

تحلیل و قاعده انگاری فقهی «کل دعوی ملزومه معلومه فقهی مسموعه» در شناخت و توسعه قلمرو اصل استماع دعوا

مرتضی کشاورزی ولدانی^۱

چکیده

قوانین شکلی دادرسی مدنی به مثابه طریقی برای احقاق حق به عنوان امری ماهوی محسوب می‌شود. اصل استماع دعوا بر مبنای همین نگره و بر پایه اصولی هم‌چون تسهیل و ترمیم دادرسی و در جهت نیل به عدالت تفسیر می‌شود. در رویه‌ای ناصواب، کثرت صدور قرار عدم استماع در بسیاری از مواضع از سوی محاکم به‌سان یک اصل عدمی (اصل عدم استماع دعوا) و نه وجودی تلقی شده است؛ پنداره‌ای که دادرس را مکلف به رسیدگی نمی‌کند و جهات اثباتی استماع را بر دوش خواهان می‌نهد. بررسی آراء فقهای امامیه در این نوشتار که بر اساس روش تحقیق کتابخانه‌ای بنیان یافته، نشان می‌دهد که آنان شرایط استماع دعاوی را بیشتر به مثابه امور ایجابی مطرح کرده‌اند، اما از جهت سلبی یعنی موانع استماع دعاوی، سخنی از آن نگفته‌اند. گزاره فقهی «کل دعوی ملزومه معلومه فقهی مسموعه»، ناظر بر ضرورت شنیدن همه دعاوی که ساختار اصلی دعوا را به همراه دارد می‌باشد؛ امری که ما را به تحکیم و تأسیس اصل و قاعده‌سازی عمومی در این باب رهنمون می‌سازد. فراتر از این، موضعی است که این فقیهان در برابر دعاوی مجهول پذیرفته‌اند و وضعیت عدم استماع را منحصر در فرضی می‌دانند که دعوا مجهول مطلق باشد. بدیهی است در موقعیتی که دعوا از جهاتی مجهول باشد دادرس می‌تواند با استفصال از خواهان، دعاوی او را استماع کند؛ بنابراین با تمسک به قیاس اولویت و هم‌چنین شناخت ماهیت حقیقی دعوا به عنوان یک امر عرفی عقلایی باید پذیرفت اصل استماع دعوا بر محور مبانی و آموزه‌های محکم و متقن شرعی و عقلی سامان یافته است.

واژگان کلیدی: استفصال، اصل استماع دعوا، دعاوی مجهول، ملزومه

۱. عضو هیات علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بزرگمهر قائنات
keshavarzvm@buqaen.ac.ir

درآمد

حق بر دادخواهی و دسترسی به دادگاه صالح یکی از حقوق بشر آیینی (طهماسبی و شیرازی، ۱۴۰۳: ۳۴) و حقوق بنیادینی است که در همه مکاتب حقوقی بر آن تأکید فراوان شده است. بنا به اهمیت این حق باید گفت قوانین دادرسی مدنی نیز در این باب و به طور کلی در باب پذیرش و استماع دعای موضوعیت ندارد و در حقیقت به مثابه ابزار و طریقی تسهیل گر برای احقاق حق و کشف حقیقت محسوب می شود. دادخواهی به عنوان حقی قانونی برای همه اشخاص تلقی می شود و هر شخصی که حقی از او مورد تضییع یا انکار قرار گرفته است، می تواند برای احقاق آن به مراجع قضاوتی مراجعه کند. در واقع هدف اصلی از طرح و اقامه دعوا، رسیدگی و احقاق حق و رسیدن به حکم مطلوب و شایسته می باشد. در قوانین موضوعه نیز بر این امر اشاره شده است که محاکم می بایست برای دعای، حکم مقتضی را از قوانین استخراج و در نهایت حکم صادر کنند. در آموزه های دینی و شرعی نیز در باب آداب قضا و دعای و همچنین کیفیت صدور حکم، تأکید فراوان ابتدا بر شنیدن دعای و ترافعات مردم شده است. در واقع عنصر استماع در قضای اسلامی به عنوان محور اصلی روند صدور حکم و یک فرض شرعی و اخلاقی برای دادرس به شمار می رود. با این وجود برخلاف تأکید فراوان بر این مهم و وجود پشتوانه عمیق عقلی و شرعی، شاهد نادیده انگاشتن و یا دست کم عدم توجه به جایگاه حقیقی این اصل در محاکم حقوقی هستیم؛ تکیه بیش از حد بر شمارش و بررسی موانع و ایرادات مانع استماع دعای بدون در نظر گرفتن اصول قانونی و شرعی سبب می شود از باب تغلب، این ظهور در ذهن نقش بندد که گویی ما با اصل عدم استماع دعوا مواجه هستیم و در موارد تردید، اصل بر عدم استماع دعای است و احراز و اثبات موجبات استماع بر عهده خواهان دعوا است؛ به عبارت دیگر با جریان اصل عملی برائت در تکلیف الزامی مبنی بر استماع دعای، دادرس را مبرا از این تکلیف بدانیم و اثبات و احراز جهات و اسباب استماع را بر دوش دادخواه یا همان خواهان فرض کنیم. فرضی که می تواند عواقب سویی برای تحقق شایسته عدالت در محاکم داشته باشد و ضمن تضییع حقوق افراد جامعه، زمینه ساز معضل عمومی اطاله دادرسی را فراهم سازد.

بررسی اقوال و نظریات فقهای امامیه و آنچه از روح فتاوا و روایات شریف استظهار می‌شود آن است که اصولاً همه دعاوی باید شنیده شود و دادگاه و دادرس مکلف است شرایط را برای شنیدن دعوا مهیا سازد؛ به عبارت دیگر باید پذیرفت همه دعاوی در صورت تحقق شرایط تشکیل‌دهنده دعوا، از قابلیت استماع برخوردار هستند و آنچه باید برای خودداری از پذیرش دعاوی احراز و اثبات شود همانا همان موانع استماع است. البته وجود هر مانعی نیز نباید به اصل قابلیت استماع خدشه‌ای وارد سازد و چه بسا بتوان گفت حتی در فرض احراز وجود مانع، چنانچه مانع و ایراد قابل ترمیم باشد نمی‌تواند مانع استماع دعوا شود بلکه باید فرصت و امکان ترمیم آن داده شود (فقیهی‌نژاد، ۱۴۰۲: ۲۰).

با جست‌وجو در اقوال فقها می‌توان دریافت که استماع دعاوی و لزوم شنیدن خواسته‌های اطراف اختلاف، اهمیت به سزایی دارد و چه بسا بتوان به عنوان محملی برای قاعده‌سازی و نظریه‌پردازی در قلمرو فقه دعاوی به آن نگریست. یکی از این مواضع، تعبیری است که در لسان برخی از فقهای امامیه بر ضرورت شنیدن هر دعوایی حکایت دارد که معلوم و ملزومه می‌باشد.^۱ آرای این فقها نشان می‌دهد که برای شرایط استماع دعوی، ارائه شکل یا صورت خاصی مطرح نشده تا شنیده شود و عمده شرایطی که این فقها مطرح کرده‌اند ناظر به ماهیت حق مورد مطالبه و یا اهلیت دادخواه یا همان خواهان می‌باشد و به طور کلی این عناصر اصلی اگر موجود باشند منعی برای استماع دعوی نمی‌باشد.^۲ بر اساس این تفسیر، برخورد با یک دعوی مجهول نیز سبب عدم استماع آن نمی‌شود، بلکه دادرس می‌تواند بر پایه اصولی هم‌چون ترمیم دادرسی، از خواهان در مورد حدود دعوی او استفصال بخواهد. گذشته از این، در قضای اسلامی دعوا، دارای ماهیت و حقیقت شرعی تلقی نمی‌شود

۱. تعبیر «کل دعوی ملزومه معلومه فقهی مسموعه» در لسان برخی از فقهای امامیه مطرح شده است؛ بنگرید به: تسخیری، ۳/۱۴۳۱: ۲۹۶؛ آشتیانی، ۲/۱۴۲۵: ۸۳۵؛ انصاری، ۱۴/۱۴۱۵: ۳۸۱؛ رشتی، ۱۴۰۱: ۲۳۸؛ تبریزی و محقق حلی، ۱/۱۳۸۷: ۳۱۲؛ زهدری حلی، ۲/۱۳۸۶: ۱۴۲؛ ترحینی عاملی، ۱۴/۱۳۸۵: ۹۴؛ شهید ثانی، بی‌تا/۱: ۲۴۰؛ سبحانی تبریزی، ۲/۱۴۱۸: ۵۰؛ نجفی اصفهانی، ۲۰/۱۴۲۱: ۴۶۸؛ نجم‌آبادی، ۳/۱۳۹۳: ۴۷۶؛ میرزای قمی، ۱۳۷۶: ۲۸۱؛ شهید اول، ۱۰/۱۴۳۰: ۶۳؛ وجدانی فخر، ۵/۱۳۸۴: ۲۸۹؛ تبریزی، ۲/۱۴۱۵: ۳۱۲.

۲. أنَّ القاضی لیس له إلا استماع الدعوی؛ و تشخیص أنَّها دعوی مسموعه أم لا و أمَّا إرجاع الدعوی إلى شیء آخر من الملازمات، أو النتائج فلا (موسوی خمینی، ۳/۱۳۹۲: ۴۶۹).

که به ناچار در جست‌وجوی ساخت منضبط شرعی بر آن شود؛ بلکه دعوا یک امر عرفی است که حدود و ثغور قلمرو آن را عرف تعیین می‌کند. داوری عرف نیز در این باب بر ضرورت شنیدن دعوایی است که ساختار کلی دعوا را داراست و دادرس در محکمه به این ساختار عینیت می‌بخشد. در فضای پژوهش عمده مباحثی که صورت گرفته، بیشتر ناظر به ادله اصل استماع دعوی از منظر حقوقی می‌باشد که از این میان می‌توان به مقاله «مبانی صدور قرار عدم استماع دعوا در مواجهه با چالش‌های حقوقی پیرامون آن» در فصل‌نامه پژوهش‌های حقوقی و هم‌چنین محدودیت‌های اصل استماع دعوا با نگاهی به رویه قضایی به قلم حسین داوودی بیرق و مهدی هادی در فصل‌نامه تعالی حقوق اشاره کرد. این مقال در مقام سعی در ارائه طرحی نو، می‌کوشد پس از معرفی اصل استماع دعوی و ضرورت کاربست آن در محاکم به بررسی مبانی فقهی این اصل که بر قواعد عقلی نیز مبتنی شده است بپردازد. بدیهی است در این میان شناخت ماهیت دعوا به مثابه یک امر عرفی و نه الزاماً یک حقیقت شرعی، ما را به پذیرش این اصل بهتر رهنمون می‌سازد. سپس گزاره «کل دعوی معلومه ملزمه فهی مسموعه» و عناصر آن بررسی می‌شود و با رویکرد توسعه مفهومی، این نتیجه حاصل می‌شود که فارغ از استماع دعوای معلوم، طبق نظر برخی از فقهای امامیه حتی در مواضعی که دعوا مجهول باشد، دادرس مکلف به رسیدگی است.

۱. مفهوم اصل استماع دعوی

دانسته شد که دادخواهی به مثابه یک حق قانونی برای آحاد شهروندان و اشخاص می‌باشد و هر شخصی که حق او مورد تضییع و یا انکار قرار گرفته است، می‌تواند برای احقاق حق خود، به مراجع قضایی رجوع کند. این فرایند به عنوان اصل استماع دعوا تعبیر می‌شود که به عنوان یک اصل راهبردی در مناسبات قضایی تلقی می‌شود. بر اساس این اصل باید پذیرفت که در مرحله اول، همه دعاوی قابلیت شنیدن و استماع دارد و در فرض تردید، بین استماع دعاوی یا عدم آن باید اصل را بر استماع آن دانست. در اینجا است که دادرس، موظف است روش تفسیری را برگزیند که در جانب این اصل باشد. بر پایه این اصل، موانع استماع دعوا هستند که وجود آن‌ها باید به اثبات برسد؛ نه این‌که خواهان ملزم باشد که عدم وجود این موانع را به اثبات برساند (همان: ۲۹). این اصل که در لسان فقها تحت عنوان اصل وجوب سماع

یاد شده است، بنا بر ادله عنوان واجب را دارد که احکام تکلیفی و وضعی متعددی بر این وجوب مترتب می‌شود.

۲. ضرورت استماع دعاوی در قوانین

بدیهی است هدف خواهان از طرح و اقامه دعاوی رسیدن به اصل حق خود می‌باشد؛ همین فرض مبنای رسیدگی‌های قضایی در محاکم قرار می‌گیرد که قضات موظف هستند در روند دادرسی در نهایت به رأی به مفهوم عام و به حکم به مفهوم خاص برسند. با توجه به تفاوت بنیادین دو مقوله قرار و حکم باید گفت فارغ از مواقع استثنایی که در این مسیر به صدور قرار منتج خواهد شد، اما با توجه به اصل و اراده خواهان دعوی، رسیدگی ماهوی و صدور حکم به معنای خاص، ضرورت دادرسی عادلانه می‌باشد. این امر یکی از مواردی است که می‌تواند در توجیه و اهمیت اصل استماع دعاوی به کار آید؛ امری که در قوانین عام و خاص و همچنین احیاناً آرای وحدت رویه نیز پیش‌بینی شده است. سرآمد این اصل، در قانون اساسی و در اصل سی و چهارم است که قانون‌گذار بیان می‌دارد، دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع کند. هم‌چنین در راستای تضمین عمل به اصل استماع و ضرورت جست‌وجوی دادرسی در قوانین و در نیل به احقاق حق در قضیه مورد دعوی، در اصل یکصد و شصت و هفتم مقرر می‌دارد: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت، نقص و یا اجمال یا تعارض قوانین مدون از رسیدگی به دعوا یا صدور حکم امتناع ورزد. در ذیل و تأیید این اصول ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز بیان می‌دارد: قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت و نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستتکف از احقاق حق شناخته

شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد. باید پذیرفت قواعد آیین دادرسی مدنی قواعدی شکلی است که امور تشریفاتی و غیر تشریفاتی را شامل می‌شود. ناظر بر این قواعد، دو موضع نسبت به این تشریفات به چشم می‌خورد؛ موضعی که مخالفان اصل استماع دعاوی را شامل می‌شوند بر آن هستند که در دعاوی، تشریفات دادرسی باید به دقت جست‌وجو و واریسی شود و اگر کوچک‌ترین تخطی از آن‌ها صورت گیرد دعوا با قرار عدم استماع مواجه خواهد شد؛ زیرا هدف این تشریفات برقراری نظم در دادرسی است که منافع اصحاب دعوا را حفظ می‌کند و حمایت از آن‌ها را در برابر سوء نیت‌های احتمالی طرف مقابل و تعصب و خودرایی قاضی را در بردارد (کوشه، ۱۳۹۱: ۲۵). در آن‌سو دیدگاهی است که هدف اصلی قواعد دادرسی را تضمین احقاق حقوق ماهوی اشخاص می‌پندارد که باید به گونه‌ای تنظیم گردند که با اطمینان، تأثیر و سهولت بیشتر موجب تأمین حقوق ماهوی شوند (شمس، ۱۳۹۰: ۳۶). بدیهی است در این میان، اصل استماع دعوا که بیان‌گر یکی از حقوق بنیادین افراد در جریان دادرسی است تأمین‌کننده حقوق ماهوی اشخاص است که خدشه به آن جرح عدالت قضایی محسوب می‌شود. این اصل فارغ از قوانین در برخی از آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور نیز به طور ضمنی مورد تأیید قرار گرفته است؛ مثلاً در بخشی از یک رأی وحدت رویه چنان آمده است که الزام قانونی مالکین به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده است، مانع از این نمی‌باشد که محاکم عمومی دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده رسیدگی نمایند.^۱ هم‌چنین مواردی از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی وجود دارد که عدم رعایت بعضی از الزامات دعوا سبب رد و یا عدم استماع آن می‌شود. مواد ۲۵۶، ۲۵۹ و ۳۳۳ این قانون به ضرورت این الزامات و سرنوشت دعوی در صورت عمل نکردن آن شرایط اشاره دارد. با بررسی این مواد می‌توان به نتیجه رسید آن‌چه در این بین مهم است، این است که برخلاف وضعیت رد دعوی که دلایل مشخص و مصرحی دارد، در مورد عدم استماع دعوا، صرفاً عدم رعایت برخی از اصول شکلی دعوا، مجوز صدور این قرار به رسمیت شناخته شده است؛ به عبارت دیگر باید گفت این جنبه‌ها استثنایی است

۱. رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور شماره ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰

و ناظر به قدر متیقن است که خواهان در عمل هیچ اقدامی جهت تنویر ذهن قاضی و ارائه ساخت صحیح دعوی اقدامی نکند. گذشته از این، معرفی چهره استثنایی و محدود ضمانت اجرای عدم استماع در این مواد به روشنی دلالت بر حاکمیت اصل استماع دعوا و لزوم پذیرش و شنیدن دعاوی دارد. در واقع ذکر موارد رد دعوی در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تحت عنوان ایرادات و موانع رسیدگی می‌توان نتیجه گرفت که اصل بر رسیدگی به دعوا و استماع آن است و موارد قانونی رد دعوا را باید استثنای بر اصل دانست. در واقع باید گفت عدم ذکر موارد صدور قرار عدم استماع دعوا در قانون را نشانه عدم اراده قانون‌گذار در استفاده وسیع از این قرار تلقی کرد؛ بنابراین باید پذیرفت جنبه‌های صدور قرار رد و یا عدم استماع دعوا چهره‌ای استثنایی دارد و اصل بر استماع آن می‌باشد. بدیهی است در شرایطی که ساخت و چارچوب اصلی دعوا تحقق یافته است، مقتضی برای شنیدن دعوا مهیاست به گونه‌ای که شروط اصلی استماع دعوا که همان سمت و ذی‌نفعی و هم‌چنین شرایط مقرر قانونی است کفایت می‌کند و عنوان شرایط نیز، باید به شرایط اصلی و نه شرایط فرعی تعبیر و تفسیر شود.

۳. مبانی فقهی اصل استماع دعاوی

اصل استماع دعوی دارای مبانی متقنی در فقه امامیه است که در زیر به آن می‌پردازیم.

۱-۳. اصل اشتغال به دادرسی

بدون تردید جریان اصول عملیه در فقه اسلامی، در فرض جهل و شک مکلف نسبت به حکم واقعی و یا ظاهری است. در اینجا است که می‌توان بنا به فروض و شرایط مختلف، اصول عملیه را به عنوان راهی برای رهایی از شک و تحیر تصویر کرد. در واقع این شرایط، وقتی در ساحت اجتهاد کاربست می‌افتد که مکلف از دستیابی به ادله اجتهادی محروم باشد و راهبرد شرعی ادله فقهاتی یا همان اصول عملیه را برگزیند. یکی از این اصول عملیه اصل احتیاط یا اشتغال است که سخن از آن وقتی در میان است که اصل تکلیف الزامی برای مکلف واضح است، اما مصداق تکلیف (مکلف‌به)، برای او ناشناخته و مردد بین چند عمل می‌باشد. در چنین وضعیتی از باب اشتغال ذمه و ضرورت فراغ یقینی در فرض اشتغال یقینی مکلف به

ناچار باید همه اطراف شبهه را ترک یا انجام دهد. در فرض مسأله نیز، اصل وجوب دادرسی برای قاضی مکلف بار شده است و مصداق شبهه دوران امر در شنیدن یا نشنیدن امر مورد دادرسی است که ضرورت استماع آن اثبات می‌شود.

۲-۳. قاعده مقتضی و مانع

یکی از اصطلاحات اصولی که در دانش فقه و حقوق اسلامی کاربرد فراوان دارد، مفهوم مقتضی و مانع است؛ مقتضی یعنی امری که برحسب جعل و قرارداد شارع یا قانون‌گذار عرفی، اقتضای یک اثر شرعی و حقوقی دارد و به عبارتی شارع به مثابه قانون‌گذار آن امر را، موضوع حکم خود قرار داده است. در مقابل، مانع یعنی امری که از اقتضای چنین تأثیری جلوگیری خواهد کرد. حال این دوگانه اگر به عنوان یک قاعده و با هم به کار رود بدین معناست که در هنگام احراز مقتضی و شک در ثبوت یک مانع، باید بنا را بر استمرار مقتضی و انتفاء مانع به عنوان یک امر وجودی گذاشت (قافی و شریعتی، ۱۴۰۰: ۶۵). بر این معیار وقتی که خواهان، دعوی خود را طبق شرایط قانونی مواد ۵۱ تا ۶۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی طرح می‌کند از این جاست که روند دعوا و رسیدگی به آن آغاز می‌شود؛ با شروع این فرایند، مقتضی رسیدگی و استماع دعوا به وجود می‌آید و دادگاه مکلف است دعوی مطروحه را بشنود و به آن ترتیب اثر دهد. بدیهی است در این مسیر طرح دعوا، با تحقق شرایط اساسی آن هم چون نفع، اهلیت و سمت در آن شکل می‌گیرد و با ساخت این مجموعه، دادگاه ملزم به استماع و رسیدگی می‌شود و نمی‌تواند بنا به دلایل واهی تمسک به موانعی شود که روند رسیدگی را متوقف سازد؛ بنابراین تنها در صورتی که موانع اساسی احراز شود می‌تواند روند رسیدگی را متوقف سازد و در غیر این صورت بنا به اصول محکم دادرسی چون اصل ترمیم و تسهیل دادرسی و اصل اشتغال و احتیاط در شنیدن دعاوی، باید دعوا را استماع و رسیدگی ماهوی را تا مرحله صدور حکم به پایان ببرد. در این راستا اثبات شرایط تحقق دعوا، بر عهده مدعی است که در جهت اقامه صحیح دعوی خود تعیین پیدا می‌کند، اما اثبات موانع بر عهده طرف مقابل یعنی مدعی علیه است؛ بنابراین بر پایه تأسیس اصل و بنا به قاعده مقتضی و مانع و سایر اصول دادرسی عادلانه، باید گفت اصل، بر عدم وجود مانع است مگر این که اثبات شود. این اثبات هم البته بر عهده مدعی علیه است

و دادگاه نمی‌تواند در صورت تحقق شرایط اصلی، ایرادات مانع دادرسی را توسعه بخشد و از وظیفه ذاتی خود دور افتد. هم‌چنین یکی از موارد دیگر که از این اصول ناشی می‌شود، اکتفا به قدر متیقن در تشریفات دادرسی است و این تشریفات اگر با حقوق اصحاب دعوی در تخالف باشند، نباید به نحوی توسعه یابد که عدم التزام به آن باعث خلل به اصولی هم‌چون اصل استماع دعای شود؛ بنابراین چه‌بسا لازم است در مواردی با فرض التزام به اصول دادرسی و نظم عمومی به دیده تسامح به این تشریفات بنگرد که در این صورت حقوق اصحاب دعوا نیز رعایت می‌شود (فرحزادی و بروجنی، ۱۳۹۹: ۱۸۹). راهکاری که در فقه برای آن پیش‌بینی شده است این است که اگر دعوا در کلیت آن درست طرح شده باشد اما شاید در حیطه عرف قضایی مورد قبول نباشد، قاضی می‌تواند از مدعی درخواست استفصال کند. این فرضیه در ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز شناسایی شده است که طبق قاعده ترمیم دادرسی، مدعی می‌تواند در جلسه اول خواسته خود را تغییر دهد. پذیرش این مسأله فارغ از آن است که اصولاً دادرسی نیز توان و صلاحیت توصیف خواسته را بر محور کشف اراده خواهان دارد و این مسأله نظریه تمسک به تشریفات متیقن و اصلی دادرسی را تقویت می‌کند.

۳-۳. استماع دعوا به مثابه وجوب مقدمه

در لسان اصولیین، هرگاه انجام عملی متوقف بر انجام امور دیگری باشد به صورتی که بدون انجام این امور تحقق آن عمل ممکن نباشد، در اصطلاح این امور را مقدمه و عمل مورد نظر را ذی‌المقدمه می‌گویند؛ بنابراین اموری که انجام عمل واجب بر آن متوقف است مقدمه واجب نامیده می‌شود (قافی و شریعتی، ۱۴۰۰: ۱۵۳). در عالم حقوق نیز هرگاه بین دو چیز وابستگی به حدی باشد که وجود یکی از آن‌ها متوقف بر وجود دیگری باشد، ذی‌المقدمه معنا می‌یابد. مثل این که تقدیم دادخواست، مقدمه رسیدگی به دعوا تلقی می‌شود. با این وصف مقدمات هم می‌تواند شرعی و هم قانونی تلقی شود. گاهی نیز ممکن است به لحاظ عقلی وجود امری متوقف بر امری دیگر باشد؛ به نظر برخی از اصولیین وجوب مقدمه از باب بیان شرع و عقل نیست و به طور کلی عقل در مقام داوری کسی را که اطاعت حکم الهی نکند مستحق عقاب است و عقل تفاوتی بین عدم اطاعت مقدمه و ذی‌المقدمه نمی‌بیند (قبله‌ای خویی،

۱۳۸۶: ۱۲). بنا به این فرض باید گفت اصل استماع دعوی، مقدمه عقلی و جوب رسیدگی به دعاوی و فصل خصومت است. بدیهی است قاضی در اصل، جعل و نصب شده است که با شنیدن دعاوی مردم اختلاف و نزاع را بین آنها برطرف کند. در حقیقت رسیدگی به دعا که به منزله احقاق حق توصیف می‌شود، متوقف بر استماع دعا است و این استماع (به مثابه مقدمه) به قاضی فرصت می‌دهد که با ورود به ماهیت دعا اختلاف طرفین را برطرف (ذی‌المقدمه) کند.

۴. ماهیت و قلمرو دعاوی مدنی

بدون تردید با توجه به اهمیت اصل استماع دعا می‌توان بر این قائل گردید که این اصل، بر نظامات و قواعد دادرسی حکومت دارد. از این منظر دعاوی مدنی به عنوان تأسیسی محسوب می‌شود که با تحقق دعوی و طرح صحیح آن از سوی خواهان، موجبات استماع و رسیدگی آن را می‌طلبد؛ این موضوع در واقع بیان‌گر این است که دعا مفهومی علمی، مستقل و زیربنایی در حقوق به شمار می‌رود. میرنژاد بروجنی، ۱۴۰۳: ۳۹۸). همان‌طور که قبلاً نیز آمد، بدون تردید یکی از دلایل اصلی صدور کثرت قرار عدم استماع دعوی، عدم توجه به موارد و الزامات شکلی قانونی دعا است که این نیز در اصول کلی و همچنین قوانین چهره‌ای استثنایی دارد و یارای مخدوش کردن اصل مهم استماع را ندارد. به طور مثال، زنی که به جهت استنکاف شوهر از پرداخت نفقه درخواست طلاق دارد، نمی‌تواند به صورت مستقیم از دادگاه درخواست طلاق دهد و استنکاف زوج را جهت و یا مقدمه دعوی خود تلقی کند، بلکه در مرحله نخست، زن برای مطالبه نفقه دادخواست دهد و آن‌گاه دادگاه طبق ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی ضمن تعیین نفقه، زوج را نسبت به پرداخت آن ملزم می‌کند و در صورت استنکاف وفق ماده ۱۱۲۹ زوج را اجبار به طلاق می‌کند؛ بنابراین دعاوی طلاق به درخواست زوجه به جهت ترک انفاق، قبل از اثبات عدم امکان الزام زوج به انفاق (به مثابه امر شکلی)، دعوی را در وضعیت عدم استماع قرار می‌دهد. این مورد و مواردی که به صورت واضح شرایط قانونی و شکلی دعا رعایت نگردیده است را می‌توان در قلمرو عدم استماع پنداشت، اما به جهت خلاف قاعده بودن رد دعاوی و لزوم استماع آن باید در صدور آن موضع محتاطانه برگزید.

بر همین مبنا اصل استماع دعا را نیز از دریچه شناخت دعا و ماهیت آن نیز

می‌توان تحلیل کرد و در راستای اثبات و تحکیم آن کوشید. سؤالی که مطرح می‌شود این است که اساساً دعوا چه ماهیتی دارد؟ آیا دعوی یک حقیقتی شرعی است یا عرف عهده‌دار تبیین ماهیت و حدود و ثغور آن است؟ و به طور کلی هدف نظام دادرسی فصل خصومت است یا در پس این هدف والاتر احقاق حق نهفته است؟ در پاسخ به این سؤال‌ها؛ باید گفت برخلاف آن‌چه گفته می‌شود، هدف دادرسی، فصل خصومت است، اما به راستی آن چیزی که به مثابه یک غایت برای یک نظام دادرسی و مقررات آیین رسیدگی در نظر گرفته می‌شود، همانا احقاق و ایصال حق به خواهان و نه فصل خصومت است. این مسأله در آموزه‌های دینی و متون فقهی ما نیز قابل استنباط است؛ به طور مثال در قرآن کریم هدف از برگزیدن داوود به عنوان خلیفه آن است که به حق حکم براند؛^۱ و در متون فقهی نیز هدف از قضا، استیفای حقوق شناخته شده است (طباطبایی، ۱۴۲۲/۵: ۱۵) این امر، گویای عبور از شرایط شکلی به عنوان یک امر طریقی و ابزاری و توجه همه جانبه به اصل و ماهیت دعوی است؛ چیزی که برخی از نویسندگان با تعبیر مختلف قواعد شکلی را در خدمت قوانین ماهوی (اسماعیل عمر، ۲۰۱۱: ۱۲) می‌دانند و برخی دیگر نیز هدف از تصویب قوانین شکلی را کمک به اعمال حقوق ماهوی می‌دانند (داوودی، ۱۳۹۷: ۲۲۷-۲۲۳). این برداشت، نافی نقش قواعد شکلی در فرایند دادرسی نیست و به هر حال فلسفه قانون‌گذاری قواعد شکلی در جهت انتظام بخشی به دادرسی در جهت تحقق عدالت قضایی است. با این وجود و با توجه به اهمیت و لزوم احقاق حق در سایه اصول بلندی چون اصل تسلط خواهان بر موضوع دعاوی و یا اصل ترمیم دادرسی و هم‌چنین اصل استماع دعوا به طور خاص می‌توان این قواعد شکلی را به نوعی انعطاف‌گونه تفسیر کرد که محملی برای شنیده شدن دعاوی باشد؛ به عبارت دیگر صدور قرار عدم استماع دعاوی به استناد عدم طرح صحیح دعوی و شروط فرعی آن بدون در نظر گرفتن ساختمان اصلی دعوا، با این اصول متعالی و حتی خود قوانین شکلی نیز مغایر است. درک این مسأله وقتی قوت می‌گیرد که بر آن باشیم قانون‌گذار حکیم است و در مرحله وضع قانون این نکته مفروض است که اراده قانون‌گذار بر شنیدن دعوایی است که اصول

۱. يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ حَقٌّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ (سوره ص آیه ۲۶).

و ضوابط کلی را داراست. اثبات این مهم از دریچه شناخت ماهیت دعوی در نگاه فقیهان و حقوق دانان نیز ما را رهنمون خواهد ساخت.

۵. ماهیت اخباری و وصف عرفی داشتن دعاوی مدنی

در مورد ماهیت دعوا نیز موضع یکسانی در دو ساحت فقه و حقوق به چشم نمی‌خورد؛ در این‌که دعوی یک عمل حقوقی نیازمند قصد انشا محسوب می‌شود یا یک واقعه حقوقی است میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی فقها مثل صاحب جواهر با پذیرش عنصر انشا در ماهیت آن و عمل حقوقی دانستن آن تأکید دارند که دعوا انشاء خصومت است؛ بنابراین محجورین مثل انشائیات توانایی اعمال آن را ندارند (نجفی اصفهانی، ۱۳۲۶/۲۰: ۳۷۶؛ غروی نایینی، ۱۴۳۳: ۸۷). در مقابل برخی از فقها نیز بر اخباری بودن ماهیت آن اشاره دارند (شهید اول، ۱۴۱۷/۲: ۸۴؛ آشتیانی، ۱۴۲۵/۲: ۸۲۲؛ اشتهاودی، ۱۴۰۰: ۵۲) و برخی نیز همین مبنا را پذیرفته‌اند، اما دعوا را اخبار به داعی و انگیزه انشاء (آل شبیر، ۱۳۹۶: ۲۲۶) و در قولی دیگر دعوی اخبار از جزم (گلپایگانی، ۱۴۰۱/۲: ۲۲۴) معرفی شده است. به تبع اقوال فقهی، برخی از استادان و نویسندگان حقوقی نیز در پاره‌ای از مباحث در ماهیت دعوا سخن گفته‌اند؛ مثلاً دکتر جعفری لنگرودی دعوا را مثل اقرار، اخبار حق به ضرر غیر (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳/۱: ۵۷۰) دانسته که طبعاً ماهیتی به غیر از عمل حقوقی دارد. برخی دیگر نیز در باب معرفی ماهیت دعوا، آن را عنصری می‌دانند که رابطه حقوقی ایجاد می‌کند (شمس، ۱۳۹۰: ۱۱؛ افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۰/۲: ۸۸). به نظر می‌رسد دعوا ماهیت اخبار را دارد چون انشا اختصاص به عقود و ایقاعات دارد و منظور از این‌که دعوا حقوقی سازنده یک رابطه حقوقی است، این است که نتیجه آن می‌تواند موجب حق یا تکالیفی بر طرفین دعوا باشد. در واقع مؤلفه اصلی انشا و به عبارتی عمل حقوقی، اعتبار یک وضعیت حقوقی در ظرف و وعاء اعتبار است و فرد منشی قصد ایجاد این وضعیت را دارد؛ درحالی‌که در اخبار چنین فرایندی حاصل نمی‌شود؛ بلکه اقامه کننده دعوا بعد از تحقق این موجود اعتباری، از آن خبر می‌دهد. ممکن است شبهه‌ای مطرح شود که دعاوی حقوقی نیز دارای بعضی آثار حقوقی از قبیل الزام طرف مقابل به پاسخ‌گویی یا قاطع مرور زمان بودن می‌باشد و این خود نشان‌گر عمل حقوقی بودن دعوا و نه واقعه حقوقی است. در پاسخ باید گفت که وقایع

حقوقی وضعیت‌هایی محسوب می‌شود که دارای آثار حقوقی می‌باشد و اساساً نهادها و وضعیت‌های حقوقی نمی‌توانند فارغ از آثار حقوقی باشند و چه‌بسا برخی از این وقایع حقوقی نیز مثل غصب ارادی باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۸۵)، بلکه امتیاز اساسی عمل حقوقی در مخلوق بودن همان نتیجه قصد است که محجورین نمی‌توانند به جهت فقدان قصد انشاء اقامه دعوی کنند و همین امر موجب دسته‌بندی اقامه دعوی در اعمال حقوقی شود. با دقت در ماهیت دعوا، خالی بودن این دلیل از قوت آشکار می‌شود چون علاوه بر این که شرایط عامه تکلیف تنها اختصاص به اعمال حقوقی ندارد و وقایع حقوقی ارادی را نیز شامل می‌شود، باید گفت ممنوعیت اقامه دعاوی توسط محجورین نه به جهت فقدان قصد انشای آنان که منع آنان از تصرف در حقوق آنهاست. این قرائت کاملاً با معنای لغوی و اصطلاحی دعوا نیز منطبق است؛ چراکه طبق معنای اصطلاحی دعوا آن چه مورد طلب و مطالبه قرار می‌گیرد محسوب می‌شود و معنایی جز طلب اثبات حق از محکمه ندارد و مطالبه عنصر اصلی دعواست (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳/۲: ۵۶۹). در ساحت لغت نیز دعوا معنایی جز طلب ندارد، چراکه برگرفته از دعوت به عنوان مصدر و دعا اسم مصدر آن به معنای طلب است (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۶/۴: ۲۵۳). یکی دیگر از مسائلی که در مورد ماهیت دعوا محل بحث قرار می‌گیرد تأملی است در این باب که برای دعوا، یک محمولی از شرع تعریف شده و به عبارت دیگر آیا دعوا دارای یک حقیقت شرعی می‌باشد یا عرف قلمرو آن را مشخص می‌کند. در پاسخ این پرسش به نظر می‌رسد غالب فقها بر آن هستند که دعوا دارای یک حقیقت عرفی است که شارع برای آن اصطلاح خاصی قرار نداده است و عرف حدود و ثغور آن را تعیین کرده است (بجنوردی، ۱۳۷۷/۳: ۸۵؛ آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۶/۴: ۲۵۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۲/۱۲: ۱۱۵؛ رشتی، ۱۴۰۱: ۹۲؛ آشتیانی، ۱۴۲۵/۲: ۸۲۰؛ خویی، ۱۹۷۶: ۴۴؛ عراقی، ۱۳۷۹: ۱۷۲؛ نجفی اصفهانی، ۱۲۲۶/۲۰: ۳۷۱). طبق این فرضیه شارع در تعیین کیفیت دعاوی نظری ندارد و تعیین مساحت آن را به عرف واگذار کرده است؛ بنابراین بنا به اصولی هم‌چون اصل تسلط خواهان بر تعیین قلمرو دعاوی و هم‌چنین اصل تسهیل دادرسی باید پذیرفت که اگر شرایط اساسی دعوا و سمت خواهان محرز شود، وظیفه دادگاه این است که دعوی را استماع کند و به بهانه‌ای مانع شنیدن آن نشود. این موضوع علاوه بر این که پشتوانه

عمل خردمندان را به همراه دارد و مورد پسند عرف قرار گرفته است مورد تأکید برخی از فقها به عنوان شاهی بر بیان حکم شارع نیز واقع شده است. به طور مثال در این فرایند، اگر دعوا صراحت در مطلوب و ذی نفع بودن خواهان و در نتیجه احراز سمت او داشته باشد صیغه شرعی نیاز ندارد و باید شنیده شود^۱ (سنگلجی، ۱۳۹۵: ۱۵۹، بروجرودی عبده، ۱۳۸۳: ۲۳۷؛ زیدان، ۱۹۸۹: ۱۱۰). بر پایه این دو ادعا می توان گفت اخبار، مرتبه ای خفیف تر از انشا محسوب می شود؛ به طوری که انشاء، کاشف از اراده جدی است اما اخبار این گونه نیست و یا این که طبق تعبیر محقق خویی وجوب و حرمت از انشا دانسته می شود، ولی در جملات اخباری این عناوین وجود ندارد (خویی، ۱/۱۳۳۸: ۲۷)؛ بنابراین تشریفات که ناظر به امور انشایی است در امور اخباری راهی ندارد.

۶. معنای ملزمه بودن دعاوی

بدون تردید بین مفهوم اصل استماع دعوا با ملزمه بودن آن پیوندی نهفته است؛ برخی از فقها اهمیت سماع دعوا را تا آن حد می دانند که حتی استماع دعوی را واجب می دانند و قائل به وجوب استماع دعوی هستند (سلار، ۱۴۰۴: ۲۳۰). دلیلی که برای این امر آورده اند این است که گاهی حق بر مدعی پوشیده است و اگر دعوی مربوط به آن استماع نشود، حق ضایع می گردد (علامه حلی، ۱۳۷۴: ۴۱۹)، اما این به معنای پذیرفتن دعاوی فاقد سبب نمی باشد و لازم است امر ملزومی در این میان حادث شود. معنای ملزمه بودن نیز که به عنوان شرط استماع دعوی نیز تلقی می شود آن است که ابتدا باید اختلاف و نزاعی رخ دهد و حادث گردد به گونه ای که حقی ثابت و لازم عهده خوانده مستقر می شود (نراقی، ۱۷/۱۴۱۵: ۱۶۶؛ آشتیانی، ۲/۱۴۲۵: ۳۳۸)؛ به عبارت دیگر باید امری بر مدعی علیه الزام شود، یعنی اگر چیزی بر عهده او ثابت شد، الزام تحقق یافته و باید آن را مسترد بکند؛ بنابراین در فرضی که فردی ادعای هبه کند در حالی که قبض نشده باشد بدهی است که چنین دعوایی الزامی ندارد (موسوی بجنوردی، ۳/۱۳۷۷: ۸۳). در فرازی دیگر یکی از شروط استماع دعاوی وجود تخاصم و اختلاف بین دو طرف دانسته شده است؛ بنابراین اگر کسی اقرار به حقی به نفع

۱. فانقدح ممّا ذکرنا أنّ سماع الدعوی و ترتیب الآثار علیها موقوف علی صدق الدعوی و عنوانها و هو موکول إلی نظر العرف و سیره العقلاء (عراقی، ۱۳۷۹: ۱۷۴)

دیگری کند و مقرله نیز این را تأیید و تصدیق کند، اما قصد او برای طرح دعوی، اثبات حق و صدور حکم باشد در این حالت نیز استماع دعوی واجب نیست (نراقی، ۱۷/۱۴۱۵: ۱۶۰). هم‌چنین در وضعیتی که فردی دعوی بیع فضولی را به طرفیت مالک اقامه کند که با توجه به این که مالک الزامی به آن ندارد؛ بنابراین مسموع نیست (رشتی، ۱۴۰۱: ۹۸). به هر روی دعوی باید به گونه‌ای تفسیر شود که در صورت اثبات، یک امر لازمی را بر عهده خواننده مترتب کند.

۶-۱. خوانش‌های مختلف نسبت به ملزومه بودن دعاوی

خوانش‌های مختلفی نسبت به امر ملزومه یا غیر ملزومه بودن از سوی فقها مطرح شده است، مثلاً در جایی که دعوی تنفیذ وصیت مطرح است، قاضی باید در بدو امر نسبت به وضعیت اوصیا از حیث ثقه یا امانت نسبت به امور وصیت شده اعم از وصیت به نفع صغار و مجانین و چه وصیت به ثلث آن‌ها بررسی کند و اگر درست باشد (به عبارتی لازم باشد) آن را تنفیذ کند (طوسی، ۸/۱۳۸۷: ۹۵).

هم‌چنین دعوا باید در راستای یک قصد و جهت و به عبارتی داعی باشد. این قصد و جهت در راستای وجود یک نفع تلقی می‌شود و وجود این نفع برای استماع، شرط و ضروری می‌باشد. بدیهی است که در فرایند دعاوی، برای فردی که هیچ نفعی متصور نیست عنوان مدعی را نیز ندارد و کسی که ذی نفع نباشد قسمی نیز متوجه وی نخواهد شد (مراغی، ۲/۱۴۱۷: ۵۹۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴/۱۳۷۴: ۴۱۶؛ بحرانی، ۱۴/۱۳۶۳: ۱۴۶). استثنایی که بر این امر وجود دارد صلاحیت طرح و اقامه دعاوی در امور حسبه برای کسی که در این امور حق تصدی دارد (موسوی بجنوردی، ۳/۱۳۷۷: ۸۶) و یا موردی است که مثل ادای دیون مورث توسط وراثت که بر اساس یک نفع اخروی باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴: ۲۰۹)؛ زیرا به طور کلی در اموری که مطلوب شارع است، مثل اقامه حدود و قضا یا جهاد (کاشف الغطاء، ۱/۱۳۸۱: ۵۴۱) خصوصیتی از جهت شخص مکلف از جانب شریعت وجود ندارد. به همین جهت در امور حسبه و مواردی که اجر و ثواب اخروی مطرح است، استماع دعوی از شخص بیگانه از باب امر به معروف جایز است (موسوی سبزواری، ۲۷/۱۴۱۳: ۶۲).

خوانش دیگری که در لسان فقها برای ملزومه بودن دعاوی وجود دارد این است که شرط اقامه آن این باشد که به لحاظ عقلی، عرفی و شرعی امکان‌پذیر باشد؛

بنابراین در فرض فقدان این امکان، دعوا استماع نخواهد شد؛ بنابراین اگر دعوایی اقامه شود که مطالبه مبلغ گزافی از یک فقیر تحت عنوان قرض ادعا گردد، این دعوی عادتاً قابل پذیرش و استماع نخواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷/۳: ۸۷). در فرضی نیز که نتیجه دعوی به لحاظ شرعی صحیح نیست، مثل تملک اعیان نجسه مانند خمر، قابلیت استماع نخواهد داشت؛ به جز در موردی که هدف مدعی از طرح دعوا به رسمیت شناختن حق اختصاصی خود باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴/۲: ۳۸). هم‌چنین در فقه امامیه مواردی وجود دارد که در شرایط غیرمعمول اصل بر استماع دعوا است و قاضی موظف است به دعوا رسیدگی کند. واضح است که اقامه دعوا باید از جایگاه و خواستگاه سمت‌های اصالت، ولایت و یا وکالت مطرح شود؛ اما همان‌طور که گذشت مواردی وجود دارد که می‌توان از این قاعده عدول نمود و بدون تحقق این جایگاه طرح دعوا نمود. امور حسبیه یکی از مواردی است که در مواضعی بدون داشتن سمت‌های سه‌گانه از جانب اشخاص غیر ذی‌سمت می‌تواند محملی برای اقامه دعوای شود. هم‌چنین با بررسی اقوال فقهای امامیه می‌توان دریافت که اقامه دعوا در شرایطی مورد پذیرش قرار گرفته است؛ به طور مثال اگر در جایی ولی قهری توانایی اقامه دعوی ندارد دعوای صغیر قابل استماع خواهد بود. در این وضعیت بنا به احراز و تشخیص دادرس دعوای او نزد قاضی مسموع است، اما پذیرش این دعوی صغیر با درخواست اتیان سوگند ملازمه ندارد؛ حتی این نیز اشاره شده است که در دعوای غصب که با دعوای دیگر در ارتباط باشد، دلیلی بر اعتبار رشد وجود ندارد و دعوای سفیه نیز حتی در دعوای مالی که منتج به تصرف مالی وی نشود، شنیده می‌شود (خویی، ۱۴۱۸: ۵۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴/۲: ۳۶).^۱

پس بدون شک دعوا باید بر مدار صحیح تحریر یابد و به قولی احراز شود. در فقه نیز پذیرفته شده است که دعوای غیر محرز به جز در موارد خاصی مثل مورد وصیت مسموع نیست. احراز یا به تعبیری تحریر دعوا به طرفیت شخص زنده به آن است که مقدار، جنس و وصف دیون معلوم باشد و به طرفیت شخص میت شروط

۱. البته در قوانین موضوعه نیز مواردی وجود دارد که استماع دعوای از محجورین پذیرفته شده است برای مثال در ماده ۹۶ قانون امور حسبی به محجور ممیز اجازه داده شده است علیه قیم خود بابت هزینه کرد خود اقامه دعوی نمود یا در رأی وحدت رویه شماره ۶۶۸ تاریخ ۸۳/۸/۱۴ استماع دعوای اعسار از پرداخت محکوم‌به دیه از شخص صغیر پذیرفته شده است.

دیگری نیز لازم دارد و آن نیز اثبات مرگ، وجود ترکه و اثبات تصرف میت بر ترکه می باشد (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۱۶).

۲-۶. رویکرد فقها در مورد استماع دعوی مجهول

بدیهی است یکی از عناصر سازنده دعوا معلوم بودن آن از حیث موضوع است، به گونه ای که مقصود خواهان روشن باشد تا قابلیت استماع نیز محقق شود؛ با این وجود در مورد دعوی مجهول بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و موضع ثابتی به چشم نمی خورد. البته در مواردی که دعوا از هر جهتی مجهول است پذیرفتن استماع آن مشکل می نماید؛ زیرا این دعوا قابل دادرسی نمی باشد. صاحب جواهر در فرازی ضمن نقل دیدگاه فقیهانی هم چون شیخ طوسی، ابوصلاح حلبی، ابن حمزه و ابن زهره که بر آن هستند که دعوی مجهول پذیرفته نمی شود می گوید، دعوی مجهول از این منظر قابل استماع نیست که مدعی علیه نمی تواند به دعوا پاسخ دهد و قاضی نیز نمی تواند حکم صادر کند. او هم چنین با ارائه یک فرض و نقد آن می گوید اگر اقرار مجهول پذیرفته شود، ملازمه با استماع دعوی مجهول نیز دارد و فرقی بین آن دو نیست و الزام مقر به تفسیر اقرارش به خود او برمی گردد و نمی توان گفت این الزام به تفسیر مجهول به ضرر غیر است. او هم چنین می گوید دلایل عدم استماع دعوا از سوی مخالفان ضعیف است و صرفاً در جایی موضوعیت دارد که دعوا از هر جهت مجهول باشد (نجفی اصفهانی، ۱۴۲۱/۲۰: ۱۵۰). در مواضعی نیز که دعوا به صورت مفصل تحریر نیابد قاضی از شخص مدعی درخواست استفصال (تبیین و تفصیل قلمرو دعوا) می کند؛ چون اصل، قبول دعوی از سوی حاکم است^۱.

برخی فقها اساساً دعوی مجهول جز در مورد وصیت را قابل استماع نمی دانند (شهید اول، ۱۴۱۷/۲: ۸۴؛ کیدری، ۱۳۷۴: ۵۳۵؛ حلی، ۱۴۱۰/۲: ۱۷۷). برخی نیز بر آن نظر هستند که دعوی مجهول را مثل اقرار مجهول باید استماع و تفسیر کرد (فاضل هندی، ۱۴۱۶/۱۰: ۹۰؛ میرزای قمی، ۱۳۷۶/۴: ۳۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳/۳: ۴۳۷؛ علامه حلی، ۱۳۷۴/۶: ۴۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷/۴: ۳۲۷). دلیلی که قائلان قول اخیر بر آن تکیه دارند این است که در فرایند دادرسی ممکن است به نفع مدعی دلیلی علیه

۱. نعم لو لم نقل بسماعها مجمله أمکن القول حينئذ بسماعها مع الاستفصال، لأن الأصل في الدعوى القبول (نجفی اصفهانی، ۱۳۲۶: ۲۰۰).

مدعی علیه باشد و این در حالی باشد که وی مشخصات آن را به نحو تفصیل نمی‌داند؛ در این صورت اگر دعوای وی دفع شود حق او تضییع می‌شود و اگر ما در این حالت او را مکلف به ذکر تمام جنس و وصف دعوی بدانیم، لازم می‌شود باب شنیدن دعوای در بسیاری از مواضع منتفی شود.^۱ از سوی دیگر برخی از فقها راهکاری متعادل در جهت جمع بین ضوابط مطرح کرده‌اند و بر پذیرفتن و استماع قدر متیقن از دعوایی تأکید دارند که حداقل ابهام را داشته باشد. به نظر می‌رسد این نظریه، دعوای را یک امر مرکب می‌داند که حامل اجزا و عناصری است که از حیث ایضاح و ابهام در یک سطح نیست و در برخی از قسمت‌های آن دلالت‌های روشن‌تری وجود دارد. شاید در تدوین ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز این موضوع مورد نظر قانون‌گذار بوده است، چه آنکه گونه‌ای تفکیک در اجرای دادخواست تصویر می‌شود که ابطال بخشی از آن ملازمه با ابطال همه ندارد. فراز مورد بحث آن ماده جایی است که با نفی ابطال کل دادخواست اشعار می‌دارد «در صورتی که سند عادی باشد و مورد تردید و انکار واقع شود اگر خواهان باشد و دادخواست وی مستند به ادله دیگری نباشد در آن خصوص ابطال می‌گردد». مستند فقهی این دیدگاه دعوای را به سه قسم قابل تجزیه می‌داند؛ امری که بر وجه ابهام باشد که امکان الزام بر آن وجود ندارد. دوم بخشی از دعوای که بر وجه تخییر است که امکان الزام «مدعی‌به» وجود ندارد و در نهایت امری که بر قدر معلوم و متیقن از احتمالات مطرح می‌شود که به مثابه امر معلوم تلقی می‌گردد (رشتی، ۱۴۰۱: ۱۵۰). منطوق سخن برخی از فقهای امامیه نیز دلالت دارد که صرفاً دعوای مجهول مطلق قابل استماع نیست (موسوی سبزواری، ۱۳۷۱/۲۷: ۶۳) و بنابراین برحسب ظهور مفهوم مخالف این سخن، دعوی مجهول غیر مطلق مسموع است. امام خمینی نیز بر همین نکته اشاره دارد و معتقد است در جایی که کسی ادعا می‌کند نزد شخصی چیزی ندارد به جهت مجهول مطلق بودن آن قابل استماع نیست، اما اگر ادعای او به نحو تردید در لباس و حیوان و اسب باشد، ظاهر این است که دعوای او شنیده

۱. بآنچه ربما علم المدعی أنه له علیه کذا ولا یعلم خصوصياته فلو دفعنا دعواه ضاع حقه ثم يلزم الخصم بالتعین إذا أقر و یحلف علی نفی الزائد و عین (أو عین خ) ما عینه إن ادعی علیه المدعی أحدهما بل لو کلف المدعی بالبيان من ذکر الجنس و الوصف و نحو ذلك لانسد باب الدعاوی فی کثیر من المواطن (حسینی عاملی، ۱۳۲۶: ۶۷).

می‌شود و بعد از ثبوت دعوی از او مطالبه تفسیر می‌شود (موسوی خمینی، ۲/۱۴۲۱: ۳۹۱). برخی در توجیه این استماع نیز به انصاف قائل شده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴: ۹۱). ممکن است این درخواست استفصال و روشن کردن خواسته توسط خواهان شائبه تلقین توسط دادرس را تقویت کند، اما باید دانست که در این روند، آنچه به عنوان تقریر صحیح دعوی یاد می‌شود، همانا تکمیل دادخواست توسط خواهان است که قاضی این اختیار را دارد که در این جهت از او بخواهد که تقریر خود را بر موضع صحیح سامان دهد و طبیعی است این اقدام تحقیق محسوب می‌شود که منع و حرمتی نیز ندارد (علامه حلی، ۲/۱۴۱۰: ۲۱۴). بدیهی است در این طیف از مواضع که دعاوی مجهول نسبی با استفصال از خواهان پذیرفته می‌شود و عدم استماع منحصر در دعاوی مجهول مطلق می‌شود، بنا به قیاس اولویت عدم استماع دعاوی معلوم هیچ وجهی ندارد.

برآمد

۱- اصل استماع دعوا به عنوان یک اصل بنیادین در دعاوی بر پایه اصولی چون ترمیم و تسهیل دادرسی استوار است؛ با وجود این، در رویه محاکم کثرت صدور قرار عدم استماع دعوا مشاهده می‌شود که خود مانعی در چشم‌انداز توسعه عدالت قضایی به شمار می‌رود.

۲- باید پذیرفت که جنبه‌های صدور رد و عدم استماع دعاوی در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی چهره استثنایی دارد و اصل بر استماع آن است. هم‌چنین عدم ذکر موارد صدور قرار عدم استماع دعوی در قانون، نشانه عدم اراده قانون‌گذار در استفاده وسیع از این قرار تلقی می‌شود.

۳- رویکرد مذکور در بند پیشین، در فقه امامیه از اهمیت جدی برخوردار است؛ تا جایی که سعی فقیهان در نظام‌مند کردن و تبویب و ارائه گزاره‌های هم‌چون «کل دعوی ملزمه معلومه فهی مسموعه» تبلور یافته است. طبق این گزاره هر دعوایی که ساختار کلی دعوی اعم از نفع و سمت را داشته باشد، استماع آن بر دادرس واجب است. مؤید این نظر خوانش‌های مختلفی است که فقها از دعوی مجهول ارائه داده‌اند و تنها در فرض مجهول مطلق بودن دعوا آن را قابل استماع نمی‌دانند. بدیهی است در سایر موارد که دعوی مجهول نسبی است نزد قاضی با استفصال از خواهان شنیده می‌شود و بنا بر اولویت در جایی که دعوا معلوم و ملزم می‌باشد، حتماً شنیده خواهد شد.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: میزان.
- * بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۳)، کلیات حقوقی اسلامی، تهران: دانشگاه تهران.
- * جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، دائره المعارف علوم اسلامی قضایی، جلد نخست، تهران: گنج دانش.
- * داوودی، حسین (۱۳۹۷)، «ویژگی قواعد شکلی آیین دادرسی مدنی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، شماره ۲.
- * سنگلجی، محمد (۱۳۹۵)، قضا در اسلام، تهران: دانشگاه تهران.
- * شمس، عبدالله (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد‌های اول و دوم، تهران: دراک.
- * فرحزادی، علی اکبر و میرنژاد بروجنی، سید رسول (۱۳۹۹)، «اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.
- * فقیهی‌نژاد، مهدی (۱۴۰۲)، ایرادات مانع استماع دعوی در رویه قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۴۰۰)، اصول فقه کاربردی، جلد‌های دوم و سوم، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- * قبله‌ای خویی، خلیل (۱۳۸۶)، علم اصول در فقه و قوانین موضوعه، تهران: سمت.
- * طهماسبی، علی و شیرازی، علی (۱۴۰۳)، «چالش استماع دعاوی دارای خواهان های بالقوه در رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، اثبات و دلیل اثبات، تهران: میزان.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، وقایع حقوقی، تهران: میزان.
- * کوشه، ژرارد و دانیل، لبو (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی فرانسه؛ برگردان: سید احمدعلی هاشمی، تهران: دادگستر.

* میرنژاد بروجنی، سید رسول (۱۴۰۳)، «حقوق دعاوی؛ سنتز برگرفته از دیالکتیک حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

ب. عربی

* ابن حمزه، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ ق)، الوسیله الی نیل الفضیله، قم: مکتبه آیت الله مرعشی نجفی.

* اسماعیل عمر، نبیل (۲۰۱۱ م)، قانون اصول المحاکمات المدنیه، بیروت: منشورات الحلبيه الحقوقیه.

* اشتهااردی، ابوالقاسم (۱۴۰۰ ق)، کتاب القضاء، قم: مطبعه خیام.

* انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵ ق)، الموسوعه الفقهیة المیسره، جلد چهاردهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

* آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۴۲۵ ق)، کتاب القضاء، جلد دوم، قم: زهیر.

* آل شبیرالخاقانی، محمدطاهر (۱۳۹۶ ق)، المحاکمه فی القضاء، قم: بی نا.

* آل کاشف الغطا، محمدحسین (۱۴۲۶ ق)، تحریر المجله، جلد چهارم، قم: مجمع العالمی للتقرب المذاهب الاسلامی.

* بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد چهاردهم، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.

* تبریزی، شیخ میرزا جواد (۱۴۱۵ ق)، أسس القضاء و الشهاده، قم: موسسه الامام الصادق.

* تبریزی، شیخ میرزا جواد و جعفر بن حسن محقق حلی (۱۳۸۷)، تنقیح مبانی الأحکام، جلد نخست، قم: دار الصدیقه الشهیده (سلام الله علیها).

* ترحینی عاملی، محمدحسن (۱۳۸۵)، الزبده الفقهیة فی شرح الروضه البهیة، جلد چهارم، قم: دارالفقه للطباعه.

* تسخیری، محمدعلی (۱۴۳۱ ق)، القواعد الأصولیه و الفقهیة، جلد سوم، تهران: مجمع الاسلامی للتقرب.

* حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (۱۲۲۶ ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط. القدیمه)، جلد دهم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

- * حلی، ابن ادریس فخرالدین ابو عبدالله (۱۴۱۰ ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
- * حلی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ق)، ارشاد الازهان الی الاحکام الایمان، جلد دوم، قم: جماعه المدرسین فی حوزه العلمیه.
- * حلی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلدهای سوم و هشتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- * حلی، علامه حسن بن یوسف (۱۳۷۴)، مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ، جلدهای ششم و هشتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- * خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸)، اجود التقریرات، جلد نخست، قم: مصطفوی.
- * خویی، سید ابوالقاسم (۱۹۷۶ م)، مبانی تکمله المنهاج، نجف: مطبعه الآداب.
- * خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ ق)، موسوعه الامام خویی، جلد چهل و یکم، قم: موسسه الاحیا الآثار امام الخویی.
- * رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ ق)، کتاب القضاء، جلدهای اول و دوم، قم: دارالقرآن الکریم.
- * زهدری حلی، نجم الدین جعفر (۱۳۸۶)، ایضاح ترددات الشرائع، جلد دوم، قم: کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی.
- * زیدان، عبدالکریم (۱۹۸۹ م)، نظام القضاء فی الشریعہ الاسلامیه، بیروت: موسسه الرساله.
- * سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۸ ق)، نظام القضاء و الشهاده فی الشریعہ الإسلامیه الغراء، جلد دوم، قم: موسسه امام صادق.
- * سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز دیلمی (۱۴۰۴ ق)، المراسم فی الفقه الامامی، قم: منشورات الحرمین.
- * مکی عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۷ ق)، الدروس الشرعیه، جلد دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- * مکی عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۳۰ ق)، موسوعه الشهيد الاول، جلد دهم، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- * جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (بی تا)، الروضه البهیة فی شرح

- اللمعه الدمشقيه (دو جلدی)، جلد نخست، دیجیتال نور.
- * طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۳۷۴)، مستمسک العروه الوثقی، جلد چهاردهم، قم: دارالتفسیر.
- * طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ ق)، تکمله العروه الوثقی، جلد دوم، قم: مکتبه الداوری.
- * طباطبایی، سیدعلی (۱۴۲۲ ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، جلد پنجم، قم: موسسه آل البيت.
- * طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، المبسوط فی الفقه الامامیه، جلد هشتم، تهران: مکتبه المرتضویه.
- * عراقی، ضیاءالدین (۱۳۷۹)، کتاب القضاء، قم: ایران، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام).
- * غروی نایینی، میرزا محمدحسین (۱۴۳۳ ق)، کتاب القضاء، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- * فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، جلد دهم، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه قم.
- * فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، جلد چهارم، قم: اسماعیلیان.
- * کاشف الغطا، علی بن محمد رضا (۱۳۸۱ ق)، النور الساطع فی الفقه النافع، جلد نخست، نجف الاشرف: مطبعه الآداب.
- * کیدری، محمد بن حسین (۱۳۷۴)، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم: موسسه الامام الصادق.
- * گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۰۱ ق)، کتاب القضا و الشهادات، جلد دوم، قم: مطبعه خیام.
- * مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ ق)، العناوین الفقهیّه، جلد دوم، قم: جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- * مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۲ ق)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد دوازدهم، قم: موسسه نشر اسلامی.

- * موحدی فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۴ ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- * موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۷)، قواعد الفقهیه، جلد سوم، قم: الهادی.
- * موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۲)، البیع، جلد سوم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- * موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ ق)، تحریر الوسیله (دو جلدی)، جلد دوم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- * موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد بیست و هفتم، قم: بی نا.
- * میرزای قمی، ابوالقاسم محمد بن حسن (۱۳۷۶)، جامع الشتات، جلد های سوم و چهارم، تهران: کیهان.
- * نجفی اصفهانی، شیخ محمدحسن (۱۲۲۶ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (چاپ قدیم)، جلد های چهل و چهل و دوم، بیروت: دار احیا التراث العربی.
- * نجفی اصفهانی، شیخ محمدحسن (۱۴۲۱ ق)، جواهر الکلام (ط. الحديثة)، جلد بیستم، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
- * نجم آبادی، محمد بن ابراهیم (۱۳۹۳)، القضاء، جلد سوم، قم: نشر روضه العباس.
- * نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ ق)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد هفدهم، قم: موسسه آل البيت.
- * وجدانی فخر، قدرت الله (۱۳۸۴)، الجواهر الفخريه فی شرح الروضه البهيه، جلد پنجم، قم: سماء قلم.

ایستایی و پویایی معنای متن؛ مطالعه موردی حقوق قراردادهای ایران و انگلستان

منصور امینی^۱، الیاس نوعی^۲

چکیده

اختلاف در مفاد متن، اجتناب‌ناپذیر و حل آن مستلزم تفسیر است. تفسیر، مواجهه با خوانش‌های متفاوت از متن است، نه انتخاب یک خوانش و رد سایر خوانش‌ها، اما آیا هر خوانشی، خالق معنایی مستقل است، یا تمامی خوانش‌ها حول محور معنایی واحد می‌گردند؟ این مساله در قالب دو مکتب ایستایی و پویایی معنا مطرح می‌شود. در مکتب ایستایی، دو رویکرد مبتنی بر معنای لغوی و مبتنی بر معنای مقصد مولف بررسی می‌شود و در مکتب پویایی، چهار رویکرد مبتنی بر تعامل متن و مفسر، مبتنی بر متن، مبتنی بر کارکرد و رویکرد آزاد. حقوق ایران پیرو رویکرد مبتنی بر مقصد مولف است و معنا را همان مقصد متعاقدين می‌داند. حقوق انگلستان نیز همواره به ایستایی معنا معتقد بوده، اما در طول زمان، سه رویکرد مختلف را در پیش گرفته است: در رویکرد سنتی، معنای لغوی، در رویکرد مدرن، اوضاع و احوال زمان قرارداد؛ و در رویکرد کنونی، تعادل بین متن و اوضاع و احوال زمان قرارداد را ملاک می‌داند. لذا بر خلاف ایران، اولاً، ایستایی معنای قرارداد در انگلستان همواره نوعی بوده است؛ و ثانیاً، رویکردهای تفسیری انگلستان، به عنوان نظامی که راهکارهای عملی و سودمندی آن‌ها را به انسجام نظری ترجیح می‌دهد، به سختی با یک رویکرد تفسیری مشخص تطبیق می‌یابد.

واژگان کلیدی: تفسیر، قرارداد، معنای ایستا، معنای پویا، مقصد طرفین

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
aminimansour@yahoo.fr

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
elyas.noee@gmail.com

درآمد

اختلاف در مفاد یک قرارداد، اجتناب‌ناپذیر است، اما محدود به قراردادها نبوده و در هر متن مکتوبی رخ می‌دهد. این جا است که پای تفسیر به میان می‌آید. تفسیر را در معنای اعم، پرده‌برداری از معنا، تبیین معنا، تعیین مدلول حقیقی و معنای سخن می‌شناسند (واعظی، ۱۴۰۰: ۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۹۳؛ بابایی، ۱۳۹۵: ۱۳-۱۴؛ Zimmermann, 2015:1; Catterwell, 2020: 26 Mcmeel, 2017: 26). تفسیر، برگزیدن خوانش صحیح از میان خوانش‌های متفاوت از متن و کنار گذاشتن دیگر خوانش‌ها با برچسب «ناصحیح» نیست، بلکه تسهیل مواجهه با متن و خوانش‌های متفاوت از آن، با هدف رسیدن به معنا است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۴؛ همو، ۱۳۸۳: ۸-۱۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۵۰۱۵-۵۰۲۶؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۹۴ و ۳۰۸). تفاوتی نمی‌کند که برای متن، موجودیتی مستقل از نویسنده آن فرض شود، موجودیت متن به قصد نویسنده وابسته شود یا موجودیت متن تابع برداشت خواننده لحاظ شود (Mitchell, 2019: 107-108 Mcmeel, 2017: 13; Catterwell, 2020: xi, 1).

معنای معنا، بیش از معنای تفسیر محل اختلاف است؛ برخی معنا را همان قصد مولف می‌شمارند؛ عده‌ای برداشت مفسر متن با لحاظ اوضاع و احوال زمان مواجهه با متن، بعضی آنچه خود متن انتقال می‌دهد و برخی برداشت یک شخص متعارف از متن با لحاظ اوضاع و احوال زمان نگارش آن. با وجود این، معنای متن یا امری ایستا، متعین و ثابت است؛ یا امری پویا، سیال، متغیر و پیوسته در حال تغییر. از این جهت، مکتب تفسیری اول با عنوان «ایستایی معنا» و مکتب تفسیری دوم با عنوان «پویایی معنا» معرفی می‌شود.

در مورد پیشینه این موضوع در داخل کشور، آثار موجود یا به مبانی و رویکردهای تفسیری توجه دارند، اما به حقوق ارتباطی ندارند. غالب این آثار یا به بررسی موردی رویکردهای تفسیری می‌پردازند، بدون این‌که آن‌ها را در یک دسته

۱. البته برخی، بین دو اصطلاح «تفسیر» (Interpretation) و «تعبیر/استنباط» (Construction) تفاوت قائل می‌شوند؛ اولی را ناظر بر جنبه زبان‌شناختی و دومی را ناظر بر جنبه حقوقی معنا می‌دانند، اما به جهت مرز باریک بین این دو و هم‌پوشانی‌های بسیار آن‌ها، در این مقاله دو اصطلاح فوق تحت یک عنوان اعم، یعنی تفسیر به کار می‌رود.

کلی قرار دهند و یا دسته‌بندی معمول «مفسر محور»، «مولف محور» و «متن محور» را انتخاب می‌کنند که تمام رویکردها را در خود جای نمی‌دهد؛ یا اولویت را به مسائل فقهی، قرانی و قانونی داده‌اند و به قراردادها نپرداخته‌اند؛ و یا با وجود محوریت بخشیدن به مساله تفسیر در قراردادها، توجه چندانی به مکاتب تفسیری و انطباق آن با حقوق قراردادها ندارند.^۳ در آثاری که به انگلیسی یا در مورد حقوق انگلستان به نگارش درآمده نیز اگرچه تفسیر قراردادها مورد توجه کافی قرار گرفته، اثری از تامل بر مبانی و رویکردهای تفسیری و تطبیق آن با قراردادها مشاهده نمی‌شود؛ ضمن این‌که هیچ یک از آثار موجود، به مطالعه تطبیقی حقوق قراردادهای ایران و انگلستان نمی‌پردازد.

۱. معنای متن در مکاتب تفسیری

مهم‌ترین مکاتب و رویکردهایی که در مورد تفسیر متن مطرح گردیده، در این جا مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱. ایستایی معنای متن

در این مکتب، خواننده، قاضی یا مفسر، نقشی جز تلاش برای «کشف» معنایی که در متن یا در ذهن تنظیم‌کننده آن بوده است ندارد.

۱-۱-۱. ایستایی مبتنی بر معنای لغوی

در دنیای غرب قرون شانزده تا نوزده میلادی همانند دنیای متکلمان، فلاسفه، فقها و مفسران مسلمان، معنای متن همان معنای مقصود مولف بود و عقیده داشتند معنای متن و مقصود مولف امری دست‌یافتنی است؛ زیرا ذات بشری امری مشترک و واحد است که زمان و مکان نمی‌شناسد (فیاضی، ۱۴۰۱ الف: ۴۳-۴۴؛ گروندن، ۱۴۰۰: ۱؛ ساجدی و مرتضوی، ۱۳۹۹: ۵۵). تفسیر در دنیای اسلام تا همین اواخر نیز بیشتر

۱. احمدی، ۱۴۰۰؛ احمدی، ۱۳۹۵؛ زیمرمن، ۱۴۰۰؛ گروندن، ۱۴۰۰.

۲. واعظی، ۱۴۰۰؛ همو، ۱۳۹۹؛ همو، ۱۳۸۳؛ پورحسن، ۱۳۹۴؛ ساجدی و مرتضوی شاهرودی، ۱۳۹۹؛ بابایی، ۱/۱۳۹۵.

۳. کاتوزیان، ۳/۱۳۸۳؛ کاتوزیان، ۳/۱۳۸۷؛ شهیدی، ۲/۱۳۸۸.

4. Mithcell, Interpretation of Contracts, 2019; McMeel, McMeel on the Construction of Contracts, 2017; Catterwell, A Unified Approach to Contract Interpretation, 2020; Lewison, The Interpretation of Contracts, 2021; Burton, Elements of Contract Interpretation, 2009.

حول محور متون الهی و احادیث می‌گردید و در غرب نیز تا قرن هجدهم میلادی همین مبنا مورد پذیرش بود تا این‌که کلاونیوس^۱ با عمومیت بخشیدن به تفسیر و اهتمام جدی برای دستیابی به نیت مولف، بر تفسیر متن (نه صرفاً متن الهی) تمرکز کرد. در این رویکرد مشترک بین مسلمانان و غربیان، ذهنیت یا موقعیت مفسر تأثیری در خلق معنا ندارد و مراد جدی مولف با تکیه بر اصول و قواعد لغوی و عقلایی محاوره کشف می‌شود (واعظی، ۱۳۸۳: ۵۵-۵۸؛ پورحسن، ۱۳۹۴: ۴۱۰-۴۱۷).

۲-۱. ایستایی مبتنی بر مقصود مولف

تفسیر مدرن با اندیشه‌های شلایرماخر^۲ آغاز شد. شلایرماخر که به اشتراک آدمیان در ذوق، احساس و تجربه معتقد بود، تفسیر را فرایند فهم متن یا هنر تفاهم می‌دانست. شلایرماخر با اعتقاد به ایستایی معنای متن، در پی معنای نهفته در بیان مولف بود (ربانی گلپایگانی، ۱۳۹۸: ۵۵-۵۶؛ ساجدی، مرتضوی، ۱۳۹۹: ۵۸؛ Porter, 2011: 27-28). دیلتای^۳ نیز به عنوان یکی از پیروان او، معنای متن را همان قصد و نیت ذهنی مولف در نظر گرفت. او باور داشت که مفسر یا خواننده می‌تواند با حذف تعصبات و زمینه تاریخی خویش، خود را در زندگی روانی مولف جایگزین کند و هم‌روزگار وی شود (گروندن، ۱۴۰۰: ۲۷-۲۸؛ پالمر، ۱۳۹۹: ۵۰؛ مختاری، ۱۳۹۷: ۲۷-۲۸). اندکی بعد هرش^۴ ظهور و اندیشه‌های دیلتای را احیا نمود. به عقیده هرش، اگر معنا تغییر ناپذیر، ثابت و ایستا نباشد، قابلیت به اشتراک گذاشتن ندارد و فهم و تفسیر شکل نخواهد گرفت. از نظر او، فهم متن، مستلزم فهم مراد مولف است (واعظی، ۱۴۰۰: ۹۳ و ۹۷، پورحسن، ۱۳۹۲: ۳۵۸، ۳۶۲؛ همو، ۱۳۹۴: ۲۹۴-۲۹۶؛ Palmer, 1985: 49-60). البته هرش معنای متن را از علایم زبانی متن فهم می‌کند؛ نه از روی خواندن فکر مولف و تلاش برای ورود به ذهن او (علیرضایی اصفهانی، ۱۴۰۰: ۳۵۵-۳۵۶؛ ساجدی و مرتضوی، ۱۳۹۹: ۱۱۸؛ ربانی گلپایگانی، ۱۳۹۸: ۲۹۰، ۲۹۴؛ وارنکه، ۱۳۹۵: ۵). امیلیو بتی^۵ ایتالیایی نیز از اولین اشخاصی است که به نقد

1. Johann Martin Chladenius

2. Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher

3. wilhelm Dilthey

4. Eric Donald Hirsch

5. Emilio Betti

نسبی‌گرایی پرداخت، اما به دلیل عدم ترجمه آثارش به زبان نگلیسی و شهرت دیدگاه‌های هایدگر در آن زمان، در عرصه بین‌المللی مورد توجه واقع نشد. بتی هدف تفسیر را «بازسازی» یا «بازتولید» معنایی که خالق اثر می‌آفریند می‌داند و مساله اصلی را درک مقصود صاحب اثر می‌شناسد (Betti, 2021: 9-13 Bleikher, 2018: 28-; Zimmermann, 2015: 15 Wright, 1987: 205-206).

۲-۱. پویایی معنای متن

در این مکتب توجه خواننده متن، قاضی یا داور، به معنایی که در متن یا ذهن تنظیم کننده متن وجود داشته، محدود نیست و از آن فراتر می‌رود.

۱-۲-۱. پویایی مبتنی بر تعامل متن و مفسر

هایدگر^۱ معتقد بود جوهر انسان سیال، تدریجی‌الحصول و زمان‌مند است. هایدگر انسان را سوژه‌ای مستقل از ابژه یا جهان پیش‌رو نمی‌شناسد، بلکه او را «در جهان» و در متن آن می‌بیند؛ به نحوی که امکان غلبه او بر جهان وجود ندارد و نمی‌تواند جهان را از بیرون آن به نظاره بنشیند. از نظر او فهم هر انسان تابع هویت فردی او است. فهم متن، فرایند شکل‌گیری و خلق معنای متن بر مبنای دنیای ذهنی مفسر است: مفسر پیش‌داوری‌ها و پیش‌فرض‌های خود را به سوی متن پیش می‌افکند و متن از منظر خاص او مورد توجه قرار می‌گیرد. سپس معنای اولیه توسط متن تعدیل می‌شود و مفسر بار دیگر معنایی دیگر به سوی متن می‌افکند. این رفت و برگشت تا جایی ادامه می‌یابد که فهم خاصی از متن برای مفسر حاصل شود (واعظی، ۱۴۰۰: ۱۴۳-۱۴۹؛ واعظی، ۱۳۸۳: ۱۵۸-۱۶۶؛ ۱۷۲-۱۷۴؛ فیاضی، ۱۴۰۱ ب: ۸۹).

از مهم‌ترین پیروان هایدگر، گادامر^۲ است. گادامر فهم را امری وجودی، سیال و تاریخ‌مند می‌داند. از نظر وی امکان فهمی که از سنت^۳ و گذشته یا پیش‌فرض‌ها و پیش‌داوری‌ها مجزا باشد وجود ندارد. گادامر تاکید دارد که فهم در گفت‌وگوی متن و مفسر رخ می‌دهد و در نتیجه، معنا خلق (نه کشف) می‌شود. او به موقعیت مفسر

1. Martin Heidegger

2. Hans-Georg Gadamer

۳. از نظر گادامر، سنت، بازمانده یا پسماند گذشته نیست؛ امری اصیل است که در رجوع به آن، به گذشته نمی‌رویم، بلکه گذشته را به حال می‌آوریم؛ بدین معنا که در افق کنونی خود به گذشته می‌نگریم.

در تولید معنا اهمیت می‌دهد و بیان می‌دارد که هر معنا، در زمان خاص خود و در مناسبتی که با پرسش‌هایی از افق معنایی خاص آن حاصل می‌شود، درست است و معنای قطعی، ثابت و نهایی وجود ندارد (رعایت جهرمی، ۱۳۹۱: ۷۳-۷۹؛ احمدی، ۱۴۰۰: ۵۷۲).

پل ریکور^۱ نیز به‌رغم تاثیری که از هایدگر و گادامر پذیرفت، مسیر مستقلی را طی کرد. در این دیدگاه سبک متن و هویت آن به خودی خود و فارغ از ذهنیت مولف یا مفسر در نظر گرفته می‌شود، اما در هر گونه از دلالت دگرگون می‌گردد. ریکور به جواز تفسیرهای متفاوت از متن اعتقاد دارد؛ زیرا از نظر او متن به روی تفسیرها و قرائت‌های متعدد گشوده است و معنای آن در هر دلالتی تغییر می‌کند. از نظر وی، اجزای مهم و اصلی متن در نظر هر مفسر یا مخاطب متفاوت است و این تفاوت در دید، تفاوت در تفسیر را می‌طلبد. او با وجود این که به قطعیت، وحدت یا ایستایی معنا معتقد نیست، تلاش می‌کند تفسیری را که نسبت به سایر تفاسیر محتمل‌تر است ترجیح دهد (واعظی، ۱۳۸۳: ۳۹۲-۳۹۴؛ پورحسن، ۱۳۹۴: ۳۲۷-۳۲۸؛ مختاری، ۱۳۹۷: ۲۶۸).

۲-۱. پویایی مبتنی بر متن

کوزنز هوی^۲ درک متن و معنای آن را بر مبنای «قصد متن» پایه‌گذاری می‌نماید. او قصد متن را امری ایستا و مستقل از متن نمی‌شناسد، بلکه آن را با متن یکی می‌شمارد و معتقد است در فرآیند خواندن متن چنین قصدی آشکار می‌شود. کوزنز هوی قصد مولف را نادیده نمی‌انگارد و آن را هم‌تراز تفسیر هر خواننده دیگری از متن می‌داند. از نظر او اولویتی برای تفسیر مولف نسبت به دیگران وجود ندارد. او تفسیرهایی را تایید می‌کند که با توجه به چگونگی پیوند اجزای متن و متناسب با آن به عنوان یک کل واحد باشد (واعظی، ۱۴۰۰: ۲۳۸، ۲۴۶-۲۴۷؛ Couzens Hoy, 1992: 180).

اکو^۳ نیز از «قصد متن» سخن گفته است. به عقیده وی، مولف در جریان نگارش متن با خواننده‌ای فرضی، نمونه یا الگو مواجه است و پس از اتمام کار تالیف،

1. Jean Paul Gustave Ricœur

2. David Couzens Hoy

3. Umberto Eco

خواننده نمونه، متن را بر مبنای قصد مولف نمونه و با توجه به کلیت متن و مناسبات درونی بخش‌های مختلف آن به تصویر می‌کشد. متن، خواننده نمونه را می‌آفریند و ابتکار خواننده نمونه نیز تشخیص و شناخت مولف نمونه است. در نتیجه ارتباط بین مولف نمونه و خواننده نمونه قصد متن آشکار می‌شود. اگرچه اکو به وحدت معنای متن اعتقاد ندارد، به رهایی کامل مفسر از قید متن و آزادی او در تفسیر معتقد نیست و بر تفسیر منطبق بر متن و در حدود آن تاکید می‌کند (احمدی، ۱۴۰۰: ۳۵۳ و ۳۶۰ و ۳۶۷-۳۶۸؛ ضیمران، ۱۳۸۳: ۸۲؛ صفیعی، ۱۳۹۴: ۱۳۴-۱۳۶، رحیمی، ۱۳۹۰: ۱۲۹-۱۳۲؛ اکو، ۱۴۰۲: ۱۲۴؛ Eco, 1994: 56-58 Eco, 1984: 7-11).

رولان بارت^۱ نیز معتقد است مولف محور معنای آن نیست و نمی‌تواند معنای متن را محدود یا کنترل نماید. او در مقاله مشهوری با عنوان «مرگ مولف»^۲ بیان می‌دارد که با آغاز فرایند خواندن متن، مولف می‌میرد. بارت متن را مجموعه‌ای از رمزها و کدها می‌شناسد که مفسر با مطالعه، به معنای عمیق نهفته در آن دسترسی پیدا می‌کند. بارت با این اعتقاد که متن فارغ از ذهنیت مولف، قادر به ادامه حیات در زمان‌ها و مکان‌های مختلف است، اعتقاد دارد معنا بر حسب اقتضائات جغرافیایی، انسانی، تاریخی و ... تغییر می‌کند (واعظی، ۱۴۰۰: ۱۹۳-۱۹۶؛ ساجدی و مرتضوی، ۱۳۹۹: ۱۶۴؛ بازرگانی، ۱۳۸۸: ۲۴؛ موسوی لر و کاظمیان مروی، ۱۳۹۰: ۷؛ Allen, 2003: 56-61).

۳-۲-۱. پویایی مبتنی بر کاربرد

دیدگاه‌های ویتگنشتاین^۳ را می‌توان به دو مقطع زمانی تقسیم کرد. ویتگنشتاین متقدم، زبان را آیین یا تصویر واقعیات بیرونی می‌داند و معتقد به وجود معنایی ایستا برای کلمات، جملات و زبان است. از نظر او در صورتی که این معنا با دنیای خارج یا واقعیات بیرونی تطابق داشته باشد، صادق و در غیر این صورت کاذب خواهد بود (ماهرزاده، ۱۴۰۲: ۲۸۱-۲۸۶؛ لان، ۱۳۹۸: ۱۲۱، ۱۳۶، ۱۵۴؛ مهدوی نژاد و علی‌زمانی و صادقی و شکیب، ۱۳۹۴: ۲۲۴-۲۲۵؛ متقی‌زاده و فریدون‌پور و هوشنگی ماهر، ۱۴۰۱: ۱۳-۱۴؛ Horn, 2016: 98)، اما ویتگنشتاین متاخر یا ویتگنشتاین پژوهش‌های

1. Roland Barthes

2. The Death of the Author

3. Ludwig Josef Johann Wittgenstein

فلسفی، در جست‌وجوی معنای واحد نیست، بلکه به کاربرد^۱ واژه یا جمله در رفتار جمعی، روش مشترک زندگی، «صورت‌های زندگی» و «بازی‌های زبانی» توجه دارد. فهمیدن یک لفظ در گرو کاربردهای مختلف عرفی آن است و نمی‌توان به عنوان یک ناظر بیرونی، الفاظ را به طور مستقل و مجزا از متن زندگی درک کرد. ویتگنشتاین متاخر محل تولید معنا را از ذهنیت خصوصی مفسر یا مولف، به قلمرو اجتماعی منتقل کرده و زبان را به عنوان یک فعالیت در بافت یا جریان زندگی می‌شمارد (ویتگنشتاین، ۱۴۰۱: ۴۵ و ۷۷ و ۸۰، ۸۸؛ لان، ۱۳۹۸: ۶۷ و ۱۴۱-۱۴۴؛ کیشیک، ۱۴۰۱: ۳۱ و ۷۳).

۴-۲-۱. پویایی آزاد

دریدا^۲ در برابر هر چیزی که مستلزم تفوق و برتری یک فهم، معیار یا تفسیر بر سایر فهم‌ها، معیارها یا تفسیرها باشد، می‌ایستد و با هر چیزی که آزادی فرد در فهم را محدود کند، مخالفت می‌ورزد. او هیچ معیار یا محدودیتی برای فهم، تفسیر و تفکر برنمی‌تابد. از نظر دریدا معنایی نهایی و ثابت یا تفسیر و فهمی موثق و معتبر وجود ندارد؛ لذا متن ممکن است هر معنایی بدهد. متن یک شطرنج بی‌انتهای یا یک «بازی آزاد» معنایی است و خواندن بی‌پایان و بی‌سرانجام است؛ زیرا هیچ‌گاه به معنایی مقرر و قطعی نمی‌رسد و هیچ مرجع یا چیز ثابتی بیرون از زبان وجود ندارد که درستی یا نادرستی سخن گفتن در مورد واقعیات خارجی را داوری کند (ضمیران، ۱۳۹۹: ۵۴-۵۲؛ خبازی، ۱۳۹۸: ۳۴-۳۵؛ Derrida, 1997: xi-xii, 50).

رورتی^۳ نیز مخالف مطابقت تصورات با واقعیات بوده و خود یا من انسان را پیوسته در حال دگرگونی می‌داند. او به وجود ذات برای جهان یا برای خود انسانی باور ندارد و معتقد است حقیقت، زبان، انسان، جامعه و جهان، در حال دگرگونی مداوم می‌باشد؛ لذا اموری همچون حقیقت، خیر و زیبایی، از پیش موجود نیستند که کشف شوند، بلکه در خلال گفت‌وگو پدید می‌آیند. حقیقت ذاتی، ثابت و ایستا وجود ندارد، بلکه حقیقت امری نسبی و پویا است و هر امری که در مسیر انسان مفید و موجب وفاق جمعی یا همبستگی بشری باشد، حقیقت محسوب می‌شود (اصغری،

1. Use

2. Jacques Derrida

3. Richard McKay Rorty

۱۳۸۶، ۱۲۷-۱۲۸؛ اصغری و سلیمانی، ۱۳۸۸: ۳۴؛ (Rorty, 1996: 15-16).

۲. معنای قرارداد در نظام‌های حقوقی

پس از شناسایی مکاتب و رویکردهای تفسیری، لازم است ضمن مطالعه حقوق قراردادهای ایران و انگلستان، ارتباط آن‌ها با مکاتب فوق بررسی شود.

۲-۱. رویکرد سنتی حقوق انگلستان

تا اواخر قرن نوزده میلادی، تفسیر قرارداد حول محور معنایی ایستا و ثابت که از آن با عنوان «معنای ساده»^۱ معمول، عادی،^۲ ساده ادبی^۳ و متداول^۴ یاد می‌شد، صورت می‌گرفت. معنای مذکور با توجه به متنی که در نهایت به عنوان متن قرارداد، مورد توافق طرفین گرفته بود (اما بدون توجه به مذاکرات و روابط پیش‌قراردادی طرفین) حاصل می‌شد (Mcmeel, 2017: 28-29; Tobia; 2020: 736). در این رویکرد که با عنوان «رویکرد نص‌گرا»^۵ نیز شناخته می‌شود تنها زمانی می‌توان از معنای ساده یا معمول کلمات متن دست کشید که پذیرش چنین معنایی مستلزم ایجاد ابهام در متن یا بیهودگی و بی‌معنایی آن شود یا از شرایط موجود، به وضوح خلاف آن استنباط گردد^۶ لذا اصل بر این بود که مفسر یا خواننده از «چارچوب سند»^۷ خارج نشود و برای درک معنای قرارداد، به دلیل دیگری غیر از متن، استناد ننماید (Mcmeel, 2017: 29; Baude, Doerfler, 2017: 541; Calnan, 2017: 4; Silverstein, 2019: 1013-1017; Wielsch, 2018: 958; Burton, 2009: 17-18). اظهار نظر لرد کوزنز-هاردی^۹ در سال ۱۹۱۱^{۱۰} مهم‌ترین اظهار نظر قضایی در دفاع از رویکرد فوق است. او بیان داشت که در تفسیر قرارداد باید بر مبنای معنای عادی و مطابق دستور زبان (گرامر) عمل کرد؛ صرف نظر از این‌که پیش از تنظیم

1. Plain meaning

2. Ordinary

3. Natural

4. Conventional

5. Popular

6. Textualism

7. Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, p. 270.

8. Four corners of the document

9. Lord Herbert Cozens-Hardy

10. Christmas Ltd v Wall (1911) 104 LT 85, 88

سند، بین طرفین قرارداد چه رخ داده است (Mitchel, 2019: 30). همین دیدگاه در پرونده‌های قدیمی‌تری^۱، توسط قضات برجسته انگلستان لرد هالزبری^۲، لرد تیندال^۳ و قاضی جسل^۴ مورد تایید قرار گرفته بود (Catterwell, 2020: 26-26).

۲-۲. رویکرد مدرن حقوق انگلستان

از اوایل دهه هفتاد میلادی، رویه قضایی انگلستان به سمت رویکردی ایستا تحت عنوان رویکرد «هدف‌گرا»^۵، «معاملی»^۶، «مبتنی بر عقل سلیم»^۷ یا «سیاق‌گرا»^۸ تغییر جهت داد. این رویکرد توسط لرد ویلبرفورس^۹ به طور جدی مطرح شد و اندکی بعد، توسط لرد هافمن^{۱۰} گسترش یافت (Mcmeel, 2017: 30).

لرد ویلبرفورس در دو پرونده معروف «پرن به طرفیت سیموندز»^{۱۱} و «ریردون اسمیت لاین به طرفیت هانسن تانژن»^{۱۲} توجه به «اوضاع و احوال موضوعی»^{۱۳} زمان معامله را در راس تفسیر قرار داد و از تمرکز صرف بر ملاحظات درون‌زبانی دوری گزید. به عقیده او هیچ قراردادی در خلا و به دور از اوضاع و احوالی که آن را در بر گرفته، شکل نمی‌گیرد (Mitchel, 2019: 32; Barak, 2005: 318, 332).

در ادامه و در اواخر قرن بیستم، مجلس لردهای انگلستان آرایه صادر کرد^{۱۴} که حکایت از ترک رویکرد نص‌گرا داشت. در این میان، پرونده مشهور به «اینوسترز»^{۱۵}

1. *Leader v Duffy* (1888) 13 App Cas 294, 301 (HL)/ *Shore v Wilson* (1842) 9 CL & F 355, 565; ER 450, 532 (HL)/ *Smith v Lucas* (1881) 18 Ch D 531, 542 (CH)

2. Lord Halsbury

3. Lord Tindal

4. Jessel MR

5. Purposive

6. Commercial

7. Common sense

8. Contextual

9. Lord Wilberforce

10. Lord Hoffmann

11. *Prenn v Simmonds* [1971] 1 WLR 1381.

12. *Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* [1976] 1 WLR 989.

13. Matrix of facts/ Factual matrix

14. *Charter Reinsurance Co Ltd v Fagan* [1997] AC 313; *Mannai Ltd v Eagle Star Assurance Co Ltd* [1997] AC 749.

15. *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912–13

و اظهار نظر لرد هافمن، مهم‌ترین اتفاق است. لرد هافمن تفسیر قرارداد را چنین تعریف کرد^۱: تفسیر قرارداد، تشخیص معنایی است که سند به یک شخص متعارف، در همان اوضاع و احوال طرفین قرارداد منتقل می‌نماید. اوضاع و احوال متعارف زمان قرارداد نیز، هر چیزی را که یک شخص متعارف مقتضی بداند شامل می‌شود؛ به غیر از مذاکرات پیش‌قراردادی و اظهاراتی که حاکی از قصد و خواسته های شخصی طرفین قرارداد باشد. بدین ترتیب، معنای قرارداد، همان معنای لغات آن (یا معنای مبتنی بر فرهنگ لغت و دستور زبان) نیست (Carter & Courtney, 2017: 333-334; Neyers et al, 2009: 353-354; Carter, 2014: 2).

هافمن در تفسیر قراردادها به ترتیبی عمل می‌کرد که اشخاص متعارف در زندگی روزمره خود عمل می‌کنند. او در صدد توجه هر چه بیشتر به نقش سیاق^۲، اوضاع و احوال یا پیش‌زمینه^۳ در فهم و معنا بود و محدودیت خاصی برای عواملی که در قالب آن می‌گنجد قائل نمی‌شد. هافمن منکر معنای ساده لغوی یا معنای مستقل از سیاق نبود، اما برای آن فایده‌ای متصور نبود. لرد هافمن در پرونده‌ای دیگر^۴ نیز مجدداً تاکید کرد معنای ایستایی که یک شخص معقول یا متعارف، از مقصود طرفین قرارداد در زمان معامله درمی‌یابد ملاک است، نه برداشت یک حقوقدان یا وکیل ملانقطی از آن (Catterwell, 2020: 30-31; Mitchel, 2019: 34-35; Lee, 2020: 58-59;). (Kramer, 2003: 177-180).

۲-۳. رویکرد کنونی حقوق انگلستان

به عقیده برخی سال ۲۰۱۵ نقطه عطف و حتی عقب‌گردی به سمت نص‌گرایی^۵ محسوب می‌شود. لرد نوبرگر^۶ در پرونده «آرنولد به طرفیت بریتون»^۷ تفسیری را تجویز کرد که در آن، معنای طبیعی یا لغوی الفاظ قرارداد بر معنای مبتنی بر سیاق،

1. Carter and Courtney, "Unexpressed Intention and Contract Construction", pp. 333-334, 344; Neyers, Bronaugh and Pitel, Exploring Contract Law, pp. 353-354; Carter, "The Construction of Commercial Contracts", p. 2.

2. Context

3. Background

4. Jumbo King Ltd v Faithful Properties Ltd ([1999] 3 HKLRD 757, CFA)

5. Retreat to Textualism

6. Lord Neuberger

7. Arnold v Britton [2015] UKSC 36, [2015] 2 WLR 1593

اولویت پیدا می‌کرد. قاضی نوبرگر عقیده داشت قضات نباید زبان و متن قرارداد را قربانی اوضاع و احوال پیرامون قرارداد نمایند و با این استدلال که نص قرارداد چندان هوشیارانه و سنجیده نیست، آن را نادیده بگیرند یا اصلاح کنند (Mitchel, 2019: 66; Lewison, 2021: 1.14-1.16; Warwick, 2021: 229-230).

دیدگاه لرد نوبرگر از جهت تمرکز بیشتری که بر معنای لغوی الفاظ قرارداد داشت، با دیدگاه لرد هافمن متفاوت به نظر می‌رسید، اما در تصمیمات بعدی دادگاه عالی، از جمله پرونده «وود به طرفیت کپیتا»^۱ صراحتاً اعلام گردید که تصمیم متخذه در پرونده «آرنولد به طرفیت بریتون»^۲ عقب‌نشینی از رویکرد سیاق‌گرا و رویکرد پذیرفته شده در پرونده‌های «رینی اسکای»^۳ و «اینوسترز»^۴ محسوب نمی‌شود (Mitchel, 2019: 66-67; Mcmeel, 2017: 100-109; Jandu, 2022: 331-333; Richardson, 2023: 91).^۵ با وجود این، تغییری ولو جزئی در رویه قضایی انگلستان را نمی‌توان انکار کرد؛ حتی اگر به معنای کنار گذاشتن کامل سیاق‌گرایی نباشد. اظهارات لرد هاج^۶ در پرونده «وود به طرفیت کپیتا» و اظهارات لرد سامپشن^۷ گویای چنین تغییری در رویه انگلستان است (Supreme Court Yearbook, 2019-2017: 74-80; Mcmeel, 2017: 109; Lee, 2020: 59-60; Connal, 2016: 71-76).

۴-۲. رویکرد حقوق ایران

قانون مدنی ایران در مورد معنای قرارداد یا شیوه تفسیر آن حکم خاصی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۱)، اما حقوق‌دانان با تکیه بر برخی از مواد، به خصوص مواد ۲۲۰-۲۲۵ و ۳۵۶-۳۵۷ آن، به این موضوع اشاره داشته‌اند. تقریباً تمامی حقوق‌دانان نامی ایران بر این عقیده‌اند که هدف از تفسیر قرارداد، کشف قصد مشترک یا قصد واقعی متعاقدين در زمان قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۳۶-۲۳۷).

1. Wood v Capita Insurance Services Ltd [2017] UKSC 24

2. Rainy Sky S.A. & Others v Kookmin Bank [2011] 1 WLR 2900

۳. از دیگر تصمیماتی که این امر را تأیید می‌کند به موارد زیر می‌توان اشاره کرد:

- BNY Mellon Corporate Trustee Services Ltd v LBG Capital No 1 Plc (the Lloyds Bank Bonds Case) [2016] UKSC 29

- Globe Motors Inc v TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd [2016] EWCA Civ 396

4. Lord Hodge

5. Lord Sumption

۲۳۸؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۹۲؛ محقق داماد و قنواتی و وحدتی شبیری و عبدی پور، ۱۳۹۰: ۲۷۴-۲۷۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۸-۱۹۱؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۴۸). در احراز قصد نیز قاضی می‌تواند با در نظر گرفتن تمامی شواهد و قرائن از جمله اوضاع و احوال زمان عقد، مقاولات و مذاکرات پیش‌قراردادی، الفاظ و معنای عرفی آن‌ها، مقررات تکمیلی و حتی (از نظر برخی از ایشان)، عدل و انصاف، مقصود طرفین را کشف کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۲۳۸ و ۲۴۵؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۹۲). رویه قضایی ایران نیز متن قرارداد را مستقل از مذاکرات پیش‌قراردادی طرفین، عرف و سایر اوضاع و احوال زمان عقد نمی‌داند، بلکه آن‌ها را در تفسیر قرارداد لحاظ می‌نماید؛ تا حدی که گاه اقدامات طرفین در حین اجرای قرارداد و حتی پس از آن را نیز مورد استناد قرار می‌دهد. به عنوان مثال در دادنامه صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر تهران^۱، دادگاه در تفسیر یکی از بندهای مورد اختلاف در قرارداد مبنی بر این که «در صورت عدم وصول هر یک از چک‌ها مبایعه‌نامه فسخ گردیده و فروشنده حق واگذاری آپارتمان به غیر را دارد» چنین تصمیم گرفت: هر چند ابتدائاً از شرط مذکور انفساخ قرارداد استنباط می‌گردد، عملکرد بعدی فروشنده و خریدار برای طرح دعاوی مطالبه وجه چک و مطالبه وجه التزام حکایت از آن دارد که «مقصود طرفین» وضع خیار بوده است و نه انفساخ. در یکی از نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه^۲ نیز چنین آمده: احراز قصد مشترک طرفین بر اساس مفاد قرارداد منعقد و سایر اوضاع و احوال حاکم بر قضیه با دادگاه رسیدگی کننده است و چنانچه دادگاه احراز کند «مقصود زوجین» از عبارت مندرج در سند نکاح، اعطای وکالت به زوجه برای طلاق بوده، موضوع مشمول اعطای وکالت مطلق است. در نشست قضایی دادگستری شهر لالی^۳ در تفسیر قراردادی که اوصاف مندرج در قرارداد با اوصاف نمونه‌ای که به عنوان معیار معرفی شده متفاوت بود، این نتیجه حاصل شد: ابتدا باید قرارداد متعاملین که تجلی «اراده واقعی آنان» است را ملاک قرار داد؛ مگر آن‌که با توجه به اوضاع و احوال قرارداد و عرف حاکم، «قصد طرفین» مطابقت با نمونه باشد. نهایتاً در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۷/۹/۱ دادگستری رشت نیز ضمن

۱. دادنامه شماره ۱۷۳۶/۲۶۹۴۰۲۶۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶

۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۲۸۷۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۳۱

۳. ۱۳۹۸/۱۲/۷، ۱۴۰۱-۹۵۴۶

توجه به ضرورت احراز «اراده واقعی طرفین»، مقصود از سند رسمی وکالت بدون عزل واگذاری مورد وکالت دانسته شد.

با وجود این، شاید در نگاه اول به برخی از آرای قضایی چنین به نظر برسد که حقوق ایران توجهی به قصد مشترک طرفین ندارد و معنای نوعی یا عرفی الفاظ و عبارات قراردادهای را ملاک قرار می‌دهد. در یکی از دادنامه‌های صادره از دیوان عالی کشور^۱ در رابطه با «شرط پیشیمانی» در قرارداد چنین آمده است: «شرط پیشیمانی مصداق ماده ۴۰۱ قانون مدنی نبوده و بیشتر به تحکیم معامله و خسارت ناشی از کوتاهی در انجام معامله نظر دارد». مشابه همین تصمیم در دادنامه صادره از دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ نیز مشاهده می‌شود که شرط پیشیمانی را مصداق ماده ۴۰۱ قانون مدنی ندانسته و چنین اظهار نظر نموده: عقد مبنیاً و منویاً بر اساس شرط مذکور بنا شده؛ لذا چنین شرطی بر تحکیم معامله نظر دارد، نه بطلان آن. همین دیدگاه در دو نشست قضایی مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۹ کرج و مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۴ ملایر تایید شده و بر اساس آن، «فهم عرفی» از شرط پیشیمانی، تحکیم قرارداد است، نه بطلان آن. نمونه دیگر را می‌توان در دادنامه صادره از دیوان عالی کشور^۳ در مورد اسقاط خیار غبن «افحش» مشاهده کرد. نظر شعبه مذکور این بود که با توجه به «مفهوم عرفی» غبن، تفکیک بین غبن فاحش و غبن افحش خالی از وجه است و در صورت اسقاط خیار غبن، نمی‌توان به استناد وجود غبن افحش، فسخ قرارداد را درخواست کرد. هر چند اندکی بعد، رای وحدت رویه مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۲۰ شماره ۸۲۱ با تکیه بر «رفتار متعارف اشخاص در جامعه»، خلاف این نظر را بیان داشت: در صورت اسقاط حق خیار (غبن)، به اقتضای «رفتار متعارف اشخاص»، شرط یاد شده منصرف از مراتب اعلاای غبن است که عرفاً «افحش» دانسته می‌شود (معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری تهران، ۱۴۰۲: ۱۲۰-۱۲۳). در دادنامه صادره از دادگاه تجدیدنظر تهران^۴ در مورد وجه التزام ناشی از عدم تحویل و تسلیم ملک در موعد

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۵۶۰ صادره از شعبه پنجم دیوان عالی کشور

۲. دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۰۰۹۶۸۸۳۵ صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۷۹۰۳۹۱ مورخ ۱۳۹۸/۸/۱۱ صادره از شعبه نوزدهم دیوان عالی کشور.

۴. ۹۵۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۰۳۷۷، مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۷، شعبه ۵۰.

قصد طرفین، از خالق آن استقلال می‌یابد. این رویکرد، مطابقت بسیاری با رویکرد ایستای کلاسیک یا مبتنی بر معنای لغوی معنا دارد؛ زیرا مراد جدی مولف را بر مبنای متن و با توجه به اصول و قواعد لغوی و عقلایی محاوره شناسایی می‌نماید.

رویکرد سنتی انگلستان، به‌رغم وجوه اشتراکی که با دو رویکرد تفسیری مبتنی بر مقصود مولف و مبتنی بر متن دارد، از آن‌ها متمایز است. وجه اشتراک در اعتقاد به ثبات و تغییرناپذیری معنای متن یا قرارداد است، اما تفاوت‌ها غیرقابل انکار: شلایرماخر، ديلتای، هرش و بتی، به دنبال ذهنیت خاص شخص مولف در زمان تنظیم متن (قرارداد) هستند؛ در حالی که در رویکرد سنتی ورود به دنیای ذهنی طرفین قرارداد و کشف اراده باطنی آن‌ها ملاک نیست، بلکه برداشت شخصی متعارف در آن اوضاع و احوال اهمیت دارد. همچنین، با وجود این‌که اکو و کوزنزهوی به متن استقلال معنایی می‌بخشند و رولان بارت نیز تولد متن را به معنای مرگ مولف می‌داند. دیدگاه ایشان با رویکرد سنتی انگلستان این تفاوت آشکار را دارد که برای جست‌وجوی معنای قرارداد، به معنای لغوی و دستوری محدود نمی‌شوند، بلکه در تلاشند با رمزگشایی از متن و بررسی تمامی عناصر آن، معنای عمیق نهفته در آن را کشف کنند. با وجود این، دیدگاه مبتنی بر متن، به جهت استقلال که برای متن قائل می‌شود، فاصله‌ای که از قصد مولف و برداشت مفسر می‌گیرد و توجهی که به متن به عنوان یک کل واحد دارد، شباهتی ظاهری به رویکرد سنتی انگلستان پیدا می‌کند. از طرف دیگر، رویکرد سنتی انگلستان با رویکردهای مکتب پویایی معنا مغایرت‌های بسیار دارد؛ زیرا در آن، تنها یک معنای ثابت برای الفاظ و عبارات قرارداد در نظر گرفته می‌شود که سیال و تغییرپذیر نیست.

۲-۳. رویکرد مدرن انگلستان

تاکید لرد هافمن به معنای مبتنی بر سیاق یا احوال زمان قرارداد، این تصور را ایجاد می‌کند که او پیرو مکتب پویایی معنا است و در این میان بیشترین تاثیر را از دیدگاه هایدگر و گادامر (که معنا را وابسته به موقعیت هرمنوتیکی مفسر می‌داند) یا ویتگنشتاین متأخر (که معنا را بر مبنای کاربرد عرفی الفاظ شناسایی می‌کند) می‌پذیرد، اما تعمق بیشتر نشان می‌دهد که لرد هافمن به‌رغم توجه بیشتر به اوضاع و احوال یا عوامل برون‌متنی، به وجود معنایی ثابت و از پیش تعیین شده اعتقاد

داشت. هافمن معنا را وابسته به مفسر و موقعیت هرمنوتیکی او نمی‌شمرد و بر این عقیده بود که معنا مستقل از او قابلیت طرح دارد. در رویکرد مدرن انگلستان، معنای قرارداد، محصور و درآمیخته در زمینه وجودی مفسر (قاضی) و پیش‌داشت، پیش‌دید یا پیش‌دریافت‌های او نیست و تابع هویت فردی او محسوب نمی‌شود؛ لذا در زمان تفسیر قرارداد، کشف معنا صورت می‌گیرد، نه تولید یا خلق معنایی که حاصل تعامل متن و مفسر است. هم‌چنین، از آن جهت که معنای قرارداد، معنایی ثابت است، نه معنایی پویا و وابسته به کاربردهای عرفی آن در جامعه، رویکرد مدرن انگلستان تفاوتی آشکار با اندیشه‌های ویتگنشتاین متاخر دارد.

دیدگاه امبرتو اکو نیز از جهت این‌که ارتباط بین مولف نمونه/متعارف با خواننده نمونه/متعارف را ملاک می‌شناسد، شباهتی جزئی با رویکرد مدرن انگلستان (که به ذهنیت شخصی متعارف در موقعیت طرفین قرارداد توجه دارد)، پیدا می‌کند. اما باید از این برداشت سطحی گذر کرد؛ زیرا اگرچه اکو در صدد است تا حد ممکن معنای متن یا قرارداد را محدود کند، هم‌چنان از پیروان پویایی معنای متن محسوب می‌گردد. افزون بر این، اکو خواننده و مولف نمونه را در زمان حال یا زمان تفسیر در نظر می‌گیرد؛ در حالی که در رویکرد مدرن انگلستان، ذهنیت شخص متعارف در زمان گذشته یا زمان انعقاد قرارداد ملاک عمل است. نهایتاً این‌که اکو به متن استقلال می‌بخشد و از این جهت مشابه رولان بارت عمل می‌کند؛ حال آن‌که در رویکرد مدرن انگلستان چنین استقلالی برای متن مشاهده نمی‌شود. همین شباهت جزئی اما قابل رد را می‌توان در اندیشه‌های ریکور و کوزنزهوی نسبت به متن نیز مشاهده کرد. بدیهی است رویکرد مدرن انگلستان با دیدگاه دریدا و رورتی که هیچ ضابطه‌ای برای فهم یا معنا برنمی‌تابند و معنا را نسبی و متناسب با نیازهای متغیر انسان می‌دانند، شباهت ندارد؛ چرا که در انگلستان حداقل یک معیار مهم وجود دارد: برداشت یک شخص متعارف در زمان قرارداد.

از انطباق رویکرد مدرن انگلستان با مکتب ایستایی معنا چنین به نظر می‌رسد که به رویکرد مبتنی بر مقصود مولف بیش از رویکرد مبتنی بر معنای لغوی شباهت دارد، اما این شباهت نیز سطحی است؛ زیرا در رویکرد مبتنی بر مقصود مولف، با قصد واقعی و شخصی خالق متن سر و کار دارند؛ حال آن‌که رویکرد مدرن انگلستان

توجهی به قصد واقعی متعاقدين ندارد، بلکه برداشت نوعی یا عرفی یک شخص متعارف در اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد را معیار می‌داند.

۳-۳. رویکرد کنونی انگلستان

رویکرد کنونی انگلستان از جهت تأکیدی که بر متن دارد، قرابت‌هایی با پویایی مبتنی بر متن کوزنزهوی، اکو و بارت پیدا می‌کند، اما نباید به این ظاهر اکتفا کرد؛ زیرا اندیشمندان مذکور، به متن هویتی مستقل می‌بخشند و توجه چندانی به عوامل برون‌متنی ندارند. بدین ترتیب، شاید بتوان شباهت‌هایی را بین اندیشه‌های هایدگر، گادامر و ریکور (که معنا را حاصل تعامل متن و مفسر می‌بینند) با رویکرد کنونی انگلستان مشاهده کرد، اما این برداشت صحیح نیست؛ زیرا تعامل متن و مفسر در ایشان، در زمان حال و با توجه به ذهنیت کنونی مفسر یا قاضی شکل می‌گیرد، نه در زمان گذشته و با توجه ذهنیت طرفین قرارداد؛ مضافاً این‌که متفکرین اخیر اعتقادی به ثابت و ایستا بودن معنای متن یا قرارداد ندارند و آن را پیوسته در حال تغییر می‌دانند.

تفاوت رویکرد کنونی انگلستان با ایستایی مبتنی بر معنای لغوی نیز آشکار است و نمی‌توان وضع کنونی این نظام حقوقی را که توجه چندانی به معانی الفاظ در فرهنگ لغات ندارد، با رویکرد ایستایی مبتنی بر معنای لغوی یکسان دانست. از طرف دیگر، به جهت تأکیدی که رویکرد کنونی انگلستان بر مقصود شخصی متعارف در موقعیت طرفین قرارداد (نه طرفین واقعی قرارداد) دارد با عقاید شلایرماخر، دیلتای و هرش چندان هماهنگ نیست؛ با این حال، مطابقت رویکرد کنونی با عقاید شلایرماخر و به‌خصوص دیلتای، بیش از سایر رویکردهای تفسیری است.

۳-۴. رویکرد ایران

در سوابق فقهی و قضایی و دکتترین حقوقی ایران همواره کشف مقصود واقعی طرفین قرارداد به عنوان معنایی واحد و ایستا محوری داشته و اوضاع و احوال زمان قرارداد، در خدمت قاضی است تا به مقصود واقعی طرفین دسترسی پیدا کند. البته این در صورتی است که موضوع مطلقاً با حسن نیت و به دور از اعمال سلیقه‌ای باشد که بعضاً از جانب قضات یا وکلا برای حمایت از یکی از طرفین، مشاهده می‌شود.

به‌رغم این‌که حقوق ایران به متن توجه بسیار دارد، به آن محدود نمی‌شود و در موادی هم‌چون ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵، ۳۵۶ و ۳۵۷ قانون مدنی توجه خود به عرف یا سایر اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد را برای شناسایی مقصود طرفین نشان می‌دهد؛ لذا به‌رغم شباهت آن با عقاید رولان بارت، دیوید کوزنزهوی یا امبرتو اکو (از لحاظ توجه به متن)، حقوق ایران متن را مستقل از اراده متعاقدين نمی‌داند و تولد متن به معنای مرگ متعاقدين نیست. دیدگاه هایدگر، گادامر و ریکور نیز به جهت تأکیدی که بر برداشت مفسر و اوضاع و احوال زمان تفسیر دارند، از حقوق ایران فاصله بسیار می‌گیرند؛ به‌خصوص که نقش کلیدی را برای مفسر و متن قائل می‌شوند و به اراده مولف یا قصد او اهمیت چندانی نمی‌دهند. همین مساله در مورد عقاید دریدا و رورتی که به آزادی مفسر در تفسیر پای‌بندند و به هیچ امری ثابت و قطعی اعتقاد ندارند نیز صدق می‌کند. ویتگنشتاین متاخر نیز نظر به تأکیدی که بر معنای پویای عرفی و متکی بر زمان تفسیر دارد، با حقوق ایران سازگار نیست و نمی‌توان به صرف تأکید وی بر کارکرد عرفی به این نتیجه رسید که وجه اشتراکی وجود دارد. به عقیده ویتگنشتاین انسان قادر نیست به عنوان ناظر و از بیرون، الفاظ و عبارات را منفک از متن زندگی ببیند؛ حال آن‌که در حقوق ایران، تردیدی در استقلال سوژه از ابژه وجود ندارد و جدایی مفسر از اوضاع و احوال زمان حال برای سفر به گذشته (زمان انعقاد قرارداد) امری پذیرفته شده است.

حقوق ایران با عقاید شلایرماخر، دیلتای، هرش و بتی شباهت زیادی دارد؛ زیرا شلایرماخر و دیلتای با توجه به اشتراک ذاتی آدمیان، توجه به مراد مولف را ضروری می‌دانستند. البته شلایرماخر و دیلتای برای شناسایی نیت نگارنده متن، بررسی کل زندگی و آثار او را لازم می‌دانند؛ حال آن‌که نه علمای حقوق و نه قضات یا وکلای ایران، تلاش برای دسترسی به معنای متن را تا این حد گسترش نمی‌دهند؛ لذا از این جهت، حقوق قراردادهای ایران با دیدگاه هرش و بتی که بر کشف اراده باطنی با تکیه بر متن تأکید دارند، شباهت بیشتری پیدا می‌کند.

برآمد

۱- شباهت حقوق قراردادهای ایران و انگلستان، پای‌بندی به ایستایی معنای قرارداد است، اما از مهم‌ترین تفاوت‌ها این است که حقوق قراردادهای ایران بر مبانی نظری مستحکمی استوار و با دیدگاه ایستایی مبتنی بر مقصود مولف منطبق است. انگلستان، جز در رویکرد سنتی آن که با ایستایی مبتنی بر معنای لغوی مطابقت دارد، با مبانی نظری رویکردهای تفسیری فوق هم‌خوانی کاملی ندارد. علت را باید در ماهیت دو نظام حقوقی جست‌وجو کرد. ایران به عنوان یکی از نظام‌های زیرمجموعه سیویل‌لا به اصول و قواعد از پیش تعیین شده بیش از کاربرد یا فایده عملی ارج می‌نهد؛ حقوق ایران بیش از آن که عمل‌گرا باشد، نظرگرا است؛ حال آن‌که عکس این گفته در مورد انگلستان صدق می‌کند. قضات و وکلای انگلستان بیشتر بر فواید عملی و نتیجه‌بخش بودن راهکارها تاکید دارند و برای ایشان انسجام مبانی نظری در اولویت نیست؛ لذا خواسته یا ناخواسته از نظریه‌پردازی و تفکرات انتزاعی دوری می‌نمایند.

۲- افزون بر شباهت حقوق کنونی دو نظام در توجه به مقصود مولف، توجه به اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد نیز از وجوه اشتراک آن‌ها است. با این حال، انگلستان این موضوع را غالباً بر مبنای معیاری نوعی پیش می‌برد و با اوضاع و احوال متعارف زمان انعقاد قرارداد و مقصود شخصی متعارف در حین عقد قرارداد سر و کار دارد، اما ایران غالباً اوضاع و احوال واقعی زمان انعقاد قرارداد و مقصود واقعی طرفین را ملاک قرار می‌دهد. در واقع رویکرد کنونی انگلستان نوعی و رویکرد ایران غالباً شخصی است. قضات انگلستان چه دسترسی به مقصود واقعی طرفین را محال بدانند و چه توجه به آن را به جهت منافات با حقوق اشخاص ثالث فاقد اهمیت بشمارند، مقصود اشخاصی متعارف در همان اوضاع و احوال را معیار می‌شناسند، اما قضات ایران بر ضرورت توجه به مقصود واقعی طرفین تاکید دارند؛ هرچند مجازند در صورت ناکامی در دسترسی به اراده واقعی، به اراده ظاهری یا آنچه عرفاً از قرارداد استنباط می‌گردد تکیه کنند.

۳- دکنترین حقوقی و رویه قضایی دو کشور با مبانی تفسیر متون یا ارتباط حوزه‌هایی هم‌چون هرمنوتیک و زبان‌شناسی با حقوق چندان سر و کار ندارند و

عمدتاً تفسیر را بر مبنای ظاهر قرارداد، اوضاع و احوال حاکم زمان قرارداد یا آثار احتمالی تصمیم خود ارزیابی می‌کنند. از مهم‌ترین نتایج عدم توجه به مطالعات میان‌رشته‌ای، سردرگمی ناخواسته و نادانسته قضات در تفسیر قراردادها است؛ بدین شرح که بسیاری از قضات بدون آن‌که مبنا یا متدولوژی روشنی برای تفسیر قرارداد را در نظر گیرند و موضع ثابتی داشته باشند، به صورت سلیقه‌ای به صدور رای اقدام می‌نمایند. به طور مثال در یک پرونده با در نظر گرفتن مدت طولانی روابط طرفین یا حجم قابل توجه مراودات آن‌ها، مصلحت را در حفظ روابط آتی ببینند و بر همین مبنا بدون این‌که آگاه باشند، با تکیه بر اصول حاکم بر مکتب پویایی مبنا، قرارداد را با لحاظ وضعیت زمان حال تفسیر می‌کنند و در پرونده‌ای دیگر بنا مصالح دیگر، از شهود یا مسجّلین ذیل قرارداد دعوت به عمل آورند و با استماع اظهارات ایشان برای کشف قصد واقعی طرفین تلاش می‌نمایند؛ امری که در واقع پیروی از مکتب ایستایی معنا است.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * احمدی، بابک (۱۴۰۰)، *ساختار و تاویل متن*، چاپ بیست و دوم، تهران، نشر مرکز.
- * اکو، امبرتو (۱۴۰۲)، *نشانه‌شناسی و فلسفه زبان*، چاپ اول، ترجمه عبدالکریم اصولی طالش، تهران، انتشارات نگاه.
- * بابایی، علی اکبر (۱۳۹۵)، *مکاتب تفسیری*، جلد اول، چاپ هشتم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- * بازرگانی دیلمقانی، نگین (۱۳۸۸)، «*تحلیلی بر نظریات ادبی رولان بارت*»، دانشنامه، دوره ۲، شماره ۴، صص ۱۷-۳۵.
- * پالمر، ریچارد (۱۳۹۹)، *علم هرمنوتیک*، ترجمه محمد سعید حنایی کاشانی، چاپ دوازدهم، تهران: نشر هرمس.
- * پورحسن، قاسم (۱۳۹۲)، *هرمنوتیک تطبیقی*، چاپ اول، تهران: انتشارات بنیاد حکمت اسلامی صدرا.
- * پورحسن، قاسم (۱۳۹۴)، *هرمنوتیک تطبیقی*، چاپ اول، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- * جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، *تاثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- * جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- * خبازی کناری، مهدی (۱۳۹۸)، *دیفر (۱) نس؛ ساختارزدایی دریدا*، چاپ اول، تهران: انتشارات سیاهرود.
- * ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۹۸)، *علم هرمنوتیک*، چاپ اول. قم: انتشارات راند.
- * رعایت جهرمی، محمد (۱۳۹۱)، *فلسفه زبان قاره‌ای و فرهنگی*، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- * ساجدی، ابوالفضل، سید محمود مرتضوی شاهرودی (۱۳۹۹)، *هرمنوتیک و منطق فهم احادیث*، چاپ چهارم، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.

- * شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی*، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: مجد.
- * ضیمران، محمد (۱۳۹۹)، *ژاک دریدا و متافیزیک حضور*، چاپ پنجم، تهران: هرمس.
- * علیرضایی اصفهانی، محمد (۱۴۰۰)، *منطق تفسیر قرآن (۴)*، چاپ چهارم، تهران: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).
- * عیسی متقی‌زاده، کوروش فردون‌پور و پرریان هوشنگی‌ماهر، «*تحلیل تطبیقی آرای ویتگنشتاین و فارابی درباره زبان و معنا*»، دوفصلنامه علمی ترویجی فلسفه اسلامی، سال هشتم، شماره دوم، پیاپی ۱۵، پاییز و زمستان ۱۴۰۱.
- * فیاضی، مسعود (۱۴۰۱)، *اصول فقه و نقد هرمنوتیک فلسفی*، چاپ سوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- * فیاضی، مسعود (۱۴۰۱)، *اصول فقه و هرمنوتیک روش‌شناختی*، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *گامی به سوی عدالت*، جلد سوم، چاپ اول، تهران: میزان.
- * کیشیک، دیوید (۱۴۰۱)، *مفهوم شکل زندگی نزد ویتگنشتاین*، ترجمه عادل مشایخی، تهران: انتشارات نگاه.
- * گروندن، ژان (۱۴۰۰)، *هرمنوتیک*، ترجمه محمدرضا ابوالقاسمی، چاپ سوم، تهران: نشر ماهی.
- * لان، کریس (۱۳۹۸)، *ویتگنشتاین و گادامر*، ترجمه مرتضی عابدینی فرد، چاپ سوم، تهران: کتاب پارسه.
- * ماهرورزاده، طیب (۱۴۰۲)، *مکتب‌های فلسفی و آراء تربیتی مدرن و معاصر*، چاپ اول، تهران: سمت.
- * محقق داماد، سید مصطفی، جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور (۱۳۹۰)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جد اول، چاپ سوم، تهران: سمت.
- * محمدحسین مهدوی‌نژاد و امیر عباس علیزمانی، افلاطون صادقی، زینب شکیب،

- «ارتباط زبان و معنا در سنت فلسفه تحلیلی؛ با تاکید بر ویتگنشتاین»، پژوهش‌های فلسفی، سال نهم، شماره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
- * مختاری، محمد حسین (۱۳۹۷)، *هرمنوتیک معنا و زبان*، چاپ اول، تهران و قم: انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- * معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری تهران (۱۴۰۲)، *خيارات در قانون و رویه قضایی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات دادگستری کل استان تهران.
- * واعظی، احمد (۱۳۸۳)، *درآمدی بر هرمنوتیک*، چاپ دوم. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- * واعظی، احمد (۱۴۰۰)، *نظریه تفسیر متن*، چاپ چهارم، قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- * ویتگنشتاین، لودویگ (۱۴۰۱)، *پژوهش‌های فلسفی*، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ یازدهم تهران: نشر مرکز.
- * <https://ara.jri.ac.ir> / سامانه ملی آرای قضایی
- * <https://edarehoquqy.eadl.ir> / سامانه اداره کل حقوقی قوه قضاییه
- * <https://nesrast.eadl.ir> / سامانه نشست های قضایی

ب. انگلیسی

- * Barak, Aharon (2005), **Purposive Interpretation in Law**, New Jersey: Princeton University Press.
- * Baude, William and Ryan D. Doerfler (2017), **“The (Not So) Plain Meaning Rule”**, The University of Chicago Law Review, Vol. 84, No. 2.
- * Betti, Emilio (2021), **Hermeneutics as a General Methodology of the Sciences of the Spirit**, (edited by Mariano Croce & Marco Goldoni), 1st edition, New York: Routledge.
- * Bleikher, Josef (2018), **Contemporary Hermeneutics**, 2nd edition. London: Routledge.
- * Burton, Steven J. (2009), **Elements of Contract Interpretation**,

New York: Oxford University Press.

* Calnan, Richard (2017), **Principles of Contractual Interpretation**, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press.

* Carter, JW, and Wayne Courtney (2017), **“Unexpressed Intention and Contract Construction”**, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 2.

* Catterwell, Ryan (2020), **A Unified Approach to Contract Interpretation**, Oxford and London: Hart Publishing.

* Connal, R Craig (2016), **“Has the Rainy Sky Dried Up: Arnold v Britton and Commercial Interpretation”**, Edinburgh Law Review, vol. 20, no. 1.

* Couzens Hoy, David (1992), **“Intentions and the Law: Defending Hermeneutics”**, Legal Hermeneutics (Edited by Gregory Leyh), Berkeley: The University of California Press.

* Derrida, Jacques (1997), **Of Grammatology**, Translated by Gayatri Chakravorty Spivak. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press.

* Eco, Umberto (1984), **The Role of the reader**, Bloomington: Indiana University Press.

* Eco, Umberto (1994), **The Limits of Interpretation**, Bloomington: Indiana University Press.

* Jandu, Sandeep Singh (2022), **“What to Consider When Construing and Drafting Exemption and Limitation of Liability Clauses in Commercial Contracts (England and Wales and New York)”**, Michigan State International Law Review, vol. 30, No. 3, pp. 321-417

* Lee, Jeanette Faith (2020), **“A Comparative Study of the English and Singaporean Approaches to Contractual Interpretation”**, Singapore Comparative Law Review, pp. 204-234

- * Lewison, Sir Kim (2021), **The Interpretation of Contracts**, 7th edition. London: Thomson Reuters.
- * McMeel, Gerard (2017), **McMeel on the Construction of Contracts, 3rd edition**, Oxford: Oxford University Press.
- * Mithcell, Catherine (2019), **Interpretation of Contracts**, 2nd edition, London and New York: Routledge.
- * Neyers, Jason W, Richard Brunaugh and Stephen G A. Pitel (2009), **Exploring Contract Law**, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- * Palmer, Richard E., (1985), **Hermeneutics**, 7th edition, Evanston: Northwestern University Press.
- * Porter, Stanley E., Jason C. Robinson (2011), **Hermeneutics: An Introduction to Interpretive Theory**, Michigan: Eerdmans Publishing Co.
- * Richardson, Lorna (2023), **“Correction by Construction: Dealing with Drafting Errors by Way of Interpretation”**, Edinburgh Law Review, vol. 27, No. 1, pp. 90-94.
- * Rorty, Richard (1996), **“Remarks on Deconstruction and Pragmatism”**, Deconstruction and Pragmatism, (Edited by Chantal Mouffe.), London and New York: Routledge, pp. 13-18.
- * Silverstein, Joshua M (2019), **“Contract Interpretation Enforcement Costs: An Empirical Study of Textualism versus Contextualism Conducted via the West Key Number System”**, Hofstra Law Review, vol. 47, No. 3, pp 1011-1101.
- * Tobia, Kevin P. (2020), **“Testing Ordinary Meaning”**, Harvard Law Review, Vol. 134, No. 2, pp 1053-1087.
- * Warwick, Shona (2021), **“Closing Loopholes: Taking Commer-**

cial Considerations Too Far?”, *Edinburgh Law Review*, Vol. 25, No. 2, pp. 226-231.

* Wielsch, Dan (2018), **“Contract Interpretation Regimes”**, *The Modern Law Review*, Vol. 81, No. 6, pp. 958-988.

* Wright, George (1987), **“On a General Theory of Interpretation: The Betti-Gadamer Dispute in Legal Hermeneutics”**, No. 32 *American Journal of Jurisprudence*, pp. 205-206.

* Zimmermann, Jens (2015), **Hermeneutics A Very Short Introduction**, 1st edition, New York: Oxford University Press.

تحلیل قلمروی اشخاص دارای حق اقامه دعوی در مراجع قضایی در قانون حمایت از مالکیت صنعتی

علی سیدین^۱، مهدی کارچانی^۲

چکیده

شناسایی حقوق مالکیت صنعتی به معنای محروم نمودن جامعه از استفاده آزاد از دانش یا خلاقیت موضوع این حقوق بوده و برقراری این حقوق، به صورت بالقوه و بالفعل منافع سایر اشخاص جامعه از جمله رقبای مالکان و مصرف‌کنندگان را متأثر می‌سازد. از این رو، قانون‌گذاران هم‌راستا با مقررات عام دادرسی، نحوه اعمال حقوق مالکیت صنعتی علیه اشخاص ثالث و نحوه نظارت جامعه بر اعتبار این حقوق را با توجه به نیازهای توسعه‌ای، تولید کننده یا مصرف‌کننده بودن فناوری و مانند آن مورد توجه قرار می‌دهند. تعیین اشخاصی که می‌توانند اعتبار حقوق مالکیت صنعتی را به چالش کشند و یا در فرض نقض، این حقوق را علیه ناقضان ادعایی اعمال کنند، صرفاً موضوعی آیینی و مرتبط با دادرسی نیست، بلکه در تحقق اهداف نظام حقوق مالکیت فکری و تعیین قلمرو حقوق مالکان اموال فکری نیز اثرگذار است. مقاله حاضر با روشی تحلیلی توصیفی، رویکرد قانون‌گذار در قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳ را از این حیث مورد بررسی قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که این رویکرد نسبت به قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ در مجموع مبهم‌تر بوده و قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.

واژگان کلیدی: اختراع، دعوی ابطال، ذی‌نفع، طرح صنعتی، علامت تجاری،

نقض.

۱. کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشگاه شهید بهشتی

a.seyedin@ciwschool.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)
karchanimahdi@gmail.com

درآمد

با توجه به ظهور و پیشرفت سریع فناوری‌های نوین، محافظت بهینه از دانش و خلاقیت به یکی از عناصر اصلی رشد و توسعه پایدار کشورها بدل گردیده است. اعطای گواهی‌نامه ثبت به مصادیق مالکیت صنعتی، نه نقطه پایان بلکه نقطه آغازین قانون‌گذاران برای برقراری تعادل در نظام حقوق مالکیت صنعتی است (De Werra, 450: 2013)؛ نحوه اعمال و ضمانت اجرای این حقوق و نحوه مواجهه جامعه با گواهی‌نامه‌های ثبت، عناصری هستند که در برقراری این موازنه مد نظر کشورها قرار داشته‌اند.

تصور کنید که یک کشور در حال توسعه که جزو کشورهای عمدتاً واردکننده و مصرف‌کننده اقلام حاوی مالکیت فکری محسوب می‌شود، در شناسایی اشخاص دارای حق طرح دعوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت سخت‌گیری نموده و به علاوه، اقامه دعوی نقض را تنها از سوی مالک حقوق مالکیت صنعتی ممکن بداند؛ در چنین صورتی، احتمال ابقای انحصار حاصل از حقوقی که طبق قانون قابل ثبت نبوده‌اند، افزایش یافته و در فرض عدم تمایل مالکان خارجی، به دلیل عدم توانایی لیسانس‌گیرندگان داخلی در اقامه دعوی نقض، اعمال ناقضانه‌ای که به منافع جامعه و مصرف‌کنندگان لطمه وارد می‌کنند، استمرار خواهد یافت؛ بنابراین، ترسیم گستره اشخاص دارای حق طرح دعوی، در تأمین نیازهای جامعه و برقراری توازن میان حقوق دارندگان مالکیت صنعتی و سایر افراد جامعه امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.

در نوشتار حاضر، تلاش شده تا با مطالعه ادبیات و رویه قضایی موجود و تحلیل مقررات قانون حمایت از مالکیت صنعتی، در سه بخش، رویکرد قانون‌گذار پیرامون شناسایی اشخاص دارای حق طرح دعاوی نقض، ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت و دعاوی ناظر بر رقابت غیر منصفانه مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در ابتدای امر به نظر می‌رسد به رغم ابداعات و نوآوری‌های قانون، قانون‌گذار نسبت به قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶^۱ در این رابطه، در مجموع پیشرفتی نداشته و حتی در مواردی ضعیف‌تر عمل نموده است. به عنوان

۱. زین پس: قانون ۱۳۸۶

مثال، صرف نظر از این که هیچ ماده‌ای در خصوص حق طرح دعوی نقض اسرار تجاری و مقابله با رقابت غیر منصفانه پیش‌بینی نشده، مقرره‌ای مشابه قسمت اخیر ماده ۶۰ قانون ۱۳۸۶ مبنی بر اعطای حق طرح دعوی نقض به لیسانس‌گیرنده (در فرض عدم توانایی یا تمایل مالک) نیز در قانون حاضر وجود ندارد؛ حال آن که وجود چنین مقرره‌ای از سوی سازمان جهانی مالکیت فکری در «پیش‌نویس قانون واپو» برای ایران» نیز به طور خاص به ایران پیشنهاد شده بود (WIPO, 1999: 67).

در مقابل تفریطی که در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶ در دادگاه‌ها برای شناسایی اشخاص ذی‌نفع طرح دعاوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت وجود داشت، قانون‌گذار در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، برای درخواست ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و نمونه اشیاء مصرفی قلمرویی وسیع در نظر گرفته و «هر شخص» را دارای حق اقامه چنین دعوایی دانسته است؛ البته ممکن است برخی بر این نظر باشند که چنین امری افراط بوده و پذیرفتنی نیست و چنین رویکردی سبب تحمیل هزینه‌های بی‌دلیل به دستگاه قضایی، سرمایه‌گذاران و نوآرانی خواهد شد (Greene, 2012: 26-27) که ممکن است آماج طرح دعاوی متعدد ابطال قرار گیرند؛ در مقابل می‌توان با نگاهی آینده‌نگر و با لحاظ ایران به عنوان کشور واردکننده فناوری، از چنین رویکردی دفاع نمود و آن را ابزار نظارت جامعه و زدودن اعتبار از گواهی‌نامه‌هایی دانست که بدون جهت به ثبت رسیده‌اند.

رویکرد قانون‌گذار در شناسایی خواهان «دعای نقض» مبهم است، اما در هر تحلیل باید به این موضوع نیز توجه شود که اگرچه توجه به منافع لیسانس‌گیرندگان به عنوان اشخاص دخیل در دعاوی ناظر بر مالکیت صنعتی موضوع قرارداد لیسانس، برای ترسیم نظام بایسته حمایت از حقوق مالکیت صنعتی ضروری است، اما افراط در دخیل نمودن این اشخاص در فرایندهای دادرسی نیز پسندیده نیست. هم‌چنین باید توجه داشت که اعطای «حق» مستقل طرح دعوی به لیسانس‌گیرنده غیر انحصاری، حق مالک بر اعطای مجوزهای بهره‌برداری را محدود ساخته و ناقض را بابت اقدام واحد در معرض دعاوی متعدد قرار می‌دهد (Liddicoat, 2017: 638-639). از یک سو، اقدامات ناهماهنگ لیسانس‌گیرندگان علیه اشخاص ثالث، منافع مالک را متأثر

ساخته و وضعیت وی را در قبال طرف‌های دعوی متزلزل می‌سازد (BIRPI, 1967: 69)؛ مثلاً شاید مالک با توجه به آگاهی از ماهیت موضوع گواهی‌نامه، احتمال ابطال آن را بالا تشخیص داده و به جای اقامه دعوی نقض مایل به مذاکره و سازش با ناقضان ادعایی یا حتی عدم اقدام علیه آن‌ها باشد؛ و از دیگر سو، افراط در خصوص دخالت لیسانس‌گیرندگان در دعاوی معطوف به مالکیت‌های صنعتی، علاوه بر این‌که مدیریت دعوی توسط مالک حقوق را دشوار می‌سازد، مغایر مصالح دادرسی بوده و از منظر اقتصادی، موجب تحمیل هزینه‌های بلاجهت به نظام قضایی کشور خواهد شد. برای مثال، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۱۷۰۲۴۳۷۷/۱۴۰۲۶۸۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۱۱/۰۸ به دلیل این‌که دعوی ابطال علامت صرفاً به طرفیت مالک علامت تجاری اقامه شده بود، ضمن اشاره به لزوم اقامه دعوی به طرفیت لیسانس‌گیرندگان علامت، قرار عدم استماع صادر نموده است؛ نتیجه چنین نگرشی جز اطاله دادرسی و تحمیل هزینه به خواهان و نظام قضایی کشور، چیست؟ اساساً آیا از نظر تجاری، اطلاع تمامی لیسانس‌گیرندگان از وضعیت حقوقی مالک و دخالت در دعوی ابطال، به نفع مالک علامت است؟

در نوشتار حاضر، تلاش شده تا با بررسی مقررات قانون حمایت از مالکیت صنعتی و نیم‌نگاهی به مقررات سایر کشورها، تحلیلی از مقررات مربوط به حق طرح دعاوی ابطال، نقض و مقابله با رقابت غیر منصفانه ارائه شود که مناسب وضعیت فعلی نظام حقوق مالکیت صنعتی ایران بوده و ضمن توجه به منافع دارندگان حقوق مالکیت صنعتی در عین توجه به منافع جامعه، حتی‌المقدور از افراط و تفریط به دور باشد.

۱. خواهان دعاوی نقض حقوق مالکیت صنعتی

در بند ب ماده ۱۵، ماده ۲۳ و بند ب ماده ۴۰ قانون ۱۳۸۶، حق اقامه دعوی نقض به «مالک» به عنوان ذی‌نفع اصلی طرح این دعوی (صالحی ذهابی، ۱۳۸۸: ۳۳۲) اختصاص یافته بود؛ با وجود این، وفق قسمت اخیر ماده ۶۰ آن قانون، در صورت اثبات تقاضای لیسانس‌گیرنده از مالک مبنی بر اقامه دعوی و عدم توانایی یا تمایل مالک به اجابت درخواست وی، دادگاه می‌توانست به درخواست لیسانس‌گیرنده، اعم از انحصاری یا غیر انحصاری (احسنی‌فروز، ۱۳۹۰: ۳۱۲)، علاوه بر صدور دستور

جلوگیری از نقض حقوق یا نقض قریب الوقوع حقوق، به جبران خسارت مربوط نیز حکم صادر کند و یا تصمیم دیگری جهت احقاق حق اتخاذ نماید. در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، مقرره‌ای هم‌سنگ ماده ۶۰ قانون سابق وجود ندارد و احکام مربوط به حق طرح دعوی نقض در هاله‌ای از ابهام قرار دارند؛ قانون‌گذار به‌رغم پیشنهادهایی که در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶، در خصوص تصریح به حق طرح دعوی نقض لیسانس‌گیرندگان انحصاری مطرح شده بود (کارچانی و جعفرزاده، ۱۴۰۲: ۳۱۷)، پیرامون این امر موضع شفافیتی اتخاذ ننموده است؛ البته اشاره صریح به لزوم رعایت مقررات مربوط به تنظیم رسمی و ثبت قراردادهای لیسانس و واگذاری در مواد مربوط به حق طرح دعوی، از جمله پیشرفت‌های این قانون محسوب می‌شود.

۱-۱. دعاوی نقض حقوق ناشی از اختراعات، نمونه اشیاء مصرفی و طرح‌های

صنعتی

وفق ماده ۳۵ قانون حمایت از مالکیت صنعتی، «مالک اختراع ثبت شده یا نماینده یا قائم مقام او» می‌تواند علیه ناقض اقامه دعوی نماید؛ این حکم با توجه به مواد ۸۱ و ۹۴، راجع به نمونه اشیای مصرفی و طرح‌های صنعتی نیز مجری است؛ البته اگرچه وفق تبصره ماده ۹۳ قانون، حق اقامه دعوی نقض صرفاً به «مالک طرح صنعتی» اختصاص یافته، لکن با عنایت به ارجاع ماده ۹۴ به مواد ۳۵ و ۷۲ قانون، امکان اقامه دعوی از سوی «نماینده» و «قائم مقام» مالک طرح صنعتی نیز وجود دارد. با توجه به عدم اشاره صریح قانون‌گذار به حق طرح دعوی لیسانس‌گیرنده و عدم تبیین مفاهیم «نماینده» و «قائم مقام»، پرسش اصلی این است که با توجه به مقررات قانون می‌توان لیسانس‌گیرنده را دارای چنین حقی دانست؟

در این رابطه، ممکن است استدلال شود که «نماینده» و «قائم مقام» صرفاً در معنای عمومی خود در حقوق قراردادها و مقررات دادرسی به کار رفته و مفهوم نماینده فقط مشمول وکلای دادگستری و موارد منصوبی است که اشخاص می‌توانند نماینده غیر وکیل دادگستری معرفی نمایند (شمس، ۱۳۹۲: ب: ۵۳۱)؛ توضیح این که تنها شخصی می‌تواند به عنوان نماینده در دعوی مداخله نماید که سمت وی به عنوان نماینده در «قانون» به رسمیت شناخته شده باشد (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۲/۵۵؛ السان و خنجری، ۱۴۰۰: ۱۱۰). منظور از «قائم مقام» صرفاً انتقال‌گیرنده

در قراردادهای واگذاری حقوق مالکیت صنعتی است؛ بدین ترتیب، لیسانس گیرنده در هیچ شرایطی امکان یا حق اقامه دعوی نقض را دارا نیست. تعریف نقض در ماده ۷۰ قانون که عبارت است از «انجام هرگونه فعالیتی که حقوق انحصاری مالک گواهی نامه اختراع یا قائم مقام او را تضییع کند»، می تواند مؤید چنین برداشتی باشد؛ بر اساس این تعریف، ممکن است بیان شود که نقض صرفاً به معنای تضییع حقوق مالک یا قائم مقام است و تضییع حق لیسانس گیرنده، صرفاً از طریق ضمانت اجراهای قراردادی قابل پیگیری است و نه ضمانت اجراهای نقض حقوق مالکیت صنعتی. چنین استدلالی، از این جهت قابل نقد می نماید که به منافع لیسانس گیرنده توجهی ندارد؛ در بسیاری از فروض، متضرر اصلی نقض، لیسانس گیرنده است و مالک ممکن است به هر علت مایل به طرح دعوی نباشد (میرحسینی، ۱۳۸۷: ۳۲۵). به علاوه، چنین نگرشی با حکم قانون گذار در ماده ۳۵ ناظر بر لزوم رعایت ماده ۵۸ قانون ناظر بر تنظیم رسمی قراردادهای واگذاری و لیسانس، ناسازگار به نظر می رسد؛ به علاوه، استناد به تعریف نقض (ماده ۷۰) از این جهت راهگشا نیست که برقراری حق طرح دعوی برای لیسانس گیرنده لزوماً به معنای شناسایی حق مالکانه برای وی نبوده و ممکن است نقض، حقوق مالک را متأثر سازد، اما شخص دیگری مثل لیسانس گیرنده نیز قادر به تعقیب نقض باشد.

پاسخ به پرسش مطروحه، بدون تحلیل ماهیت قرارداد لیسانس و حقوق لیسانس گیرنده، مقدور نیست؛ چنانچه لیسانس، همانند آنچه برخی از صاحب نظران بیان داشته اند، موجب تملیک منفعت یا واگذاری حق دانسته نشود (رهبری، ۱۳۹۲: ۱۴۲)، انتقال پیش فرض حق طرح دعوی به لیسانس گیرنده منتفی است؛ بنابراین می توان گفت قانون گذار طرح دعوی توسط لیسانس گیرنده به عنوان قائم مقام یا نماینده مالک را ممکن دانسته، اما این عناوین را مفروض نپنداشته و آن را به توافقات طرفین واگذار نموده است؛ بدین ترتیب، در صورت سکوت قرارداد لیسانس گیرنده قادر به طرح دعوی نبوده و صرف انحصاری بودن لیسانس، موجب حق لیسانس گیرنده بر اقامه دعوی به عنوان قائم مقام نیست. در مقابل، اگر لیسانس (دست کم لیسانس انحصاری)، در زمره عقود ناقله دانسته شود، می توان قائل به تفکیک شده و در صورت انحصاری بودن لیسانس و سکوت قرارداد، لیسانس گیرنده را قائم مقام مالک

در طرح دعوی محسوب نمود و در فرض غیر انحصاری بودن، امکان طرح دعوی نقض توسط لیسانس گیرنده را منتفی دانست مگر این که قرارداد چنین اختیاری را به وی داده باشد؛ وفق این دیدگاه، با توجه به ماهیت انحصاری لیسانس، حق طرح دعوی با اعطای لیسانس، به لیسانس گیرنده منتقل می شود (Aleman, 2018: 11). نظر به این که متضرر اصلی نقض، عمدتاً لیسانس گیرنده انحصاری است و سرمایه گذاری وی با نقض تهدید می شود (INTA, 2019: 26)، پذیرش نظر اخیر موجه تر به نظر می رسد. با این توصیف، چون تشخیص نحوه اقدام علیه ناقضین از اختیارات مالک است (میرحسینی، ۱۳۸۷: ۳۲۴)، نامبرده همچنان می تواند در قرارداد، به لیسانس گیرنده امکان طرح دعوی داده یا حق طرح دعوی را از وی سلب نماید و مقررات قانون تنها در فرض سکوت قرارداد حاکم هستند.

گرچه ممکن است اشاره قانون گذار به لزوم جبران خسارات در صورت اثبات نقض به تقاضای هر یک از «ذی نفعان» در ماده ۷۲ قانون، مؤیدی بر برخورداری لیسانس گیرنده از حق طرح دعوی محسوب شود، اما با توجه به عبارت «در صورت اثبات نقض»، واضح است که این حکم صرفاً به مرحله پس از اقامه دعوی اشاره داشته و حکم ماده فقط در راستای اشاره به لزوم جبران خسارت برقرار شده و در مقام بیان اشخاص دارای حق طرح دعوی نیست (جعفرزاده و کارچانی، ۱۴۰۲: ۲۰۰-۱۹۹). با توجه به ارجاع صریح ماده ۳۵ به ماده ۵۸ باید در نظر داشت که شناسایی حق قانونی یا قراردادی اقامه دعوی برای لیسانس گیرنده، در هر صورت منوط به تنظیم رسمی قرارداد در دفاتر اسناد رسمی است؛ زیرا اولاً ناقض ادعایی در زمره اشخاص ثالثی است که قابلیت استناد به قرارداد در برابر آن ها منوط به ثبت قرارداد است و ثانیاً این امر از طرح ادعاهای متعدد علیه ناقض ادعایی جلوگیری خواهد نمود.

قانون گذار تعریفی از نقض «حقوق معنوی» ارائه نداده و اشخاص برخورداری از حق طرح دعوی نقض حقوق معنوی را تعیین ننموده است؛ مستند به مواد ۵۴ تا ۵۶ قانون و ارجاعات مواد ۸۱ و ۹۴ به آن ها، می توان گفت چنانچه شخصی که در پدیدآوردن اختراع، نمونه شیء مصرفی یا طرح صنعتی مشارکت نداشته به عنوان مخترع، پدیدآور یا طراح در گواهی نامه ذکر شده یا نام مخترعین، پدیدآوردگان یا

طراحان اصلی یا یکی از آنان (در فرض مشترک بودن) در گواهی‌نامه ثبت درج نشود، نقض حقوق معنوی رخ داده است؛ بدین ترتیب، مخترع، پدیدآورنده نمونه شیء مصرفی یا طراح طرح صنعتی، ذی‌نفع اقامه دعوی نقض حقوق معنوی محسوب می‌شوند. با توجه به این‌که حقوق معنوی غیر قابل انتقال و وابسته به شخصیت پدیدآورنده محسوب می‌شوند و اساساً اعمال این حقوق نیز قابل واگذاری به غیر نیست، نمی‌توان برای دارنده حقوق مادی مصادیق مذکور، به حق طرح دعوی نقض حقوق معنوی قائل بود.

۲-۱. دعاوی نقض حقوق ناشی از علائم و نام‌های تجاری

وفق ماده ۱۰۸ قانون، برخلاف ماده ۳۵، حق طرح دعوی نقض به «مالک علامت ثبت شده یا نماینده او» اختصاص داشته و سخنی از «قائم مقام» و لزوم رعایت ماده ۵۸ به میان نیامده است؛ چنانچه حذف قائم مقام در ماده ۱۰۸ ناشی از مسامحه باشد، نمی‌توان تفاوتی میان حق لیسانس‌گیرنده اختراع و علامت تجاری تصور نمود. در مقابل، اگر این اقدام عامدانه دانسته شود، لیسانس‌گیرنده در هیچ فرضی (خواه لیسانس انحصاری، خواه لیسانس غیرانحصاری) نمی‌تواند اصالتاً دعوی نقض را اقامه نماید و طرح دعوی توسط وی منحصر به فرض نمایندگی قراردادی خواهد بود (جعفرزاده و کارچانی، ۱۴۰۲: ۲۰۳-۲۰۲). نظر به این‌که، اولاً، طرح دعوی نقض علامت تجاری علاوه بر نفع مالک، نفع عموم جامعه را نیز در بر دارد (Knoll, 2015: 985)؛ ثانیاً، اقامه دعوی نقض به جهت حفظ قدرت تمایز بخشی علامت و استمرار حقوق مالک نیز واجد اهمیت است (Knoll, 2015: 985)؛ و ثالثاً، در فرض خارجی بودن مالک، به جهت پیچیدگی دعاوی (میرحسینی، ۱۳۸۷: ۳۲۵) و به دلیل عدم تمایل وی (مثلاً فاقد اهمیت بودن بازار ایران)، احتمال استمرار نقض و گمراهی مصرف‌کنندگان به دلیل نداشتن حق طرح دعوی لیسانس‌گیرنده داخلی قابل توجه است، به‌رغم فرض حکیم بودن قانون‌گذار، قائل شدن به مسامحه قانون‌گذار موجه‌تر به نظر می‌رسد.

عدم ارجاع صریح به ماده ۵۸ در ماده ۱۰۸ در مقایسه با ماده ۳۵ را نباید بر عدم لزوم تنظیم رسمی لیسانس برای ایجاد امکان طرح دعوی لیسانس‌گیرنده حمل نمود؛ زیرا با توجه به ارجاع ماده ۱۱۶ به ماده ۵۸ و اطلاق ماده ۵۸ ناظر بر لزوم

تنظیم رسمی قرارداد جهت استناد به قرارداد در مقابل اشخاص ثالث (کارچانی و جعفرزاده، ۱۴۰۲: ۳۱۵)، چنین برداشتی را منتفی می‌سازد. به همین ترتیب، انتقال گیرنده علامت تجاری نیز صرفاً در صورت تنظیم رسمی قرارداد و ثبت آن امکان اقامه دعوی علیه ناقض را خواهد داشت (BIRPI, 1967: 52).

پرسش دیگر این‌که آیا «استفاده کننده مقدم» از علامت، بدون ثبت علامت امکان طرح دعوی علیه استفاده کنندگان غیر مجاز از علامت را داراست؟ با توجه به عبارت «علامت متعلق به دیگری» در ماده ۱۰۵ و عدم اشاره بند ۲ ماده ۱۳۱ به ثبت علامت، ممکن است چنین گمان شود که استفاده کننده مستمر، مالک علامت محسوب شده و حق اقامه دعوی نقض را داراست، اما اشاره قانون‌گذار به علائم ثبت شده در مواد ۹۹ و ۱۰۰ و عبارت «مالک علامت ثبت شده» در ماده ۱۰۸ راجع به حق طرح دعوی، به روشنی چنین تصویری را از بین می‌برد. وفق ماده ۱۰۵ قانون، استفاده کننده مقدم حسب شرایط صرفاً از حق اقامه دعوی ابطال علامت مورد استفاده یا حق استمرار استفاده از علامت برخوردار است.

قانون‌گذار در ماده ۱۱۸ صرفاً به ممنوعیت استفاده گمراه کننده از نام تجاری اشاره داشته و طبعاً دعوی نقض توسط شخص یا اشخاصی قابل طرح است که مطابق قواعد عمومی «ذی نفع» و دارای سمت محسوب شوند؛ با عنایت به این‌که در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، دو نظام حمایتی «ثبت محور» و «استفاده محور» برای حمایت از نام‌های تجاری پیش‌بینی شده و با توجه به عبارت «عرفاً موجب گمراهی عموم شود» در ماده ۱۱۸ و با عنایت به بند ۲ ماده ۱۳۱، حمایت سلبی از نام‌های تجاری صرفاً با «استفاده» از نام در بازار، برقرار می‌شود، ذی نفع اقامه دعوی نقض شخص یا بنگاهی خواهد بود که استفاده از نام به وی منتسب باشد، صرف نظر از این‌که نام تجاری وفق تبصره ماده ۱۱۷ ثبت شده یا نشده باشد.

۳-۱. دعاوی نقض اسرار تجاری

در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، مقررهای پیش فرض مبنی بر شناسایی دارنده حق طرح دعوی نقض اسرار تجاری یا ارجاع به مقررات دیگر، وجود ندارد؛ بدین ترتیب، لاجرم بایستی در این رابطه به عمومات اکتفا نمود. قانون‌گذار برای اشاره

به مالک اسرار تجاری از عبارات «دارنده قانونی» در ماده ۱۲۲، «مالک» در ماده ۱۲۳ و «صاحب» در ماده ۱۲۶ بهره برده است؛ به دلیل وجود نفع مادی و معنوی (محسنی، ۱۳۹۸: ۲۶۳)، در برخورداری چنین شخصی از حق طرح دعوی نقض تردیدی وجود ندارد، اما پرسش اینجاست که آیا لیسانس گیرنده اسرار تجاری نیز از چنین حق یا امکانی برخوردار است؟ نظر به این که اولاً قرارداد لیسانس اسرار تجاری مصداقی از قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و مالکیت منفعت در آن منتفی است (رهبری، ۱۳۹۲ الف: ۱۵۲) و ثانیاً با توجه به مخاطرات پیرامون افشای اسرار تجاری در دعاوی و صلاحیت انحصاری دارنده اسرار در این خصوص، برخورداری لیسانس گیرنده از حق قانونی طرح دعوی محل تردید جدی است؛ گرچه قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۷، برگزاری غیر علنی دادگاه در دعاوی اسرار تجاری را به عنوان یکی از تدابیر حمایتی (رهبری، ۱۳۹۲ الف: ۲۰۹) پیش‌بینی نموده، اما در مقایسه با سایر مقررات^۱، صرف غیر علنی بودن دادگاه ضامن حفظ اسرار نبوده و حمایتی از دارنده در مقابل طرف دعوی به عمل نمی‌آورد؛ به همین جهت اعطای «حق قانونی» به لیسانس گیرنده جهت شروع دعوی نقض، به مصلحت دارنده اسرار نیست.

۴-۱. دعاوی نقض حقوق مالکیت صنعتی مشاع

قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۷ قانون، هم‌راستا با ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، برای هر یک از مالکان مشترک اختراع، مستقلاً نیز حق اقامه دعوی نقض را شناسایی نموده است؛ این حکم با توجه به مواد ۸۱ و ۹۴ در خصوص طرح‌های صنعتی و مدل‌های مصرفی نیز مجری است.

با توجه به این که ماده ۱۱۶ ناظر بر علائم تجاری صرفاً به تبصره ۳ ماده ۷

۱. به عنوان مثال، وفق ماده ۹ دستورالعمل اروپا راجع به حمایت از دانش فنی افشا نشده و اطلاعات تجاری (اسرار تجاری) در مقابل تحصیل، استفاده و افشای غیر قانونی مصوب ۲۰۱۶، کشورهای عضو باید تضمین کنند که در تمام مراحل دادرسی‌های مربوط به تحصیل، استفاده و افشای غیر مجاز اسرار تجاری، طرفین دعوی، وکلای آنان، کادر اداری دادگاه، شهود، کارشناسان و سایر اشخاص دخیل در دادرسی و کلیه اشخاصی که به مناسبت به اسناد مربوطه دسترسی پیدا می‌کنند، مجاز به استفاده یا افشای اطلاعات محرمانه ارائه شده در دادگاه نباشند. کشورها می‌توانند نحوه برقراری این تضمین را به دادگاه‌های خود واگذار کنند؛ وفق این ماده اعمال محدودیت در دسترسی به اسناد حاوی اسرار تجاری و اعمال محدودیت شرکت در جلسات استماع دادگاه از جمله راهکارهای حفظ اسرار تجاری در فرایند رسیدگی دادگاه عنوان شده‌اند.

و نه تبصره ۲ آن ارجاع داده، این پرسش مطرح می‌شود که آیا هر یک از مالکان مشترک علائم تجاری می‌توانند مستقلاً نیز نسبت به اقامه دعوی نقض اقدام نمایند یا اقدام آن‌ها صرفاً باید به صورت اجتماعی باشد؟ در این رابطه دو تفسیر قابل ارائه است: نخست، از منظر قانون‌گذار، مالکان مشترک علامت تجاری باید به اتفاق (نه به تنهایی) دعوی نقض حقوق ناشی از علامت تجاری را اقامه نمایند. دوم، با توجه به ماده ۱۰۷ مبنی بر جواز استفاده جداگانه هر یک از مالکان مشترک علامت که با توجه به قید «مشروط بر آن‌که استفاده هم‌زمان یا جداگانه، در عرف موجب گمراهی عموم نشود»، به‌طور ضمنی بیانگر حق هر یک از ایشان برای اقامه دعوی منع استفاده گمراه کننده علیه شریک است و همچنین با عنایت به قواعد عمومی ناظر بر اموال مشاع، هر یک از مالکان می‌توانند به تنهایی نیز نسبت به طرح دعوی نقض مبادرت نمایند؛ به نظر می‌رسد پذیرش تفسیر دوم مرجح است.

۵-۱. متقاضی اقدامات تأمینی و موقتی

وفق ماده ۷۳، «معترض» می‌تواند از مرجع قضایی، صدور قرار تأمین خواسته و دستور توقیف فراورده‌های ناقض حقوق ادعایی و نیز صدور دستور موقت نسبت به عدم ساخت، فروش یا ورود این فراورده‌ها را درخواست کند. این حکم وفق ارجاع مواد ۸۱، ۹۴، ۱۱۶، ۱۲۰، ۱۲۸ و ۱۳۰ در خصوص نمونه اشیای مصرفی، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری، اسرار تجاری و رقابت غیر منصفانه نیز جاری است.

بدیهی است تمامی اشخاصی که وفق قانون دارای حق اقامه دعوی نقض یا دعوی ناظر بر اعمال رقابت غیر منصفانه شناخته شوند، می‌توانند متقاضی اقدامات تأمینی و موقتی محسوب شوند، اما منظور از «معترض» در ماده ۷۳ چیست؟ آیا می‌توان اشخاصی را تصور نمود که ذی‌نفع اقامه دعوی نباشند، اما ذیل چتر «معترض»، متقاضی اقدامات تأمینی و موقت محسوب شوند؟ به نظر می‌رسد استفاده از «معترض» با الهام از ماده ۱۸۳ آیین‌نامه قانون ۱۳۸۶، صورت گرفته است، اما سابقه استفاده از «معترض» به عنوان متقاضی اقدامات تأمینی و موقت به ماده ۶۴ «آیین‌نامه اصلاحی اجرای قانون ثبت علائم تجاری و اختراعات» مصوب ۱۳۳۷، باز می‌گردد. بر اساس این ماده، «معترض در دعاوی حقوقی و شاکی خصوصی در دعاوی جزایی»

می‌توانست از مراجع قضایی این تدابیر را درخواست کند. با توجه به پیشینه استفاده از این واژه، در وضعیت فعلی باید آن را به معنای «خواهان» در نظر گرفت (جعفرزاده و کارچانی، ۱۴۰۲: ۲۰۰). البته، با توجه به عبارت «دعای حقوقی و کیفری» در ماده ۷۳، «معترض» را باید به معنای خواهان و شاکی دانست. برخی از نویسندگان، به لحاظ معنایی «معترض» را شامل لیسانس‌گیرنده نیز دانسته‌اند (دریایی و نوروزی، ۱۳۹۶: ۹۲-۹۳).

۲. دعاوی ناظر بر مقابله با اعمال رقابت غیر منصفانه

مقررات کشورها در خصوص اشخاص دارای حق اقامه دعوی علیه رقابت غیر منصفانه یکنواخت نبوده و هر کشور بر اساس شرایط خود، اشخاص مذکور را توسعه داده یا محدود نموده است؛ به عنوان مثال، در حقوق کانادا، رقبا صرف نظر از این‌که حقوق مالکیت فکری آن‌ها متأثر شده یا نشده باشد، مصرف‌کنندگان متضرر از ارائه نادرست اطلاعات و نهاد رقابت، می‌توانند نسبت به اقامه دعوی اقدام کنند (INTA, 2023: 40). در حقوق دانمارک، چنین حقی به «هر ذی‌نفع» اختصاص یافته است (Marketing Practices Act, 2017: art. 32.1)؛ در مقابل، در روسیه، تنها رقبا می‌توانند به ضمانت اجرای رقابت غیر منصفانه متوسل شوند (INTA, 2023: 172).

در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، قانون‌گذار در خصوص ذی‌نفع اقامه دعوی علیه اقدامات رقابت غیر منصفانه، برخلاف نقض اختراع، طرح صنعتی، مدل مصرفی و علائم تجاری، مقرره‌ای را پیش‌بینی ننموده است. بدیهی است که هر شخصی که دارای نفعی مشروع، به وجود آمده و باقی و شخصی و مستقیم باشد (شمس، ۱۳۹۲: ۵۰۸-۵۱۴)، از حق اقامه دعوی برخوردار خواهد بود. با توجه به عدم شمول اصل عدم قابلیت طرح دعاوی بازدارنده بر حفظ منافع آینده (محسنی، ۱۳۹۸: ۲۶۳) و شمول نفع بر منافع بالقوه (شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۸۷۰۰۸۱۸ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵) به نظر می‌رسد هر شخصی که از اقدامات رقابت غیر منصفانه به صورت بالقوه یا بالفعل متضرر شود، ذی‌نفع در طرح دعوی محسوب می‌شود. به عنوان مثال، هنرپیشه‌ای که از حق شهرت وی توسط یک بنگاه برای ایجاد مزیت رقابتی بلاوجه سوء استفاده شده است، مستند به

ماده ۱۲۹ این قانون، حق طرح دعوی علیه بنگاه مربوطه را داراست. به همین ترتیب، رقیب متضرر از تبلیغات مقایسه‌ای (بند ۴ ماده ۱۲۹)، می‌تواند علیه بنگاه رقیب اقامه دعوی کند (رضوی و رضوی، ۱۳۹۹: ۲۰-۲۱). همچنین، با عنایت به این‌که برخی از اقدامات رقابت غیر منصفانه (مثلاً بندهای ۲، ۳ و ۴ ماده ۱۲۹) با نقض حقوق ناشی از علائم تجاری و طرح‌های صنعتی دارای همپوشانی هستند، بایستی به ذی‌نفع بودن دارندگان این حقوق با لحاظ مقررات مربوطه، قائل بود.

به‌علاوه، با عنایت به این‌که در مقررات رقابت غیر منصفانه حمایت از مصرف‌کنندگان نیز در کنار حمایت از رقبای، مورد نظر بوده و با توجه به این‌که مصرف‌کنندگان به‌طور مستقیم متضرر اقدامات موضوع بندهای ۳ و ۵ ماده ۱۲۹،^۱ هستند، بایستی حداقل به ذی‌نفع بودن مصرف‌کنندگان در مقابله با اعمال مذکور در بندهای ۳ و ۵ قائل بود. صرف نظر از ذی‌نفع محسوب شدن مصرف‌کننده در کشورهای مثل دانمارک، در برخی از کشورها مثل ترکیه (Turkish Commercial Code, 2012: art. 56.2) و کانادا، صراحتاً به حق طرح دعوی مصرف‌کننده تصریح شده است. در همین راستا، وفق «قانون مدل وایپو راجع به حمایت در برابر اقدامات رقابت غیر منصفانه»، هر شخص حقیقی یا حقوقی که از اقدامات رقابت غیر منصفانه، زیان دیده یا در معرض آسیب باشد، استحقاق توسل به ضمانت اجرای این اقدامات را خواهد داشت (WIPO, 1996(b): art.1). بر اساس شرح این ماده، «زیان» باید به‌طور موسع تفسیر شده و تمام مواردی که خواننده دعوی، دارایی بلاجهتی را در ازای تحمیل هزینه به خواهان کسب نموده یا احتمال کسب آن وجود دارد، شامل شود؛ همچنین، امکان توسل مصرف‌کنندگان و نهادهای حمایت از مصرف‌کنندگان به صراحت مورد تأکید قرار گرفته است (WIPO, 1996: 12).

۱. ماده ۱۲۹- موارد زیر رقابت غیر منصفانه محسوب می‌شود: ... ۳- تبلیغات نادرست یا گمراه‌کننده و هرگونه ارائه اطلاعات یا ایجاد تصور نادرستی که موجب گمراهی عموم در مورد ماهیت محصولات و کیفیت آن‌ها از قبیل مواد تشکیل‌دهنده کالا، مدت اعتبار و منشأ آن‌ها، روش ساخت، میزان یا مقدار و دسترسی برای استفاده از محصولات شود؛ ... ۵- تبلیغاتی که کالای اصلی و کالای تحت مجوز بهره‌برداری (لیسانس) که کیفیت کالای اصلی را نداشته باشد را از هم متمایز ننماید.

۲. در ترکیه، مصرف‌کنندگانی که به منافع اقتصادی آن‌ها لطمه وارد شده، وفق بند ۲ ماده ۵۶ قانون تجارت ترکیه می‌توانند علیه اقدامات رقابت غیر منصفانه اقامه دعوی کنند.

۳. خواهان دعاوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت مالکیت صنعتی

قانون ۱۳۸۶، در مواد ۱۸، ۲۹ و ۴۱، «ذی‌نفع» را دارای حق اقامه دعوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت اختراعات و طرح‌های صنعتی و ابطال و لغو گواهی‌نامه‌های ثبت علائم تجاری دانسته بود؛ با توجه به عدم تبیین مفهوم ذی‌نفع و ابهام آن در دعاوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت مالکیت صنعتی، اختلاف نظرهای بسیاری پیرامون این موضوع وجود داشت؛^۱ و در آراء دادگاه‌ها نیز رویه یکنواختی به چشم نمی‌خورد؛^۲ مطالعه آراء حاکمی از این بود که دادگاه‌ها نسبت به شناسایی اشخاص ذی‌نفع در طرح دعاوی ابطال، دیدگاهی حداقلی داشتند؛ مثلاً شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران، طی دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۶۴۰ مورخ ۱۳۹۷/۶/۲۴، قرار رد دعوی صادره به دلیل عدم ذی‌نفعی در خصوص دعوی ابطال گواهی‌نامه ثبت طرح صنعتی که توسط واردکننده محصولات از ترکیه اقامه شده بود را به دلیل عدم مالکیت خواهان بر طرح صنعتی، تأیید نمود.^۳ صرف نظر از آنچه در عمل رخ خواهد داد، در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، قلمروی اشخاص دارای حق طرح دعوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت به نحو چشم‌گیری توسعه یافته است.

۳-۱. دعاوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت اختراعات، نمونه اشیاء مصرفی و

طرح‌های صنعتی

قانون‌گذار همانند برخی از کشورها مانند ژاپن (ماده ۱۱۳ قانون ثبت اختراعات) و کره جنوبی (ماده ۲-۱۳۲ قانون ثبت اختراعات اصلاحی ۲۰۱۶)، در ماده ۲۹ قانون حمایت از مالکیت صنعتی این امکان را فراهم نموده که پس از انتشار متن نهایی اختراع، «هر شخص» معترض به پذیرش اظهارنامه، ظرف نه ماه اعتراض خود را به مرجع ثبت تسلیم و یا پس از این مهلت، اعتراض (دعوی ابطال) خود را در مرجع قضایی مطرح کند. با توجه به ارجاع مواد ۸۱ و ۹۴، مقررات مذکور در خصوص دعاوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت طرح‌های صنعتی و مدل‌های مصرفی نیز

۱. بنگرید به: سیدین و کارچانی، ۱۳۹۷: ۳۷-۴۳؛ ناظری، ۱۴۰۰: ۲۹-۳۹؛ صادقی و جوهری، ۱۳۹۱: ۱۱۷-۱۴۴؛ حبیبی و ناظری، ۱۴۰۰: ۵۲-۸۶.

۲. برای مطالعه رویه قضائی در خصوص ذی‌نفع دعوی ابطال گواهی‌نامه ثبت اختراع بنگرید به: سیدین و کارچانی، ۱۴۰۳: ۶۶۱-۴۹۲؛ کارچانی، ۱۳۹۷: ۱۲۹-۱۴۴.

۳. بنگرید به: سیدین و کارچانی، ۱۳۹۷: ۳۸-۳۹.

مجری هستند. همچنین، وفق تبصره ۲ ماده ۶۷ قانون حمایت از مالکیت صنعتی، «هر شخصی می‌تواند ابطال گواهینامه اختراع و یا ابطال یک ادعا یا بخشی از ادعاهای مربوط را از مرجع صالح قضایی درخواست نماید». در نسخه اولیه طرح حمایت از مالکیت صنعتی (۱۳۹۸/۰۵/۲۶)، در تبصره ۲ ماده ۶۷، ابطال گواهی‌نامه ثبت اختراع از سوی «هر ذی‌نفع» ممکن دانسته شده بود؛ در جلسات کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس پیشنهاد شد تا مفهوم ذی‌نفع توسعه داده شده و نهادهای حاکمیتی و نظارتی، اتحادیه‌های صنفی و سازمان‌های غیردولتی فعال در زمینه موضوع اختراع را نیز شامل شود (سیدین و کارچانی، ۱۴۰۰: ۳۵)؛ در نهایت به پیشنهاد رئیس وقت کمیسیون مذکور، کلمه «ذی‌نفع» به عبارت «هر شخص» تغییر داده شد و به اتفاق آراء اعضای کمیسیون به تصویب رسید.

از یک‌سو، با بررسی سابقه قانون‌گذاری در کشورهای ژاپن و کره جنوبی می‌توان از رویکرد قانون‌گذار دفاع نمود؛ چرا که اساساً توسعه گستره اشخاصی که می‌توانند به اظهارنامه اعتراض نموده و یا بعد از اعطای گواهی‌نامه ثبت، ابطال آن را از دادگاه درخواست نمایند، نظارت عموم بر گواهی‌نامه‌های صادره را فراهم نموده و این امر در درازمدت به افزایش کیفیت اختراعات، طرح‌های صنعتی و مدل‌های مصرفی ثبت شده، منجر خواهد شد. گفتنی است که قانون‌گذار ژاپن در سال ۱۸۹۹ حق ابطال گواهی‌نامه اختراع را برای هر شخص در نظر گرفته بود (Nakayama, 2024: 651)، اما به دلیل وجود بیم سوء استفاده، در سال ۱۹۰۷ این حق به ذی‌نفع و ارزیابان مرجع ثبت محدود گردید. در قانون ۱۹۵۹ قانون‌گذار ژاپن، در خصوص شرط ذی‌نفعی مدعی ابطال اختراع، سکوت اختیار نمود، اما رویه قضایی آن کشور بر این نظر بود که اصل ذی‌نفعی در دعاوی مدنی همچنان در این دعاوی نیز جاری است (Nakayama, 2024: 651). سپس در اصلاحات سال ۲۰۰۳ قانون‌گذار ژاپن در بند ۲ از ماده ۱۲۳ جهت حفظ حقوق عامه، قلمروی مدعی ابطال را به «هر شخص» افزایش می‌دهد. در سال ۲۰۱۴ قانون‌گذار ژاپن جهت حمایت از سرمایه‌گذاری دارندگان اختراع و همچنین ایجاد تعادل و توازن میان حقوق عموم و دارندگان اختراع، میان فرآیند «اعتراض به ثبت» و «ابطال اختراع» تفکیک قائل شده و مقرر نموده که هر شخص می‌تواند ظرف شش ماه به اختراع ثبت شده، در مرجع

ثبت اعتراض نماید (مواد ۱۱۳ و ۱۱۴ قانون ثبت اختراعات) و پس از این مهلت، طبق ماده ۱۲۳ قانون ثبت اختراعات ژاپن، صرفاً اشخاص ذی‌نفع حق طرح دعوی ابطال را دارا هستند.

از دیگر سو، این میزان از توسعه اشخاص دارای حق اقامه دعوی در قانون ۱۴۰۳، از این جهت قابل انتقاد است که اشخاص سودجو و دارای سوء نیت می‌توانند با اقامه دعاوی ابطال، مخترعین و سرمایه‌گذاران را با چالش‌ها و هزینه‌های بی‌مورد مواجه نمایند؛ در واقع، توسعه افراطی اشخاص دارای حق طرح دعوی، علاوه بر تحمیل هزینه‌های بی‌جهت بر قوه قضاییه و جامعه، تأثیر منفی بر سطح نوآوری را به دنبال داشته و نوآوران را با خطر دعاوی واهی مواجه خواهد نمود (Greene, 2012: 26-27). در این رابطه باید افزود که وضعیت «اعتبار امر مختومه» دعاوی ابطال در حقوق ایران روشن نیست؛ توضیح این‌که وفق بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم قطعی میان اشخاص دارای عبارت امر مختومه بوده و اصولاً اثری نسبت به اشخاص ثالث ندارد (شمس، ۱۳۹۲: ب: ۸۲۳)، اما پرسش اینجاست که اگر دعوی ابطال گواهی‌نامه ثبت مالکیت صنعتی سابقاً توسط یک شخص علیه مالک به جهتی مشخص، اقامه شده و منتهی به حکم قطعی شده باشد، آیا شخص ثالث می‌تواند مجدداً دعوی مذکور را به همان جهت دعوی سابق علیه مالک اختراع اقامه نماید؟ آیا حداقل در خصوص برخی از جهات ابطال (مثل عدم قابلیت ثبت به عنوان اختراع یا مخالفت اختراع با نظم عمومی موضوع بند ۱ ماده ۶۷ ناظر بر ماده ۴)، نمی‌توان قائل به عدم قابلیت طرح مجدد ادعا از سوی اشخاص ثالث بود؟ در مجموع، پیش‌بینی می‌شود دادگاه‌ها در اجرای این قانون مقاومت نشان داده و دعاوی ابطال اشخاصی که طبق مقررات عام دادرسی ذی‌نفع محسوب نشوند را استماع ننمایند. در هر صورت، رقبای تجاری شخص دارنده گواهی‌نامه از جمله واردکنندگان اقلام حاوی حق موضوع گواهی‌نامه و اشخاصی که به استناد گواهی‌نامه علیه آن‌ها اقامه دعوی شده، حق طرح دعوی ابطال را خواهند داشت. گفتنی است با توجه به ماده ۱۳۳ قانون و ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در صورت وجود شرایط، با صدور قرار اناطه، مشتکی‌عنه قائل به بی‌اعتباری گواهی‌نامه شاکی در دعوی نقض، می‌تواند در

دادگاه حقوقی به طرح دعوی ابطال اقدام نموده و در این صورت پرونده کیفری تا صدور حکم قطعی در خصوص ابطال، بایگانی می‌شود.

۲-۳. دعوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت علائم تجاری

در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶، تعیین ذی‌نفع دعاوی ابطال گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری از جمله موضوعات چالش برانگیز بود؛ به عنوان مثال، در پرونده ابطال گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری «CORSAIR»، واردکننده محصولات حاوی علامت تجاری خارجی، علیه شخصی که همان علامت را در ایران ثبت نموده و ممکن بود مانع واردات وی شود، دعوی ابطال اقامه نمود؛ مرجع بدوی و تجدید نظر هر دو، با این عقیده که واردات کالا یا نمایندگی تجاری باعث ذی‌نفع تلقی شدن شخص نمی‌گردد، دعوی وی را به دلیل عدم مالکیت بر علامت اصلی، نپذیرفتند (ناظری، ۱۴۰۰: ۳۰). بر اساس پژوهش‌های آماری، در ایران قسمت عمده دعاوی در حوزه علائم تجاری به دعاوی ابطال علامت تجاری اختصاص داشته و ذی‌نفع ندانستن خواهان، یکی از دلایل عمده صدور قرار رد دعوی خواهان در این دعاوی بوده است (حبیبی و مشکین آذریان، ۱۳۹۹: ۵۰۳-۵۱۰). با توجه به این‌که علائم تجاری علاوه بر متأثر ساختن حقوق رقبا و سایر فعالان بازار، حقوق مصرف‌کنندگان و عموم جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد، تعریف سنتی مفهوم ذی‌نفع بر اساس مقررات دادرسی مدنی، در موارد متعددی پاسخگوی چالش‌های خاص موجود در حمایت از علائم تجاری نبود. به همین جهت در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، نسبت به قانون مصوب ۱۳۸۶، مفهوم ذی‌نفع توسعه داده شده است.

در قانون حمایت از مالکیت صنعتی، بر خلاف درخواست ابطال گواهی‌نامه اختراع که طبق تبصره ۲ ماده ۶۷ از سوی «هر شخص» قابل تقدیم است، ابطال گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری طبق صدر ماده ۱۱۰، تنها از سوی «ذی‌نفع» قابل درخواست است؛^۱ شایان ذکر است که به‌طور مشابه، وفق ماده ۱۰۳ قانون، اعتراض به پذیرش اظهارنامه نیز صرفاً از سوی «ذی‌نفع» قابل پذیرش است. وفق تبصره ۳ ماده ۱۱۰، «مفهوم ذی‌نفع...علاوه بر اشخاصی که مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی

۱. برای مطالعه در خصوص خواهان دعوی ابطال علامت تجاری در حقوق امریکا، بنگرید به: آقامحمدی و مولودی و حاجی‌عزیزی، ۱۴۰۰: ۴۶۵-۴۶۸.

ذی نفع محسوب می‌شوند، شامل نهادهای حاکمیتی نظارت‌کننده بر کیفیت (کنترل‌کننده کیفیت) کالاها و خدمات و اتحادیه‌های صنفی است که در زمینه موضوع علامت تجارتي فعالیت دارند». این تبصره در پیش‌نویس طرح حمایت از مالکیت صنعتی وجود نداشته و به پیشنهاد برخی از حاضرین در جلسات کمیسیون قضایی و حقوقی، به ماده الحاق شده است (سیدین و کارچانی، ۱۴۰۰: ۵۷).

با توجه به نگرش توسعه‌ای قانون‌گذار به مفهوم خواهان دعاوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت در قانون ۱۴۰۳ و با جمع تبصره ۳ ماده ۱۱۰، ماده ۱۴ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی مصوب ۱۳۸۳ و بند هـ ماده ۱ و ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی قانون اخیرالذکر، می‌توان قائل به این بود که «مصرف‌کننده» کالا یا خدمات که در نتیجه استفاده از علامت ثبت شده، راجع به مبدأ جغرافیایی گمراه گردیده، می‌تواند به عنوان ذی‌نفع دعوی ابطال علامت را اقامه نماید. در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶، مراجع قضایی حداقل در دو پرونده در این رابطه اظهار نظر نموده بودند: در پرونده‌ای که ابطال تصویر پرچم کشور سوئیس و نام پایتخت این کشور (ژنو) مندرج در علامت مربوط به محصولات آرایشی و بهداشتی از سوی سه شخص حقیقی به عنوان مصرف‌کننده از جمله به جهت گمراهی مصرف‌کننده درخواست شده بود، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران وفق دادنامه شماره ۱۴۰۲۶۸۳۹۰۰۰۸۰۲۶۲۰۱ مورخ ۱۴۰۲/۵/۳۱ بر این عقیده بود که «...خواهان‌ها جملگی از فارغ‌التحصیلان حقوق می‌باشند که برخی به شغل وکالت یا مشاوره حقوقی مشغول می‌باشند و هیچ‌گونه فعالیت تجاری ندارند و به عنوان مصرف‌کننده اقامه دعوی نموده‌اند در حالی که ملاک ضابطه تشخیص شباهت یا عدم شباهت دو علامت فریب و گمراهی مصرف‌کننده می‌باشد و خواهان وکیل مدافع دولت و کشور سوئیس نمی‌باشند که جهت حمایت از پرچم آن کشور اقامه دعوی نمایند و ماده ۶ ثالث کنوانسیون در راستای اجرای تکلیف برای دول عضو می‌باشد که اداره مالکیت صنعتی به عنوان مرجع رسمی دولتی در ایران تکلیف به کنترل دارد که علامت شبیه پرچم یا نشان رسمی کشور دیگر عضو اتحادیه پاریس نباشد و در حقوق به جز مخالفت با نظم عمومی در سایر موارد مصرف‌کننده حق اقامه دعوی ندارد و بلکه فریب مصرف‌کننده فقط ضابطه تشخیص می‌باشد. در بحث مربوط به نظم عمومی به لحاظ این که موجب

فریب و گمراهی مصرف‌کننده می‌شود به این اعتبار حق اقامه دعوی دارد که نظم عمومی را جریحه‌دار می‌سازد... از منظر نشان‌های جغرافیایی یا خدمات، می‌بایست حاوی نشان‌های جغرافیایی غیر [واقعی] نباشند و گرنه مصرف‌کننده از این منظر می‌تواند ابطال آن را درخواست نماید؛ بنابراین خواهان به عنوان مصرف‌کننده از لحاظ وجود نشان جغرافیایی در علامت خوانده ذی‌نفع می‌باشند و خوانده دلیلی بر واقعی بودن نشان جغرافیایی ارائه نکرده است دعوی را وارد و ثابت دانسته... در پرونده دیگری که سه شخص حقیقی به عنوان مصرف‌کننده، ابطال قسمتی از پرچم کشور کانادا مندرج در یک علامت تجاری مربوط به روان‌کننده‌ها (روغن موتور، گریس و ...) را از جمله به جهت گمراهی مصرف‌کننده درخواست نموده بودند، همین شعبه طی دادنامه شماره ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۳۷۷۶۶۴۷ مورخ ۱۴۰۳/۳/۲۳ چنین اظهار نظر نمود که «نظر به این‌که علامت دارای نشانی از اسم مبدأ می‌باشد؛ بنابراین هر شخص ذی‌نفعی می‌تواند اقامه دعوی نماید؛ بنابراین ایراد عدم ذی‌نفعی را وارد ندانسته...». بدین ترتیب، می‌توان قائل به این بود که اگر علامت ثبت شده، گمراه‌کننده (حداقل به لحاظ جغرافیایی) باشد، می‌توان مصرف‌کننده را ذی‌نفع دعوی ابطال دانست.

در خصوص ذی‌نفع در دعوی لغو/ابطال علامت به جهت عدم استفاده، لازم نیست که خواهان رقیب یا فعال بالفعل در حوزه علامت تجاری موضوع دعوی (کالاها یا خدمات) باشد؛ در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶ برخی از صاحب‌نظران بر این عقیده بودند که منظور از ذی‌نفع رقبای تجاری دارنده علامت هستند و در خصوص علائم ابداعی که ابتکار خاصی در آن‌ها به کار رفته، رقبای تجاری تنها در صورتی ذی‌نفع محسوب می‌شوند که درخواست ثبت عین یا مشابه علامت را داشته باشند (بهادری جهرمی و شاکری، ۱۴۰۱: ۱۳۸-۱۳۹).

با توجه به عدم قابلیت ثبت «علامتی که عین طرح صنعتی ثبت شده دیگری برای همان کالاها یا خدمات باشد» وفق بند ۱۱ ماده ۹۶ قانون حمایت از مالکیت صنعتی، وحدت ملاک ماده ۹۴ ناظر بر تبصره ۲ ماده ۷ قانون و نیز ارجاع ماده ۹۴ به ماده ۵۴ در خصوص حقوق معنوی، می‌توان گفت علاوه بر مالک طرح صنعتی، هر یک از مالکان مشترک طرح صنعتی و نیز طراح به عنوان دارنده حقوق معنوی

می‌توانند دعوی ابطال علامت تجاری مربوطه را اقامه نمایند. همچنین، اگرچه تعارض ثبت علامت با حقوق پدیدآورندگان آثار، در ماده ۹۶ به عنوان جهت ابطال پیش‌بینی نشده، اما با توجه به تمثیلی بودن جهات ابطال گواهی‌نامه ثبت علائم تجاری و با توجه به مواد ۱ تا ۳ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و این واقعیت که «حق مؤلف، اثر ادبی و هنری را در تمام زمینه‌های فعالیتی، غیر قابل تملک می‌کند (شمس، ۱۳۹۲ الف: ۹۷)»، اگر اثر هنری توسط شخص غیر مجاز به عنوان علامت ثبت شود، چنین علامتی قابل ابطال بوده و پدیدآورنده اثر یا دارنده حقوقی مادی ناشی از آن، در دعوی ابطال علامت، «ذی‌نفع» محسوب می‌شوند. در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶، این موضوع وفق دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۱۷۶ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۳۰ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران مورد تأکید قرار گرفته بود. به همین ترتیب، با توجه به ماده ۳ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای که نام، عنوان و نشانه ویژه معرف نرم‌افزارها را مورد حمایت قرار داده، چنانچه نام، عنوان و نشانه مذکور از سوی شخص ثالث به عنوان علامت تجاری برای نرم‌افزار رایانه‌ای (طبقه ۹)، ثبت شود، قابل ابطال بوده و پدیدآورنده نرم‌افزار، ذی‌نفع چنین دعوایی محسوب خواهد شد.

با عنایت به این‌که حقوق «استفاده‌کننده مقدم» وفق ماده ۱۰۵ قانون، صراحتاً شناسایی شده است، چنین شخصی نیز ذی‌نفع طرح دعوی ابطال علامت ثبت شده محسوب می‌شود؛ در فرض علم ثبت‌کننده به استفاده شخص و استمرار استفاده به مدت حداقل یک سال قبل از ثبت علامت، استفاده‌کننده مقدم حق طرح دعوی ابطال علامت ثبت شده مقدم را خواهد داشت.

برآمد

۱- با توجه به مقررات دادرسی مدنی فعلی، به نظر می‌رسد قانون‌گذار در قانون حمایت از مالکیت صنعتی در مقایسه با قانون ۱۳۸۶، در زمینه اشخاص دارای حق اقامه دعوی، توفیق قابل توجهی کسب ننموده و در مواردی عقب‌گرد نیز داشته است، اما آیا قانونی حمایتی و ماهوی باید تمامی خلأهای مقررات دادرسی را به دوش بکشد؟ آیا در صورت روزآمد بودن قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و تطابق آن با نیازها و واقعیت‌های جامعه، چالش‌های مورد بحث اساساً بروز می‌نمودند؟ در مجموع می‌توان ادعا نمود که با وجود قانون آیین دادرسی مدنی به شکل فعلی (از جمله عدم تبیین مفهوم نفع در اقامه دعوی یا همان نفع حقوقی)، چالش‌های مربوط به حق طرح دعوی، چه در زمان حاکمیت قانون ۱۳۸۶ و چه پس از لازم الاجرا شدن قانون ۱۴۰۳ وجود داشته، دارند و خواهند داشت.

۲- در وضعیت فعلی، اگرچه قابلیت اقامه دعوی ابطال گواهی‌نامه‌های ثبت اختراع، مدل مصرفی و طرح صنعتی توسط هر شخص، به نحوی ضامن حق نظارت جامعه بر انحصار اعطایی هستند، اما در هر حال، اشخاص سوء استفاده‌گر می‌توانند با تغییر خواهان، دعاوی منتهی به صدور حکم قطعی را مجدداً اقامه نموده و دارنده گواهی‌نامه ناچار به دفاع چند باره از حقوق خود خواهد بود. نگرانی ناشی از طرح دعاوی متعدد علیه دارندگان گواهی‌نامه و مواجهه دادگستری با سیل دعاوی ابطال، اگرچه در بدو امر ذهن همگان را آشفته می‌سازد، اما با کمی تأمل می‌توان بر این نظر بود که اولاً به دلیل هزینه‌های مادی و معنوی اقامه و پیگیری دعاوی در عمل اشخاص عادی جامعه به طرح این دعاوی اقدام نخواهند کرد و ثانیاً هزینه‌هایی که جامعه برای رسیدگی به این دعاوی می‌پردازد، در بلند مدت کمتر از هزینه‌ای است که جامعه بابت اعطای انحصار بلاجهت به دارندگان اختراعات، طرح‌های صنعتی و مدل‌های مصرفی غیر قابل ثبت خواهد پرداخت. مطالعه آماری مواردی که در حقوق ایران به «هر شخص» امکان اقامه دعوی داده شده (مثل ابطال مصوبات واحدهای دولتی در قانون دیوان عدالت اداری)، در راستی آزمایی چنین ادعایی راهگشا خواهد بود.

۳- در رابطه با اشخاص دارای حق اقامه دعوی نقض، صرف نظر از ابهامات و

خلاف‌های قانون مصوب ۱۴۰۳ و غیر قابل دفاع بودن عملکرد قانون‌گذار (به‌ویژه عدم تصویب مقرره‌ای همسان با ماده ۶۰ قانون ۱۳۸۶)، باید بر این نظر بود که ابهامات مذکور عمدتاً از عدم تبیین مفاهیم «قائم‌مقام» و «نماینده» در مقررات دادرسی مدنی ناشی می‌شوند. گذشته از این، در وضعیت فعلی به نظر می‌رسد باید اولاً علاوه بر مالک و واگذار شونده، بر برخورداری پیش‌فرض لیسانس‌گیرنده انحصاری از «حق» اقامه دعوی نقض قائل بود و ثانیاً در خصوص لیسانس غیر انحصاری، با توجه به اصل آزادی قراردادی، به شرط رعایت تشریفات مورد نظر قانون‌گذار در ماده ۵۸، به اراده طرفین احترام گذاشت.

۴- صرف نظر از لزوم اصلاح و روزآمد نمودن قانون آیین دادرسی مدنی، با عنایت به موارد مذکور در فوق و نظر به این‌که اصلاح قانونی که به تازگی تصویب شده است در وضعیت فعلی دور از ذهن می‌نماید، اما یکی از طرق حل چالش‌های مذکور، تدوین طرح یا لایحه‌ای پیرامون «آیین دادرسی دعاوی مالکیت صنعتی / فکری» به صورت مستقل یا تحت لوای «الحاق موادی به قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳» است؛ تبیین مفاهیم «نفع»، «ذی‌نفع»، «قائم‌مقام» و «نماینده» در دعاوی مالکیت صنعتی، اعتبار امر مختوم در این دعاوی و پیش‌بینی ضمانت اجرای مؤثر برای طرح دعاوی واهی از جمله موضوعاتی هستند که می‌توانند در تدوین پیش‌نویس طرح یا لایحه مذکور مورد نظر قرار گیرند.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * احسنی فروز، محمد (۱۳۹۰)، قرارداد انتقال تکنولوژی، تهران: دادگستر.
- * افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: میزان.
- * آقامحمدی، اکرم و مولودی، محمد و حاجی عزیزی، بیژن (۱۴۰۰)، «آیین دادرسی دعاوی ابطال و لغو گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری در حقوق ایران و امریکا»، در: حقوق مالکیت فکری؛ قانون، قضا، قرارداد، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * بهادری جهرمی، زهرا و شاکری، زهرا (۱۴۰۱)، «ابطال علایم تجاری به جهت عدم استفاده از آن»، نقد و تحلیل آراء قضایی، دوره ۱، شماره ۲.
- * جعفرزاده، میرقاسم و کارچانی، مهدی (۱۴۰۲)، «تحلیل جایگاه بهره‌بردار (لیسانس‌گیرنده) به عنوان خواهان دعوی نقض مالکیت صنعتی؛ مطالعه تطبیقی حقوق اتحادیه اروپا، ایالات متحده امریکا و ایران»، حقوق اسلامی، دوره ۲۰، شماره ۷۸.
- * حبیب، سعید و ناظری، امیر (۱۴۰۰)، «شخص صالح جهت طرح دعوی ابطال گواهی‌نامه اختراع»، دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۱۳.
- * حبیب، سعید و مشکین آذریان، آریا (۱۳۹۹)، «مطالعه تجربی رویه قضایی دادگاه‌ها در حوزه علائم تجاری با تأکید بر تحلیل مدل‌های آماری»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۱، شماره ۲.
- * دریایی، رضا و نوروزی، محمد (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی نظام دستور موقت در حقوق مالکیت صنعتی ایران و موافقتنامه تریپس»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۷۵.
- * رضوی، محمد و رضوی، علی (۱۳۹۹)، «حمایت از زیان‌دیده در برابر تبلیغات تجاری مقایسه‌ای از طریق طرح دعوی رقابت غیر منصفانه»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۳۰.
- * رهبری، ابراهیم (۱۳۹۲ الف)، حقوق اسرار تجاری، تهران: سمت.

- * رهبری، ابراهیم (۱۳۹۲ ب)، حقوق انتقال فناوری، تهران: سمت.
- * سیدین، علی و کارچانی، مهدی (۱۴۰۰)، حقوق مالکیت فکری؛ قانون، قضا، قرارداد، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * سیدین، علی و کارچانی، مهدی (۱۴۰۳)، حقوق مالکیت صنعتی در آیینہ اندیشه‌های قضایی، چاپ سوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * سیدین، علی و کارچانی، مهدی (۱۴۰۰)، بررسی، نقد و ارائه مواد پیشنهادی اصلاحی پیرامون طرح حمایت از مالکیت صنعتی (گزارش کارشناسی)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
- * سیدین، علی و کارچانی، مهدی (۱۳۹۷)، «ذی نفع در دعوای ابطال طرح صنعتی»، مطالعات آراء قضایی (رأی)، شماره ۲۲.
- * شمس، عبدالحمید (۱۳۹۲ الف)، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی، تهران: سمت.
- * شمس، عبدالحمید (۱۳۹۲ ب)، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، تهران: دراک.
- * صادقی، محمود و جوهری، مهدی (۱۳۹۱)، «ذی نفع در دعوای ناشی از اختراع از نگاه قانون و رویه قضایی»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۵۹.
- * صالحی ذهابی، جمال (۱۳۸۸)، حق اختراع؛ نگرشی تطبیقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کارچانی، مهدی و جعفرزاده، میرقاسم (۱۴۰۲)، «ثبت قرارداد لیسانس علامت تجاری؛ ضرورت‌ها، شرایط و آثار»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۹، شماره ۲.
- * کارچانی، مهدی (۱۳۹۷)، «ذی نفع دعوای ابطال گواهی نامه اختراع با نگاه به رویه قضایی (نشست قضایی)»، فصلنامه مطالعات آراء قضایی (رأی)، دوره ۵، شماره ۱۶.
- * محسنی، حسن (۱۳۹۸)، «نفع در دادخواهی‌ها: بررسی دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۳۱.
- * میرحسینی، حسن (۱۳۸۷)، حقوق اختراعات، تهران: میزان.
- * ناظری، امیر (۱۴۰۰)، «نمایندگان تجاری به عنوان ذی نفع دعوای ابطال

گواهی نامه علامت تجاری»، مطالعات آراء قضایی (رای)، شماره ۳۵.
ب. انگلیسی

- * Aleman, Marco M (2018), **“Patent Transactions. Limited regulation in the multilateral legal framework and diverse legislation and practice at the country level”**, in: Jacques de Werra (ed), *Accords de technologie/Technology Transactions*, Schulthess, Geneva.
- * BIRPI (1967), **Model law for Developing Countries on Marks, Trade Names, and Acts of Unfair Competition**, Geneva.
- * De Werra, Jacques (2013), **“The Need to Harmonize Intellectual Property Licensing Law: a European Perspective”**, in: Jacques de Werra (ed), *Intellectual Property Licensing Research Handbook*, Edward Elgar Publishing.
- * De Werra, Jacques (2018), **Accords de technologie / Technology Transactions**, Geneva: Schulthess.
- * De Werra, Jacques (2013), **Intellectual Property Licensing Research Handbook**, Edward Elgar Publishing.
- * Greene, Timothy D. (2013) **“All Substantial Rights: Toward Sensible Patent Licensee Standing”**, *Fed Circuit Bar Journal*, vol. 22.
- * INTA (2019) **“Model Trademark Law Guidelines: A Report on Consensus Points for Trademark Laws”**, International Trademark Association.
- * INTA (2023), **Unfair Competition Quick Guide**, International Trademark Association.
- * Knoll, Kelly (2015) **“Confusion Likely: Standing Requirements for Legal Representatives under the Lanham Act”**, *Columbia Law Review*, vol. 115.
- * Liddicoat, Johnathon (2017), **“Standing on the Edge—What Type**

of “Exclusive Licensees” Should be Able to Initiate Patent Infringement Actions?, International Review of Intellectual Property and Competition Law, No. 48.

* Nakayama, Ichiro (2024), **“Who May File Patent Invalidation Trial in Japan”**, in: Thouvenin, Florent, Alexander Peukert, Thomas Jaeger and Christophe Geiger (eds), **Kreation Innovation Markte- Creation Innovation Markets**, Springer.

* The European Parliament and the Council (2016), **DIRECTIVE (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition**, use and disclosure, Official Journal of the European Union.

* Thouvenin, Florent, Alexander Peukert, Thomas Jaeger and Christophe Geiger (2024), **Kreation Innovation Markte- Creation Innovation Markets**, Springer.

* WIPO (1996), **Model Provisions on Protection against Unfair Competition; Articles and Notes**, Geneva.

* WIPO (1999), **“Draft Act on the Protection of Patents, Industrial Design and Marks for the Islamic Republic of Iran”**.

چارچوب حقوقی رسیدگی به عدم تصویب مقررات در دیوان عدالت اداری

غلامرضا مولایی^۱، حسین محمدی احمدآبادی^۲، محمدعلی اشراقی جزی^۳

چکیده

دولت‌ها به عنوان متولی تمشیت امور عمومی، ناگزیر از اتخاذ تصمیمات موردی یا نوعی جهت برقراری نظم عمومی و اداره صحیح هستند که صلاحیت مذکور عمدتاً به موجب قوانین به آن‌ها اعطا می‌شود. با وجود این ضرورت، گاهی مراجع اداری از اتخاذ تصمیمات نوعی و تصویب مقررات اجرایی که به موجب قانون مکلف به انجام آن هستند خودداری می‌کنند؛ که در این صورت «ترک فعل اداری» محقق می‌شود. چارچوب حقوقی دادخواهی در موارد عدم تصویب مقررات در دیوان عدالت اداری، ابهامی است که نوشتار پیش رو با استفاده از روش توصیفی تحلیلی به آن می‌پردازد و ضمن تبیین صلاحیت شعب دیوان در رسیدگی به «ترک فعل نوعی» و الزامات آن، به این رهیافت می‌رسد که چنانچه حقوق و تکالیف توسط قانون‌گذار مشخص شده و یا موضوع تفویض شده به مقرر، ثابت و تغییرناپذیر باشد، عدم تصویب مقرر، نافی حقوق مکتسب در زمان عدم تصویب نیست، اما اگر منجر شدن حقوق و تکالیف، منوط به تصویب مقرر شده یا به صورت کلی تعیین شده باشد، عدم تصویب مقرر مانع تحقق حقوق و تکالیف می‌شود. البته در موردی که حقوق و مزایا قابل مطالبه نیست، خسارت وارد شده به سبب ترک فعل، مستند به تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان قابل مطالبه می‌باشد.

واژگان کلیدی: ترک فعل اداری، دادرسی اداری، دیوان عدالت اداری، عدم تصویب مقررات، نظارت قضایی.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد علوم و تحقیقات، حقوق‌دان شورای نگهبان
Saleh.mowla@gmail.com

۲. دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، (نویسنده مسئول)
Hossein.mohammadi.a@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)
m.alieshraghi77@gmail.com

درآمد

مطابق اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران واجد صلاحیت‌ها و اختیاراتی بوده و مستقل از یکدیگر هستند. قوه مجریه به عنوان یکی از قوای سه‌گانه مأمور اداره کشور، اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری است و مبرهن است که جهت اعمال این مأموریت، علاوه بر اختیار اتخاذ تصمیمات موردی، باید دارای صلاحیت وضع مقررات عام‌الشمول باشد. به همین دلیل قانون‌گذار اساسی، دولت را واجد صلاحیت مقررات‌گذاری دانسته و در اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی به این صلاحیت تصریح نموده است. مقررات یادشده اگرچه نمی‌توانند رأساً موجد حق و تکلیف باشند، اما در بسیاری از موارد، قابل استیفا شدن حقوق صرفاً با تصویب آن‌ها محقق خواهد شد و می‌توانند حقوق و تکالیف اشخاص و دولت را دست‌خوش تغییر قرار دهند؛ از این رو لزوم نظارت بر آن‌ها در جهت صیانت از حقوق عامه و جلوگیری از تضییع حقوق شهروندان و تحقق اصل «حاکمیت قانون» و «نظام اداری صحیح» اهمیت یافته و به ضرورتی انکارناپذیر تبدیل شده است.

در نظام حقوقی ایران مستفاد از اصول یکصد و هفتاد و یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی نظارت بر این‌گونه مقررات در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، اما آنچه در این زمینه منشأ اختلاف نظر بین حقوق‌دانان شده، آن است که هر چند صلاحیت دیوان عدالت در رسیدگی به شکایت از مقررات و تصمیمات عام‌الشمول محرز است و مطابق اصل یکصد و هفتادم و ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، دیوان می‌تواند نسبت به ابطال آن‌ها اقدام نماید، اما نظارت این نهاد بر «عدم وضع مقررات» محل تردید است. برخی دیوان عدالت را مطلقاً فاقد صلاحیت رسیدگی به شکایت از عدم تصویب مقررات دانسته (قطبی و حبیب‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۶۸۷) و ضمانت اجرای این نوع ترک فعل را صرفاً مسؤولیت سیاسی در برابر مجلس قلمداد نموده‌اند (عباسی، ۱۴۰۱: ۴۶)؛ برخی دیگر ضمن اثبات صلاحیت دیوان، در خصوص رکن صالح در رسیدگی به شکایت از «ترک فعل نوعی» بحث کرده‌اند (ویژه، ۱۳۹۱: ۱۹۷؛ آقایی طوق، ۱۳۹۸: ۶۶). اهمیت این موضوع بدان جهت است که در بسیاری از موارد، عدم تصویب مقررات یا تأخیر در تصویب آن‌ها، حقوق و

منافع اشخاص را تحت تأثیر قرار داده و می‌تواند منجر به ورود خسارت به «حقوق عامه» شود. توضیح آن‌که مطابق اصل حاکمیت قانون هر تصمیم اداری باید مبتنی بر قانون و تأمین‌کننده منافع عمومی باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۶۳)؛ لذا به همان اندازه که دامنه مشمولان این تصمیم و ذی‌نفعان آن موسع‌تر شود، رعایت این اصل نیز جنبه حیاتی‌تر پیدا می‌کند. به همین دلیل ترک فعل نوعی نیز که نقض اصل مذکور تلقی می‌گردد، منجر به تضییع حقوق گسترده‌تری از اشخاص خواهد شد و در این موارد با توجه به اصل پاسخ‌گویی و مسئولیت مراجع صالح (کاظمی بازردهی، امیرپور، شیبانی‌فر، صدری و محبی مجد، ۱۴۰۱: ۳۴۴) لزوم نقش‌آفرینی دیوان عدالت اداری و نظارت قضایی بر ترک فعل‌های نوعی در راستای تحقق حقوق عامه آشکار می‌شود. از سوی دیگر مشخص نیست که عدم تصویب مقررات یا تأخیر در تصویب آن‌ها، نافی حقوق و مزایای ذی‌نفعان در بازه مذکور می‌باشد یا خیر؛ و چگونه می‌توان خسارات وارده به اشخاص ناشی از عدم تصویب مقررات را از دیوان مطالبه نمود؟ در خصوص «ترک فعل موردی» موضوع تا حدودی مشخص بوده و پژوهش‌گران (محمدی احمدآبادی، غمامی و مولابیگی، ۱۴۰۳: ۱۰۱-۱۲۲) بدان پرداخته‌اند، اما تتبع در آثار و پژوهش‌های مرتبط، حاکی از خلأ ادبیات نظری و تحلیل رویه عملی در خصوص «ترک فعل نوعی» است و فقط در مقاله «نظارت قضایی بر عدم وضع مقررات در ایران در پرتو حقوق اداری تطبیقی» صرفاً به امکان نظارت قضایی بر عدم اتخاذ تصمیمات عام‌الشمول و رکن صالح در رسیدگی به چنین دعوایی پرداخته شده و به رویه دیوان عدالت در این زمینه اشاره‌ای نگردیده است (آقایی طوق، ۱۳۹۸: ۶۵۷-۶۷۳)؛ مضاف بر این‌که با توجه به اصلاح قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲ رویکرد جدیدی در خصوص ترک فعل اداری توسط مقنن اتخاذ شده و تبیین رویکرد مذکور در پژوهشی مستقل ضرورت دارد. در همین راستا، نوشتار حاضر با این دغدغه که جایگاه دیوان عدالت در نظام حقوقی ایران بسیار حساس و تعیین‌کننده است و می‌تواند مراجع عمومی را در برابر صلاحیت‌ها و تکالیف خود وادار به تمکین نماید [کارویژه هدایت‌گری] تا از حدود صلاحیت قانونی خویش تجاوز نکنند [کارویژه محدودکنندگی] و با شکل‌دهی هنجارهای مشخص (آرای هیأت‌های تخصصی و هیأت عمومی) فعالیت‌های بعدی خود را انتظام بخشند

[کارویژه ساختاردهی] (نجات‌خواه، ۱۳۹۲: ۱۹۱) و جهت پاسخ به این پرسش که رویه و سازکار دادخواهی در موارد عدم تصویب مقررات در دیوان عدالت چیست و کیفیت احراز و تحقق مسؤولیت مدنی دولت در این زمینه چگونه است، درصدد تبیین ضعف‌ها و اشکالات حاکم بر رویه دیوان به عنوان دادرس اداری و ارائه رویکردی جدید است تا بتواند از این رهگذر، چشم‌انداز درستی منطبق بر موازین حقوق عمومی در جهت تبیین و تصحیح رویه‌ها و رویکردها ترسیم و ارائه کند.

نگارندگان مبتنی بر پرسش‌های اخیر و با رویکردی توصیفی تحلیلی، ابتدا به بررسی نظارت دیوان عدالت بر ترک فعل اداری و رکن صالح در رسیدگی به آن پرداخته و در گام دوم، الزامات دادخواهی از عدم وضع مقرره را تبیین می‌کنند. در قسمت پایانی نوشتار نیز رویه دیوان عدالت اداری در موارد عدم وضع مقررات مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

۱. نظارت دیوان عدالت بر ترک فعل اداری

طبق اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی به صورت مطلق رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی و احقاق حقوق آن‌ها در صلاحیت دیوان عدالت قرار گرفته است، اما مواد ۱۰ و ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری صرفاً به رسیدگی به شکایت از تصمیمات و اقدامات اشاره نموده است. واژه‌های «تصمیمات» و «اقدامات» هر دو دلالت بر انجام فعل مثبت دارد؛ یعنی باید تصمیمی از جانب واحد دولتی اتخاذ شده یا اقدامی صورت گرفته باشد تا بتوان از آن شکایت کرد؛ در این صورت موضوع روشن بوده و در صورت اتخاذ تصمیم یا اقدام دستگاه می‌توان مستقیماً از تصمیم یا اقدام در دیوان عدالت طرح دعوی نمود، اما در مواردی مراجع اداری از انجام تکالیف قانونی استنکاف می‌ورزند و مرتکب «ترک فعل اداری» می‌شوند. ترک فعل از سوی مراجع اداری یا موردی است مانند عدم صدور مجوز؛ و یا نوعی است مانند عدم تصویب مقررات. حال سؤال این است: آیا از «عدم اتخاذ تصمیم» اعم از موردی یا نوعی نیز می‌توان در دیوان عدالت اداری شکایت کرد؟ پاسخ سؤال را می‌توان از منظر قانون‌گذار اساسی و قانون‌گذار عادی بررسی کرد.

۱-۱. از منظر قانون اساسی

هرگونه فعل یا ترک فعل اداری باید مستند و بر مبنای قانون باشد و هرچه دامنه مشمولان این امر، گسترده‌تر باشد لزوم پایش دقیق‌تر این اعمال از منظر انطباق با قانون در جهت صیانت از «حقوق عامه» اهمیت مضاعف خواهد یافت. در نظام حقوقی ایران، قانون اساسی قوا و مقامات رسمی را در حدود صلاحیت‌شان در قبال حقوق و مصالح عمومی به صورت مصرح یا ضمنی موظف نموده است و هم‌چنین وفق اصول شصت و یک و یکصد و پنجاه و ششم قوه قضاییه مکلف به احیای حقوق عامه شده است. دیوان عدالت نیز به عنوان یکی از ارکان قوه قضاییه در این خصوص واجد تکلیف می‌باشد؛ زیرا اولاً، در صدر اصل یکصد و پنجاه و ششم، وظیفه احیای حقوق عامه به «قوه قضاییه» تصریح گردیده و دیوان عدالت نیز در فصل یازدهم جزء قوه قضاییه محسوب شده است. هم‌چنین برخلاف آنچه برخی (کبگانی، منصوریان و افشاری، ۱۴۰۲: ۲۸۶) بیان نموده‌اند، اطلاق مندرج در فصل یازدهم، در متن قانون اساسی و حتی مشروح مذاکرات به نهاد خاص قضایی منحصر نگردیده است؛ ثانیاً، بنا بر تصریح بند دوم اصل یکصد و پنجاه و ششم مراد از احیاء، الزام خاص و حاکم بر حقوق عامه نزد دادرس می‌باشد که متضمن احقاق حقوق می‌باشد (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۱۶۵۳، پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۶: ۱۸۷)، به عبارت دیگر، قانون‌گذار اساسی با ذکر عبارت احقاق حقوق در اصل یکصد و هفتاد و سوم این نکته را الزام می‌کند که رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم از دولت باید منتج به احقاق حقوق مردم شود (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰: ۴۳۰). از سوی دیگر، احقاق مندرج در این اصل، از نزدیک‌ترین تعبیر به احیای مقرر در یکصد و پنجاه و ششم می‌باشد که مقنن اساسی بخشی از مقصود خود از احیاء را در اصل یکصد و هفتاد و سوم تفصیل داده است (موسی‌زاده، نصراللهی نصرآباد و منصوریان، ۱۴۰۲: ۳۲۳)؛ ثالثاً، در اصل یکصد و هفتاد و سوم به صورت مطلق هرگونه «شکایت نسبت به مأمورین و واحدها» در صلاحیت دیوان قرار داده شده که این اطلاق علاوه بر امکان نظارت بر «تصمیم و اقدام» شامل «ترک فعل» نیز می‌شود؛ بنابراین دیوان عدالت اداری در راستای صیانت از حقوق عامه و مستند به اصول یکصد و پنجاه و شش و یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی واجد صلاحیت

نظارت بر «ترک فعل»، مخصوصاً «ترک فعل‌های نوعی» می‌باشد.

۲-۱. از منظر قانون عادی

در اولین قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ به نظارت دیوان بر ترک فعل و الزام دستگاه به اتخاذ تصمیم یا انجام اقدام تصریح نشد، بلکه در جزء پ بند ۱ ماده ۱۱ شکایت از «خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود» در صلاحیت دیوان قرار گرفت.^۱ البته مطابق رأی وحدت رویه شماره ۵۵۶ مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۰ دیوان عالی کشور^۲ به صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به «دعوی الزام» تصریح شد و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز طی دادنامه شماره ۹۳ مورخ ۱۳۸۰/۳/۲۷ رسیدگی به ترک فعل و الزام دستگاه‌ها به اتخاذ تصمیم یا انجام اقدام را در صلاحیت دیوان دانست و شعب دیوان عدالت در رویه خویش به دعاوی الزام دستگاه به اتخاذ تصمیم یا انجام اقدام رسیدگی می‌کردند.

با تصویب قانون دیوان عدالت در سال ۱۳۸۵ در ماده ۱۴ آن مقرر گردید «در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت، موجب تضییع حقوق اشخاص

۱. برخی حقوق‌دانان معتقدند که هر چند در سال ۱۳۶۰ پیش‌بینی امکان شکایت از ترک فعل در ماده ۱۱ قانون دیوان به درستی پیش‌بینی شده، اما در سال‌های ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ این عبارت به اشتباه در صلاحیت هیأت عمومی مقرر شده است؛ چرا که دعوی الزام موضوع صلاحیت شعب است نه هیأت عمومی (نجات‌خواه، ۱۳۹۲: ۱۹۴).

۲. «صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب بهمن ماه ۱۳۶۰ تصریح شده و از آن جمله شکایت از شهرداری‌ها به شرح قسمت اخیر بند پ از شق یک ماده مرقوم به جهت تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی است که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود؛ بنابراین رسیدگی به شکایت مردم از شهرداری‌ها در مورد خودداری از صدور پروانه ساختمان در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد و رأی شعبه نهم دادگاه صلح سابق اصفهان صحیح و منطبق با موازین قانونی است».

۳. «چون به موجب ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات و تظلمات از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و شهرداری‌ها و یا خودداری آن‌ها از انجام وظایف قانونی مربوطه از جمله امتناع از ایفاء تعهدات قانونی در قبال اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی در قلمرو صلاحیت دیوان قرار دارد و رسیدگی و صدور حکم در خصوص اساس استحقاق اشخاص به دریافت بهای زمین مورد تملک دولت و شهرداری‌ها و اراضی واقع در طرح‌های مصوب شهری از مصادیق ماده مذکور است؛ بنابراین دادنامه‌های صادره از شعب ۱ و ۳ و ۴ و ۱۰ و ۱۴ و ۱۷ و ۱۹ بدوی دیوان در حدی که متضمن تایید صلاحیت دیوان در رسیدگی و صدور حکم در ماهیت شکایت می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی است».

شده باشد، شعبه رسیدگی کننده، حکم مقتضی مبنی بر نقض رأی یا لغو اثر از تصمیم و اقدام مورد شکایت یا الزام طرف شکایت به اعاده حقوق تضییع شده، صادر می‌نماید» و به صورت ضمنی رسیدگی به شکایت از ترک فعل و الزام دستگاه‌ها و مراجع اداری در صلاحیت شعب دیوان قرار گرفت و همین امر در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۴۰۲ تکرار شد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مطابق دادنامه‌های متعددی از جمله دادنامه شماره ۶۸۵ تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۳^۱ و شماره ۱۲۹۴ تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۹^۲ و شماره ۱۹۹ تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۶^۳ و ۴۴ تاریخ ۱۳۹۶/۱/۲۹^۴ رسیدگی به ترک فعل دستگاه‌های اجرایی و مأموران دولتی و الزام آن‌ها به اتخاذ تصمیم یا انجام اقدام را در صلاحیت دیوان تشخیص داده است.

در هر حال قانون‌گذار در سال ۱۴۰۲ و به موجب تبصره ۴ ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت مقرر داشت که چنانچه دستگاه از ثبت درخواست و ارائه رسید به متقاضی استنکاف کند یا از ابلاغ پاسخ مقتضی به درخواست متقاضی خودداری نماید، ذی‌نفع می‌تواند با رعایت مواعد مذکور در این ماده در دیوان طرح شکایت

۱. «... شکایت مستخدم دولت از خودداری و امتناع سازمان بیمه خدمات درمانی از ایفاء وظایف و مسؤولیت‌های قانونی مربوط در خصوص تأمین و پرداخت هزینه‌های پرداختی مستخدم دولت به مطلق بیمارستان‌ها، مراکز پزشکی، مراکز بهداشتی درمان و مراکز تشخیص و پزشکان در حد ضوابط و تعرفه‌های قانونی مربوط از نوع دعاوی داخل در صلاحیت دیوان عدالت اداری محسوب می‌شود».

۲. «... رسیدگی به شکایت اشخاص از تصمیمات و اقدامات و ترک فعل آن شرکت [شرکت انبارهای خدماتی و گمرکی ایران] از انجام وظایف و مسؤولیت‌های قانونی اداری و اجرایی مربوط در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد و دادنامه‌هایی که متضمن اعلام صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایات و تظلمات اشخاص از شرکت مزبور در دیوان است، در این حد موافق اصول و موازین قانونی می‌باشد».

۳. «همان‌طور که در دادنامه شماره ۹۳ مورخ ۱۳۸۰/۳/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصریح شده است، به موجب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی، حقوق خصوصی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آن‌ها و یا خودداری اشخاص مذکور از انجام وظایف و تکالیف قانونی، اداری و اجرایی مربوط در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار دارد».

۴. «با توجه به مفاد رأی شماره ۱۳۸۶/۹/۱۱-۹۶۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، رأی شماره ۱۳۸۹/۹/۱۶-۸۹۰۹۷۰۹۰۰۸۰۰۵۷۳ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری که در رسیدگی به خواسته شاکی مبنی بر الزام به تحویل نصاب مالکانه، دیوان عدالت اداری را صالح در رسیدگی شناخته است، صحیح و موافق مقررات می‌باشد».

نماید؛ بنابراین مطابق قانون عادی نیز، صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به «ترک فعل اداری» محرز است. افزون بر این، در صورتی که این ترک فعل نوعی بوده و منجر به تضییع حقوق عموم جامعه شود، رسیدگی به آن در راستای صیانت از حقوق عمومی ضرورت می‌یابد. در رویه موجود هم دیوان عدالت مستند به مواد اخیر، به «ترک فعل اداری» رسیدگی کرده و حسب مورد نسبت به صدور رأی مبنی بر الزام به اتخاذ تصمیم یا انجام اقدام مبادرت می‌نماید.

۲. رکن صالح؛ شعب یا هیأت عمومی؟

پس از احراز صلاحیت دیوان در رسیدگی به «ترک فعل اداری»، آنچه در این زمینه محل تردید قرار گرفته، رکن صالح در رسیدگی به «ترک فعل» در دیوان عدالت است. در خصوص رسیدگی به «ترک فعل موردی» مانند عدم صدور پروانه ساختمانی یا عدم جذب و استخدام، صلاحیت شعب دیوان مطابق مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۶ قانون دیوان بدیهی است، اما در خصوص «ترک فعل نوعی» اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از محققان با اظهار به این که در قانون دیوان عدالت اداری به امکان الزام مقامات اداری به تصویب مقررات تصریح نشده و هیأت عمومی نیز در رویه قضایی خویش متعرض چنین صلاحیتی نشده است، دیوان عدالت را مطلقاً فاقد صلاحیت رسیدگی به شکایت از عدم تصویب مقررات دانسته‌اند (قطبی و حبیب‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۶۸۷) و بیان نموده‌اند که در صورت عدم انجام این تکلیف، مسؤول مربوطه صرفاً در برابر مجلس مسؤولیت سیاسی داشته و باید پاسخ‌گو باشد (عباسی، ۱۴۰۱: ۴۶). این نظر با توجه به اصل سی و چهارم قانون اساسی مبنی بر حق دادخواهی اشخاص و همچنین اطلاق اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی در صلاحیت دیوان به رسیدگی به شکایت از دستگاه‌ها و مأموران دولتی قابل انتقاد به نظر می‌رسد. گروهی دیگر از نویسندگان اعتقاد دارند با عنایت به این که اولاً مطابق ذیل ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، صلاحیت هیأت عمومی در موارد «خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود» نیز می‌باشد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۹۶-۹۷) و منطبق حاکم بر صلاحیت‌های هیأت عمومی و اصل تعمیم نظارت قضایی این مرجع بر تمامی موارد نقض قانون‌مداری، حاکی از صلاحیت این هیأت در رسیدگی به دعاوی الزام به تصمیم‌گیری در موارد نوعی و تصویب مقررات

عام‌الشمول است (ویژه، ۱۳۹۱: ۱۹۷-۱۹۸)؛ بنابراین در مواردی که اداره از تصویب مقرر یا مصوبه خودداری نموده و شخص متقاضی تصویب آن است، رسیدگی به شکایت در صلاحیت هیأت عمومی دیوان قرار دارد.

این نظر نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً، هیأت عمومی فاقد صلاحیت الزام بوده و صرفاً دارای صلاحیت ابطال می‌باشد و تا زمانی که مصوبه‌ای وجود نداشته باشد نمی‌توان از آن در هیأت عمومی شکایت نمود و فقط شعب دیوان مستند به ماده ۱۱ قانون دیوان، واجد صلاحیت الزام هستند. به همین جهت هیأت عمومی دیوان عدالت در آراء متعدد رسیدگی به دعاوی «الزام» را در صلاحیت خود ندانسته و آن را از مصادیق صلاحیت‌ها و وظایف هیأت عمومی تشخیص نداده است. به عنوان مثال در دادنامه شماره ۱۶۹۸-۲۶۹۹ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۸ تصریح شده که «رسیدگی به خواسته الزام به اجرای آیین‌نامه فوق‌العاده نوبت کاری و هزینه جابه‌جایی محل خدمت کارمندان مصوب سال ۱۳۹۵ هیأت وزیران و پرداخت فوق‌العاده نوبت کاری از تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۱ از مصادیق صلاحیت‌ها و وظایف هیأت عمومی دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود؛ لذا رسیدگی به شکایت به خواسته فوق قابل طرح در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیست و پرونده جهت رسیدگی به شعبه دیوان عدالت اداری ارجاع می‌شود»^۱؛ ثانیاً، «عدم تصویب مقرر» از تعریف مقررات عام‌الشمول خارج است؛ به عبارت دیگر هر چند اگر آیین‌نامه یا مقرر تصویب شود مصادق تصمیمات نوعی و عام‌الشمول می‌باشد، اما عدم وضع و تصویب، ناظر به یک مقرر یا قانون بوده؛ بنابراین امری موردی است. به عنوان مثال عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی بند الف تبصره ۵ قانون بودجه ۱۴۰۲ صرفاً ناظر بر یک ماده و یک مصوبه است و نه مصوبات متعدد؛ ثالثاً، عبارت «خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود» مذکور در ماده ۱۲ قانون دیوان، از جهات رسیدگی هیأت عمومی می‌باشد و بدین معنی است که چنانچه مصوبه‌ای تصویب شده و مفاد آن به خودداری از انجام وظیفه‌ای که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود دلالت نماید،

۱. همین امر در آرای دیگر هیأت عمومی از جمله ۱۴۰۰/۶/۹-۱۵۲۰ و ۱۴۰۱/۳/۳۱-۵۹۸ و ۱۴۰۱/۱۸/۱۷-۱۴۳۵ و ۱۴۰۱/۹/۲۲-۲۰۴۷ و ۱۴۰۱/۹/۲۹-۲۰۵۲ و ۱۴۰۱/۱۲/۱۶-۱۲۸۵۹ و ۱۴۰۲/۱/۲۰-۹۵۳۷۷ و ۱۴۰۲/۱/۲۰-۳۱۵۳۸ و ۱۴۰۲/۲/۱۲-۹۷۷۹ و ۱۴۰۲/۴/۲۷-۶۸۱۸۷ نیز تکرار شده است.

این مصوبه قابل طرح در هیأت عمومی است؛ لذا رسیدگی به شکایت از عدم اقدام دستگاه در تصویب مقررات و آیین‌نامه اجرایی در صلاحیت شعب دیوان عدالت قرار دارد (مولایی و محمدی احمدآبادی، ۱۴۰۲: ۱۱۲).

۳. الزامات دادخواهی از عدم وضع مقرره

طبق صدر ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت، رسیدگی در شعب دیوان مستلزم تقدیم دادخواست است و در تبصره ۴ ماده مذکور بیان شده «در مواردی که اشخاص ذی‌نفع تقاضای انجام امر اداری یا خودداری از انجام آن را از دستگاه‌های مذکور دارند، ابتدا باید تقاضای خود را به دستگاه مربوط ارائه دهند و آن دستگاه مکلف است ضمن ثبت درخواست و ارائه رسید، حداکثر ظرف سه ماه به صورت کتبی پاسخ قطعی را (نفیاً یا اثباتاً) به ذی‌نفع ابلاغ نماید؛ مگر این‌که در سایر قوانین ظرف زمانی معینی برای پاسخ‌گویی دستگاه‌ها و مأموران مذکور مشخص شده باشد یا فوریت موضوع اقتضای زمان کوتاه‌تری را داشته باشد»؛ بنابراین با توجه به صلاحیت شعب در رسیدگی به «ترک فعل»، در موارد عدم تصویب مقررات ذی‌نفعان الزاماً باید قبل از طرح دعوی در دیوان، درخواست خود را به مرجع صالح ارائه دهند.

پس از مراجعه ابتدایی اشخاص ذی‌نفع به مرجع صالح جهت تصویب مقررات، چنان‌چه در قانون، مهلت مشخصی جهت تصویب مقرر شده باشد، مرجع مذکور مکلف است در مهلت مذکور نسبت به تصویب مقرر اقدام کند و چنان‌چه مهلتی در این زمینه مشخص نشده باشد، مهلت تصویب مقرر، سه ماه از زمان درخواست از مرجع خواهد بود. در این زمینه ممکن است بیان شود با عنایت به این‌که در تبصره ۴ ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت، دستگاه‌ها و مراجع اداری صرفاً مکلف به ارائه «پاسخ» به متقاضیان می‌باشند؛ لذا پاسخ صرفاً متضمن توضیح روند اتخاذ تصمیم و انجام مقدمات بوده و الزاماً به معنای اتخاذ تصمیم و تصویب مقرر نیست، اما این نظر قابل پذیرش نبوده و واجد ایراد است و به نظر می‌رسد هدف و مراد قانون‌گذار از «پاسخ» ظرف مهلت سه ماه در تبصره ۴ ماده ۱۶ قانون مذکور، «اتخاذ تصمیم نهایی» و انجام امر اداری در مهلت سه ماه می‌باشد؛ زیرا:

اولاً، طبق این تبصره دستگاه مکلف است «پاسخ قطعی (نفیاً یا اثباتاً)» را به شخص ذی‌نفع متقاضی ابلاغ کند و مراد از پاسخ قطعی، اتخاذ تصمیم و ابلاغ «تصمیم

لازم الاجرا» می باشد؛ چرا که اگر مراد از پاسخ، اقدامات مقدماتی باشد این تصمیمات اساساً در دیوان عدالت اداری قابل شکایت نیستند؛ در حالی که مطابق تبصره پیش گفته، شکایت از پاسخ دستگاه به صورت مطلق در صلاحیت شعب دیوان قرار گرفته است. توضیح آن که تصمیمات اداری به دو دسته لازم الاجرا و مشورتی تقسیم می شوند. گاهی دستگاه اجرایی تصمیم مشورتی یا مقدماتی اتخاذ می کند که تضییع حقی برای اشخاص ندارد؛ مانند این که موضوع را جهت تهیه پیش نویس به کمیسیون مشورتی ارجاع نماید. این قبیل تصمیمات صرفاً جنبه پیشنهاد یا ارائه طرح و برنامه را دارند و به دلیل فقد عنصر الزام، قابل شکایت نمی باشند؛ بنابراین مستتب از عبارت «پاسخ قطعی» مذکور در تبصره ۴ ماده ۱۶، تصمیم باید منجز، قطعی، لازم الاجرا و موجد یا سالب حق و تکلیف باشد و در حقوق و منافع افراد تغییر ایجاد کرده و ایجاد کننده وضعیت حقوقی جدید باشد تا بتواند موضوع شکایت قرار گیرد.

ثانیاً، از عبارت «مگر این که در سایر قوانین ظرف زمانی معینی برای پاسخ گویی دستگاه ها و مأموران مذکور مشخص شده باشد» استنباط می شود که هدف قانون گذار از پاسخ، اتخاذ تصمیم قطعی و لازم الاجرا بوده است؛ چرا که شورای نگهبان ضمن بررسی مصوبه بیان نموده است «به موجب حکم تبصره ۳ ماده حاضر، دستگاه های اجرایی مکلف شده اند «حداکثر ظرف سه ماه» به صورت کتبی پاسخ قطعی تقاضای اداری مردم را به ذی نفع ابلاغ کنند، اما نظر به این که در برخی دیگر از قوانین جاری

۱. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه های متعددی «نظریاتی که جنبه مشورت دارد» [دادنامه های ۱۲۹-۱۳۸۲/۳/۲۵ و ۱۷۹-۱۳۸۶/۳/۲۰ و ۲۸۳-۱۳۸۶/۴/۳۱ و ۳۲۱-۱۳۸۶/۵/۷ و ۱۶۸۷-۱۳۹۷/۸/۱] و «نظراتی که جنبه ارشاد یا اخبار دارد» [دادنامه های ۶۸۸-۱۳۹۶/۷/۲۵ و ۷۲۵-۱۳۹۵/۹/۲۳ و ۱۳۲۸-۱۳۹۵/۱۲/۱۰ و ۳۸۳-۱۳۹۶/۴/۲۷ و ۸۲۷-۱۳۹۶/۸/۳۰ و ۱۸۱۵-۱۳۹۷/۹/۱۳-۱۸۱۳] هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و «نظراتی که صرفاً شامل اعلام نظر کارشناسی است» [دادنامه های ۱۲۰۵-۱۳۹۵/۱۱/۱۲ و ۸۱۷-۱۳۹۶/۸/۲۳ و ۸۶۶-۱۳۹۶/۹/۷-۱۳۹۷] هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و مواردی که دارای جنبه پیشنهادی است [دادنامه های ۷۵۰-۱۳۸۵/۱۱/۸ و ۵۱۴-۱۳۸۶/۷/۸-۱۳۸۸ و ۱۱۳۸-۱۳۹۶/۱۱/۱۰ و ۱۲۹۳-۱۳۹۶/۱۲/۲۲ و ۱۴۱۰-۱۳۹۷/۶/۲۰-۱۳۹۷] هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و «مواردی که در مقام ابلاغ یا اعلان مصوبات می باشد» [دادنامه های ۴۲۶-۱۳۸۶/۶/۱۸ و ۲۶-۱۳۹۱/۱/۲۸ و ۷۷-۱۳۹۱/۲/۱۸ و ۳۵۱-۱۳۹۴/۳/۲۵ و ۴۲۰-۱۳۹۶/۵/۳-۱۳۹۶ و ۸۹۶-۱۳۹۶/۹/۱۴ و ۹۶۲-۱۳۹۶/۹/۲۸ و ۹۴۶-۱۳۹۶/۱۰/۱۹ و ۱۹۹۸-۱۳۹۷/۱۱/۹] هیأت عمومی دیوان عدالت اداری را به جهت قطعی و آمره بودن، قابل رسیدگی تشخیص نداده است.

کشور، مهلت‌ها و ضمانت اجرای متفاوتی از حکم فوق پیش‌بینی شده است، نسبت حکم تبصره با آن احکام از این حیث که آن‌ها را نسخ کرده است یا رابطه عموم و خصوص بین آن‌ها برقرار است، دارای ابهام است. برای مثال در ماده ۱ قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار «سه روز کاری» به عنوان مهلت صدور مجوزهای ثبت محور تعیین شده است» به همین دلیل قانون‌گذار جهت رفع ابهام شورای نگهبان مبنی بر این‌که نسبت پاسخ مقرر در تبصره ۴ ماده ۱۶ قانون دیوان ظرف مهلت «سه ماه» با مهلت‌های مقرر در دیگر قوانین همچون ماده ۱ قانون تسهیل مبنی بر صدور مجوز ظرف «سه روز کاری» چیست، عبارت «مگر این‌که در سایر قوانین ظرف زمانی معینی برای پاسخ‌گویی دستگاه‌ها و مأموران مذکور مشخص شده باشد» را به تبصره اضافه نموده که دلالت بر این دارد که مراد مقنن از پاسخ، اتخاذ تصمیم به صورت قطعی و منجز بوده است.

ثالثاً، عبارت مگر این‌که «فوریت موضوع، اقتضای زمان کوتاه‌تری را داشته باشد» مذکور در تبصره ۴ ماده ۱۶ نیز قرینه‌ای بر این است که منظور از پاسخ، تصمیم‌گیری به صورت نهایی می‌باشد؛ به عبارت دیگر با توجه به این‌که در برخی موارد موضوع از امور مستعجل و فوری محسوب می‌گردد، اقتضای امر، تصمیم‌گیری به صورت فوری می‌باشد، به همین دلیل مقنن رعایت مهلت «سه ماه» را لازم‌الرعايه ندانسته و قطعاً مراد مقنن این نبوده است که مرجع اداری به متقاضی پاسخ دهد که در حال بررسی موضوع یا تمهید مقدمات اتخاذ تصمیم می‌باشد، بلکه هدف اتخاذ تصمیم به صورت فوری بوده است؛ بنابراین مرجع صالح مکلف است ظرف مهلت «سه ماه» از وصول درخواست و تقاضای مراجعه کننده، نسبت به تصویب آیین‌نامه یا مصوبه اقدام نماید. شایان ذکر است که سازمان بازرسی کل کشور، دادستانی کل، دیوان محاسبات و معاونت حقوق عامه دیوان عدالت اداری مستند به مواد ۱۷ و ۱۲۰ قانون دیوان لزومی به مراجعه ابتدایی به مراجع صالح ندارند و می‌توانند رأساً در دیوان عدالت طرح شکایت مبنی بر «الزام به تصویب مقرر» نمایند (مولایی، قطبی و محمدی احمدآبادی، ۱۴۰۳: ۳۵۲).

۴. رویه دیوان عدالت در موارد عدم وضع مقررات

در موارد شکایت از ترک فعل نوعی و عدم وضع مقررات، به دو صورت ممکن است در دیوان عدالت اداری دعوی اقامه شود؛ اول آن که می‌توان در شعب دیوان، دعوایی با خواسته «الزام به وضع مقرر» مطرح کرد و دیوان عدالت به موجب مواد ۱۱ و تبصره ۴ ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری به «ترک فعل اداری» رسیدگی کرده و نسبت به «الزام» دستگاه‌های طرف شکایت اقدام نماید. در این موارد نیز برخلاف اعتقاد برخی (قطبی و حبیب‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۶۸۷ و عباسی، ۱۴۰۱: ۴۶) دیوان صالح به رسیدگی بوده و مکلف است مستند به اصل یکصد و هفتاد و سوم و مواد ۱۰ و ۱۱ قانون دیوان رأی مقتضی صادر نماید؛ هرچند تاکنون شکایتی در دیوان عدالت مبنی بر «الزام به وضع مقرر» اقامه نشده است. افزون بر این ممکن است در موارد عدم وضع مقررات، «دعوی مسئولیت مدنی دولت» در دیوان طرح شود؛ اعم از این که خواسته «اعاده حقوق زمان عدم وضع مقرر» باشد یا «مطالبه خسارت ناشی از عدم وضع مقرر». در این زمینه نسبت به حقوق و منافع تفویت شده در بازه عدم تصویب مقررات، دعوای متعددی طرح شده و منجر به صدور آرای متنوع و بعضاً متناقضی از شعب و هیأت عمومی شده است که با بررسی آرای مذکور می‌توان ضوابط و چارچوب مشخصی در این خصوص اصطیاد نمود، اما راجع به خواسته مطالبه خسارت ناشی از عدم وضع مقرر شکایات محدودتری مطرح گردیده که به آن خواهیم پرداخت.

پیش از واکاوی رویه دیوان در این خصوص ابتدا باید به این سؤال پاسخ داد که آیا امکان سلب حق در صورت ترک فعل توسط مرجع اداری یا مأموران دولتی وجود دارد. بدیهی است که سلب حق با تصمیمات و اقدامات ایجابی مراجع اداری و مأموران دولتی امکان‌پذیر است، اما آیا مراجع و مقامات مذکور می‌توانند با ترک فعل خویش نیز منجر به تضییع حقوق شهروندان شده و آن‌ها را از بهره‌مندی از حقوق خویش محروم سازند؟ در پاسخ باید بیان نمود که در موارد شخصی و موردی امکان تضییع حقوق اشخاص به جهت ترک فعل مراجع اداری و مأموران دولتی وجود دارد و به عبارت دیگر در مواردی که مرجع یا مسؤولی از اتخاذ تصمیم موردی یا انجام اقدامی امتناع ورزد، این «ترک فعل موردی» می‌تواند منجر به تضییع حقوق شهروندان

گردد؛ مانند آن که شهرداری از اعطای پروانه ساختمانی به متقاضی استنکاف کند؛ ابهام موجود در این زمینه آن است که آیا مراجع اداری و مأموران دولتی در صورت «ترک فعل نوعی» مانند عدم تصویب آیین نامه اجرایی نیز می توانند منجر به تضییع حقوق اشخاص شوند. تبیین این موضوع در گرو پاسخ به این سؤال است که اساساً مراجع و مقامات اداری می توانند نسبت به ایجاد حق برای شهروندان اقدام کنند یا این امر در صلاحیت حصری قوه مقننه است.

از یک سو مطابق اصل هفتاد و یکم قانون اساسی مجلس شورای اسلامی دارای صلاحیت عام قانون گذاری بوده و می تواند در عموم مسائل و البته در حدود مقرر در قانون اساسی نسبت به وضع قانون اقدام نماید و طبق اصل هشتاد و پنجم به جز تصویب دائمی اساسنامه سازمان ها، شرکت ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت، نمی تواند این اختیار را به قوه مجریه تفویض کند. از سوی دیگر شورای نگهبان در رویه خویش، اتخاذ تصمیم در خصوص ایجاد حقوق و تکالیف شهروندان را دارای ماهیت تقنینی دانسته و در صلاحیت مجلس شورای اسلامی مقرر نموده است.^۱ (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۸۹: ۱۰۳). هیأت عمومی دیوان عدالت هم در آرای متعدد خویش از جمله دادنامه شماره ۱۹۶ تاریخ ۱۳۸۲/۵/۱۲^۲ و شماره ۲۳۲ تاریخ ۱۳۸۲/۶/۲۳^۳ و شماره ۶۶۱-۶۶۲ مورخ ۱۳۸۶/۸/۶^۴ وضع قاعده آمره

۱. به عنوان مثال شورای نگهبان در نظر شماره ۲۵۱۲۸/۱۰۲ مورخ ۱۴۰۰/۲/۱۸ ایجاد تکلیف برای اشخاص را دارای ماهیت تقنینی دانسته است و مطابق نظر شماره ۳۵۱/۱۰۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۲/۷ صرفاً نحوه انجام تکالیف دارای ماهیت آیین نامه ای تلقی شده است.

۲. «... ب - طبق دو اصل ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وضع قانون و قواعد آمره موجب حق و تکلیف و الزامات اشخاص در عموم مسائل به قوه مقننه و یا مأذون از قبل قانون گذار اختصاص دارد ...».

۳. «نظر به این که وضع قاعده آمره موجب حق یا تکلیف درباره اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی اختصاص به مقنن دارد، مفاد تبصره ۴ ماده ۱۶ اصلاحی آیین نامه اجرایی قانون صادرات و واردات که مفهوم الزام شرکت های تعاونی مرزنشینان به اختصاص بخشی از سود حاصل از صادرات و واردات به منظور سرمایه گذاری در زمینه ایجاد و توسعه واحدهای اشتغالزا در محدوده جغرافیایی محل استقرار شرکت های مربوط می باشد خلاف مصرحات قانون در باب قلمرو اختیارات شرکت تعاونی مرزنشینان و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می شود ...».

۴. «... وضع قاعده آمره متضمن ایجاد تکلیف برای دفاتر اسناد رسمی در زمینه استعلام از هیأت های واگذاری و احیای اراضی موضوع ماده واحده فوق الذکر که مختص قانون گذار است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می شود ...».

متضمن حق و تکلیف را خارج از صلاحیت قوه مجریه تلقی کرده است. البته در بسیاری موارد، مقنن نسبت به تعیین حقوق و تکالیف اشخاص و تعیین جزییات آن اقدام می‌نماید که طبعاً اجرای آن بر عهده مراجع اداری و مأموران دولتی صالح قرار دارد، لیکن در مواردی با توجه به فنی و تخصصی بودن موضوعات و سیال و تغییرپذیر بودن آن‌ها و در راستای «تنظیم امور اداری»، «تأمین اجرای قوانین» یا «انجام وظایف اداری» تصویب آیین‌نامه اجرایی یا مقررات اداری را به هیأت وزیران، وزیر و یا مراجع اداری تفویض می‌کند. باید توجه داشت اگرچه مراجع اداری به موجب آیین‌نامه‌ها و مقررات مذکور نمی‌توانند حق و تکلیف ایجاد نمایند، اما مجلس می‌تواند پس از تعیین ضابطه، تصویب آیین‌نامه و مقررات اجرایی را به مراجع صالح اعطا کند^۱ که در این موارد «منجز و قابل استیفا شدن» و «عینی شدن حقوق و تکالیف» جز با تصویب آیین‌نامه و مقررات اجرایی امکان‌پذیر نخواهد بود. همین امر موجب شده است که برخی حقوق‌دانان (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۳۲۴) آیین‌نامه را قواعدی بدانند که به‌طور عام و عینی ایجاد حق و تکلیف می‌نماید؛ لذا ترک فعل مراجع صالح اداری در تصویب آیین‌نامه و مقررات اجرایی در مواردی که منجز و قابل استیفا شدن حقوق و مزایا جز با تصویب این مقررات امکان‌پذیر نیست، می‌تواند منجر به تضییع حقوق شهروندان شود.

با توضیحات فوق و مشخص شدن امکان تضییع حقوق در موارد «ترک فعل نوعی»، رویه دیوان عدالت در «دعای مسئولیت مدنی» را می‌توان در دو حوزه «اعاده حقوق زمان عدم وضع مقرر» و «مطالبه خسارت ناشی از عدم وضع مقرر» بررسی نمود.

۱-۴. اعاده حقوق زمان عدم وضع مقرر

پیش‌تر بیان شد که امکان تضییع حقوق شهروندان ناشی از ترک فعل اداری در تصویب مقررات عام‌الشمول وجود دارد و این موضوع نیز قابل شکایت در شعب دیوان می‌باشد. حال این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که آیا می‌توان حقوق و مزایای

۱. در موارد متعددی از جمله نظرات شماره ۱۴۰۱/۵/۲۲-۱۰۲/۳۲۴۱۲ و ۱۴۰۱/۵/۲۲-۱۰۲/۲۸۱۷۳ و ۱۴۰۰/۸/۱۲-۱۰۲/۱۹۱۰۶-۹۹/۵/۲۰-۱۳۹۹/۵/۲۰ و ۱۳۹۸/۷/۲۹-۹۸/۱۰۲/۱۳۱۵۶ شورای نگهبان تفویض مطلق تعیین حقوق و تکالیف به قوه مجریه در قالب تصویب آیین‌نامه و مقرر را واجد ایراد و مغایر اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی دانسته، اما پس از تعیین ضابطه آن را تأیید نموده است.

ایام و بازه عدم تصویب مقررات را مطالبه نمود و به عبارت بهتر، عدم تصویب یا تأخیر در تصویب مقررات مانع پرداخت حقوق و مزایا خواهد بود. رویه دیوان عدالت به شرح زیر قابل دسته‌بندی است.

۱-۴. تعیین دقیق حقوق و تکالیف به موجب قانون

در برخی موارد حقوق و تکالیف به صورت دقیق توسط قانون‌گذار مشخص می‌شود و اساساً یا «نیازی به تصویب مقرر در این خصوص وجود ندارد» یا این‌که «مقرر جنبه تأکیدی بر قانون دارد»، در این موارد با توجه به این‌که اجرای قانون منوط به تعیین ضابطه اجرایی یا تصویب دستورالعمل نشده، عدم تصویب یا تأخیر در تصویب آیین‌نامه و مقررات اجرایی نافی حقوق مکسبه قانونی نیست. به همین جهت هیأت عمومی مطابق دادنامه شماره ۹۴۹-۹۴۸ تاریخ ۱۳۹۶/۹/۲۸^۱ مقرر اجرایی را به دلیل آن‌که در قانون دلیلی بر تهیه و تدوین آیین‌نامه و دستورالعمل ذکر نشده، ابطال نموده است و مطابق دادنامه‌های شماره ۱۵۷ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۰^۲ و شماره ۱۰۶-۱۰۳ تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲۰^۳ و شماره ۱۳۴۵ تاریخ ۱۳۹۷/۵/۳۰^۴ و

۱. «... ب- طبق قانون لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب سال ۱۳۵۸ و همچنین قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب سال ۱۳۷۰، نحوه چگونگی خرید املاک و اراضی و سایر موارد از جمله حق سکونت و ممر اعاشه و غیره دقیقاً مشخص و معین شده است و در قوانین مذکور دلیلی بر تهیه و تدوین آیین‌نامه و دستورالعمل ذکر نشده است؛ بنابراین دستورالعمل مورد شکایت بر خلاف قوانین مذکور بوده و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

۲. «به صراحت مقررات لایحه قانونی نحوه بازنشسته کردن و بازخرید خدمت کارکنان مازاد بر احتیاج دولت مصوب ۱۳۵۹/۴/۱۴ وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها مکلف شده‌اند که ظرف شش ماه از تاریخ تصویب قانون مزبور کارکنان مازاد بر احتیاج خود را حسب مورد بازنشسته و یا بازخرید خدمت کنند. نظر به این‌که تأخیر در تصویب آیین‌نامه قانون مذکور نافی تکلیف فوق‌الذکر نبوده، دادنامه شماره ۲۱۱ مورخ ۱۳۷۳/۴/۹ شعبه دوم دیوان که متضمن این معنی است موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

۳. «... نظر به این‌که تأخیر در تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی قانون نافی حق مکسب قانونی از تاریخ لازم‌الاجراء شدن قانون و یا تقلیل میزان آن به اعتبار قوانین منسوخه نیست؛ بنابراین بند یک تصویب‌نامه شماره ۱۹۱۷۲۹/ت/۳۹۱۳۹ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۷ هیأت وزیران که با تمسک به مقررات منسوخه ماده واحده قانون نحوه پرداخت عیدی به کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۴ میزان عیدی آخر سال ۱۳۸۶ را مبلغ ۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال و کمتر از میزان مقرر در مادتين ۷۵ و ۱۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری تعیین کرده است، مغایر حکم قانون‌گذار تشخیص داده می‌شود ...».

۴. «... ثانیاً، با توجه به این‌که قانون‌گذار در ماده‌واحد قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام

شماره ۱۳۳۰ تاریخ ۱۳۹۸/۷/۲^۱ به جهت آن که حقوق و تکالیف در قانون به صورت دقیق مشخص گردیده و اجرای قانون یا منجر شدن حقوق و تکالیف منوط به تعیین ضابطه اجرایی یا تصویب دستورالعمل نشده است، عدم تصویب یا تأخیر در تصویب آیین نامه و مقررات اجرایی را نافی حقوق مکتسبه قانونی ندانسته است. البته در رویه ای متعارض، طی دادنامه های شماره ۸۴۲-۸۴۱ تاریخ ۱۳۸۶/۸/۲۷^۲ و شماره

سلامت مصوب سال ۱۳۸۸ کلیه شاغلین بخش دولتی و غیردولتی را مشمول قانون اعلام کرده است و با تصویب آیین نامه اجرایی قانون مذکور شرایط لازم الاجرا شدن آن محقق شده است و اجرای آن در سازمان تأمین اجتماعی به تصویب ضابطه اجرایی قانون یاد شده موکول نشده است؛ بنابراین کلیه مشمولین این قانون از جمله مستخدمین سازمان تأمین اجتماعی از زمان لازم الاجرا شدن قانون مستحق برخورداری از حقوق وضع شده در قانون می باشند و عدم تأمین اعتبار یا تأخیر در اعمال آن حقوق مکتسبه مشمولین قانون را از بین نخواهد برد. با توجه به مراتب آراء صادر شده به وارد دانستن شکایت به شرح مندرج در گردش کار صحیح و موافق مقررات تشخیص شد ...».

۱. «... ب- با توجه به این که به موجب تبصره ۵ قانون تشکیل سازمان آموزش و پرورش استثنایی مصوب سال ۱۳۶۹ مقرر شده است: «پنج سال خدمت دولتی رضایت بخش در سازمان از هر نظر از جمله بازنشستگی شش سال محسوب می گردد.» و از آنجایی که در قانون مدیریت خدمات کشوری حکمی مغایر با مقرر قانونی فوق الذکر بیان نشده تا مستند به ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری لغو شود، مضافاً استناد به تبصره مذکور در مصوبه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳ هیأت وزیران مؤید آن است که هیأت وزیران نیز قائل به عدم نسخ تبصره مذکور بوده است؛ بنابراین مصوبه هیأت وزیران جنبه تأکیدی بر اجرای حکم تبصره ۵ قانون تشکیل سازمان آموزش و پرورش استثنایی دارد و استناد به ماده ۳۰ آیین نامه داخلی هیأت دولت در جایی مصداق دارد که هیأت وزیران و کمیسیون های موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی، حق یا تکلیفی را برای وزارت خانه ها، سازمان ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت ایجاد کند و نه تکلیفی که به موجب قانون ایجاد شده است؛ بنابراین مصوبه مورد شکایت از این جهت که تاریخ اجرای قانون را از زمان تصویب مصوبه هیأت وزیران (۱۳۹۱/۱۰/۱۲) به جای تاریخ لازم الاجرا شدن قانون (۱۳۸۸/۱/۱) دانسته است به علت مغایرت با قانون مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می شود».

۲. «قانون گذار به شرح بند (الف) تبصره ۳۵ قانون بودجه سال ۱۳۷۵ کل کشور، دولت را مکلف کرده است که در سال ۱۳۷۵ به کارکنان شاغل و بازنشسته و موظف و عائله تحت تکفل آنها و وراثت کارمندان متوفی به ازاء هر نفر معادل یک دهم حداقل حقوق مبنای جدول قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت، ماهانه پرداخت نماید تا از طریق تعاونی های مصرف کارکنان دولت به صورت کالا و مایحتاج ضروری در اختیار آنان قرار گیرد و تهیه آیین نامه اجرایی آن را با همکاری وزارتین بازرگانی و تعاون به سازمان امور اداری و استخدامی کشور و تصویب آن را به عهده هیأت وزیران محول کرده است؛ بنابراین طرح شکایت به طرفیت واحدهای دولتی به خواسته اجرای حکم مقنن و پرداخت مبلغ مورد نظر قبل از تصویب آیین نامه اجرایی قانون و تخصیص اعتبار لازم به واحدهای دولتی ذی ربط و جاهت قانونی ندارد و دادنامه شماره ۲۶۲۷ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۵ شعبه اول دیوان مبنی بر رد شکایت شاکی به جهت فوق الذکر صحیح و موافق قانون تشخیص داده می شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی ربط در موارد مشابه لازم الاتباع است».

۱۱۴۸ تاریخ ۱۳۸۶/۱۰/۴^۱ پرداخت کمک هزینه کالا و مایحتاج ضروری که میزان آن در قانون مشخص شده بود را منوط به تصویب آیین‌نامه اجرایی تلقی نموده است. آرای اخیرالذکر قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا در قانون، حق و تکلیف به صورت دقیقی مشخص شده و استیفای حق منوط به تصویب مقررہ نگردیده است.

۲-۱-۴. تعیین کلی حقوق و تکالیف به موجب قانون

در بعضی موارد قانون‌گذار نسبت به ایجاد حق و تکلیف مبادرت می‌نماید، اما این امر به صورت کلی بوده و یا این‌که تحقق آن مستلزم تمهید زمینه‌های اجرایی است، در این موارد که عمدتاً راجع به اجرای قوانین برنامه توسعه می‌باشد تا قبل از تصویب مقررہ یا آیین‌نامه اجرایی اساساً پرداخت حقوق و مزایا یا مکلف نمودن مشمولان امکان‌پذیر نخواهد بود. در همین راستا هیأت عمومی طی دادنامه‌های شماره ۷۱۹ تاریخ ۱۳۹۹/۶/۳۰^۲ و شماره ۱۳۵۵ تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰^۳ و شماره ۱۴۷۱

۱. «... ثانیاً طبق بند (الف) تبصره ۳۵ قانون بودجه سال ۱۳۷۵ کل کشور دولت مکلف شده بود که در سال ۱۳۷۵ به کارکنان شاغل و بازنشسته و موظف و عائله تحت تکفل آنها و وراث کارمندان متوفی به ازاء هر نفر معادل یک‌دهم حداقل حقوق مبنای جدول قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت ماهانه پرداخت نماید تا از طریق تعاونی‌های مصرف کارکنان دولت به صورت کالا و مایحتاج ضروری در اختیار آنان قرار گیرد و در قسمت آخر بند (الف) تبصره مزبور تصریح شده بود که آیین‌نامه اجرایی مربوط توسط سازمان امور اداری و استخدامی کشور با همکاری وزارتین بازرگانی و تعاون تهیه شود و به تصویب هیأت وزیران برسد. نظر به این‌که آیین‌نامه اجرایی فوق‌الذکر تنظیم و تصویب نشده و موجبات اجرای قانون فراهم نگردیده است؛ بنابراین اجابت خواسته شاکیان در این خصوص موقعیت قانونی ندارد و دادنامه شماره ۸۶۸ مورخ ۱۳۸۴/۵/۲۶ شعبه سیزدهم دیوان مبنی بر رد شکایت صحیح و موافق اصول و موازین قانونی است...».

۲. «... ب- ... ثالثاً: حکم مقرر در بند (ج) ماده ۸۷ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران که در آن مقرر شده: «دولت مکلف است علاوه بر اجرای ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران و تبصره‌های آن و اصلاحات بعدی، تمام فرزندان شهدا و فرزندان جانبازان هفتاد درصد و بالاتر را در طول اجرای قانون برنامه، استخدام نماید.» تکلیف برنامه‌ای و کلی برای دولت است که لازم است دولت شرایط لازم در این خصوص از جمله تأمین اعتبار، تعیین سهمیه استخدامی برای دستگاه‌های اجرایی و ... را فراهم نماید و نمی‌توان به استناد این حکم قانونی یک دستگاه اجرایی خاص را بدون توجه به الزامات مقرر برای استخدام ایثارگران که در ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران مقرر شده است، از جمله وجود سهمیه استخدامی برای آن دستگاه، برگزاری آزمون بین ایثارگران و رعایت سایر ضوابط مربوطه ملزم به استخدام فرد مستثنی کرد. با توجه به مراتب رای شعبه ۲۹ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۳۹۸/۶/۲۳-۲۳۲۷ که در مقام تأیید رای شماره ۶۰۳۵-۱۳۹۷/۱۲/۱۳ شعبه ۲۹ بدوی دیوان عدالت اداری بر غیر وارد دانستن شکایت صادر شده صحیح و موافق مقررات است...».

۳. «با توجه به این‌که اولاً، به موجب ماده ۷۶ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران: «کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون ملغی‌الاثراً شده است» و «سایر احکام مواد، بندها، اجزاء و تبصره‌های

تاریخ ۱۴۰۰/۶/۹^۱ به جهت کلی و برنامه‌ای بودن تکلیف استخدام ایثارگران و لزوم تعیین جزییات و تشریفات اجرایی به وسیله مقرر، عدم تصویب یا تأخیر در تصویب آیین‌نامه اجرایی را منجر به عدم تحقق حقوق دانسته است.

۳-۴. تعیین حقوق و تکالیف در چارچوب مقرر

گاه قانون‌گذار به صراحت تحقق تکلیف و قابل استیفا شدن حق را منوط به تصویب آیین‌نامه یا مقرر اجرایی می‌کند؛ به عبارت دیگر در قانون صرفاً نسبت به تعیین ضوابط اقدام نموده و تحقق حق و تکلیف را منوط به تصویب مقرر دانسته است که بالتبع تا زمان تصویب مقررات مذکور، حقوق منجز نشده و قابل مطالبه نیز نمی‌باشد، بدیهی است که در این موارد، عدم تصویب مقررات مانع اجرای قانون خواهد بود. به همین دلیل هیأت عمومی طی دادنامه‌های شماره ۱۴۶ تاریخ

کلیه قوانینی که طی سال‌های ۱۳۸۶ تا ۱۳۹۱/۱۰/۲ به نفع ایثارگران به تصویب رسیده است، از جمله قوانین برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران و بودجه سال ۱۳۹۱ کل کشور در طول زمان اعتبار قانونی خود معتبر است؛^۲ لذا در حال حاضر در خصوص سهمیه ایثارگران در آزمون‌های استخدامی و معافیت‌های آن‌ها ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران با اصلاحات مقرر در قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران ملاک عمل می‌باشد و در این ماده قانونی در چارچوب سهمیه استخدامی ایثارگران، مبنایی برای اولویت قائل شدن برای برخی از مشمولین سهمیه ایثارگری ۲۵ درصدی نسبت به سایر ایثارگران مشمول سهمیه مذکور ملاحظه نمی‌شود و رأی شماره ۵۳۸-۱۳۹۶/۶/۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مؤید این امر می‌باشد و هیأت وزیران نیز تاکنون مستند به ماده ۷۵ قانون مذکور آیین‌نامه‌ای در این خصوص تصویب نکرده است...»

۱. «اولاً: به موجب ماده ۷۶ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران مصوب سال ۱۳۹۱: «کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون ملغی‌الاثربوده است» و «سایر احکام مواد، بندها، اجزاء و تبصره‌های کلیه قوانینی که طی سال‌های ۱۳۸۶ تا ۱۳۹۱/۱۰/۲ به نفع ایثارگران به تصویب رسیده است، از جمله قوانین برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران و بودجه سال ۱۳۹۱ کل کشور در طول زمان اعتبار قانونی خود معتبر است.» فلذا در خصوص اعمال سهمیه ایثارگران در آزمون‌های استخدامی، ماده ۲۱ قانون جامع فوق‌الذکر با اصلاحات بعدی آن ملاک عمل است و در این ماده قانونی مبنایی برای اولویت قائل شدن برای برخی از مشمولین سهمیه ایثارگری ۲۵ درصدی نسبت به سایر ایثارگران مشمول ملاحظه نمی‌شود و هیأت وزیران نیز تاکنون مستند به ماده ۷۵ قانون مذکور، آیین‌نامه‌ای در این خصوص صادر نکرده است و برخی آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله رأی شماره ۵۳۸ مورخ ۱۳۹۶/۶/۷ و شماره ۱۸۴۹-۱۸۵۱ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰ نیز مؤید این نظر است...»

۱۳۹۲/۲/۳۰^۱ و ۶۰۲ تاریخ ۱۳۹۸/۴/۱۱^۲ عدم تصویب مقرر اجرایی را مانع پرداخت حقوق و مزایا تلقی نموده است.

۴-۱-۴. تعیین مشروط حقوق و تکالیف

در بعضی موارد هم قانون‌گذار، حق و تکلیف را مشخص نموده، اما تحقق حق و عینیت یافتن آن را منوط به اتخاذ تصمیم توسط مرجع اداری کرده است که در این زمینه دو حالت متصور است؛

نخست، چنان‌چه شرایط مورد نظر مقنن برای تحقق حق، تغییرپذیر و سیال باشد، عدم اتخاذ تصمیم توسط مرجع اداری مانع احقاق حق و استیفای آن تلقی می‌شود. در همین راستا هیأت عمومی طی دادنامه شماره ۴۱۵-۴۰۹ و ۵۷۴-۵۷۳

۱. «... ثانیاً، در ماده ۱۵۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ مقرر شده است «کلیه عملیات اجرایی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای و سرمایه‌گذاری که در سال‌های برنامه چهارم بر مبنای اسناد ملی توسعه‌بخشی، اسناد ملی توسعه استانی و اسناد ملی توسعه ویژه، با خصوصیات ذیل و بر مبنای این قانون به تصویب هیأت وزیران می‌رسد، سازمان‌دهی و اجرا می‌شود.» نظر به این‌که سند ملی توسعه ویژه (فرابخشی)، موضوع بند ج ماده ۱۵۵ قانون مذکور بدون تعیین میزان شرایط ویژه و سختی کار به شاغلان محیط‌زیست و منابع طبیعی و بدون تصویب هیأت وزیران قابلیت اجرایی ندارد و تاکنون ضوابط پرداخت به تصویب مرجع ذی‌ربط نرسیده است...؛ بنابراین الزام به پرداخت فوق‌العاده ویژه موضوع بند ج ماده ۱۵۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ با توضیحات فوق‌الذکر محمل قانونی ندارد...».

۲. «ب- ... فوق‌العاده ویژه مقرر در بند ۱۰ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، منحصر به موارد خاص و مشروط به پیشنهاد سازمان و تصویب هیأت وزیران است. هیأت وزیران در خصوص پرداخت فوق‌العاده مزبور به کارکنان دستگاه‌های اجرایی دو مصوبه کلی داشته است. یکی مصوبه شماره ۸۳۴۴۷/ت/۴۸۷۲۹ هـ - ۱۳۹۲/۴/۹ است که به موجب مصوبه دیگر به شماره ۱۲۷۸۲۳ ت ۴۸۷۲۹ هـ - ۱۳۹۲/۷/۱۶ به دلیل ایراد رئیس مجلس شورای اسلامی و عدم تأمین بار مالی توسط هیأت وزیران لغو شده است. دیگری مصوبه شماره ۱۳۸۰۹۱/ت/۵۰۰۰۰ هـ - ۱۳۹۳/۱۱/۱۵ است که حکم آن مخصوص کارکنان ستادی وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌های مستقل زیر نظر رئیس‌جمهور و سازمان‌های ستادی با حیطه وظایف ملی است و شامل حال شکات پرونده‌ها که از کارمندان دانشگاه علوم پزشکی گیلان هستند نمی‌شود. ثالثاً: فوق‌العاده ویژه موضوع ماده ۵۴ آیین‌نامه اداری استخدامی اعضای غیر هیأت علمی دانشگاه‌های علوم پزشکی، نیز برای موارد خاص و برای حداکثر ۲۵ درصد از مشاغل است، مشاغلی که تعیین آن‌ها و نیز تعیین میزان فوق‌العاده قابل پرداخت به تهیه دستورالعمل مصوب هیأت اماناء موکول شده است و حسب اعلام دانشگاه علوم پزشکی گیلان و مدیرکل حقوقی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تاکنون چنین دستورالعملی تهیه و تدوین نشده است. بدیهی است بدون تهیه دستورالعمل مذکور امکان شناسایی مشاغل مورد نظر و تعیین میزان فوق‌العاده پرداختی به آنان وجود ندارد...».

۱. «... ثانیاً مطابق قانون تسری قانون نحوه بازنشستگی جانبازان انقلاب اسلامی ایران و جنگ تحمیلی و معلولین عادی و شاغلین مشاغل سخت و زیان‌آور به بنیاد شهید و امور ایثارگران مصوب سال ۱۳۸۷، حکم قانون نحوه بازنشستگی جانبازان انقلاب اسلامی ایران و جنگ تحمیلی و معلولین عادی و شاغلین مشاغل سخت و زیان‌آور مصوب سال ۱۳۶۷ به بنیاد شهید و امور ایثارگران انقلاب اسلامی تسری یافت و در تبصره ۳ قانون اخیرالذکر مقرر شده است که شاغلین مشاغل سخت و زیان‌آور که وظایف مربوط به شغل آنان باعث بروز ناراحتی‌های جسمی و روحی می‌گردد می‌توانند با داشتن حداقل بیست سال سابقه خدمت بر اساس درخواست کتبی خود با حداکثر پنج سال ارفاق بازنشسته شوند. در تبصره ۴ قانون مذکور نیز تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون به هیأت وزیران محول شده است. در بند ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون موصوف، موضوع تصویب‌نامه شماره ۴۵۶۶۴/ت/۶۵۲-۱۳۶۸/۵/۳۰ هیأت وزیران، مشاغل سخت و زیان‌آور و درجات مربوط به پست سازمانی هریک از دستگاه‌های مشمول قانون به پیشنهاد هر یک از دستگاه‌ها و تأیید شورای امور اداری و استخدامی کشور و تصویب هیأت وزیران موکول شده است. با توجه به مراتب، تشخیص مشاغل سخت و زیان‌آور و درجات مربوط به پست سازمانی در بنیاد شهید تابع احکام فوق‌الذکر است و هرچند که در حال حاضر وزرای عضو کمیسیون موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی در امور اداری و استخدامی به موجب مصوبه شماره ۲۰۰/۹۲/۸۶۶۸-۱۳۹۲/۵/۷-۲۰۰ آیین‌نامه اجرایی قانون یاد شده، مشاغل سخت و زیان‌آور درجات مربوط به پست سازمانی در بنیاد شهید و امور ایثارگران را تعیین کرده است و ملاک عمل می‌باشد، اما چون در زمان رسیدگی به پرونده‌های موضوع تعارض، مشاغل سخت و زیان‌آور و درجات مربوط به پست سازمانی در بنیاد شهید مطابق ضوابط پیش‌گفته هنوز تصویب نشده بوده است و بنیاد شهید نیز در لوائح دفاعیه که در پرونده‌های موضوع تعارض منعکس است به این مطلب تصریح کرده است و اصل حق مورد ادعا را نفی نکرده است؛ بنابراین با عدم عمل به حکم مقرر در بند ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه بازنشستگی جانبازان انقلاب اسلامی ایران و جنگ تحمیلی و معلولین عادی و شاغلین مشاغل سخت و زیان‌آور مصوب سال ۱۳۶۷ در تعیین مشاغل سخت و زیان‌آور و درجات مربوط به پست سازمانی در بنیاد شهید، امکان رسیدگی به خواسته شکایت در زمان رسیدگی به پرونده‌ها موجود نبوده است و آراء شعب دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه‌های ۱۳۹۰/۹/۱۲-۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۲۱۵۸-۹۰، ۱۳۹۰/۱۱/۱۸-۰۹۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۲۹۱۷-۹۰، ۱۳۹۰/۹/۱۲-۰۹۹۷۰۹۰۲۴۰۲۱۹۹-۸ و ۱۳۸۹/۱۲/۲۱-۰۹۰۹۹۷۰۹۰۲۴۰۲۱۹۹-۸ که با این استدلال و پیش از سیر مراحل مذکور، اجابت خواسته شاکیان را موجه تلقی نکرده‌اند صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود...».

۲. «... ب- به موجب ماده ۱ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۷ مقرر شده است: «به منظور جذب و نگهداری نیروی انسانی به مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی که در نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی انجام وظیفه می‌کنند فوق‌العاده به عنوان جذب و نگهداری قابل پرداخت است.» در ماده ۳ قانون مذکور نیز مقرر شده است: «نقاط محروم و دورافتاده موضوع این قانون نقاطی است که بر اساس عناصر تقسیمات کشوری که بنا به پیشنهاد مشترک سازمان امور اداری و استخدامی کشور، وزارت کشور و وزارت برنامه و بودجه با تصویب هیأت وزیران تعیین خواهد شد. تبصره- تعیین مناطق جنگی موضوع این قانون به پیشنهاد وزارت خانه‌های سپاه، دفاع و کشور و تصویب شورای عالی دفاع خواهد بود.» نظر به این که هیأت وزیران مصوبه‌ای ناظر بر تعیین شهر

ایلام به عنوان مناطق جنگی توسط مراجع ذی ربط، برقراری مزایای مناطق جنگی برای مستخدمین در این شهر امکان پذیر نیست.

دوم، در صورتی که شرایط مورد نظر مقنن برای تحقق حق، ثابت و تغییرناپذیر باشد؛ عدم اتخاذ تصمیم توسط مرجع اداری مانع احقاق حق و استیفای آن تلقی نمی گردد. به همین جهت هیأت عمومی طی دادنامه های شماره ۷۲۳ تاریخ ۱۳۸۶/۸/۲۲^۱ و شماره ۸۶۰ تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۳^۲ تأخیر در تعیین مناطق محروم را

ایلام به عنوان منطقه محروم وضع نکرده است؛ بنابراین شهر ایلام به عنوان منطقه محروم محسوب نمی شود. در خصوص احتساب شهر ایلام به عنوان منطقه جنگی، با توجه به پیشینه قانون مذکور و مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی در زمان تصویب آن که حاکی است برقراری مزایای مذکور برای نقاط محروم در مدت زمان محرومیت و برای نقاط جنگی در مدت زمان وقوع جنگ در نظر گرفته شده است و این امر از سیاق عبارت ماده ۱ قانون مذکور نیز مشهود است، اولاً: کارکنانی مشمول مزایای این قانون می باشند که در زمان وقوع جنگ در مناطقی که به عنوان «مناطق جنگی» تعیین می شوند خدمت نمایند و شامل خدمت در مناطق مذکور در غیر از زمان جنگ نمی شود. ثانیاً: تا زمانی که مناطق جنگی موضوع این قانون به ترتیب مقرر در تبصره ماده ۳ قانون مذکور به تصویب مراجع ذی ربط نرسیده باشد، برقراری مزایای مقرر در ماده ۱ قانون، موضوعیت ندارد. از آنجا که در زمان حیات شورای عالی دفاع چنین مقرره ای به تصویب نرسیده و در مصوبات بعدی نیز که از سوی ستاد کل نیروهای مسلح مناطق جنگی دفاع مقدس در جنگ با کشور عراق ابلاغ شده، محدوده زمانی هر منطقه جنگی مشخص شده است؛ بنابراین خارج از محدوده زمانی مقرر نمی توان مناطق ذکر شده را به عنوان منطقه جنگی محسوب کرد ...».

۱. «مطابق مادتين ۱ و ۲ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی مصوب ۱۳۶۷ به منظور جذب و نگهداری نیروی انسانی به مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و مقررات استخدامی شرکت های دولتی که در نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی انجام وظیفه می کنند، فوق العاده ای به عنوان فوق العاده جذب و نگهداری قابل پرداخت است و مستخدمین مزبور علاوه بر مرخصی استحقاقی که بر اساس مقررات مربوط به آنان تعلق می گیرد به نسبت مدت خدمت در نقاط محروم حق استفاده از یک ماه مرخصی در ازای هر سال خدمت با دریافت حقوق و فوق العاده مربوطه را دارا می باشند. هر چند نقاط محروم و دورافتاده به پیشنهاد مراجع قانونی ذی صلاح و تصویب هیأت وزیران اعلام می شود، لیکن با عنایت به این که مدت تشخیص و تعیین نقاط مذکور، عناصر تقسیمات کشوری و وجود شرایط و موقعیت نقاط مزبور از جهات مورد نظر مقنن است و مصوبه هیأت وزیران موجب اوصاف مقرر در قانون نیست، بلکه کاشف از وجود آن است؛ بنابراین دادنامه های شماره ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۸۳/۷/۲۸ شعبه هفدهم و شماره ۱۹۲۱ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱۲ شعبه هجدهم دیوان مبنی بر تأیید ادعای شاکیان و استحقاق آنان به استفاده از مزایای قانونی مندرج در مادتين فوق الذکر موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می شود ...».

۲. «... ب- مطابق مادتين ۱ و ۲ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی مصوب ۱۳۶۷ به منظور جذب و نگهداری نیروی انسانی به مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و مقررات استخدامی شرکت های دولتی که در نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی انجام وظیفه می کنند، فوق العاده ای به عنوان فوق العاده جذب و نگهداری قابل پرداخت است و مستخدمین مزبور علاوه بر مرخصی استحقاقی که بر اساس مقررات مربوط به آنان تعلق می گیرد

کاشف از وجود اوصاف مقرر در قانون دانسته است و مطابق دادنامه شماره ۶۵۴ تاریخ ۱۳۸۶/۸/۶^۱ تأخیر آموزش و پرورش در صدور احکام مستخدمان را نافی حقوق آن‌ها تلقی نکرده است. همچنین به موجب دادنامه شماره ۲۸۷-۲۶۴ تاریخ ۱۳۹۲/۴/۲۴^۲ تأخیر یا عدم ارسال تقاضای مستخدم به هیأت ممیزه ارتقای شغلی را نافی حق مستخدم تشخیص نداده است.

بنابر مراتب فوق باید بیان نمود مطابق رویه موصوف، دیوان «در مواردی که حقوق و تکالیف به صورت دقیق در قانون مشخص گردیده» و «در موارد ثابتی که حقوق و تکالیف به صورت مشروط مشخص شده و منجز شدن آن به مقام اداری

به نسبت مدت خدمت در نقاط محروم حق استفاده از یک ماه مرخصی در ازای هر سال خدمت با دریافت حقوق و فوق‌العاده مربوطه را دارا می‌باشند. نظر به این که تعیین هر یک از نقاط کشور به عنوان نقاط محروم و دورافتاده توسط هیأت مدیران کاشف از وجود شرایط قانونی مذکور می‌باشد و متضمن تحقق و اجتماع شرایط محرومیت و دورافتادگی در تاریخ تشخیص آن‌ها به عناوین مزبور نیست؛ بنابراین دادنامه شماره ۱۷۷۸ مورخ ۱۳۷۸/۹/۲۴ شعبه ششم در حدی که متضمن این معنی است موافق قانون می‌باشد ...».

۱. «مستبیط از مادتين ۶ و ۸ قانون متعهدین خدمت به وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۹ این است که دانشجویان متعهد به خدمت موضوع قانون مزبور از آغاز تحصیل خود به استخدام آزمایشی وزارت آموزش و پرورش درآمده و از حقوق و فوق‌العاده شغل مربوط به مدارک تحصیلی لازم جهت ورود به دوره تحصیلی مورد نظر برخوردار می‌شوند و در صورت نیاز و تأیید صلاحیت آنان پس از فراغت از تحصیل به‌طور رسمی و قطعی به استخدام وزارت آموزش و پرورش در می‌آیند. بنا به جهات فوق‌الذکر و عنایت به مدلول دادنامه شماره ۷۵۸ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۵ که در مقام ایجاد وحدت رویه انشاء شده و لازم‌الاتباع است، واجدین شرایط مذکور در عداد مستخدمین رسمی محسوب می‌شوند و استخدام آنان به صورت خرید خدمت یا پیمانی و نظایر آن و یا عدم تعیین تکلیف قطعی آنان با وجود احراز شرایط استخدام رسمی و جاهت قانونی ندارد و عدم اشتغال این قبیل افراد مستند به فعل آنان نبوده و تأخیر در صدور احکام رسمی نافی حق مکنتب قانونی آنان نیست؛ بنابراین دادنامه‌های شماره ۲۳۳۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۷ و ۲۶۷۴ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۵ دو شعبه ۱۰ و ۱۱ بدوی دیوان مبنی بر تأیید استحقاق شاکیان به استخدام رسمی و قطعی از تاریخ فراغت از تحصیل و احتساب ایام بلا تکلیفی و پرداخت حقوق و مزایای قانونی آن‌ها در مدت مزبور که مورد تأیید شعب تجدیدنظر نیز قرار گرفته است، صحیح و موافق قانون تشخیص داده می‌شود ...».

۲. «... ب- همان‌طور که در دادنامه‌های شماره ۲۱-۱۳۸۶/۱/۲۶ و شماره ۲۰۱-۱۳۹۰/۵/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصریح شده اولاً: در خصوص بهره‌مندی از مزایای طرح مسیر ارتقای شغلی اجتماع شرایط قانونی در زمان حاکمیت مصوبات مربوط ملاک عمل می‌باشد. ثانیاً: مطابق تصویب‌نامه شماره ۴۱۶۹/ت/۲۵۷۰۳ هـ- ۱۳۸۱/۵/۲۳ هیأت وزیران و بخشنامه‌های شماره ۱۳۸۱/۶/۹-۱۸۰۲/۱۰۳۶۶۹ و شماره ۱۳۸۳/۴/۱-۱۸۰۰/۵۳۶۷۶ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی وقت کشور، تشخیص و احراز شرایط متقاضیان با هیأت ممیزه می‌باشد و تأخیر یا عدم ارسال تقاضای مستخدم به هیأت ممیزه نافی حق مستخدم نبوده و اظهار نظر اداره بدون طرح در هیأت ممیزه مبنی بر استحقاق یا عدم استحقاق مستخدم توجیه حقوقی ندارد ...».

موکول شده» است، عدم تصویب مقررہ را نافی حقوق مکتسب ندانسته است؛ لذا در این موارد مسؤولیت مدنی دولت محرز می‌باشد و با عنایت به این که عدم تصویب مقررہ منجر به تضییع حقوق و مزایا برای اشخاص شده است، ذی‌نفعان می‌توانند در دیوان طرح دعوی نموده و حقوق و مزایای تفویت شده را مطالبه نمایند که در این صورت، شعب دیوان مکلف به صدور حکم به الزام مرجع طرف شکایت به اعاده حقوق تضییع شده خواهند بود، لیکن در مواردی که «حقوق و تکالیف به صورت کلی توسط مقنن تعیین شده» یا «عنیت یافتن آن با تعیین ضوابطی در چارچوب مقررہ تجویز گردیده» و یا «در موارد سیالی که حقوق و تکالیف به صورت مشروط مشخص شده و منجز شدن به تصمیم مقام اداری منوط شده»، عدم تصویب مقررہ را نافی حق تلقی نموده است.

۲-۴. مطالبه خسارت ناشی از عدم وضع مقررہ

علاوه بر موضوع اعاده حقوق تفویت شده در ایام عدم تصویب مقررہ، آن چه باید مورد اشاره قرار گیرد، امکان «مطالبه خسارت ناشی از عدم وضع مقررہ» و تحلیل رویه دیوان در این زمینه می‌باشد؛ توضیح آن که در برخی موارد که به تفصیل در قسمت قبل بدان پرداخته شد، عدم تصویب مقررہ یا تأخیر در تصویب آن نافی حق مکتسب اشخاص نبوده و این حقوق و مزایا قابل مطالبه می‌باشد، اینک سؤال آن است که آیا در مواردی که حقوق و مزایای ایام عدم تصویب قابل استیفا نیست، در صورتی که ترک فعل صورت گرفته منجر به ورود خسارت و ضرر به اشخاص گردیده باشد، می‌توان نسبت به طرح دعوی مطالبه خسارت در دیوان اقدام نمود؟ به عنوان مثال چنان چه عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی منجر به ورود ضرری به اشخاص شود، آیا این ضرر قابل مطالبه است؟

یکی از شکایات مطروحه در شعب دیوان عدالت، شکایت «احراز وقوع تخلف و مطالبه خسارت ناشی از آن» (که قبلاً تحت عنوان تصدیق خسارت مطرح می‌شد) می‌باشد و مطابق تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری «... در مواردی که مطالبه خسارت ناشی از تخلف در اجرای وظایف قانونی و اختصاصی یا ترک فعل از انجام وظایف مذکور از سوی واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده و مأمورین واحدها و دستگاه‌های یاد شده باشد، موضوع در دیوان

عدالت اداری مطرح و شعبه دیوان ضمن رسیدگی به احراز وقوع تخلف نسبت به اصل مطالبه خسارت، به تعیین خسارت وارده اقدام نموده و حکم مقتضی صادر می‌نماید.^۱ بنابراین صلاحیت دیوان برای رسیدگی به مطالبه خسارت منوط به آن است که خسارت، ناشی از تقصیر اداری باشد. (مولایی، ۱۴۰۳: ۲۳۴) منظور از تقصیر اداری نیز آن است که خسارت در اثر عدم رعایت قوانین و مقررات اختصاصی اداری یا نقض آن‌ها ایجاد شده باشد. شعب دیوان نیز جهت احراز وقوع تخلف و ورود خسارت باید سه رکن را احراز نمایند: نخست، وقوع فعل زیان‌بار از ناحیه دستگاه اجرایی طرف شکایت (فعل یا ترک فعل خلاف قانون)؛ دوم، ورود خسارت؛ و سوم، احراز رابطه سببیت یا رابطه علی و معلولی بین ضرر وارده و فعل زیان‌بار که دادنامه شماره ۱۴۲۷ تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به لزوم وجود تصمیم یا اقدام خلاف قانون و وجود رابطه علیت بین فعل یا ترک فعل مذکور با خسارت وارده شده تصریح نموده است؛ بنابراین چنانچه به جهت عدم تصویب مقرر و ترک فعل نوعی، خسارتی به اشخاص وارد شده باشد، این خسارت از دیوان قابل مطالبه بوده و شعب دیوان پس از احراز ارکان مذکور، حکم به ورود خسارت و تعیین میزان آن صادر می‌نماید.

در این زمینه هر چند تاکنون رأی از هیأت عمومی دیوان صادر نشده است، اما اخیراً شعبه سوم بدوی دیوان در رسیدگی به شکایتی به خواسته «مطالبه خسارتی ناشی از عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی تبصره ۳ ماده ۲۰ قانون رفع موانع تولید^۲ و

۱. «... ثانیاً: تصدیق ورود خسارت از طرف مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری موضوع تبصره یک آن ماده مستلزم تحقق و اجتماع ارکان و عناصر اصولی مثبت توجه مسئولیت مدنی مشتمل بر ارتکاب فعل یا ترک فعل خلاف قانون، ورود خسارت و وجود رابطه سببیت بلاواسطه و مستقیم بین عناصر مذکور است و به بیان دیگر مستفاد از تلفیق عبارات ماده ۱۴ و قسمت دوم بند یک ماده ۱۹ قانون مذکور، تصدیق ورود خسارت و توجه مسئولیت مدنی ناشی از آن به اشخاص فوق‌الذکر منوط بر آن است که تصمیمات یا اقدامات یا آراء قطعی یا مقررات دولتی در قلمرو صلاحیت دیوان به علت برخلاف قانون بودن آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوء استفاده از اختیارات یا تخلف در اجراء قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایف قانونی موجب تضییع حقوق یا سبب ورود خسارت بلاواسطه و مستقیم شده باشد ...».

۲. تبصره ۳- وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است ظرف مدت سه ماه پس از تصویب این قانون با همکاری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار و بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران، آیین‌نامه پوشش نوسانات نرخ ارز را تهیه کند و به تصویب هیأت وزیران

عدم تهیه سازوکار اجرایی بند ت ماده ۴۶ قانون برنامه ششم^۱ در رأی خویش^۲ ضمن احراز وقوع تخلف، حکم به ورود شکایت و الزام دولت به جبران خسارت وارده صادر نموده و مقرر داشته «... وزارت امور اقتصادی و دارایی در اجرای تبصره ۳ ماده ۲۰ قانون رفع موانع تولید اقدام به تهیه پیش‌نویس آیین‌نامه اجرایی و سپس تشکیل کارگروه تخصصی ستاد هماهنگی اقتصادی در آن وزارتخانه می‌نماید، اما به جهت دیدگاه‌های بانک مرکزی متن نهایی پیش‌نویس هیچ‌گاه مورد موافقت و تصویب در هیأت دولت نمی‌گردد ... همین امر سبب می‌شود تا شرکت شاکی که در سال ۱۳۹۶ از محل اعتبارات صندوق توسعه ملی اقدام به اخذ تسهیلات ارزی نموده و با نوسانات شدید ارزی و عدم اقدام دولت در انجام وظیفه قانونی مواجه گردیده و در مرداد ماه ۱۳۹۹ و با تقاضای شرکت مورد اشاره و موافقت بانک عامل ضمن انصراف از گرفتن مابقی تسهیلات، اصل مبلغ دریافتی را به‌علاوه سود آن پرداخت و به لحاظ مشکلات پیش‌گفته تسهیلات را پیش از موعد تسویه می‌نماید. حال و با عنایت به مراتب فوق، این شعبه دیوان بر این عقیده است ... که قصور دولت در ترک فعل ... نمی‌تواند رافع مسئولیت دولت گردد...؛ لذا این شعبه من حیث-المجموع دعوای مطروحه را وارد تشخیص و مستنداً به مواد ۱ و ۱۰ و ۱۲۲ قانون دیوان عدالت اداری و مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی و بند ۳ ماده ۳۷ قانون مدنی و بند ت ماده ۴۶ قانون برنامه ششم توسعه و تبصره ۳ ماده ۲۰ قانون رفع موانع تولید ۱- احراز وقوع تخلف طرف‌های شکایت در عدم انجام وظایف قانونی ... و ۲- الزام طرف‌های اول و دوم شکایت به پرداخت خسارت وارده ... صادر و اعلام می‌نماید.» هرچند رأی مذکور از شعبه بدوی صادر شده، اما از این جهت که مستند به تبصره «۳» ماده (۲۰) قانون رفع موانع تولید که در آن، پوشش نوسانات نرخ ارز منوط به تصویب مقرر شده و مقرر مذکور هنوز تصویب نگردیده، ترک فعل را موجب مسئولیت مدنی دولت دانسته است قابل اهمیت به نظر می‌رسد؛ بنابراین چنانچه شعبه دیوان

برساند.

۱. ت- دولت مکلف است با رعایت تبصره (۳) ماده (۲۰) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱ طی اجرای قانون برنامه سازوکار لازم برای پوشش خطرات افزایش سالانه بیش از ده درصد نرخ ارز را در بودجه سنواتی پیش‌بینی کند و برای بنگاه‌های اقتصادی دریافت‌کننده تسهیلات ارزی طراحی و به اجرا درآورد.
۲. دادنامه ۱۴۰۳۳۱۳۹۰۰۰۲۸۵۶۵۰-۱۴۰۳/۲/۹ شعبه سوم بدوی.

احراز نماید که ترک فعل نوعی صورت گرفته خلاف قانون بوده و ناشی از این ترک فعل، به شاکی خسارت وارد شده است، مکلف است مستند به تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان که صراحتاً به امکان دادخواهی از ترک فعلی که منجر به ایراد خسارت شده اشاره نموده، پس از تعیین میزان خسارت وارده، نسبت به صدور حکم اقدام کند. البته باید توجه داشت که چنانچه حقوق و مزایای ایام عدم تصویب مقرر از دیوان مطالبه گردد و دیوان نیز طبق آرای سابق نسبت به صدور حکم به اعاده حقوق تفویض شده در ایام مذکور حکم به ورود شکایت صادر کند، در این موارد، دیگر دعوی «احراز وقوع تخلف و مطالبه خسارت ناشی از عدم تصویب مقرر» قابل طرح نیست؛ چراکه با پرداخت حقوق و مزایا، خسارت نیز جبران می‌شود، لیکن چنانچه اساساً در ایام عدم تصویب مقرر حقوق و مزایایی ایجاد نشده و مکتسب نگردیده باشد، دعوی احراز وقوع تخلف و مطالبه خسارت قابل طرح می‌باشد.

با تبیین رویه دیوان عدالت و آسیب‌شناسی آن، علاوه بر آن که ضرورت دارد تا دیوان عدالت حسب مورد با استنباط این که کلیه حقوق و تکالیف در قانون مشخص گردیده یا منجز شدن آن به تصویب مقرر منوط شده است و همچنین خسارات وارده به اشخاص ناشی از عدم تصویب مقرر بوده است یا خیر، نسبت به صدور رأی مبادرت نماید، شایسته است قانون‌گذار در راستای جلوگیری از ترک فعل‌های نوعی و همچنین اقامه این‌گونه دعاوی و تحمیل بار مالی به دولت، نسبت به احاله موضوعات به مقررات دقت بیشتری به خرج داده و در کلیه موارد و بدون وجود ضرورت، دولت را مکلف به تصویب مقرر ننماید. علاوه بر این، در موارد احاله موضوع به تصویب مقرر، مبتنی بر بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، مهلت مشخصی را برای تصویب مقررات مذکور تعیین کرده و ضمانت اجرای تخلف از مهلت یاد شده را مشخص کند.

برآمد

۱- تصمیم اداری مهم‌ترین ابزار قانونی مراجع اداری برای انجام مأموریت‌ها و فعالیت‌های خویش مخصوصاً ارائه خدمات عمومی، تأمین نظم عمومی و امنیت است؛ که این‌گونه تصمیمات، یا به صورت موردی در قالب مجوز و یا نوعی در قالب مقرر اتخاذ شده و لازم‌الاجرا می‌گردند، لیکن در مواردی مراجع مذکور از اتخاذ تصمیم که مطابق قوانین مکلف به انجام آن بوده یا توسط ذی‌نفعان، انجام یا عدم انجام آن درخواست شده است، به جهت فشار کاری، سوء استفاده و سهل‌انگاری، احتیاط، خوف مسئولیت و عواقب قانونی اعم از این‌که برای تصمیم یا اقدام مذکور، مهلت پیش‌بینی شده باشد یا خیر، استنکاف می‌ورزند که در این حالت «ترک فعل یا سکوت اداری» محقق خواهد شد و چنان‌چه این امر، عدم اتخاذ تصمیمات عام‌الشمول باشد بدان «ترک فعل نوعی» اطلاق می‌گردد.

۲- با توجه به عموم و اطلاق عبارت «شکایت نسبت به مأمورین و واحدها» در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و همچنین مستفاد از مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایت از عدم وضع مقررات در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری است و البته مطابق تبصره ۴ ماده ۱۶ قانون دیوان، این امر مستلزم مراجعه ابتدایی به مرجع صالح در وضع مقرر می‌باشد. بررسی رویکرد دیوان عدالت در این زمینه حاکی از آن است که اگرچه تاکنون نسبت به الزام مرجع اداری به وضع مقرر شکایتی در دیوان طرح نگردیده، اما نسبت به مطالبه حقوق زمان عدم تصویب مقررات دادرخواهی صورت پذیرفته است. در این خصوص و فارغ از صدور آرای متشتت، در اغلب موارد دیوان صرفاً «در مواردی که حقوق و تکالیف به صورت دقیق در قانون مشخص گردیده» و «در موارد ثابتی که حقوق و تکالیف به صورت مشروط توسط مقنن مشخص شده و منجز شدن آن به مقام اداری موکول شده» است، عدم تصویب مقرر را نافی حقوق مکسب ندانسته است، لیکن در مواردی که «حقوق و تکالیف به صورت کلی توسط مقنن تعیین شده» یا «عینیت یافتن آن با تعیین ضوابطی در چارچوب مقرر تجویز گردیده» و یا «در موارد سیالی که حقوق و تکالیف به صورت مشروط مشخص شده و منجز شدن به تصمیم مقام اداری منوط شده»، عدم تصویب مقرر را نافی حق تلقی نموده است.

فهرست منابع

- * اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- * امامی، محمد و استوارسنگری، کوروش (۱۳۹۱)، حقوق اداری، تهران: میزان.
- * آقای طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «نظارت قضایی بر عدم وضع مقررات در ایران در پرتو حقوق اداری تطبیقی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، شماره ۳.
- * پژوهشکده شورای نگهبان (۱۴۰۱)، نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح اصلاح قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، کد گزارش: ۱۴۰۱۰۵۱۰.
- * پژوهشگاه قوه قضاییه (۱۳۹۶)، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * جمعی از نویسندگان (۱۴۰۰)، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- * حبیب‌زاده، توکل و قطبی، میلاد (۱۴۰۲)، «دادخواهی نسبت به ترک فعل دولت در قبال حقوق اساسی مردم»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۳، شماره ۳.
- * طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، حقوق اداری، تهران: سمت.
- * عباسی، بیژن (۱۴۰۱)، حقوق اداری، چاپ هفتم، تهران: دادگستر.
- * کاظمی بازراده، سید محمدحسین و امیرپور، حیدر و شیبانی‌فر، محمدحسن و صدری، سید محمد و محبی‌مجد، رضا (۱۴۰۱)، «مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲۳، شماره ۲.
- * کبگانی، محمدحسن و منصوریان، مصطفی و افشاری، فاطمه (۱۴۰۲)، «واکاوی مفهومی احیای حقوق عامه با مطالعه تطبیقی دعاوی منفعت عمومی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲۴، شماره ۲.
- * محمدی احمدآبادی، حسین و غمامی، سید محمدمهدی و مولایی، غلامرضا (۱۴۰۳)، «نظارت شعب دیوان عدالت اداری بر ترک فعل اداری (شرح و تحلیل ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری)»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۳، شماره ۱.

* معاونت حقوقی ریاست جمهوری (۱۳۸۹)، **مرزهای تقنین و اجرا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

* موسی‌زاده، ابراهیم و نصراللهی نصرآباد، علیرضا و منصوریان، مصطفی (۱۴۰۲)، «**کاربست نظریه احیای حقوق عامه در دادرسی اداری: مطالعه آرای مؤسسان اساسی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* مولاییگی، غلامرضا و محمدی احمدآبادی، حسین (۱۴۰۲)، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل.

* مولاییگی، غلامرضا، قطبی، میلاد و محمدی احمدآبادی، حسین (۱۴۰۳)، «**تحلیلی بر دادخواهی سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.

* مولایی، آیت (۱۴۰۳)، «**چالش واژگانی قانون‌گذار «عدالت اداری» در ارتباط با خسارت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.

* نجابت‌خواه، مرتضی (۱۳۹۲)، «**دعوای الزام در نظام دادرسی اداری در انگلستان با رویکردی تطبیقی به نظام دادرسی اداری در ایران**»، حقوق اداری، دوره ۱، شماره ۱.

* ویژه، محمدرضا (۱۳۹۱)، «**نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی**»، پژوهش‌های حقوق عمومی، دوره ۱۴، شماره ۳۷.

تخریب کیفری رایانه‌ای در حقوق ایران، انگلستان و ویلز

امیر اعتمادی^۱

چکیده

در جرم تخریب سنتی، رفتار مجرمانه نسبت به اشیای منقول یا غیر منقولی انجام می‌گیرد که در عالم خارج محسوس و لمس پذیر است، ولی اعمال خراب‌کارانه‌ای که به تخریب اطلاعات رایانه‌ای یا از کار افتادن سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی منجر می‌شوند، صورت متفاوتی دارند که با شکل سنتی آن فرق می‌کند. در حقوق کیفری ایران، تخریب رایانه‌ای به دو شکل تخریب داده‌های رایانه‌ای و اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی پیش‌بینی شده است. در مقابل، در حقوق انگلستان و ویلز، جرم دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای در راستای مقابله با هرگونه عمل غیر مجازی که با قصد اختلال در کارکرد رایانه، مانع دسترسی به برنامه یا داده رایانه‌ای شدن و یا مختل کردن عملکرد برنامه یا اطمینان پذیری داده رایانه‌ای ارتکاب یابد، جرم‌انگاری شده است. مقایسه نظام‌های کیفری یاد شده روشن می‌سازد که برخی نقص‌ها در رویکرد قانون‌گذار ایرانی، از جمله بی‌توجهی به برخی پیشرفت‌های فناوری نظیر اینترنت اشیا و به رسمیت نشناختن بی‌پروایی کیفری وجود دارد که برطرف ساختن آن‌ها در مقابله مؤثرتر با تخریب‌گران رایانه‌ای و صدور آرای کیفری منسجم تأثیر مطلوبی خواهد داشت.

واژگان کلیدی: اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، تخریب کیفری رایانه‌ای، تخریب داده‌های رایانه‌ای، دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای.

۱. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه قم، ایران، قم.
am.etemadi@gmail.com

درآمد

ظهور اینترنت و شبکه جهانی وب، ارتباط متقابل بین نظام‌های رایانه‌ای و اَبَرپیوند اطلاعات در سراسر شبکه که به انفجار بی‌سابقه محتوا، ارتباطات و اَبَر داده‌ها منجر می‌شود، نشان‌دهنده تغییر از جرم رایانه‌ای^۱ به جرم سایبری^۲ است. آدمی اکنون در دنیایی متفاوت از دو دهه پیش زندگی می‌کند. این امر با افزایش بی‌سابقه قدرت رایانه‌ای به واسطه کوچک‌سازی ضمیمی حامل‌های داده دیجیتال از یک سو و به هم پیوستگی بیش از حد معمول با تأثیرهای شبکه متعاقب آن از سوی دیگر، ارتباط دارد (Hildebrandt, 2020:166).

در این میان در جرائم تخریب سنتی، رفتار مجرمانه نسبت به اشیایی اعم از منقول یا غیر منقول انجام می‌گیرد که در عالم خارج لمس‌پذیر هستند، اما پیشرفت‌ها در حوزه فناوری اطلاعات^۳ موجب شکل‌گیری داده‌های گوناگونی شده‌اند که در فضاهایی نظیر دیسک‌های رایانه‌ای ذخیره می‌شوند. افزون بر این، انواع مختلفی از دستگاه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، از قبیل رایانه دستی، تبلت و تلفن هوشمند، وجود دارند که ممکن است حاوی داده‌های مهمی باشند. ناگفته پیداست که اعمال خرابکارانه‌ای که به تخریب اطلاعات رایانه‌ای و یا از کار افتادن سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی منجر می‌شوند، صورت متفاوتی دارند که با شکل سنتی آن فرق می‌کند. بر این اساس، پیش‌بینی تخریب کیفری رایانه‌ای^۴ در راستای حمایت کیفری از داده‌ها و یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی متعلق به دیگری ضروری قلمداد می‌شود.

در حقوق انگلستان و ویلز، اگر چه قانون خاصی زیر عنوان قانون تخریب کیفری ۱۹۷۱^۵ وجود دارد، بند ۱ ماده ۱۰ آن بر اموال با ماهیت عینی تأکید دارد؛ لذا برنامه‌ها و داده‌های رایانه‌ای از شمول این قانون خارج هستند. بند ۵ ماده ۱۰ قانون مذکور (الحاق شده به موجب قانون پلیس و عدالت ۲۰۰۶^۶) نیز اعلام می‌دارد که در

1. Computer crime.

2. Cybercrime.

3. Information Technology.

4. Computer criminal damage.

5. Criminal Damage Act 1971.

6. Police and Justice Act 2006.

راستای هدف‌های این قانون، دست‌کاری محتویات رایانه به مثابه ایراد خسارت به هرگونه رایانه یا ابزار ذخیره‌سازی رایانه‌ای تلقی نخواهد شد؛ مگر این‌که تأثیر آن بر رایانه یا ابزار ذخیره‌سازی رایانه‌ای مزبور، وضعیت فیزیکی آن را مختل کند^۱.

در پرونده وایتلی (۱۹۹۱)^۲، متهم دسترسی غیر مجاز به شبکه مشترک دانشگاهی (جنت)^۳ پیدا کرد و جایگاه مدیر سامانه‌ها را برای خودش تعیین کرد. وی فایل‌هایی را حذف و اضافه نمود، رمزهای عبور را تغییر داد و فایل‌های ممیزی ثبت‌کننده فعالیت‌هایش را حذف کرد. مرتکب بسیار ماهر بود و حتی برنامه خاصی که برای به دام انداختن او قرار داده شده بود را حذف نمود. فعالیت‌های او باعث اختلال شدیدی شد و به تخریب دیسک‌های رایانه‌ای محکوم شد. دادگاه تجدید نظر مقرر داشت که ارزش دیسک‌ها کاهش یافته است و درخواست تجدید نظرش را رد کرد. رئیس دادگاه تجدیدنظر، لرد لین^۴ اظهار داشت که به موجب قانون تخریب کیفی ۱۹۷۱ لازم است مال عینی تخریب شده باشد، نه این‌که خسارت خودش عینی باشد. در این پرونده، محکومیت مبتنی بر این بود که وضعیت ذره‌های مغناطیسی دیسک‌ها تغییر یافته‌اند، لذا می‌توانست استدلال شود که حتی اگر این ذره‌ها رؤیت‌پذیر نباشند، عینی قلمداد می‌شوند.

بر این اساس، پرسش‌هایی که مطرح می‌شوند عبارت است از: قانون‌گذار ایرانی، انگلیسی و ویلزی نسبت به تخریب کیفی رایانه‌ای چه رویکردی اتخاذ کرده‌اند؟ عنصرهای سازنده جرم یاد شده در نظام‌های کیفی ایران، انگلستان و ویلز چه تفاوت‌ها و شباهت‌هایی دارند و در راستای مقابله مؤثرتر با تخریب‌گران رایانه‌ای، چه راهکارهایی می‌توان ارائه کرد؟ در پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا عنصر قانون تخریب کیفی رایانه‌ای بررسی می‌شود و سپس، با تحلیل عنصر مادی و عنصر

1. Section 10 (5) of the Criminal Damage Act 1971 (inserted by Police and Justice Act 2006) provides: "For the purposes of this Act a modification of the contents of a computer shall not be regarded as damaging any computer or computer storage medium unless its effect on that computer or computer storage medium impairs its physical condition".

2. Whiteley (1991) 93 Cr App R 381.

3. Joint Academic Network (JANET).

4. Lord Lane.

روانی جرم مذکور به نتیجه‌گیری و ارائه راهکارها پرداخته خواهد شد.

۱. عنصر قانونی تخریب کیفری رایانه‌ای

قانون‌گذار ایران تخریب کیفری رایانه‌ای را به دو صورت پیش‌بینی کرده است. از یک طرف، ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ درباره تخریب داده‌های رایانه‌ای اعلام می‌دارد: «هر کس به طور غیر مجاز داده‌های دیگری را از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیر قابل پردازش کند، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از هشتاد و دو میلیون و پانصد هزار ریال تا سیصد و سی میلیون ریال^۱ یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد». از طرف دیگر، ماده ۷۳۷ قانون مذکور در مورد اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی اشعار می‌دارد: «هر کس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل وارد کردن، انتقال دادن، پخش، حذف کردن، متوقف کردن، دست‌کاری یا تخریب داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری، سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری را از کار بیندازد یا کارکرد آن‌ها را مختل کند، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از هشتاد و دو میلیون و پانصد هزار ریال تا سیصد و سی میلیون ریال^۲ یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد»^۳.

مفاد مواد قانونی بالا روشن می‌سازد که رایانه یا شبکه‌های رایانه‌ای در جرم تخریب رایانه‌ای حسب مورد مکان یا آماج فعالیت مجرمانه^۴ است، نه صرفاً ابزاری برای ارتکاب جرم^۵. به همین خاطر، تخریب کیفری رایانه‌ای عمدتاً در محیط دیجیتال ارتکاب می‌یابد و مستلزم به‌کارگیری سامانه رایانه‌ای و حداقل بعضی از مهارت‌های فناوری اطلاعات است. در مقابل، در انگلستان و ویلز، قانون‌گذار ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای مصوب ۱۹۹۰^۶ جرم مستقلی در این زمینه پیش‌بینی کرده است که

۱. بنگرید به: تصویب‌نامه شماره ۵۶۲۶۱/ت/۶۲۲۹۸ هیأت وزیران در خصوص اصلاح میزان مبالغ مربوط به جرایم و تخلفات مندرج در قوانین مختلف مورخ ۱۴۰۳/۴/۴، پیوست ۱- جرائم، ردیف ۵.

۲. بنگرید به: همان، ردیف ۵.

۳. باید خاطر نشان کرد که مواد قانونی مورد بحث در واقع، مواد ۸ و ۹ از قانون جرائم رایانه‌ای ۱۳۸۸ بوده‌اند که با الحاق مواد ۱ تا ۵۴ قانون اخیر به ادامه قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ به‌عنوان مواد ۷۲۹ تا ۷۸۲، شماره آن‌ها به ۷۳۶ و ۷۳۷ تغییر کرده است.

4. Place or target of criminal activity.

5. Instrument for committing an offence.

6. Computer Misuse Act 1990.

زیر عنوان دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای^۱ خوانده می‌شود. بندهای ۱ تا ۳ این ماده مقرر می‌دارد:

۱- شخص، مقصر به جرم است، اگر: الف- هرگونه عمل غیر مجازی را در ارتباط با رایانه انجام دهد؛ ب- در زمانی که عمل مورد نظر را انجام می‌دهد، آگاه باشد که غیر مجاز است؛ و پ- یا بند ۲ یا بند ۳ زیر مصداق داشته باشد؛

۲- این بند در صورتی اعمال می‌شود که شخص با انجام عمل مربوط قصد داشته باشد که: الف- کارکرد هر رایانه‌ای را مختل کند؛ ب- مانع دسترسی به هرگونه برنامه یا داده‌ی نگه داشته شده در هر رایانه‌ای شود یا آن را به تأخیر اندازد؛ یا؛ پ- عملکرد هرگونه از این چنین برنامه‌ای یا اطمینان‌پذیری هرگونه از چنین داده‌ای را مختل کند؛ یا ت- امکان این که هر یک از موارد مذکور در پاراگراف‌های الف تا (پ) بالا انجام گیرد را فراهم سازد.

۳- این بند مصداق دارد، هرگاه شخص در مورد این که آیا عمل مورد نظر برای هر یک موارد اشاره شده در پاراگراف‌های الف تا ت بند ۲ بالا کافی است یا خیر، بی‌پروا باشد...»^۲.

شایان ذکر است که از پیش‌بینی جرم مورد بحث در اصل با موج تبلیغات و ترس پیرامون استفاده از ویروس‌های رایانه‌ای^۳ و سایر بدافزارها، هم‌چنین نگرانی در

1. Unauthorised modification of computer material

2. Section 3 of the Computer Misuse Act 1990 provides: "(1) A person is guilty of an offence if —

(a) he does any unauthorised act in relation to a computer;

(b) at the time when he does the act he knows that it is unauthorised; and

(c) either subsection (2) or subsection (3) below applies.

(2) This subsection applies if the person intends by doing the act —

(a) to impair the operation of any computer;

(b) to prevent or hinder access to any program or data held in any computer; or

(c) to impair the operation of any such program or the reliability of any such data; or

(d) to enable any of the things mentioned in paragraphs (a) to (c) above to be done.

(3) This subsection applies if the person is reckless as to whether the act will do any of the things mentioned in paragraphs (a) to (d) of subsection (2) above".

3. Computer viruses

4. Malware

مورد آن چه رایانه‌زن‌ها^۱ بعد از دسترسی به دستگاه مورد نظر انجام می‌دهند حمایت شد. افزون بر این، در خصوص ابرازهای حمل کردنی داده^۲ از قبیل دیسک رایانه‌ای^۳، حذف داده‌ها تنها در صورتی طبق ماده ۳ قانون بالا جرم محسوب می‌شود که ابزار ذخیره سازی^۴ متصل به رایانه باشد و به محض این که برداشته شود، هرگونه تخریب متعاقب آن، مشمول قانون تخریب کیفری ۱۹۷۱ خواهد بود (Reed, 2011: 700)^۵.

در خصوص جرم ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ هم چنین اظهار شده که به طور خاص برای کسانی پیش‌بینی شده است که ویروس‌های رایانه‌ای را می‌نویسند و با استفاده از تکنیک‌های فیشینگ^۶ یا اسب تراوا^۷ منتشر می‌کنند تا اطلاعات هویتی^۸ یا هرگونه داده دیگری را از منبع غیر مجازی^۹ به دست آورند یا فایل‌های سیستم عامل و یا جنبه‌ای از عملکردهای رایانه را تعدیل کنند تا مانع کارکرد آن شوند و یا از دسترسی به هرگونه داده‌ای جلوگیری کنند؛ نابودی فایل‌ها یا ایجاد عمدی گداهایی برای این که موجب خرابی کامل سامانه شوند، به همین منظور انجام می‌گیرد (Wild & Weinstein, 2013: 663). در هر حال، قانون‌گذار انگلیسی و ویلزی در اصلاحاتی که مطابق با قانون پلیس و عدالت ۲۰۰۶ در قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ اعمال کرده است، عنوان گذاری ماده ۳ قانون اخیر را به اعمال غیر مجاز با قصد اخلال در کارکرد رایانه و غیره یا بی‌پروایی در خصوص اخلال آن^{۱۰} تغییر داده است.

۲. عنصر مادی تخریب کیفری رایانه‌ای

با بررسی مواد ۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ (الحاقی

۱. اصطلاح رایانه‌زن/داده‌زن که برگردان واژه‌ی انگلیسی Hacker به فارسی است، از کلمه راهزن ساخته شده است (محمدی‌فر، ۱۳۹۱: ۲۸۲).

2. Removable data media

3. Computer disk

4. Storage medium

5. See also, s 17 (6) of the Computer Misuse Act 1990.

6. Phishing techniques.

7. Trojan horse.

8. Identity data.

9. An unauthorised source.

10. Unauthorised acts with intent to impair, or with recklessness as to impairing, operation of computer, etc.

(۱۳۸۸) معلوم می‌شود که عنصر مادی جرائم تخریب رایانه‌ای زمانی تحقق می‌یابد که همه اجزای زیر ثابت شوند.

۲-۱. رفتار مجرمانه

در حقوق کیفری ایران، در ارتباط با تخریب داده‌های رایانه‌ای، برخی عقیده دارند که رفتارهای مقرر در ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) (الحاقی ۱۳۸۸) شامل حذف، تخریب، مختل و یا غیر قابل پردازش کردن می‌شود (عالی‌پور، ۱۳۹۵: ۲۱۹). هم‌چنین اظهار شده است که رفتار مجرمانه در این مصداق از تخریب کیفری رایانه‌ای دربرگیرنده یکی از رفتارهای یاد شده است؛ این جرم مقید به نتیجه است و رفتار مرتکب باید به حذف، تخریب، مختل یا غیر قابل پردازش کردن داده‌ها منجر شود (حیدری، ۱۳۹۶: ۱۳۰-۱۳۱). پذیرش دیدگاه اول موجب می‌شود که تخریب داده‌های رایانه‌ای به مثابه جرمی مطلق در نظر گرفته شود؛ چراکه قانون‌گذار غیر از آنچه نقطه نظر مورد بحث به عنوان رفتار مجرمانه تلقی کرده، از نتیجه‌ای سخن نگفته است، اما نظرگاه دوم نیز پذیرفتنی نیست؛ به این دلیل که اجزای واحدی که سازنده بخشی از عنصر مادی جرمی باشند، ممکن نیست که هم به عنوان رفتار مجرمانه و هم نتیجه محسوب شوند.

در این میان، باید گفت که حذف، تخریب، مختل و یا غیر قابل پردازش کردن داده‌های رایانه‌ای در واقع امر نتیجه ممنوعه در ماده ۷۳۶ قانون مذکور هستند؛ زیرا تحقق هر یک از آن‌ها بر اثر رفتارهای مختلفی متصور است. شخصی که با دادن فرمانی به سیستم عامل یک رایانه باعث حذف داده‌های ذخیره شده روی آن می‌شود؛ کسی با نصب برنامه‌ای که کرم رایانه‌ای^۱ را در یک سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی پخش می‌کند، سبب می‌شود که اطلاعات موجود در آن سامانه آسیب ببینند یا از بین بروند؛ فردی که با انتشار باکتریوم^۲ (نوعی ویروس رایانه‌ای) روی یک حامل داده موجب می‌گردد که داده‌های ذخیره شده در آن مختل یا غیر قابل پردازش شوند؛ ممکن است به خاطر تخریب داده‌های رایانه‌ای تعقیب شود. در این نمونه‌ها، رفتار مجرمانه که به ترتیب دادن فرمان به سیستم عامل، نصب برنامه حاوی کرم رایانه‌ای و انتشار

1. Computer worm.

2. Bacterium.

باکتریوم است، از نتیجه حاصله تفکیک پذیر می باشند.

بر این اساس باید پذیرفت هر رفتاری که سبب یکی از نتایج ممنوعه مقرر شود، به مثابه رفتار مجرمانه در تخریب داده‌های رایانه‌ای به حساب می‌آید. چنین رفتاری ممکن است به صورت ایجابی (فعل) یا سلبی (ترک فعل) باشد.^۱ مثال‌هایی که پیش‌تر بیان شدند، انعکاس‌دهنده رفتار مجرمانه از گونه ایجابی هستند، اما نمونه‌ای از رفتار مجرمانه از نوع سلبی دربرگیرنده جایی است که یک مهندس رایانه به موجب قراردادی عهده‌دار نصب سیستم عامل و برنامه ضد ویروس روی رایانه‌های شرکت خصوصی‌ای می‌شود، ولی عامدانه از نصب برنامه ضد ویروس روی بعضی از رایانه‌ها خودداری می‌کند و همین ترک فعل باعث مختل یا غیر قابل پردازش شدن داده‌های ذخیره شده در آن‌ها می‌شود.

در حقوق کیفری انگلستان و ویلز، قسمت الف بند ۱ ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ از انجام هرگونه عمل غیر مجازی^۲ در ارتباط با رایانه سخن گفته است؛ لذا رفتار مجرمانه دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای محدود به نوع خاصی از رفتار نیست. اظهار شده که جرم ماده ۳ قانون مزبور پیش‌بینی شده است تا شامل فعالیت‌های دربرگیرنده ویروس‌های رایانه‌ای، اسب‌های تراوا و کرم‌های رایانه‌ای، هم‌چنین خرابکاری در وب‌سایت‌ها^۳ یا دسترسی به کانال‌های تلویزیونی کابلی با حق اشتراک بدون پرداخت حق عضویت^۴ شود. چنین رفتارهایی متفاوت از اعمالی هستند که در مواد ۱ و ۲ از قانون بالا به آن‌ها پرداخته شده‌اند. در اینجا، جرم پیش‌بینی شده مربوط به اشکالی از خرابکاری الکترونیکی^۵ است که چه‌بسا بدون دسترسی غیر مجاز^۶ که در سایر جرائم لازم است، انجام شود (Fafinski, 2009: 41). در پرونده لیندزی (۲۰۰۱)^۷ متهم به سه فقره دست‌کاری غیر مجاز در داده‌های

۱. برای ملاحظه دیدگاه مخالف، مبنی بر این که تحقق جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای مستلزم این است که رفتار مرتکب به صورت فعل باشد؛ بنگرید به: صالح احمدی، ۱۳۹۸: ۶۳.

2. Any unauthorised act.

3. Interference with websites; See R v. Lindesny [2002] 1 Cr App R (S) 370 (CA).

4. Accessing subscription cable television channels without paying the subscription; See R v. Parr-Moore [2003] 1 Cr App R (S) 425 (CA).

5. Electronic sabotage.

6. Unauthorised access.

7. Lindesay [2001] EWCA Crim 1720.

رایانه‌ای اظهار تقصیر کرد. وی طراح و توسعه‌دهنده مستقل نرم‌افزار بود که تجربه و شهرت در خور توجهی داشت. اگر چه او قرارداد کوتاه مدتی با یک شرکت رایانه‌ای منعقد کرده بود، ولی به دلیل این که شرکت از کارش راضی نبود، برکنار شد. در خصوص پولی که گفته می‌شد که شرکت به او بدهکار است، اختلاف نظر وجود داشت و در حدود یک ماه بعد، متهم از حساب کاربری اینترنتی‌اش برای دسترسی غیر مجاز به سه مشتری شرکت رایانه‌ای که با آن اختلاف داشت، استفاده کرد. وی با گذرواژه‌هایی که در زمان کار برای شرکت مورد نظر از آن‌ها استفاده می‌کرد، برخی محتویات وبسایت‌های مشتریان را حذف نمود و بعضی از آن‌ها (برای مثال، دستورالعمل‌های وبسایت سوپرمارکت) را تغییر داد. متهم هم‌چنین ایمیل‌هایی برای مشتریان این سوپرمارکت ارسال کرد و مدعی شد که قیمت‌ها افزایش پیدا می‌کند. کل هزینه تصحیح امور نه هزار پوند تخمین زده شد. مرتکب به نه ماه حبس محکوم شد و قاضی دادگاه اظهار به تقصیر او، صراحتش در برابر پلیس و پشیمانی‌اش را در نظر گرفت.

در مقابل، قسمت ابتدایی ماده ۷۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ (الحاقی ۱۳۸۸) حکایت از این دارد که رفتار مجرمانه اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شامل اعمالی هم‌چون وارد کردن، انتقال دادن، پخش، حذف کردن، متوقف کردن، دست‌کاری یا تخریب داده‌ها و یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری می‌شود. استفاده از عبارت «از قبیل» پیش از ذکر رفتارهای مورد بحث روشن می‌سازد که همگی آن‌ها جنبه تمثیلی دارند، نه حصری. وجه مشترک اعمال تمثیلی مذکور این است که تمامی آن‌ها با داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۱ پیوند ناگسستنی دارند؛ چراکه داده‌ها یا امواج که پس از ذکر اعمال مورد نظر آمده‌اند، در واقع، به همه آن‌ها برمی‌گردد. به نظر می‌رسد که ویژگی اخیر باید در مورد هر عمل دیگری

۱. موج (wave) به حرکت سیگنال گفته می‌شود که در حین طی مسیر از طریق یک وسیله ارتباطی به طور متناوب بالا و پایین می‌رود (Collin, 2004: 262). بر این اساس باید دانست که امواج الکترومغناطیسی (electromagnetic waves) ناظر بر امواج الکترونیکی هستند که به وسیله یک فیلتر الکترواستاتیک و مغناطیس با قدرت گوناگون پخش می‌شود و سرعت آن ۱۸۶/۳۰۰ مایل در ثانیه است (نیوتن، ۱۳۸۷: ۲۴۶)؛ و امواج نوری (light waves) تشعشع الکترومغناطیسی می‌باشند که طیف نوری را پوشش می‌دهند، یعنی طول موجی بین تقریباً ۰/۳ میکرومتر و ۳ میکرومتر (Mazda, 1999: 370).

که ممکن است باعث از کار افتادن یا مختل شدن کارکرد سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شود نیز احراز گردد، به این دلیل که هرچند اعمال مجرمانه پیش گفته جنبه تمثیلی دارند، همه آن‌ها در فضای سایبری^۱ انجام می‌گیرند و لذا اعمال مشابه نیز باید همین خصیصه را داشته باشند؛ وگرنه هر نحو اتلاف یا از کار انداختن اشیای منقول یا غیر منقول دیگری، از جمله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی متعلق به غیر که در دنیای واقعی^۲ صورت گیرد، زیر عنوان تخریب کیفی ساده (ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) اصلاحی ۱۳۹۹) تعقیب شدنی است.

پیش‌بینی جرم اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی به طور مستقل به نوعی مؤید دیدگاه بالا است؛ زیرا چنین رویکردی حاکی از ویژگی متمایز جرم مورد نظر است. از این رو چنان‌چه کسی با دست‌کاری باد بزن‌های نصب شده در کنار سخت‌افزارهای یک سامانه رایانه‌ای موجب افزایش حرارت آن‌ها شود؛ به طوری که سامانه رایانه‌ای هم از کار بیفتد، عمل ارتكابی تخریب کیفی ساده محسوب می‌شود؛ به این دلیل که در دنیای واقعی انجام شده است، اما کسی که ایمیلی حاوی ویروس اسب تراوا برای دیگری ارسال می‌دارد و زمانی که گیرنده ایمیل آن را مشاهده می‌کند، کارکرد رایانه‌اش مختل می‌شود، مرتکب به علت اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی ممکن است تعقیب و محاکمه شود؛ چراکه عمل ارتكابی در فضای سایبر انجام گرفته است.

در هر حال، اعمال مجرمانه تمثیلی که در ماده ۷۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ آمده‌اند، در زیر توضیح داده می‌شوند:

وارد کردن داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۳ ناظر بر جایی است که اطلاعات برای پردازش یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری به واسطه یک قطعه الکترونیک یا مغناطیس وارد سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی شوند؛ به طوری که پردازش اطلاعات به وسیله سامانه یا انرژی الکترومغناطیسی یا نوری موجب اخلال در سامانه مورد نظر گردد. برای نمونه، شخصی که اطلاعاتی مانند برخی اعداد و ارقام را با استفاده از صفحه کلید وارد رایانه رومیزی متعلق به دیگری می‌کند و سبب ایجاد

1. Cyber space.

2. Real world.

3. Input of data or electromagnetic/light waves.

اختلال در کارکرد آن می‌شود، دست به ارتکاب این عمل مجرمانه زده است. انتقال دادن داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۱ به معنای ارسال اطلاعات و یا امواج از یک دستگاه به دستگاه دیگر یا از یک مکان به مکان دیگر است؛ لذا فرایند انتقال ممکن است در داخل سامانه و یا بین یک دستگاه خارجی و سامانه مورد نظر صورت گیرد. عمل مذکور هم‌چنین ارسال اطلاعات روی یک خط ارتباطی یا یک مدار الکترونیکی تعریف شده است (Blanton, 2003: 268). برای مثال، فردی که با متصل کردن حافظه پایدار^۲ و ویروسی شده به رایانه دستی دیگری، داده‌های ویروسی به دیسک سخت آن منتقل می‌کند و در نتیجه موجب از کار افتادن رایانه می‌شود، مرتکب رفتار مجرمانه مورد بحث شده است. به همین ترتیب کسی که با استفاده از یک مغناطیس الکتریکی امواج الکترومغناطیسی را به سامانه مخابراتی دیگری منتقل می‌کند، به نحوی که سامانه مختل می‌شود، رفتار مجرمانه یاد شده را انجام داده است.

پخش داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۳ عبارت است از انتشار داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری از یک منبع به یک یا چند مقصد دیگر. در این رفتار مجرمانه، داده‌ها ممکن است از یک محل انبار داده‌ها^۴ روی یک یا چند پایگاه داده^۵ پخش شوند. چنین کاری باعث اشغال پایگاه داده یا مقصد مورد نظر می‌گردد و در نتیجه کارکرد سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی مربوط مختل می‌شود؛ بنابراین فردی که یک پایگاه وب را با پخش داده‌ها به نحوی درگیر کند که قسمت اعظم پهنای نوار آن اشغال گردد و کاربران اصلی دیگر نتوانند وارد پایگاه شوند، مرتکب این رفتار مجرمانه شده است.

حذف کردن داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۶ نوعی تخریب و از بین بردن داده‌های ذخیره شده و یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری در جریان در یک سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی است؛ اعم از این که کلی یا جزئی باشد. این عمل مجرمانه

1. Transmission of data or electromagnetic/light waves.

2. Flash memory.

3. Propagation of data or electromagnetic/light waves.

4. Data warehouse.

5. Database.

6. Deletion of data or electromagnetic/light waves.

احتمال دارد با استفاده از صفحه‌کلید سامانه مورد نظر یا دادن فرمانی به سیستم عامل آن انجام گیرد. از این رو، کسی که با فرمت کردن دیسک سخت نصب شده در رایانه دیگری اطلاعات ذخیره شده در آن را پاک کند و موجب اختلال در کارکرد رایانه شود؛ یا شخصی که با به‌کارگیری یک دستگاه مغناطیس‌زدا امواج الکترومغناطیسی در جریان در یک سامانه مخابراتی را خنثی کند؛ به طوری که سامانه از کار بیفتد، دست به رفتار مجرمانه مورد بحث زده است.

متوقف کردن داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۱ یعنی جلوگیری از انتقال و تبادل اطلاعات یا امواج یاد شده در سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی. برای نمونه، شخصی برنامه‌ای را روی سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری نصب می‌کند که عملکرد اصلی آن خاموش کردن سامانه در خلال پردازش داده‌ها و جریان امواج الکترومغناطیسی است. در این فرض، هرگاه متوقف ساختن داده‌ها یا امواج به صورت مذکور باعث از کار افتادن سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی و یا ایجاد اختلال در کارکرد آن شود، رفتار مجرمانه مذکور انجام گرفته است.

دست‌کاری یا تخریب داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری^۲، هرگونه تغییر، تبدیل، کم و زیاد کردن و یا محو اطلاعات یا امواج است. در این زمینه، یکی از روش‌های مشهور، استفاده از برنامه‌های منهدم‌کننده است که با استفاده از آن‌ها می‌توان در مدت کوتاهی حجم زیادی از داده‌ها را محو کرد. چنین برنامه‌هایی ممکن است از نوع چندکاره، خود ساخته و یا اسب تروا باشند که به برنامه‌های اجرایی یا سیستم عامل نفوذ می‌کنند (زیبر، ۱۳۹۰: ۴۰-۴۱). افزون بر این، رایانه‌زنی که به طور غیر مجاز وارد شبکه رایانه‌ای دیگری می‌شود و با تغییر در داده‌های ذخیره شده در آن، سبب اختلال در کارکرد شبکه می‌شود، یا نوعی خرابی در جریان امواج الکترومغناطیسی آن ایجاد می‌کند و به این وسیله موجب از کار افتادن شبکه رایانه‌ای می‌شود، مرتکب رفتار مجرمانه مورد بحث شده است.

شایان ذکر است که ارتکاب یکی از رفتارهای مجرمانه بالا یا هر عملی که به یکی از نتایج ممنوعه مقرر انجامد، برای تحقق جرم اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا

1. Suppression of data or electromagnetic/light waves.

2. Alteration or damage of data or electromagnetic/light waves.

مخابراتی کافی است؛ لذا این جرم مشابه با تخریب داده‌های رایانه‌ای در زمره جرائم ساده^۱ قرار می‌گیرد؛ ضمن این‌که تحقق جرائم تخریب رایانه‌ای مستلزم تداوم رفتار مجرمانه در زمان نیست، لذا جرائم آنی^۲ به شمار می‌آیند. افزون بر این، اگر چه اعمالی مانند حذف یا تخریب داده‌ها در هر دو ماده ۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ مورد توجه قرار گرفته‌اند، دادرس مجاز به اعمال ضوابط تعدد عنوانی جرم نیست؛ زیرا در مواردی که مجموع جرائم ارتكابی در قانون عنوان مجرمانه خاصی (اخلال در سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی) داشته باشد، مقررات تعدد جرم اعمال نمی‌گردد و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شود.^۳

۲-۲. شرایط پیرامونی

در نظام کیفری ایران، عنصر مادی تخریب کیفری رایانه‌ای زمانی تحقق یافتنی است که شرایط زیر رفتار مجرمانه مرتکب را احاطه کرده باشند:

نخست، موضوع تخریب، داده‌های متعلق به دیگری باشد (ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸)؛

دوم، مکان فعالیت خرابکارانه باید سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی و یا حامل‌های داده باشد (ماده ۷۳۶ همان قانون)؛

سوم، موضوع اخلال، سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری است (ماده ۷۳۷ قانون مذکور)؛

چهارم، عمل مرتکب به طور غیر مجاز انجام گرفته باشد (مواد ۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون بالا).

در خصوص شرط نخست باید دانست که به موجب قسمت ابتدایی ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ (الحاقی ۱۳۸۸)، آنچه رفتار مجرمانه تخریب داده‌های رایانه‌ای نسبت به آن انجام می‌گیرد، همانا داده‌های دیگری است. عبارت اخیر در واقع، متضمن دو جزء است: داده بودن و تعلق به غیر. داده‌ها به معنای هر شکل از اطلاعات می‌باشند که برنامه‌های رایانه‌ای روی آن‌ها پردازش

1. Simple offences.

2. Immediate offences.

۳. بنگرید به: بند د ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (اصلاحی ۱۳۹۹)

4. Data

می‌کنند. در این مفهوم، داده‌ها ممکن است یک فایل متنی، صوتی، تصویری و یا ترکیبی از آن‌ها باشند (Butterfield and Ekembe Ngondi, 2016: 610). از این رو، هرگاه کسی با انتخاب گزینه حذف، برخی فایل‌های پی‌دی‌اف متعلق به دیگری که حاوی یادداشت‌های شخصی او هستند و روی تبلت‌اش ذخیره کرده است را پاک کند؛ یا فردی با دادن دستوری به سیستم عامل رایانه دستی دیگری، عکس‌ها و فیلم‌های مراسم فارغ‌التحصیلی او از دانشگاه محل تحصیلش را غیر قابل پردازش کند؛ حسب مورد داده‌های متعلق به غیر را حذف و یا غیر قابل پردازش کرده است.

در موارد اخیر، چنان‌چه صاحب داده‌ها نسخه پشتیبان از آن‌ها داشته باشد یا وی بتواند داده‌های حذف یا غیر قابل پردازش شده را با استفاده از برنامه‌های رایانه‌ای بازیابی یا بازسازی کند، تأثیری در اصل جرمی که پیش‌تر واقع شده است، ندارد، اما بدیهی است که اگر شخصی اعمال مشابهی را نسبت به داده‌های متعلق به خودش انجام دهد، با توجه به قید دیگری در ماده مذکور، مرتکب جرمی نشده است. ناگفته نماند که قید اخیر در ماده ۷۳۶ قانون مزبور دربرگیرنده هر شخص حقیقی یا حقوقی غیر از مرتکب است. البته تعلق سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی و یا حامل داده به دیگری شرط نیست؛ پس اگر کسی حافظه پایداری را از دوست خود به عاریه گرفته، اطلاعاتی روی آن ذخیره کرده باشد و شخص ثالثی اطلاعات ذخیره شده را با انجام عملی حذف یا غیر قابل پردازش کند، بدون این‌که آسیبی به حافظه پایدار وارد آورد، رفتار ارتكابی هم‌چنان بر طبق ماده مذکور تعقیب شدنی است. از این گذشته، هرچند اطلاق عبارت داده‌های دیگری دلالت بر این دارد که داده‌های مورد تخریب اعم از داده‌ها با ارزش مالی نظیر فایل‌های صوتی مربوط به سخنرانی علمی، یا بدون ارزش مالی هم‌چون عکس‌های مستهجن است، ولی در صورتی که ضابطه اصلی برای تشخیص ارزش مالی چیزی همانا معیار شرعی باشد (اعتمادی، ۱۴۰۳: ۴۴-۴۷)، حداقل باید پذیرفت که هرگاه صاحب داده‌هایی که به لحاظ شرعی مالیت ندارند، مسلمان باشد، از بین بردن آن‌ها زیر عنوان تخریب داده‌های رایانه‌ای تعقیب شدنی نیست؛^۱ به ویژه از آن رو که حمایت کیفری قانون‌گذار ایرانی از چنین

۱. برای ملاحظه دیدگاهی که تمامی داده‌ها شامل داده‌های مستهجن دیگری را مشمول ماده ۷۳۶

داده‌های رایانه‌ای امری لغو است و باعث تشویق افراد به نگهداری آن‌ها در پرتو ضمانت اجرای کیفی برای تخریب داده‌ها می‌شود. به طور استثنایی، در مواردی که صاحب داده‌های مورد بحث نامسلمان باشد، با توجه به عرف نامسلمانان، می‌توان گفت که مرتکب تخریب آن‌ها تعقیب شدنی است.

درباره شرط دوم باید متذکر شد که عبارت از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده‌ها در قسمت ابتدایی ماده ۷۳۶ قانون مورد بحث حاکی از این است که فعالیت مجرمانه باید در چنین فضاهایی انجام گیرد. سامانه رایانه‌ای^۱ مجموعه‌ای مستقل از تجهیزات رایانه‌ای متشکل از یک رایانه، یا احتمالاً چندین رایانه، همراه با نرم‌افزار وابسته است که برای تأمین نیازهای خاصی طراحی می‌شود (Dain- 2006: 43)، از قبیل رایانه رومیزی^۲. در واقع، سامانه رایانه‌ای هر پیکربندی است که شامل تمامی اجزای عملیاتی رایانه و سخت‌افزار وابسته به آن باشد (Haynes, 2002: 121). دستگاه‌های جنبی مانند مودم^۳ نیز در مفهوم سامانه‌های مذکور گنجانده می‌شود؛ زیرا سخت‌افزاری وابسته به رایانه هستند. نرم‌افزار به طور معمول بخشی از سامانه رایانه‌ای تلقی نمی‌شود؛ گرچه سیستم عامل^۴ که سخت‌افزار را فعال می‌کند، معروف به نرم‌افزار سیستم^۵ است، اما سامانه مخابراتی^۶ که سیستم ارتباطی نیز خوانده شده، مجموعه‌ای از عنصرهای مرتبط است که روی هم رفته یک کارکرد ارتباطی را انجام می‌دهد (محمدی‌فر، ۱۳۹۱: ۱۲۲)؛ از قبیل تلفن همراه و اینترنت^۷. سامانه‌های یاد شده ترکیبی از سخت‌افزار و نرم‌افزار هستند تا کاربرها

قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ می‌داند؛ بنگرید به: عالی‌پور، ۱۳۹۵: ۲۱۹.

1. Computer system

۲. بند ب آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی ۱۳۹۵ نیز در تعریف سامانه رایانه‌ای اعلام می‌دارد: «مجموعه‌ای از نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای مرتبط که از طریق یک شبکه رایانه‌ای جهت اجرای فرایندهای کار مشخصی، به یکدیگر متصل‌اند».

3. Modem.

4. Operating system.

5. System software.

6. Communications system.

۷. بند پ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی ۱۳۹۵ نیز در تعریف سامانه مخابراتی مقرر می‌دارد: «هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌ها برای انتقال الکترونیکی اطلاعات میان یک منبع (فرستنده، منبع نوری) و یک گیرنده یا آشکارساز نوری از طریق یک یا چند مسیر ارتباطی به وسیله قراردادهایی که برای گیرنده قابل فهم و تفسیر باشد».

بتوانند حسب مورد عملیات رایانه‌ای یا ارتباطی را با آن‌ها انجام دهند. در تبیین مفهوم سامانه‌های اخیر هم‌چنین آمده است که هر سیستمی که از طریق آن منبع اطلاعات قادر باشد که اطلاعات را با رعایت دقیق کارایی و اطمینان پذیری به مقصدی انتقال بدهد؛ چنین سیستمی ممکن است دارای بیش از یک منبع و یا بیش‌تر از یک مقصد باشد که در این صورت، شبکه ارتباطی^۱ خوانده می‌شود (Butterfield and Ekem-be Ngondi, 2016: 540). بالاخره، حامل داده^۲ هرگونه وسیله‌ای است که داده‌های رایانه‌ای روی آن ذخیره شدنی باشد، هم‌چون انواع لوح‌های فشرده، حافظه‌های پایدار و یا دیسک‌های سخت خارجی که قابلیت حمل نیز دارند.

بر این اساس، هرگاه شخصی با قصد تخریب داده‌ها مبادرت به شکستن یا آتش زدن سخت‌افزار سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری کند، یا حامل داده متعلق به غیر را در آتش بیندازد و یا با ضربه چکش روی آن تکه‌تکه کند، مرتکب تخریب کیفری ساده شده است، نه تخریب کیفری رایانه‌ای؛ چراکه مکان فعالیت مجرمانه، دنیای واقعی است، نه فضای داخلی سامانه‌های مذکور یا حامل‌های داده. البته، در مواردی که سامانه مورد نظر یا حامل داده متعلق به خود مرتکب و داده‌ها متعلق به دیگری باشد، تخریب کیفری ساده محقق نمی‌شود؛ زیرا اگر قرار باشد که قضیه زیر عنوان جرم اخیر قرار گیرد، رفتار ارتكابی به دلیل تعلق سامانه یا حامل داده به مرتکب تعقیب‌شدنی نیست^۳.

در مورد شرط سوم باید خاطر نشان کرد که طبق قسمت میانی ماده ۷۳۷، عمل مجرمانه مرتکب باید روی سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری، اعم از شخص حقیقی یا حقوقی، واقع شود. مفهوم این سامانه‌ها پیش‌تر تبیین شد، ولی در اینجا درخور ذکر است که اگر کسی با ارتکاب عملی موجب از کار افتادن سامانه متعلق به خودش شود، یا کارکرد آن را مختل کند، به علت اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، به عنوان مصداقی از تخریب کیفری رایانه‌ای، تعقیب و محاکمه نخواهد شد.

در ارتباط با شرط چهارم باید در نظر داشت که مطابق با قسمت ابتدایی مواد

1. Communication network.

2. Data carrier.

۳. بنگرید به: مواد ۶۷۶ و ۶۷۷ از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵

۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸، تحقق عنصر مادی تخریب کیفری رایانه‌ای هم‌چنین مستلزم این است که عمل مرتکب به طور غیر مجاز صورت گرفته باشد. اصطلاح اخیر ناظر بر رفتاری است که توسط مالک یا اداره کننده تأیید نگردیده یا مجاز شمرده نشده باشد (Gattiker, 2004: 340). اصطلاح اخیر در ارتباط با جرائمی که مستلزم دسترسی غیر مجاز می‌باشند^۱، هم‌چنین به این معنا آمده است که شخص یا اشخاصی که حق کنترل دسترسی به داده‌های مورد نظر را دارند، رضایت یا اجازه استفاده از اطلاعات یا بخشی از آن‌ها را به دیگری نداده باشند^۲. در شرایطی که رضایت یا اجازه استفاده از داده‌ها به طور شفاهی داده شده باشد، گر چه ممکن است از لحاظ اثباتی مشکل آفرین باشد، ولی در صورتی که دادرس آن را احراز کند، می‌باید عمل ارتكابی را مجاز به حساب آورد؛ به ویژه از آن رو که اطلاق عبارت بالا حاکی از این است که کتبی بودن اجازه شرط نیست؛ بنابراین هرگاه شخصی رضایت صاحب داده‌ها را برای حذف، تخریب، مختل و یا غیر قابل پردازش کردن داده‌ها، یا اذن صاحب سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی را جهت از کار انداختن و یا ایجاد اختلال در کارکرد آن نداشته باشد، عمل ارتكابی‌اش به طور غیر مجاز انجام گرفته است، اما چنان‌چه کسی که درصدد فروش رایانه دستی‌اش برمی‌آید، از دیگری بخواهد که دیسک سخت داخلی آن را فرمت کند، به طوری که بازایی داده‌های ذخیره شده روی آن دیگر امکان‌پذیر نباشد؛ در صورتی که شخص مورد نظر اقدام به این کار کند، به خاطر تجویز صاحب داده‌ها، مرتکب جرمی نشده است. به همین ترتیب، اگر فردی که می‌خواهد سامانه مخابراتی‌اش را از دور خارج کند، از یک مهندس رایانه درخواست نماید که با دست‌کاری داده‌ها یا امواج الکترومغناطیسی آن، سامانه را از کار بیندازد، در صورتی که مهندس یاد شده مبادرت به چنین عملی کند، رفتار غیر مجاز نبوده؛ چراکه با اذن صاحب سامانه بوده است.

در نظام کیفری انگلستان و ویلز نیز با توجه به قسمت الف بند ۱ ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ شرط است که عمل انجام شده در ارتباط با رایانه غیر مجاز^۳ باشد. اصطلاح اخیر در بند ۸ ماده ۱۷ همان قانون تبیین شده است. به موجب

1. Offences of unauthorised access.

2. See, e.g. Clause 1 (3) of the Computer Crime (Scotland) Bill.

3. Unauthorised.

بند مذکور، عملی که در ارتباط با رایانه انجام می‌گیرد، در صورتی غیر مجاز است که شخص انجام دهنده عمل (یا کسی که سبب انجام آن می‌شود): الف) خودش فردی نباشد که در قبال رایانه مسئولیت دارد و مُحَقِّق باشد که تعیین کند، آیا عمل مورد نظر مجاز است که انجام گیرد یا خیر؛ و ب) رضایت نسبت به عمل مربوط را از چنین شخصی نداشته باشد.

در پرونده دادستان کُل علیه لِنون (۲۰۰۶)^۱، دادگاه بخش^۲ مقرر داشت که جرم ماده ۳ قانون بالا در شرایطی که کارمند سابق شرکتی از روی کینه توزی کارکرد رایانه شرکت مورد نظر را با استفاده از برنامه‌ای جهت ایجاد و ارسال ۵ میلیون ایمیل به شرکت مختل کرده، ارتکاب یافته است. دادگاه استدلال دفاعی به موجب قسمت ب بند ۸ ماده ۱۷ قانون مذکور، مبنی بر این که صاحب رایانه اقدام به دریافت ایمیل‌ها نموده؛ لذا باید فرض شود که رضایت به ارسال ایمیل‌ها داشته است را رد کرد؛ زیرا چنین رضایت ضمنی‌ای بدون محدودیت نبوده و این که مالک نمی‌توانسته فرض شود که رضایت به ارسال شدن ایمیل‌های متعدد به منظور خراب کردن سامانه رایانه‌ای خود داشته است.

در مواردی که مرتکب اجازه استفاده از رایانه را داشته باشد؛ حتی اگر سوابق رایانه‌ای^۳ را به منظور پنهان ساختن فعالیت مجرمانه^۴ یا بدنام کننده دیگری تغییر دهد، به دلیل احراز نشدن شرط مورد بحث، تحقق جرم دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای زیر سؤال می‌رود. در پرونده سینها (۱۹۹۵)^۵، پزشکی در یک مطب به قتل غیر عمد^۶ و جرم تلاش برای تحریف جریان عدالت^۷ متهم شد. بیمار زن سی ساله‌ای که از تنگی نفس رنج می‌برد، به پزشک مراجعه و او دارویی تجویز کرد که موجب حمله کشنده تنگی نفس شد. پزشک بعدها سوابق رایانه‌ای مرتبط با این بیمار را تغییر داد تا ارجاع‌ها به ابتلای بیمار به تنگی نفس را حذف کند. اگر چه ارجاع‌ها

1. DPP v Lennon (2006) 170 JP 532.

2. Divisional Court.

3. Computer records.

4. Criminal activity.

5. Sinha [1995] Crim LR 68.

6. Manslaughter.

7. Offence of attempting to pervert the course of justice.

دیگر نمایش داده نمی‌شدند، ولی هم‌چنان امکان بازیابی آن‌ها از دیسک رایانه وجود داشت. اتهامی به موجب ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ به جریان افتاد، در حالی که پزشک اجازه استفاده از رایانه و دسترسی به سوابق بیماران را داشت. در نتیجه اثبات این‌که آیا دست‌کاری سوابق مورد نظر از جانب پزشک غیر مجاز بود یا خیر، با دشواری مواجه می‌شد. در این زمینه، اتهام تحریف جریان عدالت بیشتر اطمینان‌پذیر بود و نسبت به انهدام یا اخفای ادله^۱ مصداق داشت.

۲-۳. نتیجه جرم

در حقوق ایران، تخریب کیفی رایانه‌ای از جرائم مقید به شمار می‌آید؛ چراکه از یک طرف، ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ بر لزوم حذف، تخریب، مختل و یا غیر قابل پردازش کردن داده‌ها از سوی مرتکب و از طرف دیگر، ماده ۷۳۶ همان قانون بر ضرورت از کار انداختن یا مختل کردن سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی از جانب شخص تأکید کرده است. مفهوم بیش‌تر این نتایج ممنوعه پیش‌تر به مناسبت تبیین شد، ولی درباره مختل کردن داده‌ها^۲ یا غیر قابل پردازش کردن آن‌ها باید گفت که شامل هرگونه دست‌کاری خرابکارانه در اطلاعات می‌شود که در امکان پردازش آن‌ها به وسیله سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی اختلال ایجاد کند. در این راستا، باید توجه داشت که پردازش^۳ مجموعه‌ای از دستورالعمل‌هایی است که رایانه در سیستم عامل چند وظیفه‌ای اجرا می‌کند. بسیاری از پردازش‌ها به طور هم‌زمان اجرا می‌شوند و از نظر کاربر، پردازش‌ها ممکن است برنامه‌ها یا بخش‌هایی از برنامه‌ها باشند، مانند روال عادی ویرایش و چاپ در یک واژه پرداز که ممکن است در حین ویرایش چاپ کند (Downing et. al. 2009: 380). به طور مشابهی، مختل کردن سامانه^۴ در برگیرنده هر نوع از دست‌کاری سایبری در سخت‌افزار یا نرم‌افزار سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی است که باعث ایجاد اختلال در عملکرد آن مثلاً در پردازش یا انتقال داده‌ها شود. برای نمونه، حمله‌ها از نوع انکار

1. Destruction or concealment of evidence

2. Data interference

3. Process

4. System interference

خدمات^۱ ممکن است سبب مختل شدن سامانه رایانه‌ای شوند. انکار خدمات وضعیتی است که سامانه مورد نظر تعداد زیادی از فرمان (بیش از ظرفیت پردازش) دریافت می‌کند و قادر نیست که به آن‌ها پاسخ دهد. گاهی اوقات در حمله‌های امنیتی به شبکه‌های رایانه‌ای تعداد بسیار زیادی فرمان از چند نقطه مختلف ارسال می‌کنند تا سامانه به حالت انکار خدمات برود و از کار بیفتد (محمدی‌فر، ۱۳۹۱: ۱۸۳). شکل دیگر از حمله‌های انکار خدمات شامل تخریب یا تغییر در اطلاعات پیکربندی سرویس دهنده (مانند اطلاعات مسیریابی یا دسترسی غیر مجاز به مؤلفه‌های فیزیکی یک سیستم و یا ارسال اطلاعات بسیار بزرگ و نادرست) است که سبب مختل شدن سامانه می‌شود (Blanton, 2003: 79).

از این رو، هرگاه کسی با ورود به سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی دیگری و نصب برنامه‌ای در سامانه مذکور درصدد برآید که داده‌های متعلق به غیر را از بین ببرد، ولی درست در زمانی که می‌خواهد برنامه نصب‌شده را اجرا کند، صاحب داده‌ها مانع او شود؛ یا شخصی دیسک سخت خارجی که حاوی ویروس‌های رایانه‌ای است را به رایانه رومیزی متعلق به دیگری متصل کند تا ویروس‌ها را به رایانه او انتقال بدهد و به این وسیله، کارکرد آن را مختل نماید، اما پیش از آن‌که بتواند برنامه ضد ویروس رایانه موردنظر را غیر فعال کند تا امکان انتقال ویروس‌ها میسر شود، قطع برق مانع از ادامه عملیات مجرمانه‌اش گردد؛ وی به خاطر هیچ یک از مصادیق تخریب کیفری رایانه‌ای تعقیب و محاکمه نخواهد شد، به این دلیل که هنوز نتیجه موردنظر تحقق نیافته است. از لحاظ نظری، مرتکب در این فرض‌ها در مرحله شروع به جرم قرار دارد، ولی با توجه به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و این‌که ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شروع به جرم را در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها حبس تعزیری درجه یک تا پنج باشد، مستوجب کیفر دانسته است، در حالی که مجازات قانونی تخریب کیفری رایانه‌ای تعزیر درجه شش به حساب می‌آید، شروع به تخریب کیفری رایانه‌ای^۲ مجازات شدنی نیست.

در حقوق انگلستان و ویلز نیز در بحث از جرم دست‌کاری غیر مجاز داده‌های

1. Denial of service (DoS)

2. Attempted computer criminal damage.

رایانه‌ای از اصطلاح اخلال^۱ یاد می‌شود و عنوان اصلاح شده‌ای هم که قانون‌گذار انگلیسی و ویلز برای ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ برگزیده است، همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، اعمال غیر مجاز با قصد اخلال در کارکرد رایانه و غیره یا بی‌پروایی در خصوص اخلال آن است، اما اصطلاح مذکور تعریف نشده است و از قرار معلوم، معنای معمول خود را دارد. افزون بر این، برخی نگرانی‌ها درباره این‌که اصطلاح مزبور ممکن است به طور گسترده اعمال شود، ابراز شده است؛ به ویژه از آن رو که اخلال چه‌بسا موقتی باشد.^۲ برای مثال، گروه‌های اعتراض‌سایبری^۳ گاهی اوقات درصدد بستن وب‌سایت‌ها برای مدت کوتاهی برمی‌آیند. در مواردی که چنین معترضانی به سادگی با استفاده از مرورگرهای استاندارد وارد صفحه‌های وب می‌شوند، خطرهای درخور توجهی در ایجاد چارچوبی برای جرم‌انگاری رفتارشان وجود دارد (Clough, 2010: 115). با وجود این، جرم دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای از جرائم مطلق^۴ به حساب می‌آید؛ به این دلیل که مفاد ماده ۳ قانون بالا، به ویژه بندهای ۱ تا ۳ آن، حاکی از این است که تحقق عملی آن چه متهم قصد می‌کند یا در خصوص آن بی‌پروا است، لازم نیست. به عبارت دیگر، ضرورتی ندارد که اخلال در کارکرد رایانه و غیره در عمل محقق شود و همین‌که متهم با قصد یا بی‌پروایی لازم اقدام کند، کافی خواهد بود. آن‌چه این دیدگاه را تقویت می‌کند، این است که در عنوان‌گذاری ماده مورد بحث بر قصد اخلال در کارکرد رایانه و غیره یا بی‌پروایی در خصوص اخلال آن تأکید شده است، نه تحقق عملی آن.

۳. عنصر روانی تخریب کیفری رایانه‌ای

در ایران، اگر چه مواد ۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ از عنصر روانی جرائم پیش‌بینی شده در آن‌ها سخن نگفته‌اند، با توجه به اصل عمدی بودن جرائم باید دانست که تخریب کیفری رایانه‌ای در زمره جرائم عمدی قرار می‌گیرد. به موجب ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، عنصر روانی

1. Impairment.

۲. شایان ذکر است که به موجب قسمت (پ) بند (۵) ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ م. مختل کردن، جلوگیری از چیزی و یا به تأخیر انداختن آن در قانون مذکور دربرگیرنده انجام آن به طور موقت می‌شود.

3. Cyber-protest groups.

4. Conduct offences.

این جرم مشتمل بر دو جزء قصد عام و قصد خاص است. احراز قصد عام در تخریب کیفری رایانه‌ای مستلزم اثبات این است که مرتکب با علم به شرایط پیرامونی در ارتکاب رفتار مجرمانه‌اش عمد داشته باشد؛ بنابراین هرگاه دو نفر دانشجو اطلاعات تحقیقاتی خود را روی رایانه رومیزی موجود در اتاق خوابگاهشان ذخیره کرده باشند، ولی یکی از آن‌ها به اشتباه اطلاعات دیگری را متعلق به خودش قلمداد و حذف کند؛ فردی رایانه دستی‌اش را برای تعویض سیستم عامل به کسی بدهد که خدمات رایانه‌ای ارائه می‌کند و شخص مورد نظر بدون پشتیبان گرفتن از داده‌های ذخیره شده روی قسمتی از دیسک سخت داخلی رایانه که سیستم عامل پیشین روی آن نصب بوده است، مبادرت به فرمت کردن قسمت مربوط کند؛ در حالی که تصور می‌کرده که صاحب رایانه نسبت به این کار برای تعویض سیستم عامل رضایت داشته است؛ حسب مورد به دلیل نداشتن علم به موضوع تخریب یا غیر مجاز بودن عمل ارتكابی‌اش، قصد عام مرتکب احراز نمی‌شود.

در مقابل، قصد خاص در تخریب کیفری رایانه‌ای عبارت است از قصد حذف، تخریب، مختل و یا غیر قابل پردازش کردن داده‌ها (در جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای) و قصد از کار انداختن یا مختل کردن کارکرد سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی (در جرم اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی). بر این اساس چنان‌چه یک مهندس کامپیوتر عهده‌دار پارتیشن بندی (قسمت بندی)^۱ دیسک سخت داخلی بعضی از رایانه‌های شرکتی خصوصی و نصب برنامه‌های کاربردی روی آن‌ها، هم‌چنین عیب‌یابی برخی رایانه‌های دیگر در آن شرکت شده باشد، اما در جریان انجام پارتیشن بندی برحسب اتفاق باعث مختل یا غیر قابل پردازش شدن بعضی از داده‌های ذخیره شده روی دیسک سخت داخلی رایانه‌ها گردد، یا در حین عیب‌یابی رایانه‌های دیگر از روی سهل‌انگاری موجب ایجاد اختلال در کارکرد آن‌ها شود، قصد خاص او ثابت نمی‌شود؛ چراکه به ترتیب قصد پارتیشن بندی دیسک سخت داخلی و یا عیب‌یابی رایانه‌ها را داشته است، نه قصد خاص به شرح بالا. بدیهی است که اگر مهندس مذکور علم به وقوع نتیجه داشته باشد، هم‌چنان قصد خاص او احراز

۱. پارتیشن (Partition) قسمتی از دیسک است که برای راحتی کاربر به وسیله سیستم عامل به عنوان دیسک مستقل تعریف و نام‌گذاری می‌شود. برای نمونه، یک دیسک ۵۰۰ گیگابایتی ممکن است به دو پارتیشن ۲۵۰ گیگابایتی به نام‌های C و D تقسیم و نام‌گذاری شود.

شدنی است.

در انگلستان و ویلز، به موجب قسمت ب بند ۱ ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ مرتکب در زمان ارتکاب عمدی رفتار مجرمانه‌اش باید آگاه باشد که عملش غیر مجاز است و قصد خاص یا بی‌پروایی او در چارچوب بندهای ۲ و ۳ از ماده یاد شده احراز گردد. توضیح بیش‌تر این‌که طبق بند ۲ ماده مورد بحث، مرتکب باید قصد خاص هم‌چون قصد اخلال‌گری در کارکرد رایانه، ایجاد مانع برای دسترسی به هرگونه برنامه یا داده نگه داشته شده در رایانه و یا مختل ساختن عملکرد هرگونه از این‌چنین برنامه‌ای یا اطمینان‌پذیری هرگونه از چنین داده‌ای را داشته باشد؛ بنابراین، ارسال داده‌های صحیح ممکن نیست بر اطمینان‌پذیری هرگونه داده نگه داشته شده در رایانه تأثیر بگذارد، اما هرگاه داده‌ها ناصحیح باشند، چنین تأثیری خواهند داشت. چنان‌چه هرگونه نادرستی در نتیجه اشتباه صادقانه از جانب فرستنده باشد، آنگاه، هرچند اطمینان‌پذیری داده‌ها ممکن است مختل شود، ارسال‌کننده داده‌ها نمی‌تواند از قصد لازم برای تأثیرگذاری بر اطمینان‌پذیری داده‌ها برخوردار باشد. در واقع، حتی اگر اطمینان‌پذیری داده‌ها^۱ تحت تأثیر قرار گیرد، کارکرد رایانه مختل نشود و یا دسترسی به برنامه‌ها یا داده‌ها مورد ممانعت یا تأخیر قرار گیرد، دادستان هم‌چنان باید عنصر روانی لازم را اثبات کند و بی‌دقتی کافی نیست. در مواردی که دست‌کاری به شکل ویروس، بمب زمانی^۲ و یا بمب منطقی^۳ باشد، استنباط قصد لازم ممکن است به راحتی صورت گیرد، مشروط بر این‌که بتوان ثابت کرد که متهم آن را از روی

1. Reliability of data

۲. بمب زمانی (Time-bomb) برنامه مخربی است که به نحوی طراحی شده است تا در زمان خاصی منفجر شود و ویروسی را در سامانه یا شبکه رایانه منتشر کند؛ بنگرید به: HIMSS, 2019: 199.

۳. بمب منطقی (Logic-bomb) که بمب خوشه‌ای (Fork bobd) هم نامیده می‌شود، برنامه یا قسمتی از آن است که موجب راه‌اندازی نرم‌افزار کاربری یا سیستم عامل در زمانی می‌شود که رویداد منطقی خاصی واقع گردد. برنامه مورد نظر ممکن است به کار گرفته شود تا رونوشت‌هایی از خودش را به طور بازگشتی به وجود آورد و به این وسیله، در نهایت همه ورودی‌های جدول فرایند را نابود و به طور مؤثر سامانه مربوط را قفل کند. تاریخ معین، ترکیب کلیدی و یا شمارگر داخلی از متداول‌ترین عامل‌هایی هستند که تأثیرهایی را ایجاد می‌کنند؛ از نمایشگرهای روی صفحه گرفته تا مسدودسازی سامانه یا حذف فایل‌ها و برنامه‌ها. برای مثال، برنامه مذکور ممکن است هر روز در ساعت ۱۷ پیامی را به ده آدرس از پایگاه داده آدرس ایمیل شخص ارسال کند؛ برای مطالعه بیش‌تر، بنگرید به: Gattiker, 2004: 198.

عمد در رایانه قرار داده است. پس شخصی که از روی بی‌توجهی^۱ پیوست ایمیل حاوی ویروس را بدون اطلاع از وجود آن بازفرست می‌کند، قصدش احراز نمی‌گردد (Bainbridge, 2004: 397). در دسامبر ۱۹۹۳ پرستاری رایانه یک بیمارستان را هک کرد و نسخه‌های دارویی بیماران را به نحوی تغییر داد که به طور بالقوه کشنده بود. وی به خاطر دو جرم طبق ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ مقصر شناخته و به دوازده ماه حبس محکوم شد. احتمال داشت که اتهام شروع به قتل عمد^۲ و یا قتل غیر عمد در چنین شرایطی مناسب باشد، ولی اثبات قصد لازم^۳ دشوار بود، در حالی که قصد در جرم ماده مزبور تنها باید به سمت رایانه یا برنامه‌ها و یا داده‌های ذخیره شده در آن هدایت شده باشد (Bainbridge, 2004: 398)، اما در صورتی که قصد خاص به شرح مذکور احراز نگردد، به موجب بند ۳ ماده ۳ قانون بالا، بی‌پروایی درباره این که آیا عمل مورد نظر باعث هر یک از موارد مندرج در بند ۲ همان ماده می‌شود یا خیر، کافی خواهد بود. البته قصد یا بی‌پروایی به شرح مقرر در بندهای ۲ و ۳ از ماده ۳ قانون مزبور لازم نیست مرتبط با رایانه خاص، برنامه یا داده معینی و یا برنامه یا داده‌ای از هر نوع خاص باشد. در پرونده زرف و یاریماکا علیه رئیس زندان علیاحضرت بریکستون (۲۰۰۲)^۴ مقرر شد که جرم ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ در جایی که متهم ایمیل ساختگی را روی فایل‌های رایانه شخص دیگری قرار داده، ایمیلی که به ظاهر از طرف شخصی آمده که آن را ارسال نکرده، ارتکاب یافته است. لازم نیست ثابت شود که متهم هرگونه رایانه، برنامه یا داده خاصی را آماج قرار داده است. در چنین شرایطی، اطمینان‌پذیری رایانه مختل می‌گردد؛ زیرا که از رایانه برای ثبت اطلاعات به این عنوان که از شخص معینی نشأت یافته، استفاده شده، در حالی که در واقع امر از شخص دیگری سرچشمه می‌گرفته است.

پرونده اخیر تبیین‌کننده اصطلاح اطمینان‌پذیری^۵ در قسمت پ بند ۲ ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ نیز هست. بر این اساس، هرگاه رایانه اطلاعاتی را

1. Inadvertently.

2. Attempted murder.

3. Required intention.

4. Zezev and Yarimaka v Governor of HM [Her Majesty's] Prison Brixton [2002] 2 Cr App R 515.

5. Reliability.

ثبت کند که نشان می‌دهد که از جانب شخصی آمده است؛ در حالی که در واقع امر از طرف شخص دیگری آمده باشد، به وضوح اطمینان‌پذیری آن تحت تأثیر قرار گرفته است. قرار دادن ایمیل ساختگی در فایل‌های رایانه، چیز اضافه شده غیر مجازی به داده‌ها است که اطمینان‌پذیری آن‌ها را مختل می‌کند.

۴. مجازات تخریب کیفری رایانه‌ای

در حقوق کیفری ایران، به موجب قسمت انتهایی مواد ۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ (الحاقی ۱۳۸۸)، هر کس مرتکب تخریب کیفری رایانه‌ای، اعم از تخریب داده‌های رایانه‌ای یا اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخبراتی شود، به حبس از شش ماه تا دو سال یا هشتاد و دو میلیون و پانصد هزار ریال تا سیصد و سی میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد. با توجه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و با ملاک قرار دادن کیفر حبس در مواد یاد شده باید دانست که مجازات تعزیری مقرر برای جرائم تخریب رایانه‌ای تعزیر درجه شش محسوب می‌شود. افزون بر این، استفاده از حرف ربط یا در میان مجازات‌های پیش‌بینی شده حاکی از این است که قاضی دادگاه از صلاح‌دید تعیین کیفر و نیز تحمیل یک مجازات یا هر دو مجازات در چارچوب حداقل و حداکثر مقرر با لحاظ ضوابط قانونی و اوضاع و احوال پرونده برخوردار است، اما در شرایطی که کسی با قصد به خطر انداختن امنیت، آسایش و امنیت عمومی مرتکب جرائم مذکور در مواد ۷۳۶ و ۷۳۷ از قانون پیش گفته علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخبراتی شود که برای ارائه خدمات ضروری عمومی، از قبیل خدمات درمانی، آب، برق، گاز، مخبرات، حمل و نقل و بانکداری به کار می‌روند، طبق ماده ۷۳۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ به حبس از سه تا ده سال (تعزیر درجه چهار) محکوم می‌شود. عبارت از قبیل در ماده اخیر روشن می‌سازد که خدمات ضروری عمومی که برشمرده شده‌اند، جنبه تمثیلی دارند، لذا اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای و مخبراتی مربوط به شبکه‌های فاضلاب، آتش‌نشانی و یا مراکز دانشگاهی نیز تحت شمول قرار می‌گیرند.

در هر حال، از آنجا که اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای و مخبراتی ارائه دهنده خدمات ضروری عمومی با قصد خاص به شرح پیش گفته جرمی امنیتی به شمار

می‌آید، دادرس باید محدودیت‌ها و ممنوعیت مرتبط با جرائم علیه امنیت کشور را در خصوص آن در نظر گیرد که از جمله آن‌ها می‌توان به محدودیت تعلیق اجرای مجازات و ممنوعیت تعویق صدور حکم در چارچوب ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (اصلاحی ۱۳۹۹)^۱ اشاره کرد.

در حقوق کیفری انگلستان و ویلز، مجازات دست‌کاری غیر مجاز در داده‌های رایانه‌ای در بند ۶ ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ پیش‌بینی شده است. مطابق با این بند، شخصی که به خاطر جرم یاد شده مجرم شناخته شود، در محکومیت اختصاری مشمول حبس برای مدتی که متجاوز از دوازده ماه نباشد، یا جزای نقدی که از حداکثر قانونی بیش‌تر نشود و یا هر دو مجازات می‌شود، اما در محکومیت برحسب کیفرخواست متحمل حبس برای مدتی که از ده سال تجاوز نکند، یا جزای نقدی و یا هر دو مجازات خواهد شد. این مطلب روشن می‌سازد که جرم بالا از دو جهت محاکمه شدنی است.

در پرونده گولدن^۲ (۱۹۹۲) به عنوان نخستین تعقیب کیفری اصلی که به موجب ماده ۳ قانون مذکور به جریان افتاد، متهم بسته نرم‌افزاری امنیتی‌ای را روی ایستگاه کاری آپل^۳ برای یک شرکت چاپ به نام امپرسند^۴ نصب کرد. این بسته شامل تسهیلاتی برای جلوگیری از دسترسی بدون استفاده از رمز عبور^۵ می‌شد. متهم از این تسهیلات به منزله بخشی از ادعای خود برای هزینه‌هایی به مبلغ ۲/۲۷۵ پوند استفاده کرد. شرکت امپرسند در نتیجه ماهیت رایانه‌ای شده عملیات چاپ خود نتوانست برای مدت چند روز کار کند. شرکت مذکور ادعا کرد که سی و شش هزار پوند کسب و کارش، از جمله هزار پوند برای متخصصی جهت لغو حفاظت از دسترسی را به خاطر اقدام‌های متهم از دست داده است. دادگاه آزادی مشروط^۶ دوساله و ۱/۶۵۰ پوند جزای نقدی برای متهم تعیین کرد. قاضی دادگاه در اظهار نظر تعجب برانگیزی اظهار داشت که اقدام‌های متهم در پایین‌ترین حد از شدت بوده است!

۱. بنگرید به: ماده ۷ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹.

2. Goulden (1992) The Times, 10 June 1992.

3. Apple workstation.

4. Ampersand.

5. Access without use of a password.

6. Conditional discharge.

ناگفته نماند که به موجب قانون جرم شدید ۲۰۱۵^۱ بعضی از مقرره‌های قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ اصلاح شده و برخی مواد قانونی نیز به آن الحاق گردیده‌اند. یکی از این موارد، ایجاد جرمی است که از آن زیر عنوان اعمال غیر مجازی که موجب خسارت شدید می‌شوند یا خطر آن را ایجاد می‌کنند^۲ یاد شده است.^۳ جرم مورد بحث که با انجام هرگونه عمل غیر مجاز در ارتباط با رایانه ارتکاب می‌یابد،^۴ در مواردی که باعث خسارت شدید به امنیت ملی^۵ یا رفاه بشری^۶ به صورت ایراد لطمه به حیات انسان^۷ و یا بیماری یا صدمه آدمی^۸ شود، یا خطر درخور توجه آن را به وجود آورد، در محکومیت برحسب کیفرخواست ممکن است مجازات حبس ابد را در پی داشته باشد؛^۹ این در حالی است که هرگاه خسارت به محیط زیست^{۱۰} یا اقتصاد^{۱۱} وارد آید، یا خطر درخور توجه آن ایجاد گردد، حداکثر مجازات حبس در همان نوع از محکومیت متجاوز از چهارده سال نخواهد بود.^{۱۲} البته قصد ایراد خسارت شدید به یکی از شکل‌های مذکور یا بی‌پروایی در مورد این که چنین خسارت وارد می‌آید یا خیر، باید احراز شود.^{۱۳}

1. Serious Crime Act 2015.

2. Unauthorised acts causing, or creating risk of, serious damage.

3. See SZA of the Computer Misuse Act 1990, inserted by s 41 of the Serious Crime Act 2015.

4. SZA (1) (a) of the Computer Misuse Act 1990.

5. National security.

6. Human welfare.

7. Loss to human life.

8. Human illness or injury.

9. SZA (7) of the Computer Misuse Act 1990.

10. Damage to the environment.

11. Damage to the economy.

12. SZA (6) of the Computer Misuse Act 1990.

13. SZA (1) (d) of the Computer Misuse Act 1990. For further reading, See Rowland, et al. 2017: 304.

برآمد

۱- بررسی عنصرهای سازنده تخریب کیفری رایانه‌ای در نظام‌های حقوقی ایران، انگلستان و ویلز حکایت از آن دارد که با وجود جرم‌انگاری این عمل از سوی قانون‌گذار، برخی نقص‌ها در رویکرد اتخاذی در راستای مقابله با تخریب‌گران رایانه‌ای یافت می‌شوند که تلاش برای رفع آن‌ها، به ویژه در جهت صدور آرای کیفری منسجم، تأثیر مطلوبی خواهد داشت. بر این اساس قانون‌گذار ایران لازم است در قوانین مربوط به موضوع بازنگری کند.

۲- قانون‌گذار ایرانی در تخریب داده‌های رایانه‌ای تنها از حذف، تخریب، مختل و یا غیر قابل پردازش کردن داده‌های رایانه‌ای سخن گفته است. با توجه به این که تحقق هر یک موارد یاد شده به واسطه رفتارهای گوناگونی متصور است، مناسب بود که قانون‌گذار، همانند آنچه در عنصر قانونی اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخبراتی پیش‌بینی کرده است، مقرره مربوط را به نحوی وضع می‌کرد که باعث اختلاف در تلقی حقوق‌دانان و قضات از تخریب داده‌های رایانه‌ای به مثابه جرمی مقید یا جرمی مطلق نشود. ناگفته پیداست که این امر صرفاً یک بحث نظری نیست؛ چراکه اثبات اجزای سازنده عنصر مادی جرائم مطلق و به تبع آن، صدور حکم محکومیت در این جرائم مطلق؛ به دلیل عدم لزوم احراز جزء نتیجه، آسان‌تر است.

۳- لحن قانون‌گذار در مقررات کنونی، به ویژه تأکید بر برخی اصطلاح‌های رایانه‌ای متداول، موجب می‌شود که صدور رأی در خصوص اعمال ارتكابی در حوزه فناوری‌های نوین با دشواری مواجه شود. برای نمونه، امروزه اینترنت اشیا^۱ با سرعت در حال رشد است و ممکن است بعضی از دستگاه‌های خانگی از قبیل تلویزیون و دوربین‌های امنیتی، در معرض حمله سایبری قرار گیرند و تخریب داده‌ها یا اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای را در پی داشته باشند. در این موارد، مقررات کنونی که عمدتاً بر تخریب داده‌ها روی رایانه‌ها و یا سرورها تمرکز دارند، به طور کامل شامل این نوع از تهدیدها نمی‌شوند. به همین ترتیب، تأکید بر حامل‌های داده (و به خصوص قابلیت حمل وسیله مورد نظر) در برگیرنده فضای ذخیره‌سازی ابری^۲ نیست. از این

1. Internet of Things (IoT)

2. Cloud Data Storage

رو، گنجانیدن مسائل جدید مرتبط با فناوری‌های نوین در مقررات مربوط به تخریب کیفری رایانه‌ای ضروری است.

۴- در حقوق انگلستان و ویلز، بی‌پروایی نوعی از حالت ذهنی است که در مرز بین تقصیر جزایی و قصد مجرمانه در حقوق ایران قرار گرفته است. ایده ورای بی‌پروایی این است که متهم خطر صدمه (نتیجه ممنوعه) را پیش‌بینی کرده و با این حال، پیش رفته و تن به آن داده است؛ این در حالی است که در حقوق ایران چنین حالت ذهنی‌ای به رسمیت شناخته شده است. در راستای مقابله مؤثرتر با مرتکبان تخریب کیفری رایانه‌ای، لازم است در خصوص جرم دست‌کاری غیر مجاز داده‌های رایانه‌ای، قانون‌گذار ایرانی نیز حالت ذهنی پیش گفته را به طور مستقل در قانون منعکس سازد.

۵- با در نظر گرفتن این‌که حدود دو سوم از مفاد عنصر قانونی جرائم تخریب داده‌های رایانه‌ای و اخلال در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یکی است؛ از جمله این‌که نوع و میزان مجازات‌های مقرر برای آن‌ها کاملاً یکسان پیش‌بینی شده است، قانون‌گذار ایرانی در راستای جلوگیری از تورم مواد قانون کیفری می‌تواند دو ماده ۷۳۶ و ۷۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) الحاقی ۱۳۸۸ را ادغام کند. چنین رویکردی در جرم ماده ۳ قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ (در نظام کیفری انگلستان و ویلز) جلوه‌گر شده است؛ هر چند که از حیث قلمرو شمول محدود و دارای نقص است. افزون بر این، عبارت «قصد به خطر انداختن امنیت، آسایش و امنیت عمومی» که در ماده ۷۳۹ همان قانون به منزله عامل مشدده جرائم پیش‌گفته به کار رفته است، از لحاظ نگارشی مناسب نیست و لازم است با عبارتی مانند «قصد به خطر انداختن امنیت و آسایش عمومی» جایگزین شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * اعتمادی، امیر (۱۴۰۳)، حقوق کیفری اختصاصی، جرائم مالی، جلد دوم: سرقت، چاپ دوم، تهران: میزان.
- * حیدری، علی‌مراد (۱۳۹۶)، جرائم علیه اموال و مالکیت، چاپ نخست، قم: دانشگاه حضرت معصومه.
- * زیبر، اولریش (۱۳۹۰)، جرائم رایانه‌ای، برگردان: محمدعلی نوری و دیگران، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- * صالح احمدی، سحر (۱۳۹۸)، جرائم رایانه‌ای در نظم حقوقی کنونی، چاپ نخست، تهران: کتاب آوا.
- * عالی‌پور، حسن (۱۳۹۵)، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ چهارم، تهران: خرسندی.
- * محمدی‌فر، محمدرضا (۱۳۹۱)، فرهنگ فناوری اطلاعات و ارتباطات، چاپ نخست، تهران: فرهنگ معاصر
- * نیوتن، هری (۱۳۸۷)، فرهنگ تشریحی مخابرات، فیبر نوری و بی‌سیم، برگردان: محمدحسن مهدوی، چاپ دوم، تهران: خانه نشر هزاره
- * هرینگ، جاناتان (۱۴۰۳)، مقدمات حقوق کیفری، برگردان: امیر اعتمادی، چاپ نخست، تهران: میزان

ب. انگلیسی

- * Bainbridge, David (2004), **Introduction to Computer Law**, Fifth Edition, Harlow, Pearson Education Limited.
- * Blanton, Alex (Ed) (2003), **Microsoft Internet & Networking Dictionary**, Washington, Microsoft Press
- * Butterfield, Andrew and Ekembe Ngondi, Gerard (Eds) (2016), **A Dictionary of Computer Science**, Seventh Edition, Oxford, Oxford University Press.
- * Collin, S.M.H. (2004), **Dictionary of ICT**, Fourth Edition, London,

Bloomsbury Publishing Plc.

* Clough, Jonathan (2010), **Principles of Cybercrime**, New York, Cambridge University Press, First Published.

* Daintith, John and Wright, Edmund (2006), **The Facts On File Dictionary of Computer Science**, Revised Edition, New York, Facts On File, Inc.

* Downing, Douglas A. et. al. (2009), **Dictionary of Computer and Internet Terms**, Tenth Edition, Hauppauge, Barron's Educational Series, Inc.

* Fafinski, Stefan (2009), **Computer Misuse: Response, Regulation and the Law**, Devon, Willan Publishing, First Published.

* Gattiker, Urs E. (2004), **The Information Security Dictionary**, Boston, Kluwer Academic Publishers.

* Haynes, Sandra (Ed) (2002), **Microsoft Computer Dictionary**, Fifth Edition, Washington, Microsoft Press.

* Hildebrandt, Mi.reille (2020), **Law for Computer Scientists and Other Folk**, First Edition, Oxford, Oxford University Press

* HIMSS (2019), **HIMSS Dictionary of Health Information and Technology Terms, Acronyms and Organizations**, Fifth Edition, Boca Raton, CRC Press.

* Mazda, Xerxes C. and Mazda, Fraidoon F. (1999), **The Focal Illustrated Dictionary of Telecommunications**, Oxford, Focal Press, First Published.

* Reed, Chris (Ed) (2011), **Computer Law**, Seventh Edition, Oxford, Oxford University Press.

* Rowland, Diane et al. (2017), **Information Technology Law**, Fifth Edition, London, Routledge.

* Wild, Charles and Weinstein, Stuart (2013), **Smith & Keenan's**

English Law: Text and Cases, Seventeenth Edition, Harlow, Pearson Education Limited.

- Cases

- * DPP v Lennon (2006) 170 JP 532.
- * Goulden (1992) The Times, 10 June 1992.
- * Lindsay [2001] EWCA Crim 1720.
- * R v. Lindsny [2002] 1 Cr App R (S) 370 (CA).
- * R v. Parr-Moore [2003] 1 Cr App R (S) 425 (CA).
- * Sinha [1995] Crim LR 68.
- * Whiteley (1991) 93 Cr App R 381.
- * Zezev and Yarimaka v Governor of HM [Her Majesty's] Prison Brixton [2002] 2 Cr App R 515.

نگرشی تطبیقی به نقش بزه‌دیده در قطع زنجیره سببیت در فقه و حقوق ایران و حقوق انگلستان

پیام فروزنده^۱

فرید محسنی^۲

چکیده

رکن مادی برخی از جرائم که موصوف به جرائم مقید می‌باشند، نیازمند تحقق نتیجه خاصی است که بدون تحقق آن نتیجه، جرم محقق نخواهد شد. در این گونه جرائم، علاوه بر احراز نتیجه، باید رابطه سببیت میان رفتار مجرمانه و نتیجه نیز احراز شود. با احراز رابطه سببیت، برخی عوامل نیز وجود دارند که وارد این رابطه شده؛ این زنجیره را قطع می‌کنند و باعث پیچیدگی بیشتر احراز این رابطه می‌گردند. بزه‌دیده یکی از عوامل دخیل در معمای جرم است که تحت شرایطی می‌تواند قاطع رابطه سببیت باشد.

پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، در پاسخ به این سوال که بزه‌دیده تحت چه شرایطی می‌تواند زنجیره سببیت را قطع نماید، موضوع را در فقه و حقوق ایران بررسی کرده و با دیدگاه‌های حقوق انگلستان تطبیق داده است. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد که شرایط جسمانی و روانی بزه‌دیده، هرچند نامتعارف باشد، زمینه‌ساز وقوع نتیجه بوده و قاطع رابطه سببیت نیست. همچنین از منظر فقه و حقوق ایران، تنها رفتار ارادی و آگاهانه بزه‌دیده می‌تواند رابطه سببیت میان رفتار متهم و نتیجه را قطع کند؛ در حالی که در حقوق انگلستان، رفتار بزه‌دیده افزون بر ارادی و آگاهانه بودن، باید آزادانه نیز باشد، تا بتواند قاطع رابطه سببیت باشد.

واژگان کلیدی: رابطه سببیت، علیت، بزه‌دیده، قاعده مجمله نازک، سبب،

شرط.

۱. قاضی دادگستری و دانشجوی دکتری تخصصی حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
forouzandehpayam@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران.
mohseni@ujsas.ac.ir

درآمد

اولین قدم در شناسایی مجرمیت یک شخص، احراز اصل وقوع جرم است و اصولاً زمانی می‌توان تحقق بزه را احراز کرد که ارکان سه‌گانه قانونی، مادی و معنوی جرم در یک‌جا جمع شوند.^۱ از سوی دیگر، رکن مادی برخی از جرائم، مقید به تحقق نتیجه خاصی شده است؛ به این معنا که مقنن وقوع آن جرم را منوط به تحقق نتیجه مشخصی می‌داند که بدون تحقق آن نتیجه و به صرف ارتکاب رفتار مجرمانه، جرم واقع نمی‌شود. از جمله مهم‌ترین جرائم مقید، جرائم علیه تمامیت جسمانی است که عده‌ای از حقوق‌دانان (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۶: ۷۷)، تمامی این دسته از جرائم را مقید به نتیجه می‌دانند.

آنچه که جرائم مقید را از دیگر جرائم متمایز می‌کند، نه در دشواری احراز تحقق نتیجه، بلکه در احراز رابطه سببیت است که به اذعان بسیاری از حقوق‌دانان، از جمله دشوارترین و مشکل‌ترین مباحث حقوق است. پیچیدگی مباحث مربوط به علیت تا حدودی به مناقشات فلاسفه در باب رابطه علیت مرتبط است، اما حقوق‌دانان به دنبال دقت‌های عقلی در خصوص موضوع یا کاوش‌های علمی نیستند و رابطه علیت را با اتکا بر تعمیمات عقل سلیم بررسی می‌کنند (هارت و هونوره، ۱۳۹۲: ۱۱) و این یک قاعده عقلی و منطقی است که هر شیء نیازمند علت است و این علت باید مقدم بر آن باشد (یزدانیان، ۱۳۷۹: ۱۴۲).

رابطه علیت یا رابطه سببیت در حقوق به معنای پیوستگی رفتار به نتیجه است؛ یعنی این نتیجه از آن رفتار حاصل شده باشد؛ به گونه‌ای که تحت تأثیر عامل خارجی واقع نشده و هیچ چیزی این پیوستگی را قطع نکرده باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۷: ۲۱۹) و بتوان گفت که این نتیجه معلول رفتار ارتكابی توسط مرتکب است. رابطه سببیت یکی از ارکان مهم مسؤولیت کیفری و مدنی و نقطه اشتراک این دو مسؤولیت است که بدون احراز آن، هیچ یک محقق نمی‌شود (وجدانی فخر و وجدانی فخر و الهی‌منش، ۱۴۰۱: ۲۱۱). تبیین دقیق مفهوم رابطه سببیت نیازمند بحث‌های مفصلی است که از حوصله این نوشتار خارج است.

۱. برای احراز برخی از جرائم که با عنوان جرائم مادی صرف شناخته می‌شوند، نیازی به احراز رکن معنوی وجود ندارد.

برای احراز رابطه سببیت، معیارهای مختلفی ارائه شده است که برخی از آنها مربوط به رابطه سببیت علمی و فلسفی است و حاصل دقت‌های عقلی در موضوع است؛ در حالی که معیار اصلی در شناسایی رابطه سببیت در حقوق، داوری عرف است و نمی‌توان مسئولیت کیفری را که بر مبنای سرزنش‌پذیری رفتار مرتکب است، توسط سببیت علمی و فلسفی احراز کرد؛ به همین دلیل گفته شده است که: «تعیین رابطه علیت بین خطا و زیان یک امر موضوعی است که باید به خردمندی و حسن قریحه قضات محول شود» (علی‌آبادی، ۱۳۷۳: ۶۵). فقها نیز ملاک برای احراز رابطه سببیت را صدق انتساب اتلاف به مرتکب می‌دانند (عراقی، ۱۴۱۴/۴: ۵۶) که احراز آن با عرف است. از سوی دیگر، امروزه در کامن‌لا نیز رابطه سببیت یک امر واقعی و عرفی در نظر گرفته می‌شود که احراز آن بر عهده هیأت منصفه قرار گرفته است؛ و نه متخصصان و دانشمندان (Lippman, 2010: 134). در همین راستا، توجه به ضوابط روانی هم‌چون عمد و تقصیر، امکان پیش‌بینی رفتار سایر اسباب در زنجیره علل، شدت و ضعف عناصر روانی و توجه به آخرین فرصت اجتناب، مواردی است که داوری عرف را در رابطه سببیت دخیل می‌کنند (خسروی سلیم، ۱۳۹۹: ۸۵).

چنانچه رفتار مجرمانه متهم را یک نقطه شروع و نتیجه را نقطه پایان تصور کنیم که رابطه علیت این دو را به هم وصل کرده است، ممکن است عوامل متعددی در این رابطه وارد شوند که برخی از این عوامل باعث از هم گسیختن این زنجیره می‌شوند و رابطه سببیت بین آن عامل مداخله‌کننده جدید و نتیجه برقرار می‌گردد؛ برخی دیگر از عوامل نیز ضمن عدم از هم گسیختن رابطه سببیت اولیه، خود نیز به فهرست اسباب اضافه می‌شوند و برخی عوامل، لطمه‌ای به زنجیره سببیت نمی‌زنند و خود نیز سبب محسوب نمی‌گردند. این عامل جدید می‌تواند رفتار جدید بزه‌کار، رفتار بزه‌دیده یا شخص ثالث و یا حتی عوامل و حوادث بیرونی باشد.

بزه‌دیده به عنوان شخصی که به طور مستقیم از وقوع جرم آسیب دیده و در واقع نتیجه مجرمانه بر روی او واقع شده است، نقش مهمی در احراز رابطه سببیت و قواطع آن دارد؛ با این توضیح که احراز تحقق نتیجه بدون توجه به بزه‌دیده ناممکن به نظر می‌رسد و شرایط خاص مربوط به بزه‌دیده و رفتارهایی که وی بعد از

ارتکاب رفتار مجرمانه از سوی بزهکار از خود بروز می‌دهد، این پرسش را در ذهن تحلیل‌گران مسائل حقوقی از جمله مقام قضایی برمی‌انگیزد که در چه صورتی این عوامل رابطه سببیت میان رفتار بزهکار و نتیجه مجرمانه را قطع می‌کند و نتیجه به خود بزه‌دیده منتسب خواهد شد.

با وجود اهمیت و پیچیدگی مسائل مربوط به سببیت در حقوق کیفری و انجام پژوهش‌های متعدد در این حوزه؛ به ویژه در سال‌های اخیر^۱، موضوع حاضر یعنی نقش بزه‌دیده در قطع زنجیره سببیت بررسی نشده است؛ این در حالی است که مباحث ارزشمندی در این خصوص در فقه امامیه مطرح شده است. از سوی دیگر، مطالعه حقوق کیفری انگلستان، به عنوان یک حقوق کیفری مبتنی بر رویه قضایی و دارای پیشینه قابل توجه، به غنای تحقیق خواهد افزود.

پژوهش حاضر، با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، ابتدا تأثیر شرایط بزه‌دیده اعم از جسمانی و روحی و شرایط متعارف و غیر متعارف وی در احراز رابطه سببیت و قاطع بودن یا نبودن آن‌ها را در فقه و حقوق کیفری ایران و انگلستان بررسی می‌کند و سپس نقش رفتار بزه‌دیده در قطع یا عدم قطع زنجیره سببیت را تحلیل می‌نماید تا از این طریق مشخص شود فعل یا ترک فعل بزه‌دیده با چه شرایطی می‌تواند زنجیره سببیت موجود بین رفتار بزهکار و نتیجه مجرمانه را قطع کند.

۱. شرایط بزه‌دیده

بزه‌دیده‌ای که موضوع جرم واقع می‌شود و نتیجه مجرمانه بر روی او رخ می‌دهد، دارای شرایط و ویژگی‌هایی است که از هر بزه‌دیده‌ای نسبت به بزه‌دیده دیگر متفاوت است. هر بزه‌دیده از نظر ویژگی‌های جسمانی مانند سن، وزن، قد، توانایی جسمانی و شرایط سلامت جسمانی؛ و ویژگی‌های روانی از جمله شجاعت و تحمل‌پذیری روانی در برابر حوادث، متفاوت از دیگری است. حال پرسش این است که آیا این شرایط می‌تواند قاطع زنجیره سببیت باشد. چنانچه شرایط جسمانی و روانی موجود در بزه‌دیده در حدی غیر متعارف باشد که بزهکار نتواند وقوع نتیجه

۱. برای نمونه، یکی از نویسندگان مقاله حاضر، سابق بر این با همکاری نویسنده دیگری، مقاله‌ای با عنوان رابطه سببیت در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در همین مجله نگاشته است (محسنی و ملکوتی، ۱۳۹۴) که در آن به تعریف رابطه سببیت و نحوه احراز آن پرداخته شده است. لکن در تحقیق پیش رو با نگاهی تطبیقی، به نقش بزه‌دیده در رابطه سببیت تمرکز شده است.

را پیش‌بینی کند، آیا این شرایط می‌توانند قاطع رابطه سببیت باشند؟

۱-۱. در فقه و حقوق ایران

برای تحلیل ماهیت شرایط بزه‌دیده به عنوان عامل مطرح در رابطه سببیت، لازم است ابتدا توضیحاتی در خصوص انواع عوامل دخیل در رابطه سببیت (مباشر، سبب و شرط) و کارکرد و تعریف آن‌ها ارائه شود تا مشخص گردد که شرایط خاص بزه‌دیده در کدام یک از این دسته بندی‌ها قرار می‌گیرد.

در کتب اولیه فقهی، نشانی از تمایز میان مباشر، سبب و شرط مشاهده نمی‌شود؛ زیرا این کتب مبتنی بر متون روایات بودند که سعی می‌شد تا حد امکان از عین عبارات روایات استفاده شود (قیاسی، ۱۳۹۴: ۵) و در متن روایات، لفظ مباشرت یا تسبیب نیامده و فقط از لفظ عمد و خطا استفاده شده است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۶/۳۰۹). متعاقباً برخی فقها با ارائه مثال‌هایی در ابواب غصب، قصاص و دیات، سعی در تفکیک مباشر، سبب و شرط نمودند.^۱

شناسایی مباشر و درک معنای آن دشواری ندارد و مباشر کسی است که به طور مستقیم مرتکب جرم می‌شود. ملاک مستقیم یا غیر مستقیم بودن نیز عرف است (قیاسی، ۱۳۹۴: ۶)، اما شناسایی سبب و شرط و تفکیک این دو از هم دشواری‌هایی دارد. برای نمونه، فقها در تعریف سبب گفته‌اند: «آن چیزی است که نتیجه از آن حاصل می‌شود، لکن علت تحقق نتیجه چیز دیگری است» (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵/۵۳۹؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲/۳۰۶) و به عبارت دیگر، سبب موجب تحقق نتیجه می‌شود، لیکن علت تامه یا جزء اخیر علت تامه تحقق نتیجه نمی‌باشد و در صورت نبودن آن، نتیجه نیز محقق نمی‌شود (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۲-۱۳). در تعریف شرط نیز گفته‌اند: «شرط آن چیزی است که هیچ‌گاه موجد قصاص نمی‌شود و با تحقق شروطی تنها می‌تواند موجب دیه شود؛ زیرا قتل عمد به شرط صدق نمی‌کند و مراد از آن چیزی است که تأثیر مؤثر منوط به آن است، ولی در علت تحقق نتیجه ورود پیدا نمی‌کند؛ به این معنی که تأثیری در آن ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۱۸)؛ یعنی سبب و شرط هر دو اگر نباشند، نتیجه محقق نمی‌شود. اما در تفاوت میان شرط و سبب می‌توان گفت شرط آن چیزی است که تأثیر علت موقوف بر آن است، اما مدخلیتی

۱. برای مثال بنگرید به: فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۴-۲۳.

در علیت و تولید نتیجه ندارد و نه به واسطه و نه بدون واسطه موجب ضمان نمی شود (مرعشی، ۱/۱۳۸۵: ۱۲۰)؛ در حالی که نتیجه به سبب منتسب می شود. با این وجود در مصادیق سبب و شرط اختلاف است. شناسایی شرط و سبب از امور شرعی تبعدی که معنای آن در شرع آمده باشد نیست، بلکه از امور عرفی است که تشخیص آن با مراجعه به عرف انجام می پذیرد (سبزواری، ۲۱/۱۴۱۳: ۳۵۳). در تحلیل عرفی نیز تمایز دقیقی میان سبب و شرط وجود ندارد و از دیدگاه عرف، عواملی را که نتیجه را منتسب به آن ها نمی داند، اما اگر این عوامل نبودند، نتیجه هم محقق نمی شد، می توان شرط نامید.

از جمله مهم ترین شروط، ویژگی های جسمانی و روانی بزه دیده است؛ اگر چه که در صورت نبود این عوامل، نتیجه محقق نمی شود، اما این عوامل به خودی خود نمی توانند موجب تحقق نتیجه شوند و از سوی دیگر، عرفاً نتیجه به این عوامل منتسب نمی گردد؛ برای مثال، شخصی که به طور مادرزادی دارای بیماری قلبی است و در اثر ترسانده شدن توسط شخص دیگر فوت می کند، هر چند ترساننده از شرایط قلبی بزه دیده مطلع نباشد، باز عرف او را مسؤول قتل می شناسد. در این مثال، اگر چه که در صورت نبود بیماری قلبی بزه دیده، نتیجه محقق نمی شد، اما قتل به بیماری قلبی و در نتیجه به بزه دیده منتسب نمی شود. در واقع بیماری قلبی بزه دیده، به عنوان شرایط جسمانی خاص وی، باعث تأثیر عامل دیگر (ترس) شده است که نتیجه نیز به آن عامل مستند است.

در فقه امامیه، فقها شرایط خاص موجود در بزه دیده را نافی رابطه سببیت میان رفتار بزه کار و نتیجه ندانسته اند. برای مثال، نظر مشهور فقهای امامیه این است که اگر شخصی علیه دیگری رفتاری انجام دهد که نوعاً کشنده نیست؛ مانند این که وی را با چوبی نازک یا عصای نازک و بدون قصد قتل بزند و او اتفاقاً فوت کند، قتل شبه عمد محسوب می شود (محقق حلی، ۴/۱۴۰۸: ۱۸۰؛ علامه حلی، ۳/۱۴۱۳: ۵۸۲؛ جبعی عاملی، ۱۰/۱۴۰۱: ۱۷؛ همو، ۱۵/۱۴۱۳: ۶۸؛ خویی، ۴۲/۱۴۲۲: ۴-۵). این اتفاقی بودن فوت مجنی علیه می تواند در نتیجه شرایط جسمانی یا روانی خاص بزه دیده باشد. در واقع، اگر بزه دیده به علت بیماری، صغر یا کبر سن و مانند آن ها ضعیف باشد و در اثر صدمه ای که نوعاً کشنده نیست فوت کند، اگر مرتکب به شرایط بزه دیده آگاه باشد،

قتل عمد و در غیر این صورت، شبهه عمد تلقی می‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۵۰۹)؛ یعنی صرف نظر از نوع قتل که وابسته به رکن معنوی بزه‌کار است، اصل قتل به مرتکب منتسب است. در این خصوص گفته شده است این‌گونه موارد می‌تواند عمد را منتفی کند، اما تأثیری در صدق عرفی قتل به رفتار ندارد (نجفی، ۱۴۰۴/۲: ۱۷)؛ در نتیجه مسؤولیت شخص میان قصاص و دیه خواهد بود.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به تبعیت از نظرات فقهای عظام، در بند پ ماده ۲۹۰^۱، فرضی را که بزه‌کار با علم و اطلاع از شرایط خاص بزه‌دیده که زمینه تأثیر رفتار بزه‌کار را فراهم می‌کند، اقدام نماید، جنایت عمدی تلقی کرده و در تبصره ۲ این ماده^۲ نیز اصل را بر عدم اطلاع بزه‌کار از این شرایط می‌داند، لیکن وفق بند الف ماده ۲۹۱^۳، رفتار بزه‌کار بدون اطلاع از این شرایط، جنایت شبهه عمد محسوب می‌شود. این شرایط شامل موارد نامتعارف جسمانی و روانی بزه‌دیده است (آقای‌نیا، ۱۳۹۷: ۱۳۱). مقنن به درستی این نکته را مورد نظر قرار داده است که شرایط منحصر به فرد بزه‌دیده که زمینه اثرگذاری رفتار بزه‌کار را مهیا می‌کند، شرط محسوب می‌شود و در رابطه سببیت بین رفتار بزه‌کار و نتیجه مجرمانه مؤثر نیست؛ زیرا کشف رابطه سببیت، معمایی مربوط به رکن مادی بزه و عدم اطلاع از شرایط مجنی‌علیه، مربوط به رکن معنوی بزه می‌شود که این عدم اطلاع می‌تواند موجب تغییر وصف بزه از عمد به غیر عمد شود، اما قاطع رابطه سببیت نخواهد بود.

۱. ماده ۲۹۰: جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود: ... پ- هرگاه مرتکب قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است، نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن نمی‌شود لکن در خصوص مجنی‌علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود مشروط بر آن‌که مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی‌علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد ...

۲. تبصره ۲: در بند (پ) باید آگاهی و توجه مرتکب به این‌که کار نوعاً نسبت به مجنی‌علیه، موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌شود ثابت گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی‌شود.

۳. ماده ۲۹۱: جنایت در موارد زیر شبهه عمدی محسوب می‌شود: الف- هرگاه مرتکب نسبت به مجنی‌علیه قصد رفتاری را داشته لکن قصد جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته باشد و از مواردی که مشمول تعریف جنایات عمدی می‌گردد، نباشد ...

۲-۱. حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان، قاعده‌ای پذیرفته شده وجود دارد که از آن به قاعده «جمجمه نازک»^۱ یا «جمجمه پوسته تخم مرغی»^۲ تعبیر می‌شود. این قاعده که از پرونده مشهور شاهد یهوه^۳ استخراج شده است، به این معناست که «ایجاد کننده ضرر نمی‌تواند ادعا کند ضرری که او ایجاد نموده است، به خاطر ضعف غیر قابل پیش‌بینی موجود در زیان دیده؛ مانند داشتن جمجمه بسیار نازک، تشدید شده است، بلکه وی مکلف است بزه‌دیده خود را آن‌گونه که هست بپذیرد» (Martin, 2003: 167-168)؛ یعنی وجود شرایط خاص در بزه‌دیده که باعث می‌شود، او آسیب‌های شدیدتری نسبت به اشخاص عادی که فاقد آن شرایط هستند، متحمل شود، مانع از انتساب بزه به متهم نیست (Harpwood, 2009: 182). برای مثال، طبق این قاعده، اگر شخصی با بی‌پروایی جراحی را در شخصی ایجاد کند که بعداً مشخص شود که آن شخص مبتلا به بیماری هموفیلی بوده است، وارد کننده جراحت مسئولیت تمام زیان را در قبال بزه‌دیده خواهد داشت (Garner, 1999: 533). طبق این قاعده، اگر بزه‌دیده برای مثال دارای استخوان جمجمه بسیار نازکی باشد که هیچ‌کس از جمله بزه‌کار نیز از این مسأله مطلع نباشد و بزه‌کار با یک چوب بیس‌بال به سر وی ضربه وارد کند و او بمیرد؛ به گونه‌ای که اگر جمجمه بزه‌دیده ضخامت طبیعی داشت، آن ضربه موجب مرگ وی نمی‌شد، باز هم بزه‌کار مسؤول قتل او است و نتیجه مستند به رفتار وی می‌باشد (Jefferson, 2015: 57). در واقع، شرایط بزه‌دیده تنها باعث تشدید یا تسریع نتیجه شده است و چنین عواملی نمی‌توانند قاطع رابطه سببیت باشند. این اصل که بزه‌کار باید بزه‌دیده خود را آن‌گونه که هست بپذیرد، در خصوص شرایط جسمانی وی به طور سنتی در حقوق انگلستان وجود داشته است و استدلال مطرح در پرونده شاهد یهوه، محدوده این شرایط را فراتر از شرایط جسمانی می‌برد و احساسات، عقاید و شرایط روانی بزه‌دیده را نیز داخل در این اصل می‌کند (Herring, 2012: 35) که بزه‌کار باید این شرایط بزه‌دیده را هم بپذیرد. برای مثال، شخصی از نظر روانی در حالت بسیار حساسی قرار دارد و فرد دیگر بر سر او فریاد

1. Thin skull rule.

2. Eggsell skull rule.

۳. در قسمت بعدی مقاله، این پرونده به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

می‌کشد و بر اثر آن وی می‌میرد؛ این اقدام فریاد زننده برای افراد متعارف جامعه کشنده محسوب نمی‌شود، اما طبق قاعده موصوف، شخص مسؤول نتیجه پدید آمده می‌باشد.

برخی به این گسترش میزان مسؤولیت اشخاص انتقاد کرده و بیان داشته‌اند که شخص باید تنها مسؤول نتایجی باشد که بتواند آن‌ها را پیش‌بینی کند و مسؤولیت شخص در قبال نتایج غیر قابل پیش‌بینی، غیر منصفانه است (Herring, 2012: 36)؛ اما باید توجه داشت که مسؤولیت شخص در قبال بزه‌دیده اعم از کیفری و مدنی است و غیر قابل پیش‌بینی بودن نتیجه برای شخص ایجاد کننده نتیجه، تنها او را از سرزنش پذیری رفتارشان نجات می‌دهد، اما رابطه سببیت میان رفتار وی و نتیجه پدید آمده هم‌چنان موجود بوده و وی مسؤولیت مدنی جبران خسارت در برابر بزه‌دیده را بر عهده دارد؛ به عبارت دیگر، رابطه سببیت مربوط به رکن مادی است که شرایط بزه‌دیده قاطع این رابطه نیست، اما برای اثبات مسؤولیت کیفری، بسیاری از جرائم نیازمند اثبات رکن معنوی نیز هستند که با اثبات عدم اطلاع شخص از شرایط خاص جسمانی یا روانی بزه‌دیده، وی مسؤولیت کیفری نخواهد داشت.

۲. رفتار بزه‌دیده

از دیگر عواملی که ممکن است میان رفتار بزه‌کار و تحقق نتیجه مجرمانه واقع شود، رفتار بزه‌دیده است که می‌تواند از نوع فعل یا ترک فعل، متعارف یا غیر متعارف و ارادی یا غیر ارادی باشد. در این قسمت، ویژگی‌های رفتار بزه‌دیده که برای قاطع زنجیره سببیت بودن لازم است، شناسایی می‌شود.

۱-۲. در فقه و حقوق ایران

در فقه امامیه، رفتار بزه‌دیده تحت شرایطی قاطع رابطه سببیت محسوب شده است؛ برای مثال، فقها بیان می‌دارند اگر شخصی دیگری را در آب بیندازد و او با وجود توان خارج شدن از آب، از آن خارج نشود، مرتکب قصاص نمی‌شود و بزه‌دیده مستحق دیه نیز نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴/۴۲: ۲۷-۲۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۰۱/۱۰: ۲۰)؛ زیرا در این فرض، نتیجه متناسب به خود بزه‌دیده است (خویی، ۱۴۲۲/۴۲: ۶). در مثالی دیگر بیان شده است که اگر شخصی دیگری را در آتش اندازد و او با وجود قدرت بر خروج از آتش، از آن خارج نشود، دیه و قصاص منتفی است؛ زیرا نتیجه به

خود شخص منتسب است و اصل بر برائت ذمه است و برای تعلق گرفتن چیزی بر ذمه شخص نیاز به دلیل است که در این خصوص چنین دلیلی وجود ندارد (طوسی، ۱۴۰۷/۵: ۱۶۲). البته در این فرض گفته شده است که احتمال ثبوت دیه وجود دارد؛ زیرا یکی از ویژگی‌های آتش آن است که با برخورد با انسان، در قوه تعقل وی اثر می‌گذارد و مانع از این می‌شود که شخص از آن بیرون آید (جبعی عاملی، ۱۴۱۰/۱۰: ۲۰).

نکته دیگر در خصوص عدم مداوای جرح است که مشهور فقهای امامیه بر این عقیده هستند که اگر شخصی به دیگری جرحی وارد کند و شخص مجروح با وجود توان برای مداوا، این کار را انجام ندهد و بمیرد، قتل به ایجاد کننده جراحات مستند است و وی در قبال مقتول ضامن است (جبعی عاملی، ۱۴۰۱/۱۰: ۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴/۴۲: ۲۷)؛ در توجیه این نظر گفته شده است که با ایجاد جرح، مقتضی ایجاد نتیجه به وجود می‌آید و عدم مداوا تنها عدم ایجاد مانع است و مانع هر چند عمداً ایجاد نشود، رابطه سببیت میان مقتضی و نتیجه را قطع نمی‌کند و نتیجه به مقتضی منتسب می‌گردد؛ زیرا عدم ایجاد مانع، یک امر عدمی است و نتیجه که یک وجود است، نمی‌تواند از عدم حاصل شود (خویی، ۱۴۲۲/۴۲: ۶). در واقع، ترک مداوا یک ترک فعل است که نتیجه به صدمه اولیه برمی‌گردد.

به نظر می‌رسد تفکیک فوق ناشی از استدلال‌های فلسفی، عدم امکان عقلی ایجاد وجود از عدم است که سابقه طولانی آن در بحث‌های جرائم ترک فعلی قابل ملاحظه است،^۱ اما اصل کلی آن است که اقدام آگاهانه و ارادی بزه‌دیده می‌تواند قاطع زنجیره سببیت شود.

مقنن در قانون مجازات اسلامی از این اصل بهره برده است و در جایی که بزه‌دیده با اقدام آگاهانه و ارادی رابطه سببیت را قطع می‌کند، نتیجه را به خود بزه‌دیده منتسب می‌داند؛ برای مثال، وفق ماده ۵۰۷ قانون مذکور «هرگاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک، گودالی حفر کند یا چیز لغزنده‌ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد، ضامن دیه است مگر این‌که فرد آسیب‌دیده با علم به آن و امکان اجتناب، عمداً با آن برخورد نماید»؛ و

۱. برای مثال بنگرید به: Herring, 2012: 24-35؛ Ashworth, 2013: 31-78.

ماده ۳۵۷ همین قانون نیز اصل کلی را این‌گونه بیان می‌کند که «در کلیه موارد مذکور در این فصل، هرگاه جنایت منحصرأً مستند به عمد یا تقصیر مجنی علیه باشد، ضمان ثابت نیست ...».

این امر در رویه قضایی ایران نیز پذیرفته شده است که اگر بزه‌دیده خود مرتکب خطا شده باشد و نتیجه منتسب به او باشد، جانی مسؤول نیست (شیری، ۱۴۰۱: ۱۵۴). انتساب یا عدم انتساب نیز به وسیله عرف تعیین می‌شود و در عرف اصولاً رفتار آگاهانه و عامدانه بزه‌دیده قاطع سببیت محسوب می‌گردد؛ برای مثال، اگر پس از ورود جراحت، بزه‌دیده خود اقدام به خودکشی کند، عرف نتیجه (مرگ) را به بزه‌دیده منتسب می‌داند و جراح فقط در خصوص جراحتی که پدید آورده بود، مسؤول شناخته می‌شود؛ در حالی که رفتارهای بدون اختیار بزه‌دیده، قاطع رابطه سببیت نیست؛ برای مثال، ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌دارد که «هرگاه کسی دیگری را بترساند و آن شخص در اثر ترس بی‌اختیار فرار کند یا بدون اختیار حرکتی از او سر بزند که موجب ایراد صدمه بر خودش یا دیگری گردد، ترساننده حسب تعاریف جنایات عمدی و غیر عمدی مسؤول است».

۲-۲. حقوق انگلستان

جنبه دیگر قاعده مجمله نازک آن است که اقدامات غیر قابل پیش‌بینی بزه‌دیده که در پی اقدام غیر قانونی متهم انجام می‌پذیرد، زنجیره سببیت را قطع نمی‌کند. این امر در پرونده معروف شاهد یهوه^۱ مطرح شد که در آن متهم، بزه‌دیده را در یک درگیری خیابانی با چاقو مجروح کرد و شخص مجروح که شاهد یهوه بود، به علت عقاید مذهبی خود از پذیرش انتقال خون خودداری نمود و فوت کرد. متهم به قتل غیر عمدی محکوم شد و به این حکم اعتراض نمود که قتل در اثر خودداری بزه‌دیده از دریافت خون اتفاق افتاده است، اما دادگاه تجدید نظر اعتراض وی را رد کرد (Fionda and Bryant, 2000: 130). یکی از جنبه‌های رأی دادگاه در خصوص این پرونده، افزودن عقاید مذهبی بزه‌دیده به شرایطی بود که بزهار باید بزه‌دیده‌اش را با وجود آن‌ها بپذیرد، لیکن جنبه دیگر این رأی آن است که عقاید بزه‌دیده هرچند غیر قابل پیش‌بینی باشد، باید از سوی بزهار مورد احترام و پذیرش قرار گیرد و اقدام

1. R vs Blaue.

بعدی بزه‌دیده هر چند غیر متعارف باشد، چون بر اساس عقاید مذهبی وی صورت پذیرفته است، نمی‌تواند زنجیره سببیت میان رفتار بزه‌کار و نتیجه مجرمانه را قطع کند. البته گفته شده است که رفتار بزه‌دیده بر مبنای عقاید مذهبی، در صورتی مورد پذیرش و احترام است که این عقاید با ارزش‌های اساسی مانند آنچه در قوانین ضد تبعیض گفته می‌شود، منافات نداشته باشد (Elvin, 2017: 55).

در واقع رفتار بزه‌دیده در صورتی رابطه سببیت میان رفتار بزه‌کار و نتیجه را قطع می‌کند که به طور ارادی، آگاهانه و آزادانه واقع شود و به نتیجه زیان‌بار منتهی شود (Bois-Pedain, 2021: 75)؛ در حالی که در موارد فوق، رفتار بزه‌دیده آزادانه فرض نمی‌شود.

موارد پیش‌گفته با مواردی که با عنوان پرونده‌های فرار مطرح است، در تعارض هستند؛ به نحوی که اگر بزه‌دیده در اثر اقدام متهم اقدام به فرار کند و این عمل وی غیر قابل پیش‌بینی و نامتعارف باشد، زنجیره سببیت قطع می‌شود و بزه‌دیده مسئول نتایج پدید آمده خواهد بود؛ برای مثال، در پرونده رابرتز^۱، بزه‌دیده که زن جوانی بود، پایش در اثر این‌که خود را از خودروی متهم به بیرون پرتاب کرده بود، شکست. وی بیان داشت که متهم قصد آزار جنسی وی را داشته است و متهم به ایراد صدمه بدنی محکوم شد و نسبت به این حکم اعتراض کرد. دادگاه بیان داشت که این اقدام بزه‌دیده نتیجه قابل پیش‌بینی اقدام متهم بوده است (Loveless, 2102: 94)؛ در حالی که اگر اقدام او غیر قابل پیش‌بینی محسوب می‌شد، بزه‌دیده مسئول صدمه وارد شده بود.

به واقع، در مواردی که بزه‌دیده تلاش می‌کند خود را از خطری که متهم برایش به وجود آورده است رهایی بخشد، دادگاه هم‌چنان میان رفتار بزه‌کار و نتیجه پدید آمده رابطه سببیت را برقرار می‌داند؛ مگر این‌که اقدامات بزه‌دیده از سوی هیأت منصفه به عنوان غیر معقول یا غیر قابل پیش‌بینی ارزیابی شود؛ که در این صورت زنجیره سببیت میان رفتار متهم و نتیجه قطع می‌شود (Hoxley-binns and Martin, 2014: 48). دادگاه‌ها اصل را بر عدم قطع زنجیره سببیت قرار می‌دهند (Wilson, 2017: 109) و لذا غیر معقول یا غیر قابل پیش‌بینی بودن باید اثبات شود.

1. R vs Roberts.

برای حل تعارض میان پرونده‌های فرار با پرونده‌های مبتنی بر اصل پذیرش بزه‌دیده همان‌گونه که هست (با تمام شرایط جسمانی و روانی وی)،^۱ می‌توان بیان داشت که در دسته اول پرونده‌ها، بزه‌دیده هنوز آسیبی از رفتار بزهکار دریافت نکرده است و تنها پس از این‌که خود رفتاری انجام می‌دهد، به وی آسیب می‌رسد؛ در حالی که در دسته دوم از پرونده‌ها، رفتار متهم موجب ورود آسیب به بزه‌دیده شده و رفتار بعدی بزه‌دیده موجب تشدید نتیجه می‌شود (DE Than and Heaton, 2013: 42). البته ترسیم خط تمایز میان این دو همواره ساده نیست و گاهی میان این دو قاعده تعارض پیش می‌آید؛ که در این موارد، قاعده اصل پذیرش بزه‌دیده آن‌گونه که هست، بر قاعده دیگر تقدم دارد؛ زیرا این پرونده^۲ بر پرونده دیگر تأخر دارد و اراده اخیر نظام حقوقی را نشان می‌دهد و با موضوع سیاست عمومی نیز سازگارتر است (Molan, 2001: 73-74). اشخاص باید در اقدامات خود احتیاط‌های لازم را به عمل آورند و مسؤول رفتار خود باشند و غیر قابل پیش‌بینی بودن نتیجه یک رفتار، تأثیری در انتساب نتیجه به رفتار ندارد و می‌تواند در سرزنش‌پذیری بزهکار مؤثر باشد؛ به ویژه جامعه صنعتی و مدرن نیازمند گسترش مسؤولیت است تا شرکت‌ها و مالکان صنایع بزرگ در قبال مصرف‌کنندگان مسؤول شناخته شوند.

1. take your victim as you find him or her.

۲. یعنی پرونده شاهد یهوه که با نام R vs Blaue مشهور است.

برآمد

۱- در جرائم مقید، به منظور احراز پیوستگی رفتار به نتیجه (رابطه سببیت)، لازم است عواملی را که قاطع رابطه سببیت است در نظر گرفت. بزه دیده نقش مهمی در احراز رابطه سببیت دارد و در مواردی نیز می تواند قاطع این رابطه باشد. در مرحله نخست، زمانی که رفتار مجرمانه بر روی بزه دیده واقع می شود، وی با داشتن شرایط خاصی می تواند تحقق نتیجه را تسریع کند یا آن را به تعویق اندازد. شرایط جسمانی یا روانی بزه دیده؛ هر چند نامتعارف و غیر قابل پیش بینی باشد، زمینه تأثیر رفتار مجرمانه را فراهم می کند، اما نتیجه به این شرایط منتسب نمی شود و در نتیجه، این شرایط نمی توانند زنجیره سببیت میان رفتار بزه کار و نتیجه را قطع کنند. قانون مجازات اسلامی به تبعیت از متون فقهی، این شرایط و علم یا عدم علم مرتکب نسبت به آن ها را در رکن معنوی جرم مؤثر دانسته است؛ و نه در رابطه سببیت که بخشی از رکن مادی بزه است.

۲- حقوق انگلستان با شناسایی قاعده مجمله نازک، مرتکب را مکلف می داند بزه دیده خود را آن گونه که هست؛ یعنی با تمام شرایط جسمانی، روانی و حتی عقایدش بپذیرد. وفق این قاعده، ضعف شدید و نامتعارف بزه دیده قاطع رابطه سببیت میان رفتار متهم و بزه دیده نخواهد بود و تنها عدم اطلاع از این شرایط می تواند در رکن معنوی بزه تأثیرگذار باشد؛ در حالی که در فقه و حقوق ایران، شرایط جسمانی و روانی بزه دیده تنها به عنوان شرط و زمینه ساز وقوع جرم شناسایی شده و قاطع رابطه سببیت محسوب نمی شود. محدوده این شروط در حقوق انگلستان گسترده تر بوده و افزون بر شرایط جسمانی و روانی، عقاید مذهبی بزه دیده را نیز شامل می شود.

۳- اقدامات بزه دیده اعم از فعل و ترک فعل، در صورتی که آگاهانه و ارادی باشد، می تواند موجب انتقای رابطه سببیت شود. فقها مثال هایی از ترک فعل ارادی و آگاهانه که باعث قطع زنجیره سببیت میان رفتار بزه کار و نتیجه می شود و نتیجه را به بزه دیده منتسب می کند ارائه داده و صدق عرفی استناد را ملاک قرار داده اند. قانون مجازات اسلامی نیز با تأسی از فقه امامیه، در جایی که بزه دیده با اراده و آگاهی زنجیره سببیت را قطع می کند، خود او را مسؤول می شناسد.

۴- در حقوق انگلستان، در صورتی که بزه‌دیده با هدف گریز از شرایط خطرناک ایجاد شده توسط متهم، اقدامات نامتعارف و غیر قابل پیش‌بینی انجام دهد، زنجیره سببیت قطع خواهد شد و وی خود مسئول نتایج پدید آمده خواهد بود و در سایر موارد، نامتعارف یا غیر قابل پیش‌بینی بودن اقدام بزه‌دیده، از جمله عدم پذیرش درمان، قاطع رابطه سببیت نمی‌باشد.

۵- این‌که رابطه علیت مربوط به رکن مادی بزه است، مانع از تاثیر حالات روانی در احراز رابطه سببیت نیست. در همین راستا، حقوق انگلستان در زمینه رفتار ارتكابی توسط بزه‌دیده، رویکرد سخت‌گیرانه‌تری را نسبت به متهم اتخاذ نموده است. در فقه و حقوق ایران، رفتار عمدی و آگاهانه بزه‌دیده قاطع رابطه سببیت خواهد بود، اما در حقوق انگلستان، افزون بر عمدی و آگاهانه بودن رفتار، بزه‌دیده باید آزادانه اقدام کند تا رفتار او قاطع رابطه سببیت باشد و اگر رفتار بزه‌دیده ناشی از عقاید مذهبی یا حالات روانی وی باشد، آزادانه محسوب نمی‌شود و لذا نمی‌تواند قاطع رابطه سببیت باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * آقای‌نیا، حسین (۱۳۹۷)، حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه اشخاص (جنایات)، چاپ هفدهم، تهران: میزان.
- * بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ ق)، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران: عروج.
- * حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۷)، جرائم علیه اشخاص (قتل)، چاپ دوم، تهران: میزان.
- * خسروی سلیم، محمدمهدی (۱۳۹۹)، «نقش رکن روانی در رابطه سببیت»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۰، شماره ۱.
- * شیر، عباس (۱۴۰۱) «درس گفتار حقوق کیفری اختصاصی (آسیب‌های بدنی)»، نیمسال تحصیلی اول ۱۴۰۱-۱۴۰۲، قابل دسترسی در کانال تلگرامی دکتر عباس شیر.
- * علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۷۳)، حقوق جنایی، چاپ سوم، تهران: فردوسی.
- * قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹۴)، تسبیب در قوانین کیفری، چاپ سوم، تهران: جنگل.
- * محسنی، فرید و ملکوتی، نصیر (۱۳۹۴)، «رابطه سببیت در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱.
- * مرعشی، سید محمدحسن (۱۳۸۵)، دیدگاه‌های نو در حقوق، چاپ دوم، تهران: میزان.
- * میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۶)، جرائم علیه اشخاص، چاپ بیست و چهارم، تهران: میزان.
- * وجدانی فخر، عطیه و وجدانی فخر، طلّیعه و الهی‌منش، محمدرضا (۱۴۰۱)، «رابطه سببیت در جرم و چالش‌های مسؤولیت کیفری با نگرشی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، حقوق و مطالعات سیاسی، دوره ۲، شماره ۳.
- * هارت، اچ ال ای و تونی هونوره (۱۳۹۲)، سببیت در حقوق (حقوق کیفری)، برگردان: دکتر حسین آقای‌نیا و دیگران، چاپ دوم، تهران: میزان.

* یزدانیان، علیرضا (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی (قلمرو مسؤولیت مدنی)**، چاپ نخست، تهران: آیلار.

ب. عربی

* خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ هـ ق)، **موسوعه الامام الخویی (مبانی تکملة المنهاج)**، جلد چهل و دوم، چاپ نخست، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره (نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه نرم‌افزاری علوم اسلامی نور).

* سبزواری، سید عبد‌الاعلی (۱۴۱۳ هـ ق)، **مهذب الأحكام**، جلد بیست و یکم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ هـ ق)، **الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه (المحشی - کلاتر)**، جلد دهم، چاپ نخست، قم: داوری.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ هـ ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

* طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق)، **الخلاف**، جلد پنجم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

* نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد چهل و دوم، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

* عراقی، آقاضیاء (۱۴۱۴ ق)، **شرح تبصره المتعلمین**، جلد چهارم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

* علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق)، **قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

* علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، جلد پنجم، چاپ نخست، قم: موسسه امام صادق علیه السلام.

* فاضل‌هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق)، **كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، جلد یازدهم، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

* محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.

* محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ ق)، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، جلد دوم، چاپ ششم، قم: موسسه المطبوعات الدینیه.

* مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ ق)، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، چاپ دوم، قم: انصاریان.

* موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دار العلم.

پ. انگلیسی

* Ashworth, Andrew (2013), **Positive Obligations in Criminal Law**, First Published, Hart Publishing.

* Bois-Pedain, Antje Du (2021), **Novos Actus And Beyond: Attributing Causal Responsibility in The Criminal Courts**, Cambridge Law Journal, No 80, pp 61-90.

* De Than, Claire and Heaton, Russel (2013), **Criminal Law**, fourth edition, Oxford University Press.

* Elvin, Jesse (2017), **“Causation and legal Responsibility: Take your Victim as You Find Him?”**, Journal of the institute of law, No 1, pp45-59.

* Fionda, Julia and Bryant, Michael J (2000), **briefcase on criminal law**, second edition, London, Cavendish publishing limited.

* Garner, Bryan A. (1999), **Black’s Law Dictionary**, Seventh Edition, West Group.

* Harpwood, Vivienne (2009), **Modern Tort Law**, Seventh edition, Routledge. Cavendish.

* Herring, Jonathan (2012), **Great Debates in Criminal Law**, First published, Palgrave Macmillan.

* Hoxley-binns, Rebecca and Martin, Jacqueline (2014), **unlocking the English legal system**, fourth edition, London, Routledge.

- * Jefferson, Michael (2015), **Criminal Law**, twelfth edition, Pearson Education Limited.
- * Lippman, Matthew (2010), **Contemporary Criminal Law**, Second edition, Sage Publication.
- * Loveless, Janet (2012), **Criminal Law (text, cases and materials)**, third edition, Oxford University Press.
- * Martin, Elizabeth A. (2003), **A Dictionary Of Law**, fifth edition, Oxford University Press.
- * Molan, Micheal (2001), **sourcebook on criminal law**, second edition, London, Cavendish publishing limited
- * Wilson, William (2017), **Criminal Law**, sixth edition, Pearson Education Limited.

مفهوم‌شناسی جرائم ناشی از نفرت در سیاست کیفری ایران و آمریکا

مصیب قدمی عزیزآباد^۱، سید ابراهیم قدسی^۲، آزاده صادقی^۳

چکیده

مفهوم‌شناسی جرائم ناشی از نفرت، نخستین گام در سیاست‌گذاری در حوزه این جرائم به منظور پیشگیری از وقوع آن‌ها و تدوین قوانین و مقررات مقتضی است. در واقع شناخت این جرائم نه تنها از باب غیر قابل انکار بودن، بلکه به دلیل تعیین خطی‌مشی سیاست‌گذاران و نیز شناخت قربانی و دیگر کنش‌گران دخیل در آن، موضوعی کلیدی در تدوین سیاست‌ها و پاسخ‌گذاری‌های رسمی و غیر رسمی است. در این مقاله، به روش تحلیلی توصیفی مفهوم جرم ناشی از نفرت در دایره سیاست‌گذاری دو کشور ایران و آمریکا به صورت تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است. هم‌چنین سعی شده است مفهوم موجود و بایدهای مفهومی این جرائم مورد تحلیل قرار گیرد. مفهوم این جرائم در هر دو کشور نتیجه گفت‌وگوهای سیاسی و پیشینه تاریخی جنش‌ها، فعالیت‌ها و رخداد‌های مختلف علیه گروه‌های دارای ویژگی متفاوت از دیگران است و از آنجایی که تدوین قوانین و دیگر سیاست‌ها راجع به این جرائم در ایران سابقه کمی دارد، به نسبت مفهوم آن در آمریکا از پختگی و توان جریان‌سازی کمتری در عرصه سیاست‌گذاری کیفری برخوردار است. افزون بر این، دایره محدود این جرم در حوزه سیاست‌گذاری ایران، امکان حمایت از قربانیان این جرائم را کم می‌کند؛ در حالی که مفهوم ارائه شده از این جرائم در ایالات متحده، مفهومی گسترده، قربانی‌محور و دارای ظرفیت مناسب برای بهره‌برداری سیاست‌گذاران است.

واژگان کلیدی: مفهوم‌شناسی جرائم ناشی از نفرت، سیاست کیفری ایران و آمریکا، اقلیت‌ها.

-
۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)
mosayeb.ghadami@yahoo.com
 ۲. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی و استاد دانشگاه مازندران
ghodsi@umz.ac.ir
 ۳. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی و استادیار دانشگاه مازندران
sadeghiazade@yahoo.com

درآمد

مفهوم‌شناسی^۱ در تمامی علوم به دلیل این‌که پایه و اساس تأمل و شناخت پدیده‌هاست، بسیار مهم و در عین حال دشوار است. در علوم اجتماعی و به‌ویژه حقوق، به دلیل این‌که نقطه ثقل مفهوم‌شناسی موضوع انسان و روابط بین انسان‌ها است به مراتب پیچیده‌تر می‌باشد. در علوم اجتماعی چون حقوق برخلاف علوم تجربی که مفاهیم مطلق و نوعی هستند، وجود گستره مفاهیم تابعی از شرایط حاکم در مکان و زمان می‌باشد؛ به عبارتی دیگر، مفاهیم در بستر اصل نسبی بودن شناخته می‌شوند؛ به این معنی که با وجود آن‌که از حیث لغت‌شناسی، واژگان یکسانی داریم، اما منطوق در علوم اجتماعی ممکن است مفاهیم متفاوتی از منظر کمیت و کیفیت داشته باشد.

در حقوق کیفری، جرم بودن یا نبودن یک رفتار از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و به قول پاسکال «حقیقت در این سوی کوه‌های پیرنه، دروغ در آن سو است» (کسن، ۱۳۸۷: ۱۸). در مورد جرم ناشی از نفرت^۲ که عبارت است از هرگونه رفتار مجرمانه‌ای که با انگیزه نفرت از هویت‌های محافظت‌شده یا جوامع اقلیت انجام می‌گیرد (Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009). این نسبیت‌گرایی در تعریف به مراتب از سایر جرائم بیشتر می‌باشد؛ چرا که آن عاملی که موجب جرم‌انگاری این رفتار شده است، در مقایسه با دیگر جرائم که مبنایی همه‌گیر و یکسان دارند، یک عامل سلیقه‌ای و فرمایشی است. در جرائم دیگر بدنه حکومت‌ها و قوه مقننه غالباً در جرم‌انگاری متفق‌القول هستند؛ چرا که مبنای جرم‌انگاری در آن جرائم را یک مبنای همه شمول و برخاسته از نظر تمام اجتماع می‌دانند؛ در حالی که جرم‌انگاری و تعیین گستره جرائم ناشی از نفرت، به عواملی

1. conceptology
2. the principle of relativity
3. hate crimes

آن چیزی که وجه تمایز این جرائم با جرائم سنتی است، نفرت موجود در این جرائم است (Naidoo, 2016: 54). در واقع نفرت در دیگر جرائم «نفرتی خودساخته» است، ولی در جرائم ناشی از نفرت با یک «نفرت ساخت شده» مواجه هستیم؛ به این معنی که فرد مجرم بدون آن‌که شخصاً احساس تنفیری نسبت به قربانی جرم داشته باشد، به دلیل این‌که قبلاً راجع به قربانی و گروهی که وی به آن متعلق است نفرتی وجود داشته است مرتکب جرم می‌شود.

چون نوع نظام حکومتی، سابقه تاریخی، گروه‌های فشار، جنبش‌ها و ... بستگی دارد و تاحدودی در تمامی جوامع از پشتوانه متقنی برخوردار نیست.

هدف از شناخت مفهوم این جرم، تعیین خط مشی سیاست‌گذاران است؛ به این معنی که سیاست‌گذاری مستلزم شناخت و شفافیت مفهومی پدیده‌هاست و از آنجایی که «نفرت»^۱ یک مفهوم مبهم است و قرابت معنایی با واژگانی چون خشم و تعصب دارد، باعث پیچیدگی و استفاده دشوار از این مفهوم در سیاست‌گذاری می‌شود (Mason-Bish, 2015: 75). هم‌چنین شناخت قربانی جرائم ناشی از نفرت به دلیل داشتن تفاوت‌هایی که موجب گردیده «دیگری»^۲ تلقی شود از حیث سیاست‌گذاری حائز اهمیت می‌باشد. در واقع پیچیدگی مفهومی جرائم ناشی از نفرت و ابهام در شمول و معنای واژه نفرت، پیامدهای مهمی در درک این جرم و نیز شناساندن افراد کنش‌گران مرتبط با آن از قبیل گروه‌های حامی قربانی و مرتکب، نظام عدالت کیفری و ... دارد (چاکرابورتی و گارلند، ۱۴۰۲: ۱۸)؛ به این نحو که بدون شناخت درست قربانی این جرائم، امکان تدوین سیاست‌های پیشگیرانه وجود ندارد و حمایت از گروه‌های «در فهرست (شُرُف) قربانی شدن» نیز امکان‌پذیر نیست.

از آنجایی که «جرم (البته به جز جرائم طبیعی) به عنوان یک برساخت اجتماعی^۳ تلقی می‌شود» (میرمجیدی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۵۰) و ساخته و پرداخته ذهن انسان بر اساس شرایط زمانی و مکانی است، مفهوم جرم ناشی از نفرت نیز که مصداقی از جرم است غالباً برساخته ذهن انسان است و وجودی ثابت و عینی در خارج از ذهن بشر ندارد؛ به همین دلیل مفهوم این جرم به عنوان یک برساخت اجتماعی (Schweppe, 2021: 11) شناخته شده است. نکته قابل ذکر این است که تغییر عوامل تأثیرگذار بر یک مفهوم موجب تغییر مفهوم می‌شود و گاهی این شرایط موجب وجود یا عدم این مفهوم می‌شوند (شیخ رضایی، ۱۴۰۰: ۱۴). «در چارچوب برساخت‌گرایی اجتماعی، فرایندهای اجتماعی در مفهوم‌سازی‌مان از جهان، از خودمان و دیگر واقعیات دخیل هستند» (شیخه و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۲)؛ با این

1. hate

2. outsider

3. social construction

حال مطابق نظریه‌های ذات‌گرایانه^۱ برخی از مصادیق جرم ناشی از نفرت مانند قتل و توهین به دلیل طبیعت یکسانی که دارند در تمامی جوامع فارغ از شرایط اجتماعی قابل تصور هستند؛ لذا مفهوم این جرم با توجه به مصادیق آن می‌تواند تابع شرایط اجتماعی جوامع یا مطابق طبیعت تغییرناپذیر آن باشد.

مفاهیم حقوقی^۲ غالباً توسط نویسندگان و متخصصان حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرند و در ادامه قانون‌گذاران و دیگر سیاست‌گذاران به این مفاهیم صبغه رسمی و قانونی می‌دهند. در این مقاله سعی شده است مفهوم جرائم ناشی از نفرت با روش تحلیلی توصیفی و از طریق تطبیق مفاهیم علمی و رسمی این جرم در نظام حقوقی ایران با نظام حقوقی آمریکا که در زمینه به رسمیت شناختن جرائم ناشی از نفرت پیشگام می‌باشد و جریان‌ها و جنبش‌های متعددی را برای مفهوم‌سازی این جرائم تجربه نموده است مورد بررسی قرار گیرد تا نقاط ضعف و قوت این مفهوم‌شناسی در این دو نظام حقوقی آشکار شود و عوامل دخیل در مفهوم‌سازی آن مورد شناسایی قرار گیرد. نکته‌ای که در این پژوهش تطبیقی باید مورد توجه قرار گیرد این است که بین این دو نظام حقوقی در احترام گذاشتن به اقلیت‌ها، افراد و گروه‌های دارای ویژگی، تفاوت تاریخی وجود دارد؛ به این معنی که تاریخ درخشان کشورمان که «تاریخ ترکیب و تلفیق و ادغام اقوام، ادیان، زبان‌ها و فرهنگ‌ها و تحمل و همزیستی آن‌ها با همدیگر است» (صدرالاشراقی، ۱۳۸۶: ۱۰) همواره در پی وصل کردن و نزدیک کردن افراد و گروه‌های دارای ویژگی متفاوت بوده است. از طرفی در نظام حقوقی آمریکا سابقه طولانی برده‌داری و تبعیض بین سیاهان با سفیدپوستان، ایالات جنوبی با ایالات شمالی موضوعی است که سیاست‌گذاران را در جهت تدوین قوانین منسجم و حامی ویژگی‌های متفاوت در جهت پیشگیری از بزه‌دیدگی اقلیت‌ها و گروه‌های دارای تفاوت ترغیب نموده است؛ بنابراین تطبیق این دو نظام حقوقی ناظر بر نظم حقوق حاکم فعلی بر جرم ناشی از نفرت می‌باشد. در نظام حقوقی ایران با وجود این که در قوانین و مقررات مختلفی^۳ رفع تبعیض مورد نظر قانون‌گذار قرار

1. essentialism

2. legal concepts

۳. مانند اصول متعددی از قانون اساسی از قبیل اصول دوم، سوم، نوزدهم و بیستم، ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ و ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸.

گرفته و سیاست حمایت از اقلیت‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است، اما غیر از چند مقرر قانونی محدود، که اخیراً تصویب شده، اراده‌ای جدی بر به رسمیت شناختن گسترده‌تر مؤلفه‌های جرائم ناشی از نفرت وجود نداشته است.

پرسشی که این پژوهش در پی پاسخ دادن به آن است، شاخصه‌های مفهومی و عوامل دخیل در تعیین مفهوم جرائم ناشی از نفرت است که طی دو مبحث با عنوان شاخصه‌های مفهومی و گزاره‌های مفهوم‌ساز جرائم ناشی از نفرت مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. شاخصه‌های مفهومی جرم ناشی از نفرت در دو نظام حقوقی ایران و

آمریکا

مهم‌ترین شاخصه‌های مفهومی جرم ناشی از نفرت در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا، در دو عنوان شاخصه‌های قانونی و شاخصه‌های علمی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. شاخصه‌های قانونی

۱-۱-۱. مؤلفه‌های مورد حمایت

یکی از وجوه تمایز بین مفاهیم قانونی ارائه شده در نظام‌های حقوقی، محدود یا گسترده بودن مؤلفه‌های مورد حمایت (ویژگی‌های متفاوت) است؛ به این معنی که تعداد این مؤلفه‌ها می‌تواند بیان‌گر میزان تلاش سیاست‌گذاران کیفری در جهت حمایت از گروه‌ها و افراد دارای ویژگی متفاوت باشد. شناسایی این مؤلفه‌ها در قوانین، تابعی از جریان‌های تاریخی کشورهاست. ارتکاب رفتارهایی با شمایل جرم ناشی از نفرت در ایالات متحده آمریکا گرچه سابقه طولانی دارد، اما از ابتدا تحت عنوان جرم ناشی از نفرت شناسایی نشده است (Shattuck, Risse, 2021: 4). اتحادیه ضد افترا^۱ به عنوان یک مؤسسه غیر انتفاعی که در سال ۱۹۱۳ میلادی تأسیس شد، نقش پررنگی در وضع مقررات ضد نفرت داشته، اما تعریفی از این جرم را ارائه ننموده است (لوئیس، ۱۳۹۹: ۴۵-۴۶). جنایاتی چون خشونت گسترده توسط کوکلاکس کلان^۲، نسل کشی بومیان، برده‌داری و نژادپرستی از مدت‌ها قبل در ایالات

1. anti-defamation league (ADL)

۲. Ku Klux Klan - یک سازمان نفرت‌آمیز در ایالات متحده که از ترور برای پیشبرد اهداف برتری نژادی سفید خود استفاده می‌کند (The Editors of Encyclopaedia Britannica, 2025).

متحدہ ارتکاب یافته است (بـتـریـج، ۱۴۰۰: ۲۷-۳۰) با وجود این که تصویب برخی قوانین ایالتی در دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی را می توان قوانین مرتبط با جرم ناشی از نفرت تلقی نمود (Shively, 2005, i) و برخی نیز معتقدند که مفهوم این جرم اولین بار در دهه ۱۹۷۰ در آمریکا مطرح شده است (Roberts and et all, 2013: 15)؛ با این حال جرم ناشی از نفرت به عنوان یک برساخت اجتماع فرهنگی و مصداقی از تخلف کیفری در اواسط دهه ۱۹۸۰ مورد توجه قرار گرفت (لوئیس، ۱۳۹۹: ۳۸).

ایالات متحده آمریکا به دلیل پشت سر گذاشتن جنبش های مختلفی چون جنبش زنان و جنبش قربانیان جرائم ناشی از نفرت شاهد شکل گیری گفتمان تمرکز بر جرم ناشی از نفرت به عنوان یک مشکل اجتماعی بوده است (Krouse, 2009: 7) و همین توجه و تمرکز بر مسأله جرم ناشی از نفرت موجب گردیده است که این جرم علاوه بر داشتن گستره ای رو به رشد، از پویایی مفهومی لازم برخوردار باشد. اولین قانون فدرال در مورد جرائم ناشی از نفرت قانون حقوق مدنی ۱۹۶۸^۱ (ماده ۲۴۵ از عنوان ۱۸ کد (مجموعه قوانین) ایالات متحده آمریکا) است، این قانون با وجود اینکه تعریفی از این جرم ارائه نداده است و تحقق آن را منوط به درگیر بودن قربانی در انجام فعالیت های تحت حمایت فدرال^۲ دانسته است، لیکن در قسمت ۱۰۱ از عنوان اول این قانون مؤلفه های نژاد، رنگ، مذهب و ملیت به رسمیت شناخته شده است. دومین قانون راجع به جرائم ناشی از نفرت قانون آمار جرائم ناشی از نفرت^۳ مصوب ۲۳ آوریل ۱۹۹۰ است که جرم ناشی از نفرت را چنین تعریف کرده است: «جرائمی که دلایلی مبنی بر پیش داوری بر اساس نژاد، مذهب، گرایش جنسی یا قومیت را نشان می دهند» (بخش ۵۳۴ عنوان ۲۸ کد ایالات متحده آمریکا). در این قانون مؤلفه های جدیدی چون گرایش جنسی و قومیت به گستره جرائم ناشی از نفرت اضافه گردید. قانون بعدی که جرم ناشی از نفرت را مورد شناسایی قرار داده است قانون کنترل جرائم خشونت آمیز و اجرای قانون ۱۹۹۴^۴ است، در قسمت اول

1. Civil Rights Act of 1968

۲. منظور فعالیت های از قبیل رأی دادن، حضور در دادگاه، تحصیل در مدارس و دانشگاه است.

3. Hate Crime Statistics Act

4. Violent Crime Control and Law Enforcement Act 1994

بخش ۲۸۰۰۰۳ این قانون در تعریف این جرم آمده است که: «جرم ناشی از نفرت به جرمی گفته می‌شود که در آن متهم، قربانی را به صورت عمدی انتخاب می‌کند؛ یا در مورد جرائم علیه اموال، مالی را که موضوع جرم قرار می‌گیرد، به این دلیل انتخاب می‌کند که قربانی یا مالک آن مال دارای نژاد، رنگ پوست، مذهب، منشأ ملی، قومیت، جنسیت، ناتوانی [جسمی و ذهنی] یا گرایش جنسی واقعی و مفروض خاصی است.» در این قانون دو مؤلفه ناتوانی و جنسیت به دایره جرائم ناشی از نفرت در ایالات متحده اضافه گردید. اداره تحقیقات فدرال^۱ نیز در تعریفی از این جرم بیان داشته است که «جرم علیه یک شخص یا دارایی که به طور کلی یا جزئی با انگیزه تعصب علیه یک نژاد، مذهب، ناتوانی، گرایش جنسی، قومیت، جنسیت یا هویت جنسی است» (Han, et al, 2023: 3515). در این تعریف مؤلفه‌های نژاد، مذهب، ناتوانی، گرایش جنسی، قومیت، هویت جنسی و جنسیت مورد پذیرش قرار گرفته است.^۲ پس از قتل متیو شپرد^۳ در اکتبر ۱۹۹۸ که یک فرد دارای گرایش جنسی خاص بود و قتل جیمز برد جونپور^۴ در ژوئن ۱۹۹۸ که یک فرد سیاه‌پوست بود، فشار رسانه‌ها و جنبش‌های حقوق بشری در حمایت از حقوق اقلیت‌ها موجب گردید محدودیت‌های قوانین موجود در حمایت از برخی اقلیت‌ها نمایان شود (Boram, 2016: 344). در چنین شرایطی قانون پیشگیری از جرایم ناشی از نفرت متیو شپرد و جیمز برد جونپور^۵ در سال ۲۰۰۹ تصویب شد. در این قانون دامنه مفهومی جرم ناشی از نفرت گسترش پیدا کرد؛ به نحوی که علاوه بر اضافه شدن مؤلفه‌هایی چون گرایش جنسی و هویت جنسی در این تعریف، منشأ ملی واقعی و تصور شده و نژاد اعم از واقعی یا تصور شده به تعریف جرم ناشی از نفرت اضافه گردید. در واقع کنگره ایالات متحده مبنای تصویب این قانون را بخش ۵ متمم چهاردهم (حمایت یکسان قوانین از شهروندان) و بخش ۲ متمم سیزدهم (لغو برده‌داری و بندگی به جز به عنوان کیفر جرائم) و متمم

1. Federal Bureau of Investigation

۲. این تعریف گرچه ممکن است از جانب سیاست‌گذاران مورد توجه قرار گیرد خصوصاً در مقوله پیشگیری از وقوع جرم، اما از آنجایی که قانون محسوب نمی‌شود نمی‌تواند ملاک دادگاه‌ها قرار گیرد.

3. Matthew Shepard

4. James Byrd, Jr.

5. Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009.

پانزدهم (ممنوعیت نفی حق رأی بر اساس شرایطی چون بردگی قبلی، رنگ و نژاد) قانون اساسی دانسته است (Smith, 2010: 2)؛ این در حالی است که قانون‌گذار ایران با تصویب قانون مجازات تبلیغ نژادی مصوب ۱۳۵۶^۱ و ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی، مؤلفه‌های محدودی را در مفهوم جرم ناشی از نفرت پذیرفته است؛ به این معنی که در قانون مجازات تبلیغ نژادی مصوب ۱۳۵۶ صرفاً مؤلفه‌های نژاد، جنس، رنگ و قومیت مورد پذیرش قرار گرفته است. پس از وضع قانون مذکور که قانونی محدود بود، وقوع حوادث^۲ گوناگونی موجب گردید که قانون‌گذار مقررهای هرچند ناقص را تحت عنوان ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی^۳ مصوب بیست و چهارم دی ماه ۱۳۹۹ الحاقی به قانون مجازات اسلامی در راستای جرم ناشی از نفرت به رسمیت بشناسد، سیاست‌گذاران کیفری ایران با وضع این مقرر در زمانی که این جرم تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی جهان^۴ با گستره قابل توجهی از مؤلفه‌ها

۱. گرچه این قانون به صورت آشکار به جرایم ناشی از نفرت نپرداخته است و عناصر جرایم ناشی از نفرت در آن به صورت کامل موجود نیست، لیکن به عنوان یک قانون پیرامونی و حامی که می‌تواند ذهنیت سیاست‌گذاران را به سمت افزایش گستره جرایم ناشی از نفرت سوق دهد و از طرفی موجب پیشگیری از اقدامات موجب ارتکاب جرایم ناشی از نفرت گردد حائز اهمیت است.

۲. حادثی چون توهین به قوم ترک در برنامه فتنه در تلویزیون در تاریخ پانزدهم آبان ۱۳۹۴ (خبرگزاری مهر، ۲۴ آبان ۱۳۹۴، کد خبر ۲۹۶۷۱۷۶)، توهین به قوم لر در برنامه شام آخر تلویزیون در تاریخ هفدهم آذر ۱۳۹۹ (خبرگزاری تسنیم، ۱۸ آذر ۱۳۹۹، کد خبر ۲۴۰۵۷۶۴)، توهین به قوم بختیاری در سریال سرزمین کهن (روزنامه جوان، ۲۶ بهمن ۱۳۹۲، کد خبر ۶۳۴۱۰۵) که گرچه وقوع جرم توهین در این موارد نیازمند اثبات در مراجع قضایی است و تردیدهایی از جانب افراد مختلف راجع به تحقق جرم توهین در این موارد بیان شده است، لیکن به دلیل حساسیت‌های به وجود آمده در سال‌های پیش از تصویب این قانون و در راستای وحدت ملی، قانون مذکور به تصویب رسید.

۳. «هر کس با قصد ایجاد خشونت یا تنش در جامعه و یا با علم به وقوع آن به قومیت‌های ایرانی یا ادیان الهی یا مذاهب اسلامی مصرح در قانون اساسی توهین نماید، چنانچه مشمول حد نباشد و منجر به خشونت یا تنش شده باشد به حبس و جزای نقدی درجه پنج یا یکی از آن دو محکوم و در غیر این صورت به حبس و جزای نقدی درجه شش یا یکی از آن دو محکوم می‌شود.»

۴. از جمله این کشورها عبارت است از: آمریکا، انگلیس (مواد ۲۸ تا ۳۲ از قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸)، فرانسه (مواد ۷۶-۱۳۲ و ۷۷-۱۳۲ از قانون جزای فرانسه و مواد ۲۳ و ۲۴ از قانون آزادی مطبوعات جمهوری فرانسه ۱۸۸۱)، ایتالیا (ماده ۶۰۴ قانون جزای ایتالیا ۱۹۹۳ اصلاح شده در ۲۰۱۸)، اسپانیا (ماده ۲۳، ۱۷۰ و ۵۱۰ قانون جزای پادشاهی اسپانیا ۱۹۹۵ اصلاح شده در ۲۰۲۲)، آلمان (بخش ۴۶ قانون جزای آلمان ۱۹۹۸ اصلاح شده در ۲۰۲۱)، نروژ (بخش‌های ۷۷، ۲۷۲، ۲۷۴ و ۳۵۲ قانون جزای پادشاهی نروژ ۲۰۰۵ اصلاح شده در ۲۰۲۰)، سوئد (فصل ۲۹ از بخش ۲، فصل ۱۶ بخش ۸ قانون جزای سوئد ۱۹۶۲ اصلاح شده در ۲۰۱۸)، لهستان (مواد ۵۳، ۱۱۹، ۲۵۷ قانون جزای لهستان ۱۹۷۷ اصلاح شده در ۲۰۲۲)، فنلاند (بخش ۵ قانون جزای فنلاند ۲۰۲۳)، دانمارک (بند ۶ بخش ۸۱ قانون جزای پادشاهی دانمارک ۲۰۰۸ اصلاح شده در ۲۰۲۱ و ۲۰۲۲)، هلند (ماده ۱۳۷

به رسمیت شناخته شده بود، رویکردی حداقلی را در پیش گرفتند؛ در حالی است که وقوع متعدد جرائم ناشی از نفرت با مؤلفه‌های مختلف^۱ اقتضای گسترش مفهومی این جرم را دارد. از طرفی به نظر می‌رسد قانون‌گذار در قانون مجازات تبعیض نژادی ۱۳۵۶ «گروه» را ناظر بر کلیت یک قوم، جنس، نژاد و یا رنگ خاصی دانسته و لذا استناد به این قانون برای مواردی که شخص خاصی مخاطب چنین عملی قرار گیرد فاقد وجاهت قانونی است. قانون دیگری که می‌توان آن را پیشرو در به رسمیت شناختن جرایم ناشی از نفرت دانست قانون مطبوعات ۱۳۶۴ است که به موجب بند ۵ ماده ۶ (الحاقی ۱۳۷۷) توهین به جنس زن را از طریق نشر مطالب در مطبوعات جرم دانسته است. یکی دیگر از مقرراتی که مؤلفه‌های جرائم ناشی از نفرت را مورد اشاره قرار داده است، بند ۱ ماده ۶۷ مقررات انضباطی فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۷/۱۲/۱۹ مصوب مجمع عمومی فدراسیون فوتبال است که بیان داشته است: «هر شخص مشمول این مقررات که ارزش‌های انسانی یک شخص یا گروه را از طریق الفاظ تحقیرآمیز یا به دلیل رنگ پوست، نژاد، زبان یا قومیت، مذهب و مواردی از این قبیل مورد خدشه و تعرض قرار دهد، چنان‌چه بازیکن یکی از مقامات رسمی یا یکی از مقامات رسمی مسابقه باشد، متحمل محرومیتی به میزان حداقل پنج مسابقه و حداقل سیصد میلیون ریال جریمه نقدی خواهد شد». این مقرر

قانون جزای پادشاهی هلند ۱۸۸۱ اصلاح شده ۲۰۰۷، اتریش (ماده ۳۳ اصلاح شده در سال ۲۰۱۵ و ماده ۲۸۳ اصلاح شده در ۲۰۲۰) و قانون جزای اتریش ۱۹۷۴ اصلاح شده ۲۰۲۰.

۱. از جمله این وقایع عبارتند از: اذیت و آزار اتباع خارجی، به طور مثال ضرب و شتم اتباع افغانستانی در قزوین (پایگاه خبری -تحلیلی تیترا قزوین، ۲۰ مهر ۱۴۰۲، کد خبر ۱۴۵۰۴) و کلاردشت (خبرگزاری جمهوری اسلامی، ۱۳ مهر ۱۴۰۲، کد خبر ۸۵۲۴۸۹۳۰)؛ اسیدپاشی بر روی زنان از جمله در تهران در تاریخ مرداد ۱۳۹۱ که در اظهارات متهم آمده است «از دو سال قبل تصمیم به پاشیدن اسید بر روی زنان گرفتم» (پایگاه خبری تابناک، ۵ اسفند ۱۳۹۱، کد خبر ۳۰۴۷۰۴) همانطور که معلوم است چنین متهم یا متهمانی جنسیت را هدف گرفته‌اند نه شخص یا هویت خاصی را، حتی در برخی پژوهش‌ها انگیزه نفرت را یکی از انگیزه‌های مهم اسیدپاشی بیان کرده‌اند (ابراهیمی و میرحسینی، ۱۳۹۶: ۳۱)؛ تمسخر افراد معلول در رسانه‌های دیداری و شنیداری و مطبوعات (عبداللهی، ۱۳۹۷: ۴۹-۴۴)، نمونه جدید آن تمسخر افراد معلول توسط مجری یکی از برنامه‌های شبکه نسیم در تاریخ ۲۹ بهمن ۱۴۰۲ می‌باشد. (سایت خبری - تحلیلی انتخاب، ۱ اسفند ۱۴۰۲، کد خبر ۷۶۵۶۸۷)؛ ممنوعیت برای افراد ترنس که مصداق بارز جرم ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ یعنی سلب آزادی شخص و محرومیت از حقوق مقرر در قانون اساسی می‌باشد، نمونه بارز این ممنوعیت، جلوگیری از حضور این افراد در اطراف تئاتر شهر تهران می‌باشد که از جانب شهرداری تهران اتخاذ شده است (روزنامه آسیا نیوز ایران، ۱۵، اسفند ۱۴۰۲، کد خبر ۲۰۳۱۱).

از جمله مقررات فوقانونی است و صرفاً در قلمرویی خاص قابلیت اجرا دارد، لیکن از آنجایی که برای اولین بار در مضمون تعریفی از جرم ناشی از نفرت را ارائه کرده است حائز اهمیت می‌باشد. در این قانون بیشتر مؤلفه‌های مبتنی بر ویژگی‌های متفاوت انسان‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است.

یکی دیگر از تلاش‌های قانون‌گذار کیفری ایران برای تثبیت جنسیت به عنوان یک مؤلفه مهم در تعریف جرم ناشی از نفرت، ماده ۲۸^۱ لایحه حفظ کرامت و حمایت از زنان در برابر خشونت است که البته به تصویب مجلس نرسیده و به قانون تبدیل نشده است؛^۲ بنابراین در نظام حقوقی آمریکا مؤلفه‌های بیشتری ذیل عنوان جرم ناشی از نفرت مورد پذیرش قرار گرفته است که البته در نظام حقوقی ایران بنا به دلایلی چون وجود اصل چهارم قانون اساسی و احتمال تلقی کردن مخالفت بعضی از مؤلفه‌ها با قانون اساسی و نیز این تصور که قانون‌گذار با وجود جرم‌انگاری‌های عام نیازی به جرم‌انگاری جرم ناشی از نفرت با مؤلفه‌های خاصی نداشته، مؤلفه‌های محدودی ذیل این جرم به رسمیت شناخته شده است.

۲-۱-۱. گستره اعمال مجرمانه موجب تحقق جرم ناشی از نفرت

یکی از ارکان جرم ناشی از نفرت، ارتکاب یک عمل مجرمانه علیه افراد یا گروه‌های دارای ویژگی‌های متفاوت است؛ به این معنی که برای تحقق این جرم، در کنار نفرت از یک ویژگی متفاوت مانند جنسیت، نژاد و رنگ، مرتکب باید یک عمل

۱. ماده ۲۸- «هر کس به اعتبار جنسیت یا موقعیت آسیب‌پذیر یا نوع رابطه، مرتکب یکی از جرائم مقرر در این قانون علیه زنی شود، به شرح مواد مندرج در این فصل مجازات می‌گردد و چنانچه با همین وصف مرتکب هر یک از جرائم موضوع مواد (۵۹۷)، (۶۰۸)، (۶۱۲)، (۶۱۴)، (۶۱۹)، (۶۲۲)، (۶۲۳)، (۶۳۹)، (۶۶۹)، (۶۹۷)، (۷۰۰) و (۷۱۳) قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده)- مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی، مواد (۷۴۳) و (۷۴۵) قانون مذکور (از فصل جرائم رایانه‌ای)، مواد (۱۲۶)، (۱۲۷) و (۵۶۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی و مواد (۲) و (۳) قانون قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ شود، به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌شود.»

۲. این لایحه در دی ماه ۱۳۹۹ به تصویب هیأت وزیران رسید و متعاقباً در آذرماه ۱۴۰۱ کلیات این لایحه به تأیید مجلس شورای اسلامی رسید، لیکن در مجلس علاوه بر تغییر عنوان لایحه به «پیشگیری از آسیب دیدگی زنان و ارتقای امنیت آنان در برابر سوء رفتار» تغییراتی در محتوای لایحه نیز انجام گرفت. با این حال لایحه سابق در شهریور ۱۴۰۳ مجدداً به تصویب هیأت وزیران رسید و برای تصویب به مجلس ارسال گردید، لیکن در تاریخ ۱۴۰۴/۰۳/۱۱ با این استدلال که تغییرات اساسی در ساختار و ماهیت آن در فرایند رسیدگی در مجلس شورای اسلامی صورت گرفته است توسط رئیس جمهور مسترد گردید.

مجرمانه را که در قوانین کیفری حاکم جرم شناخته می‌شود انجام دهد (Petrosino, 2015: 4)؛ به طور مثال، ارتکاب توهین، ضرب و جرح و دیگر جرائم با انگیزه نفرت از یک ویژگی متفاوت از قربانی.

در حقوق کیفری آمریکا در برخی از قوانین مرتبط با جرم ناشی از نفرت به صورت عام از عبارت آسیب (در قانون حقوق مدنی ۱۹۶۸) یا به صورت مطلق از عبارت جرم (در قانون کنترل جرایم خشونت‌آمیز و اجرای قانون ۱۹۹۴) یا تعدد جرایم پایه در برخی از قوانین مانند قانون پیشگیری از جرایم ناشی از نفرت متیو شپرد و جیمز برد جونور ۲۰۰۹ استفاده شده است؛ به این معنی که انجام طیف وسیعی از جرائم موجود در زرادخانه حقوق کیفری آمریکا با انگیزه تنفر از ویژگی‌های شناخته شده در قوانین، موجب تحقق جرم ناشی از نفرت می‌شود، اما قانون‌گذار ایران اعمال مجرمانه خاصی را همراه با انگیزه نفرت موجب تحقق جرم ناشی از نفرت دانسته است. در قانون مجازات تبلیغ نژادی ۱۳۵۶ جرم ممنوعیت نشر هر نوع افکار مبتنی بر تبعیض با انگیزه تنفر از ویژگی‌های مذکور در همان قانون به عنوان جرم ناشی از نفرت مورد شناسایی قرار گرفته است؛ همچنین در ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی صرفاً جرم توهین همراه با انگیزه تنفر از ویژگی‌های متفاوت در ماده مذکور در قلمرو جرم ناشی از نفرت قرار گرفته است. همچنین بند ۵ ماده ۶ (الحاقی ۱۳۷۷) قانون مطبوعات ۱۳۶۴ صرفاً جرم توهین را به عنوان جرم پایه مقرر داشته است. تنها مقرره‌ای که جرم پایه جرم ناشی از نفرت را گسترش داده است، بند ۱ ماده ۶۷ مقررات انضباطی فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۹۷ است به این معنی که خدشه و تعرض به ارزش‌های انسانی که عبارتی عام است و تمامی جرائم را در بر می‌گیرد، اگر بر اساس ویژگی‌های چون جنس یا نژاد باشد، موجب تحقق جرم ناشی از نفرت است؛ با این حال گستره این قانون صرفاً در رابطه با بازیکنان فوتبال، مقامات رسمی و مقامات رسمی مسابقه می‌باشد.

۳-۱-۱. پویایی مفهومی

تغییرات اجتماعی و لزوم قانون‌گذاری برای سامان دادن به شرایط حاکم بر جوامع و نیز افزایش توان بازدارندگی سیاست‌گذاری‌ها، مستلزم آن است که قوانین کیفری خصوصاً در مورد احترام به ویژگی‌های متفاوت افراد، متناسب با شرایط

موجود در جوامع تغییر یابد. مفهوم حقوقی، محدود به تعاریف موجود در قوانین وضع شده نیست، بلکه فراتر از آن می‌باشد؛ از این رو باید در طول زمان پویایی خود را حفظ کند. در ایالات متحده با وجود قوانین خاص راجع به جرم ناشی از نفرت پس از شیوع کرونا در سال ۲۰۲۰، جرائم ناشی از نفرت خصوصاً علیه آمریکایی آسیایی‌ها به این دلیل که منشأ این بیماری از آسیا بود افزایش یافت؛ به همین دلیل قانون‌گذار ایالات متحده قانون جرائم ناشی از نفرت کووید ۱۹^۱ را در تاریخ بیستم می ۲۰۲۱ برای ایجاد حساسیت بیشتر در حمایت از اقلیت‌ها و نیز حمایت و پوشش کمبودهای قوانین موجود و پیشگیری از افزایش جرائم تصویب نمود (Yang, 2023, 3525 & Han, et al, 2023). در این قانون تعریف مستقلى از جرم ناشی از نفرت ارائه نشده و به تعاریف موجود در بخش‌های ۲۴۵، ۲۴۷ و ۲۴۹ عنوان ۱۸ گد ایالات متحده آمریکا و بخش ۹۰۱ قانون حقوق مدنی ۱۹۶۸ ارجاع داده شده است. جدیدترین قانون تصویب شده در مورد این جرم، قانون ضد لینچینگ امت تایل^۲ است که در سال ۲۰۲۲ تصویب شده و لینچ کردن^۳ را به عنوان یک جرم ناشی از نفرت به رسمیت شناخته است؛ بنابراین به موجب این قانون، گستره مفهومی جرائم ناشی از نفرت افزایش یافت. موضوع مهمی که در مورد وضعیت مفهوم رسمی جرم ناشی از نفرت باید بیان شود، وجود لوایح متعدد در رابطه با جرم ناشی از نفرت مانند قانون کمک به قربانیان جرائم ناشی از نفرت (۲۰۲۱)، قانون آموزش علیه جرائم ناشی از نفرت (۲۰۲۱) و قانون پیشگیری از جرائم ناشی از نفرت ضد یهودی است که با تصویب این قوانین، سیاست‌گذاری در مورد این جرم افزایش یافت و پویایی مفهومی آن نیز حفظ شد؛ این در حالی است که در حقوق کیفری ایران قانون جامعی راجع به جرم ناشی از نفرت وجود ندارد و فاصله بین دو مقرره حداقلی یعنی قانون مجازات تبلیغ نژادی مصوب ۱۳۵۶ و ماده ۴۹۹ مکرر که در سال ۱۳۹۹ به قانون مجازات اسلامی الحاق شده است، با وجود وقایع ارتكابی متعدد علیه افراد یا گروه‌های دارای ویژگی خاص، حدود نیم قرن است که در حالت ایستایی به سر می‌برد؛ لذا مفهوم جرم ناشی از نفرت در ایران فاقد پویایی لازم در جهت برآورد کردن اهداف

1. covid-19 hate crimes Act

2. Emmett till Anti Lynching Act

3. Lynching

قانون‌گذاری چون بازدارندگی در حقوق کیفری است.

۴-۱-۱. کارآمدی در نظام عدالت کیفری

یکی از نتایج مشخص شدن مفهوم جرم ناشی از نفرت تأثیرگذاری بر بهبود عملکرد نظام عدالت کیفری (پلیس و مراجع قضایی) است؛ به این معنی که نظام عدالت کیفری اگر با مفهومی مبهم از این جرم روبه‌رو باشد، کارآیی کمتری در شناسایی افراد یا گروه‌های دخیل در جرم ناشی از نفرت (مرتکب، قربانی و گروه‌های حامی مرتکب و قربانی) خواهد داشت. در نظام حقوقی آمریکا مفهومی عام و همه شمول از این جرم ارائه شده است و این عام بودن مفهوم، توان تشخیص نیروهای پلیس در جهت شناسایی جرم ناشی از نفرت را بالا می‌برد و دادگاه را به عنوان بازوی اصلی عدالت کیفری در رسیدگی با مشکل ابهام در مصادیق جرم ناشی از نفرت مواجه نمی‌کند. در نظام حقوقی ایران با وجود دایره محدود شناسایی شده از جرم ناشی از نفرت قانون‌گذار به‌ویژه در ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی با بیانی روشن از ادیان الهی و مذاهب اسلامی مصرح در قانون اساسی (مذاهب تشیع، حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی) و اقوام ایرانی که امری عرفاً روشن است یاد کرده است که موجب گردیده بازوهای عدالت کیفری هم در تشخیص این جرم و هم در مورد حکم قرار دادن آن با مشکلی مواجه نشوند؛ با این حال نقدی که بر قانون‌گذار کیفری ایران در ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی وارد است، اضافه کردن قصد «ایجاد خشونت و تنش در جامعه یا علم به آن» به انگیزه نفرت است که ذاتی و لازمه جرم ناشی از نفرت می‌باشد. بدون تردید گنجاندن چنین قصدی عملکرد دستگاه عدالت کیفری را در رابطه با این جرم با مشکل مواجه می‌کند و عاملی برای بی‌کیفرماندن بسیاری از رفتارهایی می‌شود که واقعاً جرم ناشی از نفرت می‌باشند؛ بنابراین با وجود این قیود، قانون‌گذار دغدغه حمایتی نداشته است (رحیمی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۳۳).

۵-۱-۱. بزه‌دیده‌محوری

غایت سیاست‌گذاری‌های کیفری سوق دادن سیاست‌ها به سمت و سوی حمایت گسترده از افرادی است که در معرض قربانی شدن ناشی از اعمال مجرمانه هستند؛ حال احتمال قربانی شدن افراد دارای ویژگی‌های متفاوت به نسبت دیگر

افراد یا گروه‌هایی که نسبت به پیرامون خود ویژگی‌های متمایزی ندارند بیشتر است (Iganski, Lagou, 2014, 44). به همین دلیل مفاهیم ارائه شده در قوانین کیفری از جرم ناشی از نفرت، شاخصه مهمی در تشخیص هدف مقررات قانونی در جهت حمایت از بزه‌دیدگان می‌باشد. از طرفی «بیان مفهوم جرائم ناشی از نفرت معادل برجسته‌سازی و تأکید بر قربانی است» (چاکرابورتی و گارلند، ۱۴۰۲: ۳۰). حال سؤال این است که چگونه مفاهیم ارائه شده از جرم ناشی از نفرت می‌تواند شاخصه مهم بزه‌دیده‌محوری را تأمین نماید. بدون تردید مفاهیم ارائه شده از جرم ناشی از نفرت با شناسایی گسترده دو موضوع مؤلفه‌ها و اعمال مجرمانه پایه ارتکاب جرم ناشی از نفرت می‌توانند مسیر بزه‌دیده‌محوری که مبتنی بر بازدارندگی و پیشگیری از تکرار جرم علیه افراد با ویژگی متفاوت است را طی نمایند. قانون‌گذار آمریکا با ارائه مفهومی گسترده از حیث مؤلفه‌ها و جرائم پایه، رویکردی بزه‌دیده‌محور در پیش گرفته است؛ چرا که ارائه مفهومی گسترده از یک جرم جدید در کنار ایجاد حساسیت سیاست‌گذاران در حمایت از قربانیان بالقوه جرم ناشی از نفرت، از طریق مجازات و دیگر واکنش‌های غیر کیفری پس از اعمال مجرمانه تکرار بزه‌دیدگی و بزه‌دیدگی مکرر افراد دارای ویژگی متفاوت را به حداقل می‌رساند. در حقوق کیفری ایران با وجود شناسایی چندین مؤلفه مانند نژاد، جنس و قومیت، از آنجایی که عمل مجرمانه پایه را به چند عنوان خاص مجرمانه مانند توهین محدود دانسته است، نمی‌توان انتظار برآورده شدن سیاست حمایت از بزه‌دیدگان بالقوه و بالفعل را از آن داشت.

۲-۱. شاخصه‌های علمی

۱-۲-۱. نوآوری در تحلیل

شاید بتوان وجود منطق و دلایل عقلی را موجب تمایز بین تقلید و نوآوری در ارائه مفهوم از جرم ناشی از نفرت در نظام‌های حقوق دانست. بحث راجع به جرم ناشی از نفرت برای نخستین بار در ایالات متحده آمریکا مطرح شد و لذا ادبیات حقوقی این جرم در کشور آمریکا بسیار غنی است، با این حال به دلیل پویایی مفهوم جرم ناشی از نفرت و هم‌پوشانی^۱ آن با برخی دیگر از مفاهیم مانند

1. overlap

تعصب، ارائه تعریفی که مورد قبول تمامی اقشار دخیل در امر سیاستگذاری و یا دانشگاهی قرار گیرد دشوار است و لذا تعاریف متعدد و مختلفی از این جرم ارائه شده است (چاکرابورتی، گارلند، ۱۴۰۲: ۲۳). در برخی از تعاریف ارائه شده از جانب نویسندگان دایره جرم ناشی از نفرت شامل ارتکاب هر جرمی با انگیزه نفرت از ویژگی‌های متفاوت می‌باشد (Jacobs, Potter, 1996: 366, Jacobs, Henry, 1997: 2, گریستنفلد، ۱۴۰۱: ۳۰-۳۱) برخی نویسندگان (Craig, 2002: 86) حتی دامنه مفهوم جرم ناشی از نفرت را فراتر از ارتکاب اعمال مجرمانه همراه با نفرت دانسته‌اند و ارتکاب «رفتارهای غیر قانونی» که شامل جرم و تخلفات است را موجب تحقق جرم ناشی از نفرت دانسته‌اند، امری که نتیجه گسترش علم جرم‌شناسی در آمریکا و توجه به آسیب اجتماعی‌شناسی^۱ است. این پیشگامی نظام حقوقی و دانشگاهی آمریکا در به تحلیل گذاشتن مفهوم جرم ناشی از نفرت لاجرم نویسندگان سایر نظام‌های حقوقی من جمله ایران را به تقلید از الگوی مفهومی ارائه شده از جانب نویسندگان آمریکایی سوق داده است به همین دلیل با وجود این که بیشتر نویسندگان ایرانی نیز ارتکاب جرم با انگیزه نفرت علیه گروه‌ها و اقلیت‌ها را لازمه تحقق جرم ناشی از نفرت دانسته‌اند (صادقی، ۱۴۰۱: ۲۳، قورچی بیگی، رضائیان کوچی، ۱۳۹۹: ۲۱۸، دارابی، ۱۳۹۵) برخی از نویسندگان بدون توجه به قوانین و شرایط حاکم بر جامعه انجام «هر عملی» را با انگیزه نفرت از افراد دارای ویژگی متفاوت موجب تحقق جرم ناشی از نفرت دانسته‌اند (شیروی، ۱۳۹۹: ۱۷۸) این در حالی است که رفتارهای خارج از محدوده حقوق کیفری در زمره حوادث ناشی از نفرت^۲ به عنوان

1. Zemiology

۲. hate incident یکی از موضوعات مهم در رابطه با جرم ناشی از نفرت تمایز آن از حادثه ناشی از نفرت است که نقطه ثقل آن به ماهیت و چگونگی تعریف جرم بر می‌گردد، به این معنی که این مقام قضایی است که تشخیص می‌دهد مرتکب همراه با نفرت قصد مجرمانه ارتکاب یک جرم را داشته است و یا این که چنین قصدی نداشته است. (Chaudhry, 2021: 66) در تعریف حادثه ناشی از نفرت بیان شده است که «هر حادثه‌ای که منجر به اقدام مجرمانه بشود یا نشود اما بر شخصی به عنوان قربانی یا هر شخص دیگری تحمیل بشود، به شکلی که آن حادثه ناشی از برانگیختن نفرت یا تعصب باشد، تحت عنوان حادثه‌ی مبتنی بر نفرت تعریف می‌شود» (چاکرابورتی، گارلند، ۱۴۰۲: ۲۳). در واقع هر اقدامی که ناشی از نفرت یا تعصب باشد ولی به سطح یک جرم نرسد به عنوان حادثه ناشی از نفرت تعریف شده است (International Association of Chiefs of Police, 2021: 3).

مقوله‌ای جدا از جرم ناشی از نفرت قرار می‌گیرند، گرچه این اقدام از حیث جرم شناسی حائز اهمیت است اما چرایی و فلسفه این کلی‌نگری که نتیجه ترجمه صرف و عدم توجه به شرایط اجتماعی، قانونی و فرهنگی جامعه است معلوم نمی‌باشد. موضوع دیگری که نویسندگان آمریکایی در بسط و گسترش مفهوم جرم ناشی از نفرت به آن پرداخته‌اند واقعی بودن یا تصور وجود ویژگی متفاوت در قربانی از جانب مرتکب است (Craig, 2002: 86) این موضوع بیانگر تلاش در جهت حمایت از قربانی جرم می‌باشد چرا که واقعی یا تصور وجود ویژگی متفاوت در قربانی نباید باعث گردد که مرتکب بی‌کیفر بماند. با این حال نویسندگان ایرانی (شیروی، ۱۳۹۹: ۱۷۸، صادقی، ۱۴۰۱: ۲۳، قورچی بیگی و رضائیان کوچی، ۱۳۹۹: ۲۱۸) صرفاً واقعی بودن وجود ویژگی‌های متفاوت در قربانی را لازم دانسته است. همان‌طور که ملاحظه می‌شود در نظام حقوقی ایران نویسندگان تا حدودی درک درستی از حمایت و گروه‌های مورد حمایت در جرائم ناشی از نفرت ندارند؛ به این معنی که یا به صورت کلی از عباراتی نظیر گروه یا اقلیت و ... استفاده کرده‌اند و یا شرایط فرهنگ‌ی و مذهبی حاکم بر کشور را عامل خروج مفهومی برخی از گروه‌ها و ویژگی‌ها از شمول تعریف مذکور دانسته‌اند (قورچی بیگی، ۱۳۹۹: ۲۳۹)؛ این در حالی است که فلسفه جرم‌انگاری این جرائم حمایت از انسان‌هاست نه ویژگی‌های افراد؛ به این معنی که زمانی که صحبت از جامع الشمول بودن این جرم می‌شود، صحبت از حمایت حداکثری از تمامی افراد است تا هیچ فردی به صرف داشتن یک ویژگی متمایز مورد هدف رفتارهای مجرمانه قرار نگیرد. در واقع شمول جرم ناشی از نفرت ملازمه‌ای با به رسمیت شناختن ویژگی‌های مخالف فرهنگ و هنجارهای حاکم بر جامعه ندارد، بلکه غایت سیاست‌گذاری‌ها و حمایت‌های قانونی باید به گونه‌ای باشد که حتی افراد با داشتن ویژگی‌های مخالف با فرهنگ حاکم و یا فرض این‌که دارای آن ویژگی‌ها هستند قربانی نگردند. این رویکرد دانشگاهیان به جرائم ناشی از نفرت در کنار پیشینه کم و ادبیات محدود در رابطه با این جرائم نتیجه رویکردهای محافظه‌کارانه‌ای است که در بین حقوق‌دانان وجود دارد که البته قسمتی از این رویکرد محصول عدم درک فلسفه جرائم ناشی از نفرت و تحلیل کردن آن بر اساس متون ترجمه‌ای و عدم توجه به شرایط اجتماعی جامعه می‌باشد. موضوع مهم دیگر در رابطه با ضعف

دانشگاهیان در تحلیل مفهومی این جرم، در کانون توجه نبودن این جرم در مراکز دانشگاهی به دلایل مختلف من جمله فشار گروه‌های قدرت و ... می‌باشد، موضوعی که با وقوع مصادیق بارزی از آن به‌خصوص در سال‌های اخیر هم‌چنان به یک موضوع کانونی تبدیل نشده است.

۲-۱. انسداد یا امکان گسترش مفهوم جرم ناشی از نفرت

نویسندگان آمریکایی به دلایلی چون سوابق تاریخی تبعیض علیه ویژگی‌های متفاوت از جریان غالب جامعه، به رسمیت شناختن بسیاری از ویژگی‌های متفاوت در قوانین مختلف فدارل و ایالتی در آمریکا و در پیش گرفتن رویکردهای لیبرال^۱ و غیر محافظه‌کارانه از جانب ایشان مفهومی عام و همه شمول از جرم ناشی از نفرت را بیان نموده‌اند و این رویکرد منجر به پویایی مفهومی جرم مذکور در قانون‌گذاری‌های جدید شده است؛ با این حال اصطلاح جرائم ناشی از نفرت در گفتمان حقوقی ایران قدمتی تقریباً کمتر از دو دهه‌ای دارد و این سابقه متأثر از علل مختلفی از جمله جدید بودن شناسایی این جرم در منظومه جهانی حقوق بوده است؛ به این معنی که اولین پژوهش‌های رسمی و غیر رسمی در مورد این جرائم در دهه هشتاد میلادی در آمریکا و برخی از کشورهای اروپایی به عنوان پیشگامان شناسایی و پژوهش در مورد این جرائم بوده‌اند انجام گرفته است. دلیل دیگر، اساسی‌سازی حمایت از برخی ویژگی‌های دینی، جنسی و ... در قانون اساسی و همچنین وجود گروه‌های فشار در جامعه از قبیل گروه‌های مذهبی و سایر گروه‌های مخالف اعتبار دادن برابر به برخی از اقلیت‌های موجود در جامعه از قبیل اقلیت‌های دینی و ... در جامعه می‌باشد. همین دلایل باعث گردیده که از طرفی نیازی به پژوهش و به رسمیت شناختن و عمومی سازی کردن جرمی تحت عنوان جرائم ناشی از نفرت نباشد و از طرفی جامعه دانشگاهی ایران بر اساس سیاست‌های محافظه‌کارانه خویش میلی به سمت بسط و گسترش مفهومی این جرم نداشته باشند. با این حال در یک دهه اخیر به دلیل آشنایی با پژوهش‌های خارجی و نیز وقوع اتفاقاتی در جامعه از جمله برخی توهین‌ها به اقوام از رسانه ملی و نیز اقداماتی علیه اتباع خارجی موجب گردید که گفتمان دانشگاهی هر چند به صورت سطحی به تحلیل جوانب مختلف این جرم بپردازد؛ با این حال

1. liberal approaches

تفاوت قابل توجهی در تعاریف ارائه شده از جانب ایشان وجود ندارد.

۲. گزاره‌های مفهوم‌ساز

در ذیل دو گزاره مهم مفهوم‌ساز یعنی بسترهای تاریخی و بسترهای سیاسی در مورد جرم ناشی از نفرت بررسی شده است.

۲-۱. بسترهای تاریخی

سیر جریان‌های تاریخی تأثیر غیر قابل انکاری را روی مفاهیم حقوقی می‌گذارند؛ چرا که مفاهیم در علوم اجتماعی به شدت متأثر از تحولات اجتماعی هستند. جرائم ناشی از نفرت هم در ایجاد و هم در تحولشان در سایه جریان‌های تاریخی معنا و مفهوم پیدا می‌کنند به عبارتی وجود و ماهیت آن‌ها ریشه در تحولات جامعه دارد. به طور مثال در آمریکا لااقل از قرن نوزدهم به بعد گروه غالب و مسلط در جامعه مسیحیان، سفیدپوستان، مردان، شهروندان متولد آمریکا، دگرجنس‌گرایان و ... بوده‌اند (Doane, 1997, 377) و این جریان اصلی در ابتدا در برابر هرگونه سهم‌خواهی و ابراز وجود گروه‌ها و عقاید متفاوت مقاومت کرده است لیکن وجود جریان‌ها، گروه‌ها و اندیشه‌های مخالف، وجود جریان‌های متفاوت با جریان اصلی را رقم زده‌اند و نتیجه آن تحولات قانون‌گذاری در حوزه جرائم ناشی از نفرت بوده است. جریان‌ها و وقایع تاریخی باعث می‌شوند که سیاست‌گذاران کیفری به عنوان متولی بخشی از سیاست‌گذاری عمومی جامعه به یکی از ابعاد تحولات و وقایع تاریخی عمیق‌تر بنگرند، بخشی که شامل نظم و امنیت اجتماعی و حمایت از حقوق افراد و گروه‌های است که دارای یک ویژگی متفاوت می‌باشند. با نگاهی به بسیاری از قوانین کیفری جهان آشکار می‌گردد که قوانین خاص و یا مقررات قانونی کیفری بعد از وقوع یک واقعه تاریخی و یا پشت سر نهادن تحولات مهمی بوده‌اند که سیاست‌گذاران کیفری را به چاره‌اندیشی و تدوین سیاست‌های رسمی ترغیب نموده است.^۱ در رابطه با جرائم ناشی از نفرت قوانین موجود در کشورها نه تنها متعاقب

۱. مانند قتل متیو شپرد و جیمز برد که منجر به تصویب قانون پیشگیری از جرائم ناشی از نفرت در تاریخ ۲۲ اکتبر ۲۰۰۹ در ایالات متحده آمریکا شد. این قانون باعث گردید که علاوه بر گسترش جرائم ناشی از نفرت در ایالات متحده، بودجه بیشتری برای مبارزه با اعمال خشونت‌آمیز بر اساس جنسیت اختصاص داده شود.

(https://www.law.cornell.edu/wex/matthew_shepard_and_james_byrd_jr_hate_crimes_prevention_act)

فراوانی رفتارهای ضد هنجار و نیز شکل‌گیری جریان‌های مختلف علیه انواع تفاوت‌ها و ویژگی‌های متفاوت، بلکه به دلیل یک واقعه علیه فرد یا گروه خاص دارای یک ویژگی متفاوت نیز شکل گرفته و می‌گیرند. نکته مهم این است که جرائم ناشی از نفرت به دلیل آن‌که جرم‌انگاری آن‌ها می‌تواند ارزش‌های اساسی برخی حکومت‌ها و گروه‌های قدرت را به چالش بکشد، با احتیاط بیشتری از جانب سیاست‌گذاران کیفری به عنوان یک موضوع «اولویت‌دار» مورد نظر قرار گرفته‌اند؛ چرا که جرم‌انگاری این جرم موجب می‌گردد که حکومت‌ها از برخی اصول و مواضع خود به عنوان گروه داری قدرت عقب‌نشینی نمایند و جدیتی از خود برای سیاست‌گذاری و از طرفی تلاش برای ارائه یک مفهوم روشن از این جرم نشان ندهند.

شکل‌گیری جنبش‌ها در جوامع از جمله مهم‌ترین عوامل سیاست‌گذاری در مورد جرائم ناشی از نفرت بوده و خواهد بود، جنبش‌هایی چون حمایت از حقوق زنان، حمایت از حقوق اقلیت‌های دینی و ... موجب شده است که نه تنها حقوق این اقلیت‌ها از جانب کشورها به رسمیت شناخته شود، بلکه ارتکاب جرائم سستی با انگیزه تنفر از ویژگی‌های متفاوت این افراد از جانب گروه‌های دیگر به عنوان جرم ناشی از نفرت جرم‌انگاری شود و در واقع رسوبات این جریانات تاریخی موجب شکل‌گیری مفهوم امروزی جرم ناشی از نفرت شده است. این رسوبات تاریخی در جوامع امروزی ابتدائاً در قوانین اساسی به عنوان پشتیبان اصلی حقوق ملت‌شناسایی می‌شوند و البته به مرور و با توجه به تغییرات اجتماعی تغییراتی در اصول قانون اساسی در جهت تأمین حداکثری حقوق مردم ایجاد می‌شود. در ایالات متحده آمریکا وجود چندین متمم قانون اساسی به فراخور نیازهای روز و به تبع جریان‌های حقوق بشری در جهت تثبیت حقوق مردم تصویب گردیدند. به طور مثال متمم چهاردهم قانون اساسی به عنوان مهم‌ترین متمم بعد از جنگ‌های داخلی که با هدف تثبیت نژادی در سالهای ۱۹۶۱-۱۹۶۵ واقع شدند در جهت حمایت از حق بر متفاوت بودن در نهم ژوئیه ۱۸۶۸ با هدف رفع تمامی تبعیض‌های قانونی و حمایت یکسان قوانین از تمامی شهروندان تصویب گردید. این متمم و برخی دیگر از متمم‌های قانون اساسی ایالات متحده مانند متمم‌های سیزدهم (لغو برده‌داری)، پانزدهم (تثبیت حق رأی برای تمامی شهروندان فارغ از تفاوت‌هایی چون نژاد و رنگ)، نوزدهم (شناسایی

حق رأی برای زنان) و ... بعد از جریان‌های تاریخی و فشارهای حقوق بشری اندیشمندان موجب گردیده که قوانین بعدی در جهت به رسمیت شناختن حقوق تمامی اقشار جامعه با ویژگی‌های متفاوت براساس این متمم‌ها تدوین شوند؛ بنابراین گسترش مفهومی جرم ناشی از نفرت در کشوری چون آمریکا در پرتو انعطاف قانون اساسی این کشور به راحتی امکان‌پذیر است. حال عمق فجایع تاریخی علیه گروه‌ها یا اقلیت‌ها و نیز میزان دخالت جنبش‌ها و یا گروه‌های حامی اقلیت در قدرت سیاسی خود عاملی است که سیاست‌های کیفری و نیز سیاست‌های عمومی در حوزه حمایت از اقلیت‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهند و در حوزه سیاست کیفری نیز سخت‌گیری یا عدم سخت‌گیری، تساهل یا عدم تساهل و گستردگی حمایت و ... خود تابعی از قدرت چانه زنی این جنبش‌ها و سیر تحولات تاریخی در رابطه با آن ویژگی‌های متفاوت انکار شده یا مورد تعرض قرار گرفته می‌باشد. مهمترین نقش این جریان‌ها و وقایع تاریخی در رابطه با جرائم ناشی از نفرت در پختگی یا عدم پختگی تعاریف ارائه شده از این جرم از جانب مقامات رسمی و نخبگان حوزه سیاستگذاری کیفری است. در واقع جامعیت و آینده نگری مفاهیم ارائه شده از چنین جرمی تابعی از میزان درک و تلاش در شناسایی ویژگی‌های متفاوت و نیز توجیه جریان‌های مخالف و گروه‌های رقیب برای در امان نگاه داشتن گروه‌ها و افراد دارای ویژگی متفاوت از اعمال مجرمانه می‌باشد. بنابراین «فهم جرائم نفرت در یک جامعه‌ای که مدعی گذر از تفاوت‌ها است در مقیاسی ملی، گفتمان سیاسی و محصولات فرهنگی تعریف ما از مفهوم جرائم نفرت را شکل می‌دهند.» (لوئیس، ۱۳۹۹، ۱۱).

جرم ناشی از نفرت یک پدیده مدرن و دستاورد دوران مدرن نیست (Petro- sino, 1999, 22) بلکه به مانند تمامی تبعیض‌ها ریشه در یک نظم خیالی دارد و این نظم در تمامی جوامع چه در عرف و چه در قوانین آن‌ها تا حدودی باقی‌مانده است (مانند حقوق نابرابر پیروان ادیان مختلف یا حقوق نابرابر زن و مرد و ...). این نظم خیالی که تا حدودی نتیجه عدم درک تفاوت‌ها بوده در دنیای امروز دارای پشتوانه سیاسی است. در واقع تفاوت‌های موجود در دنیای معاصر ریشه در همان نظم‌های خیالی دارد که در بسیاری از موارد فاقد پشتوانه عقلی و منطقی می‌باشد، نظم‌هایی که غالباً برتری را به جنس زن، به همکیشان و هم وطنان خویش و ... داده و غیر

خودی را نادیده و یا در بهترین حالت در مقامی مادون خود انگاشته است. «نظم خیالی که در سال ۱۷۷۶ در آمریکا برقرار شد، علی‌رغم ادعای برابری انسان‌ها، به استقرار نظام سلسله مراتبی انجامید: سلسله مراتب میان مردان و زنان که مردان از نعماتش بهره‌مند می‌شدند و زنان در آن فاقد قدرت بودند؛ سلسله مراتب میان سفیدپوستانی که از آزادی برخوردار بودند و سیاهان و سرخ‌پوستانی که انسان‌های پست‌تر قلمداد می‌شدند و ...» (نوح هراری، ۱۳۹۷: ۱۹۷-۱۹۸) استقرار این سلسله مراتب اعتبار قشر دارای قدرت و نیز تلاش آن‌ها برای تحمیل برتری فرضی خود بر گروه‌های ضعیف یا بدون قدرت یکی از عوامل شکل‌گیری مفهوم جرم ناشی از نفرت و نیز ایجاد گفتمان سیاستگذاری در مورد جرائم ناشی از نفرت شده است.

۲-۲. بسترهای سیاسی

مفاهیم حقوقی بیش از هر چیزی متأثر از نوع نظام سیاسی و جریان‌های قدرت در جامعه هستند، به این معنی که نوع نظام حاکم از مفاهیم حقوقی در جهت اعمال سیاست‌های کلان خود بهره می‌برد و از آنجایی که مفاهیم صرفاً تعریف ظاهری را شامل نمی‌شوند بلکه ورای ظاهر چگونگی عملکرد آن مفهوم است، حکومت‌ها از طریق مفهوم‌سازی سیاست‌های خود را پیش می‌برند. حال سؤال این است که تفاوت نظام‌های سیاسی در مفهوم‌سازی جرم ناشی از نفرت چه تفاوتی را در مفهوم این جرم ایجاد می‌کند؟ و به چه طریقی این مفهوم‌سازی بر پیکره سیاست کیفری پیاده می‌شود و مورد پذیرش قرار می‌گیرد؟ نکته مهم قابل ذکر این است که با وجود نظام‌های سیاسی مختلف، در این مقاله نظام‌های سیاسی را در دو گروه عمده نظام سیاسی باز (دموکراتیک) و بسته (غیردموکراتیک) قرار می‌دهیم، گرچه به دلیل مشکک بودن نظام‌های سیاسی هر کدام از این دو دسته خود دارای درجات مختلفی از مرام‌ها و اندیشه‌ها هستند.

مفهوم جرم ناشی از نفرت از آنجایی که خط مشی حکومت‌ها را در شناسایی و یا عدم شناسایی اقلیت‌ها نشان می‌دهد از اهمیت بسزایی در مفهوم‌گذاری در ادبیات حقوقی برخوردار است. در واقع حکومت‌ها بسته به میزان مماشات با اقلیت‌ها و پذیرش آن‌ها به عنوان بخش ذیحقی از جامعه رویکردهای متفاوتی را در مفهوم جرم ناشی از نفرت در پیش گرفته‌اند. البته موضوع مهمی که باید مورد توجه قرار

گیرد تمایز بین مفهوم ظاهری یا سیاسی جرم ناشی از نفرت یعنی مفهومی که توسط رسانه‌های جریان اصلی^۱ و سیاستمداران و تا حدودی قوانین بیان می‌شود با مفهوم ذاتی یا سیاستی جرائم ناشی از نفرت که بازگو کننده سیاستی است که همچنان معتقد به حفظ اکثریت (نژادی، زبانی، قومی، مذهبی، جنسیتی و ...) و گذر از تفاوت‌ها را نمی‌پذیرد، قائل شد. در حکومت‌های باز که معمولاً احزاب، گروه‌ها و جریان‌های متفاوتی وجود دارد و هر کدام داعیه حمایت از گروه یا عقاید متفاوت را به دوش می‌کشند رویکرد سیاستگذاران کیفری یک رویکرد مبتنی بر پذیرش کثرت‌گرایی، نسبی‌گرایی ارزشی و پذیرش اقلیت‌ها است (اکبری، ۱۳۸۸، ۱۵)، بنابراین مفهوم جرم ناشی از نفرت در چنین نظام‌هایی با گسترش قلمرویی پذیرش اقلیت‌های مختلف و امکان تغییر و اضافه شدن اقلیت‌های جدید در دایره آن می‌باشد. در واقع از آنجایی که حمایت از کثرت فرهنگی و اجتماعی و ابراز ویژگی‌های متفاوت به عنوان حق‌های بشر بر عهده حکومت است، از این حیث حکومت‌های دموکراتیک به عنوان یک نظام سیاسی بیشترین حمایت را از حقوق بشر به عمل می‌آورند (بیتم، ۱۳۸۳، ۱۴۷) و از آنجایی که یکی از جنبه‌های حمایت چنین نظامی حمایت کیفری است، این حمایت مستلزم مفهوم‌سازی مبتنی بر رعایت حقوق تمامی افراد دارای ویژگی‌های متفاوت می‌باشد که در نظام‌های سیاسی مبتنی بر اراده آحاد جامعه محقق می‌گردد. این در حالی است که در نظام‌های غیر دموکراتیک و بسته به دلیل وجود قدرت در دست یک گروه یا حزب با ویژگی‌ها متمایز از دیگران و یا احزاب بعضاً دارای ایدئولوژی ظاهراً متفاوت، رویکرد سیاستگذاران پذیرش و عملیاتی کردن یک مفهوم محدود و دارای شمول مضیق و صرفاً در حد محافظت از ویژگی‌های «خودی» و در بهترین حالت شمول حداقلی از اقلیت‌ها می‌باشد. در واقع در این نوع نظام «حق بر متفاوت بودن شهروندان منتفی است» (لازرژ، ۱۴۰۰: ۴۳). از طرفی در چنین نظام‌هایی بعضاً قوانین به دلیل تقلید از نظام‌های حقوقی پیشرو و یا سرپوش نهادن بر پاسخ به فشارهای گروه‌های خارج از قدرت و حامی اقلیت‌ها مفهوم موسعی با شمول گسترده را ارائه می‌دهند اما غایت چنین مفهومی نه حمایت از اقلیت‌ها بلکه دفع کردن فشارهای خارجی و داخلی علیه نظام و ایدئولوژی حاکم است. بنابراین

1. main stream

هر نوع تغییر در گستره جرم ناشی از نفرت چه در جهت تضییق یا گسترش آن در راستای خط مشی نظام‌های حاکم سیاسی می‌باشند.

موضوع مهمی که در تأثیر نظام سیاسی بر مفهوم جرم ناشی از نفرت باید مورد توجه قرارگیرد این است که بعضاً سیاست‌گذاران هدف از ارائه مفهوم برای چنین جرمی را حمایت کردن از برخی سیاست‌های سختگیرانه در حمایت از برخی اقلیت‌ها (خصوصاً اقلیت‌های سهمیم در قدرت سیاسی) می‌دانند. موضوع مهمی که در رابطه با نوع نظام سیاسی و مفهوم جرم ناشی از نفرت باید مد نظر قرار گیرد رویکرد «ایدئولوژی گذر از تفاوت‌ها»^۱ است (لوئیس، ۱۳۹۹، ۱۵)، که نظام‌های بسته با استفاده از ابزارهای قدرت مانند رسانه‌ها خود وجود تفاوت‌ها و اقلیت‌ها را انکار می‌کنند تا از یک طرف با استفاده از قدرت و نفوذ پوپولیسم مرهمی بر زخم گروه‌های اقلیت بگذارند و آن‌ها را «خودی» تلقی کنند و از طرفی رعب و وحشت ناشی از وقایع مجرمانه علیه اقلیت‌ها را کم رنگ جلوه دهند و از وظایف حاکمیتی خود در جهت حمایت از اقلیت‌ها چشم پوشی نمایند.

1. post difference ideology

برآمد

مفهوم شناسی جرم ناشی از نفرت به دلیل این که در تعیین خط مشی سیاستگذاری و نیز شناخت قربانیان این جرم مؤثر است و از طرفی وجود چنین پدیده‌ای غیر قابل انکار است امری ضروری در سیاست‌گذاری کیفری در رابطه با این جرم می‌باشد. مهمترین عوامل و گزاره‌هایی که موجب ایجاد و تغییر مفهوم جرم ناشی از نفرت می‌شوند پیشینه تاریخی و زمینه‌های تبعیض و نابرابری و همچنین نوع نظام‌های سیاسی حاکم بر جوامع می‌باشند، چرا که نظام‌های سیاسی با جهت دادن به مفاهیم کیفری در پی پیاده سازی سیاست‌های کلان خود می‌باشند. مفهوم ارائه شده از جانب نویسندگان ایرانی از جرم ناشی از نفرت یک مفهوم «عقیم شده» است، به این معنی که یا محدوده این تعریف را به صورت واضح محدود به مؤلفه‌های خاص می‌دانند و یا این که هر چند با استفاده از عبارات کلی سعی در پذیرش گسترده تمامی مؤلفه‌های عامل تفاوت دارند اما به طور ضمنی مفهوم مضیق را اراده نموده‌اند. علت مهم دیگری که ادبیات حقوقی ایران در چنین وضعیتی به سر می‌برد ارائه تعاریف به صورت نظاره گرانه (مبتنی بر تقلید و الگوبرداری محض و فارغ از کند و کاوهای پیرامونی) و بدون تحلیل این جرم در بستر اجتماع ایران می‌باشد. در ایران از آنجایی که هنوز گفتمان منسجمی در مورد جرم ناشی از نفرت به عنوان یک مشکل مهم اجتماعی شکل نگرفته است مفهوم این جرم در قوانین بسیار محدود است و در نظر دانشگاهیان نیز در حد ترجمه متون خارجی باقی مانده است. این در حالی است که جرم ناشی از نفرت در ایالات متحده آمریکا یک مفهوم سیال دارد به این معنی که با وقوع حوادث (به طور مثال شیوع کرونا و وقوع جرائم علیه آسیایی‌ها در آمریکا و پیرو آن تصویب قانون جرم ناشی از نفرت کووید ۱۹) و یا جریان‌های خاص علیه اقلیت‌ها و ویژگی‌های متفاوت هم فضای دانشگاهی و هم سیاست‌گذاران سعی در تغییر و تحول مفهومی این جرم برای رسیدن به مقاصدی چون کاهش نرخ جرم و نیز حفظ یکپارچگی و جلوگیری از نارضایتی‌های عمومی را دارند. همچنین از آنجایی که نظام حقوقی آمریکا زیرمجموعه نظام کامن لا می‌باشد رویه قضایی خود عامل مهمی در نگه داشتن روند پویایی این جرم می‌باشد. مفهوم جرم ناشی از نفرت در ایالات متحده نه تنها متأثر از قوانین فدرال است بلکه ایالت‌های مختلف خود در توسعه و

تضییق این مفهوم نقش پررنگی دارند. مفهوم ارائه شده از جرم ناشی از نفرت در آمریکا برخلاف ایران یک مفهوم بزه دیده مدار است چرا که ویژگی‌های متفاوتی را مورد شناسایی قرار داده است و از طرفی انعطاف بیشتری برای تطبیق سیاست‌های حمایتی از اقلیت‌ها و ویژگی‌های متفاوت دارد. حال با توجه به مطالب مطرح شده و نیز تاریخ درخشان کشورمان که مملو از حمایت از اقلیت‌های دینی، قومی، زبانی و ... بوده و ضرورت ادامه دار بودن این روند درخشان تاریخی پیشنهادهایی به شرح ذیل در جهت قانونگذاری در مورد جرم ناشی از نفرت قابل ذکر است:

۱- قلمرو اعمال مجرمانه پایه باید از صرف جرم توهین به تمامی اعمال مجرمانه در مفهوم جرائم ناشی از نفرت گسترش یابد.

۲- مؤلفه‌های جرم ناشی از نفرت باید به تمامی ویژگی‌های متفاوت که انگیزه مرتکب برای ارتکاب جرم ناشی از نفرت می باشند افزایش یابد.

۳- از آنجایی که قانونگذاری فعلی در مورد جرائم ناشی از نفرت دارای ابهام مفهومی است، ضروری است که در جهت کمک به بازوهای عدالت کیفری (پلیس و مقام‌های قضایی) مفهومی دقیق‌تر از این جرم ارائه گردد.

۴- به دلیل اهمیت قانونگذاری جرائم ناشی از نفرت در ثبات اجتماعی و حفظ یکپارچگی کشور مقتضی است قانونی مجزا یا فصلی از قانون مجازات اسلامی به این جرائم اختصاص داده شود و مفاهیم پراکنده از این جرم در قوانین مختلف تابع یک نظم منسجم باشند.

۵- نباید شناسایی قانونی تفاوت‌های مبنای جرم ناشی از نفرت را حق تلقی نمود و به این دلیل که برخی از این تفاوت‌ها مخالف فرهنگ حاکم بر کشور می‌باشند مانعی برای قانونگذاری دانست، چرا که شناسایی این تفاوت‌ها نه تلقی حق بودن و رسمیت بخشیدن به آن تفاوت‌ها است بلکه اقدامی در جهت حمایت از این افراد در برابر قربانی اعمال مجرمانه شدن است.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

- * ابراهیمی، مرضیه، میرحسینی، زهرا (۱۳۹۶). «مطالعه‌ی زمینه‌ها و انگیزه‌های اسیدباشی در بستر مناسبات جنسیتی و نابرابری‌های اجتماعی»، تحلیل اجتماعی نظم و نابرابری اجتماعی، (۷۲/۴)، ۹، ۳۹-۱.
- * اکبری، نورالدین (۱۳۸۸). «روابط عمومی در نظام‌های سیاسی دموکراتیک و غیر دموکراتیک»، ماهنامه علمی تخصصی انجمن روابط عمومی، شماره ۶۸، ۱۱-۲۱.
- * بیتام، دیوید (۱۳۸۳). دموکراسی و حقوق بشر، برگردان: محمدتقی دلفروز، تهران، نشر طرح نو.
- * چاکرابورتی، نیل، گارلند، جان (۱۴۰۲). جرم مبتنی بر نفرت آثار، علل، پاسخ‌ها، مترجم پیمان دولت خواه پاشاکی، تهران، انتشارات مجد.
- * دارابی، بهنام (۱۳۹۵). «جرائم ناشی از نفرت مذهبی»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت)، (۶۶)، ۱۲، ۵۶-۶۷.
- * رحیمی، محسن، شایگان فرد، مجید، شیخ الاسلامی، عباس (۱۴۰۲). «رویکرد حقوق کیفری ایران به آزادی عقیده و مذهب». مجله حقوقی دادگستری، (۱۲۳)، ۸۷، ۲۲۵-۲۴۴.
- * شیروی، مهسا (۱۴۰۰). «تبعی بر لزوم حمایت از سلامت معنوی زنان بزه‌دیده جرم‌های برخاسته از نفرت در سامانه عدالت جنایی»، تعالی حقوق، (۴)، ۶، ۱۷۰-۲۰۰.
- * شیخه، رضا، صفایی مقدم، مسعود، پاک سرشت، محمدجعفر، مرعشی، سید منصور (۱۳۹۹). «بررسی تحلیلی مبانی رویکرد برساخت‌گرایی اجتماعی»، روش‌شناسی علوم انسانی، (۱۰۳)، ۲۶، ۳۹-۵۵.
- * شیخ رضائی، حسین (۱۴۰۰). «نگاهی به متافیزیک رابطه «برساختن اجتماعی» و نسبت آن با طبیعی‌گرایی فلسفی» تاریخ علم، (۲)، ۱۹، ۴۱۳-۴۳۷.
- * صادقی، سالار (۱۴۰۱). بررسی حقوقی و جرم‌شناختی جرائم ناشی از نفرت (با تأکید بر مکتب جرم‌شناسی پست-مدرن)، تهران، انتشارات مجد.
- * صدراالشرافی، سید ضیاءالدین (۱۳۸۶). کثرت قومی و هویت ملی ایرانیان، تهران،

نشر اندیشه نو.

* عبدالهی، رضا (۱۳۹۷). درآمدی بر جامعه‌شناسی قشربندی معلولیت در ایران: واکاوی نابرابری‌های اجتماعی افراد معلول، تهران، نشر دنیای اقتصاد.

* قورچی بیگی، مجید، رضائیان کوچی، محمدرضا (۱۳۹۹). «تحلیلی بر بایسته‌های سیاست کیفری بزه‌دیده‌مدار در جرائم ناشی از نفرت»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، (۳۲)، ۹، ۲۲۴-۲۱۳.

* کسن، موریس (۱۳۸۷). اصول جرم‌شناسی، مترجم میرروح الدین صدیق، تهران، نشر دادگستر.

* گرسنتفلد، فیلیپس (۱۴۰۱). جرائم مبتنی بر نفرت، مترجم سجاد اختری، تهران، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی امین.

* لازرژ، کریستین (۱۴۰۰). درآمدی بر سیاست جنایی، مترجم علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان.

* لوئیس، کلارا (۱۳۹۹). آیا در مورد جرائم نفرت‌محور سخت‌گیری می‌شود؟ سیاست‌های فرهنگی جرائم نفرت‌محور، مترجم: معاذ عبدالهی و بهار محمدی، تهران، نشر مهرکلام.

* میرمجیدی، سپیده، حبیب‌زاده، محمدجعفر، فرجیها، محمد، امیدی، جلیل (۱۳۹۵). «تحلیل برساخت‌گرایانه‌ی فرآیند جرم‌انگاری در ایران بر اساس نظریه واقعیت اجتماعی جرم». فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، (۱۴)، ۴، ۱۴۵-۱۷۲.

* نوح هراری، یووال (۱۳۹۷). انسان خردمند، تاریخ مختصر نوع بشر، مترجم نیک گرگین، تهران، فرهنگ نشر نو.

ب. منابع انگلیسی

* Boram, Meredith (2016) "The Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act: A Criminal Perspective," University of Baltimore Law Review: Vol. 45, 343-368.

* Craig, K. M. (2002). Examining hate-motivated aggression: A review of the social psychological literature on hate crimes as a distinct form of aggression. Aggression and Violent Behavior, 7(1),

85–101.

* Chaudhry, Irfan. (2021). **Making Hate Visible: Online Hate Incident Reporting Tools**. Journal of Hate Studies, 17(1), 64–73.

* Doane, A. W., Jr. (1997). **Dominant group ethnic identity in the United States: The role of "hidden" ethnicity in intergroup relations**. The Sociological Quarterly, 38(3), 375–397.

* Yang, Dillon B. (2023). **COVID-19 Hate Crimes: Why Hate Is Rising, and What the United States Can Do About it**, journal of legislation. Vol 49, Issue 1, 166-204.

* Han, S., Riddell, J. R., & Piquero, A. R. (2023). **Anti-Asian American Hate Crimes Spike During the Early Stages of the COVID-19 Pandemic**. Journal of interpersonal violence, 38(3-4), 3513–3533.

* https://www.law.cornell.edu/wex/matthew_shepard_and_james_byrd_jr_hate_crimes_prevention_act

* **International Association of Chiefs of Police (IACP)**, (2021). Investigation of hate crime. In: <https://www.theiacp.org/sites/default/files/2021-03/Hate%20Crimes%20Formatted%202021-03-23.pdf>

* Iganski, p., Lagou, s. (2014). **the personal injuries of “hate crime.” in n. hall, a. corb & p. giannasi, et al. (eds.), the routledge international handbook on hate crime**, Routledge.

* Jacobs, James B, Potter, Kimberly A. (1997). **Hate Crimes: A Critical Perspective Crime and Justice 22:** 1-50.

* James B. Jacobs and Jessica S. Henry, (1996). **The Social Construction of a Hate Crime Epidemic**, 86 J. Crim. L. & Criminology, 366-391.

* Krouse, William J (2009). **Hate crime legislation, congressional research service**. Available at: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc503369/>

- * Mason-Bish, Hannah (2015). **Future challenges for hate crime policy: lessons from the past in:** Neil. Chakraborti, **Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions**, New York, Routledge.
- * Naidoo, Kamban. (2016). **The origins of hate-crime laws.** *Fundamina*. Vol22.N 1, 53-66.
- * Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). (2009). **Hate crime laws: A practical guide.** OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). <https://www.osce.org/odihr/36426>
- * Petrosino, C Turpin. (2015). **Understanding hate crimes: Acts, motives, offenders, victims, and justice.** Routledge/Taylor & Francis Group.
- * Petrosino, C. (1999). **Connecting the Past to the Future: Hate Crime in America.** *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 15(1), 22-47.
- * Roberts, C., Innes, M., Williams, M., Tregidga, J., Gadd, D., & Cook, N. (Ed.) (2013). **Understanding who commits hate crime and why they do it.** (Welsh Government Social Research). Welsh Government.
- * Schweppe, Jennifer (2021). **What is a hate crime?** *Cogent Social Sciences*, 7:1.
- * Smith, Alison .M(2010). **Constitutional Limits on Hate Crime Legislation**, Library of Congress. Congressional Research Service.
- * Shattuck, John and Risse, Mathias (2021). **Reimagining Rights & Responsibilities in the United States: Freedom of Speech and Media.** HKS Working Paper No. RWP21-004, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3801268>
- * Shively, Michael (2005). **Study of literature and legislation on hate**

crime in America, national institute of justice(NIJ), (research report)
Available at: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/210300.pdf>
* The Editors of Encyclopaedia Britannica (2025). Ku Klux Klan. En-
cyclopedia Britannica. <https://www.britannica.com/topic/Ku-Klux-Klan>

پ. سایتهای خبری

* خبرگزاری جمهوری اسلامی، ۱۳ مهر ۱۴۰۲، کد خبر ۸۵۲۴۸۹۳۰، قابل دسترسی
<https://irna.ir/xjNCC6> در:

* پایگاه خبری -تحلیلی تیتراز، ۲۰ مهر ۱۴۰۲، کد خبر ۱۴۵۰۴، قابل دسترسی
<https://www.titrqazvin.ir/news/14504> در:

* سایت خبری - تحلیلی انتخاب، ۱ اسفند ۱۴۰۲، کد خبر ۷۶۵۶۸۷، قابل دسترسی
<https://www.entekhab.ir/003DBn> در:

* روزنامه آسیا نیوز ایران، ۱۵ اسفند ۱۴۰۲، کد خبر ۲۰۳۱۱، قابل دسترسی در:
<https://www.asianewsiran.com/u/e9Z>

* خبرگزاری تسنیم، ۱۸ آذر ۱۳۹۹، کد خبر ۲۴۰۵۷۶۴، قابل دسترسی در:
<https://tn.ai/2405764>

* روزنامه جوان، ۲۶ بهمن ۱۳۹۲، کد خبر ۶۳۴۱۰۵، قابل دسترسی در:
<https://www.javanonline.ir/002exV>

* خبرگزاری مهر، ۲۴ آبان ۱۳۹۴، کد خبر ۲۹۶۷۱۷۶، قابل دسترسی در:
<https://www.mehrnews.com/xxdPD>

* پایگاه خبری تابناک، ۵ اسفند ۱۳۹۱، کد خبر ۳۰۴۷۰۴، قابل دسترسی در:
<https://www.tabnak.ir/001HGa>

چالش‌های نظام عدالت کیفری ایران در مواجهه با رمازرها و راهکارها

نرگس فرزانه کندی^۱، محمدمتین ارجمندفر^۲، امین تویسرکانی^۳

چکیده

تحول فناوری‌های نوین مالی و گسترش به‌کارگیری رمازرها، چالش‌هایی را برای نظام‌های حقوقی و به ویژه دستگاه عدالت کیفری ایجاد نموده و اغلب نظام‌های حقوقی به جای مقابله مطلق و نفی رمازرها، به رویکرد مقررات‌گذاری و تنظیم فعالیت‌های مرتبط با آن‌ها در دو طیف تجویز حداکثری و حداقلی متمایل شده‌اند. پرسش محوری این مقاله آن است که رمازرها چه چالش‌هایی را در عرصه‌های ماهوی، شکلی و اجرایی برای نظام عدالت کیفری به‌وجود آورده‌اند و راهکارهای رفع چالش‌ها در چارچوب قوانین موجود چیست.

این تحقیق که با رویکرد توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و مصاحبه نیمه‌ساختاریافته با برخی قضات و بازپرسان فعال در حوزه جرائم رایانه‌ای انجام شده است، مهم‌ترین چالش‌های نظام عدالت کیفری در مواجهه با این جرائم را شامل: ابهام در رسمیت و مالیت رمازرها و اعتبار حقوقی آن‌ها، نبود قوانین و مقررات نظارتی و پیشگیرانه شفاف، مشکلات دادرسی در جرائم مرتبط با رمازرها به واسطه پیچیدگی‌های ناشی از تمرکززدایی و ناشناس بودن فناوری بلاک‌چین، چالش‌های مرتبط با توقیف و اجرای احکام و نارسایی‌های فنی، فرهنگی و آموزشی در حیطه پیشگیری و رسیدگی به دعاوی مرتبط با این حوزه، شناسایی کرده و برای رفع این چالش‌ها، لزوم تدوین مقررات جامع و متناسب برای رسیدگی، تجهیز ضابطان قضایی و دادگستری‌ها به زیرساخت‌های فنی مناسب و آموزش تخصصی قضات و کارشناسان این حوزه را در کنار آگاهی‌افزایی عمومی نسبت به مخاطرات رمازرها، پیشنهاد می‌دهد.

واژگان کلیدی: رمازر، نظام عدالت کیفری، بلاک‌چین، جرائم مرتبط با رمازرها

۱. عضو هیأت علمی پژوهشکده قوه قضائیه (نویسنده مسئول)

n.farzaneh@jri.ac.ir

۲. کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری دانشگاه علامه طباطبائی

matinarjmand3@gmail.com

۳. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی و بازپرس دادرسی جرایم رایانه‌ای

a_tuysserkani@yahoo.com

درآمد

امروزه فناوری‌های جدید و پیشرفته از جمله علم رمزنگاری باعث تغییراتی در ساختار اقتصادی جهان و روابط تجاری شده‌اند که از مهم‌ترین آن‌ها، پدیده جدید ارزهای مجازی یا رمزارزها است. رمزارز یا ارز مجازی سیستمی خصوصی است که جهت سهولت انجام مبادلات بین افراد بدون حضور واسطه و نهاد مرکزی، استفاده می‌شود. در واقع رمزارز پولی است که در فضای مجازی و بدون مقام ناظر و پشتوانه قانونی مانند پول فیات^۱ ایجاد شده است. اصطلاحاتی مانند ارز دیجیتال، ارز مجازی، رمزارز، ارز رمز پایه، رمزینه ارز، ارز رمزنگاری شده و غیره در زبان فارسی به کار می‌روند که اغلب به اصطلاح کریپتوکارنسی^۲ در زبان انگلیسی ارجاع داده می‌شوند و به معنای پول یا ارزی است که بر پایه علوم رمزنگاری ایجاد شده و می‌تواند با استفاده از علم ریاضیات، کدهای رمزنگاری شده را ایجاد نماید تا اطلاعات پنهان بماند و کسی قادر نباشد در روند تولید، انتشار و انجام مبادلات خللی وارد آورد (خادمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۵۱).

ارزهای دیجیتال بدون نیاز به بانک مرکزی برای صدور ارز و یا بان‌کهای خصوصی برای ذخیره ارز عمل می‌کنند. آن‌ها بر اساس یک قطعه و زنجیره کد شکل می‌گیرند که قابل تکرار نیستند. به عنوان جایگزینی برای ارزهای سنتی، ارزش این ارزها، مبتنی بر تعداد کاربرانی است که آماده پذیرش پرداخت برای کالاها و خدمات با استفاده از ارز دیجیتال هستند. ارزش آن‌ها هم‌چنین از تمایل مبادلات ارز دیجیتال برای تبدیل آن‌ها به ارزهای دیگر ناشی می‌شود. در حال حاضر بیش از هزاران نوع ارز دیجیتال مانند بیت‌کوین^۳، دش^۴، اتریوم^۵، ریپل^۶ و زی‌کش^۷ وجود دارد (Latimer

۱. ارز فیات هیچ ارزش فیزیکی ندارد و یک تکه کاغذ یا سکه است. این ارزها که همان اسکناس‌ها و سکه‌های رایج امروزی هستند؛ در سراسر جهان برای مبادلات اقتصادی و تجاری، خرید و فروش کالا و سرمایه‌گذاری استفاده می‌شوند. این ارز جایگزینی برای استاندارد طلا و پول کلایی (کلایی اقتصادی که به جای پول استفاده می‌شود) بوده است.

2. Crypto Currency

3. Bitcoin

4. Dash

5. Ethereum

6. Ripple

7. Zcash

(Duffy, 2019: 122). برخی معتقدند باید میان اصطلاحات «ارز دیجیتال»، «ارز مجازی» و «رمزارز» تفاوت قائل شد. ارزهای دیجیتال ارزیابی را شامل می‌شوند که به صورت الکترونیکی ذخیره و منتقل می‌شوند و هرگونه پولی که بر مبنای صفر و یک باشد در این تعریف می‌گنجد؛ اعم از این که مبنای آن پول سنتی و بانکی و یا ارزهای مجازی باشد. در واقع ارز دیجیتال به هر ارزش ایجاد شده در بستر دیجیتال اطلاق می‌گردد. ارز مجازی از این جهت که غیر ملموس است نوعی ارز دیجیتال محسوب می‌شود و وجه تمایز آن این است که پول دیجیتال، نماینده اسکناس‌های بانکی است که فقط سازکار آن غیر فیزیکی شده است؛ در حالی که ارز مجازی ارتباطی با پول بانکی ندارد و یک ارز جدید با سازکار منحصر به فرد است (نوری و نواب‌پور، ۱۳۹۷: ۴) و در نهایت رمزارز (یا ارز رمز پایه) را گونه‌ای پول دیجیتال معرفی نموده‌اند که در آن تولید واحد پول و تأیید اصالت تراکنش پول با بهره‌گیری از الگوریتم‌های رمزگذاری شده کنترل می‌شود (Chohan, 2022: 2).

ارزهای غیر قابل تبدیل هرگز امکان تبدیل به پول‌های بانکی را ندارند نظیر پول‌هایی که در بازی‌های رایانه‌ای کسب می‌شود. این ارزها به صورت متمرکز هستند و یک نهاد مرکزی برای مثال سازنده بازی آن را منتشر نموده است و دفترکل را نزد خود نگاه می‌دارد. لیکن ارزهای مجازی قابل تبدیل، امکان تبدیل به پول‌های حقیقی و به عکس را دارند و از آن برای خرید کالا و خدمات حقیقی و مجازی می‌توان استفاده نمود. این نوع ارز به دو دسته متمرکز و غیر متمرکز تقسیم می‌شود؛ در دسته متمرکز، انتشار و کنترل ارز توسط یک نهاد مرکزی صورت می‌پذیرد؛ اما در ارز مجازی غیر متمرکز تمامی فرایندها از جمله انتشار و تأیید تراکنش‌ها به جای این که توسط نهادی مرکزی صورت گیرد به وسیله تمامی افراد با سازوکارهای رمزنگاری انجام می‌گیرد (نوری و نواب‌پور، ۱۳۹۷: ۶-۵). در تعریف رمزارز می‌توان گفت، نوعی پول دیجیتال و ارز مجازی به حساب می‌آید که با شیوه‌های فناوری رمزنگاری (الگوریتم‌های رمزگذاری) و اغلب به صورت غیر متمرکز (بدون وابستگی به یک نهاد مرکزی) ایجاد و اداره می‌شود.

با امعان نظر به چالش‌ها و مشکلاتی که رمزارزها به واسطه ویژگی‌های خود در نظام‌های حقوقی و قضایی ایجاد کرده‌اند، در تحقیق حاضر بر آن شدیم که ضمن

شناسایی این چالش‌ها در نظام عدالت کیفری ایران با تأکید بر نظریات متخصصان قضایی که به نوعی درگیر پرونده‌های مرتبط با رمزارزها هستند، ضمن ارائه تصویری از واقعیت موجود، پیشنهادهایی متناظر با چالش‌های فعلی ارائه نماییم.

این تحقیق با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و به‌کارگیری منابع کتابخانه‌ای و هم‌چنین استفاده از ابزار مصاحبه با شش متخصص این حوزه از مقامات قضایی و بازپرسان دادسرای جرائم رایانه‌ای انجام شد، اما به لحاظ محدود بودن شمار متخصصان این حوزه در نظام قضایی ایران که مصاحبه با تعداد بیشتری از قضات را غیر ممکن می‌ساخت، تحقیق پیش‌رو را باید یک تحقیق نظری دانست که در عین حال، استفاده از روش مصاحبه و تحلیل چالش‌های عملی و ارائه پیشنهادهایی در این زمینه آن را واجد وصف کاربردی نیز نموده است.

پرسش اصلی تحقیق حاضر این است که جرائم مرتبط با رمزارزها چه چالش‌هایی را در عرصه‌های ماهوی و شکلی برای نظام عدالت کیفری ایجاد نموده است و راهکارهای رفع چالش‌های موجود در رسیدگی به جرائم مرتبط با رمزارزها که در چارچوب نظام عدالت کیفری کنونی قابل ارائه است، چیست. در جهت پاسخ به این پرسش، ابتدا واکنش نظام حقوقی کنونی در مواجهه با رمزارزها را تبیین می‌نماییم؛ سپس شیوه‌های ارتکاب جرم و هم‌چنین اهم دعاوی کیفری مرتبط با رمزارزها را بررسی می‌کنیم. پس از آن ضمن نگاهی به رویه قضایی، مشکلات شکلی رسیدگی به دعاوی مرتبط با رمزارزها در چارچوب نظام عدالت کیفری ایران را مطرح نظر قرار خواهیم داد. در انتهای مقاله نیز با تکیه بر یافته‌های حاصل از مصاحبه با کارشناسان و مطالعات نظری به ارائه نتایج تحقیق و پیشنهاداتی در خصوص موضوع مبادرت خواهیم نمود.

۱. موضوع تقنینی و اجرایی نظام حقوقی ایران در قبال رمزارزها با نگاهی به

رویکرد سایر کشورها

تاکنون قانون خاصی در مورد رمزارزها در ایران تصویب نشده است. مصوبه شورای عالی فضای مجازی، طراحی نظام «رمزارز» اعم از رمزارز ملی و ساماندهی کاربری رمزارزهای جهان‌روا را به وزارت امور اقتصادی و دارایی واگذار کرده

است.^۱ علاوه بر بانک مرکزی که همکار وزارت اقتصاد در این امر است، قوه قضاییه، وزارت صنعت، معدن و تجارت، وزارت نیرو، وزارت اطلاعات، فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی و سازمان اطلاعات سپاه نیز از دیگر سازمان‌های همکار برای پیشبرد برنامه‌های رمزارز در کشور می‌باشند.

به رغم این که قانون خاصی در حوزه رمزارزها مصوب نشده لیکن در سال‌های اخیر مصوباتی از مراجع دولتی پیرامون رمزارزها صادر شده است. هیأت وزیران در تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۳، آیین‌نامه فرایند ماینینگ ارزهای دیجیتال را تصویب و معاون اول رئیس‌جمهور آن را ابلاغ نمود که بر اساس بند یک آن رمزارزها (فراورده‌های پردازی رمزنگاری شده) صرفاً با قبول مسئولیت خطرپذیری آن از سوی طرفین، معامله می‌شود و مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نبوده و استفاده از آن در مبادلات داخل کشور مجاز نیست. سازمان ملی استاندارد ایران موظف شده است با همکاری وزارتخانه‌های نیرو، ارتباطات و فناوری اطلاعات، برچسب انرژی و استانداردهای کیفیت توان الکترونیکی و استانداردهای فناوریانه مربوط به تولید و واردات تجهیزات پردازش رمزارزها (ماینینگ) را تدوین و ابلاغ نماید. شایان ذکر است که در سال ۱۴۰۱ هیأت وزیران آیین‌نامه استخراج رمزارزایی‌ها^۲ را تصویب نمود و بر اساس ماده ۱۲ آن، آیین‌نامه فوق را لغو نمود. آیین‌نامه اخیر شرایط و ضوابط اخذ مجوز و استفاده از برق، گاز و سوخت مایع و دیگر مسائل راجع به استخراج رمزارزها را مورد توجه قرار داده است. نکته مهم در این آیین‌نامه آن است که بند یک مصوبه سال ۱۳۹۸ را پابرجا نهاده است، لذا در حال حاضر با توجه به مقررات جاری کشور استفاده از رمزارزها صرفاً با قبول مسئولیت ریسک آن از سوی متعاملین خواهد بود و مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نبوده و استفاده از آن در مبادلات داخل کشور غیرمجاز اعلام شده و لذا از نظر دولت استفاده از رمزارزها در مبادلات داخلی

۱. سند راهبردی جمهوری اسلامی ایران در فضای مجازی مصوب هشتاد و چهارمین جلسه مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۱ شورای عالی فضای مجازی؛ شایان ذکر است با استناد به سند مذکور اخیراً نظام‌نامه رمزارز اعم از ایجاد رمزارز ملی و ساماندهی کاربری رمزارزهای جهان‌روا در یکصد و پنجاه و هفتمین جلسه مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۱۹ کمیسیون عالی تنظیم مقررات فضای مجازی کشور به تصویب رسیده است.

۲. آیین‌نامه استخراج رمزارزایی‌ها شماره ۱۵۱۴۵۵ مورخ ۱۴۰۱/۸/۲۲ هیأت وزیران.

به رسمیت شناخته نشده است. به هر حال غیرمجاز دانستن استفاده از رمزارزها (مزید بر ابهامات قانونی در خصوص ماهیت و شرایط استفاده از آنها) در مبادلات داخل کشور تبعات و چالش‌هایی را در پی داشته است از جمله این که چون معامله ارزهای دیجیتال بر اساس مقررات بانک مرکزی و تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ مورخ ۱۳۹۸/۵/۶ هیأت وزیران در مبادلات داخلی رسمیت ندارد، لذا توقیف و فروش آن به وسیله اجرای احکام ممکن دانسته نشده است و در حکم مالی دانسته می‌شود که به آن دسترسی نیست و با توجه به ملاک ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، قیمت آن به تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی، بهای آن به قیمت یوم‌الادا به وسیله کارشناس و خبره محاسبه و از محکوم علیه وصول و به محکوم له پرداخت می‌شود.

شاید اولین و مهم‌ترین چالش برای نظام‌های حقوقی کنونی مواجهه با پذیرش رمزارز به عنوان یک مال یا ابزار مالی باشد زیرا واکنش انفعالی در قبال این چالش، منشأ مشکلات بعدی خواهد بود. اگرچه برخی چالش‌های پیرامون ارزهای دیجیتال از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، اما برخی موضوعات مشترک وجود دارند. تأثیر ارزهای دیجیتال بر قوانین مبارزه با پول‌شویی^۱ و جرائم مالی، دغدغه‌های ناشی از احراز هویت مشتری^۲ و قوانین اوراق بهادار در اکثر کشورها حائز اهمیت است؛ با این حال، هر کشوری با توجه به سیاست‌ها و مصالح خود به شیوه‌ای متفاوت با این چالش‌ها مواجه می‌شود (Hays & Kirilenko, 2021: 107). آمریکا حدود سه دهه است که در خصوص مقررات‌گذاری رمزارزها به آزمون و خطا پرداخت و تجربه حائز توجهی در این حوزه گرد آورده است (Ibid). می‌توان گفت این کشور پیشگام قانون‌گذاری و تدوین مقررات در حوزه رمزارزها به حساب می‌آید. تفاوت‌هایی در بحث صدور مجوزها، نظارت و کنترل رمزارزها در ایالات مختلف این کشور وجود دارد (محسنی‌طیب، ۱۳۹۹: ۹۹). رمزارز در این کشور به عنوان یک دارایی و مشابه یک کالا با ارزش مالی پذیرفته شده است. ارزهای دیجیتال مانند بیت‌کوین مشمول قوانین اخذ مالیات می‌شود و دارندگان آنها در اقسام مختلف، ملزم به پرداخت

1. Anti-Money Laundering (AML)

2. Know Your Customer (KYC)

مالیات می‌باشند. بر اساس الزامات قوانین فدرال برای مؤسسات مالی، به مسائلی نظیر نگهداری از سوابق تراکنش‌ها، گزارش تراکنش‌ها و ارزیابی ریسک مشتریان، با هدف ممانعت استفاده از رمزارزها برای پول‌شویی و فرار مالیاتی توجه شده است (اسکات و موس و وندرروز و لارنت‌چتین و مک‌دوئل، ۱۳۹۵: ۱۲۳).

از فرانسه به عنوان اولین کشوری یاد می‌شود که با استفاده از فناوری بلاک چین امکان ثبت و انتقال اوراق بهادار ثبت نشده را فراهم نموده است (Christin, 2013: 224-213). در فرانسه نیز رمزارزها مجاز دانسته شده‌اند اما ذیل محدودیت‌ها و تدابیر قوانین و مقررات قرار گرفته‌اند و مالیات برای معاملات مربوط به آن‌ها در نظر گرفته شده است. رمزارز پول شناخته نمی‌شود اما دارایی دیجیتال در نظر گرفته شده است (Digital Assets, 2021). کانادا رمزارز را به مثابه دارایی نامشهود شناخته است و رویکرد پذیرش رمزارز در این کشور وجود دارد لیکن برای جلوگیری از اثرات مخرب رمزارزها، قوانین پول‌شویی و ضدتروریستی متناسب با آن‌ها تصویب شده است (Rabenfeld, 2014: 2). برای کسب و کارهای خرید و فروش رمزارز و همچنین سرمایه‌گذاری در رمزارزها، مالیات وضع می‌شود و صرافی‌های بیت‌کوین به عنوان کسب‌وکارهای خدمات پولی در نظر گرفته می‌شوند (قائم‌مقامی، ۱۳۹۵: ۶۶). تا کنون چارچوب‌های قانونی گسترده‌ای در کانادا برای تنظیم مقررات دارایی‌های دیجیتال وضع شده‌اند که ضوابط کنترلی متعدد، قوانین و رویه‌های قضایی راجع به تنظیم‌کنندگان اوراق بهادار، تصویب قوانین انتقال، تدابیر مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، مقررات مربوط به پرداخت‌ها، مالیات، برنامه‌ریزی املاک، و ضوابط زیست‌محیطی برای عملیات استخراج ارزهای دیجیتال، از جمله آن‌ها می‌باشند (Clements, & Torrie, 2023: 350). دولت استرالیا نیز رمزارزها را به رسمیت شناخته است؛ بیت‌کوین و سایر ارزهای دیجیتال در استرالیا قانونی هستند و به عنوان دارایی تلقی می‌شوند. همچنین در چارچوب قانون مبارزه با پول‌شویی و نیز مقابله با تروریسم، ارزهای دیجیتال در محدوده سیستم ضد پول‌شویی و ضد تأمین مالی تروریسم در استرالیا قرار گرفته است (اخوان، ۱۳۹۷: ۹۹)؛ با این حال در برخی کشورها از قبیل چین و روسیه نگاه بدبینانه و محتاطانه نسبت به رمزارزها وجود داشته و در چارچوب سیاست تقنینی، محدودیت حداکثری در قبال آن‌ها

اتخاذ شده است (Huang, & Mayer, 2022: 325). برای مثال در روسیه، پذیرش رمزارز به شکل رسمی اعلام نشده است. رمزارز به عنوان وسیله پرداخت ممنوع شده لیکن برای سرمایه‌گذاری مورد پذیرش قرار گرفته است. با وجود این، از خرید و فروش ارز دیجیتال در صرافی‌های معتبر و مجاز به عنوان دارایی‌های مالی دیجیتالی حمایت شده است. در چین اساساً رمزارزهای دولتی به عنوان رمزارز معتبر شناسایی شده‌اند؛ با این حال رمزارزها به عنوان دارایی مجازی شناخته شده و نگهداری و نقل و انتقال آن‌ها جرم محسوب نمی‌شود، اما عرضه اولیه رمزارز ممنوع اعلام شده است. ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های شدیدی از سوی بانک خلق چین برای تجارت ارزهای مجازی و عرضه اولیه کوین در نظر گرفته شده است (اتوود، ۱۳۹۷: ۶۹).

با توجه به رویکرد این کشورها لازم است ابتدا ماهیت این پدیده شفاف شده و از سوی حاکمیت ایران مورد پذیرش واقع گردد و در گام اول مالیت و تبادل و داد و ستد آن‌ها توسط مراجع رسمی مجاز اعلام گردد و سپس همانند کانادا و فرانسه حداقل به مقررہ‌گذاری و حداکثر قانون‌گذاری بپردازیم.

۲. شیوه‌های ارتکاب جرم و تحلیل اهم دعاوی کیفری در خصوص رمزارزها

با توجه به ابهامات و تردیدهایی که پیرامون انطباق اعمال زیان‌بار حیطه رمزارزها با عناوین مجرمانه وجود دارد، نیاز است که شیوه‌های ارتکاب جرم در حوزه رمزارزها و اهم دعاوی در این ارتباط مورد تحلیل و ارزیابی قرار گیرد. شیوه‌های ارتکاب جرم در رابطه با رمزارزها را می‌توان از حیث نقش و کارکرد رمزارز در شکل‌گیری و وقوع جرم، به سه دسته تقسیم نمود؛ به این صورت که گاهی رمزارز صرفاً وسیله‌ای برای ارتکاب یک جرم است و گاهی خود رمزارز مال موضوع جرم بوده که جرم بر آن واقع گردیده است؛ اما حالت سومی نیز قابل تأمل است و آن این‌که فعالیت مرتبط با رمزارز موضوع جرم باشد.

۲-۱. استفاده از رمزارز به مثابه وسیله ارتکاب جرم

با توجه به قوانین کنونی در نظام حقوقی داخلی، عمده جرائمی که متوجه دارایی‌های رمزارز هستند، دسترسی غیرمجاز، جعل اطلاعات و داده‌ها، ممانعت از دسترسی و کلاهبرداری رایانه‌ای در قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ است. بنابراین هرگونه مداخله در کیف پول رمزارز و داده‌های مربوط به آن، که مصداقاً

قابل انطباق با اعمال مزبور در قانون جرائم رایانه‌ای باشد، تحت عنوان یکی از جرائم مندرج در این قانون قابل تعقیب و مجازات خواهد بود. نظریه مشورتی شماره ۱۶۲۳/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۸/۲۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه درباره کلاهبرداری رایانه‌ای که مال موضوع جرم ارز دیجیتال باشد، چنین آورده است: «اولاً، با عنایت به مقررات مربوط از جمله ماده ۳۱۲ قانون مدنی و ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۳ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸)، معادل آنچه از کیف پول الکترونیکی برده شده است، باید به مال‌باخته مسترد شود؛ از آن‌جا که مال موضوع سوال مثلی تلقی می‌شود، دادگاه باید حکم به پرداخت ارز دیجیتال صادر کند و در صورت امتناع، با عنایت به این‌که معامله ارزهای دیجیتال بر اساس مقررات بانک مرکزی و تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ مورخ ۱۳۹۸/۵/۶ هیأت وزیران در مبادلات داخلی رسمیت ندارد، لذا توقیف و فروش آن به وسیله اجرای احکام ممکن نیست؛ بنابراین در حکم مالی است که به آن دسترسی نیست و با توجه به ملاک ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ قیمت آن به تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی، بهای آن به قیمت یوم‌الادا به وسیله کارشناس و خبره محاسبه و از محکوم‌علیه وصول و به محکوم‌له پرداخت می‌شود».

۲-۲. رمزارز به مثابه موضوع جرم، تحلیل عناصر

در حال حاضر جرم بودن عمل به واسطه رمزارز بودن موضوع آن یا به عبارت دیگر به ذاته جرم انگاشتن فعلیتی به واسطه این‌که در خصوص رمزارز (استخراج، بهره‌برداری و یا داد و ستد) انجام شده است، با عنایت به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، محل اشکال است. با توجه به این‌که در خصوص رمزارز جرم‌انگاری صریحی صورت نگرفته است نمی‌توان بدون احراز عناصر دیگر جرائم (نظیر قاچاق، کلاهبرداری، پول‌شویی، اختلال در نظام اقتصادی و ...) هر نوع فعلیتی را که از استخراج رمزارز تا استفاده از آن صورت می‌پذیرد جرم پنداشت. در برخی مواقع ممکن است تصور شود که رمزارز جدید بدون پشتوانه است و لذا ابزار فریبنده تلقی شود بنابراین ممنوع و مجرمانه بوده و کلاهبرداری است؛ این می‌تواند برداشت اشتباهی باشد چرا که بیشتر رمزارزها و معروف‌ترین آن‌ها چنین هستند. در حقیقت رمزارزها دارای خصیصه تمرکززدایی بوده و با رویکرد حذف

حاکمیت و نظارت ایجاد شده‌اند و اکثریت آن‌ها هیچ‌گونه پشتوانه مالی و اقتصادی ندارند. کنار گذاشتن حاکمیت یک چالش اساسی در این زمینه ایجاد کرده است و آن این‌که هیچ مقرره خاصی در این زمینه وجود ندارد که خط‌کش و معیاری مشخص کند برای آن‌که بتوان رمزارز حقیقی و غیر حقیقی یا فعالیت درست را از فعالیت نادرست در عرصه رمزارزها بازشناسد. بر اساس روند متعارف ایجاد و استفاده از رمزارزها، یک‌سری خصوصیات کلی و معیارها وجود دارد؛ نظیر این‌که رمزارزها بر مبنای استخراج و بر پایه رمزنگاری ایجاد می‌شوند ولی همین موارد هم با توجه به تنوع رمزارزها و تحولات در عرصه فناوری ممکن است دستخوش نقض و تغییر گردند. مکانیسم مقابله حقوق کیفری با جرائم ارتكابی حوزه رمزارزها در مراحل اولیه توسعه قرار دارد؛ در این مسیر، رسمیت یافتن دارایی‌های دیجیتال و ارزش و اعتبار آن در قانون جهت حمایت از افراد و تعلق سایر حقوق و تکالیف قانونی بسیار مهم است. در وهله بعدی لازم است مشخص شود که در دکرین حقوق کیفری در فرایند ارتكاب جرم جایگاه رمزارزها به عنوان موضوع جرم یا وسیله ارتكاب آن کجا است (Bokovny et al, 2020: 272). در کل، دادگاه‌ها نمی‌توانند در خصوص رمزارزها جرم خاصی را در نظر بگیرند بلکه باید ضمن شناخت ماهیت و آگاهی کافی از ابعاد فعالیت‌های مرتبط با آن‌ها، ارکان سایر جرائم مربوطه در قوانین کیفری و انطباق با فعالیت‌های صورت گرفته را مطمح نظر قرار دهند. بنابراین بحث از جرم رمزارز جعلی یا تقلبی در این شرایط محلی از اعراب نخواهد داشت و باید دید که آیا استفاده از رمزارزها می‌توانسته عناصر جرائم دیگری چون کلاهبرداری و پول‌شویی و غیره را فراهم نماید یا خیر.

۳-۲. تحلیل اهم دعاوی و تطبیق عناصر جرم در رسیدگی کیفری مرتبط با

رمزارزها

با توجه به این‌که استخراج غیرقانونی رمزارز با بهره‌برداری و معاملات رمزارزها و استفاده از آن‌ها، دو طیف متفاوت هستند، در ادامه ضمن تفکیک این دو مورد به بررسی اهم عناوین مجرمانه کیفری مرتبط با آن‌ها و تحلیل شرایط انطباق فعالیت‌های پیرامون رمزارزها با این عناوین کیفری، خواهیم پرداخت.

۱-۳-۲. دعاوی مرتبط با استخراج غیرقانونی رمزارزها

اگر شخصی بدون داشتن شرایط لازم و یا اخذ مجوز مربوطه در مقررات، اقدام به عملیات استخراج رمزارز نماید، نمی‌توان عمل او را بر اساس مبانی حقوقی جرم دانست زیرا هیأت وزیران و اساساً قوه مجریه در هر سطحی صلاحیت جرم‌انگاری و تهدید حقوق شهروندی را ندارد و مواردی مانند توقیف و ضبط دستگاه‌های ماینینگ (در فرض وجود مجوز گمرکی) یا پلمپ واحد صنفی و توقیف بیت‌کوینی که استخراج شده است، که به عنوان مجازات تلقی می‌شود و باید در قوانین مصوب مجلس پیش‌بینی شده باشد، قابل اعمال نخواهد بود.

۲-۳-۲. دعاوی مرتبط با استفاده از رمزارزها

از حیث ارتباط و انطباق با عناصر دیگر جرائم و مبتلابه بودن می‌توان به طور کلی اعمال زیان‌باری که در رابطه با رمزارزها انجام می‌شوند را به دسته‌های زیر تقسیم کرد:

الف. جرائم رایانه‌ای

جرم کلاهبرداری رایانه‌ای از مهم‌ترین عناوینی است که در خصوص اعمال مرتبط با رمزارزها مورد توجه قرار می‌گیرد. اطلاق جرم کلاهبرداری رایانه‌ای یا کلاهبرداری سنتی حسب مورد بسته به نوع ارتکاب جرم و امکان تطبیق آن با مواد قانونی مربوطه است. همان‌طور که در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به آن اشاره شده است، ملاک تحقق بزه موضوع ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ الحاقی ۱۳۸۸/۳/۵ (ماده ۱۳ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸) این است که «وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات» با استفاده غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی و با ارتکاب اعمالی از قبیل واردکردن، تغییر، محو، ایجاد، متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه‌ها تحصیل گردد؛ وگرنه اگر کسی بدون ارتکاب چنین اعمالی ولی با استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی موجب فریب فرد یا افرادی گردد و مالی از آنان تحصیل نماید، موضوع از مصادیق کلاهبرداری ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری خواهد بود. ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی (ماده ۱ قانون جرائم رایانه‌ای) مقرر می‌دارد: «هرکس به طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به

وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی) از شصت و شش میلیون ریال تا دویست و شصت و چهار میلیون ریال^۱ یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد». هم‌چنین ماده ۷۳۸ الحاقی به قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۰ قانون جرائم رایانه‌ای) مقرر می‌دارد: «هرکس به طور غیرمجاز با اعمالی از قبیل مخفی کردن داده‌ها، تغییر گذرواژه یا رمزنگاری داده‌ها مانع دسترسی اشخاص مجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شود، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از شصت و شش میلیون ریال تا دویست و شصت و چهار میلیون ریال^۲ یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

ب. جرم کلاهبرداری

رمزارها به دلیل در معرض سوءاستفاده قرار گرفتن با روش‌های کلاهبرداری ریسک بالایی دارند. با توجه به ملاک‌ها و معیارهای قانون و شیوه‌های مجرمانه‌ای که در خصوص رمزارها وجود دارد، رفتارهای متقلبانه در این زمینه که منجر به بردن مال دیگری می‌شود بیش از هر چیز در چارچوب جرم کلاهبرداری سنتی قابل تطبیق و تفسیر است. ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، مقرر می‌دارد: «هرکس از راه حیل و تقلب مردم را به وجود شرکت‌ها یا تجارتخانه‌ها یا کارخانه‌ها یا موسسات موهوم یا به داشتن اموال و اختیارات واهی فریب دهد یا به امور غیرواقع امیدوار نماید یا از حوادث و پیشامدهای غیرواقع بترساند و یا اسم و یا عنوان مجعول اختیار کند و به یکی از وسایل مذکور و یا وسایل تقلبی دیگر وجوه و یا اموال یا اسناد یا حوالجات یا قبوض یا مفاصحساب و امثال آن‌ها تحصیل کرده و از این راه مال دیگری را ببرد کلاهبردار محسوب و علاوه بر رد اصل مال به صاحبش، به حبس از یک تا هفت سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می‌شود».

به صرف تولید و ارائه رمزارز بدون پشتوانه که مورد اقبال عمومی نیز قرار نمی‌گیرد و ارزش آن کاهش می‌یابد، نمی‌توان گفت از ابزار متقلبانه برای بردن مال

۱. جزای نقدی مندرج در این ماده به موجب مصوبه شماره ۵۶۲۶۱/ت/۶۲۲۹۸ هـ مورخ ۱۴۰۳/۴/۴ هیات وزیران به مبلغ مذکور تعدیل شده است.

۲. جزای نقدی مندرج در این ماده به موجب مصوبه شماره ۵۶۲۶۱/ت/۶۲۲۹۸ هـ مورخ ۱۴۰۳/۴/۴ هیات وزیران به مبلغ مذکور تعدیل شده است.

دیگران استفاد شده و نتیجتاً جرم کلاهبرداری محقق شده است، اما اگر تمامی اقدامات راجع به تولید و ارائه رماز بر مبنای ادعای اشخاصی که اقدام به ایجاد و واگذاری آن می‌کنند نباشد از جمله این که در ظاهر، پلتفرمی در یک سایت معتبر تأسیس شده و افتتاح کیف پول الکترونیک و معاملات راجع به یک رماز جدید انجام می‌شود اما در واقع این رماز ادعایی بر اساس فناوری بلاک چین تولید نشده است و عملاً رمازری که در کیف پول قرار دارد امکان مبادله با سایر رمازها را نیز نداشته باشد و کسی که این رماز را خریداری کرده نه امکان تبدیل آن را داشته باشد نه امکان برداشت؛ در چنین موردی با فعالیتی فریبنده مواجه هستیم که مبتنی بر ادعایی واهی و تقلبی، منجر به بردن مال دیگران و تحقق ارکان جرم کلاهبرداری شده است. با در نظر گرفتن این که امروزه ساخت و ایجاد رماز برای اشخاصی که دانش و مهارت فنی در این زمینه را دارند کاری سهل و سریع محسوب می‌شود و این، نفس رماز نیست که مبنای ارزش آن قرار می‌گیرد بلکه اعتباری است که اعتماد و اقبال عمومی و پذیرش در جامعه برای رماز ایجاد می‌کند و اگر افراد اقدام به ایجاد کیف پول و خریداری این رماز جدید نمایند تا اینجا می‌توان گفت همه چیز بر اساس عرف و رویه تولید و ارائه رمازها صورت گرفته و فعالیت متقلبان‌های نیز انجام نگرفته است. اما اگر عرضه کنندگان رماز به منظور افزایش ارزش و اعتبار و رسیدن به نقطه سودآوری اقداماتی انجام دهند که مبنای درست و واقعی نداشته باشد (برای مثال ارزش رماز را در سایت دستکاری کنند و یا وعده‌ای داده شود مثل این که با خریداری هر واحد رماز روزانه میزان مشخصی سود پرداخت می‌شود) تا این که در نتیجه با استفاده از امور واهی و وسایل متقلبان‌ه گرایش به رماز جدید را در جامعه و میان افراد افزایش دهند، در این حالت گرچه طراحی و عرضه رماز جرم نیست اما روشی که برای ترغیب و تشویق افراد به خریداری آن استفاده شده توأم با بهره‌گیری از ابزارهای متقلبان‌ه و جعل واقعیت بوده است؛ لذا در این خصوص کلاهبرداری محرز خواهد بود.

پ. جرم اخلاص در نظام اقتصادی کشور

در نظام حقوقی ایران با تصویب قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور جرائمی که موضوع اخلاص در نظام اقتصادی می‌باشند در دو ماده احصا شده

است که با توجه به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ارتکاب این جرائم که منجر به اخلال در نظام اقتصادی کشور شود؛ به گونه‌ای که رفتار مرتکب اختلال شدید در نظم عمومی جامعه و ورود خسارت عمده به اموال عمومی و خصوصی را موجب شود، افساد فی الارض محسوب می‌گردد (کمیلی، دانشور و گرایلی، ۱۴۰۰: ۱۳).

قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصادیقی را مطرح نموده است که با برخی از فعالیت‌های زیان‌بار در حوزه رمزارزها قابل انطباق به نظر می‌رسد و عملاً نیز برخی قضات در جرائم مرتبط با رمزارزها به آن متمایل شده‌اند. بر اساس ماده یک این قانون، ارتکاب اعمال مذکور در بندهای الف تا ز، به عنوان مصادیق اخلال در نظام اقتصادی مشمول مجازات‌های مقرر در قانون شناخته شده است. دو بند «ه» و «ز» این ماده با فعالیت‌های مجرمانه در زمینه رمزارزها ارتباط برقرار می‌نماید. قانون‌گذار در بند هـ «وصول وجوه کلان به صورت قبول سپرده اشخاص حقیقی یا حقوقی تحت عنوان مضاربه و نظایر آن که موجب حیف و میل اموال مردم یا اخلال در نظام اقتصادی شود»، را مطرح نموده است. باید دقت داشت که مستفاد از بند هـ ماده یک قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور فرض است که شخص به صورت واقعی اموال مردم را تحت عنوان عقود صحیح به صورت سپرده قبول می‌کند ولی عملاً موجب حیف و میل این اموال می‌شود (سمیعی زنور و حبیب‌زاده و صابر، ۱۳۹۵: ۳۱)؛ اما در فرضی که با استفاده از وسایل متقلبانه و فریبنده و امور واهی، افراد جلب سرمایه‌گذاری می‌شوند، عنوانی که انطباق بیشتر و بهتری با فعالیت حوزه رمزارز می‌یابد عنوان کلاه‌برداری است. بند ز ماده یک قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور، در خصوص شرکت‌های هرمی مطرح شده است و مشخصاً یکی از شقوق فعالیت‌های مجرمانه در حوزه رمزارزها استفاده از طرح‌های پانزی و هرمی در چارچوب فعالیت‌های مرتبط با رمزارزها است و زمینه‌های قبلی (نظیر خرید سکه و ...) در حال منسوخ شدن است. برای مثال یک کوین به صورت غیرواقعی و مزورانه یا حتی به طور واقعی و در بستر بلاک‌چین ایجاد می‌شود و برای جلب اعتماد مردم به آن و ایجاد زمینه گرایش تصاعدی و گسترش شبکه، از قالب شرکت‌های هرمی یا گلدکوئیست استفاده می‌شود و به طور

مثال برای افرادی که بتوانند زیرشاخه ایجاد کنند ارزش سهم بیشتر یا تخفیف بالاتر در هنگام خرید رمزارز و مانند این‌ها منظور می‌شود. در واقع، اگر شخصی در تولید و عرضه رمزارز اقدامات متقلبانه انجام دهد و در عین حال از چارچوب شیوه‌های هر می برای افزایش طیف خریداران و فزونی اعتبار برای رمزارز استفاده نماید، در اینجا، هم جرم کلاهبرداری و هم جرم اخلال در نظام اقتصادی از طریق عضوگیری محقق شده است و لذا جرم، تعدد مادی دارد.

ت. جرم پول‌شویی

پول‌شویی به عنوان تلاش یا اقدام در پنهان کردن هویت درآمدهای غیرقانونی و سعی بر قانونی جلوه دادن آن‌ها تعریف می‌شود رمزارزها را با توجه به ماهیت و خصایص آن‌ها، بستری مناسب برای ارتکاب جرم پول‌شویی محسوب کرده‌اند (مرادی قلعه، ۱۴۰۱: ۱۷۱). افزایش سرعت تراکنش‌ها و خصوصیات آن‌ها، پیچیدگی نظارت را افزایش داده و ترکیب استفاده از رمزارزها با سایر روش‌های نوین و سنتی پول‌شویی، کشف و تعقیب این جرم را بسیار دشوار کرده است. در نظام حقوقی داخلی، ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶ (اصلاحی ۱۳۹۷)، مفهوم و مصادیق پول‌شویی را مورد توجه قرار داده است که در این میان به ویژه بند ب این ماده می‌تواند با فعالیت‌های مجرمانه در حوزه رمزارزها قابل انطباق باشد. یکی از مشکلاتی که در نظام داخلی منجر به دامن زدن به بحث پول‌شویی از طریق فعالیت‌های رمزارز می‌شود، وجود بستر مناسبی به نام صرافی‌های آنلاین است که در کشور ما بر اساس مجوز پایه ثبت شرکت‌ها فعالیت می‌کنند اما مجوزی از مراجع ذی‌ربط مالی و بانکی ندارند و از طرفی ممنوعیتی هم برای فعالیت آن‌ها در قوانین مصوب منظور نشده است که این امر نظارت بر کار آن‌ها را با دشواری مواجه می‌نماید. در چنین شرایطی این صرافی است که باید حسن نیت خود را ثابت کند زیرا این صرافی‌ها باید ریسک معاملات خود را بپذیرند و احتیاط‌های لازم را به عمل آورند. در این زمینه استفاده از ملاک مواد ۵ و ۷ قانون مبارزه با پول‌شویی و الزاماتی که برای صرافی‌ها (در کنار سایر اشخاص موضوع قانون) می‌توان در نظر گرفت راهگشا خواهد بود. ضمن این‌که می‌توان به تبصره یک ماده ۹ قانون مبارزه با پول‌شویی نیز استناد جست از آن حیث که طبق این تبصره «چنانچه عواید حاصل

از جرم به اموال دیگری تبدیل یا تغییر یافته باشد همان اموال و در صورت انتقال به ثالث با حسن نیت، معادل آن از اموال مرتکب ضبط می شود؛ و مفهوم مخالف این مقرر این است که اگر ثالث حسن نیت نداشت می توان مال مزبور نزد او را نیز ضبط نمود؛ در نتیجه اگر صرافی آنالین در انجام معامله حسن نیت نداشته باشد، هم می توان ریال پرداخت شده به صرافی را توقیف نمود و هم او را به اتهام پول شویی تحت پیگرد قرار داد.

۳. نگاهی انتقادی به رویه قضایی

در جهت تبیین بیشتر موضوع، در این قسمت صرفاً به معرفی دو پرونده مهم و کثیرالشاکی در حوزه حقوق کیفری رمزارز خواهیم پرداخت. پرونده نخست موسوم به کینگ مانی^۱ با بیش از دو هزار و یکصد نفر شاکی و هشت نفر متهم با عنوان مشارکت در کلاهبرداری شبکه ای منجر به اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق ایجاد رمزارز جعلی به اسم کینگ مانی و توزیع ارز جعلی بین مردم (سایر اتهامات به دلیل عدم ارتباط با حوزه رمزارز محل بحث نخواهد بود) و پرونده دوم موسوم به کریپتولند^۲ با بیش از بیست و شش هزار و پانصد نفر شاکی و هشت نفر متهم با عناوین تشکیل، سردهستگی و مشارکت شبکه سازمان یافته اخلال کلان در نظام اقتصادی (ارزی و پولی) کشور از طریق تصدی به عملیات صرافی غیرمجاز و معاملات غیرمجاز رمزارزی و همچنین مباشرت در اخلال کلان در نظام ارزی و پولی کشور از طریق خیانت در امانت و برداشت غیرمجاز از نقدینگی کاربران صرافی غیرمجاز کریپتولند و تحصیل مال از طریق نامشروع سپرده های مردمی (سایر اتهامات به دلیل عدم ارتباط با حوزه رمزارز محل بحث نخواهد بود) که نهایتاً هر دو پرونده منجر به صدور رأی قطعی و محکومیت به عناوین اتهامی مذکور گردید^۳.

رویکرد قضایی در این حوزه نشان دهنده چالش های ناشی از درک پیچیدگی های فنی رمزارزها و نوسان سیاست جنایی در انطباق صحیح فعالیت های مرتبط با این

1. King Money

2. Cryptoland

۳. دادنامه شماره ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۰۳۲۳۹۸۹ مورخ ۱۴۰۳/۱/۲۱ صادره از شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی تهران ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی؛ و دادنامه شماره ۱۴۰۲۶۸۳۹۰۰۱۱۸۴۲۹۱۹ مورخ ۱۴۰۲/۸/۹ صادره از شعبه پنجم دادگاه انقلاب اسلامی تهران ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی تهران.

حوزه با عناوین مجرمانه است. به عنوان نمونه، تأکید بر جعلی بودن رمزارز و صرافیه‌های ساختگی در آرای قضایی، با وجود متنفی بودن فرض جعل در مورد رمزارزها و احراز معیارهای فنی اولیه، بیانگر ضعف شناخت صحیح مفاهیم مرتبط در رویه قضایی است. این امر منجر به انتساب عناوین مجرمانه‌ای مانند کلاهبرداری و اخلال در نظام اقتصادی شده است که از لحاظ مبنای حقوقی محل تردید محسوب می‌شود.

افزون بر این، انتساب عنوان «اخلال کلان در نظام اقتصادی» به معاملات رمزارزی، با توجه به ضرورت تطابق عناصر قانونی این جرم با رفتارهای ارتكابی، یکی از نقاط چالش برانگیز در این آرا به شمار می‌رود. در کنار جرم اخلال در نظام اقتصادی، استناد به عناوینی نظیر کلاهبرداری و تحصیل مال از طریق نامشروع نیز با توجه به ملاحظات از جمله فقدان منع قانونی در خصوص معاملات رمزارزی، عدم امکان جرم‌انگاری صرفاً بر مبنای مصوبات دولتی، خروج رمزارزها از تعریف سنتی پول و ارز، عدم شمول قوانین حوزه پولی و ارزی بر رمزارزها، تشکیک در تحقق عنصر «بردن مال» در فرض وجود توکن‌ها^۱ و هم‌چنین ضرورت تفسیر مضیق در حقوق کیفری، با انتقادات جدی مواجه است.

طی مطالعه آرای فوق مشاهده می‌گردد که انطباق عناوین مجرمانه با رفتار مجرمین و اوضاع و احوال پرونده‌ها دارای ابهامات و انتقاداتی است. رویه قضایی باید به سمتی حرکت نماید که ضمن درک جامع و مانع از مباحث فنی رمزارز (و توجه به این‌که در حال حاضر قانون خاصی در این حوزه وجود ندارد) بتواند فارغ از اهمیت پرونده نزد عموم جامعه، با عناوین مجرمانه موجود، عنوان صحیحی را به رفتارهای مختص حوزه بلاک‌چین انطباق داده و عدالت کیفری در این حوزه را حفظ نماید.

۱. توکن‌ها (Token)، واحدهای رمزنگاری‌شده‌ای هستند که بر بستر فناوری بلاک‌چین ایجاد می‌شوند و می‌توانند نمایان‌گر دارایی، حق مالکیت یا دسترسی به یک خدمت دیجیتال باشند. در دنیای فناوری اطلاعات و به ویژه در حوزه رمزنگاری (Cryptography) و ارزهای دیجیتال، یک توکن یک واحد دیجیتال ارزش یا یک دارایی است که بر روی یک بلاک‌چین از پیش موجود ایجاد شده و عمل می‌کند.

۴. مشکلات رسیدگی شکلی به دعاوی رمزارزها از منظر آیین دادرسی

کیفری

گسترش مبادلات مبتنی بر رمزارزها و افزایش جرائم مرتبط با این حوزه، نظام عدالت کیفری را با چالش‌هایی نوظهور در زمینه آیین رسیدگی به این گونه دعاوی دست به گریبان نموده است. ماهیت غیر متمرکز، ناشناخته و فناورانه رمزارزها، سبب شده تا سازکارهای سنتی آیین دادرسی کیفری در حوزه‌هایی چون کشف جرم، تعقیب متهم، گردآوری ادله، و اجرای احکام کیفری کارایی لازم را در این زمینه نداشته باشند. نبود قوانین صریح و دستورالعمل‌های فنی برای نحوه توقیف، نگهداری و ارزش‌گذاری دارایی‌های دیجیتال نیز بر پیچیدگی این روند افزوده است. از این رو، بررسی دقیق چالش‌های شکلی در فرایند رسیدگی به جرائم مرتبط با رمزارزها، به ویژه در مراحل کشف و تعقیب جرم، تحقیقات مقدماتی و اجرای احکام، می‌تواند زمینه‌ساز اصلاح رویه‌های موجود و تدوین چارچوبی منطبق با واقعیت‌های حقوقی و فناورانه عصر دیجیتال باشد.

۴-۱. کشف و تعقیب جرم

یکی از چالش‌هایی که در رابطه با رسیدگی به رمزارزها وجود دارد و برخاسته از خصایص آن‌ها است بحث امکان ردیابی و کشف جرم است. در واقع در رمزارزها به واسطه آن‌که با هدف محرمانه ماندن اطلاعات و هویت اشخاص، عملیات صحت‌سنجی تراکنش‌ها از طریق فرمول‌های ریاضی و الگوریتم‌های رمزنگاری صورت می‌پذیرد شناخت هویت اشخاص می‌تواند فاقد موضوعیت باشد. این مسأله در مورد نظارت بر معاملات رمزارز که خارج از حیطه صرافی‌های داخلی و به صورت بین‌المللی انجام شده است امکان رهگیری و رسیدگی را با مانع مواجه می‌سازد.

از سوی دیگر رمزارزها ماهیتی کاملاً دیجیتالی دارند و هیچ‌گونه اثر و نشانه حقیقی و فیزیکی خارج از فضای مجازی ندارند و همین امر تعقیب جرم را از جهات مختلف با مشکل مواجه می‌کند؛ ضمن آن‌که به دلیل جدید بودن این پدیده، ضابطان دادگستری اشرافی کامل نسبت به نحوه کار و ظرافت‌های فنی رمزارزها ندارند و همین امر موجب می‌گردد تا در مراحل کشف و تعقیب جرائم، چالش‌های جدیدی

نمایان شود. البته به علت شفافیت ناشی از فناوری دفترکل توزیع شده (زنجیره بلوک عمومی)، امکان مشاهده تمامی تراکنش‌های رمازرها وجود دارد و نهادهای نظارتی و مجری قانون قادرند اقدام به رصد آن‌ها نمایند؛ اما مشکل اصلی چگونگی تعیین و تشخیص تراکنش‌های مشکوک در رمازرها و شناسایی طرفین آن است؛ زیرا هر تراکنش به یک کد رمزنگاری شده، که کلید عمومی خوانده می‌شود، متصل است و تنها راه ممکن جهت کشف هویت کاربران، استفاده از روش‌های پیچیده فنی تحلیل شبکه و استفاده از منابع اطلاعاتی است و امکان کشف جرائم مرتبط با آن‌ها بدون استفاده از شیوه‌های فنی پیشرفته وجود ندارد (Kethineni and Dodg, 2018: 145). علاوه بر این که باید در نظر داشت که اشخاص می‌توانند از آدرس‌های متعدد (کلید عمومی) استفاده کنند که فرایند کشف و ردیابی را بسیار پیچیده و غیرممکن می‌سازد. با توجه به این که میزان گمنامی اشخاص، بستگی به میزان مهارت آن‌ها در استفاده از روش‌ها و ابزارهای گمنام‌کننده مضاعف دارد، لذا کشف و شناسایی مجرمان حرفه‌ای به مراتب سخت‌تر و هزینه برتر از اشخاص عادی خواهد بود (نبوی و صابر، ۱۳۹۹: ۱۹۷).

به رغم پیچیدگی‌ها و موانعی که در این زمینه وجود دارد و با توجه به این که کشف و تعقیب جرائم مرتبط با حوزه رمازرها امری محال نیست و در بسیاری از موارد قابلیت پیگیری دارد، بنابراین نباید مانع رسیدگی تا حد امکان و بضاعت با بهره‌گیری از نیروی متخصص و کارآمد باشد؛ هم‌چنین باید موجب تدوین قوانینی گردد که ساماندهی معاملات بر رمازرها و امکان نظارت و کنترل بعدی آن‌ها به منظور تأمین حقوق شهروندان را فراهم آورد.

۴-۲. تحقیقات مقدماتی و مسائل مربوط به دادرسی

پیرامون دادرسی‌ها راجع به جرائم مرتبط با سامانه‌های رایانه‌ای و الکترونیکی و به ویژه بحث استفاده و بهره‌گیری از ادله الکترونیک، آیین دادرسی جرائم رایانه‌ای (مواد ۶۶۴ به بعد قانون آیین دادرسی کیفری) در کنار قانون تجارت الکترونیک، قانون جرائم رایانه‌ای و مقررات مربوطه به ویژه آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی، منابع قانونی قابل استفاده و تطبیق در رابطه با دادرسی پیرامون رمازرها نیز به شمار می‌روند. اما مسأله این است که آیا مفاد قوانین مزبور می‌تواند

با توجه به خصوصیات رمزارزها اقتضائاتی که رسیدگی به آن‌ها به طور ویژه ایجاب می‌کند را فراهم آورند.

سختی و پیچیدگی ردیابی و کشف ادله مربوط به پرونده‌های رمزارزها به نحوی است که تنها از عهده اشخاص متخصص و زبده برمی‌آید؛ اگر متهم از وسایل گمنام‌کننده و یا ماشین‌های مجازی استفاده کرده باشد، ایجاد سابقه الکترونیکی مطمئن مختل می‌شود^۱ و کشف و شناسایی رمزارز و یا استفاده از آن را نمی‌توان به راحتی مستندسازی کرد. هر چند تراکنش‌های ثبت شده در زنجیره بلوک، تغییرناپذیر و در نتیجه قابل استناد می‌باشند لیکن مسأله اصلی این است که با توجه به گمنام بودن کاربران و تراکنش‌ها در برخی مواقع، نحوه اثبات و انتساب آن‌ها به یک شخص معین با صعوبت مواجه است^۲.

باید افزود که ادله الکترونیک به ویژه در مورد رمزارزها، در معرض تغییر قرار دارند و به میزان قابل توجهی فرار هستند؛ کدهای مربوط به رمزارزها شامل تعدادی شماره هستند که میزان حجمی که در فضای مجازی اشغال می‌کنند بسیار ناچیز محسوب می‌شود، بنابراین به راحتی می‌توانند در کوچکترین فضای ذخیره‌سازی، پنهان شوند.

اگر رایانه شخص مظنون و یا متهم توقیف شود، باید اقدامات لازم جهت کسب دلایل، به صورت فوری^۳ صورت پذیرد زیرا ممکن است اطلاعات ذخیره شده به دلیل بروزرسانی نرم‌افزارها و یا حذف داده‌های قبلی و ثبت داده‌های جدید در سیستم‌های رایانه‌ای، از دست بروند. در صورتی که شخص مجرم دارای مهارت و تخصص بالایی باشد، می‌تواند با استفاده از نرم‌افزارهای خاص، در بازه‌های زمانی

۱. ماده ۱۱ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲: «سابقه الکترونیکی مطمئن عبارت از «داده پیام»ی است که با رعایت شرایط یک سیستم اطلاعاتی مطمئن ذخیره شده و به هنگام لزوم در دسترس و قابل درک است».

۲. ماده ۱۰ همان قانون: «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد: الف - نسبت به امضاء کننده منحصر به فرد باشد. ب- هویت امضاء کننده «داده پیام» را معلوم نماید. ج- به وسیله امضاء کننده و یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد. د- به نحوی به یک «داده پیام» متصل شود که هر تغییری در آن «داده پیام» قابل تشخیص و کشف باشد».

۳. بند ۱ ماده ۱۱ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی مقرر می‌دارد: «جمع‌آوری ادله الکترونیکی، فرایندی است که طی آن ادله الکترونیکی به تنهایی یا به همراه سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده، نگهداری، حفظ فوری، تفتیش و توقیف و شنود می‌شوند».

مشخص داده‌های موجود در رایانه را حذف نماید تا دسترسی به آن‌ها ممکن نباشد (نبوی و صابر، ۱۳۹۹: ۲۰۲). با توجه به لزوم حفظ صحت و تمامیت ادله الکترونیک و جهت انتساب امضای الکترونیک گمنام به شخص متهم، لازم است اطلاعات جمع‌آوری شده مطابق با اصول کلی مربوط به دلیل و روش تحصیل آن در امور کیفری و هم‌چنین مطابق با استنادپذیری ادله الکترونیک باشد. این موضوع برای ضابطان قضایی و دیگر نهادهای مجری قانون حائز اهمیت است، زیرا باید از تدابیر فنی و روش‌های تخصصی برای کسب دلایل، نگهداری و ارائه آن‌ها در موارد لازم، استفاده گردد (همان: ۲۰۳).

ملاحظه شد که کارشناسان امور کیفری در حیطه رمازرها نظریات واحد و یکسانی راجع به کفایت قوانین شکلی و از جمله ادله دادرسی الکترونیک برای رسیدگی به جرائم رمازرها ندارند و برخی طی فرایند دادرسی ادله اثبات الکترونیکی را کافی می‌دانند و در این میان به قابلیت مواد ۶۶۴ به بعد آیین دادرسی کیفری بخش جرائم رایانه‌ای و به خصوص ظرفیت ماده ۶۷۱ به بعد (که بحث توقیف و تفتیش داده‌ها را مطرح ساخته است)، استناد می‌جویند و در مقابل برخی اعتقاد دارند که قواعد دادرسی در حوزه بلاک‌چین و رمازرها باید به طور کلی دگرگون شود. آنچه مسلم است این‌که بسیاری از مواد کنونی در رابطه با دادرسی و جمع‌آوری ادله الکترونیکی در فرایند تحقیقات و دادرسی کیفری پرونده‌های مرتبط با رمازرها قابل بهره‌گیری هستند و در عین حال در این زمینه با ملاحظه خصایص و ویژگی‌های رمازرها نیازمند بروزرسانی قوانین شکلی هستیم.

۴-۳. مشکلات پیرامون توقیف، مصادره و اجرای حکم

بحث توقیف و اجرای حکم در حیطه رمازرها از اهمیت بسیاری بالایی برخوردار است. در بسیاری از جرائم اعم از کلاه‌برداری، پول‌شویی، اخلاف در نظام اقتصادی و تأمین مالی تروریسم و غیره، برای آن‌که پرونده به سرانجام برسد نیاز به توقیف یا مصادره دارایی‌ها از جمله رمازر و وسایل مرتبط سخت‌افزاری و نرم‌افزاری مرتبط با آن می‌باشد؛ برای مثال در خصوص کلاه‌برداری رایانه‌ای و هم‌چنین کلاه‌برداری سنتی، یا موارد توقیف در جرم پول‌شویی و مصادره مال (بر اساس ماده ۹ قانون مبارزه با پول‌شویی)، نیاز به توقیف یا مصادره رمازر بر اساس

سازوکاری مشخص با امعان نظر به ویژگی نامحسوس بودن و حریم خصوصی و امنیت مبادلات در بستر بلاکچین احساس می‌شود.

حال اگر دادیار یا بازپرس بخواهد در موردی که کلاهبرداری صورت گرفته است نسبت به توقیف رمزارز اقدام نماید با چالش‌های عدیده‌ای مواجه است؛ این که چه سازوکار و چه نهادی برای توقیف و نگهداری از رمزارزها وجود دارد محل چالش و اشکال جدی هستند. در مقوله اجرای حکم نیز برای مثال اگر قرار بر این باشد که رمزارز توقیف شده به فروش برسد این معضل وجود دارد که چه سازوکاری برای فروش و یا انتقال رمزارز پیش‌بینی شده است؛ و این در حالی است که رمزارزها هنوز آن‌گونه که بایسته و شایسته است در نظام حقوقی مورد پذیرش قرار نگرفته و رسمیت نیافته‌اند. حال چگونه می‌توان رمزارزی را توقیف نمود و به فروش رساند یا در اختیار شکات و زیان دیدگان قرار داد. بر این اساس برخی کارشناسان به این مهم تصریح داشته‌اند که در بسیاری از موارد نیازمند استفاده از روش‌های منحصر به فردی برای رسیدگی به پرونده‌های رمزارز نظیر توقیف فوری گوشی متهم و بررسی داده‌های آن تا پیش از ایجاد تغییرات و امحای ادله و هم‌چنین ایجاد کیف پول دیجیتال مخصوص دادگستری جهت اجرای احکام توقیف، نگهداری از رمزارز و اجرای نهایی حکم خواهیم بود.

در واقع، یکی دیگر از معضلات فراروی ضابطان دادگستری و دادرسان، نگهداری اموال توقیف شده است. این موضوع نه تنها از حیث حفظ حقوق طرفین دعوا و جلوگیری از تضییع اموال اهمیت دارد، بلکه در مواردی که مال توقیفی ماهیت غیرملموس یا فناورانه دارد، پیچیدگی‌های مضاعفی را نیز به همراه می‌آورد. در خصوص اموالی مانند داده‌های دیجیتالی، دارایی‌های مبتنی بر فناوری بلاکچین و به ویژه ارزهای مجازی، مسأله نگهداری و صیانت از مال توقیفی، با چالش‌های فنی، امنیتی و حقوقی قابل توجهی روبه‌روست. فقدان چارچوب‌های مدون قانونی، کمبود تخصص فنی در میان ضابطان و خطر بالای از بین رفتن، سرقت یا تغییر ارزش این نوع دارایی‌ها، عدم تطابق شیوه‌های سنتی و معمول توقیف و نگهداری اموال را در این حیطه به وضوح نمایان می‌سازد. به عبارت دیگر ارزهای مجازی به صورت فیزیکی موجود نیستند و نگهداری از آن‌ها، چالش‌های منحصر به فردی

به همراه دارد. در صورتی که ارز مجازی توقیف گردد، نگهداری آن دارای الزاماتی مخصوص به خود خواهد بود؛ اساساً ضابطان دادگستری باید ارز مجازی را به یک کیف پول دیجیتال متعلق به دادگستری و یا پلیس انتقال دهند تا در آن ذخیره شود؛ کیف پول متعلق به نهادهای قانونی و کلید خصوصی آن باید با استفاده از روش‌های فنی مورد حفاظت قرار گیرد تا سرقت نشود و از هرگونه دست‌کاری محفوظ باشد. بدیهی است با توجه به تنوع گسترده ارزهای مجازی و کیف پول‌های مجازی، نحوه انتخاب بهترین و امن‌ترین کیف پول باید توسط کارشناسان این عرصه تعیین شود و نیاز است تدابیری اندیشیده شود تا امکان سوء استفاده احتمالی اشخاص مسؤول نیز از بین برود (نبوی و صابر، ۱۳۹۹: ۲۰۰). تغییر قیمت ارزهای مجازی در مدت نگهداری و نحوه فروش ارزهای مجازی مصادره شده نیز از موضوعاتی هستند که در این رابطه نیاز به بررسی و تأمل بیشتری دارند (همان: ۲۰۱).

در رابطه با مسائلی نظیر توقیف و مصادره و اجرای حکم ضمن استفاده از ظرفیت قوانین فعلی توأم با پذیرش و رسمیت یافتن رمازرها، نیازمند تحول و بروزرسانی در قوانین موجود هستیم زیرا ملاحظه مواد ۶۷۱ به بعد قانون آیین دادرسی کیفری در بخش جرائم رایانه‌ای و مسائل مطروحه در رابطه با تفتیش و توقیف داده‌ها، حاکی از آن است این مقررات علی‌رغم آن‌که می‌توانند در زمینه رسیدگی شکلی به پرونده‌های رمازرها قابل استفاده باشند اما در برخی زمینه‌ها نیز که پیشتر عرض شد با مقتضیات جرائم مرتبط با رمازرها هماهنگ و هم‌راستا به نظر نمی‌رسند و این امر توسعه قوانین و مقررات موجود در این خصوص را امری اجتناب‌ناپذیر می‌سازد.

برآمد

۱- نخستین و مهم‌ترین چالش پیش‌روی نظام عدالت کیفری در مواجهه با رمازرها، ابهامات قانونی پیرامون پذیرش رمزارز به عنوان یک مال یا ابزار مالی و هم‌چنین ماهیت و شرایط فعالیت‌های مجاز حوزه رمزارز است؛ زیرا واکنش‌های انفعالی در برابر این چالش می‌تواند زمینه‌ساز مشکلات حقوقی و قضایی آتی و سرگردانی در انطباق مواد قانونی بر رفتار ارتكابی گردد.

۲- قانون‌گذاری در حوزه رمزارزها با استفاده از برشمردن معیارها و شرایط کلی و سپردن جزئیات به آیین‌نامه‌هایی که بنا بر اقتضا صادر می‌شوند، می‌تواند ضمن رسمیت بخشی به آن‌ها و تمیز خصایص و ماهیت حقوقی و شرایط فعالیت‌های قانونی در این رابطه، منجر به زدودن ابهامات و نظریات متفاوتی که در رویه قضایی شکل گرفته است، گردد. برای تشخیص ماهیت و معیارهای فعالیت قانونی در رابطه با رمزارزها نیازمند تحرکات تقنینی از سوی قانون‌گذاران از طریق تبیین صریح شرایط فنی و حقوقی اعتبار و رسمیت ارزها و فعالیت‌های مرتبط با آن‌ها هستیم که البته این امر می‌تواند از طریق صدور آیین‌نامه‌ها و مقررات مصوب و موسع قوانین عادی صورت پذیرد؛ هرچند پذیرفته باشیم لزوماً جرم‌انگاری خاصی برای رمزارزها ضرورت ندارد؛ زیرا ادبیات کنونی حقوق کیفری و جرم‌انگاری‌های عمومی و عناوینی که در قوانین جزایی از جمله قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ و قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ مورد توجه بوده است، در حال حاضر برای انطباق‌پذیری با اقدامات مجرمانه در این خصوص کافی به نظر می‌رسد.

۳- بخش قابل توجهی از چالش‌ها در حوزه رمزارزها، معطوف به بعد شکلی و فرایند رسیدگی و صدور و اجرای حکم است. انجام عملیات صحت‌سنجی تراکنش‌ها از طریق فرمول‌های ریاضی و الگوریتم‌های رمزنگاری در رمزارزها و محرمانه ماندن اطلاعات و هویت اشخاص، نظارت بر معاملات رمزارز که خارج از حیطه صرافی‌های داخلی و به صورت بین‌المللی انجام شده است را با مانع جدی مواجه می‌کند. هم‌چنین استفاده از حساب‌های کاربری گوناگون و آدرس‌های متعدد (کلید عمومی) فرایند کشف و ردیابی را بسیار پیچیده و در مواردی غیرممکن می‌سازد؛

بنابراین سختی و پیچیدگی ردیابی و کشف ادله در پرونده‌های رمزارزها رسیدگی به آن‌ها را با دشواری مواجه می‌کند؛ در حالی که ساختار کنونی رسیدگی‌های قضایی متناسب با این شرایط تجهیز نشده است. از طرفی بحث توقیف و اجرای حکم در جرائم مرتبط با رمزارزها چالش عمده دیگر را تشکیل می‌دهد. مسائلی نظیر توقیف یا مصادره دارایی‌های رمزنگاری شده و وسایل و تجهیزات مورد استفاده مظنونین یا مجرمین و امکان انجام این اقدامات و سازوکارها و نهاد مسئول آن، محل چالش و اشکال جدی هستند. مسائلی چون رد مال و توقیف زمانی که موضوع آن رمزارز باشد با توجه به فقدان امکانات و زیرساخت‌های لازم چون کیف پول مختص دادگستری یا متخصصینی که با نظارت آن‌ها انتقال دارایی و یا فروش و تبدیل رمزارز به پول رایج انجام شود، ولو این که رسیدگی به جرائم ارتكابی در زمینه رمزارزها و اصدار حکم میسر باشد، اجرای آن‌ها را متعسر می‌نماید. در آخرین اقدامات صورت گرفته پیرامون حوزه رمزارزها در کشور مقرر گردید تا از ظرفیت کمیسیون اصل نودم قانون اساسی برای ایجاد هماهنگی میان دستگاه‌های متولی اجرایی و نظارتی استفاده شود که با دعوت از تمامی دستگاه‌ها و نهادهای مرتبط، همه ابعاد موضوع بررسی شد و تشکیل کارگروه مشترک «رمزارزها» برای بررسی همه جانبه موضوع و تحلیل آسیب‌ها و فرصت‌ها و نیل به سندی جامع و واحد برای تنظیم قواعد و مقررات مرتبط در دستور کار قرار گرفت.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * اخوان، پیمان (۱۳۹۷)، ارزشهای دیجیتال؛ بیت کوین، بلاک چین و مفاهیم پایه، تهران: نشر آتی نگر.
- * چتین، پیر-لارنت و مک دونل، جان و موسست، سدريک و اسکات، پل آلن و ون در دوز دی ویلبویس، امیل (۱۳۹۵)، پیشگیری از پولشویی و تامین مالی تروریسم؛ راهنمای عملی برای ناظران بانکی، برگردان: مریم آقایی و محسن نوری، چاپ دوم، تهران: نشر تاش.
- * سمیعی زنور، حسین و حبیبزاده، محمدجعفر و صابر، محمود (۱۳۹۵)، «تحلیل جرم اخلاص در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص در حقوق ایران». آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۱، تابستان، ۲۷-۵۲.
- * قربان وطن، داود و یاری، محسن و شمسعلی‌نیا، سپیده (۱۳۹۸)، ارزش دیجیتال و کارکردهای آن، چاپ نخست، تهران: امیران.
- * جدمه‌یر، الجوشا و استیفر، نیکلاس و کرومبولز، کاترینا و وایپل، ادگار (۱۳۹۷)، بلاک‌ها و زنجیره‌ها مقدمه‌ای بر بیت کوین ارزشهای دیجیتالی و مکانیزم‌های سازمان‌دهی آنها، برگردان: امید خیاط و ابوالفضل آدرسی، چاپ نخست، تهران: روزنه.
- * خادمان، محمود و کوشا، ابوطالب و نوری، فاطمه (۱۴۰۰)، «شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آنها در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۵.
- * دهقان، محمدحسین (۱۳۹۸)، مبارزه با تامین مالی تروریسم، چاپ نخست، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- * اتوود، مارک (۱۳۹۷)، توضیح بیت کوین توضیح بلاک چین، برگردان: مرتضی شانی، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- * قائم‌مقامی، علی (۱۳۹۵)، استانداردهای بین‌المللی مبارزه با پولشویی و تامین مالی تروریسم، چاپ نخست، تهران: نشر تاش.
- * کمیلی، محمدرضا و دانشور ثانی، رضا و گرایلی، محمدباقر (۱۴۰۰)، «ماهیت جرم

اخلال در نظام اقتصادی کشور». مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق، دوره ۱۵، شماره ۴۳.

* محسنی طیب، سید امیررضا (۱۳۹۹)، تاثیر اف ای تی اف بر سیاست جنایی تامین مالی تروریسم، چاپ نخست، تهران: مجد.

* مرادی قلعه، سهیلا (۱۴۰۱)، «پولشویی از طریق ارزهای دیجیتال (تجزیه و تحلیل پدیده و اقدامات پیشگیرانه مناسب)». تحقیقات حقوق قضایی، شماره ۵.

* نبوی، سید مهدی و صابر، محمود (۱۳۹۹)، «مطالعه تطبیقی چالش‌های نظام عدالت کیفری ایران در دادرسی جرائم مرتبط با ارزهای مجازی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۴، شماره ۱.

* نوری، مهدی و نواب‌پور، علی‌رضا (۱۳۹۷)، مقدمه‌ای بر تنظیم‌گری رمزینه ارزها در اقتصاد ایران، تهران: دفتر مطالعات اقتصادی مجلس شورای اسلامی.

ب. انگلیسی

* **Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations, United Kingdom**, Available at: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/united-kingdom>

* Bokovnya AY, Shutova AA, Zhukova TG, Ryabova LV (2020), **Legal measures for crimes in the field of cryptocurrency billing**, Utopía y Praxis Latinoamericana, 25(7).

* Chohan, Usman W. (2022), **Cryptocurrencies: A brief thematic review**, Economics of Networks Journal Available at: SSRN 3024330.

* **Digital assets: the AMF amends its General Regulation and updates its policy** (2021), Available at: ww.amf-france.org/en/news-publications/news/digital-assets-amf-amends-its-general-regulation-and-updates-its-policy

* Juan M. and Diehl Moreno (2023), **A general introduction to the regulation of virtual currencies in Argentina**, Marval O'Farrell Mairal, Available at: <https://www.lexology.com/library/>

- * Kethineni, Sesha; Ying Cao and Cassandra Dodge (2018), **Use of bitcoin in darknet markets: Examining facilitative factors on bitcoin-related crimes**, American Journal of Criminal Justice, 43.
- * Latimer, Paul; Duffy, Michael (2019), **Deconstructing Digital Currency and Its Risks: Why ASIC Must Rise to the Regulatory Challenge**, Federal Law Review, Vol. 47(1).
- * Rabenfeld, S. (2014), **Canada Enacts Bitcoin Regulation**, Risk and Compliance Journal, 2.
- * Hays, D. and Kirilenko, A. (2021), **Cryptocurrency regulation and enforcement in the US and Europe**, Fostering FinTech for Financial Transformation, 26.
- * Huang, Y., & Mayer, M. (2022). **Digital currencies, monetary sovereignty, and US–China power competition**. Policy & Internet, 14(2), 324-347.
- * Christin, N. (2013), **Traveling the Silk Road: A measurement analysis of a large anonymous online marketplace**, In Proceedings of the 22nd international conference on World Wide Web.
- * Clements, R. and Torrie, V. (2023), **Crypto Asset Regulation in Canada: Developments and Governance Considerations**, Banking & Finance Law Review, 39(3).

نقش جرائم سازمان یافته در حوزه ورزش به منظور تامین مالی تروریسم و سازکار مقابله با آن

رضا ابوالحسنی^۱، تهمورث بشیریه^۲، مهدی یوسفی صادقلو^۳

چکیده

امروزه پیوند بین تروریسم و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته در سطوح ملی و بین‌المللی، به یک چالش جهانی تبدیل شده و تعامل این دو پدیده در بستر ورزش، ابزاری برای حمایت مالی از تروریسم ایجاد کرده است. جامعه جهانی ورزش نگران نتایج زیان‌بار این پیوند بوده و معتقد است شناسایی نقاط هم‌گرایی این پیوند و همکاری دولت‌ها و نهادهای مدنی برای پاکسازی ورزش از تروریسم ضروری است. پژوهش حاضر با لحاظ این ضرورت، به روش تحلیلی و توصیفی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای، در پاسخ به این سوال که چگونه ورزش با نقش‌آفرینی گروه‌های مجرمانه سازمان یافته فراملی به ابزار تامین مالی تروریسم تبدیل شده است و راهکارهای جامعه جهانی در مقابله با این پدیده چیست؛ ضمن اثبات این که تروریسم با کمک برخی گروه‌های مجرمانه فعال در حوزه ورزش، به دنبال استفاده از منافع مالی موجود در این حوزه است و درآمد امور مجرمانه‌ای چون قاچاق مواد مخدر و سلاح نیز پس از پول‌شویی از مسیر ورزش می‌تواند به بستر تروریسم منتقل شود، نتیجه می‌گیرد که جامعه جهانی باید ضمن ایجاد هماهنگی بین قوانین داخلی و معاهدات بین‌المللی و مبارزه با فساد اداری، مسیرهای تامین مالی تروریسم در بستر ورزش را شناسایی و نهادهای مدنی را در این راستا تقویت کند. شفافیت حکمرانی نیز می‌تواند نقطه عطف شکست تعامل سه جانبه گروه مجرمانه، تروریسم و ورزش باشد.

واژگان کلیدی: تروریسم، گروه مجرمانه فراملی، ورزش، شفافیت، تامین مالی

تروریسم، پول‌شویی

۱. گروه حقوق، واحد بین‌الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران

r.abolhasani@iau.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)
tahmoore_b@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور

m_yousefi_2005@pnu.ac.ir

درآمد

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های جامعه جهانی در مسیر مبارزه با تروریسم، رابطه سازمان‌های تروریستی و گروه‌های مجرمانه فراملی است.^۱ برخی معتقدند تحولات جهانی پس از اتمام جنگ سرد جهانی شدن و تامین مالی گروه‌های تروریستی باعث شده است تا رابطه بین گروه‌های مجرمانه سازمان یافته فراملی فعال در جرائمی نظیر قاچاق سلاح و مواد مخدر، آدم‌ربایی، پول‌شویی، جعل و ... با تروریسم پررنگ‌تر و پیچیده‌تر از گذشته شود. البته بعضی این ارتباط را اغراق‌آمیز دانسته و معتقدند روابط سیاستمداران با سازمان‌های مجرمانه بیشتر و وسیع‌تر از رابطه گروه تروریستی با مافیا است (قاسمی، ۱۳۹۶: ۵). برخی نیز تروریسم را صرفاً یکی از مصادیق خاص جرائم سازمان یافته دانسته و لذا رابطه بین این دو پدیده را در طول یکدیگر و غیر قابل تفکیک ارزیابی می‌کنند (masse, 2012: 94). با تصویب قطع‌نامه شورای امنیت در سال ۲۰۱۹ میلادی، جامعه جهانی ایجاد پیوند بین گروه مجرمانه سازمان یافته (ملی یا فراملی) با تروریسم را پدیده خطرناک و در حال تحقق دانسته و کشورهای عضو را به مبارزه با این پدیده ملزم نموده است.^۲ پیوند جرم و ترور شامل دو جزء مستقل اما مرتبط است: نخست، مشارکت مستقیم تروریست‌ها در اجرای اقدامات مجرمانه جهت تامین مالی فعالیت‌های خود؛ و دوم، همکاری عملیاتی و لجستیکی میان گروه‌های مجرمانه سازمان یافته و سازمان‌های تروریستی.

رابطه بین تروریسم و جرائم سازمان یافته رابطه‌ای در حال نوسان است که می‌تواند در سطح ملی و بین‌المللی متغیر باشد. ارتکاب جرم سازمان یافته شرط لازم و یا کافی برای تروریسم نیست، اما به تروریسم کمک می‌کند در واقع به نظر می‌رسد که سازمان‌های جنایی و سیاسی ضمن الگوبرداری، فنون و راهبردهای یکدیگر را اتخاذ و اجرا می‌کنند (نمایان؛ شهبازی؛ قنبری، ۱۴۰۱: ۱۰). البته رابطه تروریسم و گروه مجرمانه سازمان یافته پدیده جدیدی نیست، لیکن پس از پایان جنگ سرد با افزایش تعداد دولت‌های کوچک و ضعیف، پیشرفت ارتباطات و تکنولوژی و تغییر سیاست کشورهای بزرگ در مواجهه با یکدیگر، ماهیت این روابط را تغییر داده و باعث

1. TOC(Transnational organized crime)

2. <https://digitallibrary.un.org/record/3813038?ln=en&cv=pdf>

شد همکاری تروریسم و گروه‌های سازمان یافته در سطح ملی و بین‌المللی گسترده شود. بین گروه تروریستی و گروه مجرمانه سازمان یافته به خصوص از منظر هدف تفاوت اساسی وجود دارد و هدف گروه مجرمانه «کسب منفعت» و هدف تروریسم عموماً ایدئولوژیک است، اما تروریسم نیز برای تداوم موجودیت به منابع مالی نیاز دارد و از آن جاکه فعالیت‌های غیرقانونی مانند قاچاق مواد مخدر، تجارت سلاح، قاچاق انسان و ... بهترین راه برای کسب سود بالا در کوتاه مدت است، هم‌گرایی این دو گروه شکل می‌گیرد (Sarı, 2016: 48). تاکنون هیچ سند بین‌المللی در خصوص همکاری و هم‌گرایی تروریسم، جرائم سازمان یافته و ورزش مطرح نشده است، اما از آن‌جا که ورزش به عنوان یک پدیده اجتماعی فرهنگی همواره بازتابی از تحولات و تنش‌های جامعه بوده است و به مثابه میکروکوزم^۱ جامعه ساختارهای اجتماعی مانند سلسله مراتب قدرت، نابرابری‌ها و رقابت‌های گروهی (حساسیت‌های ملی‌گرایانه) را بازتولید می‌کند و طبق نظریه بازتابندگی گیدنز^۲ ورزش نیز هم‌چون دیگر پدیده‌های اجتماعی بر جامعه تأثیر می‌گذارد و هم از آن تأثیر می‌پذیرد (adams, 2010: 8) و لذا ورزش مانند آینه‌ای است که شکاف‌های اجتماعی، تحولات سیاسی و چالش‌های اخلاقی یک جامعه را بزرگ‌نمایی می‌کند. این پیوند به قدری عمیق است که برخی محققان از جمله گالتونگ^۳ (جامعه‌شناس نروژی) و وایرینن^۴ (جامعه‌شناس فنلاندی) معتقدند درگیری‌ها و تحولات در ورزش منعکس‌کننده تعارض‌ها و تحولات در جامعه است (Selliaas, 2005: 2). لذا می‌توان هم‌گرایی تروریسم و گروه مجرمانه را در بستر ورزش نیز مشاهده و تجربه کرد. در این نوشتار به لحاظ فقدان اسناد بین‌المللی در حوزه تروریسم و ورزش، سعی شده است برخی اسناد که در زمینه روابط تروریسم و گروه‌های سازمان یافته فراملی وجود دارد بررسی و با تعمیم آن‌ها به ورزش نسبت به ارائه هشدار به جامعه جهانی در خصوص سوء استفاده تروریسم از ورزش اقدام شود.

در گذشته رابطه ورزش و تروریسم صرفاً بحث حملات تروریستی به

۱. میکروکوزم (Microcosm) یک واژه یونانی است که معنای آن «جهان کوچک» است.

2. Anthony Giddens

3. Johan Vincent Galtung (24 October 1930 – 17 February 2024)

4. Raimo Veikko Antero Väyrynen

رویدادهای ورزشی، خطرات و تهدیدات تروریستی برای ورزشکاران و رویدادهای ورزشی مربوط بود که حوادث تروریستی المپیک‌های ۱۹۷۲^۱ و ۱۹۹۶^۲، حمله مسلحانه سال ۲۰۰۹ در لاهور به تیم کریکت سریلانکا^۳، حمله مسلحانه در آنگولا به تیم ملی فوتبال توگو^۴ و انفجارهای مسابقات دو ماراتن بوستون^۵ در سال ۲۰۱۳ مثال‌هایی از این دست بوده و نشان می‌دهد پتانسیل تبلیغاتی عظیم حمله به المپیک و مسابقات ورزشی ارزش بسیار بالایی برای گروه‌های تروریستی دارد، لیکن در سال‌های اخیر رویکرد گروه‌های تروریستی به ورزش تغییر یافته و تشکیل مثلث تروریسم، ورزش و گروه مجرمانه سازمان یافته باعث تغییر ماهیت روابط ورزش و تروریسم گشته و ورزش به عنوان ابزاری برای حمایت از تروریسم تبدیل شده است که جامعه جهانی ورزش به شدت نگران نتایج زیان‌بار این پیوند است.^۶ وجود و چرخه نقدینگی بسیار بالا، عدم امکان نظارت کافی بر مسیر گردش وجوه در ورزش، وجود شرط‌بندی قانونی در برخی کشورها و عدم شفافیت مالی در این حوزه باعث شده است که ورزش از دو جنبه مورد توجه پدیده «جرم تروریسم» قرار گیرد: نخست، درآمدزایی مستقیم از ورزش؛ دوم، پول‌شویی عواید ناشی از اقدامات مجرمانه در بستر ورزش جهت تامین مالی تروریسم.

بر اساس مقدمه حاضر و به لحاظ آثار زیان‌بار سوء استفاده گروه‌های مجرمانه و تروریستی از ورزش و نگرانی جامعه جهانی، اهمیت بررسی نقش جرائم سازمان یافته ورزشی در تامین مالی تروریسم و نیز شناخت سازکار مقابله با آن ضرورت تحقیق حاضر را نشان می‌دهد، بر همین مبنا در پاسخ به پرسش اصلی تحقیق مبنی بر چرایی و چگونگی حمایت مالی ورزش از تروریسم، ابتدا به شناخت ماهیت روابط گروه مجرمانه سازمان یافته و تروریسم در بستر ورزش پرداخته شده و سپس

1. <https://www.npr.org/2024/12/13/nx-s1-5126526/munich-1972-massacre-olympics-september-5>

2. <https://persi.euronews.com/2016/08/03/five-olympic-moments-that-shocked-the-world>

3. <https://www.isna.ir/news/8712-06582/>

4. CNN. 9 January 2010. Retrieved 10 January 2010.

5. https://www.bbc.com/persian/world/2013/04/130415_u10_boston_explosions

6. <https://www.un.org/counterterrorism/cct/countering-the-financing-of-terrorism>

سازکارهای مقابله با این پدیده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۱. ماهیت تعامل تروریسم و گروه‌های مجرمانه جهت تامین مالی از

ورزش

تروریسم را می‌توان به عنوان روش خاصی از خشونت و یا تهدید به خشونت توصیف کرد که توسط طیف وسیعی از بازیگران دولتی و غیر دولتی انجام شده و اغلب مردم را هدف قرار می‌دهد (نمایان و سهراب‌بیگ؛ ۱۳۹۰: ۷) و گروه مجرمانه سازمان یافته از منظر کنوانسیون پالمو^۱ به جرائم شدید یا جرائم خاص پیش‌بینی شده در کنوانسیون اطلاق می‌شود که توسط گروهی متشکل از سه نفر یا بیش‌تر و با هدف تحصیل مستقیم یا غیر مستقیم منفعت مالی یا مادی برای مدتی ارتکاب می‌یابد (مقیمی و میرزا آقایی؛ ۱۴۰۰: ۱). این دو گروه دارای شباهت‌هایی هستند از جمله هر دو مخفیانه و به صورت شبکه‌های زیرزمینی عمل می‌کنند؛ هر دو از ارباب، زور و خشونت علیه قربانیان غیر نظامی استفاده می‌کنند؛ کنترل هر دو نوع سازمان بر فرد و سرنوشت او شدید و حیاتی است؛ تاکتیک‌های مشابهی دارند (قتل، آدم‌ربایی و اخاذی) و به اشکال مختلف، هر دو از سازمان‌های به ظاهر مشروع نظیر سازمان‌های تجاری و خیریه‌ها استفاده می‌کنند (قاسمی؛ ۱۳۹۶: ۹۸).

با این تعریف، ورزش و رویدادهای بزرگ ورزشی در قالب «هدف تروریسم» و یا «هدف گروه‌های مجرمانه» دسته‌بندی می‌شوند؛ از سوی دیگر ورزش و به ویژه جنبش المپیک به عنوان یک تلاش بین‌المللی که به دنبال ارتقای صلح و هماهنگی است و همواره در تقابل با انواع اقدامات مجرمانه و خشونت‌گرایی قرار داشته و عموماً دو گزینه متضاد و مقابل هم طبقه‌بندی شده‌اند اما در عمل موقعیت‌هایی وجود دارد که ورزش و جرم به ظاهر متضاد دچار تعامل و هم‌سویی شده و اقدامات یکدیگر را پوشش می‌دهند و نقطه اساسی و زیربنایی این همکاری را باید در واژه «سیاست» جست‌وجو کرد؛ چرا که به‌رغم ادعا مبنی بر استقلال و دوری ورزش از سیاست، باید پذیرفت ورزش هم در دنیای معاصر و هم در دوران باستان مورد استثمار سیاست‌مداران بوده و هست (Richards & others, 2010: 5). فلسفه اصلی ورزش

1. United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Palermo, 2000)

نیز این بود که انسان یاد بگیرد سریع بدود، بپرد و شنا کند تا بتواند به طور مؤثرتری از خود و قبیله‌اش دفاع کند. فعالیت‌های ورزشی مانند تیراندازی، جودو، کاراته، ارابه‌رانی و سوارکاری نیز برای مقابله با حریفان ابداع شد و در واقع، صرفاً یک هدف از مسابقات ورزشی وجود داشت: «آمادگی برای جنگ» (Spivey, 2004: 18). در دوران معاصر نیز ورزش برای ترویج شور ملی و تقویت ملی‌گرایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. قهرمانی ایتالیا در جام جهانی فوتبال در سال ۱۹۳۸ به عنوان عامل اتحاد مردم و رژیم موسولینی و برای ایجاد هویت ملی تلقی شد (Martin, 2004: 1) و یا اعطای میزبانی بازی‌های المپیک ۱۹۳۶ به برلین، فرصتی برای آدولف هیتلر فراهم کرد تا آلمان جدید را به نمایش بگذارد و این المپیک به یک نمایش تبلیغاتی عظیم تبدیل شد (Hilton, 2006: 11). هم‌چنین حذف برخی از کشورها از شرکت در رویدادهای ورزشی به بهانه‌های سیاسی، اوج دخالت سیاست در ورزش بر خلاف روح منشور المپیک است؛ لذا جریان داشتن اغراض و مقاصد سیاسی در حوزه ورزش امری اجتناب‌ناپذیر است. از سوی دیگر در تعریف پدیده تروریسم همواره واژه «سیاست» یک رکن اصلی و بازیگردان مرکزی تعیین می‌شود: «عمل تروریستی چه در قالب اقدام شخصی و چه به صورت دسته‌جمعی یک عمل سازمان یافته است که با طرح‌های هماهنگ شده به منظور دسترسی به هدفی خاص (سیاسی، مذهبی، قومی و ...) انجام می‌شود (جلالی، ۱۳۸۴: ۱۲)؛ از این رو ممکن است گروه‌های مجرمانه، تروریسم و ورزش بنا بر مصالح سیاسی، تقابل و تضاد را فراموش کرده و به تعامل و همکاری برسند.

در ابتدا لازم است مشخص شود که آیا تروریسم از مصادیق جرائم سازمان یافته محسوب می‌شود و یا ماهیتی جداگانه دارد. از آنجا که جامعه جهانی در تعریف تروریسم و جرم سازمان یافته به توافق نرسیده است، تعیین تروریسم به عنوان یکی از مصادیق جرائم سازمان یافته دشوار است و به نظر می‌رسد که سازمان‌های جنایی و تروریستی ضمن انفکاک و تفاوت در هدف، با الگوبرداری، فنون و راهبردهای یکدیگر را پوشش می‌دهند. عنصر اصلی جنایات تروریستی استفاده از خشونت است، اما جنایت سازمان یافته لزوماً شامل خشونت نمی‌شود و مشخصه گروه مجرمانه سازمان یافته فراملی، هدف آنان برای کسب سود (غیر قانونی) است که

متفاوت با اهداف گروه‌های تروریستی می‌باشد. البته باید اذعان داشت که مرز بین تروریسم و جرم سازمان یافته مبهم است؛ زیرا سازمان‌های تروریستی به دنبال تأمین مالی فعالیت‌های خود از طریق مشارکت در زمینه جرائم سازمان یافته هستند (Weisser, 2016: 128). در سال‌های اخیر خصوصاً پس از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، تلاش‌های جامعه بین‌المللی برای ارائه تعریف تروریسم به عنوان جرم سازمان یافته افزایش یافته، اما موفق نبوده است (نمایان؛ شهبازی؛ قنبری، ۱۴۰۱: ۲۷) و باید پذیرفت حقوق بین‌الملل تاکنون و به علت تفاوت در اهداف، به صورت قطعی تروریسم را به عنوان مصداق جرم سازمان یافته نپذیرفته و آن را به عنوان جرم خاص در نظر گرفته است و از آنجا که تروریسم معمولاً برای یک هدف سیاسی غیر نظامیان را هدف قرار داده و به گونه‌ای طراحی می‌شود که تأثیر روانی بالا و فوری داشته باشد؛ بنابراین می‌توان گفت برای تروریسم، ارسال پیام به جهانیان اهمیتی فراتر از تعداد قربانیان دارد. از آنجا که رویدادهای بزرگ ورزشی و المپیک یکی از مهم‌ترین رویدادهای رسانه‌ای جهانی هستند و هر گونه حمله تروریست‌ها به این مسابقات، دستاورد تبلیغاتی بی‌سابقه‌ای برای عاملان آن خواهد داشت، اما تروریسم علاوه بر انتفاع تبلیغاتی و شناساندن خود از طریق حمله به رویدادهای ورزشی، به دنبال کسب منفعت مالی از این صنعت طرفدار نیز هست و در مجموع، چه تروریسم از مصادیق جرائم سازمان یافته محسوب شود یا زیرمجموعه جرائم سازمانی نباشد، ماهیت ورود تروریسم به ورزش کسب منفعت مالی خواهد بود که در این خاصیت با گروه مجرمانه اشتراک هدف به وجود آمده و صرف نظر از ماهیت و چگونگی تعامل تروریسم و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته در جامعه، عبور تروریسم از ورزش بر دوش گروه‌های مجرمانه و با قصد تامین مالی تروریسم صورت می‌گیرد و این ارتباط ممکن است از مسیر همکاری گروه تروریستی با گروه مجرمانه فعال در حوزه ورزش رخ دهد و یا در درجه بالاتر از همکاری، این رابطه آنچنان تقویت شود که گروه تروریستی و گروه مجرمانه سازمان یافته به هم‌گرایی رسیده و هویت واحد ایجاد نمایند که در این بخش از مقاله، به ماهیت تعامل سه جانبه تروریسم، جرم و ورزش می‌پردازیم.

۱-۱. تلاقی تروریسم و جرائم سازمان یافته ورزشی از مسیر همکاری

همکاری گروه‌های مجرمانه و تروریستی در حوزه ورزش صرفاً پیرامون مسائل مالی رخ می‌دهد. به طور کلی، سازمان‌های تروریستی ممکن است از طریق سوء استفاده از مؤسسات خیریه یا کسب و کارهای قانونی مانند بنگاه‌های شرط‌بندی ورزشی و یا روش‌های غیر قانونی مانند قاچاق مواد مخدر، بودجه جمع‌آوری کنند. مؤسسات خیریه یا سازمان‌های غیر انتفاعی و باشگاه‌های ورزشی دارای ویژگی‌هایی هستند که آن‌ها را برای تروریست‌ها جذاب می‌کند. آن‌ها از اعتماد عمومی برخوردارند؛ به منابع قابل توجهی از بودجه دسترسی داشته و اغلب فعالیت فراملی دارند که شرایط را برای عملیات ملی و بین‌المللی و تراکنش‌های مالی، اغلب در مناطق نزدیک به مراکز فعالیت‌های تروریستی فراهم می‌کند. هم‌چنین مؤسسات ورزشی نسبت به مؤسسات مالی یا شرکت‌های تجاری، مشمول الزامات نظارتی بسیار سبک‌تری هستند تا جایی که سازمان ملل در تدوین استانداردهای مبارزه با تامین مالی تروریسم، سوء استفاده از این گونه مؤسسات را به عنوان یک نقطه ضعف مهم در مبارزه جهانی برای متوقف کردن تروریست معرفی کرده است.^۱ صنعت ورزش به دلیل وجود فعالیت‌های اقتصادی و هم‌چنان گردش بالای نقدینگی در شرایط فقدان شفافیت حکمرانی، فقدان نظارت‌های دولتی و کنترل اجتماعی غیر رسمی به لحاظ مقبولیت اجتماعی، بستر مناسبی برای تامین مالی تروریسم محسوب می‌شود که این جذابیت باعث شده حجم همکاری گروه‌های تروریستی و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته از طریق ورزش افزایش یافته و مسیری جدید برای تامین مالی تروریسم ترسیم شود. هم‌چنین پس از همکاری تروریسم و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته و ایجاد درآمد، لازم است قسمت عمده؛ این درآمدها تطهیر شود لذا تروریسم در دو دهه اخیر در یافتن کانال‌های جدید برای شست‌وشوی درآمدهای حاصل از فعالیت‌های مجرمانه خود تغییری داشته و ورزش خصوصاً فوتبال را به عنوان یکی از بخش‌هایی که پول‌شویی را تسهیل می‌کند، انتخاب کرده است.^۲ تعیین ارزش اقتصادی کلی ورزش

1. FATF (2004), Typologies Report 2003-2004, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Fatfterroristfinancingtypologiesreport.html>

2. FATF Report, Money Laundering through the Football Sector, July 2009. P 1

دشوار است، اما تخمین زده می‌شود صنعت ورزش حدود ۳/۷ درصد از تولید ناخالص داخلی جهان را به خود اختصاص داده باشد.^۱ از سوی دیگر پول‌شویی در عرصه‌ها و حوزه‌هایی که ذی‌نفعان متعددی دارند و میزان محبوبیت و اقبال عمومی به آن‌ها بیشتر است و همچنین مشاغل زیادی را در بر می‌گیرد، احتمال وقوع بیشتری دارد و با اندکی تأمل می‌توان ورزش را به مثابه چنین حوزه‌ای در نظر گرفت (دنیایی؛ حسینی؛ محمدی، ۱۳۹۸: ۱۸). عمده عوامل مؤثر در پول‌شویی شامل عوامل زمینه‌ای (مسمومیت فضای اقتصادی)، عوامل ساختاری (ناسالم بودن ساختار اقتصادی) و عوامل رفتاری (نبود نظارت شفاف بر امور مالی) معرفی می‌شوند (همان: ۳۰). با تخمین دفتر مبارزه جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد سالانه تقریباً یکصد و چهل میلیارد دلار پول‌شویی فقط در رشته ورزشی فوتبال رخ می‌دهد که بیشترین رقم آن در مسیر شرط‌بندی و قمار گزارش شده است (Abrahamyan, 2023: 22) و این رقم در کل صنعت ورزش بین هشتصد میلیارد تا دو تریلیون دلار تخمین زده شده است (Waly, 2021: 255) که قطعاً برای گروه‌های تروریستی نیز جذابیت خواهد داشت. سوء استفاده از ورزش برای حمایت از تروریسم می‌تواند از طریق سوء استفاده از دارایی‌های باشگاه‌ها، نفوذ اعضای گروه‌های تروریستی در مدیریت ورزشی، جابه‌جایی نقدینگی و سوء استفاده از نام و موقعیت باشگاه نیز رخ دهد. همچنین گزارش‌هایی از وجود اپراتورهای دارای مجوز در رابطه با فعالیت‌های شرط‌بندی مشکوک در رویدادهای ورزشی که در سراسر جهان برگزار می‌شود، وجود دارد که حاکی از آن است که برخی از این رویدادها صرفاً برای اهداف پول‌شویی برای گروه‌های مجرمانه و یا تروریستی طراحی شده است؛ به عنوان مثال پلیس لندن طی بازرسی از خانه یک تروریست، کیف حامل حدود هفت هزار کارت پرداخت کشف کرد که بررسی تراکنش‌ها نشان داد همه آن‌ها برای فعالیت شرط‌بندی ورزشی آنلاین استفاده شده‌اند^۲ و همچنین دولت آمریکا در سال ۲۰۱۹ پس از گزارش اف بی آی در مورد تامین مالی تروریست از ورزش در سوریه باشگاه الجزیره این کشور را به دلیل ارتباط با شبکه‌های تروریستی و با این استدلال که بخشی از درآمدهای باشگاه

1. <https://gis.sport/news/the-true-size-of-the-global-sports-industry/>

2. <https://www.gamblingcommission.gov.uk/print/The-money-laundering-and-terrorist-financing-risks-within-the-British-gambling-industry>

از طریق اسپانسرشیپ‌های مشکوک به گروه‌های تروریستی منتقل می‌شد تحریم کرد^۱. طبق گزارش سازمان ملل متحد در سال ۲۰۱۵، برخی از اعضای هیأت مدیره باشگاه الاهلی طرابلس متهم شدند که از طریق برگزاری مسابقات نمایشی، برای داعش پول جمع‌آوری می‌کردند^۲ و علاوه بر آن، گزارش‌هایی از قاچاق سلاح و پول‌شویی عواید حاصل از قاچاق سلاح در ورزش کشورهای آفریقایی منتشر شده که طی آن در کشورهای مانند سومالی و مالی، برخی از مدیران ورزشی با گروه‌های شبه‌نظامی همکاری داشتند و از درآمدهای باشگاه‌ها برای خرید اسلحه استفاده می‌کردند و سازمان ملل در گزارشی در سال ۲۰۲۰ به این ارتباطات اشاره نمود که مثال مشخص آن باشگاه المرخیه در سومالی بود که توسط یک فرمانده نظامی اداره شده و مرکز قاچاق سلاح محسوب می‌شد^۳؛ لذا ورزش با همکاری گروه‌های مجرمانه از دو مسیر می‌تواند به تامین مالی تروریسم کمک کند: نخست، شست‌وشوی عواید ناشی از اقدامات مجرمانه گروه‌های تروریستی مانند قاچاق مواد مخدر، تجارت سلاح و قاچاق انسان؛ دوم، درآمدزایی از صنعت ورزش به خصوص از طریق انواع شرط‌بندی و قمار.

۲-۱. تلاقی تروریسم و جرائم سازمان یافته ورزشی از مسیر هم‌گرایی

تلاقی و ترکیب تروریسم و جرائم سازمان یافته فراملی، یکی از مهم‌ترین نگرانی‌های مربوط به امنیت بین‌المللی محسوب می‌شود. «تز هم‌گرایی» بیان می‌کند که سازمان‌های تروریستی و گروه مجرمانه در یک موجودیت واحد که ویژگی‌های هر دو گروه را به طور هم‌زمان نشان می‌دهد هم‌گرا می‌شوند (Makarenko, 2004: 132). در این حالت، تعیین ماهیت گروه به عنوان گروه تروریستی، با هدف دستیابی به موفقیت سیاسی یا ایدئولوژیک یا گروه مجرمانه که در پی منفعت مالی است دشوار می‌شود. در نظریه هم‌گرایی، هر دو هدف درهم تنیده هستند: گروه‌های تروریستی و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته تلاش می‌کنند تا «پناهگاه امن» سیاسی و سرزمینی به

1. <https://english.enabbaladi.net/archives/2024/01/fines-impoverish-clubs-and-do-not-control-syrian-football-riots/>

2. https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2016_182.pdf

3. <https://somalia.un.org/en/124495-un-somalia-country-results-report-2020>

دست آورند؛ لذا تروریسم برای ایجاد یک «پناهگاه امن»، فعالیت‌های کاملاً مجرمانه انجام می‌دهد تا از طریق کسب منفعت مالی بیشتر به استقلال برسد و از سوی دیگر گروه‌های مجرمانه با فعالیت‌های تروریستی باعث ناپایداری دولت‌ها می‌شوند که برای گسترش فعالیت هر دو گروه نیاز است (Sari, 2016: 473) باید توجه داشت که «هم‌گرایی» در مرتبه بالاتر از همکاری قرار دارد، در همکاری هر یک از این گروه‌ها با حفظ هویت و استقلال خود انواع مختلفی از تعامل و هماهنگی را بروز می‌دهند اما در زمان هم‌گرایی دو گروه موجودیت واحد یافته و هویتی جدید خلق می‌شود در این شرایط انگیزه‌های اصلی گروه‌های تروریستی از سیاست و انگیزه‌های ایدئولوژی به اهداف جنایی کشیده می‌شود. فعالیت طالبان در افغانستان و تغییر هویت جبهه آزادی‌بخش آنگولا از این نوع هم‌گرایی هستند.

در بستر ورزش اصول این هم‌گرایی متفاوت است. کسب استقلال یا داشتن هویت سرزمینی نمی‌تواند در حوزه ورزش به عنوان مبنای هم‌گرایی تروریسم و جرم تعیین شود، بلکه تنها حلقه مشترک این هم‌گرایی کسب منفعت بیشتر است که باعث می‌شود چهره گروه مجرمانه نمود بیشتری در ورزش داشته باشد؛ چرا که هدف گروه سازمان یافته فراملی مطلقاً کسب منفعت است که البته این نمود نباید باعث غفلت حضور گروه تروریستی در ورزش شود. سود سرشاری که در شرط‌بندی‌های ورزشی وجود دارد و سهولت پول‌شویی در ورزش جذابیت خاصی دارد که می‌تواند مبنای هم‌گرایی سه جانبه جرم، تروریسم و ورزش شود. بر اساس تحقیقات سازمان ملل متحد، در راستای قطع‌نامه ۵۸/۱۳۶ - ۲۰۰۳ مجمع عمومی^۱، رابطه تنگاتنگ گروه‌های مجرمانه سازمان یافته با گروه‌های تروریستی رسماً تایید و جزو چالش‌های جامعه جهانی معرفی گردید^۲ و البته هر چند تا کنون گزارش مستندی دال بر هم‌گرایی گروه تروریستی با گروه سازمان یافته فراملی ثبت نشده است، اما برخی اقدامات و گستردگی روابط مالی بین تروریسم و برخی مجرمان فعال در حوزه ورزش می‌تواند

1. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n03/502/74/pdf/n0350274.pdf>

2. International cooperation against terrorism and links between terrorism and other criminal activities in the context of the work of the United Nations Office on Drugs and Crime: working paper / prepared by the Secretariat. <https://digitallibrary.un.org/record/568734?ln=en&v=pdf>

زنگ خطری مبنی بر احتمال بالای تشکیل یک گروه تروریستی کاملاً ورزشی محسوب شود. به عنوان مثال در سال ۲۰۱۷ یک مدیر ورزشی اندونزیایی به نام خالد علی السویدی (تبعه عربستان) که متهم به عضویت در گروه‌های تروریستی بود از طریق خرید باشگاه پرسیب باندونگ، اقدام به نفوذ در صنعت ورزش جنوب شرق آسیا و پول‌شویی برای شبکه‌های جهادی نمود که توسط پلیس اندونزی شناسایی شد.^۱

بر این اساس، هم‌گرایی بین نهادهای تروریستی و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته بخشی از واقعیت پیچیده‌ای را نشان می‌دهد که منجر به تشکیل سازمانی که یک هدف سیاسی یا ایدئولوژیک را با هدف کسب سود از طریق فعالیت‌های غیرقانونی و استفاده از خشونت ترکیب کرده شده است.

۲. سازکارهای مقابله با تامین مالی تروریسم در بستر ورزش

اغلب دولت‌ها در گذشته، موضوع تروریسم را به صورت یک موضوع ملی و بومی ارزیابی کرده و احتمالاً به علت مسائل امنیتی تمایل کمتری به طرح آن در سطح بین‌المللی و سازمان‌های بزرگ جهانی مانند ملل متحد داشتند، اما شرایط جدید در عصر امروز، موضوع تروریسم را به یک پدیده بین‌المللی و فرامرزی تبدیل کرده است. با عنایت به این که گروه‌های تروریستی از طریق قاچاق اسلحه و مواد مخدر، پول‌شویی، استفاده از مقررات پناهندگی و جهان‌گردی و به کارگیری فناوری اطلاعات، دامنه فعالیت‌های خود را در سطح بین‌المللی گسترش داده‌اند؛ لذا مبارزه با آن نیز بعد بین‌المللی پیدا کرده است (بزرگمهری، ۱۳۹۰: ۱۸۳). هم‌چنین پیوند بین گروه مجرمانه سازمان یافته فراملی و تروریسم در اشکال و مظاهر مختلفی بروز یافته و تهدید صلح و امنیت بین‌المللی را تشدید می‌کند و لذا شناخت راه‌هایی که از طریق آن جرائم سازمان یافته فراملی و تروریسم به یکدیگر مرتبط می‌شوند، برای بسیاری از کشورها به یک دغدغه اولویت‌دار تبدیل شده است. همان‌گونه که در قسمت اول اشاره شد، یکی از پیوندهای بین گروه مجرمانه سازمان یافته فراملی و تروریسم بستر ورزش است و هرچند ورزش در طول تاریخ نقش مهمی در انتشار ارزش‌های مثبت

1. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/Ethnically-or-racially-motivated-terrorism-financing.pdf>

در سراسر جهان و در حوزه تمدن و فرهنگ، به ویژه برای جوانان داشته و می‌تواند نقش مثبتی در ترویج برابری جنسیتی، توانمندسازی افراد و تسهیل جهانی شدن و عاملی قدرتمند برای پیشگیری و مقابله با خشونت و افراط‌گرایی محسوب شود، اما بر اساس گزارش سال ۲۰۱۹ یوروپل برخی عوامل به خصوص چرخه مالی بالا، فقدان نظارت مالی، ساختار غیر شفاف مدیریتی و گستردگی ورزش باعث شده است تا این پدیده بستری مناسب برای حمایت مستقیم و یا غیر مستقیم گروه‌های سازمان یافته مجرمانه از تروریسم شود.^۱ در همین راستا، قطع‌نامه ۲۱۹۵ شورای امنیت سازمان ملل متحد (۲۰۱۴)^۲ در مورد تعامل تروریسم و جرائم فرامرزی و تأثیر آن بر صلح و امنیت بین‌المللی، از کشورها خواسته است تا رابطه بین جرائم سازمان یافته و تروریسم را شناسایی و معرفی نمایند که یکی از بسترهای همکاری بین جرائم سازمان یافته فراملی و تروریسم ورزش است؛ از این رو قسمت دوم مقاله به معرفی راهکارهای مقابله با این همکاری و یا هم‌گرایی می‌پردازد.

۲-۱. هماهنگی بین قوانین داخلی با کنوانسیون‌های بین‌المللی

بحث مبارزه جامعه جهانی با تروریسم سابقه دیرینه دارد، اما نقطه عطف این مبارزات پس از حوادث المپیک مونپخ است و از سال ۱۹۷۲ موضوع مبارزه با تروریسم در دستور کار مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و از آن‌جا که آغاز این حرکت مجمع عمومی به علت وقوع حوادث تروریستی در بستر ورزش است، تاریخ شروع مبارزه با تروریسم در ورزش نیز می‌بایست از سال ۱۹۷۲ تعیین شود. مجمع عمومی سازمان ملل متحد از سال ۱۹۷۲ تا کنون بیش از هفتاد و هشت مصوبه و کنوانسیون در این حوزه دارد که نشان از عزم این سازمان در عرصه مبارزه با تروریسم دارد (مصفا و طاهرخانی، ۱۳۹۰: ۲۸۸) که قسمت قابل توجهی از مصوبات به رابطه تروریسم و جرائم سازمان یافته فراملی اشاره و یا اختصاص دارد و البته ناهماهنگی قوانین داخلی کشورها با اسناد بین‌المللی در مبارزه با تروریسم چالشی جدی در عرصه امنیت جهانی است. این تناقضات عمدتاً در چند حوزه اصلی خود را نشان می‌دهند که اولین چالش بحث اختلاف در شناسایی ماهیت و تعریف تروریسم

1. https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/the_involvement_of_organised_crime_groups_in_sports_corruption.

2. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n14/708/75/pdf/n1470875.pdf>

است و در حالی که برخی کشورها فعالیت‌های سیاسی مخالفان را تروریسم می‌دانند، اسناد بین‌المللی بر جداسازی مبارزات آزادی‌بخش تأکید دارند (Robert, 1981: 281) که موضوع حزب کارگران کردستان که در اتحادیه اروپا و آمریکا به عنوان گروه تروریستی شناخته می‌شود، اما برخی کشورهای خاورمیانه از آن حمایت می‌کنند می‌تواند به عنوان مثال بارز این اختلاف باشد. هم‌چنین قانون امنیت ملی چین (۲۰۱۵) اعتراضات مسالمت‌آمیز در هنگ‌کنگ را تروریسم تعریف می‌کند (Chopra & Pils, 2022: 294) و یا قانون ضد تروریسم مصر (۲۰۱۵) که هرگونه فعالیت مخالفان را تحت پوشش مبارزه با تروریسم محدود می‌کند^۱ که در تغایر با اسناد بین‌المللی است و هم‌چنین قوانین داخلی بسیاری کشورها از جمله اتحادیه اروپا نظارت گسترده بر ارتباطات (شنود) را محدود می‌کند^۲؛ در حالی که قطع‌نامه ۲۳۷۹ (۲۰۱۷) شورای امنیت خواستار دسترسی بیشتر به داده‌ها برای ردیابی تروریست‌هاست^۳ که در تضاد با قوانین اساسی کشور ما نیز هست^۴. مورد بعدی بحث همکاری قضایی بین‌المللی کشورها است. به عنوان مثال اصل سی و هشتم قانون اساسی ترکیه^۵ استرداد اتباع را ممنوع می‌کند؛ حتی اگر متهم به تروریسم باشد که باعث ایجاد خلل در راه مبارزه با تروریسم است؛ از این رو شناسایی حوزه‌های هم‌گرا در سیاست‌های ضد تروریسم و انتخاب راه حل‌های یکسان و هماهنگ منطقه‌ای و جهانی بسیار مهم است که در این مسیر توسعه مکانیسم‌های تطبیق‌پذیری در کنوانسیون‌های بین‌المللی و تقویت دیپلماسی قضایی برای کاهش اختلافات دادرسی و شفاف‌سازی و یکسان‌سازی فهرست‌های تروریستی با مشارکت سازمان‌های منطقه‌ای از اولویت‌های مقابله با توسعه تروریسم است و هم‌چنین ضرورت دارد در مسیر پیشگیری و مبارزه با این پدیده، سیاست‌ها و قوانین مربوط به حفظ حریم خصوصی افراد از جمله حمایت از

1. https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2015/09/Egypt_Anti-Terror_Law_Translation.pdf

2. Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

3. <https://main.un.org/securitycouncil/en/content/sres2379-2017>

۴. اصل بیست و پنجم: بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آن‌ها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است، مگر به حکم قانون.

5. https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf

شاهدان و افشاگران تقویت و هماهنگ سازی گردد تا مسیر شناسایی حمایت مالی از تروریسم تسهیل شود. البته نگاهی دقیق تر به رفتار دولت ها نشان می دهد که وقایع تروریستی عمده به ویژه مواردی که در محدوده سرزمینی یک دولت اتفاق می افتد، تأثیری به مراتب بیشتر را نسبت به قطع نامه های مجمع عمومی بر تمایل آن دولت در توجه به تروریسم دارد و هر چند کنوانسیون های ضد تروریسم از دولت های عضو می خواهند که در تعقیب و مجازات متهمان با توجه به سازکار پیش بینی شده در این کنوانسیون ها، همکاری لازم را به عمل آورند و به نحوی رفتار کنند که هیچ مکان امنی برای تروریست ها وجود نداشته باشد، اما نظام های اجرایی که در کنوانسیون های ضد تروریسم پیش بینی شده، در مبارزه با تروریسم موفق نبوده اند و هماهنگی لازم بین قوانین داخلی و مصوبات بین المللی دیده نمی شود (کرم زاده، ۱۳۸۲: ۱۵۹)؛ هم چنین یکی از ضعف های موجود در مسیر مبارزه با پدیده هم گرایی تروریسم و جرائم سازمان یافته در بستر ورزش، فقدان کنوانسیون بین المللی خاص در این حوزه است. این خلاء تاکنون با تعمیم مفاد کنوانسیون های موجود در این حوزه مانند پالرمو پوشانده شده است، اما نظر به ویژگی های صنعت ورزش و تمایز آن از دیگر پدیده های اجتماعی، ضرورت تنظیم و تصویب یک پیمان بین المللی ویژه و اهتمام کشورها در نگارش قوانین داخلی مرتبط را نشان می دهد.

۲-۲. مبارزه با فساد اداری در ورزش

ورزش از عوامل اصلی توسعه پایدار و حفظ صلح جهانی شناخته می شود، اما در دنیای امروزی ورزش توسط بازیگران فاسدی که به دنبال بهره برداری مالی و سیاسی از آن هستند به فساد کشیده شده است که پیامدهای منفی اقتصادی و اجتماعی گسترده ای دارد (Waly, 2021: 3). فساد به عنوان استفاده از مناصب دولتی برای منافع شخصی و به عبارت دیگر، استفاده از موقعیت، رتبه یا منصب رسمی توسط صاحب منصب برای منافع شخصی خود تعریف شده است (Ma & oth-ers, 2022: 12) و فساد اداری در ورزش، رفتاری است که توسط مدیران، داوران، مسئولان یا کارکنان سازمان های ورزشی به صورت آگاهانه بروز داده می شود و طی آن، این افراد وظایف مختص خود را به گونه ای اجرا می کنند که کاملاً یا تا اندازه ای با اهداف و ارزش های اخلاقی باشگاه، سازمان، انجمن و یا رشته ورزشی مغایرت

دارد (Waite & Allen, 2003: 32). فساد مدیران ورزشی می‌تواند به عنوان عاملی برای تقویت رابطه مجرمان سازمان یافته فراملی و تروریسم عمل کند. شبکه‌های جنایی اغلب بر سطوح مختلف حمایت سیاسی تکیه می‌کنند و به دنبال آن هستند که بخش‌های تجاری و حوزه‌های مدیریت ورزشی را تحت نفوذ خود نگه دارند. به همین دلیل، باید اقدامات سخت‌گیرانه‌ای برای مبارزه با فساد اعمال شده و مدیران فاسد را از ورزش دور کرد. در ورزش از فساد مدیران به عنوان «موتور پیشران» شبکه‌های جنایی و تروریسم یاد می‌شود که به طور عمده از آن برای پول‌شویی دارایی‌های غیر قانونی استفاده می‌کنند (Rompuy, 2015: 6)؛ لذا یکی از مسیرهای بسیار پیشنهاد شده در خصوص دور کردن جرم و تروریسم از حیطه ورزش، حذف فساد اداری و مدیران فاسد می‌باشد که در کنوانسیون‌های بین‌المللی بارها به آن اشاره شده است. هرچند کنوانسیون مبارزه با فساد صراحتاً به ورزش اشاره نمی‌کند، اما مفاد آن می‌تواند پایه‌ای قوی برای توسعه اقدامات، ابزارها و مکانیسم‌های مربوط برای مقابله با انواع فساد ورزشی ایجاد کند. جرم‌انگاری برخی مصادیق فساد و ایجاد سیستم‌های موثر برای کشف، تحقیق و مجازات فساد و اقدامات پیشگیرانه از فساد در ورزش از جمله ترویج حکمرانی خوب و استانداردهای رفتار، بهبود سیستم‌های تدارکات و ارائه آموزش‌های ضد فساد از مواردی است که در گزارش جهانی فساد در ورزش مورد تاکید دفتر مبارزه با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد قرار گرفته است (همان: ۲۵). تهیه استانداردها و خط مشی می‌تواند به وضعیت همکاری بین ورزش و مقامات دولتی در تلاش برای پیشگیری و مبارزه با فساد در ورزش و حفظ ارزش‌ها، کمک کرده تا بستر برای نفوذ گروه‌های مجرمانه و تروریسم فراهم نشود و در این مسیر کشورهای متقاضی میزبانی رویدادهای ورزشی بین‌المللی و آن‌هایی که مقر سازمان‌های ورزشی بین‌المللی در آن‌ها قرار دارد باید نقش اصلی را ایفا کنند. از آنجایی که بیشتر سازمان‌های ورزشی بین‌المللی در کشورهای عضو شورای اروپا مستقر بوده و بیش از هفتاد درصد پست‌های رئیس و دبیرکل فدراسیون‌های ورزشی بین‌المللی در اختیار اروپایی‌ها قرار می‌گیرد و بسیاری از رویدادهای ورزشی بین‌المللی در کشورهای اروپایی برگزار می‌شود، نقش اتحادیه اروپا در این مبارزه پررنگ‌تر از دیگر کشورها خواهد بود (Frossard, 2016: 315). البته سازمان‌های

ورزشی ملی تمامی کشورها باید در ساختارهای قاره‌ای و بین‌المللی خود با شفاف سازی انتصابات و امور مالی، منافذ ایجاد فساد در ورزش را مسدود ساخته و با دخالت دادن ورزش‌کاران در تصمیم‌گیری‌ها به سلامت مدیریت ورزش کمک کنند. هم‌چنین باید از طریق تعریف برنامه‌های مسئولیت اجتماعی به ارتقای اخلاق در ورزش کمک کرد. رسانه‌ها نیز در موقعیتی هستند که می‌توانند از مسیر آگاهی سازی در مورد فساد در ورزش، نقش فعالی در راه مبارزه با فساد اداری در ورزش داشته باشند.

۳-۲. شناسایی منابع مالی تروریسم در بستر ورزش

حوزه ورزش با درآمد بیش از یکصد و چهل میلیارد دلار در سال و ضعف‌های نظارتی، بستر مناسبی برای این اقدامات تروریسم است و لازم است با آن مقابله شود. به طور مثال پلیس اسپانیا شرکت‌هایی را که برای جنبش مسلحانه استقلال باسک^۱ در حوزه برخی ورزش‌ها و سرگرمی‌ها کسب درآمد می‌کردند شناسایی نمود که در یک سال بیش از سی میلیون دلار برای این گروه تروریستی ارسال نموده بود^۲. گروه اقدام مالی برای بار نخست در گزارش سال ۲۰۰۹ اذهان جامعه جهانی را به سوی این نکته معطوف نمود که ورزش به خصوص فوتبال یکی از حوزه‌های جذاب پول‌شویی است (Levy, 2015: 37). مشارکت گروه‌های تروریستی در حوزه‌هایی چون شرط‌بندی (ستتی و سایبری)، قمار و قاچاق مواد نیروزا باعث ایجاد درآمدهای قابل توجه برای ایشان می‌شود که غیر دولتی بودن مدیریت ورزش، گستردگی آن و سهولت پول‌شویی باعث شده است این بستر بیش از پیش مورد توجه گروه‌های تروریستی و مجرمانه قرار گیرد. طبق برخی گزارش‌ها دوازده درصد از درآمدهای داعش در موصل (۲۰۱۶) از فروش بلیت‌های تقلبی مسابقات بوده است^۳ و هم‌چنین گزارشاتی مبنی بر اقدام فدراسیون فوتبال افغانستان در سال ۲۰۱۹ راجع به انتقال بخشی از کمک‌های فیفا به حساب‌های طالبان منتشر شده است^۴ و در مجموع بر

1. Euskadi Ta Askatasuna (ETA)

2. https://www.oecd.org/en/publications/the-financial-war-on-terrorism_9789264106116-en.html

3. <https://www.kcl.ac.uk/news/spotlight/the-state-of-isis-finances-revealed-1>

4. <https://www.nytimes.com/2021/11/18/sports/soccer/afghanistan-soccer-taliban.html>

اساس اعلام کارگروه اقدام مالی^۱ تامین مالی تروریسم و پول‌شویی در حوزه ورزش از طریق سرمایه‌گذاری در باشگاه‌ها، نقل و انتقال بازیکنان، انواع شرط‌بندی، بلیت فروشی مسابقات، قراردادهای تبلیغاتی و حمایت‌گری و حق پخش تلویزیونی انجام می‌شود که لازم است این مبادی شناسایی و ارتباط آنان با تروریسم قطع شود (مشکات، ۱۳۹۹: ۵۶).

گروه‌های تروریستی و شبکه‌های افراطی در سال‌های اخیر از مالکیت باشگاه‌های ورزشی به عنوان ابزاری برای پول‌شویی، تبلیغات و تأمین مالی استفاده کرده‌اند. مواردی مانند مالکیت باشگاه المریخیه سومالی توسط گروه تروریستی الشباب^۲ و مدیریت باشگاه الاتحاد طرابلس و الاهلی بنغازی در لیبی توسط شبه نظامیان^۳ مثال‌هایی از این دست هستند. همچنین اینترپل در سال ۲۰۲۱ اعلام داشت ۱۵ درصد از مسابقات دستکاری شده در آسیای جنوب شرقی (۲۰۱۸-۲۰۲۰) به شبکه‌های تروریستی مرتبط بودند و داعش از لیگ‌های عراق و سوریه سالانه دو تا سه میلیون دلار درآمد داشت؛ از این رو لازم است با اقداماتی هم‌چون شفاف‌سازی مالکیت باشگاه‌ها، اعمال تحریم‌های هدفمند علیه باشگاه‌های مرتبط با تروریسم و نظارت بر نقل و انتقالات مالی در ورزش بر اساس استانداردهای گروه ویژه اقدام مالی^۴ این مسیرها مسدود گردد که پروژه شفاف‌سازی مالکیت فیفا در سال ۲۰۲۵ به صورت جدی این موضوع را عملیاتی ساخته است.^۵

۴-۲. تقویت نهادهای مدنی

حاکمیت ورزش به صورت خودمختاری طراحی شده است و دخالت دولت‌ها در ورزش مخالف روح المپیک تعبیر می‌شود (Bayle, 2024: 36). خودمختاری ترکیبی از دو واژه یونانی auto و nomos به معنای «کسانی که قانون خود را وضع می‌کنند» است که مفهومی دیرینه در علوم اخلاقی است و به ویژه توسط امانوئل

1. Financial Action Task Force (FATF)

2. <https://somalia.un.org/en/124495-un-somalia-country-results-report-2020>

3. <https://docs.un.org/en/S/2016/209>

4. file:///C:/Users/Nimad/Downloads/I-FAMILIA_brochure_Sept2022.pdf

5. Financial Action Task Force (FATF)

6. <https://inside.fifa.com/official-documents/annual-report/2024/governance/legal-and-compliance>

کانت^۱ فیلسوف آلمانی قرن هجدهم توسعه یافت و بعدها در ورزش مورد استفاده قرار گرفت (Swaine, 2016: 8)، اما همان گونه که گفته شد مدیریت غیر دولتی ورزش بستر مناسبی برای ارتکاب جرائم سازمان یافته و تروریسم ایجاد خواهد کرد؛ لذا نیاز است دولت ها به شیوه ها و اشکال مختلف از جمله تقویت نهادهای مدنی این نقیصه را پوشش دهند؛ البته که اقدامات ضد تروریسم دولت ها ممکن است فعالیت و سازمان های مدنی را محدود کرده و نظارت بر آن ها را افزایش دهد که به معنی دخالت دولت در مدیریت ورزش تعبیر گردد و اقدامات ضد تروریسم بهانه ای شده است که دخالت دولت در امور نهادهای مدنی را افزایش دهد. در بسیاری مواقع شناخت تفاوت بین یک سازمان تروریستی و یک سازمان بین المللی مدنی دشوار شده و همواره این احتمال وجود دارد که قوانین مبارزه با تروریسم بر سازمان های غیر دولتی تأثیر منفی بگذارد (Mertus & Sajjad, 2008: 22). البته از آن جا که اثبات شده است جامعه مدنی سالم به عنوان سدی در برابر تروریسم عمل می کند و توسعه امنیت و آزادی های اجتماعی توسط سازمان های مردم نهاد باعث ریشه کن شدن تفکرات تروریستی و تقویت حاکمیت دولت های مشروع خواهد شد، توصیه شده است تعادل بین امنیت جامعه و بقای سازمان های غیر دولتی و مبارزه با تروریسم از طریق تدوین قوانین مناسب حاصل شود (Adnan and others, 2020: 372)؛ بنابراین دولت ها می توانند ضمن تدوین سیاست های ضد تروریسم، نقش نهادهای مدنی در کمک به ریشه کنی تروریسم را پررنگ نموده و از طریق ترغیب نهادهای مدنی جهت به اشتراک گذاشتن اطلاعات و مشاهدات میدانی خود، مسیرهای پول شویی در ورزش را شناسایی و معرفی کنند و در نتیجه همکاری بین نهادهای مدنی فعال در حوزه ورزش و عوامل دولتی، قابلیت شناسایی جرائم سازمان یافته و تروریسم فراملی افزایش یابد. هم چنین کشورها می توانند با استفاده از تحلیل گران نهادهای مدنی که دارای منابع ارزشمندی از انواع اطلاعات هستند، تصویر جامع تری از نحوه تعامل گروه های مجرمانه سازمان یافته فراملی و تروریسم در بستر ورزش به دست آورده و مسیر مقابله با آن را هموارتر نمایند. به عنوان مثال جنبش «فوتبال

لیک^۱ انجمنی بود که تراکنش‌های مالی مشکوک در دنیای فوتبال حرفه‌ای اروپا را فاش کرده و ترفندهای مالیاتی برخی از بزرگترین ستاره‌های این قاره را افشا می‌کرد. برخی از اطلاعات که توسط این سایت جمع‌آوری شده شامل حدود هجده میلیون و ششصد هزار سند، از جمله قراردادها، ایمیل‌ها و صفحات گسترده است که توسط شصت روزنامه‌نگار از دوازده رسانه اروپایی استفاده می‌شد^۲ منجر به افشای فرار مالیاتی بازیکنان بزرگی چون رونالدو، مسی، زلاتان و ... گردید (ganji, 2022: 39) و هم‌چنین فعالیت سایت «باشگاهم را نجات بده»^۳ در انگلستان باعث شد مالکیت برخی شرکت‌های عربی و چینی که مشکوک به ارتباط با تروریسم بودند افشا و نهایتاً اتحادیه فوتبال انگلیس دستورالعمل «اعتبارسنجی مالکین باشگاه‌ها»^۴ را تصویب و اجرایی نمود^۵.

۵-۲. شفافیت حکمرانی در ورزش

شفافیت حکمرانی به مفهوم ایجاد بستر برای دسترسی عمومی به اطلاعات در مورد یک موضوع و نظارت بر رفتار کارگزاران است که مستلزم ایجاد الزامات گزارش‌دهی در مورد استراتژی، عملیات، بودجه و امور مالی می‌باشد (Meijer, 2014: 65). مزیت اصلی شفافیت، کاهش هماهنگی اطلاعاتی بین بدنه حاکمیت ورزش و گروه‌های مجرمانه و تروریستی است به نحوی که فرصت کمتری برای پنهان کردن رفتارهای مجرمانه وجود داشته باشد (Geeraert, 2022: 21) و در دسترس بودن اطلاعات در واقع به ذینفعان و اشخاص ثالث مانند سازمان‌های غیر دولتی، رسانه‌ها و افشاگران فردی اجازه می‌دهد تا تخلفات یا موارد بالقوه آن را شناسایی کنند که نهایتاً ممکن است منجر به اقدامات انضباطی علیه متخلف و ایجاد شرمساری برای وی شده و باعث افزایش اعتماد عمومی به ورزش گردد (McCubbins & Schwartz, 1984: 168). یکی از معضلات جهانی بحث عدم شفافیت در شناسایی و تفکیک مالکیت

1. Football Leaks

2. <https://www.elmundo.es/deportes/football-leaks/2016/12/05/5845c434468acb060c8b4608.html>

3. Save Our Club

4. Owners' and Directors' Test

5. <https://www.premierleague.com/news/102375>

ذی‌نفع^۱ از مالکیت قانونی^۲ در حوزه‌های سرمایه‌گذاری است. مفهوم مالکیت ذی‌نفع در کشورهایی که از سیستم حقوق عمومی پیروی می‌کنند سرچشمه گرفته است که بیان می‌دارد: دو نوع مالکیت دارایی وجود دارد: نخست، مالکیت قانونی؛ و دوم، مالکیت ذی‌نفعی. مالک ذی‌نفع به اشخاصی اطلاق می‌شود که معیارهای مالکیت را بدون نیاز به شناسایی در قانون دارند. این افراد توانایی کنترل شرکت را داشته و به طور مستقیم یا غیر مستقیم سود فعالیت را دریافت می‌کنند؛ در حالی که اسناد شرکت به نام ایشان نمی‌باشد و در مفهوم مالکیت ذی‌نفع، یک امین یا امانت‌دار نقشی را به عنوان مدیر دارایی برای منافع ذی‌نفع واقعی ایفا می‌کند (Sihombing, 2023: 210). این پدیده در حوزه ورزش نیز بسیار مشاهده می‌شود. مالکیت سودمندی که به راحتی قابل ردیابی نیست، اقدامات غیر قانونی را تسهیل کرده و یکپارچگی بازارهای صنعت ورزش را تضعیف می‌کند. عدم شفافیت می‌تواند بستری برای فعالیت‌های مجرمانه و تروریستی در ورزش باشد که در نهایت منجر به پول‌شویی و حمایت مالی ورزش از تروریسم خواهد شد که کاملاً در تضاد با اهداف جنبش المپیک و ورزش است؛ لذا اگر جامعه جهانی انتظار دارد ورزش یکی از ارکان توسعه انسانی و اجتماعی باشد، باید قوانین حاکمیت ورزش و معیارهای پاسخ‌گویی مدیران ورزشی را بازنگری کرده و تمام قوانین جدید حول محور «شفافیت» وضع شود و نیاز است جامعه بشری به همان شیوه‌ای که ورزش را ایجاد کرده و به طور سیستماتیک به کمال فعلی رسانده است، از نظر حکمرانی نیز تکامل یافته و سیستمی ایجاد شود که تضمین شفافیت کامل، شناسایی مالکان واقعی و مشارکت عامه در نظارت بر آن باشد (Olivera, 2016: 15). در مجموع شفافیت در حکمرانی ورزش باعث کاهش فساد، افزایش مشارکت مردمی و بهبود کیفیت مدیریت می‌شود. کشورهایی مانند نروژ، آلمان و انگلیس با اجرای این اصول، به الگوهای موفق در مدیریت ورزش تبدیل شده‌اند و به عنوان مثال فدراسیون فوتبال نروژ از سال ۲۰۰۷ به بعد تمام قراردادهای مربیان، بازیکنان و اسپانسرها را به صورت عمومی منتشر می‌کند (Gammelsaeter & Jakobsen, 2008: 19) و یا در آلمان مناقصات مربوط به ساخت استادیوم‌های جام

1. Beneficial owner

2. legal ownership

جهانی ۲۰۰۶ به صورت شفاف انجام شد و تمام اسناد مالی آن قابل دسترسی است (Büttner et al, 2007: 5) و همچنین الزام افشای صورت‌های مالی و گزارش عملکرد سالیانه باشگاه‌های بزرگ ورزشی در انگلستان^۱ کمک بزرگی به شفافیت مالی و جلوگیری از ورود مالکان مشکوک به این عرصه نموده است.

1. <https://find-and-update.company-information.service.gov.uk/>

برآمد

۱- صنعت ورزش به دلیل فعالیت‌های اقتصادی نوین و هم‌چنین گردش بالای نقدینگی و در شرایط فقدان شفافیت، فقدان نظارت‌های دولتی و کنترل اجتماعی غیر رسمی و نیز به لحاظ مقبولیت اجتماعی، بستر مناسبی برای بروز و ظهور انواع فساد است. اهمیت این نوع از فساد زمانی دوچندان می‌شود که گستره آن از حوزه مرزهای سرزمینی فراتر رفته و در عرصه بین‌المللی و به صورت سازمان یافته بروز پیدا کرده و یا با تروریسم پیوند برقرار نماید.

۲- در سال‌های اخیر تعامل انواع گروه‌های مجرمانه با گروه‌های تروریستی در محدوده ورزش، بستر مناسبی برای پول‌شویی و تامین مالی تروریسم ایجاد نموده است. تاکنون سند بین‌المللی خاصی در این خصوص تدوین نشده و به طور عمده مفاد کنوانسیون‌هایی چون پالرمو و مریدا در حوزه ورزش نیز استفاده می‌شود، اما واقعیت این است که تروریسم و گروه‌های مجرمانه سازمان یافته با یکدیگر همکاری می‌کنند و حتی به هم‌گرایی و این تعامل در حوزه ورزش با محوریت منافع مالی رخ داده و زنگ خطری برای سلامت و اهداف جنبش المپیک محسوب می‌شود.

۳- صنعت ورزش دارای ویژگی‌هایی است که آن را برای تروریست‌ها جذاب می‌کند، ورزش از اعتماد عمومی برخوردار بوده، به منابع قابل توجهی از بودجه دسترسی داشته و فعالیت فراملی دارد که شرایط را برای عملیات ملی و بین‌المللی تروریستی و تراکنش‌های مالی، حتی در مناطق نزدیک به مراکز فعالیت‌های تروریستی فراهم می‌کند که وجود این شرایط ورزش را به ابزاری برای تامین مالی تروریسم تبدیل کرده است که علاوه بر وظیفه تامین مالی، بخش عمده‌ای از وظیفه تطهیر پول‌های ناشی از اقدامات مجرمانه مانند قاچاق مواد مخدر، خرید و فروش سلاح و تزریق آن‌ها به حامیان مالی تروریسم نیز بر عهده صنعت ورزش قرار دارد که وجود سایت‌ها و مؤسسات شرط‌بندی قانونی و تنوع بالای مخاطبان ورزش این مسیر را تسهیل می‌کند و ورود حامیان مالی گروه‌های تروریستی به باشگاه‌داری به ویژه در رشته فوتبال در جنوب شرق آسیا، خاورمیانه و آفریقا گزارش شده است.

۴- لازم است جامعه جهانی نسبت به طراحی انواع سازکارهای مقابله‌ای با این تعامل سه جانبه اهتمام ورزد که عمده محورهای این سازکار مقابله‌ای می‌تواند تقویت

هماهنگی بین قوانین داخلی با کنوانسیون‌های بین‌المللی، افزایش مبارزه با فساد اداری مدیران ورزشی، شناسایی منابع مالی تروریسم در بستر ورزش، ارتقاء نقش نهادهای مدنی و ایجاد حکمرانی شفاف در ورزش تعیین شود و تدوین و تصویب معاهده بین‌المللی ویژه مبارزه با تامین مالی تروریسم از طریق ورزش که مشتمل بر سازکارهای پیش‌گفته باشد قادر خواهد بود ورزش را از فساد سیستماتیک مورد نظر گروه‌های تروریستی خارج کرده و شرایط را برای ایجاد صلح جهانی که هدف اصلی جنبش المپیک است فراهم آورد.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * بزرگمهری، مجید (۱۳۹۰)، «مبارزه با تروریسم در سازمان ملل متحد؛ تحلیلی از تعریف تروریسم و راه‌های مقابله با آن در کنوانسیون‌های مصوب مجمع عمومی»، رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، شماره ۲۸.
- * حکیمی‌ها، سعید (۱۳۸۴)، «مقایسه تروریسم و جرم سازمان یافته»، مجله علوم انسانی (دانشگاه امام حسین)، شماره ۶۱.
- * جلالی، محمود (۱۳۸۴)، «تروریسم از دیدگاه حقوق بین‌الملل با تأکید بر حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱»، دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی؛ دوره ۱۱، شماره ۵۲.
- * دنیایی، حسن و حسینی، سید عماد و محمدی، نصراله (۱۳۹۸)، «شناسایی عوامل مؤثر در پول‌شویی در ورزش»، مطالعات مدیریت ورزشی (پژوهش در علوم ورزشی)، دوره ۱۱، شماره ۵۵.
- * قاسمی، محمدعلی (۱۳۹۶)، «تروریسم و جرائم سازمان یافته؛ مطالعه موردی پ.ک.ک»، مطالعات راهبردی؛ دوره ۲۰، شماره ۷۷.
- * کرم‌زاده، سیامک (۱۳۸۲)، «نگاهی به اقدامات سازمان ملل در مقابله با تروریسم»، مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره ۳۸.
- * مشکات، سید مصطفی (۱۳۹۹)، «راهبرد گروه اقدام مالی (FATF) در قبال پول‌شویی در فوتبال»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ۳۳.
- * مصفا، نسرین و طاهرخانی، ستاره (۱۳۹۰)، «مجمع عمومی سازمان ملل متحد و مقابله با تروریسم»، فصل‌نامه سیاست؛ دوره ۴۱، شماره ۳.
- * مقیمی، مهدی و میرزا آقایی، مهدی (۱۴۰۰)، «جرائم سازمان یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزای بین‌الملل با تأکید بر قوانین ایران»، فقه و حقوق نوین، دوره ۲، شماره ۸.
- * نمامیان، پیمان و سهراب‌بیگ، محمد (۱۳۹۰)، «مبارزه با تروریسم؛ راهبردی مؤثر در تحقق صلح عادلانه جهانی»، مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، دوره ۶، شماره ۳.
- * نمامیان، پیمان و شهبازی، مهدی و قنبری، امید (۱۴۰۱)، «بازپژوهی تعریف

تروریسم به عنوان جنایت سازمان یافته با گذشت دو دهه از حوادث تروریستی
 ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، تعالی حقوق، سال سیزدهم، شماره ۱.
 ب. انگلیسی

* Abrahamyan, L. (2023), **Major International Competition Funding and Money Laundering Risks**. European Journal of Sport Sciences, 2(5), 20–25. <https://doi.org/10.24018/ejsport.2023.2.5.86>

* Adams, Matthew. (2010), **Reflexive self or reflexivity**. **Encyclopedia of Identity** 10.4135/9781412979306.n201. reflexivity, Sage

* Adnan Tawfiq Wrikat, Anas Mohd. Yunus, Najihah Abd Wahid (2020), **The Role of International Non-Governmental Organizations in Combating Terrorism in the Middle East**, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, <http://dx.doi.org/10.6007/IJARBS/v10-i6/7307> DOI:10.6007/IJARBS/v10-i6/7307

* Bayle Emmanuel ,(2024), **Governance, Regulation and Management of Global Sport Organisations**. Published November 4, 2024 by Routledge, London, ISBN 9781032611198

* Büttner, Nicolas & Maennig, Wolfgang & Menßen, Marco. (2007), **Relationships between investment costs for infrastructure and for sport stadia: The case of the World Cup 2006 in Germany**. Zeitschrift für Verkehrswissenschaft. 78. 145-175.

* Chopra, S., & Pils, E. (2022), **The Hong Kong National Security Law and the Struggle over Rule of Law and Democracy in Hong Kong**. Federal Law Review, 50(3), 292-313. <https://doi.org/10.1177/0067205X221107410> (Original work published 2022)

* Frossard Stanislas, (2016), **Combating the risk of corruption in sport**, Global Corruption Report: Sport, Taylor & Francis eBooks ,lon-

don 2016

* Gammelsaeter, Hallgeir & Jakobsen, Stig-Erik. (2008), **Models of Organization in Norwegian Professional Soccer**. *European Sport Management Quarterly* - EUR SPORT MANAG Q. 8. 1-25. 10.1080/16184740701814365.

* Ganji, Sarath. (2022), **The Authoritarian's Guide to Football: The Reach and Repercussions of Qatar's Sports Empire**. *Journal of International Affairs*. 74. 37-62.

* Geeraert, Arnout (2020), **A rational choice perspective on good governance in sport: The necessity of rules of the game**. In *Good Governance in Sport*. Critical Reflections. Edited by Arnout Geeraert and Frank van Eekeren. London: Routledge, pp. 15–29

* Hilton, C. (2008), **Hitler's Olympics: The 1936 Berlin Olympic Games**. United Kingdom: Sutton.

* Levy, S. M. (2015), **Federal Money Laundering Regulation: Banking, Corporate, & Securities Compliance**, Wolters Kluwer.

* Ma, Jiazheng ,Guo, Bin , Yu, Yanghang. (2022), **Perception of Official Corruption, Satisfaction With Government Performance, and Subjective Wellbeing** -An Empirical Study From China, *Front. Psychol*, 13(4) ,PP1-16

* Makarenko, T. (2004), **The Crime-Terror Continuum: Tracing the Interplay between Transnational Organised Crime and Terrorism**. *Global Crime*, 6(1), 129–145. <https://doi.org/10.1080/1744057042000297025>

* Martin, S. (2004), **Football and Fascism: The National Game Under Mussolini**. United Kingdom: Berg Publishers.

* McCubbins, MD & Schwartz, T 1984, **‘Congressional oversight overlooked: Police patrols versus fire alarms’**, *American Journal of*

- Political Science, vol. 28, no. 1, pp. 165–179. doi:10.2307/2110792
- * Meijer, A (2014), **‘Transparency’**, in **M Bovens, RE Goodin & T Schillemans** (eds), *The Oxford handbook of public accountability*, University Press, Oxford, pp. 507–24.
- * Mertus, J., and Sajjad, T. (2008), **“Human Rights and Human Insecurity: The Contributions of US Counterterrorism.”** *Journal of Human Rights* 7:1-23
- * Olivera, Raí Souza Vieira, (2016), **Global Corruption Report: Sport**, Published by Routledge, London, ISBN 9781138905924, Published by Routledge, London, ISBN 9781138708310
- * Richards, A., Fussey, P., & Silke, A. (Eds.). (2010). **Terrorism and the Olympics: Major Event Security and Lessons for the Future** (1st ed.). Routledge. london .<https://doi.org/10.4324/9780203835227>
- * Robert A. Friedlander, (1981), **Terrorism and National Liberation Movements: Can Rights Derive from Wrongs**, 13 Case W. Res. J. Int'l L. 281 Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol13/iss2/2>
- * Sarı, İ. (2016), **The Nexus Between TERRORISM AND ORGANIZED CRIME; GROWING THREAT**. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(6), 463-503
- * Selliaas, A. (2005), **From internationalization of terrorism to the internationalization of anti-terrorism: The role of the Summer Olympic Games**. Norwegian Institute of International Affairs (NUPI). <http://hdl.handle.net/11250/2395415>
- * Sihombing, J. A. (2023), **Beneficial ownership: Transparency as an effort to prevent and eradicate money laundering and its impact on investment markets**. *Policy, Law, Notary and Regulatory Issues*, 2(3), 208-218.

- * Spivey, Nigel, (2004), **The Ancient Olympics**, Oxford University Press, 2004, New York
- * Swaine, L. (2016), **the origins of autonomy. history of political thought**, 37(2), 216–237. <http://www.jstor.org/stable/26228692>
- * Waite, D. Allen, D. (2003), **“Corruption and Abuse of Power in Educational Administration”**. The Urban Review, 35(4): 281-296.
- * Waly, G. (2021), **Global Report on Corruption in Sport**. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/Global_Report_on_Corruption_in_Sport_Full_report.pdf, last visit: 07-07-2024
- * Weisser, Bettina, (2016), **'Transnational Organised Crime and Terrorism'**, in Pierre Hauck, and Sven Peterke (eds), International Law and Transnational Organised Crime ; online edn, Oxford Academic) <https://doi.org/10.1093/law/9780198733737.003.0005>.

صلاحیت رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز؛ با تأکید بر آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

امید رستمی غازانی^۱

چکیده

قانون‌گذار در مواد ۲۱ و ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، رسیدگی به این دسته از جرائم را حسب مورد در صلاحیت دادگاه انقلاب، شعب تعزیرات حکومتی و یا دستگاه‌های کاشف دانسته است. به جهت ابهامات موجود در قانون مذکور و به ویژه تعریف قاچاق کالا و ارز موضوع بند الف ماده ۱ قانون؛ و کاربردهای متنوع واژه قاچاق در قانون مذکور، تعیین مرجع ذیصلاح جهت رسیدگی به بزه‌های مذکور در آن قانون، موضوع صدور آرای متعدد وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است. این مقاله با رویکرد توصیفی تحلیلی، به بررسی صلاحیت مراجع رسیدگی کننده در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور و تأثیر این دو بر یکدیگر پرداخته است. وجود تعارض در آرای وحدت رویه با یکدیگر و سیاست کیفری مورد نظر قانون‌گذار سبب گردید که در قانون‌گذار اصلاحیه سال ۱۴۰۰، به موجب تبصره ۵ ماده ۶۳ سعی در رفع ابهام نماید، لیکن هیأت عمومی دیوان عالی کشور مجدداً به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۳۹ مرجع ذیصلاح برای نگهداری مشروبات الکلی در حدود مصرف شخصی را در صلاحیت دادگاه کیفری دو دانست. این رأی افزون بر آن‌که معارض آراء قبلی صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور است، با مواد ۴۴، ۵۰ مکرر ۲ و تبصره ۵ ماده ۶۳ قانون نیز در تعارض است؛ لیکن باید حکم آن را منحصر به منظور رأی نموده و از تسری آن به دیگر موارد اجتناب کرد.

واژگان کلیدی: تعزیرات حکومتی، دادگاه انقلاب، دادگاه کیفری دو، دستگاه کاشف، صلاحیت، قاچاق کالا و ارز

۱. استادیار دانشگاه بین‌المللی اهل بیت (ع)

درآمد

امروزه در راستای تقویت کارآمدی سیاست جنایی، افتراقی شدن آن (و از جمله در عرصه آیین دادرسی کیفری) مورد توجه سیاست‌گذاران جنایی قرار گرفته است (پاک‌نیت، ۱۳۹۶: ۲۱). افتراقی شدن دادرسی کیفری به جهات مختلفی انجام می‌گیرد که ماهیت رفتار مجرمانه، از جمله آن‌ها است. بزه‌کاری اقتصادی از جمله مواردی است که سیاست‌گذاران جنایی با پیش‌بینی مقررات خاص به پاسخ‌دهی و رسیدگی ناظر به آن‌ها جنبه افتراقی داده‌اند (نیازپور، ۱۳۹۸: ۱۳). قاچاق کالا و ارز نیز به عنوان یکی از مصادیق بزه‌های اقتصادی به جهت ماهیت خاص خود مستلزم به‌کارگیری دادرسی افتراقی است (خلیلی پاجی و احمدی، ۱۴۰۲: ۱۲۰). آثار زیان‌بار بزه‌های اقتصادی به حدی است که دولت‌ها سعی دارند نهادهای قضایی و دادگاه‌های کیفری و قضات متخصص را برای رسیدگی به این بزه‌ها اختصاص دهند (مهدوی‌پور، ۱۳۹۵: ۲۶۹). قاچاق کالا و ارز به تصریح تبصره ماده ۳۶ و ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مشمول عنوان جرم اقتصادی است و در این راستا آیین رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز نیز به عنوان یکی از مصادیق بزه‌کاری اقتصادی تحت تأثیر رویکرد افتراقی حاکم بر جرائم اقتصادی است. با توجه به گستردگی ارتکاب و تنوع روش‌های ارتکاب بزه^۱ قاچاق کالا و ارز، این بزه اثرات منفی گسترده‌ای را در عرصه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی سبب شده است (سیف، ۱۳۸۷: ۸۱-۱۱۶) ویژگی‌های خاص جرم‌شناختی بزه قاچاق کالا و ارز سبب گردیده است که قانون‌گذار از همان بدو قانون‌گذاری در فرایند پاسخ‌دهی کیفری به این بزه، مقررات خاصی را متناسب با آن پیش‌بینی نماید که تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و اصلاحات بعدی آن نیز نمودی از استمرار این سیاست افتراقی است (پاک‌نیت، ۱۳۹۸: ۶۱۱؛ خلیلی پاجی و احمدی، ۱۴۰۲: ۱۱۹). یکی از نمودهای این سیاست افتراقی را می‌توان در پیش‌بینی مراجع اختصاصی تخصصی ویژه رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز دانست. مراجع اختصاصی ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز «رسیدگی به جرائم قاچاق

۱. با توجه به این‌که قاچاق کالا و ارز حسب مورد «جرم» و یا «تخلف» محسوب می‌شود، عبارت «بزه» قاچاق کالا و ارز در این مقاله ناظر به هر دوی آن‌ها است.

کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است. سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است...» این ماده ناظر به تعیین صلاحیت مراجع رسیدگی کننده در خصوص «جرائم قاچاق کالا و ارز» و «سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز» که تخلف محسوب می‌شوند، می‌باشد. در این جا پرسش‌های چندی مطرح می‌شود که اهم آن عبارت است از: گستره اعمال ماده ۴۴ در بحث تعیین صلاحیت جرائم و تخلفات مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تا کجاست؟ به تعبیر دیگر گستره مفهومی جرائم و تخلفات قاچاق کالا و ارز به چه میزان است؟ بسته به برداشت مضیق و یا موسع از مفهوم «بزه قاچاق» (اعم از جرم یا تخلف قاچاق)، دایره اعمال ماده ۴۴ نیز متفاوت خواهد بود. دلالت تبصره ۵ ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بر تسری بسیاری از احکام و آثار بزه قاچاق و از جمله حکم ماده ۴۴ مذکور، در خصوص جرائم و تخلفات موضوع قانون مذکور چه تأثیری بر صلاحیت مراجع اختصاصی مقرر در ماده ۴۴ دارد؟ آرای وحدت رویه صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز چه تأثیراتی داشته است؟ آیا آرای وحدت رویه صادره با سیاست کیفری مورد نظر قانون‌گذار منطبق است؟ آیا بین آرای وحدت رویه صادره هماهنگی وجود دارد؟ بر این اساس در مقاله حاضر، به صلاحیت مراجع رسیدگی کننده در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات قانون مذکور در سال ۱۴۰۰ و آراء وحدت رویه صادره پیش و پس از اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون پرداخته می‌شود. با عنایت به این که موضوع اساسی در بحث صلاحیت مراجع رسیدگی کننده به بزه قاچاق کالا و ارز، به ابهام در مفهوم قاچاق کالا و ارز برمی‌گردد، در انتهای مقاله به این موضوع نیز پرداخته خواهد شد.

۱. صلاحیت مراجع رسیدگی کننده به موجب قانون مبارزه با قاچاق کالا و

ارز

به موجب ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های قاچاق حسب مورد در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب و یا شعب تعزیرات حکومتی است و لیکن علاوه بر دو مرجع مذکور به موجب ماده ۲۱ قانون، دستگاه‌های کشف نیز در مواردی صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز را دارند. در ادامه به اختصار به بررسی صلاحیت دستگاه‌های کشف و شعب دادگاه انقلاب و تعزیرات حکومتی در رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز پرداخته می‌شود.

۱-۱. دستگاه کشف

به موجب بند ص ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دستگاه کشف، دستگاه اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری است که وظیفه مبارزه با قاچاق کالا و ارز و کشف آن را بر عهده دارد. ماده ۳۶ قانون نیز به نحو تمثیلی مصادیق دستگاه‌های کشف را بیان نموده است. همچنین به موجب تبصره این ماده «ضابطین نیز در حدود وظایف محوله قانونی خود کشف محسوب می‌شوند.» دستگاه‌های کشف علاوه بر وظیفه ذاتی خود در خصوص کشف بزه قاچاق کالا و ارز، در برخی از موارد صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز را نیز بر عهده دارند.

به موجب ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در صورتی که ارزش کالا و یا ارز موضوع ماده (۱۸) قانون، برابر تشخیص اولیه دستگاه کشف تا پنجاه میلیون ریال (پیش از اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون ده میلیون ریال) باشد با قید در صورت جلسه کشف، کالا توسط دستگاه کشف ضبط می‌شود. برخی از حقوق دانان واگذاری صلاحیت رسیدگی به دستگاه‌های کشف را از مزیت‌های این قانون دانسته‌اند؛ چرا که واگذاری صلاحیت رسیدگی پرونده‌های خُرد به دستگاه‌های کشف سبب می‌شود که دیگر مراجع صالح رسیدگی به بزه قاچاق، بر پرونده‌های مهم‌تر تمرکز داشته باشند (بهره‌مند، ۱۳۹۹: ۱۶۲). صلاحیت دستگاه‌های کشف در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز محدود به کالا و یا ارز موضوع ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است و از این‌رو «کالای ممنوع» مشمول حکم مقرر در ماده ۲۱

نمی شود.

۲-۱. دادگاه انقلاب

به موجب ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در پنج مورد قاچاق «جرم» تلقی شده و به تبع آن صلاحیت رسیدگی با دادگاه انقلاب است. موارد پنج گانه بعضاً تداخلاتی نیز با یکدیگر دارند، لیکن به هر حال در صورت صدق یکی از موارد مذکور، رسیدگی به پرونده در صلاحیت شعب دادگاه انقلاب است. موارد پنج گانه عبارت است از:

یکم، ارتکاب قاچاق به نحو سازمان یافته: قاچاق سازمان یافته در بند س ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تعریف شده است و حالتی است که قاچاق با برنامه ریزی و هدایت گروهی و تقسیم کار توسط یک گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم قاچاق، تشکیل یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم قاچاق منحرف شده است صورت می گیرد. در این موارد صرف نظر از ماهیت و ارزش کالا و یا ارز قاچاق، رسیدگی به پرونده در صلاحیت دادگاه انقلاب است.^۱

دوم، ارتکاب قاچاق توسط قاچاقچی حرفه ای: مطابق بند ش ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصلاحی سال ۱۴۰۰ «قاچاقچی حرفه ای: شخصی است که بیش از سه بار مرتکب قاچاق شود، اعم از این که در هر مرتبه تعقیب شده یا نشده باشد و ارزش کالا یا ارز قاچاق در هر مرتبه بیش از یک صد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد.»؛ بنابراین کسی که حداقل سه بار (به صورت تعدد مادی و یا تکرار) مرتکب قاچاق کالا و یا ارز شده باشد و برای مرتبه چهارم مرتکب قاچاق شود، مشمول عنوان قاچاقچی حرفه ای شده و رسیدگی به اتهام او در صلاحیت دادگاه انقلاب است.

سوم، قاچاق کالای ممنوع: به موجب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، کالا به سه نوع «مجاز»، «مجاز مشروط» و «ممنوع» تقسیم می شود. مطابق بند ث ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز «کالای ممنوع: کالایی که صدور یا ورود آن به موجب

۱. برای ملاحظه مفهوم و آثار افتراقی حاکم بر قاچاق کالا و ارز سازمان یافته بنگرید به: رستمی غازی و رحمانی فرد، ۱۴۰۱.

قانون ممنوع است.» آن‌گونه که رأی وحدت رویه شماره ۷۳۶ مورخ ۱۳۹۳/۹/۴ نیز مقرر داشته، رسیدگی به قاچاق کالای ممنوع به نحو مطلق و صرف نظر از ارزش آن در صلاحیت دادگاه انقلاب است.

چهارم، قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس: به موجب مواد ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصدیقی از قاچاق پیش‌بینی شده است که مشمول عنوان «کالای ممنوع» نیستند، لکن قانون‌گذار در جهت تشدید برخورد با آن‌ها، بدون آن‌که آن‌ها را در حکم قاچاق کالای ممنوع قرار دهد، صرفاً مجازات کالای ممنوع را برای آن‌ها پیش‌بینی نموده است. در این موارد در صورتی که مجازات قاچاق ارتكابی مشمول بندهای الف و یا ب ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز^۱ قرار گیرد (یعنی در صورتی که ارزش کالای قاچاق تا یک صد میلیون ریال باشد)، در این صورت رسیدگی به آن در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی است، لیکن در صورتی که مورد مشمول بندهای پ و یا ت ماده ۲۲ قرار بگیرد، به جهت پیش‌بینی مجازات حبس برای آن، رسیدگی به پرونده در صلاحیت دادگاه انقلاب است.

پنجم، قاچاق کالا و ارز مستلزم انفصال از خدمات دولتی: با ملاحظه قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در دو مورد برای قاچاق کالا و ارز مجازات انفصال پیش‌بینی شده است. مورد نخست قاچاق ارتكابی توسط کارکنان دستگاه‌ها و سازمان‌های مؤثر در امر مبارزه با قاچاق کالا و ارز است. به موجب ماده ۳۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در صورتی که مأموران دستگاه‌های کشف یا وصول درآمدهای دولت و به‌طور کلی کارکنان تمامی دستگاه‌ها و سازمان‌های مؤثر در امر مبارزه با قاچاق کالا و ارز، خود مرتکب قاچاق شوند و یا شرکت یا معاونت در ارتكاب نمایند، علاوه بر

۱. ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: «هر کس مرتکب قاچاق کالای ممنوع گردد یا کالای ممنوع قاچاق را نگه‌داری یا حمل نماید یا بفروشد، علاوه بر ضبط کالا به شرح زیر و مواد (۲۳) و (۲۴) مجازات می‌شود: الف - در صورتی که ارزش کالا تا ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد، به جزای نقدی معادل دو تا سه برابر ارزش کالای ممنوع قاچاق؛ ب - در صورتی که ارزش کالا از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) تا یک صد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد به جزای نقدی معادل سه تا پنج برابر ارزش کالای ممنوع قاچاق؛ پ - در صورتی که ارزش کالا از یک صد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) تا یک میلیارد (۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد به بیش از شش ماه تا دو سال حبس و به جزای نقدی معادل پنج تا هفت برابر ارزش کالای ممنوع قاچاق؛ ت - در صورتی که ارزش کالا بیش از یک میلیارد (۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد به دو سال تا پنج سال حبس و به جزای نقدی معادل هفت تا ده برابر ارزش کالای ممنوع قاچاق.»

مجازات قاچاق مقرر در این قانون به مجازات مختلس نیز محکوم می‌شوند.^۱ با توجه به این که مرتکب موضوع این ماده به مجازات مختلس نیز محکوم می‌شود^۱ و اختلاس مستلزم محکومیت به حبس و انفصال است، قاچاق ارتكابی هم از حیث مجازات حبس و هم از حیث مجازات انفصال در صلاحیت دادگاه انقلاب است.

مورد دیگری که در قانون برای آن مجازات انفصال پیش‌بینی شده است، در خصوص قاچاق ارتكابی توسط اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیردولتی است. در این حال «چنانچه شخص حقوقی، وابسته به دولت یا مأمور به خدمات عمومی باشد، مرجع رسیدگی کننده، کارکنان و مدیران مرتکب قاچاق را علاوه بر مجازات‌های مربوط حسب مورد به محرومیت یا انفصال دایم یا موقت از خدمات دولتی و عمومی غیردولتی محکوم می‌نماید.» (تبصره ۲ ماده ۶۷ قانون) مطابق این تبصره مرجع رسیدگی کننده حسب مورد یکی از مجازات‌های شغلی «محرومیت»، «انفصال دایم» و یا «انفصال موقت» را انتخاب می‌کند. ماده ۴۴ در تعیین صلاحیت دادگاه انقلاب مطلق انفصال (اعم دایم یا موقت) را موجب صلاحیت دادگاه انقلاب می‌داند.

افزون بر صلاحیت‌های پنج‌گانه مذکور، به موجب قسمت اخیر ماده ۴۴ قانون یک مورد صلاحیت اضافی برای دادگاه انقلاب پیش‌بینی شده است. «... چنانچه پرونده‌ای، متهمان متعدد داشته و رسیدگی به اتهام یکی از آنان در صلاحیت مرجع قضایی باشد، به اتهامات سایر اشخاص نیز در این مراجع رسیدگی می‌شود.»؛ بنابراین در مواردی که به عنوان نمونه بر یکی از متهمان صدق عنوان قاچاقچی حرفه‌ای شود، رسیدگی به تخلفات سایر متهمان آن پرونده نیز در صلاحیت دادگاه انقلاب است.

برخی از حقوق‌دانان قائل بر این هستند که در فرض عدم تشکیل دادگاه انقلاب به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۷۶، دادگاه عمومی صلاحیت رسیدگی به

۱. با توجه به رویکرد افتراقی تشدید قانون‌گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و پیش‌بینی مجازات‌های شدید برای بزه قاچاق، محکوم نمودن مرتکبان قاچاق موضوع ماده ۳۵ قانون علاوه بر مجازات‌های مقرر برای خود قاچاق، به مجازات اختلاس موجب تشدید بیش از حد مجازات این مرتکبان می‌شود، بالأخص این که تشدید مجازات مندرج در ماده ۳۵ مقید به سوء استفاده از موقعیت شغلی مرتکب نیز نشده است.

جرم قاچاق را دارد (ناجی‌زواره، ۲/۱۳۹۵: ۲۹-۳۰؛ ثروتی بی‌نیاز و جعفری، ۱۳۹۹: ۳۶). این دیدگاه در زمان حاکمیت قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴ مستند به تبصره ۱ ماده ۴ و ماده ۲ دستورالعمل^۱ آن بود و لیکن با نسخ این قانون به موجب ماده ۷۷ (۷۸ فعلی) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، دستورالعمل مربوط به این قانون و رأی وحدت رویه مذکور نیز نسخ شده است و در شرایط کنونی از این حیث مبنایی برای صلاحیت دادگاه‌های کیفری عمومی وجود ندارد.

از آنجایی که صلاحیت ذاتی شخصی بر صلاحیت ذاتی موضوعی تقدم دارد، (خالقی، ۱۳۸۵: ۲۸۳) و با توجه به عدم پیش‌بینی موضوع تعارض صلاحیت ذاتی موضوعی و صلاحیت ذاتی شخصی در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مطابق ماده ۵۱ این قانون، می‌بایست به قانون آیین دادرسی کیفری رجوع نمود و نتیجه این امر تفوق صلاحیت دارای صلاحیت ذاتی شخصی مانند دادرسی و دادگاه ویژه روحانیت بر صلاحیت ذاتی موضوعی مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است.

در این جا لازم به ذکر است که هر چند به موجب بند ۱۰ ماده ۱۲ قانون شوراها حل اختلاف مصوب ۱۴۰۲ رسیدگی به «جرائم عمدی تعزیری مستوجب مجازات درجه هفت و هشت» در صلاحیت دادگاه صلح می‌باشد و لیکن با توجه رویکرد قانون‌گذار در انحصار رسیدگی به بزه قاچاق در مراجع اختصاصی مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، حکم مقرر در ماده ۱۲ قانون مذکور مخصص صلاحیت دادگاه انقلاب نیست؛ چرا که به موجب ماده ۵۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، صرفاً در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون امکان رجوع به قانون آیین دادرسی کیفری وجود دارد و با وحدت ملاک می‌توان حکم آن را به قوانین دیگر مربوط به دادرسی نیز تسری داد و در نتیجه به جهت پیش‌بینی مراجع صالح برای رسیدگی به بزه قاچاق در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مجالی برای رجوع به

۱. ماده ۲ دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز موضوع تبصره ۱ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز: «در شهرستان‌ها و بخش‌هایی که دادگاه انقلاب تشکیل نشده است دادگاه‌های عمومی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز رسیدگی خواهند نمود.» البته لازم به ذکر است که به استناد ۱۵۹ قانون اساسی تعیین صلاحیت دادگاه‌ها منوط به حکم قانون است و پیش‌بینی صلاحیت به موجب دستورالعمل محل اشکال است.

قوانین دیگر نیست. به تغییر دیگر با توجه به حکم خاص مقرر برای رسیدگی به بزه قاچاق در ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مجالی برای رجوع به مقررات عام در خصوص صلاحیت مراجع رسیدگی کننده وجود ندارد.

۳-۱. شعبه تعزیرات حکومتی

غیر از موارد مذکور در صلاحیت دادگاه انقلاب و غیر از موارد شمول ماده ۲۱ قانون، «... سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است...». (ماده ۴۴)؛ بنابراین در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، عمده صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های متشکله به مراجع غیر قضایی واگذار شده به‌طوری که برخی معتقدند در این خصوص جعل اصل صورت گرفته است؛ چرا که قانون‌گذار عمده مصادیق را تخلف محسوب کرده و موارد جرم‌انگاری شده بسیار محدود است و این موضوع از عبارت قسمت دوم ماده ۴۴ قانون قابل استنباط است (صفاری و اجتهادی، ۱۳۹۶: ۱۹).

۳-۲. صلاحیت رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز در آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور پیش از اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون

با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۲ و اصلاحات بعدی آن، ماده ۴۴ قانون که بیان‌گر صلاحیت مراجع رسیدگی کننده به بزه قاچاق کالا و ارز می‌باشد، به جهت وجود ابهاماتی و از جمله حدود مفهوم «جرائم قاچاق کالا و ارز» مبنای صدور آرای متعدد وحدت رویه دیوان عالی کشور قرار گرفت. برخی بر این نظر هستند که مطابق تعریف قانونی قاچاق در بند الف ماده ۱ قانون، عنوان قاچاق کالا و ارز، صراحتاً و منحصراً وارد و یا خارج ساختن کالا و ارز را شامل می‌شود و بر این اساس با وجود این که رفتارهایی مانند حمل و نگهداری کالای قاچاق هم ممکن است به مانند قاچاق مجازات داشته باشند و لیکن احکام قاچاق بر آن‌ها جاری نمی‌شود؛ در نتیجه، عبارات ماده ۴۴ قانون در خصوص تعیین مرجع صالح را نیز باید در پرتو بند الف ماده ۱ همین قانون که حاکم بر کل مواد آن است تفسیر نمود و آن را منصرف از مواردی مانند حمل و نگهداری دانست (خالقی، ۱۳۹۷: ۲/۷۷). در همین راستا برخی دیگر حتی حمل ارز قاچاق را (با وجود صراحت بند خ سابق ماده ۲ قانون) مشمول قاچاق نمی‌دانستند (ثروتی بی‌نیاز و جعفری، ۱۳۹۹: ۴۲)؛ البته

در مقابل برخی دیگر بر این نظر هستند که «در شرایط فعلی تعریف قاچاق صرفاً ناظر به مبادی ورودی و خروجی و مرزهای جغرافیایی نمی‌گردد، بلکه نگهداری و توزیع و حمل کالای فاقد مجوز قانونی در داخل کشور نیز قاچاق محسوب می‌شود.» (صفاری، علی، اجتهادی، سیدعبدالمجید، سلامت، رضا و حیدری، غلامحسین، ۱۳۹۷: ۱) این ابهام و آثار مهم مترتب بر آن از جمله در خصوص صلاحیت مراجع کیفری سبب شد که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در چند مورد سعی در تبیین قلمرو بزه قاچاق کالا و ارز نماید.

۲-۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۳۶

رأی وحدت رویه شماره ۷۲۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، با توجه به تعریف قاچاق سلاح، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل مذکور در ماده ۱ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰/۰۶/۰۷ مقرر نمود که «... خرید و فروش، حمل و نقل، مخفی کردن و نگاه داشتن سلاح، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل به‌طور غیرمجاز از شمول عنوان قاچاق خارج و رسیدگی به این جرائم در صلاحیت دادگاه عمومی است.» هر چند این رأی خارج از موضوع بحث این مقاله است و لیکن نکته حایز اهمیت آن است که برخی از حقوق‌دانان با وحدت ملاک، مفاد آن را در خصوص بزه‌های موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز صادق می‌دانند (آقازاده، ۱۳۹۵: ۹۷) و در ادامه نیز دیوان عالی کشور در برخی از آرای صادره در خصوص بزه‌های موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بر این مبنا رأی صادر نموده است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور درباره صلاحیت دادگاه‌های انقلاب و یا تعزیرات حکومتی در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالای ممنوع مشمول بندهای الف و ب ماده ۲۲ قانون که (علاوه بر ضبط کالا) مجازات جزای نقدی نسبی برای آن‌ها پیش‌بینی شده است، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۳۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۴، مطلق رسیدگی به قاچاق کالای ممنوع (صرف نظر از نوع و میزان مجازات آن) را در صلاحیت دادگاه انقلاب دانست. «... رسیدگی به بزه قاچاق کالاهای ممنوع ... مطلقاً در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است ...» نکته مهم در این رأی آن است که برخی از آرای صادره از محاکم که مبنای ایجاد اختلاف و طرح موضوع در هیأت

عمومی دیوان عالی کشور شده است، بحث نگه‌داری مشروبات الکلی است و این در حالی است که هر چند برخی از حقوق‌دانان قائل به تخصیص حکم ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به موجب ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) و در نتیجه صلاحیت محاکم عمومی بودند (خالقی، ۱۳۹۷/۲: ۷۶) و لیکن دیوان حکم نگه‌داری مشروب الکلی را به مانند واردات آن به کشور دانسته و از حیث تعیین صلاحیت، ماده ۴۴ را در این خصوص حاکم دانسته است.

۲-۲. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۹

در ادامه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۴۹ مورخ ۹۵/۰۱/۲۴ در موضوع حل تعارض آراء در خصوص صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی و یا شعب دادگاه‌های عمومی در خصوص حمل چوب و هیزم و ذغال حاصل از درختان جنگلی ورود پیدا کرد و بیان داشت: «نظر به این‌که حمل چوب و هیزم و ذغال حاصل از درختان جنگلی به شرحی که در ماده ۴۸ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع آمده ممنوع است، و با عنایت به این‌که قانون مجازات مرتکبان قاچاق که ماده مذکور مجازات مرتکبان عمل را به آن احاله کرده است، طبق ماده ۷۷ [۷۸ فعلی] قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳ نسخ شده است؛ بنابراین با توجه به مقررات ماده ۱۸ آن قانون، عمل ارتكابی تخلف محسوب می‌شود و رسیدگی به آن طبق ماده ۴۴ قانون مذکور در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است...». هیأت عمومی دیوان با ارجاع موضوع به ماده ۱۸ (و نه ماده ۲۲) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ضمن تخلف (و نه جرم) تلقی نمودن رفتار مرتکب و پیش‌بینی صلاحیت برای شعب تعزیرات حکومتی (و نه دادگاه انقلاب) بر این نظر می‌باشد که قاچاق موضوع ماده ۴۸ فوق‌الذکر مشمول عنوان قاچاق کالای ممنوع نمی‌باشد. در این جا هر چند موضوع حمل چوب و هیزم و ذغال حاصل از درختان جنگلی خارج از تعریف مضیق قاچاق (ورود و صدور کالا) می‌باشد و لیکن دیوان این رفتار را قاچاق تلقی نموده (محسنی، ۱۳۹۶: ۱۰۳) و در نتیجه به موجب ماده ۴۴ قانون رسیدگی به آن را در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی دانسته است. البته در ادامه در اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون، قانون‌گذار با وضع ماده ۲۵ مکرر به نوعی مهر تأیید بر رأی وحدت رویه مذکور نهاد.

۳-۲. رأی وحدت رویه شماره ۷۵۱

در ادامه دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۵۱ مورخ ۱۳۹۵/۵/۵ به موضوع تعارض آراء در صلاحیت مربوط به نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره پرداخت. در یکی از پرونده‌هایی که سبب صدور رأی وحدت رویه فوق‌الذکر شده است، موضوع نگهداری ۴ عدد رسیور مطرح بوده که شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور آن را مشمول ماده ۹ قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت از ماهواره و در نتیجه در صلاحیت دادگاه عمومی دانست ولی در پرونده‌های دیگری که آن‌ها نیز مربوط به نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره بود، شعب سبی و دوم و چهاردهم دیوان به صلاحیت دادگاه انقلاب رأی داده بودند که در نهایت دیوان نظر به صلاحیت دادگاه عمومی داد. موضوع اصلی اختلاف در این جا ناشی از آن بود که مطابق ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مطلق نگهداری کالای ممنوع قاچاق (و از جمله تجهیزات دریافت از ماهواره) و همچنین مطابق ماده ۹ قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت از ماهواره، مطلق نگهداری (اعم از داخلی و خارجی) جرم است و در نتیجه این سؤال مطرح می‌شود که نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره قاچاق مشمول کدام یک از مقررات فوق می‌شود، بسته به نوع پاسخ، احکام مترتب بر موضوع نیز (و از جمله صلاحیت) متفاوت می‌شود. در این راستا هیأت عمومی دیوان عالی کشور مقرر داشت که: «هر چند تجهیزات دریافت از ماهواره طبق تبصره ۴ ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳ از مصادیق کالای ممنوع است، لکن نگهداری آن، اگر چه عملی مجرمانه و مستوجب مجازات است، ولی با توجه به معنای خاص قاچاق به شرحی که در بند الف ماده ۱ قانون مورد اشاره آمده و تمیزی که قانون‌گذار بین عناوین مذکور در قانون یاد شده قایل شده است، داخل در عنوان قاچاق نبوده و به همین جهت از حیث صلاحیت دادگاه، مشمول حکم مقرر در ماده ۴۴ آن قانون نمی‌باشد...»، لیکن اشکالی که به دیدگاه دیوان وارد می‌باشد آن است که در اصلاحات سال ۱۳۹۴ قانون‌گذار با افزودن عبارتی به قسمت انتهایی تبصره ماده ۲۲ بیان داشت «...ساخت تجهیزات دریافت از ماهواره نیز مشمول مجازات‌ها و احکام مقرر برای این ماده می‌باشد.» در حالی که قانون‌گذار می‌بایست این را در قالب اصلاحیه قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت از ماهواره می‌آورد (و با این حال

در اصلاحیه قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز آورده است) و لیکن قانون‌گذار حکم ساخت تجهیزات دریافت از ماهواره را مشمول مجازات‌ها و احکام مقرر در ماده ۲۲ (و از جمله از حیث صلاحیت) دانسته است و نتیجه آن می‌شود که ظاهراً حکم مصادیق جرائم مقرر در ماده ۲۲ اصولاً یکسان می‌باشد که قانون‌گذار حکم ساخت را به آن‌ها ارجاع داده است و منطقی نیست که قانون‌گذار حکم ساخت را به موضوعات مختلفی که دارای احکام متفاوت هستند ارجاع بدهد. نکته جالب‌تر آن‌که در رأی شماره ۷۵۱ در حالی که هیأت عمومی دیوان عالی کشور استدلال می‌کند که نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره داخل در شمول تعریف قاچاق (مذکور در بند الف ماده ۱ قانون) نیست و لیکن از حیث صلاحیت آن را مشمول حکم ماده ۴۴ نمی‌داند، در حالی که مقتضای استدلال این بود که با فرض پذیرش آن تمامی احکام افتراقی قاچاق بر نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره بار نشود.

۴-۲. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۹

در ادامه رأی وحدت رویه شماره ۸۰۹ مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در موضوع حل تعارض آراء در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و انقلاب در موضوع نگهداری مشروبات الکلی بیان می‌دارد که «با عنایت به تعریف «قاچاق کالا» در بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی و تفکیک عناوین «قاچاق» و «نگهداری کالای قاچاق» در مواد دیگر این قانون از جمله ماده ۲۲ آن، صرف نگهداری مشروبات الکلی خارجی گرچه به عنوان یکی از مصادیق کالای ممنوع جرم و مستوجب مجازات مقرر در ماده ۲۲ قانون یاد شده است، اما از حیث صلاحیت از شمول ماده ۴۴ همین قانون خارج است. بر این اساس و با توجه به ماده ۳۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی و استثنایی بودن صلاحیت دادگاه انقلاب، رسیدگی به بزه یاد شده در صلاحیت دادگاه کیفری دو است ...» در این رأی دیوان عالی کشور با تفکیک بین دو عنوان «قاچاق» و «نگهداری کالای قاچاق»، صلاحیت دادگاه انقلاب را منحصر به قاچاق مشروبات الکلی دانسته است. با توجه به اصل بودن صلاحیت دادگاه کیفری ۲ در رسیدگی به جرائم و استثنایی بودن صلاحیت دادگاه انقلاب، دیوان حکم مقرر در ماده ۴۴ را تفسیر مضیق نموده و در نتیجه در خصوص موضوع

نگهداری مشروبات الکلی، حکم به صلاحیت دادگاه کیفری ۲ داده است و این در حالی است که در مواردی مانند ماده ۶۵ پیشین (پیش از اصلاح سال ۱۴۰۰) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز رفتار شخص نگهداری کننده کالای قاچاق، واجد وصف قاچاق دانسته شده است.

۳. صلاحیت مراجع رسیدگی کننده در اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون

با صدور آرای وحدت رویه شماره ۷۵۱ و ۸۰۹ در خصوص صلاحیت دادگاه کیفری دو برای رسیدگی به جرم نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره و نگهداری مشروبات الکلی، این امر مباحثی را در نزد کنشگران سیاست کیفری مبارزه با قاچاق کالا و ارز ایجاد نمود. از یک سو به باور بسیاری از کنشگران مبارزه با قاچاق کالا و ارز از یک سو، این آراء در تعارض با آرای وحدت رویه سابق صادره از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور و بالأخص رأی شماره ۷۳۶ بوده و از سوی دیگر آرای مذکور در تعارض با روح حاکم بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بود. لیکن، با توجه به لازم‌الاتباع بودن آرای وحدت رویه صادره این سؤال مطرح گردید که آیا آرای وحدت رویه مذکور به صورت مطلق رفتارهایی مانند نگهداری، حمل و فروش را از شمول احکام افتراقی قاچاق خارج می‌نماید و یا این که با ارائه تفسیری مضیق از آرای فوق‌الذکر می‌بایست حکم آن‌ها را محدود به موارد خاص ناظر به منصوص آن آراء نمود؟ با توجه به این که ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، خود رأی وحدت رویه را در موارد مشابه لازم‌الاتباع می‌داند، در نتیجه استدلال و منطق حقوقی حاکم بر رأی وحدت رویه الزامی را برای تبعیت ایجاد نمی‌نماید.

به هر حال با توجه به این که در عمل هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه صلاحیت رسیدگی به برخی از جرائم را از صلاحیت دادگاه انقلاب خارج نموده و در خصوص تسری احکام ماهوی و شکلی افتراقی قاچاق بر رفتارهایی مانند حمل، نگهداری، عرضه و فروش تردیدها و شبهاتی را ایجاد نمود، مجلس شورای اسلامی از فرصت اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بهره گرفته و سعی در اعاده صلاحیت دادگاه انقلاب و رفع تردیدها و ابهامات ناشی از آرای وحدت رویه سابق‌الذکر نمود.

۳-۱. فرایند تقنین تمرکز صلاحیت رسیدگی به شعب دادگاه انقلاب و

تعزیرات حکومتی

بر این اساس مجلس در مصوبه مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۹ در جهت رفع اثر از آرای وحدت رویه صادره از دیوان عالی کشور در ضمن اصلاح ماده ۴۴ قانون، پیش‌بینی نمود که «... سایر جرائم و تخلفات موضوع این قانون نظیر حمل، نگهداری، عرضه و فروش کالا یا ارز قاچاق در صورتی که مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی یا مربوط به کالاهای ممنوع باشد، در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب و در غیر این صورت در صلاحیت شعب ویژه رسیدگی به تخلفات قاچاق کالا و ارز سازمان تعزیرات حکومتی است ...» در واقع قانون‌گذار به جای اصلاح تعریف قاچاق مقرر در بند الف ماده ۱ قانون، با اصلاح ماده ۴۴ در صدد آن برآمد که مجدداً بر صلاحیت رسیدگی به جرائم (و تخلفات) موضوع ابهام در مراجع اختصاصی مذکور در ماده ۴۴ تأکید نماید.

با ارسال مصوبه برای اظهار نظر شورای نگهبان، این شورا در بند ۲۰ نظریه شماره ۱۳۹۹/۹/۱ مورخ ۹۹/۱۰/۲۰۶۶۷ اعطای صلاحیت به سازمان تعزیرات حکومتی برای رسیدگی به مواردی که دارای ماهیت قضایی است را مغایر با اصل ۱۵۶ قانون اساسی و بند ۵ سیاست‌های کلی قضایی و در نتیجه مغایر بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص داد. این اظهار نظر شورای نگهبان بدین معنا بود که هر چند عمده شاکله ماده ۴۴ مصوب مجلس به مانند ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ که قبلاً موفق به اخذ تأییدیه شورای نگهبان شده بود، می‌باشد و لیکن شورای نگهبان به نوعی از نظر پیشین خویش عدول نموده و اجمالاً واگذاری صلاحیت رسیدگی به تخلفات به شعب تعزیرات حکومتی را در تعارض با اصول قانون اساسی می‌داند. با توجه به این که ماده ۴۴ سابق التصویب اعتبار قانون لازم‌الاجراء را داشته و نظر مجلس بر استمرار صلاحیت رسیدگی به جرائم و تخلفات قاچاق در شعب دادگاه انقلاب و تعزیرات حکومتی بود، مجلس با صرف نظر نمودن از اصلاح ماده ۴۴ در صدد رفع ایرادات و ابهامات ناشی از آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور به شکل دیگری برآمد. مجلس در جهت انجام اصلاحات مورد نظر خود (به عنوان جایگزین اصلاح ماده ۴۴)، اقدام به تصویب تبصره ۵ ماده

۶۳ قانون و تسری احکام قاچاق کالا و ارز در خصوص سایر جرائم و تخلفات مقرر در این قانون نمود که این بار با ایراد شورای نگهبان مواجه نگردیده و این مصوبه لازم‌الاجراء گردید.

۲-۳. تسری صلاحیت شعب دادگاه انقلاب و تعزیرات حکومتی به تمامی

جرائم و تخلفات مقرر در قانون

به موجب تبصره ۵ ماده ۶۳ قانون «احکام، آثار و مجازات‌های قاچاق مذکور در مواد ... (۳۸) الی (۵۰) ... این قانون و تبصره‌های این مواد، در مورد همه جرائم و تخلفات موضوع این قانون ... جاری است.» قانون‌گذار در این تبصره به مفهوم «جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» اشاره دارد و جز در موارد کاملاً استثنایی (مانند تبصره ۴ ماده ۶۵) احکام حاکم بر جرم و یا تخلف قاچاق را در خصوص دیگر جرائم و تخلفات مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز جاری می‌داند. البته با این مصوبه تردید به وجود آمده ناشی از آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور به نحو کامل برطرف نمی‌شود، لیکن اجمالاً رفتارهایی مانند نگهداری کالای قاچاق یا داخل در عنوان قاچاق کالا و ارز است که در این صورت ماده ۴۴ مستقیماً مرجع ذیصلاح برای رسیدگی را مشخص نموده است و یا این‌که با فرض عدم شمول عنوان قاچاق بر این رفتارها، آن‌ها مشمول عنوان «جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» بوده و در نتیجه حکم مقرر در ماده ۴۴ قانون در خصوص صلاحیت دادگاه انقلاب و شعب تعزیرات حکومتی به صورت غیر مستقیم و با واسطه تبصره ۵ ماده ۶۳ بر آن‌ها جاری می‌شود.

علاوه بر تبصره ۵ ماده ۶۳ قانون‌گذار در ماده ۵۰ مکرر ۲ نیز تصریح می‌نماید که «در صورتی که در راستای ارتکاب جرائم و تخلفات موضوع این قانون، جرائم رشاء، ارتشاء، جعل، استفاده از سند مجعول، اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و یا تمرد مسلحانه نیز ارتکاب یافته باشد، به تمامی جرائم و تخلفات ارتكابی موضوع این قانون به همراه جرائم مرتبط فوق در دادسرا و دادگاه انقلاب رسیدگی می‌شود.» سه نکته مهم از این ماده قابل استنباط است. اول آن‌که، مستنبط از این ماده آن است که جرائم موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (صرف نظر از قاچاق و غیر آن) در دادگاه انقلاب رسیدگی می‌شود و این امر هم‌راستای با ماده ۴۴ و

تبصره ۵ ماده ۶۳ قانون است. دوم آن‌که، در صورتی که به همراه یکی از جرائم موضوع این قانون (اعم از قاچاق و غیر آن) یکی از جرائم مذکور در این ماده واقع گردد، در این صورت برخلاف حکم مقرر در مواد ۳۱۳ و ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری که رسیدگی به اتهامات متعدد متهم با رعایت صلاحیت ذاتی صورت می‌گیرد، قانون‌گذار صلاحیت اضافی برای دادگاه انقلاب در نظر گرفته و رسیدگی به همه اتهامات در صلاحیت دادگاه انقلاب است. سوم آن‌که، از آنجایی که به موجب ماده ۴۴ و تبصره ۵ ماده ۶۳ رسیدگی به تخلفات موضوع این قانون (اعم از قاچاق و غیر آن) در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی است، اگر این تخلفات به همراه یکی از جرائم مذکور در این ماده ارتکاب یابد، رسیدگی به تخلف مذکور از صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی خارج و به تخلف موضوع این قانون به همراه جرم مذکور در این ماده توأمان در شعب دادگاه انقلاب رسیدگی می‌شود.

۴. صلاحیت رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز در رأی وحدت رویه شماره

۸۳۹

با وجود رفع نسبی ابهامات موجود در اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون، با این حال هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۳۹ مورخ ۱۴۰۲/۰۹/۱۴ مقرر نمود که «...حکم مقرر در ماده ۴۴ این قانون در خصوص صلاحیت دادگاه انقلاب، صرفاً ناظر به جرم قاچاق با همان تعریف در این قانون است و به مواردی که اشخاص، مرتکب نگهداری کالای قاچاق از جمله مشروبات الکلی خارجی به صورت جزئی می‌شوند و از مصادیق قاچاق کالا نباشد، تسری ندارد... رسیدگی به بزه نگهداری مشروبات الکلی خارجی با توصیف فوق در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد...» بر این اساس هیأت عمومی دیوان عالی کشور مجدداً بین مفهوم قاچاق کالا و نگهداری کالای قاچاق قائل به تفکیک شده و مرجع ذیصلاح جهت رسیدگی به این دو بزه را متفاوت می‌داند.

مطابق رأی وحدت رویه ۸۳۹ مواردی که دادگاه کیفری دو صلاحیت رسیدگی به آن‌ها را دارد ناظر به اتهام «نگهداری کالای قاچاق از جمله مشروبات الکلی خارجی به صورت جزئی» است، مشروط به این‌که از مصادیق قاچاق کالا نباشد. البته در این‌جا این سؤال مهم مطرح می‌گردد که در حالی که در آرای وحدت رویه صادره

سابق مانند رأی وحدت رویه ۸۰۹ قید جزئی بودن نگهداری وجود نداشته است، دلیل افزوده شدن این قید چیست؟ اگر دیوان نظر مسلم و قاطعی در خصوص تمایز قاجاق و نگهداری کالای قاجاق داشته است، مبنای افزوده شدن قید جزئی که فاقد مستند قانونی است چه می‌باشد؟

در بخشی از رأی وحدت رویه ۸۳۹ دیوان عالی کشور بیان داشته است که «... ذکر کلمه «احکام» در تبصره ۵ الحاقی به ماده ۶۳ همان قانون (مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۱۰) مفید تعیین «صلاحیت» نمی‌باشد و ناسخ رأی وحدت رویه شماره ۸۰۹ به تاریخ ۱۴۰۰/۱/۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیست. در این گونه موارد طبق ماده ۵۱ قانون یاد شده و مقررات قانون آیین دادرسی کیفری اقدام می‌گردد. در نتیجه رسیدگی به بزه نگهداری مشروبات الکلی خارجی با توصیف فوق در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد...» در این قسمت از رأی وحدت رویه، دیوان در صدد اعتباربخشی مجدد به رأی وحدت رویه شماره ۸۰۹ بوده است و لیکن نکته مهم آن است که در این رأی، مطلق نگهداری مشروبات الکلی از شمول صلاحیت دادگاه انقلاب خارج دانسته شده است، لیکن در رأی وحدت رویه شماره ۸۳۹ نگهداری جزئی در صلاحیت دادگاه کیفری دو دانسته شده است و بر این اساس بین این دو رأی تعارض وجود دارد. هر چند که رأی شماره ۸۳۹ با بیان این که «رسیدگی به بزه نگهداری مشروبات الکلی خارجی با توصیف فوق در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد» و با توجه به این که توصیف فوق از جمله شامل وصف جزئی بودن آن است، به نوعی دیوان عالی کشور رأی شماره ۸۰۹ را مقید به جزئی بودن نگهداری کرده است. با توجه به مطالب مطروحه در رأی شماره ۸۳۹، برخلاف آرای وحدت رویه سابق و از جمله رأی پیش گفته، صرفاً نگهداری جزئی از شمول صلاحیت مقرر در قانون قاجاق خارج گردیده و در صلاحیت دادگاه کیفری دو دانسته شده است. در ادامه به بررسی و نقد دلایل و استدلالات مذکور در رأی وحدت رویه ۸۳۹ و نیز دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۶۳۹۰۰۰۷۲۹۹۱۲ مورخ ۱۴۰۱/۰۹/۲۹ شعبه بیستم دیوان عالی کشور که مبنای رأی وحدت رویه مذکور است، پرداخته می‌شود.

۴-۱. تعیین صلاحیت محاکم به موجب قانون

امروزه اصل قانونی بودن حقوق کیفری، شامل قانونی بودن دادرسی‌های کیفری نیز می‌گردد. این موضوع در ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری بدین نحو که «دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد» مورد تصریح قرار گرفته است. بر این اساس «اختیارات مقامات قضایی» که از مهم‌ترین موضوعات آیین دادرسی کیفری است می‌بایست به موجب قانون تعیین گردد. یکی از مهم‌ترین موضوعات در حوزه اختیارات مقامات قضایی حدود صلاحیت ذاتی و محلی هر یک از مراجع قضایی است. مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی «... تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است». هیأت عمومی دیوان با لحاظ مبانی فوق‌الذکر نظر داده که «ایجاد هرگونه صلاحیت یا توسعه آن مستلزم تصریح قانونی است». در راستای اصل قانونی بودن صلاحیت مراجع قضایی، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در ماده ۴۴ در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز و در تبصره ۵ ماده ۶۳ با تسری حکم مقرر در ماده ۴۴ به دیگر بزه‌های موضوع قانون مذکور مرجع ذیصلاح را مشخص نموده است و بر این اساس رعایت اصل قانونی بودن دادرسی‌های کیفری اقتضا می‌نمود که دیوان عالی کشور برخلاف نص قانون مرجع ذیصلاح را تعیین نمی‌کرد.

۴-۲. اکتفا به موارد متیقن در صورت تردید در صلاحیت مراجع قضایی

اختصاصی

در یک طبقه‌بندی کلی مراجع کیفری به مراجع کیفری عمومی و اختصاصی تقسیم می‌شوند. در موضوع بررسی مرجع ذیصلاح جهت رسیدگی به جرم، اصل بر صلاحیت مرجع عمومی است و صلاحیت مراجع اختصاصی نیاز به تصریح دارد؛ بنابراین در فرض تردید در صلاحیت مرجع عمومی و اختصاصی، مطابق اصل، حکم به صلاحیت مرجع عمومی داده می‌شود. مطابق ماده ۳۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری در نظام قضایی ایران دادگاه کیفری دو مرجع عمومی کیفری محسوب می‌شود؛ چرا که این دادگاه صلاحیت رسیدگی به تمامی جرائم را «مگر آنچه به موجب قانون در صلاحیت مرجع دیگری باشد» را بر عهده دارد. لیکن برخلاف نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور از آنجایی که قانون‌گذار به موجب ماده ۴۴ و تبصره ۵ ماده ۶۳ مرجع ذیصلاح برای رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز

و نیز دیگر بزه‌های موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را بیان نموده است، به نظر تردیدی در صلاحیت مراجع مذکور در ماده ۴۴ قانون وجود ندارد و در نتیجه استناد به اصل بودن صلاحیت دادگاه کیفری دو در این مقام که نص قانونی وجود دارد، محل تأمل است.

۴-۳. عدم دلالت عبارت «احکام» مذکور در تبصره ۵ ماده ۶۳ بر تعیین

صلاحیت

در تبصره ۵ ماده ۶۳ قانون «احکام»، «آثار» و «مجازات‌های» قاچاق مذکور در مواد و تبصره‌های تصریح شده در تبصره مذکور بر تمامی جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تسری داده شده است. با این حال و با وجود ذکر تسری حکم ماده ۴۴ به جرائم و تخلفات مذکور، هیأت عمومی دیوان عالی کشور صرفاً با بیان این که «ذکر کلمه «احکام» در تبصره ۵ الحاقی به ماده ۶۳ همان قانون ... مفید تعیین «صلاحیت» نمی‌باشد»، رأی به صلاحیت دادگاه کیفری دو داده است. در دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۶۳۹۰۰۰۷۲۹۹۱۲ مورخ ۱۴۰۱/۹/۲۹ شعبه بیستم دیوان عالی کشور که رأی وحدت رویه مطابق با آن صادر گردیده است، بیان گردیده که با توجه به این که در ماده ۶۳ قانون، تمامی احکام و قواعد عمومی مربوط به جرائم و تخلفات موضوع این قانون به غیر از موارد پیش‌بینی شده، مطابق قانون مجازات اسلامی اعلام شده و در ادبیات قانون‌گذاری نظام حقوقی ایران، تبصره موجودیت مستقلاً نداشته و مکمل و تابع حکم مقرر در اصل ماده است و نباید جداگانه تفسیر شود و تبصره را باید ناظر به اصل ماده دانست، موضوع تسری صلاحیت خارج از مفاد تبصره ۵ ماده ۶۳ دانسته شده است. استدلال اخیر (تفسیر تبصره در راستای ماده) در جای خود درست است و لیکن اتفاقاً دیوان در رأی وحدت رویه خود این موضوع را نادیده گرفته است؛ چرا که تبصره ۵ ماده ۶۳ تسری احکام مقرر در ماده ۶۳ را به جرائم و تخلفات موضوع قانون بیان نموده است که احکام مندرج در تبصره ۵ ماده ۶۳ را همان احکام مندرج در ماده ۶۳ دانست؛ چرا که اولاً، ماده ۶۳ منحصر به قاچاق کالا و ارز نیست، بلکه صدر مادر به صراحت به جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اشاره دارد، با این اوصاف بسیاری از احکام قاچاق چه آن‌هایی که مشمول قانون مجازات اسلامی است و چه آن‌هایی که به موجب ماده ۶۳ از شمول

مقررات عمومی استثناء شده است، در خصوص بزه‌های غیر قاچاق موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز جاری است. بر این اساس اصولاً تبصره باید مطلب دیگری علاوه بر موارد مذکور در ماده را بیان نماید و حکم مقرر در تبصره ۵ ماده ۶۳ در تکمیل حکم خود ماده در تسری احکام قاچاق به دیگر جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است و این همان تفسیر تبصره در راستای حکم ماده است. شعبه بیستم دیوان در بخشی از رأی خود آورده است که «به نظر می‌رسد که احکام یاد شده ناظر به سایر قسمت‌های ماده ۴۴ قانون مذکور از جمله پرونده‌ای که متهمان متعدد داشته و رسیدگی به اتهام یکی از آنان در صلاحیت مراجع قضایی باشد به اتهامات سایر اشخاص نیز در این مراجع رسیدگی می‌شود ... دانست». در این جا سؤال این است که چگونه دادگاه مذکور امکان استناد به قسمت اخیر ماده ۴۴ در خصوص صلاحیت اضافی دادگاه انقلاب در رسیدگی به تخلفات قاچاق کالا و ارز را پذیرفته است و لیکن اصل صلاحیت دادگاه انقلاب را نپذیرفته است؟ علاوه بر این، با توجه به معنای عام حکم و دلالت اطلاق آن بر احکام ماهوی و شکلی؛ فلذا منصرف دانستن آن از حکم مرجع ذیصلاح برای رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز محل تأمل است.

در این جا پرسش اساسی آن است که در حالی که قانون‌گذار می‌توانست با یک عبارت مبهم احکام قاچاق کالا و ارز را بر دیگر جرائم و تخلفات موضوع قانون مزبور تسری دهد؛ چرا به صورت دقیق مواد قانونی را که این تسری در خصوص آن‌ها قابلیت اجرا دارد را مشخص نموده است؟ بدیهی است قانون‌گذار از این تصریح هدفی داشته است. با توجه به این که ماده ۴۴ نیز جزو موارد مصرح است، سؤال آن است که اگر به تعبیر هیأت عمومی دیوان عالی کشور «احکام» منصرف از صلاحیت است، پس چرا ماده ۴۴ که صرفاً ناظر به بحث صلاحیت است، جزو مواد تسری داده شده است؟ همچنین در حالی که در بین موارد تسری داده شده، موارد متعددی ناظر به موضوعات آیین دادرسی است، چگونه ممکن است فقط صلاحیت از «احکام» خارج شده باشد؟

۴-۴. تفکیک عناوین مجرمانه «قاچاق» و «نگهداری کالای ممنوع قاچاق» در

ماده ۲۲

یکی دیگر از استدلال‌های هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر واگذاری صلاحیت رسیدگی به نگهداری مشروبات الکلی به دادگاه کیفری دو آن است که عناوین مجرمانه «قاچاق» و «نگهداری کالای ممنوع قاچاق» در ماده ۲۲ قانون از یکدیگر تفکیک شده است. صرف نظر از درستی یا نادرستی این تفکیک، باید بیان نمود، از آنجایی که اگر «نگهداری کالای ممنوع قاچاق» مشمول عنوان قاچاق گردد، صلاحیت به موجب ماده ۴۴ قانون تعیین گردیده و در صورتی که مشمول عنوان قاچاق نباشد، مشمول عنوان جرائم و تخلفات موضوع قانون مزبور بوده و به استناد تبصره ۵ ماده ۶۳ مرجع ذیصلاح مشخص گردیده است و در هر دو فرض صلاحیت رسیدگی بر عهده شعب دادگاه انقلاب است.

۴-۵. استناد به ماده ۵۱ قانون

یکی دیگر از دلایل دیوان استناد به ماده ۵۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است. به موجب ماده ۵۱ قانون «در کلیه مواردی که شرایط و ضوابط دادرسی در این قانون پیش‌بینی نشده است، مطابق قانون آیین دادرسی کیفری است.» این ماده در مقام بیان این است که در فرض سکوت قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در خصوص شرایط و ضوابط دادرسی، مطابق عمومات مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری عمل می‌شود. لیکن سؤال اساسی آن است که آیا قانون‌گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در خصوص مراجع صالح برای رسیدگی به جرائم و تخلفات مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (اعم از قاچاق و غیر آن) ضوابط را مشخص نکرده است؟ به نظر می‌آید حکم ماده ۴۴ و ارجاع تبصره ۵ ماده ۶۳ به ماده ۴۴ برای تعیین ضوابط مقرر برای تعیین مرجع رسیدگی از صراحت کافی برخوردار است؛ بنابراین مجالی برای استناد به ماده ۵۱ وجود ندارد.

۵. واکاوی مفهومی بزه قاچاق کالا و ارز و تأثیر آن بر صلاحیت مراجع

رسیدگی کننده

با توجه به این که مبنای آرای وحدت رویه صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور و واگذاری صلاحیت رسیدگی در برخی از موارد به دادگاه کیفری دو ریشه

در ابهام در مفهوم قاچاق دارد، در ادامه به مفهوم قاچاق کالا و ارز در تعریف مقرر در بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و سپس به دلایل عدم تحدید مفهوم قاچاق به ورود و صدور کالا پرداخته می‌شود.

۵-۱. مفهوم قاچاق کالا و ارز در تعریف مقرر در قانون

«قاچاق» واژه‌ای است که از همان اوایل قانون‌گذاری نوین در ایران در ادبیات حقوقی همواره مورد استفاده قرار گرفته شده است و این واژه در نظام حقوقی ایران دارای معانی مختلف است و در کاربردهای متنوع «موسع» و «مضیق» به کار رفته است. قاچاق در مفهوم مضیق، معادل قاچاق گمرکی (یا همان قاچاق کالا و یا ارز) است (الهام و میرخلیلی و پرهام‌فر ۱۳۹۳: ۵۱) و در مقابل قاچاق غیر گمرکی یا قاچاق کالای ممنوعه است (احمدی، ۱۳۸۵: ۱۰۰). قانون‌گذار در بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصطلاح «قاچاق کالا و ارز» را تعریف نموده و این تعریف از سه قسمت تشکیل شده است: قسمت نخست، «هر فعل یا ترک فعلی است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد ...». قسمت دوم «... و بر اساس این قانون و یا سایر قوانین، قاچاق محسوب و برای آن مجازات تعیین شده باشد...». قسمت سوم «... در مبادی ورودی یا هر نقطه از کشور حتی محل عرضه آن در بازار داخلی کشف شود.»

مطابق قسمت اول ماده، قاچاق رفتاری است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و یا ارز از کشور شود. لیکن باید توجه داشت که صرف نقض هر یک از تشریفات گمرکی قاچاق نیست و به موجب قانون امور گمرکی نقض تشریفات گمرکی حسب مورد ممکن است «تخلف گمرکی» و یا «بزه قاچاق» محسوب شود.

به موجب قسمت دوم ماده، آنچه که جهت قاچاق تلقی شدن رفتار لازم می‌باشد، آن است که آن رفتار «بر اساس این قانون»^۱ و یا سایر قوانین [و از جمله قانون امور گمرکی]، قاچاق محسوب و برای آن مجازات تعیین شده باشد، لیکن با ملاحظه قوانین مشخص می‌شود که عناوین بزه‌انگاری شده تحت عنوان قاچاق (مانند بند ذ ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی در خصوص انتقال بدون رعایت مقررات کالای

۱. قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز

دارای معافیت) لزوماً متضمن نقض تشریفات ورود و خروج کالا نیست و علاوه بر این، با ملاک قرار دادن قسمت دوم ماده، قسمت نخست بی‌فایده می‌شود و قاچاق تلقی شدن رفتار منوط به آن است که آن رفتار به موجب حکم قانون، قاچاق تلقی شده و برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد؛ به عبارت دیگر برای شمول عنوان بزه قاچاق ضروری است که رفتاری تحت عنوان قاچاق (و نه عنوان دیگر) بزه‌انگاری و علاوه بر این، برای آن به موجب قانون کیفرگذاری شده باشد.

در ادامه عبارت قسمت سوم ماده، تعریف قاچاق را پیچیده‌تر نیز می‌کند: «... در مبادی ورودی یا هر نقطه از کشور حتی محل عرضه آن در بازار داخلی کشف شود.» در حالی که در دو قسمت قبل قانون‌گذار در مقام تعریف قاچاق به عنوان یک رفتار ممنوع بوده است، در این جا عبارت نه ناظر به رفتار مرتکب، بلکه ناظر به موضوع رفتار است و با عطف قسمت سوم به قسمت دوم، قانون‌گذار در صدد بیان این بوده است که محل کشف کالا و یا ارز، تأثیری در صدق عنوان قاچاق در موارد مقرر قانونی ندارد؛ از این رو صدق عنوان کالا و یا ارز قاچاق، منوط به کشف آن در مناطق ورودی به کشور و یا خروجی از آن نیست. ظاهر آن است که برای صدق عنوان قاچاق، تجمیع شرایط مقرر در قسمت اول و دوم لازم است، لیکن نتیجه این امر تعریفی بسیار مضیق از قاچاق است که قابلیت پوشش برخی از مصادیق خاص مصرح توسط خود قانون‌گذار را نیز ندارد. به عنوان نمونه مواردی چون «عرضه کالا به استناد حواله‌های فروش سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی برخلاف واقع» و «عرضه کالای وارداتی فاقد شناسه کالا و شناسه رهگیری در سطح خرده‌فروشی» به تصریح ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصداق قاچاق می‌باشند و این در حالی است که اعمال هم‌زمان شرایط مقرر در قسمت‌های اول و دوم تعریف، سبب خروج این موارد از شمول عنوان قاچاق کالا و ارز و به تبع آن خروج از احکام جاری بر این بزه می‌شود.

در این میان برخی در تعریف ارائه شده توسط قانون‌گذار، اصالت را به قسمت نخست داده‌اند. «آنچه در این تعریف موضوعیت دارد، نقض تشریفات قانونی مربوط به «ورود و خروج کالا» است» هر چند خود در ادامه بیان می‌دارند که «و حال این که در برخی مصادیق مندرج در همین قانون، از جمله فعل «ساخت» کالاهای سلامت

محور ورود و خروجی صورت نمی‌گیرد بلکه صرف ساخت این کالاها در کشور به ترتیب غیرمجاز و قاچاق تلقی شده است» (صفاری و اجتهادی، ۱۳۹۶: ۴ و ۵). در مقابل می‌توان کانون تعریف را قسمت دوم بند الف ماده ۱ دانست و قاچاق را شامل رفتارهایی دانست که قانون‌گذار آن را تحت عنوان قاچاق بزه‌انگاری نموده است. البته پذیرش این دیدگاه بدین معنا است که قانون‌گذار در واقع در بند الف ماده ۱ قانون تعریف کاملی از قاچاق ارائه نداده است و واقع امر نیز چنین است. اگر تعریف ارائه شده توسط قانون‌گذار از یک جرم، تعریف مطلوبی باشد، در این صورت دیگر نیازی به بیان مجدد مصادیق آن جرم نیست؛ چرا که با لحاظ تعریف کلی ارائه شده می‌توان مصادیق را نیز در صورت نیاز احصاء نمود و این در حالی است که قانون‌گذار با آگاهی از عدم کفایت تعریف ارائه شده برای قاچاق اقدام به احصای مصادیق قاچاق کالا و ارز به موجب ماده ۲ و ۲ مکرر قانون مذکور نموده است. هم‌راستای با این دیدگاه برخی از حقوق‌دانان بیان نموده‌اند که تعریف مقرر در بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز هر چند خلأ قانونی مربوط به تعریف قاچاق را رفع می‌کند ولی تعریف ناقصی از این بزه را ارائه می‌نماید؛ زیرا در تعریف فوق‌الذکر قاچاق بودن کالا نیز منوط به تصریح در قوانین شده و نقض تشریفات قانونی مربوط به واردات یا صادرات کالا نیز منوط به تصریح در قوانین و مقررات است و در نتیجه با استناد به تعریف قانونی قاچاق نمی‌توان کسی را تحت تعقیب قرار داد (ساک، ۱۳۹۶: ۳۹). با توجه به متناقض و مجمل بودن تعریف قاچاق در بند الف ماده ۱ قانون، استناد دیوان عالی کشور به آن چندان توجیهی ندارد.

۲-۵. دلایل تسری عنوان قاچاق بر رفتارهای حمل، نگهداری، عرضه و فروش

کالای قاچاق

حال در خصوص مصادیقی مانند حمل، نگهداری، عرضه و فروش کالای قاچاق این سؤال مطرح می‌گردد که آیا این مصادیق رفتاری نیز قاچاق محسوب می‌شوند و یا این که از عنوان مستقلی برخوردار می‌باشند؟ در این جا برخلاف استدلال‌های بکار رفته در آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌توان در جهت شمول گستره مفهومی قاچاق بر رفتارهایی مانند حمل، نگهداری، عرضه و فروش کالا بدین شرح استدلال نمود:

۱- با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار در صدد وضع سیاست جنایی منسجم در خصوص قاچاق کالا و ارز بوده است. تفکیک مصادیق ناظر به ورود و خروج از دیگر مصادیق مغایر با اعمال سیاست منسجم در پاسخ‌دهی به این بزه می‌باشد. با توجه به صلاحیت‌های پیش‌بینی شده برای دادگاه انقلاب و تعزیرات حکومتی، این دو جزو مراجع اختصاصی محسوب شده و در مقایسه با مرجع عام رسیدگی‌های کیفری (دادگاه کیفری دو) دارای صلاحیت‌های بسیار محدودی هستند و لیکن قانون‌گذار به واگذاری صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های قاچاق به این مراجع اختصاصی اکتفا ننموده و به موجب صدر ماده ۱۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز قوه قضاییه و سازمان تعزیرات حکومتی به منظور «تسریع در رسیدگی به پرونده‌ها» و «پیشگیری از ارتکاب جرم قاچاق» مکلف به تکالیفی از جمله «اختصاص شعب ویژه جهت رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز توسط رئیس قوه قضاییه» و «اختصاص شعب بدوی و تجدید نظر ویژه رسیدگی به تخلفات قاچاق کالا و ارز» شده‌اند. با توجه به رویکرد قانون‌گذار که تأکید بر رسیدگی توسط مراجع اختصاصی تخصصی داشته است، واگذاری صلاحیت به دادگاه کیفری دو برخلاف سیاست کیفری مورد نظر قانون‌گذار است. علاوه بر این در صدر ماده ۱۱ رسیدگی به پرونده‌ها (صرف نظر از نوع رفتار) به صورت مطلق بیان گردیده است و شعب تخصصی صلاحیت رسیدگی در خصوص همه پرونده را دارند.

افزوده شدن ماده ۵۰ مکرر ۲ در اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون نیز تأکیدی مجدد بر سیاست پیش‌گفته است، به نحوی که با پیش‌بینی صلاحیت اضافی برای دادسرا و دادگاه انقلاب، رسیدگی به جرائم رشاء، ارتشاء، جعل، استفاده از سند مجعول، اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و یا تمرد مسلحانه ارتکاب یافته در راستای جرائم و تخلفات موضوع این قانون (و نه لزوماً قاچاق) را در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب دانسته است.

۲- عناوین اتخاذی برای فصول مختلف قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دلالت بر صدق عنوان قاچاق بر تمامی مصادیق رفتاری مورد بحث دارد. عنوان فصول سوم تا پنجم قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به ترتیب «قاچاق کالاهای مجاز، مجاز مشروط، یارانه‌ای و ارز»، «قاچاق کالاهای ممنوع» و «قاچاق سازمان‌یافته

و حرفه‌ای» می‌باشد که دلالت بر این دارد که قانون‌گذار بزه‌های مقرر در ذیل این عناوین را قاچاق دانسته است و این در حالی است که در فصل ششم که قانون‌گذار بر غیر قاچاق بودن جرائم ذیل آن نظر دارد از عنوان «جرائم مرتبط» با قاچاق استفاده کرده است.

۳- در مواردی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز رفتار شخص حامل کالا و یا ارز قاچاق و یا شخص نگهداری‌کننده کالا و یا ارز قاچاق را واجد وصف قاچاق دانسته است. به موجب ماده ۳۴ قانون مذکور «در صورتی که شخص حامل ... کالا و یا ارز قاچاق، در مواجهه با مأموران کاشف به هر نحوی مقابله یا مقاومت نماید ... علاوه بر مجازات‌های مقرر برای ارتکاب قاچاق، به شش ماه تا دو سال حبس و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شود». همچنین به موجب ماده ۶۵ سابق «چنانچه قرائنی از قبیل جاسازی و نظایر آن حاکی از اطلاع مالک وسیله نقلیه یا محل نگهداری، از استفاده آن‌ها در قاچاق کالا و ارز باشد ... علاوه بر حداقل مجازات مقرر برای مرتکب، وسیله نقلیه به شرح مندرج در ماده (۲۰) این قانون، ضبط می‌شود ...» در این مواد قانون‌گذار حمل و نگهداری را از مصادیق قاچاق کالا و ارز دانسته است (آشوری، ۱۴۰۰: ۱۱۵). البته در اصلاحیه سال ۱۴۰۰، قانون‌گذار در جهت رفع ابهام ناشی از آرای وحدت رویه سابق‌الذکر عبارت «استفاده آن‌ها در قاچاق کالا و ارز» را به «استفاده آن‌ها در قاچاق کالا یا ارز و یا حمل یا نگهداری کالا یا ارز قاچاق باشد» تغییر داد.

۴- در صورتی که قائل به این باشیم که مصادیق «حمل»، «نگهداری» و ... مشمول عنوان قاچاق نمی‌باشد، در صورتی که موضوع اتهام کالای مجاز، مجاز مشروط و یا یارانه‌ای و یا ارز باشد، در این صورت این موارد جرم تلقی می‌شوند و در نتیجه وارد کردن غیرمجاز هر یک از این کالاها به کشور تخلف بوده و در صلاحیت تعزیرات حکومتی است و در حالی که اگر وارد کشور شده و توسط شخصی (مثلاً) حمل گردد، عمل این شخص جرم تلقی و در صلاحیت دادگاه کیفری دو است، لیکن در صورتی که این رفتارها مشمول عنوان قاچاق دانسته شود، تخلف محسوب می‌شوند و بدیهی است که تفسیر مضیق قوانین و تفسیر به نفع متهم اقتضای آن را دارد که این موارد تخلف محسوب شوند.

۵- رویه عملی موجود در دادگاه‌های انقلاب و شعب تعزیرات حکومتی تفکیکی بین مصادیق ورود و خروج کالا و ارز با دیگر مصادیق رفتاری مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز قائل نمی‌شوند. بر همین اساس دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی در نظریه شماره ۲۶۲۶/۹۵/۲۱۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۱۹ بیان می‌دارد: «با توجه به کاربردهای مختلف واژه «قاچاق» در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مفهوم مضیق آن در قسمت نخست بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تعریف شده و شامل «هر فعل یا ترک فعلی است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد...»، مطابق این مفهوم مضیق، قاچاق صرفاً ناظر به فعل یا ترک فعل منتهی به ورود و یا خروج کالا و ارز از کشور می‌باشد و شامل مصادیق دیگر جرم و تخلف مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و از جمله «حمل»، «نگهداری»، «عرضه» و «فروش» نمی‌شود. در مواردی مانند مواد ۱۸ و ۲۲ که «قاچاق» در عرض مصادیق دیگر سابق‌الذکر مطرح گردیده است، قطعاً قاچاق در مفهوم مضیق مد نظر بوده است. «قاچاق» در مفهوم موسع علاوه بر «وارد» و «خارج» کردن کالا و یا ارز، شامل دیگر مصادیق مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز می‌شود. در این خصوص می‌توان به کاربرد «قاچاق» در مواردی چون مواد ۴۴، ۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۷، ۶۳ و ... اشاره نمود. با توجه به کاربرد واژه «قاچاق» در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در مواردی که در این قانون این واژه به صورت تنها و بدون اشاره به مصادیق «حمل»، «نگهداری» و ... بکار رفته است، اصولاً مفهوم موسع آن مد نظر بوده است...».

۶- اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه‌های مختلفی به صورت ضمنی به برخورداری قاچاق از دو مفهوم مضیق و موسع اشاره دارد. در این راستا بند ۱ نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۰۳ مورخ ۱۳۹۴/۱/۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه بیان می‌دارد: «منظور از عبارت «جرائم قاچاق» مذکور در صدر ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳، اعم از جرم قاچاق و جرائم مرتبط با آن (حمل، نگهداری و فروش) است؛ بنابراین رسیدگی به جرائم حمل و نگهداری و فروش کالای ممنوع و از جمله مشروبات الکلی خارجی (تولید خارج) در صلاحیت دادگاه انقلاب است.» مطابق نظریه شماره ۷/۹۳/۸۹۲ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۷ نیز «بین

کسانی که کالای ممنوع از قبیل مشروبات الکلی، اموال تاریخی، فرهنگی، دستگاه‌های تجهیزات دریافت از ماهواره و آثار سمعی و بصری مبتذل و مستهجن (موضوع تبصره ۴ ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲) را قاچاق می‌کنند با کسانی که در داخل کشور اقدام به فروش و حمل یا نگهداری کالاهای یاد شده می‌نمایند، تفاوتی نیست و رسیدگی به این موارد وفق ماده ۴۴ قانون مذکور در صلاحیت دادگاه انقلاب است و عبارت «جرائم قاچاق» مذکور در این ماده اعم از جرم قاچاق و جرائم مرتبط با آن در هر نقطه از داخل کشور است.» در نظریه شماره ۷/۹۳/۱۹۶۷ مورخ ۱۳۹۳/۸/۱۷ نیز آمده است: «کالای ممنوع قاچاق در هر کجا و نزد هر کس که باشد، ولو آن‌که به عنوان حمل و نگهداری در اختیار داشته باشد، مطابق ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه انقلاب است و عبارت جرائم قاچاق مذکور در این ماده، اعم از جرم قاچاق و جرائم مرتبط با آن (حمل، نگهداری و فروش) است.» در نظریه شماره ۷/۹۴/۱۵۲ مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۴ نیز چنین ذکر شده است که «صرف نظر از این‌که موارد مذکور در ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳ (مانند قاچاق کالا و ارز، حمل و نگهداری) از مصادیق تخلفات موضوع ماده ۴۴ قانون فوق‌الذکر محسوب می‌گردد که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی است ...» که در این نظریه نیز مصادیق رفتاری مانند حمل و نگهداری در زمره قاچاق دانسته شده است.

برآمد

۱- هم‌راستای با سیاست کیفری افتراقی در بزه قاچاق کالا و ارز، در مواد ۲۱ و ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار صلاحیت رسیدگی به این بزه را حسب مورد در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب، شعب تعزیرات حکومتی و دستگاه‌های کاشف دانسته است. با توجه به کاربردهای متنوع اصطلاح قاچاق در نظام حقوقی ایران و به ویژه در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، این سؤال مطرح شده است که مراد از قاچاق در ماده ۴۴ قانون چیست؟ با توجه به تعریف قاچاق کالا و ارز در بند الف ماده ۱ قانون، نظر برخی از حقوق‌دانان و نیز برخی از آرای صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور، بر این است که با توجه به قسمت نخست تعریف، قاچاق ناظر به ورود کالا به کشور و صدور کالا از کشور بدون تشریفات قانونی است و بر این اساس قلمرو ماده ۴۴ محدود در همین معنای مضیق است. ثمره این رویکرد خروج رفتارهایی چون حمل، نگهداری، عرضه و فروش کالای قاچاق از ماده ۴۴ قانون و تعیین صلاحیت این موارد به موجب عمومات قانونی و در نتیجه حسب مورد صلاحیت دادگاه کیفری یک و دو در خصوص رسیدگی به این موارد است. لیکن ترجیح قسمت نخست تعریف مقرر در بند الف ماده ۱ قانون و عدم لحاظ دیگر بخش‌های آن ترجیحی ناروا است که تالی فاسد این رویکرد را می‌بایست در فروپاشی انسجام و یکپارچگی حاکم بر سیاست کیفری مبارزه با بزه قاچاق کالا و ارز دانست. تعریف ارائه شده در قانون، تعریفی مجمل و متعارض است که خود قانون‌گذار نیز به این امر واقف بوده و سبب شده است که مصادیق قاچاق کالا و ارز را به تفصیل در مواد ۲ و ۲ مکرر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی و ... بیان نماید که عدم تطبیق برخی از این مصادیق با تعریف ارائه شده در بند الف ماده ۱ مذکور کاملاً شفاف و روشن است.

۲- صرف نظر از اشکالات وارده به تعریف قانونی قاچاق، قانون‌گذار در ماده ۴۴ به مانند بسیاری از موارد دیگر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قاچاق را در مفهومی موسع که مشتمل بر رفتارهایی مانند نگهداری و حمل می‌باشد، بکار برده است. این موضوع در اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون نیز مد نظر قانون‌گذار قرار گرفت و قانون‌گذار با وضع تبصره ۵ ماده ۶۳ در صدد برآمد با تسری «احکام»، «آثار»

و «مجازات‌های» قاچاق و از جمله حکم مقرر در ماده ۴۴ قانون به دیگری جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، از یک سو سیاست کیفری افتراقی سخت‌گیرانه در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز را به دیگر بزه‌های مقرر در آن قانون تسری دهد و از دیگر سو به ابهامات ناشی از آرای متعارض دیوان عالی کشور خاتمه دهد؛ چرا که رفتارهایی چون نگه‌داری و حمل کالای قاچاق یا داخل در مفهوم قاچاق کالا و ارز می‌باشد و یا این‌که با فرض عدم شمول عنوان قاچاق بر آن‌ها، به هر حال مشمول عنوان جرائم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز قرار می‌گیرند و نتیجه پذیرش هر دو حالت، صلاحیت دادگاه انقلاب و یا شعب تعزیرات حکومتی بر این رفتارها است.

۳- بررسی آرای وحدت رویه صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور نشان‌گر آن است که بین آرای شماره ۷۳۶ و ۷۴۹ از یک سو و آرای شماره ۷۵۱ و ۸۰۹ از دیگر سو تعارض وجود دارد که دو رأی اخیرالذکر با توجه به اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۴۰۰ منسوخ می‌باشند. رأی وحدت رویه شماره ۸۳۹ مورخ ۱۴۰۲/۰۹/۱۴ نیز که پس از اصلاح قانون در خصوص نگه‌داری مشروبات الکلی صادر گردیده از یک سو تعارضاتی با رأی وحدت رویه ۸۰۹ دارد و از دیگر سو با نص صریح قانون بالأخص ماده ۴۴، ماده ۵۰ مکرر ۲ و تبصره ۵ ماده ۶۳ در تعارض است، لیکن در شرایط فعلی با توجه به ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری حکم آن را صرفاً در خصوص نگه‌داری در حد مصرف شخصی مشروبات الکلی باید جاری دانست و در دیگر موارد می‌بایست حکم به صلاحیت دادگاه انقلاب داد.

فهرست منابع

- * ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۶)، «پیشگیری در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲: چرایی، چیستی و چگونگی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸.
- * اجتهادی، سید عبدالمجید (۱۳۹۶)، بزه‌انگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز، مبانی و جلوه‌ها، رساله دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- * احمدی، عبدالله (۱۳۸۵)، جرم قاچاق، چاپ سوم، تهران: میزان.
- * الهام، غلامحسین، میرخلیلی، محمود و پرهام‌فر، امیرمحمد (۱۳۹۳)، «چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۸.
- * آشوری، علی اصغر (۱۴۰۰)، قاچاق کالا و ارز، چاپ سوم، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه و مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * آقازاده، علیرضا (۱۳۹۵)، مطالعه تطبیقی دادرسی کیفری قاچاق کالا در حقوق ایران، ترکیه و عراق، چاپ نخست، تهران: مجد.
- * بهره‌مند، حمید (۱۳۹۹)، آسیب‌شناسی قوانین مربوط به جرائم اقتصادی در نظام حقوقی ایران، چاپ سوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۸)، «افتراقی شدن سیاست کیفری در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: جلوه‌ها و چالش‌ها»، در: دایره المعارف علوم جنایی، جلد چهارم، چاپ نخست، تهران: میزان.
- * پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۶)، افتراقی شدن دادرسی کیفری، چاپ نخست، تهران: میزان.
- * ثروتی بی‌نیاز، مرتضی و جعفری، فریدون (۱۳۹۹)، «بررسی صلاحیت رسیدگی به بزه قاچاق ارز در حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۳.
- * خالقی، علی (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ سی و هشتم، تهران: شهر دانش.
- * خالقی، علی (۱۳۸۵)، «مصلحت‌اندیشی دیوان عالی کشور در واگذاری رسیدگی برخی جرائم اطفال به دادگاه‌های کیفری استان»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۹.
- * خسروآبادی، امیرحسین (۱۳۹۷)، قاچاق ارز در رویه قضایی ایران، پایان‌نامه

- کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- * خلیلی پاجی، عارف و احمدی، امین (۱۴۰۲)، «دادرسی افتراقی در جرائم قاچاق کالا و ارز»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۳.
- * دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی (۱۳۹۷)، مجموعه نظریه‌های مشورتی دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی، چاپ دوم، تهران: میزان.
- * رستمی غازانی، امید و رحمانی فرد، محسن (۱۴۰۱)، «سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالا و ارز سازمان یافته»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۰.
- * ساکی، رضا (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ چهارم، تهران: جنگل.
- * سیف، اله‌مراد (۱۳۸۷)، قاچاق کالا در ایران، چاپ نخست، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- * شاه‌حیدری‌پور، محمدعلی و رفیعی، احمد (۱۳۹۷)، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳) با اصلاحات (مصوب ۱۳۹۴/۷/۲۱)، چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- * صفاری، علی، اجتهادی، سیدعبدالمجید، سلامت، رضا و حیدری، غلامحسین (۱۳۹۷)، بزه قاچاق کالا و ارز در مقررات موضوعه، چاپ نخست، تهران: روزنامه رسمی.
- * صفاری، علی و اجتهادی، سیدعبدالمجید (۱۳۹۶)، «سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالای سلامت محور»، پژوهش‌های دانش انتظامی، شماره ۷۵.
- * فیروزجایی، مختار (۱۳۸۴)، قاچاق کالا و ارز، چاپ نخست، تهران: قانون.
- * محسنی، رضا (۱۳۹۶)، «عدالت زیست‌محیطی و قاچاق چوب، هیزم و ذغال جنگلی (نقد و بررسی مبانی رأی وحدت رویه شماره ۷۴۹ مورخ ۱۳۹۵/۱/۲۴)»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۱.
- * مهدوی‌پور، اعظم (۱۳۹۵)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزه‌کاری اقتصادی، چاپ دوم، تهران: میزان.
- * ناجی‌زواره، مرتضی (۱۳۹۵)، آشنایی با آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
- * نیازپور، امیرحسن (۱۳۹۸)، آیین دادرسی کیفری اقتصادی، چاپ نخست، تهران: میزان.

مداخله مدیر دفتر در امر قضا؛ نقدی بر ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی

الیاس یاری^۱

چکیده

با وجود قاعده لزوم مباشرت قاضی در انجام امور قضایی، ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صلاحیت ممیزی دادخواست، صدور اخطار رفع نقص و رد دادخواست ناقصی که پس از اخطار رفع نقص تکمیل نشده را به مدیر دفتر تفویض کرده است. این مقاله به روش توصیفی تحلیلی، این رویه را از دو بعد نظری و عملی مورد بررسی قرار می‌دهد و آن را واجد ایراد تشخیص می‌دهد. از بعد نظری، صدور قرار رد دادخواست توسط مدیر دفتر خلاف اصول سی و چهار، شصت و یک، یکصد و پنجاه و شش و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز خلاف موازین شرعی است که بر انحصار قضاوت به قاضی دلالت می‌نمایند. از بعد عملی، ممیزی دادخواست از حیث پرداخت هزینه دادرسی، ابطال تمبر مالیاتی وکیل و تقویم صحیح خواسته، جنبه قضایی دارد و نیازمند تفکیک دعوای مالی از غیرمالی، تشخیص نهادهای معاف از پرداخت هزینه دادرسی و قواعد تقویم خواسته است. افزون بر این، کنترل دادخواست از حیث ذکر «تعهدات و جهات استحقاق» و «ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد»، منوط به توانایی استنباط قواعد ماهوی دعوای مطروحه و قواعد اثبات می‌باشد که مدیر دفتر فاقد چنین قابلیت است.

واژگان کلیدی: استدلال، دادخواست، قرار رد دادخواست، مدیر دفتر، نقص.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران
e.yari@ilam.ac.ir

درآمد

بر اساس ماده ۱۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، تمام اقدامات و تحقیقات به وسیله رئیس دادگاه یا دادرس علی‌البدل انجام می‌شود و اتخاذ تصمیم قضایی و انشای رأی با قاضی دادگاه است. در ماده ۱۰ این قانون نیز وجود یک دفتر برای دادگاه پیش‌بینی شده است. مطابق ماده ۱۴ تمام اقدامات و تحقیقات و نیز اتخاذ تصمیم قضایی و انشای رأی در صلاحیت قاضی است. در نقطه مقابل و از طریق مفهوم مخالف وصف، باید مدیر دفتر را مسئول اقدامات غیر قضایی دانست؛ شروع رسیدگی در این دادگاه نیز منوط به تقدیم دادخواست است (مواد ۴۸ و ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹) و تنظیم دادخواست به وجه صحیح، سنگ بنای یک دادرسی عادلانه است. به همین دلیل، احراز کامل یا ناقص بودن دادخواست در ابتدای دادرسی از اهمیت زیادی برخوردار است؛ اشتباه در این تشخیص ممکن است منتهی به توقیف یا رد دادخواست کامل یا به جریان افتادن دادخواست ناقص شود که هر دو ثمرات نامطلوبی چون اطاله دادرسی را در پی خواهد داشت. برابر ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در صورتی که شرایط بندهای ۲ تا ۶ ماده ۵۱ در دادخواست رعایت نشده یا به دادخواست و پیوست‌های آن برابر قانون تمبر الصاق نشده یا هزینه تأدیه نشده باشد، دادخواست توقیف می‌شود. در این حالت، مدیر دفتر مکلف است ظرف دو روز نقایص دادخواست را به صورت کتبی و مفصل به خواهان اطلاع داده و از تاریخ ابلاغ به مدت ده روز به او مهلت می‌دهد تا نقایص را رفع نماید. چنانچه در موعد مقرر اقدام به رفع نقص ننماید، دادخواست به موجب قراری که مدیر دفتر و در غیاب مشارالیه جانشین او صادر می‌کند، رد می‌گردد. این قرار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض در دادگاه است. رأی دادگاه نیز قطعی است. هم‌چنین بر اساس ماده ۵۶ هرگاه در دادخواست خواهان یا محل اقامت او معلوم نباشد، ظرف دو روز از تاریخ رسید دادخواست به موجب قراری که مدیر دفتر دادگاه و در غیبت مشارالیه جانشین او صادر می‌کند، دادخواست رد می‌شود.

در وضعیت فعلی، اختیارات مدیر دفتر موجب بروز پرسش‌های بنیادینی است؛ آیا اقدام مدیر دفتر در بررسی کامل یا ناقص بودن دادخواست و صدور اخطار رفع

نقص، عمل «قضایی» است؟ آیا صدور قرار رد دادخواست، «قضاوت» محسوب می‌شود؟ در صورتی که ماهیت عمل مدیر دفتر واجد صبغه قضایی باشد، بر چه اساسی می‌توان تفویض این اختیار را به مدیر دفتر دادگاه توجیه کرد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، ناگزیر از ارائه بحثی مختصر درباره تعریف قضا و استدلال هستیم؛ زیرا برای نتیجه‌گیری مناسب درباره اختیارات مدیر دفتر ابتدا باید این مفاهیم تبیین شود؛ پس از این بحث مقدماتی، موارد صدور قرار رد دادخواست دفتری بررسی و در هر یک از این مصادیق درباره لزوم یا عدم لزوم استدلال و قضایی بودن یا نبودن عمل مدیر دفتر بحث خواهیم کرد.

۱. قضا و استدلال حقوقی

قضا به فصل خصومت بین متخاصمین و حکم به ثبوت ادعای مدعی یا به عدم حق او بر مدعی علیه تعریف شده است (خویی، بی‌تا/۱: ۵). در برخی تعاریف، مفهوم ولایت در قضاوت مورد نظر واقع شده و قضا را عبارت از ولایت شرعی بر حکم در مصالح عامه از طرف امام دانسته‌اند (عاملی، ۱۳۸۱: ۲/۶۵). این تعاریف نشان از اهمیت قضاوت در فقه اسلامی دارد. در حقوق کنونی نیز صرف نظر از لزوم یا عدم لزوم وصف اجتهاد، در بیان شرایط قاضی گفته شده است که دادرسی باید دارای قوه مستنبطه باشد و بتواند کلیه احکام را از روی ادله آن استنباط نموده و فروع حادثه را رد به اصول نماید (سنگلچی، ۱۳۸۱: ۱۳۸۱). در خصوص جایگاه مدیر دفتر در فقه اسلامی نیز باید توجه داشت که تاریخ فقه حاکی از مشارکت افرادی مانند منشی، دربان، کاتب، جلواز و زندان‌بان در امر قضاوت است که از آنان با عنوان «اعوان قاضی» یاد شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱/۱۷۰). تشکیل دفتر دادگاه را نیز اغلب فقها تأیید و از آن با عنوان دیوان القضا یا دیوان الحکم یاد کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲/۷۱۲). وظایف این افراد امور غیر قضایی مانند ثبت احکام قضاوت و کنترل مراجعان به محکمه بوده و قضاوت بین اشخاص وظیفه انحصاری قاضی بوده است.

از اصول متعدد قانون اساسی نیز می‌توان انحصار قضا به قاضی و منع مداخله غیرقاضی در آن را دریافت. برای مثال اصل سی و چهارم قانون اساسی پس از این که دادخواهی را حق مسلم هر فرد دانسته، همه افراد ملت را دارای حق دسترسی به

دادگاه به شمار آورده و هرگونه ممانعت در این دسترسی را منع کرده است. اصل شصت و یک، یکصد و پنجاه و نه و یکصد و شصت و هفتم نیز در این راستا است و از این اصول بر می آید که مخاطب تمام احکام آمره فوق و مجری اصلی دادگستری، دادگاه و قاضی دادگاه هستند. با لحاظ این تفکیک، تشکیلات قوه قضاییه در ایران طبق ساختار سازمانی آن شامل مشاغل قضایی و غیرقضایی است (سرباز، ۱۴۰۴: ۳۲۲).

برای تشخیص عمل قضایی از سایر اعمال دادگاه، معیارهای متنوعی ارائه شده است؛ برخی از این معیارها شکلی و صوری است. به موجب این نظریه‌ها، اعمال قضایی تفاوت ماهوی با اعمال اداری ندارد. تنها ممیز اساسی این اعمال، تشریفات و شکل وقوع آن‌ها است. اعمال قضایی آن گروه از اعمال دولتی است که با آیین خاص از طرف محاکم انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۷۶). برخی دیگر معیارهای مادی را پیشنهاد کرده‌اند که در سه دسته شامل معیار مبتنی بر وجود اختلاف، معیار مبتنی بر ساختمان عمل دادگاه و معیار مبتنی بر هدف است. از نظر گروه اول، عنصر تعیین کننده عمل قضاوتی وجود دعوی و اختلافی است که به قاضی احاله شده است (صدرزاده افشار، ۱۳۹۰: ۵۶). گروه دوم معتقدند خصوصیت عمل قضاوتی در ساختمان عمل باید جست‌وجو شود. عمل قضاوتی دارای سه عنصر ادعا، احراز و تصمیم است (شمس، ۱۳۸۲: ۱/۲۰۶). گروه سوم بر معیار هدف تمرکز کرده و معتقدند هدف دادرس از رسیدگی به دعوی، احراز صحت یا عدم صحت ادعا است؛ زیرا ضمانت اجرای هیچ قاعده‌ای نمی‌تواند جزء آن نباشد. باید قبلاً تجاوز به آن را احراز کرد، سپس ضمانت اجرای آن را به مرحله اجرا گذاشت؛ در غیر این صورت، احکام ترافعی فرقی با دستورهای ساده اداری نخواهد داشت (صدرزاده افشار، ۱۳۹۰: ۵۸).

بر اساس دکترین حقوقی، وجه ممیزه عمل قضایی از ترتیبات اداره قضایی مانند ارجاع پرونده، این است که اعمال اخیر مستدل نبوده و قابل شکایت نمی‌باشند (شمس، ۱۳۸۲: ۲/۲۰۹)؛ طبق اصل یکصد و شصت و ششم قانون اساسی: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب

در امور مدنی نیز یکی از ارکان رأی دادگاه را ذکر جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن صادر شده دانسته است. درباره مفهوم استدلال گفته شده است: تلاش برای درست جلوه دادن حکم هنگام تصمیم‌گیری درباره پرونده‌ای قضایی. دادرس همواره برای توجیه حکم خود، قیاسی منطقی می‌سازد که مقدمه نخست آن (صغری) یعنی بیان کننده واقع است و مقدمه دوم آن (کبری) یعنی بیان کننده حکم می‌باشد (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۱۴). در خصوص نحوه احراز صغری نیز گفته شده است؛ صغری یا شرایط ویژه یک مسأله حقوقی به سادگی به چنگ نمی‌آیند بلکه باید درک و توصیف شوند و این نیز نیازمند تفسیر و سنجش است؛ زیرا وقایع حقوقی در یک دعوی اطلاعاتی خام نیستند، بلکه بیشتر وقایعی به شمار می‌آیند که گزینش شده و بر حسب مقولات حقوقی دسته‌بندی شده‌اند (برمن، ۱۳۷۶: ۷۵). برخی معتقدند مهم‌ترین عنصر فرایند استدلال قاضی است؛ زیرا حکم نتیجه آن چیزی است که بر وجدان دادرس نشسته است (صادق‌منش، ۱۳۹۱: ۲۱۷). در خصوص نحوه شناسایی تصمیمات قضایی و تفکیک آن از سایر تصمیمات گفته شده است تصمیم قاضی را تنها زمانی قضایی توصیف می‌کنند که با استفاده از استدلال‌ها، مجاری و ابزارهای حقوقی انشاء شده باشد (کیوان‌فر، ۱۳۹۰: ۱۵۶). اجرای این تکلیف با دشواری‌هایی روبه‌رو است؛ زیرا همان‌طور که گفته شده است کلمات و جملات تشکیل دهنده زبان، گاه دارای چند معنا هستند و مشخص نیست کدام یک از این معانی مورد نظر گوینده بوده است (انصاری، ۱۳۸۷: ۲۱). این خصوصیت نامتعیین بودن زبان، احراز منظور مقنن را دشوار می‌سازد؛ اجمال، سکوت، ابهام و تعارض در متون قانونی نیز بر سختی احراز منظور مقنن می‌افزاید. در چنین شرایطی قاضی ناگزیر از تفسیر قانون در چارچوب نظام حقوقی است. برای دستیابی به تفسیر صحیح، قاضی می‌تواند با استناد به روح قانون، تفسیر به نفع متهم، حمل کلام قانون‌گذار بر تأسیس و نه تأکید، استناد به مذاکرات مقدماتی قانون، سکوت در مقام بیان است، مفهوم مخالف و ... مقصود واقعی مقنن را کشف نماید (الشریف، آرای، ۱۳۹۶: ۲۲).

۲. فلسفه اخطار رفع نقص از دادخواست

یکی از مهم‌ترین قواعد آیین دادرسی مدنی، رعایت تشریفات در انجام اعمال دادرسی است؛ در تبیین مفهوم عمل دادرسی گفته شده است منظور از عمل هر اقدام و رفتاری است که در ایجاد، تطور و خاتمه دادن به دادرسی مؤثر باشد. این اعمال هم می‌توانند از سوی اصحاب دعوا و وکلا و شهود و کارشناسان انجام گیرند و هم از سوی قاضی و اشخاصی که تحت نظر او اقدام می‌کنند؛ مانند مدیر دفتر و مأمور ابلاغ (مولودی، ۱۳۹۷: ۲۳۰). قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز به اهمیت تشریفات در طرح دعوی واقف بوده و می‌توان گفت مهم‌ترین تکلیفی که در مسیر مطالبه حق بر دوش خواهان گذاشته، تنظیم دادخواست مطابق تشریفات قانونی است. در اهمیت دادخواست، آن را پایه قضاوت دانسته‌اند که جامع و رسا بودن آن، از زحمت دادرسی می‌کاهد و کشف حقیقت و حکومت را بر وی آسان می‌کند (متین دفتری، ۱/۱۳۸۸: ۳۱۶). این اهمیت دادخواست ایجاب می‌کند که برای تخطی از مقررات مربوط به آن، ضمانت اجرای متناسبی وجود داشته باشد. در صورتی که تنظیم دادخواست مطابق تشریفات قانونی نباشد، دو ضمانت اجرا قابل تصور است؛ تصحیح و رفع نقص از عمل ناقص یا بطلان عمل. در ترجیح ضمانت اجرای اول گفته شده است که به صورت کلی یکی از واکنش‌ها در برابر عمل ناقص، دادن فرصت و امکان تصحیح عمل است. به این ترتیب که اگر در جریان دادرسی، عیب یا نقص عمل برطرف شود، همه آثار یک عمل صحیح بر آن مترتب خواهد شد. تجربه نشان داده است که هر چقدر ابطال و بی‌اثر کردن اعمال موجب تضییع وقت و هزینه و اطاله دادرسی می‌شود؛ اصلاح و ترمیم و تصحیح و دادن فرصت جبران کارایی و مطلوبیت دارد. چنان‌که قانون‌گذار بعضی از این گرایش را در نهادهایی هم‌چون اخطار رفع نقص از دادخواست، تصحیح خواسته و تصحیح رأی مورد توجه قرار داده است (مولودی، ۱۳۹۷: ۲۳۰). حقوق‌دان دیگری ضمانت اجرای دوم یعنی اعطای فرصت رفع نقص را منطقی دانسته است؛ با این استدلال که مطابق اصول کلیه آن‌چه را که قانون الزام کرده افعال آن اثری نخواهد داشت، مگر این‌که قانون تصریح به بطلان در صورت افعال کرده باشد (بروجردی، ۱۴۰۱: ۱۵۸). در خصوص نقص دادخواست مقنن از ضمانت اجرای تصحیح استفاده کرده و فرصتی برای رفع نقص از دادخواست ناقص

قائل شده است. بر این اساس، نقص دادخواست از حیث مواردی که در ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده به موجب ماده ۵۴ همین قانون قابل رفع است. البته همان‌طور که برخی متذکر شده‌اند، باید توجه داشت که دیگر عوامل بی‌اعتباری دادخواست، از جمله اسباب صدور قرار رد دعوی (ماده ۸۴) و قرار عدم استماع دعوی (ماده ۲) قابل رفع و اصلاح تلقی نمی‌شود (شکوهی‌زاده و عربیان، ۱۳۹۷: ۱۴۷).

۳. موارد صدور اخطار رفع نقص توسط مدیر دفتر

موارد صدور اخطار رفع نقص در ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی منصوص شده است. با توجه به این‌که این موارد هر کدام ویژگی‌های خاص خود را دارند، نقش استدلال در احراز هر یک به طور مستقل بررسی می‌شود.

۳-۱. عدم تأدیه هزینه دادرسی

یکی از تکالیف خواهان در دادخواست پرداخت هزینه دادرسی و الصاق تمبر قانونی است. بر اساس ماده ۵۰۲ هزینه دادرسی عبارت است از هزینه برگ‌ها که به دادگاه تقدیم می‌شود و هزینه قرارها و احکام دادگاه. ماده ۵۰۳ نیز مقدار این هزینه‌ها را بر اساس ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین دانسته است. در ماده ۳ قانون پیش‌گفته در خصوص دعاوی مالی نصاب معینی از خواسته به عنوان هزینه دادرسی مراحل بدوی و شکایت از آراء در نظر گرفته شده است و مبنا و میزان هزینه دادرسی با توجه به مالی یا غیرمالی بودن دعوی متفاوت است (مهاجری، ۱۳۸۸/۴: ۳۵۵-۳۵۸). برای تشخیص این دو گفته شده در وهله اول باید حق مالی را از غیر مالی تفکیک کرد؛ حق مالی آن است که اجرای آن به طور مستقیم برای دارنده ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم به پول باشد؛ مانند حق مالکیت و حق طلب؛ حق غیر مالی آن است که اجرای آن منفعتی که به طور مستقیم قابل تقویم به پول باشد ایجاد نکند؛ مانند حق ابوت، بنوت و زوجیت (شمس، ۱۳۸۲/۱: ۳۸۷).

برای تمیز دعوای مالی از غیر مالی نیز معیارهایی ارائه شده است؛ مانند آن که، نتیجه مستقیم دعوی، افزایش دارایی مدعی باشد؛ دعاوی که تثبیت مالکیت

مدعی یا اعلام آن را نسبت به مال مشخصی دنبال می‌کند، مانند الزام به انتقال رسمی مورد معامله؛ دعاوی که موضوع آن حق مالی مانند ارتفاق، انتفاع و حقا به باشد؛ و دعاوی که خواسته آن قابل تقویم به پول باشد (مهاجری، ۱۳۸۹: ۱۵۹). با وجود همه تلاش‌های دکترین جهت ایضاح دعاوی مالی و غیرمالی، مصادیق متعددی وجود دارد که رویه قضایی درباره مالی یا غیرمالی بودن آن دچار اختلاف است.^۱ تمام دشواری‌های مربوط به هزینه دادرسی در خصوص محاسبه تمبر مالیاتی وکیل هم صدق می‌کند؛ بر اساس ماده ۴ آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۹۹ در صورتی که وکیل کسری تمبر مالیاتی داشته باشد، دفتر شعبه مکلف به قبول وکالت‌نامه وی است و در اجرای ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بدو جهت ابطال تمبر مالیاتی به وکیل اخطار صادر می‌گردد. در ماده ۹ و در بند ب ماده ۱۳ آیین‌نامه مذکور برای دعاوی مالی و غیر مالی دو تعرفه جدا در نظر گرفته شده است.

یکی دیگر از مواردی که در بحث هزینه دادرسی نیازمند استدلال است، تشخیص موارد معافیت از پرداخت هزینه دادرسی است. ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ دولت را معاف از پرداخت هزینه دادرسی اعلام کرده بود. مشابه این مقرر در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ منصوص نگردیده است. با توجه به نسخ صریح قانون قدیم این سکوت قانون منشأ اختلاف نظر درباره معافیت یا عدم معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی بود تا این‌که دیوان عالی کشور به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ مورخه ۱۳۸۰/۱/۲۸ حکم به عدم معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی داد (رفیعی، ۱۳۹۰: ۳۹). با صدور رأی وحدت رویه فوق قاعده کلی بر لزوم پرداخت هزینه دادرسی توسط دولت استوار شد، لکن حتی صدور این رأی هم به اختلاف نظرها پایان نداد؛ زیرا پیش از صدور این رأی، در قوانین خاص معافیت‌هایی برای برخی

۱. مانند دعوای ابطال رأی داور که سرانجام دیوان عالی کشور بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۸۳۶-۱۴۰۲/۶/۲۸ با این استدلال که در این دعوی خواهان معمولاً در پی کسب منفعت مالی نیست نظر به غیرمالی بودن آن داد (پایگاه ملی اطلاع‌رسانی قوانین و مقررات کشور). مصادیق دیگری نیز وجود دارد که هنوز رویه قضایی درباره مالی یا غیرمالی بودن آن به اجماع نرسیده است؛ مانند مطالبه سهم الارث، اعتراض شخص ثالث به رأی افراز، ابطال سند اجاره، فک رهن، تعدیل مال الاجاره، الزام موجر به انجام تعمیرات اساسی (زراعت، ۱۳۹۱: ۹۸۶).

نهاده‌ها و سازمان‌ها در نظر گرفته شده بود^۱. بعد از صدور رأی وحدت رویه فوق، نسخ یا بقای این مقررات خاص محل تردید است. از یک طرف، عام لاحق ناسخ خاص سابق شناخته نمی‌شود و می‌توان گفت قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به عنوان قانون عام، قوانین خاص قبلی را نسخ نمی‌کند یا به تعبیر اصولیون، خاص مقدم عام مؤخر را تخصیص می‌زند. از طرف دیگر، توجه به عموم و اطلاق مواد ۵۰۱ تا ۵۰۳ قانون پیش‌گفته نظر دیگری را توجیه می‌کند. مطابق این نظر با توجه به قید عبارت «سایر قوانین و مقررات در موارد مغایر ملغی می‌گردد» در ماده ۵۷۹ هیچ نهاد و سازمان یا اداره دولتی از پرداخت هزینه دادرسی معاف نیست (زراعت، ۱۳۹۱: ۹۹۹). هم‌چنین پس از صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ قوانین خاص متعددی وضع شده است که برخی نهاده‌ها به موجب آن از شمول پرداخت هزینه دادرسی معاف شده‌اند^۲. در اینجا در مقام نقد دیدگاه‌های فوق نیستیم و هدف بیان این واقعیت است که اعلام نظر درباره این معافیت‌ها در زمان بررسی دادخواست، مستلزم آگاهی از مباحث اصولی چون عام و خاص و تخصیص و نسخ و ... است که نمی‌توان از مدیر دفتر انتظار آگاهی از این مباحث را داشت.

۲-۳. نام، نام خانوادگی، اقامتگاه و شغل خوانده

بر اساس بند ۲ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر نام و نام خانوادگی و اقامتگاه و شغل خوانده در دادخواست ضروری است؛ هم‌چنین بر اساس ماده ۵۲ در صورتی که هر یک از اصحاب دعوی عنوان قیم یا متولی یا وصی یا مدیریت شرکت و امثال آن را داشته باشد، باید در دادخواست تصریح شود. عدم رعایت این بند مطابق ماده ۵۳ از موارد توقیف دادخواست است. در خصوص این بند باید گفت: آنچه مدیر دفتر باید احراز نماید، صرفاً نوشته شدن موارد فوق در دادخواست است، اما این که دعوی متوجه شخصی است که در دادخواست به عنوان خوانده معرفی شده یا نه، شخصی که به عنوان مدیر یا قیم

۱. از باب مثال می‌توان به ماده ۱۷ اساسنامه بنیاد مسکن مصوب ۱۳۶۶، ماده ۳۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، ماده واحده لایحه قانونی راجع به معافیت بنیاد مستضعفان از پرداخت هزینه دادرسی در تمام مراجع قضایی مصوب ۱۳۵۸، ماده ۱۰ قانون تأسیس شرکت پست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۶ اشاره کرد.

۲. مانند ماده ۲۰ اساسنامه جمعیت هلال احمر مصوب ۱۳۹۷ و بند ۱۳۲ قانون بودجه مصوب ۱۳۹۰ در خصوص دعاوی راجع به حفظ بیت‌المال.

یا ... معرفی شده واجد این سمت می‌باشد یا نه، مدرک مثبت سمت بر سمت ارائه کننده آن دلالت می‌نماید یا خیر، اموری قضایی و در صلاحیت قاضی است. اقامتگاه خواننده نیز باید با تمام خصوصیات از قبیل شهر و روستا و دهستان و خیابان به نحوی نوشته شود که ابلاغ به سهولت ممکن باشد (تبصره ۱ ماده ۵۱) الکترونیکی شدن ثبت دادخواست نافی رعایت این بند نیست؛ زیرا ممکن است خواننده در زمان ثبت دادخواست خواهان، در سامانه ثبت نام نکرده و گریزی از ابلاغ به شیوه سنتی نباشد؛ حتی ثبت نام پیشین خواننده در سامانه مذکور نیز نافی این تکلیف نیست؛ زیرا ممکن است خواننده در زمان ثبت نام، صرفاً اسم شهر و خیابان خاصی را ذکر کند و نشانی دقیق در سامانه درج نشود؛ دفاتر خدمات قضایی نیز در زمان ثبت آدرس و شغل به اظهارات فرد بسنده می‌کنند و مدارک مثبت صحت آدرس و شغل اعلامی را از متقاضی مطالبه نمی‌کنند (شکری، ۱۴۰۰: ۲۳۸). در صورتی که اقامتگاه خواننده با مشخصات دقیق ذکر نشده باشد، دادخواست ناقص بوده و مستلزم صدور اخطار رفع نقص است. افزون بر این، اختلال سامانه ابلاغ الکترونیک نیز معمولاً رخ می‌دهد و به ناچار باید ابلاغ را به شیوه سنتی انجام داد که در این حالت نیز ذکر دقیق نشانی خواننده موجب تحقق ابلاغ به شیوه صحیح خواهد شد. در تبصره ۴ ماده ۱۳ آیین نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی نیز در همین راستا مقرر شده است که در صورتی که ارسال پیوست‌های ابلاغیه به صورت الکترونیکی، ممکن نباشد امر ابلاغ به وسیله ابلاغ‌نامه انجام می‌گیرد.

۳-۳. تعیین خواسته و بهای آن

دادگاه محدود به خواسته‌ای است که خواهان در دادخواست قید می‌کند و اتخاذ تصمیم خارج از خواسته خواهان از موجبات نقض رأی خواهد بود (ابهری، ۱۳۹۸: ۲۱). در بند دو ماده ۵۱، دو تکلیف بر عهده خواهان گذاشته است: تعیین خواسته و تعیین بهای خواسته؛ مگر این که تعیین بها ممکن نبوده یا خواسته مالی نباشد. بدیهی است که نظارت بر دادخواست از حیث رعایت این دو تکلیف همانند هزینه دادرسی منوط به تشخیص دعوای مالی از غیرمالی و نیز قواعد تعیین بهای خواسته یا همان تقویم می‌باشد (مواد ۶۱ تا ۶۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). استنباط این که در چه مواردی در دعوای مالی تعیین

بها ممکن نیست نیز واجد جنبه قضایی است. در خصوص شیوه تعیین خواسته گفته شده است که گرچه در بند ۳ ماده ۵۱ فقط از لزوم تعیین خواسته سخن رفته است، اما موضوع دعوی علاوه بر معین بودن یعنی مردد نبودن بین دو یا چند چیز، باید معلوم و غیر مبهم هم باشد؛ چرا که دادگاه نمی‌تواند به خواسته نامعلوم پی برده و به آن رسیدگی کند. پس خواسته مقرر در بند ۳ ماده ۵۱ اعم از معین و معلوم کردن خواسته می‌باشد و مردد یا مبهم بودن آن موجب اخطار رفع نقص است (محمدی، ۱۴۰۲: ۳۴). با توجه به این مفهوم از تعیین خواسته بی‌شک احراز آن را باید امری قضایی دانست و احراز مردد بودن خواسته و یا مبهم بودن آن به عنوان جهات نقص دادخواست نیازمند استدلال است. برای مثال اگر خواهان در دادخواست، اثبات فسخ یا انفساخ قراردادی را خواسته باشد، گذشته از مردد بودن خواسته، از نظر حقوقی این دو خواسته مانعه الجمع هستند و در یک دادخواست نمی‌توان این دو را نسبت به یک قرارداد مطالبه کرد، اما در صورتی که خواهان در خصوص یک ملک فاقد سابقه ثبتی، دعوی به خواسته افراز یا فروش آن در صورت عدم قابلیت افراز اقامه نماید، این دو خواسته که به نحو ترتیبی مطرح شده است، مردد محسوب نمی‌شود، ولی احراز معین نبودن خواسته در مثال اول و مردد نبودن خواسته در مثال دوم نیازمند استدلال و تفسیر قواعد حقوقی و درک مفهوم فسخ، انفساخ و افراز می‌باشد که علی‌القاعده مدیر دفتر فاقد چنین توانایی است.

۴-۳. ذکر تعهدات و جهات

یکی از اصول راهبردی دادرسی، اصل حاکمیت اراده طرفین بر دعوای مدنی است؛ برخی از این اصل کلی سه قاعده استخراج کرده‌اند: قاعده ابتکار عمل اصحاب دعوی در شروع و خاتمه دعوی، قاعده اختصاص امور موضوعی به اصحاب دعوی و امور حکمی به دادگاه، منع تعدی و تفریط از خواسته و تغییر آن (پوراستاد، ۱۳۸۷: ۹۷). در بیان مفاد اصل تسلط طرفین بر قلمرو موضوعی دعوی گفته شده است هر اقدامی که در راستای تبیین ادعا در دادرسی انجام می‌شود؛ اعم از بیان موضوعات و اثبات آن‌ها، تغییر دعوی و سبب آن در اختیار و تسلط طرفین دعوی قرار دارد (غمامی و محسنی، ۱۳۹۰: ۹۶). بر اساس این تسلط، خواهان در زمان تنظیم دادخواست باید مشخص نماید که مبنای حق او چیست (شمس، ۱۳۹۱: ۳) این امر

برای خواهان نه یک حق و امتیاز، بلکه یک مسئولیت توصیف شده است (مارتین، ۱۳۹۵: ۹۸) بر همین اساس، ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، طرفین دعوی و از جمله خواهان را در راستای ادعاهای خود مسئول بیان موضوعات متناسب با مبانی آنها دانسته است (محسنی، ۱۳۹۱: ۸۱). بند ۴ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ایران نیز یکی از شرایط دادخواست را ذکر «تعهدات و جهاتی که خواهان بر اساس آن خود را مستحق مطالبه می‌داند» دانسته است با این قید که «مقصود واضح و روشن» باشد. مطابق ماده ۵۴ عدم رعایت این شرط از موارد توقیف دادخواست است. در خصوص مفهوم تعهد و جهت و ارتباط آن با منشأ دعوی، وحدت نظر در دکترین حقوقی وجود ندارد (محمدی و ابهری، ۱۴۰۲: ۲۵۸). برخی معتقدند تعهدات عبارت از جهاتی است که به موجب آن مدعی خود را مستحق مطالبه می‌داند؛ بدین مفهوم، علاوه بر عقود معین و ایقاعات، قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، الزامات خارج از قرارداد و حتی مقررات قانونی از جهات مستحق مطالبه بودن خواهان محسوب می‌شود (شمس، ۱۳۸۲: ۲/۴۷). برخی دیگر تعهدات را ناظر به اعمال حقوقی منشأ حق مانند عقود و معاملات و جهات را ناظر به الزامات خارج از قرارداد و نیز الزامات قانونی مانند الزام به تقسیم مال مشترک دانسته‌اند (متین دفتری، ۱۳۸۸: ۱/۳۲۲). حقوق‌دان دیگری مفهوم تعهد و جهت را این‌گونه تبیین کرده است: منظور از تعهدات، منشأ استحقاق اعم از اعمال و وقایع حقوقی و مقصود از جهات، آن علت و سبب قانونی است که خواهان به اتکای آن حق مطالبه داشته و به دعوی بر می‌خیزد و نبود آن حتی اگر منشأ حق نیز موجود باشد، دعوی را بی‌جهت خواهد ساخت (محمدی، ۱۴۰۲: ۴۷). در تفاوت منشأ دعوی و سبب آن نیز گفته شده است منشأ دعوی بیشتر ناظر به پایگاه کلی و اصلی حق نقض شده می‌باشد. به عنوان مثال در جایی که یکی از تعهدات مندرج در قراردادی نقض شده باشد، سبب دعوی نقض همان تعهد خاص که مورد نقض واقع شده می‌باشد و نمی‌توان قرارداد را به صورت کلی سبب دعوی به حساب آورد و قرارداد منشأ دعوی بوده و نه سبب آن (موسوی، ۱۳۹۷: ۵۳۸).

در خصوص نظارت مدیر دفتر بر این بخش دادخواست باید گفت؛ با توجه به این‌که قسمت معینی در دادخواست به ذکر این جهت اختصاص نیافته است، خواهان

باید تعهدات و جهات استحقاق خود را در قسمت شرح دادخواست بیان کند و مدیر دفتر نیز برای احراز رعایت این بند ناگزیر از بررسی قسمت شرح دادخواست می‌باشد. با توجه به نظرات دکترین در خصوص تعهد و جهت، به نظر می‌رسد که مدیر دفتر در هر دعوایی تنها با توجه به خواسته خواهان و شناخت ماهیت حقوقی آن است که می‌تواند به احراز رعایت یا عدم رعایت این شرط در دادخواست بپردازد. برای مثال، اگر خواهان دعوایی به خواسته اعلام بطلان قرارداد اقامه و در قسمت شرح دادخواست دلیل بطلان را معلوم و معین نبودن مورد معامله اعلام نماید، مدیر دفتر برای احراز این شرط در دادخواست باید بر مفهوم جهت و سبب در آیین دادرسی و مفهوم بطلان قرارداد و نحوه تمیز آن از مفاهیم مشابه مانند ابطال و عدم قابلیت استناد و نیز اسباب بطلان در حقوق ماهوی (عدم مشروعیت جهت، فقدان قصد انشاء، مبهم بودن مورد معامله و ...) تسلط داشته باشد. در تمایز بطلان از ابطال گفته شده است که بطلان احراز یک واقعه مادی خارجی و تصدیق توسط محکمه است و ابطال یک ایقاع ارادی به حالت انشایی است (میرنژاد بروجنی، ۱۴۰۳: ۳۹۴). هم‌چنین در دعوای اعلام فسخ قرارداد به استناد خیار تبعض صفقه، مدیر دفتر باید به مفهوم فسخ و نیز اسباب فسخ (عیب، غبن، تبعض صفقه و ...) آگاهی داشته باشد. بدون درک این مفاهیم احراز کامل یا ناقص بودن دادخواست از حیث ذکر تعهدات و جهت استحقاق میسر نمی‌شود. به عنوان قاعده کلی می‌توان گفت؛ مدیر دفتر بدون احاطه بر مفاهیم حقوق ماهوی مرتبط با دعوای مطروحه نمی‌تواند به ممیزی دادخواست از حیث رعایت شرط مذکور بپردازد.

۵-۳. درخواست خواهان از دادگاه

بند ۵ ماده ۵۱ ذکر آن‌چه را که خواهان از دادگاه درخواست دارد، به عنوان یکی دیگر از شرایط دادخواست ذکر کرده است. در ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ نیز این شرط وجود داشت. برخی در بیان مفهوم این بند معتقد بودند که خواسته دعوی یا اصلی است یا تبعی. درخواست اصلی ناظر به ماهیت حقوق مورد اختلاف است و درخواست تبعی، درخواست درجه دوم و به طور ثانوی است. به عنوان مثال خواهان دعوایی به خواسته تحویل مبیع مطرح می‌کند و چون احتمال می‌دهد این دعوی به علت بطلان عقد پذیرفته نشود، درخواست تبعی استرداد ثمن

در صورت بطلان عقد را نیز مطرح می‌کند (متین دفتری، ۱۳۸۸: ۳۲۴). این تفسیر با این ایراد روبه‌رو است که به نوعی خواسته مردد را مجاز می‌شمارد. برخی دیگر معتقدند این بند ناظر به آن بخش از درخواست‌های خواهان است که عنوان خواسته بر آن صدق نمی‌کند مانند خسارات دادرسی و خسارت تأخیر یا عدم انجام تعهد که از متفرعات دعوای اصلی است (شمس، ۱۳۸۲/۲: ۵۰). این نظر نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا بند ۵ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی عدم ذکر آن‌چه را که خواهان از دادگاه درخواست دارد، از موارد نقص دادخواست دانسته است و منطقی نیست عدم اشاره خواهان به درخواست‌هایی که عنوان خواسته بر آن صادق نیست از موجبات نقص دادخواست باشد؛ زیرا ممکن است خواهان تمایلی به مطالبه این موارد نداشته باشد؛ بنابراین باید تفسیری درباره این بند ارائه شود که صدور اخطار رفع نقص به علت عدم ذکر آن قابل توجیه باشد. در همین راستا حقوقدان دیگری تفسیر مناسب‌تری ارائه و معتقد است: منظور این بند توضیح خواسته مندرج در دادخواست تقدیمی است؛ از آن‌جا که در ردیف طراحی شده در دادخواست برای تعیین خواسته و بهای آن جای کافی برای توضیح پیرامون خواسته دعوی نیست؛ در فرم دادخواست، قسمتی برای ادای توضیح پیرامون دعوای مطروحه و خواسته دعوی وجود دارد که در این قسمت، خواهان آن‌چه را که از دادگاه تقاضا دارد با توضیحات بیشتری بیان می‌کند (ابهری، ۱۳۹۸: ۲۶). با توجه به نظر اخیر باید گفت؛ احراز رعایت این شرط در دادخواست امری قضایی و نیازمند قوه استنباط و استدلال است و مدیر دفتر توان ممیزی این بخش از دادخواست را ندارد.

۳-۶. ذکر ادله اثبات دعوی

طبق بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد از اسناد و نوشته‌ها و اطلاع مطلعین و غیره در دادخواست ضروری است؛ ادله مثبت به ترتیب و واضح نوشته می‌شود و اگر دلیل گواهی گواه باشد؛ خواهان باید اسامی و مشخصات و محل اقامت آنان را به‌طور صحیح معین کند. عدم رعایت این بند از موارد توقیف دادخواست است ممکن است گفته شود تکلیف خواهان صرفاً به ذکر ادله اثبات دعوا خلاصه می‌شود و دفتر دادگاه نیز صرفاً باید به این نکته توجه نماید که خواهان

در ستون دلایل دادخواست، دلایل خود را ذکر کرده باشد؛ صرف نظر از این که دلایل مذکور در زمره ادله اثبات دعوی بوده و توان اثباتی ادعای خواهان را داشته یا نداشته باشد، اما این نظر قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً، قید «به ترتیب و واضح» نشان می‌دهد که قانون‌گذار به چیزی فراتر از صرف ذکر دلایل نظر داشته و خواهان باید قواعد معینی را در ذکر دلایل مراعات نماید تا بتوان گفت؛ ادله به ترتیب و واضح ذکر شده است؛ ثانیاً، این بخش دادخواست ناظر به مهم‌ترین تکلیف خواهان یعنی اثبات ادعا است و خواهان باید قواعد اثبات را نیز در آن مراعات نماید و رعایت این قواعد فقط با تکمیل قسمت دلایل دادخواست به هر شیوه‌ای محقق نمی‌شود. همان‌طور که گفته شده است؛ حق دارای دو مرحله است: مرحله ثبوت و آن وجود واقعی حق است و مرحله اثبات و آن نمایاندن وجود آن در مرحله دادرسی می‌باشد (امامی، ۱۳۹۱: ۶۷). اثبات حق به احراز واقع‌ای بستگی دارد که خواهان باید برای آن دلیل بدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۶۲). در نتیجه حقی که در عالم ثبوت محقق شده، اما دلیل اثباتی برای آن تدارک دیده نشده است در دادگاه منشأ اثری به نفع دارنده آن نخواهد بود.

بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی خواهان را مسؤول ذکر ادله و وسایل اثبات دعوی دانسته است؛ با این قید مهم که «به ترتیب و واضح» نوشته شوند؛ معنای دو قید اخیر روشن نیست و معلوم نیست، خواهان باید بر اساس چه معیاری ترتیب دلایل را صورت دهد، اما در هر حال این دو قید نشان از اهمیت ذکر این بند در نظر قانون‌گذار داشته است. این اهمیت خالی از وجه نیست؛ همان‌طور که گفته شده است ذکر ادله اثبات دعوا توسط خواهان موجب می‌شود تا خواننده به صورت کامل بر دعوایی که به طرفیت او اقامه شده، معرفت یافته و بتواند دفاعیات خود را به نحو متناسب تدارک ببیند (اسماعیل عمر، ۲۰۰۴: ۲۹۱)؛ از طرفی با ذکر تمام دلایل در دادخواست، خواهان مجبور می‌شود تمام دلایل خود را افشا و راه غافلگیر کردن خواننده در جریان دادرسی با ارائه دلایل جدید توسط خواهان مسدود شود. البته خواهان در ذکر هر دلیلی در دادخواست آزاد نیست، با این که ادله به صورت مطلق استعمال شده، اما با توجه به قواعد ادله اثبات، دلایلی باید در دادخواست ذکر شود که قانون آن را به عنوان دلیل پذیرفته و

عنوان «دلیل اثبات دعوی» بر آن صادق باشد؛ زیرا آن گونه که گفته شده است حقوق ایران نظام قانونی ادله را برگزیده است؛ بدین معنا که قانون ادله‌ای که می‌تواند و باید وجدان دادرس را اقناع نماید و نیز توان اثباتی هر یک را پیش‌بینی کند (شمس، ۱۳۸۴/۳: ۹۷). ادله اثبات دعوی نیز بر اساس قانون مدنی عبارت از اقرار، گواهی، سند، سوگند و اماره می‌باشد که قانون آیین دادرسی مدنی، کارشناسی و تحقیق و معاینه محل را به آن افزوده است. علی‌رغم احصاء ادله در قانون در خصوص برخی مصادیق دلیل اختلاف نظر وجود دارد؛ برای مثال می‌توان صدای ضبط شده طرف مقابل را نام برد؛ برخی معتقدند صدا اگر با اطلاع قبلی فرد ضبط شده باشد سندیت دارد و اگر چنین نباشد به نوعی شنود غیر مجاز تلقی و قابل استناد نیست (محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۸۱). این وضعیت ممکن است موجب بروز ابهاماتی شود؛ در صورتی که خواهان در ستون دلایل به صدای ضبط شده خوانده اشاره کرده باشد آیا مدیر دفتر می‌تواند با این استدلال که صدای ضبط شده دلیل محسوب نمی‌شود، آن را از موجبات نقص بدانند؟ به علاوه قید «به ترتیب و واضح» که به عنوان وصفی برای نحوه ذکر دلایل ذکر شده است، چگونه توسط مدیر دفتر احراز می‌شود؟ در صورتی که خواهان در ستون دلایل به سوگند اشاره کرده باشد، اما نوع آن (بتی، استظهاری، تکمیلی) را مشخص نکرده باشد با توجه به قید به «ترتیب و واضح» آیا چنین دادخواستی از حیث دلایل کامل یا ناقص است و در هر حال قضاوت در این باره نیازمند قوه استدلال نیست؟

به نظر می‌رسد که احراز کامل بودن دادخواست از حیث ذکر ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد، نیازمند احاطه مقام ممیز بر مفاهیم حقوقی ادله اثبات دعوی مانند تعریف دلیل، نظام ادله قانونی، نظام ادله معنوی، شناخت انواع دلیل مانند اقرار، شهادت شهود، سند (عادی و رسمی)، اماره (قانونی و قضایی) معاینه و تحقیق محلی، کارشناسی، سوگند و اقسام آن (بتی، تکمیلی، استظهاری) می‌باشد.

۷-۳. رد فوری دادخواست توسط مدیر دفتر

بر اساس ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر نام و نام خانوادگی، نام پدر، سن، اقامتگاه و حتی‌الامکان شغل خواهان

در دادخواست، ضروری است. ضمانت اجرای این تکلیف نیز در ماده ۵۶ بیان شده است: «هرگاه در دادخواست خواهان یا محل اقامت او معلوم نباشد؛ ظرف دو روز از تاریخ رسید دادخواست، به موجب قراری که مدیر دفتر و در غیاب وی جانشین او صادر می‌کند، دادخواست رد می‌شود». از آن‌جا که در این ماده مدیر دفتر بدون اخطار به خواهان، دادخواست او را فوراً رد می‌کند به آن رد فوری دادخواست گفته‌اند (کریمی و پرتو، ۱۴۰۱: ۳۰). درباره قطعیت یا تجدیدنظرپذیری این قرار اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی با اتکا به وحدت ملاک مواد ۳۴۴ و ۳۸۸ در مورد رد دادخواست تجدیدنظر و فرجام این قرار را ظرف ده روز از تاریخ الصاق به دفتر دادگاه قابل اعتراض می‌دانند (شمس، ۱۳۸۲: ۲۹). این عقیده قابل دفاع به نظر نمی‌رسد؛ زیرا مواد ۵ و ۳۳ اصل را بر قطعیت احکام گذاشته و در موارد سکوت و تردید باید به این اصل رجوع کرد؛ مواد ۳۴۴ و ۳۸۸ نیز ناظر به قرار رد دادخواست تجدیدنظر و فرجامی است که از دادگاه صادر می‌شود و نمی‌توان این حکم را به قرار رد فوری دادخواست بدوی که مدیر دفتر آن را صادر می‌کند تسری داد. علاوه بر این، ماده ۵۶ جایگزین ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ گردیده است. در ماده ۸۳ قرار مذکور قابل اعتراض اعلام شده بود؛ با توجه به عدم تنصيص این حکم در ماده ۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی باید معتقد بود نظر مقنن بر قطعیت این قرار بوده است (ابهری، ۱۳۹۸: ۳۴). در موقعیت فعلی، در صورت اشتباه مدیر دفتر در صدور قرار، هیچ طریق شکایتی برای تصحیح یا عدول از آن وجود ندارد و خواهان ناگزیر از اقامه مجدد دعوی و پرداخت دوباره هزینه دادرسی است. در دعاوی مقید به مهلت ممکن است فرصت طرح دوباره دعوی به دلیل انقضای مهلت نیز وجود نداشته باشد.

برآمد

۱- ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی وظیفه کنترل و ممیزی دادخواست از حیث رعایت شرایط قانونی را به مدیر دفتر دادگاه سپرده و علاوه بر صدور اخطار رفع نقص، او را مجاز به صدور قرار رد دادخواست نیز دانسته است. در ماده ۵۶ نیز در صورت نامعلوم بودن خواهان یا محل اقامت او، مدیر دفتر ملزم به صدور قرار رد دادخواست گردیده بدون این‌که این قرار قابلیت اعتراض داشته باشد؛ این در حالی است که قضاوت درباره رعایت یا عدم رعایت این شرایط، امری قضایی و نیازمند قوه استدلال و استنباط است.

۲- احراز پرداخت هزینه دادرسی به نحو صحیح نیازمند این است که مقام ممیز، حق مالی را از حق غیرمالی و نیز دعوای مالی را از دعوای غیرمالی تمیز داده و بر نهادهای معاف از پرداخت هزینه دادرسی که در قوانین خاص به صورت پراکنده منصوص شده است و قواعد تقویم خواسته مالی احاطه داشته باشد. هم‌چنین کنترل دادخواست از حیث ذکر «تعهدات و جهات استحقاق خواهان به نحو واضح و روشن» و نیز ذکر «ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد» آن هم به ترتیب و واضح، نیازمند درک مفاهیم حقوق ماهوی مرتبط با دعوای مطروحه و نیز قواعد اثبات دعوی می‌باشد. سپردن ممیزی این امور به مدیر دفتر که یک حقوق‌دان حرفه‌ای نیست، در بسیاری از موارد منتهی به توقیف یا رد دادخواست کامل یا به جریان افتادن دادخواست ناقص می‌شود که نتیجه‌ای جز اطاله دادرسی در پی ندارد.

۳- مداخله قاضی دادگاه در فرض اشتباه مدیر دفتر در صدور اخطار رفع نقص امکان‌پذیر نیست؛ زیرا مطابق صدر ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مدیر دفتر در صورتی باید پرونده را فوراً به نظر قاضی برساند که آن را تکمیل تشخیص دهد و با وصف تکمیل نبودن دادخواست بر اساس تشخیص مدیر دفتر، تکلیف رساندن پرونده به نظر قاضی منتفی است. هم‌چنین نظارت قاضی یک نظارت پسینی است و به زمانی موکول شده است که خواهان نقائص اعلامی مدیر دفتر را برطرف نکرده و مدیر دفتر نیز قرار رد دادخواست صادر کرده باشد و این قرار مورد اعتراض خواهان قرار گیرد؛ هرگونه اظهارنظر قاضی پیش

از این مرحله نیز ممکن است، اعلام نظر ماهوی پیش از صدور رأی تلقی و به عنوان تخلف انتظامی مشمول بند ۱ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات قرار گیرد. آنچه بر وخامت اوضاع می‌افزاید این است که رأی دادگاه قطعی است و در صورت اشتباه قاضی هیچ راه شکایتی در دسترس خواهان نخواهد بود.

۴- این وضعیت موجب اجحاف به خواهان است؛ زیرا در صورت طرح دعوای مجدد صرف‌نظر از اطاله دادرسی باید هزینه دادرسی را دوباره پرداخت نماید؛ هم‌چنین در دعوای مقید به مهلت مانند اعتراض به عملیات ثبتی، به دلیل انقضای مهلت طرح دعوی اساساً امکان تقدیم دادخواست مجدد وجود ندارد.

۵- بنا به جهات فوق، اصلاح قانون در این بخش، سلب صلاحیت صدور اخطار رفع نقص و صدور قرار رد دادخواست از مدیر دفتر و سپردن آن به قاضی یک ضرورت در حقوق ایران است.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * ابهری، حمید (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی دو، چاپ دوم، تهران: مجد.
- * امامی، سیدحسین (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، جلد ششم، چاپ چهاردهم، تهران: اسلامیه.
- * انصاری، باقر (۱۳۸۷)، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، چاپ نخست، تهران: میزان.
- * بروجردی، آقامیرزا محمد، (۱۴۰۱)، اصول محاکمات حقوقی، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * پوراستاد، مجید (۱۳۸۷)، «اصل حاکمیت اراده اصحاب دعوای مدنی»، فصلنامه حقوق، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳.
- * جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸)، فلسفه تفسیری حقوق، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، دایره المعارف علوم اسلامی قضایی، جلد نخست، تهران: گنج دانش.
- * رفیعی، احمد (۱۳۹۰)، «معمای معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۳.
- * زراعت، عباس (۱۳۹۱)، محشای قانون آیین دادرسی مدنی، چاپ دوم، تهران: شمشاد
- * سرباز، سکینه و پروین خیرالله (۱۴۰۴)، «بررسی استقلال سازمانی قوه قضاییه؛ با تأکید بر امور اداری، استخدای و تشکیلاتی در ایران و آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۱۵.
- * سنگلجی، محمد (۱۳۸۱)، آیین دادرسی در اسلام، چاپ چهارم، قم: حدیث امروز
- * الشریف، محمد مهدی، آرای، حمید، (۱۳۹۶)، «پلورالیسم استدلال حقوقی در پرتو تفسیرهای متعارض»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، سال چهارم، شماره ۱.
- * شکری، محمد (۱۴۰۰)، «نارسایی‌های خدمات الکترونیک قضایی ایران در

مواجهه با حقوق مراجعان»، دو فصلنامه علمی حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۲، شماره ۴.

* شکوهی زاده، رضا و عربیان اصغر (۱۳۹۷) «تمیز نقص شکلی دادخواست از سایر اسباب بی اعتباری دعوی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۵.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: میزان.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ نخست، تهران: انتشارات دراک.

* شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، «سبب، امور موضوعی و توصیف آن‌ها در دعوای مدنی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۷، شماره ۶۵

* صادق‌منش، جعفر و فرخی نیا، علی (۱۳۹۱)، «مبنا، روش و جایگاه استدلال قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، شماره ۷۹.

* صدرزاده افشار، سیدمحسن (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ یازدهم، تهران: جهاد دانشگاهی.

* غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، اثبات و دلیل اثبات، جلد نخست، چاپ ششم، تهران: میزان.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، اعتبار امر قضاوت شده، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۴۰۱)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: دادگستر.

* کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰)، مبانی فلسفی تفسیر قانون، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- * مارتین، ریموند (۱۳۹۵)، «اصول راهبردی دادرسی مدنی»، برگردان: اسماعیل شایگان، چاپ نخست، تهران: میزان
- * متین دفتری، احمد (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.
- * محسنی، حسن (۱۳۹۱)، ترجمه قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * محسنی، حسن، رضایی نژاد، امیرحسین (۱۳۹۰)، «حقوق و اخلاق، تأملی پیرامون اعتبار صدای ضبط شده بدون اخطار»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنج، شماره ۷۳.
- * محمدی، سام (۱۴۰۲)، آیین دادرسی مدنی؛ دادرسی و واریسی، چاپ دوم، تهران: مجد
- * محمدی، سام و ابهری، حمید (۱۴۰۲)، «مقایسه و تمایز نحوه دعوی با منشأ، جهت، سبب، خواسته، علت و استحقاق»، مطالعات حقوقی تطبیقی معاصر، دوره ۱۴، شماره ۳۲.
- * موسوی امیرحسام (۱۳۹۷)، «واکاوی فقهی حقوقی جهت خواسته در دعاوی مدنی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۹، شماره ۲.
- * مولودی، محمد؛ حاجی عزیزی، بیژن؛ هویدا، مهدی (۱۳۹۷)، «تصحیح اعمال ناقص در دادرسی مدنی»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۱۹.
- * مهاجری، علی (۱۳۹۱)، دعاوی مالی و غیرمالی در حقوق ایران و فرانسه، چاپ دوم، تهران: فکرسازان.
- * میرنژاد بروجنی، سیدرسول (۱۴۰۳)، «حقوق دعاوی؛ سنتز برگرفته از دیالکتیک حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.
- * هارولد برمن (۱۳۷۶)، «استدلال حقوقی»، برگردان: مسعود حبیبی، ماهنامه کانون وکلا، شماره ۱.

ب. عربی

- * عاملی ابو عبدالله، شمس‌الدین محمد بن مکی (۱۴۰۱)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، الجزء الثانی، چاپ نخست، قم: موسسه النشر الاسلامی
- * خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا)، مبانی تکمله المنهاج، جلد نخست، نجف: مطبعه الآداب.
- * اسماعیل عمر، نبیل و خلیل، احمد (۲۰۰۴)، قانون اصول المحاکمات المدنیه، چاپ نخست، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقیه.

شمول اعتبار امر مختومه نسبت به وجه رایج

رضا شکوهی زاده^۱، بهمن سام^۲

چکیده

یکی از موضوعاتی که در سال‌های اخیر به معضل رویه قضایی در احقاق حق و فصل خصومت تبدیل شده، اجرای احکامی با محکوم به وجه نقد است. اطاله دادرسی و ناکارآمدی ابزارهای اجرایی در امور مدنی در کنار افزایش لجام گسیخته نرخ تورم و کاهش ارزش پول ملی، باعث شده است تا قدرت خرید مبلغ محکوم به از زمان تقویم موضوع دعوی به پول یا صدور حکم قطعی، هیچ‌گاه برابر با قدرت خرید آن مبلغ در زمان اجرای حکم و وصول محکوم به نباشد. هرگونه تجدیدنظر در مبلغ محکوم به نیز با موانع قانونی و قضایی هم‌چون اعتبار امر مختومه یا فراغ دادرس مواجه می‌شود، اما بی‌توجهی به واقعیت‌های موجود، موجب شده است دادگستری کارکرد خود را در احقاق حق و فصل خصومت نداشته باشد. از جمله تفاسیری که رویه قضایی برای حل این مشکل ارائه نموده است، می‌توان به قائل شدن به عدم شمول عنوان محکوم به و در نتیجه عدم شمول اعتبار امر مختوم نسبت به مبلغ محکوم به اشاره نمود. افزون بر این، در برخی از آراء اعتبار موقت نظریه‌های کارشناسی با موضوع ارزیابی اموال یا خسارت به رسمیت شناخته شده است. از سوی دیگر، برخی دادگاه‌ها اختیار تعیین مبلغ محکوم به را به قضات اجرای احکام تفویض می‌نمایند تا از این طریق، فاصله زمانی میان تعیین مبلغ محکوم به تا زمان پرداخت آن، به حداقل کاهش یابد.

واژگان کلیدی: اعتبار امر مختومه، وجه رایج، فراغ دادرس، اجرای حکم، تورم

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
rshokoohizadeh@ut.ac.ir

۲. قاضی دادگستری
sambahman0@gmail.com

درآمد

یکی از موضوعات مبتلابه رویه قضایی، شمول یا عدم شمول امر محکوم‌بها نسبت به وجه رایج است. مسأله‌ای که رویه قضایی با آن مواجه است، شناور و نسبی بودن ارزش واقعی وجه رایج است. در اغلب مواقع با توجه به نرخ بالای تورم در اقتصاد کشور، قدرت خرید و ارزش واقعی مبلغی که در حکم دادگاه برای برآورد قیمت روز اعیان یا جبران خسارت خوانده تعیین می‌شود، تا زمان وصول محکوم‌به در مرحله اجرای حکم، دچار تغییر فاحش شده و از این بابت محکوم‌له دچار ضرر شدید می‌گردد. از یک سو، قاضی اجرای احکام باید صرفاً بر پایه محکوم‌به، آن را وصول نماید و از سوی دیگر، محاکم نیز با این استدلال که منجر بودن منطوق دادنامه این را می‌طلبد که حکم ثابت و معینی صادر گردد، درخواست محکوم‌له را برای جرح و تعدیل این مبلغ، نادیده می‌گیرند. علاوه بر این، قضات دادگاه‌ها، قاعده فراغ دادرس را از دلایل عمده بی‌توجهی به درخواست محکوم‌له در این خصوص می‌دانند.

در مقابل برای جبران ضرر محکوم‌له می‌توان به عدم شمول عنوان منطوق نسبت به مبلغ محکوم‌به استناد نمود. علاوه بر این، با تبیین نظریه عمومی اعتبار شش ماهه نظریه‌های کارشناسی ناظر بر تقویم املاک تملیکی توسط دولت (ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱/۰۱/۱۸) و تسری آن به موارد مشابه در ایفای دین، می‌توان نظریه واحدی را در این خصوص تدارک دید که صدور حکم به قیمت روز را بدون تعیین مبلغ قطعی، مجاز دانسته است. از سوی دیگر، تعدیل قضایی مبلغ محکوم‌به در حقوق ایران و سایر کشورها در مواردی پذیرفته شده است. چنانچه استخراج قاعده عمومی در این رابطه ممکن باشد، می‌توان راه‌حلی در خصوص موضوع ارائه نمود. در نهایت، باید به این نکته توجه داشت که جهت‌گیری تحولات قضایی ایران به سویی است که اختیارات ماهوی بیشتری به قضات اجرای احکام واگذار گردد. اعطای اختیار ارزیابی مجدد مبلغ محکوم‌به به اجرای احکام نیز یکی از احتمالاتی است که در این مقاله به آن پرداخته شده است.

۱. دلایل شمول اعتبار امر مختومه نسبت به وجه رایج

شمول اعتبار امر مختومه نسبت به وجه رایج، مبتنی بر دلایل متعددی است. در برخی از آراء، تغییرناپذیر بودن مبلغ محکوم‌به، مبتنی بر لزوم فصل خصومت به موجب رأی دادگاه اعلام شده است و در برخی قاعده فراغ دادرسی. از سوی دیگر، فرض قانونی انطباق حکم دادگاه با واقع، مانع از آن است که اشخاص ذی‌نفع قادر باشند عدم انطباق مبلغ محکوم‌به را با قیمت روز واقعی اثبات نمایند. در برخی از پرونده‌های قضایی، محکوم‌له آرای دایر بر پرداخت قیمت روز، سعی نموده است با توسل به قواعد عمومی مسئولیت مدنی، از جمله تسبیب، خسارات ناشی از کاهش ارزش پول موضوع رأی را مطالبه نماید. این خواسته نیز به لحاظ نظری با موانع متعددی روبرو می‌گردد؛ از جمله عدم تحقق ارکان مسئولیت مدنی و پیش‌بینی ناپذیری خسارات ناشی از کاهش ارزش پول. در نهایت نیز مطالبه تعدیل مبلغ محکوم‌به، با مانع غیرقابل اثبات بودن کاهش ارزش پول و ارتباط اعتبار وجه رایج با نظام اقتصاد ملی مواجه می‌گردد.

۱-۱. لزوم فصل خصومت به وسیله رأی دادگاه

یکی از اهداف مهم تأسیس دادگستری، حل و فصل اختلافات و فصل خصومت است. بازگذاشتن راه برای تجدیدنظر و تعدیل مبلغ محکوم‌به، باعث می‌شود رأی دادگاه هیچ‌گاه قطعیت نیابد و اختلاف متداعیین هیچ‌گاه به صورت قطعی حل و فصل نگردد؛ بنابراین برای جلوگیری از تکرار دعاوی لازم است تا مبلغ محکوم‌به یک بار برای همیشه تعیین گردد. یکی از اصول دادرسی، فصل خصومت و پایان دادن به نزاع است برای پایان دادن به نزاع و دعوی فی‌مابین اصحاب لازم است حکم صادره به گونه‌ای باشد که رافع خصومت به طور کامل و مبین حق باشد؛ چون در تعریف دعوا آمده حقی است که تضییع شده (متین دفتری، ۱۳۸۱/۱: ۲۰۹) و لازمه جبران حق، اعاده حق به نحو تام و کامل است و این معنا جز با تمسک به قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده به دست نخواهد آمد، چون در اثر عدم شمول قاعده هر آینه ممکن است دعاوی طرفین ادامه یافته و پایانی بر آن نباشد. در این راستا اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۷۶۹/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۲۹ نیز طرح

دعوی مابه‌التفاوت ثمن موضوع حکم با قیمت روز را نپذیرفته است.^۱

۲-۱. قاعده فراغ دادرس

زمانی که دادرس مسؤول رسیدگی به یک دعوا می‌شود، باید تکلیف آن دعوا را روشن کند. درواقع با اقامه دعوا، او موظف است که در آن مورد اقدام به صدور یک رأی کند، اما همین که دادرس تصمیم گرفت، دیگر حق تغییر نظر خود را ندارد؛ حتی اگر مطمئن شود اشتباه کرده است یا طرف‌های دعوی راضی باشند دادرس رأی دیگری صادر کند. در علم حقوق از این حکم به‌عنوان قاعده فراغ دادرس یاد می‌شود. این قاعده در ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ذکر شده بود: «دادگاه پس از امضای رأی حق تغییر آن را ندارد». در قانون مصوب ۱۳۷۹ مقرر شده مشابهی نیامده؛ اما این حکم هم‌چنان از موادی از قانون اخیر آیین دادرسی مدنی قابل برداشت است؛ از جمله ماده ۸ این قانون (شمس، ۱۳۸۱/۲: ۲۲۷).

بازنگری در احکام دادگاه نمی‌تواند بهانه‌ای برای مداخله دادرس در رأیی شود که قبلاً صادر نموده است. قانون‌گذار برای حصول اطمینان نسبت به اتقان آرای قضایی، راهکارهای مختلفی اندیشیده است که برخی مستلزم تجویز و بازنگری دادرس در رأیی است که قبلاً صادر نموده، هم‌چون واخواهی، اعتراض ثالث و صدور رأی اصلاحی. اما این موارد جنبه استثنایی دارد و صرفاً در موضع نص قابل اجرا است. از این رهگذر دادرس در هنگام صدور رأی باید قیمت روز مبیع را مشخص و در دادنامه ذکر کند؛ چون با فارغ شدن از دادرسی، تعیین مجدد مبلغ با

۱. نظریه مشورتی شماره ۱۴۰۰/۱۲۷/۱۰۴۳ ح مورخ ۱۴۰۰/۹/۱۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه مقرر نموده است: اولاً، برابر ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ رأی وحدت رویه نسبت به رأی قطعی بی‌اثر است؛ بنابراین اصل بر اجرای حکم قطعی یا قطعیت یافته است و استثنای قسمت اخیر ماده یادشده با توجه به سیاق عبارات به کار رفته در آن و قید عبارت «مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی عمل می‌شود»، ناظر بر احکام کیفری بوده و از فرض سؤال که واجد جنبه حقوقی است، منصرف است. ثانیاً، در فرض سؤال که قبلاً خریدار، دعوی مطالبه خسارت مستحق‌للمغیر بودن مبیع را علیه فروشنده اقامه کرده و پرونده به استناد رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور منجر به صدور حکم قطعی محکومیت فروشنده به پرداخت غرامت بر مبنای خسارت تأخیر تأدیه ثمن معامله شده است، موضوع واجد اعتبار امر مختومه بوده و طرح دعوی مجدد نسبت به همان موضوع دائر بر مطالبه مابه‌التفاوت میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، به استناد رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و نیز قواعد مسؤولیت مدنی فاقد وجاهت قانونی است.

قاعده فراغ دادرس در تنافی است.

در مقابل مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه به موجب نظریه شماره ۴۸۰/۲۶۷۳/۹۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۲۳ در پاسخ به این پرسش‌ها که در پرونده‌هایی که حکم به پرداخت قیمت روز صادر می‌شود آیا می‌توان بدون ارجاع امر به کارشناس حکم به پرداخت قیمت روز صادر نمود و ارزیابی قیمت روز عین را به اجرای احکام مدنی محول نمود؟ و آیا این موضوع با قاعده فراغ دادرس و اعتبار امر قضاوت‌شده منافات ندارد؟ آورده است: «به نظر می‌رسد ارجاع تعیین قیمت روز به قاضی اجرای احکام منافاتی با قاعده فراغ دادرس ندارد؛ توضیح آن‌که مطابق ماده ۳۱۲ قانون مدنی هرگاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین‌الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد. مستفاد از ماده فوق و مانند آن، این است که معیار در پرداخت دین یوم‌الادا می‌باشد و به دیگر سخن مستفاد از قانون آن است که معیار در تعیین میزان جبران خسارت یوم‌الادا است. بر این اساس تعیین قیمت در روز ادا باید بر عهده قاضی اجرای احکام باشد. به تعبیر دیگر، قاضی صادرکننده رأی در پرونده‌هایی که حکم به پرداخت قیمت روز صادر می‌شود، می‌تواند حکم به لزوم تأدیه دین بر میزان یوم‌الادا را صادر نماید، اما تعیین مصداق آن با توجه به این‌که معمولاً بین زمان صدور رأی و زمان اجرای آن فاصله وجود دارد، بر عهده قاضی اجرای احکام خواهد بود و وی موظف خواهد بود براساس شاخص بانک مرکزی نرخ روز را تعیین نماید و این نکته منافاتی با قاعده فراغ دادرس نخواهد داشت؛ زیرا رأی صادره مبنی بر لزوم پرداخت مدیون بر معیار یوم‌الادا است و این رأی مبرم بوده و نقض نمی‌شود و قاضی اجرای احکام موظف به تعیین مصداق نرخ در یوم‌الادا خواهد بود. به دیگر سخن اعتبار امر مختوم و قاعده فراغ دادرس، اصولاً با تجدیدنظر در حکمی که امضا شده مخالف است، ولی گاه اتفاق می‌افتد که در اثر کثرت کار یا پیچیده‌بودن دعوا معنای رأی از نظر ادبی یا حقوقی روشن نمی‌شود و حکم آن چنان که باید زمان‌دار و صریح تنظیم نمی‌گردد. در این‌گونه موارد برای امکان اجرای حکم و به هدر نرفتن زحمات اصحاب دعوا، منطق چنین حکم می‌کند که به دادگاه حق داده شود تا منظور خود را بیان و قلمرو و حدود حکم را تعیین کند».

۳-۱. فرض قانونی انطباق مفاد حکم قطعی با واقع

دلیل دیگر برای شمول قاعده اعتبار امر قضاوت شده نسبت به مبلغ محکوم به، فرض قانونی انطباق مفاد حکم قطعی با واقع است. با صدور حکم قطعی یا قطعیت حکم غیرقطعی، فرض می گردد مبلغ اعلامی در حکم دادگاه، منطبق با قیمت روز است. بنابراین، محکوم له تحت هیچ عنوان نمی تواند اختلاف مبلغ محکوم به را با قیمت واقعی مال موضوع حکم در زمان اجرای حکم اثبات نماید. در واقع، این در ذات فرض قانونی است که برخلاف امارات، خلاف آن قابل اثبات نمی باشد.

این استدلال به طور مطلق و بی قید و شرط قابل پذیرش نیست. فرض قانونی در همه مصادیق آن، ذاتاً مغایر با واقع وضع و جعل می شود، بنابراین باید در موضع اجرا تفسیر مضیق گردد (Gény, 1921/3: 378).^۱ ماهیت استثنایی و خلاف اصل فرض قانونی باعث می شود که صرفاً نسبت به موضوع اصلی آن اعمال گردد. موضوع اصلی صنف آرای ناظر بر الزام به پرداخت وجه نقد، محکومیت خواننده نسبت به اصل خواسته است که ممکن است پرداخت قیمت روز باشد یا جبران خسارات وارد بر محکوم له، اما مبلغ موضوع حکم بنابر تفسیری که در بالا ارائه گردید، خارج از منطوق رأی بوده و مشمول این فرض قانونی نمی گردد.

۴-۱. عدم تحقق ارکان مسؤولیت مدنی

اگر از دیدگاه مسؤولیت مدنی به موضوع توجه کنیم و محکوم له را مجاز بدانیم بر اساس تسبیب، خواهان جبران خسارات ناشی از کاهش ارزش پول، در فاصله صدور حکم تا اجرای آن گردد، ارکان مسؤولیت یعنی ضرر، تقصیر و رابطه سببیت میان این دو، باید توسط محکوم له اثبات گردد. در این جا به بررسی

۱. البته برخی از حقوق دانان فرانسوی اعتقاد دارند که تفسیر فرض قانونی خصوصیتی ندارد و الزاماً قواعد تفسیر مضیق بر آن حاکم نیست؛ زیرا آنچه باید تفسیر گردد خود فرض نیست، بلکه حکم قانونی است که بر اساس فرض وضع شده است. بنابراین تفسیر این حکم بر اساس فایده اجتماعی آن صورت می گیرد (Schmidt-Szalewski, op. cit.: 287). بر اساس این استدلال دیوان کشور فرانسه، در رأی مشهور خود در آغاز سده بیستم (هیأت عمومی وحدت رویه دیوان کشور فرانسه، پنجم دسامبر ۱۹۰۷)، برای حمایت از وراثت در مقابل اقدامات دیگر ورثه، اقدام به تفسیر موسع فرض قانونی اثر قهقرایی تقسیم ترکه نموده است. به موجب این رأی، نه تنها فرض می شود ورثه از زمان فوت مورث، مالک قدرالسهم خود بوده اند، بلکه نسبت به اموالی که پیش از تقسیم، از محل فروش ترکه خریداری شده است، دارای قائم مقامی عینی خواهند بود. به این معنی که اموال خریداری شده از محل فروش قدرالسهم هریک از ورثه، جانشین قدرالسهم آنان خواهد شد (Savaux, 1998: 7).

ایراداتی می‌پردازیم که نسبت به تحقق ارکان مسؤولیت مدنی در بحث مورد نظر، وارد می‌گردد.

۱-۴-۱. نبود رابطه سببیت میان تقصیر محکوم‌علیه و زیان محکوم‌له

در موضوع مورد نظر در این مقاله، باید دید که آیا محکوم‌علیه مسؤول جبران خسارت وارد بر محکوم‌له در اثر تأخیر در اجرای حکم می‌باشد یا خیر. باید دید که آیا مسؤولیت کاهش ارزش پول در اثنای ابلاغ اجرائیه به محکوم‌علیه و مهلت یک ماهه برای معرفی اموال بر عهده محکوم‌علیه می‌باشد. آیا محکوم‌علیه در اثر اعسار و ناتوانی از تأدیه محکوم‌به، مسؤولیت مضاعفی مبنی بر جبران خسارات ناشی از کاهش ارزش پول می‌یابد؟ به نظر می‌رسد که اعطای مهلت‌های قانونی به محکوم‌علیه، رافع مسؤولیت‌های قهری نامبرده در رابطه با خسارات وارد بر محکوم‌له در اثر جریان یافتن این مواعد باشد. از سوی دیگر، ناتوانی محکوم‌علیه در ایفای دین، چنان‌چه با صدور حکم اعسار یا تقسیط به اثبات رسد، رافع مسؤولیت نامبرده نسبت به خساراتی باشد که در اثر تأخیر در اجرای حکم به محکوم‌له وارد می‌گردد، اما در فرضی که به‌رغم انقضای مواعد قانونی اجرای احکام و رد ادعای اعسار محکوم‌علیه نسبت به ادای محکوم‌به، دستور جلب نامبرده، در اجرای ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی صادر می‌گردد، از آنجا که فرض مطروحه مطابق با مفاد حدیث نبوی «مطل الغنی ظلم»^۱ می‌باشد، تقصیر محکوم‌علیه محرز بوده و در نتیجه محکومیت محکوم‌علیه نسبت به جبران خسارات ناشی از کاهش ارزش پول از زمان انقضای مواعد اجرای حکم، مطابق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی با مانعی مواجه نمی‌باشد. در واقع در این فرض، تقصیر محکوم‌علیه در عدم ایفای دین و رابطه سببیت میان این تقصیر و ورود خسارات به محکوم‌له محرز است. البته در این خصوص هم‌چنان این پرسش قابل طرح است که آیا ضمان محکوم‌علیه ناظر بر پرداخت خسارات تأخیر تأدیه مبلغ موضوع حکم مطابق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌باشد یا پرداخت مابه‌التفاوت

۱. این حدیث بیشتر در منابع اهل سنت نقل شده است، اما فقهای شیعه نیز به آن استناد نموده‌اند. اغلب در منابع اهل سنت به این حدیث منقول از جوینی در کتاب نه‌ایه‌المطلب اشاره می‌شود: مسائل مستحدثه قضا، تقریرات درس خارج فقه استاد عابدی، جلسه ۴۱:

مبلغ محکوم‌به با قیمت واقعی مال موضوع حکم در زمان اجرای حکم. البته استدلال بالا در صورتی قابل پذیرش است که ضمان و مسؤولیت بایع را در فرض مستحق‌لغیر در آمدن مبیع، مبتنی بر مسؤولیت خارج از قرارداد بدانیم. اما ضمان ناظر بر عقود فاسد، مشمول قواعدی خاص و متفاوت با قواعد مسؤولیت قهری است. امکان مطالبه خسارت ناشی از فساد عقد توسط مشتری، مشمول قاعده فقهی «ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده»، موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی می‌باشد. همان‌گونه که شیخ اعظم اعتقاد دارند، حدیث نبوی مشهور «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» دلالت بر ضمان طرفین عقد فاسد دارد (انصاری، ۱/۱۳۷۹: ۲۸۱). بنابراین در بیع باطل، همان‌گونه که مشتری ملزم است مبیع را عیناً و بدون کم و زیاد به بایع رد کند، بایع هم ملزم است ثمن را بدون کم و کاست به مشتری مسترد نماید. حال با وصف کاهش قدرت خرید مبلغ اسمی ثمن، استرداد معادل آن، نمی‌تواند ضمان بایع را ساقط نماید. به تعبیر فقهی، اشتغال ذمه یقینی، فراغ ذمه یقینی می‌طلبد. به اعتقاد بعضی از فقها عبارت «حتی تؤدی» در روایت مذکور، ظهور در معادل بودن در زمان وصول مال به مالک دارد (حسینی مراغی، ۲/۱۳۸۳: ۵۵۳)؛ بنابراین فرض انطباق مبلغ تعیینی در حکم دادگاه با قیمت روز، نمی‌تواند باعث فراغ ذمه بایع در بیع فاسد گردد، بلکه قیمت روز در زمان تأدیه مبلغ به شخص اخیر ملاک می‌باشد.

۲-۴-۱. قابل پیش‌بینی نبودن ضرر ناشی از کاهش ارزش پول

در رویه قضایی فرانسه، لزوم قابلیت پیش‌بینی تعهدات قراردادی مندرج در ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی این کشور را شامل خسارات خارج از قرارداد نیز می‌داند. مطابق این ماده، بدهی متعهد قراردادی منحصر به «خساراتی است که قابل پیش‌بینی است یا خساراتی که در زمان انعقاد قرارداد می‌تواند قابل پیش‌بینی باشد». از سوی دیگر، این قاعده در حقوق فرانسه هیچ‌گاه مورد تردید نبوده که ماهیت قابل پیش‌بینی یا غیرقابل پیش‌بینی خسارت باید در زمان انعقاد قرارداد مورد ارزیابی قرار گیرد، نه در زمان اجرای قرارداد (Viney, 1989: 581).^۱ البته رویه قضایی در خصوص موضوع عدم قابلیت پیش‌بینی دقت بیشتری به خرج داده است؛ مطابق آرا متعدد صادره از دیوان کشور فرانسه و نظریات حقوقی، معافیت بدهکار در رابطه با عدم

۱. شعبه اول حقوقی دیوان کشور فرانسه، بیست و پنجم ژانویه ۱۹۸۹.

قابلیت پیش‌بینی خسارت، ناظر بر فرضی است که عدم قابلیت پیش‌بینی مربوط به عناصر ذاتی خسارت می‌شود و نه مبلغ پولی خسارت (Viney, 1989: 584).^۱

در فرانسه ناپایداری اقتصادی پدید آمده بعد از جنگ جهانی اول، قدرت خرید پول را به قدری کاهش داد که عملاً اجرای بسیاری از تعهدات بی‌فایده یا ناممکن گردید. بنابراین، این پرسش نزد حقوقدانان و دادگاه‌های این کشور مطرح گردید که با توجه به تغییر قابل ملاحظه در ارزش پول در فاصله انعقاد تا اجرای قراردادها، آیا خسارات ناشی از نقض تعهدات، باید بر اساس ارزش عوضین در زمان انعقاد قرارداد ارزیابی گردد یا اجرای آن؟ در این مقطع، رویه قضایی فرانسه با تفسیر بدون انعطاف ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی این کشور، درخواست‌های مربوط به تعدیل مبالغ موضوع تعهدات را رد نمود. طرفداران این رویه، علاوه بر ماده مذکور به اصل ارزش اسمی پول^۲، مندرج در ماده ۱۸۹۵ همان قانون نیز استناد می‌جستند (Viney, 1989: 584)، اما با رسیدن به نیمه دوم قرن بیستم و مواجه شدن دادگاه‌های فرانسه با بحران‌های اقتصادی ناشی از جنگ دوم جهانی و رکود اقتصادی پس از آن، نظریه‌ای در دکتترین و رویه قضایی فرانسه تقویت شد که مطابق آن، در ارزیابی مبلغ محکوم‌به در تعهدات قراردادی یا مسئولیت‌های خارج از قرارداد، باید قدرت خرید واقعی مبلغ اعلامی در زمان ایفای دین یا اجرای حکم مد نظر قرار گیرد (Malaurie, 1973-1974: 120).

در این راستا، دادگاه‌های فرانسه در آرای متعدد اعلام نمودند که کم ارزش شدن پول در طی بحران‌های اقتصادی از مصادیق خسارات غیرقابل پیش‌بینی موضوع ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی نیست (Viney, 1989: 584).^۳ بعد از صدور رأی مورخ شانزدهم فوریه ۱۹۵۴ توسط شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، این نظریه توسط دیگر شعب دیوان کشور فرانسه به حدی تکرار شد که اکنون می‌توان از آن به‌عنوان یک رویه ثابت قضایی یاد کرد (Viney, 1989: 585).^۴ به این ترتیب، مفهوم عدم قابلیت پیش‌بینی

۱. شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، شانزدهم فوریه ۱۹۵۴ و بیست و یکم آوریل ۱۹۵۳.

2. Le principe de nominalisme monetaire

۳. دادگاه پاریس، سی‌ام نوامبر ۱۹۵۰ و شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، دهم ژانویه ۱۹۵۶.

۴. شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، بیست و پنجم می ۱۹۵۴؛ شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه، بیست و چهارم ژانویه ۱۹۵۵؛ شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه، پنجم فوریه ۱۹۵۷ و شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، اول ژوئن ۱۹۵۹.

در معنای ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی صرفاً ناظر بر عناصر ذاتی خسارت^۱ می‌باشد و نه عناصر بیرونی آن^۲ با ماهیت اقتصادی و پولی که صرفاً ارزیابی میزان خسارت را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

۵-۱. عدم جواز جبران کاهش ارزش پول

از دیدگاه نظری، پول ملاک سنجش ارزش دیگر کالاها است و ارزش خود آن قابل سنجش نیست. از طرف دیگر، به رسمیت شناختن کاهش ارزش یا قدرت خرید پول، توسط مراجع قضایی، در مغایرت با حاکمیت دولت مستقر و تسلط آن بر نظام اقتصادی قرار دارد. بر این اساس، دلایلی اقتصادی برای عدم جواز جبران کاهش ارزش پول قابل ارائه است. از سوی دیگر، جبران کاهش ارزش پول به نوعی دریافت اصل طلب به همراه زیاده تلقی می‌گردد، بنابراین به‌طور خاص با دلایل حرمت ربا تلاقی می‌یابد.

۱-۵-۱. دیدگاه اقتصادی

از لحاظ مبانی اقتصادی، دولت مستقر در هر کشور برای یک‌بار بر اساس روش‌های محاسباتی مختلف، ارزش پول رایج را با مبانی قابل اتکای مالی هم‌چون طلا می‌سنجد. به این ترتیب، پول حکمی خلق می‌شود که به‌رغم این‌که برخلاف «پول نماینده تمام عیار»^۳ قابل تبدیل به طلا نیست، اما با امضای نمایندگان ارکان اقتصادی دولت، ضمانت قدرت و حاکمیت مستقر را پشتوانه خود دارد (میرجلیلی، ۱۳۷۵: ۷۹۷). حال بعد از آن‌که هر واحد پول یک کشور، بر اساس میزان مشخص از طلا وضع و جعل گردید، واحد پولی موردنظر استقلال یافته و منشأ اعتبار خود را از نظام اقتصادی می‌گیرد، نه طلای فیزیکی. بنابراین سنجش ارزش مقابله پول با طلا بعد از چاپ پول، به منزله به رسمیت نشناختن پشتوانه دولتی پول است. بر این اساس «اسکناس، نماینده مقدار معینی از قدرت خرید نیست؛ معیار ارزش است: یعنی به حکم قانون، ارزش همه کالاها را با آن می‌سنجند و نقش واسطه را در معاوضه

1. Les éléments intrinsèques de dommage

2. Les éléments extrinsèques de dommage

3. Representative full-bodied money

کالا و خدمات به عهده دارد و فلسفه انتشار اجباری اسکناس و عنوان وجه نقد همین رابطه با ارزش است و انکار آن به اعتبار ملی صدمه می‌زند» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۷۴).

۲-۵-۱. دیدگاه فقهی

از دیدگاه فقهی، دلایل متعددی برای عدم جواز جبران کاهش ارزش پول قابل طرح است. یکی از مهم‌ترین دلایل، شباهت دریافت مبلغی بابت کاهش ارزش پول با ربا و طبیعتاً حرمت ربا است. به این ترتیب، آنچه در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص جواز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه آمده است، از آن‌جا که خلاف اصل است، باید در موضع نص تفسیر گردد و شامل مبلغ محکوم‌به نمی‌گردد. دلیل دیگر آن است که باز گذاردن راه برای دریافت مبلغی بابت کاهش ارزش پول، همان‌گونه که در معاملات موجب جهل و غرر می‌گردد در خصوص احکام دادگاه‌ها نیز باعث صدور احکام مبهم و غیرمنجز می‌گردد (حسینی مراغی، ۱۳۸۳/۲: ۳۱۰). شکی نیست که قاضی باید در صدور حکم اقدام به فصل و ختم قطعی اختلاف و منازعه نماید و نباید به نحوی رأی صادر نماید که اختلاف هم‌چنان بین طرفین جریان داشته باشد. سومین مبنای فقهی عدم جواز کاهش ارزش پول، مبتنی بر تعبیر و تفسیر پول به‌عنوان مال مثلی است. عرف نیز این تعبیر را تأیید می‌کند و تعابیر فقهی دایر بر آن است که در تعیین مثلی یا قیمی بودن اموال، مرجع قطعی عرف است (حسینی مراغی، ۱۳۸۳/۲: ۵۲۶). عدم پذیرش پول به‌عنوان مال مثلی، در برخی احکام مهم حقوقی ایجاد اختلال می‌نماید، از جمله تعهدات طرفین در سپرده‌های بانکی؛ زیرا در صورت تلقی پول به‌عنوان مال قیمی، بانک متعهد می‌گردد عین پولی را که از سپرده‌گذاران دریافت می‌نماید، به آنان مسترد نماید، در حالیکه مؤدای قانون عملیات بانکی بدون ربا و رویه عملی ب آن‌کها، تملک سپرده‌های بانکی توسط بانک و استرداد مثل آن به سپرده‌گذاران است (موسویان و نظری، ۱۳۹۲: ۱۸). پذیرش مثلی بودن پول نیز باعث می‌شود بدهکار پول، صرفاً ملزم به استرداد مثل آن باشد و نسبت به زیاده تعهدی نداشته باشد.^۱

۱. البته در نظریات فقهی، احتمالات متعددی در فرض شک در خصوص مثلی یا قیمی بودن مال مضمون‌به مطرح شده است، چنان‌که صاحب عناوین چهار احتمال را در این خصوص مطرح می‌نماید: «و یحتمل تخییر الضامن بین الاحتمالین، و یحتمل تخییر المضمون له، و یحتمل وجوب اکثرهما قیمة لقاعده الاشتغال، و یحتمل وجوب اقلهما قیمة ترجیحا للبرائة» (حسینی مراغی،

۲. دلایل عدم شمول اعتبار امر محکوم‌بها نسبت به وجه رایج

وضعیت اقتصادی کشور، از جهت نرخ بالای تورم و کاهش مداوم ارزش پول، باعث شده است رویه قضایی مرعوب و مقهور شهرت و استحکام استدلال‌های ناظر بر شمول اعتبار امر محکوم‌بها نسبت به وجه رایج نگردد و راه حل‌های علمی و کاربردی جالب توجهی برای جبران کاهش ارزش واقعی مبلغ محکوم‌به، ارائه نماید. در این بخش از مقاله، ضمن بهره‌برداری از این تلاش‌ها، راه‌حل‌های جدیدی نیز ارائه شده است تا به این تلاش‌ها کمک کند. البته ممکن است این راه حل‌ها به عنوان گام‌های نخست در این مسیر دشوار، فاقد استحکام نظرات طرح شده در بخش نخست این مقاله باشد، اما شاید دورنمای انطباق نظام قضایی با اقتضانات اقتصادی و اجتماعی جاری، آن‌قدر فریب‌نده باشد که جذبه و جلوه استحکام و انسجام نظریات سنتی حقوقی را کمرنگ کند. از میان دلایل عدم شمول اعتبار امر مختومه نسبت به مبلغ محکوم‌به باید به عدم شمول عنوان منطوق نسبت به مبلغ موضوع حکم اشاره نمود. از سوی دیگر، از آنجا که مبلغ محکوم‌به در احکام راجع به محکومیت خوانده به پرداخت قیمت روز یا جبران خسارات خارج از قرارداد، به موجب نظریه کارشناسی تعیین می‌گردد، در خصوص مدت اعتبار این نظریه، مباحث قابل توجهی مطرح است. افزون بر این، در قوانین پراکنده تعدیل قضایی مبلغ محکوم‌به پیش‌بینی شده است. در این بخش سعی در ارائه پاسخ به این پرسش خواهیم نمود که آیا در خصوص احکامی با موضوع وجه رایج نیز تعدیل قضایی قابل تصور است یا خیر. در نهایت، خواهیم دید که با توجه به تحولات اخیر رویه قضایی در خصوص اعطای اختیارات ماهوی به دادرسان اجرای احکام، در برخی از آرای قضایی تعیین مبلغ محکوم‌به به قضات اجرای احکام واگذار شده است. مبانی این نظریه و قابلیت پذیرش آن در نظام حقوقی کنونی، ذیل همین عنوان مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲. عدم شمول عنوان منطوق نسبت به مبلغ موضوع حکم

یکی از مهم‌ترین دلایل عدم شمول امر محکوم‌بها نسبت به وجه رایج، تفکیک منطوق حکم از مبلغ حکم می‌باشد. توضیح آن‌که در کتب آیین دادرسی مدنی،

محتوای حکم را به سه بخش مقدمه، اسباب مواجهه و منطوق تقسیم می‌کنند (شمس، ۱۳۸۱/۲: ۴۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۳). اعتبار امر قضاوت‌شده تنها به بخشی از حکم تعلق می‌گیرد که اساس دعوا را فصل کرده است پس شامل مقدمه و اسباب مواجهه نمی‌گردد (شمس، ۱۳۸۱/۲: ۴۷۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۴).

برای تشریح این دلیل لازم است به تحلیل آرای قضایی بپردازیم. منطوق بخش آمره حکم است که موضوع مورد اختلاف دو طرف را حل و یکی از آنان را محکوم می‌کند. ولی اسباب حکم جهات و دلایلی است که موجب اقناع دادرس در حاکمیت یکی از دو طرف و انگیزه او در صدور حکم می‌شود. این اسباب ممکن است شامل نص صریح یا مفاد و روح یکی از قوانین یا ادله خارجی از قبیل اقرار و اسناد و شهادت شهود و امارات باشد. پس در تعریف سبب حکم باید گفت مجموع اموری است که مبنا و اساس حکم را تشکیل می‌دهد و آن را موجه می‌سازد.

بخش حاکم رأی بی‌تردید از اعتبار امر قضاوت‌شده برخوردار است، اما این اعتبار اختصاص به مفاد صریح حکم ندارد و ممکن است ناظر بر اموری باشد که تنها به طور ضمنی مورد حکم واقع شده است. تصمیمی که نتیجه ضروری و اجتناب‌ناپذیر مصرحات دادگاه است از همان اعتبار منطوق بهره‌مند است و هیچ جهت معقولی برای تفکیک آن وجود ندارد. لذا اگر امری به طور اصلی یا تبعی در اثر تقاضای اصحاب دعوا موضوع حکم قرار گیرد، بین طرفین اعتبار دارد. در مقابل اموری که هنگام انشای رأی و به منظور توجیه آن به طور مستقل از طرف محکمه احراز می‌شود به منزله اسباب و جهات حکم اصلی است و ذکر آن در منطوق ماهیت تصمیم را تغییر نخواهد داد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۸).

حال سؤال اساسی در بحث ما این است که آیا عنوان منطوق رأی قابل اطلاق بر الزام به پرداخت قیمت روز یا جبران خسارت است یا شامل مبلغ موضوع تعهد نیز می‌شود؟ چنانچه مبلغ اشاره شده در حکم، خارج از منطوق حکم تلقی گردد، مشمول اعتبار امر قضاوت‌شده نبوده و محکوم‌له با توسل طرق قانونی می‌تواند تعدیل یا تجدیدنظر در آن را درخواست نماید. با این استدلال، حتی ممکن است دادگاه تکلیف تعیین مبلغ محکوم‌به را بر عهده قاضی اجرای احکام قرار دهد. تجویز تمامی این احکام، منوط به خروج مبلغ موضوع حکم از عنوان محکوم‌به

می‌باشد.

در احکام راجع به الزام خواننده به پرداخت قیمت روز اموالی که مستحق‌لغیر در آمده است، منطوق حکم عبارت است از الزام خواننده به پرداخت قیمت روز مال موردنظر. حال آنچه پیش از این الزام در حکم دادگاه درج می‌گردد، از قبیل استدلال‌های مربوط به علم خواننده نسبت به مستحق‌لغیر بودن مال موضوع قرارداد یا آنچه بعد از این الزام درج می‌گردد، یعنی به طور خاص مبلغی که به عنوان ارزش اسمی مال موضوع دعوی، موضوع حکم قرار می‌گیرد، جزو منطوق حکم نبوده و از اعتبار امر مختومه برخوردار نخواهد بود.

۲-۲. مقید بودن زمان اعتبار نظریه کارشناسی

تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان مقرر می‌نماید: «در مواردی که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نظریه اعلام شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود». در دکتین و رویه قضایی، در خصوص این‌که آیا قید شش ماهه ناظر بر خود حکم (اعتبار کارشناسی) است یا موضوع آن (انعقاد معامله بر اساس نظریه کارشناسی)، اختلاف نظر وجود دارد.

برخی دیدگاه‌ها ناظر بر آن است که قید شش ماهه ناظر بر اصل حکم است و نسبت به تمام مواردی که معامله یا رأی بر اساس نظریه کارشناسی منعقد یا صادر می‌گردد، تسری می‌یابد. این نظریه دایر بر آن است که تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان زمان شش ماهه را قید حکم قرار داده است و نه ظرف و بستری برای آن. در این تبصره، از دیدگاه اصولی با دو مفهوم مواجه هستیم؛ مفهوم عدد (شش ماه) و مفهوم غایت. هر چند «اصولیین معتقدند که عدد مفهوم ندارد، مگر در جایی که قرینه‌ای وجود داشته باشد از جمله قرائن آن است که بدانیم گوینده درصدد بیان حد و اندازه حکم است» (محمدی، ۱۳۸۰: ۸۶)، اما اگر قید شش ماهه را غایت در نظر بگیریم، به اعتقاد اصولیین معاصر چنان‌چه غایت، قید حکم باشد دارای مفهوم می‌باشد (خویی، ۱۳۹۴: ۳۷). قانون‌گذار در فرض مورد نظر، حداکثر اعتبار نظریه کارشناس را تا شش ماه دانسته است. بنابراین مصلحت حکم که همان تعیین قیمت عادلانه باشد، مقید به شش ماه شده است. اساساً قانون‌گذار در مقام بیان احکام با تمامی

قیودش است، لذا وقتی قیدی ذکر شود، ابتدائاً مربوط به حکم است تا موضوع و با عنایت به قاعده احترازیت قیود، هر قیدی که قانون‌گذار استفاده می‌کند، باید چیزی را از حیطه حکم خارج کند. قید برای حکم با توجه به آن‌که مربوط به سنخ و طبیعت حکم است، موجب «انتفاء عندالانتفاء» خواهد شد؛ یعنی با انتفای قید، حکم هم منتفی خواهد شد.^۱

برخلاف استدلال بالا، چنان‌چه مهلت شش ماهه را ناظر بر موضوع قلمداد نماییم، قید صرفاً به شخص و مصداق حکم ناظر بوده و با انتفای آن حکم منتفی نخواهد شد. مثال‌هایی از این قسم قیود در قوانین مختلف قابل مشاهده است. برای نمونه در ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است متهم می‌تواند یک وکیل همراه داشته باشد یا ماده ۸۵۷ قانون مدنی مقرر نموده است موصی می‌تواند یک نفر را برای نظارت بر عملیات وصی معین نماید. در این موارد، قید عدد ناظر بر موضوع است و نسبت به حکم شمول ندارد.

در راستای این استدلال، مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۴۸۰/۲۷۱۹/۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۲۶ در پاسخ به این استعلام که آیا امکان ارزیابی مجدد قیمت عرصه و اعیانی که مبلغ دادنامه بر اساس مبلغ ارزیابی شده کارشناسی است با انقضای مهلت شش ماهه در مرحله اجرای احکام وجود دارد یا خیر؟ آورده است: «در این زمینه (انجام کارشناسی مجدد در اجرای احکام) دو دیدگاه متعارض قابل طرح و بررسی است که به آن‌ها پرداخته می‌شود: الف: انجام کارشناسی مجدد بر اساس تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری در مواردی که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نظریه اعلام شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود. لذا از آنجا که از تاریخ صدور نظریه کارشناسان شش ماه گذشته در نتیجه دیگر آن نظریه معتبر نبوده و باید برای پرداخت بهای عادلانه روز به مالک زمین مجدداً ارزیابی شود.

۱. برخی اعتقاد دارند این‌که مدخلیت غایت در حکم از باب احترازیت باشد، غیر از بحث مفهوم است و به دلیل ظهور کلام، حکم و غایت ملازمه دارند و برای افراد موضوع بدون حصول قید، حکم مورد نظر ثابت نیست: «و دلالت علی مدخلیته فی الحکم بحیث لایمکن اثبات ذلک الحکم لغیر ذلک المقید بهذا الدلیل من جهت ظهور القید فی الاحتراز، امر آخر غیر مفهوم. فاذا قیل (اغسل ثوبک الی نصفه)، فیدل علی أن الثوب الی النصف موضوع لوجوب الغسل و لا یدل علی نفی الحکم عن الباقي» (خویی، ۱۳۹۴: ۲/۳۷).

در این جا فرقی نمی‌کند که در اجرای این قانون و قوانین مشابه کارشناسان بهای عادلانه روز را تعیین کرده باشند و یا توسط دادگاه در مواردی که در اجرای این قوانین مالک یا صاحب حق برای احقاق حق مجبور به مراجعه به دادگاه و تقدیم دادخواست شده و دادگاه نیز طبق نظر کارشناس یا کارشناسان اقدام به صدور حکم نموده است».

با این حال، مفاد نظریه مشورتی شماره ۶۸۰/۷ مورخ ۱۳۸۳/۲/۲۶ اداره حقوقی قوه قضاییه مخالف این استدلال است و دلالت دارد بر آن‌که تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی صرفاً ناظر بر مواردی است که مبلغ موضوع نظریه کارشناسی، مبنای انعقاد قرارداد قرار می‌گیرد. مطابق این نظریه «مقررات تبصره ذیل ماده ۱۹ قانون مذکور (کارشناسان رسمی) همان‌طور که در متن آمده در موردی قابل اعمال است که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نه در همه مواردی که کارشناسان اظهار نظر می‌کنند. به عبارت دیگر، چون قیمت عادلانه روز ممکن است نوسان داشته باشد مقنن با وضع این مقرره، امکان اظهار نظر مجدد کارشناس را فراهم کرده است. بنابراین، تبصره مذکور صرفاً در حدود موضوع آن قابلیت استناد دارد و در صورتی که موضوع مشمول این تبصره قرار گیرد، با انقضای مدت شش ماه نظر کارشناس قانوناً اعتبار ندارد، اما ارجاع موضوع به همان کارشناس یا کارشناسان قبلی برای تعیین قیمت عادلانه روز منع قانونی ندارد. به علاوه انقضای مدت شش ماه پس از صدور حکم دادگاه در صورتی مستلزم تجدید کارشناسی است که در حکم دادگاه به آن تصریح شده باشد».

در این راستا، شعبه بیست و دوم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۹۸۰۹-۱۶۵۶ شعبه اول دادگاه عمومی بخش خرم‌آباد مازندران در پرونده کلاسه ۹۱۷۷۷ اعلام نموده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی ... از آنجایی که تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان در مرور زمان شش ماهه در ارزیابی قیمت عادلانه روز در جایی قابل اعمال است که انجام معامله مستلزم مشخص کردن بهای عادلانه روز از سوی کارشناس رسمی می‌باشد و بنابراین منصرف از آرای دادگاه‌های دادگستری است، به علاوه این‌که چون اجرای احکام وظیفه اجرای حکم را دارد و تغییر مندرجات در دادنامه قطعی و لازم‌الاجرا

خلاف قاعده فراغ دادرس و اعتبار امر قضاوت شده است، بنابراین دادگاه با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با اصلاح حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت بهای عادلانه روز زمین به متراژ پانصد مترمربع مطابق نظریه هیات کارشناسان رسمی دادگستری به شرح صفحه ۱۰۷ پرونده ... دادنامه پیش گفته را تأیید می نماید».

این استدلال در نظریات دیگر اداره حقوقی نیز تکرار شده است. برای نمونه اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۱۰۴۱/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۲۸ در خصوص این که «در مواردی که املاک مردم به نحوی در تصرف نهادهای عمومی قرار می گیرد و مالک با تقدیم دادخواست، الزام شهردار به پرداخت ارزش روز ملک را مطالبه می کند و دادگاه مطابق نظر کارشناسی، حکم بر محکومیت آن نهاد به پرداخت وجه معینی را صادر می کند، چنانچه از زمان کارشناسی مبنای نظر دادگاه تا زمان اجرای حکم ارزش املاک تفاوت فاحش پیدا کند، آیا اجرای احکام می تواند درخواست مالک مبنی بر بروز کردن مبلغ کارشناسی را بپذیرد؟» اعلام می دارد: «مطابق ماده ۱ (لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب با اصلاحات بعدی) و ماده ۸ همین قانون، تصرف اراضی اشخاص و خلع ید مالک پیش از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک مطابق تشریفات قانون موصوف و دیگر مقررات ممنوع است و دستگاه های دولتی و شهرداری ها باید اعتبار آن را قبلاً تأمین کنند. در موارد فوریت اجرای طرح نیز وفق ماده ۹ لایحه قانونی مذکور که در مورد شهرداری ها نیز جاری است، حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ تصرف و اجرای طرح، بهای ملک باید به مالک پرداخت شود. بر این اساس در فرضی که شهرداری بدون رعایت ضوابط قانونی موصوف اقدام به تصرف و تملک ملک کرده و مالک بهای ملک را مطالبه و دادگاه پس از رسیدگی و جلب نظر کارشناس حکم به پرداخت مبلغ معین در حق مالک صادر کرده است، هر چند با توجه به قوانین حاکم بر موضوع نظیر «قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری ها مصوب ۱۳۷۰» قیمت روز ملک باید پرداخت شود، اما با توجه به صدور حکم قطعی به پرداخت مبلغ معین، موجب قانونی جهت ارجاع امر به کارشناسی جهت تعیین قیمت

روز از سوی اجرای احکام مدنی وجود ندارد و اجرای احکام مکلف به اجرای مطلق حکم مطابق رأی صادره خواهد بود. ضمناً اقدام اجرای احکام مانع از مراجعه ذی‌نفع جهت احقاق حق (جبران خسارت) نخواهد بود».

بر این اساس نیز رویه قضایی بیشتر به سوی این نظریه گرایش دارد که پس از صدور حکم به پرداخت قیمت ملک مورد تصرف نهادهای حکومتی که بر اساس نظریه کارشناس انجام گرفته، مطالبه افزایش قیمت ملک، هر چند پس از گذشت شش ماه، فاقد توجیه قانونی است؛ زیرا حکم دادگاه قطعی و غیرقابل تغییر است و نمی‌توان در احکام قطعی به بهانه افزایش قیمت، دخل و تصرف نمود. یکی از مستندات عمده این استدلال ماده ۵ لایحه قانونی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ است که مطابق آن، ملاک تقویم املاک و اراضی شخصی، قیمت روز تقویم است و نه زمان اجرای حکم یا پرداخت مبلغ به مالک.

با این حال، در رد این دیدگاه، مرکز فقهی و حقوقی قوه قضاییه آورده است: «در فرض سوال، تجدید کارشناسی پس از اتمام شش ماه از صدور نظر کارشناس و رای قطعی دادگاه موافق قاعده لاضرر و عدالت حقوقی بوده و در نتیجه قابل مطالبه است». این نظریه در رویه قضایی نیز دارای طرفدارانی است، برای نمونه بر اساس دادنامه شعبه اول دادگاه عمومی خرم‌آباد مازندران به شماره ۴۱۷۹-۱۴۰۰: «پیرامون دعوی مطروحه مبنی بر تحویل حصه مفروزی در صورت تعذر فروش ... دادگاه با عنایت به نظریه کارشناسی و با ملاک مواد ۵۷۱، ۵۸۹، مواد ۱ الی ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع و با عنایت به مواد ۸ و ۹ آیین‌نامه همان قانون حکم به فروش قطعه مذکور و تقسیم وجوه حاصله برابر میزان سهام هر یک برابر مدرکیه و مطابق مقررات اجرای احکام مدنی مربوط به فروش اموال غیرمنقول صادر و اعلام می‌دارد بدیهی است در زمان فروش در صورت نوسان در قیمت ارزیابی مجدد بلامانع است ...». این دادنامه، عیناً توسط شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران، حسب دادنامه شماره ۸۱۷۴-۱۴۰۰ تأیید و استوار گردیده است.

هم‌چنین در دادنامه صادره از شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان گیلان به شماره دادنامه ۹۹۰-۱۴۰۸ مقرر شده است: «در خصوص دعوی خواهان ... به طرفیت

خواننده ... حکم به الزام تجدیدنظرخواننده به پرداخت ارزش روز کارشناسی ۵۱/۵ مترمربع از پلاک ثبتی فوق با رعایت ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری در زمان اجرای حکم صادر و اعلام می‌دارد و اجرای حکم منوط به پرداخت کسری هزینه دادرسی فرایند نخستین و تجدیدنظر بر پایه اصل محکوم‌به و آخرین نظریه کارشناسی موضوع ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری است».

در مواردی مراجع کیفری نیز در خصوص رد مال بر اساس نظریه کارشناسی، پرداخت قیمت روز بر اساس نظریه کارشناسی جدید در مرحله اجرا را پیش‌بینی نموده‌اند. برای نمونه شعبه ۱۰۶۵ دادگاه کیفری دو تهران در رأی مورخ ۱۴۰۳/۱۱/۲۸ در خصوص رد مال تعیینی به موجب نظریه کارشناسی مقرر نموده است: «در خصوص اتهام متهم ... بابت اتهام (مشارکت در تحصیل مال از طریق نامشروع) با علم و اطلاع از خرید سهام به قیمت کمتر از قیمت واقعی و به میزان ...، علاوه بر رد تضامنی مال به میزان پیش‌گفته به قیمت روز، پرداخت بر اساس شاخص تورمی اعلامی بانک مرکزی به مالباختگان ... که در واحد اجرای احکام کیفری و در صورت لزوم از طریق کارشناس، محاسبه خواهد شد، مجدد تأکید می‌گردد که مبالغ اخیر بایست به نرخ روز پرداخت گردد».

۳-۲. پیش‌بینی تعدیل قضایی محکوم‌به در قوانین پراکنده

قانون‌گذار در کشورهای مختلف، تعدیل مبلغ محکوم‌به را برای انطباق آن با اهداف قضایی و اجتماعی تجویز نموده است. در حقوق ایران نمونه‌های اندکی برای اعطای این اختیار به دادگاه‌ها می‌توان یافت، اما در حقوق سایر کشورها نمونه‌های بیشتری در این رابطه قابل مشاهده است. برای نمونه قانون بیست و پنجم مارس ۱۹۴۹، تعدیل قضایی انواع مختلف مستمری و نفقه را پیش‌بینی نموده و به ماده ۱۷۹۶ قانون مدنی اضافه شده است (Wiederkehr, 2009: 2184). علاوه بر این، مطابق ماده ۶۴۲ قانون مدنی بک کانادا، مبالغی که دادگاه به صورت یک‌جا یا دوره‌ای بابت نفقه تعیین می‌کند، توسط دادگاه قابل تجدیدنظر است، مشروط بر آن‌که اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، توجیه‌کننده این بازنگری باشد. به اعتقاد حقوقدانان کانادایی، یکی از مهم‌ترین توجیهات این بازنگری، احراز تورم است، به نحوی که در عمل ارزش مبلغ تعیینی در زمان بازنگری، نسبت به زمان صدور حکم، کاهش قابل

توجه یافته باشد (Fabien et Mackaay, 1983: 330). یکی از مواردی که قانون‌گذار ایران تعدیل قضایی مبلغ محکوم‌به را پیش‌بینی نموده است؛ تجویز تعدیل اجاره‌بها سه سال بعد از صدور حکم به موجب ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر اصلاحی ۱۳۵۸/۹/۳ می‌باشد.

البته توسل به این مثال‌ها در حقوق خارجی و ایران، از این جهت می‌تواند محل ایراد باشد که همه آن‌ها ناظر بر فرضی است که مبالغی به صورت اقساطی یا مستمری به‌عنوان محکوم‌به تعیین شده است. اما موضوع بحث در مقاله حاضر، فرضی است که مبلغی به صورت یک‌جا به‌عنوان قیمت روز یا مبلغ ضرر و زیان تعیین می‌گردد. البته باید توجه داشت که ناکارآمدی نسبی ابزارهای اجرایی در نظام قضایی ایران که مدت اجرای حکم را به طور معمول به نحو قابل ملاحظه‌ای افزایش می‌دهد، در کنار نرخ بالای تورم، رویه قضایی را با وضعیتی خاص مواجه نموده که تدبیر آن جز با توسل به ابزارهای خاص و استثنایی ممکن به نظر نمی‌رسد.

۴-۲. تحولات اخیر در تفویض اختیارات ماهوی به قضات اجرای احکام

جایگاه دادرس اجرای احکام در تحقق نظام دادرسی مطلوب، نباید نادیده گرفته شود. به طور سنتی تصور بر آن است که نقش قاضی اجرای احکام محدود به اجرای نعل به نعل دستور دادگاه است. اما پشتوانه نظری قابل توجه و ضرورت‌های عملی، باعث شده است این نقش به تدریج در نظام حقوقی ایران تقویت گردد. این رویکرد در رویه قضایی در حال یافتن طرفداران بیشتری است، اما از حیث مبانی در حقوق موضوعه هنوز جایگاه مستحکمی نیافته است. در حقوق فرانسه نیز راهکارهای اجرایی برای مواجهه با کاهش ارزش پول در نظر گرفته شده است. یکی از این راهکارها تجویز اجرای موقتی آرای قضایی^۱ است. صدور این قرار مستلزم آن است که حکم دادگاه نخستین پیش از قطعیت، به مرحله اجرا درآید. رویه قضایی فرانسه یکی از موارد صدور قرار اجرای موقت رأی را کاهش قابل توجه ارزش محکوم‌به می‌داند. از آنجا که در مقاطع زمانی افزایش تورم، وجه نقد در معرض کاهش قابل توجه ارزش قرار دارد، صدور قرار اجرای موقتی در این موارد قابل توجیه است (Renno, 2016: 1).

1. Exécution provisoire de jugement

در حقوق موضوعه ایران نیز می‌توان توجیهاتی برای اعطای اختیار به دادرس اجرای احکام برای دخالت در تعیین مبلغ محکوم‌به از طریق جلب نظر کارشناس یافت. برای نمونه بر اساس ماده ۶ دستورالعمل ساماندهی و تسریع در اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۹۸/۷/۲۴، پس از ارجاع پرونده به واحد اجرا، دادرس اجرای احکام به‌عنوان دادرس علی‌البدل دادگاه مجری حکم عهده‌دار کلیه امور اجرای احکام از جمله اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، اعطای مرخصی محکومان مالی و اتخاذ تصمیم در خصوص اعتراض به نحوه اجرا می‌باشد. این امر مانع از اعمال نظارت دادگاه صادرکننده رأی بر فرایند اجرای حکم نمی‌باشد.

مطابق مفاد مقرر فوق، اموری که سابقاً از اختیارات دادگاه بوده، تصریحاً به قاضی اجرا سپرده شده است؛ از جمله تنفیذ مزایده، اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، دستور ضبط، رفع ابهام و اشکالات ناشی از اجرای احکام مطابق مواد ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی و بررسی مستثنیات دین. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۴۶۸/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۳۰، در این خصوص مقرر نموده است: «با توجه به ارجاع امور قضایی مربوط به اجرا به مقام قضایی یاد شده، موجبی برای مداخله مستقیم دادگاهی که حکم زیر نظر آن اجرا می‌شود، در امور مذکور در حوزه‌های قضایی که واحد متمرکز اجرای احکام ایجاد و دارای دادرس علی‌البدل اجرای حکم می‌باشد، نیست و موجب نقض غرض است». هم‌چنین در نظریه مشورتی دیگری به شماره ۷۲۰/۱۴۰۱/۷ مورخ ۱۴۰۱/۷/۲۵ آمده است: «با عنایت به ماده ۱۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، دادرس اجرای احکام مدنی موظف به احراز صحت جریان مزایده است و هرگاه به هر دلیلی، از جمله عدم رعایت مقررات راجع به مستثنیات دین متوجه اشکال در جریان مزایده شود، بدون نیاز به تقدیم دادخواست از سوی متقاضی، باید با دستور مقتضی از صدور دستور انتقال سند رسمی خودداری کند و چنان‌چه این دستور را صادر کرده و متوجه اشتباه بودن آن شود، با احراز اشتباه و به نحو مستدل می‌تواند از این دستور عدول کند».

اعطای اختیار به قاضی اجرای احکام، در قوانین جاری نیز بدون سابقه نیست. برای نمونه ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی در خصوص اعاده عملیات اجرایی مقرر

نموده است «... در صورتی که محکوم به عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد، دادورز (مأمور اجرا) مثل یا قیمت آن را وصول می نماید»، این ماده به صراحت امکان وصول مثل یا قیمت عین را به دادورز اعطا می نماید، در حالی که موضوع حکم بنا به فرض عین معین است. بنابراین، وقتی تبدیل نوع محکوم به از سوی اجرای احکام ممکن است، تعدیل مبلغ محکوم به به طریق اولی بلا اشکال به نظر می رسد. اعطای اختیار تعیین مبلغ محکوم به در رویه قضایی نیز دارای طرفدارانی است. برای نمونه دادنامه شماره ۹۸۰-۱۱۷۴ شعبه پنجاه و ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رابطه با ارجاع مجدد امر به هیأت کارشناسی و ارزیابی مجدد کسب و پیشه در مرحله تجدیدنظر، چنین آورده است: «... شایان ذکر است به جهت نوسان شدید قیمت املاک و منافع در کشور و با وحدت ملاک ماده ۱۹ قانون کارشناسان و انقضای مهلت شش ماه بیشتر از نظریه کارشناسی چنانچه از سوی خواندگان به مبلغ مندرج در حکم اعتراضی وارد گردد دایره اجرای احکام مدنی با تجویز این دادگاه و دعوت از هیأت پنج نفره که سابقاً انتخاب شده اند به اخذ نظریه تکمیلی از حیث رشد قیمت و پرداخت آن از سوی خواهان ها در قبال تخلیه نسبت به اجرای حکم اقدام نماید». افزون بر این، شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان بوشهر در دادنامه مورخ ۱۴۰۲/۵/۲۳ مقرر می دارد: «... ضمن تأیید بطلان بیع و ابطال مبایعه نامه موضوع دعوی و اقرارنامه رسمی مورد اشاره، حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ پانزده میلیون ریال که ثمن معامله نیز مستتر در آن است به نرخ روز اجرای حکم براساس شاخص تورم عرفی موضوعی که در صورت کاهش ارزش خسارت تعیین شده و درخواست محکوم له از طریق کارشناسی مجدد محاسبه و ارزیابی ... له محکوم له صادر و اعلام می نماید» (استا و اسماعیلی، ۱۴۰۲: ۲۱۵).

در مقابل و برخلاف رأی مذکور، قضات شعبه بیست و هشتم دادگاه تجدیدنظر تهران در دادنامه مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۹ مقرر نموده اند: «... آنچه در مرحله اجرا مورد توجه است این که دادرس محترم بدوی اقدام به بروزرسانی مخالف آنچه که در اجرائیه ناشی از حکم قطعی دادگاه تجدیدنظر می نماید که به نظر نوعی دادرسی محسوب است و اگر اقدام دادگاه بدوی را رفع ابهام حکمی بدانیم این رفع قطعاً به عهده دادگاه صادرکننده حکم قطعی خواهد بود و این اقدامات عملی

خلاف مقررات تلقی می‌گردد، لذا متذکر می‌گردد برابر مقررات قانونی اقدام شایسته معمول گردد». علاوه بر این شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۱۴۰۰-۱۰۰۷۹۰۵۰ صادره در پرونده شماره ۰۰۰۰۹۲۶ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان آمل اعلام نموده است: «پیرامون تجدیدنظرخواهی ... با عنایت به مراتب و ضمن صرف‌نظر نمودن از پذیرش یا رد تجدیدنظرخواهی مطروحه، محول نمودن تعیین تکلیف غرامت موضوع مطالبه با ارجاع امر به کارشناسی در مرحله اجرای حکم در مقررات قانونی تجویز نگردیده است و دادگاه تکلیف دارد میزان محکوم‌به را در دادنامه به صراحت تعیین نماید چرا که علاوه بر ترافعی بودن موضوع محاسبه هزینه دادرسی و سایر خسارات قانونی منوط به تعیین تکلیف امر در دادنامه تجدیدنظرخواسته است. پرونده به دادگاه محترم بدوی اعاده در خصوص این بخش از خواسته خواهان میزان محکوم‌به مشخص، رأی تکمیلی صادر، به اصحاب دعوی ابلاغ، در صورت اعتراض با وصول هزینه دادرسی پرونده به دادگاه تجدیدنظر ارسال گردد».

برآمد

۱- از توجه به رویه قضایی روشن می‌گردد صدور حکم قطعی در این رابطه، مستلزم نتیجه‌گیری پیش‌رس است. رویه قضایی تلاش‌هایی را برای انطباق بیشتر مفاد احکام قضایی با واقعیت‌های اقتصادی آغاز نموده، اما هنوز ابتدای راه است.

۲- هیچ‌یک از راه‌حل‌های ارائه شده در این مقاله نمی‌تواند برای رویه قضایی توجیه‌پذیری قطعی داشته باشد، اما حداقل این فایده را دارد که اگر دادرس با صدور حکم به مبلغی مشخص به عنوان قیمت روز، با فرض این‌که تا زمان اجرای حکم، این مبلغ شباهتی با قیمت روز ندارد، به اقتناع وجدانی و شرعی نرسد، راه‌کارهایی را در اختیار او قرار می‌دهد که بیشترین انطباق را با رویه‌ها و قوانین جاری در دستگاه قضایی داشته باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * استا، محمدحسین و اسماعیلی، غلامرضا (۱۴۰۲)، «قابلیت اعمال قاعده قیمت زمان اجرای حکم در شیوه جبران نقدی خسارت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴.
- * انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۹)، *المکاسب*، جلد نخست، چاپ نخست، قم: مطبوعات دینی.
- * حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۳۸۳)، *العناوین*، جلد دوم، چاپ نخست، قم: موسسه نشر اسلامی.
- * خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۴)، *اصول الفقه*، جلد دوم، تقریرات دکتر ابوالقاسم گرجی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- * شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: میزان.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، *اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی*، چاپ پنجم، تهران: دادگستر.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، *نقد رویه قضایی*، چاپ نخست، تهران: جنگل جاودانه.
- * متین دفتری، احمد (۱۳۸۱)، *آیین دادرسی مدنی*، چاپ دوم، تهران: مجد.
- * محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، تهران: دانشگاه تهران.
- * موسویان، سیدعباس و نظری، علی (۱۳۹۲)، «الگوی مطلوب ذخیره قانونی در بانکداری اسلامی»، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۲.
- * میرجلیلی، حسین (۱۳۷۵)، *دانشنامه جهان اسلام*، جلد پنجم (مقاله پول)، تهران: دایره المعارف اسلامی.

ب. فرانسوی

- * Fabien, Clande et Mackaay, Ejan (1983), **“Le droit civil et inflation”**, Revue de droit de McGill, Vol. 28.
- * Géný (1921), **Science et technique en droit privé positif**, tome 3,

Sirey, Paris.

* Viney, Geneviève et Jourdin, Patrice, sous la direction de Jacques Ghestin (1989), **“Traité de droit civil: les effets de la responsabilité”**, 2e édition, L.G.D.J, Paris.

* Malaurie, Paule (1973-1974), **“L’inflation et le droit civil des obligations”**, Cours DEA, Paris II.

* Renno, Karim (2016), **“L’exécution provisoire d’un jugement est appropriée dans une action en revendication lorsque la valeur des biens se déprécie rapidement”**, CanLII Connecte.

* Savaux, Eric (1998), **“Subrogation réelle”**, Paris, Répertoire de droit civil.

* Schmidt-Szalewski, Joanna (1975), **“Les fictions en droit privé”**, Archive de philosophie du droit, tome 20, Paris, Sirey, Dalloz.

* Wiederkehr, Georges et al. (2009), **“Code civil”**, Dalloz, Paris.

تحلیل «نظام حقوقی» حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی؛ چالش‌ها و راهکارها

محمد قاسم تنگستانی^۱، مهدی مرادی برلیان^۲

چکیده

با عنایت به عدم پیش‌بینی مقررات خاصی در مورد حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸، بخشی از اصل یکصد و سی و چهارم اصلاحی به سال ۱۳۶۸ این قانون، به موضوع فوق اختصاص یافت و متعاقب آن «آیین‌نامه چگونگی رفع اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازکارهای داخلی قوه مجریه» مصوب ۱۳۸۶، بخش‌نامه‌های متعدد و اخیراً نیز بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم پیشرفت جمهوری اسلامی ایران، مقرراتی را در مورد نحوه رسیدگی به این دسته از اختلافات وضع کرد. پرسش اصلی نوشتار حاضر این است که مجموعه مقررات فعلی حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی تا چه میزان تشکیل دهنده یک «نظام حقوقی» جامع، منسجم و کارآمد در این زمینه است و چالش‌ها و راهکارهای رفع آن‌ها چیست. طبق یافته‌های مقاله پیش رو که به روش توصیفی تحلیلی نگاشته شده، مجموعه مقررات حاکم در خصوص موضوع، تشکیل دهنده یک نظام حقوقی جامع، منسجم و کارآمد در تحقق کارکرد مورد نظر نبوده است. قبض و بسط ناموجه دستگاه‌های مشمول، عدم کفایت و اثربخشی ضمانت اجرای موجود و ضعف در تعیین سازکارهای اجرای تصمیمات مراجع ذی‌صلاح از جمله چالش‌های وضعیت کنونی است. راهکارهای پیشنهادی در این مقاله، متمرکز بر رفع چالش‌های فوق است که از جمله می‌توان به تکمیل آیین‌نامه فوق با تمرکز بر مؤلفه‌هایی هم‌چون شفافیت در قلمرو دستگاه‌های مشمول و مراجع ذی‌صلاح برای رسیدگی به اختلافات، مشخص بودن موضوعات قابل رسیدگی، تکمیل نظام ضمانت اجراها و پیش‌بینی سازکارهای اجرای مؤثر آرا و تصمیمات و نحوه برخورد با موارد تخلف، اشاره کرد. **واژگان کلیدی:** اصل یکصد و سی و چهارم قانون اساسی، دادخواهی، دادگستری،

دستگاه‌های اجرایی، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور.

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

۲. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابل‌سر، ایران
m.moradib@umz.ac.ir

درآمد

پیش‌بینی نظام خاصی برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی پس از اصلاح قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به موجب اصل یکصد و سی و چهارم قانون مزبور، مورد توجه مقنن اساسی قرار گرفت. تا قبل از اصلاح اصل فوق، هیأت وزیران مقررات پراکنده‌ای در موضوع مذکور به تصویب رسانده بود که البته اثربخشی لازم برای حل اختلافات دستگاه‌های دولتی را نداشت. پس از اصلاح قانون اساسی نیز در بازه‌های زمانی مختلف، هیأت وزیران مصوباتی را وضع نمود که هر یک با ایرادها و چالش‌هایی مواجه بود. آخرین مصوبه هیأت وزیران در خصوص موضوع فوق (که در زمان تدوین نوشتار حاضر نیز معتبر و ملاک عمل است)، «آیین‌نامه چگونگی رفع اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازکارهای داخلی قوه مجریه»^۱ است که در تاریخ ۱۳۸۶/۱۰/۳۰ به تصویب وزیران عضو کمیسیون لوایح^۲ هیأت دولت رسیده است.^۳

پرسش اصلی پژوهش حاضر به این صورت قابل صورت‌بندی است که مجموعه مقررات فعلی حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی تا چه میزان تشکیل دهنده یک «نظام حقوقی» جامع و منسجم در این زمینه است؟ چه چالش‌ها و راهکارهایی در این باره وجود دارد؟ مؤلفه‌های مذکور هر یک واجد چالش‌ها و ابهاماتی در نظام حقوقی حل و فصل اختلافات هستند که نیل به یک نظام همگرا و منسجم در این زمینه را متعذر ساخته‌اند.

پژوهش حاضر بر مبنای روش توصیفی تحلیلی، شامل تحلیل و آسیب‌شناسی قوانین و مقررات حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی و پیشنهاد راهکارهایی برای نیل به وضعیت مطلوب در این زمینه صورت می‌پذیرد. این پژوهش با استفاده از منابع کتابخانه‌ای اعم از کتب، مقالات و سایر آثار علمی، مطالعه قوانین و اسناد مرتبط و منابع اینترنتی انجام شده است.

پیشینه‌یابی در خصوص موضوع نوشتار حاضر، چهار مقاله مرتبط به زبان فارسی را نمایان می‌سازد؛ مقاله «چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های دولتی» نگاشته

۱. از این پس آیین‌نامه حل اختلاف.

۲. هم‌اکنون کمیسیون حقوقی و قضایی.

۳. تصویب‌نامه شماره ۲۱۲۷۶۷/ت/۳۷۵۵۰ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۷.

جواد کاشانی، عمدتاً متمرکز بر تبیین سیر تحولات قانونی موضوع از قبل انقلاب اسلامی تا اواخر دهه هشتاد (شمسی) است (کاشانی، ۱۳۸۹: ۲۲۵). حسین صادقی و الهه مرندی در مقاله «نسبت سنجی نظام حقوقی - اجرایی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با قانون اساسی» نیز با تشریح پیشینه قانونی موضوع، دیدگاه خود مبنی بر عدم امکان مراجعه دستگاه‌های دولتی به دادگستری برای حل و فصل اختلافات خود قبل از طی تشریفات مقرر در آیین‌نامه حل اختلاف را تبیین نموده و قائل به آن شده‌اند که در صورت به نتیجه نرسیدن، امکان مراجعه به دادگستری وجود دارد (صادقی و مرندی، ۱۴۰۱: ۲۸۶-۲۸۵). پرویز کهن‌دل و همکاران نیز در مقاله «آسیب‌شناسی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با سازکارهای داخلی قوه مجریه در چارچوب اصل ۱۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دیدگاه خود در مورد ماهیت اقدام مرجع رسیدگی کننده برای «رفع» اختلاف (و نه حل اختلاف) بین دستگاه‌های دولتی را مطرح کرده‌اند. برای رفع اختلاف، مراجع رسیدگی کننده به دنبال آن هستند که به فراتر از خواسته طرف بیندیشند و با بهره‌گیری از قوانین و مقررات راه حلی را بیابند که هماهنگی بیشتری را میان دستگاه‌های دولتی ایجاد کند. هم‌چنین نویسندگان فوق پیشنهاد تصویب قانون جامع در مورد حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی و پیش‌بینی نهاد قانونی خاص و مستقل با شرح وظایف و چارت تشکیلاتی در سطح ملی برای رسیدگی به اختلافات مزبور را ارائه نموده‌اند (کهن‌دل و دیگران، الف ۱۴۰۲: ۸۴-۸۱). پرویز کهن‌دل و همکاران در مقاله «جایگاه قانونی استانداران در حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی»، به صورت خاص متمرکز بر لزوم بهره‌گیری از موقعیت قانونی استانداران برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی شده‌اند (کهن‌دل و دیگران، ب ۱۴۰۲: ۲۷۸-۲۷۶).

با عنایت به مراتب فوق، نوآوری پژوهش حاضر متمرکز بر بررسی ابعاد وضعیت کنونی مقررات حاکم بر رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی از منظر وجود یک نظام حقوقی جامع، کارآمد و مسنجم است که در پژوهش‌های فوق چندان مورد توجه قرار نگرفته است؛ پرسش‌های مورد نظر این مقاله که پیش از این ذکر شد، در آثار مذکور مطمح نظر قرار نگرفته و ضرورت یافتن پاسخ‌هایی درخور برای آن‌ها بسیار محسوس است.

بر مبنای توضیحات پیشین، در این مقاله، ابتدا با بررسی مفهومی موضوع، پیشینه و مبانی آن در قالب چارچوب نظری، به واکاوی چالش‌ها و راهکارهای قابل‌ارائه برای رفع مشکلات موجود و ارتقای وضعیت کنونی نظام حقوقی حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی می‌پردازیم.

۱. پیشینه

تا پیش از پیروزی انقلاب اسلامی (۱۳۵۷)، به موجب مصوبه شماره ۱۱۴۴۶۲ مورخ ۱۳۵۷/۲/۱۱ هیأت وزیران مقرر شده بود «دستگاه‌های دولتی که علیه یکدیگر در دادگستری اقامه دعوا کرده‌اند، باید دعاوی خود را مسترد نموده، آن‌ها را به هیأتی مرکب از وزرای دولت ارجاع نمایند». البته این مصوبه تا بعد از انقلاب اسلامی نیز اجرا نشد (کاشانی، ۱۳۸۹: ۲۱۰). در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸ حکمی در مورد موضوع فوق پیش‌بینی نشد. متعاقب اصلاح این قانون در سال ۱۳۶۸ و با عنایت به تجربه چندین ساله دولت پس از انقلاب درباره بروز اختلاف میان دستگاه‌ها (هاشمی، ۱۳۹۳/۲: ۳۳۱)، حکم موضوع در سطح قانون اساسی با اصلاح اصل یکصد و سی چهارم وارد نظام حقوقی ایران شد. به موجب بخشی از اصل مذکور «... در موارد اختلاف نظر و یا تداخل در وظایف قانونی دستگاه‌های دولتی در صورتی که نیاز به تفسیر یا تغییر قانون نداشته باشد، تصمیم هیأت وزیران که به پیشنهاد رئیس‌جمهور اتخاذ می‌شود، لازم‌الاجرا است...». در قوانین عادی نیز به جز مواردی که مقنن در مقام ایجاد مراجع شبه قضایی بوده که حوزه صلاحیتشان ممکن است اختلافات برخی از دستگاه‌های دولتی را نیز در برگیرد و هم‌چنین برخی مقررات مندرج در قوانین بودجه سنواتی کل کشور تا تصویب قانون برنامه پنج‌ساله هفتم پیشرفت جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۷-۱۴۰۳) مصوب ۱۴۰۳^۱، حکمی در مورد ممنوعیت ارجاع اختلافات دستگاه‌های دولتی به قوه قضاییه پیش‌بینی نشده بود. البته در قوانین بودجه سال‌های ۱۳۶۹ تا ۱۳۷۵ به موضوع فوق اشاره شده بود. هم‌چنین در ضوابط اجرایی قانون بودجه سال ۱۳۸۶ به بعد پرداخت هرگونه وجه بابت هزینه دادرسی دعاوی مربوط به اختلافات میان دستگاه‌های اجرایی وابسته به دولت در مراجع قضایی ممنوع اعلام شد (کاشانی، ۱۳۸۹: ۲۱۲، ۲۱۴).

۱. از این پس قانون برنامه هفتم.

در سال ۱۳۸۰، به موجب تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، کمیسیونی با مسئولیت معاون حقوقی رئیس‌جمهور و با عضویت چندین وزیر و دستگاه اجرایی برای رسیدگی به اختلافات آن‌ها در امور مربوط به اراضی و ساختمان‌های دولتی ایجاد گردید. در نهایت، آیین‌نامه حل اختلاف (مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۷) به تصویب وزیران عضو کمیسیون لوایح هیأت دولت رسید.

در آخرین حکم قانونی معتبر در زمان تدوین نوشتار حاضر، به موجب بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم، «اختلافات میان دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری که ذیل قوه مجریه می‌باشند، با رعایت اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی حل و فصل می‌شود. چنانچه دستگاه‌های اجرایی به هر دلیلی از اجرای تصمیم خودداری کنند، سازمان [سازمان برنامه و بودجه کشور] مطابق تصمیم مذکور مبلغ مورد حکم را از اعتبارات بودجه سنواتی سال آینده دستگاه مربوط، کسر و به اعتبارات دستگاه اجرایی ذی‌نفع اضافه می‌کند. در مورد آن دسته از شرکت‌های دولتی یا مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت یا مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی یا بانک‌ها (که فاقد ردیف در بودجه سنواتی بوده و یا فاقد حساب‌های متمرکز هستند) اجرای تصمیم مذکور از محل حساب‌های متعلق به آن‌ها، بر عهده خزانه‌داری کل کشور یا بانک مرکزی از محل اعتبارات بودجه سال بعد است. در هر حال ارجاع اختلاف میان دستگاه‌های اجرایی به قوه قضاییه منوط به تأیید هیأت وزیران است. معاونت حقوقی ریاست جمهوری اجرای تصمیمات متخذه را پیگیری می‌کند. دعاوی کیفری از شمول مقررات این بند خارج است». هم‌چنین باید به مفاد بخش‌نامه شماره ۶۱۳۳۴/۷۳۴۶۴ مورخ ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور اشاره کرد که قبل از تصویب قانون برنامه هفتم ابلاغ شد و برخی احکام آن‌ها عملاً با تصویب قانون فوق لغو شده است. شایان ذکر است به موجب حکم ذیل بند ۱ بخش‌نامه فوق، «در موارد خاص و در صورت لزوم با تشخیص و تأیید معاونت مزبور [معاونت حقوقی رئیس‌جمهور]، اختلاف در مراجع قضایی قابل طرح خواهد بود». در این زمینه نکاتی قابل ذکر به نظر می‌رسد: اولاً حکم اخیر با توجه به حکم بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم، منسوخ است؛ زیرا در حکم اخیر مسئولیت تشخیص موارد خاص لازم به طرح دعوا در دادگستری بر عهده هیأت وزیران نهاده

شده است؛ ثانیاً در مورد این که معیار تصمیم‌گیری هیأت وزیران در این قبیل موارد چیست، حکمی مقرر نشده است؛ لذا هیأت وزیران در موارد مذکور به تشخیص خود می‌تواند مجوز طرح برخی دعاوی در دادگستری را صادر کند، اما در خصوص حکم منسوخ بخش‌نامه، این سؤال قابل طرح بود که موارد «خاص» دقیقاً چه مواردی هستند. بی‌تردید تأمین منافع عمومی در این موارد اقتضای طرح آن در دادگستری را دارد، اما ملاک و ضابطه طرح دعاوی مذکور در دادگستری چندان روشن نیست. در ادامه لازم به ذکر است مفاد بخش‌نامه مذکور صلاحیت‌های هیأت وزیران و استانداری‌ها در حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی را منتفی نکرده است؛ زیرا اولاً، مصوبات هیأت وزیران که صلاحیت‌هایی را برای مراجع فوق در نظر گرفته و به ویژه آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازکارهای داخلی قوه مجریه، در صدر بخش‌نامه مورد استناد قرار گرفته است؛ ثانیاً، مقررات اخیر به تصویب هیأت وزیران رسیده و بخش‌نامه صادره توسط معاون اول رئیس‌جمهور نمی‌تواند متضمن حکمی مغایر مصوبات مرجع فوق باشد.

۲. مبانی

بند ه ماده ۱ آیین‌نامه حل اختلاف، «اختلاف» را این‌گونه تعریف کرده است: «اختلاف نظر دستگاه‌های اجرایی در برداشت از قوانین و مقررات و یا اختلاف ناشی از تداخل وظایف قانونی آن‌ها و همچنین اختلاف آن‌ها در مورد اموال و حقوق مالی». جزء اول تعریف فوق به میزانی موسع هست که امکان توسعه شمول آن نسبت به اکثریت قریب به اتفاق اختلافات دستگاه‌های دولتی را فراهم نماید. تداخل وظایف میان دستگاه‌ها، اختلاف در خوانش از وظایف قانونی، ارتباط موضوع واحد به دستگاه‌های متعدد، وجود تشکیلات گوناگون برای موضوع واحد و واگذاری صلاحیت امری واحد به دو یا چند دستگاه از جمله صور اختلاف میان دستگاه‌های اجرایی است (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری، ۱۳۶۸: ۱۱۶۵-۱۱۸۲). به طور کلی اختلاف نظرهای دستگاه‌های دولتی ممکن است موجبات طرح دعوا در قوه قضاییه را داشته باشد یا نداشته باشد. در مواردی که موجبی برای طرح دعوا وجود نداشته باشد، از طریق استعلام حقوقی موضوع قابل پیگیری است؛ در مواردی که از موجبات طرح دعوا است، اعلام نظر مرجع رسیدگی‌کننده در واقع متضمن قضاوت

است؛ لذا همه اختلاف نظرهای دستگاه‌های اجرایی را نمی‌توان در یک دسته بندی واحد مورد بررسی قرار داد.

در خصوص موارد استعلام حقوقی، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور پیش‌تر با صدور دستورالعمل نحوه مکاتبه با معاونت حقوقی رئیس‌جمهور^۱ به منظور ایجاد هماهنگی در برداشت و استنباط از قوانین و مقررات و اتخاذ رویه یکسان و کاهش مکاتبات غیر ضرور، مقرر کرده بود استعلام‌های حقوقی تشکیلات داخلی دستگاه‌های اجرایی ابتدا در واحد حقوقی مطرح می‌شود و آن واحد ضمن هماهنگی با مراجع و واحدهای ذی‌ربط رأساً نسبت به پاسخ‌گویی به استعلام‌های آنان اقدام می‌نماید. چنانچه ابهام اجمال برداشت از قوانین از طریق مذکور مرتفع نشود، مراتب صرفاً از طریق معاونین حقوقی (و یا عناوین مشابه) وزارت‌خانه‌ها و دستگاه‌های مستقل همراه با نظریه حقوقی در ماهیت امر با ذکر مستندات برای رسیدگی به معاونت حقوقی رئیس‌جمهور ارسال می‌گردد. شایان ذکر است مراتب فوق در بخش‌نامه «چگونگی استعلام‌های دستگاه‌های اجرایی از معاونت حقوقی رئیس‌جمهور»^۲ مورد تأکید قرار گرفته است.

اختلاف میان دستگاه‌های دولتی با یکدیگر به علت شخصیت حقوقی طرفین اختلاف و نیز حساسیت ناشی از لزوم حفظ و صیانت از حقوق و منافع عمومی، واجد تفاوت‌هایی با اختلافات میان اشخاص عادی است. بر همین اساس، نظام حقوقی حاکم بر رسیدگی هر یک نیز علی‌الاصول باید تا حدودی که تأمین -کننده اقتضائات مربوط به تفاوت مذکور باشد، متمایز از یکدیگر باشد (واعظی، ۱۴۰۲: ۲۲۶۱). به‌طور کلی، عوامل زمینه‌ساز اختلافات دستگاه‌های دولتی شامل نوع ساختار اداری، تداخل وظایف قانونی، سکوت مقنن در تدقیق صلاحیت دستگاه‌های دولتی (صادقی و مرندي، ۱۴۰۱: ۲۶۴)، عدم جامع‌نگری در تدوین قوانین و مقررات، بزرگ شدن اندازه دولت قبل از آمادگی نهادهای آن، وجود سازمان‌های موازی یا مشابه، کم‌رغبتی در استفاده از دستاوردهای حقوق عمومی، اشتغال به امور تصدی‌گری توسط دولت، تعصبات بخشی به جای نگاه ملی، عدم آموزش کافی کارکنان، کم‌توجهی

۱. بخش‌نامه شماره ۱۶۵۷۸۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰.

۲. بخش‌نامه شماره ۴۱۰۰۸ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۰ معاونت مذکور.

به شایسته‌سالاری، کم‌رغبتی به تعامل قانون‌مند و حرکت بر محور قانون می‌شود (کاشانی، ۱۳۸۹: ۲۰۶).

در گام بعد، باید به این پرسش پاسخ داد که چه مرجعی باید به اختلافات مزبور رسیدگی کند؟ برخی از نویسندگان در رد صلاحیت دادگستری برای رسیدگی به اختلافات یاد شده، به معایب طرح دعوا در دادگستری اشاره کرده‌اند که از جمله شامل تراکم پرونده‌ها، کندی جریان رسیدگی و هزینه بالای طرح دعوا در دادگستری می‌شود (صادقی و مرندی، ۱۴۰۱: ۲۶۸). این در حالی است که برای تصمیم‌گیری در این خصوص نباید مزایای طرح دعاوی مزبور در دادگستری که از جمله شامل قاطعیت در رسیدگی، مشخص بودن آیین رسیدگی و قالب‌های صدور رأی و نیز ضمانت اجراها می‌شود را نادیده گرفت.

متناظر با ایرادهایی که بدان اشاره شد، در خصوص عدم ارجاع اختلافات دستگاه‌های دولتی به دادگستری، مهم‌ترین دلایل ایجاد سازکار خاصی برای رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی از طریق مرجعی غیر از دادگستری عبارت است از: افزایش سرعت در رسیدگی، کاهش هزینه رسیدگی، افزایش سطح تخصصی رسیدگی، رعایت ملاحظات مربوط به حفظ مناسبات قوا و سازمان‌های دولتی با یکدیگر، ایجاد هماهنگی میان دستگاه‌های اجرایی در مواجهه با اختلاف در برداشت از قوانین و مقررات و اتخاذ سیاست منسجم و واحد در اداره امور کشور. بدیهی است مرجع حل و فصل‌کننده و به‌طور کلی، نظام حقوقی حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی باید به نحوی طراحی و اجرا شود که اقتضائات مزبور تأمین شود. در غیر این صورت، رسیدگی به اختلافات یاد شده توسط مراجع قضایی، با وجود ایرادهایی که به آن وارد است، ترجیح دارد.

۳. چالش‌ها

با بررسی مجموعه مقررات کنونی حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی با یکدیگر، مهم‌ترین چالش‌های پیش رو در این زمینه، به شرح مذکور در این بند مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

۱-۳. قبض و بسط قلمرو دستگاه‌های مشمول

حسب بررسی مقررات حاکم بر موضوع باید اذعان داشت که قلمرو دستگاه‌های مشمول در مقررات مذکور، در گذر زمان یکسان نبوده و مرتباً دچار قبض و بسط شده است. برای مثال، ماده ۱۶۰ قانون برنامه چهارم توسعه^۱ نسبت به دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری^۲ محدودتر است. در حکم اولی، بانک‌ها و مؤسسات بیمه‌ای مستثنی شده‌اند (صادقی و مرندي، ۱۴۰۱: ۲۶۷)؛ هم‌چنین مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و نیروهای نظامی و انتظامی نام برده نشده‌اند (کاشانی، ۱۳۸۹: ۲۱۹).

نقطه عزیمت در این موضوع، اما قانون اساسی است. در خصوص دستگاه‌های مشمول، در اصل یکصد و سی چهارم قانون مزبور از اصطلاح «دستگاه‌های دولتی» و در آخرین حکم قانونی حاکم، در بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم از اصطلاح «دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری^۳ که ذیل قوه مجریه می‌باشند» استفاده شده است. در سطح مقررات دولتی، در بند الف ماده ۱ آیین‌نامه حل اختلاف، از اصطلاح «دستگاه اجرایی» در معنای «هر یک از دستگاه‌های موضوع ماده ۱۶۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳ که زیرمجموعه قوه مجریه می‌باشند و در این آیین‌نامه حسب مورد به دستگاه ستادی، دستگاه زیر مجموعه و دستگاه استانی^۴ تقسیم می‌شوند» و در ماده ۸ ضوابط اجرایی قانون بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور از اصطلاح «وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی» استفاده شده است. قابل توجه آن‌که در مقررات مشابه در ضوابط اجرایی قوانین بودجه سال‌های قبل آن (برای مثال، ماده ۱۰ ضوابط اجرایی قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور)، «شرکت‌های دولتی»

۱. در آیین‌نامه حل اختلاف مورد ارجاع قرار گرفته.

۲. در بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم مورد ارجاع قرار گرفته.

۳. شامل وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی.

۴. ب - دستگاه ستادی: وزارت‌خانه و مؤسسه دولتی که زیر نظر وزارت‌خانه یا مؤسسه دولتی دیگری نباشد؛ ج - دستگاه زیرمجموعه: کلیه تشکیلات اداری و نیز واحدهای سازمانی که تابعه یا وابسته به یک دستگاه ستادی می‌باشند؛ د - دستگاه استانی: هر یک از دستگاه‌های زیرمجموعه که مأموریت استانی دارد.

مشمول حکم فوق نبودند و لذا از حیث مشمولان حکم فوق، شاهد افزایش تدریجی دستگاه‌های مشمول بوده‌ایم.

گرچه در صدر بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم، به «دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری» ارجاع شده است، اما در ادامه حکم بند فوق به مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت اشاره شده که مشمول حکم مزبور هستند. در حالی که در ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری اساساً اشاره‌ای به مؤسسات اخیر نشده است. قابل ذکر آن‌که به موجب ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی کشور (مصوب ۱۳۶۶/۶/۱)، کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارت‌خانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند، مکلفند حداکثر ظرف مدت یک سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق (وزارت‌خانه، مؤسسه دولتی، شرکت دولتی) تطبیق دهند و الا با انقضای این فرصت، مؤسسه دولتی محسوب و تابع مقررات این قانون در مورد مؤسسات دولتی خواهند بود؛ لذا تداوم شناسایی شکل حقوقی آن‌ها به عنوان «مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت» در شرایط کنونی محل ایراد است.

بخش‌نامه شماره ۶۱۳۳۴/۷۳۴۶۶ مورخ ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور راجع به حل اختلافات دستگاه‌های دولتی با یکدیگر، در مورد شمول آن نسبت به مؤسسات عمومی غیر دولتی صراحت دارد. این در حالی است که کلیه مؤسسات مذکور وابسته به قوه مجریه نیستند. در بخش‌نامه فوق به صورت مشخص به شهرداری‌ها تصریح شده است، اما نهادهای مذکور وابسته به قوه مجریه نیستند و علی‌القاعده اختیارات هیأت وزیران بر اساس اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی نمی‌تواند شامل آن‌ها شود. صرف نظر از این‌که تنظیم مقررات حاکم بر رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی، در قالب بخش‌نامه در صلاحیت معاون اول رئیس‌جمهور نیست.

در ماده ۳ آیین‌نامه حل اختلاف (مصوب ۱۳۸۶) مقرر شده که اختلافات دستگاه‌های استانی از طریق رؤسای دستگاه‌های مذکور حل شود. در صورت عدم حل و فصل، استاندار اقدام به حل و فصل آن کند. تبصره ماده مذکور نیز مقرر داشته

در صورتی که اختلافات استانداری‌ها به دستگاه اجرایی دیگری مرتبط نباشد، توسط وزارت کشور حل و فصل می‌گردد. لازم به ذکر است واحدهای استانی دستگاه‌های اجرایی دارای شخصیت حقوقی مستقل نیستند و اختلافات مذکور را باید ناظر بر مواردی دانست که در استان خاصی مطرح می‌شود. در هر حال، ملی یا استانی تلقی شدن اختلافات در برخی موارد محل ابهام و سؤال است.

از منظر حقوق اساسی، نحوه طراحی تفکیک قوا در نظام حقوقی ایران موجب شده است همه دستگاه‌های اجرایی مشمول مقررات حاکم بر این موضوع بر اساس اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی نباشند (استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۶۸). توضیح آن‌که همه دستگاه‌های اجرایی ذیل قوه مجریه قرار ندارند. دستگاه‌های متعددی ذیل سایر قوا و نیز سایر نهادهای حکومتی وجود دارند. این واقعیت، جامعیت نظام حقوقی حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. همین مسأله در مورد معضل مربوط به مسؤولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی نسبت به سایر قوا و نهادهای حکومتی وجود دارد (یاوری، ۱۳۹۲: ۴۸۳-۴۸۵). تجربه نشان می‌دهد عدم جامعیت و انسجام مقررات حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی موجب افزایش میل به گریز از قانون و کاهش سطح قانون‌مداری در روابط میان دستگاه‌های دولتی شده است. در چنین شرایطی، ضرورت دارد مقررات مربوط به رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی در قالب واحدی هم‌چون آیین‌نامه حل اختلاف، متمرکز شود و از تصویب مقررات پراکنده هم‌چون بخش‌نامه‌ها و ابلاغیه‌های معاون اول رئیس‌جمهور در این زمینه خودداری شود؛ هم‌چنین کلیه اجزای لازم برای این قبیل رسیدگی‌ها (شامل صلاحیت، آیین رسیدگی، قالب‌های صدور رأی، اجرا و ضمانت اجراها) در مصوبه مذکور قید شود. بدیهی است محل درج این قبیل احکام، اسناد قانونی موقت هم‌چون قانون بودجه سالانه کل کشور، ضوابط اجرایی بودجه و قوانین برنامه توسعه (پیشرفت) نیست.

از میان اشکال حقوقی دستگاه‌های دولتی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، صرفاً وزارت‌خانه‌ها لزوماً و تماماً ذیل قوه مجریه ایجاد می‌شوند. برخی از مؤسسات دولتی خارج از قوه مجریه ایجاد می‌شوند (مثل سازمان ثبت اسناد

و املاک کشور، سازمان پزشکی قانونی کشور). اکثریت قریب به اتفاق شرکت‌های دولتی نیز ذیل قوه مجریه ایجاد می‌شوند؛ موارد استثنایی شامل شرکت روزنامه رسمی کشور می‌گردد. هم‌چنین عمده مؤسسات عمومی غیر دولتی ذیل قوه مجریه ایجاد و اداره نمی‌شوند؛ استثنائات از جمله شامل سازمان تأمین اجتماعی و سازمان بورس و اوراق بهادار می‌گردد. آنچه مسلم به نظر می‌رسد، این است که چنانچه مرجع خاصی برای رسیدگی به اختلاف یا تخلف دستگاه دولتی پیش‌بینی شده باشد، صلاحیت آن مرجع برای رسیدگی به موارد مصرح قانونی، قابل بحث نیست. برای مثال می‌توان به صلاحیت مراجع حل و فصل اختلافات مالیاتی برای حل اختلاف مالیاتی میان شرکت‌های دولتی و سازمان امور مالیاتی اشاره کرد. در انتهای این قسمت ضرورت دارد امکان رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی با شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیر دولتی از طریق سازکار حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی بررسی شود. در این زمینه با توجه به مقررات قانونی حاکم بر موضوع از جمله بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم، ماده ۱ آیین‌نامه حل اختلاف، ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری و صدر و بند ۱ بخش‌نامه شماره ۶۱۳۳۴/۷۳۴۶۴ مورخ ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور، رسیدگی به اختلافات شرکت‌های وابسته به مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی با یکدیگر و نیز با دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، در صلاحیت مراجع قضایی است.

۲-۳. ابهام در نحوه پیگیری شکایات کیفری

از حیث قلمرو موضوعی اختلافات و دعاوی مشمول، در بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم، صراحتاً دعاوی کیفری از شمول آن خارج شده است؛ لذا رسیدگی به دعاوی مذکور بر اساس مقررات قانونی مربوط در صلاحیت مراجع ذی‌صلاح قضایی است. حال، چنانچه دو دستگاه دولتی در مورد مجرمانه بودن فعل یا ترک فعل خاصی اختلاف نظر داشته باشند؛ به نحوی که وصف کیفری موضوع محل نزاع باشد، در این صورت، آیا رسیدگی به موضوع در صلاحیت مراجع قضایی است یا به جهت اختلاف نظر در برداشت از قوانین، بر اساس سازکار اصل یکصد و سی چهارم عمل می‌شود؟ به نظر می‌رسد در صورتی که معاونت حقوقی رئیس‌جمهور به عنوان مرجع هماهنگ کننده امور حقوقی دستگاه‌های دولتی در مورد موضوع اعلام

نظر نکرده باشد، رسیدگی به موضوع در صلاحیت مرجع قضایی است؛ به ویژه در صورتی که یکی از دستگاه‌های دولتی مکلف به طرح شکایت کیفری شده باشد.

لازم به ذکر است در بند ۷ بخش‌نامه شماره ۶۱۳۳۴/۷۳۴۶۴ مورخ ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور مقرر شده است «اقدام لازم در جهت حفظ حقوق بیت‌المال و منافع ملی در دعاوی کیفری و هماهنگی لازم قبل از طرح این دعاوی با معاونت حقوقی رئیس‌جمهور به منظور رعایت غبطه و مصلحت دولت و منافع ملی برای حل و فصل موضوع به طریق غیر قضایی در چهارچوب قوانین و مقررات صورت گیرد». اولاً این‌که امور کیفری به چه ترتیبی به صورت غیر قضایی حل و فصل می‌گردد، محل سؤال است؛ زیرا در این قبیل موارد، رسیدگی به دعاوی مذکور در صلاحیت ذاتی محاکم قضایی است؛ ثانیاً چه مصلحتی می‌تواند پیگیری یک عمل مجرمانه را متوقف کند؟ در صورت شناسایی امکان توقف امور کیفری بر اساس مصلحت‌اندیشی معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، بیم عدم پیگیری جرایم، تجری و جواز ارتکاب اعمال مجرمانه وجود دارد؛ لذا حکم مذکور از این جهت محل ایراد است.

۳-۳. ناقص بودن نظام ضمانت اجراها (محدود بودن به ضمانت اجرای

مالی)

ضمانت عدم اجرای تصمیمات مراجع حل و فصل‌کننده اختلافات شامل تضمینات اجرای خود تصمیم و نحوه برخورد با متخلفین می‌شود. در خصوص مورد اول، در آخرین حکم قانونی لازم‌الاجرا (بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم) صرفاً به امکان برداشت از حساب دستگاه مربوط اشاره شده است. در حالی که این ضمانت اجرا صرفاً در مورد اختلافات مالی که منتهی به پرداخت وجه توسط یکی از طرفین به طرف دیگر می‌شود، کاربرد دارد. در بسیاری از موارد یا موضوع جنبه مالی ندارد یا یکی از طرفین مکلف به انجام عمل مشخص یا اتخاذ تصمیم مناسب یا ترک فعل خاصی است. در این قبیل موارد، مقررات قانون فوق، ساکت است. هم‌چنین بخش‌نامه شماره ۶۱۳۳۴/۷۳۴۶۴ مورخ ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور فاقد هرگونه حکمی در مورد ضمانت اجرای تصمیمات مراجع حل و فصل‌کننده اختلافات بوده و صرفاً در بند ۸ به لزوم پاسخ‌گویی دستگاه‌های اجرایی به مکاتبات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور اشاره دارد که ضمانت اجرای آن، در چارچوب قانون

رسیدگی به تخلفات اداری در نظر گرفته شده است.

در خصوص مورد دوم، در صورت عدم اجرای تصمیمات یا آرای مراجع حل و فصل کننده اختلافات دستگاه‌های دولتی، به نظر می‌رسد فعل یا ترک فعل مربوط با بند ۱۳ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری که «سرپیچی از اجرای دستورهای مقام‌های بالاتر در حدود وظایف اداری» را تخلف‌انگاری کرده، مرتبط‌ترین عنوان تخلفی است که قابلیت پیگیری دارد. در همین راستا، ماده ۸ ضوابط اجرایی بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور ضمن اعلام ممنوعیت پرداخت هرگونه وجه بابت هزینه دادرسی دعاوی مربوط به اختلافات دستگاه‌های دولتی با یکدیگر، در انتها مقرر کرده: «با متخلفین از اجرای این حکم و مستنکفین از اجرای تصمیمات مراجع یاد شده در چهارچوب قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ رفتار می‌شود؛ لذا به نظر می‌رسد هرگونه اقدام برخلاف مقررات فوق، «تخلف اداری» محسوب می‌شود. هرچند نباید از امکان پیگیری کیفری موضوع به دلیل تصرف غیر قانونی در وجوه دولتی و نیز تخلف مالی موضوع صلاحیت دیوان محاسبات کشور، غافل شد.

۴-۳. عدم وضع مقررات کافی و کامل در مورد موازین و آیین رسیدگی

به‌رغم سپری شدن بیش از سه دهه از اصلاح اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی با ملاحظه مجموعه مقررات حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی و با عنایت به تعدد و تنوع دستگاه‌های مشمول، به نظر می‌رسد نظام حقوقی حاکم بر این موضوع از توسعه یافتگی لازم برخوردار نیست. در حالی که برای حل و فصل اختلافات اشخاص غیر دولتی مقررات مفصلی از جمله در قالب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تهیه و تصویب شده، چنین جامعیتی در مقررات حاکم بر حل اختلافات دستگاه‌های دولتی ملاحظه نمی‌شود. در مورد دستگاه‌های دولتی نیز ضرورت دارد متناسب با اقتضائات خاص حاکم بر آن‌ها، ضوابط اختصاصی مربوط به حل و فصل اختلافات آن‌ها که از جمله شامل صلاحیت، آیین رسیدگی، قالب‌های صدور رأی، اجرا و ضمانت اجرای آرای مربوطه می‌شود، به شکل کامل و جامع تدوین و به تصویب برسد. شایان ذکر است مقررات مندرج در «شیوه‌نامه رسیدگی و رفع اختلاف دستگاه‌های اجرایی» (موضوع ماده ۸

تصویب‌نامه شماره ۲۱۲۷۶۷/ت/۳۷۵۵۰ک مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۷)، به‌رغم تلاش‌هایی که به منظور تدوین مقررات لازم برای تعیین روش و آیین رسیدگی به اختلافات فوق داشته، اما هم‌چنان از جامعیت لازم برخوردار نیست. از جمله نکات قابل طرح در مورد شیوه‌نامه مزبور می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: عدم تفکیک مقررات رسیدگی به اعتبار مرجع ذی‌صلاح، عدم پیش‌بینی حکم خاصی در مورد مبانی قانونی صدور تصمیم مرجع مذکور، نامشخص بودن نحوه توقف اجرای تصمیم، نامشخص بودن نحوه اجرایی کردن تصمیمات مراجع حل و فصل‌کننده اختلاف و غیره.

در شیوه‌نامه فوق، در مورد برخی مسائل حقوقی نظیر امکان ورود ثالث در اختلاف بین دو دستگاه دولتی حکمی وجود ندارد (کهندل و همکاران، ۱۴۰۲ الف: ۷۲). بر اساس یک دیدگاه، اگر شخص ثالث به مصوبه دولت اعتراض داشته باشد، صرف نظر از این‌که مصوبه دولت در قالب تصمیم‌نامه باشد یا تصویب‌نامه، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به اعتراض مذکور را دارد (صادقی و مرندی، ۱۴۰۱: ۲۸۳).^۱ این در حالی است که چنین امکانی به عنوان «ورود ثالث» شناسایی نشده است؛ بلکه شخص ثالث باید به دلیل مغایرت قانونی تصمیم یا مصوبه مربوطه در دیوان طرح شکایت کند.

هم‌چنین این ابهام وجود دارد که در ماهیت تصمیم مرجع ذی‌صلاح، رعایت قوانین ماهوی تا چه میزان الزامی است؟ در مقام اجرای تصمیمات مذکور، آیا ضوابط حاکم بر اجرای احکام قضایی لازم‌الاجرا است؟ برای مثال، وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی در اجرای آرای قضایی امکان استناد به مهلت هجده ماهه مندرج در ماده واحده قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی (مصوب ۱۳۶۵) را دارند. به نظر می‌رسد مبنای وضع حکم فوق در فرض اجرای تصمیمات مراجع حل و فصل‌کننده اختلافات دستگاه‌های دولتی نیز وجود دارد و لذا اجرای «فوری» تصمیمات مالی مراجع مزبور، در صورت تعذر اجرا از حیث لزوم انجام پیش‌بینی‌های لازم بودجه‌ای، منتفی به نظر می‌رسد.

ماده ۴ آیین‌نامه حل اختلاف مقرر کرده اختلافات دستگاه‌های ستادی توسط

۱. در مورد شکایت واحدهای دولتی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی دیگر، برای ملاحظه نظری که صلاحیت شعب دیوان برای رسیدگی به دعاوی فوق را شناسایی نمی‌کند، ر.ک. (مولاییگی و دیگران، ۱۴۰۳: ۳۴۱-۳۴۰؛ ازاری و ابریشمی‌راد، ۱۴۰۴: ۱۵۴-۱۵۳).

وزیران یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی مرتفع می‌شود. در غیر این صورت، توسط معاون حقوقی رئیس‌جمهور از طریق سازکارهای قانونی حل و فصل می‌گردد و در صورتی که نیاز به اخذ مصوبه دولت باشد، پیشنهاد معاونت مذکور در هیأت وزیران مطرح می‌شود. شایان ذکر است به موجب ماده ۵ آیین‌نامه فوق، اختیارات هیأت وزیران بر اساس آیین‌نامه مزبور به وزیران عضو کمیسیون لوایح تفویض شده است؛ در خصوص مقررات فوق اولاً در صورتی که طرفین نظر معاونت حقوقی رئیس‌جمهور را نپذیرند، مشخص نیست مبنای الزام آن‌ها به نظر مذکور کدام است؟ زیرا بر اساس اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی، نظر هیأت وزیران در این قبیل موارد، قاطع است و نه معاونت حقوقی رئیس‌جمهور؛ ثانیاً تفویض اختیاراتی که قانون‌گذار اساسی صراحتاً بر عهده هیأت وزیران گذاشته به نهاد یا مقام دیگر، محل تأمل جدی است.

بند ۲ بخش‌نامه مورخ ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور، مقرر داشته است «آرایی که مطابق آیین‌نامه چگونگی رفع اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازکارهای داخلی قوه مجریه صادر می‌شود، لازم‌الاجرا است و جز با نظر رئیس‌جمهور و یا معاون حقوقی رئیس‌جمهور قابل رسیدگی مجدد نیست. حسب مورد، وزیر، معاون رئیس‌جمهور یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی ملزم است بر اجرای رأی در موعد قانونی و مشخص شده در رأی نظارت نماید». در خصوص حکم اخیر، موقوف‌الاجرا شدن رأی مربوط حسب نظر رئیس‌جمهور یا معاون حقوقی وی، با ایراد حقوقی مواجه است؛ به خصوص در صورتی که مرجع صادر کننده رأی، هیأت وزیران باشد؛ زیرا بر اساس نظریه تفسیری شماره ۵۴۶۲ مورخ ۱۳۷۲/۸/۵ شورای نگهبان «از اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی استفاده می‌شود که در هر یک از موارد اختلاف، هیأت وزیران، مرجع اتخاذ تصمیم است و لاغیر».

۵-۳. ابهام در امکان مراجعه مستقیم به دادگستری

در مورد امکان مراجعه مستقیم به دادگستری برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی، سه دیدگاه مطرح شده است:

یکم، امکان مراجعه به دادگستری که از سال ۱۳۶۸ در عمل همین دیدگاه غلبه داشته و بر این اساس بنیان نهاده شده که حکم اصل یکصد و سی چهارم قانون

اساسی، سالب صلاحیت عام دادگستری در رسیدگی به شکایات نیست؛ دوم، عدم امکان طرح دعوا در دادگستری؛ زیرا اصل یکصد و سی چهارم خاص مؤخر است و صلاحیت عام دادگستری را تخصیص زده است؛ سوم، عدم امکان مراجعه به دادگستری تا قبل از طی طریق مذکور در آیین‌نامه حل اختلاف مصوب ۱۳۸۶. در صورتی که طرفین بر اساس روش مذکور در مقرر فوق به نتیجه نرسیدند، امکان مراجعه به دادگستری وجود دارد. مؤید این نظر، بخش‌نامه شماره ۱/۸۶/۶۲۵۶ مورخ ۱۳۸۶/۶/۵ رئیس قوه قضاییه است که بر اساس آن، «دلالیت اولیه آن‌ها به مراجع مذکور در مصوبه اشعاری، نافی صلاحیت عام دادگستری در مراحل بعدی نیست». رویه دادگاه‌ها نیز بر همین اساس است (صادقی و مرندی، ۱۴۰۱: ۲۷۱-۲۷۴)؛ در صورتی که هیأت وزیران در مقام حل اختلاف دو دستگاه دولتی تصمیمی اتخاذ نماید، امکان ارجاع همان اختلاف به مرجع قضایی وجود ندارد. البته این امر به معنای عدم امکان درخواست بازنگری در مورد تصمیم اخیر نیست؛ به عبارت دیگر، آرا و تصمیمات صادره توسط مراجع حل و فصل‌کننده اختلافات دستگاه‌های دولتی با یکدیگر، داخل در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری بر اساس ماده ۱۰ قانون دیوان مذکور است.

۳-۶. ابهام در سازکارهای نظارت بر تصمیمات هیأت وزیران در حل و فصل

اختلافات دستگاه‌های دولتی

از الزامات اصل حاکمیت قانون، لزوم پیش‌بینی سازکارهای نظارت بر تصمیمات و آرای مراجع حل و فصل‌کننده اختلافات دستگاه‌های دولتی به منظور حصول اطمینان از رعایت ضوابط و موازین قانونی مربوط است. تصمیمات هیأت وزیران بر اساس اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی از طرق متعددی قابلیت نظارت دارد. دیوان عدالت اداری در اجرای اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی صلاحیت رسیدگی به شکایات واصله از مصوبات دولت در موارد فوق را دارد. با عنایت به ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، هر شخص اعم از حقیقی و حقوقی و اعم از این‌که ذی‌نفع باشد یا نباشد، می‌تواند از مصوبه دولت به هیأت عمومی دیوان شکایت کند، اما آیا مصوبه هیأت وزیران در این زمینه باید در اجرای اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی برای رئیس مجلس ارسال شود؟ برخی از نویسندگان در

پاسخ به این پرسش قائل به این نظر شده‌اند که اگر اختلاف موضوع مصوبه، حکمی و مربوط به برداشت از قوانین و مقررات باشد، قالب صدور مصوبه، «تصویب‌نامه» است، اما اگر مصوبه مذکور ناظر بر یک امر موضوعی باشد، قالب آن «تصمیم‌نامه اجرایی» است. بر خلاف مورد دوم، تصویب‌نامه‌ها باید برای رئیس مجلس ارسال شود (صادقی و مرندی، ۱۴۰۱: ۲۸۴-۲۸۳). شایان ذکر است تفکیک فوق در اسناد قانونی ملاحظه نمی‌شود و بر اساس دیدگاه نویسندگان مربوط ارائه گردیده است. با عنایت به اطلاق اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی، به نظر می‌رسد کلیه مصوبات مذکور باید برای رئیس مجلس ارسال شود؛ به ویژه آن‌که تصمیم هیأت وزیران جهت حل اختلاف میان دستگاه‌های اجرایی ممکن است قوانین معتبر را نقض کند. البته ایراد موجود در اصل یکصد و سی و هشتم مبتنی بر اجرای مصوبات و تصمیمات هیأت وزیران و هم‌زمان ارسال آن‌ها برای رئیس مجلس، می‌تواند زمینه‌ساز مشکلات عملی متعددی گردد که ضرورت دارد در تدوین قوانین و مقررات مربوط به موضوع حاضر، راهکار لازم برای رفع آن‌ها اندیشیده شود. در این مقام به نظر می‌رسد به منظور جلوگیری از ایجاد چالش‌های حقوقی و اجرایی، قطعیت تصمیم مراجع رسیدگی‌کننده و انجام اقدامات لازم برای اجرای آن‌ها مطابق قاعده باید منوط به اعلام عدم مغایرت قانونی آن‌ها توسط رئیس مجلس شود. در رویه عملی، رئیس مجلس در یک بازه زمانی محدود معمولاً بین دو تا چهار ماه دیدگاه خود در مورد مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مزبور را منعکس می‌کند.

در انتهای این بند لازم به ذکر است در بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم حکمی در مورد امکان درخواست اعاده دادرسی در مورد آرای قضایی صادره که مغایر قانون و بر خلاف حقوق و منافع عمومی است، پیش‌بینی نشده است. در بخش‌نامه ابلاغی ۱۴۰۲/۴/۳۱ معاون اول رئیس‌جمهور نیز در این زمینه حکمی درج نشده است. در وضعیت کنونی معمولاً بالاترین مقام هر دستگاه اجرایی نسبت به درخواست اعاده دادرسی در مورد آرای فوق اقدام می‌کند. با توجه به موقعیت قانونی و مرجعیت معاونت حقوقی رئیس‌جمهور در نظارت بر اقدامات حقوقی دستگاه‌های اجرایی، به نظر می‌رسد قائل شدن به نقش مرجع مذکور به عنوان تأیید کننده در خواست‌های مزبور یا دست کم هماهنگی مراتب با آن معاونت، ضرورت داشته باشد.

۴. راهکارها

در واپسین بند این نوشتار، متناظر با چالش‌هایی که بدان اشاره شد، سعی می‌شود راهکارهای قابل ارائه به منظور رفع موارد مذکور ارائه گردد.

۴-۱. تثبیت دستگاه‌های مشمول و تعیین تکلیف دعاوی کیفری

در تحلیل چرایی ابهامات موجود در مورد قلمرو دستگاه‌های مشمول مقررات پیش گفته راجع به حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی، به نظر می‌رسد بخشی از علل آن به الگوی تفکیک قوا در نظام حقوق اساسی ایران مربوط می‌شود که تا اندازه‌ای به الگوی نظام نیمه ریاستی نزدیک است (جوان‌آراسته، ۱۳۹۷: ۶۵) و برداشتی که از دولت در معنای عام و قوه مجریه در معنای خاص آن وجود دارد، مبنای نظری مهمی در تعیین مفهوم و مصادیق دستگاه‌های دولتی و نظام حاکم بر حل اختلافات میان آنان قلمداد می‌گردد؛ به-طور کلی همان‌گونه که ذکر شد همه دستگاه‌های دولتی به عنوان مراجع ذیل قوه مجریه محسوب نشده و اساساً هیأت وزیران مرجعیتی در حل اختلاف میان آنان ندارد؛ همین واقعیت، نافی جامعیت سازکار موضوع اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی و تحدید آن صرفاً نسبت به دستگاه‌های اجرایی ذیل قوه مجریه است. هم‌چنین در مورد شمول صلاحیت موضوع اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی نسبت به مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و شرکت‌های دولتی، نکاتی به شرح زیر قابل طرح است: نخست این‌که صرفاً برخی از مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی به لحاظ سازمانی ذیل قوه مجریه قرار دارند؛^۱ لذا مقررات مذکور شامل نهادهای غیر وابسته به قوه مجریه نمی‌شود. هم‌چنین باید تأکید داشت قید «غیر دولتی» به معنای غیر حاکمیتی بودن این قبیل نهادها نیست؛ دوم در مورد شرکت‌های دولتی با توجه به تعاملات گسترده قراردادی و اقتصادی آن‌ها و نیز تعدد دستگاه‌های مزبور، به نظر می‌رسد اقتضائات رسیدگی به اختلافات آن‌ها تا حدودی متفاوت از سایر دستگاه‌های اجرایی هم‌چون وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی باشد. بر همین اساس بوده که در ضوابط اجرایی قوانین بودجه کل کشور (تا پیش از سال ۱۴۰۳) به لزوم حل اختلافات شرکت‌های دولتی با

۱. برای مثال سازمان تأمین اجتماعی به موجب ماده ۱ قانون تأمین اجتماعی وابسته به وزارت بهداری و بهزیستی [هم‌اکنون وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی] است، اما نهادهای هم‌چون شهرداری با توجه به مقررات قانونی حاکم بر آن از جمله قانون شهرداری وابسته به هیچ وزارت‌خانه‌ای نیست.

سایر دستگاه‌های دولتی اشاره‌ای نشده بود. با عنایت به مجموع مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و اقتضائات خاص عملکردی آن‌ها و نیز تعدد آن‌ها و تعاملات قراردادی متنوع و متعددی که ممکن است شرکت‌های دولتی با یکدیگر داشته باشند، حل اختلاف شرکت‌های دولتی با یکدیگر (و نه با وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی)، توسط مرجع قضایی قابل دفاع به نظر می‌رسد.

در خصوص دعاوی کیفری نیز با عنایت به صلاحیت ذاتی دادگستری و لزوم رسیدگی به آن توسط دارندگان پایه قضایی هم‌چنین با توجه به اهمیت صیانت از حقوق و منافع عمومی، عمل به تکلیف مقنن مورد تأکید است؛ مقنن در این قبیل موارد، طرح شکایت یا پیگیری آن را منوط به هماهنگی با مرجع خاصی نکرده است. در صورت وقوع اختلاف میان دو دستگاه دولتی خارج از قوه مجریه اعم از این‌که هر دو خارج از قوه مذکور باشند یا یکی از آن‌ها خارج از قوه مجریه باشد، رسیدگی به اختلافات مزبور داخل در قلمرو صلاحیتی دادگستری است، اما چنانچه اختلاف مزبور در سطح روابط کلان قوا باشد، موضوع مشمول بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی است (گرجی ازندریانی و رضایی، ۱۳۹۳: ۱۱۴-۱۱۷) که بر اساس آن «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» یکی از اختیارات مقام رهبری برشمرده شده است.

۲-۴. پیش‌بینی اصول، الزامات و آیین رسیدگی

حل و فصل اختلاف میان دستگاه‌های دولتی از طریق سازکارهای غیر قضایی واجد برخی الزامات متفاوت با حل و فصل قضایی اختلافات است. در مورد اخیر بایسته‌هایی (هم‌چون رعایت اصول آیین دادرسی، مستند و مستدل بودن آرای قضایی) حاکم بر دستیابی به راه حل اختلافات است که رعایت آن‌ها در حل غیر قضایی اختلافات به ویژه با عنایت به عنصر مصلحت سیاسی، اجرایی و برقراری توازن میان دستگاه‌های دولتی محل ابهام است (تنگستانی، ۱۳۹۸: ۱۰۸).

در سازکارهای داخلی قوه مجریه برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی، بدون تشریفات مضیق دادرسی و بر اساس قواعد برگرفته از حقوق عمومی، سعی در «رفع» اختلاف می‌شود تا «حل» آن. به عبارت دیگر، در این قبیل رسیدگی‌ها تلاش بر این است که فراتر از خواسته طرفین بررسی شده با بهره‌گیری از قوانین

و مقررات راه حلی ارائه شود که هماهنگی بیشتری را در این دستگاه‌ها ایجاد کند (کهن‌دل و همکاران، ۱۴۰۲ الف: ۸۲). به‌رغم تفکیک ارائه شده میان «حل» و «رفع» در عبارت فوق، به نظر می‌رسد هدف نهایی رسیدگی، حل و فصل اختلاف است و تفاوت میان دو واژه فوق چندان روشن نیست.

به لحاظ ماهوی، تصمیمات مراجع حل و فصل‌کننده نمی‌تواند و نباید صراحتاً مغایر قوانین معتبر و آرای وحدت رویه قضایی باشد؛ به عبارت دیگر، عدول از ضوابط و قواعد آمره قانونی ماهوی در صدور آرای مراجع مزبور جایز نیست.

در مورد این‌که ضوابط موجود از جمله مقررات مربوط به صلاحیت، آیین رسیدگی، قالب‌های صدور رأی، اجرا و ضمانت اجرا و نیز اصول حاکم بر این قبیل رسیدگی‌ها (نظیر اصل مستند و مستدل بودن رسیدگی‌ها، مستند سازی فرایند رسیدگی، رعایت اصل تناظر در رسیدگی‌ها و امکان دفاع طرفین اختلاف) باید در چه قالبی عرضه شود، برخی نویسندگان، تصویب لایحه قانونی مربوط به سازکار اجرایی اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی را پیشنهاد داده‌اند (صادقی و مرن‌دی، ۱۴۰۱: ۲۸۶). گرچه به لحاظ حقوقی امکان تصویب قانون مورد اشاره منتفی نیست، اما ضرورتی هم به تصویب آن وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، تکمیل مقررات و ضوابط مندرج در آیین‌نامه حل اختلاف مصوب ۱۳۸۶ و پرهیز از صدور بخش‌نامه‌های متعارض با آن، راه حل قابل دفاع‌تری به نظر می‌رسد.

۳-۴. تکمیل نظام ضمانت اجراها متناسب با تنوع موضوعات تحت

رسیدگی

همان‌طور که اشاره شد، ضمانت اجرای پیش‌بینی شده برای اجرای تصمیم مرجع حل و فصل‌کننده اختلاف شامل تضمین اجرای مفاد تصمیم و ضمانت اجرای برخورد قانونی با عدم اجرای تصمیم می‌شود. در قسمت نخست، در مورد اختلافات غیر مالی دستگاه‌های دولتی به صورت خاص حکمی پیش‌بینی نشده است. هنوز این نقیصه مطرح است که در صورت عدم اجرای تصمیمات با ماهیت غیر مالی، چه سازکار مشخصی برای اجرایی کردن تصمیم مرجع حل و فصل‌کننده وجود دارد؟ در این قبیل موارد، آیا امکان اتخاذ تصمیم به جانشینی دستگاه مربوطه وجود دارد؟ با توجه به این‌که شرح وظایف هر دستگاه بر اساس مقررات قانونی حاکم بر ایجاد

و فعالیت آن دستگاه تعیین شده است، پیش‌بینی ضمانت اجرای فوق نیازمند تقنین است. هم‌چنین شایسته است تضمینات اجرایی کافی برای اجرای آرای غیر مالی مرجع حل و فصل‌کننده اختلاف پیش‌بینی شود.

در خصوص مورد دوم، امکان پیگیری موضوع به علت ارتکاب تخلف اداری وجود دارد. البته ضمانت اجرای سیاسی به قوت خود باقی است. بنا به تصریح ذیل حکم بند ب ماده ۱۱۷ قانون برنامه هفتم، پیگیری اجرای تصمیمات صادره بر مبنای اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی، بر عهده معاونت حقوقی رئیس‌جمهور است. بی‌تردید هدف مقنن از وضع حکم مذکور صرفاً انجام پیگیری اداری موضوع به نظر نمی‌رسد بلکه معاونت مذکور منطقاً باید دارای ابزارهای نظارتی لازم در مواجهه با موارد عدم اجرای تصمیمات مربوط باشد؛ امری که نیازمند تصریح است.

۴-۴. امکان‌سنجی تدوین شاخص‌های ارجاع اختلاف به مرجع قضایی

در قانون برنامه هفتم، ارجاع اختلاف میان دو دستگاه دولتی به مرجع قضایی، ممنوع نشده؛ بلکه در صورت تصویب هیأت وزیران، چنین امکانی فراهم شده است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که چه اختلافاتی منطقاً باید به مرجع قضایی ارجاع شود؟ چه ملاحظات می‌شود که به‌رغم امکان قانونی حل و فصل اختلاف توسط هیأت وزیران، موضوع به مرجع قضایی ارجاع شود؟ آیا هیأت وزیران باید در این زمینه به صورت موردی تصمیم‌گیری کند یا امکان تعیین شاخص‌هایی وجود دارد؟ در پاسخ به پرسش نخست، به نظر می‌رسد شاخص‌های زیر می‌تواند برای ارجاع اختلاف به دادگستری مورد توجه قرار گیرد: درخواست هر دو طرف اختلاف و تأیید هیأت وزیران، اهمیت و حساسیت بالای موضوع اختلاف و تأثیر فراوان موضوع بر عملکرد و فعالیت‌های سایر دستگاه‌های دولتی به تشخیص معاونت حقوقی رئیس‌جمهور.

۴-۵. پیش‌بینی تشکیلات مناسب برای مرجع رسیدگی‌کننده

برخی از نویسندگان پیشنهاد تصویب قانون جامع در مورد حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی را ارائه نموده و بر لزوم پیش‌بینی نهاد قانونی خاص و مستقل با شرح وظایف و ساختار تشکیلاتی در سطح ملی تأکید کرده‌اند (کهن‌دل و همکاران، ۱۴۰۲ الف: ۸۳-۸۲). ساختار سازمانی معاونت حقوقی رئیس‌جمهور در

زمان تدوین نوشتار حاضر (مردادماه ۱۴۰۳) بر اساس اطلاعات مندرج در پرتال معاونت مذکور، شامل ۵ معاونت «امور حقوقی دولت»، «هماهنگی و برنامه‌ریزی امور حقوقی دستگاه‌های اجرایی»، «تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی»، «قانون اساسی»، «تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات» و «مرکز امور حقوقی بین‌المللی» می‌شود. هم‌چنین تاکنون دو سامانه «پیگیری اجرای قانون اساسی» و «ملی قوانین و مقررات» در این معاونت طراحی و اجرا شده است.^۱ صرف نظر از این‌که حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی صرفاً بخشی از شرح وظایف معاونت دوم محسوب می‌شود و به نظر نمی‌رسد با توجه به تعدد و تنوع دستگاه‌ها و موضوعات مشمول، از کفایت لازم برخوردار باشد، ضرورت دارد به منظور اجرای اصول حکمرانی الکترونیک، سامانه‌ای برای دریافت، رسیدگی، انعکاس نتیجه رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی و اعتراض به آن پیش‌بینی شود. البته ضرورتی به ایجاد نهاد خاصی به منظور رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی نیست؛ بلکه با تقویت ساختار و تشکیلات معاونت حقوقی رئیس‌جمهور نیز می‌توان به هدف فوق نایل آمد؛ خاصه آن‌که به موجب بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی از الزامات ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضروری افزون بر تشکیلات غیر ضرور موجود، شامل پرهیز از ایجاد تشکیلات غیر ضروری در آینده نیز می‌گردد (تنگستانی و مرادی برلیان، ۱۴۰۲: ۶۴).

۶-۴. تعیین تکلیف اختلافات دستگاه‌های اجرایی غیر وابسته به قوه

مجریه

با عنایت به محدود بودن سازکار مندرج در آیین‌نامه حل اختلاف مصوب ۱۳۸۶ به دستگاه‌های اجرایی ذیل قوه مجریه، ممکن است این پیشنهاد مطرح شود که مجلس قانون‌گذاری را برای رسیدگی به اختلافات کلیه دستگاه‌های دولتی (اعم از این‌که ذیل قوه مجریه باشند یا نباشند) وضع کند. در این زمینه به نظر می‌رسد پیش‌بینی سازکار مناسب از طریق ایجاد هیأت رسیدگی‌کننده میان قوه‌ای با وضع قانون با ایراد حقوقی مواجه نیست. بدیهی است نظام حقوقی حاکم بر حل اختلافات اخیر، مبتنی بر اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی نخواهد بود. شایان ذکر است

1. <https://lvp.iripo.ir>

در نظام حقوقی کنونی ایران مراجع شبه قضایی متعددی به موجب قوانین عادی ایجاد شده‌اند؛ بدون این‌که قانون اساسی در این زمینه حکمی داشته باشد. صرف نظر از مغایرت یا عدم مغایرت ایجاد مراجع مزبور با قانون اساسی، در شرایط کنونی امکان ایجاد هیأت رسیدگی کننده میان قوه‌ای برای حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی ذیل قوای متعدد به لحاظ حقوقی وجود دارد.

۴-۷. دسته‌بندی و انتشار اعلام نظرهای معاونت حقوقی رئیس‌جمهور و

دیگر مراجع ذیصلاح در پاسخ به استعلامات حقوقی

پیش از پرداخت به موضوع فوق باید بر شناسایی صلاحیت قوه مجریه و به‌طور کلی، دستگاه‌های اجرایی در تفسیر یا تبیین مقررات قانونی تأکید کرد. برخی صاحب نظران به درستی قائل به تفکیک میان «معناشناسی» و «تفسیر» هستند. «معناشناسی» برخلاف تفسیر به جنبه‌های معناشناختی که عرف یا قاعده‌مدار هستند، می‌پردازد. در توضیح معنای یک عبارت مشخص، نوعاً به قواعد زبان ارجاع می‌شود. در حالی که تفسیر توسط قواعد یا عرف‌ها تعیین تکلیف نشده است. لذا تفسیر در معنای مضیق آن به معنای هرگونه توضیحی نیست. به عبارتی، وقتی قضات، قانون را تفسیر می‌کنند قصد توضیح آن را ندارند. حتی در صورتی که تفسیر را در معنای عام آن شامل هرگونه فهم و توضیح از مقررات قانونی تلقی کنیم، باید اذعان داشت انتظار اجرای مقررات مزبور نوعاً از مسیر فهم و تفسیر آن در معنای عام کلمه می‌گذرد و لذا اجرای قانون در بسیاری از موارد مستلزم تفسیر قانون است (توازی‌زاده، ۱۳۹۳: ۴۵-۴۷). پاسخ‌گویی به استعلامات دستگاه‌های دولتی توسط معاونت حقوقی رئیس‌جمهور مستلزم شناسایی امکان تفسیر مقررات قانونی توسط آن مرجع است. لزوم اتخاذ سیاست اجرایی واحد، وحدت رویه در عمل به قوانین و مقررات دولتی و جلوگیری از تشتت در فهم و استنباط از قوانین و مقررات، بر ضرورت شناسایی جایگاه مراجع مزبور در تفسیر مقررات قانونی تأکید دارد. البته چنین جایگاهی صرفاً به معاونت مزبور محدود نمی‌شود. برخی دیگر از مراجع قانونی حسب حکم صریح قانون و برخی دیگر بر اساس عرف اداری، مورد استعلام دستگاه‌های دولتی قرار می‌گیرند. در خصوص مورد نخست، حکم جزء ۴ از بند ب ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری که «هماهنگی در اظهار نظر و پاسخ‌گویی به استعلامات و ابهامات

اداری و استخدامی دستگاه‌های اجرایی در اجرای مفاد این قانون» را بر عهده شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی گذاشته است، قابل ذکر است. در خصوص مورد دوم می‌توان به جایگاه وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی در تفسیر قوانین و مقررات کار و تعاونی‌ها اشاره کرد. هم‌چنین است جایگاه سازمان برنامه و بودجه کشور در تفسیر مقررات مرتبط با بودجه.

با عنایت به مراتب فوق پیشنهاد می‌شود ضمن جمع‌آوری و دسته‌بندی موضوعی پاسخ‌های معاونت حقوقی رئیس‌جمهور و سایر مراجع ذی‌صلاح در تفسیر قوانین و مقررات (مورد استعلام دستگاه‌های دولتی)، امکان دسترسی به آن برای کلیه اشخاص فراهم شود تا بدین طریق از طرح برخی اختلاف نظرها جلوگیری گردد. در زمینه کارکرد معاونت مزبور برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی نیز با توجه به اهمیت شرایط و مختصات هر پرونده، ذکر توضیح مختصر در مورد شرایط هر پرونده، در مقدمه هر تصمیم یا رأی، ضروری است. باری، به علت مرجعیت حقوقی معاونت حقوقی رئیس‌جمهور برای دستگاه‌های اجرایی، اطلاع از دیدگاه مرجع مذکور می‌تواند مانع از بروز برخی اختلافات شود. هم‌چنین است آرا و تصمیماتی که معاونت مذکور در رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی با یکدیگر صادر یا اتخاذ می‌نماید.

برآمد

۱- طراحی نظام حقوقی مناسب برای رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی، تأثیر به‌سزایی در ارتقای سطح قانون‌مداری و کارآمدی دستگاه‌های دولتی (و دولت در سطح کلان) دارد. در نظام حقوقی ایران به‌رغم سپری شدن بیش از سه دهه از اصلاح اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی، هم‌چنان نظام رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی با مشکلات و چالش‌های جدی مواجه است. در ارزیابی مقررات حاکم بر رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی به نظر می‌رسد مجموعه مقررات حاکم بر حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی در وضعیت کنونی، تشکیل دهنده یک «نظام حقوقی» جامع و منسجم در این زمینه نیست. الزامات ساختاری و هنجاری لازم برای این قبیل رسیدگی‌ها در نظام اداری و حقوقی کشور به نحو مقتضی فراهم نشده است. ساختار و تشکیلات فعلی معاونت حقوقی رئیس‌جمهور و نیز استانداری‌ها تکافوی رسیدگی به موقع و مطلوب به اختلافات دستگاه‌های اجرایی را نمی‌کند؛ ضمن این‌که برخی از مقررات مهم حاکم بر موضوع در قالب اسناد نامتناسب هم‌چون ضوابط اجرایی بودجه و قانون برنامه هفتم تدوین شده است. هم‌چنین برخی احکام مهم موضوع در قالب بخش‌نامه معاون اول رئیس‌جمهور ابلاغ شده که ماهیت مقررات‌گذاری داشته و علی‌القاعده در صلاحیت مقام مذکور نیست.

۲- در شرایط کنونی ملاک و معیار مشخصی برای تصمیم‌گیری هیأت وزیران برای ارجاع برخی از اختلافات دستگاه‌های اجرایی به مرجع قضایی پیش‌بینی نشده و به نظر می‌رسد تصمیم دولت در این زمینه مبتنی بر وضعیت هر پرونده است. ویژگی مثبت این وضعیت، امکان انعطاف در تصمیم‌گیری و لحاظ شرایط و اقتضائات هر پرونده است، اما اصلح آن است که معیار(های) مشخصی در این زمینه وجود داشته باشد؛ برای مثال، مبلغ موضوع اختلاف، دخیل بودن دستگاه اجرایی خارج از قوه مجریه در موضوع، ابعاد امنیتی و ملی موضوع و تعدد طرفین اختلاف.

۳- یکی از نواقص مهم وضعیت فعلی نظام حاکم بر رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی، نبود ضمانت اجرای کافی و مناسب برای اجرای تصمیمات مراجع حل و فصل‌کننده اختلافات است. در مقررات موجود به ویژه بند ب ماده ۱۷۷ قانون برنامه هفتم، صرفاً به ضمانت اجرای پرونده‌های مالی اشاره شده و هیچ‌گونه حکمی در مورد نحوه اجرای احکام غیر مالی مقرر نشده است.

۴- با عنایت به این‌که بخش قابل توجهی از دستگاه‌های دولتی ذیل قوه مجریه نیستند، حل اختلافات آن‌ها با سایر اشخاص و نیز با دستگاه‌های ذیل قوه مذکور علی‌القاعده و با توجه به صلاحیت عام دادگستری، در صلاحیت مراجع قضایی است.

۵- معیار بازنگری در تصمیمات هیأت وزیران بر اساس اصل یکصد و سی چهارم قانون اساسی در مقام حل و فصل اختلافات دستگاه‌های دولتی، صرفاً اصل قانونی بودن^۱ است. البته افزون بر رعایت احکام قانونی مربوط، تصمیم هیأت وزیران در این مقام نباید ناقض مصوبات قبلی هیأت وزیران و سایر مراجع ذی‌صلاح (غیر از مراجع ذیل این قوه) باشد؛ به عبارت دیگر، تصمیم هیأت وزیران در مقام حل اختلاف نمی‌تواند مغایر مصوباتی هم‌چون آیین‌نامه‌های اجرایی و مستقلاً باشد که در زمان رسیدگی به اختلاف، به عنوان مصوبه معتبر (از حیث حقوقی) محسوب می‌شدند. هم‌چنین امکان عدول از موازین حقوقی حاکم بر رسیدگی به اختلافات (حق دفاع طرفین، استماع منصفانه و ...) وجود ندارد. نظارت بر این قبیل تصمیمات از طریق نظارت رئیس مجلس بر مصوبات دولت و نیز شکایت از آن‌ها نزد دیوان عدالت اداری امکان‌پذیر است.

۶- به نظر می‌رسد ضرورتی به وضع قانون خاص برای تجمیع احکام حقوقی لازم برای رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی ذیل قوه مجریه وجود نداشته باشد. تمرکز مقررات مذکور در آیین‌نامه حل اختلاف، عدم وضع و ابلاغ مقررات پراکنده توسط سایر مراجع و مقامات و تکمیل آیین‌نامه فوق با تمرکز بر مؤلفه‌هایی هم‌چون شفافیت در قلمرو دستگاه‌های مشمول و مراجع ذی‌صلاح برای رسیدگی به اختلافات، مشخص بودن موضوعات قابل رسیدگی، آیین و روش رسیدگی، قالب و مبانی حقوقی صدور آراء، تکمیل نظام ضمانت اجراها، پیش‌بینی سازکارهای اجرای مؤثر آراء و تصمیمات و نحوه برخورد با موارد تخلف، گزینه موجه‌تری به نظر می‌رسد. در شرایط کنونی، با وجود اقتضائات خاص رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های دولتی، عدم رفع چالش‌های مذکور، عملاً موجب سوء استفاده برخی دستگاه‌ها، لوٲ شدن مسؤولیت‌ها و در نهایت تنزل سطح قانون‌مداری و کارآمدی دستگاه‌های دولتی می‌شود.

فهرست منابع

- * ازاری، پردیس و ابریشمی‌راد، محمدامین (۱۴۰۴)، «امکان‌سنجی طرح دعوی متقابل در دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۲۹.
- * استوارسنگری، کوروش (۱۳۸۸)، «مفهوم دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حقوق اساسی، دوره ۶، شماره ۱۱.
- * تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۹)، «ابهام در ماهیت حقوقی مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و پیامدهای آن»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۷، شماره ۱۰۳.
- * تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۸)، «حل و فصل اجباری اختلافات از طرق غیر قضایی»، تعالی حقوق، دوره ۵، شماره ۱.
- * تنگستانی، محمدقاسم و مرادی برلیان، مهدی (۱۴۰۲)، «درآمدی بر تکلیف دولت در حذف تشکیلات غیر ضرور»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۲، شماره ۱ (پیاپی ۳۹).
- * توازن‌ی‌زاده، عباس (۱۳۹۳)، «تأملی در رأی شماره ۳۰۸ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص مفهوم و مرجع تفسیر»، فصل‌نامه رأی، دوره ۳، شماره ۹.
- * جوان آراسته، حسین (۱۳۹۷)، «میزان انطباق نظام‌های پارلمانی، ریاستی و نیمه‌ریاستی با نظام ولایی»، فقه حکومتی، دوره ۳، شماره ۶.
- * صادقی، حسین و مرندی، الهه (۱۴۰۱)، «نسبت‌سنجی نظام حقوقی - اجرایی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با قانون اساسی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۳.
- * کاشانی، جواد (۱۳۸۹)، «چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های دولتی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۰.
- * گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و رضایی، مرتضی (۱۳۹۳)، «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۸، شماره ۸۵.

- * کهن‌دل، پرویز و صباحی، معین و بلوردی، طیبه و جعفرقلی‌خانی، ابوالفضل (۱۴۰۲الف)، «آسیب‌شناسی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با سازکارهای داخلی قوه مجریه در چارچوب اصل ۱۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۸.
- * کهن‌دل، پرویز و صباحی، معین و بلوردی، طیبه (۱۴۰۲ب)، «جایگاه قانونی استانداران در حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴.
- * مولاییگی، غلامرضا و قطبی، میلاد و محمدی احمدآبادی، حسین (۱۴۰۳)، «تحلیلی بر دادخواهی سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.
- * واعظی، سیدمجتبی (۱۴۰۲)، «نظریه نفع عمومی و جایگاه آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: از نظریه دولت تا نظریه حقوق عمومی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۳، شماره ۴.
- * یآوری، اسدالله (۱۳۹۲)، «نقش و جایگاه رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی: تحلیلی بر اصل ۱۱۳ قانون اساسی»، در: مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
- * هاشمی، سید محمد (۱۳۹۳)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکمیت و نهادهای سیاسی، جلد دوم، چاپ بیست و پنجم، تهران: میزان.
- * مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد چهارم، تهران: اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی.

تعهد به صداقت و وفاداری کارگر در برابر کارفرما

مقصود عبادی بشیر^۱

چکیده

امروزه روابط کار در ایران، به طور عمده بر مبنای قراردادهای موقت شکل گرفته است. قراردادهای موقت کار تامین کننده منافع هیچ یک از کارگران و کارفرمایان نیست؛ ثبات در روابط کار و میزان بهره‌وری از منابع را کاهش می‌دهد و هزینه‌های سنگینی به دو طرف تحمیل می‌کند؛ لذا برای خروج از این وضعیت نامطلوب باید راهکار ارائه داد. مقاله حاضر با هدف یافتن راه حل مناسب برای این مشکل نگارش یافته و به شیوه کتابخانه‌ای و اسنادی و روش توصیفی و تحلیلی، به این نتیجه می‌رسد که برای خروج از این وضعیت نامطلوب، لازم است اصل دائمی بودن قراردادهای کار از سوی قانون‌گذار شناسایی شود و در مقابل، تعهد صداقت که حاوی وظایف و تکالیف خاصی برای کارگران است، به نفع کارفرمایان پیش‌بینی گردد. آثار و نتایج تعهد صداقت، تعارضی با دیگر احکام و مقررات حقوق کار در ایران ندارد، می‌تواند مکمل آن‌ها باشد و به تنظیم عادلانه روابط کار کمک نماید.

واژگان کلیدی: صداقت، وفاداری، کارگر، کارفرما، روابط کار.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
maqsudebadi@pnu.ac.ir

درآمد

قراردادهای موقت کار در روابط کار ایران به صورت بسیار گسترده رواج یافته است؛ به طوری که به یقین می‌توان گفت که امروزه اکثریت قراردادهای کار از نوع موقت می‌باشند. گسترش قراردادهای کار موقت، به دنبال خود برخی مشکلات و عوارض اجتماعی هم می‌آورند؛ از این رو مقابله با قراردادهای موقت کار مورد توجه بسیاری از قانون‌گذاران از جمله انگلستان و چین واقع شده و تدابیری هم برای کاهش تعداد آن‌ها اندیشیده شده است (رستمی و قبادی، ۱۳۹۷: ۷۰-۷۲). در نظر اول چنین می‌نماید که قراردادهای موقت کار به سود کارفرما و به ضرر کارگر می‌باشد. به یقین قراردادهای موقت کار به زیان کارگران تمام می‌شود، اما این که قراردادهای موقت کار به سود کارفرمایان هم باشد، محل تردید و تأمل است. قراردادهای موقت کار از آن روی که امنیت شغلی کارگران را تهدید می‌کنند، برای کارگران مناسب نیستند و کارگران تمایل دارند که قرارداد کار آن‌ها از نوع دائم یا غیرموقت باشد، اما در عمل می‌بینیم که کارفرمایان تمایلی به انعقاد قرارداد دائم کار ندارند و به نوعی ترس دائمی در نزد کارفرمایان وجود دارد که اگر قرارداد کار دائمی باشد، کارگر ممکن است به صورت مناسبی کار نکند. پس ملاحظه می‌شود که قرارداد موقت کار به عنوان سلاحی در دست کارفرما قرار گرفته تا در جهت تامین منافع خویش به کار گیرد.

واقعیت آن است که قراردادهای موقت کار، علاوه بر این که به زیان کارگران تمام می‌شود، منافع کارفرمایان را نیز تامین نمی‌کند؛ به این دلیل که کارفرما مجبور است کارگران را به صورت دوره‌ای عوض کند و تغییر کارگران به صورت دوره‌ای مستلزم افزایش هزینه‌های تولید کالا و خدمات است؛ زیرا کارگران جدید باید آموزش‌های لازم برای شروع به کار را ببینند و از سوی دیگر مهارت پایین کارگران تازه وارد، باعث می‌شود که اتلاف منابع به شکل گسترده‌ای صورت گیرد. پس ملاحظه می‌شود که استفاده از کارگر موقت از آن جهت که موجب افزایش هزینه‌های تولید می‌شود، بهره‌وری را در سطح کارگاه پایین می‌آورد. هزینه‌های مستقیمی که برای آموزش مجدد کارگران تازه وارد انجام می‌گیرد و هزینه‌های غیر مستقیمی که به علت مهارت پایین کارگران تازه وارد بر کارگاه تحمیل می‌شود، در مجموع باعث

می‌شود که بهره‌وری کاهش پیدا کند و کاهش بهره‌وری نیز مساوی با ضرر و زیان کارفرماست؛ بنابراین سود کارفرما و مصلحت وی در آن است که از کارگران دائمی استفاده کند تا به صورت مکرر و دوره‌ای نیاز به هزینه‌های مربوط به آموزش کارگران نداشته باشد. از سوی دیگر وقتی کارگری در کارگاهی به مدت طولانی فعالیت می‌نماید، مهارت‌های کاری وی افزایش پیدا می‌کند و ارتقای مهارت نیز موجب می‌شود که کارها با دقت و سرعت بیشتری انجام گیرد و هزینه تولید پایین بیاید که این امر در نهایت به سود کارفرمایان است.

ملاحظه می‌شود که تعارضی بین خواسته کارگران برای داشتن قرارداد کار دائم و خواسته کارفرمایان برای استفاده از قرارداد کار موقت وجود دارد، اما چگونه می‌توان بین این دو نفع متعارض آشتی برقرار نمود و کارفرمایان را به استفاده از قرارداد کار دائم متقاعد نمود؟ به نظر می‌رسد، استفاده از مفهوم تعهدکاری در این ارتباط راهگشا باشد. تعهدکاری به مفهوم تعلق خاطر و پیوند عاطفی کارگران نسبت به سازمان یا احساس مسئولیت آنان در قبال تحقق اهداف سازمان است؛ به صورتی که فرد از نظر عاطفی و روانی به مؤسسه وابسته می‌شود و در جهت تحقق اهداف آن به خصوص اهداف اقتصادی آن تلاش می‌نماید. تضمین تعهدکاری دارای مزایای بسیاری است؛ از جمله این که موجب افزایش بهره‌وری و استفاده بهینه از منابع می‌شود. هم‌چنین اعتماد میان کارفرمایان و کارگران افزایش می‌یابد و از این طریق نیز، تنش‌های روابط کار کاهش می‌یابد و نهایتاً موجب افزایش مسئولیت‌پذیری در بین کارگران می‌شود (دادخواه و قیتانی، ۱۴۰۰: ۱۲۲). بررسی حقوق بعضی از کشورها نشان می‌دهد که تعهدکاری به یک تعهد حقوقی و الزام‌آور تبدیل شده و با عنوان «تعهد صداقت و وفاداری»^۱ وارد حقوق کار شده است. حال در حقوق ایران نیز این مسأله مطرح است که آیا تعهد صداقت و وفاداری به عنوان یکی از تعهدات و تکالیف کارگران در برابر کارفرمایان قابل شناسایی است و با مبانی حقوق کار ایران سازگار است. نوشتار حاضر در پی پاسخ به این پرسش است و به این منظور، در بخش نخست مفهوم و مبنای تعهد صداقت و در بخش دوم نیز آثار و مصادیق این تعهد بررسی می‌شود.

۱. مفهوم و مبنای تعهد صداقت

روابط کار یعنی رابطه میان کارگر و کارفرما از نوع روابط حقوقی مستمر و بلندمدت است و مثل تمامی روابط حقوقی بلندمدت به اعتماد متقابل نیاز دارد و اعتماد متقابل نیز در سایه صداقت و درست‌کاری طرفین تامین خواهد شد. در این جا این پرسش مطرح است که صداقت و درستکاری در این روابط چه مفهومی دارد و بر چه مبنای حقوقی استوار است؟

۱-۱. مفهوم صداقت کارگر

صداقت به طرق مختلفی ممکن است تعریف شود و این نیز ناشی از آن است که صداقت در روابط کار دارای مفهوم واحدی نیست و یک امر چند بعدی است؛ لذا در این قسمت به چند معنای مهم اشاره می‌شود.

۱-۱-۱. صداقت به معنای وظیفه‌شناسی

نخستین معنایی که در تعریف صداقت ارائه شده، به صداقت به عنوان یک فضیلت رفتاری نگاه می‌کند و تاکید بر همت و جدیت در اجرای وظایف دارد؛ به این معنا که صداقت به وسیله میزان علاقه و پشتکار فرد در انجام وظایف خویش قابل تعریف و سنجش است. هر چه شخص در انجام وظایف کوشاتر و جدی‌تر باشد، می‌توان گفت که درجه بالاتری از صداقت را دارا است. افراد از نظر اهتمام و جدیت در انجام وظایف‌شان یکسان نیستند. برخی افراد در انجام وظایف و تعهدات خود جدیت بیشتری نسبت به سایر افراد از خود نشان می‌دهند و برخی نیز در انجام وظایف دچار کاهلی و سستی می‌شوند؛ چنین معنایی از صداقت به فرمول فضیلت ارسطویی نزدیک می‌شود (Spalding, 2007: 51).

این تعریف از صداقت با این ایراد مواجه است که منجر به کاهش و تقلیل مفهوم صداقت به مفاهیم دیگری چون اطاعت‌پذیری می‌شود؛ یعنی در واقع صداقت به عنوان تعهد مستقل شناخته نمی‌شود، بلکه شکل مطلوب دیگر تعهدات است که عنوان صداقت به خود گرفته است؛ لذا استقلال مفهومی صداقت از بین می‌رود و صرفاً به عنوان شکل پسندیده اجرای سایر تعهدات تلقی می‌شود. از سوی دیگر، جدیت شدید در انجام وظیفه می‌تواند صداقت را به اطاعت کورکورانه تبدیل نماید که در آن شخص به صورت افراطی و بدون توجه به نتایج اعمال به اطاعت از دستورات

دیگری کشیده می‌شود. در نهایت ایراد دیگری که بر این معنای صداقت وارد است، آن است که تعهد صداقت صرف انجام وظیفه نیست، بلکه فراتر از آن، به مفهوم دفع ضرر و حفاظت منافع کارفرما است.

۲-۱-۱. صداقت به معنای فداکاری

در این معنا، صداقت به این صورت تعریف می‌شود که اگر بین منافع فرد و منافع اشخاص دیگر تعارض افتد، فرد باید منافع دیگران را بر منافع خود ترجیح دهد. ترجیح منافع دیگری بر منافع خود نشان دهنده درجه صداقت و وفاداری فرد نسبت به آن شخص است. در این تعریف از صداقت، گونه‌ای فداکاری یا دیگر دوستی در برابر خودخواهی دیده می‌شود؛ یعنی زمانی که عمل فرد به ضرر دیگری باشد، باید آن را به سود دیگری متوقف نماید (Spalding, 2007: 53). این معنا از صداقت، شاید در متن‌های اخلاقی و مذهبی جایگاهی داشته باشد و برخی از تعالیم و دستورات اخلاقی بر این پایه بنیان نهاده شده است، اما روشن است که چنین معنایی در عالم حقوق نمی‌تواند به طور مطلق مورد پذیرش قرار گیرد. در عالم حقوق تکلیفی برای افراد در جهت ایثار و فداکاری وجود ندارد. در این وادی بیشتر عدم اضرار به غیر حاکم است نه عشق به سایر اشخاص. گذشته از این، ایثار و فداکاری در معنای عام اشکالی ندارد، اما شکل افراطی آن می‌تواند در قربانیان شست‌وشوی مغزی دیده شود که منافع خود را به کل از بین برده و یا فراموش کرده و همه چیز را فدای منافع سازمانی یا تشکیلاتی می‌نمایند.

۳-۱-۱. صداقت به عنوان وفاداری

در این تعریف از صداقت، به اهداف مشترک گروهی توجه شده است و تلاش برای تعقیب و رسیدن به اهداف مشترک نشانه وجود صداقت در شخص است؛ از این رو می‌توان گفت فردی که نسبت به تحقق اهداف مشترک دارای حساسیت است، تعهد صداقت خویش را به انجام رسانده است (Moberg, 1997: 72). در روابط کارگر و کارفرما ممکن است گفته شود که هدف مشترکی وجود ندارد. کارفرما در پی کسب سود از طریق تولید کالا و خدمات و فروش آن‌ها است و کارگر نیز صرفاً با تحویل نیروی کار خود دستمزد یا حقوق دریافت می‌دارد، اما به نظر می‌رسد همین معنا از صداقت با مبانی روابط کار سازگارتر است؛ زیرا گرچه کارگر و کارفرما

اعمال متفاوتی انجام می‌دهند، ولی هر دو دارای هدف واحدی هستند. در واقع وقتی چرخ‌های کارگاه به خوبی می‌چرخد و تولید کالا و خدمات انجام می‌پذیرد، تولید ثروت محقق می‌شود. در پی تولید ثروت است که کارفرما و کارگران سهم خود از آن را دریافت می‌نمایند. تمرکز بر همین معنا از صداقت یعنی تحقق اهداف مؤسسه، همان است که در اصطلاح اندیشمندان علوم اداری به عنوان عرق سازمانی و یا تعهدکاری شناخته می‌شود. ارتقای عرق سازمانی و تعهدکاری در واقع همان افزایش صداقت کارگر و کارفرما در برابر هم است. پس صداقت کارگر، مستلزم وفاداری او در برابر کارفرما، از طریق دفع ضرر و حفاظت منافع اوست.

۲-۱. مبنای توجیهی تعهد صداقت کارگر

یافتن مبنایی از اصول کلی حقوقی به استواری و اتقان قواعد حقوقی کمک نموده و اجرای آنها را تسهیل می‌نماید. از این روی در این قسمت برخی از اصول کلی مبنایی تعهد صداقت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر یکی از قواعد مهم حقوقی و فقهی است. بر اساس این قاعده هر فرد باید به گونه‌ای رفتار نماید که ضرری به دیگران وارد نشود. در واقع اصل اولیه، اصل تسلط انسان بر نفس و مال خود است و هر شخصی می‌تواند به هر فعلی اقدام نماید؛ مگر آن‌که آن فعل و یا تصرف در اموال، مغایر منافع دیگران بوده و یا به سایر اشخاص ضرر برساند. این جاست که قاعده یا اصل لاضرر وارد عمل می‌شود و جلوی اعمال زیان‌بار به حال دیگران گرفته می‌شود. به طور خلاصه، می‌توان گفت که اصل لاضرر به عنوان قاعده ثانویه، برای جلوگیری از اضرار به غیر است (محقق داماد، ۱۴۰۳: ۱۹۵). حال این سوال مطرح است که آیا اصل لاضرر می‌تواند به عنوان مبنایی برای تعهد صداقت کارگران در نظر گرفته شود. در پاسخ خواهیم گفت، ما تعهد صداقت را به معنای تلاش کارگر برای حفظ منافع کارگاه و کارفرما تلقی کردیم. با توجه به این معنا، قاعده لاضرر فقط به صورت نسبی می‌تواند کمک کننده باشد؛ به این ترتیب که کارگر نباید اعمالی انجام دهد که منجر به ضرر کارفرما شود، اما این مفهوم تنها بخشی از تعهد صداقت را پوشش می‌دهد؛ زیرا تعهد صداقت صرفاً محدود به عدم اضرار به کارفرما نیست، بلکه فراتر از آن

ضرورت حفظ منافع کارفرما نیز وجود دارد؛ به این ترتیب که کارگر موظف است غیر از این که از اعمال زیان‌بار به کارفرما اجتناب نماید، اقدامات لازم برای جلب و حفظ منفعت را نیز انجام دهد.

۲-۱. حسن هم‌کاری

اجرای تعهد در بسیاری از قراردادها بدون هم‌کاری طرف مقابل امکان‌پذیر نیست. متعهدله وظیفه دارد امکان انجام تعهد را برای متعهد به‌وجود آورد. یکی از موضوعات اساسی در قلمرو قراردادها حدود تعهدات طرفین است. با انعقاد قرارداد حقوق و تعهداتی برای طرفین ایجاد می‌شود. هر یک از آنان متعهد می‌شوند آنچه را که بر عهده گرفته‌اند، مطابق قرارداد، عرف و مقررات انجام دهند. در برخی موارد، اجرای تعهد هر طرف عقد به طور مستقل متکی به اراده خود متعهد است، اما صورت دیگری از اجرای تعهدات قراردادی نیز مطرح است که کمک متقابل و هم‌کاری دو طرف عقد را در اجرای تعهدات لازم می‌دارد. نمونه چنین وضعیتی را می‌توان در مواردی دید که اجرای تعهد یک طرف منوط به ارائه اطلاعات و نقشه‌های اجرایی از طرف دیگر است. برای مثال در پروژه‌های مقاطعه‌کاری، پیمان‌کار وقتی می‌تواند به تعهد خود عمل نماید که محل کارگاه در اختیار او قرار گرفته و نقشه‌های پروژه نیز به وی تحویل داده شود؛ پس ملاحظه می‌شود که در بسیاری از موارد اجرای تعهد طرفین، منوط به هم‌کاری نزدیک آن‌ها است. بدون هم‌کاری طرف دیگر، یکی از طرفین قادر به اجرای تعهد خود نخواهد بود. این مسأله تحت عنوان تعهد هم‌کاری در حوزه تعهدات قراردادی شناخته می‌شود و در اسناد حقوقی مختلفی مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپایی به صراحت پیش‌بینی شده است (شعاریان، ۱۳۹۰: ۱۰۹؛ مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، ۱۳۷۹: ۱۳۹). در این جا مسأله‌ای که مطرح می‌شود آن است که آیا تعهد هم‌کاری مذکور می‌تواند به عنوان مبنا یا توجیهی برای پذیرش صداقت کارگر در مقابل کارفرما به کار گرفته شود. در پاسخ می‌توان گفت در این مورد نیز به صورت نسبی می‌توان کمک گرفت. به این ترتیب که تعهد هم‌کاری فقط می‌تواند بخشی از تعهد صداقت را توجیه نماید و تمامی آثار آن را نمی‌تواند پوشش دهد؛ به این ترتیب که، بر اساس تعهد صداقت، کارگر ملزم است که با کارفرما هم‌کاری لازم

را داشته باشد. تعهد صداقت فراتر از هم‌کاری، مستلزم آن است که کارگر برای تأمین منافع کارفرما و یا کارگاه اقداماتی انجام دهد. این بخش از آثار تعهد صداقت به وسیله تعهد هم‌کاری مزبور قابل توجیه و تفسیر نیست و شکل مستقلی دارد.

۳-۲-۱. حسن نیت

یکی دیگر از مبانی که برای تعهد صداقت کارگران می‌توان طرح نمود، بحث حسن نیت در اجرای تعهدات می‌باشد. ابتدا باید دید که مفهوم حسن نیت چیست یا حسن نیت در کدام معنای حقوقی کاربرد دارد؟ حسن نیت دارای مفهوم پیچیده‌ای است و امکان ارائه تعریف واحد از آن وجود ندارد، اما به هر حال می‌توان گفت که حسن نیت در دو معنای حسن فاعلی و حسن فعلی کاربرد دارد.

حسن نیت در معنی اول دارای کیفیتی ناملموس و انتزاعی و بیانگر حسن فاعلی است که شامل یک اعتقاد صادقانه و فقدان سوءنیت است. به عبارتی، حسن نیت به وضع فکری کسی اشاره دارد که از روی جهل و اشتباه به عمل حقوقی و یا مادی اقدام نموده است؛ در حالی که اقدام وی موافق قانون و واقع نبوده است، اما مقنن در حدود معینی از او حمایت می‌کند (ولایی و جلالی، ۱۴۰۲: ۴۷۹). مثال‌های متعددی می‌توان در حقوق موضوعه یافت که در آن فردی که با تصور اشتباه عملی را انجام داده، از دید مقنن به عنوان فرد دارای حسن نیت تلقی شده و برخورد تنبیه‌آمیز با وی صورت نمی‌گیرد. یکی از آن‌ها بحث و طی به شبهه است یا کسی که با وکالت ظاهری اقدام نموده در همین راستا قابل توجیه و تفسیر است. اگر وکیل بعد از عزل و قبل از وصول خبر عزل اعمالی را انجام بدهد، این اعمال به خاطر این که وکیل سوء نیتی نداشته و فریب‌کاری در بین نبوده، صحیح و قانونی تلقی خواهد شد. پس در کل می‌توان گفت معنای اول حسن نیت همانا فقدان سوء نیت است و کارگر نیز در امور مربوط به انجام وظایف شغلی مشمول این معنای عام خواهد بود، اما در معنای دوم، حسن نیت اشاره به یک تکلیف حقوقی یا حسن فعلی دارد؛ چنان‌که در آثار علمای حقوق فرانسه، اصل حسن نیت به عنوان ویژگی عمل و فعل در نظر گرفته شده است. بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به حاکمیت حسن نیت در مرحله اجرای تعهدات قراردادی تصریح دارد. برای داشتن حسن نیت در قرارداد، اولین شرط، فقدان رفتار ناشایست در مراحل تشکیل و اجرای قرارداد است. در حقوق فرانسه

وجود این ویژگی در قصد و نیت ابتدا با عدم اقدام به اعمال نهی شده مثل تدلیس، تقلب و سوء استفاده از حق آشکار شده، سپس با گسترش قلمرو معنایی به لزوم انجام اعمالی برای حمایت از طرف دیگر قرارداد نیز تسری داده شده است. برای مثال در این راستا، متعهد علاوه بر انجام اصل تعهد، ملزم به ارائه اطلاعات ضروری به طرف دیگر شده است (قاسمی حامد، ۱۳۸۶: ۱۱۷). در مجموع می‌توان گفت که رویه قضایی و دکترین فرانسه از بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی تکلیف درست‌کاری و صداقت را استنباط نموده‌اند که در تمامی قراردادهای از جمله قراردادهای کار حاکمیت دارد؛ بنابراین در این نظام حقوقی، به‌رغم استقلال حقوق کار، با الهام گرفتن از معنای حسن نیت در این ماده، برای کارگر تعهد صداقت و وفاداری شناسایی شده است (Amic, 2014: 11). در نظام کامن‌لا نیز حسن نیت محور اساسی تعهد صداقت تلقی شده و ابتدا در روابط امانی یعنی در مورد قیم و سرپرست محجورین و سپس در مورد مدیران شرکت و در نهایت نسبت به کارگران تسری داده شده است (Mcmurray, 1987: 606; gold, 2009: 470)؛ پس می‌توان گفت که در نظام‌های حقوقی فرانسه و انگلستان مبنای اصلی تعهد صداقت کارگران، قاعده حسن نیت است. البته توجه به این امر نیز ضروری است که قواعد حاکم بر روابط کار قبل از آن‌که با نهادهای سنتی حقوق قابل توجیه باشد، بر مبنای حمایت از ثبات این روابط قابل تفسیر است (Boide, 2016: 870).

۲. آثار و مصادیق تعهد صداقت کارگر

تعهد صداقت کارگران در حقوق بعضی از کشورها مثل فرانسه به وسیله قوانین صریح و یا ضمنی پذیرفته شده است و در بعضی از کشورهای دیگر مثل انگلستان این تعهد بر اساس اجتهاد رویه قضایی به اثبات رسیده است (Gray, 2000: 927). پذیرش این تعهد به دنبال خود سایر آثار حقوقی را نیز ایجاد می‌نماید. در این بخش به بررسی آثار و مصادیق تعهد صداقت خواهیم پرداخت؛ یعنی در پی آن هستیم که تعهد صداقت دقیقاً کدام دسته از وظایف و تکالیف را بر عهده کارگران قرار می‌دهد و سپس به طریقه استقرایی بررسی خواهیم کرد که آیا در حقوق ایران نیز تعهد صداقت کارگران قابل شناسایی است.

۲-۱. حسن انجام تعهد

اولین تکلیف و وظیفه‌ای که بر عهده کارگران قرار گرفته است، تعهد انجام کار در قبال دریافت مزد و یا حقوق می‌باشد، ولی آنچه در خصوص انجام تعهد قابل ذکر است، آن است که ایفای تعهد باید به صورت مطلوب و رضایت بخشی انجام گیرد. به عبارتی، کارگر باید حداکثر سخت‌کوشی و تلاش خود را به کار گیرد تا ایفای تعهد شکل مطلوب و پسندیده‌ای داشته باشد (Cavico et al, 2018: 6). زمانی می‌توان از حسن انجام تعهد صحبت نمود که انجام کار از سوی کارگر با سرعت، دقت و نظم همراه باشد. در واقع می‌توان گفت که حسن انجام کار موجب می‌شود که محصول تولیدی مؤسسه اعم از کالا و خدمات دارای کیفیت بالاتری باشد و وقتی که محصولات تولیدی کیفیت بالایی داشته باشند، مشتریان بیشتری جذب می‌کند. همین امر نیز منافع کارگاه را تامین می‌کند. به تعبیر علم مدیریت در این صورت از منابع مادی و انسانی به صورت بهینه استفاده شده و بهره‌وری تامین می‌شود.

پس در کنار تعهد مربوط به انجام کار، تعهد مربوط به اهتمام در انجام وظایف یا به تعبیری دقت و وسواس در انجام امور محوله به‌وسیله کارگر ضروری است. همان‌طور که عدم انجام وظایف و تکالیف محوله به کارگر نوعی نقض تعهد از طرف کارگر است، در صورتی که کارگر تعهدات خویش را با دقت و وسواس انجام ندهد؛ به عبارتی کیفیت انجام عمل تامین نشده باشد نیز می‌تواند با برخی ضمانت اجراها مثل غرامت و اخراج مواجه شود. اثبات این که تعهد انجام یافته از سوی کارگر دارای کیفیت لازم نیست بر عهده کارفرما است؛ زیرا در انجام تعهد اصل بر عدم است و کارگر باید انجام تعهد را به اثبات برساند، اما در مقوله کیفیت انجام تعهد این کارفرما است که باید اثبات کند کاری که از سوی کارگر انجام یافته، دارای کیفیت مطلوب نیست (Demir, 2009: 9).

بدین ترتیب تعهد صداقت کارگر مستلزم حسن انجام تعهد است و حسن انجام تعهد نیز در سایه دقت و وسواسی است که در جریان انجام وظایف و تکالیف نشان داده می‌شود. قضاوت در مورد این که کارگر به وقت انجام وظایف، دقت و وسواس کافی از خود نشان داده است یا نه، مستلزم بازرسی و ارزیابی است. در

این ارزیابی باید توجه داشت که آیا قرارداد کار یا دستورالعمل‌هایی که در کارگاه برای انجام کارها به کارگر ابلاغ شده، شیوه خاصی از اجرای تعهد را معین نموده است. اگر دستورالعملی به کارگر ابلاغ شده باشد، ارزیابی بر اساس میزان انطباق عمل کارگر با این دستورالعمل صورت می‌گیرد، اما اگر قرارداد کار در خصوص میزان دقت و وسواس کارگر مطلبی نداشته باشد و یا دستورالعملی در این خصوص نیز وجود نداشته باشد، در مرحله دوم باید توجه داشت کارگری که استخدام شده کارگر عادی است یا متخصص. هم‌چنین باید توجه داشت که صلاحیت کارگر در چه حدی است. آیا کارگر دارای مدرک تخصصی حوزه مربوطه است؟ در این زمینه، سنوات خدمت و تجربه عملی کارگر نیز باید مورد توجه قرار گیرد و قضاوت نهایی در خصوص میزان دقت و وسواس کارگر و یا حسن انجام تعهد با توجه به نکات گفته شده خواهد بود. نکته دیگر شایان توجه آن است که کارفرما نیز برای اینکه کارها به خوبی انجام پذیرند، باید در استخدام کارگران دقت نماید و کارگرانی را انتخاب نماید که صلاحیت و تخصص آن متناسب با نوع کار مربوطه باشد. کارفرمایی که از ابتدا در انتخاب کارگر مناسب و متناسب شغل دچار اشتباه شده، نمی‌تواند درجه بالایی از دقت و وسواس و حسن انجام تعهد را از سوی کارگران انتظار داشته باشد (Demir, 2009: 9) و بالاخره رفتارهایی مانند غیبت غیر موجه، بی‌نظمی، عدم توجه به دستورات کارفرما، مقررات انضباطی کارگاه و اعتصاب غیرقانونی مغایر با حسن نیت و حسن انجام تعهد بوده و ارتکاب چنین اعمالی از کارگر دارای صداقت و وفاداری انتظار نمی‌رود.

تعهد مربوط به انجام تعهد با اهتمام و دقت از ماده ۲۷ قانون کار ایران نیز قابل استنباط است؛ به این ترتیب که کارگر موظف است کار محوله را با رعایت دقت و به صورت متعارف انجام دهد. اگر کارگری دقت لازم و متعارف را نداشته باشد و خسارتی به بار آید، مقصر شناخته و مسؤول جبران خواهد بود (استوار سنگری، ۱۳۹۵: ۱۵۴). ماده ۲۷ قانون کار قصور کارگر در انجام وظایف محوله را در راس موارد اخراج نام برده است. در اجرای تبصره ۲ ماده پیش‌گفته، آیین‌نامه «مقررات تعیین موارد قصور و نقض دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های انضباط کار در کارگاه‌های موضوع تبصره ۲ ماده ۲۷ قانون کار» در سال ۱۳۷۰ از سوی شورای عالی کار تدوین

و توسط وزیر کار تصویب شده است. بر اساس ماده یک این مقررات هر گونه کوتاهی در انجام وظایف محوله و یا هر گونه فعل و ترک فعل که موجب نقض آیین‌نامه‌های انضباطی کارگاه، بروز اختلاف و بی‌نظمی در روند طبیعی کار، کاهش کمی و کیفی تولید خدمات، افزایش ضایعات، ضرر و زیان و نقض شؤن اسلامی در کارگاه را فراهم نماید، قصور نامیده می‌شود. در مجموع می‌توان گفت در حقوق ایران نیز علاوه بر این که کارگران ملزم به انجام اصل تعهد هستند، در کنار آن ملزم هستند که تعهدات خود را با اهتمام و دقت انجام دهند. به تعبیری، حسن انجام تعهد که از نتایج و پیامدهای قبول و پذیرش تعهد صداقت کارگران است، در حقوق ایران به صورت ضمنی مورد پذیرش قرار گرفته است.

۲-۲. امانت‌داری و حفاظت اموال

یکی دیگر از آثار تعهد صداقت، بحث امانت‌داری کارگران و تعهد آن‌ها به حفظ و حراست اموال است؛ بدین ترتیب که کارگران ملزم هستند نسبت به اموالی که به مناسبت کار در اختیار آن قرار می‌گیرد، حداکثر دقت و احتیاط را به عمل آورده و از آن‌ها به طور مناسب و شایسته استفاده نمایند. اموالی که به مناسبت انجام کار در اختیار کارگران قرار می‌گیرد، می‌تواند اموال متعلق به کارفرما و یا اشخاص ثالث باشد. این اموال شامل وسایل و تجهیزات کارگاه، مواد اولیه، محصول نیمه‌کاره، محصول نهایی تولید شده و همچنین اموالی است که متعلق به اشخاص ثالث است که جهت برخی امور مثل تعمیر و یا تکمیل در اختیار کارفرما و به تبع آن در دسترس کارگر قرار گرفته است. در کل کارگر موظف است نسبت به اموالی که به ترتیب پیش‌گفته در اختیار او قرار می‌گیرد، به شیوه یک امین که در حقوق مدنی ایران تبیین شده، رفتار نماید. در صورتی که نسبت به آن‌ها تعدی و تفریط نماید و احتیاط لازم را در خصوص آن رعایت نکند و خسارتی به بار آید، در مقابل کارفرما مسؤولیت مدنی خواهد داشت (عراقی، ۱۴۰۲: ۱۸).

مطلب دیگر حدود تعهد امانت‌داری و حفاظت اموال از سوی کارگر است.

نکته اول در این خصوص آن است که شیوه نگهداری اموال تابع دستورات کارفرما است. این دستورات ممکن است به طور مستقیم از طرف کارفرما یا نماینده او یعنی مدیر کارگاه به کارگر ابلاغ شود. در این صورت کارگر موظف است، اموال

تحویلی را برابر شیوه‌ای که گفته شده، حفظ و استفاده نماید. در بسیاری از کارگاه‌ها، دستورالعمل‌هایی برای استفاده از ابزارها و وسایل وجود دارد که کارگران موظف هستند بر اساس آن‌ها اقدام نمایند و در صورتی که دستورالعمل خاصی وجود نداشته باشد و شیوه معینی برای حفاظت و استفاده از اموال در کارگاه تعیین نشده باشد، کارگر باید به شیوه متعارف از این اموال و ابزارها استفاده کند.

نکته دوم این‌که کارگر موظف است اموالی را که به مناسبت کار تحویل گرفته در پایان مأموریت بر حسب مورد پایان روز کاری و یا پایان کار به کارفرما یا نمایندگان قانونی او تحویل نماید. تحویل اموال و ابزار از سوی کارگر در وضعیت موجود آن رافع مسؤولیت است. این نیز ناشی از آن است که کارگر امین تلقی می‌شود و شخص امین نیز با تسلیم مال در وضعیت موجودش از مسؤولیت رهایی می‌یابد. نکته سوم آن است که در پایان دوره کاری، کارگر موظف است حساب دوره کارکرد را ارائه نماید و به اصطلاح تصفیه حساب پایان دوره را نسبت به اموال و ابزاری که تحویل گرفته است، انجام دهد.

هم‌چنین تعهد امانت داری مستلزم آن است که کارگران وسایل مورد استفاده را در زمان فراغت در جای مناسبی قرار دهند تا از گم شدن و یا آسیب به آن‌ها جلوگیری شود. از طرف دیگر کارگران ملزم هستند مواد اولیه را که برای تولید به کار گرفته می‌شوند، به صورت اصولی و مناسب مورد استفاده قرار دهند و از هر گونه اسراف و تبذیر خودداری نمایند و در جهت رشد اقتصادی کارگاه فعالیت نمایند (موحدیان، ۱۴۰۲: ۱۱۰). اگر به این ترتیب عمل نشود، نتیجه آن می‌شود که هزینه تولید کالا و خدمات در آن واحد اقتصادی یا کارگاه افزایش پیدا کند و افزایش هزینه‌ها به خصوص هزینه‌هایی که امکان جلوگیری از آن وجود دارد، موافق تعهد حسن نیت نیست. به عبارتی صداقت و وفاداری کارگران نسبت به کارگاه و کارفرما مستلزم آن است که در استفاده از وسایل و مواد اولیه دقت و وسواس کافی داشته باشند و بالاخره رفتارهایی مانند سرقت، سوء استفاده از اموال و موقعیت‌ها، اسراف، تبذیر و خیانت در امانت، مخالف امانت‌داری و تعهد صداقت است.

۳-۲. حفظ اسرار تجاری و شغلی

یکی دیگر از تکالیف منبعث از تعهد صداقت کارگران، تکلیف حفظ اسرار تجاری و شغلی است. کارگران به مناسبت انجام وظیفه با اطلاعات بسیاری در خصوص ابعاد مختلف کارگاه آشنایی پیدا می‌کنند. این اطلاعات به طرق مختلف ممکن است در دسترس کارگران قرار گیرد. گاهی این اطلاعات جهت انجام وظیفه ابتدا در اختیار کارگر قرار می‌گیرد. گاهی نیز این اطلاعات به مرور زمان و با انجام کار توسط کارگر به دست می‌آید. نوع اطلاعاتی هم که کارگر از این رهگذر به دست می‌آورد، می‌تواند شامل اطلاعات فنی، تجاری یا اقتصادی باشد. اطلاعات فنی، اطلاعاتی مربوط به شیوه تولید، مواد اولیه، فرمول‌ها و فناوری‌های مورد استفاده می‌باشد. اطلاعات تجاری نیز اطلاعاتی در خصوص مشتریان، بازار مصرف، استراتژی‌های تبلیغی است و اطلاعات اقتصادی نیز اطلاعاتی در خصوص وضعیت مالی، منابع انسانی و ساختار اقتصادی مؤسسه است. مسأله مهمی که در این جا مطرح می‌شود آن است که، اطلاعات کارگاه در چه موقعی تبدیل به اسرار تجاری و شغلی می‌شود. در پاسخ به این سوال، برخی قائل به آن شده‌اند که کلیه اطلاعاتی که کارگر به مناسبت انجام وظیفه در کارگاه به دست می‌آورد، جزء اسرار تجاری و شغلی است و کارگر ملزم است که در جهت حفظ و حراست آن کوشا باشد (Fahlbeck, 1999: 300). این نظر با این ایراد مواجه است که دایره شمول آن بسیار گسترده است و آزادی عمل و آزادی بیان کارگران را به شدت محدود می‌سازد. نظر دومی که در این خصوص مطرح شده، آن است که اطلاعاتی می‌تواند به عنوان اسرار تجاری و شغلی تلقی شود که از سوی کارفرما به عنوان اسرار معرفی شده و بر حفظ محرمانگی آن تاکید شده باشد (Kayirgan, 2014: 468). این نظر نیز دارای این ایراد است که دایره شمول اسرار تجاری را بسیار محدود نموده و نمی‌تواند به صورت موثری از منافع تجاری کارفرما حمایت به عمل آورد. به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی نیز اذعان داشته‌اند، رویکرد سومی قابل اتخاذ است که بر این اساس، تنها آن دسته از اطلاعات مربوط به کارگاه می‌تواند جزء اسرار تجاری و شغلی قلمداد شود که آن اطلاعات جنبه انحصاری داشته و منحصراً در اختیار کارفرمای خاص باشد؛ به طوری که با افشای آن اطلاعات، قدرت رقابت با دیگر رقبا کاهش پیدا می‌کند و در کنار آن،

این اطلاعات با حداقلی از اصول حفاظتی پاسداری شوند و افراد خارج از مؤسسه با ابزار ساده، امکان دسترسی به آنها را نداشته باشند (Warren and pedowitz, 2011:101).

نکته قابل ذکر آن است که همه کارگران اعم از کارگران بلندپایه و کارگران عادی می‌توانند به اطلاعات محرمانه یا اسرار تجاری کارگاه دسترسی پیدا کنند. گر چه در بیشتر موارد این کارگران بلندپایه هستند که محرم اسرار تجاری مؤسسه واقع می‌شوند، اما حتی کارگران عادی نیز گاهی بر اطلاعات مهمی دست پیدا می‌کنند. برای مثال وقتی که کارگر خط تولید در ساخت نمونه اولیه کالایی مشارکت می‌نماید، به صورت اجتناب‌ناپذیری اطلاعات و فرمول‌های ساخت آن کالا برای آن کارگر مکشوف می‌شود و او هم باید در حفظ اطلاعات مزبور کوشا باشد.

نکته دیگر این است که کارگر از زمان انعقاد قرارداد کار مشمول تعهد حفظ اسرار تجاری و شغلی است و این تعهد تا زمان پایان کار است، اما نسبت به بعضی از اسرار تجاری، کارگر حتی بعد از پایان دوره کار نیز تعهد حفظ و حراست دارد؛ یعنی تا زمانی که این اطلاعات از ویژگی راز بودن یا اسرار تجاری بودن خارج نشده، کارگر موظف است در حفظ و حراست آن کوشا باشد؛ هر چند که رابطه کاری وی با کارفرما قطع شده است (Demir, 2009: 24).

آخرین نکته‌ای که در این خصوص مطرح می‌شود، ضمانت اجرای افشای اسرار است. اگر کارگر اسرار تجاری و شغلی را افشا کند، ممکن است با ضمانت اجرای حقوقی پرداخت غرامت و اخراج مواجه شود و در کنار آن حتی ممکن است مسئولیت کیفری نیز مطرح شود؛ چنان که ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی افشای اسرار را جرم تلقی نموده است. البته در مواردی که در راستای انجام وظیفه، اسرار تجاری و شغلی به مقامات عمومی داده شده است، دیگر بحث افشای اسرار مطرح نیست. به عبارت دیگر، وقتی که در کارگاه شرایط غیر قانونی حاکم باشد و رفتارهای نامشروعی صورت گیرد، کارفرما نمی‌تواند کارگران را از افشای آنها باز دارد و اطلاعات مربوط به امور غیرقانونی جزء اسرار تجاری تلقی نمی‌شود (Fahlbeck, 1999: 302).

امروزه با گسترش استفاده از اینترنت و شبکه‌های اجتماعی، احتمال افشای

اسرار تجاری کارگاه‌ها بسیار افزایش یافته است. این امر ممکن است ناشی از نقص دانش کاربران این شبکه‌ها از کارکرد الگوریتمی آن‌ها باشد. برای مثال ممکن است مدیر فروش یک مؤسسه، فهرستی از مشتریان بالقوه را تهیه کرده که در تماس دائم با آن‌ها برای خرید و فروش است. حال این مدیر اعضای این فهرست را در یکی از شبکه‌های اجتماعی به صورت گروهی عضو می‌نماید؛ غافل از این که سیاست کلی آن شبکه اجتماعی مثل فیس‌بوک آن است که کلیه اطلاعات مربوط به دوستان اعضا، به سادگی قابل اشتراک‌گذاری و هم‌رسانی است. در اینجا رقبای این مؤسسه به راحتی می‌توانند به فهرست مشتریان آن مؤسسه دسترسی پیدا کنند (Warren and pedowitz, 2011: 103).

۴-۲. تعهد خیرخواهی و اجتناب از اضرار

در نظام‌های حقوقی که تعهد صداقت کارگر را پذیرفته‌اند، آن را در معنای دفع ضرر از کارفرما و حفاظت منافع او دانسته‌اند (Eyrenci, 2020: 133). چنین معنایی در نظام حقوقی ایران نیز با عنوان رعایت غبطه و مصلحت در روابط امانی شناخته شده است. کارگر نیز به لحاظ این که اموالی را از کارفرما به عنوان مواد اولیه و ابزار کار در اختیار دارد، به نوعی امین تلقی می‌شود و لذا کلیه تعهداتی که بر عهده امین قرار گرفته بر ذمه کارگر نیز قرار می‌گیرد. از این رو کارگر موظف است در تمامی اعمال و اقداماتی که انجام می‌دهد، دفع ضرر از کارفرما و حفظ منافع او را مورد نظر قرار دهد که به طور خلاصه می‌توان از آن به عنوان خیرخواهی تعبیر نمود. تعهد خیرخواهی، تحلیل برخی از مسائل از جمله تعهد اطلاع‌رسانی و بحث انتقاد و شکایت کارگر علیه کارفرما را مطرح می‌نماید.

۴-۲-۱. تکلیف اطلاع‌رسانی

مدیریت مؤسسه یا کارگاه با کارفرما است و کارفرما است که نسبت به تصمیم‌سازی و تعیین خط‌مشی کارگاه اقدام می‌نماید. تصمیم‌گیری کارفرما منوط به کسب اطلاعات لازم در زمینه موضوع فعالیت آن مؤسسه است و این نیز مستلزم آن است که هم‌کاران وی در آن مؤسسه با وی هم‌یاری و هم‌کاری داشته باشند. اقتضای تعهد هم‌کاری توأم با حسن نیت آن است که کارگران یا کارکنان آن مؤسسه، اطلاعات موثق در تصمیم‌گیری‌های مدیریتی را به اطلاع کارفرما برسانند. اطلاعاتی که به این

ترتیب به کارفرما منتقل می‌شود، می‌تواند در زمینه تهدیداتی باشد که علیه منافع کارگاه وجود دارد یا به‌عکس مربوط به فرصت‌هایی باشد که پیش روی مؤسسه است و مؤسسه می‌تواند با بهره‌مندی از آن فرصت‌ها به منافع بیشتری دست یابد. تهدیداتی که از آن‌ها بحث می‌شود، می‌تواند خطر نسبت به خود کارگاه، ابزارهای مورد استفاده در جریان تولید و حتی بازار مصرف کالاها و خدمات تولیدی باشد؛ بدین ترتیب که محصولات تولیدی مؤسسه دارای بازار مصرفی معینی است و این بازار دائم در حال تغییر و تحول است. این تغییرات می‌تواند به ضرر مؤسسه باشد و عدم توجه به آنها مؤسسه را از رقابت با دیگر شرکا باز می‌دارد. لذا کارگران مؤسسه باید کلیه تهدیدات را به اطلاع مدیریت یا کارفرمای خود برسانند تا در تصمیم‌گیری‌ها از آن استفاده شود. از سوی دیگر تغییرات بازار مصرف می‌تواند فرصت‌های جدیدی را برای مؤسسات اقتصادی خلق نماید؛ کارگران مؤسسه وقتی بر این فرصت‌های جدید اطلاع یافتند، لازم است که آن را به کارفرمای خود اطلاع دهند. البته اطلاع‌رسانی در زمینه تهدیداتی که متوجه شرکت است از کلیه کارگران مؤسسه انتظار می‌رود، اما اطلاع‌رسانی در خصوص فرصت‌های آتی شرکت، فقط از سوی مدیران سطح بالایی شرکت که در واقع آن‌ها نیز کارگران مؤسسه هستند انتظار می‌رود؛ زیرا آن‌ها قادر به تحلیل تغییر بازار هستند و می‌توانند فرصت‌ها را شناسایی کنند و با معرفی آن به شرکت، افق‌های جدیدی را پیش روی آن باز کنند.

۲-۴. اجتناب از نقد غیرمنصفانه

آیا انتقاد از کارفرما با تعهد خیرخواهی او قابل جمع است؟ هرگونه اهانت تحقیر و افترا نسبت به کارفرما یا خانواده او و حتی مشتریان او از طرف کارگر با هیچ منطقی قابل جمع نیست و کارگری که چنین رفتاری از خود بروز داده باشد، در معرض خطر اخراج قرار می‌گیرد. برای نمونه در ایالت کنتیکت آمریکا، کارگری که به دنبال دعوا با کارفرما، در فیس‌بوک وی را به عنوان یک فرد بی‌ادب و بی‌تربیت خطاب کرده بود اخراج شد و هم‌چنین پیش‌خدمتی که جملات تحقیرآمیزی را علیه مشتریان یک رستوران در فیس‌بوک منتشر کرده بود، با اخراج مواجه شد و این اخراج‌ها نیز موجه تلقی شده است (Warrean and pedowitz, 2011: 101). چگونگی جمع تعهد صداقت و خیرخواهی کارگر با حق انتقاد و افشاگری

نیز قابل توجه است؛ آیا انتشار مطالب انتقادی و افشاگرانه علیه کارفرما، نقض تعهد صداقت و خیرخواهی است؟ انتقاد و افشاگری در برخی موارد ممکن است، به حسن شهرت و منافع کارفرما ضرر برساند (Lee, 2006: 11). برای مثال کارگری می‌داند که ارزش مواد غذایی بسته‌بندی شده برای کودکان با واقعیات علمی سازگار نیست؛ حال آیا افشای چنین اطلاعاتی از سوی این کارگر، نقض تعهد صداقت و خیرخواهی تلقی می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت که اگر کارگر بداند که مسئولان شرکت تولیدکننده، از این امر آگاهی ندارند، انتشار و افشای این مطالب بدون این که قبلاً به مسئولان شرکت گفته شود با حسن نیت و صداقت سازگاری ندارد و چنین کارگری می‌تواند در معرض اعمال ضمانت اجرای قانونی قرار گیرد؛ اما اگر کارگر موارد نقص و عیب را قبلاً به مسئولان شرکت اطلاع داده باشد، انتقاد و افشاگری بعدی نمی‌تواند مجوزی برای تعقیب این کارگر باشد (Cavico et al, 2018:13)؛ پس می‌توان گفت، حق انتقاد و افشاگری کارگر به شرط این که توأم با حسن نیت باشد، به جهت سازگاری آن با آزادی جریان اطلاعات و حق عموم بر دانستن، بر حق محرمانگی اطلاعات و منافع کارفرما تقدم دارد و با این شرایط حرجی بر کارگر وارد نیست؛ و این امر وسیله مناسبی برای بیان شرایط نامناسب کار و نیز افشای شرایط غیر استاندارد محصولات تولیدی شرکت‌ها، به خصوص از سوی افراد آگاه می‌باشد.

۳-۴-۲. مشارکت در اقامه دعوا علیه کارفرما

مشارکت کارگر در اقامه دعوا علیه کارفرما می‌تواند به سه شکل دیده شود: شکل اول آن، اقامه دعوای مستقل از سوی کارگر علیه کارفرما است؛ شکل دوم مشارکت کارگر در شکایت علیه کارفرما به صورت ادای شهادت علیه اوست؛ و شکل سوم نیز می‌تواند به صورت اظهار نظر کارشناسی علیه کارفرما باشد. در صورتی که کارگر به‌طور مستقیم علیه کارفرمای خود شکایت کند و در این دعوا نیز بازنده و محکوم شود، آیا این امر مغایر تعهد صداقت و وفاداری کارگر تلقی می‌شود؟ در جواب باید گفت که قطعاً خیر. تا زمانی که اقامه دعوا بر اساس حسن نیت صورت گرفته، فارغ از نتیجه نهایی، نمی‌توان آن را ناقض تعهد صداقت دانست؛ زیرا حق مراجعه به دادگستری و اقامه دعوا، موضوع اصل سی و ششم قانون اساسی، جزء حقوق اساسی بشر تلقی می‌شود. اما اگر اقامه دعوا با سوء نیت و به منظور آزار و

اذیت کارفرما باشد، در این صورت نوعی سوء استفاده از حق صورت گرفته و این قطعاً مغایر با تعهد صداقت می باشد، اما در شکل دوم یعنی وقتی که کارگر به عنوان شاهد در دادرسی حاضر شده و علیه کارفرمای خود شهادت بدهد؛ باز این اقدام فی نفسه منافی با تعهد صداقت نیست؛ مگر آن که ثابت شود، ادای شهادت با انگیزه-هایی غیر از تامین عدالت و با تبانی برای اضرار به کارفرما صورت گرفته است. در خصوص شکل سوم مشارکت کارگر در دعوا یعنی اظهار نظر به صورت کارشناسی علیه کارفرما نیز باید گفت که این نیز منافاتی با تعهد صداقت ندارد؛ به شرط این که کارگری که در مقام کارشناس اظهار نظر می نماید از خطوط عدالت در امر کارشناسی خارج نشده و انگیزه های شخصی را در این کار دخالت نداده باشد.

۴-۲. منع اعتصاب غیر قانونی

در حقوق برخی کشورها اعتصاب به عنوان یکی از حقوق کارگران شناخته شده است، با این حال اعمال این حق در چارچوب حقوقی خاص خود میسر است و خارج از آن نوعی نقض عهد و مغایر صداقت و وفاداری کارگر تلقی می شود. برای مثال در حقوق ترکیه اعتصاب برای مقاصد صنفی و بهبود شرایط کار با دعوت سندیکای کارگری یا نماینده قانونی کارگران پذیرفته شده است. چنانچه دعوت به اعتصاب از سوی نهاد غیر سندیکایی یا اشخاصی که نمایندگی قانونی کارگران را نداشته باشند صورت گیرد و هم چنین اعتصابی که برای مقاصد سیاسی و یا غیرصنفی باشد، نوعی اعتصاب غیر قانونی و مشارکت در آن ناقض تعهد صداقت است (Demir, 2009: 27).

۵-۲. منع رقابت با کارفرما

یکی دیگر از آثار پذیرش تعهد صداقت برای کارگران عدم رقابت با کارفرما است. در حقوق کشورهایمانند انگلستان و سوئد که تعهد صداقت کارگران پذیرفته شده است، به دنبال آن منع رقابت کارگر با کارفرما نیز پذیرفته شده است (Gray, 2000: 305 & fahlbeck, 1999)؛ یعنی کارگر نمی تواند وارد فعالیتی شود که مستلزم رقابت مستقیم با کارفرمای خود است. مبنای چنین تعهدی نیز آن است که کارگر به مناسبت انجام کار برای کارفرما با فنون و اسرار انجام کار آشنا می شود. هم چنین کارگر در موقعیتی قرار می گیرد که اگر به کار مورد نظر پردازد به گونه ای

وارد رقابت غیرمنصفانه با کارفرما می‌شود؛ در حالی که برای به دست آوردن آن مقدمات، خود نقشی نداشته است. برای مثال می‌تواند مشتریان بالقوه کارفرما را مورد استفاده قرار دهد (Cavico et al, 2018: 6). تعهد عدم رقابت علاوه بر این شامل تعهد عدم کار برای رقیب نیز می‌باشد. در دعوای برری علیه گودتایر مطرح شده در ایالت کارولینای جنوبی آمریکا^۱، آقای برری کارگری بود که به مرخصی استعلاجی رفت؛ در حالی که بعداً معلوم شد این کارگر در طول این مدت، در شرکت رقیب کار می‌کرد. وی در بازگشت به کار اولیه نیز از ارائه دادن گواهی پزشکی مبنی بر داشتن بیماری امتناع کرد. در نتیجه کارفرما وی را اخراج کرد. آقای برری دعوایی را برای مطالبه دستمزد مدت مرخصی اقامه نمود. دادگاه عمل وی را ناقض تعهد صداقت دانست و اخراج او به همراه محرومیت از پرداخت مزد ایام مرخصی را تایید نمود (Gray, 2000: 930). پس کارگر موظف است در طول دوره کار از ارائه خدمات به رقیب کارفرما نیز خودداری کند. البته این امر در خصوص کارهای فنی و تخصصی است و شامل کارهای عمومی مثل کارهای خدماتی ساده نمی‌شود. افزون بر این، کارگر موظف است از مشارکت (سرمایه‌گذاری) با اشخاص یا شرکت‌هایی که رقیب کارفرما تلقی می‌شوند اجتناب نماید.

از نظر زمانی، رقابت کارگر با کارفرما در دو مقطع قابل تصور است: نخست، دوره اعتبار قرارداد کار است. در طول دوره اعتبار قرارداد کار، کارگر متعهد است از عملیات رقابت‌آمیز با کارفرما خودداری کند، اما در حقوق بعضی از کشورها تعهد عدم رقابت، به دوره بعد از پایان قرارداد نیز تسری پیدا می‌کند؛ لیکن در دوره پس‌اقراردادی، عدم رقابت کارگر بر مبنای توافق و قراردادی است که با کارفرما منعقد نموده است. در حقوق کشورهایمانند آلمان و ترکیه این امر پذیرفته شده است که کارگر و کارفرما می‌توانند برای دوره بعد از پایان کار، قرارداد عدم رقابت منعقد نمایند. قرارداد عدم رقابت به گونه‌ای با حق آزادی اشتغال کارگر در تضاد است؛ چون بر اساس مفاد این قرارداد، کارگر متعهد می‌شود که از انجام فعالیت‌های اقتصادی که مستلزم رقابت با کارفرما باشد، اجتناب کند، اما پذیرش عدم رقابت کارگر در دوره بعد از پایان قرارداد بر اساس شرایطی پذیرفته شده است. اولین

1. Berry v. Goodyear Tire & Rubber Co., 242 S.E.2d 551, 270 S.C. 489 (1978).

شرط آن است که طول مدت آن باید محدود باشد. لذا قرارداد عدم رقابت نمی‌تواند برای مدت نامحدود منعقد شود؛ به گونه‌ای که آزادی اشتغال و کسب و کار کارگر از بین برود.

دوم، کارفرما در برابر تعهد عدم رقابت کارگر عوضی را باید پرداخت کند. در حقوق بعضی از کشورها مثل حقوق آلمان این عوض نصف حقوق دوره کار تعیین شده است؛

سوم، باید احتمال قوی وجود داشته باشد که فعالیت کارگر می‌تواند به منافع کارفرما ضرر برساند؛ یعنی به احتمال قریب به یقین، با ورود کارگر به رقابت کارفرما دچار ضرر می‌شود؛ در جمع شرایط پیش‌گفته هست که قرارداد عدم رقابت پذیرفته شده است (Eyrenci 2020:136). فعالیت‌های مقدماتی که برای شروع به کاری لازم است، مشمول ممنوعیت رقابت نمی‌شوند؛ لذا کارگر می‌تواند فعالیت‌هایی را که برای شروع یک کسب و کار لازم است فراهم کند و این میزان از عملیات اقتصادی، مستلزم رقابت با کارفرما نیست؛ مشروط بر این‌که از امکانات کارگاه در این جهت استفاده ننماید (Greb, 2002: 1827).

در نهایت می‌توان گفت که در بحث رقابت کارگر با کارفرما یک تعارض عمیق دیده می‌شود؛ از یک طرف ممکن است استدلال شود که تضمین رقابت از طریق ورود آزادانه اشخاص به بازار تامین می‌شود. از این جهت رقابت کارگر با کارفرما باید پذیرفته شود، اما در مقابل ممکن است گفته شود که تضمین رقابت در بازار از طریق تامین ثبات در روابط کار حاصل می‌شود؛ یعنی تضمین فعالیت توأم با رقابت مؤسسات و واحدهای اقتصادی، در صورتی ممکن است که شرایط اولیه کار و فعالیت اقتصادی از ثبات برخوردار باشند. آزادی رقابت کارگران با کارفرمایان این ثبات را از بین می‌برد. لذا ملاحظه می‌شود که تعهد صداقت تنها یک مفهوم اخلاقی صرف نیست و دارای آثار اقتصادی و اجتماعی عمیقی است (Gray, 2000: 934).

۶-۲. تعهد کمک به تحقق اهداف کارگاه یا مؤسسه

هر مؤسسه‌ای هدفی اعم از انتفاعی یا غیرانتفاعی دارد و تمامی فعالیت‌های مؤسسه در جهت تحقق آن هدف می‌باشد. در این میان کارگران کارگاه و یا مؤسسه نیز برای کمک به تحقق آن اهداف استخدام شده‌اند؛ لذا کارگران مکلف هستند، به

تحقق اهداف مؤسسه کمک نمایند. لذا در این قسمت حدود این تعهد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۶-۲. کمک به بقا و نجات کارگاه

گاهی شرایط اقتصادی و بیرونی، چنان تغییر پیدا می‌کنند که انجام تغییرات فوری در کارگاه ضروری می‌نماید. برای مثال به مرور زمان، شیوه‌های تولید عوض می‌شود و کارفرما برای حفظ و بقای کارگاه مجبور است شیوه‌های تولید و یا نوع محصول تولیدی را تغییر دهد. در این صورت، کارگران مؤسسه با تغییر شغل یا تغییر شرایط کاری مواجه خواهند شد. نفع کارگران در آن است که کار قبلی خود را با همان شیوه سابق ادامه دهند، اما شیوه سابق به لحاظ شرایط جدید، قابل تداوم نیست و بقا و دوام کارگاه، مستلزم ایجاد تغییراتی است. در این شرایط، کارگران باید حسن نیت و هم‌کاری از خود نشان داده و خود را با تغییرات حاصله تطبیق دهند؛ چنان‌چه ماده ۲۶ قانون کار ایران نیز در همین راستا قابل تفسیر است؛ یعنی کارگر باید تغییرات جزئی را به طور مطلق بپذیرد و تغییرات کلی پس از تایید اداره کار اعمال خواهد شد. افزون بر این، گاهی بروز حوادث طبیعی باعث می‌شود که کارگاه در وضعیت بسیار بحرانی قرار گیرد و مقابله با آفات و آسیب‌های طبیعی، مستلزم فداکاری‌های بیشتر از سوی کارگران است. در این وضعیت است که بحث اضافه کاری اجباری مطرح می‌شود و لذا کارگران باید از خود صداقت و وفاداری نشان داده، اوقات فراغت خویش را برای بازسازی و احیای مجدد کارگاه به کار گیرند. ماده ۵۹ قانون کار ایران نیز با این رویکرد تصویب شده است؛ پس مبنای علت وجودی احکامی مانند الزام کارگران به تطبیق خود با تغییرات شیوه تولید در کارگاه و اضافه کاری اجباری، در همین نکته نهفته است که آنان بدین وسیله صداقت و وفاداری خود را به کارگاه و کارفرما اثبات می‌نمایند.

۲-۶-۲. شیوه پسندیده خاتمه روابط کار

گاهی کارگر تصمیم می‌گیرد که از کارگاه جدا شده و روابط کاری خود را با کارفرما خاتمه دهد. در این صورت، انتظار قانون‌گذار از کارگر آن است که ابتدا مراتب اراده خود مبنی بر جدایی از کار را به صورت مکتوب به کارفرما اطلاع دهد و به مدت یک ماه نیز از تاریخ تسلیم نامه استعفا، به کار خود ادامه دهد. در طی این

مدت کارفرما امکان جایگزینی کارگر مستعفی و موافقت با استعفای او را پیدا می‌کند. عدم اظهار نظر کارفرما پس از این مدت، به منزله موافقت ضمنی است و کارگر می‌تواند با حفظ تمامی حقوق از کارگاه خارج شود، اما گاهی مشاهده می‌شود که کارگر بدون این که به کارفرما اطلاع دهد و مقررات استعفا را رعایت نماید، مبادرت به ترک کار می‌نماید. ترک کار بدون اطلاع‌رسانی به کارفرما از صداقت و وفاداری به دور می‌باشد. این است که در حقوق بعضی از کشورها بین کارگری که استعفا می‌دهد و کارگری که ترک کار کرده است، تفاوت قائل می‌شوند و مزایای پایان کار (حق سنوات) را صرفاً برای کارگر مستعفی اعطا می‌کنند و کارگری که ترک کار کرده است مستحق دریافت مزایای پایان کار نیست (عبادی بشیر و مجتهدی، ۱۳۹۹: ۸۸۹). برخی قانون‌گذاران بین کارگر صادق و دارای حسن نیت با کارگر غیر صادق تمایز قائل شده و از دسته اول حمایت بیشتری به عمل می‌آورند. در حقوق ایران نیز برابر بندهای ۴ و ۵ بخشنامه شماره ۲۵۱۳۸ مورخ ۱۳۹۰/۳/۱۶ وزارت کار و امور اجتماعی حق مطالبه مزایای پایان کار از کارگرانی که مبادرت به ترک کار می‌کردند، سلب شده بود؛ لیکن هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی رای مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۷ نسبت به ابطال بندهای ۴ و ۵ بخشنامه پیش‌گفته اقدام نمود. به نظر می‌رسد در زمینه بهره‌مندی از مزایای پایان کار باید میان کارگری که مبادرت به استعفای می‌نماید و کارگری که با مسؤولیتی کار را ترک می‌نماید تمایز قائل شد.

۳-۶-۲. طرز رفتار مخالف آرمان مؤسسه

بسیاری از موسسات اقتصادی دارای اهداف مالی و مادی هستند و صرفاً در پی کسب سود و منفعت هستند. در این قبیل مؤسسات برای کارگران در اوقات فراغت رفتار خاص یا ویژه‌ای نمی‌توان تجویز کرد، اما بعضی از مؤسسات وجود دارند که دارای اهداف آرمانی، متعالی و انسانی هستند و فلسفه وجودی آن‌ها صرفاً کسب منافع اقتصادی نیست. این دسته از مؤسسات بیشتر از سایر واحدها، تحت رصد و نظارت اجتماعی هستند تا ملاحظه شود که تا چه اندازه به اهداف و آرمان‌های متعالی خود وفادار و صادق هستند. در این میان کارگران چنین مؤسساتی نیز برای نشان دادن صداقت و وفاداری خود به سازمان و اهداف آرمانی آن مجبور هستند، در اوقات فراغت برخی از ملاحظه‌های اخلاقی را رعایت کنند. فردی که به عنوان پلیس

در دستگاه نیروی انتظامی مشغول به کار است، نمی‌تواند در ایام فراغت با گروه‌های تبه‌کار و بزه‌کار مراوده و نشست و برخاست داشته باشد و یا شخصی که به عنوان معلم در یک مؤسسه دینی مشغول به کار است، نمی‌تواند رفتارهای نامتعارف جنسی داشته باشد. این مثال‌ها نشان می‌دهد که در مؤسسات دارای اهداف آرمانی، کارکنان برای اثبات وفاداری و صداقت خود به این سازمان، باید برخی از رفتارها را در داخل مؤسسه و حتی خارج از آن و در اوقات فراغت ترک نمایند و شیوه‌های رفتاری متناسب با اهداف آن مؤسسه را در پیش گیرند.

وضعیت پیچیده دیگری که مطرح شده، آن است که کارگر در بیرون از کارگاه به صورت داوطلبانه با مؤسسه‌ای همکاری می‌کند که هدف آن جزئاً یا کلاً مغایر با فعالیت شرکت کارفرما است. برای مثال کارگری با مؤسسه مردم‌نهادی همکاری دارد که مخالف آلودگی هوا توسط شرکت‌های مصرف‌کننده مواد شیمیایی یا تولیدکننده مواد شیمیایی است. این سازمان مردم‌نهاد از سیاست‌های ممنوعیت فعالیت‌های منجر به آلودگی و انتقال هزینه‌های آلودگی به آلوده‌گران حمایت می‌کند و در این راستا نیز سلسله مطالبی را از مجاری مختلف انتشار داده است. در این وضعیت، آیا کارفرما می‌تواند علیه این کارگر اقدام نموده و به کار او خاتمه دهد؟ در پاسخ باید گفت که همکاری داوطلبانه با یک مؤسسه مردم‌نهاد، جزء حقوق مدنی افراد است و کارگران مستثنی از آن نیستند، ولی کارگران باید به منافع کارفرما نیز توجه نمایند؛ این جا است که دو نفع متعارض در مقابل هم قرار می‌گیرند. در نهایت باید دید که آیا عمل کارگر در خطوط انتقاد است یا خیر؛ لذا در این جا هدف انگیزه و عمومی مهم است و می‌تواند راهگشا باشد. اگر همکاری کارگر با مؤسسه دارای اهداف عمومی و انگیزه خیر باشد، ایرادی بر آن مترتب نیست و کارفرما نمی‌تواند علیه او اقدام کند.

۴-۶-۲. داشتن شغل دوم

آیا داشتن شغل دوم برای کارگر منافی تعهد صداقت است؟ در جواب باید گفت که اگر شغل دوم در همان ساعات اختصاص داده برای کار اول باشد، قطعاً مغایر تعهد صداقت است، اما اگر کار دوم در ساعات فراغت باشد، به چند نکته باید توجه کرد: نخست، ممکن است داشتن شغل دوم باعث شود که قاعده حداکثر ساعات کار نقض شود. این امر ایرادی تولید نمی‌کند؛ زیرا قاعده حداکثر ساعات کار برای

کار کارگر در نزد کارفرمای واحد می‌باشد؛ و نه در مورد کار برای کارفرمایان متعدد. مطلب دوم آن است که اگر شغل دوم کارگر به نوعی متضمن رقابت با کارفرمای اول باشد، کار دوم منافی تعهد صداقت است؛ برای مثال اگر کارگر نزد شرکت رقیب کارفرمای خود شغل تخصصی دیگری به دست آورد؛ این نوع هم‌کاری منافی تعهد صداقت است، اما اگر شغل دوم در شرکتی باشد که دارای رقابت با کارفرمای اول نباشد یا کار در زمره کارهای تخصصی نباشد، ایرادی بر آن شغل نخواهد بود. نکته سوم در این خصوص آن است که اگر پرداختن به شغل دوم، توانایی‌های ذهنی و بدنی کارگر را تحت تاثیر قرار دهد و باعث شود که کیفیت انجام کار در شغل اول تنزل پیدا کند، آیا داشتن چنین شغل دومی منافی تعهد صداقت نیست. رویه قضایی بعضی از کشورها، از شرط ضمن عقد مبنی بر این که کارگران باید بیشترین تلاش را برای ادای تکالیف خویش به کار برند، نتیجه گرفته‌اند که داشتن شغل دوم که انرژی و توان وی را به صورت عمده‌ای مصرف می‌نماید، منافی تعهد صداقت است^۱ (Cavico et al, 2018: 6).

1. Adesanya V. Novartis Pharmaceuticals Corporation, Civil Action No. 13-5564 (SDW)(SCM) (D.N.Y. Aug. 18, 2017).

برآمد

۱- قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹، به نوعی کارگرمحور است و برای تامین امنیت شغلی کارگران و جلوگیری از اخراج های ناموجه و بلا دلیل آن ها، تدابیر متعددی اندیشیده شده و امتیازات گوناگونی در زمینه های مختلف برای کارگران شناسایی شده است، اما به حق مدیریت کارفرمایان نسبت به کارگاه و لزوم تامین بهره وری در جریان تولید کالا و خدمات توجهی نشده است و با اعطای امتیازات متعدد به کارگران، موجب افزایش هزینه تولید شده است. از این روی، به نظر می رسد، باید در پی چاره جویی و اتخاذ تدابیری برای حراست توأمان منافع کارگر و کارفرما و حمایت از روابط کار و ثبات شرایط آن بود.

۲- در حالی که کارگران به دنبال قراردادهای دائم هستند، کارفرمایان تمایلی برای استفاده از قرارداد کار دائم ندارند و قرارداد کار موقت را ترجیح داده و آن را بر کارگران تحمیل می نمایند. رهیافت رهایی از این بن بست، تصویب اصل دائمی بودن قراردادهای کار است؛ به گونه ای که موقت بودن قرارداد کار جنبه استثنایی داشته و در شرایط خاص و ویژه ای پذیرفته شود. در مقابل برای این که منافع کارفرمایان نیز تامین شود، لازم است در قانون، تعهد صداقت کارگران به نفع کارفرمایان پیش بینی شود. تعهد صداقت، سلسله تکالیفی را بر دوش کارگران قرار می دهد و دغدغه خاطر کارفرمایان را مبنی بر این که منافع آنان تامین نشده، رفع می کند. به عبارت دیگر، «تعهد حفاظت» کارفرمایان به مفهوم حفظ امنیت شغلی و ایمنی جانی کارگران در برابر «تعهد صداقت و وفاداری» کارگران قرار می گیرد.

۳- در حقوق برخی از کشورها تعهد صداقت به موجب قوانین و در برخی دیگر در رويه قضایی شناسایی شده است. در این کشورها تعهد صداقت موجد تکالیفی برای کارگران مانند حسن انجام تعهد، امانت داری و حفاظت اموال، رازداری و عدم افشای اسرار تجاری و شغلی، اطلاع رسانی، حفظ حسن شهرت کارفرما، اجتناب از بی نظمی و دوری از اعتصابات غیر قانونی و پرهیز از رقابت با کارفرما می باشد. عمده آثار تعهد صداقت به استثنای بحث عدم رقابت در حقوق ایران پذیرفته شده و لذا پذیرش و شناسایی این تکلیف در قانون در برابر تعهد حفاظت کارفرمایان به صورت دائمی نمودن قرارداد کار، می تواند به بهبود روابط کار در ایران و افزایش بهره وری در کارگاه ها و مؤسسات اقتصادی کمک قابل توجهی نماید.

فهرست منابع

الف. فارسی

* استوارسنجری، کوروش (۱۴۰۲)، مقدمه حقوق کار، چاپ پنجم، تهران: میزان.

* دادخواه، علیرضا و قیتانی، البرز (۱۴۰۰)، «نقش تعهد سازمانی، اخلاق اسلامی کار و بیگانگی کاری در رابطه رضایت از شغل و سازمان با احتمال قانون شکنی کارکنان»، نظارت و بازرسی، دوره ۱۵، شماره ۵۵.

* رحیمی، محسن، شایگان فرد، مجید و شیخ الاسلامی، عباس (۱۴۰۲)، «رویکرد حقوق کیفری ایران به آزادی عقیده و مذهب»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* رستمی، ولی و قبادی، حسین (۱۳۹۷)، «عدالت توزیعی، کارایی و پایان قرارداد کار»، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۴۸، شماره ۱.

* شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۰). «تعهد هم‌کاری متعهدله در اجرای قرارداد»، حقوق خصوصی، دوره ۸ شماره ۱۸.

* عبادی‌بشیر، مقصود و مجتهدی، محمدرضا (۱۳۹۹)، «ماهیت حقوقی سنوات در روابط کار»، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۰، شماره ۳.

* عراقی، عزت‌اله (۱۴۰۲)، حقوق کار، جلد دوم، چاپ نهم، تهران: سمت.

* قاسمی‌حامد، عباس (۱۳۸۶)، «حسن نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به هم‌کاری در حقوق فرانسه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶.

* محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۳)، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ شصت و ششم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

* محمودزاده، خسرو و رحیمی، حبیب‌الله (۱۴۰۴). «مطالعه تطبیقی شرط حین انجام کار کارگر در مسئولیت مدنی کارفرما»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۲۹.

* موحدیان، غلامرضا (۱۴۰۲)، حقوق کار، چاپ دوازدهم، تهران: فکرسازان.

* مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۷۹)، اصول قراردادهای بین‌المللی، برگردان: بهروز اخلاقی و فرهاد امام، تهران: شهر دانش.

* ولایی، علی و جلالی، محمد (۱۴۰۲)، «مفهوم‌شناسی حسن نیت در حقوق عمومی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۵، شماره ۱۷.
ب. انگلیسی

* Allen, Kevin, and Jennifer Schlatter (2005), **"The Duty of Loyalty and Preparations to Compete"**, Colorado Lawyer, vol.34.

* Bodie, Matthew T. (2016), **"Employment as fiduciary relationship"**. Georgetown Law Journal, vol.105.

* Cavico, F. J., Mujtaba, B. G., & Muffler, S. (2018), **"The duty of loyalty in the employment relationship: Legal analysis and recommendations for employers and workers"**, J. Legal Ethical & Regul, vol.21.

* Fahlbeck, Reinhold (1998), **"Employee loyalty in Sweden"**, Comparative Labor Law & Policy Journal. Vol. 20.

* Gold, Andrew S. (2009), **"The New Concept of Loyalty in Corporate Law"**, UC Davis Law Review, Vol. 43.

* Gray, Stacy (2000), **"Futch v. McAllister Towing, Inc.: Transforming the Punitive Effect of a Breach of the Employee Duty of Loyalty"**, South Carolina Law Review, Vol. 51.

* Gray, Stacy (2000), **"Futch v. McAllister Towing, Inc.: Transforming the Punitive Effect of a Breach of the Employee Duty of Loyalty"**, South Carolina Law Review, Vol. 51.

* Grebe Bret L.(2002), **"Fidelity at the Workplace: The Two-Faced Nature of the Duty of Loyalty under Dalton v. Camp"**, North Carolina Law Review, vol.80.

* Lee, Konrad (2005), **"Anti-employer blogging: employee breach of the duty of loyalty"** Duke Law & Technology Review, Vol.4.

* Marcia M. McMurray(1987), **"An Historical Perspective on the**

Duty of Care, the Duty of Loyalty", *Vanderbilt Law Review*, vol.40.

* Moberg, Dennis (1997), **"Virtuous Peers in Work Organizations"**, *Business Ethics Quarterly*, vol.7.

* Rogozińska Joanna (2022), **"Uncertainty In Employment Relations And Employee Loyalty"**, *Globalization, the State and the Individual*, vol.29.

* Spalding, Albert (2007), **"Loyalty in the Workplace"** *Philosophy in the Contemporary World*, vol. 14.

* Warren, Marisa and Pedowitz, Arnie (2011). **"Social Media, Trade Secrets, Duties of Loyalty, Restrictive Covenants and Yes, the Sky is Falling"**, *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, Vol.29.

پ. فرانسوی

* Amic Léa (2014), **La loyauté dans les rapports de travail**. Droit. Université d'Avignon. Thèse pour obtenir le grade Docteur en Droit de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse Français.

ت. ترکی استانبولی

* Demir, Fevzi (2009), **"İşçinin sadakat borcu ve uygulaması"**, *Kamu-İş Dergisi*, vol.11.

* Eyrenci Öner (2020), **İş Hukuku**, Istanbul. Beta yayim.

* Kayırgan Hasan (2014), **"İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi"**, *Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi*, vol.20.

امکان سنجی الزام کاندیداهای انصرافی ریاست جمهوری به جبران خسارات

محمد یوسف زاده^۱، مهدی بالوی^۲، مهدی انصاری^۳

چکیده

انتخابات به عنوان مظهر مردم‌سالاری و گزینش حکمرانان در عصر حاضر نقش مهمی را ایفا می‌کند که انتخاب رئیس‌جمهور یکی از مهم‌ترین آن‌هاست. در نظام حقوق اساسی ایران مطابق اصول یکصد و سیزده تا یکصد و پانزدهم قانون اساسی، رئیس‌جمهور به عنوان رئیس قوه مجریه در انتخاباتی چهار ساله برگزیده می‌شود، اما نکته حائز اهمیت در فرایند حاضر آن است که در جریان ثبت نام و به ویژه پس از تأیید صلاحیت نامزدهای ریاست جمهوری توسط شورای نگهبان، برخی از افراد تأیید صلاحیت شده صرفاً به منظور حمایت از کاندیدای دیگر فعالیت نموده و پس از استفاده از امکانات رایگان دولتی، از رقابت انتخاباتی به نفع کاندیدای مورد نظر انصراف می‌دهند.

نوشتار حاضر با رویکرد توصیفی تحلیلی و در پاسخ به این پرسش که آیا از منظر حقوقی امکان جرم‌انگاری برای کاندیداهای تأیید صلاحیت شده انصرافی انتخابات ریاست جمهوری وجود دارد، پیشنهاد اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری را با درج شروطی نسبت به جرم‌انگاری این رفتار و اعمال محرومیت‌های سیاسی نسبت به آنان ارائه می‌دهد.

واژگان کلیدی: انتخابات ریاست جمهوری، کاندیدای پوششی، قانون اساسی، مسئولیت حقوقی

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکدگان فارابی)، قم، ایران
mohammadusefzadeh@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکدگان فارابی)، قم، ایران
mahdibalavi@ut.ac.ir (نویسنده مسئول)

۳. کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
mehdi_Ansari70@yahoo.com

درآمد

انتخابات به عنوان مظهر اعمال اراده مردم در سپهر سیاسی در جوامع مختلف به شمار می‌آید. این مهم از آنجا اهمیت دارد که از مجرای آن تمشیت امور جامعه به نمایندگان مردم واگذار شده و این اشخاص در قوا و دستگاه‌های مختلف نسبت به ایفای وظایف خود اقدام می‌نمایند. در نظام حقوق اساسی ایران نیز که نظامی نیمه ریاستی - نیمه پارلمانی است، مطابق اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی، رئیس‌جمهور پس از مقام رهبری، عالی‌ترین مقام رسمی کشور بوده و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد. این شخص به تصریح اصل یکصد و چهاردهم برای مدت چهار سال و با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شود. شیوه برگزاری این انتخابات را نیز قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی آن مشخص نموده است. مطابق این قانون اشخاص واجد شرایط پس از ثبت نام در انتخابات، صلاحیتشان توسط شورای نگهبان مورد بررسی واقع گردیده و در صورت تأیید صلاحیت رسماً وارد کارزار انتخابات می‌شوند.

پیرو توضیحات فوق آنچه در برخی ادوار انتخابات ریاست جمهوری به ویژه در دوره‌های یازدهم، دوازدهم، سیزدهم و چهاردهم روی داده، ایجاد و ایفای نقشی سیاسی با عنوان «کاندیدای پوششی» توسط برخی داوطلبان تأیید صلاحیت شده بوده که منازعاتی سیاسی و حقوقی را به وجود آورده است. این مفهوم در انتخابات دهه اخیر وارد ادبیات سیاسی ایران شده و بیشتر بدین معناست که طیفی از افراد به صورت ابراروار به عنوان مدافع و پوشش کاندیدای اصلی عمل نموده و در جریان تبلیغات انتخاباتی، به صورت خاص در مواقعی از امکانات دولتی مثل برنامه‌های صدا و سیما استفاده می‌کنند، با حملات چند جانبه به رقیب اصلی و دفاعیات متعدد از نامزد هم طیف خود، وی را در هاله‌ای قدسی جای می‌دهند تا شانس پیروزی وی را افزایش دهند و پس از انجام عملیات خود در آخرین لحظات تبلیغات با استفاده از ظرفیت تبصره ماده ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری^۱ به نفع شخص مزبور

۱. هریک از داوطلبان ریاست جمهوری در صورت تمایل به انصراف از داوطلبی باید شخصاً و یا از طریق نماینده تام‌الاختیار خود و به صورت کتبی انصراف خود را به وزارت کشور اعلام نمایند.

انصراف می‌دهند.

فعل سیاسی مذکور در قالب پوشش برای کاندیدای اصلی را گرچه شاید بتوان با ادله و مستندات مربوط به علوم سیاسی توجیه نمود و آن را جلوه‌ای از فعالیت بازیگران سیاسی برشمرد؛ لیکن از منظر حقوق عمومی این مسأله نیازمند تحقیق و دقت بیشتر است. بدین توضیح که با عنایت به روح کلی حاکم بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که متأثر از فقه است و مصرحات قانونی که ذیل آن اولاً، به لزوم رعایت اخلاق در همه عرصه‌ها از جمله در سپهر سیاسی اشاره شده؛ ثانیاً، نگاهی که مقنن به مناصب عمومی به عنوان اموری امانی^۱ داشته و یکی از شروط اصلی امانت‌داری را برخورداری از صداقت و حسن نیت برشمرده است؛ و ثالثاً، قائل به منع اسراف و تبذیر به‌خصوص راجع به بیت‌المال شده و از سوی دیگر با عنایت به عموماًت حقوقی که در آن اتلاف و تسبیب از ارکان مسئولیت مدنی بر شمرده شده است؛ لذا می‌توان ادعا نمود اسراف و اتلاف بیت‌المال توسط کاندیداهای پوششی موجبات مسئولیت ایشان را فراهم آورده و لازم است با اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری به این امر مبادرت ورزیده شود.

نوشتار حاضر که با رویکرد توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای تحریر یافته و در جست‌وجوی پاسخ به این سؤال است که آیا می‌توان از منظر حقوقی کاندیداهای پوششی انتخابات را ملزم به جبران خسارت نمود و در صورت پاسخ مثبت، شرایط آن چیست. در خصوص موضوع حاضر، با عنایت به عدم پیش‌بینی موادی مصرح در قوانین و مقررات درباره مسئولیت حقوقی نامزدهای مذکور، تاکنون تحقیقی به چاپ نرسیده است و پژوهش‌های گران سنگی که درباره اصول یکصد و سیزده، یکصد و چهارده و یکصد و پانزدهم منتشر شده (رستمی و موسی‌پور، ۱۳۹۰: ۲۲۵-۲۴۰، موحدی محب، ۱۴۰۰: ۲۶۵-۲۹۰، طحان نظیف و مطیعی، ۱۳۹۹: ۴۹-۶۸؛ باقری خوزانی و دیگران، ۱۴۰۰: ۵۷-۸۲؛ تقی‌زاده و علی‌کرمی، ۱۳۹۱: ۱-۳۰) ناظر به موضوع کاندیداهای پوششی نبوده و بر ویژگی‌ها، شرایط و مسئولیت‌های رئیس‌جمهور متمرکز بوده است.

تحقیق حاضر در سه قسمت ساماندهی شده است. در قسمت از منظر فقهی بر

۱. برای مطالعه بیشتر در این مورد بنگرید به: حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۶.

حرمت اسراف علی‌الخصوص درباره بیت‌المال پرداخته شده؛ چرا که با چنین تحلیلی بسترهای فقهی موضوع تعیین می‌شود. در بخش دوم نیز مبانی قانونی مسئولیت کاندیداهای پوششی در حقوق موضوعه ایران بررسی شده و با مطالعه اسناد بالادستی و همچنین قوانین و مقررات نسبت به امکان تعیین مسئولیت برای اقدامات نامبردگان اشاره شده است. در بخش پایانی نیز با مطالعه‌ای تطبیقی در قوانین کشورهای مختلف؛ و نه کشوری خاص به منظور بهره‌گیری از نقاط قوت و ایده‌های کارآمد هر یک از آن‌ها در خصوص برگزاری انتخابات ریاست جمهوری، اولاً راهکارهایی که امکان کاهش هرچه بیشتر انجام چنین اقدامی از سوی کاندیداها را فراهم نماید مورد بررسی قرار گرفته و ثانیاً ضمانت اجرایی که شامل محکومیت‌های مدنی و محرومیت‌های سیاسی است مورد تحلیل واقع گردیده‌اند. اهمیت بررسی بخش سوم از آن روست که مقاله پیشنهاد داده است با اصلاحاتی در قانون انتخابات ریاست جمهوری ایران که الگوهای کارآمد و آزموده شده آن‌ها به فراخور در هر یک از کشورها مورد بهره‌برداری واقع گردیده است، تعداد کاندیداهای واقعی مشخص و به تبع آن حضور کاندیداهای پوششی کاهش خواهد یافت و از دیگر سو فعالیت سیاسی را امری هزینه‌بر کرده و ریسک قدرت را در عرصه سیاسی بالاتر می‌برد.

۱. مسئولیت قانونی در حقوق موضوعه؛ وحدت در تکلیف‌زایی

متأثر از مبانی شرعی، حقوق موضوعه ایران نیز نسبت به هدفمندسازی و قاعده‌محور نمودن امر انتخابات در وجه شکلی و ماهوی آن در اسناد بالادستی و قوانین عادی گام برداشته است. در نگاه نخست شاید بتوان ادعا نمود که در قوانین و مقررات موجود متن مصرحی در خصوص مسئولیت انصراف داوطلبان انتخابات ریاست جمهوری پس از تأیید شورای نگهبان پیش‌بینی نشده است و مسئولیتی متوجه آنان ولو پس از استفاده از امکانات دولتی و بیت‌المال متصور نیست؛ لیکن با مذاقه در عموماً قوانین و فلسفه وضعی حاکم بر آنان، می‌توان مسئولیت حقوقی این اشخاص را شناسایی کرد. در این قسمت از مقاله، اسناد تقنینی مرتبط را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. اسناد بالادستی

با توجه به مذاق، مفاد و روح حاکم بر اسنادی که ارزش هنجاری بالاتری نسبت به قوانین عادی دارند، می‌توان فهمید که توجه به بیت‌المال و عدم اسراف آن در اثنای رقابت‌های انتخاباتی امری مسلم است؛ چرا که با این کار ضمن حفظ اعتبار نهاد انتخابات و تضمین حق تعیین سرنوشت مردم، ارزیابی هزینه‌های مالی و شفافیت مورد نظر قانون‌گذار نیز تحقق می‌یابد.

در بندهای ۳، ۴ و ۸ سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی ۱۳۹۵ به عنوان سندی الزام‌آور و راهنما برای تنظیم قوانین پایین دست (مهرپور، ۱۳۸۰: ۳۹۵-۴۰۵)، ضمن آن‌که امکان بهره‌مندی داوطلبان انتخابات از امکانات صدا و سیما^۱ مورد تصریح واقع گردیده، شفاف‌سازی منابع و هزینه‌های انتخاباتی داوطلبان و نظارت دقیق بر آن نیز از دیگر نکات مهم تلقی شده است.^۲ هم‌چنین در این سیاست‌ها افزایش سواد و آگاهی‌های عمومی و ترویج هنجارهای انتخاباتی^۳ از جمله مواردی بوده است که در راستای افزایش مشارکت آگاهانه مردم و انتخاب اصلح باید بدان توجه داشت. با توجه به موارد فوق گرچه این سند بالادستی به وضوح امکان بهره‌گیری از امکانات دولتی به ویژه صدا و سیما را برای داوطلبان انتخابات امکان‌پذیر ساخته؛ لیکن اولاً، چنین استفاده‌ای منوط به رعایت مسلمات دینی مثل عدم اسراف و تبذیر است، ثانیاً، چنان‌که از بند ۴ این سیاست‌ها بر می‌آید، شفاف‌سازی هزینه‌های مالی در این خصوص یکی از ارکان مسلم گردش مالی سالم انتخابات به شمار می‌رود و این انتظار وجود دارد با توجه به این‌که تمام یا بخشی از بودجه نهادهای دولتی از منابع عمومی و مالیات مردم تأمین می‌شود، میزان تخصیصی هم که به هر یک از داوطلبان در این خصوص اختصاص می‌یابد مشخص و در صورت سوء استفاده یا تفویت منفعت

۱. بند ۳ سیاست‌های کلی انتخابات: بهره‌مندی داوطلبان در تبلیغات انتخاباتی با تقسیم برابر متناسب با امکانات در هر انتخابات حسب مورد از صدا و سیما و فضای مجازی و دیگر رسانه‌ها و امکانات دولتی و عمومی کشور.

۲. بند ۴ سیاست‌های کلی انتخابات: تعیین حدود و نوع هزینه‌ها و منابع مجاز و غیر مجاز انتخاباتی، شفاف‌سازی منابع و هزینه‌های انتخاباتی داوطلبان و تشکیل‌های سیاسی و اعلام به مراجع ذی‌صلاح و اعمال نظارت دقیق بر آن و تعیین شیوه و چگونگی برخورد با تخلفات مالی.

۳. بند ۸ سیاست‌های کلی انتخابات: ارتقاء سطح شناخت و آگاهی و آموزش‌های عمومی و ترویج هنجارهای انتخاباتی و نهادینه کردن آن در فرهنگ عمومی و تعیین قواعد و ضوابط رقابت سیاسی سالم به منظور افزایش مشارکت و حضور آگاهانه و با نشاط مردم و کمک به انتخاب اصلح.

بتوان به همان میزان نسبت به پیگیری حقوقی آن اقدام نمود و ثالثاً یکی از اهداف معین شده در بند ۸ این سند «تعیین قواعد و ضوابط رقابت سیاسی» است که مسلماً یکی از شاکله‌های آن، رقابت واقعی و عادلانه است تا از رهگذر آن با آگاهی بیشتر مردم، امکان انتخاب مسئول اصلح بیش از پیش فراهم آید.

قانون اساسی نیز در اصل دوم که پایه‌های ایمانی نظام جمهوری اسلامی را معرفی می‌کند، در بند ۶ به «کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا» اشاره دارد. بنا به حاکمیت رویکرد دینی بر قانون اساسی، از منظر این قانون، انسان در جامعه ایرانی آزادی مطلق و عاری از مسئولیت ندارد، بلکه این آزادی انسان منوط به مسئولیت در برابر خداوند است. گواه این امر را مشروح مذاکرات قانون اساسی نشان می‌دهد که اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی بر این نکته اصرار داشتند که آزادی باید در چهارچوب قوانین الهی تعریف و آزادی مطلق، مشروع نبوده و نباید تجویز شود (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای، ۱/۱۳۶۴: ۲۱۱-۲۱۲، ۲۱۷، ۲۳۹ و ۲۱۴-۲۱۵). بر همین اساس می‌توان اظهار داشت از مجرای این مسئولیت خدامحور انسان، بایستی قائل به رعایت احکام و مسلمات شرعی بود و یکی از چنین احکامی حرمت اسراف و اتلاف منابع بیت‌المال با استفاده از خلأهای تقنینی در قوانین انتخاباتی است. هم‌چنین با دقت در اصل سوم قانون اساسی که روش‌های اجرایی اهداف نظام مندرج در اصل دوم را بیان می‌دارد، می‌توان مسئولیت حقوقی نامزدهای پوششی را مورد شناسایی قرار داد: در بند ۱ این اصل به «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد^۱ و تباهی»، بند ۲ به «بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر»، در بند ۸ به «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش» و در بند ۱۰ به «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر

۱. مقنن عادی در بند الف ماده ۱ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، ضمن تعریف فساد، سوء استفاده از منابع عمومی کشور را فساد تلقی کرده است. «هرگونه فعل یا ترک فعلی است که توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی به صورت فردی، جمعی یا سازمانی که عمداً و با هدف کسب هرگونه منفعت یا امتیاز مستقیم یا غیر مستقیم برای خود یا دیگری، با نقض قوانین و مقررات کشوری انجام پذیرد یا ضرر و زیانی را به اموال، منافع، منابع یا سلامت و امنیت عمومی و یا جمعی از مردم وارد نماید نظیر ... سوء استفاده از ... امکانات یا اطلاعات ...».

ضرور» و همچنین در بند ۶ اصل ۴۳ به «منع اسراف و تبذیر در همه شئون مربوط به اقتصاد، اعم از مصرف، سرمایه‌گذاری، تولید، توزیع و خدمات» اشاره شده است. بندهای مذکور از اصل سوم و بند ۶ اصل چهل و سوم نیز به مانند سیاست‌های کلی نظام درباره انتخابات نشان می‌دهد که نامزدهای انتخاباتی با بهره‌گیری از رسانه‌های گروهی حق معرفی و ترویج برنامه‌های خود به منظور جلب آرای مردمی دارند؛ لیکن این نکته قابل تأمل است که حق مذکور داوطلبان نباید در راستای اضرار به غیر اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی مورد استفاده قرار گیرد؛ چنان‌که اصل چهل‌م قانون اساسی در این باره تصریح داشته: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». طبعاً سوء نیت در استفاده از امکانات دولتی و منابع بیت‌المال می‌تواند مشمول اضرار به غیر از طریق فریب افکار عمومی و اتلاف منابع عمومی تعریف گردد. مستفاد از بند ۱۰ اصل سوم نیز می‌توان برداشت کرد که در کلیه شئون حکومتی از جمله تخصیص رسانه و بیت‌المال به افراد از جمله داوطلبان انتخابات بایستی نظام اداری و اجرایی صحیحی ترتیب داده شود و بدین ترتیب امور غیر ضرور و غیر واقعی حذف گردد. به همین دلیل از آن‌جا که تشکیل چنین نظام اداری صحیحی بر عهده «دولت» به معنی عام کلمه است و این امر نوعی تعهد به نتیجه برای دولت به شمار می‌آید (حبیب‌نژاد و سعید، ۱۳۹۶: ۶۹)، اصلاح قوانین و مقررات انتخاباتی به منظور جلوگیری از ظهور نامزدهای پوششی و استفاده به ناحق آنان از اموال و امکانات بیت‌المال امری ضروری است.

۲-۱. قوانین عادی

تمسک به مفاد و منطوق قوانین عادی نیز می‌تواند ما را در دست یازیدن به شناسایی مسؤولیت حقوقی نامزدهای پوششی در قانون انتخابات ریاست جمهوری یاری رساند. مطابق تبصره الحاقی مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۷ به ماده ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری: «هریک از داوطلبان ریاست جمهوری در صورت تمایل به انصراف از داوطلبی باید شخصاً و یا از طریق نماینده تام‌الاختیار خود و به صورت کتبی انصراف خود را به وزارت کشور اعلام نمایند». از ظاهر تبصره آشکار است که قانون‌گذار ضمانت اجرا، جریمه و یا حتی تشریفات خاصی را برای شخص انصراف دهنده در نظر نگرفته است، اما آیا به صرف عدم فرض ضمانت اجرا نمی‌توان

مسئولیتی را متوجه کاندیدای پوششی فرض نمود؟ در اینجا دو بحث محل تأمل است:

یکم، مسأله کاندیداهای پوششی امری نوظهور در ساحت نظام انتخاباتی ایران است و نیازمند تحولات تقنینی در این خصوص متناسب با تغییرات به وجود آمده در کنش‌های سیاسی است. به عبارتی، حقوقی کردن سیاست اقتضای آن را دارد که نسبت به قاعده‌مند نمودن ساحت‌های نوظهور سیاست اقدام و آن‌ها را در چهارچوب قواعد حقوق عمومی نظام‌مند نمود. همان‌طور که بنا به اهمیت تأمین نظام تأمین مالی در انتخابات (رحمانی و زرافشان، ۱۴۰۳: ۱-۲۶) یا نظام تبلیغات دیجیتال در انتخابات (ستاد انتخابات وزارت کشور، ۱۳۹۴) تحولات تقنینی روی داده است؛ بی‌شک قانون‌گذاری در خصوص نحوه برخورد با کاندیداهای پوششی هم لازمه ایجاد بستری مناسب برای داشتن نظام انتخاباتی پویا و کاراست.

دوم، موضوع دیگر مربوط به تفسیر تبصره الحاقی مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۷ به ماده ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری است. برخی قائل بر این برداشت هستند که قانون منعی برای انصراف در نظر نگرفته است و در نتیجه آن داوطلبان از حق قانونی خود استفاده می‌کنند؛ لذا خود قانون هم ضمانت اجرایی برای کار تعیین نکرده است. از این رو اگر نامزدی انصراف دهد مسئولیتی متوجه او نیست و در مقابل برخی دیگر مدعی‌اند که ایجاد شور انتخاباتی به وسیله کاندیداهای پوششی موجبی برای اتلاف منابع نیست و نص قانون بر مسئولیت هر گونه اتلاف تأکید دارد. با این توضیح که تبصره مذکور ناظر به مرحله ثبت نام است و نه ناظر به مرحله اعلام صلاحیت‌ها توسط شورای نگهبان؛ لذا افراد تأیید شده که از امکانات استفاده نموده‌اند، نمی‌توانند به راحتی انصراف دهند و بایستی ریسک و هزینه کنش سیاسی خود را بپذیرند. حکم تبصره ۵۵ نافی عدم مسئولیت نیست؛ یعنی تبصره امکان انصراف را اعلام داشته ولی از باب این‌که اثبات شیء نفی ما عدی نمی‌کند، مقرر نکرده که فرد منصرف بری‌الذمه است، همان‌گونه که در موارد مشابه بین مرحله ثبت نام و مرحله تأیید صلاحیت، مقنن قائل به تفکیک شده و انصراف بعدی را منوط به پرداخت جریمه نموده است (درویش‌زاده، ۱۴۰۳: ۱۱). برای مثال در نظام آموزش عالی کشور، صرف قبولی در کنکور جریمه‌ای برای داوطلب به همراه ندارد، ولی انتخاب رشته و دانشگاه توسط

داوطلب و قبولی وی در دانشگاه و انصراف متعاقب آن، فرد را مشمول پرداخت برخی جرایم و حتی محرومیت تحصیلی می‌کند.^۱ با چنین ملاکی مشخص می‌شود وقتی برای یک انصراف تحصیلی که صرفاً برای خود فرد دارای اهمیت است، ضمانت اجرا در نظر گرفته شده است، به قیاس اولویت برای کاندیداهای پوششی انتخابات ریاست جمهوری که امری ملی و همگانی است هم بایستی ضمانت اجرای مکفی را طراحی و اعمال نمود.

عدم توجه به مسئولیت حقوقی کاندیداهای پوششی ریاست جمهوری از منظر قانون مربوطه از جهت دیگری نیز قابل تأمل و نقد است. ماده ۶۲ این قانون برای «تضمین برخورداری یکسان نامزدهای ریاست جمهوری از امکانات دولتی» تشکیل «کمیسیون بررسی تبلیغات انتخابات^۲» را پیش‌بینی نموده است. در ماده ۶۵ نیز مقرر داشته نامزدهای تأیید صلاحیت شده توسط شورای نگهبان «هر یک حق دارند به‌طور مساوی از صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران برای معرفی و ارائه برنامه‌های خود استفاده نمایند.» همان‌طور که در این دو ماده قابل مشاهده است، «تضمین برخورداری یکسان نامزدها از امکانات دولتی» و «حق [برخورداری] مساوی از صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران» دو مؤلفه اصلی در برخورداری نامزدها از منابع بیت‌المال است. منطقاً از آن‌جا که اصل بر حکمت قانون‌گذار است و مقنن در صدد ایجاد این حقوق برای داوطلبان واقعی انتخابات بوده، بی‌شک استفاده نامزدهای پوششی نظم منطقی و فلسفی موارد را به هم می‌زند و همچنین امکان پاسخگویی داوطلبان واقعی را مورد خدشه قرار می‌دهد.

قانون سومی که با تمسک بدان می‌توان مسئولیت حقوقی کاندیداهای پوششی را مورد شناسایی قرار داد، قانون مدنی است. مطابق ماده ۳۰۷ این قانون، چهار عامل سبب ضمان قهری می‌شوند که عبارت‌اند از: غصب و آنچه که در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء. در ماده ۳۲۸ هم با تشریح حکم اتلاف،

۱. تبصره ماده ۶ شیوه‌نامه اجرایی دوره کارشناسی دانشگاه خوارزمی: «چنانچه دانشجوی روزانه مشمول آموزش رایگان در هر بازه زمانی بعد از حذف و اضافه از ادامه تحصیل انصراف دهد، ملزم به پرداخت هزینه آموزش رایگان کل نیمسال مطابق ضوابط سازمان امور دانشجویان است».

۲. به منظور تضمین برخورداری یکسان نامزدهای ریاست جمهوری از امکانات دولتی، کمیسینی به نام کمیسیون بررسی تبلیغات انتخابات در زیر نظر هیأت اجرایی مرکزی انتخابات و بنا به دعوت وزیر کشور تشکیل می‌گردد.

بیان می‌دارد شخص اتلاف کننده بایستی مثل یا قیمت آنچه را که عامدانه تلف نموده پرداخت نماید^۱. هم‌چنین در ماده ۳۳۱ با توصیف تسبیب، مُسبب را مسؤول پرداخت قیمت یا مثل مال تلف شده فرض نموده است^۲. از دقت در مواد فوق به نیکی روشن می‌شود که کاندیدای پوششی با انصراف خود پس از استفاده از امکانات رایگان رسانه‌ای دولتی که در اختیار وی قرار داده می‌شود، موجب تلف اموال دولتی و بیت‌المال شده و همچنین مسبب تفویت منفعت سازمان صدا و سیما از درآمدهای قطعی الوصول می‌شود؛ به همین دلیل امکان الزام وی به جبران این خسارات نیز منطقی است.

۲. کنترل‌گری و وجه الضمان سازی برای نامزدها

در این قسمت، نخست به بررسی راه‌های مقابله با پدیده نامزدهای پوششی می‌پردازیم و سپس به ضمانت اجرایی اشاره می‌شود که با بهره‌گیری از آن‌ها می‌توان نسبت به جبران خسارات وارده توسط کاندیداهای پوششی اقدام و تحمیل وجه تنبیهی به این افراد اقدام نمود.

۲-۱. شیوه‌های کاهش نامزدهای پوششی

شیوه‌های کاهش نامزدهای پوششی را با بهره‌گیری از تجربه سایر کشورها در چند اقدام می‌توان مورد مطالعه قرار داد که در ذیل به چند مورد از آن‌ها اشاره می‌شود. طبعاً با عنایت به این‌که در نظام انتخاباتی ایران به این موارد پرداخته نشده است، شایسته است قانون‌گذار در مسیر تحولات تقنینی و نظام‌مند کردن امر انتخابات نسبت به بهره‌گیری از این تجارب اقدام نماید.

۲-۱-۱. مستظهر به ملت؛ لزوم اخذ تأییدیه از عموم

نامزدهای انتخاباتی پیش از ورود به عرصه انتخابات با توجه به پیشینه، تجربه و ویژگی‌های شخصیتی و کارکردی که داشته‌اند، قائل به پایگاه رأی برای خود بوده و کنش‌گری سیاسی خود را با چنین پیش فرضی انجام می‌دهند. از آنجا که امکان ارزیابی

۱. هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل و یا قیمت آن را بدهد اعم از این‌که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این‌که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.

۲. هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص و قیمت آن برآید.

پیشینی این پایگاه رأی برای نهادهای برگزاری انتخابات بدون داشتن معیارهای عینی و بین‌الذهانی میسر نیست و احتمال دارد با چنین اقدامی، بی‌طرفی این نهادها مورد خدشه قرار گیرد، برخی کشورها با طراحی نظام تأییدیه یا «امضا»^۱ درصدد برآمده‌اند تا اشخاصی که قصد حضور در صحنه انتخابات به عنوان داوطلب را دارند، با اخذ تعدادی مقرر تأییدیه/امضا از گروه‌هایی معین و ارائه آن به نهاد مخصوص در ظرف زمانی مشخص، نمونه‌ای از رأی پشتیبان و اعتبار و وثوق سیاسی خود را نشان دهند. فلسفه نهادی سیستم مذکور که در راستای مقابله نامزدهای پوششی و به منظور واقعی نمودن رقابت‌های انتخاباتی وضع شده چنین است که افراد حاضر در صحنه انتخابات برای تصدی مناصب دولتی، جدیت لازم را داشته باشند و تأییدیه‌های مأخوذه را به راحتی هزینه نکنند.

سیستم فوق‌گرفته در وهله نخست شاید با برخی نقدها با محوریت تعارض آن با اصل رأی‌گیری مخفی، نحوه ارزیابی و تصدیق امضاها در سیستم‌های با امضای بالا و عدم امکان بهره‌گیری از سیستم جمع‌آوری امضا در انتخابات زود هنگام و... مواجه است، اما مزایا و کارکردهای فرایند فوق بر نقدهای وارده سنگینی داشته و کماکان این مکانیسم در نظام‌های انتخاباتی برخی کشورها مورد استفاده قرار می‌گیرد که در ذیل به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

در قانون اساسی مصر^۲ مطابق ماده ۱۴۲ «برای پذیرفته شدن به عنوان نامزد ریاست جمهوری، نامزدها باید توصیه حداقل بیست عضو منتخب مجلس نمایندگان یا تأییدیه حداقل بیست و پنج هزار شهروند دارای حق رأی در حداقل پانزده استان و دست کم هزار تأییدیه از هر استان را دریافت کنند. در همه موارد، هیچ‌کس نمی‌تواند بیش از یک نامزد را تأیید کند». بر اساس ماده ۱۰۱ قانون اساسی ترکیه^۳ نیز شخص خواهان تصدی ریاست جمهوری «ممکن است توسط گروه‌هایی از احزاب سیاسی، احزابی که حداقل پنج درصد آرای معتبر را به تنهایی یا به‌طور جمعی در آخرین انتخابات پارلمانی به دست آورده‌اند یا [تأییدیه] حداقل یک صد هزار رأی دهنده،

1. signature

2. Constitution of Egypt (2014)

3. Constitution of the Republic of Türkiye (1982)

نامزد شوند». هم‌چنین مطابق بند ۳ ماده ۱۲۷ قانون اساسی لهستان^۱ هر کاندیدای ریاست جمهوری بایستی حداقل دارای پشتیبانی تأیید شده یکصد هزار شهروند دارای حق رأی را داشته باشد. در فرانسه نیز مطابق کد (قانون) انتخاباتی^۲، نامزدها باید امضای پانصد مقام منتخب محلی مانند شهرداران، نمایندگان مجلس، اعضای شوراهای محلی و منطقه‌ای و دیگر مقامات محلی را جمع‌آوری کنند. این امضاها بایستی حداقل سی دپارتمان یا قلمروی جغرافیایی باشد و از هر بخش حداکثر پنجاه امضا می‌توان اخذ نمود. شورای قانون اساسی این امضاها را تأیید کننده نامزدها را دریافت و اعتبار آن‌ها را ارزیابی می‌کند و در نهایت اسامی نامزدهای منتخب را اعلام می‌دارد (Özkaya, 2023: 1-25&Ünalp Çepel).

۲-۱-۲. برگزیده انجمن؛ لزوم معرفی نامزد از سوی احزاب

«احزاب سیاسی با سامان دادن به اندیشه‌ها و گرایش‌های سیاسی موجود در جامعه، در عین حالی که عامل تقسیم کردن و متشکل ساختن مردم به شاخه‌ها و بخش‌های گوناگونند، عامل نزدیک کردن و تلفیق نمودن خرده گرایش‌های فردی و اجتماعی در قالب دکرین‌ها، ایدئولوژی‌ها و یا نظام‌های اندیشه‌های کم و بیش منسجمی هستند. این معنی طبعاً به مبارزات انتخاباتی، ابعاد عمیق‌تری می‌بخشد و معنی و مفهوم موضوعات مورد مبارزه را از شکل فردی و گاه سطحی خارج کرده و بدان رنگ و بویی فلسفی، اجتماعی و فرهنگی می‌افزاید و صورت مسائلی سازمان یافته‌تر و پیش اندیشه‌تر به بازار سیاست عرضه خواهد کرد» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۹۵: ۳۳۲).

به منظور تضمین عدالت و شفافیت در فرآیند انتخابات، وجود رقابت سالم و آزاد بین کاندیداها امری ضروری است، اما ظهور و فعالیت پدیده کاندیدای پوششی این اهداف را مورد خدشه قرار داده و به شدت به اعتماد عمومی آسیب می‌رساند. یکی از راهکارهایی که می‌توان به حضور کاندیداها را در این عرصه نظام‌مند و واقعی نمود، معرفی نامزدهای انتخاباتی از مجرای احزاب و تشکلهای سیاسی در راستای عملی نمودن یکی از حقوق و اختیارات آن‌هاست^۳. احزاب سیاسی به عنوان شناساگر

1. The Constitution of the Republic of Poland (1997)

2. Electoral code of France (2024)

۳. بند ت ماده ۱۳ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی: «احزاب دارای پروانه فعالیت در

کاندیداهای در انتخابات (زیباکلام و مقتدایی، ۱۳۹۳: ۱۳) می‌توانند از طریق مکانیزم‌ها و استراتژی‌های مختلف، از ظهور و فعالیت کاندیداهای پوششی جلوگیری کنند. در این راستا چهار مکانیسم برای احزاب می‌توان را مورد شناسایی قرار داد:

یکم، تعیین دقیق معیارهای انتخاباتی برای کاندیداهای: این امر می‌تواند از ورود افراد غیر متعهد و بی‌هدف به انتخابات جلوگیری کند. این معیارها می‌تواند شامل سابقه فعالیت سیاسی، تعهد به اصول و ایدئولوژی حزب و داشتن پشتیبانی مردمی واقعی باشند. همچنین، این نهادها فرایندهای درون حزبی (مانند انتخابات مقدماتی) را به گونه‌ای طراحی کنند که تنها کاندیداهای واقعی و واجد شرایط امکان رقابت در انتخابات نهایی را داشته باشند.

دوم، نظارت و کنترل درون‌حزبی: احزاب می‌توانند از طریق مکانیسم‌های مختلف مانند کمیته‌های نظارتی، تیم‌های تحقیقاتی و گزارش‌های دوره‌ای از فعالیت‌های کاندیداهای حزبی، مطمئن شوند که تمامی کاندیداهای به اهداف و استراتژی‌های حزب پای‌بند هستند.

سوم، آموزش و آگاهی بخشی به اعضا و حامیان حزب: احزاب می‌توانند با برگزاری جلسات آموزشی، سمینارها و کارگاه‌های مختلف، اعضای خود را با تاکتیک‌های مختلف سیاسی آشنا کنند و آن‌ها را برای مواجهه با کاندیداهای پوششی آماده سازند.

چهارم، تشویق به ائتلاف‌های انتخاباتی: ائتلاف‌ها می‌توانند به تجمیع آرا و کاهش تشتت در میان رأی‌دهندگان کمک کنند و در نتیجه، فضای رقابتی سالم‌تری ایجاد کنند.

۳-۱-۲. اخذ سپرده انتخاباتی در قبال بهره‌گیری از امکانات بیت‌المال

اخذ وثیقه مالی یا سپرده انتخاباتی^۱ از کاندیداهای انتخابات به منظور جلوگیری از نامزدی کاندیداهای غیر جدی یا جبران خسارات احتمالی یکی از سیاست‌هایی است که در برخی کشورها اعمال می‌شود. این وثیقه معمولاً به صورت مبلغ نقدی یا تضمین مالی است که نامزد باید آن را پرداخت کند تا در صورت عدم کسب حداقل

چهارچوب قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران و برابر مفاد این قانون از حقوق و امتیازات زیر برخوردارند ... ت: معرفی و حمایت از نامزدهای انتخاباتی در تمام انتخابات».

1. Election Deposit

تعداد مشخصی از آراء به دلیل فقدان پشتیبانی واقعی مردمی، بروز تخلفات، عدم رعایت قواعد انتخابات و ... این مبلغ ضبط شود. با عنایت به این که نامزدها در ایران از امکانات دولتی استفاده می کنند و در ادوار اخیر مشاهده شده که سوء استفاده از این امکانات در قالب کاندیدای پوششی بسط یافته و موجبات تفویت منفعت را فراهم آورده، پیش بینی و اخذ وثایق مالی برای جلوگیری از بسط نامزد پوششی می تواند امری راهگشا باشد.

در ادامه بند فوق بایستی اظهار داشت داوطلبان شرکت در انتخابات ریاست جمهوری در هنگام ثبت نام در انتخابات، نسبت به معرفی و توثیق اموالی مشخص نزد نهادهای ناظر و مجری مثل شورای نگهبان یا وزارت کشور اقدام نمایند تا در صورتی که با ایفای نقش کاندیدای پوششی در انتخابات، نسبت به تضعیف نظام انتخاباتی یا کاهش اعتماد رأی دهندگان منجر شوند، بتوان نسبت به ضبط این وثایق به منظور جبران هزینه های مصرفی از بیت المال اقدام نمود. به دیگر سخن بایستی خاطر نشان ساخت از آنجا که مطابق مقدمه قانون اساسی ایران در «ایجاد نهادها و بنیادهای سیاسی که خود پایه تشکیل جامعه است بر اساس تلقی مکتبی، صالحان عهده دار حکومت و اداره مملکت می گردند» بی شک یکی از جلوه های تصدی گری صالحان، حسن نیت نامبردگان در عرصه رقابت های سیاسی است و رقابت در قالب کاندیدای پوششی و استفاده از منابع بیت المال بدون داشتن انگیزه واقعی، وصف صالح بودن افراد را مورد خدشه قرار می دهد؛ از این جهت ایجاد نوعی ضمانت اجرا برای رفتار سیاسی داوطلبان تصدی منصب ریاست جمهوری، تودیع وثایق می تواند امری قابل تأمل باشد.

موضوع حاضر بنا به اهمیتی که در نظام های مختلف انتخاباتی دارد، مورد استفاده آن نظام ها نیز واقع گردیده و برخی کشورها از آن نیز بهره جسته اند که در ذیل برخی از آن ها اشاره می شود:

کشور: هند

بنای قانونی: بند ۱ ماده ۳۴ قانون نمایندگی مردم مصوب ۱۹۵۱^۱
ضمانت اجرا: ضبط وثیقه در صورت عدم کسب حداقل یک ششم مجموع

1. The Representation of the People Act, 1951 Amended (2016)

آراء

کشور: اوکراین

مبنای قانونی: قانون اوکراین درباره انتخاب رئیس جمهور^۱
 ضمانت اجرا: ضبط وثیقه در صورت عدم کسب حداقل ۷ درصد مجموع آراء
 کشور: قزاقستان

مبنای قانونی: جز ۵ بند ۵ ماده ۵۹ قانون انتخابات در جمهوری قزاقستان^۲
 ضمانت اجرا: ضبط وثیقه در صورت عدم کسب حداقل ۵ درصد مجموع آراء
 کشور: روسیه

مبنای قانونی: ماده ۳۶ قانون فدرال درباره انتخاب رئیس جمهور فدراسیون
 روسیه^۳

ضمانت اجرا: ضبط وثیقه در صورت عدم کسب حداقل ۵ درصد مجموع آراء

۲-۲. ضمانت اجراها

طراحی نظام‌ها و هنجارهای حقوقی بی‌شک نیازمند ضمانت اجراهای مناسب و مقتضی آن است. به عبارتی «قاعده‌ای را که اجرای آن از طرف دولت تضمین نشده است [را] نباید در شمار قواعد حقوقی آورد؛ زیرا، اگر اشخاص در اجرای آن آزاد باشند و در برابر تخلف خود هیچ مکافات‌ی نبینند، چگونه می‌توان ادعا کرد که نظامی در جامعه وجود دارد؟» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۴) از این روست که «اجرای قانون با پشتیبانی قوه قاهره و اقتدار سیاسی انجام می‌گیرد. فرق قانون با دیگر هنجارهای رفتاری در این است که عدم پیروی از آن عکس‌العمل دستگاه حکومتی را به دنبال می‌آورد و حکومت اجرای قاعده حقوقی را تضمین می‌نماید» (راسخ، ۱۳۸۵: ۱۶). در موضوع حاضر نیز ممنوعیت حضور کاندیداهای پوششی در نظام انتخاباتی و جلوگیری از اتلاف منابع عمومی و بیت‌المال در راستای واقعی‌تر کردن انتخابات، بدون تعیین و اجرای ضمانت اجراهای مناسب که پشتیبانی قوی سیاسی و قانونی داشته باشد ممکن نیست. از این رو در قسمت حاضر ضمانت اجراهایی که در صورت اثبات پوششی بودن کاندیدایی می‌توان علیه

1. Law of Ukraine on the Election of the President of Ukraine (2009)

2. On Elections in the Republic of Kazakhstan (1995)

3. Federal Law on the Election of the President of the Russian Federation

وی را اعمال نمود، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲-۲. حاجب قانونی؛ محرومیت سیاسی

عرصه سیاست و کنش‌گری سیاسی دارای ملزومات و قواعد خاص خود است و بازیگران این ساحت با درک اقتضائات آن، وارد این گود می‌شوند. به اقتضای چنین فضایی است که رسیدگی به جرایم و تخلفات افراد فعال در این عرصه نیز دارای ویژگی‌هایی نظیر علنی بودن، حضور الزامی هیأت منصفه، افتراق در نوع مجازات و اجرای آن و ... است. همین اثر خود را در موضوع نوشتار حاضر نیز نشان می‌دهد و از آنجا که فعل کاندیداهای پوششی نوعی تخلف و جرم سیاسی محسوب می‌شود؛ بدین سبب لازم است برخورد قاطع و متناسب با آن نیز از باب اصل «تناسب جرم و مجازات» با شخص خاطی انجام شود.

پیرو مقدمه فوق یکی از راهکارهای مقابله با پدیده کاندیدای پوششی اعمال محرومیت‌ها و مجازات‌های سیاسی است. در نظام حقوقی ایران، ماده ۷۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مقامات سیاسی را نام برده است که مطابق این قانون رعایت و طی سلسله مراتب اداری برای تصدی آن مناصب لازم نیست. مطابق این ماده «الف- رؤسای سه قوه. ب- معاون اول رئیس‌جمهور، نواب رئیس مجلس شورای اسلامی و اعضای شورای نگهبان. ج- وزرا، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و معاونین رئیس‌جمهور. د- استانداران و سفرا. ه- معاونین وزرا» به عنوان مناصب سیاسی معرفی شده‌اند. یکی از ضمانت‌اجراهایی که علیه کاندیداهای پوششی که با رفتار خود قصد اغوا، فریب و انحراف آرای مردم را دارند می‌تواند محرومیت این افراد از انتصاب به مناصب سیاسی فعالیت نموده‌اند و لازم است محرومیت ایشان نیز در راستای این فعالیت باشد.

محرومیت از تصدی مناصب سیاسی به منظور حفظ سلامت و شفافیت در روند انتخابات تجربه‌ای آزموده در کشورهای مختلف است. در انگلستان، رفتارهای نادرست انتخاباتی، از جمله تلاش‌های عامدانه برای انحراف آراء، توسط ماده ۱۷۳ قانون نمایندگی مردم^۱ جرم‌انگاری شده و می‌تواند منجر به محرومیت‌های سیاسی

1. Representation of the People Act (1983)

شود یا ماده ۸ قانون نمایندگی مردم مصوب ۱۹۵۱ هند^۱ پیش‌بینی نموده است که هر کاندیدایی که به دلیل تخلفات انتخاباتی محکوم شود، می‌تواند تا شش سال از شرکت در انتخابات آینده محروم شود. در کانادا نیز قانون انتخابات^۲ این کشور در ماده ۵۰۲ مقرر نموده اگر یک فرد مرتکب تقلب انتخاباتی یا رفتارهای نادرست در جریان انتخابات شود، ممکن است با محرومیت از شرکت در انتخابات آینده مواجه شود. این محرومیت‌ها می‌توانند تا هفت سال یا بیشتر طول بکشند.

۲-۲. کیفر مالی متخلف

در بسیاری از کشورها، قوانین انتخاباتی پیش‌بینی‌هایی برای برخورد با تخلفات انتخاباتی، از جمله رفتارهای کاندیداهای پوششی دارند. این پیش‌بینی‌ها شامل مجازات‌های مالی، جریمه‌ها و ضبط وثایق می‌شود. همان‌طور که پیشتر ذکر گردید، در برخی سیستم‌های انتخاباتی، نامزدهای هنگام ثبت نام نسبت به سپرده‌گذاری وثایق در قالب پول نقد از جانب خود یا حزب متبوعه اقدام می‌کنند تا علاوه بر امکان جبران ضررها و تخلفات در اثنای فرایند انتخابات، از این منابع نسبت به جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی و حفظ شفافیت و عدالت در انتخابات بهره گرفته شود.

نظام‌های انتخاباتی کشورهای مختلف نسبت به وثایق مربوطه مکانیسم‌های متفاوتی را در پیش گرفته‌اند. در آمریکا قوانین مربوط به کمپین‌های انتخاباتی^۳ و تأمین مالی سخت‌گیری‌های خاص خود را دارد. مطابق این قانون اگر ثابت شود که یک کاندیدا به صورت پوششی وارد انتخابات شده و قوانین مالی انتخاباتی را نقض کرده، طبق بخش ۴۴۱a ممکن است با جریمه‌های سنگین مالی یا ضبط وثایق مواجه شود. در انگلستان قوانین انتخاباتی شامل مواردی است که هرگونه رفتار نادرست انتخاباتی از جمله حضور کاندیداهای پوششی را ممنوع می‌کند. این قوانین به ویژه بر شفافیت مالی و عدالت در رقابت تأکید دارند. مطابق بخش ۱۰۶ قانون نمایندگی مردم^۴، کاندیداهایی که اطلاعات غلط و گمراه کننده منتشر نمایند، با جریمه‌های

1. The Representation of the People Act, 1951 Amended (2016)

2. Canada Elections Act (2000)

3. Federal Election Campaign Act (FECA).

4. Representation of the People Act (1983)

چند ده هزار پوندی و همچنین در صورت اثبات تخلف به وسیله دادگاه، به ضبط وثایق محکوم می‌شوند. بخش ۱۲۳ قانون نمایندگی مردم^۱ مربوط به کشور هند به رفتارهای نادرست انتخاباتی از جمله تقلب و فساد اشاره دارد. مطابق این بخش، دادگاه می‌تواند دستور به ضبط وثایق مالی مرتبط با تخلفات انتخاباتی دهد. در کانادا مطابق قانون انتخابات^۲، رفتارهای نادرست از جمله کاندیداتوری پوششی می‌تواند منجر به جریمه‌های مالی و ضبط وثایق شود. بخش ۴۹۷ این قانون به مجازات‌های مرتبط با تخلفات انتخاباتی اشاره دارد. بر این اساس جریمه‌های مالی ممکن است شامل مبالغ بالایی باشد که بسته به شدت تخلف تعیین می‌شود. همچنین در صورت اثبات تخلف، وثایق و منابع مالی مرتبط با کمپین انتخاباتی ممکن است ضبط شود.

قانون انتخابات ریاست جمهوری ایران به بحث جریمه مالی نامزدهای انتخاباتی به ویژه نامزدهای پوششی پرداخته است، اما با فرض سپرده‌گذاری وثیقه توسط ایشان می‌توان چنین امری را در قانون با لحاظ شروطی پیش‌بینی نمود. با عنایت به این‌که در نظام انتخاباتی ایران، فرایند بررسی صلاحیت‌های نامزدهای انتخاباتی توسط شورای نگهبان وجود دارد، بایستی سپرده‌گذاری وثیقه را با موضوع تعیین صلاحیت جمع نمود. بدین صورت که نامزدهای دارای شرایط اولیه هنگام ثبت نام وثیقه خود را به نهاد مقرر ارائه نمایند و در صورت انصراف پیش از اعلام نتایج صلاحیت‌سنجی، عدم احراز صلاحیت، حضور تا پایان انتخابات و اعلام انصراف از کاندیداتوری ظرف مدت مقرر مثلاً حداکثر سه روز پس از اعلام نتایج صلاحیت‌ها توسط شورای نگهبان و پیش از استفاده از امکانات عمومی، وثیقه آن‌ها به ایشان عودت داده شود؛ و تنها در حالتی که پس از زمان مقرر در بند د فوق انصراف دهند، عنوان نامزد پوششی بر ایشان حمل و وثیقه آنان به طور کامل به نفع دولت ضبط گردد.

1. The Representation of the People Act, 1951 Amended (2016)

2. Canada Elections Act (2000)

برآمد

۱- انتخابات مظهر تعیین سرنوشت و اعمال اراده سیاسی است و از ماحصل آن، سرنوشت جمعی و خط‌مشی اداره عمومی جامعه تعیین می‌گردد. از این رو واقعی‌تر کردن، شفاف‌سازی و هنجارمند ساختن آن، امری بدیهی به منظور دست یازیدن به اهداف غایی آن است. مقوله انتخابات امری تحولی است. بدین معنا که در گذر دوره‌های مختلف و از طریق تجربه زیست سیاسی افراد، بازیگران و نهادهای مسؤول، پاسخ‌هایی جدید به مسائل نوظهور ارائه گردیده و تحولات دائمی در ساخت قوانین انتخابات رخ می‌دهد. نظام حقوقی سیاسی ایران نیز از گزاره مزبور گریزان نیست و قانون‌گذار و بازیگران سیاسی همت بر آن ورزیده‌اند که پاسخ‌هایی در خور به پدیده‌های عرصه سیاسی دهند.

۲- پدیده نامزد پوششی که در سالیان اخیر در بستر انتخابات ریاست جمهوری ایران خود را نمایان ساخته، یکی از رخ‌دادهای جدیدی است که عرصه‌های حقوقی، سیاسی، جامعه‌شناسی و اخلاقی انتخابات ایران را درگیر موضوعات خاص خود نموده است. این نمود سیاسی، عرصه جامعه که بایستی مظهر اعتماد عمومی بین مردم و حاکمیت باشد را به شدت مورد لطمه قرار داده و نه تنها سرمایه اجتماعی نهادهای حکمرانی را کاهش داده و اخلاق عمومی را مورد خدشه قرار می‌دهد، بلکه موجب اتلاف منابع عمومی از جمله امکانات دولتی صرف شده برای تبلیغات می‌شود و از این مجرا هزینه‌ای گزاف و بی‌ثمر را به بودجه تحمیل و موجبات اسراف و اتلاف در بیت‌المال را باعث می‌شوند.

۳- با مطالعه تطبیقی در نظام قوانین موضوعه دیگر کشورها در مقاله حاضر مشخص گردید که این کشورها نه تنها راهکارهای مشخصی نظیر لزوم اخذ تأییدیه از عموم، ضرورت معرفی نامزدهای انتخاباتی از سوی احزاب و اخذ سپرده انتخاباتی در قبال بهره‌گیری از امکانات بیت‌المال به منظور کاهش نامزدهای پوششی و واقعی‌تر کردن کاندیداها اتخاذ کرده‌اند؛ بلکه با تعیین ضمانت اجرایی مثل پیش‌بینی محرومیت‌های سیاسی و مجازات‌های مالی، اعمال هزینه‌های قابل توجهی را برای فعالیت‌های ناشی از ریسک قدرت در پیش گرفته‌اند. به عبارتی این نظام‌ها خرج چک بی‌محل و بی‌پشتوانه سیاسی را ممنوع و آن را اختلالی در بر اصل انتخابات تلقی

کرده‌اند.

۴- لازم است قانون انتخابات ریاست جمهوری به ویژه تبصره ماده ۵۵ آن در خصوص نحوه انصراف داوطلبان اصلاح و از حالت رها و بی منطق فعلی جدا و نظام حقوقی خاصی مبتنی بر شناسایی مسئولیت داوطلبانی که از این تبصره که به نوعی خلأیی حقوقی در قانون است تعیین شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، *مشروح مذاکرات قانون اساسی*، جلد نخست، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- * باقری خوزانی، محمدحسن و عطریان، فرامرز و مسعود، غلامحسین (۱۴۰۰)، «*حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات*»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۰، شماره ۳۳.
- * تقی‌زاده، جواد و علی‌کرمی، مظفر (۱۳۹۱)، «*مفهوم مسئولیت اجرای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*»، مطالعات حقوقی، دوره ۴، شماره ۱.
- * حبیب‌نژاد، سید احمد و سعید، سیده زهرا (۱۳۹۶)، «*لزوم گذار از «تعهد به وسیله» به «تعهد به نتیجه» در تفسیر تعهدات دولت در اصل سوم قانون اساسی*»، حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۵۳.
- * حبیب‌نژاد، سید احمد و عامری، زهرا (۱۳۹۶)، «*امانی بودن مناصب عمومی در نظام حقوق اساسی ایران با تأکید بر اندیشه علوی، حکومت اسلامی*»، سال بیست و دوم، شماره ۲ (پیاپی ۸۴).
- * راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «*ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون*»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۱.
- * رجایی، سید محمدکاظم و خطیبی، مهدی (۱۳۹۱)، «*معیارهای فقهی اسراف*»، اقتصاد اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۵.
- * رستمی، ولی و موسی‌پور، میثم (۱۳۹۰)، «*تحلیل حقوقی اصل ۱۱۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص شرایط رئیس‌جمهور*»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۱.
- * زرافشان، محمدهادی و رحمانی، قدرت‌الله (۱۴۰۳)، «*الزامات تأمین مالی عمومی رقابت‌های انتخاباتی در پرتو سیاست‌های کلی انتخابات*»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۳، شماره ۱ (پیاپی ۴۳).
- * زیباکلام، صادق و مقتدایی، مرتضی (۱۳۹۳)، «*احزاب سیاسی و نقش آن در*

توسعه سیاسی ایران: مطالعه موردی انتخابات»، علوم سیاسی، دوره ۱۰، شماره ۲۹.

* ستاد انتخابات وزارت کشور (۱۳۹۴)، «دستورالعمل فعالیت‌های تبلیغاتی انتخابات در فضای مجازی».

* سمائی صحنه‌سرائی، مهدی و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۴۰۲)، «قاضی همچون نگهبان حق‌ها؛ جستاری درباره رویکرد حق‌محور به کنشگری قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.

* طحان نظیف، هادی و مطیعی، محمدجواد (۱۳۹۹)، «واکاوی تعاریف مصوبه شورای نگهبان از رجل مذهبی سیاسی، مدیر و مدبر»، دانش حقوق عمومی، دوره ۹، شماره ۲۷.

* قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۹۵)، «بایسته‌های حقوق اساسی»، تهران: دادگستر.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، مقدمه علم حقوق، چاپ هفتاد و نهم، تهران: انتشارات سهامی انتشار.

* مهرپور، حسین (۱۳۸۰)، «کندوکاوی در جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام»، راهبرد، دوره ۹، شماره ۲ (پیاپی ۲۰).

* موحدی محب، مهدی (۱۴۰۰)، «رجال مذهبی و سیاسی» به عنوان قید غالبی در اصل یک‌صد و پانزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، شماره ۹۶.

* موسی زاده، ابراهیم و نصرالهی نصرآباد، علیرضا و منصوریان، مصطفی (۱۴۰۲)، «کاربست نظریه احیای حقوق عامه در دادرسی اداری: مطالعه آرای مؤسسان اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* میرشکاری، عباس و حسینی، فاطمه سادات (۱۴۰۲)، «مطالعه تطبیقی روش جبران زیان معنوی با تأکید بر رویکرد رویه قضایی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.

ب. عربی

* ابن فارس، ابوالحسین (۱۴۰۴ ق)، معجم مقاییس اللغة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- * ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، **لسان العرب**، جلد چهارم، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
- * حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد نخست، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- * صدوق قمی، محمد بن علی (۱۳۷۸)، **عیون اخبار الرضا**، جلد دوم، قم: جهان.
- * نراقی، احمد (۱۴۱۷)، **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- پ. انگلیسی

- * Damore, D.F. Hansford, T.G. & Barghothi, A.J (2010), **Explaining the Decision to Withdraw from a U.S. Presidential Nomination Campaign**. Polit Behav 32.
- * Inácio, M & Llanos, M (2015), **"The Institutional Presidency from a Comparative Perspective: Argentina and Brazil since the 1980s"**, Journal of The Brazilian Political Science Association, 9, 1.
- * **On Elections in the Republic of Kazakhstan**, 1995
- * Özkaya, O. & Ünalp Çepel, Z (2023), **2022 Presidential Election in France: An Assessment of Foreign Policy Analysis**. Dokuz Eylül University Journal of Faculty of Business, 24(1).

ت. اینترنتی

- * درویش زاده، محمد، **نامزدهای انصرافی در انتخابات ریاست جمهوری شرعاً و قانوناً باید خسارت بیت‌المال را بپردازند**، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۳/۴/۱۱، www.entekhab.ir/fa/news/796707/
- * لغت‌نامه آنلاین دهخدا، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۳/۰۵/۱۵، www.dehkhoda.ut.ac.ir/fa/dictionary/

نقد دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل و بازتعریف نظم‌گرایانه نظام‌های حقوقی در عصر جهانی شدن

محمود باقری^۱، محمدرضا علی‌پور^۲، محسن محبی^۳

چکیده

دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل که بر تفکیک میان شاخه‌های عمومی و خصوصی استوار است، در سطح درونی، کاستی‌هایی ریشه‌دار در نادیده گرفتن عوامل زمینه‌ساز دارد که به عدم توازن در ساختار دسته‌بندی، نقص در توصیف و ابهام در جایگاه حقوق عمومی با عنصر مرزی منجر شده است؛ در سطح بیرونی نیز تحت تأثیر تحولاتی چون جهانی شدن، گسترش روابط فرامرزی و ظهور بازیگران غیر دولتی، چالش‌های نوینی را در مرزبندی میان انواع نظام‌های حقوقی افزوده است. ترکیب این دو سطح از ناکارآمدی، ضرورت بازنگری در نظام‌مندی حقوق بین‌الملل را دوجندان می‌کند. این پژوهش در جهت رفع ابهام از تفکیک و تمایز نظام‌های حقوقی، با بهره‌گیری از روش تحلیلی توصیفی و مبانی نظریه نظم‌گرایی، نظام حقوقی نوینی را ارائه می‌دهد. یافته اصلی این نوشتار، معرفی یک دسته‌بندی چند سطحی از نظام‌های حقوقی، ذیل دو سطح انحصاری و فراگیر است. این رویکرد نظم‌گرایانه، ضمن به رسمیت شناختن حقوق خصوصی و عمومی بین‌المللی شده در سطح انحصاری و حقوق جهانی در کنار حقوق بین‌الملل در سطح فراگیر، زمینه درک پویایی‌های حقوقی معاصر، شناخت جایگاه و کارکرد نظام‌های مختلف و واکاوی موضوعات حقوقی در چارچوبی منسجم و جامع را فراهم می‌آورد و راه را برای حل تعارضات ناشی از جهانی شدن هموار می‌سازد.

واژگان کلیدی: نظریه نظم‌گرایی، حقوق عمومی بین‌المللی، حقوق خصوصی بین‌المللی، نظام حاکمیتی، نظام غیر حاکمیتی، حقوق نظام بین‌الملل، حقوق نظام جهانی.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق بین‌الملل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
dr.mbagheri@iau.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
dr.alipour@iau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
sd.mohebi@gmail.com

درآمد

تحول در روابط فرامرزی، ظهور بازیگران متنوع غیر دولتی و تضعیف تدریجی مرزهای کلاسیک حاکمیتی، ساختار سنتی حقوق بین‌الملل را با چالش‌های بنیادین مواجه کرده است. در چنین فضایی، دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل به دو شاخه عمومی و خصوصی که بر مفروضات دوران وستفالیایی^۱ استوار است، توانایی تبیین و تحلیل جامع پدیده‌های نوین حقوقی را ندارد. این ناکارآمدی، ریشه در ناهم‌گونی ذاتی این تقسیم‌بندی و هم‌چنین عدم توجه آن به عوامل زمینه‌ساز و ساختاری در شکل‌گیری و تعامل نظام‌های حقوقی دارد. از منظر معیارهایی چون قلمرو، منبع، ماهیت، پیشینه تاریخی، سطوح، عوامل مؤثر و فرایندهای تنظیم، تدوین، توسعه و حوزه عملکرد، تفاوت‌های بنیادینی میان این دو شاخه مشاهده می‌شود که یکپارچه‌سازی آن‌ها را با چالش مواجه می‌کند. تخصیص نامتوازن منابع و توجه بیشتر به حقوق بین‌الملل عمومی، سبب ضعف حقوق بین‌الملل خصوصی در پژوهش، نظریه‌پردازی، آموزش و رویه قضایی شده است. افزون بر این، نادیده گرفتن نقش روزافزون بازیگران غیر دولتی و ابهام در جایگاه حقوق عمومی با عنصر مرزی، این تقسیم‌بندی را از ارائه یک نظام حقوقی جامع و دربرگیرنده موضوعات گوناگون حقوقی باز می‌دارد.

نمونه‌هایی مانند ناکارآمدی سازکارهای حل اختلاف در موضوعات محیط زیستی که در دو حوزه حاکمیت ملی و سطح بین‌الملل مطرح می‌شود؛ و هم‌پوشانی بی‌قاعده در دسته‌بندی‌های موضوعی جدید، آشکارکننده فقدان چارچوبی جامع برای تعیین اولویت و ارجحیت مسائل حقوقی معاصر است. به علاوه این‌که جهانی شدن، ظهور شرکت‌های چندملیتی، سازمان‌های غیر دولتی و فناوری‌های نوین مانند هوش

۱. اصطلاح وستفالیایی به دوره‌ای تاریخی اشاره دارد که با صلح وستفالی (۱۶۴۸) پس از جنگ‌های سی‌ساله در اروپا آغاز شد. این صلح نقطه‌ای آغاز نمادین نظام بین‌المللی مدرن مبتنی بر دولت‌های حاکمیت‌دار دانسته می‌شود و اصول بنیادینی چون حاکمیت دولت‌ها، تمامیت ارضی، عدم مداخله در امور داخلی و برابری حقوقی دولت‌ها را به عنوان مفروضات دوران وستفالیایی (Assumptions of the Westphalian era) تثبیت کرد. هر چند برخی پژوهش‌گران بر اروپامحور بودن و محدود ماندن اثرات آن تا قرن‌های بعدی تأکید دارند، وستفالیایی هم‌چنان به عنوان چارچوب مفهومی و سمبل حقوق بین‌الملل کلاسیک و تقویت دیپلماسی چندجانبه یا ایجاد نظم سیاسی حقوقی مبتنی بر قراردادهای بین‌المللی شناخته می‌شود.

مصنوعی و بلاک‌چین، ناکارآمدی تقسیم‌بندی سنتی حقوق بین‌الملل را آشکارتر کرده و ضرورت ایجاد دسته‌بندی متناسب با تحولات معاصر را برای تنظیم روابط میان بازیگران جهانی و دولت‌ها ایجاب می‌کند.

هرچند برای رفع کاستی‌های دسته‌بندی کلاسیک، به‌ویژه با طرح رویکردهایی چون تعامل و مکمل بودن شاخه‌های حقوق بین‌الملل، تلاش‌هایی صورت گرفته است، اما اغلب این تلاش‌ها با چالش ابهام در مرزبندی‌ها و عدم ارائه یک چارچوب مفهومی منسجم مواجه بوده است. از این رو، پژوهش حاضر استدلال می‌کند که پاسخ به این چالش‌ها، مستلزم ارائه یک نظام حقوقی است که نه تنها به اقتضائات زیست در عصر حاضر توجه کند، بلکه با اتکا به یک مبنای نظری استوار، ابهام در تفکیک و تمایز بین نظام‌های حقوقی را مرتفع سازد.

از آنجا که دو نوع علت محرکه بر ناکارآمدی دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل تأثیرگذار است، ضروری است که این کاستی‌ها را در دو سطح متمایز بررسی کنیم: نخست، سطح درونی که متمرکز بر ضعف‌های مفهومی و ساختاری خود منطق تفکیک عمومی و خصوصی است (نظیر غفلت از عوامل زمینه‌ساز، ابهام در شناسایی حقوق عمومی با عنصر مرزی و ضعف در تعیین مرزهای نظام‌های حقوقی)؛ و سپس، سطح بیرونی که متأثر از تحولات محیطی پساوستفالیایی^۱ است؛ یعنی گسترش تعاملات فرامرزی در عصر جهانی شدن و نقش‌ورزی بازیگران غیر دولتی. در نتیجه، مقابله با این دوگانه از ناکارآمدی‌های ساختاری و محیطی نیازمند چارچوبی نظری است که ضمن اصلاح بنیان‌های مفهومی، توانایی پاسخ‌گویی به اقتضائات دگرگون‌شده عصر جهانی شدن را داشته باشد؛ بنابراین در برابر «مسأله عدم جامعیت دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل و ناکارآمدی در تعیین جایگاه

۱. پساوستفالیایی: (Post-Westphalian) این اصطلاح به شرایطی اطلاق می‌شود که در آن اصول سنتی نظم وستفالیایی شامل حاکمیت مطلق، تمامیت ارضی و عدم مداخله، تحت تأثیر جهانی شدن و نقش‌آفرینی بازیگران غیر دولتی به چالش کشیده شد. بر اساس نظریه نظم‌گرایی، تحولات و تغییراتی که در چارچوب نظام بین‌الملل وستفالیایی و سازکارهای بین‌الدولی رخ می‌دهد، شکل‌گیری مرحله نووستفالیایی (Neo-Westphalian) را امکان‌پذیر می‌کند؛ در این مرحله، نهادهای بین‌المللی و همکاری‌های میان دولت‌ها توسعه می‌یابد و تغییرات درون نظام وستفالیایی رخ می‌دهد. پساوستفالیایی اما به آن دسته از تغییرات اطلاق می‌شود که به موازات مفروضات وستفالیایی و به‌ویژه از طریق نقش‌آفرینی بازیگران غیر دولتی در ساخت و تنظیم قواعد مستقل از دولت‌ها یا مشارکت دادن دولت‌ها شکل می‌گیرد و چارچوب سنتی دولت‌محور را دگرگون می‌سازد.

حقوقی بازیگران غیر دولتی عصر جهانی شدن» با این سؤال مواجهیم که: کدام الگوی دسته‌بندی می‌تواند ضمن برخورداری از جامعیت لازم، جایگاه بازیگران جدید را نیز پوشش دهد؟ پاسخ به این سؤال، مبنای شکل‌گیری هدف اصلی مقاله در ارائه چارچوب نظری و مفهومی است.

این پژوهش با استفاده از روش تحلیلی توصیفی که بر توصیف وضعیت موجود و تحلیل کیفی داده‌ها استوار است و به ژرف‌کاوی مفاهیم و روابط میان آن‌ها می‌پردازد، ابتدا چارچوب نظریه نظم‌گرایی را بسط بیشتری داده و سپس پیشینه چالش دسته‌بندی دوگانه حقوق بین‌الملل به خصوصی و عمومی را بررسی می‌کند. در ادامه، پدیده ظهور بازیگران غیر دولتی در عصر جهانی شدن و دیدگاه‌های مختلف درباره جایگاه آن‌ها تحلیل می‌شود و با تکیه بر نظریه نظم‌گرایی، نظام حقوقی نوین به عنوان رویکردی بدیع برای حل چالش‌های معاصر دسته‌بندی حقوقی پیشنهاد می‌گردد.

۱. چارچوب نظری نظریه نظم‌گرایی

نظریه نظم‌گرایی رویکردی کیفی نظری، چند وجهی و تکاملی است که با تأکید بر ذاتی و فطری بودن گرایش به نظم در وجود انسان استدلال می‌کند که نظم به مثابه الگویی از هم‌بستگی و پیوستگی بین مجموعه‌ای از عناصر، پدیده‌ها و رویدادها عمل کرده و یک «نظام» منسجم را شکل می‌دهد. چنین نگرشی به نظم که در تمام سطوح طبیعت و جامعه تجلی می‌یابد، می‌تواند به عنوان یک «معیار معرفت‌شناختی» و «چارچوبی جامع» برای شناسایی، تحلیل و به ویژه «دسته‌بندی» نظام‌های پیچیده طبیعی، حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی به کار گرفته شود و مبنایی برای فهم چگونگی شکل‌گیری، تعامل، تحول و پیش‌بینی نظام‌های مختلف فراهم می‌آورد.

نیاز اساسی به نظم، در شکل‌گیری اولیه نظام‌های اجتماعی و حقوقی و در فرایند تکاملی و انطباق آن‌ها با شرایط متغیر بازتاب می‌یابد. از منظر نظریه نظم‌گرایی، عمل دسته‌بندی و مرزبندی نظام‌های حقوقی، صرفاً یک اقدام روش‌شناختی نیست، بلکه پاسخی انسانی اجتماعی به پیچیدگی‌های فزاینده و تلاشی برای ایجاد پیش‌بینی‌پذیری و مدیریت مؤثر تعاملات حقوقی در سطوح مختلف است. نظم‌گرایی انسان، وابسته به

تعریف و درک مفهوم نظم است که در بستر عوامل مختلفی چون فرهنگی اجتماعی، تاریخی، اقتصادی، سیاسی، فناوری، جهان‌بینی و شناختی معانی مختلف می‌یابد و مبنای کنش‌ورزی او در پذیرش نظام‌ها یا مخالفت با نظام موجود و به منظور ایجاد نظام جایگزین می‌شود؛ چنان‌که جهانی‌شدن (عامل فناوری)، قدرت و نفوذ فزاینده‌ای برای بازیگران غیر دولتی به عنوان یکی از «عوامل» در برابر حاکمیت‌ها و روابط بین‌الملل ایجاد کرده است. این چالش در تعادل سنتی نظام حاکمیت دولتی و نظام فراگیر، مفهوم نظم در نظام‌های سابق (فاقد بازیگران غیر دولتی) را تغییر داده و مستلزم بازتعریف نظام جدید است.

چنین رهیافت نظم‌گرایانه‌ای، به روابط اجتماعی و حقوقی در تمامی سطوح، از تعاملات درون‌مرزی گرفته تا روابط فرامرزی یا فراملی و شامل تمامی بازیگران اعم از افراد، گروه‌ها، نهادهای اجتماعی، دولت‌ها و بازیگران نظام فراگیر مانند سازمان‌های بین‌المللی دولتی و شبکه‌های جهانی بازیگران غیر دولتی قابل تعمیم است. از این منظر، حقوق، رژیم‌ها و ساختار نهادی‌ها^۱ در این نظریه، حاصل هم‌افزایی و هم‌گرایی ساختاریافته مجموعه‌ای منسجم از نهادهای هم‌سو است که در تعامل سازنده با یکدیگر، ساختار نهادی‌های کلان‌تر و پیچیده‌تری را پدید می‌آورند و همگی در بستر یک تعامل پیچیده شامل همکاری، رقابت، تعارض و تضاد-همکاری) میان بازیگران مختلف شکل می‌گیرند. هدف نهایی این تعاملات، نزدیک ساختن دیدگاه‌های مختلف و تلاش برای ایجاد یک نظام مشترک^۲ یا حداقل، قواعدی برای هم‌زیستی و تعامل نظام‌های متعدد است.

در رویکرد نظم‌گرایانه^۳ این نظریه، برای فهم چگونگی شکل‌گیری و انسجام نظام‌ها، مفهوم کلیدی نظم ارتباط^۴ مطرح می‌شود. نظم ارتباط، به آن دسته از سازکارهای تعاملی پیچیده و هدف‌مندی اطلاق می‌شود که فراتر از یک ارتباط ساده و پراکنده میان اجزاء، پدیده‌ها، رویدادها، افراد یا عناصر عمل کرده و از طریق هماهنگ‌سازی و هم‌راستاسازی عناصر یک مجموعه اعم از طبیعی یا انسانی، به ایجاد، حفظ و

-
1. Institutional Structures
 2. Common System
 3. Orderistic approach
 4. Communication_Order

تکامل یک نظام با انسجام کلی و کارکردهای مشخص می‌انجامند. این عناصر در بستر نظم ارتباط، نه تنها بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند، بلکه خود نیز در فرایند تعامل، هویت و کارکرد نظام‌مند می‌یابند. فهم این نظم ارتباط در نظام‌های حقوقی، کلید درک چگونگی تأثیرگذاری متقابل قوانین، نهادها، بازیگران و هنجارها بر یکدیگر و شکل‌دهی به یک کلیت حقوقی منسجم است. در این نظریه، وجود نظم در پدیده‌های هستی و گرایش انسانی به این نهاد ذاتی که خود متأثر از عوامل مختلف تعریف و درک می‌شود، مبنایی است که بر اساس آن، مؤلفه‌هایی چون قدرت، نهادها و هنجارها، از جایگاه عوامل تعیین‌کننده مستقل و ایستا تنزل پیدا می‌کنند و در طیف وسیعی از عوامل مؤثر در تعریف نظم و متغیرهای مؤثر در مواجهه با نظام‌ها قرار می‌گیرند. این چارچوب تحلیلی فراگیر، در تمایز از محدودیت‌های واقع‌گرایانه، لیبرالیستی و سازه‌انگاری، ظرفیت فهم پیچیدگی‌های چندبعدی عصر جهانی شدن و کثرت بازیگران را در چارچوبی یک‌پارچه فراهم می‌آورد. این منظومه، ظرفیت پوشش جامع و انعطاف‌پذیری لازم برای تحلیل پدیده‌ها و موضوعات را دارا است و می‌تواند سلسله‌مراتبی از عناصر، پدیده‌ها، موضوعات و رویدادها را در حلقه‌های به هم پیوسته‌ای ذیل یک نظام قرار داده و تحلیل کند. به طور مثال، نهادهای ساختاریافته هم‌سو، ساختارهای نهادی برای ساختار نهادی بزرگ‌تر و فراگیرتر هستند که می‌توان با شناخت جایگاه آن‌ها ذیل نظام بالاتر و پیچیده‌تر، درک و تحلیل کرد. کاربرد این قالب از نظام‌های ملی گسترده تا نظام‌های دو جانبه، چندجانبه منطقه‌ای، فرامنطقه‌ای و نظام‌های فراگیر قابل تعمیم است.

دسته‌بندی و مرزبندی نظم‌گرایانه، هم‌زمان دو کارکرد اساسی را بر عهده دارد: نخست، توصیفی که ساختار و اجزای نظام را به عنوان یک کل منسجم شرح می‌دهد؛ و دوم، تحلیلی که به عنوان ابزاری برای آشکارسازی لایه‌های عمیق‌تر تعارض‌ها، تعامل‌ها و تحول‌های نظم عمل می‌کند. این دوگانه‌نگری، دسته‌بندی را به ابزاری فعال و پویا بدل می‌سازد که می‌تواند چالش‌های کنونی را شناسایی و مسیر گذار به نظم‌های جدید را هموار کند.

تعارض و بی‌نظمی در این نگاه، محرکی برای گذار در شکل‌گیری نظم‌های جدید می‌بیند. هنگامی که یک نظم موجود با چالش یا بحران مواجه می‌شود (مانند

جهانی‌شدن و ظهور بازیگران غیر دولتی)، این اختلال نیاز به تعامل برای بازگرداندن یا بازتعریف و ایجاد ساختارهایی برای ایجاد نظام جدید را تشدید می‌کند. بدین ترتیب، نظریه نظم‌گرایی بیش از ارائه یک مدل ثابت، فرایندی پویاتر و مداوم از بازتولید نظم در عرصه‌های حقوقی و اجتماعی را به نمایش می‌گذارد؛ بنابراین در نظریه نظم‌گرایی، دسته‌بندی و مرزبندی بین عناصر، موضوعات و حوزه‌ها، علاوه بر جنبه تبیینی، ابزار تحلیلی برای درک پدیده‌ها و رویدادها محسوب می‌شوند و از این رو بر ضرورت طبقه‌بندی متناسب با درک دقیق از موضوعات و تحولات تأکید می‌شود. رویکرد نظم‌گرایانه به دسته‌بندی، بر عوامل زمینه‌ساز و ساختاری^۱ متمرکز است که پیش از تحلیل محتوایی نظام‌ها، مبنای طبقه‌بندی و تعیین جایگاه آن‌ها به ویژه نظام جامع حقوقی را شکل می‌دهند. این عوامل شامل خاستگاه (منشأ و محل ایجاد)، بسترهای شکل‌گیری (زمینه‌های تاریخی، فرهنگی، سیاسی و سایر عوامل محیطی)، حوزه کارکردی (مرزهای اختیار و اقتدار) و عاملان (دولت‌ها، نهادهای بین‌المللی، اشخاص حقیقی و حقوقی و بازیگران غیر دولتی) است. این رویکرد هم‌چنین بر اصول توازن و تمایز در دسته‌بندی حقوقی تأکید دارد؛ بدین معنا که زیرمجموعه‌ها باید از نظر اهمیت، گستردگی و کاربرد متوازن باشند تا همه حوزه‌ها متناسب پوشش داده شوند (اصل توازن) و در عین حال به طور واضح از یکدیگر متمایز باشند تا تداخل به حداقل برسد و هر حوزه بدون ابهام قابل شناسایی باشد (اصل تمایز). در صورت تداخل اجتناب‌ناپذیر، چارچوب‌های مشخصی برای مدیریت آن تعریف می‌شود. این چارچوب، به‌عنوان لنز تحلیلی، امکان بررسی موضوعات و حوزه‌های مختلف را در مقیاس خرد تا ابرکلان فراهم می‌کند. با این مبانی نظری، در بخش بعدی نقد کاستی‌های دسته‌بندی کلاسیک مطرح خواهد شد و سپس نشان خواهیم داد که چگونه نظم‌گرایی، الگوی پیشنهادی ما برای دسته‌بندی جامع و مانع نظام‌های حقوقی است.

۲. چالش‌های دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل و ضرورت بازنگری از منظر نظم‌گرایی

روابط بین‌المللی بین دسته‌های مختلف اشخاص، وجود مقررات قانونی خاصی را فرض می‌کند که به منظور تأمین نظم حقوقی در این زمینه است. این روابط بین‌المللی هم در قالب روابط حقوقی بین دولت‌ها به عنوان موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی و هم در روابط بین اشخاص حقیقی و حقوقی که به دولت‌های دیگر تعلق دارند، بیان می‌شوند (Berlingher, 2014: 43). به همین دلیل در دسته‌بندی کلاسیک، حقوق بین‌الملل شامل حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی می‌شود (Donaghue, 1994: 305) و حقوق بین‌الملل، حقوقی تعریف می‌شود که روابط دولت‌ها را به عنوان نماینده ملت‌ها و وظایف متقابل آن‌ها را در برابر سازمان‌های اجتماعی و حقوقی ویژه افراد بیگانه در هر کشور تنظیم کند (اقبال، ۱۳۹۵: ۴۷).

به‌رغم ظاهر ساده این دسته‌بندی دوگانه، تعیین دقیق مرزها، نسبت و تعامل میان حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی همواره موضوع بحث و اختلاف نظر میان نظریه‌پردازان بوده است. یکی از ریشه‌های بنیادین این چالش‌ها و اختلاف نظرها، ابهام در مفاهیم پایه‌ای مانند عمومیت در حقوق بین‌الملل و تفاوت در خاستگاه تاریخی این دو شاخه اصلی است. مفهوم عمومیت در حقوق بین‌الملل، ریشه در نگاه‌های چندوجهی دارد. از یک منظر، حقوق عمومی به عنوان یک طبقه‌بندی کلی، شامل حقوق اساسی، اداری، کیفری و حقوق بین‌الملل است و به سازمان‌دهی دولت و روابط آن با مردم می‌پردازد (Whytock, 2004: 155). در این نگاه، حقوق بین‌الملل عمومی ذیل مفهوم کلی‌تر حقوق عمومی و از منظر درون دولت-ملت تعریف می‌شود.

برخی نیز در استفاده از عمومی برای حقوق بین‌الملل، قائل به برتری حقوق بین‌الملل هستند. در همین راستا، استفاده دیوان دادگستری بین‌المللی در برخی از موارد خود، به ویژه در پرونده WHA^۱، از مفهوم «عمومی» تلاشی از سوی این

۱. مجمع بهداشت جهانی (World Health Assembly) عالی‌ترین ارگان تصمیم‌گیری سازمان بهداشت جهانی (WHO) و شامل نمایندگان همه کشورهای عضو سازمان ملل است که در سال ۱۹۹۳ از دیوان بین‌المللی دادگستری درباره مشروعیت استفاده از سلاح‌های هسته‌ای با توجه به اثرات بهداشتی و زیست‌محیطی، نظریه مشورتی درخواست کرد، اما دیوان در سال ۱۹۹۶ این

نهاد بین‌المللی برای نشان دادن برتری و اولویت حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی تلقی شده است (Klabbers, 2009: 27). دیوان بین‌المللی دادگستری به درخواست مجمع عمومی سازمان ملل در نظر مشورتی درباره مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در سال ۱۹۹۶^۱ تأکید کرد که کشورها باید به طور صادقانه و با حسن نیت در مذاکرات برای خلع سلاح هسته‌ای شرکت کنند؛ چرا که این موضوع به دلیل تأثیرات جهانی‌اش، یک مسأله «عمومی» حقوق بین‌الملل تلقی شده و تلاشی برای روشن‌سازی حدود قانونی این سلاح‌ها محسوب می‌شود و اگر اقدامی از سوی دولت انجام شود، باید مطابق با قواعد کلی حقوق بین‌الملل عمومی باشد (ICJ, 1996). بنابراین اصطلاح عمومی در نظر دیوان، تأکید بر ارجحیت و اولویت حقوق بین‌الملل است.

از منظر تاریخی نیز، حقوق بین‌الملل عمدتاً به عنوان نظامی برای تنظیم روابط میان بازیگران عمومی یعنی دولت‌ها و بر مبنای برابری حاکمیت آن‌ها تکامل یافته است که این خود مشابه با منطق حاکم بر حقوق خصوصی در تنظیم روابط میان افراد برابر است (Klabbers, 2009: 1)؛ با این حال، باید توجه داشت که پایه‌های استواری تقسیم‌بندی حقوق بین‌الملل به دو شاخه عمومی و خصوصی متفاوت بوده است؛ حقوق بین‌الملل عمومی برآمده از وجود جامعه بین‌المللی مستقل و حقوق بین‌الملل خصوصی ناشی از نیاز به حل اختلافات میان قوانین مختلف در سطح ملی بوده است (Kunz, 1959: 379).

این تفاوت در خاستگاه و مبانی و ابهامات نظری پیرامون مفاهیم بنیادین، از دلایل اصلی چالش‌ها و اختلاف نظرهای مداوم در دسته‌بندی دوگانه محسوب می‌شود و بر ضرورت توجه به بسترهای شکل‌گیری و عوامل زمینه‌ساز در هرگونه بازتعریف تأکید دارد. این ابهامات نظری و تاریخی، در طول زمان منجر به شکل‌گیری رویکردهای مختلفی برای فهم نسبت میان حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی شده

درخواست را رد کرد؛ زیرا سؤال مطرح شده مربوط به مشروعیت حقوقی استفاده از سلاح بود و نه اثرات بهداشتی آن؛ و چنین مسائلی خارج از صلاحیت WHO و در حوزه اختیارات سازمان ملل قرار دارد. اما در سال ۱۹۹۶، نظریه خود را در پاسخ به درخواست مجمع عمومی سازمان ملل متحد درباره سؤال «آیا تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در هر شرایطی تحت قوانین بین‌المللی مجاز است؟» ارائه داد.

1. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Advisory Opinion, 1996

است که در ادامه به بررسی پیشینه آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۲. پیشینه دسته‌بندی دوگانه حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی

با گسترش تعاملات فرامرزی اشخاص خصوصی و پیچیده شدن مسائل مربوط به تعارض قوانین، سه رویکرد اصلی در خصوص نسبت میان حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی ظهور یافت که هریک تلاشی برای فهم و نظام‌بخشی به روابط حقوقی فرامرزی محسوب می‌شود؛ هرچند که با پیشرفت زمان و افزایش پیچیدگی‌های جهانی، محدودیت‌های آن‌ها نمایان گشته است.

رویکرد یکپارچگی، حقوق بین‌الملل خصوصی را جزئی از نظام واحدی تلقی می‌کند که روابط غیر دولتی را تنظیم نموده و در تفسیری گسترده‌تر، مرزهای میان روابط خصوصی و عمومی را نیز در برمی‌گیرد. این دیدگاه که توسط (Allott, 1999: 31; Schmidt, 1945: 244; Sterio, 2008: 2013)

مطرح شده، بر وحدت روابط خصوصی و عمومی تأکید داشته و در پی ادغام نظام‌های حقوقی ملی در چارچوب بین‌المللی است. طرفداران این رویکرد بر هم‌راستایی با حقوق بین‌الملل، برابری حقوق خارجی و داخلی و شمول روابط غیر دولتی تأکید می‌ورزند؛ با این وجود، این رویکرد با نادیده گرفتن تفاوت‌های بنیادین روابط، قادر به پاسخگویی کامل به پیچیدگی‌های موجود نیست.

رویکرد تمایز کامل بر جداسازی دقیق این دو رشته اصرار دارد. این دیدگاه معتقد است که حقوق بین‌الملل خصوصی بر روابط دولت‌ها تمرکز ندارد و باید از حقوق بین‌الملل عمومی که نظامی مبتنی بر روابط بین دولت‌هاست، متمایز باشد. آن‌ها به تفاوت در روش تنظیم روابط حقوقی، مجزا بودن نظام‌های حقوقی و تفاوت عملکردی در تنظیم روابط سیاسی و مدنی اشاره می‌کنند (Florea, 2020: 55; Bai- (kova & Bulgakova, 2019: 108; Shinkaretskaya, 2021: 55).

در مقابل، رویکرد تعامل و مکمل بودن، ضمن پذیرش تفکیک این دو حوزه، بر تعامل متقابل، مبنای و اهداف مشترک آن‌ها تأکید می‌ورزد. این رویکرد معتقد است که با فرایند جهانی‌شدن و پذیرش استانداردهای جهانی، این دو حوزه هم‌گام‌تر و نزدیک‌تر شده‌اند و به مثابه دو نظام مکمل، با حفظ ویژگی‌های متمایز خود، در پاسخ به چالش‌های معاصر به یکدیگر یاری می‌رسانند. طرفداران این رویکرد به

ریشه‌های مشترک، اصول حقوق طبیعی به عنوان مبنای مشترک و نقش مشترک در تنظیم بازارهای جهانی اشاره می‌کنند. این رویکرد به ادغام و نزدیکی دو حوزه می‌نگرد و ریشه‌های مشترک و تاریخ واحد آن‌ها را برجسته می‌سازد (Mills, 2017: 262; Mugarura, 2017: 1236; Franzina, 2020: 262).

سه رویکرد اصلی در تبیین رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی (یکپارچگی، تمایز کامل و تعامل مکمل) هر یک دارای نواقص مشخصی است. رویکرد یکپارچگی تفاوت‌های ماهوی را نادیده می‌گیرد، رویکرد تمایز کامل در ایجاد ارتباط سازنده ناتوان است و رویکرد تعامل مکمل نیز از ابهام در تعیین مرزها رنج می‌برد. ناکامی این رویکردها در پاسخ‌گویی به پیچیدگی‌های فزاینده روابط حقوقی بین‌المللی، ضرورت توسعه الگوی ذهنی^۱ جدیدی را آشکار می‌سازد تا بتواند به چالش‌های معاصر نظام حقوقی جهانی پاسخ جامع و روشنی ارائه دهد.

دسته‌بندی‌های کنونی عمدتاً بر ارتباطات بین نظامی^۲ متمرکزند که محدود به ارتباطات و مقایسه عناصر درونی دو یا چند نظام است. این رویکرد تطبیقی، با وجود شناسایی اشتراکات و افتراقات، معیار دقیقی برای تمایز واقعی دو حوزه ارائه نمی‌دهد؛ زیرا این دسته‌بندی با نادیده گرفتن عوامل زمینه‌ساز و ساختاری، کارکردها و عاملان، فاقد جامعیت لازم بوده و منجر به عدم وضوح در تفاوت‌های واقعی میان آن‌ها می‌شود؛ بنابراین بازتعریف نظام حقوقی بین‌المللی از منظر نظریه نظم‌گرایی ضروری است. این نظریه با تحلیل عمیق عوامل تشکیل‌دهنده و اعمال اصول توازن و تمایز، امکان دسته‌بندی دقیق‌تر را فراهم می‌آورد. از این منظر، حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی از حیث خاستگاه، بسترها، کارکردها و عاملان دارای تمایزات ساختاری مشخصی است.

۲-۲. پیامدهای عملی ناکارآمدی دسته‌بندی کلاسیک در نظام حقوقی

معاصر

در بخش پیشین نشان داده شد که رویکردهای نظری موجود در تبیین نسبت میان حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی با محدودیت‌های بنیادینی مواجه است. این محدودیت‌ها صرفاً در سطح نظری باقی نمانده و پیامدهای عملی ملموسی در کارآمدی

1. Paradigm

2. Intersystemic communications

و جامعیت نظام حقوقی در عصر حاضر به دنبال داشته است که به منظور تبیین مبنای انتقادی بازتعریف نظم گرایانه دسته‌بندی جدید نظام‌های حقوقی، در ادامه به تفصیل بررسی خواهد شد.

۱-۲-۲. ابهام در جایگاه، کارکرد و توسعه حقوق بین‌الملل خصوصی

حقوق بین‌الملل خصوصی به عنوان مجموعه‌ای از مقررات ناظر بر روابط حقوقی دارای عنصر خارجی میان اشخاص حقیقی و یا حقوقی (به مثابه تابعان حقوق خصوصی) (Berlingher, 2014: 43) و به عنوان بخشی جدایی‌ناپذیر از حقوق ملی که روابط حقوق خصوصی فرامرزی را تنظیم می‌کند (Baikovs & Bulgakova, 2019: 108)، طیف وسیعی از موضوعات حقوق خصوصی را در بر می‌گیرد. این حوزه بر موضوعاتی نظیر تابعیت، اقامتگاه، ازدواج و طلاق، ارث، مسئولیت مدنی و مسائل اقتصادی و مالی با یک عنصر فراملی تمرکز دارد (Tur et al. 2023: 243) و شامل سه حوزه اصلی است: تعارض قوانین (تعیین قانون حاکم)، تعارض دادگاه‌ها (تعیین دادگاه صالح) و شناسایی و اجرای احکام خارجی (الماسی و شمس، ۱۳۹۶: ۹). هدف غایی آن نیز ایجاد راه حل‌های منصفانه و قابل پیش‌بینی برای افراد و شرکت‌هایی است که در فضای بین‌المللی فعالیت می‌کنند (Walters, 2020: 307). این حوزه چنان‌که برخی دیگر از صاحب‌نظران نیز اشاره کرده‌اند، به دلیل ماهیت فراملی خود، همواره با حقوق بین‌الملل عمومی در تعامل بوده و دارای پیوندها و در عین حال تفاوت‌های بنیادینی با آن است (Swain et al. 2012: 1; Michaels, 2008: 253). با این حال در عمل، تخصیص نامتوازن منابع پژوهشی و آموزشی و توجه غالب به حقوق بین‌الملل عمومی، منجر به تضعیف جایگاه حقوق بین‌الملل خصوصی در نظریه‌پردازی، آموزش و حتی رویه قضایی شده است.

به نظر، نادیده گرفتن بسترهای شکل‌گیری، فقدان جامعیت در پوشش موضوعات مختلف، عدم رعایت توازن در دسته‌بندی و ناتوانی در پاسخ به الزامات زیست جهانی، بیشتر تلاش برای جداسازی^۱ سطحی بین دو حوزه است تا یک دسته‌بندی اصیل و کارآمد و با رعایت الزامات خاص آن؛ چرا که در پیچیدگی‌های

1. Separation

دنایای جهانی شده، مرز بین حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی مبهم شده است و تحولات نظام بین‌المللی و پدیده جهانی شدن، چالش‌های جدیدی را به وجود آورده که مستلزم عبور از این تقسیم‌بندی کلاسیک و ارائه بدیلی جامع و مانع است.

دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل، اغلب حقوق بین‌الملل خصوصی را در سایه گستردگی و دربرگیرندگی موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی قرار داده و از اهمیت آن کاسته است؛ چنان‌که در ادبیات حقوقی، گاه حقوق بین‌الملل عمدتاً معادل حقوق بین‌الملل عمومی تلقی می‌شود (Whytock, 2018: 150). این امر بدان معناست که در عمل، توجه به حقوق بین‌الملل خصوصی، قربانی گستردگی حقوق بین‌الملل عمومی شده است؛ در حالی که یک دسته‌بندی دقیق‌تر می‌توانست زمینه توسعه متوازن این حوزه را فراهم آورد. این دسته‌بندی سنتی، هم‌چنین انتظارات نامتناسبی از حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد کرده و در عین حال، کارکردهای بالقوه آن را محدود ساخته است. از یک سو گفته می‌شود که حقوق بین‌الملل خصوصی کمک‌چندانی به بحث حکمرانی جهانی نکرده و در قبال علل خصوصی^۱ بحران‌ها و بی‌عدالتی‌ها در عرصه‌هایی بازارهای مالی، حفاظت از محیط‌زیست، آلودگی، بدهی‌های دولتی و منابع طبیعی و استفاده از زمین نادیده گرفته سکوت اختیار کرده و موضوعات مهم را به حقوق بین‌الملل عمومی واگذار نموده است (Watt, 2011: 347). از سوی دیگر، ظرفیت واقعی این رشته محدودتر از انتظاراتی است که برای پاسخ‌گویی به گستره وسیعی از موضوعات پیچیده بین‌المللی از آن می‌رود. به عنوان مثال، این که حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی با چالش‌های مشابهی در فضای اینترنت مواجه هستند (Svantesson, 2006: 153)، نشان‌دهنده انتظارات بیش از ظرفیت از حقوق بین‌الملل خصوصی و ناتوانی حقوق بین‌الملل عمومی در پوشش تمامی این موضوعات نوظهور است که در دنایای جهانی شده و با حضور بازیگران غیر دولتی اهمیت یافته‌اند.

با وجود گسترش جهانی‌شدن و افزایش نقش بازیگران غیر دولتی در عرصه

۱. منظور نویسنده از علل خصوصی (private causes) بحران و بی‌عدالتی، شامل عملکردهای بازیگران غیر دولتی مانند شرکت‌های چندملیتی، مؤسسات رتبه‌بندی، نهادهای مالی و صندوق‌های سرمایه‌گذاری مربوط می‌شود که از طریق بهره‌برداری ناپایدار از منابع، ایجاد نوسانات مالی، فشار بر دولت‌ها در سطح جهانی عمل می‌کنند و در ایجاد نابرابری‌های جهانی نقش دارند.

فراملی، ما با این دیدگاه هم‌سو هستیم که این بازیگران نباید جایگاهی هم‌تراز با دولت‌ها در نظام حقوق بین‌الملل داشته باشند؛ چرا که این برابری می‌تواند با تضعیف اصل حاکمیت، فروپاشی نظم حقوقی مبتنی بر اجماع دولت‌محور و انتقال قدرت تصمیم‌گیری به نهادهای فاقد مشروعیت دموکراتیک و پاسخ‌گویی، به افزایش هرج و مرج هنجاری و بی‌ثباتی بین‌المللی منجر شود؛ ضمن آن‌که ناهم‌گونی ذاتی و تکثر منافع در میان این بازیگران، مانع از شکل‌گیری چارچوب حقوقی واحد و منسجم می‌شود؛ چنان‌که حتی در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز ضرورت بازنگری در مواجهه با شرایط نوین جهانی احساس می‌شود.

پدیده جهانی‌شدن با افزایش تعاملات و روابط فرامرزی در ابعاد مختلف، مسائل نوینی را در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح ساخته است. با توجه به محدودیت‌های هماهنگ‌سازی حقوق موضوعه بین‌المللی، همکاری‌های فراملی و بهره‌گیری از ابزارهای حقوقی مانند کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی که در سال ۱۸۹۳ با هدف متحدالشکل کردن تدریجی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی در رابطه با تعیین دادگاه و قانون صالح تأسیس شد (توسلی نایینی و احسانگر، ۱۴۰۰: ۱۵۶) که با کنوانسیون‌های لاهه^۱ برای ایجاد چارچوبی یکسان برای مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی، اهمیت بیشتری یافته است (Bernasconi, 2007: 350). هر چند حقوق بین‌الملل خصوصی عمدتاً ریشه در حقوق ملی دارد، اما دولت‌ها به طور فزاینده‌ای آماده تطبیق آن با معیارهای جهانی هستند (De Boer, 2010: 183). این معاهدات به عنوان منابع حقوق بین‌الملل خصوصی، روابط حقوقی نهادهای خصوصی را در سطح بین‌المللی تنظیم کرده و با هنجارهایی که بر مسائل اقتصادی و مالی تأثیر می‌گذارند، مستقیماً منافع اشخاص حقوق خصوصی را تحت تأثیر قرار می‌دهند (Malyha & Repetskyi, 2024: 507).

از این منظر، هر چند قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی می‌توانند ایده‌های

۱. کنوانسیون‌های لاهه، مجموعه معاهدات و توافق‌نامه‌های متعددی است که توسط سازمان بین‌دولتی در کنفرانس لاهه حقوق بین‌الملل خصوصی (۱۸۹۳) با هدف هماهنگ‌سازی قواعد حل تعارض قوانین و تقویت همکاری قضایی بین کشورها در مسائل فرامرزی، تدوین شده‌اند. (هادی و دیگران، ۱۴۰۱). این کنوانسیون‌ها و سازکارهای آن، نقش مهمی در تسهیل حل مسائل حقوقی فرامرزی، ایجاد امنیت حقوقی در معاملات بین‌المللی و پاسخ‌گویی به چالش‌های ناشی از جهانی‌شدن ایفا می‌کنند.

اساسی نظم بین‌المللی را در چارچوب حقوق خصوصی منعکس کرده و حتی یک حقوق بین‌الملل پنهان (خصوصی) را تشکیل دهند (Mills, 2009: 211)، اما در عمل، نقش این حوزه در رسیدگی به تضاد منافع و اختلافات فراملی در دنیایی با قوانین متعدد و پراکنده، همچنان چالش‌برانگیز است. موقعیت‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، ابعاد فراملی پیچیده‌ای دارند و این سؤال را مطرح می‌کنند که کدام مقام داخلی باید در این دنیای پراکنده به آن‌ها رسیدگی کند. نظم‌دهی خصوصی و تنظیم عمومی شرایط حقوق بین‌الملل خصوصی هرگز کار آسانی نبوده و قانون‌گذاران اغلب به آن توجه کافی نکرده‌اند، هرچند جوامع باز ما^۱ دیگر این عدم علاقه را برنمی‌تابند (Pinheiro & Kramer, 2014: 109). در واقع، ظهور بازیگران جدید جهانی و افزایش تعاملات بین‌المللی، تلاش علمی برای پاسخ به چالش‌های این حوزه را ضروری ساخته است.

برخی معتقدند که زمان آن فرا رسیده که حقوق بین‌الملل خصوصی رویکرد محتاطانه خود را تغییر داده و پذیرش بیشتری نسبت به الزامات قانونی و تصمیمات اداری خارجی نشان دهد (Lehmann, 2020: 1)، چراکه جهانی‌شدن و وابستگی متقابل جهانی، نیاز به تغییر رویکرد سنتی به حقوق بین‌الملل خصوصی را بیش از پیش آشکار کرده است. با وجود کارکردها و مزایای بالقوه حقوق بین‌الملل خصوصی، منتقدان بر ناکارآمدی آن در پاسخ به الزامات زیست بین‌المللی و نیازهای حکمرانی جهانی تأکید دارند. این حوزه در وضعیت کنونی جهانی‌شدن، نیازمند به‌روزرسانی و تطبیق با واقعیت‌های جهان پیوسته‌تر است و باید با تلفیق اصول کلی حقوق و فرآیندهای حقوقی بین‌المللی، ضمن حفظ نقش سنتی خود به عنوان راهنمای بازیگران فراملیتی، با چشم‌انداز جهانی در حال تغییر سازگار شود (Kotuby & Charles, 2012: 411). ناتوانی این رشته در مواجهه با مسائل مهم فرامرزی مانند مهاجرت یا تنظیم اقتصادی خصوصی و لزوم فاصله گرفتن از ایده دولت-ملت و پذیرش اشکال جدید اقتدار فراتر از دولت، ضرورت بازنگری مفهومی در مبانی و ویژگی‌های بدیع این حوزه حقوقی را در یک محیط جهانی‌شده، آشکار می‌سازد (Watt & Arroyo, 2014; Watt, 2016: 353). در واقع افزایش انتظارات از حقوق بین‌الملل خصوصی

1. our 'open societies

در برابر جهانی شدن، رشد ارتباطات و خلأهای حقوقی در روابط فرامرزی، اصرار بر حفظ الگوی ذهنی محدود کننده چارچوب‌های سنتی و دولت‌محور در برابر واقعیت‌های جدید جهانی، از جمله گسترش انواع ارتباطات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی، افزایش هم‌بستگی و تعاملات فراملی و هم‌زمان، ظهور تهدیدها و بحران‌های مشترک امنیتی و زیست‌محیطی است. در چنین فضایی، انواع بازیگران جدید با توانایی اعمال نفوذ و قدرت قابل توجه در صحنه جهانی حضور یافته‌اند که نمی‌توان آن‌ها را صرفاً در دسته‌بندی‌های کلاسیک حقوق بین‌الملل محصور کرد.

۲-۲. مغفول ماندن حقوق عمومی با عنصر مرزی

یکی دیگر از پیامدهای مهم ناکارآمدی دسته‌بندی کلاسیک، نادیده گرفته شدن یا کم‌توجهی به آن بخش از قواعد حقوق عمومی است که دارای عنصر فرامرزی بوده و روابطی فراتر از مرزهای یک دولت را تنظیم می‌کنند. در چارچوب دسته‌بندی کلاسیک، فقدان جامعیت منجر به نادیده گرفته شدن حوزه‌هایی از حقوق عمومی شده است که به وضوح دارای ابعاد فرامرزی است. حقوق عمومی به‌طور سنتی شامل روابط اجتماعی مرتبط با فعالیت‌های مدیریتی دولت، سازمان‌دهی و اجرای قدرت دولت، حفاظت از نظم عمومی، نظامات ارگان‌های دولتی، استفاده از اموال دولتی و تأمین فعالیت‌های دولت است. در این نگاه، دولت به عنوان داور در منازعات عمل می‌کند؛ به‌ویژه زمانی که توافق‌های خصوصی کارایی ندارند (Kvandik, 2023: 132)؛ هم‌چنین روابط میان افراد و دولت مانند قوانین جزایی و مهاجرت و مسائل مربوط به حقوق بشر را تنظیم می‌نماید (Webley & Samuels, 2021). حال پرسش این است: اگر روابط خصوصی با عنصر مرزی، شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل (خصوصی) را تشکیل می‌دهد، چرا روابط حقوق عمومی که با همین عنصر مرزی آمیخته شده‌اند، در این دسته‌بندی جایگاه مشخصی ندارند و عملاً مغفول مانده‌اند؟ این غفلت در حالی است که دولت‌ها تمایل طبیعی به ترویج و حتی تحمیل منافع ملی خود در خارج از قلمرو سرزمینی‌شان دارند (Lazareff, 1995: 137) و در عمل، بسیاری از کشورها برخی از قواعد حقوق عمومی خود را در خارج از مرزها تعمیم می‌دهند و در واقع کاربرد فراسرزمینی حقوق عمومی خارجی به طور فزاینده‌ای، به‌ویژه در حوزه‌هایی که به نوعی با حقوق بین‌الملل خصوصی و روابط خصوصی با عنصر فرامرزی تلاقی

پیدا می‌کنند، امکان‌پذیر است و حتی ضروری می‌نماید.

در این راستا، اصولی موازی با قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مانند اصل صلاحیت سرزمینی در تعارض قوانین، برای توجیه یا محدود کردن این اعمال فرامرزی حقوق عمومی مطرح شده است. هرچند گفته می‌شود که قوانین جزایی یک ملت اصولاً نمی‌تواند فراتر از قلمرو خود گسترش یابد، مگر در مورد شهروندان خود (Haight, 1954: 639)، اما مفهوم «اصل صلاحیت سرزمینی»^۱ (Payer, 2023: 175) و تفاسیر موسع از آن، به طور فزاینده‌ای برای توجیه رسیدگی به جرائمی که آثارشان فراتر از مرزهاست یا در خارج از قلمرو توسط اتباع ارتکاب یافته، به کار گرفته می‌شود.^۲

قانون‌گذاری فراسرزمینی حق تعیین سرنوشت را نقض می‌کند؛ زیرا مردم را تابع هنجارهای قانونی می‌کند که آزادانه آن را تأیید نکرده‌اند (Criddle, 2024: 607) و با وجود این که قوانین دولتی اصولاً دارای ماهیت سرزمینی برای نشان دادن قدرت حاکمیت دولت است و مرزهای دولت‌ها که در حقوق بین‌الملل عمومی تعریف شده است، نقش حیاتی در حفظ تمامیت ارضی و کنترل مؤثر بر سرزمین دارند (Johnston, 1990: 548)، اما ظرافت‌هایی در این موضوعات است که با دسته‌بندی کلاسیک و تکیه بر اصول خاصی از حوزه‌هایی چون حقوق بین‌الملل، قابل توجیه نیست. چنان‌که اصل سرزمینی و ایجاد صلاحیت کیفری به طور فزاینده‌ای برای پوشش موقعیت‌هایی که جرم در خارج از قلمرو یک کشور انجام شده است درک می‌شود که منجر به توسعه مفاهیم آمیخته با اصول فراسرزمینی می‌شود (Tatarinov, 2021: 8). در واقع نمی‌توان دولت‌ها را به طور مطلق از حق اعمال صلاحیت بر

1. Principle of Territorial Jurisdiction

۲. از نظر نویسندگان اعمال قوانین کیفری فراسوی مرزها باید مبتنی بر اصول حقوق بین‌الملل مانند صلاحیت سرزمینی (محل وقوع جرم) یا اصل جهان‌شمولی (تحقق بخشی از عناصر جرم در قلمرو کشور) باشد و دولت‌ها موظف‌اند برای این اقدام توجیه حقوقی معتبر ارائه کنند. وی اصل تأثیرات غیر تشکیل دهنده را رد می‌کند؛ مگر آن‌که اثرات بخشی از تعریف قانونی جرم باشند. هم‌چنین اعمال صلاحیت فرامرزی باید با رعایت اصل اعتدال و پرهیز از سوء استفاده انجام شود و اولویی ذاتی برای صلاحیت سرزمینی در برابر سایر صلاحیت‌ها (مانند تابعیت) وجود ندارد. مشارکت در جرائم خارجی از داخل قلمرو یک کشور قابل پیگرد است، اما مشارکت جزئی در خارج از مرزها مجوز اعمال قانون نیست. نویسندگان هشدار می‌دهد که گسترش صلاحیت فرامرزی بدون پای‌بندی به چارچوب‌های حقوق بین‌الملل، به تضاد صلاحیت‌ها و نقض حاکمیت دولت‌ها می‌انجامد.

خارج از مرزها در موضوعاتی که مربوط به نظم و منافع عمومی، امنیت ملی و نیز اخلاق حسنه آن جامعه است محروم کرد؛ بنابراین دسته‌بندی کلاسیک، با نادیده گرفتن این حوزه از «حقوق عمومی بین‌الملل» یا «حقوق عمومی با عنصر مرزی»، قادر به ارائه چارچوبی برای تحلیل و تنظیم این وضعیت‌های پیچیده نیست.

مشکل اصلی در دسته‌بندی فعلی حقوق بین‌الملل، معیارهای نادرست و سطح نامناسب آن است؛ دسته‌بندی فعلی حقوق بین‌الملل به «حقوق بین‌الملل خصوصی» و «حقوق بین‌الملل عمومی» بر اساس معیارهای نادرست و در سطح نامناسبی انجام شده است. برای طبقه‌بندی مؤثرتر باید ابتدا معیارهای بنیادی‌تر مانند ماهیت روابط (عمومی/خصوصی)، نوع عاملان حقوقی (دولت‌ها/سازمان‌های بین‌المللی یا اشخاص خصوصی) و گستره، کمیت و کیفیت تعیین شوند و سپس زیرمجموعه‌ها مشخص گردند. این دو شاخه به‌رغم پرداختن به روابط فرامرزی و برخی هم‌پوشانی‌ها، تفاوت‌های اساسی دارند که قرار دادن آن‌ها در یک طبقه‌بندی نمی‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای نظام حقوقی امروز در حوزه‌های داخلی و فرامرزی باشد.

در دسته‌بندی نظم‌گرایانه، این حقوق عمومی بین‌المللی شده^۱ یا حقوق عمومی بین‌المللی^۲ که مربوط به روابط حقوق عمومی با عامل مرزی است، شناسایی شده و به عنوان بخشی از حقوق داخلی که به شدت با حاکمیت، هنجارها و نظم عمومی کشورها مرتبط است، مورد توجه قرار می‌گیرد.^۳ این حوزه از حقوق داخلی که اختیار تدوین قواعد آن نزد دولت‌ها قرار دارد، بر اساس ملاحظات خاص منافع و مصالح ملی شکل می‌گیرد. در واقع با این سه اصل: قاعده منشاء اقتدار دولتی داشته باشد؛ موضوع آن به وظایف یا صلاحیت‌های عمومی مربوط باشد مانند قوانین کیفری،

1. Internationalized Public Law

2. International Public Law

۳. این عنوان متفاوت از حقوق عمومی بین‌المللی مورد نظر (Von Bogdandy, Goldmann & Venzke, 2017: 115) که آن را به عنوان بخشی نوین از توانمندسازی و نظم‌بخشی منافع عمومی توسط نهادهای بین‌المللی می‌دانند که اقتدار عمومی بین‌المللی، ابزارهای حکمرانی نرم و غیر رسمی و فعالیت‌های نهادهای هیبریدی و ساختارهای شبکه‌ای را پوشش می‌دهد. در واقع در نظریه نظم‌گرایی؛ حقوق عمومی با عامل فرامرزی یا حقوق عمومی بین‌المللی شده، به عنوان حوزه‌ای مستقل و موازی با حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود که به مسائلی هم‌چون صلاحیت کیفری فراسرزمینی، مقررات مالیاتی با عامل خارجی و اعمال قوانین تنظیمی و نظارتی دولت‌ها در حوزه‌های فرامرزی می‌پردازد.

تعقیب جرم، مالیات و تنظیم بازار یا تحریم‌ها)؛ و مخاطب اصلی دولت یا نهاد عمومی باشد یا قاعده اثری عمده بر منافع عمومی داشته باشد، با مجموعه‌ای از قوانینی مواجه هستیم که در دسته‌بندی مستقل قرار می‌گیرند و از سایر دسته‌های حقوقی، به‌خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی متمایز می‌شوند.

این اقدام دولت‌ها، اعمال فراسرزمینی قوانین داخلی است که در آن کشورها از قدرت حاکمیتی خود برای تنظیم رفتار اشخاص حقیقی و حقوقی در فراتر از مرزهای خود استفاده می‌کنند. این اعمال می‌تواند به شکل‌های مختلفی ظاهر شود. نمونه‌های بسیاری از تعمیم قوانین مربوط به حوزه حقوق عمومی به خارج از مرزها وجود دارد؛ چنان‌که قانون‌گذار ایرانی در ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۹) توهین به ادیان الهی و مذاهب اسلامی مصرح در قانون اساسی را جرم‌انگاری کرده و این جرم را در زمره جرائم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور قرار داده است (رحیمی، شایگان‌فرد و شیخ‌الاسلامی، ۱۴۰۲: ۲۳۳). این قانون از منظر حاکمیت کیفری، محدودیت سرزمینی نداشته و بر اساس اصول صلاحیت فراسرزمینی، امکان تعمیم به خارج از مرزها را نیز دارد؛ به ویژه در مواردی که منافع امنیت ملی یا حمایت از اتباع ایرانی مطرح باشد.

از سوی دیگر، اگرچه جامعه بین‌المللی تدریجاً استثنائاتی را بر اصل مصونیت دولت پذیرفت که در کنوانسیون ۲۰۰۴ سازمان ملل مندرج است، اما برخی کشورها مانند کانادا با در نظرگیری منافع خود، استثناهای جدیدی ایجاد کردند. کانادا در سال ۲۰۱۲ با تصویب قانون «عدالت برای قربانیان تروریسم» و اصلاح قانون مصونیت دولت، صلاحیت دادگاه‌های خود را برای رسیدگی به دعاوی علیه ایران با ادعای حمایت از تروریسم گسترش داد (توحیدی و شاکری، ۱۴۰۳: ۱). این امر خارج از چارچوب کنوانسیون بین‌المللی و نمونه‌ای از اعمال فراسرزمینی قوانین داخلی محسوب می‌شود. در واقع ما با قوانینی مواجه هستیم که کشورها به خارج از مرزهای سرزمین خود تعمیم داده‌اند که نه کاملاً در حقوق بین‌الملل عمومی (چون خارج از کنوانسیون است) و نه در حقوق بین‌الملل خصوصی (چون مربوط به روابط دولت‌هاست) جای می‌گیرند.

نمونه‌ای دیگر از قوانین داخلی که با امکان عامل مرزی، حقوق عمومی

را فرامرزی می‌کند، مربوط به رمزارزهای غیر متمرکز است که از زمان معرفی در سال ۲۰۰۹ و با گسترش کاربردشان در سال‌های اخیر، به موضوعی مهم در حوزه تنظیم‌گری بسیاری از دولت‌ها بدل شده‌اند. این فناوری‌ها که بر پایه دفترکل توزیع‌شده و شبکه‌های نظیر به نظیر عمل می‌کنند و از نظارت متمرکز بانک‌های مرکزی مستقل‌اند، ویژگی‌هایی مانند ناشناس بودن، فقدان طبقه‌بندی یکسان جهانی، مشکلات ارزش‌گذاری و نوسانات شدید را به همراه دارند؛ ویژگی‌هایی که چالش‌های مهمی در عرصه سیاست‌گذاری، به‌ویژه در زمینه مسائل مالیاتی ایجاد کرده‌اند. پیامد این چالش‌ها، آشفتگی و پراکندگی مقررات و نیز پدید آمدن ریسک‌هایی مانند اعمال مالیات‌های نامتناسب برای کاربران است. (الهیاری فرد و پروین، ۱۴۰۳: ۱۳۹). این تنوع و ناهماهنگی در رویه‌های مالیاتی دولت‌ها نمونه‌ای آشکار از گستره اختیارات حاکمیتی در اعمال مالیات بر عواید اشخاص حقیقی و حقوقی با وابستگی تابعیت و یا اقامت است و نمونه‌ای از قواعد عمومی کشورهاست که قابلیت فرامرزی نیز می‌یابند و خود نیازمند یک مبحث مستقل در دسته بندی نظام‌های حقوقی هستند، موضوعی که در دسته‌بندی کلاسیک نادیده گرفته شده است.^۱

۳-۲. ناتوانی در مواجهه با پدیده‌های نوظهور و بازیگران جدید

علاوه بر ابهامات ساختاری و غفلت از حوزه‌هایی مانند حقوق عمومی با عنصر مرزی، دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل در مواجهه با پویایی‌های عصر جهانی‌شدن، ظهور بازیگران غیردولتی و شکل‌گیری پدیده‌ها و حوزه‌های نوین حقوقی نیز با چالش‌های جدی در ارائه یک چارچوب تحلیلی و تنظیمی کارآمد

۱. چنان‌که بیان شد نمونه‌های بسیاری از اعمال فراسرزمینی قوانین داخلی وجود دارد که می‌توان از بین آن‌ها به قانون مبارزه با فساد در خارج از کشور ایالات متحده (United States Foreign Corrupt Practices Act - FCPA) مصوب ۱۹۷۷ اشاره کرد که طی آن شرکت‌ها را از پرداخت رشوه به مقامات دولتی خارجی و چهره‌های سیاسی منع می‌کند و نقض آن منجر به جریمه‌های کیفری و مدنی، تعلیق، محرومیت از قراردادهای دولتی و مجازات زندان برای کارکنان و مدیران می‌شود. این قانون دامنه گسترده‌ای دارد و شامل طرف‌های ثالث و الزامات ثبت سوابق است. به طور مشابه، قانون رشوه‌خواری انگلستان مصوب ۲۰۱۰ (UK Bribery Act) نیز پرداخت رشوه به مقامات خارجی را ممنوع کرده و شرکت‌ها را ملزم به رعایت دستورالعمل‌های ضد رشوه‌خواری می‌کند (Kilcoyne et al., 2013: 355). به عنوان نمونه، ایالات متحده با اجرای قانون مبارزه با فساد در خارج از کشور (FCPA) مصوب ۱۹۷۷، شرکت فرانسوی آلستوم (Alstom) را در سال ۲۰۱۴ به دلیل پرداخت رشوه به مقامات خارجی در کشورهایمانند اندونزی و مصر، به پرداخت جریمه‌ای ۷۷۲ میلیون دلاری محکوم کرد (Stanford FCPA Clearinghouse, 2014).

روبرو است. این ناتوانی در پوشش جامع، به‌ویژه در قبال بازیگران عصر جهانی‌شدن آشکار است. در حالی که دسته‌بندی سنتی عمدتاً بر دولت‌ها به عنوان تابعان اصلی حقوق بین‌الملل و اشخاص خصوصی به عنوان تابعان حقوق داخلی (حتی با وصف فرامرزی) تمرکز دارد، واقعیت کنونی نشان می‌دهد که بازیگران غیردولتی، از شرکت‌های چندملیتی گرفته تا سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی و حتی شبکه‌های فراملی، نقش فراینده و گاه تعیین‌کننده‌ای در روابط بین‌المللی و تنظیم مناسبات فرامرزی ایفا می‌کنند.

حقوق بین‌الملل به‌رغم مشارکت فعال برخی از این سازمان‌ها در شکل‌گیری و اجرای قواعد بین‌المللی، شخصیت حقوقی بین‌المللی در حد تابعان این حقوق را برای آن‌ها شناسایی نکرده است (قاسمی و تسخیری، ۱۳۹۶: ۲۱۵). دسته‌بندی کلاسیک، چارچوب مفهومی روشنی برای تبیین جایگاه و نقش حقوقی این بازیگران ارائه نمی‌دهد (Rijnhart, 2017: 155). از این منظر مفهوم بنیادین «عمومیت» در حقوق بین‌الملل عمومی تا حد زیادی توسط متخصصان این حوزه مورد بررسی قرار نگرفته است؛ در حالی که فرایندهای جهانی شدن، مرز بین بخش عمومی و خصوصی را محو کرده و نحوه تعریف، مذاکره و اقدام نهادهای خصوصی در مورد منافع و کارکردهای عمومی که به‌طور سنتی در حوزه انحصاری حاکمیت دولت‌ها تلقی می‌شدند را تحت تأثیر قرار داده است (Lo Giacco, 2023: 270).

یکی از تبعات فقدان جامعیت در دسته‌بندی کلاسیک، عدم دربرگیرندگی شاخه‌های جدید و میان‌رشته‌ای حقوق است که منجر به بروز ابهام در مرزبندی‌ها می‌شود. به عنوان مثال، حقوق هوایی حوزه‌ای پیچیده است که هم‌زمان شامل عناصر حقوق عمومی (مانند حاکمیت بر فضای سرزمینی و معاهدات بین دولتی ناظر بر هوانوردی)، حقوق خصوصی (مانند قراردادهای حمل و نقل هوایی و مسئولیت مدنی)، حقوق بین‌الملل (مانند مقررات سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری) و قوانین داخلی می‌شود.

چالش مشابهی در حوزه حقوق کیفری نیز مشاهده می‌شود. با گسترش روابط بین‌المللی و ظهور جرائم فراملی، تمایز سنتی میان حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی در این حوزه نیز ناکارآمد به نظر می‌رسد (Florea, 2020: 55). این

تفکیک در ظاهر منطقی است، اما در عمل با چالش‌های جدی مواجه است. حقوق کیفری بین‌الملل^۱ که حاوی اصول کلی برای مسئولیت کیفری افراد در قبال جنایات تحت حقوق بین‌المللی مانند نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت است و شامل دکترین‌های مسئولیتی مانند شرکت در جرم یا مسئولیت فرماندهی می‌شود که نقش اصلی را در تخصیص مسئولیت بین افراد درگیر در جنایات جمعی ایفا می‌کند (Danner & Martinez, 2005: 75)، از حقوق کیفری فراملی^۲ که مربوط به تعارض قوانین و صلاحیت‌ها در مورد جرائمی با عنصر بیگانه در سطح ملی می‌پردازد متمایز است.

تمایز بین این دو نظام بر چهار اساس قابل توجیه است: ماهیت مستقیم در برابر غیر مستقیم؛ اعمال صلاحیت جهانی مطلق در برابر اشکال محدودتر صلاحیت فرامرزی؛ حمایت از منافع و ارزش‌های بین‌المللی در برابر ارزش‌های فراملی محدودتر؛ و تفاوت در ساختار جوامع بین‌المللی که این هنجارهای کیفری را ترویج می‌دهند (Boister, 2003: 953). در این نظر، حقوق جزا که در نگاه سنتی ذیل حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل کیفری که ذیل حقوق بین‌الملل عمومی (با تمرکز بر دولت‌ها) قرار می‌گیرد، از حقوق بین‌الملل خصوصی که به رابطه خصوصی بین افراد می‌پردازد جدا تلقی می‌شود. این امر بدان معناست که علی‌رغم وجود عنصر فرامرزی در بسیاری از جرائم، دسته‌بندی کلاسیک قادر به ارائه چارچوبی جامع برای مسائلی چون تعیین صلاحیت قضایی در جرائم فراملی مانند مجازات اتباع در خارج یا جرائم چندملیتی، تعارض قوانین ملی با معیارهای بین‌المللی، ناهمخوانی در تعریف جرائم مثلاً تمایز نسل‌کشی از پول‌شویی فراملی^۳، مشکلات اجرای احکام مانند امتناع کشورها از همکاری و ابهام در مسئولیت نهادهای غیر دولتی (شرکت‌های چندملیتی یا گروه‌های شبه‌نظامی در ارتکاب جرائم فراملی) نیست. این چالش‌ها که

1. Transnational criminal law (TCL)

2. Transnational Criminal Law

۳. عدم وضوح در تمایز بین جنایات بین‌المللی شدید (مانند نسل‌کشی) و جرائم فرامرزی معمولی (مانند پول‌شویی) باعث سردرگمی در تعیین مرجع قضایی صالح و قانون حاکم می‌شود. این مشکل در جرائمی که هم‌زمان ابعاد بین‌المللی و داخلی دارند پیچیده‌تر می‌شود و منجر به تأخیر در رسیدگی قضایی، ایجاد فرصت فرار برای مجرمان و تعارض در اجرای عدالت می‌گردد. این وضعیت نیازمند استانداردهای شفاف بین‌المللی برای تفکیک این دو حوزه است.

به موازات اهمیت حقوق بین‌الملل خصوصی وجود دارند، در دسته‌بندی کلاسیک جایگاه روشنی ندارند.

حوزه اقتصادی مالی و سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز نمونه‌های دیگری از ناکارآمدی دسته‌بندی کلاسیک را به نمایش می‌گذارند. در این حوزه‌ها، تلاش می‌شود از طریق توافق‌های بین‌الدولی^۱ به وحدت رویه در تنظیم امور مالی و سرمایه‌گذاری فرامرزی دست یافت. مفهوم مالیه عمومی با معیار منافع عمومی، ضرورت تنظیم قانونی عمومی دولتی را در عرصه‌هایی چون بانکداری، بازار اوراق بهادار و بیمه دیکته می‌کند و حفظ نظم اقتصادی عمومی به عنوان معیار اصلی صلاحیت روابط مالی بین‌المللی مطرح است (Alexeevitch, 2015: 350). از این منظر، حقوق مالی بین‌المللی را می‌توان یکی از زیرشاخه‌های حقوق عمومی دانست که عمدتاً به تنظیم روابط مالی بین دولت‌ها و سایر بازیگران بین‌المللی از طریق معاهدات دوجانبه و چندجانبه می‌پردازد. این تلاش‌ها، هرچند مشابه کنوانسیون‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (مانند کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸)^۲ هستند، اما در چارچوب منافع عمومی دولت‌ها صورت می‌گیرند.

رابطه میان دولت‌ها، نهادهای دولتی و نهادهای غیردولتی بیگانه در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری^۳ نیز وضعیت مشابهی دارد. با ظهور نظام بین‌المللی حفاظت از سرمایه‌گذاران مبتنی بر داوری سرمایه‌گذار-دولت و معیارهای گسترده حفاظت از سرمایه‌گذاران، وضعیت حقوقی سرمایه‌گذاران ارتقاء یافته و آن‌ها می‌توانند خواستار

1. Intergovernmental

۲. کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در مورد تشخیص و اجرای حکم‌های داوری بین‌المللی (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) به عنوان مهم‌ترین اسناد حقوق بین‌الملل خصوصی است (معین و حسینی، ۱۴۰۰: ۱۳۳). این کنوانسیون با تقویت داوری بین‌المللی و تضمین اجرای فرامرزی آرای داوری، به حل اختلافات میان اشخاص حقیقی و حقوقی از کشورهای مختلف کمک می‌کند و موجب هماهنگ سازی قوانین ملی با استانداردهای بین‌المللی می‌شود. دامنه کنوانسیون محدود به آرای داوری تجاری بین‌المللی است و شامل داوری‌های داخلی یا اختلافات غیر تجاری نمی‌شود. ماده ۵ کنوانسیون به دولت‌ها اجازه می‌دهد در شرایط محدودی (مانند مغایرت با نظم عمومی یا نقض در فرایند داوری) از اجرای رأی خودداری کنند، اما در عمل، این استثنائات به ندرت اعمال می‌شود تا کارایی کنوانسیون در تسهیل تجارت بین‌المللی حفظ شود (United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958).

3. Investment Law

خسارت در برابر دولت‌های میزبان شوند (Harten, 2005: 600). هم‌چنین امکان نظارت بر رفتار دولت‌ها از طریق قضاوت‌های الزام‌آور بین‌المللی در چارچوب معاهدات منطقه‌ای و دوجانبه داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری فراهم شده است (Harten & Loughlin, 2006: 121). از این رو، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به دلیل کنترل قضایی آن بر اعمال اقتدار عمومی و دسترسی جهانی، ممکن است به عنوان شکلی از حقوق عمومی تلقی شود؛ چرا که اختلافات حاصل از آن، مسائلی عمومی هستند که از یک رابطه دوجانبه خصوصی فراتر می‌روند (Kulick, 2011: 917). با این حال، این نظام حقوقی به شدت به انعطاف حاکمیتی دولت در ایجاد و اجرا وابسته است. این موضوع گاهی در تعامل با منافع خصوصی سرمایه‌گذاران و اعمال حاکمیتی یک دولت در راستای منافع عمومی و تعهدات بین‌المللی آن در قبال حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی، با تعارض مواجه می‌شود. در این زمینه، دولت‌ها نه تنها به عنوان امضاکنندگان معاهدات، بلکه به عنوان مجریان قوانین و مقررات داخلی با ماهیت عمومی (مانند قوانین سرمایه‌گذاری، مالیات، محیط‌زیست و امنیت ملی) در روابط فرامرزی با سرمایه‌گذاران عمل می‌کنند. به عبارتی، چنین موضوعی هم در حوزه اختیارات دولتی و حقوق عمومی دارای عامل فرامرزی قرار می‌گیرد و هم حقوق بین‌الملل (عمومی) بر آن حاکم است.

این پیچیدگی، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی را به حوزه‌ای چندوجهی و منحصر به فرد تبدیل کرده که هم‌زمان با سه بُعد حقوقی سروکار دارد: حقوق خصوصی فرامرزی، حقوق عمومی فرامرزی و حقوق بین‌الملل (عمومی). تعیین این که کدام حوزه حقوقی در موضوعات مبتلا به، ارجحیت و اولویت دارد، محل تأمل و چالش است؛ چرا که تعیین برتری هر یک، مسیر خاص خود را در تحلیل و اجرا طی می‌کند. این تضاد، به ویژه در تلقی داوری معاهدات سرمایه‌گذاری به عنوان بخشی از حقوق عمومی در برابر مفهوم سنتی حقوق بین‌الملل (به عنوان حقوقی میان نهادهای نمایندگی عمومی یعنی دولت‌ها) آشکار می‌شود. مفهوم سنتی حقوق بین‌الملل، ظرفیت پیشبرد طیف گسترده‌ای از اهداف سیاست عمومی از جمله اهداف اجتماعی، زیست‌محیطی و فرهنگی بین‌المللی را به شکلی یکپارچه دارد؛ اما رویکرد رادیکال حقوق عمومی بین‌المللی شده به داوری سرمایه‌گذاری، ممکن است پیامدهایی

به‌ویژه در شناسایی حقوق سرمایه‌گذاران تحت حقوق بین‌الملل، برای مفهوم سنتی حقوق بین‌الملل داشته باشد که نیازمند تأمل بیشتر است (Foster, 2015: 461). از این منظر، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی باید در چارچوب سنتی حقوق بین‌الملل عمومی باقی بماند؛ جایی که فقط دولت‌ها شخصیت حقوقی بین‌المللی کامل دارند و اشخاص خصوصی باید از طریق سازکار حمایت دیپلماتیک دولت متبوع خود اقدام کنند. این دیدگاه، اعطای حق دادخواهی مستقیم به سرمایه‌گذاران علیه دولت‌ها در داوری‌های بین‌المللی را موجب محدودیت توانایی دولت‌ها در تنظیم امور داخلی و پیگیری سیاست‌های عمومی گسترده‌تر مانند حفاظت محیط‌زیست، حقوق کارگران یا سلامت عمومی می‌داند؛ موضعی که با روند فعلی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در تضاد است. از سوی دیگر، بازگشت به الگوی سنتی حقوق بین‌الملل برای حقوق سرمایه‌گذاری تبعات قابل توجهی دارد، از جمله ناکارآمدی حمایت دیپلماتیک، سیاسی شدن اختلافات اقتصادی، عدم قطعیت حقوقی برای سرمایه‌گذاران و کاهش جریان سرمایه‌گذاری به کشورهای در حال توسعه. چالش اصلی در این حوزه، یافتن تعادل مناسب بین حمایت مؤثر از حقوق سرمایه‌گذاران و حفظ توانایی دولت‌ها برای تنظیم‌گری در راستای منافع عمومی است - تعادلی که نظام کنونی، علی‌رغم نقایص خود، سعی در دستیابی به آن دارد.

ابهامات و چالش‌های پیش‌گفته در مرزبندی حوزه‌های حقوقی نوین مانند حقوق هوایی، حقوق جزا و حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق مالی و سرمایه‌گذاری بین‌المللی که همگی دارای وجوه مشترک و چندگانه هستند، بر چالش‌های بنیادین دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل افزوده و ناکارآمدی آن را در تعیین جایگاهی روشن برای این موضوعات، به‌ویژه در مواجهه با پدیده‌های نوظهوری مانند جرائم سایبری و مسائل زیست‌محیطی فراملی، آشکارتر می‌سازد. این دسته‌بندی سنتی، اگرچه در گذشته کارایی نسبی داشته است، اما در مواجهه با پدیده فراگیر جهانی شدن^۱ و گسترش ارتباطات در حوزه‌های مختلف و همچنین الزامات جدید زیست در دنیای متحول کنونی، نیازمند تغییر در نگرش و شکل‌دهی به یک دسته‌بندی جدید است. جهانی‌شدن با افزایش قدرت و نفوذ بازیگران غیردولتی، چالش‌های بنیادینی

را متوجه ساختار دولت محور حقوق بین الملل کرده است. شرکت های چندملیتی، کمیته های بین المللی ورزشی، نهادهای مالی جهانی، سازمان های مردم نهاد فراملی و حتی سکوها های دیجیتال جهانی، اکنون نه تنها به عنوان مخاطبان قواعد حقوق بین الملل، بلکه به مثابه تنظیم گرانی مستقل عمل می کنند که گاه قدرت آن ها از برخی دولت ها نیز فراتر می رود. این بازیگران غیردولتی با ایجاد نظام های خودتنظیمی، استانداردهای فنی جهانی، قواعد رفتاری داوطلبانه و سازوکارهای حل اختلاف خصوصی، به نوعی قانون گذاری خصوصی فراملی^۱ دست زده اند که نه در چارچوب سنتی حقوق بین الملل می گنجد و نه تحت حاکمیت انحصاری یک دولت مشخص قرار می گیرد.

در واقع، این بازیگران جدید غیردولتی، به موازات نظام بین الملل (مبتنی بر دولت ها)، معیارهای خود را بر روابط با سایر بازیگران تحمیل کرده و مجموعه ای از قواعد خاص را در موضوعات ویژه در قالب حقوق جهانی تدوین و توسعه می بخشند. این امر به شکل گیری نوعی حکمرانی خصوصی جهانی^۲ انجامیده است که به موازات و گاه مستقل از حاکمیت دولت ها عمل کرده و حتی پرسش های اساسی درباره مشروعیت، پاسخ گویی و عدالت را در جایگاهی هم تراز با بازیگری دولت ها مطرح می سازد. حقوق بین الملل سنتی که بر پایه توافق دولت ها بنا شده، در برابر این نهادهای تنظیم گر خصوصی (مانند اتاق بازرگانی بین المللی یا سازمان های استانداردسازی جهانی) که عملاً قواعد و هنجارهای فراملی وضع می کنند، با بحران کارآمدی مواجه شده است.

البته نظام حقوق بین الملل برای انطباق با این واقعیت های جدید، تلاش هایی از جمله تدوین اصول راهنمای سازمان ملل در مورد تجارت و حقوق بشر (۲۰۱۱) و تلاش برای ایجاد معاهده الزام آور برای شرکت های فراملی و تقویت مقررات داشته است، اما این اقدامات نتوانسته است به سرعت تحولات و چالش های ناشی از قدرت گیری بازیگران غیر دولتی پاسخ مناسبی ارائه دهند و این وضعیت منجر به بروز تردیدهایی نسبت به نقش انحصاری دولت ها و به تبع آن، سازمان های بین المللی در

1. Transnational Private Legislation

2. Global Private Governance

حقوق بین‌الملل شده است. در این راستا، برخی از صاحب‌نظران معتقدند که بازیگران غیر دولتی باید حقوق و تعهداتی در تولید قوانین بین‌المللی در کنار دولت‌ها داشته باشند؛ به ویژه زمانی که دولت‌ها نمی‌توانند به درستی نقش‌های حمایتی را ایفا کنند (Rijnhart, 2017: 155). با این نگاه، بازیگران غیردولتی می‌توانند با رعایت شروطی مانند اهمیت قابل توجه، شناسایی جزئی بین‌المللی و توجیه مشروعیت حقوقی، از طریق اقدامات یک‌جانبه، به ایجاد حقوق و تعهدات بین‌المللی کمک کرده و دامنه حقوق بین‌الملل را برای انعکاس صدای خود گسترش دهند (Sergeev, 2008: 65).

در مقابل، منتقدانی با ایده جایگاه برابر برای بازیگران غیر دولتی و دولت‌ها در حقوق بین‌الملل مخالفند و معتقدند که دولت‌ها نباید تنها دروازه‌بان ورود به دسته اشخاص حقوقی بین‌المللی باشند؛ زیرا حاکمیت ارضی، معیار اصلی این جایگاه است. از این رو، بازیگران غیر دولتی نباید در حقوق بین‌الملل دارای موقعیتی برابر با دولت‌ها باشند (Thirlway, 2017: 141). در این نگاه، موقعیت منحصر به فرد دولت‌ها بر مبنای حاکمیت ارضی استوار است و نقش بازیگران غیر دولتی هرچند فزاینده، جایگزین جایگاه دولت‌ها نمی‌شود. همچنین استدلال می‌شود که ادعای مشارکت کامل بازیگران غیر دولتی در فرایند قانون‌گذاری بین‌المللی، ناشی از بزرگ‌نمایی نقش آن‌ها توسط محققان است و به جای قانون‌گذار، باید آن‌ها را مصرف‌کنندگان حقوق بین‌الملل در نظر گرفت (D'Aspremont, 2016: 171)؛ از این رو به نظر می‌رسد تجویز و اعطای شخصیت حقوقی بین‌المللی به تمام این سازمان‌ها با توجه به ساختار دولت-محور حقوق بین‌الملل موجود ممکن نیست و به دلیل برخی نقاط ضعف در عملکرد آن‌ها نیز مفید نمی‌باشد (قاسمی و تسخیری، ۱۳۹۶: ۲۱۵).

برخی از صاحب‌نظران تغییرات ناشی از جهانی شدن را مستلزم متناسب سازی حقوق بین‌الملل با اقتضائات زیست جهانی می‌دانند و راه‌کارهایی مانند شکل‌گیری نوعی حقوق خصوصی مدرن به نام حقوق بازرگانی^۱ را پیشنهاد کرده‌اند که با نظام‌های حقوقی داخلی رقابت کرده و به شکل غیر رسمی توسط بازیگران حرفه‌ای شکل گرفته است (Dalhuisen, 2006: 129). هم‌چنین الگوی داوری برای حل اختلافات میان حقوق شخصی و مسائل نظم عمومی، به عنوان مسیری موازی با نظام حقوقی

1. Lex Mercatoria

دولت‌ها برای کاهش انحصار تنظیم‌گری آن‌ها مطرح شده است (Maupin, 2013: 367). این سازوکار با ایجاد مسیری موازی با نظام حقوقی دولت‌ها، به کاهش انحصار تنظیم‌گری دولت‌ها کمک می‌کند و راهی عملی برای حل تعارضات در تحقق نظم جدید جهانی است. در همین راستا، همکاری‌های فرامرزی میان مقامات دولتی، سازمان‌ها و شرکت‌ها به شکل‌گیری حقوق زیست‌محیطی جهانی^۱ انجامیده که هم جنبه داخلی و هم بین‌المللی دارد (Percival, 2009: 451). همچنین، تنظیم‌گری خصوصی فرامرزی^۲ که توسط بازیگران غیر دولتی ایجاد و اجرا می‌شود و متشکل از حقوق بازرگانی و رژیم‌های بین‌المللی متفاوت است، به دلیل جهانی‌شدن و رشد فناوری در حال گسترش است (Cafaggi, 2016: 212).

در واقع، آنچه درباره حقوق بازرگانی، حقوق زیست‌محیطی جهانی، یا تنظیم خصوصی فرامرزی گفته می‌شود، همگی عناوینی هستند که در نظریه نظم‌گرایی، ذیل مفهوم حقوق جهانی^۳ تعریف می‌شوند. نظریه نظم‌گرایی از سویی بر حفظ نقش دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی دولت‌خواسته^۴ به معنای تأسیس یا ایجاد شده توسط دولت‌ها و برآمده از اراده و خواست آن‌ها؛ و ثبات در ساختار حقوق بین‌الملل تأکید دارد و از سوی دیگر، نظام فراملی را منحصر به نظام بین‌الملل نمی‌داند. از این رو، آن نظامی که بازیگران غیر دولتی را هم‌تراز دولت‌ها و گاه تعیین‌کننده‌تر از آن‌ها در معیارسازی^۵ و تحمیل اراده خود در تنظیم قراردادهای می‌بیند، به عنوان حقوق جهانی در یک نظام جدید^۶ شناسایی می‌شود. این نظام جدید و متمایز، هرچند در برخی موضوعات با نظام حقوق بین‌الملل هم‌پوشانی^۷ پیدا می‌کند، اما اصل بر استقلال آن است.

1. Global Environmental Law

2. Transnational Private Regulation - TPR

3. Global Law

4. State-established

5. Standardization

6. A New System

7. Overlap

۲-۳. لزوم گذار از چارچوب‌های سنتی به سوی یک نظام جامع حقوقی مبتنی

بر نظریه نظم‌گرایی

همان‌طور که در تحلیل‌های پیشین نشان داده شد، دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل به دو شاخه عمومی و خصوصی، با وجود سابقه تاریخی و تلاش‌های نظری مختلف برای تبیین نسبت میان این دو، با چالش‌های بنیادین نظری و پیامدهای عملی قابل توجهی در نظام حقوقی معاصر مواجه است. چارچوب‌های سنتی از جامعیت و انعطاف‌پذیری لازم برای درک، تحلیل و تنظیم مناسبات حقوقی در دنیای متحول کنونی برخوردار نیست؛ بنابراین گذار از چارچوب‌های سنتی و حرکت به سوی چارچوب نظری جدید که بتواند به شکلی جامع و منسجم، پیچیدگی‌های نظام حقوقی معاصر را تبیین کند، ضرورتی انکارناپذیر است. نظریه نظم‌گرایی، با تأکید بر تحلیل عمیق عوامل زمینه‌ساز و ساختاری، اصول توازن و تمایز و فهم پویایی‌های ناشی از تعامل بازیگران مختلف در سطوح گوناگون، ظرفیت ارائه چنین چارچوب جامعی را داراست.

بر اساس نظریه نظم‌گرایی، نظام جامع حقوقی^۱ حاصل از تعاملات اجتماعی و حقوقی، به دو سطح اصلی تقسیم می‌شود:^۲ سطح انحصاری^۳ و سطح فراگیر^۴. این

1. Comprehensive Law System

۲. عنوان نظام جامع حقوقی (Comprehensive Law Systems) برای توصیف چارچوبی انتخاب شده است که به جای محدود شدن به یک نظام حقوقی منفرد، تمامی نظام‌های حقوقی را در بر می‌گیرد و تمایزات اساسی میان آن‌ها را حفظ می‌کند. برخلاف دیدگاه‌های سنتی که نظام حقوقی را تحت یک نظام کلی‌تر (legal system) بررسی می‌کنند، در این نظریه هر یک از این حوزه‌ها به عنوان نظام‌های حقوقی مستقل (Law Systems) در نظر گرفته شده‌اند. این تفکیک نه تنها امکان تحلیل دقیق‌تر جایگاه و کارکرد هر نظام را فراهم می‌کند، بلکه چارچوبی را برای بررسی روابط، تعاملات و سلسله مراتب میان آن‌ها ارائه می‌دهد.

۳. سطح انحصاری (Exclusive level) عرصه اختیارات تام دولت‌ملت‌هاست که از انحصار در تصمیم، تدوین و اجرای مجموعه‌ای از قواعد و قوانین، نهادها، ارزش‌ها، هنجارها و رویه‌ها برخوردارند. حقوق آن را حقوق انحصاری، حاکمیتی، داخلی یا ملی می‌نامیم. این مفهوم‌پردازی برای نشان دادن تمایز از نظام‌های حقوقی فراملی و تأکید بر اهمیت حاکمیت دولت‌ها در دنیای جهانی‌شده است (سلجوقی، ۱۳۸۱: ۲۹۳).

۴. سطح فراگیر (Universal level) مفهوم‌پردازی نظریه نظم‌گرایی به منظور بازشناسی تکرار نظام‌های حقوقی و سیاسی است و از این واقعیت نشأت می‌گیرد که نظام بین‌الملل دیگر تنها چارچوب تنظیم‌کننده روابط فراملی نیست. با پدیدارشدن نظام‌های موازی همچون نظام‌های حقوقی فراملی خصوصی، سطح فراگیر چارچوبی مفهومی برای درک، تحلیل و نظریه‌پردازی درباره هم‌زیستی و تعامل این نظام‌های متعدد و هم‌زمان ارائه می‌دهد که فراتر از الگوی سنتی روابط میان دولت‌ها عمل

تفکیک سطوح، مبنای درک چگونگی توزیع اقتدار تنظیم‌گری و تعامل میان نظام‌های حقوقی مختلف را فراهم می‌آورد.

سطح انحصاری به آن عرصه از تنظیم‌گری اطلاق می‌شود که اصولاً در انحصار دولت-ملت‌ها قرار دارد و بر مرزهای سرزمینی آن‌ها و روابط حقوقی مرتبط با این قلمرو متمرکز است. تنظیم‌گری در این سطح، توسط اشخاص حقیقی و حقوقی در حیطه و چارچوبی که توسط حاکمیت هر دولت تعیین شده، صورت می‌گیرد. در مقابل، سطح فراگیر به نظام بازیگران و تعاملات حقوقی در فرامرزها و در فضایی فراتر از کنترل انحصاری یک دولت خاص اشاره دارد.

در سطح انحصاری، نظریه نظم‌گرایی دو نظام اصلی را شناسایی می‌کند: نظام حاکمیتی^۱ که همان نظام دولت-ملت است که تنظیم‌گری در آن مبتنی بر اراده دولت و قواعد الزام‌آور است و نظام غیر حاکمیتی^۲ که مربوط به تنظیم روابط میان اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی است که تنظیم‌گری بیشتر ماهیت توافقی و عرفی دارد، اما مشروعیت و اعتبار آن در چارچوب نظم دولتی تأمین می‌شود. حقوق مرتبط با این دو نظام، خود به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود: حقوق درون‌مرزی (شامل حقوق عمومی و خصوصی داخلی) و حقوق برون‌مرزی (شامل حقوق خصوصی بین‌المللی و حقوق عمومی بین‌المللی شده).

در این دسته‌بندی نظم‌گرایانه، حقوق خصوصی بین‌المللی در سطح انحصاری و مربوط به روابط اشخاص خصوصی با بروز عامل مرزی است. هم‌عرض و در کنار آن، حقوق عمومی بین‌المللی شده^۳ یا آن‌چه می‌توان آن را حقوق عمومی بین‌المللی در مفهوم خاص این نظریه نامید (متمایز از حقوق بین‌الملل عمومی سنتی)، قرار دارد که به روابط حقوق عمومی با عامل مرزی می‌پردازد. هر یک از این حوزه‌ها ذیل حقوق داخلی هر کشور و در چارچوب حاکمیت آن تعریف و اجرا می‌شوند. این شاخه‌ها از حقوق داخلی، به شدت به هنجارها و نظم عمومی کشورها مرتبط بوده و اختیار تعیین و تدوین قواعد آن‌ها اصولاً در دست دولت‌هاست که با در نظر گرفتن

می‌کنند.

1. Sovereign System

2. Non-sovereign System

3. Internationalized Public Law

منافع، مصالح و مقتضیات خاص خود، آن‌ها را تنظیم می‌کنند.

سطح فراگیر مربوط به نظاماتی است که خارج از چارچوب‌های انحصاری دولت‌ها عمل می‌کنند و خود به دو نظام اصلی تفکیک می‌شود: نظام بین‌المللی دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی (دولتی) و نظام جدید جهانی که عرصه کنش‌گری بازیگران غیر دولتی با یا بدون همکاری دولت‌ها است. هر یک از این نظام‌ها، عاملان و حقوق خاص خود را دارند. در سطح فراگیر، حقوق بین‌الملل (ستتی یا عمومی) قرار دارد که بر اساس سازکارها، اصول و چارچوب خاص خود شکل گرفته و ماهیتاً در نحوه تنظیم، هدف و امور دیگر، با آنچه توسط دولت‌ها در سطح انحصاری و به‌طور مستقل ایجاد شده است، تمایز و تفاوت‌های اساسی دارد؛^۱ چنان‌که حقوق بین‌الملل عمومی فعالیت بین دولت-ملت‌ها را تنظیم می‌کند؛ در حالی که حقوق بین‌الملل خصوصی به تنظیم فعالیت‌های زیرگروه‌ها یا افراد کوچک‌تر می‌پردازد (Maier, 1982: 280). هم‌چنین روابط حقوق بین‌الملل خصوصی توسط قوانین ملی تنظیم می‌شود؛ در حالی که روابط حقوق بین‌الملل عمومی توسط معاهدات بین‌المللی شکل می‌گیرد (Shinkaretskaya, 2021: 55).

در واقع، این نظام حقوقی که روابط میان کشورها و سایر نهادهای بین‌المللی را با هدف حفظ صلح و ترویج همکاری تنظیم می‌کند (Qaribilla & Umam, 2024: 1302)، بر مسئولیت اخلاقی و اراده دولت‌های مستقل استوار است (Azna, 2023: 206). بنابراین از منظر سطح تحلیل و ایجاد، این دو با هم متفاوت هستند و نابرابری میان آن‌ها و هم‌چنین افزایش انتظارات از پوشش موضوعات مختلف حقوقی نیز به همین تفاوت بنیادین بازمی‌گردد.

در کنار نظام بین‌الملل و حقوق بین‌الملل، نظام جهانی نیز دارای حقوق جهانی است که رهاورد دنیای جهانی شده و محصول کنش‌گری بازیگران غیر دولتی (با یا بدون همکاری دولت‌ها) بوده و در چارچوبی تشخیص‌یافته و متمایز از حقوق بین‌الملل ستتی، ایجاد و در حال گسترش است. هر یک از این نظام‌های حقوقی با

۱. طبق این نظر، دسته‌بندی و عناوین حقوق بین‌الملل عمومی (public international law) و حقوق بین‌الملل خصوصی (Private International Law) که در جامعه علمی رایج شده است به عنوان یک غلط مصطلح (common mistake) یا اشتباه رایج (common misnomer) مطرح می‌شود. از این رو نظریه نظم‌گرایی بر اصطلاح حقوق بین‌الملل بدون پسوند عمومی تاکید دارد.

ویژگی‌ها و تمایزات خاص خود در حال تدوین و توسعه نظام داخلی خود هستند و سایر رشته‌های حقوقی می‌توانند به عنوان زیرنظام‌هایی ذیل این نظام‌ها تعریف و جانمایی شوند.

از دیدگاه نظم‌گرایی، تفکیک و تمایز دقیق بین این حوزه‌های مختلف حقوقی (درون سطوح و بین سطوح)، امکان تمرکز بر ویژگی‌های خاص هر حوزه و ارائه تحلیل‌ها و راه‌حل‌های متناسب را فراهم می‌آورد؛ بنابراین به جای چارچوب‌های سنتی حقوق (داخلی/بین‌المللی، عمومی/خصوصی)، اکنون با یک شبکه پیچیده و چندلایه از تعاملات حقوقی مواجه هستیم که نیازمند رویکردهای نوین برای تنظیم‌گری، حل تعارضات و تضمین عدالت در سطح جهانی است. نمودار ۱، این نظام جامع حقوقی و طبقات مختلف آن را به صورت شماتیک نمایش می‌دهد.



برآمد

۱- دسته‌بندی کلاسیک حقوق بین‌الملل به دو شاخه سنتی عمومی و خصوصی، به‌رغم تلاش‌های نظری متعدد برای توجیه و کارآمد سازی آن از طریق رویکردهایی چون یکپارچگی، تمایز کامل، یا تعامل و مکمل بودن، در نهایت به دلیل عدم توجه کافی به عوامل زمینه‌ساز و ساختاری، نادیده گرفتن پویایی عاملان؛ به‌ویژه بازیگران غیردولتی و غفلت از اصول بنیادین توازن و تمایز در یک چارچوب جامع، از پاسخ‌گویی به پیچیدگی‌های نظام حقوقی در عصر جهانی‌شدن بازمانده است. این ناکارآمدی، نه تنها به ابهام در مرزبندی‌ها و کاهش کارایی تحلیلی منجر شده، بلکه فرصت‌های شکوفایی حوزه‌هایی چون حقوق عمومی با عنصر مرزی و تنظیم‌گری مؤثر روابط با بازیگران جدید جهانی را نیز محدود ساخته است.

۲- این پژوهش با اتکا به نظریه نظم‌گرایی و کاریست نوآورانه مفاهیم و اصول آن، نظام جامع حقوقی را به عنوان یک چارچوب تحلیلی و توصیفی نوین ارائه داد. نوآوری اصلی این نظام، در تفکیک چند سطحی نظام‌های حقوقی به دو سطح انحصاری (با تمرکز بر تنظیم‌گری حاکمیتی و غیر حاکمیتی در قلمرو دولت-ملت و با لحاظ کردن عنصر فرامرزی در حقوق داخلی) و سطح فراگیر (شامل نظام بین‌المللی دولت‌ها و نظام جهانی بازیگران غیر دولتی) است. این رویکرد با به رسمیت شناختن نقش انحصاری حاکمیت در تنظیم‌گری موضوعات حوزه صلاحیتی خود (اعم از امور خصوصی و عمومی با یا بدون عامل مرزی) و در عین حال، تبیین جایگاه و سازکار نظام‌های فراملی بازیگران دولتی و غیر دولتی، به درکی عمیق‌تر و واقعی‌تر از منظومه پیچیده حقوقی معاصر دست می‌یابد. نظام جامع حقوقی پیشنهادی، با تفکیک نظام حاکمیتی و غیرحاکمیتی در سطح انحصاری و تمایز میان نظام بین‌المللی (مبتنی بر حقوق بین‌الملل سنتی) و نظام جهانی بازیگران غیر دولتی (مبتنی بر حقوق جهانی خودتنظیم‌گر) در سطح فراگیر، چارچوبی سلسله‌مراتبی و تعادل‌بخش ارائه می‌دهد. بدین ترتیب، این دسته‌بندی نظم‌گرایانه، از دوگانگی ناکارآمد کلاسیک فراتر رفته و پیچیدگی‌های عصر جهانی‌شدن و نقش فزاینده بازیگران غیر دولتی را به نحو مؤثری مد نظر قرار می‌دهد. این رویکرد، با امکان بازتعریف نظام‌های حقوقی و تعاملات میان آن‌ها، ابزاری کارآمد برای تبیین و تحلیل نظام جامع حقوقی و درک عمیق‌تر

پیچیدگی‌های حقوقی معاصر فراهم می‌سازد و امکان شناخت دقیق‌تر جایگاه هر نظام حقوقی، کارکردهای آن و واکاوی موضوعات حقوقی در ذیل نظام‌های متناسب را مهیا می‌کند. از منظر عملی، این نظام جامع می‌تواند به حل تعارضات ناشی از جهانی شدن و درک بهتر پویایی‌های حقوقی معاصر کمک شایانی نماید. به عنوان مثال، با تفکیک دقیق‌تر حوزه‌ها و سطوح، می‌توان به درک روشن‌تری از مسائل مربوط به تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها در هر سطح دست یافت و راهکارهای متناسب‌تری ارائه داد. همچنین، این چارچوب می‌تواند بستر مناسبی برای کاربست مؤثرتر حقوق تطبیقی فراهم آورد؛ زیرا مقایسه نظام‌ها و قواعد حقوقی زمانی معنادارتر خواهد بود که در یک چارچوب جامع و با در نظر گرفتن جایگاه و کارکرد هر نظام صورت گیرد. از منظر نظری نیز، این رویکرد، ابزاری تبیینی تحلیلی برای فهم بهتر تحولات هنجاری و ساختاری در نظام حقوقی جهانی ارائه می‌دهد.

۳- این پژوهش به‌رغم تلاش برای ارائه یک چارچوب جامع، دارای محدودیت‌های خاص خود است. تحلیل ارائه شده عمدتاً بر مبنای رویکردی کیفی و نظری استوار بوده و آزمون تجربی و کاربردی این نظام جامع حقوقی در تمامی حوزه‌های تخصصی حقوق، نیازمند پژوهش‌های آتی و گسترده‌تر است. پیشنهاد می‌شود محققان در رشته‌های مختلف حقوقی، با استفاده از این چارچوب، به تحلیل دقیق‌تر جایگاه و کارکرد رشته تخصصی خود در منظومه نظام جامع حقوقی پرداخته و اعتبار و کارایی این مدل را در عمل مورد سنجش قرار دهند. همچنین، بررسی چگونگی تعامل و هم‌زیستی میان حقوق بین‌الملل و حقوق جهانی در سطح فراگیر و سازوکارهای حل تعارضات احتمالی میان آن‌ها، می‌تواند موضوع مهمی برای تحقیقات آینده باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * اقبالی، میثم (۱۳۹۵)، «حقوق بین‌المللی عمومی»، تحقیقات جدید در علوم انسانی، دوره ۳، شماره ۱۰.
- * الهیاری فرد، علی و پروین، خیرالله (۱۴۰۳)، «تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها در اتحادیه اروپا». مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.
- * الماسی، نجادعلی و شمس، احسان (۱۳۹۶)، «قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۵، شماره ۱۹.
- * توحیدی، احمدرضا و شاکری، سید مجتبی (۱۴۰۳)، «استثناپذیری قاعده مصونیت دولتها در حقوق بین‌الملل (بررسی موردی شکایت ایران علیه کانادا بر مبنای نقض مصونیت دولت ایران در آراء دادگاه‌های کانادا)»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.
- * توسلی نایینی، منوچهر و احسان‌گر، نورا (۱۴۰۰)، «بررسی تطبیقی کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه در رابطه با حل تعارض بین قوانین تابعیت و اقامتگاه و قانون مدنی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی (کلک حقوق)، دوره ۱۰، شماره ۲ (پیاپی ۲۰).
- * رحیمی، محسن و شایگان‌فرد، مجید و شیخ‌الاسلامی، عباس (۱۴۰۲)، «رویکرد حقوق کیفری ایران به آزادی عقیده و مذهب»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.
- * سلجوقی، محمود (۱۳۸۱)، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: میزان.
- * قاسمی، غلامعلی و تسخیری، محمدصالح (۱۳۹۶)، «شخصیت حقوقی بین‌المللی سازمان‌های غیردولتی»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۵.
- * معین، فاطمه و حسینی، مینا (۱۴۰۰)، «مطالعه تطبیقی سیستم‌های حقوقی در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی»، حقوق و فقه، شماره ۱۴.
- * هادی، مهدی و سلیمان‌زاده، سمیرا و تاور، اسماعیل و فولادگر، فریبا (۱۴۰۱)،

اساسنامه، کنوانسیون‌ها، پروتکل‌ها و اصول سازمان کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه، چاپ نخست، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
ب. انگلیسی

- * Alexeevitch, S. (2015), **“History, current state and prospects of development of international financial law”**, Revista De Derecho (valdivia), No. 28(1).
- * Allott, P. (1999), **“The Concept of International Law”**, European Journal of International Law, No. 10(1).
- * Aznagulova, G. & Pashentsev, D. (2023), **“ONTOLOGICAL GROUNDS OF INTERNATIONAL LAW”**, Wisdom, No. 25(1).
- * Baikovs, A. & Bulgakova, I. (2019), **“RELATIONSHIP AND INTERACTION OF INTERNATIONAL PUBLIC, INTERNATIONAL PRIVATE LAW AND NATIONAL LAW”**, Administrative and Criminal Justice, No. 3(88).
- * Berlingher, R. D. (2014), **“Legal Relations In Private International Law”**, Journal of Legal Studies Vasile Goldiș, No. 15(28).
- * Bernasconi, C. (2007), **“Some Observations from the Hague Conference on Private International Law”**, In Proceedings of the ASIL Annual Meeting, No. 101.
- * Boister, N. (2003), **“Transnational criminal law?”**, European Journal of International Law, No. 14(5).
- * Cafaggi, F. (2016), **“Transnational private regulation: regulating global private regulators”**, In Research handbook on global administrative law.
- * Criddle, E. J. (2024), **“Extraterritoriality’s empire: How self-determination limits extraterritorial lawmaking”**, American Journal of International Law, No. 118(4).

- * d'Aspremont, J. (2016), **"International law-making by non-state actors: changing the model or putting the phenomenon into perspective?"**, In *Non-State Actor Dynamics in International Law*.
- * Dalhuisen, J. H. (2006), **"Legal orders and their manifestation: the operation of the international commercial and financial legal order and its Lex Mercatoria"**, *Berkeley Journal of International Law*, No. 24(1).
- * Danner, A. M. & Martinez, J. S. (2005), **"Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law"**, *California Law Review*, No. 93(1).
- * De Boer, T. M. (2010), **"Living apart together: the relationship between public and private international law"**, *Netherlands International Law Review*, No. 57(2).
- * Donaghue, J. (1994), **"The Public Face of Private International Law: Prospects for a Convention on Foreign State Immunity"**, *Law and contemporary problems*, No. 57(1).
- * Florea, D. (2020), **"Short Analysis of Klaus Barbie and Jean-Pierre Bemba Gombo in Pointing out of the Responsibility of Natural Persons for International Crimes"**, *LOGOS, UNIVERSALITY, MENTALITY, EDUCATION, NOVELTY*. Section: Law, No. 8(2).
- * Foster, C. (2015), **"A NEW STRATOSPHERE? INVESTMENT TREATY ARBITRATION AS 'INTERNATIONALIZED PUBLIC LAW'"**, *International and Comparative Law Quarterly*, No. 64(3).
- * Franzina, P. (2020), **"The Integrated Approach to Private and Public International Law—A Distinctive Feature of Italian Legal**

Thinking”, In Italian Private International Law.

* Haight, G. W. (1954), **“International Law and Extraterritorial Application of the Antitrust Laws”**, The Yale Law Journal, No. 63(5).

* Harten, G. (2005), **“Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection”**, Review of International Political Economy, No. 12(4).

* Harten, G. & Loughlin, M. (2006), **“Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”**, European Journal of International Law, No. 17(1).

* Hollis, D. B. (2002), **“Private actors in public international law: Amicus curiae and the case for the retention of state sovereignty”**, Boston College International and Comparative Law Review, No. 25(2).

* International Court of Justice (1996), **“Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion”**, available at: <https://www.icj-cij.org/case/95>.

* Johnston, R. J. (1990), **“The territoriality of law: An exploration”**, Urban geography, No. 11(6).

* Kilcoyne, A., Ambery, P., & O'connor, D. (2013), **“The Foreign Corrupt Practices Act and UK Bribery Act”**, No pagination specified.

* Klabbers, J. (2009), **“Global Governance before the ICJ: Re-reading the WHA Opinion”**, Max Planck Yearbook of United Nations Law, No. 13(1).

* Kotuby Jr., C. & Charles, T. (2012), **“General Principles of Law, International Due Process, and the Modern Role of Private International Law”**, Duke Journal of Comparative & International Law, No. 23(2).

* Kulick, A. (2011), **“Stephan W. Schill(ed.). International Invest-**

ment Law and Comparative Public Law”, European Journal of International Law, No. 22(3).

* Kunz, J. (1959), **“The Systematic Problem of the Science of International Law”**, American Journal of International Law, No. 53(2).

* Kuvandyk, K. A. (2023), **“Some Problems of Ensuring the Supremacy of the Constitution of the Republic of Kazakhstan”**, Scientific Journal Auezov University, No. (1).

* Lazareff, S. (1995), **“Mandatory Extraterritorial Application of National Law”**, Arbitration international, No. 11(2).

* Lehmann, M. (2020), **“Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”**, Journal of Private International Law, No. 16(1).

* Lo Giacco, L. (2023), **“Private entities shaping community interests: (re) imagining the ‘publicness’ of public international law as an epistemic tool”**, Transnational Legal Theory, No. 14(3).

* Maier, H. G. (1982), **“Extraterritorial jurisdiction at a crossroads: an intersection between public and private international law”**, American Journal of International Law, No. 76(2).

* Malyha, V. & Repetskyi, V. (2024), **“TREATY AS A SOURCE OF INTERNATIONAL PUBLIC AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW”**, Juridical scientific and electronic journal, No. (7).

* Maupin, J. (2013), **“Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach”**, Virginia Journal of International Law, No. 54(2).

* Michaels, R. (2008), **“Public and Private Law in the Global Adjudication System: Three Questions to the Panelists”**, Duke Journal of Comparative and International Law, No. 18(2).

* Mills, A. (2009), **“The confluence of public and private interna-**

tional law”, In *The Confluence of Public and Private International Law*.

* Mills, A. (2017), **“Connecting public and private international law”**, In V Ruiz Abou-Nigm, K McCall-Smith and D French (Eds.), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*.

* Mugarura, N. (2017), **“The interaction of public and private international law in regulation of markets”**, *International Journal of Law and Management*, No. 59(6).

* Paust, J. J. (2010), **“Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion”**, *Virginia Journal of International Law*, No. 51(4).

* Payer, A. (2023), **“The Territorial Principle as a Basis for State Criminal Jurisdiction: Particularly with Regard to Cross-Border Offences and Attempts, and to Multiple Parties to an Offence Acting in Different Countries”**, *International Criminal Law Review*, No. 23(2).

* Percival, R. (2009), **“The Globalization of Environmental Law”**, *Pace Environmental Law Review*, No. 26(2).

* Piñeiro, L. C. & Kramer, X. (2014), **“The role of private international law in contemporary society: global governance as a challenge”**, *Erasmus Law Review*, No. 7(3).

* Qaribilla, R. & Umam, A. (2024), **“International Law in the Perspective of International Relations”**, *International Journal of Social Service and Research*, No. 4(5).

* Ryngaert, C. (2017), **“Non-State Actors in International Law: A Rejoinder to Professor Thirlway”**, *Netherlands international law review*, No. 64(1).

* Schmidt, F. (1945), **“The Law of Asylum with Respect to the**

Property of Refugees”, American Journal of International Law, No. 39(2).

* Sergeev, A. (2018), **“Unilateral Law and Non-State Actors: Exploring a New Paradigm”**, German Law Journal, No. 19(1).

* Shinkaretskaya, G. (2021), **“An outline of private international law in the branches of public international law”**, Международное право и международные организации / International Law and International Organizations, No. (2).

* Stanford Law School (2014), **“Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: Enforcement Action - Alstom S.A.”**, Retrieved August 24, 2025, at: <https://fcpa.stanford.edu/enforcement-action.html?id=546>.

* Sterio, M. (2008), **“The Evolution of International Law”**, Boston College international and comparative law review, No. 31(1).

* Svantesson, J. B. (2006), **“The relation between public international law and private international law in the internet context”**, Yearbook of New Zealand Jurisprudence, No. 9.

* Swain, S. R., Salim, D., & Das, I. (2012), **“Conflict of Laws in Legitimacy, Legitimation and Adoption”**, Legitimation and Adoption, March 28, 2012.

* Tatarinov, M. (2021), **“THE TERRITORIAL JURISDICTION PRINCIPLE IN THEORETICAL AND COMPARATIVE LAW ASPECTS”**, Современное право, No. (1).

* Thirlway, H. (2017), **“The Role of Non-State Actors: A Response to Professor Ryngaert”**, Netherlands international law review, No. 64(1).

* Tur, O., Kravchyk, M., Iryna, N., & Stetsyuk, N. (2023), **“Principles and aims of international private law”**, Social and Legal Studios,

No. 4(6).

* United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), **“New York, 10 June 1958”**, available at: <https://www.newyorkconvention.org/english>.

* Von Bogdandy, A., Goldmann, M., & Venzke, I. (2017), **“From public international to international public law: Translating world public opinion into international public authority”**, European Journal of International Law, No. 28(1).

* Walters, R. (2020), **“Private International Law”**, In National Identity and Social Cohesion in a Time of Geopolitical and Economic Tension: Australia–European Union–Slovenia.

* Warwas, B. (2020), **“The application of arbitration in transnational private regulation: An analytical framework and recommendations for future research”**, Questions of International Law, Zoom-out, No. (73).

* Watt, H. M. (2011), **“Private international law beyond the schism”**, Transnational legal theory, No. 2(3).

* Watt, H. M. & Arroyo, D. P. F. (Eds.) (2014), **Private international law and global governance**, Oxford University Press.

* Webley, L. & Samuels, H. (2021), **Complete public law: text, cases, and materials**, Oxford University Press.

* Whytock, C. (2018), **“Toward A New Dialogue Between Conflict of Laws and International Law”**, AJIL Unbound, No. 110.

* Whytock, C. A. (2004), **“Thinking beyond the domestic-international divide: Toward a unified concept of public law”**, Georgetown Journal of International Law, No. 36(1).