نکاح در نگاه اسلام سازگار نیست. ازدواج یک امر جامع و مشتمل بر اهداف متعدد و مختلف تکاملی بوده (آشـتیانی و آخوند، ۱۳۹۱: ۵۵-۸٤) و امری تک‌بعدی که تنها برای اطفای شـهوت وضع شده باشد، نیست. خداوند در آیه ۲۱ سوره روم[1] رسـیدن به سکینه (آرامش)، مودّت (عشق و محبت) و رحمت (دلسوزی و مهربانی) را یکی از برکات وجود همسـر برای انسـان معرفی کرده است (رضایی اصفهانی و شورگشـتی، ۱۳۹٦: ۱۳٤). حصول آرامش در زندگی مشـترک به عوامل گوناگونی بستگی دارد که یکی از آن‌ها، رابطه جنسی سالم یعنی همراه با رضایت متقابل و عاری از خودمحوری، خودخواهی و خشـونت است؛ بنابراین اگرچه رابطه جنسی یکی از مقتضیات نکاح به شـمار می‌رود، اما شرع مقدس، تمکین خاص را به صورت مطلق بر عهده زوجه مقرر ننموده اسـت. در این زمینه، این نکته حائز اهمیت اسـت که در شـرع، اسـتثنائاتی بر الزام زوجه به تمکین از زوج وارد شده است؛ یعنی در مواردی زوجه می‌تواند از تمکین خاص خـودداری کند، بدون این‌که این امتناع، حق وی بر نفقه را سـاقط نماید. برای نمونه، ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی که برگرفته از موازین فقهی می‌باشـد، مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مسـتحق نفقه نخواهد بود». این بدان معناسـت که اگر زن مانع مشروعی برای مخالفت با خواسـته‌های جنسی شوهر داشته باشـد، می‌تواند از هم‌بستر شدن با وی خودداری کند. همچنین به موجب ماده ۱۱۲۷ همین قانون، «هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع به علت مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود». فروض متعدد دیگری وجود دارند که در آن‌ها نیز می‌توان قائل به معافیت زوجه از حکم تمکین خاص بود. برخی از ایـن فروض در منابع فقهی به تصریح آمده اسـت و در برخی دیگر، قواعد فقهی عام (مانند لاضرر و نفی عسـر و حرج)، خودداری زن از رابطه جنسی مخاطره‌آمیز را توجیه می‌کند.[2]

---

۱. «و من آیاته أن خلق لکم من أنفسکم أزواجاً لتسکنوا إلیها و جعل بینکم مودّه و رحمه إنّ فی ذلک لآیات لقوم یتفکرون»

۲. یکی از مصادیق جواز عدم تمکین خاص از سوی زوجه که در قرآن نیز بدان اشاره شده، مقاربت

از این رو مفاهیمی مانند قوامیّت (ریاســـت) زوج بر خانواده و الزام زوجه به تمکین خاص از وی را باید در پرتو سایر موازین و قواعد فقهی مانند قاعده معاشرت به معروف، لا ضرر و نفی عســـر و حرج معنا و تفســـیر نمود؛ به گونه‌ای که با حفظ کرامـــت زن و حق وی بر مصونیت از هر گونه تعرض و خشـــونت منافاتی نداشـــته باشـــد. روشن است مادام که زنان، درک درستی از این مفاهیم نداشته باشند و بر سوء رفتارهای جنسی شوهران خود برچسب خشونت نزنند، آمار گزارش این خشونت‌ها همچنان پایین و رقم سیاه آن‌ها همچنان بالا خواهد ماند. از این رو، معرفی رفتارهای جنســـی متعارف و افزایش آگاهی زنان درباره خشـــونت‌های جنسی، حتی در بستر مشروع ازدواج، امری ضروری به نظر می‌رسد.

۲. احساس شرم

دومین عاملی که زنان بزه‌دیده را از گزارش همســـرآزاری جنسی به نهادهای عدالت کیفری بازمی‌دارد، احساس شرم است. تحقیقات تجربی نشان داده‌اند مهم‌ترین و رایج‌ترین درد و رنج عاطفی ناشی از بزه‌دیدگی جنسی برای زنان، احساس شرم و خجالتی اســـت که بر آن‌ها تحمیل می‌شود (Rahm, 2006: 100). به عقیده وال[1] در رابطه با همســـرآزاری جنسی، همواره شرم یکی از غالب‌ترین احساسات منفی است که بزه‌دیدگان از تجربه آن ســـخن می‌گویند (Wall, 2012: 1). در جوامع ســـنتی و مردســـالار که سوء رفتارهای جنسی شـــوهر، نه به مثابه خشونت، که به عنوان جزئی به‌هنجار (نرمال) از رابطه زناشـــویی تعریف می‌شود، این شرم جلوه‌ای بارزتر می‌یابد و مانعی جدی‌تر در برابر افشـــای خشـــونت ایجاد می‌کند (McCleary-Sills, 2016: 229).

ویس[2] معتقد اســـت که احساسات منفی ناشـــی از بزه‌دیدگی جنسی، به ویژه

در زمان حیض است. آیه ۲۲۲ سوره بقره ، مردان را از نزدیکی با زنان در ایام حیض بر حذر می‌دارد و علت آن را نیز آزار دیدن و اذیت شدن زنان معرفی می‌کند. در باب جواز یا حرمت وطیء در دُبُر نیز، اگر چه برخی فقها مطلقاً قائل به جوازند و برخی دیگر، رضایت زوجه را شرط جواز دانسته‌اند، اما کم نیستند فقهایی که این امر را حرام یا حداقل دارای کراهت شدید معرفی کرده‌اند». آیه ۱۹ سوره نساء با عبارت «عاشروهنّ بالمعروف»، مبنایی فقهی برای تعیین دامنه و محدوده تمکین زوجه از زوج به دست می‌دهد که همان معروف یا متعارف بودن است.

1. Wall
2. Weiss

شرم‌ســـاری و خجالت‌زدگی به طور قابل توجهی بر نحـــوه نگرش قربانیان به واقعه رخ‌داده تأثیر می‌گذارند و به تصمیم و واکنش آن‌ها در قبال خشونت شکل می‌دهند. به عقیده وی، بزه‌دیدگان خشونت‌های جنسی، تجربیات خود را غیر انسانی و تحقیرآمیز توصیف می‌کنند و همین امر، آن‌ها را از گزارش وقوع خشـــونت به نهادهای عدالت کیفری باز می‌دارد (Weiss, 2010: 286).

از آن‌جا که در جامعه ما، سخن گفتن از موضوعات جنسی، دشوار و از مسائل جنســـی زناشویی به مراتب دشوارتر است، در این پژوهش نیز احساس شرم به عنوان یکی از موانع گزارش خشـــونت جنسی زناشویی مورد شناســـایی قرار گرفت؛ زیرا بزه‌دیدگان مصاحبه شونده، پس از مدت‌ها تردید به واسطه شرم‌ساری، دل به دریا زده و تصمیم گرفته بودند خشونت‌دیدگی جنسی خود را فاش سازند[1] و هر یک چندین زن دیگر (مادر، خواهر، همکار، دوســـتان نزدیک و ...) را می‌شناختند که پایِ مراجعه آن‌ها به نهادهای عدالت کیفری همچنان در غل و زنجیرِ شرم و آزرم اسیر بود.

این احســـاس خجالـــت در زمان انجام مصاحبه نیز بـــا بزه‌دیدگان همراه بود. برگرفتن نگاه و چشم دوختن به زمین یا دیوار، تمام نکردن جملات حاوی موضوعات جنسی و رها کردن نیمه‌کاره آن‌ها، اظهارات تکه‌تکه و مکث‌های مکرر هنگام پاسخ به پرسش‌های مصاحبه، از غلبه حس شرم‌ساری بر بزه‌دیدگان حکایت داشت. همچنین از فراوانیِ کاربرد عباراتی مانند «نمی‌دونم چطور بگم»، «شرمنده‌ام که این رو می‌گم» و «بذارید براتون روی کاغذ بنویســـم (و بلافاصله خط زدنِ عبارت نوشته‌شـــده)» در ادبیـــات بزه‌دیدگان و تلاش آن‌ها برای یافتن کلمات و عباراتی که هم گویای مقصود باشد و هم بارِ جنسی کمتری داشته باشد، احساس شرم به روشنی قابل استنباط بود. تعـــدادی بزه‌دیده نیز پس از اطلاع از این امر که مصاحبه‌کننده فردی مجرد اســـت، با بیان این‌که «روم نمیشه با کسی که متأهل نیست، درباره این‌جور مسائل صحبت کنم»، از انجام مصاحبه یا ادامه آن انصراف دادند.

اظهارات وکلا نیز بر متأثر بودن بزه‌دیدگان از احســـاس شرم صحه می‌گذارد. به گفته ایشان، غالب زنانی که با مشکل همسرآزاری جنسی به آن‌ها مراجعه می‌کنند،

---

۱. از میان بزه‌دیدگان مصاحبه شـــونده، تنها هفت نفر اظهار داشـــتند که با افراد متعددی در این رابطه گفت‌وگو کرده‌اند؛ ســـایر بزه‌دیدگان اذعان می‌داشـــتند که موضوع را صرفاً بـــرای معدودی از افراد (پلیس، قضات دادسرا یا دادگاه، وکیل، روان‌پزشک و ...) و آن هم به ناگزیر بازگو نموده‌اند.

از همان ابتدا به طرح این موضوع نمی‌پردازند و تنها زمانی که راه دیگری پیش روی خود نیابند، علت اصلی مراجعه خود به وکیل را فاش می‌سازند. برای نمونه، یکی از وکلای مصاحبه شونده، از تجربیات خود گفته است: «مراجعی داشتم که می‌خواست طلاق بگیره. اولش گفت: شوهرم معتاده و خرجی نمی‌ده، بعد گفت: دستِ بزن داره، بعدش گفت: با یه زن دیگه رابطه داره. همین‌طور ادعاهای مختلفی رو مطرح می‌کرد، در حالی که واسه هیچ‌کدوم، دلیل موجهی نداشت. وقتی بهش گفتم: شما هیچ مدرکی برای اثبات ادعاهات نداری و من نمی‌تونم پرونده شما رو قبول کنم، یهو زد زیر گریه و اصل ماجرا رو تعریف کرد».

شگفت آن‌که، شرم در افشای خشونت جنسی، نه تنها در بزه‌دیدگان، که حتی گاه در وکلا که حسب وظیفه باید زبانِ گویای موکل خود باشند نیز مشاهده می‌شود. برای نمونه، وکیلی اظهار می‌داشت: «بارها شده خانم‌هایی اومدن پیش من و از خشونت جنسی شوهرشون گله کردن، اما اگه هیچ دلیل موجه دیگه‌ای (مثل اعتیاد، بی‌کاری، ضرب و شتم و ...) برای طلاق وجود نداشته، من پرونده رو قبول نکردم و به سایر وکلای همکار ارجاع دادم؛ چون برام سخته که برم دادگاه و با قاضی درباره این‌جور مسائل صحبت کنم».

تجربیات قضات نیز مملو از مثال‌هایی است که بزه‌دیدگان برای احقاق حق خود، ناگزیر به مصافی دشوار با مانع شرم و حیا در بیان مسائل جنسی رفته‌اند؛ گاه بر این احساس ناخوشایند فائق آمده‌اند و گاه تسلیم آن شده‌اند.[1] تقاضای صحبت کردن در گوش قاضی به جای مواجهه رخ در رخ با وی، درخواست گفت‌وگو با منشی خانم دادگاه به جای شخص قاضی، گرفتن چادر یا روسری روی صورت هنگام صحبت کردن، اذن گرفتن برای ارائه مکتوب اظهارات خود به دادگاه به جای بیان شفاهی آن‌ها و استفاده مکرر از واژه «چیز» برای اشاره به اندام‌ها یا رفتارهای جنسی، مثال‌هایی از تلاش بزه‌دیدگان برای غلبه بر احساس شرم است که قضات مصاحبه

۱. برای نمونه، یکی از قضات مصاحبه‌شونده، از مغلوب شدن برخی زنان بزه‌دیده در نبرد با غولِ شرم و آزرم، مثال زده است: «پرونده‌ای داشتم که جلسه اول خانم اومد، اما حرفی نزد. کلی منِ‌منَ کرد و بعد گفت: بذارید برم حرف‌هام رو می‌نویسم و براتون میارم. شصتم خبردار شد که مشکلش چیه. برای این‌که راحت باشه، گفتم: باشه. هفته بعد فهمیدم که یه نامه آورده و داده به مدیر دفتر که بذاره توی پرونده، اما یک ساعت بعد اومده و پس گرفته. دیگه هم برای پیگیری مراجعه نکرد».

شونده در اظهارات خود بدان‌ها اشاره کرده‌اند.

برای نمونه، یکی از قضات این‌گونه از تجربیات خود گفته است: «همین دیروز یه پرونده داشـــتم، وکیل خانم یه سری مسائل رو مطرح کرد، انگار خودش خجالت می‌کشـــید حرف بزنه؛ یه گوشه نشســـته بود و زمین رو نگاه می‌کرد. خانم هم یه نامه نوشت و وقتی داشت می‌رفت، داد به من. ازش پرسیدم: می‌خوای اینها رو ضمّ پرونده کنم و بنویســـم به عنوان لایحه به دادگاه تقدیم کردی؟ گفت: نه، فقط می‌خوام شـــما خودتون اوضاع و احوال من رو بدونید. گفتم: اگه ضمّ پرونده نکنم، اطلاع شـــخصیِ من که تأثیری به حال شـــما و نتیجه پرونده‌ات نداره. هرچی اصرار کردم، قبول نکرد. وکیلش هم گفت: آقای قاضی موکلم می‌گه نمی‌خوام حرف‌هام جایی بمونه، خجالت می‌کشم. ... از این موارد که زن–ها میان یه نامه می‌نویسن و می‌خوان فقط من بخونم اما توی پرونده نباشـــه، زیاد داریم. بعضیا می‌گن حـــاج آقا بذار وقتی ما رفتیم بخون و حتی قســـم می‌دن که بعد از خوندن، نامه رو پاره کنم. منم هر بار توضیح می‌دم که اطلاع من تأثیری به حال شـــما نداره، چون پرونده می‌ره تجدیدنظر، می‌ره دیوان، اگه مستندِ علم من توش نباشه، حکم نقض می‌شه. اما قبول نمی‌کنن».

اظهَارات بزه‌دیدگان، وکلا و قضات نشـــان می‌دهد که تا چه اندازه فشارهای اجتماعـــی بر رعایت افراطی حجب و حیا می‌تواند دسترســـی زنـــان به عدالت را با دشـــواری مواجه سازد. گیل[1] و هاریســـون[2] به خوبی علت این امر را توضیح داده‌اند: آســـیایی‌ها در قبال خشونت جنسی از «فرهنگ سکوت» برخوردارند. آن‌ها می‌گویند که در فرهنگ غرب، شـــرم بر مرتکب خشونت جنسی تحمیل می‌شود؛ حال آن‌که در فرهنگ شرق، این شرم بر زنی تحمیل می‌گردد که قربانی خشونت شده است (Gill, & Harrison, 2016: 450). یک پلیس زن انگلیســـی در مصاحبه با آن‌ها، این‌گونه از تجربیات خود گفته است: «اگر چه برخی از افسران پلیس انگلستان، نگرشی سطحی به نیازهای زنان آسیایی دارند، بسیاری از آن‌ها درکی عمیق از فرهنگ شرم و نجابت آســـیایی دارند. من شـــرم آســـیایی را می‌فهمم؛ نه به این خاطر که خودم آن را درک می‌کنم، بلکه به این علت که ســـال‌ها در اداره پلیس کار کرده‌ام. اگر من به خانواده‌ام

1. Gill
2. Harrison

بگویم مورد خشـــونت جنســـی قرار گرفته‌ام، آن‌ها هرگز نمی‌گویند به پلیس گزارش نکن، چون پلیس ممکن اســـت به خانواده ما به چشـــمی بد نگاه کند؛ اما می‌دانم که در خانواده آســـیایی این‌گونه نیست. زنان آسیایی قربانی همسرآزاری جنسی، از بیان جزئیات آنچه برای آن‌ها اتفاق افتاده اســـت به کارکنـــان نهادهای عدالت کیفری هم شرم دارند و بنابراین، از سکوت آن‌ها نباید استنباط کرد که اصلاً اتفاقی نیفتاده است» (Gill, & Harrison, 2016: 450).

به همین علت است که راسل[1] عقیده دارد نخستین گام در حل مشکل خشونت در بستر ازدواج، شکســـتن سکوت زنان اســـت (Russell, 1998: 80). ریگینز[2] هم پس از اشـــاره به تلاش سازمان‌های حامی حقوق زنان در اندونزی برای جرم‌انگاری خشونت جنسی علیه همسر، یادآور می‌شود که مهم‌ترین موضوع، شکستن قفل زبان بزه‌دیدگان و ترغیب آن‌ها به افشـــاگری اســـت؛ زیرا مادامی کـــه زنان هم‌صدا با هم حمایتی را مطالبه نکنند، قانون‌گذار و دستگاه قضا نیز امتیازی را به آن‌ها اعطا نخواهند کرد (Riggins, 2004: 438).

۳. بیمِ انگ خوردن و بدنام شدن

ســـومین عاملی که می‌تواند بر سر راه گزارش همسرآزاری جنسی مانع ایجاد کند، بیم زنان بزه‌دیده از انگ خوردن و بدنام شـــدن[3] اســـت. در نگاه نخست، ممکن اســـت احساس شرم و بیم انگ خوردن، دو تجربه نزدیک به هم و دو روی یک سکه به نظر برســـند؛ چراکه انگ خوردن نیز می‌تواند احساس شـــرم را در فرد برانگیخته ســـازد. با این حال، پای تفاوتی ظریف در میان است که سبب می‌شود این احساسات را به عنوان دو عامل جداگانه مورد شناســـایی قرار دهیم. در ادبیات نظری مربوط به ســـلامت روان، انگ (Sigma) را به دو دســـته انگِ احساسی[4] (درونی) و انگِ عملی[5] (بیرونی) تقســـیم می‌کنند (Scambler, 2004: 33). منظور از انگ احساســـی، همان شرم و خجالت است؛ یعنی یک احساس منفی خودآگاه که زمانی بروز پیدا می‌کند که

1. Russell
2. Riggins
3. Stigmatization
4. Felt Stigma
5. Enacted Stigma

ما خود را ناکافی، نامناسب، غیراخلاقی، دوست‌نداشتنی یا بی‌لیاقت تصور می‌کنیم (Dolezal, 2022: 856). از همین روست، که شرم را «خودانگ‌زنی» نیز می‌نامند که با خودسرزنشی رابطه نزدیکی دارد؛ حالتی که در آن فرد خود را در واقعه‌ای که برایش رخ داده (مانند خشونت) مقصر می‌پندارد.

اگرچه انگِ احساسی به شرم و «انتظارِ» تبعیض برمی‌گردد، اما انگِ عملی به «تجربه» رفتار ناعادلانه در تعامل با دیگران اشاره دارد (Gray, 2002: 72). به بیان دیگر، گاه شرم و آزرم که از احساسات درونی قربانی همسرآزاری نشئت می‌گیرد، وی را از افشای خشونت باز می‌دارد و گاه ممکن است قربانی بدون آن‌که از درون احساس شرم‌ساری یا تقصیر داشته باشد، از ترس نگاه‌های تبعیض‌آمیز و رفتارهای غیرحمایت‌گرانه دیگران، سکوت پیشه کند.

پیش‌تر از شرم (یا خودانگ‌زنی) به عنوان یکی از موانع گزارش همسرآزاری جنسی یاد شد و اینک از انگ بیرونی که آن را «برچسب خوردن» یا «بدنام شدن» نیز می‌نامند، سخن به میان می‌آید. در این حالت، فرد نه خود به علت احساس درونی حقارت یا تقصیر بر خود داغ ننگ می‌زند و نه خود را سزاوار انگ خوردن از سوی دیگران می‌پندارد، اما در عین حال، از به ناحق قربانی شدنِ خود به دست بی‌عدالتی‌ها و تبعیض‌های بیرونی می‌هراسد. این ترسِ از انگ خوردن و بدنام شدن می‌تواند دو علت داشته باشد: نخست، شکستن تابوهای اجتماعی به واسطه رد شدن از خط‌های قرمز و سخن گفتن درباره مسائل جنسی؛ و دوم، انتقال مسائل زناشویی به بیرون از حریم خصوصی خانواده.

زنان به واسطه اجتناب از انگ خوردن[1] از سوی جامعه، بیشتر ترجیح می‌دهند درباره خشونت فیزیکی صحبت کنند تا خشونت جنسی و حتی ممکن است تلاش کنند به خشونت جنسی در بستر ازدواج خو بگیرند و عادت کنند. به همین علت است که بزه‌دیدگان نه تنها از گزارش همسرآزاری جنسی به پلیس اکراه دارند، بلکه حتی زمانی به پزشک، روان‌پزشک، روان‌شناس یا مشاور خانواده مراجعه می‌کنند که حجم بزرگی از خشونت را متحمل شده باشند (Nef, 2017: 14). از دیگر سو، بزه‌دیده همسرآزاری ممکن است بابت این‌که موضوع را به پلیس یا مراجع قضایی

۱. منظور، انگِ «بی‌حیایی، بی‌عفتی و گستاخی» است.

گزارش داده و خودش آن را مدیریت نکرده است، ضعیف النفس و حقیر قلمداد شود. حتی چنین بزه‌دیده‌ای ممکن است برچسب «موش (جاسوس) یا خبرچین»[1] بخورد؛ اصطلاحات تحقیرآمیزی که برای زنانی استعمال می‌شود که حل و فصل گلایه‌های به اصطلاح جزئی خانوادگی را به مقامات رسمی ارجاع داده‌اند (Felson, 2002: 621).

در این پژوهش، بزه‌دیدگان مصاحبه‌شونده با بیان عباراتی مانند این‌که «این‌قدر توی مخ ما فرو کردن که مسائل جنسی تابوئه و هر کی درباره‌اش حرف بزنه، بی‌حیا و گستاخه، که حتی توی حموم هم خجالت می‌کشیم به بدن خودمون نگاه کنیم»، «از بچگی همه‌اش ما رو از حرف مردم ترسوندن، تا الان به خاطر همین حرف مردم تحمل کردم، اما دیگه بسه»، «مامانم میگه حرف خونه رو نباید بیرون برد؛ آخه خشونت و ... [اشاره به رفتاری جنسی که مصداق بارز همسرآزاری جنسی است] که دیگه حرف خونه نیست» و عبارات مشابه دیگر، اجتناب از قضاوت شدن و برچسب خوردن از سوی جامعه و به ویژه هراس از رفتارهای تبعیض‌آمیز، غیرمنصفانه و غیرحمایت‌گرانه خانواده و اطرافیان را به عنوان یکی از عوامل مؤثر در گزارش دیرهنگام بزه‌دیدگی جنسی خود معرفی کردند. متخصصان مصاحبه شونده نیز با اشاره به فراوانی تکرار عبارت «آخه اگه من شکایت کنم، مردم چی می‌گن؟» در کلام مراجعان خود، بر اهمیت قضاوت جامعه در نگاه بزه‌دیدگان همسرآزاری جنسی مُهر تأیید زده و بر ضرورت تغییر این نگاه تأکید کرده‌اند.

٤. ترس از انتقام‌جویی شوهر

چهارمین عاملی که بزه‌دیدگان همسرآزاری جنسی را از گزارش وقوع خشونت منصرف می‌سازد، ترس از عصبانیت و انتقام‌جویی شوهر است. زمانی که مرتکب خشونت جنسی، فردی غریبه است، به علت آن‌که احتمال ملاقات یا رویارویی بزه‌دیده با مرتکب در آینده زیاد نیست، احتمال کمتری وجود دارد که ترس از مرتکب مانع گزارش وقوع خشونت به نهادهای عدالت کیفری شود، اما زمانی که بزه‌دیده مرتکب را می‌شناسد، به ویژه اگر مرتکب شوهر وی باشد که با هم در منزلی مشترک سکونت دارند، ترس از انتقام به مانعی مهم بر سر راه افشای خشونت تبدیل می‌گردد (Singer, 1988: 295-297). این انتقام‌جویی می‌تواند به شکل کتک زدن همسر،

1. Rat or Snitch

ترک انفاق (در اصطلاح بزه-دیدگان: خرجی ندادن)، محروم کردن همسر از برخی حقوق و امتیازات مانند حق تحصیل، اشتغال به حرفه و خروج از کشور، ترک زندگی مشترک (طلاق) یا تهدید به آن، جلوه نماید.

برخی تحقیقات نشان داده است زنانی که خشونت‌گری جنسی شوهران خود را گزارش می‌دهند، در مقایسه با آن‌هایی که تنها از خشونت‌های فیزیکی یا عاطفی شوهرانشان شکایت می‌کنند، بیشتر کتک می‌خورند و در معرض آسیب‌های جسمانی شدیدتری قرار می‌گیرند (Allen, 2004: 11). افزون بر این، در ادبیات خشونت خانگی، بیم از دست دادن سرپناه و حمایت‌های مالی شوهر، همواره به عنوان یکی از مهم‌ترین عَلل عدم گزارش خشونت جنسی به مراجع رسمی مورد شناسایی قرار گرفته است (Nanda, 2014: 2). به عقیده فلسون،[1] بزه‌دیدگان تنها زمانی وقوع خشونت را به پلیس یا مراجع قضایی گزارش می‌دهند که مشوق‌ها بالا و هزینه‌ها پایین باشند. وی حفاظت از خود در برابر خشونت‌های فعلی یا قریب الوقوع و یا پیشگیری از خشونت‌های آتی را اصلی‌ترین مشوق (انگیزه) دانسته و از بیم انتقام‌جویی شوهر به عنوان یکی از مهم‌ترین هزینه‌ها یاد می‌کند (Felson, 2002: 619 - 622)؛ بنابراین یک همسر خشونت‌دیده تنها زمانی تصمیم می‌گیرد خشونت‌گری شوهر خود را گزارش کند که حیات خود را در معرض خطر جدی ببیند؛ یعنی کفه آسیب‌های جسمانی فعلی یا قریب الوقوع از کفه هزینه‌های احتمالی مانند انتقام‌جویی شوهر سنگین‌تر باشد. یافته‌های پیمایش ملی بزه‌دیدگی جرائم (NCVS)[2] در امریکا نیز نشان می‌دهند که ترس از خشم و عصبانیت، خشونت فیزیکی یا اَشکال غیر خشونت‌آمیز تلافی و انتقام شوهر، بر نحوه واکنش بزه‌دیده خشونت خانگی در برابر واقعه رخ‌داده تأثیر می‌گذارد (Felson, 2002: 621).

هم‌سو با یافته‌های فوق، در این پژوهش نیز، ترس از خشم و انتقام‌جویی شوهر به عنوان یکی از عوامل مؤثر در تصمیم بزه‌دیدگان مبنی بر گزارش ندادن همسرآزاری جنسی به نهادهای عدالت کیفری مورد شناسایی قرار گرفت. برخی بزه‌دیدگان مصاحبه شونده اظهار می‌داشتند که تنها پس از ناتوان شدن شوهر در نتیجه

1, Felson
2. National Crime Victimization Survey

عللی مانند ازکارافتادگی، محکوم شـــدن به اعدام یا حبس‌های طولانی‌مدت، متواری شـــدن پس از ارتکاب جرم و مانند آن، جرأت پیدا کرده‌اند تا به منظور طرح شکایت کیفری یا تقدیم دادخواست طلاق، به مراجع قضایی مراجعه نمایند. برای نمونه، یکی از بزه‌دیدگان در پاســـخ به این پرســـش که «خب چرا زودتر اقدام نکردی؟» این‌گونه پاســـخ داده است: «شـــما نمی–دونی ترس با آدم چیکار می‌کنه. کسی که بدون قمه و تیزی از خونه بیرون نمی‌ره، هر کاری از دستش برمیاد. من فقط بعد از این‌که تصادف کرد و فلج شد، تونستم از اون خونه بیام بیرون. کار خدا بود؛ وگرنه معلوم نبود چند سال دیگه می–خواســـت زجرم بده». بزه‌دیده دیگری نیز گفته است: «من تا مدت‌ها برای رفتن پیش روان‌شـــناس از خواهرم پول می–گرفتم که نفهمه، چون کاری کرده بود که اس‌ام‌اس‌های برداشـــت پول از کارتی که بهم داده بود، برای خودش بره. اگه می‌فهمید به کســـی گفتم باهام چیکار می‌کنه، روزگار منو می‌کرد عاقبتِ یزید. دیگه وقتی افتاد زندان و حکمش اومد، منم ترسم ریخت و اومدم دادگاه».

از اظهارات فوق و اظهارات مشـــابه آن‌ها می‌توان اســـتنباط نمود که چه بسا بزه‌دیدگان دیگری نیز وجود دارند که همچنان زیر ســـایه ترس و هراس، خشـــونت جنسی زناشویی را تحمل می‌کنند، اما به خاطر حفظ امنیت جانی خود و فرزندانشان، ســـکوت را بر افشـــاگری ترجیح می‌دهند. متخصصان مصاحبه‌شونده نیز بر این مهم که ترس از انتقام‌جویی شـــوهر، عامل مهمی اســـت که زنان بزه‌دیـــده را از گزارش همسرآزاری جنســـی باز می‌دارد، صحه گذاشته و هر کدام، از تجربیات خود در این زمینه، مثال‌ها زده‌اند. برای نمونه، یکی از مددکاران مصاحبه‌شـــونده که سابقه فعالیت در یکی از خانه‌های امن تهران را دارد، یکی از خاطرات خود را این‌گونه بازگو کرده است: «زنی با آسیب‌های متعدد به ما مراجعه کرد که بارها توسط شوهرش با استفاده از اجسام خارجی مورد خشونت جنسی قرار گرفته بود و گویا چندین بار هم توسط وی بـــه دیگران واگذار شـــده بود. خانم مرتب می‌گفت تو روخدا کســـی نفهمه من اینجام. خیلی ازش می‌ترســـم. همین ترس باعث شده چند سال تحمل کنم و چیزی نگم. چند روز پیشِ ما بود و در حال درمان جســـمی و روانی بود که شـــوهرش به ما مراجعه کرد. نمی‌دونم از کجا فهمیده بود، اما با داد و بیداد و تهدید و کتک که شـــما حق نداریـــد زن من رو بدون اجازه اینجا نگه داریـــد، خانمش رو برد. بعد از مدتی

فهمیدیم خانم رو از پله‌ها پرت کرده پایین و متأسفانه خانم فوت کرده بود».

۵. بی‌تفاوتی نهادهای عدالت کیفری

واپسین عاملی که سبب می‌شود قربانیان همسرآزاری جنسی تمایل چندانی به گزارش واقعه خشـــونت‌آمیز نداشته باشند، عدم حساسیت نهادهای عدالت کیفری به بزه‌دیدگی آن‌هاســـت. برای نمونه، نتایج پیمایش خشونت علیه زنان در امریکا نشان داده است که بسیاری از قربانیان همسرآزاری جنسی به خاطر رفتارِ غیر حساس نظام عدالت کیفری در قبال این پرونده‌ها، عموماً مایل به گزارش وقوع خشـــونت به پلیس نیستند؛ به ویژه آن‌که کنشگران این نظام، تمایل به خفیف انگاشتن و ناچیز جلوه دادنِ خشونت‌های ارتکابی از سوی شـــوهر یا شریک زندگی دارند (Sack, 2010: 557). در جوامع جنوب آســـیا نیز، اگرچه زنان به طور غیر رسمی شیوع بالای همسرآزاری جنســـی را متذکر می‌گردند، اما این خشـــونت‌ها رســـماً گزارش نمی‌شود. یکی از مهم‌ترین علل عدم گزارش همســـرآزاری جنسی توسط زنان آسیایی، تصور ایشان از پلیس و پاســـخ احتمالی افسران پلیس به شکایت آن‌هاست. زنان بزه‌دیده می‌ترسند از این‌که: نخست، افسران پلیس که غالباً مرد هستند، درک درستی از نیازهای زنانه آن‌ها نداشته باشـــند؛ دوم، پلیس با مردان خانواده آن‌ها (شوهر، پدر، برادر و ...) در تماس باشـــد؛ سوم، پلیسِ مرد داســـتان آن‌ها را باور نکند یا در فرضِ صحه گذاشتن بر آن، اقدامی علیه خشونت‌گر که هم‌جنس او (مرد) است انجام ندهد (Gill, & Harrison, 2016: 446 - 449).

در این پژوهش نیز، بزه‌دیدگان مصاحبه شـــونده از عدم حساســـیت نهادهای عدالت کیفری به خشونت‌های خانگی و تلاش کارکنان نهادهای مزبور برای کم‌اهمیت جلوه دادن تجربه زیســـته خود گلایه داشـــتند. برای نمونه، یکی از بزه‌دیدگان گفته اســـت: «بالاخره تصمیم گرفتم برم کلانتری. به افســـره گفتم: شـــوهرم همش توهین می‌کنه، فحش‌های رکیک و ناموســـی مـــی‌ده. همین دوتا جملـــه رو که گفتم، اصلاً نذاشت حرفم رو تموم کنم و مشکل اصلی رو بگم. با قلدری بهم گفت: واسه این پا شـــدی اومدی کلانتری؟ بعد پرونده‌هاش رو یکی یکی ورق زد و به من گفت: نگاه کن؛ این آدم‌ربابیه، این گوشـــی قاپیه، این مواد مخدره و ...؛ مردم واسه اینا پا می‌شن میان کلانتری. حالا پاشـــو برو خونه، یه قورمه سبزی واسه شوهرت درست کن، شب

که اومد آشـــتی می‌کنید! اگرم دلت رو زده و پای یکی دیگه وســـطه، باید بری دادگاه خانواده. اینجا مشکلت حل نمی‌شـــه». بزه‌دیده دیگری با بیان این عبارت که «تجربه من نشون داده که پلیس و دادگاه برای دعواهای زن و شوهری تره هم خُرد نمی‌کنن»، بی‌تفاوتی نظام عدالت کیفری به پرونده‌های خشونت خانگی را یادآور شده است.

این بی‌اعتمادی به نهادهای عدالت کیفری سبب می‌شود که هم زنان بزه‌دیده‌ای که از مراجعه به این نهادها به نتیجه مطلوب نرســـیده‌اند، در دفعات بعدی از گزارش وقوع خشـــونت اجتناب ورزند و هم با انتقال تجربه ناموفق خود به سایر بزه‌دیدگان، آن‌ها را در اســـتمداد از نظام عدالت کیفری مردد سازند. برای نمونه، بزه‌دیده‌ای گفته اســـت: «یکی از همکارهام، مشکلی مثل من داشت، شـــاید هم خیلی بدتر از من. از چیزهایی که می‌گفت معلوم بود خیلی تحت فشاره، اما می‌ترسید شکایت کنه و نتیجه نگیره و وضعیتش بدتر هم بشـــه. به من می‌گفت: بذار ببینم تو که شـــکایت کردی به کجا می‌رســـی. وقتی من با این‌که وکیل گرفته بودم، به جایی نرســـیدم، اون هم دیگه منصرف شـــد. من از شکایت کیفری نتیجه‌ای نگرفتم، الان دادخواست طلاق دادم که در جریانه و خودم هم رفتم خونه بابام تا تکلیفم روشـــن بشـــه. من خودم شاغلم و درآمد دارم و می‌تونم به هر خفتی تن ندم، اما خدا به دادِ اون زن‌هایی برسه که پشت و پناهی ندارن».

عدم حساســـیت نهادهای عدالت کیفری به پرونده‌های خشـــونت خانگی از جمله همســـرآزاری جنســـی، افزون بر اظهارات بزه‌دیدگان، از کلام مقام‌های قضایی نیز قابل اســـتنباط اســـت. بیان عباراتی نظیر «جای طرح دعـــاوی خانوادگی، دادگاه خانواده اســـت، نه دادگاه کیفری»، «دستگاه قضا رو نباید معطل پرونده‌هایی کرد که با ریش‌سفیدی خارج از داگاه هم قابل حله»، «زن و شوهر دعوا کنند، ابلهان باور کنند؛ این‌ها فردا آشتی می‌کنن، فقط الکی وقت ما رو می‌گیرن»، «زن‌ها اشتباهی میان اینجا، اونها فقط دنبال یه گوش شـــنوا می‌گردن که دردِ دل کن و ما هم وقتش رو نداریم»، «ما کلی پرونده مهم داریم، این‌جور دعاوی باید برون‌ســـپاری بشـــه به مراکز مشاوره خارج از دادگاه» و نظایر آن در کلام قضات مصاحبه‌شونده، همگی بر این مهم دلالت دارند که رســـیدگی به پرونده‌های خشونت خانگی (اصطلاحاً دعاوی زن و شوهری) در اولویت‌های نظـــام عدالت کیفری جای ندارد. بی‌اعتنایی مقامات قضایی به ادعای

خشونت‌دیدگی زنان را باید در تفسیرهای متفاوت آن‌ها از مفهوم تمکین جست‌وجو کرد که منجر به تشتّت آرا و تصمیم‌گیری‌ها می‌شود. اگر چه عوامل متعددی را می‌توان برای تشتّت آرا برشمرد، اما ابهام قوانین را باید مهم‌ترین آن‌ها دانست. از همین رو، حقوق‌دانان برای اصلاح قوانین مبهم و پیشگیری از تصویب قوانین دارای ابهام، راهکارهای متعددی نظیر وارد نمودن یادداشت‌های توضیحی به نظام حقوقی و ایجاد آزمایشگاه‌های قضایی را پیشنهاد کرده‌اند (بهره‌مند بگ‌نظر و همکاران، ۱۴۰۱: ۷۱).

علت دیگر این امر را می‌توان در فرهنگ سازمانی نهادهای عدالت کیفری جست‌وجو کرد. برای نمونه، اقتدارگرایی پلیس مانع از آن است که رسیدگی به مناقشات خانوادگی را در اولویت‌های خود قرار دهد. در فرهنگ سازمانی پلیس، مداخله در پرونده‌های خشونت خانگی، «کار پلیسی واقعی»[1] محسوب نمی‌شود و افسران پلیس تعمد دارند تا از ثبت چنین شکایاتی اجتناب ورزند یا رسیدگی به آن‌ها را به تأخیر اندازند؛ چرا که پرداختن به این امور را دون شأن پلیسی خود می‌دانند (Erez, 2002: 5). پلیس، قوتِ عملکرد، افتخار و موفقیت خود را در بالا بردن آمار دستگیری قاتلان، سارقان، اراذل و اوباش و جنایت‌کارانی می‌داند که مردم حتی از شنیدن نام آن‌ها هراس دارند، نه حل و فصل اختلافات میان زوجین که به زعم آن‌ها بدون تصدیع وقت پلیس و از طرق دیگر نیز قابلیت رسیدگی دارند و اموری جزئی و البته خصوصی قلمداد می‌شوند. همین انتقاد بر عملکرد دادسرا و دادگاه (دیگر نهادهای عدالت کیفری) نیز وارد می‌باشد.

شاید در خصوص آن دسته از پرونده‌های همسرآزاری که در آن‌ها شواهدی از قتل یا آسیب‌های شدید جسمانی وجود دارد، این موضع‌گیری تا حدودی رنگ ببازد و موضوع واجد شرایط عمومی تعقیب کیفری قلمداد گردد، اما وقتی پای همسرآزاری جنسی در میان باشد، خصوصی‌انگاری موضوع به مانعی جدی در برابر احقاق حق بزه‌دیدگان بدل می‌گردد. نهادهای عدالت کیفری با تأکید بر جرائم ارتکاب‌یافته خارج از روابط زناشویی میان زوجین، از این مهم غفلت می‌ورزند که انکار حق دادخواهی بزه‌دیدگان همسرآزاری جنسی و در نتیجه، فرو خوردن خشم توسط آن‌ها، زمینه را

1. Real Police Work

برای تداوم خشـــونت در خانواده فراهم می‌کند و چه بسا فرجام آن، ارتکاب جرائمی باشـــد که از قضا در اولویت بالای رســـیدگی کیفری قرار دارند. برای نمونه، وکلا و متخصصان مصاحبه شونده، مواردی را مثال زده‌اند که در آن‌ها، سوء رفتارهای جنسی شـــوهر در کنار سرخوردگی و ناامیدی از نظام عدالت کیفری، زنان را به سوی روابط خارج از ازدواج و گاه همسرکشـــی ســـوق داده اســـت. برای نمونه، یکی از وکلای مصاحبه شونده که سابقاً پژوهشی را درباره انگیزه‌های زنان از همسرکشی انجام داده، گفته اســـت: «توی بند نســـوان، زنی رو دیدم که بارها قربانی رابطه جنسی نامتعارف با ابزار شـــده بود. شکایت کیفری کرده بود، منع تعقیب خورده بود. برای طلاق اقدام کرده بود، دادخواســـتش رد شـــده بود. همه‌اش به در بسته خورده بود. نهایتاً، یه شب در مقام مقاومت، با گلدون کنار تخت زده بود توی ســـر شـــوهرش و اونو کشته بود. می‌گفتَ پشیمون نیســـتم، اگه بازم به عقب برگردم و توی همین شرایط قرار بگیرم، همین کار رو می‌کنم ... من داســـتان زن‌های همسرکش زیادی رو شنیدم، فکر می‌کنم اگه قانون این قدر ســـخت‌گیرانه نبود یا قضات با زن‌ها مهربون‌تر رفتار می‌کردن، بند نسوان خیلی خلوت‌تر می‌شد».

بنابراین پُر بی‌راه نیســـت که برخی پژوهش‌گران متذکر شده‌اند وقتی یک زن خشونت جنسی ارتکابی از ســـوی شوهر را گزارش می‌دهد، باید جدی گرفته شود؛ یعنی به نهادهای مربوط ارجاع گردد، خدمات حقوقی، پزشکی، حمایتی و مشاوره‌ای دریافت کند و تجربه او کـــم اهمیت تلقی نشود (Mahoney, 1998: 132)؛ چرا که هدف زنان از گزارش خشـــونت خانگی به پلیس و مراجعـــه به دادگاه، تضمین یک زندگی مشـــترک عاری از خشونت اســـت؛ بنابراین بزه‌دیدگان تنها زمانی حمایت و جبران خســـارت را از نظام عدالـــت کیفری مطالبه می‌کنند که مطمئن باشند دادگاه و نهادهای مرتبط، به گونه‌ای جدی و حســـاس به خواسته آن‌ها پاسخ می‌دهند (Ur-sel, 1996: 263). به همین دلیل اســـت که در برخی کشورها، «دادگاه‌های تخصصی خشـــونت خانگی»[1] ایجاد شده اســـت که دو هدف کلی توجه به نیازهای بزه‌دیده و حفظ امنیت وی و مســـؤولیت‌پذیر نمودن مرتکب خشونت خانگی را در دستور کار خـــود قرار داده‌اند. در این دادگاه‌ها، قضات با رویکرد حل مســـأله اقدام به بررســـی

1. Specialized Domestic Violence Courts

جوانب مختلف پرونده کرده و می‌کوشند در راستای رفع علل زمینه‌ای بروز خشونت در خانواده و ایجاد سازش میان بزه‌دیده و بزهکار (زن و شوهر) از اختیارات خود بهره گیرند. حضور قضات متخصص، آموزش‌دیده و باتجربه در دادگاه‌های خشونت خانوادگی و عدم جابه‌جایی آنان در کوتاه‌مدت، آنها را قادر می‌سازد با طرفین پرونده‌های خشونت خانگی و حقایق و مسائل مرتبط با این پرونده‌ها، آشنایی بیشتری پیدا کرده و تصمیمات آگاهانه‌تری اتخاذ نمایند (رضاپور و همکاران، ۱۴۰۲: ۱۳۸- ۱۳۹).

برآمد

۱- یافته‌های این پژوهش نشان دادند که بزه‌دیدگان همسرآزاری جنسی عموماً تحت تأثیر عواملی نظیر عدم ادراک خود به عنوان بزه‌دیده خشونت جنسی، احساس شـــرم، ترس از انتقام‌جویی شوهر و بیم برچسب خوردن و بدنام شدن، تمایلی برای مراجعـــه به نهادهای عدالت کیفری و گزارش وقوع خشـــونت بـــه آن‌ها ندارند. تنها شـــماری از بی‌شمار بزه‌دیدگان همسرآزاری جنسی، آن هم پس از سال‌ها تحمل رنج و آسیب ناشی از خشونت، در پی مراجعه به وکلای دادگستری یا متخصصان سلامت و بهداشـــت خانواده (پزشکان، روان‌پزشکان، روان‌شناسان، مشاوران و مددکاران)، از نقض آشـــکار حقوق خود مطلع شـــده و تحت راهنمایی و هدایت ایشـــان، شهامت افشاگری را به دست می‌آورند.

۲- ســـه دســـته از عوامل بازدارنده زنان از گزارش همسرآزاری جنسی (عدم ادراک خود به عنوان بزه‌دیده خشـــونت جنسی، احســـاس شرم و بیم انگ خوردن)، در زمـــره موانع فرهنگی طبقه‌بندی می‌شـــوند. از آنجا که فقـــر فرهنگی درباره انواع خشونت‌های خانگی به ویژه همسرآزاری جنسی و فشار اجتماعی برای ترغیب زنان به خودسانســـوری و عدم افشای بزه‌دیدگی، زمینه مســـاعدی را برای تکرار و تداوم خشونت فراهم می‌آورد، نخستین گام برای پیشگیری یا دستِ‌کم کاستن از موارد این نوع خشـــونت خانگی، تلاش برای ارتقای فرهنگ عمومی جامعه در زمینه خشونت علیه زنان است. این آگاهی‌بخشی می‌تواند در دو ساحت انجام شود:

در ســـاحت نخست، می‌بایست از رهگذر تدوین و اجرای برنامه‌های فرهنگی اجتماعـــی، دانش عمومی جامعه به میزانی ارتقا داده شـــود که پیام عدم تحمل انواع خشـــونت خانگی از سوی جامعه را به آحاد مردم مخابره کند. در این راستا، تصویب لایحه پیشـــگیری از آســـیب‌دیدگی زنان و ارتقای امنیت آنان در برابر سوء رفتار، به لحاظ تکالیفی که در خصوص فرهنگ‌ســـازی در زمینه رعایت منزلت زنان و تکریم و حفظ امنیت آن‌ها در خانواده، پرهیز از خشونت‌گری علیه زنان و توجه به نیازهای آن‌ها بر عهده نهادهایی مانند آموزش و پروش، صدا و سیما، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و شهرداری‌ها قرار داده است، می‌تواند گام مؤثری به شمار آید.

در ســـاحت دوم، با تجدید نظر در مدت زمان و محتوای برنامه‌های آموزشی

پیش از ازدواج، زوجین برای ورود در یک رابطه زناشـــویی ســـالم، توأم با احترام و عاری از خشونت به خوبی آموزش داده شوند؛ چرا که بسیاری از مرتکبان همسرآزاری جنســـی، خود قربانیانِ فقر دانش درباره ضوابط ناظر به روابط جنسی سالم و متعارف هســـتند؛ یعنی پیش از ورود به زندگی زناشـــویی، آموزش‌های کافی را در خصوص ضرورت احترام به شـــریک جنسی و حفظ کرامت وی، و مرز میان رفتارهای جنسی متعارف و خشـــونت‌آمیز دریافت نکرده‌اند. برای نمونه، یکی از سکسولوژیست‌های مصاحبه‌شـــونده درباره فقر دانش جنســـی افراد در جامعه ایران گفته است: «یکی از ســـؤال‌هایی که من و همکارهام همیشـــه از مراجعان می‌پرســـیم اینه که: فلان رفتار جنســـی رو از کجا یاد گرفتی؟ اولین مواجهه‌ات با رابطه جنسی از چه طریقی بوده؟ قریـــب به اتفاق مراجعان، پاســـخ می‌دن: از طریق عکس‌هـــا و فیلم‌های پورن. حالا هرچی هم بهشـــون توضیح بدی که زن و شـــوهرهای عـــادی خارجی هم این‌طور وحشیانه با هم رابطه برقرار نمی‌کنن، توی گوشِشون نمی‌ره. چون از دوران نوجوانی و بلوغ، رابطه جنســـی درســـت و سالم بهشون آموزش داده نشـــده، در سنین بالاتر، ســـخت می‌شه دیدگاهشون نســـبت به رابطه جنســـی رو اصلاح کرد». بنا بر تجربه متخصصان مصاحبه‌شونده، محتوای کلاس‌های آموزشیِ چند ساعته پیش از ازدواج، پاسخگوی تمام ســـؤالات و ابهامات زوجین درباره یکَ رابطه جنسی سالم و توأم با رضایت نیست. به گفته ایشان، غالب مراجعان آن‌ها، نحوه برقراری رابطه جنسی را از طریق هرزه‌نگاری‌ها فراگرفته‌اند. روشن است که در غیاب یک نظام آموزشی قوی و کارآمد، برای برقراری رابطه جنسی از هرزه‌نگاری‌های در دسترس در فضای مجازی الگوبرداری شود؛ محصولاتی که چون اساساً به قصد آموزش تولید نشده‌اند جز ایجاد انحراف در رابطه جنسی، آورده دیگری ندارند.

۳- از آنجا که یکی دیگر از عواملی که بر سر راه گزارش همسرآزاری جنسی مانع ایجاد می‌کند، ترس از واکنش شـــوهر در برابر اقدام قضایی بزه‌دیده اســـت، باید از دو طریق در راســـتای کاستن از این ترس گام برداشت. نخست، با توسعه و تجهیز خانه‌های امـــن (که آمارها از ناکافی بودن تعداد و امکانات آن‌ها حتی در شـــهرهای بزرگی مانند تهران حکایت دارند)، شرایطی فراهم شود که زنان بزه‌دیده پس از طرح شـــکایت علیه شـــوهر تا زمان صدور حکم و حتی پس از آن، بتوانند در محیطی امن

خود را برای گذر از تجربه دردناک خشونت و بازگشتن به زندگی عادی مهیا سازند؛ دوم، با هدایت پرونده‌های خشـــونت خانگی به فرایندهای صلح و سازش و عدالت ترمیمی، از رهگذر تغییر شیوه پاسخ‌دهی به خشونت‌های خانگی (از پاسخ‌های کیفری به اقدامات درمانی و بازپرورانه)، از احتمال واکنش‌های تلافی‌جویانه از سوی شوهران خشونت‌گر کاست و از این طریق، اعتماد زنان بزه‌دیده را برای گزارش وقوع خشونت به مراجع رسمی جلب نمود.

٤- واپسین عاملی که زنان بزه‌دیده را از گزارش همسرآزاری جنسی بازمی‌دارد، عدم حساسیت نهادهای عدالت کیفری در قبال مناقشات خانوادگی است. مصاحبه با قضات نشان داد که علی‌رغم ماهیت خاص پرونده‌های خشونت خانگی (وجود علقه خویشـــاوندی میان مرتکب و قربانی و ضرورت محافظت از آن)، برنامه‌های ویژه‌ای برای آموزش نوع رسیدگیِ متفاوت به این قبیل پرونده‌ها طراحی و اجرا نشده است. بر همین اســـاس پیشـــنهاد دیگر، ایجاد «دادگاه های ویژه خشونت خانگی»[1] به تأسی از ســـایر کشورهاســـت؛ دادگاه‌هایی که قضات و کارمندان آن در خصوص مســـائل و مناقشـــات خانوادگی و نحوه تعامل با زوج خشـــونت‌گر و زوجه خشـــونت‌دیده، آموزش‌های کافی را دریافت کرده باشـــند و مددکاران و مشـــاوران خانواده نیز برای اتخاذ بهترین تصمیم به آن‌ها مشاوره دهند.

1. Specialized Domestic Violence Court

فهرست منابع

الف. فارسی

* آذری، هاجـــر و بابازاده، زهرا (۱۳۹۸)، «**حمایت از زنان بزه‌دیده خشونت جنسی خانگی در نظام عدالت کیفری ایران**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۲.

* آشـــتیانی، مهدیه و آخوند، سکینه (۱۳۹۱)، «**اهداف ازدواج و کارکردهای آن از منظر اسلام**»، پژوهش‌نامه اسلامی زنان و خانواده، سال پنجم، شماره ۱۳.

* اردبیلـــی، مولی احمـــد (۱٤۱۲ ق)، **زبدة البیان فی أحکام القرآن**، جلد نخســـت، تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

* بابازاده، زهرا (۱۳۹٦)، **خشـــونت جنسی خانگی در نظام حقوقی ایران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس.

* بزمی، شـــبنم و کیانی، مهرزاد و رضوانی، ســـودابه و بزمی، الهام و نائیجی، حامد (۱۳۹۱)، «**همسرآزاری و عوامل مؤثر بر آن در مراجعین به واحد معاینات مرکزی پزشکی قانونی استان تهران**»، حقوق پزشکی، شماره ۲۰.

* بهره‌منـــد بگ‌نظـــر، حمید و عامری ثانـــی، امیرکیا و فرهمنـــد، آذر و حاجی‌زاده، امیرحسین (۱٤۰۲)، «**سیاســـت‌گذاری حقوقی و پیشگیری از تشتت آراء؛ کاهش دامنه تفسیرپذیری قوانین از طریق یادداشت توضیحی و آزمایشگاه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.

* تابش، آذر و حاج‌منوچهری، رضا (۱٤۰۲)، «**عوامل اجتماعی و اقتصادی مؤثر بر خشونت خانگی نسبت به زنان در جامعه ایران: یک مطالعه ثانویه**»، مجله پزشکی قانونی ایران، دوره ۲۹، شماره ۱.

* جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۳)، **زن در آیینه جمال و جلال**، چاپ نخســـت، تهران: مؤسسه بین‌المللی نشر اِسرا.

* حلّی، جعفربن حسن (۱٤۰۸ق)، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد دوم، قم: اسماعیلیان.

* رضاپور، زهرا و فرجیها، محمد و روشـــن، محمد (۱٤۰۲)، «**تحول نقش قاضی در رویکرد حل مسئله به خشـــونت خانگی؛ مطالعهٔ تطبیقی حقوق کیفری کامن‌لا و**

ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
* رضایی اصفهانی، محمدعلی و شورگشتی، حمیده (۱۳۹٦)، «**تفسیر تطبیقی آیه ۲۱ سوره روم و رویکردهای آن»**، سراج منیر، شماره ۲٦.
* ره‌کشای، حمیده (۱۳۹۵)، «**نقش مداخله دولت‌ها در خشونت خانگی علیه زنان از منظر حقوق بشر»**، پژوهش‌نامه حقوق بشری، شماره ٤.
* طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، جلد ٦، تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
* عاملی، محمدبن حسن (۱٤۰۵ق)، **وسائل الشیعه**، جلد بیستم، قم: دار الکتب الإسلامیه.
* قادری‌نیا، محمد و باهو، محمد و نعیم یاوری، مجید (۱۳۹۳)، «**بررسی نقش پلیس در پیشگیری انتظامی از خشونت خانگی»**، مطالعات پلیس زن، شماره ۲۱.
* مدرسی، سیدمحمدتقی (۱۳۷۹)، **احکام خانواده و آداب ازدواج**، چاپ پنجم، قم: انتشارات محبّان الحسین (ع).
* ملک‌احمدی، حکیمه و عدلی‌پور، صمد؛ و پیرنیا، زهرا (۱۳۹۲)، «**آسیب‌شناسی آثار هرزه‌نگاری اینترنتی بر روابط جنسی زوج‌ها»**، مجله طوبی، شماره ٤۵.
* نعمتی، زهرا و فرجیها، محمد (۱٤۰۲)، «**واکنش نهادهای عدالت کیفری در قبال خشونت جنسی علیه همسر»**، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال چهاردهم، شماره ۱.
* نویدنیا، منیژه و شاملو، ابراهیم (۱۳۹۷)، «**بررسی عوامل مؤثر بر همسرآزاری با تأکید بر نقش نظام مردسالاری در خانواده»**، زن در توسعه و سیاست، دوره ۱٦، شماره ۱.
* یکرنگی، محمد و شیروی، مهسا (۱۳۹۰)، «**عدالت ترمیمی؛ واکنشی مناسب در حمایت از آسیب‌های روانی و جسمانی زنان بزه‌دیده خشونت خانگی»**، حقوق پزشکی، شماره ۱۹.

ب. انگلیسی

* Allen, Charlene; Raimer, John; Rothman, Emily (2004), **"Intimate Partner Sexual Abuse: A Curriculum for Batterer Intervention Program Facilitators"**, Boston: Commonwealth of Massachusetts,

Executive Office of Public Safety.

❋ Balos, Beverly (2004), **"A Man's Home Is His Castle: How the Law Shelters Domestic Violence and Sexual Harassment"**, Saint Louis University Public Law Review, 23.

❋ Basile, Kathleen C. (2002), **"Prevalence of Wife Rape and Other Intimate Partner Sexual Coercion in a Nationally Representative Sample of Women"**, Violence and Victims, Vol. 17(5).

❋ Breiding, Matthew; Kathleen C. Basile; Sharon G. Smith; Michele C. Black, and Reshma R. Mahendra (2015), **"Intimate Partner Violence Surveillance Uniform Definition and Recommended Data Elements"**, Version 2.0, National Center for Injury Prevention and Control Atlanta, Georgia.

❋ Boyce, Carolyn; Neale, Palena (2006), **"Conducting in-depth interviews: A guide for designing and conducting in-depth interviews for evaluation input"**, Watertown: Pathfinder international. Vol. 2.

❋ Dolezal, Luna (2022), **"Shame Anxiety, Stigma and Clinical Encounters"**, Journal of Evaluation in Clinical Practice, Vol. 28(5).

❋ Erez, Edna (2002), **"Domestic Violence and the Criminal Justice System: An Overview"**, Online Journal of Issues in Nursing, 7(1), 1-24.

❋ Eskow, Lisa R. (2006), **"The Ultimate Weapon: Demythologizing Spousal Rape and Reconceptualizing Its Prosecution"**, Stanford Law Review, Vol. 48.

❋ Felson, Richard B.; Messner, Steven F.; Hoskin, Anthony W.; Deane, Glenn (2002), **"Reasons for Reporting and Not Reporting Domestic Violence to the Police"**, Criminology, 40(3), 617-648.

❋ Felson, Richard, Paré, Paul-Philippe (2005), **"The Reporting of Domestic Violence and Sexual Assault by Non-Strangers to the**

Police", Document No: 209039, U.S. Department of Justice, Journal of Marriage and Family 67, No. 3, 597-610.

❋ Frieze, Irene Hanson (1983), **"Investigating the Causes and Consequences of Marital Rape"**, Signs: Journal of Women in Culture and Society, 8(3), 532-553.

❋ Gelles J., Richard (1988), Family Violence, Sage Publication, 1979; Qouted in: Scheyett, Anna, **"Marriage Is the Best Defense: Policy on Marital Rape"**, Affilia, 3(4).

❋ Gill, Aisha K.; Harrison, Karen (2016), **"Police Responses to Intimate Partner Sexual Violence in South Asian Communities"**, Policing: A Journal of Policy and Practice, 10(4), 446-455.

❋ Gray, Alison J. (2002), **"Stigma in Psychiatry"**, Journal of the Royal Society of Medicine, Vol. 95(2).

❋ Idrus, Nurul Ilmi; Bennett, Linda Rae (2003), **"Presumed Consent: Marital Violence in Bugis Society"**, in Book: Violence against Women in Asian Societies, Edited by: Bennett, Linda Rae; Manderson, Lenore, Chapter 3, Routledge, 41-60.

❋ Joyal, Christian C., Cossette, Amélie; Lapierre, Vanessa (2015), **"What Exactly Is an Unusual Sexual Fantasy?"**, Journal of Sexual Medicine, 12(2), 328-340.

❋ Lovell, Rachel E.; Collins, Cyleste C.; McGuire, Margaret J.; Overman, Laura T.; Luminais, Misty N.; Flannery, Daniel J. (2019), **"Understanding Intimate Partner Sexual Assaults: Findings from Sexual Assault Kits"**, Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma, 28(1), 1-24.

❋ Mahoney, Patricia; Williams, Linda Meyer (1998), **"Sexual Assault in Marriage: Prevalence, Consequences, and Treatment of Wife Rape"**, Na, 113-163.

❋ McCleary-Sills, Jennifer; Namy, Sophie; Nyoni, Joyce; Rweyemamu, Datius; Salvatory, Adrophina; Steven; Ester (2016), **"Stigma, Shame and Women's Limited Agency in Help-Seeking for Intimate Partner Violence"**, Global public health, 11(1-2), 224-235.

❋ Nanda, Rajni (2014), **"Marital Rape: Recent Position with the Criminal Law Amendment Act 2013"**, International Journal of Law & Legal Jurisprudence Studies, vol. 1, Issue 6, 1-26.

❋ Nef, Susanne (2017), **"Discursive Problematization of Marital Rape from Intercultural Perspective: Empirical Analysis"**, Artha Journal of Social Sciences, 16(2), 1-22.

❋ Rahm, Gullbritt; Renck, Barbro; Ringsberg, Karin C. (2006), **"Disgust, Disgust Beyond Description - Shame Cues to Detect Shame in Disguise, in Interviews with Women Who Were Sexually Abused During Childhood"**, Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing, 13(1), 90-109.

❋ Riggins, Leah (2004), **"Criminalizing Marital Rape in Indonesia"**, Boston College Third World Law Journal, 24, No. 2, 421-442.

❋ Russell, Diana E. (1998), **"Wife Rape and the Law"**, in book: Confronting Rape and Sexual Assault, Edited by: Odem, Mary E.; Clay-Warner, Jody, Rowman & Littlefield Publishing, 71-81.

❋ Sack, Emily J. (2010), **"Is Domestic Violence a Crime: Intimate Partner Rape as Allegory"**, Journal of Civil Rights and Economic Development, Vol. 24, Issue 3, 535-583.

❋ Scambler, Graham (2004), **"Re-framing Stigma: Felt and Enacted Stigma and Challenges to the Sociology of Chronic and Disabling Conditions"**, Social Theory & Health, Vol. 2(1).

❋ Singer, Simon (1988), **"The Fear of Reprisal and the Failure of**

Victims to Report a Personal Crime", Journal of Quantitative Criminology, 4(3), 289-302.

❋ Statistics about Sexual Violence in the U.S., National Sexual Violence Resource Center, 2015.

❋United Nations (2006), **In-depth Study on All Forms of Violence against Women**. Report of the Secretary-General, Sixty-first Session, A/61/122/Add.1

❋ Ursel, E., Jane (1996), **"The Possibilities of Criminal Justice Intervention in Domestic Violence: A Canadian Case Study"**, Current Issues in Criminal Justice, Vol. 8, No. 3, 262-274.

❋ Wall, Liz (2012), **"The Many Facets of Shame in Intimate Partner Sexual Violence"**, Melbourne: Australian Institute of Family Studies.

❋ Warner, Kate (2000), **"Sentencing in Cases of Marital Rape: Towards Changing the Male Imagination"**, Legal Studies, Vol. 20(4), 2000.

❋ Weiss, Karen G. (2010), **"Too Ashamed to Report: Deconstructing the Shame of Sexual Victimization"**, Feminist Criminology, 5(3), 286-310.

❋ World Health Organization (2012), **Understanding and Addressing Violence against Women**, Intimate Partner Violence, Geneva.

پ. سایت‌های خبری

❋ خبرگزاری ایسنا، ۱۸ مهر ۱۳۸۳، کد خبر: ۸۳۰۷ - ۰۷۰۲٤؛ قابل دسترسی در:
https://www.isna.ir/news/8307-07024/

❋ خبرگزاری ایسنا، ۱۷ آذر ۱۳۹٤، کد خبر: ۹٤۰۹۱۷۱۰۲۷٤؛ قابل دسترسی در:
https://www.isna.ir/news/94091710274/

❋ خبرگزاری تابناک، ۱۸ دی ۱۳۹۲، کد خبر: ۳۷۰۰۳۱؛ قابل دسترسی در:
https://www.tabnak.ir/fa/news/370031/

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۳٦٦-۳٤۳
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۱۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۱۲/۱٦

سیاست نفی مدارا در امور کیفری؛ عوام‌گرا یا اخلاق‌مند؟

شیرین شیعه‌زاده،[۱] حسین میرمحمدصادقی،[۲] عباس شیخ‌الاسلامی،[۳] حمیدرضا میرزاجانی[٤]

چکیده

در میان نظریات ارائه شـــده در توجیه مجازات، نظریه استحقاق مجرم تنها نظریه‌ای اســـت که می‌توان برای آن، مبنای غریزی قائل شـــد. سیستم شهودی عاطفی ذهن انسان که خـــارج از منطق آگاهانه عمل می‌کند، همـــواره مجازات افراد خطـــاکار را مطالبه می‌نماید. مجازات‌های ســـودگرایانه، اگرچه بـــر مبنای گفتمان‌های اجتماعـــی و احترام به آزادی‌های فردی، جایگاه وســـیعی در سیاســـت‌گذاری کیفری به دســـت آوردند، اما در دهه‌های اخیر رویکردهای نفی مدارا در نظام کیفری کشـــورها و طرح تئوری‌هایی مانند «هویج و چماق» که در دولت‌هایی موســـوم به دولت رفاه ظهور نمود، جایگاه این سیاســـت‌گذاری را متزلزل کرد. دلایل روان‌شـــناختی، جرم‌شناختی و جامعه‌شناختی، اگر به طور قطع لزوم ناخوشایندی مجازات را اثبات ننمایند، لااقل آن را از یک رویکرد عوام‌گرای صرف خارج کرده و در قالبِ یک گفتمان علمی مطرح می‌نماید. نادیده‌انگاری استحقاق مجرم به ویژه در مجازات‌هایی که به حال متهم مناســـب‌تر است، منجر به تعارض میان سیاست‌گذاری کیفری و مطالبه عمومی می‌شـــود و آرمان نهایی کاهش جرم را محقق نمی‌کند؛ لذا به کارگیری نهادهایی مانند زندان اصلاحی، جایگزین‌های حبس و مؤلفه‌های سقوط مجازات در متن قانون و آراء قضایی باید با مداقه فراوان و مشارکت بزه‌دیده صورت پذیرد.

واژگان کلیدی: اســـتحقاق، بازتولید اخلاقی، ســـقوط مجازات، ناامنی، دولت رفاه، نظریه «هویج و چماق».

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. dr.shirinshiehzadeh@yahoo.com

۲. اســـتاد حقوق جزا و جرم شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شـــهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) drsadeghi128@yahoo.com

۳. دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. dr.sheikholeslami@gmail.com

٤. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. mirzajani.hamid-reza@hotmail.fr

درآمد

در اواسط قرن بیستم و در پی غلبه گفتمان اصلاح و درمان، چنین تصور می‌شد که سزاگرایی به طور کلی جایگاه خویش را در میان نظریه‌های مرتبط با توجیه کیفر از دست داده و به اندیشه‌ای کاملاً متروک مبدل گردیده است (Cragg,1990:2 به نقل از: جوان جعفری، ۱۳۹٤: ۸۷). با این وجود پس از مدتی، بازگشت به این اندیشه توسط فلاسفه و جرم شناسان مورد حمایت قرار گرفت. جان همتون،[1] جامعه‌شناس، بر این عقیده است: «در چند سال گذشته من در میان کسانی قرار داشتم که سزاگرایی را به عنوان اندیشه‌ای که دست کمی از انتقام‌جویی ندارد محکوم می‌کردم؛ زیرا به نظر من تنها جایگزینِ نظریه بازدارندگی و ارعاب، اندیشه آموزش اخلاقی کیفر بود، اما طی چند سال گذشته دیدگاهم تغییر کرده است و در حال حاضر نه فقط سزاگرایی را به عنوان واکنشی متفاوت از انتقام می‌بینم، بلکه آن را به عنوان پاسخی اخلاقی و مهم نسبت به رفتار غیر اخلاقی تلقی می‌کنم» (همان‌جا). این دگرگونی فکری از یک سو ریشه در ملاحظات جرم‌شناسی و اخلاق‌گرایانه دارد و از سوی دیگر، نشأت گرفته از تغییر در ساختارهای اجتماعی و سیاسی جوامع غربی بوده است.

ذکر این نکته نیز ضروری است که فلسفه سود آوری مجازات و راهکارهای اصلاح و درمان، آن اندازه که اذهان جرم‌شناسان را متحول ساخت، متون قانونی و منویات عموم را تغییر نداد. حتی در مواردی که مجازات‌هایی با اهداف اصلاح و بازپروری مثل زندان‌های آموزشی و یا جایگزین‌های حبس وضع شد، به موازات و در کنار کیفرهایی با مبنای سزادهی قرار گرفت.

در کشوری مانند آمریکا، اگر چه از سال‌های ۱۹۹۰ به بعد حمایت از اعدام در میان مقامات دولتی کاهش یافت (Bohm,2007:115)، اما طبق گزارش مرکز اطلاعاتِ اعدام[2] در تاریخ ۲ فوریه ۲۰۲۳ تنها بیست و سه ایالت مجازات اعدام را لغو کرده و بیست و هفت ایالت همچنان در جرائم مرتبط با قتل همراه با عامل مشدد، آن را اجرا می‌نمودند. اکثریت قابل توجهی از آمریکایی‌ها بر این باورند که مجازات‌ها خیلی ملایم هستند. درصد پاسخ دهندگانی که از این دیدگاه حمایت می‌کنند در بین

1. Jan Hampton
2. Death penalty Information Center

سال‌های ۱۹۷۱ و ۱۹۹۸ از هفتاد درصد کمتر نشده و از هشتاد و پنج درصد فراتر نرفته است (جان پرت، ۱۳۹۲: ۵). دلیل این امر طبق پژوهش‌های انجام شده، آن است که بیش از نیمی از مردم تصور می‌کنند نرخ جرائم نسبت به سال قبل افزایش یافته و همیشه اوضاع بدتر از سال گذشته است و لذا خواستار مجازات‌های شدید هستند.

یکی از پرسش‌هایی که در این تحقیق در صدد یافتن پاسخ آن هستیم این است که چرا هیچ‌گاه سنت سزاگرایی در باور قانون‌گذاران و عموم مردم، رویه‌ای منسوخ نبوده است و در عصر حاضر، دلیل احیای این تفکر در باور فیلسوفان و نظریه‌پردازان کیفری چیست. بعضی از صاحب نظران، سیاست‌های تنبیهی نوین را رویکردی غیر علمی‌و دیدگاهی عوام‌گرایانه می‌دانند. آن‌ها معتقدند این امر در جهت جلب افکار عمومی و در راستای مطالبات آن‌ها، مقامات عدالت کیفری را برای متهم نشدن به تساهل و اغماض در برخورد با جرائم، به راهکارهای سخت‌گیرانه و عوام‌پسند سوق داده است (علی‌اکبری، ۱۴۰۱: ۱۲۶)، لیکن دلایل متقنی وجود دارد که ضرورت ویژگی ناخوشایند بودن مجازات را فراتر از یک سنت عامه‌پسند به اثبات می‌رساند. بررسی این موضوع، بسیاری از قوانین و احکام قضایی را از برچسب خشونت‌بار بودن رهایی داده و برخی مجازات‌های ناکارامد را از متون قانونی کشورها حذف می‌کند. هم‌چنین ارائه توجیهی علمی در ضرورت وجود واکنش‌هایی با ویژگی سزادهی، منجر به هم‌سویی بیشتر سیاست‌گذاری کیفری با افکار عمومی و مؤثر واقع شدن آن می‌شود. بر همین اساس، مطالب این مقاله را طی دو بخش جداگانه مورد بررسی قرار داده‌ایم. در بخش اول به تفکیک، دلایل روان‌شناختی، جرم‌شناختی و جامعه‌شناختی را که زمینه ظهور رویکردهای تنبیهی را ایجاد نمودند، مطالعه نموده‌ایم و در بخش دوم پیامدهای به کارگیری آن را در سیاست‌گذاری کیفری مورد بررسی قرار داده‌ایم.

۱. مبانی فکری و عوامل ایجاد

توجه به نظریه‌های سزاگرایانه و سودگرایانه که در مورد اهداف مجازات ارائه شده‌اند نشان می‌دهد که گرچه هر یک از آن‌ها دارای مزیت‌هایی هستند، ولی نمی‌توانند به طور کامل توجیه کننده مجازات باشند. از این رو چاره‌ای جز پذیرش

تلفیقی آن‌ها وجود ندارد تا در عین بهره‌مند شدن از مزایا و محاسن هر یک، از معایب آن‌ها پرهیز شـــود (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۴۹). در این میان نظریات ترکیبی با غلبه اســـتحقاقی، بیشـــتر مقبول افکار عمومی می‌افتند. تأثیر افکار عمومی در کیفرگذاری، موضوع انتقادهای بســـیاری واقع شده اســـت. بعضی پژوهش‌گران تأکید می‌کنند که این پدیده‌ها قابلیت بســـیار زیادی برای ارزیابی مبالغه‌آمیـــز دارند. در واقع، ترس از بزه‌کاری که در افکار عمومی تبلور می‌یابد به ســـختی از نظر علمی سنجش‌پذیر است. افکار عمومی ممکن اســـت مانع بزرگی بر سر راه انســـان برای مدارا کردن و تعدیل مجازات‌های شـــدید و خشن باشـــد و با هرگونه تحولات قانون‌گذاری مخالفت کند (کاشفی اسماعیل‌زاده، ۱۳۸۴: ۲۶۳)، اما در دهه‌های اخیر عوامل علمی و اخلاقی قوی در لزوم ویژگی ســـزاده بودن مجازات ارائه شده است؛ تا جایی که این تفکر را فراتر از یک باور عوام‌پســـندانه مطرح می‌کند و ضرورت وجود آن را در قالب گفتمان‌های علمی جرم‌شناســـانه به اثبات می‌رساند. در ادامه، این عوامل را در سه عنوان جداگانه شامل عوامل روان‌شناختی، جرم‌شناختی و جامعه‌شناختی بررسی می‌کنیم.

۱-۱. عوامل روان‌شناختی

غریزه انتقام یکی از استدلال‌های محکم در روند تعیین کیفر توسط انسان‌هاست. هنگامـــی که دو کودک در بازی‌های کودکانه خود، دچار اختلاف می‌شـــوند، کودکی که به حق او تجاوز شـــده است، بدون هیچ‌گونه تفکر در مورد سودمندی رفتار خود، اقـــدام به عمل متقابل می‌نماید. جرج. پی فلچر[1] این نوع رفتار را منطبق با خط فکری شـــهودی انســـان می‌داند که با این فرض آغاز می‌شـــود که ما وقتی شر را می‌بینیم، می‌شناســـیم و پاسخ درست به شر، عبارت است از زیان رساندن مطلق به بزه‌کاران به همان اندازه که آنان به بزه‌دیدگان زیان رسانده‌اند (فلچر، ۱۳۹۲: ۳۴۶).[2]

در این راســـتا، جرج ریترز[3] جامعه‌شـــناس آمریکایی برای اولین بار اصطلاح «مک دونالدیزه شـــدن» را در حقوق کیفری به کار برد. این اصطلاح، فرایندی اســـت

1. George P. Fletcher

۲. در مورد ذهن شهودی و قدرت آن در مقایسه با منطق محاسبه‌گر رجوع کنید به
Haidt, Jonathan (2006), The Happiness hypothesis, American psychological association

3. George Ritzer

که به وسیله آن، اصول حاکم بر رستوران‌های مک دونالد به سایر بخش‌های جامعه، تسری پیدا می‌کند (Ritzer, 2019: 56). این مدل مبتنی بر چهار عنصر کارایی، محاسبه پذیری، پیش‌بینی پذیری و کنترل سریع می‌باشد (شیری، ۱٤۰۰: ۲۹). عدالت تخمینی نیز در انتخاب ابزارها بیش از آن که به افراد و عواطف و روحیات توجه داشته باشد و تلاش در جهت اصلاح و تربیت ایشان را سرلوحه خود قرار دهد به چهار ویژگی مذکور نظر دارد. عدالت کیفری مک دونالدی باید با سرعت به هدف اصلی خود یعنی کنترل جرم دست یابد، این منطق در عدالت کیفری مک دونالدی، همانند نظریه پنجره های شکسته و سیاست تسامح صفر، نظم و قانون را به عنوان ارزش‌های ابزاری بر دیگر ایده‌ال‌های جایگزین ترجیح می‌دهد (غلامی و بابایی، ۱۳۸۹: ۱٥٤). در این مدل، دو عنصر پیش‌بینی پذیری و سرعت در کنترل، منطبق با ذهن شهودی انسان عمل می‌کند که با تکیه بر تجربیات گذشته و سرعت در واکنش، به مقابله با رفتارهای ناهنجار اقدام می‌کند.

رفتارهای تلافی‌جویانه مستقیم توسط قربانی بر اساس این الگو، قابل توجیه است. مجرم مرتکبِ تخلف اخلاقی شده است و باید در پاسخ به آن واکنشی نشان داد.[1] بسیاری از جرائمی که در صحنه اتفاق می‌افتند، مانند قتل‌های بدون سبق تصمیم و یا تخریب اموال دیگران ناشی از همین تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر سیستم شهودیِ انجام می‌شود (وکیلی، ۱۳۸٦: ۸۰).

همین موضوع هنگامی که مجازات با توسل به یک نیروی مافوق مطالبه می‌شود قابل مشاهده است. جایی که اشخاص دیگری غیر از بزه‌دیده (مثلا قانون‌گذار یا قاضی)، مجرم را از طرف او مجازات می‌کنند تمایل به واکنش سریع از سوی عموم دیده می‌شود. حتی مطالعاتی که در محیط‌های طبیعی‌تر بر روی گونه‌ای از ماکاک‌ها[2]

---

۱. به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران در ماده ٦۳۰ قانون مجازات اسلامی، به ویژگی‌های ذهن شهودی انسان توجه داشته است . به ویژه این‌که با قید عبارت «علم به تمکین زن» تجربیات گذشته و ظن قبلی مرد را حائز اهمیت دانسته و با عنایت به عدم امکان هرگونه منطق تفکر، قتل مذکور در ماده را موجه می‌داند.

۲. Macaca. جانوری از خانواده دم درازیان و پستاندار است و یکی از گونه‌های میمون می‌باشد که در آسیا و آفریقا یافت می‌شود. میمون‌های ماکاک به عنوان میمون‌های دنیای قدیم در اکثر نقاط جهان پراکنده هستند و در حال حاضر بیست و دو گونه مختلف از آن شناسایی شده است، این گونه از میمون‌ها به لحاظ فیزیکی سیستم تکلم صوتی را دارا هستند و در آزمایش‌های زیست‌شناسی و روان‌شناسی، بسیار مورد استفاده محققان قرار می‌گیرند. این جانور گاهی به عنوان میمون برفی نیز

انجام شده است، نشان می‌دهد گونه‌های نر قوی‌تری پیدا شده‌اند که به عنوان ثالث در درگیری بین دو موجـــودِ دیگر دخالت می‌کنند (Prooijen, 2018) و این امر، وجود غریزه واکنش‌خواهی را از لحاظ روان‌شناختی در انسان ثابت می‌کند.[1]

۲-۱. عوامل جرم‌شناختی

نظریه‌های مبتنی بر اصلاح و درمان تا مدت‌ها مورد حمایت جرم‌شناسان قرار داشـــتند، اما بررســـی نرخ جرم و افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها، این نحوه نگرش بـــه مجازات را با انتقادهایی مواجه نمـــود. برخی از مهم‌ترین این نقدها در ادامه ارائه می‌شود.

۱-۲-۱. عدم کارایی مجازات‌های مبتنی بر اصلاح و درمان

در دهه ۱۹۸۰ میلادی، انتقادهای شـــدیدی به نظریه‌های بازپروری و آثار آن، از ســـوی برخی از پژوهش‌گران و جرم‌شناسان، به ویژه در آمریکا مطرح شد. منتقدا، اقدام‌هـــای مبتنی بر اصـــلاح مجرمان را به عدم کارایی در برابـــر تکرار جرم و حتی بهره‌کشـــی از مجرم، بدون رعایـــت حقوق دفاعی او متهم کردنـــد. یکی از نقدهای وارده این اســـت که «تبدیل مجرم به یک انســـان خوب، از طریق از بین بردن تمایل وی به ارتکاب جرم، مســـتلزم ایجاد تغییر در شـــخصیت اوســـت. آیا از نظر موازین حقوق بشـــری، ما حق تغییر شخصیت یک انسان را بدون جلب رضایت وی داریم؟» (میرمحمدصادقـــی، ۱۴۰۱: ۴۵) به قول دو پژوهش‌گر به نام‌های موریس[2] و هاوکینز[3] در ســـال ۱۹۷۷ «ما باید از اقدام به بازسازی یک انســـان با استفاده از زور بپرهیزیم» (کلارکسون، ۱۳۹۵: ۱۴۹).

انتقاد دیگر، احتمال منتهی شدن این راهکارها به بی‌عدالتی است. «برای مثال، اصلاح شـــدن مرتکبِ یک جرم ســـبک، شـــاید نیازمند زندانی شدن وی برای مدت طولانی باشـــد. از سوی دیگر، چه بسا مرتکب یک جرم سنگین پس از مدت اندکی، اصلاح و متنبه شـــود. در این صورت، مجرم اول را باید سال‌ها در زندان نگه داشت و مجـــرم دوم را پـــس از مدت اندکی آزاد کـــرد؛ که هر دو برخـــورد، غیر منصفانه

شناخته می‌شود؛ زیرا در مناطقی زندگی می‌کند که برف زمین را برای ماه‌هایی از سال پوشانده است.

۱. در این زمینه رجوع کنید: شیعه‌زاده و دیگران ۱۴۰۲.

2. Morris

3. Hawkins

است»(میرمحمد صادقی، ۱۴۰۱: ٤٦).

از سوی دیگر، این‌که بتوان در اعمال مجازات‌های اصلاحی، ویژگی ناخوشایند بودن آن را حفظ نمود، کار دشـــواری است. چه بسا تعیین مستمری ماهانه برای یک ســـارق محکوم شـــده، وی را اصلاح نماید، اما ناخوشـــایند نبودن این واکنش باعث تشـــویق سایر سارقان بالقوه به ارتکاب ســـرقت با هدف بهره‌مند شدن از این واکنش خوشایند می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱ :٤٧).

در ایالات متحده آمریکا عبارت «هیچ چیز عمل نمی‌کند»[1] یا هیچ چیز کارساز نبوده اســـت، بازگو کننده آن اســـت که فقط بخش کوچکی از اقدام‌های اصلاحی و بازپرورانه بر کاهش تکرار جرم، تأثیر مثبت گذاشـــته اســـت. ادعای پیامدگرایان در خصوص کارایی سیاســـت‌های اصلاح و درمان و تأثیر این سیاست‌ها بر کاهش میزان جرائم، غیر واقع بینانه و توأم با بزرگ‌نمایی است؛ زیرا از یک سو، نظام کیفری تنها با شمار محدودی از جمعیت بزه‌کاران در ارتباط است و سهم قابل توجهی از بزه‌کاری هم‌چنان به عنوان رقم ســـیاه، کشف ناشـــده باقی می‌ماند. از سوی دیگر، روش‌های اصلاحی به صورت پیوســـته و با شدت یکسان، در مورد بزه‌کاران اعمال نمی‌شود و عوامل متعدد اقتصادی و سیاســـی، روند به‌کارگیری این روش‌ها را شـــدت و ضعف می‌بخشـــد؛ به‌ویژه که اجرای این روش‌ها تنها برای مدت زمانی که بزه‌کار در اختیار نظام عدالت کیفری قرار دارد، امکان‌پذیر است (Duff & Garland, 1994: 9).

آمار ســـازمان زندان‌ها نشان می‌دهد که ســـالانه به طور میانگین پانصد هزار نفر وارد زندان‌های سراســـر کشور می‌شـــوند و درصدی از آنان سابقه نگهداری در کانون‌هـــای اصلاح و تربیت را نیز داشـــته‌اند (جمشـــیدی، ۱۴۰۲: ۲۵). به دلیل این مشـــکلات، اقدامات اصلاحی و بازپرورانه با تردید و شکست مواجه است و مقبول افکار عمومی نمی‌افتد.

۲-۲-۱. باز تولید اخلاقی

هدف اخلاقـــی مجازات با خصوصیات تاوان‌خواهی مرتبط اســـت (اردبیلی، ۱/۱٤۰۱: ۳۸). دلیل این‌که اکثریت قریب به اتفاق واکنش‌های اصلاحی، با وجودی که همان صورت کیفر را به خود می‌گیرند، باز مقبول افکار عمومی نمی‌افتند و آشـــکارا

1. Nothing works

در گفتمان سیاسیِ سیاســـت‌مداران به عنوان یک پاسخ قابل دفاع در برابر جرم پنهان می‌گردند، همین اســـت. درواقع فایده گرایان با آرمان‌های اخلاقی به عنوان قواعدی برتر از قوانین اجتماعی مخالفت می‌کنند (موسوی و هداوند، ۱٤۰۳: ۲۹۱). این نگرش باعث کم‌رنگ شدن نقش اخلاقی مجازات می‌شود. هرگاه عکس‌العمل جامعه در برابر جرم، ناخوشـــایند[1] و نامطلوب[2] نباشـــد، نمی‌تواند پیام سرزنش‌آمیز بودن را به مجرم منتقل کند و توصیف آن تحت عنـــوان مجازات بی‌معنی خواهد بود. حتی در الگوی «بیشینه‌خواه»[3] عدالت ترمیمی نیز عدالت کیفری سنتی در حل و فصل مسائلِ ناشی از ارتکاب جرم پذیرفته شده است[4] (پرادل، ۱٤۰۲: ۷).

بر این اساس، توجه به استعاره استحقاقی به مثابه احساسات تنبیهی، به عنوان توجیهی قابل اتکا برای مجازات به کار می‌رود (رستمی، ۱۳۹۳: ٤۸۱). این استعاره به منزله توجیه عقلانی بخشـــیدن به ادراک شهودی اجتماع در خصوص جرم و واکنش در برابر آن اســـت (جوان‌جعفری و ســـاداتی، ۱۳۹٤: ۱۰۰). ایـــن توجیه عقلانی، در نظریات نوین «بازی منصفانه–مزیت غیر منصفانه» نامیده می‌شـــود.[5] تقریر مذکور بر این فرض مبتنی است که اساس تشکیل و بقای جامعـــه بـــر هم‌یاری و توافـــق اســـت. افراد با ورود بـــه جامعه از مزایای این هم‌یاری بهره می‌برند و مکلفند در قبال مزیت کسب شده، بـــا تبعیت از قواعد، سهمی در تأمین نظم اجتماعی داشته باشند؛ درست مثل یک مسابقه ورزشی کـــه افراد باید با رعایت قواعد بازی در پی برد باشند. اگـــر کســـانی بـــدون رعایـــت قواعـــد بـــازی ببرنـــد، مجازات وارد عمل می‌شود تا از قربانی شدن تابعان قواعد به دست ناقضانی کـــه بـــدون بلیـــت ســـوار شده‌اند جلوگیری کند (صابری، ۱۳۹۳: ۱۵۵).

بدیـــن ترتیب مجازات از آن رو قابل توجیه اســـت که بیان‌گر احســـاس تنفر

---

1. Unpleasant
2. Undesirable
3. Maximalist model

٤. درون جنبـــش عدالت ترمیمـــی، دو گرایش یا دو مدل عمده از هم تفکیک می‌شـــوند. طرفداران رویکرد نخســـت که به مدل «ناب‌خواه» یا «بنیادگرا» شـــهرت یافته است، معتقدند که عدالت ترمیمی بـــه تدریج جای نظام عدالت کیفری ســـنتی را خواهـــد گرفت؛ در حالی که رویکـــرد دوم که مدل «بیشـــینه‌خواه» نام گرفته اســـت، عدالت ترمیمی را در کنار یا در قالب عدالت کیفری سنتی، همراه با القای اصول ترمیمی به آن برای حل و فصل مسائل ناشی از جرم می‌پذیرد.

5. Fair Play – Unfair Advantages

شـــهروندان در برابر ناقضان قانون اســـت. این دیدگاه بر خلاف تصور پیامدگرایان، مجازات را نه تنها دارای قبح ذاتی نمی‌داند، بلـــکه حـــسن ذاتی نیز برای آن قائل است. به همین دلیل، همواره باید ارتباطی منطـقی میان توجـیه کیفر و درک شهودی اجتماع از جرم و مجازات برقرار ساخت. ذهـــن‌های سالم و متـعارف، پیوسته منبعی قابل اتکا برای بیان فهم شهروندان از رسالت واکنـــش‌های کیفری می‌باشنـد (Duff, 2001: 24) و هیچ‌گاه نمی‌توان درک این اذهان را در سیاســـت‌گذاری کیفری نادیده گرفـــت؛ زیرا آنچه از این نادیده انگاری حاصل می‌شـــود، عدم حتمیت و قطعیت در صـــدور حکم و روی آوری عموم به انتقام شـــخصی و راهکارهای عرفی و منطقه‌ای در قبال جرم است.

فرض بگیریم برای فعلـــی مانند تعرض و ایجاد مزاحمت برای اطفال یا زنان موضوع ماده ٦١٩ قانون مجازات اســـلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، مجازات حبس دو تا شـــش ماه و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعیین شده است. از سویی بزه‌دیدگان ایـــن جرم برای حفظ امنیت خود هنگام تردد در مکان های عمومی، خواهان برخورد قاطع دادگاه با مجرمان هستند؛ از سوی دیگر قانون‌گذار مطابق ماده ٤٠ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲، با بهره‌گیری از نهادهای معافیت از مجازات و در راســـتای کاهـــش جمعیت کیفریِ زندان‌ها به قاضی اختیـــار می‌دهد که پس از احراز مجرمیتِ متهم، در صورت وجود شرایطی، صدور حکم را به تعویق بیندازد. تضاد این دو معیار ممکن اســـت پیامدهایی نظیر ســـردرگمی قضات به هنگام صدور رأی، عدم تمایل شـــهروندان به اعلام جرم، احساس ناامنی و انتقام‌گیری شخصی را در بر داشته باشد و نـــه تنها هدف کاهش جرم را محقق نکند، بلکه زمینه را برای افزایش جرائم جدید فراهم آورد.

بر این اســـاس، برخی ســـزاگرایان با تکیه بر دو مفهوم خشـــم از جرم و نیز سزاگرایی مبتنی بر نفرت، به بازتولید تعادل اخلاقی اندیشیده‌اند که در نتیجه ارتکاب جرم و کســـب یک رفاه ناعادلانه مخدوش شده اســـت. این فرایند بازتولید از طریق تحمیـــل رنج به بـــزه‌کار و بی اثر نمودن این رفاه، حاصـــل می‌گردد (صابری، ۱۳۹۳: ۱۵۵).

۳-۱. عوامل جامعه‌شناختی

بخش عمده‌ای از تمایل به سزاگرایی، نشأت گرفته از ملاحظات اقتصادی «دولت رفاه» و سیاست‌های اصلاح و درمان بوده است. در الگوی دولت رفاه، بزه‌کار به عنوان یک شهروند عادی که نارسایی‌های اقتصادی و اجتماعی، وی را به سوی ارتکاب جرم سوق داده است، شایسته و نیازمند حمایت تلقی می‌شود؛ بنابراین تدابیر اصلاحی و بازپروری با هزینه زیاد صرف آموزش، ترک اعتیاد و فقرزدایی از بزه‌کاران می‌شود تا با تغییر در باورهای اخلاقی و بازاجتماعی کردن این افراد، از تکرار جرم جلوگیری به عمل آید (جوان‌جعفری و ساداتی، ۱۳۹٤: ۹۰)، اما در دهه‌های پایانی قرن بیستم و ظهور بحران‌های متعدد اقتصادی مسأله «اضافه بار مسؤولیت» در شمار مهم‌ترین مشکلات دولت رفاه دانسته شد؛ بدین معنی که دولت بیش از آنچه باید، در قبال شهروندان تعهدات اقتصادی و اجتماعی پذیرفته است (طاهری، ۱۳۹۲: ٦۳).

نتیجه این فرایند، نهایتاً به تغییر الگوی واکنش از «رفاه‌محوری» به«امنیت‌محوری» انجامید که خود نشأت گرفته از برخی مؤلفه‌های اجتماعی بود. در ادامه به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۱-۳-۱. احساس ناامنی

با وجود اعمال راهکارهای اصلاحی در زندان‌ها، از اوایل دهه ۱۹۸۰ میلادی، افزایش نرخ بزه‌کاری منجر به ایجاد بی‌اعتمادی و حس ناامنیِ فزاینده در میان جوامع شد و این امر تقاضای مردم برای بازگشت به مجازات‌هایِ شدید را به دنبال آورد. کنفرانس اروپایی و آمریکای شمالی که در تاریخ ۱۰ تا ۱۳ اکتبر ۱۹۸۹ درباره امنیت و پیش‌گیری از بزه‌کاری در محیط شهری، در مونترال کانادا برگزار شد، در خصوص ترس از بزه‌کاری اعلام کرده است: « ترس از بزه‌کاری، مشکلی برای شهروندان به ویژه زنان و افراد سال‌خورده به شمار می‌رود و این مسأله، مشکلی واقعی است».[1]

هر اندازه تصور میزان بی‌نظمی اجتماعی توسط افراد در یک جامعه بیشتر باشد، میزان ترس آنان از جرم نیز بیشتر می‌شود. این که در خیابان‌ها و محل‌های مسکونی رفتارهایی مشاهده شود که تداعی کننده بی‌نظمی در ذهن ساکنان آن محله

1. U. S. Department of justice national institute of justice. 15 December 1989. Pp 46 - 55

شـــود، احســـاس ناامنی را در آن‌ها تشـــدید می‌کند و ســـاکنان آن منطقه، خود را در وضعیتی تصور می‌کنند که هر لحظه امکان دارد مورد بزه واقع شوند. این وضعیت به افزایش ترس از جرم در بین شـــهروندان منجر می‌گردد. به عقیده ویلسون[1] و کلینگ[2] احساس ناامنی تنها به دلیل جرائم خشونت‌آمیز نیست، بلکه نابهنجاری‌ها و رفتارهای اخلال‌گرانه چون اعتیاد و ولگردی عامل اصلی ترس و احساس ناامنی اجتماعی است و به نوبه خود، زمینه رواج و گســـترش جرائم را نیز فراهم می‌آورند (Gault, 2008: 737).

انباشت کوچکی از رفتارهای اخلال‌گر به مستعد کردن محله برای شکل‌گیری جرائم جدیدتر نظیر ســـرقت و ضرب و شتم منجر می‌شود که خود، بی‌نظمیِ رفتاری را تأییـــد و آن را بازتولید می‌کنـــد (Muniz, 2012: 5). این یافته‌ها با نتایج تحقیقات صورت گرفته در داخل و خارج از کشور که اثر بی‌نظمیِ اجتماعیِ تصوری را بر ترس از جرم سنجیده‌اند هم‌سو و مؤید آن‌هاست.[3]

هر چقدر در یک جامعه بی‌نظمی‌های محیطی بیشـــتر باشـــد، بر ترس ساکنان آن محله از جرم افزوده خواهد شـــد. این بی‌نظمی‌ها شامل ســـاختمان‌های متروکه، پنجره‌های شکسته و چراغ‌های نیم‌سوز در خیابان و پس‌رفت مناظر و چشم‌اندازهای شـــهری مانند دیوارنویسی و تلنبار شـــدن زباله در خیابان‌هاست. بی‌نظمیِ محیطی و ترس از جرم به طور قوی با یکدیگر هم‌بسته هستند و در جایی که بی‌نظمی در سطح بالایی وجود داشـــته باشد، افراد احساس امنیت ندارند و ترس از جرم بیشتر می‌شود (kohm, 2009: 11).

افرادی که خود را در مجموعه‌ای از حوادث گرفتار می‌بینند، دچار احســـاس عجز می‌گردند و توانایی آن‌ها برای دفاع از خود تحلیل می‌رود. برای ساکنان بی‌نظمی و جرم ابتدا منجر به عقب‌نشـــینی از اجتماع و ســـپس منتهی به ایجاد نگرانی و ترس می‌شـــود (Gault, 2008: 738). در چنین شـــرایطی، مجرمان بـــه این مناطق هجوم می‌آورنـــد و فرصت ارتکاب جرم پیدا می‌کنند و این بـــه نوبه خود، ترس از جرم را

---

1. James Wilson
2. George Kelling
۳. به منظور مطالعه بیشتر و تحلیل نتایج به دست آمده از تحلیل جامعه آماری، رجوع کنید به: Swatt & et al, 2013. May & et al , 2010. McCrea & et al, 2005.

افزایش می‌دهد.

در چنین موقعیت‌های ناگواری که عقل آدمی نمی‌تواند آن را تحلیل کند، انسان باید به وسایلی قدرتمند دست یازد و قدرت حاکم در زمره این وسایل است (شیعه‌زاده و دیگران، ۱۴۰۲: ۲۷۷)؛ بنابراین خواست جامعه از قوای حکومتی که ابزار و نیروی مقابله با این نابهنجاری ها را دارد افزون می‌گردد و توسل به زور و برخورد خشن با جرائم به یک مطالبه عمومی تبدیل می‌شود.

۲-۳-۱. نقد دولت رفاه و تئوری هویج و چماق

دولت‌های محافظه‌کار با طرح این دلیل که نیاز اولیه اجتماع، تأمین امنیت در برابر بزه‌کاران است و این نیاز باید از طریق تحمیل سیاست کیفری سخت‌گیرانه تحقق یابد، سیاست‌های پرهزینه اصلاح و درمان را مردود دانسته و سزاگرایی و دیگر الگوهای تحمیل مجازات را جایگزین آن‌ها نموده‌اند. سیاست‌های کیفری سخت‌گیرانه‌ای مانند تسامح صفر[1] و قانون سه ضربه[2] در دهه‌های اخیر، نمونه‌هایی از این نگرش قانون‌گذاران غربی است. یکی از دلایل عمده این تغییر جهت این بود که در راستای اندیشه‌های اصلاحی، دولت‌ها موظف بودند تا تمامی امکانات رفاهی برای شهروندان را به منظور ریشه‌کنی زمینه‌های ایجاد جرم فراهم کنند. رئیس جمهور دموکرات آمریکا در هشتم ژانویه ۱۹٦٤ میلادی با اشاره به سیاست جنگ با فقر، از ضرورت «جنگ مطلق در برابر فقر»[3] سخن به میان آورد و اعلام کرد: «هدف ما نه تنها تسکین اثرات فقر، بلکه ریشه‌کنی و پیش‌گیری از آن است». وی در تدوین این سیاست‌ها با تأثیرپذیری از جان کینز[4] اقتصاد دان انگلیسی، الگوی اقتصادی دولت رفاه را در آمریکا پیاده کرد.

در اندیشه دولت رفاه، بزه‌کاری محصول کارکرد نامناسب نهادهای اجتماعی بوده و دولت موظف است تا با صرف هزینه‌های لازم هرچند بسیار هنگفت، زمینه را برای اصلاح و بازپروری مجرم فراهم آورد (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹٤: ۹۰). تخصیص بخش قابل توجهی از بودجه سالانه هر کشور صرف ساخت و توسعه

1. Zero Tolerance
2. Three Strikes Law
3. Unconditional war on powerty
4. John Maynard Keynes

زندان‌ها، مراقبت‌های پس از آزادی، تعلیق مراقبتی، خدمات آموزشی و اشتغال‌زایی بزه‌کاران می‌شد. دولت رفاه بر خلاف دولت لیبرال، خواهان مداخله حداکثری در امور اقتصادی و اجتماعی بود تا بتواند با در دست گرفتن کنترل بازار و باز توزیع منابع و امکانات جامعه، از طریق ابزارهایی همچون افزایش مالیات و بیمه‌های اجتماعی، کشورها را از بحران‌های مالی، خارج و شکاف‌های طبقاتی را به حداقل ممکن برساند (طاهری، ۱۳۹۲: ۵۵). در رویکرد دولت رفاه، جامعه باید نسبت به انجام اصلاحات در نهادهای خود به منظور رفع کمبودها اقدام کند و زمینه شکل‌گیری گرایش‌های مجرمانه و فرصت بزه‌کاری را از میان ببرد.

اتخاذ سیاست جنگ با فقر، ریشه در جریان توسعه سیاسی بلندمدتِ دموکرات‌ها دارد که از زمان فرانکلین روزولت[1] و در قالب سیاست‌های موسوم به «نیودیل»[2] آغاز شد. با اجرای سیاست‌های نیودیل، دموکرات‌ها برای ایجاد ساختار سیاسی که حداقل امنیت اقتصادی را برای همه آمریکایی‌ها تضمین کند، تلاش کردند. قانون تأمین اجتماعی که در سال ۱۹۳۵ به تصویب رسید، هسته دولت رفاه چندلایه‌ای را ایجاد کرد که تا اواخر قرن بیستم در این کشور اجرا می‌شد.

در پی این اقدامات، بخش قابل توجهی از بودجه سالانه کشورها صرف بهبود روش‌های اصلاحی بزه‌کاران می‌شد. نتیجه بدیهی چنین فرایندی، کاستن از سطح خدمات عمومی بود. با روی کار آمدن رونالد ریگان[3] در ایالات متحده، رویکرد حمایتی در قالب دولت رفاه جای خود را به رویکرد بدنام کردن فقرا داد. از این زمان به بعد یعنی پس از ۱۹۸۰، صرف هزینه در سیستم خدمات رفاهی، اتلاف منابع دولتی تلقی می‌شد و به گروه‌های نابرخوردار، برچسب توده‌های شرور زده می‌شد. در این زمان، عموم مردم از رویکردی با عنوان «هویج و چماق»[4] پشتیبانی می‌کردند.

---

1. Franklin Delano Roosevelt
2. New Deal
3. Ronald Wilson Reagan
٤. Carrot & Stick؛ این اصطلاح برای تبیین سیاستی به کار می رود که تشویق را برای رفتار خوب و تنبیه را برای رفتار بد به کار می‌برد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع کنید :
Carrot or stick ? Punishment may guide behavior more effectively than rewards. Washington University school. May 2015
The carrot or the stick:Rewards Punishment and Corporation. James Andreoni & William Harbaugh. The American Economic Review 2003 . p. 893

در یک نمونه کاملاً واضح از سیاست نفی کرامت انسانی از فقرا، جان میکا[1] نماینده جمهوری‌خواه آمریکا بیان داشت که: «به تمساح ها غذا ندهید». منظور وی آن بود که کمک به فقرا، جز افزوده شدن به مجرمان بالقوه نتیجه دیگری ندارد (Gustafson, 2011: 61). به این لحاظ، این دیدگاه حق بر اصلاح بزه‌کار را مردود دانسته و او را شایسته صرف درآمدهای عمومی نمی‌داند و معتقد است که دولت باید با کنترل و مجازات، جامعه را از آسیب‌های ناشی از حضور مجرمان مصونیت بخشد.

۲. پیامدها

برخی منتقدان سزاگرایی کوشیده‌اند تا با تکیه بر مبنای شهودیِ این استعاره، آن را توجیهی غیر عقلانی جلوه دهند (Duff, 2001: 24؛ به نقل از جوان‌جعفری و ساداتی، ۱۳۹٤: ۱۰۰)؛ این در حالی است که منطق سزاگرا از هر مبنای دیگری در فلسفه مجازات به آرمان اخلاقی عدالت نزدیک‌تر است؛ زیرا در این تفکر هیچ زمینه‌ای برای مجازاتِ بی‌گناهان آن‌گونه که در اندیشه پیامدگرا مشاهده می‌شود[2] وجود ندارد و پیوسته بر اجرای مجازاتی برابر و متناسب با جرم ارتکابی تأکید می‌شود. تأثیرپذیری مجازات از اجتماع، نه‌تنها یک توجیه عقلانی، بلکه یک ضرورت است. مجازات، نهادی است که متعاقب زندگی اجتماعی شکل می‌گیرد و افراد با پذیرش قرارداد اجتماعی، طی یک روند «خودخواسته» این نهاد را پذیرفته‌اند. آن‌چه در این میان توجیهی غیر عقلانی می‌نماید، فاصله‌گیری مجازات از مطالبات جامعه است. لکن به منظور هم‌سویی بیشتر مطالبه جامعه با زیرساخت‌های علمی، باید نکاتی در عرصه عملی کیفرگذاری مورد نظر قرار گیرد که به چند نمونه از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

---

1. John Mica

۲. یکی از انتقادهای عمده به رویکردهای فایده‌گرایانه، مجازات افراد بی‌گناه و در نتیجه منجر شدن آن به بی‌عدالتی است. هرگاه مجازات را بر مبنای ایجاد ترس در مجرم خاص یا سایر مجرمانِ بالقوه توجیه کنیم، آن‌گاه مجازات اشخاص بی‌گناه، صغیر و مجنون یا تعیین مجازات سنگین برای کَسی که جرم سبکی انجام داده است هم به دلیل این‌که چنین مجازاتی درس عبرتی برای او یا دیگران خواهد شد، قابل توجیه است. علاوه بر این، تبدیل مجرم به یک انسان خوب و اصلاح رفتار او از طریق از بین بردن تمایل وی به ارتکاب جرم، مستلزم ایجاد در تغییر شخصیت او است. آیا ما حق استفاده از هر وسیله‌ای مثل جراحی بر روی مغز فرد یا وارد کردن شوک الکتریکی یا خوراندن داروها و مواد خاص به او را داریم و تا چه اندازه می‌توانیم این نوع درمان را ادامه دهیم؟ (میرمحمدصادقی ، ۱٤۰۱: ٤۳ و ٤۵)

۱-۲. توجه به کارکردهای اجتماعی کیفر

سزاگرایان بر این باورند که صرف استحقاق مجرمانه، توجیه کافی برای تحمیل واکنش‌های کیفری خواهد بود، اما برخی صاحب‌نظران معتقدند: «یکی از موضوعاتی که در نظریه‌های مجازات نادیده گرفته می‌شود، تفکیک میان توجیه مجازات و هدف از اجرای آن است» (میرمحمدصادقی، ۱٤۰۱: ۵۰). توجیه مجازات تنها مبنای حق محکوم نمودن متهم قرار می‌گیرد که بی‌تردید ریشه در استحقاق فرد برای این محکومیت دارد، اما هدف مجازات می‌تواند بسته به شرایط وقوع جرم و پیامدهای آن متغیر باشد. هر گاه بحث توجیه مجازات یعنی یافتن پاسخ این سؤال که جامعه در چه صورتی حق مجازات کردن یک مجرم را دارد مطرح باشد، به نظر می‌رسد پاسخ را باید در نظریه استحقاقی یا سزاگرایانه یافت. مجرم مجازات می‌شود چون جرمی انجام داده که او را سزاوار مجازات کرده است. یعنی مجازات سزای رفتار ناپسند اوست، اما وقتی سخن از انتخاب مجازات خاص برای مجرم از سوی قانون‌گذار یا قاضی به میان می‌آید، اهداف متعددی ممکن است در نظر گرفته شود مثل اصلاح، ارعاب، تشفی خاطر قربانی، جبران زیان‌های وارده به بزه‌دیده و نظایر آن‌ها (میرمحمدصادقی، ۱٤۰۱: ۵۱).

این اهداف در بستر عملی، گاه از مرزهای جرم‌شناختی نیز عبور نموده و کارکردهای جامعه‌شناختی پیدا می‌کنند. «اگر نهادی در جامعه‌ای کارکرد نداشته باشد یا شکل نمی‌گیرد و یا به تدریج از بین رفته و فراموش می‌شود»(جوان‌جعفری و ساداتی، ۱۳۹٤: ۱۵٦). اگر مجازات بخش جدایی‌ناپذیر حیات اجتماعی انسان است باید کارکردی هم داشته باشد. به عنوان مثال، چه تفاوتی می‌توان میان پرداخت مالیات و جزای نقدی قائل شد؟ (Duff & Garland 1994: 14) با وجود این‌که در هر دو نهاد، انسان ملزم به پرداخت میزانی از اموال خود می‌باشد، وصف ناخوشایندی در جزای نقدی بسیار بیشتر از پرداخت مالیات است. این تفاوت به دلیل وجود مؤلفه‌ای است که نویسندگان از آن با عنوان محکومیت اجتماعی یاد می‌کنند. محکومیت اجتماعی به عنوان یک ویژگی ذاتی مجازات، آن را از سایر اقدامات قانونی مشابه متمایز می‌سازد. این ویژگی بیان‌گر آن است که مجموعه‌ای از ارزش‌ها و منافع در جامعه وجود دارد که هرگونه کنش و اقدامی علیه آن‌ها می‌تواند واکنش سرکوب‌گرانه‌ای از طرف جامعه

و نهادهایی که جامعه را نمایندگی می‌کنند به همراه داشته باشد.

واکنش اجتماعی مذکور با طرح پیشین و با نگاه به هدف خاصی صورت نمی‌یابد، بلکه واکنشی احساسی و روانی است که بر اثر تهاجم به یک عضو جامعه و یا یک مجموعه باورهای مشترک ایجاد می‌شود. بر این اساس، وضع مجازات‌های مدارامحور در مجموعه قوانین کیفری باید تا دامنه‌ای باشد که کارکرد محکومیت اجتماعی از آن محو نشود؛ در غیر این صورت، به دلیل عدم نقش اجتماعی، نمی‌توان دوام آن مجازات را در متون قانونی یک کشور انتظار داشت.

۲-۲. محدود نمودن موارد سقوط مجازات

در رویکرد سزادهی بر مبنای الزام اخلاقی، مجرم باید از راه مجازات، آنچه را که شایسته است دریافت نماید و این هدف با وجود نهادهایی مانند تخفیف مجازات، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و مرور زمان در سیستم کیفری محقق نمی‌شود؛ به ویژه این‌که قانون‌گذار در ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی مقرر نموده است: «در جرائم تعزیری درجه‌های هفت و هشت (حبس‌های نود و یک روز تا شش ماه و حبس‌های تا سه ماه)، در صورت احراز جهات تخفیف، چنانچه دادگاه، پس از احراز مجرمیت تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب اصلاح می‌شود، در صورت فقدان سابقه کیفری مؤثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات اجرای آن، می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند». هم‌چنین، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مورد عوامل رافع مسؤولیت کیفری، ارکان جرم محقق شده است، اما مجازات به عنوان امر سلبیِ ثانویه برای زدودن آثار آن، در نظر گرفته نشده است؛ لذا جرم در عالم واقع بدونِ پاسخ باقی می‌ماند که با مبنای فکری سزاگرایی سازگاری ندارد؛ این در حالی است که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ پذیرش علل موجهه (اسباب اباحه)، وصف مجرمانه را از فعل ارتکابی می‌زدود؛[1] انگار در عالم واقع جرمی به وقوع نپیوسته که احتیاج به مجازات داشته باشد و این امر به منطق فیلسوفان سزاگرا نزدیک‌تر بود.

در منطق سزاگرایی، ترمیم آسیبِ وارد شده به بزه‌کار بیش از آسیبِ وارد شده به بزه‌دیده اهمیت دارد. مجازات برای بزه‌کار مانند دارویی است که ذهنِ بیمار او را

۱. مواد ٥٦ و ٥٩ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰

درمان می‌کند و آلودگی‌ها را از او می‌زداید (اثیمی، ۱۳۹٦: ۱۳٤). صرف‌نظر نمودن از این درمان، همانند این است که شخص بیمار را به حال خود رها کنیم.

جرم‌شناسی پساپست مدرنیسم نیز در انتقاد به راهکارهای اصلاح و درمان، معتقد به مجازات محکومان در جرائم کیفری است. طبق این نظریه، «مجرمین سزاوار مجازات هستند؛ مجازات یا باید آن‌ها را تهدید کند یا سایر اعضای جامعه را از ارتکاب اعمال کیفری در آینده باز دارد یا باید تمایل جامعه به انتقام را اقناع نماید» (زارعی شریف و پورباقی، ۱٤۰۳: ٤۹)؛ بنابراین معافیت از کیفر پس از احراز مجرمیت؛ آن‌گونه که در ماده مذکور مورد اشاره قرار گرفته است، با معیارهای سزاگرایی مغایرت دارد.

سایر مؤلفه‌های سقوط مجازات مانند عفو، مرور زمان و اعمال مجازات‌های جایگزین حبس نیز باید با مداقه فراوان در مورد مجازات‌هایی که با اهداف سزادهی وضع شده‌اند اعمال شود. این مداقه به ویژه در مورد جرائمی که دارای جنبه خصوصی هستند و شاکی از حق خود گذشت ننموده است باید بیش از پیش مورد نظر قرار گیرد. ساده‌انگاری این موضوع و عدم اقناع حس واکنش‌خواهی بزه‌دیده، می‌تواند آثار زیان‌باری چون روی‌آوری به انتقام‌گیری شخصی به دنبال داشته باشد که زمینه‌ساز افزایش آمار جرائم و حس ناامنی در جامعه است.

۳-۲. پرهیز از هیجانات مقطعی

عوام‌گرایی کیفری بدون شک ریشه در نفس پوپولیسم دارد و منظور از آن، نوع خاصی از سیاست‌گذاری در عرصه کیفری است که بر ورود افکار عمومی در سراسر نظام عدالت کیفری تأکید می‌ورزد. بسیاری از جرم‌شناسان استدلال می‌کنند که رسانه‌ها با جنجال آفرینی و ایجاد حس ناامنی، سخت‌گیری کیفری را یک مطالبه عمومی مطرح می‌کنند و از این راه، جایگاه ویژه‌ای برای مداخله مردم در امر سیاست‌گذاری کیفری می‌گشایند (مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲: ۱۰۹)، اما همان‌گونه که ذکر شد، باید میان غلیان‌های مقطعی و درک اخلاقی اجتماع از بزه‌کاری تفکیک قائل شد. این مفهوم در تقریرات حقوقی معاصر «سودگرایی ترجیحی» نامیده می‌شود (حسینی سورکی، ۱۳۸٤: ۳۱۰)؛ به این معنی که نباید مطلق امیال انسان را به حساب آورد و در پی برآورده ساختن آن‌ها بود، بلکه باید در پی برآوردن امیال آگاهانه و ترجیحات، آن هم به صورت محتاطانه باشیم.

سیاســـت‌های عوام گرایانه عمدتاً پس از حوادثی که افکار عمومی را جریحه دار نموده، به سرعت شـــکل می‌گیرند و بدون اطلاعات دقیق و معتبر، در مورد ابعاد مختلف پدیده بزه و مداخلات پیشـــین و پسینِ تاثیرگذار بر روی آن و برطرف کردن ریشـــه‌ای و بنیادینِ زمینه‌های وقوع جرم، در صدد حل مقطعی و تســـکین آســـان و فوری این مسأله برآمده و نظام عدالت کیفری را با سرعت به سمت ذائقه و خواست عمومی که زندگی در یک جامعه آرام و عاری از خطاســـت سوق می‌دهند. به همین دلیـــل، دولت‌ها گاه در جایگاه اثبات مقبولیت خود، هم‌راســـتا با هیجانات مقطعی که عامه مردم در پـــی وقوع جرم از خود بروز می‌دهند، صرف نظر از زمینه‌های افزایش بزه و بزه‌کاری در جامعه، به تســـکین موقت آن پرداخته کـــه نتیجه این امر، افزایش مجازات‌های شدیدی همچون اعدام و نیز سیر صعودی جمعیت زندان‌ها است.

برآمد

۱- ما حصل این پژوهش، تمایل به انتقام‌خواهی را به صورت یک غریزه اولیه در افراد ثابت کرد. این تمایل خواه به همان شـــکل اولیه بروز یابد و خواه با ســـایر مؤلفه‌های محیطی ترکیب شود، هیچ‌گاه نمی‌تواند در سیاست کیفری یک کشور نادیده گرفته شود. با مطالعه مجازات و بررسی‌هایی که بر روی بعضی از گونه‌های حیوانات انجام شده است، معلوم شد که این نهاد ساخته دست بشر نیست، بلکه از بدو خلقت در نهاد آدمی نهفته بوده است.

۲- تلفیق مبانی شـــهودی و محاسبه‌گر در ذهن انسان، با تئوری مک دونالدیزه شدن مجازات مقایسه می‌شود. آن‌گونه که بررسی شد، پیش‌بینی پذیری و سرعت در کنترل رفتارهای نابهنجار در تئوری مک دونالدیزه شـــدن، بر سایر مؤلفه‌ها تقدم پیدا می‌کند؛ بنابراین مجازات در هر برهه‌ای از زمان و در هر قشـــری از جامعه، به عنوان یک پاسخ قدرتمند در مقابل مجرم ضرورت می‌یابد.

۳- پاســـخ به جرم باید دارای اهداف عملی و کارکردهای اجتماعی نیز باشد تا بتواند در طول زمان تداوم یابد. هرگاه این پاســـخ ناخوشـــایند و نامطلوب نباشد، بازگو کننده محکومیت اجتماعی نیســـت و توصیف آن بـــه عنوان مجازات، بی‌معنی خواهد بود. دلیل این‌که مجازات‌های جایگزین حبس با وجود فوایدی مثل بهره‌گیری از نیروی کار افراد، دوری از آثار ســـوء زنـــدان و هنجارمند نمودن مجرمان، همچنان مقبول افکار عمومی نمی‌افتد، عدم توجه به نقش اجتماعی مجازات و بازایجاد توازن اخلاقی است.

٤- هجمه‌هایی که به صَرف هزینه بـــرای اقدامات حمایتیِ بزه‌کارانِ بالقوه به دولت‌های رفاه وارد شد و طرح تئوری‌هایی مانند «هویج و چماق» و شعارهایی مانند «به تمســـاح ها غذا ندهید»، حاکی از حس واکنش‌خواهی جامعه است. این موضوع به عنوان یکی از زمینه‌های مؤثر در ظهور رویکردهای نفی مدارا شـــناخته می‌شـــود؛ بنابراین سیاســـت‌های عوام‌گرایانه را نمی‌توان توجیهی غیر واقعی برای بازگشـــت به کیفر دانست.

۵- منظـــور از ادراک جمعی جامعه، غلیان‌های آنی و مقطعی لجام گســـیخته نیســـت، بلکه تجربیاتی اســـت که در خصوص یک موضوع در گذر زمان، تصویری

عقلانی از ماهیت موضوع و شـــیوه مواجهه با آن را ایجاد نموده اســـت. این شـــیوه مواجهـــه، عوام‌گرایی را صرفاً به عنوان یک توجیه ظاهری مطرح نمی‌کند، بلکه توجه به کارکردهای اجتماعی کیفر را با تکیه بر اصول مبتنی بر اخلاق، ملحوظ می‌دارد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آشـــوری، محمد (۱۳۹۸)، **جایگزین‌های زندان یـــا مجازات‌های بینابین**، چاپ نخست، تهران: جهش.
* آقایی، مجید (۱۳۸٦)، **مکاتب کیفری**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
* آنســـل، مارک (۱٤۰۱)، **دفاع اجتماعی**، برگردان: محمد آشـــوری و علی‌حســـین نجفی‌ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: مجد.
* اثیمـــی، حمیدرضا (۱۳۹٦)، **ماهیت جرم و توجیه مجازات در فلســـفه افلاطون**، تهران: میزان.
* اردبیلی، محمدعلی (۱٤۰۱)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخســـت، چاپ هفتاد و یکم، تهران: میزان.
* امیدی، جلیل (۱۳۸۳)، **مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق**، چاپ نخست، تهران: احسان.
* امین، سیدحسن (۱٤۰۱)، **تاریخ حقوق ایران**، چاپ چهارم، تهران: دایره المعارف ایران‌شناسی.
* بادامچی، حسین (۱۳۸۲)، **آغاز قانونگذاری**، چاپ نخست، تهران: طرح نو.
* بکاریا، ســـزار (۱٤۰۰)، **جرائم و مجازات‌ها**، برگـــردان: محمدعلی اردبیلی، چاپ دهم، تهران: میزان.
* بولک، برنار (۱٤۰۰)، **کیفرشناســـی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران: مجد.
* تبیت، مارک (۱۳۸٤)، **فلســـفه حقوق**، برگردان: حســـن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
* پـــرادل، ژان (۱٤۰۲)، **تاریخ اندیشـــه‌های کیفری**، برگردان: علی‌حســـین نجفی ابرندآبادی، تهران: سمت.
* پرت، جان (۱۳۹٦)، **مجازات و تمدن**، برگردان: هانیه هژبرالساداتی، چاپ نخست، تهران: میزان.
* جوان جعفری، عبدالرضا و ســـاداتی، ســـیدمحمدجواد (۱۳۹٤)، **ماهیت فلسفی و جامعه‌شناختی کیفر (تأملی در چیستی و کارکردهای کیفر)**، چاپ نخست، تهران:

میزان.
* جوان جعفری، عبدالرضا، ساداتی، سیدمحمدجواد (۱۳۹۰)، «**از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین (ارزیابی اندیشه سزاگرایی)**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲.
* دورانت، ویل (۱۳۷۲)، **تاریخ تمدن**، برگردان: امیرحسین آریان‌پور و دیگران، چاپ دوم، تهران: انقلاب اسلامی.
* شمعی، محمد (۱۳۹۲)، **درآمدی بر جرم‌انگاری و جرم‌زدایی**، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* شیکر، دیوید (۱۳۹۳)، **مفهوم و ماهیت مجازات**، برگردان: حسین آقایی جنت‌مکان، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* صفاری، علی (۱۳۹۲)، **مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی**، چاپ دوم، تهران: جنگل.
* صابری، علیرضا (۱۳۹۳)، «**قرائت‌های معاصر از سزاگرایی**» **مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی**، تهران: دانشگاه تهران، دوره ۱، شماره ۱.
* علی‌اکبری، رستم (۱۴۰۱)، «**گفتمان سیاست تسامح صفر در نظام کیفری ایران، بسترها و زمینه‌ها**»، تمدن حقوقی، دوره ۵، شماره ۱۱.
* غلامی، حسین (۱۴۰۱)، **کیفرشناسی (کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم)**، تهران: میزان.
* کانت، ایمانوئل، (۱۴۰۱)، **درس‌های فلسفه اخلاق**، برگردان: منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ نهم، تهران: نقش و نگار.
* کاتینگهام، جان (۱۳۸۴)، «**فلسفه مجازات**»، برگردان: ابراهیم باطنی و محسن برهانی، مجله حقوق اسلامی.
* کلی، جان (۱۳۹۸)، **تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب**، برگردان: محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
* گلدوزیان، ایرج (۱۴۰۱)، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، چاپ بیست و پنجم، تهران: میزان.
* لازرژ، کریستین (۱۴۰۱)، **درآمدی بر سیاست جنایی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دهم، تهران: میزان.

* میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۳)، **جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چاپ بیست و دوم، تهران: میزان

* میرمحمد صادقی، حسین (۱٤۰۱)، **حقوق جزای عمومی۳ (واکنش اجتماعی در برابر جرم)**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* میرمحمد صادقی، حسین (۱٤۰۱)، **حقوق جزای بین‌الملل**، چاپ هفتم، تهران: میزان.

* محمد غفوری، محمدرضا (۱۳۹۵)، **فلسفه مجازات در نظم فتاوای ده استاد بزرگ فلسفه و حقوق کیفری**، تهران: آوا.

* هامپتن، جین (۱۳۸٤)، **نظریه تعلیم اخلاقی مجازات**، برگردان: حمید محبوبی، فقه و حقوق، سال دوم، شماره ۵.

ب. عربی

* العوجی، مصطفی (۱۹۹۸م)، **النظریه العامه للمجرمیه**، بیروت: مؤسسه النوفل.

پ. انگلیسی

* Bentham, Jeremy, **An introduction to the principles of morals and legislation**, Kitchener, 2000

* Daggan , Netanel, **Contrasting judicial conceptions of imprisonment purposes in the supreme court of the US**. Vol 25, 2020

* Dagger, Richard, **Playing Fair with punishment**, Ethics, Vol 103, 1993

* Gault Sherman, Martha, **Do moral communities play a rol in criminal sentencing**, The Sociologicaal Quarterly, 2008

* Gustafson,Karyn, **Public Assistance and the Criminalization of Poverty**, New York University press, 2011

* Hegel, Georg Friedrich, **Outlines of the Philosophy of Right**, Oxford university press, 2008

* Handerich,Ted, **Punishment the supposed justifications**. London. Pluto press,2006

❋ Haidt, Jonathan, **The Happiness hypothesis**, American psychological association.2006

❋ Muniz,Ana, **Disorderly community partners and broken windows policing**, Ethnography Journal, vol 13, Issue 3, 2012

❋ Murphy,Jeffrie, **Does Kant have a theory of punishment?** Colombia law review, Vol 87, 1987

❋ Kohm, Steven A, **Naming, Shaming and Criminal justice, Crime, Media**, Cultur Journal, Vol 5, Issue 2, 2009

❋ Willem van Prooijen, Jan, **The Moral Punishment Instinct (perspectives on Justice and Morality)**, Oxford university press, 2018.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۳۸۹-۳۶۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۳۰

چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین

زینب پارسائیان،[۱] محسن بدره،[۲] فاطمه پورمسجدیان[۳]

چکیده

سقط جنین پدیداری چندبُعدی است که قانون‌گذاری در باب آن، نیازمند توجه به همه ابعاد این پدیده، از جمله بُعد اجتماعی است و همین ضرورت، مقتضی توجه به چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانینی است که قرار است این پدیدار را سامان ببخشند. در این پژوهش تلاش شده تا با روش کیفی تحلیل مضمون و ابزار مصاحبه عمیق و نیمه‌ساخت‌یافته، چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین در ایران مورد مطالعه و واکاوی قرار گیرد. بدین‌منظور با یازده خبره و مطلع کلیدی این حوزه مشتمل بر پزشک متخصص زنان، ماما وکارشناس بهداشت باروری مصاحبه شده است. یافته‌های این پژوهش چهار نوع چالش را در قالب چهار مضمون اصلی تشخیص داد: نخست، چالش‌های ساختاری و خلأ قانونی شامل مضامین فرعی واقع‌گرایانه نبودن قانون، مطلق بودن قوانین از حیث استثنا نکردن موارد مشروع محتمل سقط جنین، بالادستی و دستوری بودن قوانین وعدم پیش‌بینی نهادهای اجتماعی لازم است؛ دوم، چالش‌های فرهنگی که در پنج مضمون فرعی شیءانگاری جنین، قبح‌زدایی از سقط جنین، کاهش ارزش‌های اخلاقی، فردگرایی و ضدارزش شدن فرزندآوری قابل‌دسته‌بندی است؛ سوم، چالش‌های اجرایی و نظارتی شامل دو مضمون فرعی عدم اجرای قوانین و ضعف‌های نظارتی است؛ و چهارم، چالش‌های اقتصادی به عنوان آخرین مضمون در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت.

واژگان کلیدی: حقوق باروری، حقوق زنان، سقط جنین، کارآمدی اجتماعی

---

۱. کارشناس ارشد گروه مطالعات زنان دانشکده علوم اجتماعی و اقتصاد، دانشگاه الزهرا، تهران، ایران Zeinabparsaian@gmail.com

۲. استادیار گروه مطالعات خانواده و زنان، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا، تهران، ایران m.badreh@alzahra.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا، تهران، ایران (نویسنده مسئول) fmasjedian@alzahra.ac.ir

درآمد

انسان موجودی اجتماعی است و برای ادامه حیات اجتماعی خود به تشکیل خانواده احتیاج دارد. یکی از اصلی و کلیدی‌ترین کارکردهای خانواده، تولید مثل در جهت بقای نسل و گسترش جامعه است که در این فرایند، سقط جنین از آن جهت که کارکرد خانواده و تولید مثل را به خطر می‌اندازد، مسأله‌ای مهم و مورد توجه می‌باشد (حسن‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۷۰).

سقط جنین به معنای افتادن جنین قبل از نمو کامل در رحم (معین، ۱۳۷۱: ۱۸۹۴) و از نظر حقوق کیفری به معنای اخراج عمدی جنین قبل از موعد طبیعی به نحوی که زنده یا قابل‌زیستن نباشد یا منقطع ساختن دوران بارداری (گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸۱)، پدیده‌ای اجتماعی و درمانی است که از گذشته در اغلب جوامع و کشورها رایج بوده است و به خصوص نوع اجتماعی آن در قرن اخیر، در کشورهایی که از جهت اقتصادی و صنعتی پیشرفت داشته‌اند، افزایش پیدا کرده و همچنان نیز در حال گسترش است (رشنو و کونانی، ۱۳۹۶: ٤). سقط جنین در سطح جهان به علت مواردی مانند تنظیم خانواده، پنهان‌کردن روابط جنسی ممنوع یا نامشروع قبل از ازدواج رسمی و قانونی، جلوگیری از بارداری ناخواسته، هتک‌ناموس به عنف و مانند آن، رو به افزایش است (مظفری، ۱۳۷۷: ۵۰).

همگام با وقوع تحولات جهانی طی دهه‌های اخیر، تغییر و تحولات مهمی در ساختار و ویژگی‌های خانواده ایرانی در زمینه‌های گوناگون ایجادشده و کاهش سطح باروری از تجربیات مهم خانواده بوده است (عباسی شوازی و حسینی چاوشی، ۱۳۹۰: ۹). از ابعاد دیگر تحولی خانواده، افزایش سقط جنین‌های ارادی است که غالباً به صورت مخفی صورت می‌گیرد و بررسی میزان گسترش آن نیاز به برآورد دارد، چون به علت گزارش‌های کم، آمار و ارقام دقیق و مشخصی درباره آن وجود ندارد.

ممنوعیت سقط جنین در قانون و دین و عرف موجب زیرزمینی و پنهانی شدن آن شده و باعث شده این اقدام به مراکز غیر بهداشتی و غیر مجاز کشانده شود و گاهاً باعث مرگ مادران می‌شود. همچنین به دلیل غیر قانونی بودن، به‌وسیله افراد غیر مجرب و سودجو با نرخ بالا و به وسیله ابزار و وسایل غیر استاندارد انجام می‌گیرد

و باعث می‌شـــود که عاملان غیر قانونی درآمدهای هنگفتی به دست آورند و به علت همیـــن پنهان‌کاری‌ها، آمار دقیقی از ســـقط جنین وجود ندارد. عوارض و مرگ و میر ناشـــی از سقط جنین به خصوص ســـقط جنین ناایمن، تهدیدی جدی برای سلامت و حیات زنان و مادران به شـــمار می‌آید. همچنین وقوع میزان چشـــم‌گیر سقط‌های غیرمجاز و ناایمن در سراســـر جهان و به تبع آن، افزایش فوت و ناتوانی‌های فیزیکی و جنســـی مادران در جوامع در حال توســـعه، توجه بیش از پیش را به این موضوع می‌طلبد.

در کشـــورهای اسلامی، طبق آمارهای منتشر شده از سال‌های گذشته به علت ممنوعیت و غیر شرعی بودن سقط جنین و همچنین به علت عدم دسترسی به امکانات پزشکی و بهداشتی در جوامع درحال توسعه، زنانی که اقدام به سقط جنین می‌نمایند دچار آســـیب بیشتری می‌شوند. ســـقط جنین در کشورهایی که این عمل، غیر قانونی و ممنوع می‌باشـــد، یکی از علل اصلی فوت زنان در ســـنین باروری است (سرایی و روشان‌شمال، ۱۳۹۱: ۱).

باتوجه به آخرین آمار منتشـــر شده از سوی عضو کمیسیون بهداشت و درمان مجلس شورای اسلامی در اردیبهشت‌ماه سال ۱۴۰۲ تعداد سقط جنین از ۲۵۰ تا ۶۵۰ هزار مورد بوده که در بخش دیگری در همین سال رئیس کارگروه جمعیت و سرمایه اجتماعی، کمیســـیون علمی فرهنگی و اجتماعی دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام تعداد سقط جنین را یک میلیون و ۳۰۰ هزار مورد اعلام کرده است (هاشم‌زاده، ۱۴۰۲:۱)؛ بنابراین باید بازبینی‌های تخصصی نسبت به قوانین وضع‌شده، ضمانت‌های اجرای آن در عمل و نقاط قوت و ضعف آنان صورت گیرد.

تحقیقات و پژوهش‌های زیادی در زمینه بررســـی فقهی و حقوقی سقط جنین صورت گرفته اســـت؛ اما به‌صورت جدا و مبسوط در مورد کارآمدی اجتماعی قوانین ســـقط جنین در حقوق کیفری ایران پژوهشـــی صورت نگرفته اســـت. لات، میلنر و کاواناگ[1] (۲۰۱۹)، در پژوهشـــی با عنوان «اصلاح قوانین ســـقط جنین ممکن است مرگ و میر مادران را کاهش دهد. یک مطالعه زیســـت‌محیطی در یکصد و شصت و دو کشور»، به بررسی آمار سقط جنین و مرگ و میر مادران پرداختند. نتایج نشان داد

1. Latt, S.M., Milner, A., Kavanagh, A.

در کشـــورهایی که انعطاف‌پذیری قوانین سقط جنین در آن‌ها بیشتر بود، مرگ و میر مادران زنده کاهش یافته و به این نتیجه رســـیدند که اصلاح و انعطاف‌پذیری قوانین سقط جنین، مرگ و میر مادران را کاهش می‌دهد.

برغی و راســـتی (۱۴۰۲)، در پژوهشی با عنوان «واکاوی سیاست کیفری قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب سال ۱۴۰۰» راجع به سقط جنین جنایی و جرائم مرتبط با آن، به بررســـی تغییرات اعمال شده در رابطه با سقط جنین جنایی پرداختند. نتایج نشـــان داد که قانون‌گذار در برخورد با ســـقط جنین جنایی، رویکرد ســـخت‌گیرانه‌تری را اتخاذ کرده اســـت. همچنین نایب‌زاده (۱۴۰۲)، در پژوهشی با عنوان «بررســـی فقهی حقوقی ســـقط جنین در نظام حقوقی ایران و خلأهای قانونی آن»، به بررســـی ماهیت ســـقط جنین و علل و شـــرایط جواز یا ممنوعیت آن در فقه و نظام حقوقی ایران پرداخته اســـت. نتایـــج این پژوهش بیان‌گر لزوم بازبینی و اتخاذ رویکرد فراتر از دید صرفاً حقوقی و اقدامات تکمیلی قوانین مرتبط با سقط جنین بود. آزادواری و حبیب‌پورگتابی (۱۴۰۲) در پژوهشـــی با عنوان «کنش سقط جنین: تقابل هراس و انتخاب» به بررسی علل سقط جنین ارادی در مشهد پرداختند نتایج نشان داد شرایط علی ویژه‌ای (فردگرایی منفعت‌طلبانه، مسائل شغلی، تحصیلات و آینده‌نگری اقتصادی) تصمیم افراد به ســـقط جنین و این نوع تقابل را زمینه‌ســـازی و تســـهیل کرده‌اند. مهدی‌ثابت و همکاران (۱۴۰۰)، در پژوهشی با عنوان «سیاست جنایی ایران در قبال پدیده اسقاط جنین» به بررسی سیر تحولات قانون‌گذاری در مواجهه با سقط جنین پرداختند. نتایج این پژوهش بیان‌گر آن بود که سیاســـت جنایی ایران در پدیده ســـقط جنین یک رویکرد کیفرمحور، محدود به مجازات‌های ســـرکوب‌گرانه و فاقد نگرش پیشـــگیرانه است که نتایج مطلوب نداشته است و در نتیجه به لزوم اصلاح در این زمینه اشاره نمودند. بالاخره ستوده و مقیمی‌حاجی (۱۳۹۹)، در پژوهشی با عنوان «سقط‌درمانی، تأملات فقهی و سیاست‌گذاری تقنینی»، مبانی فقهی قانون سقط‌درمانی را بررســـی کردند و به این نتیجه رســـیدند که نظام تقنینی کشـــور برای جلوگیری از ســـقط جنین به خصوص ســـقط‌های غیر قانونی، نیازمند بازکاوی و بازبینی است و پیشنهادهایی برای اصلاح قانون سقط‌درمانی ارائه کردند.

تفاوت پژوهش حاضر با مطالعات پیشـــین در این اســـت که اغلب تحقیقات

گذشـــته با رویکرد فقهی و حقوقی پدیده ســـقط جنین را مورد بررسی قرار داده‌اند؛ در حالی که در این پژوهش تلاش شـــده است تا با اســـتفاده از روش کیفی و انجام مصاحبه‌های عمیق کیفی با متخصصان و خبرگان حوزه ســـقط جنین که از نزدیک با چالش‌های قوانین سقط جنین مواجه هستند، ابعاد مسأله مورد مطالعه و واکاوی قرار گیرد. از این رو، در این نوشـــتار، ضمن تبیین رویکردهای نظری نســـبت به جواز یا ممنوعیت ســـقط جنین، با استفاده از یافته‌های حاصل از مصاحبه با خبرگان موضوع، چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین را تبیین می‌نماییم.

۱. رویکرد های نظری به سقط جنین

از گذشته در جوامع رویکردهای گوناگونی نسبت به سقط جنین وجود داشته است که در این قسمت به تبیین هر یک از این رویکردها می‌پردازیم.

۱-۱. ممنوعیت مطلق (نظریه تقدس حیات)

کهن‌ترین و جدی‌ترین دیدگاه در بین نظریه‌های مربوط به سقط جنین، نظریه تقدس حیات اســـت که تحت‌تأثیر نظرات دینی و اخلاقی بیان‌شده و اقشار مذهبی و گروه‌های محافظه‌کار از این رویکرد پیروی می‌کنند. نظریه تقدس حیات معتقد است که حیات ذاتاً ارزشـــمند و محترم است از این رو نمی‌توان آن را از بین برد، در نتیجه باید از حیات انسانی حمایت کرد. پیروان این رویکرد نتیجه می‌گیرند که ارزش حیات از تمام ارزش‌های دیگر بالاتر است و هیچ حیات انسانی دیگری از جمله حیات مادر بر زندگی جنین ارجحیت ندارد (راسخ، ۱۳۸۲: ۱۸۲).

۱-۲. آزادی مطلق (آزادی‌خواه)

پیروان این نظریه، از زاویه‌ای کاملاً آزادی‌خواهانه به اعمال حق ســـقط جنین می‌پردازنـــد و معتقدند هیچ دلیلـــی برای غیر اخلاقی بودن ایـــن عمل وجود ندارد. جوهره اصلی نظرات پیروان این رویکرد، آزادی اراده فرد باردار اســـت، یعنی تمایل به نگهداری یا خاتمه دادن به حیات جنین یک موضوع کاملاً خصوصی و شـــخصی است و مادر باید کاملاً آزادانه در خصوص بدن و زندگی خود تصمیم بگیرد (اسلامی، ۱۳۸٤: ۳۲۳). طرفـــداران این رویکرد معتقدند مخالفت با تصمیم مادر به معنای نقض کنترل بر بدن و تجاوز به حقوق انسانی اوست (هادی‌تبار و مهری متانکلایی، ۱۳۹٦: ۲۲۵).

۳-۱. نظریه اقتصاد باروری

لبینشتاین[1] نظریه‌پرداز اقتصاد باروری در دهه ۷۰-۱۹۶۰ نظریه خود را بر این فرض استوار کرده است که منفعت یا عدم‌منفعت اقتصادی باعث تصمیم‌گیری والدین در خصوص تعداد فرزندان خویش است (حسینی، ۱۳۸۱:۵۰). او معتقد است، جامعه به گروه‌هایی با پایگاه اجتماعی گوناگون تقسیم می‌شود که دارای سلایق گوناگونی هستند و ممکن است مقدار تمایل آن‌ها به فرزند نیز متفاوت باشد و موقعیت اشخاص از طریق عوامل گوناگون مانند تحصیلات، دارایی، شغل و محل اقامت تعیین می‌شود. او بر اساس تئوری خود به تبیین دو موضوع می‌پردازد: خانواده‌های ثروتمند به چه علت فرزند کمتری دارند؟ علت کاهش رشد جمعیت در روند توسعه چیست؟ لبینشتاین معتقد است اشخاص در موقعیت بالاتر هزینه بیشتری را صرف کالاهای جایگاهی می‌نمایند؛ از این رو با محدودیت برای هزینه در سایر کالاها ازجمله بچه که یک کالای تعهدی است، مواجه هستند. به همین علت فرزند کمتری دارند. در روند توسعه و ارتقای جایگاه اشخاص، این تغییر نیز در مصرف کالا رخ می‌دهد و در نتیجه رشد جمعیت کاهش می‌یابد (محمودی، احراری و نیکونسبتی، ۱۳۹٤: ۹). در نهایت لبینشتاین معتقد است که رفتارهای باروری در یک جامعه ناشی از یک رفتار اقتصادی عقلایی است (حسینی، ۱۳۸۱:۵۱).

٤-۱. تئوری عرضه و تقاضا (هزینه و فرصت)

گری بکر[2] از پیشگامان تحلیل اقتصاد باروری است. او در مقاله خود به نام «تحلیل اقتصاد باروری» به بررسی اقتصادی رفتار بارداری خانواده‌ها پرداخته است. بکر معتقد است که رفتار بارداری خانواده‌ها ناشی از رفتار اقتصادی آن‌ها است. در این رویکرد، فرزند کالای مصرفی محسوب می‌شود که تصاحب آن احتیاج به صرف پول و زمان از جانب والدین است. او بر اساس تئوری اقتصاد کلاسیک خرد عنوان می‌کند که برای هر فرد یک تابع سودمندی را می‌توان یافت که در آن، رابطه‌ای بین تمایل زوجین به فرزندآوری و تمام کالاها و فعالیت‌های دیگری که در رقابت با فرزندان برای پول و زمان قرار می‌گیرند پیدا نمود (ویکس؛[3] به نقل از: حسینی،

1. Leibnestein
2. Becker. G
3. Wicks

۱۳۸۱: ۵۲). طبـــق این تئوری، بکر موضوع کاهش باروری را بررســـی می‌کند و بیان می‌دارد هزینه فرزندان در حال حاضر در حال افزایش است؛ به خصوص به این علت که هزینه فرصت والدین در حال افزایش اســـت و به عبارتی زمانی که برای بچه‌داری صرف می‌شـــود، در حال حاضر دارای ارزش بیشتری نسبت به گذشته است (گیلیس و همکاران، ۱۳۹۱: ۳۰٤).

به هر تقدیر، از آنجا که چشم‌اندازهای متخصصان به مساله سقط جنین و نحوه مدیریت اجتماعی آن، معمولاً متاثر از یکی از این دیدگاه‌های نظری اســـت، توجه به این نظریه‌ها لازم است.

۲. روش‌شناسی پژوهش

پژوهش حاضر از نوع کیفی اســـت. رویکرد کیفی نوعی از پژوهش است که پژوهش‌گر با تکیه بر نظر شـــرکت‌کنندگان در پژوهش، سؤال‌های گسترده و کلی را پرسش می‌کند؛ به جمع‌آوری اطلاعاتی می‌پردازد که غالباً از نوع کلامی و متن است؛ در ادامه به توصیـــف و تحلیل این کلمات و متن‌ها پرداخته و تحقیق خود را به نحو ذهنی و به اصطلاح، سوگیرانه اجرا می‌کند (بورگ و گال،[1] ۱۳۹۳: ۷۸).

برای تحلیل داده‌ها نیز از روش تحلیل تماتیک (تحلیل موضوعی یا مضمون) استفاده می‌شود. «تحلیل تماتیک، کدگذاری و تحلیل داده‌ها است، با هدف درک این‌که داده‌هـــا چه اطلاعاتی می‌دهند. این نوع تحلیل، در مرحله نخســـت به دنبال الگویابی در داده‌ها اســـت. زمانی‌که الگویی از داده‌ها به دســـت آمد، باید حمایت موضوعی از آن صـــورت گیرد. به عبارتی تم‌ها از داده‌ها نشـــأت می‌گیرند. داده‌های مورد تحلیل در روش تماتیک در بردارنده داده‌های متنی، مصاحبه‌ها و داده‌های مشـــاهده‌ای متنی شده‌اند» (گبریوم؛[2] ۱۹۹۸ به نقل از: طیبی ابوالحسنی، ۱۳۹۸: ۷٤).

ابـــزار گردآوری داده‌ها، مصاحبه‌های عمیق و نیمه‌ســـاختار یافته اســـت و در این پژوهش تلاش‌شـــده تا با انجام مصاحبه با متخصصین و کارشناسان، چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین ســـقط جنین مورد مطالعـــه و تحلیل و واکاوی قرار گیرد. منظـــور از کارآمدی عبارت اســـت از میـــزان موفقیت در تحقق هدف‌هـــا و یا انجام

1. Borg & Gall
2. Gabrium

مأموریت (زاهدی، الوانی و فقیهی، ۱۳۹۰: ۱۱۱) کارآمدی قوانین، هم‌بستگی مثبت قوانین با موضوعی است که نهایتاً بر حفظ ارزش و نظم عمومی باز می‌گردد. معیار کارآمدی قوانین در قابلیت اجرایی، فهم‌پذیر بودن، وضوح، سادگی، شفافیت و سازگاری است (ساریخانی و ثقفی، ۱۴۰۱: ۲۶۷).

شیوه نمونه‌گیری در این پژوهش هدفمند و غیر احتمالی است. در پژوهش کیفی حجم نمونه اهمیت ندارد، بلکه آن‌چه مهم است، اشباع داده‌های تحقیق و جمع‌آوری داده‌های غنی است. از این رو در این پژوهش تلاش شده است با انتخاب طیف متنوعی از صاحب‌نظران، نمونه‌گیری تا زمان اشباع داده‌ها ادامه یابد. منظور از اشباع داده‌ها، شرایطی است که اطلاعات تازه‌ای از متن مصاحبه‌های انجام‌شده استخراج‌نشده و به نوعی داده‌ها تکراری شوند.

در این پژوهش، مصاحبه‌ها تا رسیدن به اشباع داده‌ها ادامه داده شد و در آخر نمونه‌ها به یازده نفر رسیدند و اشباع داده صورت گرفت. مصاحبه‌ها از نوع نیمه‌ساخت‌یافته بوده که پس از کسب رضایت مصاحبه شونده به صورت فرد به فرد و در چند مرحله صورت پذیرفت. جهت تحلیل مصاحبه‌های صورت‌گرفته، ابتدا صوت‌ها تبدیل به متن شده و یادداشت‌های مصاحبه حضوری نیز مورد بازبینی و ویرایش نهایی قرار گرفت و نهایتاً با کدگذاری متن و مقوله‌بندی اظهارات مهم، فرایند تحلیل متن انجام شده است.

نکته مهم در پژوهش‌های کیفی و این پژوهش، لزوم محرمانه ماندن مشخصات مصاحبه شوندگان و حفظ محرمانگی اطلاعات آن‌ها و همچنین توجه به رعایت اصول اخلاقی پژوهش و تأکید بر داوطلبانه بودن مشارکت‌کنندگان در فرایند تحقیق است. جهت تحقق محرمانگی مشخصات هر یک از افراد کدگذاری شده و نقل‌قول‌ها بر اساس کدهای اختصاص یافته بیان شده است. در جدول (۱)، مشخصات مشارکت‌کنندگان ارائه شده است.

جدول (۱). مشخصات صاحب‌نظران

ردیف	کد	جنسیت	شغل	میزان تحصیلات	سن
۱	۱	مرد	استادیار و دارای سابقه مدیریت گروه اخلاق پزشکی	دکتری اخلاق پزشکی	۵۱
۲	۲	زن	جراح و متخصص زنان و زایمان و استادیار	دکتری حرفه‌ای پزشکی	۴۷
۳	۳	زن	دانشیار، محقق سلامت باروری	دکتری تخصصی بهداشت باروری	۵۵
۴	۴	زن	جراح و متخصص زنان و زایمان	دکتری حرفه‌ای پزشکی	۴۶
۵	۵	زن	کارشناس مامایی	کارشناسی مامایی	۳۱
۶	۶	زن	استادیار و کارشناس ارشد مامایی	دکتری تخصصی بهداشت باروری	۵۰
۷	۷	زن	استادیار و عضو کارگروه سلامت ستاد ملی جمعیت	دکتری تخصصی بهداشت باروری و کارشناسی‌ارشد مامایی	۴۰
۸	۸	مرد	استاد تمام، دارای سابقه مسؤولیت در معاونت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی	دکترای حرفه‌ای پزشکی	۷۵
۹	۹	زن	سابقه معاونت دبیرخانه ستاد ملی جمعیت	دکتری حرفه‌ای پزشکی	۴۶
۱۰	۱۰	زن	دانشیار و کارشناس مامایی	دکتری جامعه‌شناسی و کارشناسی مامایی	۵۴
۱۱	۱۱	زن	استاد تمام، جراح و متخصص زنان و زایمان	فلوشیپ سرطان‌شناسی و تخصص زنان و زایمان	۴۸

۳. چالش‌های کارآمدی قوانین سقط جنین

در این پژوهش تلاش شده تا درک، دریافت و توصیف افراد مورد مصاحبه به عنوان متخصص از چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین شناسایی و مقوله‌بندی شود. بر اساس یافته‌های این پژوهش، چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین

سقط جنین شامل مضامین اصلی؛ «چالش‌های ساختاری و خلأ قانونی»، «چالش‌های فرهنگی»، «چالش‌های اجرایی و نظارتی» و «چالش‌های اقتصادی» می‌باشد که هر یک شامل مضامین فرعی هستند که در ادامه به شرح هر یک پرداخته شده است.

جدول (۲). چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین

مضمون اصلی	مضمون فرعی	مفاهیم
چالش‌های ساختاری و خلأ قانونی	عدم‌نگاه واقع‌گرایانه قوانین فعلی	– هم‌سو نبودن جامعه و قانون؛ – عدم تطابق قانون و جامعه؛ – عدم استفاده از نظرات پزشکان
	مطلق بودن قوانین از حیث استثنا نکردن موارد مشروع محتمل سقط جنین	– نگاه صفر و صدی قوانین؛ – نادیده‌انگاری مجوز در موارد زنای به عنف؛ – تعیین شرایط سخت‌گیرانه برای سقط جنین
	بالادستی و دستوری بودن قوانین	– توجه صرف سیاست‌گذاران به جمعیت؛ – اهمیت کمتر اسقاط و قتل جنین از موضوع جمعیت؛ – قانون تنظیم خانواده؛ – قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت
	عدم‌پیش‌بینی نهادهای اجتماعی لازم	نبود مراکز حمایتی مانند مددکاری، روان‌شناسی و ... برای مشاوره وحمایت از فرد متقاضی سقط جنین
چالش‌های فرهنگی	شیء‌انگاری جنین	– قائل نبودن شأنیت انسانی برای جنین؛ – عدم تصور جنین به عنوان انسان و عدم احترام به آن؛ – نادیده‌گرفتن حق حیات جنین
	قبح‌زدایی از سقط جنین	– عدم سرزنش اجتماعی سقط جنین؛ – انتخاب سقط جنین به عنوان یک گزینه بهداشتی
	کاهش ارزش‌های اخلاقی	افزایش روابط غیر رسمی، بارداری‌های حاصل از رابطه نامشروع
	فردگرایی	– خودمحوری، افزایش آزادی‌های فردی؛ – تغییر در اولویت‌های فردی؛ – کاهش تعهد اجتماعی
	ضدارزش شدن فرزندآوری	– نگاه منفی به فرزندآوری؛ – نگرش منفی به تعداد فرزند؛ – رواج تک‌فرزندی
چالش‌های اجرایی و نظارتی	عدم‌اجراء قوانین	– عدم اجرای مجازات‌های تعیین‌شده مانند پلمپ مراکز اقدام‌کننده به سقط، ابطال پروانه پزشکی و ...
	ضعف‌های نظارتی	– در دسترس‌بودن داروهای سقط جنین؛ – انجام سقط در مراکز خصوصی و دولتی؛ – سهولت اجراء
چالش‌های اقتصادی	مشکلات اقتصادی و معیشتی	– بیکاری، نداشتن مسکن، فقر، تورم، هزینه‌های سرسام‌آور

۱-۳. چالش‌های ساختاری و خلأ قانونی

بر اساس مصاحبه‌های صورت گرفته، مضمون اصلی «چالش‌های ساختاری و خلأ قانونی» به چهار مضمون فرعی «نبود نگاه واقع‌گرایانه قوانین فعلی»، «مطلق بودن قوانین از حیث استثنا نکردن موارد مشروع محتمل سقط جنین»، «بالادستی و دستوری بودن قوانین»، «پیش‌بینی نکردن نهادهای اجتماعی لازم» تعریف گردید.

۱-۱-۳. نبود نگاه واقع‌گرایانه قوانین فعلی

از دیدگاه برخی از اقشار جامعه، قانون در ایران به علت تأثیرات مذهبی و اخلاقی قوی، فشار اجتماعی و نگرش دولتی واقع‌گرایانه تلقی نمی‌شود؛ زیرا جنین به عنوان یک موجود زنده و حق‌دار به شمار می‌آید و سقط آن معادل قتل تلقی شده؛ به طوری که بارداری‌های خارج از رابطه زناشویی، بارداری‌های ناخواسته و غیره دیده نمی‌شوند. به عنوان نمونه مصاحبه شونده (۲) می‌گوید: «قوانین زمانی پاسخ‌گو بوده و دارای کارآیی لازم هستند که همراه با حل مشکلات جامعه و مردم باشند در حال حاضر اغلب خانواده‌ها و جوانان با مسائل و مشکلات متعدد اجتماعی و اقتصادی مواجه بوده و نسبت به آینده خود نگران‌اند؛ لذا قوانین کارایی لازم را نخواهند داشت»؛ یا مصاحبه شونده (٤) می‌گوید: «قوانین وضع‌شده پیرامون سقط جنین نمی‌توانند جلوی فردی که نسبت به آینده مبهم خود و فرزندش نگران است را بگیرند و فقط سقط‌های غیر ایمن را افزایش می‌دهند و قوانین با توجه به شرایط کنونی جامعه پاسخ‌گو نخواهند بود.» همچنین برخی از مصاحبه شوندگان معتقد بودند، قانون سقط جنین هم‌سو با جامعه نیست؛ مثلاً مصاحبه شونده (۳) می‌گوید: «قوانین با واقعیات و نیازهای جامعه هم‌سو نبوده و به نظرات متخصصان این حوزه و مردم توجه نشده است و در نتیجه قوانین کنونی پاسخ‌گوی نیازهای جامعه نیستند. قانون باید مثل سند زنده باشد و متناسب با نیازهای جامعه تغییر کند شاید قوانین فعلی برای دهه چهل که همه در سن پایین ازدواج می‌کردند و شرایط اقتصادی جامعه ثبات داشت کارآیی داشتند، اما امروزه با توجه به تغییراتی که رخ داده و سن ازدواج بالا رفته و تمایل به فرزندآوری کم شده، این قوانین کارآیی لازم را ندارند». همچنین برخی از مصاحبه شوندگان معتقد بودند باید در قانون‌گذاری‌ها از نظرات متخصصان و پزشکان استفاده نموده و به لزوم اصلاح قوانین اشاره کردند. مصاحبه شونده (۱۱)

می‌گوید: «به عنوان یک پزشک بارها شاهد مراجعه زنانی بودم که با عفونت کل بدن مراجعه کرده و در بدن او دست‌کاری‌هایی به صورت غیر استریل صورت گرفته و باعث آسیب جدی به مادر شده است. لازم است که حتماً در این موارد هم‌فکری صورت گیرد و راهی پیش پای پزشکان گذاشته شود. اگر جلوی همه‌چیز گرفته شود و قوانین سفت و محکمی در این زمینه وضع شود، مریض سر از زیرزمین درمی‌آورد که این می‌تواند منجر به آسیب جدی به جان مادر شود و لازم است در این زمینه بازنگری و اصلاحات لازم صورت گیرد»؛ یا مصاحبه شونده (۱۰) می‌گوید: «لازم است به مسأله سقط جنین اجتماعی‌تر نگاه شود و پیامدهای قوانین سخت‌گیرانه برای سقط جنین بررسی شوند. اگر افراد به هر روشی که شده اقدام به سقط نمایند، این هم برای جامعه، جامعه بهداشتی و پزشکی بسیار نامطلوب است و هم برای خود فرد. وقتی ممنوعیت بالا می‌رود، آمار سقط جنین غیر ایمن بالا می‌رود و این سقط جنین غیر ایمن هم برای فرد عوارض دارد و هم برای آینده آن فرد؛ چون ممکن است فرد دچار عوارضی شود که اصلاً دیگر بارداری برای او اتفاق نیفتد».

۲-۱-۳. مطلق بودن قوانین

از موضوعات مهم در قوانین مرتبط با سقط جنین، محدودیت‌ها و ممنوعیت این عمل می‌باشد. وقتی یک نیاز در جامعه وجود داشته باشد و راه‌ها و ابزارهای قانونی برای آن پیش‌بینی‌نشده باشد، راه‌حل‌هایی برای آن خلق می‌شود که ممکن است مورد تأیید نباشد. برخی از مصاحبه شوندگان به عدم‌توجه به بارداری‌های حاصل از روابط نامشروع اشاره کردند، مثلاً مصاحبه شونده (۲) می‌گوید: «قوانین مطلق نگارش شده و درمورد موارد خاص تعیین‌تکلیف نکرده‌اند و مسائل فرهنگی مانند بارداری حاصل از رابطه نامشروع را مورد نظر قرار نداده‌اند. جنینی که از روابط نامشروع و یا در سنین نوجوانی ایجاد شود با توجه به فرهنگ و ارزش‌های دینی، قطعاً به هر شکل و به هر وسیله‌ای که باشد حتی با استفاده از روش‌های غیر ایمن سقط خواهد شد». مصاحبه شونده (۵) می‌گوید: «ایران خارج از جامعه جهانی نیست و بحث‌های ازدواج سفید و رابطه نامشروع وارد کشور شده و وجود دارد، پس باید متعاقب آن یک سری اصلاحات در مقررات مرتبط با این امر صورت گیرد». البته در اینجا برخی از مصاحبه شوندگان نظر متفاوتی داشتند. به عنوان نمونه، مصاحبه شونده

(۹) می‌گوید: «قانون‌گذاری در این موارد منجر به قبح‌زدایی از روابط نامشـــروع شده و بـــه همین علت قانون به آن نمی‌پردازد». همچنین برخی از مصاحبه شـــوندگان به مطلق بودن قانون ســـقط جنین و سقط درمانی اشاره کردند، مثلاً مصاحبه شونده (۳) می‌گوید: «قوانین صرفاً به مجوزهای جســـمانی مانند تهدید جان مادر بسنده کرده و مجوزهای دیگـــر را در نظر نگرفته‌اند؛ مثلاً مواردی مانند این‌که فرد قبل از ازدواج و در چهارچوب رابطه نامشـــروع باردار شده است که در این‌جا به فرد مجوز سقط داده نمی‌شـــود و با توجه به عرف جامعه و مذهب فرد به سقط زیرزمینی روی می‌آورد». البته در این‌جا برخی مصاحبه شوندگان نظر متفاوتی داشتند. به عنوان نمونه، مصاحبه شونده (۹)می‌گوید: «علت اقدام به سقط عمدی و غیر عمدی یکی است و این جمله که علت روی آوردن افراد به ســـقط زیرزمینی عدم دسترسی به سقط ایمن است، این یک آدرس غلط است و مسیر اصلی گم می‌شود. به‌ازای غیر قانونی شدن سقط برای زنان ،از تعداد وقوع ســـقط کاسته می‌شـــود؛ مثلاً اگر پانصد هزار سقط صورت گیرد که خیلی آزاد برخورد شـــود و یا یکصد هزار سقط انجام شود که این‌ها به شکل غیر قانونی و زیرزمینی صورت‌گرفته باشـــند و از این یکصد هـــزار تا، دو هزار مادر هم آســـیب ببینند، حالت دوم به حالت اول ارجح است؛ چون در این حالت تعداد جنین کمتری از دست می‌رود».

۳-۱-۳. بالادستی و دستوری بودن قوانین

در حال حاضر سیاست بهداشـــتی رسمی ایران تابع سیاست افزایش جمعیت اســـت و مفهوم بارداری ناخواسته شناسایی نمی‌شود و انکار شده است؛ در حالی که بخش عمده‌ای از بارداری‌ها ناخواســـته هستند که طبیعتاً درصدی از این بارداری‌ها به ســـقط ختم می‌شوند. مصاحبه شونده (۱۱) می‌گوید: «در برهه کنونی به علت کاهش جمعیت کشـــور توجه سیاســـت‌گذاران به موضوع ســـقط جنین بیشتر شده و تلاش می‌شود به هر نحوی جنین حفظ شـــود، اما به نظر می‌رسد این سخت‌گیری‌ها نتیجه مطلوب نداشته و چه بسا منجر به افزایش آمار سقط غیر قانونی شوند». مصاحبه‌شونده (۱۰) می‌گوید: «قوانین سقط جنین مبتنی بر افزایش یا کاهش جمعیت اصلاً قابل قبول نیســـت؛ یعنی مثلاً قانون ممنوعیت ســـقط جنین نوشته شود در زمانی که می‌خواهیم جامعه افزایش جمعیت پیدا کند، این اصلاً مطلوب نیســـت؛ چون اولاً، می‌تواند سقط

جنین غیر ایمن و ناایمن را بالا ببرد؛ ثانیاً، اگر حق حیات مطرح است، در هر شرایطی چه زمانی که مشـــکل افزایش جمعیت مطرح اســـت و چه زمانی که مشکل افزایش جمعیت مطرح نیســـت، حق حیات همان حق حیات است و تفاوتی ندارد». مصاحبه شونده (۸) معتقد است: «در برهه‌ای از زمان قانون تنظیم خانواده وجود داشت و افراد مکلف به اجرای آن بودند و شـــعار فرزند کمتر زندگی بهتر رایج بود، در نتیجه سقط قانون نشد و به همین جهت همیشه رشد کرد».

٤-١-٣. عدم‌پیش‌بینی نهادهای اجتماعی لازم

در دســـترس نبودن نهادهای اجتماعی مناســـب برای حمایت و مشـــاوره در خصوص سقط جنین می‌تواند یکی از چالش‌های کارآمدی اجتماعی باشد؛ به خصوص برای زنانی که قصد ســـقط جنین خود را دارند. در برخی موارد، زنان ممکن است به دلایلی مانند عدم آمادگی برای والدگری، نداشتن توانایی مالی یا دیگر دلایل شخصی تصمیم به سقط جنین بگیرند که به دلیل این‌که نهادهای مربوطه برای مشاوره، حمایت و اطلاع‌رســـانی وجود ندارند، این زنان در تصمیم‌گیری خود تنها بوده و با مشکلاتی مواجه هســـتند. در همین راستا مصاحبه شونده (۱۱) می‌گوید: «متأسفانه هیچ ارگان و نهادی برای مشـــاوره و راهنمایی متخصصین و ماماها برای فرد متقاضی سقط وجود ندارد و در نتیجه مضرات و پیامدهای سقط جنین برای فرد تبیین نشده و فرد مستقیماً اقدام به ســـقط می‌نماید» یا مصاحبه‌شونده (۱۰) می‌گوید: «هیچ‌گونه نهادی برای ارائه خدمات مشـــاوره قبل از سقط وجود ندارد؛ بنابراین لازم است نهادی تشکیل شود که به شناسایی مشـــکلات زنان و دخترانی که دچار بارداری ناخواسته شده‌اند بپردازد و راه‌حل‌های متناسب و کارشناسانه ارائه دهند. این امر به کاهش سقط‌های غیرقانونی و خطرناک کمک خواهد کرد». همچنین برخی از مصاحبه شـــوندگان به لزوم هم‌افزایی در مســـأله سقط اشاره کردند. به عنوان نمونه، مصاحبه‌شونده (۸) می‌گوید: «نبود یک متخصص چندرشته‌ای جهت ارائه مشاوره، باعث نقص در تشخیص و درمان مسائل مختلف مادران باردار می‌شود».

۲-۳. چالش‌های فرهنگی

نتیجه تجزیـــه و تحلیل مصاحبه‌های عمیق کیفی نشـــان داد، از نظر مصاحبه شـــوندگان، چالش‌های فرهنگی یکی از مهم‌ترین عوامل مؤثر در اقدام به سقط جنین

اســـت که این مضمون اصلی شامل مضامین فرعی «شـــیءانگاری جنین»، «قبح‌زدایی از ســـقط جنیـــن»، «کاهش ارزش‌های اخلاقـــی»، «فردگرایی» و «ضـــد ارزش بودن فرزندآوری» است.

۱-۲-۳. شیءانگاری جنین

یک مســـأله مهم در سقط جنین، فهم زمان آغاز حیات و انسان بودن یا نبودن جنین اســـت که در این خصوص نظرات مصاحبه شوندگان متفاوت از یکدیگر بود. شـــیءانگاری جنین به معنای عدم تشخیص و تحقق ویژگی‌ها و حقوق زیستی جنین است و بر اساس این دیدگاه، جنین در دوران زندگی قبل از تولد دارای وجود فیزیکی و قابلیت‌های حقوقی نیست و هنوز شخصیت و ذهنیتی مستقل ندارد؛ به همین علت، حقوق و حمایت قانونی مانند یک فرد بالغ را ندارد و در نتیجه هیچ مانعی برای سقط او نیست. برخی از مصاحبه شوندگان معتقدند بودند جنین از لحظه لقاح انسان شمرده می‌شود و به هیچ عنوان نمی‌توان او را از بین برد. به‌عنوان نمونه، مصاحبه شونده (۸) می‌گوید: «جنین متشـــکل از دو عنصر زنده است نه دو موجود زنده. هیچ‌کدام از دو عنصر موجود نیستند وقتی این کروموزوم‌ها از هم جدا هستند از نظر شرعی، اخلاقی و قانونی هیچ ایرادی برای جلوگیری از به هم رسیدن این کروموزوم‌ها وجود ندارد؛ اما به محض این‌که کروموزوم‌ها با هم لقاح پیدا می‌کنند و جفت می‌شـــوند، بلافاصله به یک موجود زنده تبدیل می‌شـــوند؛ یک موجود زنده شبیه به همه موجودات زنده دیگـــر دنیا که همه مختصات یک انســـان کامل را دارد که ایـــن موجود زنده نه برای مادر است نه پدر و دارای حق حیات است» یا مصاحبه‌شونده (۱) می‌گوید: «جنین از همان لحظه انعقاد نطفه و لقاح تمام خصوصیات یک انســـان کامل را دارد». همچنین برخی از مصاحبه شـــوندگان معتقد بودند حق حیات جنین نادیده گرفته می‌شود و به همیـــن علت زنان و مادران حق را به مادر داده و به راحتی اقدام به ســـقط می‌نمایند. مثلاً مصاحبه‌شـــونده (۱) می‌گوید: «حقوق جنین به لحاظ انسان بودن به اندازه حقوق مادر ارزش‌گذاری‌نشـــده و لذا حق به مادر داده می‌شود». در این‌جا برخی از مصاحبه شوندگان نظر متفاوتی داشتند؛ مثلاً مصاحبه شونده (۱۰) می‌گوید: «زمان حیات جنین و انسان محسوب شدن او مشخص نیست؛ این‌که جنین تا قبل از چهار ماهگی دارای زندگی گیاهی اســـت و قانون خاصی بر آن مترتب نیست و می‌شود آن را از بین برد

یا نه؛ اگر جنین بعد از چهار ماه از لقاح حیات دارد، پس چرا مجوز سقط جنین زیر سن چهار ماه وجود ندارد؟ و اگر جنین از همان لحظه انعقاد نطفه انسان محسوب می‌شود، پس چرا جنین دارای نقص ژنتیکی و امثال آن را می‌توان سقط کرد مگر او انسان نیست؟ وقتی زمان حیات مشخص نیست، باید به مسائل اجتماعی که سقط در جامعه ایجاد می‌کند توجه نمود».

۲-۲-۳. کاهش ارزش‌های اخلاقی

کلیه کنش‌های انسانی درگیر مسائل اخلاقی است. به همین علت رفتارهای ناهنجار اجتماعی تبعات ناگواری به دنبال دارد و منجر می‌شود که گاهاً خسارت‌های جبران‌ناپذیری به فرد و جامعه وارد شود. سقط جنین نیز زمانی‌که آمار آن به شکلی تصاعدی افزایش پیدا کند، نشان از افول اخلاق اجتماعی دارد؛ اگر فرد معتقد و پای‌بند به ارزش‌ها و اصول اخلاقی باشد آن را انجام نمی‌دهد؛ و اگر نه، به روش‌های گوناگون این عمل را توجیه نموده و انجام می‌دهد. به عنوان نمونه مصاحبه شونده (۵) می‌گوید: «متأسفانه مؤلفه‌های اخلاقی کشور در همه زمینه‌ها به شدت در حال سقوط می‌باشد مؤلفه‌هایی مانند خانواده دوستی و فرزندآوری در نتیجه سقط جنین یک پدیده کاملاً عادی تلقی شده، در صورتی‌که قبلاً سقط جنین به عنوان قتل محسوب می‌شد». همچنین برخی از مصاحبه شوندگان معتقد بودند افزایش روابط غیر رسمی یکی از علل اقدام به سقط جنین می‌باشد. مصاحبه‌شونده (۲) می‌گوید: «یکی از علل سقط عدم‌اطلاع از روش‌های درست جلوگیری از بارداری در جوانان و نوجوانان می‌باشد که با توجه به اقتضای سنی حتماً روابطی را قبل از ازدواج تجربه می‌کنند».

گسترش فردگرایی و لذت‌گرایی به لحاظ ذهنی و فرهنگی عاملی است که این نیاز را در افراد به وجود می‌آورد تا در زندگی اجتماعی تمرکزشان را بر خود قرار دهند و به خود اهمیت بیشتری بدهند تا اینکه وقت و انرژی خود را صرف تولید و پرورش فرزند کنند. مثلاً مصاحبه شونده (۷) می‌گوید: «بسیاری از افراد تنها به فکر موفقیت خود و بالا بردن سرمایه فرهنگی خود هستند و تشکیل خانواده و فرزندآوری را مانع می‌دانند» یا مصاحبه‌شونده (۳) می‌گوید: «مغایرت شرایط زندگی و فرزندآوری با اهداف فردی افراد (خود تحقق‌بخشی، توسعه فردی، اهداف شغلی

و ...) یکـــی از علل مهم عدم تمایل به فرزندآوری اســـت». همچنین برخی مصاحبه شـــوندگان معتقد بودند تغییر در اولویت‌های فردی باعث افزایش ســـقط جنین شده اســـت. مثلاً مصاحبه‌شونده (۷) می‌گوید: «مادرها و به طور کلی خانم‌ها به علت رفاه و مســـائل فردی دیگر، خودشان را در اولویت قرار داده‌اند». برخی مصاحبه شوندگان نیز معتقد بودند کاهـــش تعهد اجتماعی عاملی مؤثر بر فردگرایی و در نتیجه اقدام به سقط جنین می‌باشد. مثلاً مصاحبه‌شـــونده (۱) می‌گوید: «تعهد اجتماعی روز به روز کمتر شده و افراد به دنبال کسب منافع فردی خود می‌باشند».

۳-۲-۳. ضد ارزش بودن فرزندآوری

یکـــی از عوامل تأثیرگذار در مقوله فرزنـــدآوری و تمایل افراد به حفظ جنین خـــود، فرهنگ و ارزش‌ها اســـت. بنا بر روایت مصاحبه شـــوندگان، این‌طور به نظر می‌رســـد که در فرهنگ امروزی فرزندآوری بـــرای برخی از خانواده‌ها تبدیل به یک ضد ارزش شـــده است و اجتماع نگرشـــی منفی نســـبت‌به تعدد کودکان دارد. مثلاً مصاحبه‌شونده (۱) می‌گوید: «بیش از دو تا سه فرزند برای خانواده‌ها ضد ارزش شده است» یا مصاحبه‌شونده (۱۱) می‌گوید: «خانواده و فرزندآوری ارزش گذشته خود را از دست داده است». همچنین برخی مصاحبه شوندگان معتقد بودند رواج تک‌فرزندی نیز عاملی مؤثر بر اقدام به ســـقط جنین می‌باشـــد. مثلاً مصاحبه شونده (۷) می‌گوید: «روند جمعیتی کشـــور ایران در این چهل ســـاله به نحوی بوده است که تک‌فرزندی و فرزند نداشـــتن ارزش بیشتری نســـبت به فرزندآوری و داشتن فرزند داشته است». برخی دیگر از مصاحبه شوندگان معتقد بودند نگاه منفی به فرزندآوری نیز در اقدام به سقط جنین افراد بی‌تأثیر نمی‌باشد. مثلاً مصاحبه‌شونده (۱) می‌گوید: «یکی از موانعی که بر سر راه فرزندآوری بیشتر خانواده‌ها قرار دارد، طعنه‌های دیگران و سرزنش‌های آنان است».

برآمد

۱- بر اســـاس نتایج و تحلیل و تفســـیر مصاحبه‌های عمیق کیفی، چالش‌های کارآمدی اجتماعی قوانین سقط جنین در ایران در چهار مضمون اصلی مورد شناسایی و بررسی قرار گرفت؛ «چالش‌های ســـاختاری و خلأ قانونی» از پرتکرارترین عوامل ناکارآمدی اجتماعی قوانین بود که افراد مصاحبه شـــونده بیـــان نمودند که در قالب چهار مضمون جزئـــی نبود نگاه واقع‌گرایانه قانون، مطلق بودن قوانین، بالادســـتی و دســـتوری بودن قوانین و عدم پیش‌بینی نهادهای اجتماعی لازم بیان شد. قوانین سقط جنین در ایران چون بر مبنای قواعد فقهی نوشـــته شـــده است؛ لذا برای سقط جنین محدودیت‌های زیادی قائل شـــده و مطلق است، صرفاً در شرایطی خاص مجوز این کار را می‌دهد و بارداری‌های ناخواســـته و بارداری‌های حاصل از روابط نامشروع را در نظر نمی‌گیرد. این امر می‌تواند منجر به گسترش سقط‌های زیرزمینی و غیر قانونی شود.

۲- نتایج پژوهش نشـــان می‌دهد نظام تقنینی کشور نیازمند بازکاوی و بازبینی است. در این راستا پیشنهاد می‌شود قوانین مربوط به اسقاط جنین با توجه به شرایط و وضعیت ســـلامت مادران، تعدیل شـــود و راهکارهای فقهی جدید، جهت تعدیل محدودیت‌های اســـقاط جنین در دین توســـط مراجع کشف و استخراج گردد. مسأله دیگر در کارآمدی قوانین ســـقط جنین، چگونگی توجه قانون‌گذار به مسائل کلان و پراهمیت روز جامعه در اســـناد بالادستی است؛ بدین معنا که، در برنامه هفتم توسعه مصوب ۱۴۰۳ برنامه ســـاماندهی روش‌های جایگزین نویـــن در حوزه ناباروری در شقوق مختلف آن مورد حکم قرار گرفته است. سقط جنین نیز به دلیل مشابهت آن از جهات مختلف با موضوع مورد اشاره، لازم است در کمترین زمان در اسناد بالادستی کشـــور سیاست‌گذاری شـــود. خاطرنشان می‌ســـازد؛ در برهه‌ای از زمان قانون تنظیم خانواده بر کشور حاکم بود و تعداد فرزند کمتر امری مطلوب به شمار می‌آمد، توجه کمتری به ســـقط جنین می‌شد و سخت‌گیری‌های خاصی در مورد قوانین سقط جنین وجود نداشت و لذا نظارت کمتری هم صورت می‌گرفت؛ به همین علت سقط جنین امری کاملاً عادی تلقی شـــده و به مرور فرزندآوری تبدیل به یک ضد ارزش شد، اما در حـــال حاضر و با تصویب و حاکمیت قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

که به موضوع سقط پرداخته و دستورالعمل‌های ویژه‌ای برای کاهش و جلوگیری از سقط جنین ارائه نموده، سلامت زنان و مادران ممکن است در شرایط خاص در معرض خطر قرار گیرد. به عنوان نمونه در ماده ۵۲ قانون پیش‌گفته اشاره شده است که ارائه داروهای هورمونی و جلوگیری از بارداری در داروخانه‌ها و شبکه بهداشت منوط به تجویز پزشک می‌باشد؛ لذا قانون‌گذار ایران در جدیدترین سیاست کیفری خود در برخورد با سقط جنین جنایی و جرائم مربوط به آن، رویکرد سخت‌گیرانه‌تری را اتخاذ کرده است.

۳- هیچ‌گونه نهاد اجتماعی از قبیل مراکز حمایتی مانند مددکاری و همچنین نهادهای مشاوره‌ای و روان‌شناسی برای افرادی که قصد سقط جنین دارند در نظر گرفته نشده و مادر در این فرایند کاملاً تنها است. تأسیس این مراکز و راهنمایی افراد متقاضی سقط با رعایت اصل محرمانگی می‌تواند منجر به کاهش و جلوگیری از سقط در این افراد شود. پژوهش متولی و همکاران (۱۳۹۱) نیز به لزوم آموزش‌های گروهی در جهت ارتقای آگاهی زنان، استفاده از شیوه‌های مؤثر مشاوره‌ای چهره به چهره و فردی اشاره نمود. آیین‌نامه اجرایی مشاوره نو همسران در پنج سال اول زندگی مشترک مصوب ۹/۲۰/ ۱۴۰۲ هیات وزیران نمونه‌ای از این اقدامات برای زمینه‌سازی هرچه بهتر افزایش آگاهی نوهمسران می‌باشد که زوجین می‌توانند از این فرصت استفاده کنند. هم‌چنین پیشنهاد می‌شود اطلاعات مراجعان باروری و بارداری، سقط و دلایل آن و نحوه زایمان در کلیه مراکز با رعایت اصول محرمانگی ثبت و بررسی شود.

٤- چالش‌های فرهنگی در پنج مضمون فرعی «قبح‌زدایی از سقط جنین»، «کاهش ارزش‌های اخلاقی»، «فردگرایی»، «ضد ارزش شدن فرزندآوری» و « شیءانگاری جنین» مقوله‌بندی شد. پژوهش آزادواری و حبیب‌پورگتابی (۱٤۰۲) نیز نشان می‌دهد فردگرایی منفعت‌طلبانه یکی از علل تصمیم افراد به سقط جنین می‌باشد.

۵- چالش‌های اجرایی و نظارتی بیان‌گرآن است که قوانین سقط جنین در حوزه اجراء و نظارت بر اجراء ضعف دارند که این ضعف هم در نظارت بر مراکز انجام دهنده سقط جنین و مجازات مرتکبان و هم در نظارت بر مراکز فروش داروهای

سقط جنین و داروخانه‌ها دیده می‌شود.

٦- فرزندآوری موضوعی اقتصادی و اجتماعی فرهنگی است و باید تفاوت‌های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی را در نظر گرفت. جامعه ایران از وضعیت سنتی و پیشامدرن در حال عبور است. نگرش و توقعات افراد تغییر کرده است و به نظر می‌رسد وضعیت اقتصادی عامل تعیین‌کننده‌ای در تصمیم افراد به ازدواج و فرزندآوری است و لازم است ضمن حل مسائل اقتصادی، تورم و ... ، سیاست‌های تشویقی فرزندآوری نیز در نظر گرفته شود که دراین راستا ذیل قانون حمایت ازخانواده و جوانی جمعیت، مشوق‌های اقتصادی گوناگون در نظر گرفته شده است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آزادواری، النـــاز و حبیب‌پورگتابی، کرم (۱٤۰۲)، «**کنش سقط جنین: تقابل هراس و انتخاب (مطالعه‌ای پیرامون زمینه‌های شـــکل‌گیری ســـقط جنین ارادی در شهر مشهد)**»، نشریه بررسی مسائل اجتماعی ایران دانشگاه تهران، دوره ۱٤، شماره ۱.
* اسلامی، سیدحســـن (۱۳۸٤)، «**رهیافت‌های اخلاقی به سقط جنین: یک بررسی موردی**»، فصل‌نامه باروری (ویژه‌نامه سقط جنین)، شماره ٤.
* برغی، محمدمهدی و راستی، محسن (۱٤۰۲)، «**واکاوی سیاست‌های کیفری قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ســـال ۱٤۰۰ راجع‌به ســـقط جنین جنایی و جرائم مرتبط با آن**»، حقوق پزشکی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.
* بـــورگ، والتر و گال، جویس (۱۳۹۳)، «**روش‌های تحقیق کمی و کیفی در علوم تربیتی و روان‌شناسی**»، برگردان: زهره خسروی و همکاران. تهران: سمت.
* حسن‌زاده، عاطفه (۱٤۰۰)، «**بررسی علل سقط جنین به عنوان تهدیدی بر امنیت اجتماعی (مطالعه میدانی شهرستان قم)**»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام.
* حســـینی، حاتم (۱۳۸۱)، «**جمعیت‌شناسی اقتصادی اجتماعی و تنظیم خانواده**». همدان: دانشگاه بوعلی‌سینا.
* راســـخ، محمد (۱۳۸۲)، «**جدال حیات: بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین**»، فصل‌نامه باروری و ناباروری، دوره ٤، شماره ۳.
* رســـولی‌فرد، زینب (۱٤۰۰)، «**بررسی جایگاه حقوق زنان از منظر حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران و انگلستان**»، فصل‌نامه بین‌المللی قانون یار، دوره ۵، شماره ۲۰.
* رشنو، مصطفی و کونانی، محمدرضا (۱۳۹٦)، «**بررسی جرم سقط جنین در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و حقوق فرانسه**»، همایش ملی علوم اجتماعی، علوم تربیتی، روان‌شناسی و امنیت اجتماعی.
* زاهدی، شمس‌السادات و الوانی، سیدمهدی و فقیهی، ابوالحسن (۱۳۹۰)، «**فرهنگ جامع مدیریت**»، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
* ســـاریخانی، عادل و ثقفی، پریسا (۱٤۰۱)، «**بررسی معیار کارآمدی قوانین کیفری**

با رویکرد جرم‌شناختی»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، سال ۲۹، شماره ۱۱۲.
* ستوده، حمید و مقیمی‌حاجی، ابوالقاسم (۱۳۹۹)، «**سقط درمانی؛ تأملات فقهی و سیاست‌گذاری تقنینی»**، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۲۲، شماره ۸۸.
* سرایی، حسن و روشان‌شـــمال، پگاه (۱۳۹۱)، «**سنجش عوامل اجتماعی موثر بر نگرش زنان باردار نسبت به سقط عمدی»**، زن در توسعه و سیاست، شماره ۳۷.
* طیبی‌ابوالحســـنی، سیدامیرحســـین (۱۳۹۸)، «**درآمدی برروش تحقیق: رویه‌های استاندارد تحلیل داده‌های کیفی»**، سیاست‌نامه علم و فناوری، شماره ۲.
* عباسی‌شوازی، محمدجلال و حسینی‌چاوشی، میمنت (۱۳۹۰)، «**تحولات باروری، تنظیم خانواده و سیاســـت‌های جمعیتی در ایران»**، دانشگاه اسلامی، سال پانزدهم، شماره ٤٨.
* عمید، حسن (۱۳٦۲)، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران: امیرکبیر.
* کاتوزیـــان، ناصـــر (۱۳۸۲)، «**مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران»**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۹)، «**حقوق جزای اختصاصی»**. تهران: مجد.
* گیلیس، مالکوم و دوایت‌اچ، پرکینز و رومر، مایکل و اسنودکراس، دانلد آر (۱۳۹۱)، **اقتصاد توسعه**، برگردان: غلامرضا آزاد (ارمکی)، تهران: نشر نی.
* متولی، رؤیا و علیزاده، لیلا و نمادی وثوقی، مریم و شـــهباززادگان، سمیرا (۱۳۹۱)، «**بررسی شیوع، علل و پیامدهای سقط عمدی در زنان شهر اردبیل در سال ۱۳۹۰»**، مجله دانشگاه علوم پزشکی اردبیل، دوره ۱۲، شماره ٤.
* محمودی، محمدجواد و احراری، مهدی و نیکونســـبتی، علی (۱۳۹٤)، «**اقتصاد و باروری (نظریه‌ها و نقدها)»**، مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان)، دوره ۱۸، شماره ٦۹.
* مظفری، احمد (۱۳۷۷)، «**بررســـی ســـقط جنین در حقوق ایران»**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ٦۲، شماره ۲۵.
* معـین، محمـد (۱۳۷۱)، **فرهنگ فارسی**، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران: امیرکبیر.
* مهدوی‌ثابت، محمدعلی و قربانی، علی‌اصغر (۱٤۰۰)، «**سیاســـت جنایی ایران در قبال پدیده اسقاط جنین»**، مجله پزشکی قانونی ایران، دوره ۲۷، شماره ۱.

* نایب‌زاده، اشـــرف (۱٤۰۲)، «**بررسی فقهی- حقوقی سقط جنین در نظام حقوقی ایران و خلأهای قانونی آن**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بناب، سال شانزدهم، شماره ۲.

* هادی‌تبار، اســـماعیل و مهری متانکلایی، مریـــم (۱۳۹۸)، «**تعارض اصل ضرر و آزادی اراده در جرم انگاری ســـقط جنین**»، مجله حقوقی دادگســـتری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵ .

* هاشم‌زاده، مهدی (۱٤۰۲)، «**بررسی عوامل و مسائل سقط جنین و ارائه راهکارهای حاکمیتی و مردمی جهت جلوگیری و کاهش ســـقط جنین**»، اندیشکده موج، قابل دسترسی در:
https://iranthinktanks.com/solution-and-factors-to-prevent-abortion/

ب. انگلیسی

* Cook, R.J., & Fathalla, M.F. (1996). **Advancing Reproductive Rights Beyond Cairo and Beijing**. International Family Planning perspective, 22(3): 115-112. (7 pages).and acces. Best Practice and Research clinical obstetrics and Gynecology. 23: 177-85.

* Gabrium, J. F. (1998). **Analyzing Field Reality**. London: Sage Publications Ltd.

* Latt, S.M., Milner, A., Kavanagh, A. (2019). **Abortion laws reform may reduce maternal mortality: an ecological study in 162 countries**. BMC Women's Health (2019) 19:1 https://doi.org/10.1186/s12905-018-0705-y.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ۴۱۵-۳۹۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۳

حقوق دعاوی؛
سنتز برگفته از دیالکتیک حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی

سید رسول میرنژاد بروجنی[۱]

چکیده

دعـــوا، مفهومی‌آشـــنا و پرکاربرد در هر نظام حقوقی از جمله ایران به شـــمار مـــی‌رود. اما، گفت‌وگوهـــا در بارهٔ آن به اندازهٔ اهمیت آن نیســـت و آن طور که باید و شـــاید به آن پرداخته نشده اســـت. بر این بنیاد، در دوگانه انگارانه حقوق ماهوی و حقوق دادرســـی مدنی سه‌می‌به او اختصاص نمی‌یابد و همواره نادیده گرفته می‌شود. مرسوم اســـت که او را موضوعی فنی و شـــکلی می‌پندارند. نگاهی که که نیازمندی بررســـی عل‌می‌دربارهٔ آن را با تردیدی جدی مواجه می‌کند و بهانه‌ای پربها برای کنار گذاشـــتن آن به دست اندرکاران داده است؛ پس اختلاف اصلی را در این می‌دانند که برتری با حقوق ماهوی خواهد بود یا حقوق دادرسی مدنی.

در این مقاله در پی آن هســـتیم که از این دیالکتیک کهن و بدون پاســـخ گذر کنیم و در ســـاحلی به نام «حقوق دعاوی» آرام بگیریم. نهاد نوپایی که سَر آن دارد که آشتی دائمی‌بین این دو ایجاد کند. افزون بر این، با سخن گفتن از ویژگی‌ها و اهداف برنهاده شـــده تمایز بنیادین خود از آن‌ها را به منصه ظهور می‌رساند. فرایندی که این فرضیه را به اثبات می‌رســـاند که هم در آموزهٔ حقوقی و هم رویهٔ قضایی شـــناخت و سازماندهی دعاوی ضرورتی اساسی به شمار خواهد رفت؛ رویکردی که رهیافت آن افزون بر ایجاد و افزایش اعتماد عمومی‌به دستگاه قضایی کاهش هزینه‌های اقتصادی و نیز صرفه جویی در وقت کاربران دادگستری خواهد بود.

واژگان کلیدی: حقوق ماهوی، حقوق دادرسی مدنی، حقوق دعاوی، دیالکتیک

---

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی، دادرس دادگاه عمومی بخش قلعه نو تهران
rasoul.mirnejad@gmail.com

درآمد

بسیار پیش از آن که برایان جی گارث و مورو کاپلتی در کتاب آیین دادرسی مدنی خود (محسنی،۱۳۹۸: ٥٦) در بازشناسی ساختار حقوق دادرسی مدنی، سخن از ابزاری بودن این قواعد برای آن چه به حقوق ماهوی شهرت یافته است، به میان آورند و بر این اندیشه پافشاری نمایند که هرگز نمی‌توان این دو را هم‌سنج دانست و در هر حال دست بالا را حقوق ماهوی در اختیار دارد؛ این علامه حسن بن یوسف اسدی حلی بوده است که بنیان قضاوت را شنیدن دعوای دیگران می‌داند چه که از نظر او کوتاهی در این باره دستیابی به حق ماهوی را سخت و چه بسا ضایع خواهد کرد (اسدی حلی،۱٤۱۳: ٤۱۹)؛ گفتمانی که در آثار فقهای دیگر نیز نه تنها کم‌رنگ بلکه به شیوه‌ای قاعده‌مند ادامه یافته است (نجفی، ۱٤۰۱: ۱٤۹ و ۲۰۰، ؛ رشتی، ۱٤۰۱: ۱۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ٤۱۲؛ مطهر اسدی،۱٤۲۱: ۲۱٤).

با این وجود، نباید این گونه پنداشت که رویکرد پیش‌گفته که رهیافت بنیادین آن برتری حقوق ماهوی نسبت به حقوق آیینیک خواهد بود، در گذشته جای مانده است، بلکه نفوذ آن در اندیشه‌های قضایی و نیز نوشته‌های حقوقی نسل به نسل و سینه به سینه ادامه یافته است. بر این بنیاد، گفته شده است که قاضیان باید بر آن باشند که با ترمیم نقص‌ها و ایرادها از استمرار دادرسی که با هدف آسان ساختن ورود دادگاه در ماهیت دعوا و در نتیجه پایان فرآیند دای‌می‌دعوای حقوقی پی‌ریزی می‌شود، حمایت کنند[1] (میرنژاد بروجنی و فرحزادی، ۱٤۰۰: ۳۲۳)؛ دیدگاهی که نه در لفافه بلکه بی پرده از قربانی شدن مقررات دادرسی برای احقاق حق ماهوی حرف

---

۱. این رویکرد در رویه قضایی اگر چه به ندرت، ولی مورد پاسداشت قرار گرفته است. برای نمونه: شعبه نخست دادگاه عمومی بخش قلعه نو در پرونده کلاسهٔ ۱٤۰۲۹۱۹۲۰۰۰٥٤۳٤٤۸٦ در مقام اعتراض به قرار رد دفتر این گونه گفته است: «.. در حقوق دادرسی و نظام قضاوت اسلامی اصل بر استماع دعاوی است و بر این بنیاد قاضی نصب شده است تا دعاوی مردم را استماع کند. رویکردی که این پیامد را به همراه خواهد داشت که از ایرادات و نواقصی که امکان ترمیم آن وجود دارد گذر کرد تا مسیر برای ورود دادگاه در ماهیت دعوا فراهم و آسان گرد ...»؛ همچنین در دادنامهٔ شماره ۱٤۰۲۹۱۳۹۰۰۰۹۸۰٥۰۹۰ گفته شده است: «... دوم آن که: در حقوق دادرسی مدنی و نیز مقررات حقوق ماهوی و حتی در فقه، موضوعی در این باب که برایـن دعوا یا آن دعوا از عناوین خاصی استفاده شده باشد نیست و بر این بنیاد در حقوق دعاوی و دکترین معتبر حقوقی اصل بر آزادی خواهان در نام گذاری دعاوی است و این دادگاه است که باید بر اساس نهاد مترقی توصیف خواسته، خواسته خواهان را در مجرای درست قانونی قرار دهد تا راه برای رسیدن به صدور حکم که نتیجهٔ آن پایان دعوای حقوقی است، فراهم شود ...».

می‌زند و باور دارد که قوانین دادرسی نه موضوعیت بلکه طریقیت دارند.(میرنژاد بروجنی، ۱٤۰۰: ۱۳۸؛ خدابخشی، ۱۳۹٤: ۱۱۳).

در مقابل اما، گروهی دیگر بر پیمودن راهی غیر از آن چیزی که در بالا گفته شد پافشاری می‌نمایند. بر این بنیاد، این اندیشه که آیین دادرسی و مقررات آن وسیلهٔ احقاق حق ماهوی هستند را به هیچ وجه نمی‌پذیرند و آن را فروکاستن ارزش ذاتی این مقررات به شمار می‌آورند. از نظر اینان با این پشتوانه که حق زمانی به رسمیت شناخته می‌شود که در یک سازِکار شکل گرفته بر اساس مقررات آیینیک به سرانجام رسیده باشد. گفتمانی که پیامد آن همان گونه که ژوزف راز[1] گفته است کارایی و کارکرد حقوق ماهوی را در گرو قوانین دادرسی می‌داند؛ پس پر بیراه نخواهد بود که تقابل این دو مقررات را به دستگاه رایانه تشبیه کنند که حقوق ماهوی نقش سخت‌افزار آن و حقوق دادرسی مدنی نرم‌افزار آن به شمار آید و از آن نتیجه بگیرند که سخت‌افزار بدون نرم‌افزار تنها قطعه فلز یا جس‌می‌بی روح است. (Ranjard and Agency, 2011: 5)

نکته جالب اما، در این است که این دیدگاه نیز در ذهن و اندیشهٔ دادرسی‌دانان باقی نمانده و بخش بزرگی از دکترین حقوقی در نظام دادرسی ایران و نیز رویه قضایی را به طرز شگفت انگیزی با خود همراه کرده است. بدین سان در این دیدگاه اقامهٔ دعوا فرایندی پیچیده و همراه با سازِکاری دقیق در ذهن کاربران دادگستری نمایش داده می‌شود که فقط از سوی اشخاصِ حرفه‌ای قابل انجام است. افزون بر این و در نقطه مقابل جریان فکری نخست، نمی‌توان رد پایی از اصل قابل استماع بودن دعاوی یافت و به‌عکس از شروط نه‌گانه استماع دعوا سخن به میان می‌آید (هرمزی، ۱۳۹٤: ۳۵؛ محسنی و ملک‌تبار فیروزجائی، ۱٤۰۰: ۱٤۲)؛ گفتمانی که پیامد آن بنا بر آن چه که گفته شده، بر تقدم حقوق دادرسی مدنی بر حقوق ماهوی استوار شده است (داودی، ۱۳۹۷: ۲۱۱).

به هر روی، پرسش بنیادین در این مقاله، این خواهد بود که راهکار هم‌زیستی مسالمت آمیز حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی در رویهٔ قضایی چگونه خواهد بود؟ در هنگامه‌ای که هیچ یک از این دو گروه به سَروری دیگری رضایت نمی‌دهد

1. JosephRaz-1939-2022

و همه در پی فرماندهی هستند، چگونه می‌توان دَم از آشتی زد؟ آیا می‌توان بر بنیاد نهادسازی قضایی که به پوزیتیویسم قضایی نیز شهرت یافته[1] و آن‌گونه که هایدگر فیلسوف آلمانی[2] می‌گوید به عنوان دازاین-دادرس(دادرس در فضای قضاوت با امکانات وسیعی که دارد به عنوان موجودی زمان‌مند و تاریخی که پروای دعاوی و نتایج آن را دارد) با الهام گرفتن از تفکر دیالکتیک هگل[3] فیلسوف مشهور آلمانی از این تعارض بین تز (برتری حقوق ماهوی) و آنتی‌تز (برتری حقوق دادرسی مدنی) به سَنتزی که حقوق دعاوی نام گذاری شده، رسید؛ گفتمانی که پاره‌هایی از هر دو رویکرد را با خود همراه می‌کند و راه را برای ایجاد ساختاری نو در حقوق ایران فراهم می‌نماید.

بدین‌سان در این پژوهش که بر پایه واکاوی توصیفی و آماری و همراه با بیان رویهٔ قضایی مربوط به هر موضوع، استوار خواهد بود؛ نخست تلاش می‌شود در پرتو دو مکتب شکل‌گرایی و واقع‌گرایی نگاهی عمیق به مفهوم دعوا داشته باشیم. تقابلی که بخش بزرگی از پاسخ به پرسش دشوار اما مهم چرایی کشف این نهاد نوپا را در دل خود جای داده است. پس از آن، افزون بر ارائه تعریفی از حقوق دعاوی، در دو گفتار متمایز اهداف و آثار این نهاد مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم شناسی (از شکل گرایی تا واقع گرایی)

بی‌گمان نخستین پرسمان پس از نوشتن درباره کشف مفهومی نو در علوم در معنای عام خود و در حقوق به صورت ویژه، این است که چه ضرورتی داشته که در نهادهای شناخته شده و مرسوم دست برده شود و در پی برطرف کردن چه نیازی بوده‌ایم. پاسخ به این پرسش تا حد زیادی به رویکردی که درباره مفهوم دعوا و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران داریم بستگی دارد. گروه نخست که از نظر نویسنده با الهام از مکتب اثبات‌گرایی به فرم و آن چه هست اهمیت می‌دهند و در این مقاله،

---

۱. پوزیتیویسم قضایی مفهومی‌است که در فلسفه حقوق در برابر اراده دولتی یا همان مکتب اثبات‌گرایی حقوقی قرار گرفته است. طرفداران این مکتب، حقوق را آن چیزی می‌دانند که در دادگاه و توسط قاضی به وجود می‌آید. بدین سان آن گونه که هولمز گفته است زندگی حقوقی و عالم قضاوت بیشتر از آن که منطقی باشد، تجربی است.(انصاری، ۱۳۸۷: ۳۶).

2. Heidegger

3. Hegel - 1770-1831

مکتب شکل‌گرایی[1] نام نهاده می‌شوند و گروه دوم با الهام از مکتب حقوق طبیعی که بر هنجاری بودن قواعد حقوقی تأکید می‌ورزند، بر شناخت و درک ماهیت، عناصر و گام‌های دعاوی پافشـــاری می‌کنند و بر این بنیاد نگاه واقعیت گرا[2] نسبت به آن دارند. بدین‌سان پیش از تعریف مفهوم حقوق دعاوی، لازم است، جهت روشن شدن تمایز بنیادین این دو مکتب، تصویری واقعی از نگاهی که به دعاوی دارند را نمایان سازیم.

۱-۱. مکتب شکل گرایی

شـــیوه بر گرفته شده از این مکتب، از مفهوم فلســـفی خود دور نمانده است. توجه به آن چه هســـت، سهم بزرگی در واکاوی اندیشه این گروه دارد. مثال معروف مربوط به دیدن بالای کوه یخی که از آب بیرون آمده است، نزدیکی معناداری به این تفکـــر دارد. بر این بنیاد، در این مکتب نخســـت این که: عـــادت بر هنجار یا به گفته هارت (Hart, 1961:5) قاعده تقدم و برتری دارد. پس وقتی پرسش می‌شود که چرا خواهـــان به جای دعوای الزام به تحویل مبیع غیر منقولی که در مزایده برنده شـــده، دعوای خلع ید طرح کرده اســـت، این گونه پاســـخ داده می‌شود که چنین دعوایی با نتیجهٔ مثبت مواجه می‌شود. بدین سان، دعاوی فقط جس‌می‌بی روح به شمار می‌روند که بر کاغذ آورده می‌شـــوند و لذا تصور این که این دعاوی ارکان و عناصری مستقل از حقوق ماهوی و حقوق دادرســـی مدنی دارند، سخت خواهد بود. به پاسخی مشابه می‌رسیم وقتی این گونه پرســـمان می‌شود که چرا در دعوای ابطال رأی داوری نباید داور را در جایگاه خوانده نشاند و بر عکس در دعوای انتقال عین مستأجره بر اساس قانون سال ۱۳۵٦ از این که متصرف باید خوانده قرار گیرد حمایت می–شود. (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲٦۹٤۰۰٤۰۵).[3]

دوم این که: با توجه به این که در این مکتب همه چیز در شکل نمایان می‌شود، پس صورت و فُرم‌ها و عنوان خواسته به تدریج وحی منزل می‌شوند و چهرهٔ مقدس به

1. Formalism
2. Realism
۳. در این دادنامه این گونه آمده است: «.. از طرفی نظر به این که دعوای انتقال به غیر بایستی به طرف منتقل‌الیه (مســـتاجر دوم) طرح شود؛ زیرا مســـتاجر دوم ممکن است سمتی نداشته باشند و خواهان مدعی است که مستاجر دوم خانم م.ق است . لیکن ایشان را طرف دعوا قرار نداده است ... لذا قرار رد دعوی صادر و اعلام می‌گردد ...». این قرار در دادگاه تجدیدنظر عیناً تأیید شـــده است؛ به نقل از: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، ۵۳۰.

خود می‌گیرند به نحوی که حتی نمی‌توان فکر ابتکار و نوآوری را در سَر پروراند. بر این بنیاد، دوری ورزیدن از شکل و قالب از پیش تعیین شده گناهی نابخشودنی است که ضمانت اجرای سنگینی را در پی دارد و آن چیزی جزء صدور قرار عدم استماع دعوا نیست،[1] که به حق، آفتی برای رویه قضایی به شمار می‌رود (میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۹: ۲۳۲ و نیز ۱۴۰۰: ۱۱۶؛ خدابخشی ۱۳۹۳: ۲۱۷). بدین سان، در صورت انتقال عین مستأجره به ثالث بدون مجوز قانونی، موجر باید در قالب از پیش تعیین شده‌ای به نام «دعوای تخلیهٔ ید» گام بردارد و نوشتن عنوان خلع ید در دادخواست، خواهان را با نپذیرفته شدن دعوا مواجه می‌کند[2] (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۱۴۲۹).

سوم این که: با توجه به اندیشهٔ ساده انگارانهٔ این مکتب نسبت به دعاوی، سخن گفتن از یکسان‌سازی روش‌ها بیهوده و وقت تلف کردن است. بر این بنیاد، هرگونه تلاش برای ایجاد سازکاری که در آن بتوان با فهرست‌بندی دعاوی، ارکان و عناصر آن‌ها، رویکردها نسبت به دعاوی مشابه را به هم نزدیک کرد تا از پلورالیسم[3] به وحدت‌گرایی[4] برسیم، با شکست مواجه خواهد شد. این مکتب سخت به این بیت حضرت مولانا پای‌بند است که: هر کسی از ظن خود شد یار من؛ از درون من نجست اسرار من.

بدین سان، دست برتر در اختیار تکثرگرایان است؛ رویکردی که در این مکتب

---

۱. شعبهٔ ۱۰ دادگاه عمومی‌حقوقی بندر عباس در دادنامهٔ شماره ۹۷۰۹۹۷۷۶۱۱۱۰۰۲۵۳ در سخت‌گیری عجیب و همراه با استدلال از ابن منظور در کتاب لسان العرب ضمانت اجرای عدم رعایت مقرره مربوط به الصاق تمبر مالیاتی وکلاء در ماده ۱۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم را قرار رد دعوا دانسته است؛ رویکردی که عیناً در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۹۷۲۲۰۰۹۷۷ شعبه دوم دادگاه عمومی‌حقوقی نوشهر رعایت شده است. نکته جالب در این دو رأی از سوی همکاران قضایی این است که گویی از روی هم نوشته شده است. برای دیدن تفصیل این دو رأی و انتقاد از آن‌ها مراجعه کنید به: خدابخشی، ۱۳۹۹: ۱۹۲.

۲. در این دادنامه این گونه گفته شده است: «... نظربه این که برابر اجاره نامه رسمی ... مغازه در اختیار مستاجر بوده و تصرف یا انتقال ملک به غیر مستلزم طرح دعوی تخلیه به علت انتقال به غیر است، طرح دعوی خلع ید به کیفیت مطروحه وجاهت قانونی نداشته ... لذا به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوا صادر می‌گردد ...»؛ نقل از:پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳: ۵۲۸.

۳. پلورالیسم در فلسفه حقوق به هر گونه کثرت‌گرایی یا پذیرش تنوع شهرت دارد. این گستره ممکن است در مبنای الزام‌آور قاعده حقوقی یا منابع یا حتی دیدگاه قضایی باشد (شهابی، ۱۴۰۱: ۷۲).

٤. وحدت‌گرایی بر خلاف پلورالیسم در نظام حقوقی از یکسان بودن مبانی یا منابع و در عالم قضاوت از یکسان بودن روش و رویکردها نسبت به فرایندها و نیز رویدادها سخن می‌گوید (جعفری‌تبار، ۱۴۰۱: ۵۲).

به وضوح به چشـــم می‌آید و نتیجه آن این اســـت که تعییـــن ارکان و عناصر دعاوی نه تنها نوعی، بلکه شـــخصی می‌شـــود. پس دادگاهی می‌گوید باید از بطلان استفاده کرد، دادگاه دیگر میل به اعلام بطلان دارد، دیگری اعلام ابطال را می‌پســـندد و برخی صدور حکم بر ابطال؛ دادگاهی می-گوید فســـخ ایقاع است و باید قبل از دادخواست اظهارنامه تقدیم شـــود و دادگاهی دیگر دادخواست را کافی برای اثبات و اعلام فسخ می‌دانـــد؛ دادگاهی اعلام می‌کند که باید دعوای خلع ید طرح شـــود و دیگری از رفع تصرف یا تخلیه ید دفاع می‌کند. دادگاه بدوی حکم می‌دهد و دادگاه تجدیدنظر با این اســـتدلال که در دادخواست اولیه به جای بطلان از ابطال استفاده کرده، رأی را نقض می‌کند. دردناک‌تر این که مشخص می‌شود دعوایی که رد شده است، برای ابطال رأی داوری بوده و نیک می‌دانیم که وفق ماده ٤٩٢ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مقید به مهلت بیست روزه است (البته طبق نظر رویه قضایی غالـــب). محکوم رأی داوری که رأی دادگاه بدوی را در ابطال رأی داور به نفع خود می‌بیند و خرســـند از این موضوع است به یک‌باره با بنیانی مواجه می‌شود که شبیه به وضعی است که ساختمان دادرسی بر سر او آوار شده است.[1]

چهارم این که: دکترین حقوقی معتبر[2] نیز آن‌چنان که باید و شـــاید به دعاوی

---

۱. در این دادنامه این گونه آمده اســـت: «تجدیدنظرخواهی ... نســـبت به دادنامه ... که به موجب آن حکم به اعلام بطلان رأی داوری ... صادر شـــده ... وارد و رأی مستحق نقض می‌باشد ... به نظر این دادگاه اعلام بطلان ناظر به عقود و قراردادها می‌باشـــد نه رأی داور؛ زیرا رأی حکم جانشـــین رأی دادگاه می‌باشـــد و فقط می‌تـــوان ابطال یا بطلان آن را از محکمه درخواســـت نمود که دادگاه صالح رســـیدگی کننده یا حکم به ابطال رأی داور صادر نماید و یا دعوی ابطال رأی داوری را مردود اعلام می‌دارد، اما اعلام بطلان ناظر به عقد فاســـد می‌باشد که در حقیقت دادگاه با رأی خود کشف از واقع می‌نماید که اخبار به آن می‌دهد. نتیجتاً رأی داوری با حکم دادگاه باطل می‌گردد ولی در معامله باطل حکم دادگاه اثر تاسیســـی ندارد؛ بنابراین صدور رأی معترض عنه مغایر با قانون بوده ... ضمن نقض رأی نسبت به صدور قرار رد دعوا اقدام می‌شود ...» نقل از: خدابخشی، ۱۳۹۸: ۸٦.

۲. شعبه ٦ بازپرسی دادسرای عمومی‌وانقلاب شهرستان ری در دادنامه شماره ١٤٠٢٩١٣٩٠٠٠٢٦٦٠٣٨٤ سعی کرده است تعریفی از دکترین حقوقی انجام دهد. افزون بر این، بین دکترین معتبر حقوقی و غیر معتبر تمایز قائل شـــده اســـت. در این دادنامه این گونه آمده است: «۳- در دکترین حقوقی معتبر (در مقابل دکترین حقوقی غیر معتبر) که البته منظور از دکترین حقوقی معتبر، دکترینی است که: ۱- مورد احترام و حمایت علمی غالب محققان حقوقی کشور باشند؛ ۲- نظرات و مبانی آن‌ها در رویه قضایی و هم‌اندیشی نیروهای قضایی مورد استناد قرار گیرد؛ ۳- حتماً و قطعاً دارای پژوهش‌های علمی اعم از کتاب و مقالات علمی و پژوهشی در موضوع مورد اختلاف باشند.؛ ٤-از نظر اخلاقی و اجتماعی دارای حســـن شهرت باشند؛ ٥- رویکردی مبنی بر حل مشـــکلات حقوقی داشته باشند و نه این که صرفاً با بیان نظرات شاذ در پی رزومه‌سازی باشند.) نیز این رویکرد مورد حمایت قرار گرفته است و

نپرداخته اســـت و نوشـــته‌های حقوقی در تحلیل دعاوی، اگـــر نگوییم وجود ندارد، بســـیار ناچیز اســـت (مرتضوی، ۱۳۹۶: ۳)؛[1] رویکردی که از نادیده گرفتن شخصیت حقوقی مســـتقل برای دعاوی سرچشمه می‌گیرد. در نگاه این دکترین، دعاوی در کنار موضوعات مربوط به حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی بررسی می‌شوند و نه این که شأن و جایگاهی مستقل از این دو داشته باشد. بر این بنیاد، در سرفصل مربوط به عقد بیع نیم نگاهی به دعاوی مالکیت و در عقد اجاره، سایه‌ای از دعاوی تخلیه گفته می‌شود. دعاوی تصرف نیز از همین قاعده پیروی می‌کنند و در حقوق دادرسی مدنی، هنـــگام گفت‌وگو درباره تمایز بین دعاوی تصرف و مالکیت نه به صورت روشـــمند بلکه گذار مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۲-۱. مکتب واقع گرایی[2]

حیـــات این مکتب تا حدود زیادی برآیند انتقادهایی بود که نســـبت به نظریه شـــکل‌گرایی صورت می‌گرفت. اگر در مکتب شکل‌گرایی توجه به ظاهر مادهٔ قانونی و یا متن هســـت (رضایی خاوری، ۵۲:۱۳۸٤). اینجا اما به روشی قاعده‌مند و راستین در پی کشـــف محتوای قاعده حقوقی گام برداشته می‌شـــود. بر این بنیاد، پدیده‌های حقوقی به صورت مجرد و جدا از هم تفســـیر نمی‌شوند، بلکه بر این عقیده پافشاری می‌شود که شکل بخش نمایان محتوا به شمار می‌رود که پیوندی هدفمند با آن خواهد داشت. بدین‌سان در مکتب واقع‌گرایی برای فهم بهتر پدیده‌های حقوقی، هم‌زمان هم بـــه محتوای آن‌ها و هم به هنجارهای غیر حقوقی همچون اخلاق، مصلحت اجتماعی و آثار اقتصادی توجه می‌شود.

بر اســـاس این مکتب، نخســـت این که: بررســـی دعاوی مبتنی بر قاعده و بر خلاف مکتب شـــکل‌گرایی، روشی علمی است که هم در حوزه نظری و هم کاربردی

این دادیاری این دکترین را یار شاطر و نه بار خاطر می‌داند و به حکم اصل ۱٦۷ قانون اساسی آن را جزئی و به عبارت بهتر داخل در مفهوم «اصول حقوقی» می‌داند و لذا برای رفع اجمال و ابهام قانون از آن بهره خواهد برد ...».

۱. نویســـنده در مقدمهٔ کتاب به این نکته مهم در ضرورت بازشناســـی و ســـازمان‌دهی آیین دادرسی جداگانه برای هر دعوا که آن را در دعاوی مدنی برابر با چهارصد دعوا برآورد نموده اند، اشاره کرده است.

۲. واقع‌گرایی اندیشـــه برگرفته شده از دست اندرکاران اجرایی علم حقوق همچون قضات و وکلای دادگســـتری است؛ گفتمانی که ســـرآغاز آن را باید در اندیشه‌های قاضی هولمز آمریکایی دانست که همه چیز در حقوق را رأی دادگاه می‌پنداشت (انصاری، ۱۳۸۷: ۳۷).

اثـــری جدی بر جای می‌نهد. بر این بنیاد، دعوا فرایندی فراتر از خواســـته و واژگانی اســـت که در دادخواســـت به منصه ظهور می‌رســـد و قاعدهٔ بنیادین بر آرمان وجود شـــخصیت مستقل برای هر دعوا استوار شده است. پس پر بیراه نخواهد بود اگر گفته شود بر اساس این نگاه، هر دعوا یک شناسنامه برای خود دارد که نام آن بر آن نهاده شده است و آن را از سایر دعاوی متمایز می‌کند؛ استقلالی که به هر دعوا همانند یک مجموعهٔ منسجم و یکپارچه نگاه می‌کند که در برگیرنده عناصر عمومی و اختصاصی آن خواهد بود و برای دســـتیابی به هدف‌های برنهاده تدوین شـــده است. بدین سان، حرکت هر دعوا مانند قطاری اســـت که اگرچه از واگن‌های متعدد تشکیل شده است، اما پیوندی دانشین بین آن‌ها وجود دارد که هدفشان رسیدن به مقصد خواهد بود.

دوم این که: آن چه مقدس است و بر آن تأکید می‌شود محتوا و هدفی است که دعوا برای دســـتیابی به آن در اختیار کاربران دادگستری قرار داده شده است. پس راه برای ابتکار و نوآوری باز می‌شـــود و از نام‌ها و قالب‌های پیش ساخته دوری ورزیده می‌شـــود تا همان‌گونه که سنایی گفته، دستیابی به معنا آسان شود: ز راه دین توان آمد به صحرای نیاز ار نی؛ به معنی کی رسد مردم، گذرنا کرده بر اسما.

بر این بنیاد، صرف نقص یا شکســـتن این قواعد بـــه قیمت صدور قرار عدم اســـتماع دعوا تمام نخواهد شـــد، بلکه به جهت این که آن‌ها برای رســـیدن به حق اصلی پی‌ریزی شده‌اند از بنیان‌های ارزشمندی همچون اصل ترمیم دادرسی (میرنژاد بروجنی و فرحزادی، ۱٤۰۰: ۱۱٦) و نیز توصیف خواســـته (خدابخشی، ۱۳۹٤: ۲٦۵؛ میرنـــژاد بروجنـــی، ۱٤۰۰: ۹٦) بهره می‌برند تا کمک کنند کـــه نه تنها باری بر دوش خواهان شوند بلکه باری از دوش او نیز بردارند.[۱]

۱. برای دیدن نمونه‌ای دیگر در این باره رأی شـــعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در دادنامه شماره ۱٤۰۱۰۹۳۰۰۰۱۰۵٤۳٦٦ خواندنی است که این گونه بیان داشته است: «در خصوص تجدیدنظر خواهی ... از دادنامه ... شعبه ۵ دادگاه عمومی‌حقوقی شهرستان ... که متضمن صدور قرار عدم استماع دعوای تجدیدنظر خواه به جهت عدم طرح دادخواســـت اصلی به طرفیت کلیه مالکین بوده اســـت و دادخواســـت جلب شـــخص ثالث نیز رافع نقص اولیه دادخواست نیســـت، در جهت توجیه تصمیم این دادگاه ذکـــر چند مبنا ضرورت دارد ... دوم: پس ارزش ذاتی قواعد آیینی برای اطمینان اصحاب دعوا در پی وصول عادلانه به حق اســـت و در این میان اصل اســـتماع دعاوی ایجاب می‌کند تا دعوا در صورت نبودن مانع اســـتماع گردد. در دعوای پیش رو اگر هم دادخواست اولیه را ناقص بدانیم با جلب مالک دیگر و فراخواندن او به دعوا این نقص برطرف شده است و مالک بی‌اطلاع نیز در جریان دعوا قرار می‌گیرد و حقی از او زائل نمی‌شـــود؛ کما این که در ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرســـی مدنی

در توجه به همین مبانی است که شعبه ۱۳ دادگاه تجدید نظر استان یزد در دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۳۰۷٤۰۰۱۳۰ مورخ ۱۳۹۸/۳/۹ این گونه می‌نویسد: «۱- مفهوم بطلان و ابطال از لحاظ لغوی تفاوت معنای نظری دارند و از جمله این که در اولی یک احراز واقعه خارجی و تصدیق توسط محکمه است و در دومی یک ایقاع ارادی و به حالت انشایی است و در حقوق تعهدات نیز بار حقوقی متفاوتی دارند ...۳- توصیف خواسته در صلاحیت قاضی است مگر آن که صریحاً طرفین یا دادخواه، قاضی را از تفسیر مخالف آن نهی کنند. تعبیر عرفی و تخصصی کلمات و قالب‌سازی از خواسته مطروحه یک هنر حقوقی است که دارای ظرفیت‌های خاصی است، ولی کنکاش تفصیلی و چرخاندن کلمات به حدی که مفاهیم دور و غیر عرفی از آن خارج شود و تحمیل ضمانت اجرای موجب مردود شدن دادخواهی‌ها موافق اصول دادرسی پیشرفته نیست. از ویژگی‌های دادرسی استاندارد تسهیل در دادخواهی و ساده‌سازی است.تعین حقوقی از کلمات در متن قانون و قرارداد هر چند یک اصل مهم است، ولی تدقیق شدید در مفاهیم نظری تلقی شکل‌گرایی محض می‌کند که موافق نظام حقوق ایران نیست. قاعده العقود تابعته القصود و سایر قواعد مهم اصیل اسلامی بیان‌گر آن است که باید واقع‌گرا بوده و در صورت تعارض دو مفهوم واقعی، عرفی و باطنی را به کار گرفت و در جایی که وصف و اشاره متعارض است اشاره را مقدم گرفت؛ ٤- تفسیر قضایی باید به نحوی باشد که موجب تکثیر دعاوی و افزایش هزینه‌های اقتصادی نگردد. هرچند که شکل‌گرایی امنیت حقوقی را بهتر تضمین می‌کند و تنظیم کننده روابط معتبر است، ولی نامحدود شدن این موضوع و انشعاب زیاد موضوعات موجب مغلق شدن مسائل اجتماعی و سردرگمی‌شهروندان است. لذا ضمن احترام به نظریه دادگاه محترم بدوی به استناد مواد ۲۲۸ و۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض قرار مذکور، جهت رسیدگی به مرجع بدوی اعاده می‌گردد».[1]

نیز آمده شخص ثالثی که جلب شده خوانده محسوب می‌شود که خود دلالت بر امکان رفع نقص از دادخواست اولیه یا اقلاً دادخواستی مستقل در کنار دادخواست اولیه است از این جهت قرار صادره شایسته تأیید نمی‌باشد؛ بنابراین تجدیدنظرخواهی را وارد دانسته و مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و جهت رسیدگی ماهوی وفق مقررات و موازین حقوقی و قانونی به دادگاه محترم نخستین اعاده می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است».

۱. همین شعبه در دادنامهٔ دیگری به شماره ۹۸۰۹۹۷۰۳۰۷٤۰۰٤٤ گفته است: «... بر مبنای نظم

سوم این که: وقتی سخن از معنا و محتوا به میان می‌آید و نام‌ها رنگ می‌بازد، غبار نظر قضایی نیز فرو می‌نشیند و آرام آرام جای خودش را به مفهومی ارزشمندی به نام «استدلال حقوقی» می‌دهد. رویکردی که مهم‌ترین پیامد آن این خواهد بود که سلیقه و ذوق شخصی جای خودش را به قضاوتی عینی می‌دهد (Arendt, 1982: 37). بر این بنیاد، دادگاه از احتجاج شخصی که در آن به صورت زورمدارانه در پی به کرسی نشاندن نظر قضایی خود است، دست برمی‌دارد و با روی خوش نشاندن به مخاطب کوشش می‌کند تا او را قانع کند و با تشویق او به گفت‌وگو او را با استدلال خود همراه خواهد کرد (Stelmach, 2016: 118).

چهارم این که: رسیدن به شیوه‌ای یکسان در برخورد با دعاوی مشابه در این مکتب بیش از هر زمان دیگری دست یافتنی تر می‌نماید. نتیجه ای که پیوندی مستقیم با بررسی محتوا و کارکرد دعاوی دارد. بر این بنیاد، باید برای دعاوی مشابه، شیوه ای یکسان پیشنهاد داد که برای همه کاربران دادگستری قابل فهم باشد. بدین‌سان عقلاً و منطقاً نمی‌توان پذیرفت که در واکاوی یک دعوا دو شعبه در یک مجتمع قضایی رویکردهای متفاوت و گاهاً متعارض برگزینند و برای نمونه در دعوای تصرف عدوانی یکی از تصرف خواهان حمایت کند[1] و دیگری از وجود مالکیت رسمی او بر

عمومی‌و حفظ مصلحت در نظام دادرسی چنین استنباط می‌شود که در جایی که پرونده از سال ۱۳۹۳ تشکیل شده و اقدامات مختلف قضایی در راستای ابعاد ماهوی دعوا با قرارهای اعدادی متعدد و از جمله هیأت‌های کارشناسی انجام شده و هزینه بیت‌المال برای حل اختلاف حقوقی صرف گردیده است، به صرف یک نقص تمبر مالیاتی خرد، ابطال دعوا صورت نگیرد.وظیفه قاضی آن است که واقع‌نگری و جامعه‌نگری داشته باشد و تحلیل اقتصادی حقوق و بررسی آثار اقتصادی تفسیرهای موسع از مقررات را بررسی و راه حلی انتخاب کند که کمترین ضرر به حقوق جمعی و بیت المال را موجب شود. هرچند حفظ شکل‌گرایی موجب حفظ نظم عمومی‌است، ولی افراط در آن موجب تکثیر دعاوی و نارضایتی عمومی‌است. تا حد امکان، اشتباه باید قابل ترمیم (straightening) باشد. قاعده حسن نیت در دادرسی اقتضاء دارد همانطوری که طرفین مکلف به رفتار صادقانه هستند، دادگاه نیز به اشتباه‌های کوچک با شدیدترین واکنش حقوقی پاسخ ندهد و تعادل و تناسب اعمال ضمانت اجرا را در نظر داشته باشد. خصوصاً جایی که به علت ضعف نظارت مأمورین دولتی، اثر نقص شکلی (عدم ابطال تمبر) توسعه پیدا کرده است و در صورت تعدد اسباب، مسأله باید با انصاف تحلیل قضایی شود».

۱. شعبه نخست دادگاه بخش قلعه نو در پرونده کلاسه ۰۲۰۰۵۵۸ و به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۲۹۱۹۲۰۰۰۶۰۹۸۳۴۸ سعی کرده است از فرق نهادن بین دعوای تصرف عدوانی حقوقی و کیفری اجتناب کند. در این رأی می‌خوانیم که: « نظر به این که در اصول راهبردی حاکم بر دعاوی تصرف که هم شامل خوانده در دعوای حقوقی و هم مشتکی‌عنه در دعوای کیفری خواهد شد، تصرف مستمر و عرفی باید احراز شود تا بالتبع بتوان آثار حقوقی و کیفری را بر آن بار نمود.

مال غیر منقول[1] یا در دعوای الزام به اعتراض به تشـــخیص سازمان جنگل‌ها و مراتع در اعلام ملی بون زمین، دادگاهی با این استدلال که در این دعوا به بیان وصف ملی یا غیر ملی زمین پرداخته می‌شـــود، از غیر مالی بودن این دعوا حمایت کرده است و دادگاهی دیگر آن را مالی غیر منقول و بر پرداخت هزینه دادرســـی بر اســـاس قیمت منطقه‌بندی پافشاری می‌کند. دادگاهی شیوهٔ کشف متفاوت بودن شغل جدید و قدیم مســـتأجر در قانون سال ۱۳۵٦ را نظر واحد صنفی می‌داند و دیگری بر تفاوت عرفی انگشت می‌نهد (میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۸: ٤۷).

به هر روی، حرکت به ســـمت آرمان یکپارچه‌سازی شـــیوهٔ رفتاری در برابر دعاوی چیزی اســـت که بیش از این در منطق صوری به اصل تعمیم شهرت یافته بود و بر این بنیان استوار است که در پرونده‌های مشابه باید یکسان برخورد کرد.[2] بر این بنیاد، دعوای تصرف عدوانی در هرجایی که مطرح شود باید با فرایندی یکسان همراه شـــود. به بیان دیگر، پس از کنکاش و پذیرش اندیشـــه‌ای که مقبول باشد، باید دست از مخالفت برداشـــت و به‌عکس، در تقویت این یکسان‌سازی تلاش کرد. توضیح این که با ایجاد ســـازکاری آن را در سایر دعاوی و به صورت مجموعه‌ای منظم و به روز در اختیار کاربرانِ دادگستری قرار داد تا همچون اساس‌نامه‌ای ارزشمند همزمان مورد پاسداشت قاضیان، وکیلان، دکترین حقوقی و اصحاب دعوا قرار گیرد.

با این وجود، ممکن است گفته شود که فرایند یکسان‌سازی رویکردها نسبت به دعاوی مشـــابه به جهت این که هر پرونده پیچیدگی‌هـــا و ظرافت‌های ویژه خود

توضیـــح این که این دادگاه برخلاف آن چه در رویه قضایی شـــهرت دارد از پلورالیســـم در دعاوی تصرف گریزان است. رویکردی که جنبه کیفری این دعاوی را از جنبه حقوقی آن متفاوت می‌بیند و با دســـت آویز قرار دادن واژه «تعلق به» در ماده ٦۹۰ قانون مجازات اسلامی‌مصوب ۱۳۷۵ بر اهمیت اثبات مالکیت در این دعاوی پافشـــاری می‌کنند؛ در حالی که از نظر این دادگاه در هر دو دعوا احراز تصرف شـــاکی و خواهان کفایت دارد و ورود در مالکیت چشم‌پوشـــی از هنجار و مبنای اصلی این دعاوی اســـت که از ســـال ۱۳۰۹ تاکنون مقرر شده اســـت. افزون بر این مقرراتی همچون ماده ٦۹۱ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۷۵ که از تصرف ساده حمایت کیفری شده است نیز این موضوع را به منصه ظهور می‌رســـاند. بر این بنیاد، تفسیر برگزیده و شخصی این دادگاه درباره دعاوی تصرف بر این گونه اســـت که قانون گذار برای حمایت از تصرف دو حق را به خواهان یا شـــاکی داده است تا به اختیار خود هر کدام از این روش‌ها را که مناســـب دانســـت برای رسیدن به حق ادعایی خود از آن بهره ببرد ...».

۱. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ٤۷۷۷/۷ مورخ ۱۳۸٤/۷/۱۰

2. lik cases betreatedalike

را دارد، اجراپذیـــر نخواهد بود. این ایراد البته بیش از این از ســـوی طرفداران منطق خطابه به رهبری پرلمان[1] و تولمین[2] در هنگام انتقاد از اصل تعمیم منطق صوری بیان شده بود. به بیان دیگر، پیروان این گروه در این که در دو موضوع مشابه باید رفتاری یکسان اجرا شود، هیچ مشکلی ندارند و آن را پاسخ درونی به مفهومی‌عقلی و منطقی می‌دانند، اما این تمام ماجرا نیســـت؛ چه به باور این گروه، یافتن دو دعوای مشابه نه تنهـــا غیر ممکن بلکه محال اســـت و این مفهوم را بایـــد در جهان غیر واقعی و بر پایه عدالت صوری جســـت‌وجو کرد و نه در دنیای واقعی (Dahlman, 1399: 12; Feteris, 2013: 6).

این گفته را اگر چه می‌توان نقد کرد و بر اساس مکتب فلسفی هولمز،[3] دادرس آمریکایی که به «انسان بد» شهرت یافته است، ایجاد پیش‌بینی در نتیجهٔ ماهوی دعاوی را اجـــرا پذیر دانســـت (Holmes, 1897: 46) برگرفته از نادیده گرفتن و عدم تمایز بین مرحله «مقدمات دعوا» و «تمیز حق» می‌باشد. آن چه درباره امکان سازکاری برای یکنواخت‌سازی دعاوی مشابه گفته می‌شـــود ناظر به مقدمات دعوا خواهد بود و در این که در تمیز حق یکسان‌ســـازی دعاوی امری نه تنها دشوار بلکه غیر منطقی است، ســـخنی نیست. در واقع، «تمیز حق» بســـتگی کامل به سبک شخصی قاضی داشته و تلاش در قاعده مند ساختن آن به این جهت که دست بردن در« تفسیر» خواهد بود؛ نه تنها غیر ممکن بلکه نادرســـت است. بر این بنیاد است که برخی (جعفری‌تبار، ۱۴۰۱: ۲۵۱) افتخار حقوق را تفسیر می‌دانند که قانون حق ندارد آن را از قاضی بگیرد.

بدین ســـان در دعوای تخلیهٔ عین مســـتأجره به جهت تجدید بنا (بند ۱ ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مســـتأجر سال ۱۳۵۶) مقدمهٔ دعوا بر این بنیان استوار است که خواهان باید پروانه ســـاخت مبنی بر نوسازی را از شهرداری دریافت کرده باشد. در مثالی دیگر، در دعوای تعدیل اجاره‌بها در اجاره‌های مشـــمول همان قانون، مقدمهٔ دعوا، گذشـــتن مدت سه ســـال از تاریخ قرارداد اجاره یا آخرین درخواست خواهد بود، اما پاســـخ به این پرسش که فراهم نمودن این مقدمات ملازمه با پیروزی خواهان در دعوای تخلیهٔ عین مســـتأجره یا تعدیل اجاره‌بها دارد، مربوط به مرحله «تمیز حق»

1. perelman.
2. Toulmin.1922-2009
3. oliverwendellHolmes

خواهد بود و ممکن اســـت دادگاه با تفسیری ویژه از نبود حق تخلیه یا تعدیل اجاره بها دفاع کند.

پنجم این که: در این مکتب بر خلاف پیشینه شکل‌گرایی، رویکرد علمی نسبت به دعاوی گســـترش یافته است و به «دعوا» همچون پدیده‌ای علمی نگریسته می‌شود. دیدگاهی که هم در دکترین حقوقی و هم در قاضیان و وکیلان قابل مشـــاهده است. رویکردی که با این پیامد مواجه خواهد شـــد که در نظام آموزشـــی، واکاوی دعاوی امری بی‌اهمیت و صرفاً فنی و ســـطحی به شـــمار نمی‌روند و تلاش می‌شود قواعد عمومی و اختصاصی هر دعوا در پی هم و همراه با شـــرح مواد قانونی در کلاسهای درس مورد گفتگو قرار گیرد. بدین ســـان، در درس حقوق مدنی بیع، دعوای الزام به تنظیم سند رس‌می‌و الزم به تحویل و اثبات مالکیت بخش ناگسستنی به شمار می‌روند و در درس اجاره، دعاوی تخلیه به جهت تغییر شغل و تعدی و تفریط مستأجر در پی هم مورد کنکاش قرار می‌گیرند. در حقوق مدنی شفعه، وصیت و ارث از دعوای اخذ به شـــفعه، تنفیذ وصیت و تقسیم ترکه سخن گفته می‌شود. از سویی دیگر، قاضیان و وکیلان نیز به این اندیشـــه پای‌بند هستند. بر این بنیاد، دادگاه سعی خواهد کرد برای رسیدن به مفهوم «استدلال حقوقی» و جایگزینی آن بر «نظر قضایی» به دعوا همچون پدیده‌ای علمی بنگرند درباره وکیلان نیز وضع به همین نحو است و نگاه به دعاوی چهرهٔ علمی به خود می‌گیرد تا براســـاس آن بتوانند از مفهوم «بُردن» عبور و به آرمان ارزشمندی به نام «دفاع از نظام حقوقی» نزدیک شوند.

۲. تعریف حقوق دعاوی

بر اســـاس آن چه در بالا آمد به این نتیجه رسیدیم که «دعوا» مفهومی علمی، مســـتقل و زیربنایی در حقوق به شـــمار می‌آید؛ ویژگی‌هایی که از جمله آثار آن این خواهد بود که باید پیرامون هر دعوا در جســـت‌وجوی فرایندی پیاده شـــده از رویه قضایی تثبیت شـــده، دکترین حقوقی معتبر و اراده قانون‌گذار باشـــیم. این ســـه‌گانه؛ اساسنامه شناخت مفهوم، عناصر و ارکان دعوا، قواعد عمومی‌و اختصاصی آن به شمار می‌رود. بر این بنیاد، نقش و جایگاه حقوق دعاوی، کشف، بیرون آوردن و ارائه کردن این ویژگی‌ها به کاربران دادگســـتری، دکترین حقوقی، وکیلان و قاضیان و در نهایت تثبیت در نوشته‌های حقوقی خواهد بود.

البته حقوق دعاوی در بررسی این سه‌گانه، حق بازبینی را برای خود نگه می‌دارد و این گونه نیست که هر چه کشف می‌کند را به جامعهٔ هدف خود ارائه دهد. بر این بنیاد، در این راه همواره دستیابی به هدف برنهاده شده در بالا گفته شده که همان سازمان‌دهی دعاوی به شیوه‌ای یکنواخت می‌باشد، مورد توجه قرار می‌گیرد. افزون بر این، نقش و تأثیر این منابع لزوماً با هم برابر نیست. در این میان باید پذیرفت که دست برتر در اختیار رویه قضایی تثبیت شده است و دکترین معتبر حقوقی و قانون‌گذار در جایگاه پایین‌تری قرار دارند. علت این موضوع نیز که در بخش ویژگی‌های حقوق دعاوی در پی خواهد آمد از جمله در این است که زمینه اصلی کشف و شناسایی قواعد و ارکان دعاوی در حقوق زنده و آراء دادگاه‌ها تجلی می‌یابد و بر این بنیاد سهم عمده را در این میان به دوش می‌کشند.

با این وجود، بهتر است که قانون‌گذار در این باره به کناری بایستد و نظاره‌گر باشد تا این که بخواهد با تقنین در این باره نقشی برای خود دست و پا کند. این اندیشه البته معمولاً مورد توجه قرار گرفته است و قانون هم به درستی چندان تمایلی به تعیین شرایط و ارکان دعاوی و موضوعات مرتبط با آن نداشته و ندارد؛ با این حال در مواردی از این قاعده عدول می‌کند و با تعیین شرایط و ارکان دعوایی نسبت به قاعده‌سازی اقدام می‌کند. در حقوق ایران از جمله می‌توان به مادهٔ ٤٨٩ قانون مدنی و نیز ماده ٤ قانون بیمهٔ اجباری مسئولیت مدنی دارندگان در برابر اشخاص ثالث را نام برد[1] که در این هر دو، قانون‌گذار در باره نحوهٔ این که دعوا باید به طرفیت چه اشخاصی باشد، تعیین تکلیف کرده است.

به هر روی، در تعریف حقوق دعاوی می‌توان این گونه نوشت: « علمی است که در آن به بررسی قوانین و مقررات، رویه قضایی و نظر علمای حقوق نسبت به مفهوم، ارکان و عناصر و قواعد عمومی و اختصاصی دعاوی به عنوان شخصیتی مستقل پرداخته می‌شود تا با واکاوی ویژگی‌ها و اهداف، آن را از سایر بخش‌ها متمایز

---

۱. ماده ٤٨٩ قانون مدنی: اگر شخصی که مزاحمت می‌نماید مدعی حقی نسبت به عین مستاجره یا منافع آن باشد مزاحم نمی‌تواند عین مزبور را از ید مستاجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق با طرفیت مالک و مستاجر هر دو؛ مادهٔ ٤ قانون بیمه اجباری خسارات وارده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه: «... در صورت نیاز به طرح دعوی در خصوص مطالبه خسارت زیان دیده یا قائم مقام وی دعوی را علیه بیمه گر و مسبب حادثه طرح می‌کند ...».

سازد».

۳. ویژگی‌های حقوق دعاوی

گام بعدی پس از نوشتن درباره ضرورت شناسایی و کشف مفهوم حقوق دعاوی و تعریف این نهاد نوپا پاسخ به این پرسش است که چه ویژگی‌هایی ما را بر آن داشته است که سخن از استقلال مفهوم حقوق دعاوی در برابر حقوق مدنی و حقوق آیین دادرسی مدنی به میان آوریم و از ضرورت شناسایی و توسعهٔ آن دفاع کنیم؛ فرایندی که در بین آن تمایز بنیادین حقوق دعاوی با حقوق مدنی و حقوق آیین دادرسی مدنی را نمایان می‌سازد.

۱-۳. همه چیز در دعوا خلاصه می‌شود

اگر در حقوق ماهوی قواعد و شرایط ایجاد، انتقال و پایان حق همه چیز است و شناخت و واکاوی آن راه رسیدن به سعادت حقوقی است و در حقوق آیین دادرسی مدنی بر عدالت آیینی تکیه می‌شود و تشریفات به گونه‌ای محترم شمرده می‌شوند که چهرهٔ تقدیس گرایانه به خود می‌گیرند، اما در این‌جا همه گفت‌وگوها درباره «دعوا» خواهد بود. بر این بنیاد برخلاف نگاه همچون «بیگانه» که در حقوق ماهوی نسبت به دعاوی می‌شود و نیز نگاه همچون «فرزندخوانده» که در حقوق آیین دادرسی مدنی نسبت به دعوا دارند، در این‌جا دعوا فرزندی خونی و با اصل و نسب به شمار می‌رود که در شناسنامهٔ او حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی والدین او شناخته می‌شوند.

با این حال ممکن است ایراد شود که در حقوق دادرسی مدنی هم نگاه ویژه به دعاوی وجود دارد و برای نمونه از دعاوی تصرف یاد کنند که در مواد ۱۵۸ الی ۱۷۷ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در پی هم آمده‌اند، اما در پاسخ باید بیان داشت که آن چه از دعاوی تصرف در این مواد آمده است کمتر از ده درصد قواعدی است که در حقوق دعاوی در ارتباط با این دعاوی گفته می‌شود. پاسخ پرسش‌هایی درباره ارتباط این مواد با قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲، تأثیر هم‌زمان طرح دعوای کیفری تصرف عدوانی بر دعوای حقوقی و به‌عکس و این که آیا این هر دو بر یک شیوه باید رسیدگی شوند و تصرف در هر دو دست برتر را دارد (طیرانیان، ۱۳۹۲: ٤٤) یا در نگاه کیفری این دعوا از مالکیت دفاع کرد در هیچ جای حقوق دادرسی مدنی نیامده است.

۲-۳. ماهیت دعوا: آشتی حقوق ماهوی و دادرسی مدنی

در حقوق دعاوی یکی از مهم‌ترین اهداف بر این بنیان استوار است که دادگاه راهی برای ورود در ماهیت دعوا بیابد؛ آرمان ارزشـــمندی که دستیابی به آن منوط به رها شـــدن از هرگونه قید و بندی اســـت که او را از رسیدن به این هدف مقدس باز دارد. بدین‌ســـان در نقطه «ورود در ماهیت دعوا» است که اختلاف بین حقوق ماهوی و حقوق دادرســـی مدنی رنگ می‌بازد و این دو همچون دو برادر دست به دست هم می‌دهند تا دعوای حقوقی به ســـرمنزل مقصـــود که همان تصمیم ماهوی که در قالب حکم به منصه ظهور می‌رسد، در اختیار طرفین دعوا قرار گیرد. در این حالت است که دادگاه از یک ســـو با واکاوی قواعد حقوق ماهوی و از سوی دیگر، مقررات دادرسی هم‌سو با این هدف هر دو را راضی نگه می‌دارد.

برای نمونه در دعوای تخلیه عین مستأجره به جهت تعدی و تفریط مستأجر از یک سو با اعمال قواعد دادرسی درباره این که خواهان ذی‌نفع باشد و هزینه دادرسی مربوطه را پرداخت کرده باشـــد و جهت دعوای خود بر اساس ماده ۵۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را هم معلوم کرده باشد، به حقوق دادرسی مدنی روی خوش نشان می‌دهد و از سوی دیگر، با تحلیل این که آیا در اینجا تعدی و تفریط رخ داده است یا خیر و تطبیق با مفهوم عرفی آن و نیز اعتبار یا بطلان قرارداد اجاره دل حقوق ماهوی را به دست می‌آورد.

۳-۳. گریزان از نزاع اصول و تشریفات دادرسی و تأکید بر مفهوم «توانایی»

اصول دادرسی یا تشـــریفات دادرسی؛ به راستی حق با کدام گروه است؟ این پرسش بخش نسبتاً مهمی‌از پژوهش‌های حقوق دادرسی مدنی و اندیشهٔ دادرسی‌دانان را به خود مشغول کرده است. برخی سخن از این به میان می‌آورند که اصول دادرسی همچون الگواره‌ای خدشـــه‌ناپذیر باید همواره در رسیدگی به دعاوی اجرا شود، ولی تشـــریفات دادرسی همچون کالای لوکس و ویترین دادرسی به شمار می‌آید و امکان عدول و رد شـــدن از آن را به دادرس می‌دهند (محســـنی، ۱۱۲،۱۳۸۵). از نظر اینان، اصول دادرســـی مجموعه‌ای دائمی، پایدار، کلی و ارزشـــی به شـــمار می‌روند که در هنگام تفســـیر باید همواره محترم شـــمرده شـــوند، اما گروهی دیگر برآنند که سخن گفتن از اصول دادرســـی بدون اجرای تشریفات دادرسی مطلوبی ناممکن خواهد بود

و تشریفات دادرسی را پوستهٔ محافظ اصول دادرسی می‌خوانند (غمامی، ۱٤۰۱: ۹٦).

برخی نیز در مقام سنتز در مقابل این تز که دست برتر با اصول دادرسی است و این آنتی‌تز که تشـــریفات به این اصول معنا می‌دهد و نگهبان آن‌ها به شمار می‌رود بر این دیدگاه پافشاری می‌کنند که هر چه گفته شود از ابهام این دو واژه کم نخواهد شـــد و سهل و ممتنع بودن این هر دو کار را برای تفسیر سخت خواهد کرد و بر این باور رســـیده‌اند که تلاش برای قاعده‌مند کردن آن‌ها بیهوده است و بهتر است در هر دعوا به صورت نسبی تشخیص داده شود که اصول و تشریفات چیست (خدابخشی، ۱۳۹۸: ٤٦۷).

دادرســـی‌دان دیگری نیز با تقسیم‌بندی اصول دادرسی به این دوگانه که برخی از اصول با حقوق طرفین دعوای حقوقی هم‌ســـان هســـتند و از این جهت رعایت آن وابســـته به گوشزد آن‌ها خواهد بود و در حالت عادی دادگاه نیازی به محترم شمردن آن‌ها در خود نمی‌بیند و اصولی که رعایت آن در هر حال بر دادگاه لازم اســـت و بر این بنیاد دادگاه منتظر ایراد و تذکر اصحاب دعوا نخواهد شد، سعی در تابیدن نور بر مفهوم اصول دادرسی در جهت فرو کاستن از ابهام آن داشته‌اند (شمس، ۱۳۸٦: ۹۰٦).

قانون‌گـــذار نیز کمک چندانی به این گفت‌وگو نکرده اســـت و تنها در هنگام تصویـــب مواد ۱۸ و ۱۹ قانون شـــورای حـــل اختلاف مصـــوب ۱۳۹٤ [۱] از اصول وتشـــریفات دادرسی سخن گفته است؛ رویکردی که در آن برای نمونه، صلاحیت را در زمرهٔ اصول دادرسی آورده است و بر ابهام موضوع افزوده است.

امـــا در اینجا و در ســـرزمین حقوق دعاوی، این اختلاف‌هـــا رنگ می‌بازد و دادگاه در پی دســـتیابی به ماهیـــت دعوا، بیمی از زیر پا گذاشـــتن این هر دو ندارد. بدین‌سان حقوق دعاوی خود را درگیر این جنگ هفتاد و دو ملت نکرده و با پیشنهاد مفهومی‌ارزشمند به نام «توانایی» جایگزینی مناسب برای این گفت‌وگوها یافته است.

---

۱. تبصره ۱ مادهٔ ۱۸ قانون شـــورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹٤: اصول و قواعد حاکم بر رســـیدگی شامل مقررات ناظر به صلاحیت و حق دفاع، حضور در دادرسی، رسیدگی به دلایل و مانند آن است. ماده ۱۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹٤: رسیدگی شورا تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیســـت. تبصره ۱- منظور از تشریفات در این ماده، مقررات ناظر به شرایط شکلی دادخواست، نحوهٔ ابلاغ، تعیین اوقات رســـیدگی، جلسه دادرسی و مانند آن است. نکته حائز اهمیت این است که قانون گذار در قانون شورای حل اختلاف ۱٤۰۲ عطای این توصیف را به لقایش بخشیده است و سخنی از این تمایز به میان نیاورده است.

گفتمانی که از مقررات قانونی در حقوق دادرسی مدنی از جمله مواد ٦٥ و ٦٦ [1] قانون تشـــکیل دادگاه‌های عمومی‌و انقلاب در امور مدنی کشـــف شده و تأکیدی دوباره بر ابزاری بودن آیین دادرسی مدنی می‌باشد (میرنژاد بروجنی ۱٤۰۰: ۳۲۱). به بیان دیگر، دادگاه باید ابتدا به این پرســـش بنیادین پاســـخ دهد که «توانایی» رسیدگی به دعوا را خواهد داشت؟ در این‌باره اصول و تشریفات دادرسی در هر پرونده متفاوت و تلاش در روش‌مند کردن آن نیز بیهوده است.

با این حال، ممکن است ایراد شود که راه حل پیشنهاد شده مفهومی‌کلی و غیر قابل بررسی است و امکان زیر پاگذاشتن حقوق اصحاب دعوا بر بنیاد آن وجود دارد. در این باره پاسخ خواهیم داد که اگر چه گفته شد که این ملاک نسبی و در هر پرونده متفاوت اجرا خواهد شـــد، ولی این بدان معنی نیست که هیچ شاخص یا نشانه‌ای در این باره اجراپذیر نباشـــد. به بیان دیگر باید ســـنگ محکی در اختیار داشته باشیم تا براساس آن: نخســـت، دادگاه همواره رأی قضایی خود را با این شاخص تطبیق دهد تا هر جا از این الگوواره عدول کرده اســـت، امکان بازبینی و ترمیم را داشته باشد و بر این بنیاد راه برای اختیار غیرقابل نظارت بســـته شود؛ ۲- کاربران دادگستری و نیز مراجع نظارتی بتوانند در صورت محترم نشـــمردن آن از سوی دادگاه امکان بازبینی و الزام به رعایت آن را داشته باشند.

٤. اهداف حقوق دعاوی

پرســـمان بعدی پس از نوشتن درباره چیستی و چرایی و ویژگی‌های هر نهاد نوپایی این خواهد بود که آمدنش بهر چه بوده اســـت و در پی دستیابی به چه اهداف برنهاده شـــده‌ای پیاده شده است. حقوق دعاوی هم از این قاعده پیروی می‌کند و باید حقانیت خود را با بیان اهداف خود به اثبات برساند.

۱-٤. قلع دائمی دعوا با صدور حکم

همان گونه که پیش از این و در هنگام بیان یکی از ویژگی‌های بنیادین حقوق دعاوی در مقام گریزانی از مفهوم اصول دادرســـی و تشـــریفات دادرسی و توجه به

---

۱. ماده ٦٥ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی‌و انقلاب در امور مدنی: « اگر به موجب یک دادخواست دعاوی متعددی اقامه شود که با یکدیگر ارتباط کامل نداشته باشند و دادگاه نتواند ضمن یک دادرسی به آن‌ها رســـیدگی کند ...» و ماده ٦٦ قانون تشـــکیل دادگاه‌های عمومی‌و انقلاب در امور مدنی: « در صورتی که دادخواست ناقص باشد و دادگاه نتواند رسیدگی کند ...».

مفهوم «توانایی» گفته شد، فلسفهٔ اصلی این نهاد در پایان دادن ماهیتی به دعوا خلاصه می‌شود؛ رویکردی که نتیجهٔ منطقی آن این خواهد بود که دادگاه باید تمام تمرکز خود را براین قرار دهد که با صدور حکم در دعوا، از مرحلهٔ مقدماتی دعوا وارد در مرحلهٔ «تمیز حق» شود. این آرمان ارزشمند البته با خود آثاری نیز به همراه خواهد داشت که از لوازم آن به شـــمار می‌رود: نخست آن که، دادگاه در همکاری با طرفین دادرسی از ایرادها و نواقص جزئی عبور می‌کند. همکاری که البته از یک اتحاد سه گانه و نانوشته سرچشمه می‌گیرد و هر یک مسؤولانه در تکامل و استمرار آن نقش ایفا می‌کنند؛ دوم آن که، این شیوه صرفه‌جویی در هزینه‌های اقتصادی طرفین دادرسی و نیز زمان آن‌ها را هم در پی خواهد داشت. به بیان دیگر با صدور حکم یک بار برای همیشه وضعیت مشخص می‌شود و این گونه نیست که با صدور قرار عدم استماع دعواهای پی در پی، دعوا از سر خط آغاز شود؛ پدیده‌ای که دردی دو چندان برای طرفین دادرسی به شمار می‌رود؛ سوم آن که، اعتماد به دستگاه قضایی را افزایش خواهد داد. در واقع، دستیابی به این هدف تجلی عینی و در دســـترس برای تحقق این دستور راهبردی خواهد بود که مرجع قضایی باید ملجاء و پناهگاه اصحاب دعوا باشد. پس، قدم برداشتن در این راه برابر با فاصله گرفتن از دادگستری خصوصی خواهد بود.

۲-٤. ایجاد پیش‌بینی نوعی در دعاوی

هدف دیگر بر این بنیان اساسی استوار است که حقوق دعاوی بر تاریکی مسیر دعاوی روشـــنی بتاباند؛ به نحوی که کاربران دادگســـتری از پیش نسبت به نتیجهٔ این راه آگاه باشـــند. این شیوه دست اصحاب دعوا را برای تصمیم‌گیری در این که اساساً بخواهند به سمت طرح دعوا حرکت کنند یا از آن صرف نظر کنند باز خواهد کرد. البته همان گونه که پیش از این بیان شد، هدف این نخواهد بود که در تفسیر قاضی دست برده شـــود و آن را کانالیزه نماییم، بلکه بر این باور هستیم که این رویکرد عمومی‌تنها بـــه جهت جلوگیری از حاکمیت «نظر قضایی» که پیامد آن ســـردرگمی‌اصحاب دعوا به وســـیلهٔ اختلاف نظر قضایی و حرکت به سمت «استدلال حقوقی» تنها در مقدمات دعوا و ارکان و عناصر آن پیشـــنهاد شده است. شعبه نخست دادگاه بخش قلعه نو در دادنامه شماره ۱٤۰۲۹۱۳۹۰۰۰۹۸۵۰۹۰ به این دغدغه توجه نموده است و این گونه گفته است: «... این دادگاه نخست آن که به اختلاف قدیمی و کهن در این باره در رویه

قضایی آگاه اســـت و بر این بنیاد به نیکی می‌داند که برخی از همکاران قضایی بر این باور هســـتند که چون فسخ قرارداد از منظر ماهیتی ایقاع به شمار می‌رود؛ لذا نخست باید به موجب اظهارنامه نســـبت به اعلام این فســـخ اقدام شود و سپس دادخواست تحت عنوان اعلام فســـخ یا تنفیذ آن از مرجع قضایی خواسته شود. این دادگاه با این اندیشه مخالف است وآن را در تعارض با اصل استماع دعاوی می‌بیند. توضیح این که بر اســـاس پشتوانه‌های عظیم فقهی قاضی نصب شده است تا دعاوی مردم را استماع کند و حتی در کلام صاحب جواهر از استماع دعوای مجهول سخن به میان آمده است و این که با اســـتفصال از خواهان می‌توان راهی برای استماع حداکثری دعوا پیدا کرد. آرمان ارزشمندی که موجب می‌شود اعتماد مردم به دستگاه قضایی افزایش یابد و بر این بنیاد دعاوی کاربران دادگستری بیهوده به جهت اختلاف نظر قضایی بر روی زمین نماند. به بیان دیگر مقررات دادرســـی مدنی ابزاری برای احقاق حق به شمار می‌روند و نباید به نحوی تفسیر شوند که مانع از احقاق حق شود ...».

برآمد

۱- بر اساس آن چه در این مقاله گفته شد، باید بر این اندیشه پافشاری نماییم که دعاوی و بررسی آن‌ها صرفاً جنبهٔ فنی و ظاهری ندارند، بلکه بر عکس، پدیده ای علی‌می‌به شمار می‌روند که شناخت ویژگی‌ها، ارکان و عناصر آن استقلال این نهاد نوپا را از حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی آشکار می‌نماید. بر این بنیاد هر دعوا شخصیت حقوقی مستقل به خود دارد که شناخت ویژگی‌های ذاتی آن امری ضروری هم در رویه قضایی و هم نظام آموزشی خواهد بود. پس منطقی این است که از دیالکتیک حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی رها شویم و بر سنتزی ارزشمند به نام حقوق دعاوی تکیه کنیم.

۲- در این رشته آن چه اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد، پایان دادن به دعاوی بر بنیاد استماع حداکثری دعاوی خواهد بود. رویکردی که صدور حکم و ورود در ماهیت دعوا و در نتیجه «تمیز حق» ساختار بنیادین آن را در بر می‌گیرد . بدین‌سان اصول و تشریفات دادرسی در این راه تفسیر خواهند شد و حقوق دعاوی خود را از دعوای برتری یکی بر دیگری بی‌نیاز می‌بینند. پس باید دست از مقاومت سرسختانه در آفرینش و به دنیا آمدن این فرزند مشروع برداریم و با آغوشی باز او را به رسمیت بشناسیم و افزون بر آن با مهربانی اجازه رشد و تکامل آن را در سرزمین حقوقی کشور فراهم کنیم. نهادی که در پی دست‌یابی به اهداف برنهاده شده در زیر خواهد بود:

- شناسایی جایگاه علمی دعاوی در آموزهٔ حقوقی و نظام دانشگاهی در جهت تثبیت ارکان و عناصر هر دعوا و در نتیجه قرار گرفتن آن در سرفصل‌های آموزشی؛

- توجه علمی پژوهشی نسبت به مفهوم دعاوی در نظام حقوقی ایران و گسترش نوشته‌های حقوقی در این زمینه اعم از مقاله و کتب حقوقی؛

- تلاش در جهت فراهم نمودن آشنایی کاربران دادگستری با روند رسیدگی به دعاوی و نتیجهٔ آن‌ها با هدف جلوگیری از اطاله دادرسی و صرفه‌جویی در وقت و هزینه‌های اقتصادی دعاوی؛

- کوشش در خصوص رسیدن به آرمان ارزشمند یکسان سازی عملکردی در رویهٔ قضایی نسبت به دعاوی و عناصر آن با هدف فروکاستن از سلیقهٔ قضایی و تمرکز بر استدلال حقوقی.

فهرست منابع

الف. فارسی

* انصاری، باقر (۱۳۸۷)، **نقش قاضی در تحول نظام حقوقی**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* شهابی، مهدی (۱٤۰۱)، **فلسفه حقوق**، چاپ چهارم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

* میرنژاد بروجنی، سید رسول (۱۳۹۸)، **مجموعه‌های حقوقی عناصرشناسی دعاوی- دعوای تخلیه عین مستأجره به جهت تغییر شغل**، جلد سوم، چاپ نخست، تهران: دادگران امید.

* میرنژاد بروجنی، سیدرسول و فرحزادی، علی‌اکبر (۱۳۹۹)، «**اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران**»، دیدگاه‌های حقوقی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.

* میرنژاد بروجنی، سیدرسول و فرحزادی، علی‌اکبر (۱٤۰۰)، «**اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.

* میرنژاد بروجنی، سیدرسول، فرحزادی، علی‌اکبر (۱٤۰۰)، **اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی‌و حقوق ایران**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق دعاوی؛ قواعد عمومی‌دعاوی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی‌انتشار.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق دعاوی؛ تحلیل و نقد رویه قضایی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی‌انتشار.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، **حقوق داوری ودعاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* جعفری‌تبار، حسن (۱٤۰۱)، **منطق حیرانی**، چاپ سوم، تهران: نشر نو.

* جعفری‌تبار، حسن (۱٤۰۰)، **دیو در شیشه (فلسفه رویه قضایی)**، چاپ دوم، تهران: نشر نگاه معاصر.

* طیرانیان، غلامرضا (۱۳۹۲)، **دعاوی تصرف**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

* هرمزی، خیرالله (۱۳۹٤)، «**شـــرایط قابل اســـتماع بودن دعوی در فقه**»، نشریه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ٤، شماره ۱۳.
* محسنی، حســـن و ملک‌تبار فیروز جائی، هادی (۱٤۰۰)، «**اشباه و نظایر ایرادات آیین دادرسی در فقه امامیه**»، تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، دوره ٤، شماره ۱۱.
* جی گارث، برایان و کاپلتی، مورو (۱۳۹۸)، **آیین دادرســـی مدنی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی‌انتشار.
* داودی، حســـین (۱۳۹۷)، «**ویژگی قواعد شکلی(آیین دادرسی مدنی)**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۸، شماره ۲.

ب. عربی

* موسوی خمینی، ســـیدروح الله (۱۳۸۵)، **تحریر الوسیله**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: موسسه دارالعلم.
* نجفی، محمدحســـن (۱٤۰۱)، **جواهرالکلام فی شرایع الاسلام**، جلد چهلم، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
* رشـــتی، میرزا حبیـــب‌الله (۱٤۰۱)، **کتاب القضاء**، جلد دوم، چاپ نخســـت، قم: دارالقرآن کریم.
* اســـدی حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر، ۱٤۲۱، **تلخیص المرام فی معرفته الاحکام**، چاپ نخست، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی‌حوزه علمیه قم.
* اســـدی حلی، محمد بن حســـن بـــن یوســـف (۱۳۸۷)، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات قواعد**، چاپ نخست، قم، موسسه اسماعیلیان.

پ. انگلیسی

* Alexy, Robert,1989, **A Theory of Legal Argumentation**, Oxford University Press.
* Dahlman,Christian, and Feteris Eveline, (2013), **Legal Argumentation Theory: Cross Disciplinary Perspectives**, Springer,
* Feteris Eveline T (1999), **Fundamental of Legal Argumentation**, Springer-Science + Business Media, B.V.
* Habermas, Jurgen, (1998), **On the Progmatics of Commuvication**,

The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

❋ MacCormic, Neil, (2003), **Legal Reasoning And Legal Theory**, Oxford University Press.

❋ Perelman, CH., (1999), **The New Rhetoric and the Humanities**, D. Reidel Publishing Company.

❋ Perelman, CH., (1982), **The Realm of Rhetoric**, University of Notredamm Press.

❋ Stelmach, Jerzy, and Brozek, Bartosz, (2006), **Methods of Legal Reasoning**, springer

❋ Toulmin, (2003), **The Uses of Argument**, Cambridge University Press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۸/ صفحات: ٤٤٠-٤١٧
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰۳/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱٤۰٤/۰۱/۱۹

اقتدار در قضای کیفری؛ ضرورت‌ها، پیامدها و راه‌حل‌ها

عظیم آقابابائی طاقانکی،[۱] محمود صابر،[۲] رضا قندعلی[۳]

چکیده

اقتـــدار هر چند با قدرت ارتبـــاط می‌یابد، اما از این نظر که همواره مشـــروعیت و مقبولیت را در خود نهان دارد، از قدرت متمایز می‌شـــود. بنابر یافته‌های علم روان‌شناســـی اجتماعی، مشـــروعیت یا مقبولیت اقتدار منجر به تبعیت و پیروی مردم از آن می‌شـــود. این پژوهش به روش توصیفی با اســـتفاده از منابع کتابخانه‌ای و تحلیل مطالب جمع‌آوری شـــده پس از بررسی علل ضرورت وجود اقتدار، نتیجه‌گیری می‌کند که اقتدار لازمه قضاوت است؛ با این حال تبعیت کورکورانه از تصمیمات قضایی می‌تواند آســـیب‌های شخصی یا اجتماعی در پی داشته باشـــد. از زمره پیامدهای منفی اطاعت از قدرت سازمانی یا شخصی قضات به جای اطاعت از اقتدار قضایی و یا سوء استفاده برخی مقامات قضایی از آن می‌توان به تبعیت از ســـوگیری‌های قضات و تصمیمات ایدئولوژیک آن‌ها، تبعیت از برخی اشتباهات قضایی و بی‌اعتمادی عمومی نســـبت به دســـتگاه قضا در دراز مدت اشاره نمود. در این پژوهش به منظور خنثی‌ســـازی آســـیب‌ها، راه‌حل‌هایی از جمله تقویت کنترل‌گرهای درونی قضات از طریق اخلاق‌گســـتری قضایی، رعایت اصل حسن نیت، تفسیرگرایی به جای مصلحت‌گرایی و تقویت کنترل‌گرهای بیرونی از طریق نظارت پســـینی یا پیشـــینی بر قضات، کیفرزدایی و قضازدایی در معیت ایجاد شبکه‌های پاسخ‌دهی غیرکیفری و پیش‌بینی تکلیف بر اطلاع‌رسانی قانونی در خصوص تصمیمات قضایی ارائه و تشریح شده است.

واژگان کلیدی: اقتدار، قدرت، قضاوت، حقوق کیفری، اخلاق‌گرایی قضایی.

---

۱. دانشـــجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول) aghababaei.azim@modares.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران m.saber@modares.ac.ir

۳. دانش آموخته کارشناســـی ارشد حقوق عمومی، گروه حقوق، دانشـــکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

r.ghandali@yahoo.com

درآمد

حقـــوق کیفری در همـــه ابعادِ فنی یا غیر فنی خود، با قـــدرت و اقتدار پیوند ناگسســـتنی دارد. اقتدار مفهومی متفاوت از قدرت اســـت. اقتدار[1] می‌تواند قدرت به انضمام مشـــروعیت یا قدرت به انضمام رضایت باشد (Barnes, 1984: 180)؛ با این حال بین قدرت و اقتدار رابطه معناداری وجود دارد. شـــخص مقتدر، قدرتمند است، اما بدون پشـــتوانه قدرت، توسط مردم به رسمیت شناخته می‌شود (Skalník, 1999: 162). قدرت می‌تواند خوب، بد، مفسده‌آور، خطرناک، کنترل‌کننده، یا آزاد کننده باشد (Hagberg, 2002: xix).

پیوند قدرت یـــا اقتدار و حقوق کیفری، در محـــدوده مباحث حقوق کیفری ماهـــوی و جامعه‌شناســـی کیفری جنبه خاصی از قدرت را ایجاد کرده اســـت؛ به نام قدرت تنبیهی.[2] ســـاختار قدرت تنبیهی کـــه ترکیبی از تولیـــد حقیقت‌های رفتاری، هنجارگـــذاری جنایـــی (ممنوعیت‌گذاری و کیفرگذاری) و ســـپس تعذیب از طریق کیفردهی اســـت، ابزاری مناسب برای تداوم قدرت محسوب می‌شود (جوان جعفری بجنوردی و ســـاداتی، ۱۳۹٤: ۱۰). متصدی منصب قضا پـــس از اتمام فرایند کیفری و با اعمال مجازات، می‌تواند جان، آزادی و یا مال شـــخص مجرم را از وی ســـلب نماید و از این طریق در قالب مجازات، این نوع از قدرت را اعمال نماید (ســـلطانی و ســـلطانی، ۱٤۰۰: ۱۱۵). از آن‌جا که مقامات قضایی مدافـــع منافع عمومیِ اکثریت جامعه در برابر هنجارشـــکنی‌ها هستند، اعطای قدرت به آن‌هاَ، امری بدیهی و طبیعی است (Easterbrook, 1990: 773)؛ زیرا اذن در شیء اذن در لوازم آن است و اعمالِ قدرتِ عمومی، جز با اعطای آن به عامل ممکن نخواهد بود. همچنین در طول فرایند دادرسی کیفری،[3] قدرت قضایی در قالب مداخله در زندگی اشخاص ملاحظه می‌شود. مقام قضایی در فرایند کیفری مجاز اســـت، اقداماتی را به منظور کشف جرم، تحصیل ادله، نگهداری ادله و ممانعت از تبانی یا فرار یا مخفی شدن متهم انجام دهد. از جمله این مداخلات می‌توان به دســـتور جلب شاهد یا مطلع، دستور ورود به منزل یا اماکن بسته و تعطیل و تفتیش آن‌ها، دستور بازداشت متهم، قرارهای تأمین، قرارهای نظارت

1. Authority
2. Punitive power
3. Criminal process

قضایی، دستور جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی و غیره اشاره نمود. چه بسا پس از خاتمه فرایند کیفری، قرار منع تعقیب یا برائت متهم صادر شـــود، لیکن این امر به تنهایی نمی‌تواند بر فعالیت مقام قضایی برچســـبِ غیر قانونی بودن بزند. با توجه به اعطایِ قانونیِ قدرت به مقام‌های قضایی، آن‌ها در یک پســـت و مقام سازمانی از نظر اجتماعی دارای شأن، منزلت و اقتدار خاصی هستند. به همین دلیل اســـت که ضابطان دادگســـتری و کارمندان اداری، در سلسله مراتب تعیین شده تحت دستور قضات اقدام می‌نمایند.

قدرت و اقتدار ســـازمانی از قدرت و اقتدار شـــخصی متفاوت است. قدرت ســـازمانی در قالب موقعیت و پست‌های سازمانی و تحت کنترل قرار دادن افراد، پول و منابع بیشتر، جلوه‌گر می‌شود (Hagberg, 2002: xx). تنیسون[1] در خصوص قدرت شـــخصی معتقد است عزت نفس، خودشناســـی و خویشتن‌داری به تنهایی زندگی را به ســـمت قدرت حاکمیت هدایت می‌کند (Hagberg, 2002: xix). قدرت واقعی، نه قدرت ســـازمانی در قالب پست و مقام و جایگاه سازمانی، بلکه قدرت شخصی است (Hagberg, 2002: xxi). هر ســـه مقوله یاد شده از مؤلفه‌های شخصیتی هستند و در واقع می‌توان آن‌ها را مؤلفه‌های قدرت شـــخصی دانســـت. از منظر علم روان‌شناسی اجتماعی شاید به جهت مناسبات قانونی، مردم از قدرت مقامات قضاییِ فاقد قدرت و اقتدار شخصی تبعیت نمایند و به تعبیر بهتر، چاره‌ای جز تبعیت ظاهری نداشته باشند (Singh, 2009: 166)، اما اطاعت و تبعیت رضایت‌مندانه و با میل باطنی در خصوص قضاتِ شخصاً مقتدر واقع خواهد شد؛ زیرا قدرت و اقتدار شخصی از ظرفیت نیروی خارجی (ظرفیت عمل) با قدرت درونی (ظرفیت بازتاب) ناشـــی می‌شـــود (Hagberg, 2002: xxi). هر چند تجمیع اقتدارات ســـازمانی و شخصی در شخص واحد لذت‌بخش و شـــاید گاه مفید نیز باشد، لیکن می‌تواند خطرناک باشد. اشخاص مقتدر از نظر شخصیتی، توانایی توجیه فوق‌العاده‌ای دارند و زمانی که در پست سازمانی قرار گیرند، چه بسا به توجیه‌گری اقداماتِ ذاتاً غیر قانونی خود را، صرف نظر از علت آن بپردازند و از این طریق اطاعت، تبعیت و پیروی مردم را کسب نمایند. این اقدام دقیقاً مشابه اقدامی است که اشخاص کاریزماتیک و مقتدر مانند هیتلر انجام دادند.

1. Alfred Tennyson

در خصوص پیشینه پژوهش، اعتمادی و دیگران (۱۳۹۹) در مقاله «مولفه‌های اخلاقی در اقتدار قضایی بـــا محوریت حقوق ایران» نتیجه‌گیری نموده‌اند که یکی از بســـترهای نقش‌آفرین و تأثیرگذار در تقویت اقتـــدار قضایی، مکارم اخلاقی در آحاد جامعه اســـت. فضائل اخلاقی موجب ایجاد شجاعت، امانت‌داری، رأفت، مهربانی و خوش‌خلقی در جامعه خواهد بـــود؛ در حالی که رذایل اخلاقی عامل اصلی ارتکاب جرائم اســـت. مرادپور (۱۳۹۹) در مقاله «بررســـی مفهوم اقتدار در دوره‌های مختلف تاریخی از دیدگاه حقوق عمومی (با تاکید بر ســـه دوره شامل قرون وسطی، مدرن و پست مدرن)» نتیجه‌گیری کرده است که در قرون وسطی اقتدار به معنای قدرت مطلقه پادشاهی بوده است که این مفهوم در دوران مدرن به حاکمیت مردم و نمایندگان آن‌ها در پرتو حاکمیت قانون تغییر پیدا کرده است. در دوران پست مدرن با ظهور تفکرات جهانی شدن حقوق، اقتدار از مفهوم دولتی خود خارج شده و در قالب مردمی متجلی شده است. الیاسی (۱۳۹۰) در مقاله «کنترل قدرت در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران» به بررســـی موضوع کنترل قدرت بر اســـاس الگوی اسلامی در قانون اساسی ایران پرداخته و نتیجه گرفته اســـت که روش کشـــور ایران در مقایســـه با کشورهای دیگر متفاوت است؛ زیرا کشور ایران با نفی نظام پادشاهی، نظام جمهوری اسلامی را برگزیده است و نظارت رهبری بر قوا در قانون اساسی پیش‌بینی شده و صلاحیت‌های اخلاقی و معنوی مســـؤولان مورد تصریح قانون قرار گرفته است. جمالی (۱۳۸۲) در مقاله «بررســـی معیارهای تمایز اقتدار از خشونت (در حوزه عملکرد حکومت)» بیان نموده اســـت نظر به این‌که دانش مدرن در صدد بهبود وضعیت زندگی افراد اســـت، دانش سیاسی نیز باید با تبدیل قدرت به اقتدار، خشونت را از سیاست دور کند.

با توجه به پیشینه پژوهش‌های انجام شده در خصوص اقتدار در حقوق، هیچ یـــک از پژوهش‌ها به بحـــث اقتدار در قضاوت کیفری و پیامدهـــای آن نپرداخته‌اند. در این پژوهش پس از بررســـی مفهوم اقتدار قضایی، با تأکید بر مفهوم روان‌شناســـی اجتماعی اقتدار، به ضرورت‌ســـنجی وجود و پیامدهای منفی آن پرداخته می‌شود. در نهایت به منظور خنثی‌ســـازی خطرات مربوط به اقتدار مطلقِ قضایی، اخلاق قضایی به عنوان مهم‌ترین کنترل‌گر ســـوء استفاده از اقتدار، در کنار سایر راه‌حل‌های نظری و کاربردی تبیین و تشریح می‌شود.

۱. اقتدار: از روان‌شناسی تا قضای کیفری

قـــدرت بر رفتار، رهبـــری و روابط تأثیر می‌گذارد. اگـــر هیچ رابطه‌ای وجود نداشـــته باشـــد، بدیهی اســـت که قدرتی هم وجود ندارد. در واقع در خلأ نمی‌توان قدرتمنـــد بود (Hagberg, 2002: xx). از طرفی، یکی از اهداف حقوق کیفری، اعاده نظم مختل شده توسط مجرم در اجتماع است؛ از این رو حقوق کیفری به سر و سامان دادن روابط فرد با جامعه می‌پردازد. به همین دلیل، مناسبات قدرت در حقوق کیفری قابل ملاحظه است.

اتوریته (Autorité) عبارت فرانســـوی اســـت و معادل آن در زبان انگلیسی Authority می‌باشـــد. هرچند معادل دقیق این واژه در فارسی یافت نمی‌شود، لیکن نزدیک‌ترین واژه در ترجمه این عبارت، اقتدار است. در این پژوهش منظور از اقتدار، همان اتوریته اســـت. اقتدار در علوم مختلفی مورد بحث واقع شـــده است. برخی از اندیشـــمندان مانند هانا آرنت[1] در گستره علوم سیاســـی تحت عنوان اقتدارِ هنجاری[2] (Arendt, 1958: 1) و برخی دیگر مانند مارک هاگارد در گســـتره جامعه‌شناســـی[3] تحت عنوان اقتدار جامعه‌شـــناختی (Haugaard, 2018: 104) و برخی مانند استنلی میلگرام[4] در گســـتره علم روان‌شناســـی اجتماعی از آن بحـــث کرده‌اند (Milgram, 2009; Yükselbaba, 2017: 227-228; Shen, 2022: 414). در حقـــوق عمومـــی اقتدار با مشـــروعیت و مقبولیت ارتبـــاط تنگاتنگی می‌یابد؛ به نحوی که بهترین جلوه اقتدار اعمال حاکمیت، در جهت تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین اشـــخاص است (مرادپور، ۱۳۹۹: ۱۱۹). در گستره دانش حقوق عمومی بیان شده است نادیده‌انگاری مطالبات مردم، ســـرکوب آن و اعمال زور از جانب حاکمیت، نه تنها اقتدار نیســـت، بلکه عین خشـــونت معرفی شده است (Robertson, 1993: 17-18). حقوق کیفری شـــاخه‌ای از حقوق عمومی است و به نظر می‌رســـد عالی‌ترین جلوه اقتدار و قدرت حاکمیت در برابر هنجارشـــکنی‌ها در مقولات کیفـــری به خصوص قضای کیفری و کیفردهی متجلی می‌شود.

---

1. Hannah Arendt
2. Normative authority
3. Sociological authority
4. Stanley Milgram

البته امـــکان تفکیک دقیق بین مفهوم اقتدار در علـــوم مختلف وجود ندارد و مفهـــوم اقتدار در یک علم، بر روی مفهوم آن بر روی علم دیگر هم مؤثر اســـت. به همین دلیل اســـت که برخی معتقدند نتایج آزمایش‌های میلگرام، ادعاهای هانا آرنت را نیز تأیید می‌کرد (Brown, 1986: 3). هانا آرنت معتقد اســـت از آن‌جایی که اقتدار همیشـــه اطاعت می‌طلبد، معمولاً با نوعی قدرت یا خشـــونت اشتباه گرفته می‌شود، اما اقتدار مانع اســـتفاده از ابزارهای خارجی برای اجبار می‌شـــود. در جایی که از زور استفاده می‌شود، اقتدار شکست خورده است. از سوی دیگر، اقتدار با اقناع که مستلزم برابری است و از طریق فرایند استدلال عمل می‌کند ناسازگار است (Arendt, 2006: 92). به عنوان مثال، والدین در صورتی مقتدر محســـوب می‌شـــوند که دستور آن‌ها بدون چون و چرا توسط فرزندان اطاعت شود. بحث‌ها، اجبارها یا تهدید به خشونت نشـــان می‌دهد که اقتدار والدین از بین رفته یا حداقل تضعیف شده است (Arendt, 1970: 45). فرد مقتدر در روان‌شناسی اجتماعی، به فرد یا مقامی نسبت داده می‌شود که می‌تواند به فرد تحت اقتدار دستوری بدهد و فرد تحت اقتدار از او پیروی می‌کند.

اقتدار مستلزم مقام یا منصب خاصی است که بخشی از زنجیره پیچیده فرمان–اطاعت اســـت و شـــخص صاحب منصب دارای قدرت یا ظرفیت‌های خاصی برای صدور دســـتورات بر اســـاس دامنه قدرت و مرتبط با ماهیت قدرت است (Weber, 1978: 215). از آن‌جا که مقام قضایی یک انســـان است و هر انسانی بعد روانی دارد و از طرفـــی، قاضی در یک جایگاه اجتماعی خاص در قـــدرت قرار دارد، اقتدار در دســـتگاه قضایی با آن‌چه در علم روان‌شناسی اجتماعی بحث می‌شود، قرابت بیشتری دارد. البته از این منظر که مقام قضایی به عنوان یک شـــخص در بدنه نظام سیاســـی کشور محسوب می‌شود، مفهوم اقتدار قضایی با آن‌چه از اقتدار در علوم سیاسی بحث می‌شود نیز ارتباط می‌یابد.

۱-۱. اطاعت از اقتدار در گســـتره قضای کیفری بر مبنـــای یافته‌های علم روان‌شناسی اجتماعی

بهترین نوع اقتدار را می‌توان در شخصی ملاحظه نمود که توأمان واجد قدرت سازمانی و قدرت شخصی است. البته تفکیک کردن قدرت شخصی از قدرت سازمانی در چنین وضعیتی مشکل اســـت. در چنین شرایطی، قدرت شخصی قدرت سازمانی

را؛ و قدرت سازمانی قدرت شخصی را تقویت می‌کند و هر دو توأمان مؤلفه‌های اقتدار شخص را ایجاد می‌نمایند. قدرت شخصی در بالاترین مرحله شامل قدرتی است که از منابع بیرونی به دست می‌آید و توسط موقعیت‌های سازمانی و سیاسی، تخصص، عناوین، مدارک تحصیلی، کنترل، کالاهای مادی، مسؤولیت و اختیارات به دست می‌آید، اما با قدرتی ترکیب می‌شود که تنها از درون می‌توان به دست آورد (Hagberg, 2002: xxi). قدرت بیرونی بدون قدرت درونی، در مجموع قدرت چندانی را به شخص اعطا نمی‌کند. قدرت درونی از درون‌نگری، مبارزات شخصی، تکامل تدریجی هدف زندگی، ارتباط معنوی با منبعی فراتر از خود و از پذیرش و ارزش‌گذاری خود ایجاد می‌شود (Hagberg, 2002: xxi). افرادی که در بالاترین مناصب سازمان‌ها قرار دارند، لزوماً از قدرت شخصی بالایی برخوردار نیستند و به‌عکس، اشخاصی که قدرت شخصی بالایی دارند لزوماً از معتبرترین عناوین و نقش‌ها در سازمان‌ها برخوردار نیستند (Hagberg, 2002: xxi).

استنلی میلگرام در ماه مه سال ۱۹۶۲، آزمایشاتی را به منظور بررسی میزان اطاعت مردم از اقتدار انجام داد (Russell, 2014: 194) و طی این آزمایشات نتیجه گرفت که مردم تمایل به اطاعت از کاریزما، اقتدار و یا به طور کلی رهبران کاریزماتیک دارند (Milgram, 1965: 72-74). امروزه مطالعات بسیاری بر مبنای یافته‌های پژوهش و آزمایش‌های استنلی میلگرام انجام شده است. نتایج برخی تحقیقات نشان می‌دهد که درست است که توده مردم تمایل به اطاعت از رهبران کاریزماتیک دارند، لیکن اقتدار قانونی عقلایی[1] بیش از اقتدارِ صرفاً کاریزماتیک، اطاعت مردم را در پی دارد (Shen, 2022: 414). مقامات قضاییِ کیفری، از قدرتِ قانونی و سازمانی برخوردار هستند و این قدرت پشتوانه عقلاییِ نیز دارد. قضات به موجب یک فرایندِ پیچیده استخدامی متصدی منصب قضا گردیده‌اند و به همین دلیل، مردم اقتدار خاصی برایشان متصور هستند؛ بنابراین میزان اطاعت‌پذیری از قضات به خاطر جایگاه قانونی و سازمانی ویژه و به عبارتی دیگر بابتِ اقتدار بالا خواهد بود.

نتیجه تحقیقات نشان می‌دهد، میزان اطاعت‌پذیری از هر دو نوع اقتدار کاریزماتیک و یا قانونی عقلایی، با میزان اضطراب اشخاص رابطه مستقیم دارد. هر چه

1. Legal-rational authority

میزان اضطراب بیشتر باشد، میزان اطاعت‌پذیری نیز بیشتر خواهد بود (Shen, 2022: 414). در دادگستریِ کیفری اشخاص دخیل در امر کیفری، بابت امری مذموم یعنی جرم به دادگستری مراجعه می‌نمایند. شاکی به دنبال اثبات ادعای خود و مضطرب از نتیجه دعوا، متهم به دنبال رفع اتهام از خود و نگران بابت تبعات کیفری اقدامات قضایی است و سایر اشخاص دخیل در امر کیفری نیز در راستای کشف یا تحصیل ادله متحمل اضطراب یا نگرانی خواهند شد؛ از این رو در بُعدِ روانیِ کلیه اشخاصِ مراجعه‌کننده به دادگستری، می‌توان اضطراب را مشاهده نمود.

۲-۱. تأثیر اقتدار بر مدیریت کیفری خرد و کلان

منظور از مدیریت کیفری خرد، تصمیمات قضایی در سطح یک شعبه کیفری در دادسرا یا دادگاه یا در محدوده یک پرونده؛ و منظور از مدیریت کیفری کلان، خط مشی‌گذاری توسط مقامات قضایی در خصوص مقولات کیفری اعم از مقولات تنبیهی یا غیرتنبیهی در سطح سازمانی یا اجتماعی است. در مدیریت کیفری خرد، مقام قضایی به منظور مختومه‌سازی یک دعوای کیفری اقدام به اتخاذ تصمیمات قضایی و تأثیرگذاری بر اشخاص دخیل در امر کیفریِ پرونده خاص می‌نماید، ولی در مدیریت کیفری کلان، تصمیمات بر دسته خاصی از افراد مانند قضات و کارمندان یک شهرستان یا استان و یا مردم ساکن در یک منطقه جغرافیایی مشخص تأثیر می‌گذارند؛ مانند بخش‌نامه‌های مربوط به رسیدگی به دسته خاصی از جرائم در برهه‌های زمانی مختلف که از جانب رؤسای دادگستری یا دادستان‌ها صادر و ابلاغ می‌شوند. صرف نظر از قضاوت کیفریِ پرونده‌محور، برخی از اقدامات قضایی مانند اقدامات دادستانی، سطح گسترده‌تری از مردم را تحت تأثیر قرار می‌دهد. سخنرانی‌های دادستان‌ها، رؤسای دادگستری‌ها، معاونان و سایر مدیران دستگاه قضای کیفری، یا سیاست‌گذاری‌های خاص مدیران در سطح سازمانی، شهرستانی یا استانی، نمونه‌هایی از تأثیرگذاری گسترده اقدامات قضاییِ کیفری، محسوب می‌شوند. اطاعت و پیروی از این دسته از اقدامات با توجه به مطالب پیش‌گفته اجتناب‌ناپذیر است. در صورتی که مقام قضایی فاقد اقتدار باشد، چه در سطح کلان و چه خرد، از دستورات و تصمیمات قضایی وی تمکین نخواهد شد. به عنوان مثال، طرفین پرونده از رأی صادره راضی نخواهند بود و این عدم رضایت موجب اعتراض به آراء یا طرح شکایت‌های جدید

و تورم پرونده‌های کیفری خواهد شـــد. همچنیـــن تصمیماتِ کلانِ قضایی به منظور حفظ نظم و آسایش عمومی در راستای منافع اجتماعی، در مقام مدعی‌العموم از سوی دادستان فاقد اقتدار، شاید در ظاهر با تبعیت ظاهری همراه باشد، اما با تبعیت و تمکین باطنی افراد همراه نخواهد بود و افراد در اولین فرصت چه بسا نسبت به هنجارشکنی اقدام نمایند. امروزه حقوق کیفری به شکل سنتی در جوامع کمرنگ‌تر شده و به جای آن مفاهیمی مانند سیاست کیفری، قلمروی کیفری و سیاست جنایی نقش پررنگ‌تری به خـــود گرفته‌اند. در قلمروی کیفری، مقامات قضایی به‌خصوص مقامات دادســـرا، نقش پررنگ‌تری را در بدنه اجتماع و ســـازمان‌های اجتماعی ایفا می‌نمایند و در اکثر کمیســـیون‌ها و مراجع نظارتی یا مراجع شبه قضایی همانند هیأت حل اختلاف اداره کار، هیأت بدوی یا تجدیدنظر انتظامی پزشـــکی، کمیســـیون‌های بدوی یا تجدیدنظر مواد ۹۹ یا ۱۰۰ قانون شهرداری، کمیسیون‌های مالیاتی و ... حضور دارند. دادستان‌ها مدعی‌العموم محسوب می‌شوند و در سیاست‌گذاری‌های سازمانی، شهرستانی، استانی و یا کشـــوری سهیم هســـتند و لذا کلیه جوانب زندگی فردی یا اجتماعی انسان‌ها با تصمیمات قضایی تلاقی می‌یابد. سیاســـت‌های کشور به نحوی پایه‌ریزی شده است که در صورت عدم تمکین از قضات، سیاست جنایی کشور وارد بحران خواهد شد.

۲. پیامدها

بنابر آن‌چه قبلاً بیان شـــد می‌توان اذعان داشت که اقتدار نوعی قدرت مشروع و مقبول اســـت، لیکن مشروعیت آن مستلزم رعایت شرایطی است که می تواند سبب شـــود که جنبه مثبـــت و نه خنثی برای اقتدار در نظر گرفته شـــود. اســـتنلی میلگرام معتقد اســـت، می‌توان تمام خصومت‌های ســـازمان‌یافته حول محور سه عامل یعنی اقتدار، مجری دســـتور و قربانی در نظر گرفت (Milgram, 1965: 57)؛ با این حال، اقتدار لازمه قضاوت است. تصمیمات قضایی اتخاذ شده توسط قضاتِ فاقدِ اقتدار، با اطاعت و تمکین طرفین مواجه نخواهد شـــد و این موضوع می‌تواند تبعاتی را در پی داشـــته باشـــد؛ با این حال نمی‌توان مدعی بود که در مقام ارزش‌گذاری، اقتدار مطلقاً خوب است. به نظر می‌رسد اقتدار به خودی خود قابل ارزش‌گذاری نباشد و اقداماتی که بر مبنای اقتدار انجام می‌شـــوند ارزش‌ساز هســـتند. چنان‌چه اقتدار موجب تحقق عدالت یا احقاق حق از طریق امری پسندیده (به عنوان وسیله تحقق عدالت یا احقاق

حق) شـــود، خوب است و اگر منجر به تسلط غیر مشروع برخی بر دیگران گردد، بد محسوب خواهد شد. از جمله پیامدهای منفی اقتدار می‌توان به موارد زیر اشاره نمود.

۱-۲. تبعیت از سوگیری‌های قضات و تصمیمات ایدئولوژیک آن‌ها

قضات در تصمیم‌گیری‌های قضایی می‌توانند تحت تأثیر عواملی به جز حقایق موجـــود در پرونده‌ها قرار گیرند (محقق داماد و دیگـــران، ۱٤۰۰: ۱۲٤). یکی از این موارد می‌تواند تعلقات سیاســـی یا ایدئولوژی باشـــد (پورمحمدی و دیگران، ۱٤۰۰: ٤۰۹). ایدئولوژی سیســـتمی است متشـــکل از ایده‌ها، باورها و نگرش‌های منسجم، هنجـــاری و واقعی که از یک الگوی خاص ترتیبات و روابط اجتماعی یا یک الگوی خـــاص رفتاری حمایت می‌کنـــد و طرفداران آن به دنبال ترویـــج، تحقق، پیگیری و حفظ آن هســـتند (Hamilton, 1987: 38) و لذا هیچ نظام سیاســـی و قضایی بدون ایدئولوژی نمی‌توان تصور کرد و حتی اگر به فرض یک نظام سیاسی در نظام قضایی خود به ارزش‌های بنیادینی چون اصل برائت و اصل کرامت انسانی نیز پای‌بند باشد، همین پای‌بندی بیان‌گر نوع خاصی از نگاه ایدئولوژیک است. در واقع همه تصمیمات قضایی ایدئولوژیک هســـتند. آن‌چه محل نقد است، پیگیری برخی از ایدئولوژی‌های خاص مانند ایدئولوژی‌های مبتنی بر نژادپرستی است. به‌رغم این‌که تصمیمات قضایی باید به دور از سیاســـت‌زدگی و حمایت از ایدئولوژی خاص باشـــد، گاه در راستای ترویج ایدئولوژی خاصی اســـت (Booth, 2014: 2-3). امروزه ایدئولوژی تقریباً به مهم‌ترین عامل دخیل در تصمیم‌گیری قضایی تعبیر شـــده اســـت (Epstein & Se-gal, 2006: 93) تصمیم‌گیری قضایی بر مبنای ایدئولوژی به دو شـــکل قابل مشاهده اســـت: نخســـت، غیرارادی و ناآگاهانه (Bell, 2006: 23)؛ دوم، ارادی اتخاذ تصمیم ایدئولوژیک آگاهانه، نوعی سوء استفاده از اقتدار و قدرت محسوب می‌شود و به طور خلاصه تحت اقتدار کاریزماتیک، دریافت‌کننده دســـتور در صورت ســـوء استفاده از قدرت یا تقلب آسیب‌پذیر است (Haugaard, 2018: 127). امکان تصور قاضی فاقد ایده، عقیده و پیش‌زمینه ذهنی ممکن نیســـت؛ مگر این‌که آن را «ابر انسان» بپنداریم. از آن‌جا کـــه ایدئولوژی یک الگوی خاص را در قالب عقیده و پیش‌زمینه ذهنی وارد تصمیمات قضایی می‌کند، اطاعت و تبعیت صرف از آن ممکن اســـت آسیب‌زا باشد. قانون همه جوانب اوضاع و احوال را نمی‌تواند مشـــخص سازد و بروز ابهام، اجمال

و فقدان نـــص و یا تعارض بین نصوص، غیرقابل اجتناب اســـت. در چنین مواردی قاضی باید دســـت به تفســـیر بزند. تلاقیِ اقتدار صرف بـــا ایدئولوژی موجب اتخاذ تصمیمات خاصِ سیاســـت‌زده توأمان با پیـــروی و اطاعت طرفین پرونده یا مخاطبان سیاست‌گذاری‌های کلانِ قضایی خواهد بود.

۲-۲. بی‌اعتمادیِ عمومی نسبت به دستگاه قضا در دراز مدت

سوء اســـتفاده از اقتدار یا قدرت عمومی توســـط قضات، موجب بی‌اعتمادی نســـبت به دستگاه قضایی خواهد شـــد (Brody, 2008: 155). چنانچه اعمال اقتدار همراه با اخلاق‌گرایی قضایی نباشـــد، شاید در وهله اول اطاعت مردم را در پی داشته باشـــد، اما در دراز مدت پس از مشخص شدن عواقب و پیامدهای آن، اعتماد عمومی را نســـبت به تصمیمات اقتدارمحورِ قضایی مخدوش خواهد نمود و چه بسا سیاست قضایـــی را وارد بحران کند. در روان‌شناســـی اجتماعی ذیل مبحـــث اقتدار، موضوع اطاعت مورد مطالعه قرار می‌گیرد، اما باید دقت داشـــت که به همان میزانی که مبحث اطاعت از اقتدار مهم اســـت، مبحث نافرمانی از اقتدار نیز قابل بحث است (Passini & Morselli, 2009: 96). در صورت تحقق بی‌اعتمادی نسبت به تصمیمات قضایی، امـــکان تعمیمِ نتیجه یک تصمیم ناصواب قضایی به ســـایر تصمیمات قضایی و عدم تبعیت از تصمیمات صواب قضایی وجود دارد.

۲-۳. تبعیت از اشتباهات قضایی

اشـــتباه و خطا جزء تفکیک‌ناپذیر از انسان است. مقام قضایی نیز ممکن است مرتکب اشـــتباه یا خطا شـــود. با توجه به این‌که تئوری اقتصادی بازدارندگی جرم،[1] محکومیـــت یک فرد بی‌گناه را به اندازه تبرئه یـــک فرد مجرم مضر برای بازدارندگی می‌دانـــد (Rizzolli & Stanca, 2012: 311)، اصـــل دو درجه‌ای بودن رســـیدگی‌ها توجیه می‌گردد. تبعیت صرف از اقتدار قضایی بدون در نظر گرفتن احتمال اشتباه در تصمیمات قضایی، احتمال آســـیب به مخاطبِ تصمیمات قضایی را افزایش می‌دهد. فرض کنیم شـــخص الف کارت بانکی خود را گم کرده باشد. شخص ب این کارت را به همراه رمز پیدا کرده و با آن اقدام به کلاهبرداری رایانه‌ای نماید. قاضی به جهت این‌که کارت به نام شـــخص الف بوده است ایشان را به عنوان متهم احضار و اقدام به

1. The economic theory of crime deterrence

تفهیم اتهام نماید. شخص الف فردی مسن بوده و گمان می‌کند که به خاطر گم کردن کارت بانکی مقصر است و الان باید تقصیر خود را بپذیرد و در پاسخ به سؤال قاضی بدین شـــرح «شما متهم هستید به کلاهبرداری مرتبط با رایانه؛ چه دفاعی دارید؟» بیان نماید قبول دارم که مقصرم. در چنین شـــرایطی ممکن اســـت در دادگاه بدوی بنا بر تحقیقات دادســـرا، حکم به محکومیت شخص صادر شود و شخص به جهت اطاعت از تصمیم قضایی نســـبت به اعتراض اقدام ننماید. در چنین شرایطی شخص الف از یک اشتباه قضایی تبعیت نموده است، نه اقتدار قضایی.

۳. راه‌حل‌ها

اقتـــدار لازمه تأثیر اقدامات قضایی بر اشـــخاص دخیل در امر کیفری در یک پرونـــده خاص، کارمندان و قضات و زندگی اجتماعی مردم اســـت. در نتیجه، حذف اقتدارِ قضایی به‌رغم پیامدهای منفی فوق‌الذکر، آسیب‌رسان است. کنترلِ اقتدار قضایی به منظور اســـتفاده درســـت و به جا از آن راه برون‌رفت از این چالش است. به همین دلیل در این پژوهش به تقویت کنترل‌گرهای درونی یا برونی به عنوان راه حل پرداخته شده است.

۱-۳. تقویت کنترل‌گرهای درونی قضات

تصمیمات قضایـــی باید مبتنی بر علم، دانش، آگاهی، بررســـی‌های قبل و بر مبنای اراده اتخاذ شوند باشـــند. اتخاذ تصمیمات مبتنی بر داده‌های نادرست منجر به اشـــتباه قضایی خواهد شـــد و لذا تقویت کنترل‌گرهای درونیِ مؤثر بر کیفیات درونی انســـانی می‌تواند مؤثر در کنترل اقتدار و سوق دادن اقتدار به سمت اجرای عدالت و احقاق حق باشد.

۱-۱-۳. اخلاق‌گستری قضایی

حقوق کیفری و اخلاق پیوندی ناگسستنی دارند (Hughes, 1962: 662). در ارزش‌گذاری‌های قضات، اخلاق‌مداری موجب خوب تلقی شـــدن قاضی خواهد شد (ناصـــری دولت‌آبادی و صبوری، ۱۳۹۶: ۱۶۳). اگـــر قدرت قضایی در اختیار قاضی اخلاق‌گرا و فضیلت‌مند قرار گیرد، محتمل‌تر است که قاضی به سمت عدالت و انصاف جهت گیرد (ســـمایی و همکاران، ۱۴۰۱: ۵۱-۵۲). اخلاق مفهومی درونی اســـت. از آن‌جا که اخلاق مؤثر در تصمیمات قضایی اســـت (ملکی و اسماعیلی، ۱۴۰۰: ۱۸۲)،

می‌توان با اخلاق‌گرایی قضایی، نسبت به کنترل اقتدارات افسارگسیخته اقدام نمود. به همین دلیل است که اصل سوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا بیان می‌دارد ... قضات در ازای رفتار خوب، منصب خود را حفظ خواهند کرد (Easterbrook, 1990: 773). دن آریلی[1] دانشمند حوزه روان‌شناسی و اقتصاد رفتاری در کتاب پشت پرده ریاکاری معتقد است انسان‌ها مستعد ارتکاب تقلب، تخلف یا سوء استفاده هستند و آن‌چه مانع از سوء استفاده می‌شود، اخلاق است (Ariely & Jones, 2012: 2). دن آریلی پس از انجام آزمایشات فراوان به این نتیجه می‌رسد که حتی نظارت بیرونی نیز نمی‌تواند به اندازه نظارت درونی توسط اخلاق مؤثر واقع شود. صرف نظر از صحت یا سقم ادعای دن آریلی در خصوص استعداد بالقوه همه انسان‌ها در تخلف، قدر متیقن رابطه معکوس اخلاق و رفتارهای نابه‌هنجار است. در منابع دینی نیز به این مهم تأکید شده است. در کنار اخلاق‌گستری شخصی، اخلاق‌گستری سازمانی نیز باید مورد توجه قرار گیرد. تقویت اخلاق سازمانی[2] قضات موجب تعالی دستگاه قوه قضاییه و دستیابی به اهداف سازمانی خواهد شد (محمودزاده و شعاعی، ۱۳۹۶: ۲۴)؛ همان‌گونه که اخلاق موجب کنترل سوء استفاده و تقلب و تخلف در سایر انسان‌ها می‌شود، می‌تواند موجب کنترل در سوء استفاده از اقتدار یا تخلف یا تقلب نسبت به آن گردد.

امروزه پژوهش‌گران به رعایت اصل حسن نیت[3] به عنوان اصل تضمین‌کننده اخلاق‌گرایی در تصمیمات قضایی تأکید دارند. اصل حسن نیت در حقوق کیفری ایران همانند حقوق کیفری سایر کشورهای غربی و عربی و حتی حقوق خصوصی داخلی، به درستی تبیین نشده است (موسوی مجاب، ۱۴۰۱: ۲۷۹). حسن نیت دارای سه عنصرِ صحت، صداقت و عدم خیانت است (همان: ۲۸۸). اصل حسن نیت می‌تواند در هر یک از کنش‌گران نظام عدالت کیفری مورد بررسی قرار گیرد (همان: ۲۹۹). آن‌چه در پژوهش حاضر اهمیت دارد، تقویت حسن نیت در مقام قضایی دارای اقتدار است. از زمره مصادیق حسن نیتِ مقام قضایی که مورد اشاره مقنن قرار گرفته است، فراهم‌سازی زمینه بهره‌گیری از نهادهای ارفاقی، اعطای حق دفاع به متهم در

1. Dan Ariely
2. Organizational or professional ethics
3. Good faith principle

توجیه رفتار ارتکابی و رفع اتهام و متعادل‌سازی نگاه مقامات قضایی است (موسوی مجاب و شیرازی فردویی، ۱۴۰۲: ۷۰). حسنِ نیت مقام قضایی، به عنوان یک کیفیت درونی، می‌تواند کنترل‌گر مناسبی برای سوء استفاده از اطاعت مردم از اقتدار قضایی باشد.

امروزه متقاضیان منصب قضاوت پس از گذراندن آزمون‌های روان‌شناسی وارد دستگاه قضایی می‌شوند. پیشنهاد می‌گردد که مؤلفه‌های مربوط به قدرت‌طلبی و شخصیت مقتدر و کاریزماتیک و اخلاق‌گرایی نیز از مؤلفه‌های سنجش شخصیت قاضی در بدو ورود تلقی شود. همچنین ملاحظه می‌گردد که پس از ورود به دستگاه قضایی در طول دوران قضاوت آزمون روان‌شناسی دیگری از قضات گرفته نمی‌شود. به نظر می‌رسد به منظور بررسی وضعیت اخلاق‌گرایی و همچنین شخصیت مقتدر، میزان قدرت‌دوستی، پرستیژطلبی و سایر مؤلفه‌های تقویت‌کننده یا تضعیف‌کننده اقتدار مبتنی بر یافته‌های علم روان‌شناسی اجتماعی، در طول مدت قضاوت یک قاضی هر از چند گاهی بررسی گردد و بدون جبهه‌گیری در پرونده قضایی ایشان درج شود. این موضوع در ارزیابی قضات در حین تصدی به مناصب خاص به ویژه دادستانی می‌تواند کارساز جلوه کند.

برگزاری دوره‌های فرهنگی و آموزشی بیشتر در کنار ایجاد زمینه‌های شرکت در این دوره‌ها نیز در اخلاق‌گستری مؤثر خواهد بود. امروزه قضات به علت مشغله زیاد شغلی و خشک بودن فضای بسیاری از کلاس‌ها، استقبال چندانی از دوره‌ها و کلاس‌های آموزشی نمی‌کنند. با برنامه‌ریزی مناسب به منظور کاهش مشغله شغلی و ایجاد انعطاف در خصوص فضای کلاس‌ها، می‌توان این مشکل را برطرف کرد. به عنوان مثال دوره‌ها می‌توانند با یک سفر زیارتی و سیاحتی همراه باشند؛ به نحوی که یک قاضی پس از بازگشت از مسافرت، با حجم سنگینی از پرونده‌ها مواجه نشود!

۲-۱-۳. تفسیرگرایی به جای مصلحت‌گرایی

در اقتدار از نوع ماکیاولیستی، هدف وسیله را توجیه می‌کند (Hagberg, 2002: xx). ممکن است برخی مقامات قضایی به استناد به این‌که یک مصلحت اجتماعی اقتضای تحقق نتیجه خاصی را دارد، از روش قانونی نسبت به نیل به هدف اقدام ننمایند و به جای آن با اقتدارگرایی صرف، چه بسا تفسیرهای خلافِ روح قانون

و شـــاید موافق با ظاهر قانون، به دنبال دســـت‌یابی به هدف باشند. در چنین مواردی، مصلحت‌گرایـــی، متصل به عمل‌گرایی خواهد بود و این امر مجزای از دروغ نخواهد بود (نصیران نجف‌آبادی، ۱۳۸۸: ۳۲۵). تفســـیرگرایی مبتنی بر اخلاق‌گرایی اســـت. چنانچه مقام قضایی بر مبنای حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص و رعایت اخلاقیات تصمیم بگیرد، خطا و اشـــتباه و همچنین اتخاذ تصمیمات مبتنی بر ایدئولوژیِ صرف محو خواهد شـــد. به همین دلیل، اطاعت از تصمیمات قضایی مبتنی بر تفسیرگرایی، خطر بالفعل یا بالقوه برای مطیع نخواهد داشت.

بـــا توجه به این‌که قضات پـــس از ورود به عرصه قضـــاوت، به علت حجم فوق‌العـــاده زیـــاد کار معمولاً از فضـــای آکادمیک فاصله گرفتـــه و درگیر روزمرگی می‌شـــوند، امکان دارد تا حدودی از مطالعات کیفری، روان‌شناســـی و جامعه‌شناسی و حتی مطالعه قوانین جدید دور بمانند. به نظر می‌رســـد تأمین نیروی قضایی کافی، کاهش حجم پرونده‌های وارده، کاهش آمارگرایی، عددگرایی و مختومه‌گرایی ناشی از مدیریت‌گرایی کیفری افراطی فرصت‌های مطالعاتی مناسبی برای قضات فراهم خواهد ساخت. همچنین می‌توان مقرره‌ای را وضع کرد که قضات مکلف هستند در طول یک سال مدتی را (مثلاً دو ماه) به منظور ارتقاء سطح علمی خود، فرصت مطالعاتی داشته باشـــند. از آن‌جایی که تفسیرگرایی ارتباط مســـتقیم با سطح علم و دانش و مطالعات قضات دارد، این موضوع می‌تواند منجر به تقویت تفســـیرگرایی و مآلاً تقویت اقتدار قضایی در امور کیفری شود.

اهمیت بیشـــتر به موضوعات علمی و پژوهشـــی نیز می‌تواند موجب تقویت ســـطح علمی و تفســـیرگرایی قضات گردد. به عنوان مثال می‌توان از دو طریق سطح علمی و پژوهشی قضات را ارتقا داد. روش اول به صورت مستقیم؛ به نحوی که یک قاضی خود به پژوهش و تحقیق و تفحص بپردازد؛ روش دوم به صورت غیرمســـتقیم و از طریق تعامل با دانشـــگاه‌ها و اســـتفاده از ظرفیت‌های پژوهشی دانشجویان ارشد و دکتـــری. به عنوان مثال می‌توان معضلات دســـتگاه قضایی را به عنوان موضوعات پژوهش برای دانشـــجویان ارشـــد و دکتری تعیین کرد و در کنار یک استاد راهنما یا مشـــاور، از ظرفیت قضات نیز برای راهنمایی‌ها و تکمیل پژوهش اســـتفاده کرد. در چنین مواردی قاضی و دستگاه قضایی نیز از یافته‌های پژوهش علمی بهره‌مند می‌شود.

۲-۳. تقویت کنترل‌گرهای بیرونی

در کنار کنترل‌گرهای درونی، تقویت نظارت‌ها و سایر کنترل‌گرهای بیرونی می‌تواند امکان سوء استفاده از اقتدار در تصمیمات قضایی را به حداقل برساند. البته هیچ یک از این دو کنترل‌گرها به تنهایی کافی نیست و تقویت هر دو به صورت توأمان باید مورد نظر قرار گیرد.

۱-۲-۳. نظارت پسینی و پیشینی بر تصمیمات قضایی

هرچند نظارت صد درصدی و کامل در همه جنبه‌های زندگی قضات با حقوق و آزادی‌های بنیادین قضات در تعارض است، اما نظارت گزینشی بر مهم‌ترین اقداماتی که در آن‌ها امکان سوء استفاده از اقتدار وجود دارد، در مرحله تعقیب و تحقیقات مقدماتی یا مرحله صدور حکم و اجرای حکم می‌تواند تا حد بسیار زیادی قدرت و اقتدار قضایی را کنترل کند. هرچند نظارت در همه مراحل یک رسیدگی کیفری از اهمیت برخودار است، اما نظارت در مرحله دادسرا مهم‌تر است؛ زیرا سنگ بنای یک پرونده کیفری در این مرحله شکل می‌گیرد و بیشترین تعارض حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص با اقدامات در راستای کشف جرم به منظور اعاده نظم آسیب‌دیده از جرم در این مرحله است (یوسفی، ۱۳۹۱: ۲۳). با توجه به این‌که در مرحله صدور حکم، دادسرا (دادستان) به عنوان مدعی‌العموم از بابت جنبه عمومی جرم، یک طرف دعوای کیفری محسوب می‌شود، اقتدار و قدرت قاضیِ صادرکننده حکم اعم از بدوی یا تجدید نظر تا حدودی مورد نظارت قرار می‌گیرد. همچنین با توجه به این‌که در مرحله اجرای حکم، قاضی اجرای احکام کیفری نمی‌تواند مازاد یا شدیدتر از مجازات مذکور در حکم قطعی، محکوم را مجازات نماید، نوعی نظارت مشهود است.

در مرحله دادسرا دو نوع الگوی باز و بسته قابل مشاهده است. در الگوی بسته، مقام قضایی در اقداماتِ قضاییِ در تعارض با حقوق و آزادی‌های افراد، اقدامی نداشته و هر اقدام وی با یک نظارت پیشینی توسط یک مقام قضایی مستقل که خود اختیاری در تعقیب و تحقیقات مقدماتی ندارد مورد بررسی قرار می‌گیرد (عبدی و اردبیلی، ۱۳۹۷: ۱۵۱). در صورتی که در الگوی باز همانند الگوی کشور ایران، دادستان یا بازپرس بدون نظارت پیشینی اقدامات را انجام می‌دهند (همان‌جا). دیوان کیفری

بین‌المللی[1] از الگوی مدل بسته استفاده می‌کند (Safferling, 2001: 28). البته این‌گونه نیســـت که نظارتی بر مقامات قضایی دادســـرا در ایران نباشد، بلکه نظارت موجود از نوع نظارت پســـینی است نه پیشینی. به عنوان مثال برخی اقدامات دادیاران وفق ماده ۸۸ قانون آیین دادرســـی کیفری[2] باید مورد موافقت دادستان قرار گیرد و همچنین به موجب مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، دادستان و بازپرس می‌توانند در خصوص برخی تصمیمات قضایی از جمله قرارهای نهایی با یکدیگر اختلاف نمایند تا اختلاف در دادگاه مورد نظارت و بررسی قرار گیرد. در نظارت پسینی حتی اگر تصمیم قضایی اولیه ملغی نیز گردد، مدتی را که شـــخص در پرونده کیفری، تحت این تصمیم قرار داشته است قابل جبران نیست.

از آنجـــا که تصمیمـــات قضایی باید با تمکین اختیاری یا قهری توأم شـــوند، تصمیمـــات قضایی توأم با اقتدار اتخاذ می‌شـــوند و لذا، اعمـــال اقتدار یک قاضی با تصمیم قضایی متجلی می‌شود. نظارت از نوع پسینی بر آن دسته از مهم‌ترین اقدامات و تصمیمات قضایی که احتمال اســـتفاده نامناسب از اقتدار را همراه خواهند داشت، می‌تواند از آسیب‌های اقتدار قضایی بکاهد.

۲-۲-۳. پیش‌بینی تکلیف قانونی بر اطلاع‌رسانی در تصمیمات قضایی

یکی از حقوقی که اشخاص دخیل در امر کیفری (اعم از شاکی، متهم، بزه‌دیده یا شـــهود) از آن برخوردار هســـتند و در قانون آیین دادرسی کیفری هم به آن اشاره شده است حق بر اطلاع است. این موضوع هم در مقررات بین‌المللی از شاخص‌های یک دادرســـی عادلانه محســـوب می‌شـــود و هم در مقررات داخلی مورد اشاره قرار گرفته اســـت. در قانون اساسی، اصل سی و دوم به موضوع حق اطلاع متهم بازداشت شـــده اشاره شده اســـت. در قانون آیین دادرسی کیفری نیز در مواد ۵ و ٦ به صورت کلی، در خصوص متهم و ســـایر اشخاص دخیل در امر کیفری و در برخی مواد دیگر خاصه برای متهم مورد اشاره قرار گرفته است. اطلاع‌رسانی به اشخاص دخیل در امر

1. International Criminal Court

۲. ماده ۸۸ قانون آیین دادرســـی کیفری: در اموری که از طرف دادســـتان به معاون دادستان یا دادیار ارجاع می‌شـــود، آنان در امور محوله تمام وظایف و اختیارات دادســـتان را دارند و تحت تعلیمات و نظارت او انجام وظیفه می‌کنند. در غیاب دادستان و معاون او، دادیاری که سابقه قضایی بیشتری دارد و در صورت تساوی، دادیاری که سن بیشتری دارد، جانشین دادستان می‌شود.

کیفری امکان احقاق حق و مناقشـــه می‌دهد (صابر، ۱۳۸۸: ۱۵۵). اطلاع‌رسانی حقوق به اشخاص، در اسنادی همانند دادنامه، دستورات قضایی و غیره تأثیر بیشتری خواهد داشـــت؛ زیرا سند معتبرتری نسبت به تفهیمات شـــفاهی یا لوایح عادی و حتی کتب حقوقی با عنایت به اختلاف نظرات دکترینی محســـوب می‌شـــوند. درج عبارت‌های قابل اعتـــراض بودن تصمیمات قضایی یا درج عبارات حق همراه داشـــتن وکیل در احضاریه‌هـــای متهم بـــه منظور تفهیم اتهام یکی از جلوه‌های اطلاع‌رســـانی در قالب تصمیمات قضایی است.

برآمد

۱- وجـــود اقتدار در قضاوت کیفری ضروری اســـت. اقتـــدار موجب اعتماد نســـبت به دستگاه قضایی شـــده و تبعیت از خط مشی‌های قضایی را به دنبال دارد. با توجه به وضعیت مدیریت‌های آمارگرایانه موجود در سامانه قضایی کیفری، عملکرد قضات به شـــدت مورد انتقاد مراجعه‌کنندگان به دادگســـتری قرار گرفته است. افراط در مدیریت‌گرایی کیفری در شـــعبات و حوزه‌های قضایی موجب شده است، کیفیت کار فـــدای مفاهیمی همچـــون مدیریت‌گرایی کیفری، بازدهی، آمـــار، مختومه‌گرایی، عددگرایی و غیره شـــود. همچنین داشتن سلسله مراتب قضایی و داشتن رئیس برای قاضی می‌تواند بر اقتدار قاضی تأثیرگذار باشـــد. افراطی‌گری در کنترل‌گری ریاســـتی نسبت به قضات زیردست، به نحو شکننده‌ای اقتدار قضایی را کاهش خواهد داد.

۲- هرچند اقتدار قضایی فواید بســـیاری در پـــی دارد، لیکن تبعیت از قدرت سازمانی یا شخصی به جای اقتدار قضایی و همچنین تبعیت کورکورانه از توهم اقتدار قضات و همچنین مطالبه اطاعت از مردم با ســـوء استفاده از اقتدار قضایی، پیامدهای منفی بسیاری بر مردم، جامعه و دستگاه قضایی خواهد داشت:

۲-۱- در سطح شخصی چنانچه شخصی از یک رأی اشتباه یک قاضی تبعیت نمایـــد و به عنوان مثال از رأی صادره تجدیدنظرخواهی ننماید از یک اشـــتباه تبعیت کرده اســـت و نه از اقتدار. مشروعیت اقتدار به معنای مصون بودن آن از خطا نیست؛ چراکه در همه نظام‌های قضایی، اشـــتباه قضایی مطرح اســـت، اما مشروعیت اقتدار ایجاب می‌نماید که تعداد این اشتباهات حداقلی و گستره آن کم باشد.

۲-۲- در سطح اجتماع، تبعیت از سوء استفاده از اقتدار قضایی موجب تبعیت توده‌های مردم از ســـوگیری‌های سیاســـی و یا تعلقات سیاســـی و یا ایدئولوژی‌های قاضی قدرتمند (مانند شـــخص دادســـتان به عنوان یکی از اشخاص سیاست‌گذار در ســـطح شهرستان یا استان) خواهد شد. در صورتی که ایدئولوژی‌های مذموم همچون نژادپرستی‌ها مبنای کاربست اقتدار قضایی در امور کیفری قرار گیرد، نه تنها به تعالی اجتماعی کمک نخواهد کرد، بلکه موجب دســـتیابی گروه موافق با ایدئولوژی تبعیت شده به اهداف سیاسی خود خواهد شد.

۳- از زمره آســـیب‌های وارده به دســـتگاه قضایی در درازمدت در اثر ســـوء

استفاده از اقتدار یا جانمایی قدرت سازمانی به جای اقتدار و تبعیت از این دو امر، بی‌اعتماد شدن مردم نسبت به دستگاه قضایی می‌باشد. این بی‌اعتمادی موجب ترویج انتقام‌های خصوصی و همچنین عدم تبعیت از تصمیمات قضایی خواهد شد. به منظور مقابله با چنین آفت‌هایی، باید کنترل‌گرهای درونی و بیرونی قضات تقویت شوند. به منظور تقویت کنترل‌گرهای درونی، اخلاق‌گرایی، فضیلت‌مندی، حسن نیت و تفسیرگرایی باید مد نظر قرار گیرند. قاضی اخلاق‌گرا و فضیلت‌مند چه از نظر شخصی و چه از نظر اخلاق سازمانی، از اقتدار سوء استفاده نخواهد کرد. حسن نیت در اتخاذ تصمیمات قضایی در سطح خرد و کلان موجب خواهد شد پیشینه‌های ذهنی قاضی یا تعلقات خاص قاضی در اتخاذ تصمیمات به حداقل برسد. به منظور تقویت کنترل‌گرهای بیرونی، تقویت نظارت‌های پیشینی یا پسینی بر قضات می‌تواند راهکار خوبی باشد. این نظارت‌ها باید همراه با رعایت حداکثر آزادی برای قضات باشد. قضات پیش از این که قاضی باشند، فردی از این جامعه هستند و شدت‌گرایی در نظارت با قضات همان کاری را می‌کند که سوء استفاده از اقتدار با مردم می‌کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اعتمادی، علی و شـــاملو، باقر و علیمرادی، امان‌اله و احمدی موســـوی، سیدمهدی (۱۳۹۹)، «**مولفه‌هـــای اخلاقی در اقتـــدار قضایی با محوریت حقـــوق ایران**»، پژوهش‌های اخلاقی، دوره ۱۰، شماره ۳.

* الیاســـی، مرتضی (۱۳۹۰)، «**کنترل قدرت در حقوق اساســـی جمهوری اسلامی ایران**»، حکومت اسلامی، دوره ۱٦، شماره ۱.

* پورمحمدی، رضا و یوســـفی، محمدمهدی و شاهنوش فروشانی، محمدعبدالصالح (۱٤۰۰)، «**تأثیر پیشینهٔ اجتماعی قضات بر آرای قضایی**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۱، شماره ۳.

* جمالی، حســـین (۱۳۸۲)، «**بررسی معیارهای تمایز اقتدار از خشونت (در حوزه عملکرد حکومت)**»، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، دوره ۳، شماره ۹ و ۱۰.

* جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و ســـاداتی، ســـیدمحمدجواد (۱۳۹٤)، «**مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفری**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۳، شماره ۱۱.

* ســـلطانی، سیدناصر و ســـلطانی، محمد (۱٤۰۰)، «**مسؤولیت انضباطی قضات در فرانسه و آلمان**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۰، شماره ٤۷.

* ســـمائی، مهدی و حبیـــب‌زاده، محمدجعفـــر و نوبهار، رحیـــم (۱٤۰۱)، «**قاضی فضیلت‌مند؛ سهم فضیلت‌گرایی در نظریهٔ قضاوت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۸.

* صابـــر، محمـــود (۱۳۸۸)، «**معیارها و تضمین‌های دادرســـی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی**»، مدرس علوم انســـانی پژوهش‌های حقـــوق تطبیقی، دوره ۱۳ شماره ٤.

* مرادپور، احمد (۱۳۹۹)، «**بررســـی مفهوم اقتدار در دوره‌های مختلف تاریخی از دیدگاه حقوق عمومی (با تأکید بر سه دوره: قرون وسطی، مدرن و پست مدرن)**»، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، دوره ۵، شماره ۵۹.

* ملکی، محمد و اســـماعیلی، محســـن (۱٤۰۰)، «**امکان اخلاق ســـازی در فرایند استدلال قضایی**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۱، شماره ۲.

* محقق داماد، سیدمصطفی و حسینی‌نسب، سیدمصطفی و پورمحمدی، رضا (۱۴۰۰)، **نظریهٔ اصولی**، قم: مؤسسهٔ بوستان کتاب.
* محمودزاده، سیدمجتبی و شجاعی، محمدحسین (۱۳۹۶)، «**جو اخلاقی ادراک شده در سازمان: مفاهیم و طبقه‌بندی‌ها**»، پژوهش‌های اخلاقی، دوره ۷، شماره ۳.
* موسوی مجاب، سیددرید (۱۴۰۱)، «**بررسی جایگاه و نقش اصل حسن‌نیت در حقوق کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۲۰.
* موسوی مجاب، سیددرید و شیرازی فردویی، زهرا (۱۴۰۱)، «**موقعیت اصل حسن نیت در فرایند دادرسی کیفری**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۷، شماره ۲.
* ناصری دولت‌آبادی، مهدی و صبوری، مصطفی (۱۳۹۶)، «**ویژگی‌های یک قاضی خوب؛ اصول اخلاق قضایی و رفتار حرفه‌ای**»، قضاوت، دوره ۱۷، شماره ۹۱.
* یوسفی، ایمان (۱۳۹۱)، **مدل‌های تحقیقات مقدماتی**. رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه تهران.

ب. انگلیسی

* Arendt, H. (1970). **On Violence**. London: Penguin Books.
* Arendt, H. (2006). **What Is Authority?' In between Past and Future: Eight Essays in Political Thought**. London: Penguin Books.
* Arendt, H. (1958). **What was authority?. NOMOS: Am. Soc'y Pol. Legal Phil.**, Vol. 1.
* Ariely, D., & Jones, S. (2012). **The honest truth about dishonesty**. New York: HarperCollins.
* Barnes, B. (1984). **On authority and its relationship to power**. The Sociological Review, Vol. 32, Num. S1.
* Bell, J. (2006). **Judiciaries within Europe: A comparative review**, (No Title).
* Booth, J., & Freyens, B. (2014). **Ideology and judicial decision making in Australian labour Courts**, paper studies series, D72, J52, K31, K41, Centre of Law & Economics, Australian National Univer-

sity.

❋ Brody, D. C. (2008). **The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence, and Public Trust. Denver Law Review**, Vol. 86, Num. 1.

❋ Brown, R. (1986). **Social psychology**. New York: Simon and Schuster.

❋ Easterbrook, F. H. (1990). **What's so special about judges**. U. colo. L. rev., Vol. 61.

❋ Epstein, L., & Segal, J. A. (2006). **Trumping the first amendment**. Wash. UJL & Pol'y, Vol. 21.

❋ Hagberg, J. O. (2002). **Real power: Stages of personal power in organizations**. Salem: Sheffield Publishing.

❋ Hamilton, M. B. (1987). **The elements of the concept of ideology**. Political studies, Vol. 35, Num. 1.

❋ Haugaard, M. (2018). **What is authority?**. Journal of classical sociology, Vol. 18, Num. 2.

❋ Hughes, G. (1962). **Morals and the criminal law**. The Yale Law Journal, Vol. 71, Num. 4.

❋ Milgram, Stanley. (2009). **Obedience to Authority: An Experimental View**, New York: Harper Perennial Modern Classics.

❋ Milgram, S. (1965). **Some conditions of obedience and disobedience to authority**. Human relations, Vol. 18, Num. 1.

❋ Passini, S., & Morselli, D. (2009). **Authority relationships between obedience and disobedience**. New Ideas in Psychology, Vol. 27, Num. 1.

❋ Rizzolli, M., & Stanca, L. (2012). **Judicial errors and crime deterrence: theory and experimental evidence**. The Journal of Law and Economics, Vol. 55, Num. 2.

❋ Robertson, D. (1993). **The penguin dictionary of politics**. (No Title).

❋ Russell, N. (2014). **Stanley Milgram's obedience to authority "relationship" condition: Some methodological and theoretical implications**. Social Sciences, Vol. 3, Num. 2.

❋ Safferling, C. J. (2001). **Towards an international criminal procedure**. (No Title).

❋ Singh, A. (2009). **Organizational power in perspective**. Leadership and management in Engineering, Vol. 9, Num. 4.

❋ Skalník, P. (1999). **Authority versus power**. in The Anthropology of Power (pp. 161-172), Routledge, London.

❋ Shen, X. (2022). **Obedience to Authority: Anxiety Status and Authority Type**. International Journal of Social Science and Education Research, Vol. 5, Num. 3.

❋ Weber, M. (1978). **Economy and society: An outline of interpretive sociology** (Vol. 1). London: University of California press.

❋ Wendel, W. B. (2005). **Legal ethics and the separation of law and morals**. Cornell l. reV., Vol. 91.

❋ Yükselbaba, Ü. (2017). **Milgram experiment about authority and obedience**. Journal of Istanbul University Law Faculty,Vol. 75, Num. 1.

Authority in Criminal Judgment: Necessities, Consequences, Solutions

Azim Aghababaei Taghanaki[1]\ Mahmoud Saber[2]\ Reza Ghandali[3]

Authority, although related to power, is distinguished from power in that it always contains legitimacy and acceptability within itself. According to the findings of social psychology, the legitimacy or acceptability of authority leads to people's obedience and following of it. This research, using a descriptive method with library sources and analysis of collected materials, after examining the reasons for the necessity of authority, concludes that authority is a prerequisite for judgment; however, blind obedience to judicial decisions can lead to personal or social harms. Among the negative consequences of obeying the organizational or personal power of judges instead of judicial authority, or the misuse of it by some judicial officials, one can refer to following the judges' biases and their ideological decisions, following some judicial errors, and the general distrust towards the judicial system in the long term. In this research, to neutralize the harms, solutions such as strengthening the internal controls of judges through judicial ethics, observing the principle of good faith, interpretivism instead of expediency, and strengthening external controls through ex post or ex ante supervision of judges, decriminalization and dejudicialization in conjunction with creating non-criminal response networks, and predicting the obligation for legal notification regarding judicial decisions have been presented and explained.

Keywords: Authority, Power, Judgment, Criminal law, Judicial ethics.

1. Juddge & Phd Student Department of Criminal Law & Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

2. Associate Professor Department of Criminal Law & Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

3. Master of Law

Synthesis Law of Lawsuits Taken from the Dialectic of Substantive Law and Civil Procedure Law

Seyed Rasoul Mirnejad Borojeni[1]

Litigation is a familiar and widely used concept in every legal system, including Iran. However, the discussions about it are not as important as it is and it has not been addressed as it should and maybe. On this basis, he is not allocated a share in the dualism of substantive rights and civil procedure rights and is always ignored. It is customary to think of him as a technical and formal subject. A view that raises serious doubts about the need for a scientific study and has given those involved a valuable excuse for abandoning it. So, they consider the main difference in whether superiority will be with substantive rights or civil procedure rights. In this article, we seek to pass this old and unanswered dialectic and relax on a beach called "rights of claim". The nascent institution that aims to create permanent reconciliation between the two. In addition, by talking about the features and goals, he brings his fundamental distinction from them to the fore.

Keywords: Substantive rights, civil procedure rights, claims rights, dialectics.

1. Phd in Private Law

Challenges of Social Efficiency of Abortion Laws in the Islamic Republic of Iran

Zeinab Parsaian[1]\ Mohsen Badreh[2]\ Fatemeh Pourmasjedian[3]

Abortion is a multi-dimensional phenomenon that the legislation about it requires attention to all its dimensions, including the social dimension, and this necessity requires attention to the challenges of the social efficiency of the laws that are supposed to regulate this phenomenon. In this research, an attempt has been made to study and analyze the challenges of the social efficiency of abortion laws in Iran with the qualitative method of content analysis and in-depth and semi-structured interview tools. For this purpose, 11 experts and key informants of this field (gynecologists, midwives, Reproductive health expert) were interviewed. The findings of this research identified four types of challenges in the form of four main themes: 1) "Structural challenges and legal void" include the sub-themes of the law not being realistic", "the absoluteness of the laws", "the supremacy and prescriptiveness of the laws" and "the lack of anticipation of the necessary social institutions"; 2) "Cultural challenges", which are divided into five sub-themes of "fetal objectification", "decimation of abortion", "reduction of moral values", "individualism", And "the devaluing of having children" can be categorized; 3) "executive and supervisory challenges", includes two sub-themes "non-implementation of laws" and "supervisory weaknesses"; and 4) "Economic challenges" was investigated as the last theme in this research.
Keywords: Abortion, Reproductive Rights, Social Efficiency, Women's Rights.

1. Master of law in Alzahra University

2. Associate Professor in Women Studies. Social and Economic Science. Alzahra University. Tehran. Iran

3. Associate Professor n Women Studies. Social and Economic Science. Alzahra University. Tehran. Iran

Rejection of Leniency: A Populist or Moral Approach?

Shirin Shiehzadeh[1]\ Hoseyn Mirmohammadsadeghi[2]\ Abbas Sheikholeslami[3]\ HamidReza Mirzajani[4]

When it comes to justifying punishment, the idea that a criminal deserves it is the only argument that seems to have an instinctive basis. Human intuition and emotions, operating beyond conscious reasoning, always demand a reaction to criminal behavior. This tendency to react is so strong that even after the decline of retributivism in the 1980 decade, Isolated rehabilitation discourses . However, some argue that strict responses are mainly driven by the agendas of policymakers, who frame them as the will of the people. This study uses a descriptive-analytical approach and philosophical reasoning to explore whether harsh responses to crime are simply the product of lawmakers' intentions or if they genuinely reflect public demand. The findings suggest that the desire for punishment is deeply rooted in both individual and social instincts, shaped by a form of moral upbringing. Therefore, the tendency toward retributivism and rejecting leniency is a genuine public demand that can be defended in academic discussions.

Keywords: Desert, Moral Reproduction, Decline of Punishment, Welfare State, Carrot and Stick.

1. Phd Student of Criminal Law and Criminology, Department of law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad,Iran.

2. Full professor, Department of criminal law & Criminology, Shahid Beheshti university, Tehran, Iran.

3. Associate Professor, Department of Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

4. Assistant professor, Department of law,Mashhad branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

Reasons for Not Reporting Marital Rape

Zahra Nemati[1]\ Mohammad Farajiha[2]

Domestic Violence is often defined as a pattern of behavior to gain or maintain power and control over an intimate partner. Domestic violence can be physical, sexual, emotional, economic, psychological, but one of the most prevalent forms of domestic violence against women is sexual abuse in marriage; However, its reporting rate is very low compared to other forms of domestic violence. This research seeks to answer the following question: "Why do not victims of marital rape report their victimization to criminal justice system or why do they report it only years after suffering abuse?". To answer this question, in addition to library resources, in-depth and semi-structured interviews with 45 victims of marital rape, 15 attorneys at law, 20 judges and 13 family Health specialists were used for data collection. The findings revealed that a victim often does not report marital rape under the influence of some factors such as shame, fear of enacted stigma, dread of her husband's revenge, insensitivity of criminal justice to domestic violence, and most importantly not to perceive herself as a victim of sexual violence. The silence of victims causes their husbands to repeat the violence. Therefore, it seems that the reduction of marital rape, in addition to creating awareness among women about their right to freedom from violence and raising awareness about correct way to sex, requires protective legislation for victims and the development of special training programs for police and judges.

Keywords: Domestic Violence, Marital Rape, Victims, Not Reporting, Criminal Justice System.

1. Assistant Professor in Criminal Law and Criminology, Department of Law, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran.

2. Associate Professor in Criminal Law and Criminology, Faculty of law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

The Legislative Policy and General Rules Governing Prescribed Ta`zir by Shari`a in the Islamic Penal Code

Muhammad Mahdi Shirrafiee[1]\ Fazllollah Forughi[2]\ Muhammad Hadi Sadeghi[3]

Prescribed Ta`zir by Shari`a is a title with jurisprudential support, which is partially excluded from the rules governing Ta`zir in the Islamic Penal Code. Despite this, the legislator's position regarding the proportion of prescribed Ta`zir by rules such as concurrence of offenses and recidivism, attempting, participation and aiding in the crime, mitigating and the punishment, pardon and evidence to prove the crime is not clear. Therefore, it is necessary to identify the legal gaps related to the general rules of prescribed Ta'zir by referring to the principles of legislative policy. The result of the present research, which was written with the descriptive method and library research, is that the legislative policy that governs prescribed Ta'zeer is discriminatory. In this regard, it cannot be considered absolutely subject to the ruling of Hadd or Ta`zir in order to eliminate the legal loopholes related to the prescribed Ta`zir; Rather, according to the elements of the legislative policy, the unspoken rulings about prescribed Ta`zir should be discovered on a case-by-case basis in order to once again establish the position of this Shari`a institution in the Islamic Penal Code.

Keywords: prescribed Ta`zir, predetermined Ta`zir, Ta`zir by Shari`a, prescribed punishment, Ta`zir regulations, Legislative policy.

1. PhD Student in Criminal and Criminology, Faculty of law, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. Associate professor, Criminal and Criminology, Faculty of law, Shiraz University, Shiraz, Iran
3. Associate professor, Criminal and Criminology, Faculty of law, Shiraz University, Shiraz, Iran

Criticism of Exceptions to Ignorance of Law with a Comparative View

Hassan Poorbafrani[1]

The general rule is accepted regarding ignorance of law is that it is not a excusatory conditions. However, regarding the exceptions to this rule, there are ups and downs in different legal systems. Article 155 of the Islamic Penal Code of 2012 has accepted ignorance of the law as an excuse in two exceptional cases. The first is the case where it was usually not possible for the accused to know the rule of the law, and the second is the case where ignorance of the rule of law is considered an excuse from the Sharia point of view. However, it seems that these two exceptions overlap in many cases, which needs to be explained. In the French legal system, in spite of accepting some examples of ignorance of law under the title of "unavoidable ignorance", the judicial procedure has not shown happiness towards it and has not accepted the claims of ignorance of law. This article, while criticizing the position of the legislator, also mentions the laws of France, England and the statute of the International Criminal Court.

Keywords: Ignorance of law, Inevitable ignorance of law, Culpable ignorant, Inculpable ignorant, Excuses (Excusatory conditions).

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan

A comparative Study of "Preventive Arrest" in the Criminal Law of Iran and England

Abdolreza Javan Jafari[1]\ Mohammad Norozi[2]

Despite the principle of innocence, the adoption of coercive action measures through the intervention of criminal justice institutions in order to prevent the commission of a crime has become one of the basic approaches in the field of dealing with delinquency. This research explains the position of "preventive arrest" as coercive measures in the two legal systems of Iran and England by using descriptive-analytical method and using first-hand library sources. Through a comparative study of this issue, it is clear that in the English legal system, in order to prevent crimes, police officers are allowed to detain people who are trying to commit criminal acts or are suspected of having such a will. In fact, with the expansion of the "security-oriented criminal policy" in this legal system, the powers of the police in depriving people of their freedom have expanded. also in order to prevent the maximum encroachment on the rights of citizens, in addition to the prescription of this type of detention, standards for the basic implementation of this operation have been provided in the British criminal system. On the contrary, in Iran's legal system, referring to Article 43 and 44 of the Criminal Procedure Law, "preventive arrest" is not allowed to bailiffs and the starting point of law enforcement activities is considered to be the commission of a crime and knowledge of it. According to the theoretical findings of the research, based on the British criminal system, in order to prevent the commission of security crimes, the authority of "preventive arrest" should be entrusted to the officers.

Keywords: Crime prevention, preventive detention, public order, civil rights.

1. Professor of the Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad

2. Doctoral student of the Department of Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad

Pre-Judicial Supervision on Prosecution and Investigation; Bases and Consequences

Majed Jabban[1]\ Mahmood Saber[2]\ Seyed Doraid Mousavi Moja[3]

Pre-judicial supervision of investigation and prosecution entails the supervision of actions, judicial and investigative decisions of institutions in charge of prosecution and investigation, especially actions that impact individual rights and freedoms such as detention orders, conducting searches of residences and individuals during the pre-trial phase. The present research is a descriptive-analytical method, while using library tools with scrutiny on the role of prejudicial supervision in controlling the actions of those custodians of prosecution and investigation, explain the importance and position of the said institution in guaranteeing a fair trial, crystallizing the presumption of innocence and determining the principle of balancing the rights of the parties in a criminal lawsuit under the shadow of the principle of rule of law and the principle of jurisprudence. Among the important consequences of the use of the judicial supervision institution is the increase of public trust in the functioning of the judicial system, ensuring its efficiency and preventing the abuse of legal powers by the prosecution and investigation authorities. The findings of the research indicate the confirmation of the effective role of the prejudicial supervision institution in guaranteeing the rights of the litigation parties in a criminal case and reducing the grounds for violation or aggression of their rights.

Keywords: Investigation, Prosecution, Individual Rights, Individual Freedoms, Criminal Proceeding, Pre-judicial Supervision.

1. Instructor, Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Aleppo, Aleppo, Syria; PhD In Criminal Law and Criminology

2. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

The Right to Free Development of Personality In Judicial Procedures of the Federal Constitutional Court of Germany and the European Court of Human Rights

Mohammad Jalali[1]\ Pegah Marzban[2]

The experience of World War II was paired with the depreciation of rights of their essence and significance. This resulted in guaranteeing the right to free development of personality in Germany. The right to free development of personality is rooted in the acknowledgment of human reason, will, and responsibility as the three fundamental elements that are responsible for shaping an individual's desired path in life. This right emerged as an important foundation in the reconstruction of the shattered sanctity of an individual person in that era. between the 19th century and the 20th century, legal systems effectively became a testing ground for the challenge of guaranteeing rights in an effective manner. The very foundations of all theories built on rights and freedoms faced a great challenge. The question was, how could rights, with their unique nature, create practical means for the upholding of these values? The solution appeared in the judicial procedures. The Federal Constitutional Court of Germany played an important role in this realm. Showcasing one of the most influential examples of guaranteeing rights. The recognition and the protection of the right to free development of personality stands out as one of the most prominent of these examples. The free development of personality as one of mankinds core foundational aspects, encompassing its biological structures, identity, reputation, and its societal standing point, has been the subject of numerous disputes. Furthermore, the significance of judicial procedures is not limited to national legal systems. On a European level, the establishment of the European Court of Human Rights has provided an additional layer in the protection of rights. This exchange between the Federal Constitutional Court of Germany and the European Court of Human Rights has had influence on the domain of the right to free development of personality.

Keywords: Judicial Procedures, The Right to Free Development of Personality, guaranteeing of Rights, The Federal Constitutional Court of Germany, The European Court of Human Rights.

1. Assistant Pro. Department of Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. MA. in (Public Law), Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Adjustment of the Insufficient Condition of the Recognizance in Light of the Unanimous Decision No. 811

Parisa Nasseri[1]\ Nasrollah Jafari[2]

The validity of the obligation clause or compensation in the event of corruption and entitlement to non-revenue of the sold item has been a controversial issue in legal doctrine and subsequent judicial practice, with the issuance of unanimous decision No.811. The present study was written using a descriptive-analytical method to validate the obligation clause stipulated in the contract and the nature of this clause. It seeks to answer the question: if corruption is discovered after several years and the amount of damages determined by the parties is insignificant, is the buyer entitled to receive only this amount or is there a solution to demand compensation and the price on the day of sale (the subject of the unanimous decision No. 811) or the possibility of adjusting this amount. The findings of this study indicate that the condition of the recognizance in the contract is still valid despite the corruption of the original contract, and considering legal principles and foundations and in line with economic changes, the will of the parties to determine the amount of the recognizance should be considered for a reasonable period of time in proportion to the increase in the selling price and inflation; and not the discovery of corruption that becomes apparent several decades later. Accordingly, the will of the parties to determine a specific amount refers to the period of time during which, based on the specific or objective inflation index, this amount can compensate for the loss of the buyer's price decrease, and adjusting this amount based on the inflation index is not without merit.

Keywords: Condition, Recognizance, Damage, The principle of the rule of will, Adjustment.

1. Phd Student in Private Law, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran

2. Associate Prof, Department of law, Faculty of Theology, Meybod, University, Meybod, Iran

Feasibility Study of Recognition of the "Principle of Privity of Arbitration agreement" in the Legal System of Iran and the United States (by Examining the Judicial Procedure)

Mehran Abdi[1]\ Rabia Eskini[2]\ Hossein Monavari[3]

The doctrine of privity of contract at first glance includes all types of contracts, including the arbitration agreement, and does not face any exceptions except according to the law. But based on the requirements of today's societies, in the arbitration process, dealing with disputes related to third parties in the context of modern international business transactions, which usually include complex networks of intertwined agreements and multi-layered legal obligations with the presence of numerous and often related legal entities, it's inevitable. Extension of the arbitration agreement to a third party and the possibility of the third party to rely on it, has always been a subject of debate in various legal systems and has been accepted in many systems based certain grounds. This has made the acceptance of the privity of arbitration agreement as a principle doubtful. In this research, with the descriptive-analytical method and by studying in library sources, by examining the legal system and judicial procedure of Iran and the United States, we have come to the conclusion that in the legal system of Iran, if Extension of the arbitration agreement to a third party and the possibility of the third party to rely on it can be justified based on the general rules of contracts is acceptable, otherwise, our legal system still does not have an answer to this issue, and the principle of privity of the arbitration agreement and the non-acceptance of the extension of the arbitration agreement to third parties should be ruled on; An approach that has also been adopted in the draft of "Comprehensive Arbitration Plan" of Iranan Parliment.

Keywords: Arbitration Agreement, Third Party, Extension of the Arbitration Agreement, Privity of Contract, Estoppel, Piercing of Corporate Veil.

1. Phd Student, Department of Law, Shahr-e-Qods Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

2. Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran

3. Department of Law, Shahr-e-Qods Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Intellectual Inherence between Award Nullification in Court and his/her Civil Liability in Iran Law

Mohammadjavad Cheraghi[1]\ Behnam Ensafi Azar[2]\ Hekmat Alah Askari[3]

According to Article 501 of the Code of Civil Procedure for Public and Revolutionary Courts in Civil matters (enacted in 2000), the main element of an arbitrator's civil liability is the element of fault and there is no necessary correlation between a court's invalidation of an arbitral award and the arbitrator's civil liability. Conversely, the court's confirmation of the arbitral award does not necessarily preclude the arbitrator's civil liability, and in such cases, the arbitrator's fault in rendering the award and conducting the arbitration process may still be established. The reason of this order is comparing with the judicial institution and the absence of necessary correlation between the reversal of a judge's decision and their civil liability, the principle of the relative effect of judgments,the inconsistency of the necessary correlation between the annulment of the arbitral award by the court and (the arbitrator's) liability with the foundations and principles of civil liability, such as the directness of the damage caused, acceptness of arbitrator immunity in other legal systems, the selection of the arbitrator by the parties in ad hoc arbitration and finally, recourse to some Islamic Jurisprudential Principles such as the Rules of Ihsan (Benevolence) and La Zarar (No Harm). In this article, while examining the methods of the arbitrator's claim involvement, the annulment of the arbitral award in order to avoid the creation of the arbitrator's civil liability, the arbitrator's presence in the proceedings of the annulment action has been supported and consequently, under certain conditions, the possibility of a third-party objection by the arbitrator to the judgment annulling the arbitral award and its reversal has been accepted.

Keywords: Arbitration, Annulment of Arbitral Award, Arbitrator's Civil Liability, Fault.

1. Phd Student in Private Law
2. Assistant Professor of Private Law
3. Assistant Professor of Private Law

"Theory of Rule of Impossibility of Extension of Arbitration Agreement" in Iranian Law; Emphasis on "Subrogation Theory"

Hossein Abedini[1]

"Extension of the Scope of Arbitration Agreements to Third Parties in the General Sense" is one of the controversial topics in the legal world. Some, citing the non-judicial nature of arbitration and the basis of its agreement's effect on the parties' consent, believe that this effect also includes the parties' successors and related third parties. Others, emphasizing that arbitration falls within the scope of the litigation process, believe that judgment is a sovereign matter that is entrusted to the arbitration institution only in certain circumstances, at the discretion of the state. In the present study, using a descriptive-analytical method, in response to the question of whether an arbitration agreement is transferable to others, relevant legal doctrine and statutory provisions are examined, and the views of the two aforementioned groups are compared by identifying the "Concept of Succession and Third Party and Their Independence from Each Other", "The Basis of Legitimacy and Jurisdiction of Arbitration", and by citing positive law and judicial precedent, "The Rule of Impossibility of Extending the Arbitration Agreement to Third Parties in The General Sense in Iranian Law" is discovered and inferred; Thus, in addition to the fact that referral to arbitration is a completely exceptional matter, under no circumstances is a broad interpretation of the arbitration agreement possible with respect to the successors of the contracting parties and third parties.

Keywords: Arbitration Agreement, Substitute, Third Party, Subrogation Theory, Scope of Arbitration.

1. Assistant Professor, Faculty member, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran

The Challenge of Hearing Lawsuits with Potential Plaintiffs in Case Law

Ali Tahmasebi[1]

The right of citizens to sue requires that the courts by entering substance of case resolve the issue and minimize refusal to enter the substance. Nonetheless, studying case law shows that some courts do not pay enough attention to this principle, and sometimes by improperly interpreting legal rules, they have challenged the right of citizens to sue and faced it a permanent obstacle. One of these cases is the assumption of multiple potential plaintiffs, some of whom are willing to file a lawsuit, but others are unwilling to do so, and the courts have faced the issue of the necessity or not of their collective litigation; so that some courts by considering necessary the collective litigation of interested parties, have recognized their individual lawsuits as lacking the necessary conditions for hearing; while others do not see any prohibition in their individual lawsuits. By accepting the first approach, the plaintiff cannot legally enforce the other potential plaintiff or plaintiffs to accompany him, nor does he have a way out of the problem not to enter the substance by the courts, and he must give up the litigation. In response to the question of whether collective litigation is necessary in cases with multiple potential plaintiffs, or it suffices to individually start an action, the article by applying descriptive-analytical method tries to critically evaluate the case law regarding some lawsuits such as evacuation and so on and concludes that except in very limited assumptions that individual litigation damages to defendant, collective litigation is not necessary and courts should not challenge their right to individual litigation.

Keywords: Litigation, multiple potential plaintiffs, individual litigation, collective litigation, hearing the case.

1. Assistant Prof. of private Law, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Razi, Kermanshah, Iran.

A Critical Attitude to the Approaches of "the Registration of Land Transactions Requirement" Act in Solving the Challenges of Land Transactions

Nasrin Tabatabai Hesari[1]

"The Registration of Land Transactions Requirement" Act (The Registration Requirement Act) was the last attempt of the legislator in the field of land registration with the two main goals of " to grant absolute validity to the title deeds" and "to invalid private deeds of transactions" that was approved on May 15, 2024. However, the question can be asked that the legal solutions provided in this Act - especially due to the numerous changes in its provisions in the approval process - to what extent can solve the existing legal problems in the field of land transactions. and provide the two main goals mentioned above? The present article, based on the method of comparative research and referring to documents, along with the descriptive-analytical research method, with a critical attitude towards the approaches of this Act in solving the challenges of land transactions, has come to the conclusion that on the one hand, due to the lack of coordination of sections of this Act with The type of land registration system outlined in the "Act of Registration of Documents and Real Estates (Land Registration Act), and on the other hand, the numerous changes that have taken place in the process of approving the Act, have largely deviated from the stated goals. Accordingly, in order to strengthen the efficiency of this Act, suggestions are made in the framework of "convergence between this and the Land Registration Act by revising the provisions of this Act with the basics of Iranian land registration system or drafting a new Land Registration Act within the framework of the Registration Requirement Act ", "redefining the principle of the necessity of registration transactions with focus on the real rights", "combating the entry of private deeds into the registration system" and "preserving the validity of the title deeds issued before this Act" have been presented.

Keywords: Registration Law, title deeds, to invalid private deeds of transactions, to grant absolute validity to the title deeds, land registration, principle of necessity of registration, electronic registration system, real estate consultants.

1. Associate Professor,Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran

Contents

A Critical Attitude to the Approaches of "the Registration of Land Transactions Requirement" Act in Solving the Challenges of Land Transactions ..... E
Nasrin Tabatabai Hesari
The Challenge of Hearing Lawsuits with Potential Plaintiffs in Case Law ..... F
Ali Tahmasebi
"Theory of Rule of Impossibility of Extension of Arbitration Agreement" in Iranian Law; Emphasis on "Subrogation Theory" ..... G
Hossein Abedini
Intellectual Inherence between Award Nullification in Court and his/her Civil Liability in Iran Law ..... H
Mohammadjavad Cheraghi\ Behnam Ensafi Azar\ Hekmat Alah Askari
Feasibility Study of Recognition of the "Principle of Privity of Arbitration agreement" in the Legal System of Iran and the United States (by Examining the Judicial Procedure) I
Mehran Abdi\ Rabia Eskini\ Hossein Monavari
Adjustment of the Insufficient Condition of the Recognizance in Light of the Unanimous Decision No. 811 ..... J
Parisa Nasseri\ Nasrollah Jafari
The Right to Free Development of Personality In Judicial Procedures of the Federal Constitutional Court of Germany and the European Court of Human Rights ..... K
Mohammad Jalali\ Pegah Marzban
Pre-Judicial Supervision on Prosecution and Investigation; Bases and Consequences L
Majed Jabban\ Mahmood Saber\ Seyed Doraid Mousavi Moja
A comparative Study of "Preventive Arrest" in the Criminal Law of Iran and England ..... M
Abdolreza Javan Jafari\ Mohammad Norozi
Criticism of Exceptions to Ignorance of Law with a Comparative View ..... N
Hassan Poorbafrani
The Legislative Policy and General Rules Governing Prescribed Ta`zir by Shari`a in the Islamic Penal Code ..... O
Muhammad Mahdi Shirrafiee\ Fazllollah Forughi\ Muhammad Hadi Sadeghi
Reasons for Not Reporting Marital Rape ..... P
Zahra Nemati\ Mohammad Farajihak
Rejection of Leniency: A Populist or Moral Approach? ..... Q
Shirin Shiehzadeh\ Hoseyn Mirmohammadsadeghi\ Abbas Sheikholeslami\ HamidReza Mirzajani
Challenges of Social Efficiency of Abortion Laws in the Islamic Republic of Iran ..... R
Zeinab Parsaian\ Mohsen Badreh\ Fatemeh Pourmasjedian
Synthesis Law of Lawsuits Taken from the Dialectic of Substantive Law and Civil Procedure Law ..... S
Seyed Rasoul Mirnejad Borojeni
Authority in Criminal Judgment: Necessities, Consequences, Solutions ..... T
Azim Aghababaei Taghanaki\ Mahmoud Saber\ Reza Ghandali

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