مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۲۴-۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۰۴

راهکارهای اعمال اصل استماع دعوا

حسین داودی[۱]، مهدی هادی[۲]، رحیم پیردیر[۳]

چکیده

با وجود این‌که صاحب‌نظران و فقهای امامیه، اصل را بر لزوم استماع دعوا می‌دانند، اما اعمال این اصل در کنار رعایت تشریفاتی بودن دادرسی مدنی با چالش‌هایی روبه‌رو است. تحقیق حاضر در کنار بررسی این چالش‌ها و بیان راهکارهای شش‌گانه امکان ترمیم دعوا و حدود اعمال این اصل، به نقش قانون‌گذار، دادرس و توافق طرفین در استماع‌پذیر شدن دعاوی پرداخته است. طبق یافته‌های پژوهش خواهان از شش طریق شامل ترمیم دلایل و اسناد دعوا، اضافه کردن به اشخاص دعوا از طریق جلب ثالث یا ورود ثالث، اصلاح عبارت خواسته، اصلاح موضوع، اصلاح سبب خواسته و اقامه دعوای مجزا می‌تواند دعوا را ترمیم نماید. اعمال اصل استماع دعوا مترادف با ترمیم دادرسی نیست و در فرضی هم که دعوایی محقق نشده، قابل اعمال است. تدوین قانون با در نظر داشتن این اصل باید در راستای جلوگیری از متکثر شدن مراجع رسیدگی و حذف تشریفات باشد و احترام به آخرین اراده طرفین دعوا مبنی بر اقاله ضمنی شرط داوری و رسیدگی به دعوا در دادگاه نیز ضروری است.

واژگان کلیدی: اصل استماع دعوا، ترمیم دعوا، دادرسی، دعوا، محدودیت.

---

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران
hoseindavoodi@khu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، نویسنده مسوول:
mehdihadi@ut.ac.ir

۳. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران
behzadpiredeir@gmail.com

درآمد

اصل سی و چهارم قانون اساسی به صورت ضمنی به اصل استماع دعوا اشاره دارد. این اصل زاییده قانون اساسی نیست و حتی عدم اشاره به آن در قوانین موضوعه، خدشه‌ای بر اعتبار آن وارد نمی‌کند؛ چراکه حق شنیده شدن دعوا، یک حق بنیادین است. از همین رو در فقه امامیه به ندرت می‌توان فقیهی را یافت که اصل را بر عدم استماع دعوا بداند[1] بلکه فقهای امامیه لزوم استماع دعوا را تحت عنوان اصل وجوب سماع پذیرفته اند (کشاورزی ولدانی ، ۱٤۰٤: ٤) . در حقوق موضوعه نیز با وجود نظر مخالف (السان و محمودی، ۱۳۹۷: ٤۷۵)، اکثر صاحب‌نظران اصل را بر ضرورت استماع دعوا دانسته‌اند (فرحزادی و میرزانژاد بروجنی، ۱٤۰۰: ۲۸؛ نهرینی، ۱٤۰۰: ٤۸٤). به استناد این اصل، دادگاه می‌بایست تمام تلاش خود را در استماع دعوا به کار بندد. مهم‌ترین نتیجه عملی رعایت این اصل در دادرسی را باید کاهش صدور قرارهای قاطع دعوا و افزایش صدور حکم دانست. اعمال اصل مزبور بیش از هر امری موکول به وجود دعوا است. در واقع زمانی اگر خواسته خواهان را نتوان منطبق بر تعاریف ارائه شده از دعوا دانست، تمسک به اصل استماع دعوا بی‌معنا خواهد بود؛ بنابراین اصل مزبور تنها در مورد خواسته خواهان قابل استناد است و دفاعیات خوانده زمانی که در قالب دعوای متقابل نیست، از شمول این اصل خارج است (نهرینی، ۱٤۰۰: ٤۸۵). اصل استماع دعوا به مانند هر اصل دیگری به‌طور مطلق قابل اعمال نیست و در هر حال محدودیت‌هایی در اعمال اصل مزبور وجود دارد. این وضعیت، گاهی موجب تقابل دو اصل استماع دعوا و تشریفاتی بودن دادرسی می‌شود. از یک سو می‌بایست تشریفات دادرسی کاملاً رعایت شود و نقض قوانین دادرسی موجب تضییع حقوق خوانده خواهد شد و از جانب دیگر هدف از وجود اصول و قوانین دادرسی رسیدگی عادلانه به دعوای است (السان و محموی، ۱۳۹۷: ٤۷۵). در پاسخ، برخی تشریفات دادرسی را تا جایی که منجر به نقص اصول دادرسی و نظم عمومی نگردد، قابل نقض می‌دانند (السان و محموی، ۱۳۹۷: ۱۹۱). به نظر می‌رسد باید ابتدا به مبنای این دو اصل نگریست. دادخواهی و حق شنیده شدن دعوا یک حق بنیادین است (مافی و غمیلویی، ۱۳۹۸: ۲۷۸). در مقابل

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: فرحزادی و میرزانژاد بروجنی، ۱٤۰۰.

اصل تشـــریفاتی بودن دادرسی به صورت مســـتقیم نماینده و حافظ یک حق بنیادین نمی‌باشد. این اصل برای صیانت از حق بنیادین برابری اصحاب دعوا در برابری امکان دفاع، پیش‌بینی شـــده است (بهادری جهرمی و حســـینی، ۱۳۹۳ :۱٦)، لذا در تزاحم و تعارض این دو اصل، اصل اســـتماع دعوا ارجح بـــوده مگر این‌که ضمانت اجرای مشـــخصی توسط قانون‌گذار مبنی بر بطلان عمل حقوقی در صورت نقض تشریفات دادرســـی پیش‌بینی شده باشد (محسنی، ۱۳۹۳: ۱٤٦). این قاعده حقوق فرانسه تحت عنوان «لزوم پیش‌بینی بطلان در یک متن» پذیرفته شده است (محسنی، ۱۳۹٤: ۷۹۵). در واقـــع تا زمانی که با اعطای مهلت یا ابزارهـــای دیگر برابری حق دفاعی اصحاب دعوا نقض نشـــده، محملی برای تأکید انعطاف‌ناپذیر بر اصل تشریفاتی بودن دادرسی وجود ندارد. هدف تحقیق حاضر یافتن راهکارهای کاستن از این محدودیت‌ها است[۱]. پیش‌تر فرحزادی و میرنژاد در تحقیقی با نام «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی» به بررســـی راهکارهای ترمیم دعوا پرداخته‌اند. هم‌چنین مولوی و همکاران در تحقیـــق خویش با عنـــوان «تصحیح اعمال ناقص در دادرســـی مدنی» نگاهی کلی به اصلاح نواقص عارضی بر دادرســـی نموده و اشـــاره‌ای کوتاه به ترمیم دعوا کرده‌اند. نهرینی نیز در کتاب آیین دادرســـی مدنی به برخی از این موارد اشاره‌ای گذرا داشته است. این تحقیقات دارای سه ایراد هستند؛ یکم، به تمامی موارد ترمیم دعوا پرداخته نشده است؛ دوم، رویه قضایی چندان مورد توجه واقع نگردیده؛ و سوم، در تمامی این تحقیقات تنها راه قابل استماع کردن دعوا را ترمیم دعوا دانسته‌اند و به دو عنصر اراده طرفین دعوا و قانون‌گذاری در قابل اســـتماع کردن دعاوی توجه نکرده‌اند. امروزه به دلیل گســـترش نهاد داوری در کشـــور و صدور پروانه داوری حرفه‌ای در این حوزه توســـط قوه قضاییه، توجه به استماع پذیری دعاوی دارای شرط داوری بسیار بایسته است. در سوی دیگر تعداد قابل توجهی از دعاوی به جهت وجود مراجع شبه قضایی متعدد قابل طرح در دادگاه نیستند. تحلیل این امر در جهت ارائه پیشنهاد برای اصلاح قوانین را می‌توان راهکاری در جهت اصل استماع دعوا دانست. در واقع نباید دیدگاه صرفاً دادرســـی به اصل مذکور داشت و اصل استماع دعوا را تنها یک اصل دادرسی

۱. جهت مشـــاهده برخی دیگر از محدودیت‌های وارد بر دعوا، بنگرید به: افتخار جهرمی و الســـان، ۱٤۰۱.

محســـوب کرد. راهکارهای اعمال اصل استماع دعوا را باید به دو گروه، راهکارهای قابل اعمال از سوی خواهان، راهکارهای قابل اعمال از سوی غیر خواهان تقسیم کرد. در این نوشتار هر دو گروه راهکارها به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. راهکارهای اعمال اصل استماع دعوا توسط خواهان

منظور از عبارت «اعمال اصل اســـتماع دعوا»، تلاش برای اســـتماع حداکثری دعوا اســـت. برخی از عبارت «ترمیم دعوا» اســـتفاده نموده‌اند، اما نهاد حقوقی ترمیم دعوا معطوف به طرح دعوا می‌باشـــد؛ حـــال آن‌که تحقیق حاضر تنها در دایره دعوای طرح شده، به قابل استماع نمودن دعوا نپرداخته است، بلکه پا را فراتر می‌نهد.

خواهان از یک موقعیت ویژه در دادرســـی برخوردار اســـت. او با طرح دعوا از خوانده دعوت می‌کند تا در دادگاه برای اثبات ادعا حاضر شـــود، هزینه‌هایی را در این مسیر بر وی بار می‌کند و در نهایت رکن فعال دادرسی محسوب می‌شود؛ چراکه مدعی اســـت و اثبات ادعا بر عهده اوســـت. از همین رو طبیعی است که ظرفیت‌های بیشـــتری برای قابل استماع شدن دعوا در اختیار داشته باشد. این راهکارها را می‌توان در شش مورد جمع نمود. در ادامه به بررسی این موارد پرداخته می‌شود.

۱-۱. اعمال اصل استماع دعوا از طریق ترمیم اسناد و دلایل

در ماده ۱۲۹ قانون آیین دادرســـی مدنی مصوب ۱۳۱۸ آمده بود: «در جلســـه دادرسی هیچ‌گونه دلیل و ســـند جدیدی از طرفین پذیرفته نمی‌شود». در قانون فعلی چنین مقرره‌ای وجود ندارد و به روشـــنی حرکت قانون‌گذار در مسیر پذیرش ترمیم دادرســـی از طریق ارائه اسناد و مدارک جدید قابل ملاحظه است. مواد ۵۱، ۵۷ و ۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ طرفین دعوا را ملزم به ارائه اســـناد و دلایل خود در جلسه اول دادرسی نموده است. این امر جهت رعایت اصل تناظر می‌باشد. از یک‌ســـو، بنا به اصل تناظر، اصل تغییرناپذیری دعوا و توجه به ماهیت شـــکلی قانون آیین دادرســـی مدنی که به مثابه قوانین ماهوی تاب تفسیر را ندارد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که اقامه دلیل از سوی خوانده فقط در جلسه نخست دادرسی و اقامه ادله دفاعی از سوی خواهان منحصراً در راستای دعوای مطروحه و ادله خوانده و نیـــز تنها در مهلت متعارفی که دادگاه معین می‌کند، مقدور خواهد بود و پذیرش ادله جدید در مرحله تجدیدنظر استثنایی بر اصل تغییرناپذیری

دعوای حقوقی است (السان و محموی، ۱۳۹۷: ٤٨٢)، اما می‌توان از زاویه‌ای دیگر نیز به موضوع نگریست و بدون این‌که خدشه‌ای به اصل تناظر وارد گردد، چنین استدلال کـــرد که برای تضمین حقوق دفاعی خوانده، خواهان باید در زمان مناســـب به نحوه روشـــن، جهت موضوعی که ادعای خود را بر آن اســـتوار ساخته و نیز دلایل خود را به طرف دیگر اطلاع دهد تا وی بتواند نســـبت به تدارک دفاع اقدام نماید (الســـان و محموی، ۱۳۹۷: ٤٧٦) و به طرف دیگر فرصت مجدد داده شود که بعد از ترمیم اسناد و دلایل طرف خود نســـبت به آن دفاع نماید (فرحزادی و میرنژاد، ۱٤۰۰: ۳۱۹). این تفسیر با فلسفه وجودی قانون آیین دادرسی مدنی[۱] نیز تطابق بیشتری دارد. همان‌گونه که در مواد کنونی قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز رگه‌هایی از پذیرش این اســـتدلال وجود دارد.[۲] حال سؤال این است که این مدت تا چه زمانی قابل اعطا به خواهان اســـت؟ قانون‌گذار در ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اســـترداد دادخواســـت را تا قبل از شروع جلسه اول رســـیدگی موجب صدور قرار ابطال دادخواســـت می‌داند. می‌توان مبنای این رویکرد قانون‌گذار را به این دلیل دانســـت که دادگاه تا قبل از شـــروع جلسه اول دادرسی اشتغال به رسیدگی نیافته است. از همین رو ترمیم اسناد در فاصله طرح دعوا تا جلسه اول رسیدگی اساساً با هیچ مانعی مواجه نیست، اما آیا می‌توان در حین جلسه اول یا پس از جلســـه اسناد مســـتند دادخواست را ترمیم نمود؟ برای یافتن پاسخ باید اسناد را به دو گروه اسناد مؤثر در ماهیت دعوا و اسناد غیر مؤثر تقسیم کرد. در مورد اسناد گروه اول به نظر پاسخ منفی است. ارائه اسناد جدیدی که خوانده آمادگی دفاع از آن‌ها را ندارد، موجب از بین رفتن حقوق دفاعی خوانده خواهد شد. با پایان جلسه اول دادرســـی فرصت اســـتفاده از برخی حقوق دفاعی خوانده پایان می‌یابد و ترمیم اســـناد موجب تضییع حق وی می‌گردد. دادگاه نیز نمی‌تواند به خوانده فرصت مجدد اســـتفاده از امتیازات جلسه اول دادرسی را اعطا نماید؛ چراکه حسب اصل تشریفاتی بودن دادرسی تمامی این تشـــریفات می‌بایست توسط قانون‌گذار تعیین شده باشد و

---

۱. برقراری و اجرای عدالت آیینی در دادرســـی، کمک به فصل خصومت عادلانه بین اصحاب دعوا و جلوگیری از خودکامگی دادرس از جمله فلســـفه‌های وجودی آیین دادرسی مدنی است (نهرینی، ۱/۱٤۰۰: ٤٥ – ٦١).

۲. ماده ۳۵۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی

دادرس صلاحیتی بر افزودن به آن‌هـــا ندارد (فرحزادی و میرنژاد، ۱٤۰۰: ۱۹۱). باید توجه داشـــت که منع ارائه ســـند جدید مربوط به خواهان است، بر همین اساس اگر دادگاه در راســـتای ماده ۱۹۹ اقدام به اســـتعلام ســـندی از نهادهای دولتی یا عمومی نماید و منتهی به ارســـال سند مکتوم شود، نباید آن را مغایر حقوق خوانده دانست و غیرقابل اعتنا دانست.

اســـناد گروه دوم را می‌توان بی‌ارتباط به اصل تناظر دانســـت. به عنوان نمونه مدرک ســـمت دادخواست دهنده تأثیری در ماهیت دعوا ندارد؛ لذا در این موارد باید نگاه ســـنتی به دادرسی را کنار گذاشـــت و در صورت عدم وجود سمت، از شخص موکل جهت تأیید یا رد اقدام وکیل کسب اطلاع کرد (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۵۵).

۲-۱. اعمال اصل استماع دعوا با اضافه نمودن به اصحاب دعوا

دعوا باید علیه تمامی خوانده‌های بالقوه طرح شـــود تا با رعایت اصل تقابلی بودن دادرســـی (پورصادقی، ۱٤۰۱: ۸۷) خوانده از حقوق ادعایی خویش دفاع نماید. برخی این ایراد را به دو گروه ماهوی و شـــکلی[1] تقسیم کرده‌اند (فرحزادی و میرنژاد، ۱٤۰۰: ۳۱٦). به نظر می‌رســـد که در این موارد امکان ترمیم دادرسی بر اساس قواعد نهاد جلب ثالث امکان‌پذیر اســـت (شمس، ۲/۱۳۹۸: ٤۹؛ فرحزادی و میرنژاد، ۱٤۰۰: ۳۱٦). گروهی مخالف این دیدگاه هستند و معتقدند دعوای جلب ثالث خود دعوایی مســـتقل محسوب شده و نمی توان به استناد دعوای طاری ایراد وارد بر دعوای اصلی را رفـــع نمود (افتخار جهرمی و الســـان، ۳/۱٤۰۱: ۱٦۹). ظاهر قانون آیین دادرســـی مدنی نظـــر اخیر را تقویت می‌کند. زمانی که ماده ۱۳۹ قانـــون مزبور، امکان تفکیک دادخواســـت جلب ثالث را از دعوای اصلی ممکن دانسته است، یعنی وجود شرایط کامل استماع دعوا در هر دو آن‌ها را به‌طور مجزا، مفروض می‌داند؛ بنابراین نمی‌توان از دعوای طاری برای ترمیم دعوای اصلی استفاده کرد. رویه قضایی نیز متمایل به این نظر است،[2] اما اصل استماع دعوا اقتضا دارد هر ایرادی را نتوان دست‌مایه عدم پذیرش

---

۱. ماهوی شامل موردی است که خوانده اساساً طرف دعوا قرار نگرفته است و شکلی به موارد اطلاق گردیده که خوانده بالقوه طرف دعوا بوده، اما مشخصات وی دارای ایراد است.

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲٤۱۵۰۰۸۱۵ صادره از شعبه شصت و دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران پژوهشـــگاه قوه قضاییه، ســـامانه ملی آرای قضایی، https://ara.jri.ac.ir؛ شعبه ۲٦ دادگاه عمومی اهواز در پرونده کلاسه ۹٦۲/۸۲ معاونت آموزش دادگستری استان تهران،۱۳۹۱: ۲۸۳

دعوا قرار داد و تا زمانی که اصول دادرسی و حقوق اصحاب دعوا تضییع نشده، بتوان مقداری انعطاف در قانون آیین دادرسی مدنی ایجاد نمود، از سوی دیگر امکان تفکیک این دو دعوا ملازمه‌ای با نتیجه پیش‌گفته ندارد. در واقع زمانی که دعوای جلب ثالث نه تنها برای تأخیر در رسیدگی بلکه برای جلوگیری از صدور قرار شکلی و اطاله دادرسی باشد، به نظر می‌رسد با فلسفه وجودی ماده مبنی بر رعایت اصل سرعت در دادرسی کاملاً منطبق است. می‌توان گفت ایرادات دادرسی برای تضمین عدالت آیینی، ایجاد شده‌اند و نباید این ایرادات را ابزاری برای مقابله با انجام وظیفه ذاتی دادگاه‌ها در استماع دعوا و فصل خصومت دانست. لذا باید از نظر دوم حمایت کرد. در این فرض هدف غایی یعنی حضور تمامی ذی‌نفعان دعوا در پرونده حاصل گردیده است. هم‌چنان که گاهی رویه قضایی بدین سمت حرکت کرده و صدور قرار رد دعوا در فرض طرح دعوا علیه صغیری که در لحظه اخذ تصمیم قضایی بالغ شده است را صحیح نمی‌داند (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۵۵). رویکرد کلی قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز بر امکان ترمیم دعوا است. در ماده ۱۱۷ این قانون به صورت حصری سه مورد را در جهت حمایت از اشخاص فاقد اهلیت غیر قابل ترمیم دانسته (محسنی، ۱۳۹٤: ۸۰۱-۸۰۵)، اما به جهت عدم تصریح ماده مزبور در موارد دیگر امکان ترمیم دعوا با اضافه نمودن اصحاب دعوا وجود دارد. نظر اقلیت قضات نشست قضایی شهر قوچان به کد ۷٤۹۲-۱۳۹۹ مورخ ۱۳۹۸/٤/۲٦ ترمیم دادرسی در این شرایط را صحیح دانسته‌اند، اما همیشه جلب ثالث قابل حمایت به استناد اصل استماع دعوا نیست. ترمیم دادرسی به‌طور مطلق در تمام مراحل و مقاطع دادرسی امکان‌پذیر نیست. آنچه از منطوق ماده ۹۸ و ۷ و مفهوم مخالف ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان دریافت، ترمیم دادرسی با اضافه نمودن به اصحاب دعوا، اساساً مربوط به مقطع ختم جلسه رسیدگی در مرحله بدوی است و پذیرش آن در مرحله تجدیدنظر ممکن نیست؛[1] مگر در دو حالت: یکم، شرایط ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی؛ و دوم، در حالتی که امکان جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر محیا باشد. برخی با آن دیدگاه مخالف هستند (حیاتی، ۱۳۹۹: ۲٤٦). در توجیه این دیدگاه باید به دلیل تناقض ظاهر صدر و ذیل ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی

۱. مگر در مورد ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی

دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی استناد کرد. در این ماده جلب ثالث تا سه روز بعد از جلسه اول دادرسی با رعایت شرایط قانونی ممکن است، اما در پایان همان ماده قانون‌گذار با اضافه نمودن عبارت «... چه دعوا در مرحله بدوی باشد یا تجدیدنظر» ابهامی ایجاد می‌کند. بدین نحو که گمان می‌شود جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر (لااقل در فرض تشکیل جلسه رسیدگی) ممکن است، حال آن‌که وجود این جمله تنها از باب تأکید بوده است. قانون‌گذار با بیان این جمله در صدد بیان این مهم بوده که اگر جلسه اول دادرسی در دادگاه تجدیدنظر تشکیل شود، هم‌چنان امکان جلب ثالث وجود دارد. مصداق بارز این حالت را می‌توان اعتراض ثالث اصلی به حکم صادره از دادگاه تجدیدنظر است. با این توضیح همان احکامی که در ترمیم دعوا از طریق اضافه نمودن به اصحاب دعوا در مرحله بدوی بیان شد، شامل مورد اخیر هم خواهد شد.

۳-۱. اعمال اصل استماع دعوا از طریق اصلاح عبارت خواسته

در برخی از موارد عبارات و اصطلاحاتی که در دادخواست قید می‌شود، از منظر حقوقی دارای ایراد است. به عنوان مثال، خواهان به جای خواسته تأیید فسخ قرارداد و یا اعلام بطلان قرارداد از خواسته‌های صدور حکم فسخ یا بطلان قرارداد استفاده کند (فرحزادی و میرنژاد، ۱۴۰۰: ۳۱۸). می‌بایست منظور قانون‌گذار از عبارت «خواسته» را مجزا از عباراتی دانست که خواسته را بیان می‌کنند. برخی معتقد هستند که توانایی تفسیر قانون مرز میان حافظ قانون و حقوق‌دان است (جاوید و افشار، ۱۳۹۷: ۴۳). شاید حتی بتوان یک گام به جلو برداشت و معتقد بود که هر عبارتی نیاز به تفسیر دارد، گاهی این تفسیر آن‌چنان در کالبد ذهن رخنه کرده است که آن را از یاد برده و از روی مسامحه عدم جواز تفسیر در مقابل نص را به‌کار می‌برند، حال آن‌که حمل معنای عبارت بر یک مفهوم حتی اگر آن را مرتبط با ظاهر متن بدانیم، نوعی تفسیر است. بی‌شک خواهان در بند شکل کلمات نبوده، بلکه تلاش دارد حق مورد ادعای خود را در دادرسی احقاق نماید. شاید بندهای سه و پنج ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را بتوان توجهی بر این تمایز دانست. ترمیم خواسته نباید بدون ضابطه باشد و موجب تغییر موضوع دعوا گردد، اما اگر تنها هدف از اصلاح عبارت خواسته تغییر موضوع نباشد، می‌بایست

خواســته اصلاح شده را صحیح دانست. شعبه بیست و ســوم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۳۹/۲۳ صدور قرار رد دعوا، در دعوای به خواسته ابطال معامله به جهت این‌که بر اساس مقررات قانونی واقع نشده است را تأیید نموده (بازگیر، ۱۳۸۹: ۱٤٥)؛ حال آن‌که به وضوح مشــخص اســت که منظور خواهان اعلام بطلان قرارداد بوده؛ لذا با لحاظ شــرایط ترمیم دادرسی امکان رسیدگی در ماهیت امر فراهم می‌گردید و قانون‌گذار نیز راه چنین اســتدلالی را باز نموده اســت. هم‌چنان که جلوه‌ای از ترمیم دادرســی از طریق اصلاح خواسته در بندهای ۱ و ۲ ماده ۳٦۲ و ماده ۹٥ قانون آیین دادرســی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مشــهود است؛ لذا در صورتی که در اصلاح خواسته دو شرط رعایت گردد، نباید محدودیتی در استماع دعوا ایجاد نمود. یکم، اصلاح خواســته در زمانی صورت گیــرد که خوانده از این اصلاح مطلع شــده و فرصت دفاع را داشته باشــد؛ دوم، اصلاح خواسته منجر به تغییر موضوع به گونه‌ای نشود که ارکان خاص دعوا به‌طور اساسی تغییر نماید. به عنوان نمونه اصلاح خواسته از رفع تصرف عدوانی به خلع ید قابل پذیرش نیست.

٤-۱. اعمال اصل استماع دعوا با تغییر در موضوع دعوا

موضوع دعوا اعم از خواسته است و علاوه بر خواسته اصلی، خواسته دعوای متقابل و وارد ثالث را نیز شامل می‌شود (هرمزی، ۱۳۹٤ :۲۱). از همین رو گفته شده موضوع دعوا، همان خواســته خواهان، با لحاظ دفاع خوانده اســت (شمس، ۱۳۹۳ :۳). البتــه تغییر موضوع دعوا تــا بدان جا باید مورد حمایت قــرار گیرد که توانایی رســیدگی دادگاه از میان نرود. «توانایی دادگاه» امری فراتر از رعایت اصول و قواعد آمره دادرســی است؛ به عبارت دیگر ممکن اســت که اصول و قواعد آمره دادرسی در موضوعی رعایت نشــود و با این حال امکان ترمیم در دعوا وجود داشــته باشــد و از این جهت خللی در رســیدگی دادگاه به دعوا وجود نداشــته باشد (فرحزادی و میرنژاد، ۱٤۰۰: ۳۱۷-۳۲۰). از آنجا که موضوع متشــکل از خواسته‌های طرفین دعوا اســت؛ بنابراین تغییر در خواسته به تغییر موضوع است. ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی امکان ترمیم خواســته را پذیرفته اســت. ســؤال مهم این‌که تغییر و افزایش و کاهش موضــوع تنها در حدود نص ماده مزبور اســت یا می‌توان تفســیر موســع کرد؟ در ماده مزبور می‌خوانیم: «خواهان می‌تواند

خواســته خود را که در دادخواســت تصریح کرده در تمام مراحل دادرســی کم کند ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواســته یا درخواست در صورتی ممکن است که با دعوای طرح شــده مربوط بوده و منشــأ واحدی داشته باشــد و تا پایان اولین جلســه آن را به دادگاه اعلام کرده باشــد». فراز پایانی ماده ۱٤۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، عبارت «ارتباط» را تعریف کرده اســت، اما منظور از «منشــأ دعوا» مشخص نیست. برخی صاحب‌نظران منشأ دعوا را مترادف با سبب دعوا دانسته‌اند (شــمس، ۱/۱۳۹۸: ٥۰٤، کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲٥۲)، حال آن‌که خود ایشان عبارت «جهات» را نیز به معنای «سبب» محسوب کرده‌اند (شمس، ۱۳۹۳: ۲؛ کاتوزیــان، ۱۳۹۹: ۲۷۰-۲۲٥). در رفع این تزاحم ظاهری می‌توان چنین گفت که عبــارت «تعهدات و جهات» کــه در بند ٤ ماده ٥۱ قانون آیین دادرســی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بیان شده، به گونه‌ای نگارش یافته تا در برگیرنده هر دو نوع دعوای ناشــی از عمل حقوقی (که در این صورت عبارت تعهدات) و واقعه حقوقی (که در این صورت عبارت جهات) باشد. پذیرش این تفسیر (هرمزی، ۱۳۹۲: ۲٤؛ فرزاد؛ ابوعطا و سادات حسینی، ۱۳۹۹: ۱۲۰) موجب گسترش دامنه امکان تغییر در موضوع می‌شــود. اگر منشأ را به صورت نوعی به قراردادی یا غیر قراردادی بودن دعوا منســوب کنیم، دیگر امکان تغییر خواسته در بسیاری از دعاوی ممکن نخواهد بود، البته درست است که در هر حال باید به قید متیقن ماده اکتفا کرد (حیاتی، ۱۳۹۹: ۱۹۳)، اما نوع تفسیر عبارت منشــأ دامنه شمول ماده را گسترش خواهد داد و امکان تغییر خواسته بیشتر محیا خواهد شد.

۵-۱. اعمال اصل استماع دعوا از طریق اقامه دعوای جدید

در برخی مواقع ارکان دعوا دارای ایرادی نمی‌باشد، اما به جهت این‌که صدور حکم بر طبق خواســته خواهان، مغایر با ســندی رسمی است و ابطال یا اصلاح سند مزبور جزو خواســته خواهان نمی‌باشد، امکان رسیدگی به دعوا وجود ندارد. در این شــرایط گاهی افزایش خواســته امکان‌پذیر اســت و در صورت وجود شرایط مقرر قانونی می‌توان خواســته را افزایش داد، اما ســؤال مهم در این‌جاست که در صورتی که جلسه اول پایان یافته باشد یا رسیدگی به مفاد سند رسمی با خواسته بدوی دارای ارتباط و منشأ واحد نباشــد، امکان ترمیم دعوا از طرق طرح دعوای علی‌حده وجود

دارد. در ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌خوانیم: «اگر دعاوی دیگری که ارتباط کامل با دعوای طرح شده دارند در همان دادگاه مطرح باشد، دادگاه به تمامی آن‌ها یک‌جا رسیدگی می‌نماید و چنان‌چه در چند شعبه مطرح شده باشد در یکی از شعب با تعیین رئیس شعبه اول یک‌جا رسیدگی خواهد شد ...». ماده مزبور راه را برای ترمیم دعوا از طریق طرح دعوای جدید باز می‌نماید. برخی دادرس را در مورد جمع دعاوی مخیر می‌دانند (هرمزی،۱۳۹۷: ۱۹۳). در رویه قضایی نیز گرایش به این استدلال بیشتر است. چنان‌چه در نظریه مشورتی شماره ۷۳۰۲ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۱۷ می‌خوانیم: «ارتباط کامل بین دو دعوی وقتی برقرار است که اتخاذ تصمیم در مورد یکی از آن‌ها مؤثر در دیگری باشد ... مع‌الوصف چنان‌چه دادگاه مصلحت بداند که توأماً به تمام پرونده‌ها رسیدگی کند منع قانونی ندارد»، اما این استدلال بر خلاف نص ماده و اصل آمرانه بودن مواد قانون آیین دادرسی مدنی است. هم‌چنین ضرورت اعمال اصل استماع دعوا، برای دادرس این الزام را ایجاد می‌کند که وقتی جمع دو دعوا موجب رفع مانع و تحقق شرایط استماع پذیری دعوا می‌گردد، حتماً دو دعوا را جمع کرده و به صورت توأمان رسیدگی کند. بند ۳٤ از نظریه مشورتی شماره ۷۵٦/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۷/۲۱ نیز بر این الزام تأکید می‌کند. باید توجه داشت که دعوا قائم به خود، صحیح و قابل استماع است. در این مورد ترمیم دعوا به مفهوم صحیح کلمه تحقق نمی‌یابد؛ چراکه تنها وجود مانعی خارجی امکان اجرای حکم دادگاه را میسر نمی‌کند و موجب عدم امکان رسیدگی به خواسته دعوا می‌شود. حال زمانی که با رفع این مانع از طریق طرح دعوایی جدید این مانع رفع گردد، دیگر محملی برای رد دعوا باقی نخواهد ماند. این دعاوی را می‌توان به دو دسته دعاوی تقسیم کرد، دعاوی که هیچ‌یک از خواسته‌ها به تنهایی قابل طرح نیست و باید هر دو خواسته توأمان طرح گردد مانند درخواست فروش ترکه به همراه درخواست تقسیم و یا خواسته اثبات مالکیت و ابطال سند رسمی در فرض وجود سند رسمی مالکیت به نام شخص ثالث؛ چراکه اگر تنها خواسته خواهان اثبات مالکیت بر مال غیرمنقول باشد، در فرض صدور حکم مالکیت موازی در ملک واحد ایجاد خواهد شد. همان‌گونه که شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بدین استدلال اقدام به صدور دادنامه شماره ۷٤۲/۹۱ نموده است (معاونت منابع انسانی و امور

فرهنگی دادگستری اســـتان تهران، ۱٤۰۱ب: ۱۱۳). در مقابل گروهی دیگر از دعاوی توأمان وجود دارند که دو دعوا، قابلیت طرح جداگانه دارد، اما چنان‌چه قبلاً موضوع حکم واقع نشده‌اند و مدعی‌علیه نیز از انجام آن تعهد سرباز می‌زند برای امکان استماع و صدور حکم بر طبق خواســـته اصلی خواهان، طرح دعاوی فرعی نیز لازم اســـت. نمونه این قســـم دعاوی را می‌توان الزام متعهد بـــه تنظیم صورت مجلس تفکیکی و اخذ پایان کار در کنار دعوای الزام به انتقال رسمی مورد معامله دانست. رویه قضایی نیـــز در مـــوارد متعدد مانند دادنامه صادره با شـــماره ۱٤٦۱ از شـــعبه هفدهم دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران، نظریه شـــماره ۷/۹۲/۲۰/۱۰ مورخ ۱۰/۱٦/ ۱۳۹۲ (اقدامی، ۱۳۹۹: ٦۱) و دادنامه شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران با شماره ۲۰۲/۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۲(معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری استان تهران،۱٤۰۱الف: ۱۰٤) به این مهم توجه داشـــته است. در مواردی که خواسته‌ای که می‌بایست پس از تحقق مقدمه‌ای طرح می‌گردید نیز امکان استماع دعوا مقدور نیست؛ چراکه نمی‌توان دعوا را معلق واگذاشت و قابلیت استماع آن را منوط به اراده شخص در انجام مقدمه یا تحقق قهری آن نمود، اما در مواردی که خواسته می‌بایست به صورت توأمان مطرح شـــود وضع به‌گونه‌ای دیگر است. اگر تنها یکی از خواسته‌ها در دعوای مطروحه قید شـــده، می‌توان با اســـتفاده از مواد ۱۷ و ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تا قبل از پایان جلســـه اول رســـیدگی خواسته دیگر را در قالب دعوای اضافی مطرح نمود و ایراد وارد بر خواسته را رفع کرد.

٦-۱. اعمال اصل استماع دعوا از طریق تغییر سبب خواسته

آخرین راهکار خواهان در مسیر قابل استماع نمودن دعوایی که مطرح نموده؛ تغییر ســـبب خواسته است. در تعریف سبب دعوا گفته‌اند، سبب دعوا عبارت است از اعمال یا وقایع حقوقی یا مواد قانونی که خواهان به اســـتناد آن خود را صاحب حقی می‌داند که از طرف خوانده مورد انکار و تجزیه یا تعرض قرار گرفته اســـت (هرمزی، ۱۳۹٤: ۲۵)؛ بنابراین هم «ســـبب» و هم «موضوع» ناشی از اصل تسلیط است (شمس ۱۳۹۳: ۳)، اما تفاوت این دو در این است که «موضوع» امری حادث بوده و دادرسی در راستای صدور حکم در مورد آن تشکیل می‌شود، اما «سبب»، طریقه و راه رسیدگی را در دادرسی مشخص می‌نماید.

اگر قائل بر این باشـــیم که آیین دادرسی مدنی یک قانون شکلی و فاقد امکان تفسیر اســـت، موارد ترمیم سبب خواسته را باید محصور در موارد گفته شده در ماده ۳٦۲ دانســـت، اما می‌توان با اشاره به برخی موارد قانونی، امکان ترمیم سبب دعوا را به‌طور مطلق پذیرفت. در واقع اولاً با پذیرش این قاعده که قانوناً در مواردی، انعطاف در سبب خواسته تا زمانی که فرصت دفاع را از خوانده سلب یا محدود نکرده و هیچ ماده قانونی یا اصل دادرســـی نقض نگردد، امکان‌پذیر است و ثانیاً این امر در راستای اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی و فلسفه وجودی قوانین شکلی است، باید تحلیلی جدید ارائه کنیم تا فضا برای استماع حداکثری دعاوی و در نتیجه قلع دائمی نزاع حقوقی فراهم شود. البته از ترمیم سبب دعوا باید تا جایی حمایت کرد که موجب تغییر ارکان خاص دعوای نگـــردد[1] و فرصت کافی برای خوانده در جهت دفاع مؤثر وجود داشته باشد.

با این معیار می‌توان دریافت که در دعـوایی به خواسته تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش به جهت تخلف خوانده از شروط ضمن عقد نکاح، می‌توان سبب دعوا را از اعتیاد زوج به مواد مخـــدر به سوء رفتار زوج تغییر داد، اما نمی‌توان سبب دعوای الزام زوج به طلاق را از وجود عسر و حرج به سبب اعتیاد زوج به مواد مخدر به ســـبب عدم پرداخت نفقه و تحقق شرایط اعمال ماده ۱۱۲۹ قـــانون مدنی اصلاح کرد؛ چراکه در فرض اخیر شرایط اختصاصی تحـقق این دو دعوا با یکدیگر متفاوت است.

نظریه مشورتی شـــماره ۳٤٤/۱٤۰۰/۷ مورخ ۱٤۰۰/۵/۳۱ عنوان می‌دارد: «اگر ذکر دو سبب به لحاظ تردید خواهان باشد، به دلیل جازم نبودن وی دعوا قابل استماع نیســـت، اما چنان‌چه ذکر دو سبب مبتنی بر تردید نباشـــد، قابل استماع است؛ لذا در صورتی که خواهان فســـخ قرارداد را به سبب غبن و عیب درخواست کند، قابل جمع است. بدیهی است دادگاه باید در فرض اخیر در رأی خود تصریح کند که کدام‌یک از اســـباب مطرح شده در دادخواست را احراز و بر آن اساس فسخ را پذیرفته است.» از این منظر نیز زمانی که ذکر دو سبب برای یک خواسته ممکن است تغییر بعدی یکی

۱. منظـــور از ارکان خـــاص، مواردی که باید به صورت موردی در هـــر دعوا احراز گردد تا بتوان بر خواســـته آن دعوا رأی داد. این ارکان نســـبت به هر دعوایی متفاوت است. در واقع ارکان خاص هر دعوا را باید از ارکان دعوا متمایز کرد.

از اسباب به سبب دیگر نیز ممکن خواهد بود.

۲. قابل استماع نمودن دعوا توسط غیر خواهان

قابلیت‌های ترمیم دعوا از سوی خواهان در شش مورد بیاتن شد و حدود اعمال هر یک مورد بحث قرار گرفت، اما اعمال اصل استماع دعوا تنها معطوف به ترمیم دعوا نیست. هم‌چنین تنها خواهان از این قابلیت برخوردار نمی‌باشد. در این قسمت به مواردی که توسط غیر خواهان دعوا را می‌توان استماع‌پذیر نمود پرداخته می‌شود. نقش دادرس در قابل استماع نمودن دعوا، توافق طرفین و تلاش قانون‌گذار عمده این موارد هستند. البته درست است که اراده خواهان در مورد توافق طرفین برای قابل استماع نمودن دعوا مهم است، اما بر خلاف موارد بند ۱، صرف اراده خواهان بدون توجه به اراده خوانده تأثیری نخواهد داشت. در ادامه به بررسی این موارد پرداخته می‌شود.

۱-۲. قابل استماع نمودن دعوا توسط دادرس

در نگاه اول ترمیم دعوا توسط دادرس محل اشکال به نظر می‌رسد. این ترمیم موجب خروج وی از بی‌طرفی خواهد شد، لذا دادرس نمی‌تواند به استناد ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اقدام به تحصیل دلایل و ترمیم دعوا نماید.

در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نامی از قرار اناطه به میان نیامده است و تنها به توقف دادرسی اشاره شده است؛ حال آن‌که در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ دادگاه را ملزم به صدور قرار اناطه می‌داند. سؤال اول در این است که وظیفه دادگاه در راستای اعمال ماده ۱۹ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صدور قرار اناطه است یا توقیف دادرسی. در این مورد اختلاف نظر وجود دارد برخی به مانند نظریه مشورتی شماره ۸۸۹/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۶، وظیفه دادگاه را صدور قرار اناطه دانسته و عدول از آن را ممکن نمی‌دانند و گروهی دیگر مانند هیأت عالی نشست قضایی شهر برازجان مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۱ قرار مناسب را توقیف دادرسی می‌دانند؛ حال آن‌که در موارد مشابه کیفری آنچه در راستای ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صادر می‌شود را قرار اناطه نامیده‌اند. از

آنجا که صدور هر تصمیم قضایی اعم از حکم، قرار یا دستور می‌بایست مستند به قانون باشد، قرار توقیف دادرسی موجه به نظر می‌رسد و با ظاهر ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز سازگار است. با این وجود صدر هر یک از این قرارها لطمه‌ای به روند دادرسی وارد نخواهد کرد.

در کنار لزوم فصل خصومت و توجه به اصل سرعت، رعایت اصل استماع دعوا، یکی از این مبانی سه گانه است (داودی بیرق و آرمیون، ۱۴۰۱: ۷۱۷ –۷۲۰). در این مورد دادگاه خود اقدام به ترمیم دعوا نمی‌نماید، اما فراهم کردن زمینه ترمیم دعوا توسط خواهان وظیفه دادگاه می‌باشد. با صدور قرار توقیف دادرسی خواهان فرصت می‌یابد تا با طرح دعوای علی‌حده دعوای خویش را استماع‌پذیر نماید.

برخی قرار مناسب در فرض ماده ۱۹ را قرار اناطه دانسته‌اند و یکی از شروط صدور این قرار را قابل استماع بودن دعوای اصلی می‌دانند (داودی بیرق و آرمیون، ۱۴۰۱: ۷۲۰ – ۷۲۶). در واقع باید دعوا قائم به خود قابل رسیدگی باشد، اما رسیدگی به خواسته متوقف به اثبات امری در دادگاه دیگر باشد؛ بنابراین هرگاه دعوای اصلی به کیفیتی مطرح شود که موجبی برای رسیدگی به ماهیت دعوا وجود نداشته باشد، صدور قرار اناطه نیز منتفی می‌شود (داودی بیرق و آرمیون، ۱۴۰۱: ۷۲۳–۷۲۶). البته نباید صدور قرار توقیف دادرسی را محملی برای ایجاد اطاله در دادرسی قرار داد. همان‌گونه که هیأت عالی در نشست قضایی شهر آزادشهر مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۳ تأکید بر این دارد که صدور قرار اناطه آن‌ها یک بار از سوی دادگاه مجاز است و نمی‌توان به کرات در یک دعوا اقدام به صدور قرار اناطه نمود.[1] در واقع تلاش دادگاه در صدور مکرر این قرار نوعی خروج وی از اصل بی‌طرفی است. بر همین اساس در مورد صدور قرار اناطه به دلیل این‌که زمینه ترمیم دعوا توسط دادرس فراهم می‌گردد، نمی‌توان تفسیر موسع از ترمیم دعوا را پذیرفت.

۲-۲. قابل استماع نمودن دعوا توسط اراده اصحاب دعوا

در موارد پیشین دعوای مطروحه از جانب خواهان دارای ایراد بود و نیاز به ترمیم دعوا وجود داشت، اما در این بخش دعوا دارای تمام شرایط استماع است، فقط

1..https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscript/5185001e-2bdd-40ae-d047-08d6a1e84725)

به دلیل توافق طرفین بر صلاحیت داور در رسیدگی به دعوا، دادگاه از استماع دعوا اجتناب می‌کند. شرط یا قرارداد داوری زمانی موجب محدودیت در استماع دعوا می‌گردد[۱] که در محدوده توافق داوری[۲] و منطبق بر حدود قانون[۳] باشد. هرچند برخی نهاد داوری را یک نهاد استثنایی محسوب نمی‌کنند (آرام و جعفری، ۱٤۰٤: ۲۹۲)، اما چنین توافقی باعث مانع موقت در رسیدگی دادگاه به دعوا می‌شود. در قانون آیین دادرسی مدنی نصی مبنی بر این‌که آیا استناد طرفین به وجود شرط داوری برای عدم استماع دعوا توسط دادگاه، لازم است یا خیر، وجود ندارد (هادی، ۱٤۰۱: ۱۲۰)، اما ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷٦ اعلام می‌دارد: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقت‌نامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، مگر این‌که احراز کند که موافقت‌نامه داوری باطل و ملغی‌الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد». این ماده علاوه بر این‌که در حدود تصریح قانونی لازم‌الاجرا است، با توجه به تأخر تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی، گویای آخرین اراده قانون‌گذار نیز است. در واقع هم‌راستا بودن این ماده با اصل استماع دعوا به معنای لزوم تفسیر قوانین داوری داخلی در مسیر ماده مزبور است. از همین رو دادگاه نمی‌تواند رأسا به وجود شرط داوری استناد و از استماع دعوا امتناع نماید. با وجود این‌که بند ۱ ماده ٤۸۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی برهم زدن داوری را نیازمند توافق کتبی می‌داند، اما از تمسک به اصل حاکمیت اراده و تفسیر ارکان دعوا به نفع اصل استماع دعوا، می‌توان دریافت که مقرره مزبور تنها راه بر هم زدن داوری نیست؛ چراکه «اثبات شی نفی ماعدا نمی‌کند»، پس وجود ماده پیش‌گفته موجب عدم امکان اقاله داوری به صورت شفاهی یا ضمنی نخواهد بود.[٤] به عنوان مثال طرح دعوا توسط خواهان و دفاع در ماهیت دعوا از جانب

---

۱. شعبه بیست و هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران دادنامه شماره ۷۹٤. (معاونت آموزش دادگستری استان تهران، ۱۳۹۳: ۲)

۲. شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۱۹۸ مورخ ۱۳۹۵/۳/۲۳ شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران. پژوهشگاه قوه قضاییه، سامانه ملی آرای قضایی، https://ara.jri.ac.ir، (تیر ۱٤۰۲)

۳. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۰۵٤ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۵ شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران (معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری استان تهران، ۱٤۰۱ب: ۹٤)

٤. معاونت حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌های مشورتی به شماره‌های ۷/۹٦/۱٦٤٤ مورخ ۱۳۹٦/۷/۱۹

خوانده، در شـــرایطی که در قرارداد مبنای ایجاد اختلاف، شرط داوری پیش‌بینی شده باشـــد. خود نوعی عدول ضمنی از توافق بر داوری اســـت (خدابخشی، ۱۳۹۹: ۹۰)، هرچند رویه قضایی راه دیگری در پیش گرفته، اما برخی دادگاه‌ها ترمیم دادرســـی به استناد تفسیر کارآمد بند ۱ ماده ٤٨١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و تلقی دفاع ماهوی طرفین دعوا بدون استناد به شرط داوری به عنوان اقرار ضمنی بر، بر هم زدن داوری دعوا را قابل اســـتماع دانســـته است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۹: ٤٧٩).

۳-۲. قابل استماع نمودن دعوا توسط قانون‌گذار

پیچیدگی خـــاص برخی موضوعات و لزوم رســـیدگی افراد متخصص، لزوم رسیدگی سریع و بدون تشریفات و تراکم بالای پرونده در مراجع قضایی را از جمله فلسفه‌های وجودی نهادهای شـــبیه قضایی گفته‌اند (مسعودی نیا و اسدپور کندلجی، ۱۳۹٦ :۱۲۳). برخـــی دیگر معتقدند «تصمیماتی (که این مراجع شـــبه قضایی) اتخاذ می‌نمایند ممکن اســـت با حقوق و منافع اشـــخاص خصوصی در تزاحم قرار گیرند. هم‌چنین ممکن است اشخاص خصوصی در انجام وظایف و تکالیف نهادهای دولتی و نیز منافع عمومی اختلال ایجاد کنند. در این موارد نیاز به مراجعی است تا بتواند به این اختلافات رســـیدگی و آن‌ها را حل و فصل نماید» (سالاری و سراجی و رنجبر، ۱٤۰۱: ۸۳۹). باید توجه داشت که شفافیت دادرسی یک اصل بسیار مهم در دادرسی منصفانه است (مسقطی و ســـراجی و پروین،۱٤۰۰: ۲۷۹۷) در کنار این اصل، اصول مانند اســـتقلال و بی‌طرفی قضایی، علنی بودن رسیدگی، جزو لازمه‌های یک تصمیم قضایی هســـتند، اما در مراجع شبه قضایی چندان به این اصول توجه نمی‌شود. اساساً وجود قوانین شـــکلی بـــرای حفاظت از این اصول و تضمین دادرســـی عادلانه بوده (شـــمس، ۱/۱۳۹۸: ۱۸)؛ بنابراین نمی‌توان به هر بهانه‌ای بر شمار مراجع شبه قضایی افزود و اصول دادرســـی، حقوق عامه اشخاص و نظم عمومی را به مخاطره انداخت. بلکه باید نگاه موردی به مســـائل نمود و تنهـــا در مواردی که واقعاً وجود یک مرجع تخصصی و متمایز از دادگســـتری دولتی احســـاس شـــود، وجود آن را پذیرفت. به عنوان مثال وجود هیأت داوری ســـازمان بورس و اوراق بهادار یا اتاق داوری تعاون،

و ۵۸۸۱/۷ مورخ ۱۳۷۸/۹/۱۵ این نظر را پذیرفته است (حیاتی، ۱۳۹۹: ٦٤۳).

به جهـــت وجود قوانین متعدد و تخصصی در این حوزه‌ها، قابل پذیرش اســـت، اما کمیســـیون موصوف به کمیســـیون ماده ۱۲ زمین شهری یا کمیســـیون ماده ٥٦ قانون حفاظـــت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع یا کمیســـیون اصلاح ســـن قانون حفظ و اعتبار اســـناد سجلی چه رســـیدگی تخصصی را انجام می‌دهند که دادگاه از انجام آن ناتوان اســـت؟ جالب‌تر این‌که این مراجع جزو ســـاختار تشکیلاتی دولتی بوده و اشـــخاص تصمیم‌گیرنده آن در مواردی توســـط دولت عزل و نسب می‌شوند، اما در حال انجام کار قضایی هستند (سالاری و سراجی و رنجبر، ۱٤۰۱: ۸۳۹). کاملاً واضح است که این مراجع وابستگی‌هایی به سازمان مربوطه خواهد داشت (باقری زیاری و حق‌پناهان، ۱٤۰۰: ۸۳۱)؛ لذا حاکمیت باید با اتخاذ تمهیدات لازم، دادخواه را در مدار دادگســـتری نگه دارد و از شـــمار این مراجع بکاهد. این عمل موجب استماع پذیری بیشتر دعاوی و کاهش اطاله دادرسی خواهد شد.

برآمد

۱- اصل استماع دعوا به این معنا است که وظیفه دادگاه پذیرش دعوا، رسیدگی ماهوی به آن و در نهایت صدور حکم می‌باشـــد؛ بنابراین تا حد امکان باید از صدور قرارهـــای نهایی و توجه به ایرادها اجتناب کنـــد. یکی از آثار اعمال این اصل، امکان ترمیم دعوا توسط خواهان است.

۲- لزوم رعایت اصل اســـتماع دعوا، برای قانون‌گذار و دادرس تکالیفی ایجاد می‌کند. تکلیف دادرس در ماده ۱۹ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مشخص شده است. این تکلیف تنها زمینه‌ساز رفع ایراد وارد بر خواسته دعوا اســـت؛ بنابراین به صورت مستقیم موجب اســـتماع‌پذیر شدن دعوا نمی‌شود و تنها در موردی ایراد وارد بر خواســـته با رعایت شرایط خاص دعوا قابل اعمال است. قانون‌گذار نیز می‌بایست تا حد امکان با کاستن از مراجع شبه قضایی و تشریفات زائد، امکان طرح دعوا در مراجع قضایی را فراهم آورد.

۳- اعمال اصل اســـتماع دعوا توسط خواهان آســـان نیست. اصلاح و ترمیم دعوا در بســـیاری از موارد با تشـــریفاتی بودن قوانین شکلی در تضاد یا تزاحم است. شـــش مورد را می‌توان ذیل موارد اعمال اصل اســـتماع دعوا توسط خواهان قرار داد. امـــکان ترمیم اســـناد و دلایل دعوا در صورتی که خوانـــده فرصت کافی برای فراهم نمودن مدارک و دفاع از خود را داشـــته باشد، بدون اشکال است. مشخص است که اســـناد و دلایل باید در ماهیت دعوا مؤثر باشـــد تا لزوم وجود فرصت دفاع خوانده معنا داشـــته باشد؛ دوم، در مورد اضافه نمودن به اصحاب دعوا نیز می‌توان دعوا را از طریق جلب ثالث یا ورود ثالث ترمیم نمود؛ ســـوم، اعمال اصل استماع دعوا از طریق اصلاح عبارت خواسته مانند «تخلیه» به جای «خلع ید» به استناد ماده ۹۸ در صورت رعایت دو شـــرط (خوانده توانایی و فرصت پاسخ داشته باشد و ارکان خاص دعوا از اســـباب، شرح و دلایل دعوا قابل احراز و شناسایی باشد) میسر است. مورد چهارم و پنجم از موارد شـــش‌گانه ترمیم دعوا توسط خواهان، اعمال اصل استماع دعوا با تغییر در موضوع دعوا و تغییر در ســـبب خواسته اســـت. این موارد نیز با توجه به ظرفیت ماده ۱۴۱ و در حدود آن ممکن است. آخرین مورد را باید ترمیم دعوا از طریق طرح دعوای جداگانه و رســـیدگی توأمان مطابق ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های

عمومی و انقلاب در امور مدنی دانست.

۴- ارائه تفسیر موسع از ماده ۱۴۱ در استماع پذیری دعوا مؤثر خواهد بود. نکته مهم در این قسمت، نوع تفسیر عبارت «منشأ دعوا» در ماده پیش‌گفته است. اگر منشأ را به معنای عمل حقوقی یا واقعه حقوقی خاصی بدانیم، دامنه تفسیر ماده محدود خواهد شد؛ یعنی این‌که اگر به عنوان نمونه منشأ دعوا را غصب بدانیم، امکان تغییر خواسته از مطالبه خسارات تصرف در ید غاصبانه به مطالبه وجه التزام تأخیر در تحویل مال مستاجره نخواهد بود، اما اگر «منشأ دعوا» به معنای «سبب» فرض شود. می‌تواند خواسته مطالبه خسارات وارده به سبب غصب را به وجه التزام تغییر داد. تمام این موارد در صورتی قابل تصور است که از موارد تصریح شده قانون تخطی صورت نگیرد. در واقع تفسیر در مقابل نص معنایی ندارد. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز، دادرس را در صورت فقدان یا اجمال قانون به منابع فقهی و اصول حقوقی ارجاع داده است؛ بنابراین اصل استماع دعوا نمی‌تواند محملی برای عدم اجرای تصرح قانونی باشد، اما در موارد عدم تصریح باید قوانین را به گونه‌ای تفسیر نمود که امکان اعمال اصل استماع دعوا میسر باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱٤۰۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: میزان.
* اقدامی، حسین (۱۳۹۹)، **راهنمای تحلیلی کاربردی دعاوی ملکی در نظام قضایی ایران**، چاپ هشتم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
* آرام، محمدرضا و جعفری، فیض‌الله (۱٤۰٤)، «**داوری؛ روش طبیعی یا استثنایی حل و فصل اختلاف**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹ ، شماره ۱۲۹.
* بازگیر، یدالله (۱۳۸۹)، **آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: جاودانه.
* باقری زیاری، رحیم و حق پناهان، عباس (۱٤۰۰)، «**جایگاه مراجع شبه قضایی در نظام حقوقی ایران**»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۵، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی.
* بهادری جهرمی، علی و حسینی، سیده لطیفه (۱۳۹۳)، «**اصول دادرسی عادلانه در پرتو اندیشه اسلامی و نظام حقوق داخلی**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، دوره ۳، شماره ۷.
* پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (۱۳۹۹)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۲**، چاپ سوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
* پورصادقی، حبیب‌الله (۱٤۰۱)، **آیین دادرسی مدنی دعاوی مرتبط**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۲)، **حقوق و اقتصاد**، تهران: جاودانه.
* حیاتی، علی عباس (۱۳۹۹)، **آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ هفتم، تهران: میزان.
* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، **حقوق دعاوی، تحلیل و نقد رویه قضایی (حقوقی، اجتماعی، فلسفی)**، جلد هشتم، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* داودی بیرق، حسین و آرمیون، سید کمال (۱٤۰۱)، «**قرار اناطه در دادرسی مدنی**

با بررسی رویه قضایی»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، دوره ۵۲، شماره ٤.
* زندی، محمدرضا (۱۳۹۳)، **رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی (داوری)**، جلد دوم، تهران: جنگل.
* سالاری، امین اله؛ سراجی، مصطفی و رنجبر، احمد (۱٤۰۱)، «**جایگاه دادرسی شبه قضایی در قانون اساسی و سند تحول قضایی**»، ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۵، شماره ۳.
* السان، مصطفی و محمودی، نصیبه (۱۳۹۷)، «**مطالعه تطبیقی اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی در حقوق ایران و آمریکا**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲.
* شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، «**«سبب» امور موضوعه و توصیف آن‌ها در دعوای مدنی**»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۷، شماره ٦۵.
* شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلدهای اول و دوم، چاپ چهل و دوم، تهران: دراک.
* فرحزادی، علی‌اکبر و میرزانژاد بروجنی، رسول (۱٤۰۰)، **اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران**، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
* فرحزادی، علی‌اکبر و میرزانژاد بروجنی، رسول (۱۳۹۹)، «**اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران**»، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.
* فرزاد، مسعود و ابوعطا، محمد و سادات حسینی، حسین (۱۳۹۹)، «**نقش دادگاه در کشف سبب دعوا در فقه، حقوق ایران و فرانسه**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۰، شماره ۱.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی**، چاپ هشتم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران: گنج دانش.
* کشاورزی ولدانی، مرتضی (۱٤۰٤)، «**تحلیل و قاعده انگاری فقهی کل دعوی**

ملزمه معلومه فهی مسموعه در شناخت و توسعه قلمرو اصل استماع دعوی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹ ، شماره ۱۳۰.

* مافی، همایون و غمیلویی، محـــمد (۱۳۹۸)، «**مفهوم و ضـــمانت اجرای اصول دادرسی در آیین دادرسی مدنی**»، فصل‌نامه دانشنامه‌های حقوقـــی، دوره ۲، شماره ۳.

* محسنی، حســن (۱۳۹٤)، «**نقص اعمال آیین دادرسی مدنی در حقوق فرانسه**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ٦، شماره ۲.

* محسنی، حســن (۱۳۹۳)، «**نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۲، شماره ٦.

* مسعودی نیا، محمد و اسدپور کندلجی، رسول (۱۳۹٦)، «**قلمرو و صلاحیت مراجع شبه قضایی در حقوق ایران**»، فصل‌نامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۱.

* مسقطی، عبدالخالق و سراجی، مصطفی و پروین، خیرالله (۱٤۰۰)، «**اصول دادرسی منصفانه، در رسیدگی‌های مراجع شبه قضایی**»، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ٤، شماره ۳.

* معاونت آموزش دادگســتری اســتان تهران (۱۳۹۱)، **نقـــد رویه قضایی در امور مدنی**، زیر نظر: دکتر ناصر کاتوزیان، تهران: جنگل.

* معاونت منابع انســانی و امور فرهنگی دادگستری استان تهران (۱٤۰۱ الف)، **رویه قضایی محاکم استان تهران در امور مدنی الزام به تنظیم سند الزام به تحویل مبیع، استرداد ثمن، استرداد مبیع**، چاپ سوم، تهران: دادگستری کل استان تهران.

* معاونت منابع انســانی و امور فرهنگی دادگســتری استان تهران (۱٤۰۱ ب)، **رویه قضایی محاکم اســتان تهـــران (داوری) مهر و موم‌هـــای ۱۳۸۰ تا ۱٤۰۰**، تهران: دادگستری کل استان تهران.

* مهاجری، علی (۱۳۸۲)، **شـــرح قانون آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* نهرینی، فریدون (۱٤۰۰)، **آیین دادرســـی مدنی**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* هـــادی، مهدی (۱٤۰۱)، **تحلیل قضایی ضرورت اصل اســـتماع دعوا**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی.
* هرمزی، خیرالله، «**جمع و تفکیک بین دعاوی و مقایســـه آن با تجزیه یک دعوی به چند دعوی در حقوق ایران و فرانسه**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ٦، شماره ۲۳.
* هرمزی، خیراله، «**تغییر عناصر دعوی: شـــرحی بر ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی**»، پژوهش‌های حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۳.
* هرمزی، خیراله، «**شـــرایط قابل اســـتماع بودن دعوا در فقـــه**»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ٤، شماره ۱۳.

ب. اینترنتی

* پژوهشگاه قوه قضائیه، ســـامانه ملی آرای قضایی، (آخرین بازدید ۵ تیر ۱٤۰۳) به نشانی:

https://ara.jri.ac.ir

* مرکز آموزش قوه قضائیه، سامانه نشست‌های قضایی، (آخرین بازدید ۵ تیر ۱٤۰۲) به نشانی:

https://www.neshast.or

* https://neshast.eadl.ir

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ٤٦-۲۵
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۱۱/۰٦ تاریخ پذیرش: ۱٤۰٤/۰۸/۲۸

خواهان و خوانده در دادخواهی له یا علیه شرکت تجاریِ در حال تصفیه

علی طهماسبی[۱]، صیاد غلامی[۲]

چکیده

انحلال شـــرکت تجاری می‌تواند پیامد اسباب ارادی و غیرارادی متعددی باشد. جز در فرض تجزیه و ادغام، شـــرکت با انحلال وارد فرایند تصفیه می‌شـــود و تا پایان آن، شـــخصیت حقوقی خود را حفظ می‌کند؛ اگرچه اهلیتش در مقایســـه با زمان پیش از انحلال محدود می‌شـــود. بر این بنیاد شـــرکت ممکن اســـت نیازمند دادخواهی علیه دیگران بوده یا آنان در پی دادخواهی علیه شرکت باشند. دادگاه‌ها در خصوص خواهان یا خوانده شـــمردن شـــرکت یا مدیر تصفیه اختلاف دارند و رسیدگی ماهیتی دادگاه به دعوا، به بخت خواهان بســـتگی دارد؛ به گونه‌ای که در فرض اول برخی دادگاه‌ها مدیر تصفیه را خواهان دانســـته و در صورت دادخواهی به نام شـــرکت دعوا را قابل استماع نمی‌دانند. در فرض دوم نیز میان دادگاه‌ها در خصوص لزوم دادخواهی علیه شـــرکت یا مدیر تصفیه یا هر دو اختلاف وجود دارد. به نظر تشتت آراء قضایی ناشی از بی‌توجهی به قواعد حقوقی است؛ زیرا با وجود بقای شخصیت حقوقی شرکت، همانند زمان پیش از انحلال، خودِ شـــرکت خواهان یا خوانده دعواســـت و مدیر تصفیه صرفاً نماینده آن اســـت و جز در موارد خاص مبنای حقوقی و منطقی برای خواهان یا خوانده شـــمردن نماینده وجود ندارد.

واژگان کلیدی: انحلال شرکت تجاری، دادخواهی، قائم‌مقام، مدیر تصفیه، نماینده

---

۱. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران (نویسنده مسؤول)
a.tahmasebi@razi.ac.ir
۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، قاضی دادگستری، کرمانشاه، ایران
Gholamisayad@Gmail.com

درآمد

فارغ از این‌که ثبت شرکت تجاری به وجود آورنده آن باشد یا ثبت هیچ نقشی در ایجاد آن نداشته و حداکثر شرط قابلیت استنادش در برابر ثالث باشد، این نهاد (شرکت) پس از ایجاد دارای شخصیت حقوقی است (پاسبان، ۱۳۹۸: ۳۱-۲۱؛ اسکینی، ۱/۱۳۹۸: ۴۸-۵۲؛ همو، ۲/۱۳۹۸: ٤٤ به بعد؛ طباطبایی حصاری و زمانی، ۱۳۹۷: ۲۲۹-۲۳۰). به این دلیل، هرگاه شرکت در زمان حیات خود در صدد دادخواهی علیه دیگری باشد، خودش خواهان دعوا بوده و مقام صلاحیت‌دارش به عنوان نماینده شرکت اقدام می‌کند؛ در نتیجه اگر در ستون خواهان دادخواست نام نماینده قید شود، دادگاه به دلیل ذی‌نفع نبودن وی با صدور قرار رد دعوا به آن واکنش نشان می‌دهد. در مقابل هرگاه شخصی در صدد طرح دعوا علیه شرکت باشد، نام شرکت به عنوان خوانده قید می‌شود وگرنه به دلیل عدم توجه دعوا به خوانده، رسیدگی ماهیتی به آن ممتنع است (مواردی همانند چک که به موجب قانون نماینده صادرکننده نیز همراه اصیل در برابر دارنده مسؤولیت دارند استثنا است).

پس از انحلال و پیش از پایان تصفیه نیز شرکت از شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت سهام‌دار/شریک و تبعاً اهلیت برخوردار است؛ اگرچه در مقایسه با زمان پیش از انحلال، اهلیت آن محدودتر است (مواد ۲۰۸ تا ۲۱۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت). حال پرسش آن است که اگر شرکت در حال تصفیه در صدد دادخواهی علیه دیگری برآید یا ثالث در پی دادخواهی علیه شرکت باشد، در ستون خواهان یا خوانده دادخواست، باید نام شرکت قید شود یا مدیر تصفیه. آیا با وجود بقای شخصیت حقوقی شرکت در حال تصفیه، به دلیل محدود شدن اهلیت آن قواعد دیگری بر موضوع حاکم است یا همان قواعد زمان حیات شرکت را باید اعمال کرد؟ آیا میان انحلال شرکت به دلیل ورشکستکی با دیگر اسباب انحلال آن تفاوت وجود دارد؟ مدیر تصفیه قائم‌مقام شرکت است یا نماینده آن؟

پرداختن به این موضوع از آن رو ضروری است که تعیین خواهان و خوانده در دعاوی له یا علیه شرکت در حال تصفیه به یکی از مسائل به شدت اختلافی رویه قضایی تبدیل شده است؛ به گونه‌ای که در دادخواهی له شرکت در حال تصفیه برخی دادگاه‌ها به دلیل قید نام آن در ستون خواهان دادخواست مبادرت به صدور

قرار عدم استماع دعوا کرده و ذکر نام مدیر تصفیه را لازم دانسته‌اند و برخی دیگر در این فرض (دادخواهی به سود شرکت) قید نام شرکت را در ستون خواهان ضروری می‌دانند. به همین ترتیب هرگاه اشخاص ثالث در پی دادخواهی علیه شرکت در حال تصفیه باشند، واکنش دادگاه‌ها متفاوت است؛ برخی قید نام شرکت را در ستون خوانده لازم دانسته وگرنه به دلیل عدم توجه دعوا به مدیر تصفیه، از ورود به ماهیت آن خودداری کرده‌اند؛ حال آن‌که برخی دیگر در صورت عدم دادخواهی علیه مدیر تصفیه یا شرکت و مدیر تصفیه، از رسیدگی ماهیتی به دعوا خودداری می‌کنند. این وضعیت پیش‌بینی پذیری دستگاه قضایی و امنیت قضایی شهروندان را به شدت کاهش می‌دهد (بهره‌مند و دیگران، ۱٤۰۲: ۷۲-۷٤) و اقامه دعوا را در ذهن کاربران دادگستری فرایندی پیچیده و همراه با سازکاری دقیق نمایش می‌دهد که نه تنها از سوی اشخاص عادی، بلکه چه بسا از سوی اشخاص حرفه‌ای هم قابل انجام نیست (میرنژاد بروجنی، ۱٤۰۳: ۳۸۷).

بر این بنیاد نوشتار حاضر بر آن است تا با ارزیابی انتقادی رویه قضایی نشان دهد کدام رویکرد با موازین حقوقی سازگار است. به این دلیل پس از تبیین وجه تمایز نماینده از قائم‌مقام و اشاره به انحلال شرکت تجاری در نتیجه ورشکستگی و دیگر اسباب انحلال آن، به بررسی این موضوع می‌پردازد که در طرح دعوا به سود شرکت تجاری در حال تصفیه یا دادخواهی دیگران علیه آن، خواهان یا خوانده دعوا شرکت است یا مدیر تصفیه، پس از تحلیل این موضوع در رویه، برآمد پژوهش ارائه خواهد شد.

۱. قائم‌مقام و نماینده

برای روشن شدن موضوع، تبیین مختصر مفهوم قائم‌مقامی و تمایز آن از نمایندگی ضروری است؛ زیرا قانون تجارت ظاهراً مدیر یا اداره تصفیه را قائم‌مقام تاجر ورشکسته دانسته است (مواد ٤۱۸ و ٤۱۹ قانون تجارت)[۱] و برخی دادگاه‌ها در

۱. ماده ٤۱۸: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آن‌چه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند»؛ ماده ٤۱۹: «از تاریخ حکم ورشکستگی هر کس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی از منقول یا غیر منقول داشته باشد باید بر مدیر تصفیه اقامه یا به طرفیت او تعقیب کند. کلیه اقدامات اجرائی نیز مشمول همین دستور خواهد بود».

دیگر موارد انحلال شـــرکت نیز با استناد به وحدت ملاک آن، مدیر تصفیه را قائم‌مقام شرکت در حال تصفیه شمرده‌اند.

۱-۱. قائم‌مقام شخصی

قائم‌مقام شـــخص یا مالی است که جانشین یک شـــخص یا مالِ دیگرِ دارای وضعیت خاص می‌شود. بر این بنیاد قائم‌مقامی یعنی ایجاد یک وضعیت حقوقی میان دو شـــخص یا دو مال که بر پایه آن یک شـــخص جانشین شخصی دیگر (قائم‌مقامی شـــخصی) یا یک مال جانشـــین مالی دیگر (قائم‌مقامی عینی) در آن وضعیت حقوقی می‌شـــود. دو عنصر اساسی قائم‌مقامی خواه شخصی باشد یا عینی، عبارت‌اند از انتقال مال یا حق و وحدت و همانندی وضعیت حقوقی قائم‌مقام و اصیل نســـبت به آن مال یا حق (کاظمی و عسگر رمکی، ۱۳۹۹: ۲۱۳-۲۱٤). قائم‌مقام شخصی در قوانین هم به معنای نماینده (قائم‌مقام تجارتی موضوع مواد ۳۹۵ به بعد قانون تجارت) به کار رفته، هم در معنای جانشـــین. قائم‌مقامی در معنـــای دوم از جهت قلمرو حقوق و تعهدات موضوع انتقال به قائم‌مقام و منشأ آن، می‌تواند عام یا خاص و قراردادی یا قانونی باشد (دارویی، ۱۳۸۸: ۱٦۸-۱٦۹ و پاکباز، ۱٤۰۱: ۵۷۵).

قائم‌مقامی عـــام ارادی (قراردادی یا ایقاعی) در ادغام و تجزیه شـــرکت‌های تجاری قابل تصور اســـت (بندهای ۱٦ و ۱۷ ماده ۱ قانون اجرای سیاســـت‌های کلی اصل ٤٤)[۱]؛ در عین حال ادغام شـــرکت‌های تجاری و تبعـــاً قائم‌مقامی حاصل از آن ممکن اســـت نتیجه تصویب قانون باشـــد. در این صورت امـــوال، حقوق و تعهدات شـــرکت یا شرکت‌های ادغام شـــونده به شـــرکت جدید یا بازمانده منتقل می‌شود و قائم‌مقامی آن شـــرکت از شرکت‌های ادغام شونده عام و در عین حال ناشی از قانون است.[۲] به همین ترتیب تجزیه شرکت ممکن است به حکم مستقیم قانون یا به موجب

---

۱. بند ۱٦- ادغام: اقدامی که بر اساس آن چند شرکت، ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند. بند ۱۷- تجزیه: اقدامی که بر اســـاس آن یک شرکت ضمن محو شخصیت حقوقی خود دو یا چند شخصیت حقوقی جدید تشکیل دهد.

۲. ادغـــام به صلاح‌دید مدیر گزیر در نظام حل و فصل یا گزیر مؤسســـات مالـــی و اعتباری (دیگر نهادهای مالی در آن دسته از نظام‌های حقوقی که آن را پذیرفته‌اند) نیز غیرارادی است ولی ظاهراً در قانون بانک مرکزی ایران (مصوب ۱٤۰۳/۳/۳۰) چنین چیزی پیش‌بینی نشده؛ زیرا بند ٤ تبصره ۲ ماده ۳۳ این قانون، ادغام شرکت را منوط به تصویب مجمع عمومی شرکت دانسته است.

تصمیـــم مرجع صالح مبارزه با رویه‌های ضد رقابتـــی (مخل یا محدود کننده رقابت) انجام شود (بند ۷ ماده ٦١ قانون یادشده)؛[1] به این معنا که در موارد خاصی این مرجع (شـــورای رقابت) برای مبارزه با انحصار و رویه‌های ضد رقابتی به ادغام شـــرکت‌ها واکنش نشان داده[2] و تجزیه را بر آنان تحمیل کند.

افزون بر ایـــن وارث هم در صورت قبول مطلق ترکـــه، قائم‌مقام عام قانونی مورث قلمداد شده (کاتوزیان، ۳/۱۳۷٦: ۲۸۲–۲۸۰، شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۵–۹٦)، هرچند به دلیل تعلق تعهدات متوفا به ترکه و عدم انتقال آن به وارث در درستی این گزاره و قائم‌مقام عام بودن وراث تردید وجود دارد[3] (کاظمی و جمشـــید رمکی، ۱۳۹۹: ۲۳۳ به بعد).

قائم‌مقامی خاص نیز می‌تواند ارادی یا قانونی باشـــد؛ قائم‌مقامی ارادی ممکن است قراردادی یا صرفاً خواسته پرداخت‌کننده دین دیگری باشد. قائم‌مقامی قراردادی پیامد انتقال مال یا موقعیت قراردادی به دیگری است؛ به این معنا که با انتقال یک مال معیـــن به دیگری، انتقال گیرنده در حقوق و تعهدات مربوط به آن مال قائم‌مقام انتقال دهنده می‌شـــود (شـــهیدی، ۱۳۸۲: ۲۵). در انتقال قرارداد نیز یکی از دو طرف وضع حقوقی خود اعم از حقوق و تعهدات ناشـــی از قـــرارداد را به دیگری انتقال می‌دهد و او را در ایـــن رابطه قائم‌مقام خود می‌کند (کاتوزیان، ۳/۱۳۷٦: ۲۹۳ به بعد). به این ترتیب قائم‌مقام [قراردادی] شـــخصی است که مستقیماً یا از طریق نماینده در قرارداد شـــرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال قرارداد یا مال یکی از طرفین قرارداد جانشین او

---

۱. ماده٦١: «هرگاه شـــورا پس از وصول شـــکایات یا انجام تحقیقات لازم احراز کند که یک یا چند مورد از رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد (٤٤) تا (٤٨) این قانون توسط بنگاهی اعمال شده است، می‌تواند حسب مورد یک یا چند تصمیم زیر را بگیرد: بند۷ـ الزام به تعلیق یا دستور به ابطال هرگونه ادغام که برخلاف ممنوعیت ماده (٤٨) این قانون انجام شـــده و یا الزام به تجزیه شـــرکت‌های ادغام شده».

۲. برابر ماده ۲ آیین‌نامه تشویق به مشارکت موضوع ماده (۱۵) قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشـــور و حمایت از کالای ایرانی، ادغام شـــرکت‌ها، در چهارچوب اساسنامه و یا تصمیم ارکان آن شـــرکت با رعایت قوانین و مقررات به غیر از موارد زیر مجاز اســـت: ۱– زمانی که مطابق قانون اجرای سیاست های کلی اصل چهل و چهارم (٤٤) قانون اساسی مصوب ۱۳۸٦، موجب ایجاد تمرکز و بروز قدرت انحصاری شـــود. ۲– ادغام شرکت‌های تضامنی در شرکت‌های سهامی که منجر به تضییع حقوق ذی‌نفعان می‌شود.

۳. برای دیدن نگاه انتقادی به قائم‌مقامی وراث در قراردادها بنگرید به: محمدی و عســـکری، ۱۳۹٦: ۱٤۲ به بعد.

و بهره‌مند و عهده‌دار اجرای آن می‌شود (کاتوزیان، ۳/۱۳۷۶: ۲۷۹).

افزون بر این در مواردی که شـــخصی در پرداخت دین دیگری ذی‌نفع باشـــد می‌تواند ضمن پرداخت دین (بدهکار) به قائم‌مقامی از طلبکار به بدهکار اصلی رجوع کند و عملش از شـــمول قاعده منع رجوع پرداخت غیر مأذون به بدهکار (ماده ۲۶۷ قانون مدنی) خارج اســـت؛ طبعاً در این صورت قراردادی در میان نیســـت و در عین حال پرداخت ناشـــی از تحمیل قانونی به پرداخت‌کننده نیست، بلکه وی با اراده و در راســـتای تأمین منافع خودش عمل کرده است؛ برای نمونه برابر ماده ۵۵ قانون اجرای احکام مدنی «در مورد مالی که وثیقه بوده یا در مقابل مطالباتی توقیف شـــده باشـــد، محکوم‌له می‌تواند تمام دیون و خســـارات قانونی را با حقوق دولت حسب مورد در صندوق ثبت یا دادگســـتری تودیع نموده، تقاضای توقیف مال و استیفای حقوق خود را از آن بنمایـــد، در این صورت وثیقه و توقیف‌های ســـابق فک و مال بابت طلب او و مجموع وجوه تودیع شـــده بلافاصله توقیف می‌شـــود» یا به موجب ماده ۷۶ و ۸۲ همـــان قانون هرگاه محکوم‌علیه از پرداخت حق‌الزحمه ارزیاب و حافظ امتناع نماید، محکوم‌له می‌تواند آن را بپـــردازد و دادورز ضمن اجرای حکم، آن را از محکوم‌علیه وصول خواهد کرد.

در ایـــن موارد دادبرده به دلیل ذی‌نفع بودن، هزینه‌ها را پرداخته و بدون آن‌که عملش مشـــمول ایفای بدون اذن دین دیگری باشد (ماده ۲۶۷ قانون مدنی)، حق دارد به قائم‌مقامی از بســـتانکار برای دریافت آن به بدهکار رجوع کند. ممکن اســـت گفته شـــود در این موارد هم قائم‌مقامی پرداخت‌کننده برآمده از قانون اســـت نه اراده او و بنابراین ارادی شـــمردن قائم‌مقامی نارواست. در پاسخ باید گفت هرچند قانون است کـــه در این موارد رجوع پرداخت‌کننده را به بدهکار تجویز کرده ولی تردیدی وجود ندارد که تا پرداخت‌کننده با میل خود اقدام به پرداخت بدهی دیگری نکند، رجوع او به بدهکار منتفی اســـت و این میزان تأثیر اراده برای ارادی قلمداد شدن قائم‌مقامی او کافی به نظر می‌رسد.

قائم‌مقامـــی خاص قانونی نیز در مواردی قابل تصور اســـت که شـــخصی به موجب قانون ملزم به پرداخت دین دیگری شده، سپس از این حق برخوردار است که به قائم‌مقامی از بســـتانکار به بدهکار رجوع کند. برای نمونه در تعاقب ایادی غاصبانه

هرگاه مالک بدل مال مغصوب تلف شـــده را از مســـؤول غیرنهایی (معمولاً یکی از غاصبـــان مقدم) بگیرد، وی نیز می‌تواند به مســـؤول نهایی (قاعدتاً غاصب یا غاصبان بعد از خود) رجوع کرده و آن را از ایشان بگیرد (ماده ۳۱۸ قانون مدنی) یا بیمه‌گری که خســـارت بیمه‌گذار را در بیمه اموال پرداخته (ماده ۳۰ قانون بیمه) می‌تواند برای اســـترداد آن به شخصی که عامل زیان بوده رجوع کند. چنان‌که پیداست در این موارد پرداخت کننده با اراده خود اقدام نکرده بلکه به موجب قانون و با حکم دادگاه یا بدون آن ملزم به پرداخت بوده و به همین دلیل در حدود مبلغی که پرداخته اســـت می‌تواند به قائم‌مقامی از دریافت‌کننده به مســـؤول نهایی مراجعـــه کند. بر این بنیاد قائم‌مقامی قانونـــی پرداخت کننده در مـــواردی معنا دارد که وی به دلیل الزام قانونی به پرداخت دین دیگری، قائم‌مقام بستانکار شده و می‌تواند به بدهکار رجوع کند (دارویی، ۱۳۸۸: ۱۶۹-۱۶۸).

۲-۱. نماینده

نماینده خواه قراردادی باشـــد (وکیل) یا قانونی (ولی قهری) یا قضایی (قیم و امین غایب و غیره)، شـــخصی اســـت که می‌تواند به نیابت از دیگران اقدام به انشای اعمال حقوقی اعم از ایقاع یا قرارداد کند، ولی آثار آن‌ها قاعدتاً به وی تسری نمی‌یابد و طرف قرارداد نمی‌تواند برای اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به نماینده رجوع کند مگر در موارد خاصی مانند اصیل افشـــاء نشـــده (صفایی، ۱۴۰۱: ۹۲-۹۳؛ کاتوزیان، ۲/۱۳۷۶: ۵۰-۵۲) یا صدور چک به نمایندگی از دیگری که قانون به‌طور خاص، وی را در کنار اصیل مسؤول شناخته است (ماده ۱۹ قانون صدور چک).

۲. انحلال شرکت

حال که مفـــهوم قائـــم‌مقام و نماینده روشن شد، پرسش آن است که مدیر تصـفیه شرکت در حال تصفـیه، نماینده آن است یا قائـم‌مقامش؟ برای تبیـین بایسـته موضوع بهتر اســـت پاسخ این پرسش در دو بخش جداگانه یعنی مـــدیر تصـــفیه شـــرکت‌های ورشکسته و مـدیر تصفیه شرکت‌های منحل شـــده به اسبـاب دیگر بررسی شود.

۱-۲. اثر انحلال شـــرکت به سبب ورشکستگی: منع مداخله و تعلیق دعاوی فردی

با صدور حکم ورشکســـتگی، تاجر از مداخلـــه در اموال خود، حتی آنچه که ممکن اســـت در مدت ورشکســـتگی عایدش شود، ممنوع اســـت (ماده ٤۱۸ قانون تجـــارت).[۱] دادن اختیار اموال متوقف به مدیر یا اداره تصفیه به عنوان قائم‌مقام قانونی او، اثر مستقیم سلب اختیار از ورشکسته از اموال و حقوق مالی اوست (صقری، ۱۳۷٦: ۲۷۲-۲۷۳)؛ در عین حال قلمرو این ممنوعیت مطلق نیســـت، بلکه تاجر می‌تواند در امـــور مالی دیگران دخالـــت کرده و به نمایندگی از آنان بخرد یا بفروشـــد. هم‌چنین می‌توانـــد در امور غیرمالی خود مانند حقوق شـــخصی از قبیـــل نکاح، طلاق و غیره مداخله نماید (ســـیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۹۸-۹۹؛ ستوده تهرانی، ٤/۱۳۸۷: ۱٤۱-۱٤۲؛ اسکینی، ۱٤۰۰: ۸۰).

یکی از آثار ورشکستگی تعلیق دعاوی فردی است؛ یعنی از یک‌سو طلبکاران حق ندارند به‌طور انفرادی به دادگاه صالح مراجعه کنند و مطالبه طلب باید به طرفیت مرجع تصفیه اقامه گردد (اسکینی، ۱۳۹۹: ۷۹-۸۱)؛ از سوی دیگر، ورشکستگی موجب توقیف دعاوی ورشکسته علیه سایر اشخاص می‌شود. بدیهی است که این محدودیت صرفاً ناظر به آن دسته از دعاوی است که مؤثر در تأدیه دیون باشد (همان‌جا؛ سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۹۸-۹۹)؛ بدین ترتیب ورشکســـتگی دارای هویتی جمعی است؛ چون نه تنها موجب تعلیق و توقیف دعاوی فردی علیه ورشکســـته می‌شـــود، بلکه توقیف دعاوی ورشکســـته علیه سایر اشـــخاص را در پی دارد (سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۱۵). حال پرســـش آن اســـت که آیا اصطلاح قائم‌مقام در این مواد به معنای نماینده به کار رفته است یا جانشـــین؟ به باور برخی، از آن‌جا که اموال تاجر ورشکسته متعلق حق طلبکاران اوست و اقدامات مدیر تصفیه در جهت حفظ، اداره و نهایتاً تصفیه مطالبات و دیون تاجر ورشکســـته انجام می‌شود و خود نفعی در امر تصفیه امور ورشکستگی

---

۱. گفتنی است هرچند ظاهر ماده ٤۱۸ دلالت بر این معنا دارد که به محض صدور حکم ورشکستگی، قائم‌مقامی مدیر تصفیه از لحظه انتصاب محقق می‌شـــود. معذلک بر خلاف این ظاهر، تردیدی نیست که قائم‌مقامی مدیر تصفیه از تاجر ورشکسته از لحظه انتصاب محقق می‌شود؛ بنابراین در فاصله کوتاه میان صدور حکم و انتصاب مدیر تصفیه، با یک دوره برزخی مواجه هســـتیم که مقنن نســـبت به آن تعیین تکلیف صریحی نکرده است (کاویانی، ۱۳۹۳: ۱۳۷-۱۳۸).

ندارد، او نماینده قانونی طلبکاران و تاجر ورشکسته در اداره اموال ورشکسته است؛ بنابراین باید به نمایندگی از هیأت طلبکاران به عنوان قائم‌مقام ورشکسته حقوقش را استیفا و تعهداتش را اجرا کند و قائم‌مقام عام ورشکسته است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۶؛ ستوده تهرانی، ٤/۱۳۸۷: ۱٤۰-۱٤۲؛ کاویانی، ۱۳۹۳: ۱۳۷-۱۳۸؛ سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۱۵). مقدمات و نتیجه استدلال ناسازگار به نظر می‌رسند؛ زیرا در مقدمات مدیر تصفیه نماینده دانسته شده ولی در پایان وی را قائم‌مقام ورشکسته اعلام می‌کند مگر آن‌که مراد از قائم‌مقام همان نماینده باشد. در مقابل برخی دیگر معتقدند «درست است که قانون در مورد اعسار و ورشکستگی مدیون، به طلبکار اختیار می‌دهد که به نام او اقامه دعوا کند یا به دعاوی دیگران بر او پاسخ دهد ولی باید دانست که در این‌گونه موارد طلبکار حق مدیون را به نام و حساب او اعمال می‌کند نماینده است نه اصیل؛ در حالی که قائم‌مقام به کسی می‌گویند که جانشن طرف دعوا است و حق را به نام و برای خود اعمال می‌کند»[1] (کاتوزیان، ۳/۱۳۷٦: ۲۸٦).

به عنوان نتیجه بحث باید گفت، مدیر تصفیه نماینده‌ای بیش نیست و نمی‌توان او را قائم‌مقام ورشکسته شمرد؛ زیرا اموالی از شرکت در حال تصفیه به وی منتقل نمی‌شود تا بحث جانشینی‌اش از شرکت به میان آید و حتی بر فرض که بتوان دارایی ورشکسته (اموال، دیون و مطالبات) را دارای شخصیت حقوقی دانست (رمضانی آکردی، ۱٤۰۱: ۳۰ به بعد)، باز هم مدیر تصفیه به عنوان نماینده یا رکن آن به اداره‌اش می‌پردازد و مبنای موجهی برای تمایز قائل شدن میان ماهیت رابطه حقوقی مدیران زمان حیات شرکت و مدیر زمان تصفیه وجود ندارد تا بر پایه آن، اولی را نماینده یا رکن شرکت دانست و دومی را قائم‌مقام آن؛ لذا باید بر آن بود که قانون‌گذار واژه قائم‌مقام را در خصوص مدیر تصفیه در معنای دقیق آن یعنی جانشین به کار نبرده است؛ بر این بنیاد دادخواهی به نام یا علیه مدیر تصفیه از نظر حقوقی توجیه ندارد. در عین حال قانون‌گذار می‌بایست همانند ماده ۲۱۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت و ماده ۲۰۸ قانون تجارت، در مواد ٤۱۸ و ٤۱۹ این قانون، به جای سخن گفتن از قائم‌مقامی مدیر تصفیه، به نماینده بودن وی اشاره می‌کرد تا زمینه تشتت

۱. البته ایشان در جایی دیگری می‌گویند هنگامی‌که قانون‌گذار در ماده ٤۱۸ قانون تجارت از قائم‌مقامی مدیر تصفیه سخن می‌گوید، «نوعی ولایت را به ذهن می‌آورد و معنی جانشینی نیز در آن مورد نظر است» (کاتوزیان، ۳/۱۳۷٦: ۲۷۹).

دیدگاه میان حقوق‌دانان و بستر اختلاف آراء دادگاه‌ها را از میان بردارد.

پرسش دیگر آن است که مدیر تصفیه صرفاً نماینده ورشکسته است یا نمایندگی بستانکاران را هم بر عهده دارد. در پاسخ به این پرسش میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی اساتید برآنند که مدیر یا اداره تصفیه قانوناً قائم‌مقام ورشکسته و در عین حال نماینده کلیه بستانکاران هست و باید مانند یک امین و وکیل در حفظ منافع ورشکسته و بستانکاران اقدام کند (ستوده تهرانی، ٤/۱۳۸۷: ۱٤۲-۱٤۰؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۸؛ سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۱۵)

در مقابل برخی دیگر معتقدند «مرجع تصفیه [صرفاً] قائم‌مقام ورشکسته است و این‌که ماده ۲۷ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی اعلام می‌کند که اداره تصفیه نماینده بستانکاران است، نباید موجب این شبهه شود که اداره تصفیه نماینده بستانکاران نیز هست، بلکه این ماده نهایتاً مفید این معناست که مرجع تصفیه در عین قائم‌مقامی ورشکسته، باید مصلحت بستانکاران را نیز رعایت کند» (کاویانی، ۱۳۹۳: ۱۳۸-۱۳۷)

۲-۲. اثر انحلال شرکت به سببی غیر از ورشکستگی

با انحلال شرکت قاعدتاً (جز در فرض تجزیه و ادغام) فرایند تصفیه آن آغاز می‌شود. در عین حال پس از انحلال و پیش از پایان تصفیه نیز، شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت سهام‌دار/شریک بوده و از اهلیت برخوردار است؛ اگرچه در مقایسه با زمان پیش از انحلال، اهلیت آن محدودتر است (مواد ۲۰۸ تا ۲۱۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت و مواد ۲۰۸ و ۲۰۹ قانون تجارت). حال پرسش آن است که آیا با وجود بقای شخصیت حقوقی شرکت در حال تصفیه، به دلیل محدود شدن اهلیت آن، قواعد دیگری بر موضوع حاکم است یا همان قواعد زمان حیات شرکت را باید اعمال کرد؟

گفتنی است هرچند در خصوص توصیف حقوقی رابطه مدیران با شرکت در زمان حیات آن، دیدگاه‌های گوناگونی همچون مدیر به مثابه وکیل شرکا، وکیل شرکت، نماینده قانونی شرکت یا رکن بودن آن مطرح است (عبدی‌پور فرد، ۲/۱٤۰۲: ۲۲٦ به بعد)، ولی در این خصوص اتفاق نظر وجود دارد که تا پیش از انحلال هرگاه شرکت در صدد دادخواهی باشد، خودش خواهان دعواست و طبعاً مقام مجاز شرکت

به نمایندگی از وی طرح دعوا کرده، در ستون خواهان نام شرکت قید می‌شود؛ در غیر این صورت به دلیل ذی‌نفع نبودن خواهان در دعوا، قرار رد آن صادر می‌شود (بند ۱۰ ماده ۸٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). به همین ترتیب در صورت دادخواهی ثالث علیه شرکت، نام شرکت در ستون خوانده دادخواست ذکر می‌شود وگرنه به دلیل عدم توجه دعوا به خوانده، سرنوشتی جز صدور قرار رد دعوا در انتظارش نخواهد بود.

درباره شرکت در حال تصفیه نیز چیستی حقوقی رابطه مدیران تصفیه با شرکت قابل طرح است. گفتنی است مدیران تصفیه ممکن است همان مدیران پیش از انحلال شرکت باشند یا اشخاص دیگر (مواد ۲۰۳، ۲۰٤ و ۲۱۳ قانون تجارت و مواد ۲۰٤ و ۲۰۵ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت). بعضی مدیر تصفیه را نماینده قانونی شرکت دانسته‌اند (عبدی‌پور فرد، ۲/۱٤۰۲: ٤۷۸ و ٤۸۷)، در مقابل ظاهراً برخی دیگر ایشان را وکیل قراردادی شرکت می‌دانند (اسکینی، ۱/۱۳۹۸: ۱٦۸ و ۱۷٤). به هر حال قدر مشترک هر دو دیدگاه آن است که مدیر نماینده است و قائم‌مقام در معنای دقیق آن به شمار نمی‌آید. شرکت در حال تصفیه می‌تواند علیه اشخاص دیگر اقامه دعوا کند و هم‌چنین می‌توان آن را مورد تعقیب قضایی قرار داد. اقامه کننده دعوا منحصراً مدیر تصفیه است و طرف دعوای اشخاص ثالث علیه شرکت نیز شخص اخیر است نه شرکای شرکت (اسکینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۰٤). البته عبارت استاد مبهم به نظر می‌رسد؛ زیرا در حالی که اظهار می‌دارند شرکت در حال تصفیه می‌تواند طرح دعوا کند یا علیه‌اش طرح دعوا شود، اقامه کننده دعوا و طرف دعوای اشخاص ثالث را مدیر تصفیه می‌داند؛ در حالی که طرف دعوا شرکت است نه مدیر تصفیه.

از منظر قواعد حقوقی نیز تردید در اصیل نبودن مدیر تصفیه وجود ندارد و این حکم لازمه بقای شخصیت حقوقی شرکت است؛ بنابراین حتی با فرض پذیرش رکن بودن ایشان (مدیر) نیز دادخواهی به نام شخص مدیر یا دادخواهی ثالث علیه او غیرموجه است. به این دلیل ماده ۲۱۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر می‌دارد: مدیران تصفیه نماینده شرکت در حال تصفیه بوده ... می‌توانند برای طرح دعاوی و دفاع از دعاوی وکیل تعیین نمایند. برابر ماده ۲۰۹ قانون تجارت نیز

متصدیان تصفیه حق دارند شـــخصاً یا به توسط وکیل از طرف شرکت محاکمه کنند. نماینده بودن مدیر تصفیه و دادخواهی از طرف شرکت در این مواد، معنایی جز لزوم قید نام شرکت در ستون خواهان یا خوانده دادخواست ندارد.

۳. تعیین خواهان

خواهان شخصی اســـت که نفع موضوع دعوا را متعلق به خود معرفی و برای تصـــرف و اســـتیفای آن از اختیار خوانده، اقامه دعوا کرده اســـت (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۲۶)؛ بدین ترتیب چون وی حق ادعایی را متعلق به خود دانســـته و نتیجه دادرسی، هرچه که باشد بر او بار می‌گردد (شمس، ۲/۱۳۸۱: ۲۷)، لازم است در ستون خواهان دادخواست نامش قید شـــود. حال هرگاه شرکت در حال تصفیه در صدد دادخواهی علیه دیگری برآید، در ســـتون خواهان باید نام شـــرکت قید شـــود یا مدیر تصفیه؟ با فـــرض ضرورت ذکر نام شـــرکت، ضمانت اجرای عدم قید «در حـــال تصفیه بودن شـــرکت» چیست؟ آیا باید از ورود به ماهیت دعوا خودداری کرد یا عدم قید آن مانع رســـیدگی ماهیتی به دعوا نمی‌شود؟ در پاسخ به این پرســـش در رویه اختلاف نظر وجود دارد. برخی دادگاه‌ها قید نام مدیر تصفیه در ستون خواهان دادخواست را برای استماع دعوا لازم می‌دانند؛ در برابر برخی دیگر خواهان دعوا را شرکت دانسته و ذکر نام آن را لازم می‌شمرند.

۱-۳. لزوم دادخواهی به نام مدیر تصفیه

برخی معتقدند که دادخواســـت باید از طرف (به نام) مدیر تصفیه تقدیم شود. برای نمونه شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران[1] در خصوص دادخواهی شرکت در حال تصفیه لازم می‌داند که مدیر تصفیه اقدام به طرح دعوا کند و نام وی در ســـتون خواهان قید شود؛ لذا در دعوایی که مدیر تصفیه از طرف شرکت اقامه و مدارک منضم دادخواست نیز صریحاً نشان دهنده در حال تصفیه بودن شرکت است، به استناد مواد

---

۱. دادنامه شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۶۵۰: در خصوص دعوی شـــرکت ... به طرفیت ... به خواسته اعلام تنفیذ فســـخ و استرداد مبیع ... نظر به این‌که حســـب مستندات ابرازی از جمله روزنامه رسمی منضم دادخواست، شرکت خواهان منحل شده؛ لذا می‌بایست دادخواست از طرف مدیر تصفیه مطرح گردد که به نحو مذکور عمل نشـــده و نحوه طرح دعوی بر مبنای مقررات نیست؛ لذا دعوی به نحوه مطروحه مستنداً به ماده ۲۱۲ قانون تجارت و ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قابلیت استماع نداشته، قرار رد آن صادر و اعلام می‌شود. قرار صادر شده ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ۲۱۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت دعوا را قابل استماع نمی‌داند. به نظر استناد به ماده ۲۱۲ دعوا به عنوان مؤید استدلال دادگاه نقض غرض است؛ زیرا این ماده مدیر تصفیه را نماینده شرکت می‌داند و نمایندگی مستلزم آن است که دعوا از طرف اصیل اقامه شود نه نماینده.

۲-۳. لزوم دادخواهی به نام شرکت

شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۶۵۰ ضمن تأیید دادنامه بدوی یاد شده، بیان می‌دارد: «تجدیدنظرخواهی شرکت ... نسبت به دادنامه شماره ۱۶۹ـ۹۲/۲/۳۰ صادره از شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران ... وارد نمی‌باشد ... زیرا برابر مقررات ماده ۲۰۶ قانون تجارت، شرکت به محض انحلال، در حال تصفیه محسوب می‌شود و باید در دنبال نام شرکت، همه جا عبارت «در حال تصفیه» ذکر شود. در مانحن فیه دادخواست از سوی شرکت ... تقدیم گردیده و ذکری از قید (در حال تصفیه) و مدیر تصفیه به عمل نیامده است ...؛ بنابراین دادگاه مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی، دادنامه معترض‌عنه را در نتیجه تأیید می‌نماید. رأی صادره قطعی است.»

استدلال دادگاه تجدیدنظر متفاوت از استدلال دادگاه بدوی است؛ زیرا ظاهراً ضمن خواهان شمردن شرکت در حال تصفیه، دادخواهی آن را قابل پذیرش دانسته منتها با این شرط که «در حال تصفیه بودن» و نام مدیر یا مدیران تصفیه در دادخواست قید شود. گرچه استدلال دادگاه تجدیدنظر در خواهان دانستن شرکت و قید نام آن در ستون خواهان منطقی و منطبق با موازین حقوقی است، اما صدور قرار عدم استماع دعوا به دلیل عدم ذکر «در حال تصفیه بودن شرکت» نارواست و نباید به هر بهانه از ورود به ماهیت دعوا خودداری کرد. این میزان سخت‌گیری نه مستند قانونی دارد، نه جز تجدید مطلع دعوا، افزایش ورودی پرونده‌ها به دادگستری و هدر رفت منابع عمومی فایده‌ای در بر دارد. گذشته از آن، وقتی با وجود سکوت دادخواست، از پیوست‌های آن یا حتی اظهارات طرفین در جلسه دادرسی معلوم می‌شود که خواهان شرکتی در حال تصفیه است، دادگاه نباید صرفاً به دلیل عدم ذکر این موضوع در دادخواست، اقدام به صدور قرار رد یا عدم استماع دعوا کند.

٤. تعیین خوانده

دعوا اصولاً متوجه شـــخصی است که موضوع دعوا در اختیار اوست و لاجرم در صورت اثبات و احراز حقانیت خواهان، باید از آن شـــخص استیفا شود (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۷۲)؛ بدین ترتیب طرف دعوا (خوانده) شـــخصی اســـت که موضوع دعوا متوجه مال یا عمل (مثبت یا منفی) یا شخصیت و یا اختیارات و وظایف قانونی اوست (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۸٦) و نتیجه دادرســـی هر چه باشـــد بر او بار می‌گردد (شمس، ۲/۱۳۸۱: ۳۱). حال پرســـش آن اســـت که هرگاه شـــخصی در صدد دادخواهی علیه شـــرکت در حال تصفیه باشد، در ستون خوانده دادخواست باید نام شرکت قید شود یا مدیر تصفیه؟ با فرض ضرورت ذکر نام شرکت، ضمانت اجرای عدم قید «در حال تصفیه بودن شـــرکت» چیست؟ آیا باید از ورود به ماهیت دعوا خودداری کرد یا عدم قید آن مانع رسیدگی ماهیتی به دعوا نمی‌شود؟ در رویه قضایی در این مورد دست‌کم سه رویکرد متفاوت وجود دارد:

٤-۱. لزوم طرح دعوی به طرفیت مدیر تصفیه شرکت

برخـــی دادگاه‌ها بر آنند که خواهان باید نام مدیر تصفیه را در ســـتون خوانده دادخواســـت قید کند وگرنه رســـیدگی ماهیتی به دعوا ممتنع است. برای نمونه شعبه ۸۹ دادگاه عمومـــی حقوقی تهران به موجب دادنامه شـــماره ۹٤۰۹۹۷۲۱٦۲۱۰۱۰۵۷ اعلام می‌کند: «در خصوص دعوی شهرداری تهران به طرفیت شرکت تعاونی مسکن مخابـــرات به خواســـته مطالبه وجه ... دادگاه صرف نظر از صحت و ســـقم موضوع، نظر به این‌که حســـب مستندات ابرازی از ناحیه هیأت تصفیه، شرکت تعاونی مسکن کارکنان شـــرکت مخابرات ایران در حال تصفیه می‌باشد که طی صورت جلسه مجمع عمومی عادی مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۲ اتخاذ تصمیم و نشر آگهی نیز شده است و با توجه به این‌که علی‌القاعده می‌بایســـت دعوی به طرفیت هیأت موصوف طرح گردد، دعوی در حال حاضر متوجه خوانده نبوده؛ فلذا با اســـتناد به ماده ۸۹ ناظر بر بند ٤ ماده ۸٤ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قرار رد دعـــوی صـــادر و اعلام می‌دارد. قرار صادره ظرف بیســـت روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظراستان می‌باشد».[۱]

---

۱. شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۲۱٦۲۱۰۰۵۱۳ آن را تأیید

به همین ترتیب در پرونده دیگری که دادگاه نخستین به دلیل طرح دعوا علیه مدیر تصفیه و عدم توجه دعوا به او اقدام به صدور قرار رد دعوا کرده، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر به موجب دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۰۲۲۸۹۰۰٤۷۹ ضمن نقض نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته بیان می‌کند: «تجدیدنظرخواهی... به طرفیت ... مدیر تصفیه شرکت ... نسبت به آن بخش از دادنامه شماره ۹٤۰۰۲۷ مورخ۱۳۹٤/۱/۲۹ شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران که راجع به دعوای مطالبه وجه ناشی از قرارداد مضاربه و خسارات به لحاظ عدم طرح دعوی علیه شرکت و عدم توجه دعوی به مدیر تصفیه، قرار رد آن صادر شده، وارد است؛ بنا به ملاک ماده ٤۱۹ قانون تجارت طرح دعوی به نحو صحیح صورت گرفته و مراتب منافاتی با ماده ۲۰۸ قانون مذکور نیز ندارد؛ لذا مستنداً به بند ه از ماده ۳٤۸ و ماده ۳۵۳ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن نقض قرار تجدیدنظرخواسته پرونده را جهت رسیدگی ماهیتی به دادگاه محترم مذکور عودت می‌دهد. این رأی قطعی است».

۲-٤. لزوم طرح دعوا علیه شرکت و مدیر تصفیه

برخی دادگاه‌ها لازم می‌دانند خواهان دعوای خود را به صورت توأمان علیه شرکت و مدیر تصفیه اقامه کند در غیر این صورت دعوا را قابل استماع نمی‌دانند. برای نمونه شعبه ٦۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۲۱٦٤٦۰۰٦۲۲ با اتخاذ این رویکرد، ضمن نقض دادنامه بدوی اعلام می‌کند: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای ... به طرفیت خانم ... نسبت به دادنامه شماره ۸۲٤ مورخ ۲٦/۸/۱۳۹٤ شعبه ۲۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران که بر اساس دادنامه موصوف در مورد دعوای تجدیدنظرخوانده به طرفیت تجدیدنظرخواه و شرکت تعاونی مسکن کارکنان راه‌آهن (در حال تصفیه) به خواسته اعتراض ثالث نسبت به رأی داوری، با استدلال منعکس در آن دعوا را ثابت تشخیص و حکم به ابطال رأی داوری صادر گردیده است، دادگاه با بررسی محتویات و مستندات پرونده و مطالعه لوایح ابرازی از ناحیه طرفین، نظر به این‌که شرکت تعاونی م. در حال تصفیه است؛ بنابراین دعوا باید به طرفیت هیأت تصفیه شرکت مذکور نیز اقامه می‌گردید؛ از این رو دعوا به کیفیت اقامه شده قابل استماع نمی‌باشد. بنا به مراتب ... به تجویز ماده ۲ و

کرده است.

۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته قرار رد دعوای خواهان نخستین صادر و اعلام می‌گردد.

۳-٤. لزوم طرح دعوا علیه شرکت

شـــماری از دادگاه‌ها بر باورند که دعوا باید علیه شـــرکت اقامه شود؛ منتها در خصوص لزوم ذکر در حال تصفیه بودن شرکت و ضمانت اجرای تخلف از آن اختلاف نظر دارند؛ به این معنا که برخی قید این عبارت را شرط استماع دعوا می‌شمارند. برای نمونه شـــعبه ۱۳ دادگاه حقوقی تهران[1] با صدور قرار عدم استماع دعوا در خصوص دعوای اقامه شده علیه مدیر تصفیه، اعلام می‌کند: «نظر به این‌که شرکت ... هنوز دارای شخصیت حقوقی است و تا خاتمه امر تصفیه شخصیت حقوقی شرکت جهت انجام امور مربوط به تصفیه باقی خواهد ماند و خواهان شـــرکت را جزء خوانده قرار نداده است. علی‌هذا دعوی به کیفیت مطروحه قابلیت استماع ندارد، مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می‌دارد».

البته این عبارت دادنامه که «خواهان، شـــرکت را جزء خوانده قرار نداده» ابهام دارد؛ زیرا معلوم نیســـت از نظر دادگاه، خواهان باید شرکت در حال تصفیه را نیز در کنار مدیر آن، خوانده قرار می‌داد یا فقط باید علیه شرکت دادخواهی می‌کرد، اما شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۱٤۱۹ با تأیید دادنامه تجدیدنظرخواسته، دعوا را صرفاً متوجه شرکت دانسته و بیان می‌کند: «تجدیدنظرخواهی آقای ... به طرفیت ... از دادنامه شماره ۱٤۲-۱۳۹۱/۳/۱٦ شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران مشـــعر بر قرار عدم استماع دعوای نخستین به خواسته ... ســـازگار با موازین نمی‌باشد و دادنامه مرقوم شایســـته تأیید است؛ زیرا بر اساس مقـــررات قانون تجارت در باب انحلال و تصفیه شـــرکت‌ها از جمله ماده ۲۰۸ قانون

---

۱. در خصوص دادخواســـت آقای ... به طرفیت آقای ... مدیر تصفیه شـــرکت ... به خواســـته صدور حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت یکصد میلیون ریال بابت یک فقره چک به شماره ۹۰۳۷٤٤- ۱۳۸۵/۸/۳۰ بـــه انضمام کلیه هزینه دادرســـی دادگاه با عنایت به محتویـــات پرونده و نظر به این‌که شرکت صنعت م. هنوز دارای شخصیت حقوقی است و تا خاتمه امر تصفیه شخصیت حقوقی شرکت جهت انجام امور مربوط به تصفیه باقی خواهد ماند و خواهان شرکت را جزء خوانده قرار نداده است. علی‌هذا دعوی به کیفیت مطروحه قابلیت اســـتماع ندارد، مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم اســـتماع دعوی صادر و اعلام می‌دارد. قرار صادره حضوری ظرف مدت بیســـت روز قابل اعتراض در محاکم محترم دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

مرقوم شخصیت حقوقی شرکت تا خاتمه امر تصفیه باقی خواهد ماند؛ لذا طرح دعوا علیه مدیر تصفیه شـــرکت منحله وجاهت نداشته و می‌بایست شرکت تجاری در حال تصفیه (منحله) طرف دعوا قرار گیرد».

شـــعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظـــر اســـتان تهـــران به موجـــب دادنامه شـــماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۷٦٤ ضمن پذیـرش توجه دعوا به شرکت در حال تصفیه و خوانده بودن آن، قید عبارت «در حال تـصفیه» را در ستون خوانده دادخواست نخستین، شرط استماع دعوا دانسته و بیان می‌کند: «در خصوص تجدید نظرخواهی آقای ... به طرفیت شرکت ... به نماینـــدگی مدیر تصفیه آقای ... نسبت به دادنامه شماره ۹۱۰٤۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۵/۷ صادره از شـــعبه ۳۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن دعوی خواهان بر صدور حکم ورشکســـتگی شرکت یاد شده را رسیدگی و به لحاظ این‌که شرکت منحل اعلام شده، نتیجه‌گیری نمـــوده دعوی ورشکســـتگی باید به طرفیت مدیر تصفیه اقامه شـــود. دادگاه با التفات به اوراق پرونده [احراز می‌نماید که] شرکت تجدیدنظرخوانده بنا به تصمیم مجمع عمـومی فـوق‌العاده منحل اعلام شده و در حال تصفیه [است] و در چنین وضعیتی تا خاتـــمه امر تصفیه، شخـصیت حقوقی شرکت برای تصفیه باقی خواهد ماند و مدیران تصـــفیه نماینده شرکت در حال تصفیه بوده [اند]، منتهی در همه حال باید در دنبال نام شـــرکت همه جا عبارت «در حال تصفیه» قید شـــود و به نام مدیر یا مدیران تصفیه نیز اشـــاره شود، در حالی‌که در دادخواست ابتدایی به عبارت در حال تصفیه در ســـتون خوانـــده دعوی اشاره نشده، علی‌هذا مســـتنداً به مواد ۱۹۹، ۲۰٦، ۲۰۸ و ۲۱۱ لایحه اصلاحـــی قانون تجارت و ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی با رد تجدیدنظرخواهی و نتیجـــتاً قرار معترضٌ‌عنه را تأیید می‌نماید».

٤-٤. دیدگاه برگزیده

حال پرســـش آن است که کدام‌یک از رویکردهای یاد شده با موازین حقوقی، ســـازگار است؟ در پاســـخ به این پرســـش برخی بر این باورند که با ورشکستگی و انحلال شرکت، شخصیت حقوقی آن تا زمان ختم تصفیه، باقی می‌ماند و اداره تصفیه و ورشکســـتگی یا مدیر تصفیه به نمایندگی از تاجر ورشکسته اقدام می‌کند (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۲۲)، به این دلیل کلیه اوراق قضایی و اخطاریه‌ها باید به آدرس و اقامتگاه

شـــخص حقوقی ارسال گردد، ولی حســـب مورد به نماینده اداره تصفیه در محل یا مدیر تصفیه (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۲۸۹-۲۸۸) و در صورتی که برای شرکت مدیر تصفیه تعیین نشـــده یا برای آن‌ها در هنگام انحلال، مدیر تصفیه در نظر نگرفته باشند، اوراق اخطاریه به آخرین مدیر قانونی قبل از انحلال شـــرکت مزبور ابلاغ می‌شود (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۲۹۰).

در برابـــر برخی معتقدند مطابق مـــاده ٤١٩ قانون تجارت پس از صدور حکم ورشکســـتگی، اقامه دعوا، ادامه دعوا، اجرای حکم و سایر اقدامات اجرایی علیه تاجر ممنوع اســـت و مدیر تصفیه قائم‌مقام ورشکسته اســـت؛ بنابراین پس از صدور حکم ورشکســـتگی نمی‌توان به طرفیت ورشکسته اقامه دعوا کرد؛ بلکه باید مدیر تصفیه را به نمایندگی از تاجر ورشکســـته به عنوان خوانده، طرف دعوا قرار داد. از این رو به موجب تبصره ۲ ماده ٧٦ قانون آیین دادرســـی مدنی در دعاوی مربوط به ورشکسته، دادخواست و ضمائم آن به اداره تصفیه امور ورشکستگی یا مدیر تصفیه ابلاغ خواهد شد (سیمایی صراف، ۱۳۹۷: ۱۰۳).

در مقـــام داوری و بیان نتیجـــه نهایی باید گفت نظر به این‌که موضوع دعوا در اختیار شرکت بوده و در صورت احراز حقانیت خواهان، محکوم‌به از شرکت استیفاء و نتیجه دعوا بر آن بار می‌شـــود؛ لذا شرکت در حال تصفیه، خوانده دعواست (نامش باید در ستون خوانده دادخواست قید شود) و خوانده قرار دادن مدیر تصفیه، مخالف قواعد حقوقی اســـت؛ خواه سبب انحلال شرکت، ورشکستگی باشد یا تصمیم مجمع عمومـــی فوق‌العاده و غیره، در عین حال ذکر نام اداره یا مدیر (مدیران تصفیه) و قید عبارت «در حال تصفیه» شرط استماع دعوا نیست.

این استدلال منافاتی با تبصره‌های ۲ و ۳ ماده ٧٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ندارد؛[1] زیرا آن ماده در صدد تعیین خوانده نیست بلکه

---

۱. ماده ٧٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «در دعاوی راجع به سایر اشـــخاص حقوقی دادخواســـت و ضمائم آن به مدیر یا قائم‌مقام او یا دارنده حق امضا و در صورت عدم امکان به مســـؤول دفتر مؤسسه با رعایت مقررات مواد (٦٨، ٦٩ و ٧٢) ابلاغ خواهد شد. تبصره ۱- در مـــورد ایـــن ماده هرگاه ابلاغ اوراق دعوا در محل تعیین شـــده ممکن نگردد، اوراق به آدرس آخرین محلی که به اداره ثبت شرکت‌ها معرفی‌شده ابلاغ خواهد شد. تبصره ۲- در دعاوی مربوط به ورشکسته، دادخواست و ضمائم آن به اداره تصفیه امور ورشکستگی یا مدیر تصفیه ابلاغ خواهد شد. تبصره ۳- در دعاوی مربوط به شرکت‌های منحل شده که دارای مدیر تصفیه نباشند، اوراق اخطاریه

صرفاً بیانگر قاعده ابلاغ به نماینده اســـت؛ بدین ترتیب نام شـــرکت به عنوان خوانده دعوا در دادخواست ذکر می‌گردد، ولی دادخواست و اخطاریه‌ها به مدیر تصفیه ابلاغ می‌شـــود. همچنان که در دادخواهی علیه محجور، ضمن ذکر نام او در ستون خوانده، دادخواست به سرپرست محجور ابلاغ می‌شود تا از او دفاع کند.

و ضمائم آن به آخرین مدیر قبل از انحلال در آخرین محلی که به اداره ثبت شـــرکت‌ها معرفی شده است ابلاغ خواهد شد».

برآمد

۱- شـــرکت پس از انحلال قاعدتاً (جز در فرض ادغام و تجزیه)، وارد فرایند تصفیه می‌شـــود؛ در عین حال، شخصت حقوقی آن تا پایان تصفیه باقی است هرچند اهلیت آن نسبت به زمان پیش از تصفیه، محدود می‌شود.

۲- رویـــه قضایی در این خصوص که اگر شـــرکت در صدد دادخواهی علیه دیگران باشد، شرکت را باید خواهان شمرد و نامش را در ستون خواهان دادخواست ذکر کرد یا مدیر تصفیه خواهان به شـــمار می‌آید، متشتت است؛ در حالی که شرکت در حال تصفیه همچنان دارای شـــخصیت حقوقی است و توجیه منطقی برای خواهان شـــمردن مدیر تصفیه یا لزوم دادخواهی هم‌زمان از طرف شـــرکت و مدیر تصفیه یا لزوم قید «در حال تصفیه» به عنوان شـــرط اســـتماع دعوا وجود ندارد. بر این بنیاد در صورت تصمیم شـــرکت در حال تصفیه به دادخواهی علیه دیگران، نام شـــرکت در ستون خواهان دادخواست قید می‌شـــود و مدیر تصفیه صرفاً نماینده شرکت است و اصیل به شمار نمی‌آید تا نامش در دادخواست به عنوان خواهان ذکر شود.

۳- به همـــین ترتیب در مورد خوانده شـمردن شـــرکت یا مدیر تصفیه در فرض دادخواهی دیگران علیـــه شرکت، رویه آشـــفته است. حال آن‌که به دلیل بقای شخصیت حقوقی شرکـــت، دلیلی برای خـــوانده شـــمردن مدیر تصفیـه یا لزوم دادخواهی هم‌زمان یا علیه ایشـــان یا لزوم قید «در حال تصفـــیه» به عنوان شـــرط استماع دعوا وجود ندارد.

٤- در راســـتای پیشـــگیری از تشت آرا و ســـرگردانی مردم، انتظار می‌رود از یک‌ســـو، قانون‌گذار با اصلاح قانون، از واژه نماینده به جای قائم‌مقام بهره گیرد و از ســـوی دیگر تا پیش از اصلاح قانون، دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه هم‌سانی آراء را رقم زند.

فهرست منابع:

* اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸)، **شرکت‌های تجاری**، جلدهای نخست و دوم، چاپ بیست و ششم، تهران: سمت.
* اسکینی، ربیعا (۱۴۰۰)، **ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته**، چاپ بیست و هفتم، تهران: سمت.
* بهره‌مند بگ‌نظر، حمید و عامری ثانی، امیر کیا و فرهمند، آذر و حاجی‌زاده، امیرحسین (۱۴۰۲)، «**سیاستگذاری حقوقی و پیشگیری از تشتت آراء؛ کاهش دامنه‌ی تفسیرپذیری قوانین از طریق یادداشت توضیحی و آزمایشگاه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
* بیگی حبیب آبادی، احمد (۱۳۸۳)، «**حقوق سهامداران اقلیت در ادغام شرکت‌های تجاری**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۳، شماره ۵.
* رمضانی آکردی، حبیب (۱۴۰۱)، «**امکان‌سنجی اعطای شخصیت حقوقی به دارایی تاجر ورشکسته (با مطالعه در حقوق ایران و امریکا)**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۶، شماره ۱.
* ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۷)، **حقوق تجارت**، جلد چهارم، چاپ نهم، تهران: دادگستر.
* سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۷)، **حقوق ورشکستگی و تصفیه اموال ورشکسته**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **آثار قراردادها و تعهدات**، چاپ نخست، تهران: مجد.
* شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: میزان.
* صاحبی پسندیده، محمدرضا و قربانی لاچوانی، مجید (۱۳۹۰)، «**تجزیه شرکت‌های تجاری در حقوق انگلیس و امریکا**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، دوره ۱۳، شماره ۳۴.
* صفایی، سید حسین (۱۴۰۱)، **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سی و هشتم، تهران: میزان.
* صقری، محمد (۱۳۷۶)، **حقوق بازرگانی: ورشکستگی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* صقری، محمد (۱۳۹۰)، **حقوق بازرگانی: شـــرکت‌ها (تأسیس، تبدیل، ادغام و انحلال)**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* طباطبایی حصاری، نســـرین و زمانی، محمود (۱۳۹۷)، «**کارکرد ثبت شرکت‌های تجاری در ایجاد اعتماد و امنیت قراردادی**»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۸۲.
* عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۴۰۲)، **حقوق تجارت: جلد دوم (شرکت‌های تجاری)**، چاپ نخست، تهران: مجد.
* عیســـایی تفرشـــی، محمد (۱۳۹۱)، «**تعریف ادغام قانونی (واقعی) شرکت‌های ســـهامی و انواع آن از لحاظ حقوقی (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران)**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳.
* کاتوزیان ناصر (۱۳۷۶)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ســـوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار
* کاتوزیان ناصر (۱۳۷۶)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار
* کاظمی، محمود و عســـگر رمکی، جمشـــید (۱۳۹۹)، «**مفهوم و مبانی قائم‌مقامی ورثه: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه**»، دو فصل‌نامه حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲.
* کاویانی، کورش (۱۳۹۳)، **حقوق ورشکستگی**، چاپ سوم، تهران: میزان.
* محمدی، عاصم و عســـکری، ســـید حکمت‌الله (۱۳۹۶)، «**واکاوی مبانی، مفهوم و کارکرد نهاد قائم‌مقامی در قراردادها در حقوق ایران و فرانســـه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ٤.
* مولودی، محمد و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵)، **قائم‌مقامی در قراردادها**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* میرنژاد بروجنی، ســـید رسول (۱۴۰۳)، «**حقوق دعاوی؛ سنتز برگفته از دیالکتیک حقوق ماهوی و حقوق دادرسی مدنی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.
* نهرینی، فریدون (۱۳۹۸)، **آیین دادرســـی مدنی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۷۰-۴۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۰۷

بررسی شمول یا عدم شمول زیان تاخیر تادیه بر محکوم‌به دولتی در مهلت هجده ماهه

حمید میری[۱]

چکیده

با وجود سپری شدن بیش از بیست سال از تصویب قاعده فراگیر (ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) مبنی بر سزاواری بستانکار برای مطالبه خسارت دیرکرد از بدهکار، هم‌چنان ابهام‌ها و پرسش‌های برجسته‌ای در این زمینه وجود دارد. یکی از این موارد، امکان دریافت این غرامت از دولت در بازه زمانی هجده ماهه پیش‌بینی شده از سوی «قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵» است. بررسی آرای قضایی، دکترین حقوقی و نصوص موجود نشان می‌دهد که این مهلت همانند عذر و عسرت دولت دانسته شده و در نتیجه دولت هم‌چون هر معسر و معذور دیگری از پرداخت این خسارت معاف شمرده شده است. در برابر، این مهلت تنها از دید عدم بازداشت اموال نهاد دولتی تفسیر گردیده و نه ارائه مهلتی برای پرداخت و از این‌رو، مفهوم اعسار در خصوص دولت جاری دانسته نشده است؛ بنابراین پیرو اصل التزام به پرداخت، استثنایی بودن مقرره مذکور و اختصاص آن به عدم امکان بازداشت اموال در مهلت یاد شده و تاکید بر اصل جبران کامل زیان به‌ویژه با توجه تورم شدید موجود، باید نظر به امکان جبران چنین زیانی داد. در این نوشتار تلاش شده است که از طریق بررسی کتابخانه‌ای و توصیفی، به پرسش پیش‌گفته پاسخ داده شود.

واژگان کلیدی: خسارت تاخیر تادیه، محکوم‌به دولتی، اصل التزام به پرداخت، تعدیل اصل طلب، تمکن

---

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران.
Ha_miri@gonbad.ac.ir

درآمد

تورم پدیده‌ای اســـت که از ارزش پول کاسته و به دنبال آن توان خرید در دو زمان با یکدیگر تفاوت خواهد کرد که این تفاوت در جایی‌که تورم بسیار بالا و افسار گســـیخته است، نمود بسیاری خواهد داشـــت. از این‌رو، ناگفته روشن است که پول پرداختی از ســـوی دولت به کارمند، کارفرما به کارگر و یا بدهکار به بستانکار باید به گونه‌ای انجام گیرد که این توان تا اندازه ممکن بازگردانده شود. پس افزایش حقوق و دستمزد کارمندان و کارگران و یا پرداخت غرامت برای جبران این کاهش به بستانکار امری منطقی است. البته در زمینه پرداخت به بستانکار، جبران زیان برخاسته از کاهش توان خرید تنها دلیل نیســـت بلکه گاه جبران بهره از دست رفته (تفویت منفعت) نیز موردنظر اســـت، همان مبنایی که ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرســـی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در دوران حکومت خود پذیرفته بود. این امر منطقی در حقوق ما به دلیل وجود تورم بســـیار بالا به‌ویژه در دهه‌های گذشـــته ملموس‌تر شده است[1] به گونه‌ای که اگر تا دو دهه پیش کســـی در مشـــروعیت زیان تاخیر تادیه به دلیل شبهه ربوی بودن آن تردید داشـــت (ولیدی،۱۳٦۲: ۲۳-۲٤ و ٤۱)، امروزه با توجه به کاهش شدید ارزش پول و مبنای ســـنجش جبران این کاهش یعنی شاخص بانک مرکزی (ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) دیگر چنین شکی به اندیشه وی راه نخواهد یافت.

پس از انقلاب و دوره‌ای سردرگمی، با تصویب قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷٦ مجمع تشـــخیص مصلحت نظام و ســـپس تصریح ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ جبران چنین زیانی از سوی قانون‌گذار به روشنی

---

۱. پیرو آمار بانک مرکزی در بازه زمانی ۱۳۱٦ تا ۱۳۵٦، بالاترین نرخ تورم مربوط به ســـال ۱۳۲۲ با ۱۱۰,۵ درصد و کمترین آن در ســـال ۱۳۲٤ با ۱٤,٤- درصد گزارش شـــده و در این دوره تنها یازده ســـال کشـــور تورم دو رقمی را آزموده است و به جز سال ۱۳۱٦ و سال‌های ۱۳۲۰ تا ۱۳۲۲ که برابر با جنگ جهانی دوم بود و ســـال ۱۳۵٦، هرگز تورم بالای ۲۰ درصد را نیازمود. در بازه زمانی ۱۳۵۷ تا ۱٤۰۲، بالاترین نرخ تورم مربوط به ســـال ۱۳۷٤ با ٤۹,٤ درصد و کمترین آن در ســـال ۱۳٦٤ با ۲,۱ برآورد شـــده و در این دوره، بیست و سه سال دارای تورم بالای ۲۰ درصد و میانگین نرخ تورم بیش از ٤۰ درصد و تنها در فاصله سال‌های ۱۳۹۷ تا ۱٤۰۲ میانگین نرخ تورم سالانه ٤۰ درصد بوده است:https://www.cbi.ir/page/۱۰۸۰۹.aspx&ved=۲ahUKEwi_dHa۶YiFAxXtgP۰H .Has۷BxgQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw۲y۳JHK۰a۴A۲Cn۴i۴I۱r۰vb

پیش‌بینی گردید و بدین‌سان هر بدهکاری (حقیقی یا حقوقی، دولتی یا غیر دولتی) که جنس بدهی او از پول نقد باشد، با گردهم آمدن شرایط عامی موظف به جبران زیان برخاسته از دیرکرد خود در پرداخت بدهی خواهد شد. با این‌حال، گاه مقرراتی دیده می‌شود که این حق را محدود به زمانی مشخص و یا شرایط ویژه‌ای کرده است؛ برای نمونه، رای وحدت رویه شماره ۱۵۶ به تاریخ ۱۳۴۸/۱/۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور، دریافت خسارت دیرکرد را در زمینه‌ی اشتباه در برآورد حقوق موضوع تبصره ۲۵ قانون بودجه سال ۱۳۴۶ ممکن نمی‌دانست[1] و یا پیرو «ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداری‌ها» مصوب ۱۳۶۱ «شهرداری‌ها مکلفند وجوه مربوط به محکوم‌به احکام قطعی صادره از دادگاه‌ها و یا اوراق اجرایی ثبتی یا اجرای دادگاه‌ها و مراجع قانونی دیگر را در حدود مقدورات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تاخیر تادیه به محکوم‌لهم پرداخت نمایند ...» و یا بر پایه ماده ۳۰۴ قانون تجارت آغاز برآورد زیان دیرکرد پیرامون برات و سفته از هنگام واخواست است نه مطالبه و در برابر، مطابق با ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک ۱۳۷۶ و استفساریه آن،[2] در مورد چک تاریخ سررسید و نه زمان مطالبه یا واخواست می‌بایست مورد توجه قرار گیرد.[3]

البته مواردی دیده می‌شود که با وجود عدم تصریح، تفسیر حقوقی گویای عدم سزاواری برای دریافت این‌گونه خسارت به‌طور کلی و یا در زمانی مشخص است همانند امکان دریافت زیان دیرکرد از محکوم‌بهی که موضوع آن خسارت است که

---

۱. ماده ۴۹ قانون محاسبات عمومی ۱۳۶۶ می‌گوید: «وجوهی که بدون مجوز یا زاید بر میزان مقرر وصول شود اعم از این که منشاء این دریافت اضافی اشتباه پرداخت کننده یا مامور وصول و یا عدم انطباق مبلغ وصولی با مورد باشد و یا اینکه تحقق اضافه دریافتی بر اثر رسیدگی دستگاه ذی‌ربط و یا مقامات قضایی حاصل شود باید از محل درآمد عمومی به نحوی که در ادای حقّ ذی‌نفع تاخیری صورت نگیرد، ردّ شود. تبصره ۱–در مورد اضافه دریافتی از صاحبان کالا به عنوان حقوق و عوارض گمرکی مقررات مربوط اجرا می‌شود. تبصره ۲– به مطالبات اشخاص بابت اضافه پرداختی آنان خسارت تاخیر تادیه تعلق نمی گیرد».

۲. قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۳. در این زمینه در سال ۱۴۰۰ رای وحدت رویه شماره ۸۱۲ صادر شده است که تفسیر آن از اطلاق ماده ۲ جای اندیشه و درنگ دارد. برای دیدن برخی از نکوهش‌ها، بنگرید به: صحرایی و چگینی،۱۴۰۳: ۱۹۹–۲۱۸.

با وجود سکوت قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، مستند به منع دریافت خسارت از خسارت،[1] درخواست آن امکان‌پذیر نیست و یا به دلیل فلسفه وجودی «قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی ۱۳۶۵»، این باور وجود دارد که در مهلت هجده ماهه امکانی برای دریافت زیان دیرکرد وجود ندارد و موضوع بحث نوشتار حاضر است. در این‌باره ناگفته پیدا است که در مدت یک سال و نیم پیش‌بینی شده، احتمال کاهش ارزش پول بسیار است –اگر نگوییم قطعی است– و در نتیجه تعیین وضعیت حقوقی شمول یا عدم شمول زیان تاخیر تادیه بر اصل طلب (محکوم‌به) ضرورت پرداختن به این موضوع را نمایان‌تر می‌سازد جدای از این‌که رویه قضایی نیز در این زمینه متشتت به نظر می‌رسد. البته با وجود اشاره‌هایی به وضعیت تکلیف شهرداری‌ها به جبران چنین زیانی که ناشی از وجود مقرره‌ای هم‌سان است، در این نوشتار در راستای جلوگیری از زیاده‌گویی و نیز به دلیل وجود نص (به ظاهر) صریح، از این موضوع به عنوان مساله‌ای خاص سخن گفته نمی‌شود.

از این‌رو در کنار بررسی مبنای وضع این قانون تلاش داریم که دیدگاه‌های موافقان و مخالفان دریافت این خسارت در مهلت هجده ماهه را کنکاش و ارزیابی نماییم؛ چه این‌که از دید پیشینه پژوهش به جز اندک مواردی (رستمی و سپهری، ۱۳۸۹: ۱۵۹–۱۷۷؛ آقایی، ۱۳۹۶: ۲۳۹–۲۵۸) نوشتاری دیده نشد که به طور ویژه به این بحث پرداخته باشد. در بخش نخست نگاهی به اصل التزام دولت به پرداخت محکوم‌به خواهیم داشت و در بخش دوم، دلایل مخالفان و موافقان شمول خسارت دیرکرد در مهلت هجده ماهه بررسی خواهد شد.

---

۱. خلاف ماده ۷۱۳ قانون پیشین دادرسی مدنی، در قانون نوین تصریحی درباره وضعیت درخواست خسارت از خسارت نیست، ولی با وجود باور برخی از نویسندگان به امکان درخواست آن (شمس، ۱۴۰۳/۲: ۱۰۵) آن هم به صرف نبود نصی در قانون نوین بر بازداشتن از آن، مشهور حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۴: ۲۴۹–۲۵۲؛ شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۷۱) و رویه دادگاه‌ها (دادنامه‌های شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۵۷۱ شعبه پنجاه و ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۰۱۹ شعبه سی و سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران و ...) به ناممکن بودن درخواست آن باور دارند.

۱. اصل التزام دولت به پرداخت و استثنای بازداشت ناپذیری اموال دولتی در راستای اجرای حکم

از مـــاده واحده قانون نحوه پرداخـــت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳٦۵ که می‌گوید: «وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کل کشـــور منظور می‌گردد، مکلفند وجوه مربوط به محکوم‌به دولت در مورد احکام قطعی دادگاه‌ها و اوراق لازم‌الاجرای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی و یا اجرای دادگاه‌ها و سایر مراجع قانونی را با رعایت مقررات از محل اعتبار مربوط به پرداخت تعهدات بودجه مصوب سال‌های قبل منظور در قانون بودجه کل کشور و در صورت عدم وجود و عدم امکان تامین از محل‌های قانونی دیگر در بودجه ســـال بعد خود منظور و پرداخت نمایند، اجرای دادگســـتری و ادارات ثبت اسناد و املاک و ســـایر مراجع قانونی دیگر مجاز به توقیف اموال منقول و غیر منقول وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی که اعتبار و بودجه لازم را جهت پرداخت محکوم‌به ندارند تا تصویب و ابلاغ بودجه یک ســـال و نیم بعد از ســـال صدور حکم نخواهند بود. ضمناً دولت از دادن هرگونه تامین در زمان مذکور معاف می‌باشـــد. چنان‌چه ثابت شود وزارتخانه و موسســـه یاد شـــده با وجود تامین اعتبار از پرداخت محکوم‌به استنکاف نموده‌اند، مســـؤول یا مسؤولین مستنکف و متخلف توســـط محاکم صالحه به یک سال انفصال از خدمات دولتی محکوم خواهند شـــد و چنان‌چه متخلف به وسیله استنکاف سبب وارد شدن خسارت بر محکوم‌له شده باشد، ضامن خسارت وارده می‌باشد»، چند نکته برداشت می‌شود؛ یکم این‌که هم‌چون هر شخص دیگری (حقیقی یا حقوقی)، اصل بر پای‌بنـــدی دولت بر پرداخت محکوم‌به از محل اعتبار مربوط به انجام تعهدات بودجه مصوب سال‌های پیش بوده که در صورت نبود اعتبار، این شخص مکلف به پیش‌بینی و پرداخت از بودجه ســـال آینده است و از این منظر، التزام دولت به پرداخت بدهی خود هرگز از میان نرفته بلکه قانون‌گذار محل ویژه‌ای برای آن پیش‌بینی نموده است؛ دوم، التزام به پرداخت بدهی تنها با این استثنا روبرو است که با نبود اعتبار در بودجه ســـال پیش، تا یک و نیم سال پس از زمان صدور حکم امکان بازداشت دارایی دولتی وجود نخواهد داشت.[1] از این‌رو تعبیر بند ج ماده ۲٤ قانون الحاق برخی مواد به قانون

۱. بـــر پایه‌ی این، عبارت بکار رفته در دادنامه شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۱۳۰٦ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۷

تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳ و یا بند و از بخش سوم از تبصره ۱۰ قانون بودجه ۱۴۰۲ [۱] از این بازه زمانی به‌عنوان «مهلت اجرای حکم»[۲] درست نیست؛[۳] سوم این‌که دولت (وزارت‌خانه و یا موسسه دولتی) می‌بایست در بودجه سال آینده اعتبار لازم را پیش‌بینی کند وگرنه با سپری شدن مهلت هجده ماهه، نه تنها اعتبار این استثنا از میان رفته بلکه چنان‌چه مبلغ لازم تامین شده باشد، خودداری از پرداخت بدهی از محل آن سبب پیدایش مسؤولیت انتظامی و مدنی عاملان آن خواهد بود. چهارم، چنان‌چه مستند به ظاهر واژگان این قانون، آغاز شمارش مهلت یک و نیم سال برای منع بازداشت اموال دولتی را از هنگام قطعیت حکم ندانیم،[۴] بر اساس

شعبه سی و پنج دادگاه تجدیدنظر که: «... اجرای حکم قطعی منوط به تامین اعتبار در بودجه بوده و تکلیفی غیر از پرداخت قیمت زمین به محکوم‌به نداشته است ...» نادرست است.

۱. در بخش‌نامه ۵۵/۹۹۹۷۲ مورخ ۱۴۰۳/۶/۵ خزانه‌داری کل کشور آمده است: «با عنایت به حکم فوق‌الذکر و عدم درج حکم مشابه بند و تبصره ۱۰ماده واحده قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور در احکام ماده واحده قانون بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور توقیف و یا برداشت از حساب‌های بانکی دستگاه‌های اجرایی نزد بانک مرکزی جمهوری اسلامی‌ایران و شبکه بانکی کشور که با مجوز خزانه‌دار کل کشور افتتاح شده است، محل اشکال است». با چشم‌پوشی از اختیار نهاد صادرکننده این بخش‌نامه، اساس این استدلال بر محدویت زمانی اجرای بند و تبصره ۱۰ قانون بودجه سال ۱۴۰۲ استوار شده و هر چند بند ب از تبصره ۱۶ که می‌گوید: «اجرای احکام مندرج در این قانون مربوط به سال ۱۴۰۲ است ... » می‌تواند پذیرای این برداشت باشد ولی این‌که اعتبار قوانین بودجه مربوط به همان سال است، بدین معنا نیست که همه مقررات پیش‌بینی شده در آن اعتباری موقت خواهند داشت (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۱۶۶–۱۶۷) که نمونه اعتبار مقررات قانون بودجه با وجود سپری شدن سال آن بسیار است هم‌چون پاراگراف دوم از بند ط و بند ک تبصره ۶ همین قانون. دلیل این امر این است که پیرو اقتضای قانون بودجه، قواعد آن ناظر به برآورد هزینه‌ها و یا درآمدهای همان سال مالی است؛ حال آن‌که چنین مقرره‌هایی دارای این ویژگی نیست. از این گذشته در تزاحم دو قانون، اگر جمع آن‌ها شدنی نباشد، تخصیص یا نسخ رخ می‌دهد که در این مورد تنها نسخ پنداشتنی است. از آنجا که قانون نسخ شده حتی با زوال ناسخ به زندگانی باز نمی‌گردد، بر فرض که قانون بودجه سال ۱۴۰۲ را برای همان سال بدانیم، باز هم قانون منسوخ جریان نخواهد یافت. باور به نسخ این قانون را در نظریه‌های مشورتی شماره ۷/۱۴۰۲/۵۱ به تاریخ ۱۴۰۲/۲/۲۵ و ۷/۱۴۰۳/۲۰۸ به تاریخ ۱۴۰۳/۴/۱۰ اداره کل حقوقی قوه قضاییه می‌توان دید.

۲. در مورد احکام قطعی دادگاه‌ها و اوراق لازم‌الاجرای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی و سایر مراجع قضایی علیه دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، چنان‌چه دستگاه‌های مذکور ظرف مهلت مقرر در قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵ به هر دلیل از اجرای حکم خودداری کنند.

۳. برخی آن را مانع ظاهری برای اجرای موثر رای دانسته‌اند؛ زیرا دسترسی به محکوم‌به پس از گذشت مدتی ممکن خواهد شد (محسنی، ۱۳۹۱: ۲۱۰).

۴. دیدگاه هیأت عالی و اکثریت در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۰/۲/۵ دادگستری شهرستان ایلام همین امر بوده است:-https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscript/c۵۵f۶۲bc

همان واژگان، چون این مهلت برای تصویب و ابلاغ بودجه پیش‌بینی شـــده است نه آن مهلتی که آغاز و پایان مشـــخصی داشته باشد پس با تصویب بودجه، دیگر شانسی برای لحاظ کردن مهلت بیشـــتری بر جای نخواهد ماند؛ بنابراین چون به‌طور معمول بودجه هر سال تا پایان اسفند ماه به تصویب می‌رسد، در عمل تنها امکان تصویب یک بودجه در سال آینده وجود داشته و مهلت هجده ماهه دربردارنده امتیاز ویژه‌ای برای دولت نیست. این در حالی است که برآورد آن مهلت از هنگام قطعیت حکم (صدور حکـــم قطعی) می‌تواند در عمل به دولت امکان پیش‌بینی اعتبار پرداخت محکوم‌به را در بودجه دو سال آینده بدهد. برای نمونه، چنان‌چه حکم در شهریور ماه ۱۴۰۲ قطعی شـــده باشد، چون مهلت بالا در اسفند ماه ۱۴۰۳ به پایان می‌رسد، دولت این امکان را دارد که در بودجه سال‌های ۱۴۰۳ و ۱۴۰۴ این اعتبار را منظور نماید. وانگهی، قانون آشکارا گفته است که اگر در بودجه سال محکومیت اعتبار لازم در دست نباشد، دولت می‌بایست در بودجه سال بعد آن را پیش‌بینی نماید حال آن‌که بیان مهلت هجده ماهه برای تصویب بودجه از ســـال بعد از صدور حکم با گفته پیشـــین قانون‌گذار مبنی بر پیش‌بینی اعتبار در بودجه سال بعد ناسازگار است.

البته باید گفت که تا هنگام تصویب قانون بودجه ســـال ۱۳۵۷، پیرو تبصره ۱۸ از قانون بودجه ســـال ۱۳۳۴: «به وزارت دارایی اجازه داده می‌شـــود که وجوه مربوط به محکوم‌به دولت در مورد احـــکام قطعی صادره از دادگاه‌ها را در حدود مقدورات مالی از محل درآمد عمومی کشـــور (با رعایت حق تقدم از حیث تاریخ ابلاغ دادنامه قطعی به موسســـات دولـــت) پرداخت و به هزینه قطعی منظـــور نماید»، محل تامین اعتبـــار محکوم‌به دولتـــی، بودجه عمومی بود ولی پیرو تبصـــره ۵۳ قانون بودجه کل کشـــور ۱۳۵۷ مبنی بر این‌که: «وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی مکلف شدند که وجوه مربوط به محکوم‌به دولت در مـــورد احکام قطعی دادگاه‌ها ... را با رعایت حق تقدم از حیث تاریخ ابلاغ دادنامه قطعی حســـب مورد از محـــل اعتبار مربوط به پرداخت

.۹a۶a-۴a۸d-acbd-۰۸d۶۱۰۸۰fadf

در برابر، در نظریه شـــماره ۷/۵۷۷۶ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۲۶ اداره کل حقوقی قوه قضاییه آمده است: «از مفهوم مخالف ماده واحده ... چنین استنباط می‌شود که چنان‌چه ظرف یک سال و نیم پس از انقضای ســـال صدور حکم علیه دولت، محکوم‌به مورد نظر به شـــرح مذکور در ماده واحده مزبور پرداخت نشود، اجرای دادگاه می‌تواند مطابق مقررات قانون اجرای احکام مدنی ... رفتار کند».

تعهدات بودجه مصوب سال‌های پیش منظور در قانون بودجه کل کشور و یا از محل اعتبارات مصوب دیون بلامحل بودجه مربوط تامین و پرداخت نمایند»، محل ویژه‌ای برای پرداخت این‌گونه بدهی‌ها پی‌ریزی شـــد، سازکاری که به نوبه خود با تصویب ماده واحده در سال ۱۳٦۵ با دگرگونی روبه‌رو گردید؛ بدین معنا که از یک سو، دیگر از محل دیون بلامحل قابل پرداخت نبود و از ســـوی دیگر، مهلت هجده ماهه‌ای در آن پیش‌بینی شـــد. در حقیقت، با آن‌که قانون محاســـبات عمومی ۱۳٤۹ مفهوم «دیون بلامحـــل» را در حقوق اداری ایران قانونی کـــرد ولی به محل پرداخت بدهی‌ها حتی مواردی که موضوع آرای دادگاه‌ها بودند اشـــاره نشـــد و ماده واحده یاد شده، تبصره ۵۳ قانون بودجه ســـال ۱۳۵۷ را نســـخ صریح کرد ولی قانون محاسبات سال ۱۳٦٦ با تعریف دیون بلامحل به: «بدهی‌های قابل پرداخت ســـنوات گذشـــته که در بودجه مربوط اعتباری برای آن‌ها منظور نشده و یا زاید بر اعتبار مصوب و در هر دو صورت به یکی از طرق زیر بدون اختیار دســـتگاه ایجاد شده باشد: الف-احکام قطعی صادره از طرف مراجع صالحه ... » اعلام داشـــت که جدای از امکان پیش‌بینی ردیف ویژه‌ای برای پرداخت بدهی دولتی، دولت (وزارت‌خانه و موسسه دولتی) می‌بایست از محل دیون بلامحل این بدهی را پرداخت نماید.

۲. بررســـی دیدگاه‌ها پیرامون تعلق خســـارت دیرکرد در پرداخت در مهلت هجده ماهه

اکنون باید به پرســـش اصلی پرداخت کـــه آیا در بازه زمانی هجده ماهه، زیان تاخیر تادیه به اصل طلب افزوده می‌شود یا خیر.

۲-۱. تعلق نگرفتن زیان تاخیر تادیه

پیـــرو قاعده عام ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و قیاس با مقرره دیگری که گویای فلســـفه وضع استثنا است، خسارت تاخیر تادیه درمهلت هجده ماهه به عهده دولت نخواهد بود.

۲-۱-۱. پدیدار نشدن رکن تمکن برای پرداخت

پیرو تصریح ماده یاد شـــده، تمکن بدهکار یکی از شـــرایط محکومیت وی به پرداخت چنین خســـارتی است و در مورد نهاد دولتی از آن دید که توانایی وی برای پرداخت وابســـته به تامین اعتبار در بودجه آن نهاد اســـت، اگر در هنگام محکومیت

چنین اعتباری در دسترس نباشد، پس به ناچار تمکنی نیز وجود نخواهد داشت و به ناچار تا پیش از فراهم شدن این شرط، مطالبه این غرامت ممکن نخواهد بود.[۱] این برداشت را در نظریه شماره ۱۴۳۹/۹۵/۷ مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۶ اداره کل حقوقی قوه قضاییه با این عبارات می‌توان دید: «طبق ماده ۵۲۲ ... از جمله شرایط امکان محکومیت محکوم‌علیه به پرداخت دین با محاسبه شاخص سالانه بانک مرکزی، تمکن مدیون است که در مورد ادارات و موسسات دولتی با لحاظ ماده واحده ... تمکن وقتی محقق می‌شود که محکوم‌به در بودجه منظور شده باشد. اساسا با لحاظ قسمت اخیر ماده واحده مزبور حتی در صورت تامین اعتبار در بودجه، اگر مسؤول مربوطه از پرداخت محکوم‌به استنکاف نماید در صورت ثبوت تخلف، به انفصال از خدمت دولت محکوم خواهد شد و اگر این استنکاف سبب وارد شدن خسارت به محکوم‌له باشد، مستنکف ضامن خسارت وارده است که با این ترتیب از آن‌جا که کیفیت اجرای احکام قطعی علیه دولت و موسسات دولتی با احکام صادره علیه اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی متمایز و متفاوت است و اجرای حکم علیه دولت و موسسات دولتی منوط به تامین اعتبار در بودجه خواهد بود، لذا مستلزم تادیه خسارت تاخیر تادیه نمی‌باشد و ضمان خسارت وارده به محکوم‌له متوجه شخص مستنکف است. بدیهی است پس از گذشت مدت مندرج در ماده واحده قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب سال ۱۳۶۵ صدور حکم به پرداخت خسارت تاخیر تادیه بلامانع می‌باشد»[۲] و به گونه

---

۱. در توضیحات آغازین رای وحدت رویه شماره‌ی ۱۵۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌خوانیم: « «از تبصره ۲۵ قانون بودجه سال ۱۳۴۶ مبنی بر «مابه التفاوت مورد مطالبه کارکنان دولت موضوع ماده ۲۶ قانون متمم بودجه سال ۱۳۲۲ اعم از این‌که به دادگاه مراجعه شده یا نشده و به مرحله صدور حکم قطعی رسیده یا نرسیده باشد با تامین اعتبار در بودجه‌های سالانه تحت عنوان خاص پس از تصویب کمیسیون بودجه مجلس شورای ملی پرداخت خواهد شد»، دو موضوع استفاده می‌شود. موضوع اول-پرداخت مابه التفاوت مورد مطالبه کارکنان دولت به عنوان اشتباه محاسبه حقوق موضوع ماده ۲۶ قانون متمم بودجه سال ۱۳۲۲ مشروط بر سه شرط زیر است:۱-تامین اعتبار در بودجه های سالانه.۲- اعتباری که تامین می‌شود باید تصریح شود که مخصوص پرداخت مابه‌التفاوت مورد مطالبه کارکنان دولت به عنوان اشتباه محاسبه می‌باشد.۳- تصویب کمیسیون بودجه به منظور فوق. با عدم تجمع شروط فوق وزارت دارایی مجاز در پرداخت مابه التفاوت نمی‌باشد و در این صورت بدیهی است که چون اصل مابه‌التفاوت قابل پرداخت نیست به طریق اولی خسارت تاخیر تادیه بر آن تعلق نمی‌گیرد. »

۲. این اداره در نظریه شماره ۱۴۸۴/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۱ این باور را بازگو نموده است.

هم‌سان در دادنامه شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۱۳۰۶ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۷ شعبه سی و پنج دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران چنین اعلام شده است: « ... علاوه بر این‌که طبق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومـــی و انقلاب در امور مدنی از جمله شـــرایط امکان محکومیت محکوم‌علیه به پرداخت دین با محاســـبه شـــاخص سالانه بانک مرکزی، تمکن مدیون اســـت که در مورد ادارات و موسســـات دولتی با لحاظ ماده واحده قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ شـــرط تمکن وقتی محقق می‌شود که محکوم‌به در بودجه منظور شده باشد و نظر به این‌که تجدیدنظرخواه که تمام سهام آن متعلق به دولت می‌باشد و بودجه آن نیز از طریق تخصیص ردیف بودجه تامین می‌گردد و جزئی از وزارت نفت بوده و مشـــمول ماده واحده قانون مذکور می‌باشد؛ بنابراین اجرای حکم قطعی منوط بـــه تامین اعتبار در بودجه بوده و تکلیفی غیـــر از پرداخت قیمت زمین به محکوم‌به نداشته است، لذا مستلزم تادیه خســـارت تاخیر تادیه نمی‌باشد». در حقیقت می‌توان گفـــت که تمکن معنایی فراتر از صرف توانی مالی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۳۶)؛ پس هر چند ناتوانی مالی در مورد دولت و سازمان‌های دولتی در عمل مصداق ندارد ولی با این مفهوم از تمکن، بی‌گمان این نهادها تا هنگام پیش‌بینی و تصویب محل پرداخت محکوم‌به امکانی برای پرداخت نخواهند داشـــت (قسمتی‌تبریزی، ۱۴۰۳: ۵۱-۵۲).[1] تبصره ۲ ماده ۴۹ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ نیز پذیرای این دیدگاه است.

بدین‌ســـان محکومیت دولتی دارای دو وضع پیش و پس از مهلت هجده ماهه خواهد بود به این معنا که تا پایان مهلت یاد شـــده هیچ‌گونه خســـارتی به محکوم‌به تعلق نگرفته حتی اگر تامین اعتبار شده باشد چه این‌که پیرو تصریح قانون، تنها کسی

۱. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۶۲۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۸/۲۰ شعبه سی و پنجم دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران چنین آمده اســـت که: «تجدیدنظرخواهی آقای ... نسبت به دادنامه شماره ... که طی آن حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت ... خســـارت تاخیر تادیه از تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۹ لغایت صدور حکم و اجرای آن صادر شـــده، وارد و موجه است؛ زیرا حسب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از جمله شرایط پرداخت خسارت تاخیر تادیه، تمکن مدیون در پرداخت و امتناع از آن می‌باشد که حسب محتویات پرونده و ایراد تجدیدنظرخواه مشارالیه به لحاظ عجز از پرداخت اصل محکوم‌به موضوع رأی شماره ... در زندان تحمل حبس می‌نماید که این امر دلالت بر عجز از پرداخت آن دارد، لذا امتناع مشـــارالیه ناشی از عدم تمکن نامبرده می‌باشد که این امر خود مسقط خسارت تاخیر تادیه تلقی می‌گردد ... » (برگرفته از وب‌ســـایت سامانه ملی آرای قضایی: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۱۰۱۰۳).

که با وجود تامین اعتبار از پرداخت سرباز زده است در برابر زیان وارد بر محکوم‌له پاسخگو است ولی بی‌درنگ با پایان این مهلت، محکوم‌له سزاوار جبران این خسارت خواهد بود.

۲-۱-۲.عذر قانونی برای دیرکرد در پرداخت

در برداشتی دیگر از قانون بالا گفته شده است که صرف ارائه مهلت به محکوم‌علیه برای انجام آن‌چه بدان محکوم شده، به معنای آن است که وی مجاز به تاخیر در پرداخت است که از این‌رو دولت وضع هم‌سانی با بدهکاری دارد که به وی مهلتی برای پرداخت بدهی داده شده است (ماده ٦٥٢ قانون مدنی) و با این تجویز دولت متخلف یا ناقض تکلیف به شمار نرفته تا پای‌بند به جبران زیان ناشی از آن باشد (خدابخشی شلمزاری، ۱۳۹۳: ۵۳۱) زیرا هدف از وضع این قانون، جلوگیری از تعطیل شدن امور عمومی و مختل شدن ارائه خدمت عمومی و محدودیت‌های هزینه‌کرد بودجه در اختیار نهادهای عمومی بر اساس قانون بودجه بوده است.[۱] بر همین اساس در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۲۸۵ به تاریخ ۱۳۹۲/۳/۵ شعبه هشت دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «با عنایت به این‌که به موجب ماده واحده ... ادارات و موسسات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کشور منظور می‌گردد، جهت پرداخت محکوم‌به احکام قطعی دادگاه‌ها و سایر مراجع قانونی تا یک سال و نیم بعد از سال صدور حکم مهلت دارند ... لذا پرداخت محکوم‌به در مهلت مذکور بوده به لحاظ عدم تاخیر در پرداخت، مطالبه خسارت تاخیر تادیه سالبه به انتفای موضوع می‌باشد».[۲]

---

۱. اظهار نظر کارشناسی درباره «لایحه اصلاح قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی» (برگرفته از وب‌سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: https:// rc.majlis.ir/fa/news/show/۸۲۳۸۰۸).

۲. برگرفته از وب‌سایت سامانه ملی آرای قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه: https://ara.jri.ac.ir/ Judge/Text/۴۵۱۸، دیدگاه اکثریت در نشست قضایی شماره ١٤٠١٩٣٢٤ دادگستری شهرستان دامغان استان سمنان به تاریخ ۱۳۹۹/۰۱/۲۵ چنین مطرح شده است: «ادارات دولتی الزامی در پرداخت خسارت موصوف ندارند زیرا مهلت موصوف توسط قانون‌گذار در نظر گرفته شده است و این امر یک مجوز قانونی می‌باشد. پس اداره دولتی ملزم به پرداخت خسارت موصوف نیست» (برگرفته از وب‌سایت نشست‌های قضایی:https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscri pt/۹e۴d۰ddd-۳۰۲۴-۴c۱c-۸۱d۶ ۰۸d۷e۹۵۶۶f۰b).

۳-۱-۲. قیاس با مقرره هم‌سان در زمینه شهرداری

روح قانـــون را می‌توان از مقرره دیگری به دســـت آورد؛ توضیح این‌که پیرو تصریـــح قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شـــهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱، «وجوه و اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها اعم از این‌که در بانک‌ها و یا در تصرف شهرداری و یا نزد اشخاص ثالث و به صورت ضمانت‌نامه به نام شهرداری باشد قبل از صدور حکم قطعی قابل تامین و توقف و برداشت نمی‌باشد. شـــهرداری‌ها مکلفند وجوه مربوط به محکوم‌به احکام قطعی صادره از دادگاه‌ها و یا اوراق اجرایی ثبتی یا اجرای دادگاه‌هـــا و مراجع قانونی دیگر را در حدود مقدورات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تاخیر تادیه به محکوم‌لهم پرداخت نمایند، در غیر این صورت ذی‌نفع می‌تواند برابر مقررات نســـبت به استیفای طلب خود از اموال شـــهرداری تامین یا توقیف یا برداشت نماید». در این قانون آشکارا به عدم تعلق زیان تاخیر تادیه در مهلت پیش‌بینی شـــده اشاره شده است. با توجه به این‌که فلسفه وضع این قانون با مقرره مرتبط با محکوم‌به دولتی یکســـان اســـت کـــه همانا لزوم پیمایش فرایند اداری برای تامین اعتبار است، محکوم‌علیه (دولت باشد یا شهرداری) در مهلتی که برای انجام مفاد حکم یا دیگر اســـناد لازم‌الاجرا دارد، از پرداخت خسارت تاخیر تادیه معاف اســـت و حتی برخی از نویسندگان به اقوی بودن علت مربوط به معافیت دولت از پرداخت چنین خســـارتی بر علت موضوع معافیت شهرداری‌ها قائل هستند (خدابخشـــی، ۱۳۹۳: ۵۳۱)؛ بنابراین عدم تصریح به تعلق نگرفتن چنین خسارتی بر محکوم‌به دولتی مانع از پذیرش آن به طور ضمنی نیست.

۲-۲. تعلق زیان تاخیر تادیه

دلایل ارائه شـــده برای توجیه تعلق نگرفتن این‌گونه خســـارت به خاطر نسخ مقرره اختلافی و یا ســـکوت آن و نیز نامنصفانه بودن در شـــرایط کنونی، سســـت و ناپذیرفتنی است.

۱-۲-۲.نسخ ضمنی قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف

برخی باور دارند که با تصویب قانون محاسبات عمومی در سال ۱۳٦٦، قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب سال ۱۳٦۵ نسخ ضمنی شده است؛ زیرا با آن‌که نخستین مقرره زودتر از دیگر قانون وضع شده است ولی نویسندگان آن که متخصص در امور بودجه و درآمد و هزینه دستگاه‌های دولتی بوده‌اند، نه تنها هیچ اشاره‌ای به دیگر مقرره نکرده بلکه ضرورتی نیز ندیده‌اند که برای اجرای محکوم‌به دولتی مهلتی پیش‌بینی نمایند و برعکس، شیوه‌ها و راهکارهایی برای پرداخت آن درپیش گرفته و در چند ماده به چگونگی اجرای حکم توجه کرده‌اند. دلیل این دگرگونی رویکرد، تغییر شرایط حاکم نسبت به زمان تصویب قانون است زیرا قوانین مربوط به دولت و شهرداری در این زمینه پس از انقلاب اسلامی و هنگامی به تصویب رسیده است که کشور درگیر جنگ ناخواسته و پاسداری بود و در آن هنگام بسیاری از امکانات و اموال دولت و کشور و شهرداری در خدمت این امر بود. هم‌چنین به خاطر تنگناهای ناشی از جنگ، وضعیت بودجه و درآمد دولت و شهرداری در آن هنگام مطلوب نبوده است. از این‌رو، چون قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی دست‌کم در بخش مربوط به پیش‌بینی مهلت برای اجرای حکم با قانون محاسبات عمومی سازگاری ندارد، با نگرش به ماده ۱٤۰ دومین قانون می‌بایست به نسخ ضمنی آن باور نمود (رستمی و سپهری، ۱۳۸۹: ۱٦۷-۱٦۸). نشانه پذیرش این دیدگاه را در برخی از آرای دادگاه‌ها می‌توان دید؛ برای نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲٤۲۰۰۰۸۹۸ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۷ شعبه ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید باهنر تهران آمده است: «... در خصوص مطالبه خسارت تاخیر تادیه با عنایت به این‌که خوانده ارگان دولتی بوده و خسارت تاخیر به ارگان‌های دولتی تعلق نمی‌گیرد با استفاده از وحدت ملاک ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳٦۱، حکم به رد این قسمت از خواسته خواهان‌ها صادر می‌نماید ...»، ولی شعبه ده دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۰۸۷ مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۷ با رد این برداشت بیان نموده است: «...

مستفاد از ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قدر متیقن از جمله خساراتی که خواهان بدوی می‌تواند در دعاویی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده، همین خسارت تاخیر تادیه می‌باشد؛ مگر در مواردی که قانون‌گذار استثنا کرده باشد».[1] ملاحظه می‌شود که در هیچ‌یک از این دو رای اشاره‌ای به قانون خاص مربوط به دولت نشده است.

۲-۲-۲. عدم تمکن به معنای نداشتن مال یا دسترسی نداشتن به آن

بر خلاف دیدگاهی که مهلت داده شده به دولت برای پرداخت بدهی را به معنای عدم تمکن و اعسار دولت دانسته است، باید گفت که از یک سو، از ظاهر قوانین و مقررات هم‌چون ماده ٥١٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ٦ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ١٣٩٤، دکترین حقوقی (صفایی، ٢/١٤٠٢: ٢٥١) و رویه قضایی[2] چنین بر می‌آید که تمکن معنایی جز اعسار ندارد[3] و اسبابی چون بیماری مواردی هستند که می‌توانند توجیه‌کننده وضعیت اعسار شخص باشند نه آن‌که خود مبنای مستقیمی برای احراز عدم تمکن در نظر گرفته شوند و از سوی دیگر، پیرو قوانین معسر کسی است که ناتوانی وی برای پرداخت بدهی برخاسته از نداشتن و یا عدم دسترسی به مال باشد (ماده ٥٠٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ٦ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی)؛ حال آن‌که این حالات اصولا به دلیل نبود شخصیت حقوقی جداگانه‌ای برای سازمان‌ها و ادارات دولتی از دولت، دست‌کم از دید اثباتی پنداشتنی نیست.[4]

---

۱. برگرفته از وب‌سایت سامانه ملی آرای قضایی: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۱۰۴۹۷.

۲. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۰۰٤ به تاریخ ۱۳۹۳/۸/۱۰ شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «... اولا اعسار از پرداخت امری قطعی و حادث بوده و معسر از پرداخت هزینه دادرسی به فردی اطلاق می‌گردد که به جهت عدم کفایت دارایی و با عدم دسترسی به اموال خود عاجز از پرداخت هزینه دادرسی باشد که در ما نحن فیه خواهان با تمسک به شهادت شهود که از زمره بینه شرعی و ادله اثبات دعوی می‌باشد مراتب عدم تمکن مالی خود را در جهت پرداخت کل هزینه دادرسی اعلام داشته است ...» (برگرفته از وب‌سایت سامانه ملی آرای قضایی: https:// ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۱۰۰۴۵).

۳. بنگرید به: نظریه مشورتی شماره ۹۸٦/۹۹/۷ به تاریخ ۱۳۹۹/۷/۱٤ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

٤. با نگرش به این‌که دولت به معنای عام یا خاص برای انجام کارهای خود نیازمند بازوهایی است، اصولا سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت دارای شخصیت حقوقی جداگانه نیستند مگر آن‌که قانون بدان تصریح کرده باشد همانند دانشگاه‌ها پیرو ماده ۱۰ قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت

تکلیف مسؤول دولتی به جبران زیان محکوم‌له به دلیل خودداری از پرداخت بدهی دولتی با وجود تامین اعتبار، از مسؤولیت دولت برای پرداخت اصل طلب و دیرکرد آن نخواهد کاست؛ زیرا چنین تکلیفی در برابر بستانکار امری خلاف اصل و در حقیقت گویای تضامن قانونی است و ضمانت‌اجرای پیش‌بینی شده (انفصال از خدمت) انصراف به رفتار عمدی دارد؛ و نه رفتار برخاسته از کوتاهی که در این صورت با نگرش به ظاهر قانون هیچ‌گونه خسارتی به محکوم‌له تعلق نخواهد گرفت. افزون بر این اگر نهاد دولتی که اعتبار لازم برای پرداخت بدهی آن پیش‌بینی نشده همانند معسر باشد، چنان‌چه به هر دلیل این اعتبار پس از مهلت هجده ماهه نیز پیش‌بینی نشده باشد، الزام به پرداخت خسارت دیرکرد باز هم توجیهی نخواهد داشت.

۳-۲-۲. برابری با مقرره هم‌سان در زمینه محکومیت شهرداری

قیاس قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵ با قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱ نه تنها به سود هواداران عدم تعلق زیان تاخیر تادیه بر محکوم‌به دولتی در مهلت هجده ماهه نیست بلکه درست برعکس آن بکار خواهد آمد، زیرا در حالی‌که قانون مقدم آشکارا به عدم تعلق چنین خسارتی تصریح دارد، در قانون موخر که چهار سال پس از آن قانون به تصویب رسیده و لحن و ادبیات نزدیک به یکسانی را با آن قانون بکار بسته است، هیچ بیانی در این زمینه دیده نمی‌شود که این سکوت را می‌بایست بر تعلق خسارت دیرکرد به اصل طلب در مهلت پیش‌بینی شده تفسیر و معنا نمود. وانگهی، اصل بر وجود حق است مگر خلاف آن تصریح شده باشد (شمس، ۲/۱۳۹۷: ٤٤٠).

٤-۲-۲. زیان تاخیر تادیه در ماده ۵۲۲ به معنای تعدیل اصل طلب

برخی از پژوهش‌گران بر این باورند که آنچه ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی از آن سخن می‌گوید، از جنس زیان و جبران آن نیست، بلکه تعدیل اصل پول است (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۸۱؛ آقایی،

علوم و تحقیقات و فناوری مصوب ۱۳۸۳ یا سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی پیرو ماده ٤ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی و اساس‌نامه آن مصوب ۱۳۷۰.

۱۳۹۶: ۲۵۲ و ۲۵۵). به بیان دیگر، بر اســاس سرشت حقوقی پول، هدف قانون‌گذار از پیش‌بینی این حکم بازیابی توان خریدی اســت که به دلیل تورم از آن کاسته شده است. برایند این سخن آن است که به دلـیل یکسان نبودن معنای خسارت تاخیر تادیه با تعدیل اصل طلب، حتی اگر به ناسزاواری محکوم‌له برای جـبران زیان تاخیر تادیه خود از دولت باور نمایـــیم، این امر برخوردی با حقی که ماده ۵۲۲ برای بســتانکار پیش‌بینی کرده است، نخواهد داشت. با این تفسیر، حتی تصـــریح قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمـــنقول متـــعلق به شهـرداری‌ها به ناممکن بودن دریافت زیان تاخیر تادیه نیز مانعی برای تـعدیل اصل طلب در زمینه بدهی شهرداری نخواهد بود.

۵-۲-۲. تفاوت سرشـــت خسارت تاخیر تادیه موضوع قانون خاص با قانون عام

چنین اســـتدلال شده اســـت که ماهیت حقوقی خسارت تاخیر تادیه‌ای که «قانون نحـــوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیـــف اموال دولتی» و یا «قانون راجع به منـــع توقیف امـــوال منقول و غیرمنقول متعلق به شـــهرداری‌ها» از آن سخن می‌گوید با سرشـــت حقوقی خسارتی که موضوع ماده ۵۲۲ قانون آییـــن دادرســـی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنی اســـت تفـــاوت می‌کند؛ زیرا خـــسارتی که این ماده دلالت بر قابلیت مطالبه آن دارد از جهات گوناگون هم‌چـون مشـــخص نبودن میزان (درصد) آن با خســـارت تاخیر موضوع ماده ۵۲۲ ناهم‌ســـان است (شمس، ۲/۱۳۹۷: ٤۲۸)؛[1] با این‌حال، زیانی که دو قانون نخست از آن ســـخن می‌گوید، برخاسته از پرداخت نشدن بدهی در سررسید است که از این دیـــد با زیان موضوع ماده ۵۲۲ تفاوتی ندارد. به بیان دیگر، قانون آیین دادرسی دادگاه‌هـای عمومی و انقلاب در امور مدنی تنها شـــاخصی برای برآورد چنین خسارتی پیش‌بـــینی کرده

۱. در راستای تایید این برداشـــت به مضمون دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۱۹۰۰٤٤۱ شعبه ۸۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که پیرو دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰٦۱۷ شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران استوار گردیده است، متوسل شده‌اند؛ در حالی‌که مفاد این دادنامه‌ها چیزی در این زمینه در بر نداشـــته و شعبه‌های نام برده مستند دعوا را «قانون نحوه تقدیم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰» دانسته‌اند؛ بدین‌گونه که به دلیل تصریح این قانون به پرداخت قیمت روز، حکم این قانون مخصص قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شـــهرداری‌ها در زمینه عدم تعلق خسارت تاخیر تادیه در مهلت هجده ماهه به شمار آمده است.

اســـت و تا هنگام ارائه دیدگاه شورای نگهبان درباره عدم قابلـــیت اجرای ماده ۷۱۹ قانون پیشـــین آیین دادرسی مدنی، بر اساس شاخص پیش‌بینی شده در این ماده رفتار می‌شـــد و در نتیجه، توقف اعمال این حق در همگی موارد هم‌چون پـــیرامون بدهی دولتی به دلیل نامشروع خوانده شدن این خسارت بود نه به خاطر روشـــن نـــبودن چگونگی ارزیابی آن. ناگفته روشـــن است که امروزه با توجه به پذیرش ملاک فراگیر قانون آییـــن دادرسی مدنی در ماده ۵۲۲ (شاخص تورم) این معیار بر همه مصادیق این‌گونه خسارت پیاده خواهد شد.[1]

۳. دیدگاه برگزیده

هـــر چند دیدگاه برتری از رویه قضایی به دســـت نمی‌آیـــد،[2] ولی در جایگاه

---

۱. بـــا آن‌که تـــا پیش از صدور رای وحدت رویه شـــماره ۸۲٤ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشـــور به تاریـــخ ۱٤۰۳/٦/۱ رابطه میان ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنی با مقررات خاصی چون ماده ۲ قانون صدور چک، رابطه عام و خاص شـــمرده می‌شد ولی جز در موارد ویژه‌ای که تخصیص حکم عام گاه ریشـــه در جدایی سرشـــت حقوقی منشا بدهی داشت، اصولا همان قواعد عام موضوع ماده ۵۲۲ بر چگونگی جبران به‌کار بســـته می‌شـــد. از این موارد ویژه می‌توان به عدم نیاز به اثبات تمکن بدهکار (مســـؤول چک) اشـــاره کرد که دلیل آن را می‌توان ظهور انجام اعمال حقوقی واقع بر چک (کشـــیدن، پشت‌نویسی و ضمانت) بر توان‌گری مالی مسؤول سند دانســـت (بنگرید به دادنامه شـــماره ۹٤۰۹۹۸۲۲۱۰۲۰۰۰۲۱ مورخ ۱۳۹٤/۸/۱۱ شعبه چهل و چهارم دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۲۸۵۰۱ و نیز دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۸۷٤ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۱۲ شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۱۰۳۰۳). در برابر، گاه به صرف منطوق قانون خاص برای باور به تخصیص استناد می‌شد هم‌چون چک، شـــاخص ماهانه و پیرامون دیگر بدهی‌ها موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، شاخص سالانه به عنوان ملاک براورد خسارت به‌کار بســـته می‌شد. البته با صدور رای وحدت رویه شماره ۸۵۰ به تاریخ ۱٤۰۳/۵/۱٦ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور این دیدگاه دیگر جایگاهی ندارد.

۲. در برابر آرایی که به شـــمول زیان تاخیر تادیـــه در مهلت هجده ماهه تصریح دارند، آرای مخالفی نیز می‌توان دید هم‌چون دادنامه شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۲۸۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۵ شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «با عنایـــت به این‌که به موجب ماده واحده قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳٦۵/۸/۱۵ ادارات و موسســـات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کشـــور منظور می‌گردد جهت پرداخت محکوم‌به احکام قطعی دادگاه‌ها و سایر مراجع قانونی تا یک سال و نیم بعد از سال صدور حکم مهلـــت دارنـــد و با تـــوجـــه به این‌که تاریخ صدور دادنامه قطعی ۲٦۸ شعبه بیست و پنج دیوان عدالت اداری ۱۳۸۹ می‌باشد، لذا پرداخت محکوم‌به در مهلت مذکور بوده به لحاظ عدم تاخیر در پرداخت مطالبه خســـارت تاخیـــر تادیـــه سالبـــه به انتفای موضوع می‌باشد» (برگرفته از وب‌سایت سامانه ملی آرای قضایی: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/۱۰۴۹۷) و یا دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۱۳۰٦ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۷ شعبه سی و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که پیشتر بیان شد.

داوری میـــان دلایل دو گروه باید طرف قائلان به شـــمول خســـارت تاخیر تادیه بر محکوم‌به دولتی را گرفت؛ هر چند باور به نسخ قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی با تصویب قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳٦٦ به دلیل امکان جمع آن‌ها پذیرفتنی نیست؛ زیرا از یک ســـو نخـــستین قانون گویای وضع مهلت هجده ماهه برای بازداشـــت اموال دولتی در راستای اجرای محکوم‌به و دومین قانون بیان‌گر ســـازکار اجرای حکم پس از پایان آن مهلـــت است و از سوی دیگر، قانون‌گذار در دیگر مقررات به روشـــنی به اعتبار این قانون تصریح داشته است هم‌چـــون بند ج ماده ۲٤ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشـــی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳ و یا بند و از بخش ســـوم از تبصره ۱۰ قانون بودجه ۱٤۰۲ کل کشور.[۱]

بر نظریه تعدیل اصل طلب نیز چنین می‌توان تاخت که هر چند از دید سرشت اقتصادی، تعبیر پول به عنوان توان خرید پرمعنا است ولی از دریچه حقوقی، این معنا با دسته‌بندی اموال هم‌خوانی ندارد؛ زیرا در این مفهوم، پول نه عین است، نه بدهی، نه منفعت و نه حتی مالی به معنای خاص. علاوه بر این، تعدیل اصل طلب همان جبران توان خرید و گونه‌ای از جبران خســـارت است زیرا خودداری بدهکار از پرداخت به هنگام بدهی خود سبب کاهش توان خرید طلبکار می‌شود (کاتوزیان، ٤/۱۳۹۵: ۲٤۰) که می‌بایســـت این کاستی را جبران نماید و از این‌رو، قانون‌گذار در ماده ۵۲۲ از واژه «خسارت» بهره گرفته است.

آن‌چه از توجه دور مانده این اســـت که ماده واحـــده مورد بحث هرگز اصل التزام دولت به پرداخت بدهی خود هم‌چون هر شـــخص دیگر را نقض نکرده است؛ زیرا ظاهر آن نشـــان می‌دهد که در نخستین گام، دولت مکلف به پرداخت محکوم‌به از بودجه مصوب سال گذشته یا همان بودجه جاری شده است که اگر چنین اعتباری نباشـــد، موظف به پیش‌بینی آن در بودجه ســـال بعد است درحالی‌که اگر مهلت برای اجرای حکم و به مانند عذر قانونی آن هم با تعبیر زمان آغاز محاســـبه مهلت پس از پایان سال صدور حکم قطعی باشـــد، تکلیف به پیش‌بینی و پرداخت در بودجه سال

۱. عدم دگرگونی در مفاد «قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها» مصوب ۱۳٦۱ در بازنگری ســـال ۱۳۸۹ نشـــانه دیگـــری بر عدم تغییر دیـــدگاه قانون‌گذار با وجود دگرگونی شرایط زمانی است.

آینده معنایی نخواهد داشـــت. سپس در گام دوم قانون‌گذار مقرر کرده که تا یک سال و نیم پس از ســـال صدور حکم امکان بازداشـــت اموال دولتی نیست نه آن‌که تکلیف دولـــت به پرداخت از میان رفته باشـــد؛[1] پس عذر تنها برای بازداشـــت بوده و اصل التزام به پرداخت به قوت خود باقی است و در حقیقت قانون‌گذار دولت را متعذر از پرداخت نشناخته است. بر اســـاس فلسفه وضع این مهلت که به ماهیت محکوم‌علیه توجه دارد، امکان پیش‌بینی اعتبار برای پرداخت آن است نه آن‌که بدهکار مجاز برای عدم پرداخت باشد.[2]

باید به این نکته توجه داشت که قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳٦۵ در دورانی به تصویب رســـیده اســـت که زیان تاخیر تادیه خلاف شـــرع شناخته می‌شد (موسویان، ۱۳۸٤: ۱۵-۱٤) و از این‌رو منطقی بود که قانون‌گذار نیز چیزی درباره آن نگوید. به بیان دیگر، سکوت قانون‌گذار هم‌راســـتا با فضای فکری آن هنگام بوده اســـت که به دلیل نبود مقرره عامی در زمینه امکان جبران زیان برخاســـته از کاهش ارزش پول؛ نه رویکرد فقهی و حقوقی جاری مبنی بر ناروایی جبران زیان برخاســـته از تفویت منفعت موضوع ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ قانون‌گذار نه در مقام منع و نه پذیرش آن چیزی به میان نیاورده است تا بتوان این سکوت را منصرف به یکی از این‌ها دانست. با این‌حال، اکنون که با تصویب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، رویکرد کلی قانون‌گذار بر تجویز جبران زیان تاخیر تادیه اســـتوار شـــده است،[3] تنها در قلمرو شـــرایط این ماده باید به امکان

---

۱. برخی از نویســـندگان در همین راستا مهلت یاد شـــده را تعویض توقیف دانسته‌اند (آقایی‌طوق و لطفی، ۱۳۹٦: ۱۷۰).

۲. دیدگاه اقلیت در نشســـت قضایی شـــماره ۱٤۰۱۹۳۲٤ دادگســـتری شهرســـتان دامغان به تاریخ ۱۳۹۹/۱/۲۵ چنین مطرح شـــده است: «فلســـفه تقنین هجده ماهه موصوف استمهال سازمان برنامه و بودجه جهت پیش‌بینی میزان ریالی محکومیت مالی موصوف در ردیف بودجه آن اداره دولتی هست و اما این‌که در قانون مهلت هجده ماهه برای پرداخت اصل دین تعیین شـــده اســـت به معنای مجوز قانونی جهت تاخیر آن اداره دولتی نیســـت» (برگرفته از وب‌ســـایت نشســـت‌های قضایی: https:// neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscript/۹e۴d۰ddd-۳۰۲۴-۴c۱c-۸۱d۶-۰۸d۷e۹۵۶۶f۰b).

۳. برخی از نویســـندگان در زمینه مقرره مربوط به شـــهرداری بر این باورند که با دگرگونی رویکرد قانون‌گذار هم‌چنان امکان جبران زیان تاخیر تادیه بر پایه قاعده فراگیر آمده در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی فراهم است (شمس، ۲/۱۳۹۷: ٤۲۸). با این‌حال عدم تغییر عبارت مربوط به جبران خســـارت تاخیر تادیه در واپسین اصلاح قانون گویای عدم تغییر

دریافت چنین غرامتی پرداخت. به هر حال، حتی اگر بخواهیم سکوت قانون‌گذار[1] را بر امری بار کنیم، از آن دید که قانون محاسبات عمومی یک سال پس از قانون مورد بحث به تصویب رسیده و تبصره ۲ ماده ٤٩ آن در زمینه مطالبات افراد برای اضافه پرداختی‌ها گفته است که: «به مطالبات اشخاص بابت اضافه پرداختی آنان خسارت تاخیر تادیه تعلق نمی‌گیرد»، این سکوت را باید بر تجویز دریافت زیان تاخیر تادیه از دولت در دیگر موارد تفسیر کرد.

به موارد بالا باید افزود که چون قانون مورد بحث جنبه استثنایی دارد، می‌بایست پیرو اصول کلی حقوقی با تفسیر مضیق، به امکان جبران زیان تاخیر تادیه از هنگام قطعیت حکم باور نمود.

از دید عملی نیز فراهم شدن اعتبار لازم برای پرداخت بدهی‌های دولتی، امری درون سازمانی است و حتی با وجود تامین اعتبار نیز به دلیل لزوم پیمایش روند اداری برای پرداخت نمی‌توان نهاد دولتی را بدون انجام این فرآیند ناگزیر به پرداخت دانست (بی آن‌که مسؤول را مستنکف به شمار آورد) که بی گمان این امر نیازمند گذشت زمان گاه طولانی است. وانگهی منصفانه نیست که در وضع تورمی بسیاری بالا، بستانکاران دولتی را از جبران زیان محروم نمود به‌ویژه این‌که چنین چیزی از انگیزه اشخاص برای بستن قرارداد با دولت خواهد کاست.[2]

رویکرد قانون‌گذار با وجود دگرگونی شرایط است.

۱. . دیدگاه اکثریت در نشست قضایی شماره ۱۳۹۸٦٥٤٤ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۲ دادگستری شهرستان تکاب چنین مطرح شده است: «در قانون نحوه تامین اموال دولتی، در مورد خسارت تاخیر تادیه مطلبی ذکر نشده است فلذا ادارات دولتی به استناد ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی، ملزم به پرداخت خسارت تاخیر تادیه هستند و در همان قانون نحوه تامین اموال دولتی آمده است که در صورت امتناع باید خسارت جبران شود ... » (برگرفته از وب‌سایت نشست‌های قضایی: https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessionTranscript/۱۷b۲c۳۸d-۶۲۵e-۴۶de-۹ae۳-۰۸d۶۷۲e۴cd۲۶).

۲. در سال ۱۳۹۱ لایحه بازنگری قانون به مجلس برده شد و یکی از موارد پیشنهادی برای بازنگری این بحث بود که «پس از گذشت یک سال و نیم موضوع این ماده و عدم پرداخت محکوم‌به، برداشت وجوه از حساب‌های دولتی بیش از سقف ردیف مصوب مربوط به پرداخت مبالغ محکوم‌به قطعی دادگاه‌ها و دوایر اجرای ثبت ممنوع است». با این‌حال، لایحه مذکور در کمیسیون تخصصی پذیرفته نشد زیرا محدودیت مقرر در تبصره پیشنهادی موجب محدودیت بلا وجه احقاق حقوق اشخاص می‌شود که در دعاوی دولتی محکوم‌له واقع شده‌اند در حالی‌که اصل بر اجرای سریع احکام قطعی دادگاه‌ها بوده و قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال عمومی خلاف اصل است و دلیل موجهی برای توسعه این استثنا وجود ندارد (اظهار نظر کارشناسی درباره لایحه اصلاح قانون نحوه پرداخت محکومٌ‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی برگرفته از وب‌سایت

برآمد

۱- جبران زیان برخاسته از عدم انجام تعهد؛موضوع آن کالا باشد یا پول، امری منطقی اســـت. با نگرش به کاهش چشم‌گیر ارزش پول در سالیان گذشته، تردیدی در ضرورت جبران این زیان و تکلیف بدهکار مســـتنکف وجود ندارد؛ با این‌حال، منطق حقوقی می‌گوید از کسی که به دلیل رخداد پیشامدهایی ناتوان از پرداخت بدهی خود شده اســـت، نمی‌توان چنین زیانی گرفت و پیرامون دولت و سازمان‌های تابع آن نیز برخی با استناد به قانون خاصی (قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تامین و توقیـــف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵) بر این باورند که حتی اگر از دید قواعد عمومی مفهوم اعسار منطقا بر دولت اعمال‌شدنی نباشد، از حکم این ماده چنین بر می‌آید که قانون‌گذار این مفهوم را مورد نظر داشته است؛ این در حالی است که چون شخصیت حقوقی ســـازمان‌ها و نهادهای دولتی از دولت جدا نیست، مفهوم اعسار پیرامون آن‌ها محقق نشده و قانون یاد شـــده نیز هرگز اصل التزام دولت به پرداخت بدهی خود را نفی نکرده است از آن منظر که در نخستین گام، دولت را مکلف به پرداخت محکوم‌به از بودجه مصوب ســـال گذشته کرده و در گام دوم یعنی در صورت نبود اعتبار، آن را مکلف به پیش‌بینی اعتبار در بودجه سال بعد نموده است.

۲- مهلت پیش‌بینی شـــده در قانون به معنای عذری بـــرای تاخیر در اجرای حکم نیست؛ زیرا علاوه بر این‌که اصل التزام به پرداخـــت به شرح بالا نفی نـــشده اســـت، اگر این مهلت به‌عنوان فرصت و شانسی برای اجرای حـــکم و مانند عذری برای تاخیر بود، به‌ویژه با تعبیر زمان آغاز مهلت از ســـال بعد از ســـال صدور حکم قطعی، تکلیف به پیش‌بینی اعتبار و پرداخت مـحکوم‌به در بودجـه سال آینده معنایی نداشت.

۳- اکنون که بـــا تصویب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی، رویکرد کلـــی قانون‌گذار بر تجویز جبران زیان تاخیر تادیه اســـتوار شده است، تنها در قلمرو شـــرایط این ماده می‌بایســـت به امکان جبران آن بپردازیم به‌ویژه اگر شـــرایط تورمی کشـــور و اصل جبران کامل زیان را به یاد داشته باشـــیم. در راســـتای پایان دادن به اختلاف دیدگاه‌ها و جلوگیـــری از تضییع حقوق

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: https://rc.majlis.ir/fa/news/show/۸۲۳۸۰۸).

اشـــخاص، شایسته اســـت که قانون‌گذار پیرامون اعتبار ماده واحده و یا امکان جبران چنین زیانی در مهلت مقرر و تامین اعتبار برای آن مقررات روشنی وضع نماید و در کنـــار بازنگری ماده ۵۲۲ در لایحه اصلاح قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی،[1] این موارد نیز به روشنی پیش‌بینی شود.

۱. منظور لایحه اصلاح قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ هیأت وزیران مصوب در جلســـه ۱۴۰۳/۶/۲۸ است که البته عدم پیشنهاد بازنگری ماده ۵۲۲ با وجود کاستی‌ها و ابهام‌های کنونی، از جمله نکوهش‌های وارد بر آن است.

فهرست منابع

* آقایی، کامران (۱۳۹۶)، «**ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در آیین نظریه تعدیل پول**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۲۰، شماره ۸۰.

* آقایی‌طوق، مسلم و لطفی، حسن (۱۳۹۶)، «**قاعده عدم امکان توقیف اموال دولتی و عمومی در ایران؛ رویکرد انتقادی-تطبیقی**»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۶.

* خدابخشی شلمزاری، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* رستمی، ولی و سپهری، کیومرث (۱۳۸۹)، «**اجرای احکام مدنی علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی، موانع و راهکارها**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۰، شماره پیاپی ۲.

* شمس، عبدالله (۱۳۹۷)، **اجرای احکام مدنی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: دراک.

* شمس، عبدالله (۱۴۰۳)، **آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد دوم، چاپ پنجاه و دوم، تهران: دراک.

* شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، **حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات**، چاپ پنجم، تهران: مجد.

* صحرایی، فرید و چگینی، علی (۱۴۰۳)، **مبدا خسارت تاخیر تادیه چک و محدوده شمول رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان‌عالی کشور**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.

* صفایی، حسین (۱۴۰۲)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ چهلم، تهران: میزان.

* قسمتی‌تبریزی، علی (۱۴۰۳)، «**اعسار دولت از هزینه دادرسی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **قواعد عمومی قراردادها: اجرای قرارداد**، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، چاپ

یکصد و یازدهم، تهران: گنج دانش.
* محســـنی، حســـن (۱۳۹۱)، «**اجرای موثر رای مدنی؛ مفهوم، راهکارها و موانع**»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ٤.
* موســـویان، عباس (۱۳۸٤)، «**بررســـی فقهی-حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تاخیر تادیه در ایران**»، حقوق اسلامی، دوره ۱، شماره ٤.
* ولیدی، محمدصالح (۱۳٦۲)، «**نگاهی به تعارض خســـارت تاخیر تادیه با اصول قانون اساسی: قسمت سوم**»، دانشگاه انقلاب، شماره ۲۷.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۹۱-۷۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۸

تحلیل حقوقی و اقتصادی خلق پول و دلالت‌های آن برای نظام قضایی

جواد اقدس طینت[۱]

چکیده

تحلیل حقوقی و اقتصادی فرایند خلق پول چه دلالت‌هایی برای نظام قضایی دارد؟ در این مقاله به شکل توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی، بحث می‌شود که پدیده «خلق پول و افزایش نقدینگی» از نظر حقوقی و اخلاقی امری خنثی نبوده، بلکه ذات فرایند فنی و حسابداری خلق پول، ماهیتی حقوقی داشته و با وظایف و مأموریت‌های کلان نظام قضایی از منظر «برقراری عدالت»، «صیانت از حقوق عامه» و «شناسایی و حذف بسترهای فسادزا» ارتباط جدی دارد. بررسی نظام پولی و بانکی کشور نشان می‌دهد که بانک‌ها و افراد مرتبط با آن‌ها می‌توانند بدون کار و تولید و از طریق خلق پول، برای خود قدرت خرید کسب نمایند. افزایش حجم نقدینگی به معنای افزایش حجم کل مقدار ریال در اقتصاد است، اما این افزایش ریال به شکل مساوی یا متناسب بین عموم مردم تقسیم نشده یا حتی بیشتر آن نصیب دولت و پروژه‌های توسعه‌ای کشور نمی‌شود. خالقان ریال از این ریال جدید برای خرید کالا و خدمات و سفته‌بازی در بازار دارایی (مسکن، طلا، دلار و سهام) و در قیمت‌های قبل از تورم استفاده کرده و ثروت خود را به زیان سایر اقشار جامعه افزایش می‌دهند. توجه جامعه حقوقی و نظام قضایی به این فرایند ضروری بوده و شناخت ماهیت فرایند خلق پول و جزئیات آن پیش‌شرط هر نوع مداخله سیاسی یا قضایی برای جلوگیری از تقلب و فساد در پول ملی و صیانت از حقوق عامه در حوزه پول و بانک خواهد بود.

واژگان کلیدی: اقتصاد پول، پول سالم، حقوق خلق پول، صیانت از حقوق عامه، فساد پولی و بانکی.

---

۱. عضو هیأت علمی پژوهشکده قوه قضاییه، تهران، ایران
javadaqdasi@yahoo.com

درآمد

«بدهی بانک‌ها در نظام بانک‌داری مبتنی بر ذخیره جزئی پول محسوب می‌شود و بانک‌ها از طریق وام‌دهی و یا سرمایه‌گذاری مستقیم، پول جدید خلق می‌کنند. این امکان غیر از بانک مرکزی که یک نهاد عمومی به شمار می‌آید، تنها در اختیار بانک‌ها قرار دارد که منافع درخور توجهی برای آن‌ها در پی خواهد داشت؛ چرا که به راحتی می‌توانند از فرصت‌های ایجاد شده برای سفته‌بازی و کسب سود استفاده کنند»(حسینی دولت‌آبادی، ۱۳۹۷: ٤٥). بانک‌های امروزی از نظر عملکرد، وارثان تاجرانی قدیمی هستند که «رسید بدهی» آن‌ها در سراسر کشور معتبر بوده و به دلیل این اعتبار بالا، رسید بدهی آن‌ها به عنوان ثمن معامله پذیرفته شده و نقش پول را بازی می‌کرده است. صرافان و تاجران قدیم (و بانک‌های قدیمی) عدد بدهی خود را روی کاغذ می‌نوشتند و به عنوان رسید به دست طلبکار می‌دادند؛ طلبکار نیز این رسید را به عنوان پول مقبول دیگران خرج کرده و در نهایت این امکان وجود داشت تا صاحب رسید با مراجعه به مکان مورد توافق صراف/تاجر/بانک، سکه طلای خود را دریافت نماید. این رسیدهای بدهی در هنگام بازگشت به صراف/تاجر/بانک و با بازپرداخت بدهی محو می‌شدند؛ به عبارت دیگر خلق پول به صورت انتشار رسید کاغذی بدهی صورت گرفته و در ادامه در صورت پرداخت بدهی، پول خلق شده کاغذی مجدداً محو می‌گردید. قابل تصور است که تاجران و بانک‌های قدیمی می‌توانستند از طریق صدور بی‌رویه این رسیدها و با این فرض که بخش زیادی از رسیدها هیچ‌گاه برنگشته و بازپرداخت نخواهند شد برای خود ثروت نامشروع کسب کنند. هدف اصلی از ایجاد بانک مرکزی و ایجاد انحصار چاپ این رسیدها به شکل اسکناس توسط بانک مرکزی، جلوگیری از همین نوع سوءاستفاده بوده است، اما امروزه عمده پول در گردش دیگر حتی از جنس اسکناس بانک مرکزی (رسید کاغذی بدهی بانک مرکزی) نیز نیست، بلکه آن رسیدهای کاغذی تبدیل به اعداد الکترونیک در حساب بانکی شده و دیگر انحصار تولید این اعداد نیز در دست بانک مرکزی نبوده و مجدداً بانک‌ها قدرت «خلق پول بدون محو» یا به عبارت دیگر قدرت «صدور رسید الکترونیکی بدهی بدون بازپرداخت» را دارا شده‌اند. امروزه خلق پول دیگر در انحصار بانک مرکزی نبوده و یا وابسته به خلق پول پرقدرت توسط بانک مرکزی

نیســـت، بلکه بانک مرکزی صرفاً نقش تنظیم‌گر نظـــام پولی را ایفا کرده و خلق پول در نظام بانکی حالت درون‌زا پیدا نموده اســـت، به گونه‌ای که دیگر بانک مرکزی از طریق افزایش یا کاهش پایه پولی قادر به کنترل خلق پول توسط بانک‌ها نیست، بلکه پایه پولی مورد نیاز شـــبکه بانکی به شـــکل درون‌زا و خودبه‌خود و طی یک عملیات حسابداری ایجاد می‌شود.[۱]

فهم چگونگی خلق پول الکترونیکی توســـط بانک‌ها به وضوح فهم چگونگی خلق پول کاغذی نبوده و لذا سوءاستفاده و فساد مذکور از دید مردم و سیاست‌گذاران و هم‌چنین نظام قضایی پنهان باقی مانده است. چنانچه این امکانِ «خلق پول» به شکل متناســـب با «محو پول» همراه نباشد، رانت بســـیار بزرگی نصیب بانک‌ها می‌سازد. با چنین خلق پولی مجمـــوع پول در جریان افزایش می‌یابد (نقدینگی افزایش می‌یابد)؛ مجموع قدرت خرید پولی جامعه افزایش یافته و چون قدرت خرید ایجادشده ناشی از کار و تولید نبوده اســـت (تولید ثابت مانده) شـــاهد افزایش سطح عمومی قیمت‌ها و ایجاد تورم در قیمت‌ها خواهیم بود. این قدرت خریدِ پولی و موهومی اضافه شـــده به جامعه که پشـــتوانه تولیدی نداشـــته و ناشی از کار و تولید نیست به شکل مساوی بین همه تقســـیم نمی‌شود،[۲] بلکه بانک‌ها و افراد مرتبط با بانک و هم‌چنین گیرندگان تســـهیلات کلان بانکی از آن بهره می‌برند، اما نتیجـــه آن یعنی تورم برای همه مردم خواهد بود. تورم نیز برای فقرا و اغنیا یکسان عمل نمی‌کند، بلکه باعث افزایش ثروت اغنیا شده و تشدید فقرِ فقرا و کاهش قدرت خرید کارگران و حقوق بگیران را در پی دارد. عامه مردم از این فرایند آسیب دیده و عده‌ای معدود سود می‌برند. آسیب‌دیدگان

---

۱. بنگریـــد بـــه: McLeay, Radia & Thomas, ۲۰۱٤؛ عیســـوی، ۱٤۰۲؛ کاظمـــی نجف‌آبادی و حاجی‌پور، ۱٤۰۱؛ مؤمنی، شـــاکری و مقیسه، ۱۳۹۹؛ حســـینی دولت‌آبادی، ۱۳۹۷؛ روحانی، ۱۳۹۷؛ پیغامی، ۱۳۹٤.

۲. در ادبیات اقتصادی، پول خلق شـــدهٔ جـــدید که به شکل مســـاوی تقـــسیم می‌گردد با فرضی غیرعملی و با عنوان «پول هلی‌کوپتری» شرح داده می‌شود. فرض کنیـــد یک هلی‌کـــوپتر از آسمان بر سر همه به شکل یکنواخت پول می‌ریـــزد، چنین پول‌پاشی باعث افزایـش یکنواخت و هم‌زمان قیمت‌ها خواهد شـــد، اما به دلیل این یک‌نواختی و هم‌زمانی دریافت و خرج‌کرد آن بین همه مردم، رفـــاه هیچ‌کس تغییر مثبت یا منفی نمی‌کند، اما اگر پول به شـــکل یک‌نواخت پخش نشـــود باعث افزایش رفاه عده‌ای می‌شود که پول را قبل از ایجاد تورّم دریافـــت کرده و قبل از افزایـش قیمـت‌ها آن را خرج نموده‌اند؛ سایرین (حقوق بگیـــران و سایر کسانی که دریافتی قراردادی با قیمـت ثابـت و غیرقابـــل تعدیل تا دوره بعد دارند) به دلیل عدم دریـافت پول و افزایش قیـمت‌ها با کاهش رفاه مواجه خواهند شد.

قادر به دفاع از حقـــوق خود نبوده و این وضعیت نیازمند توجه مدعی‌العموم خواهد بود. داســـتان فوق جزئیات فنـــی فراوانی دارد، اما در نهایـــت وضعیتی را به تصویر می‌کشـــد که دخالت (پیشینی و غیرمستقیم) مدعی‌العموم لازم می‌گردد؛ زیرا از طریق خلق بدون کنترل پول توســـط بانک‌ها، «حقوق عامه» آســـیب دیده و «سلامت» نظام پولی از دســـت رفته و شاهد بیماری اقتصادی و فســـاد خواهیم بود. بر همین اساس رانتِ خلق پول را می‌توان ریشه اصلی مفاسد پولی و بانکی دانست. چنانچه این ریشه شناســـایی و کنترل گردد بخش عمده‌ای از پرونده‌های مفاســـد پولی و بانکی هیچ‌گاه شـــکل نخواهند گرفت. در واقع شناخت این عامل ریشه‌ای و مبنایی، پیش‌نیاز تحول چرخش‌آفریـــن و هر گونه تغییرات در جهت‌گیـــری کلان نظام قضایی در خصوص کنترل مفاسد پولی و بانکی خواهد بود.

در حال حاضر مفاهیم و مصادیقی از حقوق عامه هم‌چون «بهداشت و سلامت عمومی»، «محیط زیست» و «منابع طبیعی» مورد توجه نظام قضایی و دادستانی هستند، اما مصداق بســـیار مهمی از حقوق عامه یعنی ســـلامت «پول ملی» که ابزار مبادلات همه مردم و ترازو و مقیاس عمومی مبادلات بوده و محل ذخیره ارزش‌های اقتصادی اســـت، مورد توجه نظام قضایی نیســـت. نه‌تنها نظام قضایی بلکه عموم مردم و حتی متخصصیـــن و نخبگان غیراقتصـــادی نیز چندان با مفاهیم مرتبط با خلق پول آشـــنا نیســـتند. این موضوع به‌رغم اهمیتی که دارد و با وجود تعرض گســـترده‌ای که از این مســـیر به حقوق عمومی وارد می‌شود (تعرض و تقلّب در پول)، جوانب مختلف آن چندان در سطح جامعه ترویج نشده است.

ســـند تحول قضایی، چارچوب اصلی تعیین راهبردها و نقشه راه نظام قضایی به شـــمار می‌رود. بر اساس این سندِ بالادستی، لازم است تا نظام قضایی چرخش‌های تحول‌آفرینی در راهبردهای اساســـی خود داشـــته باشـــد. برخی از این چرخش‌های تحول‌آفرین که به شـــکل مستقیم با مســـأله رانتِ خلق پول در ارتباط هستند عبارت است از: عدم اکتفا به انجام حداقلی وظایف و استفاده حداکثری از تمامی ظرفیت‌های نظـــام قضایی؛ مواجهه فعال و ایجابی در حکمرانـــی قضایی و عدم مواجهه منفعل و پســـینی؛ عدم اکتفا به مقابله با مفســـدین و تلاش برای شناســـایی و حذف بسترهای فسادزا.

مواجهه فعال و ایجابی نظام قضایی برای کنترل مفاسد پولی و بانکی باید در سرمنشأ این مفاسد صورت پذیرد، اما در حال حاضر که از طریق «خلق بلا محو پول» نوعی تقلّب سیستماتیک در پول ملی صورت می‌گیرد، نظام قضایی صرفاً به شکل منفعل و پسینی به برخورد با برخی عوارض ناشی از این تقلب سیستماتیک می‌پردازد؛ برخوردهایی که متناسب با «رویکرد دادخواست محور»، صرفاً با برخی مفسدین مقابله کرده و چون از تمامی ظرفیت‌های نظام قضایی برای حذف بسترهای فسادزا استفاده نمی‌نماید قادر به کنترل کامل مفاسد و انجام مأموریت‌های محوّله در این خصوص به نحو احسن نیست. از منظر قانون اساسی و سند تحول قضایی، «احیای حقوق عامه»، «پیشگیری از وقوع جرائم» و هم‌چنین «نظارت بر اجرای صحیح قوانین و حُسن جریان امور»، سه مأموریت مهم از مأموریت‌های هفت‌گانه نظام قضایی هستند. «حق برخورداری از پول سالم و جلوگیری از تقلب و غش سیستماتیک در پول ملی» با هر سه مأموریت فوق و با مأموریت اصلی قوه یعنی برقراری عدالت ارتباط مستقیم دارد. جنس این حق از جنس حقوق عامه بوده و کنترل آن باعث پیشگیری از عمده مفاسد پولی و بانکی خواهد شد.

«پول سالم»[1] با عناوین مختلفی در ادبیات اقتصادی مورد بحث قرار می‌گیرد. «پول با ثبات»[2]، «پول با عزت»[3] (در مقابل «پول پَست»[4]) و «پول مستحکم»[5] برخی تعابیر معادل برای اصطلاح پول سالم در ادبیات اقتصادی هستند.[6] اگرچه معیارها و سنجه‌هایی هم‌چون «ثبات ارزش پول»، «ثبات قیمت‌ها»، «عدم بحران پولی (عدم بحران در پرداخت‌های بانکی)» به عنوان شاخص سلامت پولی در نظر گرفته می‌شوند، اما تعریف دقیق کوتاه و ایجابی از ویژگی‌های پول سالم وجود نداشته و پول سالم بیشتر به صورت سلبی تعریف می‌گردد؛ یعنی مصادیق فساد و تقلب و بیماری در پول مورد بحث قرار گرفته و بر مقررات گذاری در جهت زدودن این مفاسد و تقلّب‌ها برای

1. Sound money
2. Stable money
3. Dear money
4. Cheap money
5. Tight money

۶. بنگرید به: (Cramp ,2018, p 12715-12718)

رسیدن به پول سالم به عنوان یک حق عمومی تأکید می‌گردد.[۱] شناخت مصادیق و ماهیت فساد و تقلب در پول مدرن امروزی برای نظام قضایی بسیار ضروری بوده و بدون وجود شناخت از ماهیت و ریشه مشکل، امکان ایجاد چرخش‌های تحول‌آفرین در جهت انجام کارآمد مأموریت‌ها ممکن نخواهد بود.

۱. ماهیت حقوقی و اخلاقی «رانت خلق پول» و «تورم»

برای فهم ماهیت حقوقی فرایند خلق پول ابتدا لازم است چگونگی کسب قدرت خرید در بازار به شیوه معمول تشریح شده و در ادامه با کسب قدرت خرید از طریق خلق پول مقایسه گردد. نقش و سهم دولت، بانک مرکزی و نظام بانکی سایر مباحث مهم حقوقی مرتبط با بحث هستند.

۱-۱. شیوه معمول کسب قدرت خرید توسط افراد

قدرت خرید از کجا می‌آید؟ پول، ابزار و محلی برای ذخیره ارزش اقتصادی و قدرت خرید است.[۲] بر این اساس افراد یک جامعه برای کسب پول یا همان قدرت خرید چه باید انجام دهند؟ این سؤالی بنیادین برای شروع بحث خلق پول است.

در یک اقتصاد سالم، افراد برای این‌که پول داشته و قادر به خرج کردن باشند باید یا کار انجام داده، تولید داشته و نتیجه تولید را به فروش برسانند یا به شکل مشروع (مثلاً ارث و هدیه) از قبل صاحب اموالی بوده و با فروش آن‌ها پول به دست آورند. ایجاد بدهی و استفاده از قدرت خرید دیگران (با رضایت طلبکار و با تعهد بازپرداخت بدهی در آینده) نیز چنین کارکردی دارد. در دزدی و غارت‌گری، قدرت خرید بدون رضایت از جیب عده‌ای به جیب عده‌ای دیگر منتقل می‌شود. رواج دزدی و غارت‌گری در یک جامعه، انگیزه کار و تولید را از بین برده و در نهایت کاهش ثروت و کاهش رشد اقتصادی کل جامعه را در پی دارد. رشد اقتصادی در جامعه‌ای اتفاق می‌افتد که به دست آوردن «پول» یا به عبارت دیگر به دست آوردن «قدرت خرید» منوط به انجام کار و تولید و مالکیت یک ارزش اقتصادی و فروش این ارزش

---

۱. بنگرید به: (Salerno ,2010)

۲. در ادبیات اقتصادی پول سه ویژگی اساسی دارد: واحد عمومی شمارش و اندازه‌گیری ارزش اقتصادی سایر کالاها؛ ابزار و واسطه مبادلات؛ محل ذخیره ارزش اقتصادی (ذخیره قدرت خرید).

اقتصادی به دیگران باشـــد تا افراد ارزش تولید شـــده و در مالکیت خود را به دیگری داده و به جای آن پول گرفته و با آن پول بتوانند تولیدات دیگران را خریداری نمایند. در این چرخه اقتصـــادی، پول با ایجاد انگیزه برای کار و تولید و با رضایت از جیب عده‌ای خارج شده و به جیب عده‌ای دیگر وارد می‌شود و این چرخه اقتصادی همواره در جریان اســـت. در چنین چرخه پولی، حجـــم پول در طول زمان ثابت خواهد بود. افزایـــش حجم پول و نقدینگی در طول زمان نشـــان می‌دهد که پول جدید به اقتصاد تزریق می‌گردد.

۲-۱. کسب قدرت خرید از طریق جعل و چاپ اسکناس

دزدی و غارت‌گری روش‌های نامشـــروع برای کســـب قدرت خرید هستند. جعل اسکناس نیز روشی نامشروع برای کسب قدرت خرید بدون کار و تولید است. فردی که ایـــران چک یکصد هزار تومانی چاپ می‌کنـــد می‌تواند بدون آن‌که کالا و خدمات و ارزش اقتصادی تولید و عرضه نموده باشد، صاحب قدرت خرید به میزان جعل اسکناس شود. این اسکناس در زمان جعل (خلق شدن اسکناس) به همان میزان بـــه قدرت خرید جاعل (خالق پول جعلی) اضافـــه می‌نماید. البته هر زمان که جعلی بودن اســـکناس کشف شده و اســـکناس جعلی مذکور پانچ شده و از چرخه تبادلات خارج شـــود (محو اســـکناس جعلی) آن قدرت خرید نیـــز از چرخه اقتصادی محو می‌شود. البته نتیجه نهایی این فرایند انتقال قدرت خرید از جیب آخرین فرد به جیب جاعل خواهد بود؛ یعنی در نهایت از ثروت و قدرت خرید آخرین فردی که اسکناس جعلی در دست او بوده کم شده و به ثروت جاعل اسکناس افزوده می‌شود، اما پس از محو اسکناس جعلی، مجموع کل پول در گردش (نقدینگی) جامعه و مجموع قدرت خرید در حال گردش در اقتصاد بدون تغییر باقی می‌ماند.

سؤال تأمل برانگیز مرتبط این است که بزرگ‌ترین و مهم‌ترین خالق اسکناس در اقتصاد کیســـت؟ بزرگ‌ترین خالق اســـکناس دولت و بانک مرکزی هستند.[۱] جعل ایـــران چک یکصد هزار تومانـــی در نهایت چیزی به مجموع قدرت خرید در چرخه تبـــادلات اقتصادی اضافه نمی‌کند؛ زیرا ایران چک جعلی مذکور دســـت به دســـت

۱. بحث خواهد شـــد که سایر بانک‌های تجاری نیز چنین نقشی دارند و می‌توانند چند برابر دولت و بانک مرکزی خلق پول به شـــکل اعداد الکترونیک در حساب‌های بانکی (و نه خلق اسکناس) داشته باشند.

می‌چرخد، اما در نهایت جعلی بودن آن کشف شده و از چرخه محو می‌شود، اما پول چاپ شـــده یا خلق شده توسط بانک مرکزی، اســـکناس و پول قانونی کشور بوده و هیچ‌وقت موهومی بودن آن‌ها کشف نشده و از چرخه مبادلات حذف نمی‌شوند. این یعنی با خلق و چاپ پول توســـط بانک مرکـــزی، آن مجموع قدرت خریدی که قبلاً در چرخه تبادلات اقتصاد وجود داشـــته به شکل پول در جیب افراد باقی می‌ماند، اما قدرت خرید اضافه‌ای که مســـاوی با پول تازه خلق شـــده است به این چرخه اضافه می‌شـــود که با عبارت افزایش نقدینگی توصیف شده و چنانچه تولید کشور افزایش نداشته باشد معمولاً منجر به تورم قیمت‌ها نیز می‌گردد.

۳-۱. دولت و اخذ مالیات تورمی از طریق چاپ پول

اصولاً دولت هم مثل همه مردم و فعالان اقتصادی چنانچه قصد کسب قدرت خرید و کســـب پول داشته باشـــد باید به جامعه و مردم کالا و خدمات بفروشد. اخذ مالیـــات نیز در واقع دریافت هزینه ارائه کالا و خدمات عمومی اســـت که به شـــکل خصوصی قابل فروش نیستند. ویژگی مهم مالیات گرفتن از مردم و یا کالا و خدمات فروختن به مردم این است که قدرت خرید از جیب برخی از افراد جامعه کاسته شده و به جیب دولت اضافه شـــده و در نتیجه مجموع قدرت خرید به شـــکل ذخیره پول (حجـــم نقدینگی) ثابت باقی می‌ماند، اما اگر دولت بدون آن‌که مالیات بگیرد و یا کالا و خدمات به مردم بفروشـــد به بانک مرکزی دستور دهد که اسکناس چاپ کند بدون آن‌کـــه در چرخه اقتصادی ارزش افزوده‌ای وارد شـــود، دولت قدرت خرید و پول به دست می‌آورد و این همان عامل اساسی و ابتدایی پدیده تورم خواهد بود. در ادبیات اقتصادی این عمل دولت نوعی اخذ مالیات محســـوب می‌شود، نوعی گرفتن مالیات پنهان از جامعه و در واقع از ضعیف‌ترین اقشـــار جامعه[1] که با عنوان «مالیات تورمی» شـــناخته می‌شـــود. در این فرایند ارزش افزوده‌ای به اقتصاد اضافه نشده، اما قدرت

---

۱. افـــراد ثروتمند جامعه از چـــند جهت از فرایند خلق پول نفع می‌برنـــد. تورم باعث انتقال ثروت «از جیب طلبکاران به جیب بدهکاران» و «از جیـــب صاحبان ثروت نقدی و حقوق بگیران به جیب صاحبان ثروت کالایی (کالا و ملک)» می‌شود. «ابربدهکاران» جامعه و «صاحـــبان عمده ثروت‌های کالایی و ملکی» عموماً همان قشر ثروتمند هستند! هرچند کسب ثـــروت اغـــنیا از این طریق قابل توجه اســـت، اما مهم‌ترین کانال افزایش ثروت اغنیا از فرایند خلق پول این است که فقرا امکان خلق پول ندارند، اما ثروتمندان از طریق تأســـیس بانک و یا اخذ وام کلان می‌توانند از این رانت اســـتفاده کنند.

خرید اضافه‌ای به میزان پول خلق شـــده ایجاد شده و نتیجه آن تورم خواهد بود. البته این قدرت خرید اضافه به دلایل مختلف ممکن است خود را به شکل تورم قیمت‌ها نشان ندهد، اما عدم بروز تورم به معنای صحت حقوقی فرایند خلق پول نخواهد بود. اقتضای رشـــد اقتصادی، کاهش ســـطح عمومی قیمت‌ها بوده و اثر تورمی خلق پول ممکن اســـت با اثر ضد تورمی رشد اقتصادی خنثی گردد. حتی ممکن است در کوتاه مدت پول خلق شـــده منجر به تقاضای مؤثر کالا و خدمات نگردد و به شکل سپرده بلند مدت رســـوب کرده و موقتاً از چرخه تبادلات خارج گردد. در تمام این حالات، ممکن اســـت خلق پول جدید در کوتاه مدت منجر به تورم نشود، اما در هر صورت باعث افزایش ثروت خالق پول شـــده و معمـــولاً در بلند مدت نیز اثر تورمی خود را خواهد گذاشـــت. مسأله اساســـی در این فرایند همان افزایش قدرت خرید و افزایش ثروت خالق پول اســـت که ماهیتی حقوقی و اخلاقی داشـــته و البته این جنبه حقوقی افزایش حجم پول و نقدینگی کاملاً مغفول واقع می‌شود.

٤-١. خلق پول مدرن امروزی در بانک‌های تجاری

ممکن است تصور شود که فقط بانک مرکزی و دولت، منتشرکنندگان (خالقان) انحصاری پول بوده و می‌توانند قدرت خرید بدون خلق ارزش به دســـت بیاورند، در حالـــی که امروزه ســـایر بانک‌ها غیر از بانک مرکزی نیز قادر به خلق پول به شـــکل اعداد الکترونیک در حساب‌های بانکی هستند. امروزه سهم اسکناس بانک مرکزی از پول بســـیار ناچیز و کمتر از دو درصد مجموع پول کشور بوده و تقریباً تمام پول در جریان در کشـــور از جنس اعداد الکترونیکی است[1] که توسط بانک‌ها خلق می‌شود.[2] ایـــن اعداد الکترونیک ماهیتی کاملاً حقوقی از جنس رســـید الکترونیک بدهی دارند. در ادامه تشـــریح خواهد شد که چگونه ماهیت پول امروزی از جنس سند الکترونیک بدهی بوده و این اعداد الکترونیک در حساب‌های بانکی چیزی جز بدهی شبکه بانکی به مردم نیست و مردم نیز این بدهی بانک‌ها را به عنوان پول قبول کرده و با آن مبادله

---

۱. بر اساس آمار منتشره بانک مرکزی: نماگرهای اقتصادی شماره ١١٤، سه ماهه سوم سال ١٤٠٢.

۲. بر اســـاس بند الف ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشـــور (۱۳۵۱) که با قانون بانک مرکزی (١٤٠٢) نسخ شده، پول رایج کشور به صورت اسکناس و سکه‌های فلزی قابل انتشار بوده و این نشان دهندهٔ عدم تطابق جدی قوانین کشـــور با تحولات مدرن پولی بوده است. در قوانین جدید نیز تصریحی در خصوص پول الکترونیک خلق شده توسط بانک‌های تجاری وجود ندارد.

می‌کنند. بر این اســـاس تقریباً تمام پول در گردش در کشور توسط شبکه بانکی و از هیچ خلق می‌شود و این واقعیت دلالت‌های مهمی از منظر مبارزه با فساد و صیانت از حقوق عامه خواهد داشت. صدور بی‌رویه سند بدهی توسط یک عامل اقتصادی مورد اعتماد مردم (تضمین‌شـــده توسط بانک مرکزی) بدون بازپرداخت متناسب این اسناد بدهی، یک تقلّب پنهان و تعرّض بزرگ مقیاس به حقوق عامه خواهد بود.

۵-۱. ماهیت حقوقی خلق پول و لزوم صیانت از حقوق عامه

هنگامـــی که پول رایج یک کشـــور از جنس طلا و نقره باشـــد این نوع پول ذاتاً ماهیتی حقوقی نداشـــته و موجودیتی فیزیکی دارد. تقلّب در این نوع پول باعث می‌شـــود تا این نوع پول نیز جنبه‌های حقوقی و اخلاقی تبعی داشـــته باشد، اما پول مـــدرن امروزی اصولاً هیچ ماهیت فیزیکی نـــدارد، بلکه ذاتاً از جنس «بدهی» بوده و بـــه همین دلیل ماهیت حقوقی آن امری تبعی نیســـت، بلکه ذاتـــاً یک پدیده حقوقی می‌باشـــد؛ زیرا پدیده طلب و بدهـــی ذاتاً اموری حقوقی هســـتند. البته امکان تقلب گســـترده در انتشار این نوع پول به شدت بر جنبه‌های حقوقی و اخلاقی این نوع پول می‌افزاید. صحت شـــرعی خلق پول توسط بانک‌ها محل مناقشات فقهی است،[1] اما در این مقاله ورود تفضیلی به جنبه فقهی موضوع نداشـــته و خلق پول را امری حاکمیتی و مســـتحدثه در نظر می‌گیریم که در صورت وجود توازن بین «رانت اعطا شـــده» و «مســـؤولیت اجتماعی و توسعه‌ای» بانک قابل تجویز شرعی خواهد بود. اصولاً کسب قدرت خرید از طریق ایجاد بدهی امر نامشـــروعی نیســـت البته مشروط بر این‌که در نهایت بدهی ایجاد شده به شکل واقعی بازپرداخت گردد. فارغ از مباحث فقهی، جنبه مهم حقوقی و عملیاتی این فرایند برای نظام قضایی این است که در فرایند خلق پول جامعه با ایجاد مداوم انبوهی از بدهی و پرداخت بخشـــی از آن و عدم پرداخت همه آن مواجه اســـت. وام‌های کلان معوق شده از این جنس هستند. بزرگ شدن ترازنامه بانک‌ها و افزایش بدهکاری بانک‌ها به بانک مرکزی نیز از این جنس اســـت. شـــبکه بانکی از طریق خلق چنین بدهی‌هایی که پرداخت نمی‌شوند خلق پول انجام می‌دهد. فهم این ماهیت و فرایندهای مربوطه، کلید مقابله با مفاسد بانکی چه از نوع آشکار و

۱. برای نمونه، بنگرید به: فراهانی فرد و خوش‌اخلاق (۱۴۰۲)، عربی و همکاران (۱۴۰۱)، محققیان و توکلی (۱۴۰۱) و خوش‌نقش (۱۴۰۰). بسیاری از این نوع پژوهش‌ها خلق پول را صراحتاً یا به شکل ضمنی مصداق اکل مال به باطل، ظلم و بی‌عدالتی و ضرر دانسته‌اند.

چه از نوع پنهان آن است.

در ابتدای مقاله اشـــاره شـــد که پول امروزی چیزی جز ســـند بدهی نیست. «اسکناس» و «ایران چک» منتشر شده توسط بانک مرکزی از جنس سند و رسید بدهی بانک مرکزی هســـتند. تا چند سال گذشته بانک‌های تجاری نیز برای خودشان تراول چک چاپ می‌کردند[1] که آن هم از جنس ســـند بدهی بوده و صاحب آن می‌توانست از هر شـــعبه آن بانک، طلب خود از بانک منتشـــرکننده را وصول کرده و اســـکناس بانک مرکزی تحویل بگیرد. در این حالت فرد سند بدهی بانک تجاری (تراول چک) را داده و در قبال آن ســـند بدهـــی بانک مرکزی (اسکناس) می‌گرفت. به‌طور مشابه عدد الکترونیکی که بانک مرکزی با آن حســـاب بانکی دولت و سایر بانک‌ها را شارژ می‌کند نیز از جنس همین سند بدهی است. عدد الکترونیکی که بانک‌ها با آن حساب مردم را شارژ می‌کنند نیز از جنـــس همین سند بدهی است. وقتی در حساب فردی عـــدد (الکترونیکی) یک میلیون ریال وجود دارد یعنی وی از بانک مذکور یک میلیون ریال طلبکار بوده و وقتی با کشـــیدن کارت یا صدور چـــک خرید انجام می‌دهد در واقع طلب خود را به فروشـــنده کالا واگذار کرده و فروشنده از بانک طلب‌کار شده و رسید این طلب نیز همان موجودی اعداد انتقال یافته به حسـابش خواهد بود. ممکن است تصور شود که این سندهای کاغـذی و الکترونیک در جایی دارای یک پشتوانه کالایی مثل طلا هستند که متناسب با آن موجودی واقـــعی، این سندهای بدهی صادر می‌شوند، اما این تصور اشتباه است. در حال حاضر پـشتوانه به شکل طلا یا به شکل هر کالای اقتصادی دیگر کاملاً منتفی اســـت،[2] حتـــی این تصور که اعداد الکترونیکی شارژ شده در حساب‌های بانکی مردم که اگرچه الکترونیکـی هستند، اما پشتوانه‌ای از جنس اسکناس کاغذی بانک مرکزی دارند نیز اشتباه اســـت. امروزه اسکناس چیزی در حد دو درصد از کل پول در دســـت مردم و بانک‌ها را تشکـــیل می‌دهد و نود و

---

۱. سیاســـت حذف این تراول چک‌ها و انحصار چاپ ایران چک در دســـت بانک مرکزی، سیاست صحیح و ضروری در جهت تسلط بیشتر بانک مرکزی بر نظام پولی بود که چند سال قبل به درستی تشخیص داده شده و اجرا گردید.

۲. این واقعیت را با مفاد ماده یک (نســـخ شـــده) قانون پولی و بانکی کشور مقایسه کنید: ب – یک ریال برابر یک‌صد و هشـــت هزار و پنجاه و پنج ده میلیونیم ۰,۰۱۰۸۰۵۵ گرم طلای خالص اســـت. ج – تغییر برابری ریال نســـبت به طلا به پیشـــنهاد بانک مرکزی ایران و موافقت وزیر دارایی و تأیید هیأت وزیران و تصویب کمیسیون‌های دارایی مجلسین میسر خواهد بود.

هشت درصد پول صرفاً عدد الکترونیکی است که هیچ پشـــتوانه‌ای نه از جنس طلا و نه حتی از جنس کاغذ بانک مرکزی ندارد. این یک وضعیت اقتصـــادی و حقوقی خاص است که ایجاد آن به یک‌باره ممکن نبوده؛ چراکه مـــردم به چنین رسیـدها و چنین پول بدون پشتوانه‌ای به هیچ‌وجه اعتماد نخواهند کرد، اما امروزه به مرور زمان مردم این وضعیت را قبول کرده و ریال با این شرایط را به عنوان واسطه مبادله و پول می‌پذیرند.

در گذشـــته‌های دور نیز همواره بخشـــی از پول ماهیتی از جنس بدهی داشته اســـت. قصّاب می‌توانسته طلب خود از همسایه‌ها را به بقال منتقل کند و از وی کالا بخرد. برای تجّار نیز این امکان وجود داشـــت تا بر اساس طلب خود از یک تاجر یا فرد سرشـــناس و با رســـیدی که از وی داشتند در شهری دیگر خرید انجام داده و آن رســـید به جای پول در بین تجّار پذیرفته می‌شد. مسأله اساسی در همه این مثال‌های تاریخی، «واقعی بودن» این سندهای بدهی است. از نظر فقهی نیز خرید و فروش دین واقعی بلااشـــکال اســـت، اما وضعیت فعلی نظام پولی و بانکی کشور مشابه وضعیتی اســـت که در آن یک تاجر یا فرد سرشناس که رسیدش به عنوان پول قابل قبول است از اعتماد عمومی سوءاســـتفاده کرده و برای خودش و اطرافیانش به شکل بی‌ضابطه رسیدهای «صوری» صادر می‌کند. می‌توان توضیح داد که اگر چند تاجر (در واقع چند بانک) به شـــکل هماهنگ و متناسب با هم این کار را انجام دهند، تقلّب آن‌ها هیچ‌گاه کشـــف نخواهد شد و همواره هر رسیدی با یک رسید جدید در این شبکه پاسخ داده خواهد شد.[۱]

اگر فردی در خانه پول چاپ کند قانون و دســـتگاه قضا عمل وی را مصداق «اَکل مال به باطل» و «تحصیل مال نامشـــروع» دانسته و با وی برخورد خواهد نمود، اما اگر همین عمل را نظام بانکی در مقیاسی وسیع‌تر انجام دهد قانون و قضا متعرض وی نخواهند شـــد. این یعنی با اکل باطل و دزدی در مقیاس کوچک (عمل واضح و قابل مشاهده) برخورد خواهد شد، اما همین عمل اگر در مقیاس وسیع انجام شده و به شکل مشترک و آمیخته با عمل صحیح شبکه بانکی باشد دیگر قانون و دستگاه قضا با آن کاری ندارد. تشبیه «پول امروزی» به «چک» یک تصویر اولیه بسیار ساده‌ای از این

۱. برای جزئیات تفضیلی، بنگرید به: اقدس‌طینت (۱۴۰۱: ۱۷-۳۲)

موضوع پیچیده به ما می‌دهد. چک هم از جنس سند بدهی است. افراد حق دارند چک بکشـــند، اما منطقاً نباید مجموع مبالغ کل چک‌های صادره یک فرد که در دست مردم قرار دارد به شـــکل غیرمنطقی و غیرمتناسب با گسترش وضعیت تجاری و اقتصادی وی افزایش مداوم داشته باشد؛ یعنی اگر فردی تغییر چندانی در کسب و کار و گردش کار خود ایجاد نکرده باشد، اما مجموع چک‌های وی در دست مردم چند برابر گردد می‌توان از بررسی کلیت ماجرا اســـتنباط نمود که وی احتمالاً مشغول سوءاستفاده از اعتماد مردم بوده و با ایجاد بدهی در حال افزایش ثروت خود می‌باشـــد. رصد این‌که کدام یک از چک‌های وی صوری بوده بســـیار مشکل خواهد بود، اما در مجموع و از کلیت ماجرا به یقین می‌دانیم که بخشـــی از چک‌های وی صوری اســـت. استخری را در نظر بگیرید که در هر لحظه ورودی و خروجی دارد و این ورود و خروج دائم در حال کم و زیاد شـــدن است، زمانی خروجی بیشتر است و زمانی ورودی بیشتر است و این طبیعت اســـتخر است (طبیعت کســـب و کار نیز کم و زیاد شدن بدهی است)، اما اگر آب این اســـتخر که منطقاً باید متعادل باشد همواره در حال کم شدن باشد این نشانه یقینی برای ناظر خواهد بود که خروج بر ورود پیشی گرفته و این می‌تواند ناشی از دست‌کاری عامدانه باشد. به‌طور مشابه در مواجهه با نظام پولی و بانکی، دادستانی کل به‌عنوان مســـؤول صیانت از حقوق عامـــه و هم‌چنین یکی از اعضای هیأت عالی بانک مرکزی (جایگزین شورای پول اعتبار)،[1] نمی‌تواند روی تک‌تک جزئیات فرایند خلق پول دست گذاشـــته و صحت آن را بررسی کند؛ زیرا طبیعت نظام بانکی ایجاد بدهی و محو بدهی یا بر اســـاس تمثیل ذکر شـــده قبلی، طبیعت عملیاتی بانک‌داری شبیه چک کشیدن و پاس کردن چک است. بانک به شکل قانونی چنین حقی را دارد همان‌گونه که همه چنین حقی را دارند، با این تفاوت که بدهی ایجاد شده توسط بانک تجاری از طرف بانک مرکزی تضمین شـــده است. اعطای چنین حقّی به بانک توجیه اقتصادی دارد. خلق پول، ایجاد بدهی، اعطای اعتبار، همه هم‌ارز یکدیگر هستند؛ زیرا پول مدرن امروزی چیزی جز بدهی و اعتبار نیســـت. اعطای اعتبار (خلق پول) برای فعـــالان اقتصادی نیازمند اعتبار (نیازمند پول) که در آینده قادر به تســـویه بدهی خود هســـتند، جریان تولید اقتصادی و مبادلات را تسهیل می‌نماید، اما این فرایند به شدت

۱. برای بحث بیشتر در خصوص وظایف دادستان، بنگرید به: نکونام گلپایگانی (۱۳۹۶).

مستعد سوءاستفاده و انحراف است. ضوابط بانک‌داری مرکزی و استانداردهای جهانی بانک‌داری همه با این هدف طراحی شده‌اند تا این ابزار خطرناک کنترل شده و منافع آن برای جامعه حداکثر گردد. حوزه پولی و بانکی به شدت مستعد وقوع تعرّض به حقوق عامه است، اما ورود مستقیم دادگاه‌ها و دادستانی به جزئیات خلق پول و عملیات بانک‌داری نه ممکن و نه مؤثر است، اما اگر دادستانی کلّیت فرایند در حال وقوع را فهم نماید آن‌گاه می‌تواند از طریق فشار بر بانک مرکزی[1] و نه از طریق فشار بر تک‌تک بانک‌ها، در این موضوع ورود مؤثر داشته باشد. کلیت فرایند مذکور بسیار ساده است، اما از شدت سادگی و به دلیل بزرگی پدیده و هم‌چنین به دلیل تدریجی بودن ماجرا همگان و از جمله دستگاه قضا به آن عادت کرده و انبوه درختان به ما اجازه دیدن جنگل را نمی‌دهند در حالی که کاملاً در میان جنگل ایستاده‌ایم.

۲. کنترل مفاسد پولی و بانکی در سرمنشأ

تجاوز به حقوق عامه در فرایند خلق پول در شبکه بانکی بسیار جدی بوده و سوءاستفاده از رانتِ خلق پول در شبکه بانکی به شدت بر معیشت و رفاه مردم عادی اثرگذار است. با این حال نظام قضایی در این خصوص صرفاً به شکل موردی و بسیار محدود ورود داشته است. همواره برخی پرونده‌های فساد بانکی در نظام قضایی مطرح و در حال رسیدگی هستند، جلسات متعدد و طولانی دادگاه با حاشیه فراوان برگزار شده و در نهایت احکامی صادر شده و ممکن است با افرادی که معمولاً به عنوان سلاطین در رسانه‌ها مطرح هستند برخورد صورت گرفته و حتی این افراد اعدام شوند، ولی سؤال اساسی این است که آیا با این برخوردهای موردی و با اعدام این سلاطین، مفاسد اقتصادی و مفاسد پولی و بانکی کشور رفع می‌شوند؟ آیا با وجود بستر فساد این مفاسد مجدداً تکرار نمی‌شوند؟ لذا لازم است تا به جای مقابله با مفسدان و به جای مقابله با علامت بیماری، به درمان ریشه‌ای بیماری بپردازیم.[2]

---

۱. بانک مرکزی هم «ناظر» و هم اساساً «ایجادکنندهٔ بستر فنی» این فرایند است و لذا به دلایل فنی و زیرساختی به‌راحتی توان کنترل این فرایند را خواهد داشت. همه راه‌حل‌ها در هنگام اجرا به بانک مرکزی برمی‌گردند و این نشان‌دهنده اهمیت قواعد بانکداری مرکزی است. در نهایت آنچه نظام قضایی به دنبال آن است (عدالت و صحت روابط مالی مردم) از طریق بانک مرکزی و فرایندهای پیشینی مبارزه با فساد قابل حصول است و نه صرفاً از طریق برگزاری دادگاه‌های پسینی مبارزه با مفاسد پولی و بانکی.

۲. یکی از چرخش‌های تحول‌آفرین مدنظر سند تحول قوه قضائیه «تلاش برای شناخت و حذف

۱-۲. رانت خلق پول، ریشه و هسته مرکزی مفاسد پولی و بانکی

در قسمت قبل بحث شد که خلق پول در نظام بانکی کشور از جنس ایجاد و انباشت مداوم «بدهی‌های پرداخت نشده» است؛ به عبارت دیگر قدرت خریدِ به دست آمده از رانتِ خلق پول از جنس «خرید کالا و خدمات و دارایی از طریق ایجاد بدهکاری» است که بخش قابل توجهی از آن بدهی هیچ‌گاه بازپرداخت نشده و در نهایت با توجه به این‌که این اعداد بدهی (رسید طلب از بانک) در اقتصاد نقش پول و واسطه مبادلات را پیدا کرده‌اند، افزایش بدهی شبکه بانکی خود را به شکل افزایش نقدینگی در اقتصاد نشان می‌دهد. بانک با ایجاد بدهی (خلق اعداد در حساب‌ها) قادر به خرید ملک، دلار، طلا و سایر دارایی‌ها بوده و چون همه بانک‌ها با یکدیگر این عمل را انجام می‌دهند در اتاق پایاپای و برای تسویه پرداخت‌ها دچار کسری پرداخت بدهی بین خودشان نمی‌شوند و صرفاً کسر کوچکی از خلق پول به شکل اضافه برداشت درآمده و با نرخ جریمه پایین، بانک‌های خالق پول به بانک مرکزی بدهکار می‌شوند. بانک‌ها از طریق این اضافه برداشت می‌توانند هزاران میلیارد تومان پول خلق کرده و بخشی از آن را به عاملان اقتصادی و مردم عادی متقاضی وام اختصاص دهند، اما بخش عمده آن را به شرکت‌های زیرمجموعه خودشان اختصاص داده و یا برای خرید دارایی‌های تورمی مثل دلار، طلا، املاک و یا سهام استفاده نمایند. هر یک میلیارد تومان افزایش نقدینگی در اقتصاد به این معنی است یک میلیارد تومان بدهی بازپرداخت نشده نظام بانکی به اقتصاد افزایش یافته است. هیچ فعالیتی سودآورتر از ایجاد بدهی که هیچ‌گاه مطالبه نخواهد شد نیست. بر این اساس رانتِ امکان ایجاد بدهی (رانتِ خلق پول بانکی) یکی از بزرگ‌ترین رانت‌های قابل دستیابی در یک اقتصادِ بدون نظارت بوده و وسوسه دسترسی به منافع مرتبط با این رانت ریشه مفاسد پولی و بانکی خواهد بود. دسترسی به این رانت به سه روش ممکن خواهد بود:

۱. «تأسیس بانک» و اعطای وام کلان و خلق پول برای خود و افراد مرتبط؛[1]

بسترهای فسادزا به جای مقابله صرف با مفسدین» است.

۱. پرونده عملکرد بانک آینده مصداقی از این نوع رانت‌جویی است.

۲. «در دست گرفتن مدیریت یک بانکِ از قبل موجود» و اعطای وام کلان و خلق پول برای خود و افراد مرتبط؛[۱]

۳. «رشوه به مدیران بانکی» برای اخذ وام کلان.

هر نوع پرداخت بانک اعم از اعطای وام به دیگران یا به زیرمجموعه خود بانک، خرید املاک و دارایی، خرید کالا و خدمات و پرداخت حقوق و پاداش به مدیران بانک‌ها نوعی خلق پول است.[۲] اعطای وام[۳] و بازپرداخت آن و به عبارت دیگر خلق پول و محو آن طبیعت بانک‌داری بوده و نظارت بر خلق و محو این نوع بدهی‌ها بر عهده بانک مرکزی است، اما افزایش مداوم بدهی شبکه بانکی نشانه عدم نظارت مؤثر و معیوب بودن فرایندهای مرتبط است. هیچ‌یک از مردم عادی نمی‌توانند بازپرداخت این نوع بدهی‌ها را پیگیری کنند و لازم است مدعی‌العموم خواستار بازپرداخت متناسب و منظم این بدهی‌ها باشد. ایجاد چنین بدهی‌هایی به ویژه اگر کلان[۴] باشند سودآوری بسیار هنگفتی به دنبال دارد و به همین دلیل بر خلاف ظاهر ماجرا که بانک‌ها خود را زیان‌ده نشان می‌دهند با تقاضای مداوم برای تأسیس بانک جدید مواجه هستیم. باید توجه نمود که وجود زیان انباشته در ترازنامه‌های بانکی چیز عجیب و غیرطبیعی نیست؛ زیرا ذات فرایند خلق پول توسط بانک، ایجاد حداکثری بدهی می‌باشد و در واقع زیان انباشته بیشتر در ترازنامه بانک می‌تواند نشانه سودآوری پنهان و بهره‌برداری حداکثری از رانت مذکور نیز باشد. با نگاهی به ماهیت فرایند خلق پول (ایجاد بدهکاری بدون بازپرداخت آن) می‌توان ادعا نمود که رانت خلق پول در کنار عدم فهم و عدم کنترل آن، ریشه مفاسد پولی و بانکی در نظام اقتصادی ایران است. بانک از چنین قدرتی برای خلق رسید بدهی به شکل اعداد الکترونیک بدون بازپرداخت متناسب این رسیدها برخوردار بوده و رانت‌جویان و مفسدان اقتصادی برای کسب ثروت بیشتر همواره متقاضی تأسیس یک بانک جدید و یا به دنبال به

---

۱. پرونده‌های قضایی تشکیل‌شده پیرامون بانک سرمایه مصداقی از این نوع رانت‌جویی است.

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص که خلق پول مدرن امروزی چگونه صورت می‌پذیرد، بنگرید به: McLeay, Radia & Thomas(2014)؛ اقدس‌طینت (۱۴۰۱).

۳. اعطای وام مهم‌ترین روش خلق پول است. با بازپرداخت، پول خلق‌شده محو می‌گردد. افزایش نقدینگی یعنی فزونی پرداخت وام بر بازپرداخت که بیانی دیگر از ایجاد بدهکاری پرداخت‌نشده تشریح شده در قسمت قبل می‌باشد.

۴. دقت شود که موضوع اصلی پرونده‌های مفاسد بانکی همین بدهکاری‌های کلان است.

دســـت گرفتن کنترل یک بانک از قبل موجود خواهند بود. اصولاً پرداخت رشوه‌های خرد و کلان به مدیران بانکی نیز برای به جیب زدن بخش هر چه بزرگ‌تری از همین رانت است. جالب اینجاســـت که اصولاً تأسیس یک بانک و سوءاستفاده از آن برای کسب ثروت از طریق خلق ریال جدید هیچ‌گاه مورد توجه و تعقیب دستگاه قضا واقع نخواهد شـــد؛ چراکه نه رشوه‌ای و نه شکایتی در کار نیست و لذا مُفسد اقتصادی اگر بانک تأســـیس کند از تعقیب دور خواهد بود، اما اگر رشـــوه دهد تا کنترل بانک را به دست گیرد ممکن است مورد تعقیب واقع شود!

۲-۲. لزوم کنترل فساد ناشی از خلق پول در سرمنشأ و نه در دادگاه

مقابله با مفاســـد پولی و بانکی باید از سرمنشـــأ و مبتنی بر صیانت از مخزن طلایی رانتِ خلق پول (امکان صدور رســـید بدهی بدون بازپرداخت) باشد. تا زمانی که دسترســـی به این مخزن برای مفســـدان ممکن باشد، کنترل مفاسد در انتهای مسیر و در دادگاه، غیرمؤثر و غیربازدارنده خواهد بود. کنترل دسترســـی به این مخزن رانتی باید بر اساس ضوابط توسعه‌ای و مبتنی بر توازن حق و تکلیف باشد یعنی اعطای این حق و رانت به بانک باید همراه با ایجاد تکلیف توســـعه‌ای برای بانک باشـــد. بر این اساس و با کنترل فرایند خلق پول و اجرای ضوابط متروک در این خصوص با صَرف توان بســـیار کمتر و با دردسر و حاشیه بســـیار کمتر برای نظام قضایی، عمده مفاسد پولی و بانکی مبتنی بر رانت خلق پول در سرمنشـــأ کنترل شده و دخالت محکمه‌ای نظام قضایی بلاوجه خواهد شـــد. اثرگذاری نظـــام قضایی بر این فرایند، اگرچه فعال و پیشـــینی است، اما غیرمســـتقیم و از طریق بانک مرکزی خواهد بود.[۱] کنترل پیشینی فراینـــد خلق پول در مبدأ آن و از طریق فشـــار برای عدم تـــرک فعل نظارتی بانک مرکزی، بســـیار راحت‌تر و مؤثرتر از برخورد با مفاسد پولی و بانکی در دادگاه است، اما شـــرط اولیه امکان چنین اثرگذاری، فهم خود فرایند خلق پول توسط نظام قضایی می‌باشـــد. در واقع «ناظر غیرمستقیم» این فرایند که مسؤول مستقیم صیانت از حقوق عامه اســـت، چنانچه فرایند خلق پول را نشناســـد نخواهد توانست نظارت مؤثر را بر «ناظر اصلی و مســـتقیم نظام بانکی» انجام دهد. عـــدم کارایی نظارت قضایی بر نظام بانکی کشور از همین منظر قابل توضیح است.

---

۱. بنگرید به: اقدس طینت (۱۴۰۲).

برآمد

۱- در این نوشتار تلاش شد تا به شکل خلاصه کلیتی از آنچه در نظام بانکی کشـــور در حال وقوع اســـت و ارتباط آن با وظایف مهم نظام قضایی یعنی «برقراری عدالت»، «مبارزه با فســـاد» و «صیانت از حقوق عامه» تشـــریح گردد. مهم‌ترین محور مباحث مطرح‌شـــده، ناشـــناخته بودن موضوع خلق پول در سطح عمومی کشور و در بدنه نظام قضایی اســـت. بحث گردید که بدون حصول شناخت از کلیت فرایند خلق پول، نظام قضایی و دادســـتانی قادر به ایفای وظایف خود در این خصوص نخواهند بود.

۲- افزایش نقدینگی (خلق پول) با اعطای وام بانکی و هرگونه پرداخت توسط خود بانک‌ها صـــورت می‌پذیرد. بانک می‌تواند با اعطای وام به دیگران یا اعطای وام به خودش (اعطای وام به افراد مرتبط و شـــرکت‌های زیرمجموعه) نقدینگی و قدرت خرید خود را در اقتصاد افزایش دهد.

۳- امروزه بانک‌ها با امکان خلق ارزان قیمت پول و بدون کار و تولید قادرند به ویژه برای خود و اطرافیان، قدرت خرید ایجاد نموده و ثروت‌اندوزی کلان داشـــته باشـــند. این ثروت‌اندوزی به قیمت فقیر شـــدن اقشار ضعیف جامعه حاصل می‌شود. در این ثروت‌اندوزی غارت‌گونه، به شـــکل پنهان، سلامت و درستی پول ملی (ریال) مورد تعرض قرار گرفته و با کاهش ارزش پول ملی ثروت اقشـــاری خاص از جامعه افزایـــش می‌یابد. خلق پول (ایجاد بدهی بانکی بدون بازپرداخت) بزرگ‌ترین رانت و فساد در اقتصاد کشور بوده، اما ناشناخته و مغفول باقی مانده است.

٤- پول ابـــزار عمومی مبادله همه مردم و محل ذخیـــره ارزش‌های اقتصادی بـــوده و تجاوز و تقلب در پول حتی بدون در نظـــر گرفتن تبعات منفی اقتصادی آن (هم‌چون تورم)، نوعی تجاوز به حقوق همه مردم محسوب می‌شود. در شرایط فعلی اقتصاد ایـــران که پول ملی از طریق فرایندهای معیوب در نظام بانکی مورد تعرض و تقلب گســـترده قرار می‌گیرد، سلامت فرایند خلق پول (حق پول سالم) مصداقی مهم از حقوق عامه بوده و باید جزو وظایف اصلی نظام قضایی محســـوب شـــده و مورد توجه دادستان‌ها باشد.

۵- شناخت کلیت فرایندهای پولی و بانکی و فهم ماهیت و جنس پول امروزی

(بدهی به عنوان پول) و ارتباط آن با وظایف و مأموریت‌های نظام قضایی شرط اصلی صیانت از حقوق عامه در حوزه پولی و بانکی و حرکت از انفعال به سمت نظارت فعال توسط نظام قضایی خواهد بود. برخورد با سلاطین فساد و مجازات آن‌ها مشکل مفاسد پولی و بانکی را حل نمی‌کند؛ چرا که سرمنشأ این مفاسد یعنی رانتِ دسترسی به پول ارزان قیمت، افراد جدیدی را جایگزین مفسدان قبلی خواهد کرد. امکان خلق پول هم‌چون یک مخزن طلا افراد را وسوسه نموده و کارآفرینان و سربازان نظام اقتصادی کشور را به فساد می‌کشاند. تا این مخزن رانتی بدون کنترل مؤثر در اختیار شبکه بانکی باشد این مفاسد غیرقابل حذف خواهند بود.

٦- لازم است تا مفاسد پولی در سرمنشأ آن‌ها یعنی از خزانه بانک مرکزی کنترل شوند و نه در انتهای مسیر و یا در محکمه مورد رسیدگی پسینی واقع شوند. صیانت اصلی باید صیانت از خزانه بانک مرکزی و کنترل فرایند خلق پول باشد. البته مسؤولیت اصلی و مستقیم کنترل خلق پول با بانک مرکزی و دولت و مجلس بوده و بانک مرکزی نیز ابزارهای کافی برای این هدف را در اختیار دارد. ورود مستقیم اجرایی برای کنترل خلق پول در شأن و توان نظام قضایی نیست، اما چنانچه نظام قضایی فرایند مذکور را فهم نماید با فشار بر بانک مرکزی و به شکل غیرمستقیم قادر خواهد بود تا به شکل پیشینی بر کنترل مفاسد پولی و بانکی اثرگذار بوده و وظیفه صیانت از سلامت پول ملی و حقوق عمومی مرتبط با پول را ایفا نماید.

فهرست منابع

الف.فارسی

* اقدس‌طینت، جواد (۱٤۰۱)، **بانک‌داری مرکزی از منظر وظایف و مأموریت‌های قوه قضاییه**، گزارش پژوهشی پژوهشگاه قوه قضاییه.

* اقدس‌طینت، جواد (۱٤۰۲)، «**قوه قضائیه و لزوم اتخاذ سیاست فعال در خصوص خلق پول (حذف بستر مفاسد پولی و بانکی)**»، در: مجموعه مباحث همایش فساد اقتصادی و اداری، از پیشگیری تا مقابله، تهران: مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی.

* بانک مرکزی (۱٤۰۲)، **نماگرهای اقتصادی**، شماره ۱۱٤، سه ماهه سوم، سال ۱٤۰۲.

* پیغامی، عادل (۱۳۹٤)، **درآمدی بر مبادی نظریه درون‌زایی پول و دلالت‌های سیاستی آن برای اقتصاد ایران**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

* حسینی دولت‌آبادی، سید مهدی (۱۳۹۷)، «**ترتیبات خلق پول عادلانه**»، فصل‌نامه تحقیقات بنیادین علوم انسانی، دوره٤(۲)، شماره ۱۱.

* خسروی، میثم (۱٤۰۰)، **اظهارنظر کارشناسی درباره طرح بانک‌داری جمهوری اسلامی ایران، قسمت بانک‌داری مرکزی**، معاونت مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

* خوش‌نقش، هادی (۱٤۰۰)، «**خلق پول از دیدگاه امامیه و با نگاهی به قوانین موضوعه**»، فصل‌نامه جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۷ (۱)، شماره ۲۲.

* روحانی، سید علی (۱۳۹۷)، «**ماهیت بانک و فرایند خلق پول بانکی؛ نقد دیدگاه‌های رایج و دلالت‌ها**»، دو فصل‌نامه علمی پژوهشی جستارهای اقتصاد ایران، دوره۱۵، شماره ۲۹.

* فراهانی فرد، سعید و خوش‌اخلاق، مهدی (۱٤۰۲)، «**بررسی فقهی خلق پول درونی با تأکید بر قاعده لاضرر**»، پژوهش‌نامه فقه اجتماعی، دوره۱۲(۱)، شماره ۲۳.

* عربی، سید هادی و فراهانی فرد، سعید و خوش‌اخلاق، مهدی (۱٤۰۱)، «**بررسی**

فقهـــی خلق پول درونی با تأکید بر قاعده اکل مـــال به باطل»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی اقتصاد اسلامی، دوره۲۲، شماره ۸۸ .

* عیسوی، محمود (۱٤۰۲)، «**بررسی فقهی و اقتصادی خلق پول»**، فصل‌نامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، دوره۲۳، شماره ۹۰.

* کاظمی نجف‌آبادی، مصطفی و حاجی‌پور، یاسر (۱٤۰۱)، «**تحلیل فقهی خلق پول بانک خصوصی از منظر عدالت و ظلم»**، دو فصل‌نامه جســـتارهای اقتصادی ایران با رویکرد اقتصاد اسلامی، دوره۱۹، شماره ۳۸.

* محققیـــان، مهدی و توکلی، احمدرضا (۱٤۰۱)، «**تأملی در حکم فقهی خلق پول»**، آموزه‌های فقه مدنی، دوره۱٤، شماره ۲٦.

* مؤمنی، فرشـــاد و شاکری، عباس و مقیسه، محســـن (۱۳۹۹)، «**نقد نظریه ضریب فزاینـــده پایه پولی و برخی دلالت‌های اقتصـــاد کلان نظریه خلق اعتبار بانکی»**، فصل‌نامه اقتصاد و الگوسازی، دوره۱۱، شماره ٤۲.

* نکونام گلپایگانی، محمدابراهیم (۱۳۹٦)، **جایگاه و برخی از تکالیف و اختیارات دادستان کل کشور**، تهران: صبا.

* هولســـمن، یورگ گوئیدو (۱۳۷۵)، **اخلاق تولید پول**، برگردان: ســـید امیرحسین ابوطالبی، چاپ نخست (۱۳۹۲)، تهران: دنیای اقتصاد.

ب. انگلیسی

* Cramp, A.B. (2018), **Sound Money**, The New Palgrave Dictionary of Economics, Macmillan Publishers Ltd.

* McLeay, Michael; Radia, Amar & Thomas, Ryland (2014), **"Money creation in the modern economy"**, Bank of England Quarterly Bulletin, Bank of England, Vol. 54(1).

* Salerno, Joseph T. (2010), **Money, Sound and Unsound**, Ludwig von Mises Institute.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۱۲۳-۹۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۳

چالش‌های کارشناسی در سببیت
با تاکید بر نظرات پزشکی قانونی در پرونده‌های خطای پزشکی

علی اصغر قربانی،[۱] نسرین مهرا،[۲] محمد آشوری،[۳] هادی رستمی[۴]

چکیده

نظریه‌های کارشناسی جایگاه ویژه‌ای در زنجیره اسباب و حل مباحث سببیت دارند. این اهمیت در پرونده‌های مربوط به رفتارها و اقدامات کادر درمان مضاعف می‌شود. در موارد متعددی مراجع حقوقی و کیفری، احراز رابطه سببیت را به اهل خبره ارجاع می‌دهند و براساس نظرات کارشناسی حکم صادر می‌نمایند. رجوع به کارشناس، بنای عقلاست و در قانون نیز تجویز گردیده است. نظریه‌های کارشناسی از منظر حقوقی اماره قضایی محسوب می‌شوند، لیکن در پرونده‌های خطای پزشکی غالباً عیناً در آراء قضایی منعکس می‌گردد. در امر کارشناسی به‌ویژه در حوزه جنایات و پرونده‌های قصور پزشکی، چالش‌هایی فراروی کارشناس است که بخشی از قبیل «استعلام خارج از حیطه وظایف کارشناسان» مربوط به محاکم قضایی است؛ و پاره‌ای نظیر «دغدغه اعمال عدالت و انصاف در نظر کارشناسی» نشات گرفته از رویکرد و پنداشت کارشناس است؛ و برخی از مشکلات نیز مانند «پیچیدگی‌های مربوط به ارزیابی آسیب‌ها و عوارض» ناشی از صعوبت و ویژگی‌های پرونده‌های مورد بررسی است. بازنگری در رویه قضایی، تبیین قانونی و فقهی آن دسته از مفاهیم و اصطلاحاتی که تعریف آن‌ها در قانون نیامده است، تغییر نگرش کارشناسان و مواردی چون تقویت بیمه‌های مسؤولیت، برخی از راهکارها در مواجهه با این چالش‌هاست.

واژگان کلیدی: سببیت، کارشناس، پزشکی قانونی، آسیب، خطای پزشکی

---

۱. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
dr.aaghorbani@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
docnas@mail.com

۳. استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
mashoori@ut.ac.ir

۴. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران
h.rostami@basu.ac.ir

درآمد

سببیت از مهم‌ترین مباحث دانش حقوق است. پس از وقوع یک نتیجه زیان‌بار نظیر مرگ بیمار، اولین مرحله ضروری برای تعیین اسباب مؤثر و حل معمای سببیت، کشـــف نحوه سیر وقایع مادی مقدم و منتهی به حادثه و نتیجه است. گام برداشتن در این مرحله مهم و عبور از آن، در بســـیاری از موارد مستلزم بهره‌گیری از نظرات اهل خبره و کارشناســـان اســـت؛ این موضوع در ارزیابی پرونده‌های مربوط به رفتارها و اقدامات کادر درمان با توجه به تخصصی و پیچیده بودن دانش پزشـــکی ضروری‌تر می‌شود. اصولا «با توجه به وسعت دامنه شمول صدماتی که بر نفس یا عضو یا منفعت وارد می‌شـــود و هم‌چنین تنوع اعضاء بدن و متمایز بودن آن‌ها از نظر حساســـیت و آســـیب پذیری و نیز انواع وســـایلی که جنایـــت با آن‌ها واقع می‌شـــود ... ارجاع به کارشناس در بسیاری از موارد اجتناب ناپذیر است» (آقایی‌نیا، ۱۳۹٦: ۱۱۵).

رجوع به اشـــخاص مطلع در یک مسأله قضایی، در دو قالب کلی قابل تصور اســـت: نخست این‌که شخص به مثابه «شـــاهد» مورد رجوع قرار گیرد؛ و دوم این‌که وی به عنوان «خبره» تلقی شود (صادق‌پور، ۱٤۰۲: ٥٦). منشأ علم شهود، امری حسی اســـت (نآیینی، ۳/۱۳۷٦: ۱٤۲). بر همین مبنا، در ماده ۱۸۳ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ مقرر شـــده است: »شهادت باید از روی قطع و یقین به‌نحوی که مستند به امور حسی و از طریق متعارف باشد اداء شود.؛ در حالی‌که کارشناسی متضمن اعمال نظر، رای و دیدگاه کارشناســـانه نســـبت به یک امر است (نآیینی، ۳/۱۳۷٦: ۱٤۲). به بیانی موجز، شـــهادت خبر حسی و کارشناسی عمدتاً خبر حدسی است (طاهری و حکیم، ۱۳۹٥: ۳۲٦). بدین وصف، نظر اهل خبره و کارشناســـان ماهیتی مستقل از سایر ادله دارد که همان فنی و تخصصی بودن موضوعش اســـت و مبنای اعتبارش نیز جدای از شهادت می‌باشد (حیدری و دیگران، ۱۳۹۷: ٤۷).

رجوع به کارشناس و اهل خبره، بنای عقلاست و در قانون نیز تجویز گردیده اســـت؛ زیرا بسیاری از دعاوی، جنبه‌های مختلفی داشته، قضاوت درباره آن‌ها مستلزم داشـــتن علم و تخصص کافی در رشـــته‌های گوناگون است که کسب تخصص‌های مختلف و احاطه به تمام علوم و دانش‌ها برای قاضی و هیچ شـــخص دیگری میســـر نیست. بدین ترتیب قضات برای کشف حقیقت، الزاماً از افرادی که در موضوع مورد

اختلاف تخصص و تبحر دارند استعلام و نظرخواهی نموده، رأی خود را بعد از انجام تشریفات قانونی با استفاده از این نظرات صادر می‌نمایند.

اعتبار و حجیت نظریه کارشـــناس به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوا در فقه و حقوق و اصول اســـتنباط مورد مطالعه نوشتارهای متعددی قرار گرفته و وجه مشترک تمامی این مقالات این اســـت که نظر کارشناس در حقوق و به تعبیری نظر اهل خبره در فقه و اصول اســـتنباط معتبر اســـت (برهانی و بادکوبه هزاوه، ۱٤۰۰: ۷۰). به‌رغم آن‌که نظرات کارشناسی و اهل خبره از منظر حقوقی نقش ممتازی دارند، اماره قضایی محسوب می‌شـــوند؛ لیکن در رویه موجود در موارد معتنابهی عین نظریه کارشناسی در آراء صادره منعکس می‌گردد و این موضوع در پرونده‌های خطای پزشـــکی نمود بارزتری دارد.

کارشناســـان در تعامل با مراجـــع قضایی و در فرایند کارشناســـی، به‌ویژه در حوزه جنایات و پرونده‌های قصور پزشـــکی، با چالش‌های فراوانی مواجه هســـتند. این معضلات در ســـه دســـته کلی جای داده شده است؛ بخشی از این معضلات نظیر «اســـتعلامات خارج از حیطه وظایف کارشناســـان» مربوط به‌مراجع و محاکم قضایی می‌باشد؛ پاره‌ای از چالش‌های کارشناســـان نشات گرفته از نگرش، پنداشت و نحوه عملکرد خود آن‌هاســـت نظیر داشتن دغدغه اجرای عدالت و انصاف و اعمال آن در نظرات کارشناسی؛ عدم اکتفا به اعلام نظریه کارشناسی و ورود به‌حوزه صدور حکم؛ و تعیین درصد بـــرای بیماری‌های زمینه‌ای و موارد تســـریع در فوت. افزون بر این، دســـته‌ای از مشکلات کارشناسان ناشـــی از صعوبت و ویژگی‌های پرونده‌های مورد بررسی اســـت. در این دســـته می‌توان به مواردی چون تعدد عوامل درمان دخیل در پرونده، وظیفه قانونی و جایگاه متفاوت کنش‌گران درمان؛ و پیچیدگی‌های مربوط به آسیب‌ها و عوارض برجای مانده که برخی نیز در آینده ظهور خواهد کرد اشاره نمود. بر این مبنا، پژوهش حاضر درصدد پرداختن به این پرســـش است که کارشناسان در مواجهه با استعلامات قضایی به‌ویژه در پرونده‌های خطای پزشکی با چه چالش‌هایی مواجه هستند.

در این نوشـــتار، ابتدا به معرفی مراجع کارشناسی در حوزه خطاهای پزشکی پرداخته شـــده؛ سپس ضرورت مراجعه به کارشناس و اعتبار نظرات کارشناسان تبیین

گردیده است و در ادامه با تشـــریح چالش‌های مراجع کارشناسی در تعامل با مراجع قضایی، موضوع پی گرفته شده است.

۱. جایگاه نظرات کارشناسی در پرونده‌های خطای پزشکی

برای تحقق مســـؤولیت پزشک و مقصر شناختن او، صرف وقوع خطا یا ایراد ضرر به بیمار کفایت نمی‌کند، بلکه باید میان افعال پزشک و ایراد صدمه یا فوت بیمار رابطه علیت یا ســـببیت برقرار باشد (مسعودی‌نیا، ۱۴۰۰: ۲). از آن‌جاکه احراز تقصیر در پرونده‌های پزشکی امری تخصصی و فنی است، اساسا بررسی تقصیر کادر درمان به کارشناســـان امر و مراجع کارشناسی ارجاع می‌شـــود. بدین‌ترتیب، ارجاع موضوع به‌مراجع کارشناســـی باید در راستای پاسخ به دو پرســـش اساسی باشد: نخست، آیا رفتارهای کادر درمان، اعم از اقدامات تشـــخیصی و یا درمانی، در پدیدار شدن نتیجه تأثیرگذار بوده اســـت؟ سپس، باید دید عامل رفتار مربوطه مرتکب تقصیر شده است یا خیر؟

بـــا توجه به اهمیت موضوع، کلیه موارد شـــکایت از قصور پزشـــکی که مقام قضایی به‌منظور کارشناســـی به ســـازمان پزشـــکی قانونی کشـــور ارجاع نماید، در کمیســـیون‌های تخصصی پزشکی قانونی بررسی و کارشناسی می‌شوند (ارفع، ۱۳۹۴: ۳۵). پرونده‌های ارجاعی به ســـازمان نظام پزشـــکی نیز توسط گروهی از کارشناسان مورد رســـیدگی قرار می‌گیرد. اکنون این پرســـش مطرح می‌شـــود که جایگاه نظرات کارشناســـی در پرونده‌های ارجاعی از ســـوی مراجع قضایی به ویژه در پرونده‌های خطای پزشـــکی و مواردی که ارزیابی رفتار کادر درمان مطرح است کجا می‌باشد. در این بند جایگاه نظرات کارشناسی به ترتیب از منظر حقوقی و قانونی سپس بر اساس رویه موجود مورد بررسی قرار گرفته است.

۱-۱. در قانون

تجویز و گاه ضرورت ارجاع امر به کارشناســـان خاصه در امور پزشـــکی در قوانین مختلف، بیان‌گر جایگاه پراهمیت کارشناســـان به‌ویژه پزشکان قانونی در ارائه نظرات کارشناســـی است و در برخی مواد به صراحت نام پزشکی قانونی مورد اشاره قرار گرفته است. با این همه، نظریات کارشناسی که از سوی سازمان پزشکی قانونی و سایر کارشناسان پزشکی به محاکم قضایی ارائه می‌شوند، نقش دلیل را در امور قضایی

ایفا نمی‌کنند، بلکه اماره قضایی محســـوب می‌شوند؛ بدین معنا که تنها در صورتی‌که بتوانند مســـتند علم قاضی باشند و به واسطه آن‌ها قاضی به موضوع مورد کارشناسی علم یابد، ملاک صدور حکم قرار می‌گیرند (تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲)؛[۱] این در حالی است که تبعیت از دلیل‌های اثبات همانند شهادت شهود یا اقرار برای قاضی مادامی که علم به خلاف آن‌ها نداشته باشد الزامی است (ماده ۱٦۱ قانون مجازات اســـلامی).[۲] در همین راستا، با عنایت به کارشناس تلقی شدن پزشکان قانونـــی، تبعیت از نظرات آنان به‌رغم اهمیت فراوانی که دارند، برای محاکم قضایی و شخص دادرس الزامی نیســـت و دادرس پرونده می‌تواند نظرات کارشناسی پزشکان قانونی را با ذکر دلیل خود، رد نماید و یا آن‌ها را ناقص تشخیص دهد و برای تکمیل توضیحات، قرار تکمیل توضیحات کارشـــناس صـــادر نماید و توضیحات تکمیلی را استفسار نماید (مواد ۱٦۳ و ۱٦٦ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲).[۳]

۲-۱. در رویه قضایی

مقامـــات قضایی با تکیه بـــر قانون و مقررات خاصی کـــه در قوانین مختلف منعکس شـــده، نظرات مراجع کارشناسی به ویژه سازمان پزشکی قانونی را در مسائل مربوط اســـتعلام می‌کنند. فقدان تخصص پزشکی در دستگاه قضا و نیاز وافر مقامات قضایی به کارشناســـی‌های پزشکان قانونی، موجب شده نظرات و کارشناسی‌های این سازمان و در کنار آن سازمان نظام پزشکی، در روند صدور آراء و احکام قضایی نقش تعیین کننده‌ای داشـــته باشد. بررســـی برخی پرونده‌های کیفری و اظهار نظر گروهی

---

۱. مقنن در این تبصره اشعار می‌دارد: «مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و ســـایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد».

۲. در مواردی که دعوای کیفری با ادله شـــرعی از قبیل اقرار و شـــهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رای صادر می-کند مگر این‌که علم به خلاف آن داشته باشد.

۳. ماده ۱٦۳ قانون آیین دادرسی کیفری: «در صورت نقص نظریه کارشناسی یا ضرورت اخذ توضیح از کارشناس، بازپرس موارد لازم را در صورت‌مجلس درج و به کارشناس اعلام می‌کند و او را برای ادای توضیح دعوت می‌نماید. در صورتی که کارشـــناس بدون عذر موجه در بازپرسی حاضر نشود، جلب می‌شـــود. تبصره- هرگاه پس از اخذ توضیحات، بازپرس نظریه کارشناسی را ناقص تشخیص دهد، قرار تکمیل آن را صادر و اجرای قرار را به همان کارشـــناس یا کارشناس دیگر محول می‌کند»؛ مـــاده ۱٦٦ همان قانـــون: «در صورتی که نظر کارشـــناس با اوضاع و احوال محقـــق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشـــته باشد، بازپرس نظر کارشناس را به نحو مستدل رد می کند و موضوع را به کارشناس دیگر ارجاع می‌دهد».

از قضـــات[1] راجع به رویه جـــاری در مورد نظرات کارشناســـی، حکایت از آن دارد کـــه رویه حاکم در محاکم بدین ترتیب اســـت که، با وجود آن‌که درخواســـت تکرار کمیســـیون‌ها (از گروه کارشناسی سه نفره به پنج نفره، هفت نفره، نه نفره، یازده نفره و حتی بالاتر) و اســـتعلام نظرات کارشناســـان جدید از طریق تجدید کمیسیون‌های کارشناسی از ســـوی قضات امری متعارف و متداول محسوب می‌شود، اما در نهایت قضات بر اساس نظرات کمیسیون رای می‌دهند و «اکثر مراجع کیفری در مقوله علیت از نظر کارشناســـان تبعیت محض می‌کنند» (طاهری‌نســـب، ۱۳۸۹: ۶۹۲). البته گاه به ویژه در موارد جنایت بر نفس (مرگ)، مشـــاهده می‌شـــود که مقام قضایی متفاوت از نظرات کمیســـیون انشـــاء رای می‌نماید، اما به نظر می‌رســـد در مورد جنایات مادون نفس (آســـیب‌ها و نقص عضوی‌ها) این موضوع کمرنگ‌تر است. با این وصف باید اذعان کرد که بر اســـاس رویـــه موجود، در قاطبه موارد نظرات کارشناســـی به ویژه کمیسیون‌های پزشکی مستند حکم قرار می‌گیرند. پرونده‌های زیر نمونه‌هایی از موارد متعددی است که نظرات کارشناسی در دادنامه صادره انعکاس یافته است.

پرونده اول مربوط به آقایی شـــصت و نه ساله است که در تاریخ ۱۴۰۱/۲/۲۰ با درد پهلوی چپ به بیمارســـتان مراجعه نموده، با تشـــخیص ســـنگ کلیه چپ در سرویس متخصص اورولوژی (پزشک معالج) بستری و تحت عمل سنگ‌شکنی قرار می‌گیرد. بعد از اتمام عمل، هوشـــیار و بیدار به بخش منتقل می‌شود. عصر همان روز (ساعت ۱۹) دچار کاهش هوشـــیاری و افت فشار خون می‌شود. به اتاق عمل منتقل شـــده، تحت عمل جراحی برداشتن کلیه چپ قرار می‌گیرد. پس از اینتوباسیون (تعبیه لوله تنفســـی) به بخش مراقبت‌های ویژه منتقل می‌گردد، اما با گذشـــت چند ساعت فوت می‌شود. علت فوت، شوک ناشی از خونریزی متعاقب عمل جراحی کلیه تعیین می‌گردد. کمیســـیون کارشناســـی متشکل از سه نفر، به این شـــرح اظهار نظر می‌کند: «عمل جراحی پی ســـی ان ال[2] با در نظر گرفتن پلاکت پایین، ضرورت داشته است. بیمار پس از جراحی دچار عوارض می‌شود و فوت می‌نماید. باتوجه به پلاکت پایین، نیازمند مراقبت‌های قبل و بعد از عمل بوده که به درســـتی و طبق موازین انجام نشده

۱. نظیر رئیس ســـابق دادسرای جرائم پزشکی و مستشار کنونی دیوان‌عالی کشور، دادیاران شعبه اول و سوم دادسرای جرائم پزشکی و ... .

2. Percutaneous nephrolithotomy

اســـت. بدین جهت: پزشـــک معالج (اورولوژیســـت) به میزان بیست درصد، پزشک الف (فلوی اندویورولوژی) به میزان پنج درصد و پزشـــک ب (فلوی اندویورولوژی) به‌میزان پنج درصد به‌دلیل مدیریت درمان نامناســـب و ناکافی قبل و بعد عمل مرتکب قصور شده‌اند. پزشک پ (مسؤول فنی بیمارستان) به‌میزان ده درصد به‌دلیل مدیریت نامناســـب و ناهماهنگی کادر درمان مرتکب قصور شـــده‌اند. شصت درصد مابقی به بیماری‌های زمینه‌ای متوفی تعلق می‌گیرد».

دادگاه کیفری دو رسیدگی کننده به پرونده، عین نظریه کمیسیون و درصدهای اعلامـــی را در دادنامه صادره[1] منعکس می‌نماید و اشـــعار مـــی‌دارد: «از جهت جنبه خصوصی جرم، هریک از متهمین به‌پرداخت به‌ترتیب ده، بیست، پنج و پنج درصد در حق وراث قانونی متوفی محکوم و اعلام می‌نماید مهلت پرداخت دیه از تاریخ وقوع جرم دو سال با رعایت مقررات مربوطه می‌باشد».

پرونده دوم متعلق به کودک هفت ســـاله‌ای اســـت که با تشخیص سوراخ بین دهلیزی در تاریخ ۱۴۰۱/۵/۳۰ در ســـرویس جراح قلب معالج بســـتری شـــده؛ پس از آنژیوگرافی و مشـــاوره با پزشـــک الف (جراح قلـــب) در تاریخ ۱۴۰۱/۶/۲ تحت عمـــل جراحی ترمیـــم نقص دیواره بین دهلیزی قرار گرفتـــه و بعد از عمل به بخش مراقبت‌های ویژه منتقل می‌شـــود. وی به علت افت فشـــار خون دچار ایســـت قلبی می‌شود که اقدامات احیا انجام می‌گردد. روز بعد جهت تعبیه اکمو[2] به اتاق عمل برده می‌شـــود، اما همان روز دچار حملات تشنجی شده، به‌رغم انجام احیا فوت می‌نماید. علت فوت، «عوارض ناشـــی از عمل جراحی قلب بـــاز (ترمیم نقص بین دهلیزی)» تعیین می‌گردد. با شـــکایت والدین کودک، با درخواســـت مرجـــع قضایی پرونده در کمیسیون پزشکی مطرح می‌شود. گروه کارشناسان در کمیسیون‌های پنج نفره و هفت نفره نظرات مشـــابهی مبنی بر قصور کادر درمان با درصدهای یکســـان به این شرح اظهار نظر می‌کنند: «عمل جراحی بر اســـاس موازین و ضروری بوده است، ولی موقع انتقـــال به بخش مراقبت‌های ویژه، باید تیم جراحی تا پایداری علائم حیاتی بیمار در کنار او حضور می‌داشتند؛ بدین سبب به شرح ذیل مرتکب قصور شده‌اند: جراح قلب

---

۱. ۱۴۰۲۶۸۳۹۰۰۰۱۰۷۹۵۹۴ – ۱۴۰۲/۱/۳۱

۲. ECMO (extracorporeal membrane oxygenation): یک دســـتگاه حیاتی اســـت که خون مریض به‌داخل این دستگاه می‌رود و دستگاه این خون را اکسیژنه می‌کند و به بدن برمی‌گرداند.

معالج هشـــت درصد در مرگ متوفیه نقش داشته است؛ دستیار جراح معالج (فلوشیپ جراحی قلب) دو درصد در مرگ متوفیه نقش داشته است؛ مابقی (نود درصد)؛ مربوط به ذات خطیر این‌گونه اعمال جراحی می‌باشـــد». دادگاه کیفری دو رسیدگی کننده در دادنامه[1] درصدهای اعلام شـــده در نظریه کمیسیون پزشکی را عیناً ذکر کرده و اعلام می‌نماید: «مســـتند به مواد ٤٤٨، ٤٤٩، ٥٠٥، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١٤، ٧١٥، ٣٨٥، ٥٥٥، ٥٦٩، ٦٦٢ و ٦٢٧ قانون مجازات اســـلامی متهمان قتل شبه عمد مرحومه متهم ردیف اول (جراح قلب معاج) به پرداخت هشـــت درصد دیه کامل و متهم ردیف دوم (دســـتیار جراح معالج (فلوشـــیپ جراحی قلب)) به‌پرداخت دو درصد دیه کامل در حق ورثه مرحومه محکوم می‌شوند». در فرایند رسیدگی و با توجه به تجدیدنظرخواهی، پرونده در دادگاه تجدیدنظر مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. دادگاه تجدیدنظر در دادنامه صادره[2] نیز به رد تجدیدنظرخواهی و تایید رای بدوی حکم می‌دهد.

۲. چالش‌های کارشـــناسان و مراجـع کارشـــناسی در تعامل با مـراجع قـضایی

کارشناســـان به ویژه پزشـــکان قانونی در فرایند کارشناســـی و اعلام نظرهای کارشناســـی با مشکلات متعددی مواجه هستند؛ منشا برخی از این چالش‌ها به مراجع قضایی و قضات برمی‌گردد؛ بعضی دیگر نشـــات گرفته از خود کارشناســـان است؛ و پاره‌ای هم به شـــرایط پرونده و صعوبت موضوع مورد بررسی مربوط می‌شود. در این قسمت، مهم‌ترین این چالش‌ها در سه گروه تبیین می‌شود.

۱-۲. چالش‌های مربوط به مراجع قضایی

۱-۱-۲. اســـتعلام موضوعات خارج از وظـیفه کارشـــناسان (شبـهات صدقیه)

صدور حکم کار قاضی است و مســؤولیت کارشناسان پزشکی قانونی احراز موضوع و تشـــخیص مصادیق اســـت. برخی اوقات قضات در خصوص مفاهیم و به اصطلاح شبهات صدقیه،که در حیطه وظایف قاضی است، پرسش طرح می‌کنند. این شبهه در جایی مطرح می‌شـــود که اگر چه مفهوم و حکم موضوعی روشن است، اما

۱. ۱۴۰۲۶۸۳۹۰۰۰۵۹۲۴۴۶۳ – ۱۴۰۲/٤/۲۸
۲. ۱۴۰۲۶۸۳۹۰۰۰۸۵۱۷۷۰۲ – ۱۴۰۲ /٤/۱٦

در صـــدق آن مفهوم بر امری خارجی تردید بـــه وجود می‌آید. برای تبیین معنای این شـــبهه به یک مثال توجه کنید. اگر از منظر فقه و قانـــون، به فرض داخل بطری آبی یک درصد الکل باشـــد، آب محسوب شود و اگر داخل آن ده درصد الکل باشد الکل به حســـاب آید، اینک چنانچه یک بطری آبی داشته باشیم که داخل آن بیش از یک و کمتر از ده درصد الکل اســـت؛ استعلام قاضی درباره میزان و درصد الکل موجود در بطری از کارشناسان پزشکی قانونی، امری موجه و رفع شبهه مصداقی است، اما سوال در مورد این‌که محتوای بطری مورد اشـــاره آب است یا الکل، خارج از حیطه وظایف کارشناس است و در واقع مقام استعلام درصدد رفع شبهه صدقیه از طریق کارشناس می‌باشـــد؛ در حالی‌که این امر از وظایف مقام قضایی است. برخی استعلامات مراجع قضایی از کارشناســـان پزشکی قانونی حاوی پرســـش‌هایی از این دست می‌باشد. در واقع شـــبهه صدقیه به‌دلیل عدم تحدید دقیق و شفاف مفهوم پدیدار می‌شود (حسینی شاهرودی، ۱۳۸۵: ۲۹٤).

روشن است که پزشک قانونی در این‌گونه شبهات نیز نمی‌تواند خود رأساً در راستای رفع شبهه تحلیل اجتهادی انجام دهد، بلکه با توجه به اقتضائات نظام حقوقی ایران لازم اســـت که رفع شبهه را از مقام قضایی به‌صورت شفاف تقاضا نماید؛ از این رو، به عنوان مثال اگر شـــخصی که دچار آســـیب استخوانی گشته به سازمان پزشکی قانونی مراجعه نماید و پزشـــک سازمان با این‌که اجمالاً تعریف شکستگی استخوان و خردشـــدگی آن را می‌داند، اما در صدق عنوان شکســـتگی بر این آسیبِ به خصوص تردید نماید و منشـــأ تردید هم این باشـــد که در ضمن آسیب وارده، بافت استخوانی به ســـه تکه کوچک تقسیم شـــده و در نتیجه وی مردد میان شکستگی و خردشدگی[1] گشته، در واقع شبهه‌ای که پیش آمده، شبهه صدقی است. از همین رهگذر، با عنایت به این‌که در شـــبهات صدقیه، پزشـــک قانونی نمی‌تواند با تحلیل اجتهادی رفع شبهه نماید، وی باید صرفاً از آن‌چه در بســـتر عینی ســـانحه یا نـــزاع رخ داده خبر دهد و مقام قضایی را ملتفت ســـازد که با توجه به چنین رخ‌دادی، مراد از مثلاً شکســـتگی،

۱. بندهای الف و ب ماده ٥٦٩ قانون مجازات اســـلامی: «الف- دیه شکســـتن اســـتخوان هر عضو یک‌پنجم دیه آن عضو و اگر بدون عیب درمان شـــود چهارپنجم دیه شکستن آن است؛ ب- دیه خرد شـــدن هر عضو یک‌ســـوم دیه آن عضو و اگر بدون عیب درمان شـــود چهارپنجم دیه خرد شدن آن است».

آیا صرفاً انفصال بافت استخوانی در قالب یک یا دو تکه‌ای است یا عنوان شکستگی شامل انفصال بافت استخوانی به صورت سه تکه‌ای یا بیشتر هم می‌شود؛ سپس با تکیه بر تحدید مفهومی که مقام قضایی ارائه می‌دهد، گزارش کارشناسانه خویش را سامان دهد (صادق پور، ۱٤۰۲: ۸٤-۸۵). در موارد بسیاری مراجع قضایی در مورد نمونه‌های مکشوفه مشکوک، در مورد مسکر بودن نمونه‌ها از پزشکی قانونی طرح سوال می‌کنند؛ در حالی‌که پزشکی قانونی قادر است صرفاً در مورد ماهیت نمونه مکشوفه و محتویات آن نظر دهد؛ این که یک نمونه سکرآور است یا خیر، به مفهوم سکرآوری برمی‌گردد و از شبهات صدقیه می‌باشد؛ بنابراین پرسش‌هایی از این دست، خارج از حیطه وظایف کارشناسان است.

۲-۱-۲. درخواست اعلام درصد تقصیر

در قریب به اتفاق پرونده‌هایی که با زنجیره‌ای از اسباب و تعدد عوامل مواجهیم، یکی از پرسش‌های مراجع قضایی از کمیسیون‌ها و گروه کارشناسان، تعیین درصد تقصیر هر یک از عوامل پس از مشخص شدن عوامل مقصر است. با جرات می‌توان گفت این موضوع در پرونده‌های خطای پزشکی تبدیل به یک رویه شده است. در حال حاضر قریب به اتفاق کارشناسان میزان تاثیر عوامل متعدد را به صورت درصد تعیین می‌کنند و بسیاری از قضات نیز بر اساس همین درصدها حکم می‌دهند، لیکن برخی قضات تعیین درصد و ضمان نسبی را صحیح نمی‌دانند (قیاسی، ۱۳۹٤: ۲۱٦). تعیین ضمان نسبی در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق، نه تنها مستند قانونی نداشت، بلکه ظاهر بسیاری از مواد برخلاف آن بود؛ هرچند که بسیاری از دادگاه‌ها بدان حکم می‌دادند (همان: ۲۱۸). مقنن در قانون مجازات اسلامی به سال ۱۳۹۲ ضمان نسبی و درصد تاثیر را با درج ماده ۵۲٦ [۱] در شرایطی خاص مورد پذیرش قرار داده است. مستفاد از ماده فوق، نه تنها در موارد اجتماع سبب و مباشر، هر دو می‌توانند ضامن باشند؛ چه بسا سببی که میزان تاثیرش بیشتر از مباشر است، بیش از مباشر مسؤول ضامن باشد (قیاسی، ۱۳۹٤: ۲۱۹). نکته مهمی که درخصوص

---

۱. «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تاثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنان‌چه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تاثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تاثیر رفتارشان مسؤول هستند ...».

درصدبندی در نظرات کارشناسان باید مورد نظر قرار داد این است که گاه به برخی عوامل که از منظر حقوقی و عرفاً در زنجیره سببیت جایگاهی ندارند سهم می‌دهند؛ در این موارد، مشکل با اصلِ اعلام درصد تاثیر عوامل مؤثر در نتیجه نیست، بلکه ایراد در اصل به مرحله قبل از تعیین درصد و مربوط به نقش غیر سببی عواملی است که در نظرات کارشناسی به آن‌ها به دیده سبب نگریسته شده و متعاقباً برای آن‌ها درصد تاثیر تعیین شده است. یکی از موضوعاتی که در استعلام‌های مربوط به درصد از سوی مراجع قضایی دیده می‌شود و غالباً در ارتباط با فوت‌های متعاقب نزاع‌ها می‌باشد، پرسش در مورد درصد تاثیر نزاع و استرس در فوت است. در مواردی به‌رغم امتناع کارشناسان از تعیین درصد، برخی مراجع قضایی اصرار بر تعیین درصد از جانب کارشناسان داشته‌اند.

در پرونده مربوط به جنین مرده به دنیا آمده پسر، متعلق به مادر بیست و چهار ساله در حاملگی دوم که سابقه یک‌بار سقط در حاملگی اول داشته است، مادر با شرح حال احساس آبریزش و درد شکمی، در بیمارستان پذیرش می‌شود و به‌دلیل افت قلب جنین، تحت سزارین اورژانسی توسط پزشک متخصص زنان و زایمان معالج قرار می‌گیرد. در پایان عمل، نوزاد پسر مرده خارج می‌شود. پرونده با دستور قضایی و به علت شکایت اولیای دم از کادر درمانی، جهت بررسی قصور پزشکی و اظهار نظر کارشناسی به کمیسیون پزشکی ارجاع می‌گردد .در استعلام از سوی مرجع قضایی دو سوال از گروه کارشناسان پرسیده می‌شود: آیا بین فوت نوزاد و قصور پزشک رابطه سببیت وجود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، میزان درصد تقصیر پزشک به شعبه اعلام شود.

در پرونده دیگری که مربوط به آقای شصت و پنج ساله زندانی، با سابقه جراحی قلب باز می‌باشد، وی با شکایت تهوع و بی‌حالی به بهداری زندان مراجعه می‌نماید و پزشک به وی دارو تجویز می‌کند. بیست دقیقه بعد وی دچار ایست قلبی و تنفسی شده، فوت می‌شود. علت مرگ، با توجه به تنگی هفتاد درصدی عروق مغذی قلب (کرونر)، «نارسایی قلبی ریوی در زمینه بیماری ایسکمیک قلبی» تعیین می‌شود. مرجع قضایی از کمیسیون پزشکی استعلام می‌نماید: «در صورت احراز تقصیر با قید میزان، مکانیسم اثرگذاری آن منعکس شود». کمیسیون پزشکی با احراز تقصیر کادر

درمان، میزان تاثیر قصور پزشکی را سیزده درصد اعلام می‌نماید و به ذات خطیر بیماری هشتاد و هفت درصد سهم می‌دهد.[1] در تاریخ ۱۴۰۲/۱/۲۶ با ارجاع پرونده به کمیسیون پنج نفره، از سوی بازپرس پرونده، استعلامی با این محتوا «تقصیر، نوع و میزان آن را حسب مورد با تعیین ارش یا دیه به‌طور دقیق مشخص نمایید» از گروه کارشناسی به عمل می‌آید.

۳-۱-۲. ابهام در مفاهیم قانونی

یکی از روش‌های نامعمول قانون‌گذار در مقام اصلاح قانون، توسل به واژه‌پردازی‌های بدیع است. این موضوع در عین حالی که ممکن است موجب برداشت‌های متفاوت از معانی واژگان باشد، از نقطه نظر اصول و منطق قانون‌گذاری نیز محل تأمل جدی بوده و چالش برانگیز است و در مقام عمل، تابعان، شهروندان و مکلفان قانون را با تکلیف سخت و پر مشقت روبه‌رو می‌کند (مولایی، ۱۴۰۳: ۲۲۳). یکی از این کاربران، کارشناسان می‌باشند که گاه ابهام در مفاهیم قانونی خاصه واژگان بدیع، برای آنان دشواری‌هایی را ایجاد می‌نماید. به عبارت دیگر، بخشی از چالش کارشناسان، مربوط به مقنن و متون قانونی و نشات گرفته از عدم تبیین برخی مفاهیم در قانون است. این معضل شقوق مختلفی دارد؛ از جمله این‌که، گاهی بعضی واژگان مانند «درمان شدن و درمان نشدن» اساساً تبیین نشده است؛ در برخی موارد بدون تفصیل و جزئی‌نگری، به بیان کلی یک عنوان اشاره شده است؛ در حالی آن عنوان دارای جزئیات است؛ برای مثال در بندهای ح و خ ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی در تبیین جراحت ماموم و دامغه به ذکر کیسه مغز اکتفا شده است؛ در حالی که در پزشکی، کیسه مغز که پرده مغز یا مننژ[2] نامیده می‌شود، دارای سه لایه[3] است و مشخص نیست مقصود مقنن کدام‌یک از این لایه‌هاست. زمانی

---

۱. نظریه شماره ۱۵۹۴ مورخ ۱۴۰۱/۷/۱۹

2. Meninge

۳. مننژ در اطراف مغز و نخاع قرار دارد و دارای سه لایه و پوشش است که از خارج به داخل با نام سخت شامه (دورامتر)، عنکبوتیه (آراکنوئید)، نرم‌شامه (پیامتر) شناخته می‌شوند. این پرده‌ها به طور کلی مننژ یا شامه نامیده می‌شوند که میان استخوان جمجمه و بافت مغز (و در طناب نخاعی بین ستون مهره‌ها و بافت نخاع) قرار دارند.

https://www.kenhub.com/en/library/anatomy/meninges-of-the-brain-and-spinal-cord) (availabie at:

هم از یک واژه در مواد قانونی مختلف مفاهیم متفاوتی اراده شـــده است و تفاوت در تبیین مفاهیم از ســـوی خود مقنن وجود دارد؛ مثـــلا واژه حرج در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، مشـــقتی است که زندگی انسان را با مشکل مواجه کند؛ در حالی‌که در ماده ٥٦ قانون جوانی جمعیت و حمایت از خانواده مصوب ۱٤۰۰ مفهومی فراتر از مشـــقت مورد نظر در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اراده شده است. نقطه ثقل این چالش آن‌جاست که برای درک اصطلاحات و مفاهیمی که در قانون اســـتعمال شده‌اند، نمی‌توان لزوماً از تلقی‌های تخصصی در حوزه‌های مختلف دانشـــی مانند دانش پزشکی تبعیت کرد، بلکه این اصطلاحات و مفاهیم را باید از نقطه نظر قانونی و فقهی نگریســـت؛ این در حالی است که قانون‌گذار و هم‌چنین فقها همواره اصطلاحات و مفاهیم موضوع حکم را تعریف، تبیین و توصیف نکرده‌اند. برای نمونه «درمان شـــدن» یا «درمان نشـــدن» در شکستگی ســـتون فقرات (ماده ٦٤٧ قانون مجازات اسلامی)،[1] در شکستگی بینی (۵۹۳ قانون محازات اســـلامی)[2] و در شکستگی ترقوه (٦٥٦ قانون مجازات اسلامی)[3] به چه معنایی اســـت و چه ویژگی‌هایی دارد و اراده قانون گذار چه بوده اســـت؟ در مواجهه با این واژگان که مقنن توصیفی از آن ارائه نداده، پرســـش اساســـی این است کـــه چگونه و با مراجعه به چه ملاک‌هایـــی می‌توان معانی مفاهیم قانونی را دریافت؟ برخی در پاســـخ این سوال بیان داشته‌اند که در چنین مواقعی این عرف متداول حاکم بر محاورات اســـت که می‌تواند مبنای فهم مفاهیم و اصطلاحات قانونی قرار گیرد و

---

۱. «دیه شکستن ستون فقرات به ترتیب ذیل است: الف- شکستن ستون فقرات در صورتی که اصلاً درمان نشـــود و یا بعد از علاج به صورت خمیده درآید، موجب دیه کامل است؛ ب- شکستن ستون فقرات که بی عیب درمان شـــود ولی موجب از بین رفتن یکی از منافع گردد مانند این‌که مجنیٌ‌علیه توان راه رفتن یا نشســـتن نداشته باشـــد و یا توان جنسی یا کنترل ادرار وی از بین برود، موجب دیه کامل اســـت؛ پ- شکستن ستون فقرات که درمان نشود و موجب عوارضی از قبیل موارد مندرج در بند (ب) شـــود، علاوه بر دیه کامل شکستگی ســـتون فقرات، موجب دیه یا ارش هریک از عوارض حاصله نیز اســـت؛ ت- شکستن ستون فقرات که بدون عیب درمان شود، موجب یک دهم دیه کامل است ...».

۲. «شکســـتن اســـتخوان بینی در صورتی که موجب فساد بینی و از بین رفتن آن شود، دیه کامل دارد و چنان‌چه بدون عیب و نقص اصلاح شـــود موجب یک‌دهم دیه کامل و اگر با عیب و نقص بهبود پیدا کند، موجب ارش اســـت. در کج شدن بینی یا شکستن استخوان بینی که منجر به فساد آن نشود، ارش ثابت می‌شود».

۳. «شکســـتن هر یک از اســـتخوان‌های ترقوه در صورتی که بدون عیب درمان شـــود، موجب چهار درصد دیه کامل و در صورتی که درمان نشود و یا با عیب درمان شود، موجب نصف دیه کامل است».

حتی پزشـــک قانونی نیز باید با ملاحظه آن بـــه معنای مقصود مقنن پی ببرد؛ یعنی بر اســـاس عرفی که در محاورات حکم‌فرماست (صادق‌پور، ۱٤۰۲: ۹۵). با این وصف، تدقیقات علمی اعم از پزشکی و غیر آن، هر چند به جای خود لازم و ضروری است، اما مادام که قرینه‌ای بر اراده معنای تخصصی یک لفظ و اصطلاح در متن قانون وجود نداشته باشد، بر معنای عرفی خود حمل می‌شود و تحدید مفهوم لفظ با تکیه بر عرف حاکـــم بر محاورات و تخاطبات متداول و رایج جامعه صورت می‌پذیرد؛ برای نمونه، در منابع علمی ســـتون فقرات از مهره اول گردنی شـــروع و به دنبالچه ختم می‌شود؛ در حالی که در قانون مجازات اسلامی بر اساس تبصره ۱ ماده ٦٤۷ این قانون، ستون فقرات از مهره‌های گردنی شروع و تا قبل از دنبالچه می‌باشد؛ بنابراین شامل مهره‌های گردن و اســـتخوان دنبالچه نمی‌شود. هم‌چنین در متون پزشکی، شکستگی استخوان[1] شامل ترک خوردن و خردشدگی هم می‌شود؛ در حالی که در ماده ٥٦۹ قانون مجازات اســـلامی، شکستگی در عرض آسیب‌های اســـتخوانی دیگر هم‌چون ترک برداشتن و خردشدگی قرار دارد. پس روشن گردید که پزشک قانونی در راستای رجوع به متون قانونـــی باید عرف را به مثابه ملاک و معیار خطابات قانونی مورد نظر قرار دهد و در عین حال، مواظبت نماید که در رابطه با اصطلاحات مشـــترک حوزه فقه و حقوق و حوزه پزشـــکی، معانی تخصصی پزشکی را بر این اصطلاحات تحمیل نکند، بلکه از نقطه نظر قانونی به آن‌ها بنگرد (صادق‌پور، ۱٤۰۲: ۱۰۱). در این‌جا باید خاطرنشـــان شـــد عدول از برخی نصوص قانونی همواره مربوط به ابهام در مفاهیم و مواد قانونی نیســـت، بلکه «گاه همراه با مصلحت اندیشی‌های اجرایی است؛ بدین معنا که در مقام اجـــرای قانون، مشـــکلات و چالش‌هایی به وجود می‌آید کـــه واضعان قانون آگاهی چندانـــی به آن ندارنـــد» (نره‌ئی و فتحی، ۱٤۰۳: ۷۷).

۲-۲. چالش‌های مربوط به خود کارشناسان

۱-۲-۲. داشتن دغدغه اجرای عدالت و انصاف

یکی از اشـــکالات کارشناسان و به طریق اولی پزشکان قانونی این است که به دنبال علل مواد قانونی و فقهی هستند و درصدد اجرای انصاف و عدالت می‌باشند؛ در واقع اجرای کامل برخی از مواد قانونی را بر خلاف انصاف و در تعارض با معیارهای

1. fracture

علوم تجربی می‌دانند. نمونه اعلای این پنداشت به عوامل زمینه‌ای مربوط می‌شود؛ غالب کارشناسان اغماض از نقش بیماری زمینه‌ای یک مصدوم را در پرونده‌های خطای پزشکی بر خلاف موازین علمی و آموخته‌های تجربی خود و به دور از انصاف می‌پندارند. این انگاره در حقیقت ورود به حوزه وظایف مقنن است و گاهی در عمل موجب اظهار نظرهای غیر دقیق می‌شود؛ برای نمونه، در گذشته تعلق دیه مساوی به انگشت اول (شست) و انگشت پنجم (انگشت کوچک) در دست، بر خلاف متون تخصصی و انصاف انگاشته می‌شد؛ چرا که در منابع علمی کارکرد انگشت کوچک در مقایسه با انگشت شست اندک است؛ بر اساس این انگاره و به استناد معیارهای علمی و فنی، ارشی مازاد بابت عملکرد انگشت شست قطع شده، اعلام می‌شد.

۲-۲-۲. ورود به حوزه صدور حکم

تقنین وظیفه قانون‌گذار و صدورحکم کار قاضی است. در این میان مسؤولیت کارشناسان و پزشکان قانونی فقط احراز موضوع است، اما گاه کارشناسان در نظریه‌های کارشناسی خود، پا را فراتر گذاشته و به نوعی وارد مرحله صدور حکم می‌شوند. وظیفه کارشناسان خاصه پزشکان قانونی، تشخیص مصادیق است نه تحدید مفاهیم.[۱] پزشکی قانونی باید مصداق چیزی را بگوید و تشخیص دهد که مفهومش را عرف تعیین کرده است. برای نمونه آسیب‌های شکستگی، خردشدگی و ترک برداشتن مندرج در ماده ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی موضوع هستند و واجد دیه بودن آن‌ها حکم است. کارشناسان پزشکی قانونی در احراز موضوع (تشخیص شکستگی) نقش دارند. تبیین و تعیین حدود و ثغور این مفاهیم با مقنن است و باید در جست‌وجوی نظر مقنن بود که در قانون ما ماخوذ از منابع فقهی است؛ برای مثال پزشک قانونی باید خردشدگی را بر اساس تعریفی که مدنظر مقنن است که برگرفته از منابع فقهی و معیار عرف می‌باشد شناسایی و تشخیص دهد؛ و نه تعریفی که در منابع علوم تجربی و کتب پزشکی آمده است؛ یعنی اگر بر اساس منابع علمی، به بیش از دو قطعه در محل شکستگی خردشدگی اطلاق شود اما در نظر قانون و معیار عرف این آسیب شکستگی باشد، کارشناس باید آسیب را شکستگی اعلام نماید؛ این در حالی است

۱. به عقیده اندیشمندان فقهی و حقوقی، تحدید مفهوم کاری اجتهادی است. مجتهد با رجوع به عرف و با توسل به قواعد حاکم بر عرف، تحدید مفهوم می‌کند. اکنون تشخیص مصداق یا مصادیق مفهوم مورد نظر، وظیفه کارشناسان پزشکی قانونی است.

که برخی کارشناسان پاره‌ای مفاهیم قانونی و آسیب‌های مطروحه در قانون را صرفاً با توجه به منابع طبی و پزشکی مورد ارزیابی قرار داده و اعلام نظر می‌نمایند. این گروه از کارشناسان در دفاع از عملکرد خود، گاهی با این استدلال که مفاهیم یاد شده پزشکی هستند و باید در تبیین آن‌ها به عرف تخصصی و پزشکی مراجعه نمود، توسل می‌جویند؛ بنابراین موضوعاتی نظیر ترک استخوان، ولوج روح، فلج بینی، درمان شدن، درمان نشدن و فساد بینی باید بر اساس قانون و ضوابط عرف تبیین و احراز شوند؛ نه صرفاً طبق منابع علمی و کتب پزشکی.

گاهی عدم توجه کافی به مطالب پیش‌گفته، خواسته یا ناخواسته کارشناسان را به ورطه صدور حکم سوق می‌دهد؛ در حالی‌که کارشناس باید از اظهار نظرهایی که جنبه صدور حکم دارد اجتناب کند؛ حتی اگر مرجع قضایی در مورد حکم استعلام نماید. برای نمونه، در مورد معاینات اختصاصی زنان، در موارد متعددی مرجع قضایی در مورد مدخوله بودن یا باکره بودن از پزشکی قانونی استعلام نموده است. وظیفه کارشناس پزشکی قانونی معاینه دقیق موضع مربوطه و اظهار نظر در مورد پرده هایمن و وضعیت آناتومیک آن و توصیف دقیق برای مرجع قضایی می‌باشد. در گذشته برخی کارشناسان هنگام تنظیم نظریه خود، از جملاتی نظیر «باکره نیست/ است» «مدخوله نیست/ است» استفاده می‌کردند؛ به‌رغم این که این جملات و اظهار نظرهای کارشناسی در پاسخ به استعلام مراجع قضایی با همین مضمون بوده است، اما کارشناس پزشکی قانونی وارد مرحله صدور حکم شده است و قاضی آثار حکم فوق را در رای خود انشا خواهد نمود. جالب است بدانیم که در برخی موارد که کارشناسان به درستی به توصیف موضوع و عدم ورود به مرحله صدور حکم مبادرت ورزیده‌اند، مرجع قضایی اصرار بر پاسخ صریح به سوال باکره بودن یا مدخوله بودن و انعکاس آن در نظریه کارشناسی داشته است. مثال دیگر مربوط به محجوریت است؛ که در استعلامات مراجع قضایی به صراحت از آن پرسش می‌شود. در گذشته پزشکی قانونی در گزارش نظرات خود به محجور بودن و یا عدم محجوریت اشاره می‌کرد، اما در سال‌های اخیر با توجه به این‌که اظهار نظر صریح در مورد محجوریت، در واقع ورود به حوزه صدور حکم است در تنظیم نظریات کارشناسی به درستی صرفاً به مؤلفه‌های مؤثر در این خصوص از قبیل توانایی اداره امور مالی پرداخته می‌شود. نمونه دیگر در

مورد جراحات و در رابطه با تطبیق یک جراحت با ماده ۷۰۹ قانون مجازات اسلامی است؛ پیش‌تر در مواقعی که در مورد عمق و ویژگی‌های یک جرح بین حارصه و دامیه یا بین دامیه و متلاحمه تردید وجود داشت، با این استدلال که در موارد شک باید به اقل‌الامرین اکتفا نمود، عمق کمتر اعلام می‌شد؛ در حالی‌که این موضوع نیز به نوعی ورود به مرحله صدور حکم است و کارشناس باید در این شرایط تردید خود بین عمق کمتر و بیشتر (حارصه و دامیه یا دامیه و متلاحمه) را برای مرجع قضایی توصیف و اعلام کند.

۳-۲-۲. پدیده درصدبندی

از شایع‌ترین چالش‌های کارشناسان، حقوق‌دانان و قضات، بحث تعیین درصد عوامل مؤثر در نتیجه است. اوج این چالش آن‌جایی است که شرایط و بیماری‌های زمینه‌ای بیمار نیز به عنوان عامل تاثیرگذار مورد توجه قرارگرفته، برای اثر آن درصد تعیین می‌شود. در رواج این رویه، درخواست و استعلام قضات و گاه اصرار ایشان مؤثر بوده است.

پدیده درصدبندی در عمل چالشی دوسویه است؛ یک سوی این معضل به مراجع قضایی و رویه قضایی مربوط می‌شود و سوی دیگر آن به کارشناسان و مراجع کارشناسی مرتبط می‌گردد. برخی پدیده درصدبندی را برساخته کمیسیون‌های پزشکی و کارشناسان دانسته‌اند، اما صرف نظر از مبدع و آغازگر این موضوع، در حال حاضر به عنوان روشی که مقبول غالب مراجع قضایی است، مرسوم است و به صورت یک رویه قضایی درآمده است. در ادامه به پرونده عابر پیاده هشتاد و یک ساله‌ای اشاره می‌شود که به دنبال تصادف با اتومبیل در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۱به دلیل شکستگی گردن استخوان ران به بیمارستان منتقل و در آن‌جا بستری می‌شود، اما به‌رغم اقدامات طبی انجام شده، در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۱٦ فوت می‌نماید.(فروزش و دیگران، ۱٤۰۰: ٥٤). مصدوم سابقه اعتیاد به مواد مخدر، ابتلا به آلزایمر و بیماری مزمن دیابت (با مصرف روزانه ۲دو عدد قرص گلی‌بنکلامید) داشته است. در زمان بستری به دلیل سرفه خلط‌دار برای بیمار آنتی‌بیوتیک تجویز می‌شود و مشاوره‌های لازم (قلب و عفونی) داده می‌شود. در ادامه دچار کاهش هوشیاری شده و پس از

تعبیه لوله نایی (انتوباسیون)[1] به بخش مراقبت‌های ویژه منتقل می‌شود و با وجود انجام اقدامات پزشکی مورد نیاز، مصدوم شش روز بعد فوت می‌نماید. در معاینه کالبدگشایی، تنگی ناشی از آترواسکلروز[2] (تصلب شرآیین) عروق کرونر (شریان‌های مغذی) قلب مشاهده می‌شود و در آسیب‌شناسی، شواهد ایسکمی (کاهش خونرسانی) اخیر و جدید میوکارد (عضله قلب) در زمینه بیماری ایسکمیک قلبی پیشرفته، گزارش می‌گردد (فروزش و دیگران، ۱۴۰۰: ۵۹). به نظر برخی کارشناسان، علت فوت «عارضه حاد قلبی» است، اما از آن‌جا که استرس ناشی از تصادف نیز در فوت دخیل بوده است، سهم تصادف در فوت به میزان ۳۰ درصد تعیین می‌شود (فروزش و دیگران، ۱۴۰۰: ۵۹). در تحلیل این اظهار نظر کارشناسی باید گفت، اساساً تعیین درصد تاثیر در نتیجه، زمانی مطرح می‌شود که با بیش از یک سبب و عامل مواجه باشیم و اصولا، مقدم بر این امر، اثبات رابطه سببیت و استناد است؛ در غیر این صورت و در بسیاری از موارد درصدبندی وجاهتی ندارد. در این پرونده نیز چنان‌چه شواهدی از وجود آمبولی چربی (پراکندن چربی در خون) در فرد یافت شود و متعاقب آن مرگ حادث شده باشد، از آن‌جاکه آمبولی چربی از عوارض شکستگی استخوان خاصه استخوان‌های دراز است، سهم تصادف در فوت باید صد درصد اعلام شود؛ به بیان دیگر، علت مرگ آمبولی ناشی از شکستگی استخوان متعاقب اصابت جسم سخت (سانحه تصادف) خواهد بود، اما اگر با توجه به تب و علائم عفونی بیمار در مدت بستری و با عنایت به سابقه مصرف تزریقی مواد مخدر، در بررسی‌ها مشخص می‌شد که مصدوم دچار عفونت دریچه‌های قلب (اندوکاردیت) شده است و به دلیل عفونت فوت شده است، از آن‌جا که رابطه سببیت بین علت فوت و سانحه تصادف احراز نمی‌شود، تصادف سهمی در فوت نخواهد داشت.

الف. تعیین درصد برای موارد تسریع در فوت

نقش تسریعی صرف داشتن یک علت در حصول نتیجه، به تنهایی باعث زوال آثار ناشی از علت مؤثر اولیه نخواهد بود (صادقی و میرزایی، ۱۳۹۸: ۱۸۹). از منظر علمی، تسریع غیر از مساله استناد است. تسریع عاملیت ندارد و در رابطه استنادی

1. Intubation
2. Atherosclerosis

بی‌اثر اســـت. تسریع یا تسهیل کنندگی، گاهی در مورد علل زمینه‌ای یا محیطی مطرح می‌شـــود که این عوامل جایگاهی در زنجیره اسباب ندارند. وانگهی در مواقعی وقتی صحبت از تسریع می‌شود، آن عامل ســـببیت دارد و غالباً کارشناسان خاصه پزشکان قانونی در مورد عاملی که در نقش سبب است صحبت تسریع را مطرح نموده‌اند. برای نمونه، بیماری که از نظر پزشـــکی ساعاتی بعد خواهد مرد، با تزریق داروی اشتباهی یک ســـاعت بعد فوت می‌کند؛ در این مورد کارشناسان، تزریق اشتباهی دارو را صرفاً تسریع کننده مرگ اعلام می‌نمایند و به تعیین درصد برای آن بسنده می‌کنند؛ در حالی که از نظر حقوقی و مقتضیات عرفی، این عامل سبب و عامل مرگ است؛ یعنی اگر از روی عمد باشد جنایت عمدی است و چنانچه ناشی از تقصیر باشد جنایت غیرعمدی خواهد بود؛ بنابراین به‌رغم آن‌که عامل تســـریع کننده اساساً سبب محسوب نمی‌شود و در رابطه ســـببیت جایگاهی ندارد، اما گاهی کارشناسان از یک عامل که نقش سببی داشته و موجب نتیجه زیان‌بار گردیده است، به عنوان تسریع کننده یاد می‌کنند و نقش آن را کم‌رنگ و حتی نادیده می‌انگارند.

ب. تعیین درصد برای بیماری‌های زمینه‌ای

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شـــد، تعیین درصد تاثیر و نقش عوامل در حدوث نتیجه، زمانی که با بیش از یک ســـبب و عامل مواجهیم مطرح می‌شود؛ و لذا مقدم بر درصدبندی، اثبات اســـتناد و رابطه سببیت است. در مورد بیماری زمینه‌ای در مرحله آغازین مشـــکل داریم و اساساً رابطه استنادی احراز نمی‌شود؛ بنابراین نوبت به تعیین میزان تاثیر و درصدبندی نمی‌رســـد، لیکن در موارد معتنابهی کارشناســـان برای این عوامل زمینه‌ای درصد تعیین می‌نمایند. شـــاید از منظر علمی و تخصص پزشکی این امر قابل توجیه باشـــد، اما از دید حقوق و قانون موجه نیســـت. با توجه به ســـکوت قانون و صراحت نداشتن بر این‌که شرایط بزه‌دیده نباید در زنجیره سببیت لحاظ شود، رویه‌های جاری در هیأت‌های پزشکی قانونی و سازمان نظام پزشکی، به‌طور معمول ســـهمی از حادثه را به عامل یا عوامل زمینه‌ای می‌دهند (رســـتمی و کلانتری، ۱۴۰۲: ۱۴۴).

پ. علت رویه شدن درصدبندی

سنگینی مجازات، جلوگیری از تحمیل دیه بیشتر به کادر درمان، فقدان نص، تمایل رویه، ملاحظات اخلاقی و عادلانه انگاشتن درصدبندی و فقدان سازِکارهای حمایتی مانند بیمه، از جمله دلایلی است که موجب می‌شود کارشناسان به درصدبندی گرایش نشان دهند و مراجع قضایی هم به بازتاب آن‌ها در احکام قضایی مبادرت ورزند. البته نقش مهم قضات در استمرار این رویه را نباید نادیده انگاشت. متن زیر نمونه‌ای از استعلام مراجع قضایی در پرونده‌های خطای پزشکی در مورد اعلام درصد تقصیر است: «با عنایت به شکایت خانم الف با موضوع قصور پزشکی (که) در این شعبه مطرح نموده است؛ لذا نامبرده به حضور معرفی می‌گردد تا با توجه به اعتراض آقای ب به نظر سابق پزشکی قانونی، ضمن ملاحظه پرونده نسبت به تشکیل کمیسیون مجدد (نه نفره) در رشته موضوع شکایت اقدام و چنانچه تقصیری حادث شده است نوع و میزان آن را حسب مورد با تعیین ارش و دیه و مقصر و میزان تقصیر دقیقاً مشخص و مراتب تشکیل پرونده و تاریخ کمیسیون را به این بازپرسی اعلام نمائید». ملاحظه می‌شود که در پرونده فوق، مقام قضایی به طور ضمنی در مورد میزان و درصد تقصیر از مرجع کارشناسی پرسش نموده است.

۳-۲. چالش‌های مربوط به پرونده

در بررسی برخی از پرونده‌های خطای پزشکی، با تعدد کادر درمان در سطوح مختلف و رفتارهای بسیاری مواجه هستیم؛ این موضوع به دلایل گوناگونی نظیر ماهیت و شدت صدمات، تعدد آسیب‌های اولیه یا عوارض مربوطه، و یا به علت بستری شدن طولانی‌مدت ممکن است اتفاق افتد. از سوی دیگر، کارشناسان در بعضی از این پرونده‌ها با آسیب‌هایی پیچیده که گاهی با عوارضی غامض‌تر همراه هستند روبه‌رو می‌شوند. شناسایی این نتایج و ارزیابی صدمات و عوارض حاصل، جلسات کارشناسی با حضور متخصصان حوزه‌های مختلف را می‌طلبد. در ادامه این چالش‌ها مورد بررسی و تدقیق قرار گرفته است.

۱-۳-۲. چالش‌های مربوط به عوامل منجر به آسیب

بخشی از صعوبت کارشناسی در پرونده‌های خطای پزشکی به شناساییِ عوامل و رفتارهای منجر به آسیب مربوط می‌شود. این چالش از یک طرف، با تعدد عوامل

دخیل در امر درمان و شناسایی رفتارشان و از طرف دیگر، با جایگاه علمی و اداری و وظایف هریک از عوامل در ارتباط است.

الف. تعدد کادر درمان و عوامل دخیل در پرونده و تعدد رفتارهای منجر به آسیب

احراز رابطهٔ سببیت بین رفتار و نتیجه زیان‌بار مبتنی بر الزام قانونی است، «اما مشکل در طریقه احراز این انتساب است، به‌ویژه در مواردی که چند عامل در وقوع جنایت یا خسارت مداخله می‌کند و نحوه دخالت نیز طولی (غیر هم‌زمان) باشد» (رستمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۵: ۱٦۷). در برخی پرونده‌های پزشکی نیز که کنش‌گران مختلفی با رفتارهای متعددی منشاء اثر شده‌اند کشف معمای سببیت غامض‌تر می‌شود؛ چرا که عموماً احراز سببیت در فرض اجتماع عوامل متعدد با دشواری‌های فراوانی روبه‌روست (شیری، ۱٤۰۰: ۷۵). برای نمونه تاخیر آمبولانس در اعزام بیمار، عدم مهارت تکنسین در انجام اقدامات اولیه پزشکی، تاخیر در پذیرش بیمار، تاخیر پزشک در معاینه مصدوم، عدم توجه کافی به علائم مصدوم و معاینه دقیق بیمار، عدم اجرای دقیق دستورات پزشک توسط پرستار و حضور با تاخیر پزشک مشاور بر بالین بیمار از مصادیقی است که اجتماع آن‌ها می‌تواند ارزیابی پرونده ها را پیچیده نماید. در این خصوص به یک پرونده اشاره می‌شود که در آن آقایی چهل ساله متعاقب سقوط از بلندی دچار خونریزی گوارشی می‌شود. پس از مراجعه به اورژانس و انجام اقدامات اولیه، بستری شده و چند روز بعد فوت می‌نماید. در این پرونده گروه کارشناسی سه نفره، پرونده را از موارد قصور پزشکی تشخیص داده و سه نفر از کادر درمان را مقصر اعلام می‌نمایند. در ارجاع پرونده به کمیسیون پنج نفره، این گروه کارشناسی پس از صرف ساعت‌ها وقت برای استماع صحبت‌های طرفین دعوا و بررسی مستندات و مدارک موجود، سرانجام ضمن تایید وقوع قصور پزشکی در امر درمان بیمار، نه نفر از کادر درمان دخیل در امر معالجه بیمار شامل پرستار، پزشک اورژانس، پزشک معالج، پزشکان مشاور و آنکال، سوپروایزر و مسؤول فنی بیمارستان را مقصر و مؤثر در فوت تشخیص می‌دهند.[1] در این پرونده زنجیره‌ای از خطاها از سوی عوامل مختلف اتفاق می‌افتد. برخی از این خطاها عبارت بودند از: پزشک

۱. تجربه نگارنده

اورژانس بیمار را دقیق معاینه نکرده، دستورات ناکامل صادر نموده، در نهایت به بستری در بخش اکتفا می‌کند؛ پرستار بخش به علائم حیاتی بیمار توجه کافی نداشته، شرایط وخیم بیمار را دیر متوجه می‌شود و با تاخیر به‌اطلاع پزشک معالج و کشیک آنکال می‌رساند؛ پزشک معالج با تاخیر بیمار را معاینه می‌کند، پزشک مشاور آنکال با توجه به بعد مسافت منزل تا بیمارستان با تاخیر دو ساعته بر بالین بیمار حاضر می‌شود. پرستار بخش در دفاع از تقصیر خود، ناکافی بودن تعداد پرستاران کشیک را نسبت به تخت‌های موجود در بخش اعلام می‌دارد. اظهار نظر دقیق و صحیح در این قبیل پرونده‌های خطای پزشکی، با توجه به تعدد عوامل و کنش‌گران دخیل در امر درمان بیمار، امری دشوار و مستلزم صرف وقت، دقت مضاعف و بررسی کافی مستندات و شواهد موجود است.

ب. جایگاه علمی/اداری/ وظیفه قانونی مرتکبان

در زمینه مسؤولیت کیفری از رفتار دیگری، تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قاعده عامی وجود نداشت، اما قانون‌گذار با وضع ماده ۱۴۲ [۱] قانون یادشده به‌طور صریح مسؤولیت کیفری از رفتار دیگری را پیش‌بینی نمود (منصورآبادی، ۱۴۰۱: ۲۵۴-۲۵۵). در پرونده‌های مربوط به بررسی رفتار کادر درمان، کم یا بیش با عناوینی نظیر پزشک اورژانس، پزشک آنکال،[۲] پزشک معالج،[۳] پزشک مشاور،[۴] کارورز، دستیار، فلوشیپ و مسؤول فنی مواجه می‌شویم. در ادامه به برخی از مقررات موجود در این خصوص که برگرفته از دستورالعمل نحوه آنکالی و کشیک‌های مقیم پزشکان در بیمارستان‌های وابسته به دانشگاه/دانشکده‌های علوم پزشکی کشور، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد، اشاره می‌شود. در ماده ٦ این دستورالعمل آمده است: «پزشک اورژانس موظف است تمامی بیماران اورژانس بستری شده را

---

۱. مسؤولیت کیفری به‌علت رفتار دیگری تنها در صورتی ثابت است که شخص به طور قانونی مسؤول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه رفتار ارتکابی دیگری، مرتکب تقصیر شود.

۲. پزشک آنکال پزشک متخصصی است که در خارج از ساعات اداری و روزهای تعطیل قابل دسترسی و احضار به بیمارستان است.

۳. معمولا پزشک بستری کننده، پزشک معالج است و مسؤول درمان بیمار بوده، مسؤولیت اصلی بیمار با ایشان است.

٤. بر اساس نیاز و تشخیص پزشک معالج، با پزشکان متخصص مختلف درخواست مشاوره می‌شود. مشاوران در حیطه مشاوره درخواستی و نظرات مشورتی که داده‌اند مسؤولیت دارند.

با ثبت نمودن ساعت به اطلاع پزشـــک آنکال برساند. از این ساعت مسؤولیت بیمار برعهده پزشک آنکال است که دستورات لازم را به پزشک اورژانس می‌دهد». حضور بر بالین بیمار بســـته این‌که بیمار اورژانس باشـــد یا غیر اورژانس (الکتیو)، مسؤولیت متفاوتی را متناســـب و هم‌گام با نتیجه ممکن است برای پزشک به همراه داشته باشد. پزشک آنکال موظف است به محض حصول اطلاع از وجود بیمار اورژانس، حداکثر به فاصله زمانی نیم ساعت بر بالین بیمار حضور یابد (ماده ۷). حتی در صورت عدم ویزیت حضوری (که ذاتاً تخلف حرفه‌ای محســـوب می‌شود)، پزشک آنکال مسؤول بیمار می‌باشـــد و عدم ویزیت رافع مسؤولیت حرفه‌ای پزشـــک آنکال نمی‌باشد. در مورد بیمارانی که به تشـــخیص پزشک اورژانس نیاز به ویزیت فوری ندارند، پزشک آنـــکال موظف اســـت در اولین فرصت ممکن (حداقل قبل از پایان شـــیفت آنکالی) نسبت به ویزیت حضوری بیمار اقدام نماید. تمام این موارد نیز باید به اطلاع پزشک آنکال برســـد و در هر صورت مسؤولیت بیمار با پزشک آنکال می‌باشد (ماده ۸). در مواردی که پزشک آنکال توسط پزشک متخصص دیگر به مشاوره درمانی[1] اورژانس فراخوانده می‌شـــود، پزشک آنکال موظف است حداکثر به فاصله زمانی نیم ساعت بر بالین بیمار حضور یابد و نظر خود را ارائه دهد، ولی مسؤولیت بیمار بر عهده پزشک معالج اولیه بوده و اجرای نظرات پزشک مشاور فقط با تأیید پزشک معالج اولیه قابل انجام است (ماده ۹). در بیمارســـتان‌های آموزشی که دستیاران فوق تخصصی دارند، از دســـتیاران فوق تخصصی سال دوم به بعد با معرفی گروه آموزشی مربوطه و تأیید ریاســـت دانشکده پزشکی، می‌توان به عنوان پزشک مقیم در همان رشته استفاده نمود و پزشـــک هیأت علمی به‌عنوان آنکال ارائه خدمت نماید. در این موارد پزشک مقیم موظف است کلیه بیماران پذیرش شده را به اطلاع پزشک آنکال برساند و در صورت لزوم، پزشـــک آنکال موظف به حضور بر بالین بیمار و ارائه خدمت می‌باشد. در کلیه این موارد مســـؤولیت بیمار هم بر عهده پزشـــک مقیم و هم پزشک آنکال می‌باشد و عدم حضور پزشک آنکال رافع مسؤولیت حرفه‌ای او نخواهد بود (ماده ۱۲). ملاحظه می‌شـــود به‌رغم کشیک و مقیم بودن پزشـــکان دستیار فوق تخصصی، پزشکان هیأت

۱. مشاوره درمانی: استفاده و بهره‌گیری پزشک از نقطه نظرات و ایده‌های تخصصی یا فوق تخصصی یک یا چند متخصص دیگر طی فرایند تشخیص، درمان و بازتوانی بیمار است.

علمی آنکال نیز دارای مسؤولیت توامان هستند. مسؤولیت کارورزان (اینترن‌ها)[1] در هر گروه یا بخش با مدیر گروه یا رئیس آن بخش و در ساعات کشیک با پزشک معالج کشیک یا عضو هیات علمی آنکال یا دستیار ارشد کشیک بخش یا بیمارستان است.[2] تشخیص موارد اورژانس در این آیین‌نامه بر عهده پزشک معالج و در ساعات کشیک بر عهده پزشک معالج کشیک یا عضو هیات علمی آنکال یا دستیار ارشد کشیک بخش یا بیمارستان است. پزشک معالج به عضو هیأت علمی که بیمار تحت نظارت وی در بیمارستان بستری می‌شود اطلاق می‌شود؛ از این رو، پزشکان دخیل در امر درمان بیمار، به یک درجه مسؤولیت ندارند و بسته به جایگاه علمی و اداری و وظیفه قانونی آن‌ها و مواردی نظیر شرایط بیمار در زمان حادثه پزشکی، ممکن است مسؤولیت‌های متفاوتی داشته باشند؛ این موضوع در آن دسته از پرونده‌هایی که با تعدد کنش‌گران درمان در سلسله اسباب مواجه هستیم، موجب دشواری مضاعف امر کارشناسی می‌شود.

۲-۳-۲. چالش‌های مربوط به خود آسیب (شناسایی آسیب ها و نتایج زیان‌بار)

شناسایی نتایج زیان‌بار در پرونده‌های خطای پزشکی، امری تخصصی و فنی است که افزون بر دانش پزشکی، به آگاهی از مقررات و قوانین مربوطه خاصه قانون مجازات اسلامی نیاز دارد. بدین سبب کارشناسان پزشکی قانونی جایگاه ممتازی در میان سایر کارشناسان دارند؛ زیرا علاوه بر سپری نمودن تحصیلات پزشکی، به پاره‌ای مبانی قانونی و حقوقی واقف هستند. تشکیل کمیسیون‌های پزشکی قانونی و حتی نظام پزشکی، مستلزم حضور کارشناس پزشکی قانونی است و در غیاب ایشان جلسات رسمیت لازم را نخواهد داشت. بسیاری از پزشکان حتی متخصصان و اساتید در مورد انواع آسیب‌ها و عوارض نظیر نقص‌عضوی‌های مورد نظر قانون، آگاهی مورد نیاز را ندارند و با جرات می‌توان گفت این موضوع در مورد برخی کارشناسان رسمی که پزشک قانونی نیستند نیز مصداق می‌یابد. آسیب‌های ناشی از رفتارهای پزشکی دارای بحث‌های تخصصی و عمیقی است و پرداختن بیشتر به آن از حوصله و

1. Interns

۲. آئین‌نامه شرح وظایف کارورزان دوره دکترای عمومی پزشکی، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی

ظرفیت این مقال خارج است. در این زمینه می‌توان به پرونده‌های مربوط به نوزادانی که با تاخیر فرایند زایمانی مواجه و با هیپوکسی متولد می‌شوند؛ کودکان سی پی[1] یا مصدومانی که دچار مولتیپل تروما[2] همراه با صدمات مغزی و نخاعی می‌گردند؛ یا افرادی که دارای وضعیت نباتی[3] شده‌اند اشاره نمود. برای آشنایی و تنویر ذهن خواننده با ذکر یک پرونده واقعی موضوع پی گرفته می‌شود؛ در این کیس به وضوح گوشه‌ای از چالش کارشناسان که نشات گرفته از صعوبت و ویژگی های خود پرونده می‌باشد، انعکاس یافته است.

پرونده[4] متعلق به مادر بیست و پنج ساله بارداری است که جهت انجام زایمان طبیعی (فیزیولوژیک) به بیمارستان مراجعه و در سرویس پزشک متخصص زنان (معالج) بستری می‌شود. مادر باردار به دلیل انتخاب زایمان فیزیولوژیک، در کلاس‌های آمادگی زایمان توسط مامای همراه (مامای الف) شرکت می‌کرده است. یک ساعت بعد از شروع دردهای زایمانی، در صبح روز زایمان، تحت انجام معاینه تحریکی توسط مامای الف قرار می‌گیرد. عصر روز زایمان با تشدید دردهای زایمانی با مشورت پزشک معالج، شب به اورژانس بیمارستان مراجعه و به بلوک زایمان منتقل می‌شود. ساعتی بعد زایمان انجام شده، نهایتا نوزاد پسر سیانوزه (کبود) متولد می‌شود. نوزاد پس از تولد توسط متخصص اطفال تحت احیای پیشرفته و درمان‌های مربوطه قرار گرفته، به بخش مراقبت‌های ویژه نوزادان[5] منتقل می‌شود. طفل روز بعد دچار تشنج می‌شود و حدود دو هفته بعد با تشخیص «سندرم آسپیراسیون مکونیوم[6] و آنسفالوپاتی ایسکمیک»[7]، بدون بلع و با ضعف شدید عضلانی با رضایت شخصی والدین ترخیص می‌شود. کودک در سیر رشد خود دچار اختلال تکاملی گردیده، این موضوع موجب شکایت والدین از کادر درمان می‌گردد. پرونده در کمیسیون‌های سه و پنج نفره مورد بررسی قرار می‌گیرد و از نظر کارشناسان حاضر در جلسات، به علت

---

1. Cerebral palsy
2. Multiple trauma
3. Vegetative state

٤. شماره ٣٤٤٥٣٣ مورخ ١٤٠٣/٥/٢٣

5. NICU
6. Meconium aspiration syndrome (MAS)
7. Hypoxic ischemic encephalopathy (HIE)

ارتکاب رفتار خارج از شـــرح وظایف مقرر و بدون اطلاع پزشک معالج که منجر به تســـریع روند زایمان مادر گردیده،[1] رفتار مامای الف مؤثر در حدوث نتیجه زیان‌بار و عوارض حاصل تشخیص داده می‌شود. در این پرونده کارشناسان کمیسیون اول و دوم ارزیابی و احصاء عوارض را با توجه به سن کودک به بعد موکول می‌نمایند. با گذشت زمان، مرجع قضایی در خصوص عوارض و نقایص کودک استعلام به عمل می‌آورد. در این راســـتا، جلسه ویژه‌ای با حضور یک متخصص زنان، یک نورولوژیست اطفال و یک متخصص پزشکی قانونی جهت تعیین عوارض استقرار یافته در کودک برگزار می‌شـــود و گروه کارشناسی در مورد آســـیب‌ها و عوارض حاصل اعلام می‌دارند که صدمات و عوارض حادث شـــده به شرح زیر است: «۱- فلج کامل اندام‌های تحتانی و فوقانـــی؛ ۲- زوال کامل عقل؛ ۳- عدم توانایی بلع که ارش آن ٦۰ درصد دیه کامل اســـت؛ ٤- عدم توانایی ضبط ادرار و مدفوع؛ ۵- عدم توانایی حفظ وضعیت بدن که ارش آن ۳٤ درصد دیه کامل است؛ ٦- حملات تشنج پایدار که ارش آن ۳ درصد دیه کامل انســـان تعیین می‌گردد؛ ۷- ارش اختلال در عملکرد مجاری تنفســـی فوقانی که تحت اقدامات تراکئوســـتومی قرار گرفته و ارش آن ۱۰ درصد دیه کامل انسان است؛ ۸- با توجه به نوع صدمه اولیه احتمال ناتوانی جنسی در کودک در آینده قویاً متصور است که در صورت صلاح‌دید مقام محترم قضایی مشمول دیه مقرر است؛ ۹- از بین رفتن بینایی هر دو چشـــم. لازم به توضیح است عوارض اعلام شده ماندگار و دائمی هستند و نیاز به معاینه در پنج سالگی نیست».

ایـــن پرونده در پی اعتـــراض کادر درمان در کمیســـیون‌های متعددی مطرح می‌شـــود. صرف نظر از کیفیت و نتایج کارشناســـی‌های انجام شـــده در مورد قصور کادر درمان، ملاحظه می‌شـــود که تعیین آســـیب‌ها و عـــوارض در این پرونده دارای پیچیدگی‌های خاصی می‌باشـــد و با توجه به ســـن کم کودک در زمان رســـیدگی در کمیسیون نوبت اول و دوم، به آینده موکول می‌شود و سرانجام در کمیسیون تکمیلی، یک گروه از کارشناسانِ با تجربه و متخصصین رشته‌های مرتبط، صدمات و عوارض کـــودک را ارزیابی و احصا می‌نمایند، اما جالب اســـت بدانیم که با عنایت به تعدد و

۱. شـــیرخوار متعاقب زایمان تســـریع شده، دچار هیپوکسی (کاهش اکســـیژن رسانی) و انسفالوپاتی مغزی شده است.

تنوع عوارض خاصه نقص و زوال منافع، از سوی یک گروه ارزیاب از کارشناسان، اعلام نظر در خصوص آسیب‌ها و عوارض با توجه به سن کودک، که وی تنها دو سال و چهارماه سن داشته، مورد تامل دانسته شده و بیان گردیده است که این زمان برای اظهار نظر در مورد عوارض استقرار یافته در کودک از جمله عدم توانایی ضبط مدفوع و اعلام نابینایی کامل او، زودتر از مواعد مندرج در منابع علمی بوده است و لذا نظریه کارشناسی مربوط را قابل نقد دانسته، توصیه به ارزیابی مجدد بعد از انقضاء زمان لازم نموده‌اند. باید به خاطر داشت، تشتت آراء در کلیه دعاوی حقوقی، کیفری، تجاری، خانواده و اداری، پیش‌بینی‌پذیری دستگاه قضایی و در نتیجه امنیت قضایی شهروندان را به شدت کاهش می‌دهد (بهره‌مند بگ‌نظر و عامری ثانی و فرهمند و حاجی‌زاده، ۱۴۰۲: ۷۷). بدون تردید، تعدد و تشت نظرات کارشناسی نیز به درجاتی مشمول این واقعیت می‌شوند.

برآمد

۱- کارشناسان به‌ویژه پزشـــکان قانونی در فرایند کارشناسی و اعلام نظرهای کارشناســـی با مشـــکلات متعددی مواجه هســـتند؛ یکی از این معضلات، اســـتعلام موضوعات خارج از حوزه وظیفه کارشناســـان و پرســـش در مورد شـــبهات صدقیه می‌باشـــد. ابهام در مفاهیم قانونی، معضل دیگر کارشناســـان است؛ این مشکل نشات گرفته از عدم تبیین برخی مفاهیم در قانون است. نقطه ثقل این چالش آن‌جاست که، برای درک اصطلاحات و مفاهیمی که در قانون اســـتعمال شده‌اند، نمی‌توان لزوماً از تلقی‌های تخصصی در حوزه‌های مختلف دانشی مانند دانش پزشکی تبعیت کرد، بلکه این اصطلاحات و مفاهیم را باید از نقطه نظر قانونی و فقهی نگریست؛ این در حالی اســـت که قانون‌گذار و هم‌چنین فقها، همواره اصطلاحات و مفاهیم موضوع حکم را تعریف، تبیین و توصیف نکرده‌اند.

۲- پدیده درصدبندی چالش دوسویه‌ای است که یک‌سوی آن به رویه قضایی و سوی دیگر آن به مراجع کارشناســـی مرتبط است. سنگینی مجازات، جلوگیری از تحمیل دیه بیشتر به کادر درمان، فقدان نص، تمایل رویه، ملاحظات اخلاقی و عادلانه انگاشتن درصدبندی و فقدان سازکارهای حمایتی مانند بیمه از جمله دلایلی است که موجب می‌شود کارشناسان به درصدبندی گرایش نشان دهند.

۳- پزشکان قانونی به دنبال علل مواد قانونی و فقهی و درصدد اجرای انصاف و عدالت می‌باشـــند و اجرای کامل برخی مواد قانونی را خلاف انصاف و در تعارض با معیارهای علوم تجربی می‌دانند؛ نمونه اعلای این پنداشت به عوامل زمینه‌ای مربوط می‌شـــود. تقنین وظیفه قانون‌گذار و صدور حکم کار قاضی اســـت؛ گاه کارشـــناس خواسته یا ناخواسته وارد مرحله صدور حکم می‌شوند.

٤- بخشـــی از صعوبت کارشناسی در پرونده‌های خطای پزشکی به شناسایی عوامل و رفتارهای منجر به آســـیب مربوط می‌شـــود. کنش‌گران دخیل در امر درمان بیمار، به یک درجه مسؤولیت ندارند و بسته به جایگاه علمی و اداری و وظیفه قانونی آن‌ها و مواردی نظیر شرایط بیمار در زمان حادثه پزشکی، ممکن است مسؤولیت‌های متفاوتی داشته باشـــند؛ این موضوع در آن دسته از پرونده‌هایی که با تعدد کنش‌گران درمان در سلســـله اســـباب مواجه هستیم، موجب دشـــواری مضاعف امر کارشناسی

می‌شود. در مواقعی چالش کارشناسی متمرکز بر شناسایی آسیب‌ها و ارزیابی صدمات و نتایج زیان‌بار است. بسیاری از پزشکان حتی متخصصان در مورد انواع آسیب‌ها و عوارض نظیر نقص عضوهای مورد نظر قانون، آگاهی مورد نیاز را ندارند و این موضوع در مورد برخی کارشناسان رسمی که پزشک قانونی نیستند نیز مصداق می‌یابد.

۵- برخی از راهکارها در مواجهه با چالش‌های مسطور، به شرح زیر است:

- بازنگری در رویه قضایی و توجه دادن قضات به مواردی چون عدم استعلام موضوعات خارج از حیطه وظایف کارشناسان؛

- رفع ابهام از قانون به ویژه تبیین آن دسته از اصطلاحات و مفاهیمی که تعریف آن‌ها در قانون نیامده است نظیر درمان شدن و درمان نشدن، با عیب درمان شدن، فساد بینی، عضو، حرج و ...؛

- تغییر نگرش کارشناسان و آگاهی دادن به آن‌ها در مواردی نظیر این‌که نباید در اظهار نظرهای کارشناسی وارد مرحله صدور حکم شوند؛

- دخالت ندادن ملاحظات اخلاقی و مسائل عاطفی در مواجهه با نصوص قانونی و اجتناب از داشتن دغدغه اجرای عدالت در به کارگیری مواد قانونی؛

- تقویت و ارتقاء بیمه‌های مسؤولیت و توسعه آن به موارد بدون تقصیر از مؤثرترین اهرم‌ها در راستای احقاق حقوق بیماران و اصلاح دیدگاه کارشناسان و متعاقبا نظرات کارشناسی خواهد بود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ارفـــع، فلـــورا و دیگران (۱۳۹٤)، **پزشـــکی قانونی بـــرای وکلا، حقوق‌دانان و دانشجویان حقوق**، چاپ نخست، تهران: مرکز تحقیقات پزشکی قانونی.

* آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹٦)، **جرائم علیه اشخاص**، چاپ شانزدهم، تهران: میزان.

* برهانی، محسن و بادکوبه هزاوه، آرش (۱٤۰۰)، «**جایگاه نظر کارشناس در احراز رابطه سببیت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.

* بهره‌منـــد بگ‌نظـــر، حمید و عامری ثانـــی، امیرکیا و فرهمنـــد، آذر و حاجی‌زاده، امیرحسین (۱٤۰۲)، «**سیاســـت‌گذاری حقوقی و پیشگیری از تشتت آراء؛ کاهش دامنه تفسیرپذیری قوانین از طریق یادداشت توضیحی و آزمایشگاه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.

* حیدری، حســـین و بهارلویی، سیامک و اســـدی کوهباد، هرمز (۱۳۹۷)، «**بررسی اعتبار نظر کارشناسی یا اهل خبره در اصول فقه**»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۱.

* رستمی، هادی و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵)، «**احراز رابطه سببیت در فرض مداخله عوامل گوناگون در جنایات و خسارات مالی (با تاکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)**»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱۵.

* رســـتمی، هادی و کلانتـــری، آذر (۱٤۰۲)، «**نقش و تاثیر عوامل زمینه‌ای در احراز رابطه سببیت: بانگرشـــی به حقوق کامن لا**»، مجله پزشکی قانونی ایران، دوره ۲۹، شماره ۳.

* شیری، زهرا (۱٤۰۰)، «**رابطه سببیت و مسؤولیت کیفری**»، مجله علمی فقه، حقوق و علوم جزا، سال ششم، شماره ۱۹.

* صادق‌پـــور، محمدجعفـــر (۱٤۰۲)، **درآمدی بر اصـــول و مبانی فقهی- حقوقی کارشناسی در سازمان پزشکی قانونی**، چاپ نخست، تهران: مرکز تحقیقات پزشکی قانونی.

* صادقـــی، محمدهادی و میرزایی، محمد (۱۳۹۸)، «**ماهیت رابطه اســـتناد و معیار احراز آن**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۱.

* طاهری، حبیب‌اله و حکیم، محمد (۱۳۹۵)، «**واکاوی ملاک اعتبار در پذیرش نظر اهل خبره از دیدگاه فقه امامیه**»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲.
* طاهری‌نسب، سیدیزداله (۱۳۸۹)، **رابطهٔ علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان**، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
* فروزش، مهدی و دیگران (۱٤۰۰)، **بررسی علمی و کاربردی پرونده‌های ویژه در پزشکی قانونی**، چاپ نخست، تهران: رسانه تخصصی.
* فیروزآبادی حسینی، سید مرتضی (۱٤۰۰)، **عنایه‌الاصول‌فی‌شرح‌کفایه‌الاصول**، قم: فیروزآبادی.
* قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۹٤)، **تسبیب در قوانین کیفری**، چاپ سوم، تهران: جنگل.
* مسعودی‌نیا، محمد (۱٤۰۰)، «**رابطه سببیت میان افعال پزشک با ایراد صدمه به سقط جنین در قانون مجازات اسلامی**»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۵، شماره ٥٦.
* منصورآبادی، عباس (۱٤۰۱)، **مختصر حقوق جزای عمومی**، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* مولایی، آیت (۱٤۰۳)، «**چالش واژگانی قانون‌گذار عدالت اداری در ارتباط با خسارت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.
* نره ئی، ضرغام و فتحی، مرتضی (۱٤۰۳)، «**آسیب شناسی سیاست کیفری در صدور آراء وحدت رویه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.

ب. عربی

* حسینی شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۸۵)، **نتایج‌الافکارفی‌الاصول**، جلد ششم، چاپ نخست، قم: مکتب فقه اهل بیت علیهم‌السلام.
* موسوی خمینی، سید روح اله (۱۳۸۲)، **تهذیب‌الاصول**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: موسسه نشر آثار امام خمینی (ره).
* نایینی، محمدحسین (۱۳۷٦)، **فوائدالاصول**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: بی‌نا.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۱۴۹-۱۲۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۸

کاربست اصل حاکمیت اراده در حل تعارض قوانین و دادگاه‌ها در ورشکستگی بین‌المللی

علیرضا عالی پناه،[۱] مهسا کاظمی دستجردئی[۲]

چکیده

امروزه قلمرو ورشکستگی بسیاری از شرکت‌ها محدود به مرزهای سرزمینی یک کشور نیست. شرکت‌های بین‌المللی ارتباطات مهم و مؤثری با حوزه‌های قضایی کشورهای مختلف دارند و از این رو، ورشکستگی آن‌ها به طرح این پرسش اساسی می‌انجامد که قوانین و دادگاه‌های کدام کشور باید مسائل ناشی از بروز چنین رویدادی را حل و فصل کند. در پاسخ به پرسش اخیر از جمله، نظریه کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی مطرح و استدلال‌های گوناگونی در پذیرش یا رد آن ابراز شده است. در این پژوهش، استدلال‌های موافقان و مخالفان این نظریه با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و با هدف درک مبانی دیدگاه هر یک از آن‌ها و نیز تشخیص مبانی قوانین آمره فعلی در این حوزه، تشریح شده و این نتیجه حاصل گردیده است که به کارگیری نظریه پیش‌گفته در عمل با موانع عدیده قانونی و عملی مواجه و با برداشت غالب از مفهوم ورشکستگی در تعارض است.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، تعارض قوانین و دادگاه‌ها، حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوق تجارت بین‌الملل، ورشکستگی بین‌المللی.

---

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
a_alipanah@sbu.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، نویسنده مسوول: mahsa.kazemi@yahoo.com

درآمد

ورشکستگی وضعیتی اســـت که دارایی مثبت شخص، برای مواجهه با دارایی منفی وی کفایت نمی‌کند. از زاویه دید مضیق، ورشکســـتگی زمانی بین‌المللی اســـت که بدهکار اموالی را در قلمرو بیش از یک دولت در اختیار داشـــته باشد. در رویکرد گسترده‌تر، وجود عناصر خارجی نظیر بستان‌کاران خارجی نیز در صدق چنین عنوانی مؤثرند (کاشار، ۱۳۹۰: ۳۲۷).

وقوع ورشکســـتگی‌های بین‌المللی[1] امری اجتناب‌ناپذیر اســـت، در حالی‌که هیچ مرجع رســـیدگی واحد و قواعد مادی[2] بین‌المللی در زمینه ورشکســـتگی وجود ندارد و این بدان معنا اســـت که رسیدگی و حل و فصل ورشکستگی‌های بین‌المللی لاجرم توســـط دادگاه‌های داخلی و بر مبنای قوانین ورشکســـتگی داخلی کشـــورها صورت می‌پذیرد. توســـعه روابط و مبادلات بین‌المللی، سبب ارتباط مسائل ناشی از ورشکستگی بین‌المللی به کشورهای مختلفی گردیده که این کشورها علی‌رغم توافق در اصـــول و کلیات حقوق ورشکســـتگی، در جزئیات بســـیاری از قواعد با یکدیگر متفاوت‌اند. چنین وضعیتی منجر به بروز تعارض دادگاه‌ها و قوانین در امر رســـیدگی به ورشکستگی بین‌المللی شده است (Xu, 2020: 17).[3]

اصل حاکمیت اراده که پیدایش و رشـــد آن مرهون تحولات صورت گرفته در حوزه قراردادهاست، پس از تثبیت در این حوزه، به تدریج به دیگر حوزه‌های حقوق

---

1. International (Transnational/ Cross-Border) Insolvency (Bankruptcy)

۲. در دســـته‌بندی قواعد به قواعد حل تعارض و قواعد مادی، قواعد مادی عبارت از قواعدی اســـت که مربوط به اصل دعوی بوده و مستقیماً مسأله متنازع‌فیه را حل می‌کنند (الماسی، ۱۳۹۵: ۳۱-۳۲).

۳. به منظور حل و فصل مســـائل ناشـــی از ورشکســـتگی بین‌المللی نظیر تعارض دادگاه‌ها، تعارض قوانین و شناسایی و اجرای احکام صادره در دیگر کشورها، برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی دوجانبه و چندجانبه یا مقررات منطقه‌ای بین ممالک دارای همکاری‌های تجارتی گسترده و ارتباطات حقوقی و تاریخـــی تنگاتنگ منعقـــد گردیده یا رویه‌هایی در غیاب قواعد الـــزام‌آور برای حل و فصل چنین مســـائلی پیشنهاد شـــده‌اند. «موافقت‌نامه مونته‌ویدئو» مصوب ۱۸۸۹، «کد بوستامانته» مصوب ۱۹۲۵، «کنوانسیون ورشکستگی اروپای شمالی» مصوب ۱۹۳۳، «پروژه عجز از پرداخت فراملی نفتا» تدوین شـــده به ســـال ۲۰۰۰ و «مقررات اتحادیه اروپایی درباره رســـیدگی‌های مربوط به عجز از پرداخت» مصوب ۲۰۱۵ از این قبیل هستند. علاوه بر این موارد، برخی موافقت‌نامه‌های عمومی نیز وجود دارند که موضوعات مربوط به ورشکستگی بین‌المللی را پوشش می‌دهند. البته «کمیسیون حقوق بازرگانی بین‌المللی ملل متحد» معروف به آنسیترال نیز به تدوین قانون نمونه‌ای با عنوان «قانون نمونه آنسیترال درباره عجز از پرداخت فراملی» دســـت زده که به وسیله برخی از کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است (داراب‌پور و دیگران، ۱۳۹۶: ۳۲۵-۳۵۰).

بین‌الملـــل خصوصی نیز تعمیم یافته و امروزه بـــه یکی از مهم‌ترین اصول در حقوق بین‌الملل خصوصی تبدیل شـــده است. این اصل که در معنای ساده، بر اختیار طرفین در انتخـــاب آزادانه قانون قابل اِعمال بـــر رابطه حقوقی خود دلالت دارد (نیکبخت و عیوض‌پور، ۱۳۹۰: ۳۰-۲۹)، از نیمه دوم قرن بیســـتم به بعد توســـعه‌یافته؛ به‌طوری کـــه در اکثر نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی مورد پذیرش واقع شـــده و قلمرو آن به دیگـــر موضوعات حقوقی و از جمله به حوزه انتخاب دادگاه‌ها[1] بســـط پیدا کرده اســـت (نیکبخت و عیوض‌پور، ۱۳۹۰: ۳۲-۳۳؛ کابری و انصاری، ۱۳۹۸: ۳۱۲-۳۲٤). هم‌ســـو با چنین تحولی، برخی نظریه‌پردازان به بررسی نظری امکان به کارگیری اصل حاکمیت اراده در تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم بر ورشکستگی بین‌المللی پرداخته و استدلال‌های گوناگونی را در حمایت از این ایده ارائه داده‌اند. متقابلاً نظریه‌پردازان دیگری کاربرد اصل حاکمیت اراده را به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکســـتگی بین‌المللی ممتنع دانســـته و ضمن رد استدلال‌های موافقان این امر، مبانی دیدگاه خود را توجیه ساخته‌اند.

هرچند به دلالت آمار، موارد ورشکســـتگی بین‌المللی از ورشکستگی داخلی کم‌تر اســـت، اما از آنجا که ورشکستگی‌های بین‌المللی متضمن آثار مالی بسیار مهمی بوده و پای کشورهای مختلف به میان کشیده می‌شود، مطالعه آن‌ها حائز اهمیت است (اســـکینی، ۱۳۹۲: ۱۰). بدون تردید، یکی از چالش‌های اساســـی پیش روی دادگاه‌ها و قوانین داخلی هر کشـــور عبارت از نحوه مواجهه با ورشکســـتگی بین‌المللی، رفع تنش‌ها و مشـــکلات ناشـــی از پراکندگی اموال و بســـتان‌کاران در بیش از یک حوزه قضایی و نهایتاً، صدور رأیی است که با توجه به اختلاف مقررات کشورها در حقوق ورشکســـتگی و دیگر حوزه‌های مرتبط نظیر حقوق اموال، تعهدات، شرکت‌ها، اسناد تجاری و غیره قابلیت اجرایی داشته باشد. با در نظر گرفتن اهمیت تبیین فروع بحث ورشکســـتگی بین-المللی، در این مقاله ابتدا در دو بخش مجزا به تشریح مبانی نظری و استدلال‌های موافقان و مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده در این حوزه پرداخته و در پایان بر اســـاس یافته‌های حاصل از تحلیل ابعاد گوناگون به کارگیری اصل مزبور، به پرســـش اساســـی موجود پیرامون امکان یا عدم امکان اِعمال چنین اصلی در عمل،

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: غمامی و صانعیان، ۱۳۹۹: ۱٦۸-۱۷۳

پاسخ داده خواهد شد.

۱. موافقان کاربست اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی[1]

دیدگاه این گروه از نظریه پردازان بر این ایده استوار است که اگر تمرکز به جای شرکت ورشکسته، به قراردادهای آن با اعطا کنندگان وام یا اعتبار معطوف گردد، آن‌گاه بسیاری از مفاهیم موجود پیرامون ماهیت ورشکستگی متحول می‌شوند (Ras-mussen, 1992: 121). وام دهندگان به منظور تصمیم‌گیری پیرامون اعطای اعتبار به شرکت و قیمت‌گذاری نرخ سود آن، عوامل مختلفی از جمله احتمال بازپرداخت وام از سوی شرکت را بررسی می‌کنند. اگر وام دهنده با هیچ احتمالی برای ورشکستگی شرکت مواجه نباشد، نرخ سودی که مطالبه می‌کند نسبتاً کم است، اما با افزایش خطر ورشکستگی شرکت، نرخ سود مزبور ارتقا می‌یابد. وام دهنده در مقام ارزیابی، احتمال بازپرداخت مطالبات خود در فرض ورشکستگی شرکت را با توجه به قانون ورشکستگی موجود در نظر می‌گیرد؛ اگر قانون ورشکستگی اموال باقی‌مانده را میان سایر بستان‌کاران یا شرکای شرکت توزیع نماید، این امر سبب کاهش میزان دریافتی وام دهنده شده و او این میزان کاهش را با افزایش نرخ سودی که از شرکت مطالبه می‌نماید جبران می‌کند و متقابلاً وام دهنده نرخ سود خود را تا حدی که بتواند بازپرداخت قابل توجهی را در جریان ورشکستگی برای خود پیش‌بینی نماید کاهش می‌دهد. با برقراری ارتباط میان رژیم ورشکستگی موجود و تصمیم اولیه وام دهندگان برای اعطای اعتبار به شرکت، مشخص می‌شود که نحوه تعامل با بستان‌کاران در جریان ورشکستگی، چیزی بیش از یک شرط قراردادی نیست که شرکت آن را با بستان‌کاران منعقد نموده است. از این حیث حقوق ورشکستگی بخشی از معامله میان شرکت با بستان‌کاران بوده (Rasmussen, 1992: 56-58) و کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه آن علی‌الاصول بلامانع است.

این گروه از نظریه پردازان انتخاب خصوصی رژیم ورشکستگی را متضمن کارایی بیشتری دانسته و جایگزین‌های مبتنی بر اصل آزادی قراردادی را بر قانون‌گذاری ترجیح می‌دهند (Block-Lieb, 2000: 82). از میان این گروه، برخی با ارائه رویکردی

1. Contract Bankruptcy, Contractualism

افراطی قائل به نقشـــی بسیار جزئی برای دادگاه‌ها در فرآیند رسیدگی به ورشکستگی بوده و لغو تمام یا بخشی از قوانین ورشکستگی را ضروری می‌دانند (Adler, 1993: 323-333)؛ در حالی‌کـــه برخی دیگر ضمن پیشـــنهاد رویکردهای معتدل‌تر، معتقدند قوانین ورشکســـتگی موجود باید به عنوان «قوانیـــن تکمیلی» حفظ و در مواردی که توافقی بر خلاف آن‌ها وجود نداشته باشد اجرا شوند. آن‌ها همچنین مقررات آمره در حوزه ورشکســـتگی را به مثابه اســـتثنائاتی تلقی می‌کنند که تنها در موارد خاص و به پشتوانه توجیهات کافی، قابل پیش‌بینی می‌باشند (Rasmussen, 1992: 67).

دیدگاه موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکســـتگی، در سطح بین‌المللی به صورت امکان توافق آزادانه شرکت‌ها[1] و بستان‌کارانشان بر قانون حاکم و مرجع صلاحیت‌دار ظاهر شده (Anderson, 2000: 683) و مستلزم تحول یا انحراف اساســـی از قوانین فعلی نمی‌باشـــد، بلکه به شرکت‌ها اجازه می‌دهد تا در چهارچوب قوانین موجـــود، قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح را انتخاب نمایند.[2] البته به تناســـب خصیصه جمعی بودن ورشکستگی، هر انتخاب و توافقی تمام بستان‌کاران را خواه به واســـطه مذاکرات انجام شده یا فرض پذیرش[3] از سوی آنان، ملتزم می‌گرداند (War-ren & Westbrook, 2005: 1207).

معرفی و به کارگیری اصل حاکمیت اراده در ورشکستگی بین‌المللی با پذیرش

---

۱. کاربرد لفظ «شـــرکت‌ها» در این مقاله به دلیل غلبه حضور آن‌ها در مقایسه با اشخاص حقیقی، در عرصه مبادلات بین‌المللی می‌باشد.

۲. موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در قلمرو ورشکستگی بین‌المللی، مدل‌های مختلفی را پیشنهاد نموده‌اند؛ یک مدل مبتنی بر انعقاد قرارداد میان بدهکار و تمامی بستان‌کاران در زمان وقوع ورشکستگی بوده و مدل دیگر بر اســـاس توافق بدهکار با اکثریت بســـتان‌کاران ارائه شده است. با توجه به این‌که در مدل اول تحقق اتفاق نظر میان همه بســـتان‌کاران ناممکن بوده و مدل دوم متضمن تحمیل آثاری بر اقلیت بســـتان‌کاران بر خلاف انتظارات اولیه ایشان می‌باشد، مدل سومی نیز پیشنهاد گردیده است کـــه به موجب آن، انتخاب قانون حاکم و حوزه قضایی ذی‌صلاح از فهرســـتی از گزینه‌های موجود، توســـط شرکت در زمان تشکیل آن و در اساســـنامه صورت می‌پذیرد و همه بستان‌کاران می‌توانند با مراجعه به اساسنامه از مفاد چنین انتخابی آگاهی یافته و تأمین کنندگان اعتبار نیز بر مبنای آن نسبت به ورود به روابط قراردادی با شرکت اتخاذ تصمیم می‌نمایند. مباحث این مقاله عمدتاً بر مبنای مدل اخیر ارائه گردیده است.

۳. ورود اشخاص به روابط مالی با شرکت در حالی که نظام قانونی و قضایی منتخب از سوی شرکت در فرض ورشکســـتگی احتمالی آن در اساسنامه و بعضاً در اسناد بدهی آن درج شده، به مثابه توافق با نظام انتخابی شـــرکت تلقی گردیده است، ولو این‌که این مسأله به‌طور خاص مورد مذاکره طرفین قرار نگرفته باشد.

یا رد یکی از دو نگرش جهان شـــمولی (وحدت)[1] یا سرزمینی (چندگانگی)[2] یا یکی از نگرش‌های میانه[3] موجـــود در این حوزه، ملازمه‌ای ندارد. دیدگاه قائلان به کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکســـتگی بین‌المللـــی در عرض نگرش‌های مزبور قرار داشـــته و محتوای انتخاب و توافق اشخاص ممکن است بعضاً بر خصایص یکی از آن‌ها منطبق گردد. برای مثال، یک شـــرکت بین‌المللی ممکن است با توافق بر یک حـــوزه قضایی و یک نظام قانونی برای همه اجزا و واحدهای خود، برخی از اوصاف رویکرد جهان شـــمولی را در انتخاب خود بازتاب دهد و یا با برگزیدن حوزه قضایی و نظام قانونی محل وقوع هر یـــک از اجزای تابعه به صورت جداگانه، به مؤلفه‌های رویکرد سرزمینی نزدیک شود (Eidenmueller, 2005: 433).

کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکســـتگی بین‌المللی حســـب ادعای موافقان، علاوه بر برآورده ساختن انتظارات طرف‌ها و قطعیت نسبی در تعیین حقوق آن‌ها، متضمن آثار دیگری نیز می‌باشـــد که در ادامه به آن‌ها پرداخته و از این رهگذر، جزئیات بیشتری از این دیدگاه بیان خواهد شد.

۱-۱. ارتقای کارایی

قانون‌گذار حســـب طبیعت و ذات خود قوانینـــی را تصویب می‌کند که گروه وسیعی از اشخاص را در بر می‌گیرد. بر این اساس قانون ورشکستگی نیز ضمن ارائه دسته‌ای از شرایط استاندارد، قواعد کلی را در زمینه ورشکستگی برای همه شرکت‌ها تبیین می‌نماید و این در حالی اســـت که شرکت‌ها از جهت اندازه و پیچیدگی بسیار متنوع‌اند.

اظهار این امر که قانون ورشکســـتگی بحران مالی بدهکار را به بهترین شـــکل حل و فصل می‌کند، از سوی نظریه پردازان موضوع بحث به شدت مورد اعتراض قرار گرفته و تصور این امر که قانون ورشکســـتگی واحد صرف نظر از محتوای آن، برای همه شرکت‌ها قاعده‌ای مطلوب می‌باشد، با تردید جدی مواجه شده است. متخصصان

---

1. Universalism
2. Territorialism
۳. رویکردهای جهان شـــمولی تعدیل شـــده (modified universalism)، ســـرزمینی تعدیل شده (modified territorialism) و سرزمینی مبتنی بر تعامل (cooperative territorialism) از جمله این نگرش‌های میانه به شمارمی آیند.

پیش‌گفته معتقدند آزادی اشـــخاص در انتخاب قانون سبب التفات به نیازهای خاص هر یک از آن‌ها و از نظر اقتصادی به کارایی بیشـــتر منجر می‌شـــود و این بدان سبب اســـت که هر انســـان متعارفی به دنبال به حداکثر رسانیدن رفاه خویش بوده و دانش متعارفی نیز از اولویت‌های خود دارد که به غیر از خود شخص هیچ‌کس از آن آگاهی ندارد؛ بنابراین اشـــخاص وارد یک موافقت‌نامه انتخاب قانون نمی‌شـــوند مگر این‌که معتقد باشـــند در وضعیت بهتری قرار می‌گیرند (نیکبخت و عیوض‌پور، ۱۳۹۰: ۳۳)؛ بدین ترتیب اگرچه اشخاص ممکن است لزوماً در همه موارد مطلوب‌ترین انتخاب را انجام ندهند، اما در مقایسه با قانون‌گذار عملکرد بهتری دارند. شرکت‌ها برای انتخاب قواعد ورشکســـتگی، به نحوی که ارزش دارایی خود را به حداکثر برســـانند، نسبت به حکومت‌ها در موقعیت مناسب‌تری قرار دارند. از طرف دیگر حقوق ورشکستگی بزرگ‌ترین عامل نهایی در سرمایه‌گذاری بین‌المللی و گسترش تأمین اعتبار بین‌المللی بـــوده (داراب‌پور و دیگـــران، ۱۳۹۶: ۳۲۲) و قابلیت تعیین قواعـــد آن در زمانی که ســـرمایه‌گذاران و وام دهندگان اقدام به اعطای اعتبار به شـــرکت مزبور می‌نمایند بر کارایی قراردادهای منعقده و کاهش نرخ ســـود اعتبار اثرگذار اســـت. چنین وضعی علاوه بر کاهش هزینه تأمین منابع مالی برای شرکت‌ها و جذب سرمایه، در بازارهای رقابتی به کاهش هزینه‌های تأمین کالاها و خدمات منتهی می‌شـــود که این امر به نفع همه مصرف کنندگان خواهد بود (Block-Lieb, 2001: 528).

مطابق این دیدگاه همچنین شـــرایط یک شـــرکت در طول زمان تغییر یافته و قانون ورشکســـتگی یا مرجع ذی‌صلاح منتخب در زمان شروع به کار شرکت، ممکن اســـت در دوره رشد آن انتخاب کارآمدی نباشد؛[1] بنابراین نظامی که جواز انتخاب را در این حوزه مقرر می‌دارد باید در عین ایجاد محدودیت برای سوء استفاده و اقدامات فرصت طلبانه، اِعمال تغییرات مورد نیاز را مجاز شـــمارد و میان منافع مشروع شرکت در ایجاد چنین تغییری از یک‌ســـو و منافع قانونی بستان‌کاران در حفظ حقوق‌شان از

۱. تأثیر اجتناب‌ناپذیر تغییر احتمالی شرایط در آینده بر توافقات و قراردادهایی که به ویژه در روابط بلندمدت بازرگانی تنظیم می‌گردند یکی از مسائلی است که به‌طور کلی در بحث از قراردادها و تحقق کارایی مورد انتظار از آن‌ها مورد توجه قرار می‌گیرد. برای مطالعه بیشـــتر، بنگرید به: طالب احمدی، ۱٤۰۳: ۲۲۵-۲۱۹.

سوی دیگر تعادل برقرار نماید.[۱]

۲-۱. کاهش هزینه‌ها

موافقانِ کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی معتقدند قوانین آمره موجود تنها پس از وقوع ورشکستگی، از مجرای قواعد قانونی و به پشـــتوانه نظام قضایی مداخله کرده و برای رفع بحران مالی حادث، چاره اندیشـــی می‌نمایند و این در حالی است که اجرای آن‌ها جامعه را متحمل هزینه‌های هنگفتی می‌گرداند. چنان‌چه زمان این چاره‌اندیشـــی از هنگام وقوع ورشکســـتگی به هنگام انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاران و تأمین کنندگان اعتبار با شرکت منتقل گردیده و ســـازکارهای قراردادی و مبتنی بر حاکمیت اراده ایشان با گذر از قواعد آمره عمومی به ســـوی قواعد تکمیلی خصوصی، معتبر شناخته شـــوند، بسیاری از هزینه‌های غیر ضروری تقلیل می‌یابند و این بدان ســـبب است که اشخاص با انتخاب آزادانه قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح، داوطلبانه به مفاد قرارداد خود ملتزم شـــده و آگاهانه به آثار الزام‌آور ناشی از آن رضایت می‌دهند (Block-Lieb, 2001: 510, 513).

ایـــن گروه از نظریه پردازان در مقابل، دیدگاه پیشـــنهادی خود بر مبنای اصل حاکمیت اراده را متضمن هزینه قابل توجهی ندانســـته و در اثبات این ســـخن چنین اســـتدلال می‌کنند که شـــرکت‌ها قانون حاکم و مرجع رسیدگی کننده به ورشکستگی احتمالی را از بدو تشـــکیل، انتخاب و در اساســـنامه خود منعکس می‌نمایند و از این طریق به تأمین کنندگان ســـرمایه و اعتبار این امکان را می‌دهند تا با ســـهولت، بدون صرف هزینه و تنها با مراجعه به اساســـنامه، از نظام قانونی حاکم و مرجع ذی‌صلاح منتخب در فرض وقوع ورشکستگی آگاهی کسب کرده و ضمن ارزیابی این انتخاب و دیگر شـــرایط مؤثر، نسبت به اعطای اعتبار به شـــرکت تصمیم‌گیری و در صورت تمایل به عقد قرارداد با شـــرکت، با شرط مندرج در اساسنامه آن نیز موافقت نمایند. به علاوه در ســـطح بین‌المللی عموماً شـــرکت‌های چند ملیتی بزرگی وجود دارند و

---

۱. در این باره راه حل‌های گوناگونی پیشـــنهاد گردیده اســـت؛ یک راه حل مقرر داشتن فاصله زمانی مشـــخصی میان زمان ایجاد تغییر و زمان مؤثر واقع شـــدن آن است. این امر از تغییر انتخاب ناشی از بحران مالی قریب‌الوقوع جلوگیری می‌کند. راه حل دیگر آن است که بستان‌کاران شرطی را در قرارداد اعطای اعتبار خود گنجانیده و تغییر را به مثابه «تقصیر» تلقی نمایند. چنین شـــرطی به وام دهنده این امکان را می‌دهد که چنان‌چه تغییر را واجد آثار ســـوء بر شـــرایط قرارداد خود بداند، رابطه‌اش را با بدهکار خاتمه یا مورد مذاکره مجدد قرار دهد (Rasmussen, 2000: 2264).

اشـــخاصی که درصدد انعقاد قرارداد با آن‌ها می‌باشـــند، می‌توانند اطلاعات زیادی را پیرامون این شـــرکت‌ها و وضعیت مالـــی و اعتباری آن‌هـــا، در ازای هزینه‌ای اندک تحصیـــل نمایند. با این وصف، عمده‌تریـــن هزینه متصور در این دیدگاه عبارت از به دســـت آوردن آگاهی از جزئیات قواعد مندرج در نظام منتخب می‌باشد که البته، این هزینه تنها در صورتی قابل تصور است که شرکت‌ها در اساسنامه خود قانون و حوزه قضایی کشـــوری را غیر از آنچه که مطابق قوانین حل تعارض مقرر گردیده برگزیده باشـــند؛[1] در این فرض نیز شرکت‌ها احتمالاً از میان قوانین ورشکستگیِ تعداد محدود و مشخصی از کشورها که به کارآمدی در این زمینه شناخته می‌شوند، دست به انتخاب می‌زنند. مضافاً این‌که شرکت‌ها در مذاکره با اشخاصی که قصد سرمایه‌گذاری و انعقاد قرارداد با آن‌ها را دارند، با انگیزه کاهش هزینه دریافت وام و اعتبار، هزینه‌هایی را که این اشخاص ممکن است برای تحقیق پیرامون قانون و حوزه قضایی منتخب متحمل شوند خود بر عهده گرفته و تلاش می‌کنند تا اطلاعات لازم و کافی را در اختیار آن‌ها قرار دهنـــد. در نتیجه هزینه چنین انتخابی چندان زیـــاد نخواهد بود (Rasmussen, 2000: 2262-2261).

۳-۱. افزایش کیفیت قوانین ورشکستگی کشورها

کاربرد اصل حاکمیت اراده به عـــنوان قاعده حل تعارض در ورشکســـتگی بین‌المللی، فرصت‌های متنوع و چشم‌اندازهای وسیعی را برای رقابت میان نظـام‌های قانونی کشـــورها به دســـت می‌دهد؛ انتخاب نظام قانونی و قضایی یک کشـــور برای رســـیدگی و حـــل و فصل مسائل ناشی از ورشکـــستگی بین‌المللی، از یک‌سو به معنای ایجاد فرصـــت‌های شـــغلی هر چه بیشتر برای وکلا، حســـاب‌داران و دیگر متخصـــصان مرتبط با حوزه ورشکستگی در آن کشور بوده و از ســـوی دیگر، سطح اعتبار دادگـــاه‌های کشور را در عرصه بین‌المللی ارتقا می‌دهد و با افزایش درآمدهای حاصـــل از ارائه خدمات قضایی و دادرســـی، به تأمین منابـــع مالی لازم برای اجرای دیگر برنامه‌های حقوقی و قضایی در آن کشور کمک می‌کند (McCormack, 2009:

---

۱. چنان‌چـــه نتیجه اعمال اصل حاکمیت اراده و نیز نتیجه به کارگیـــری قواعد قانونی حل تعارض، هر دو بر نظام قانونی و قضایی یک کشـــور منطبق گردند، کاربرد اصل حاکمیت اراده در مقایســـه با مقررات قانونی، متضمن هیچ هزینه اضافی از باب تحصیل آگاهی در خصوص جزئیات قوانین کشور مذکور نخواهد بود.

180). در چنین شرایطی قـانون‌گذاران با هدف افزایش احتـمال انتخاب قانون کشور متبوع خود به عنوان قانون حاکم، میزان کارایی نظام قانـــونی کشـــورشان پیرامون ورشکســـتگی را بر مبنای مؤلـــفه‌های مختلفی هم‌چون سرعت رسیدگی، هـــزینه دادرسـی، تأثیر قـوانین بر جذب سرمایه‌های بین‌المللی و ... ارزیابی نموده و مقررات آن را در صورت نیاز بازبینی و اصلاح می‌کنند. دادگاه‌ها نیز با ارائه تفاســیر کارآمد از قـــوانین کشـــور مقرّ و عملکرد هر چه بهتر، در راستای ارتقای سطح اعتبار خود در جـهان تلاش می‌نمایند.

بـــا نفوذ اصـــل حاکمیـــت اراده به قلمـــرو ورشکســـتگی بین‌المللی، حقوق ورشکســـتگی دیگر از فرایند رقابت بین‌المللی مصون نمی‌مانـــد (Eidenmueller, 2005: 434). آزادی انتخاب زمینه رقابت میان نظام‌های قانونی کشورهای مختلف و هم‌چنین ظهور پویایی و نوآوری را در آن‌ها فراهم می‌آورد و به کشـــورها این امکان را می‌دهد تا با طرح ایده‌های مبتکرانه برای پیروزی در این رقابت تلاش نمایند و در مســـیر دستیابی به مقبولیت عمومی در عرصه بین‌المللی گام بردارند. بدون تردید این امر در نهایت و در نگاهی کلی به افزایش ســـطح کیفیت قوانین ورشکستگی کشورها منتج می‌گردد.

٤-١. تحقق استقلال و حاکمیت اراده فردی

موافقانِ کاربرد اصل حاکمیت اراده به عنوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللـــی بر این باورنـــد که حقوق بین‌الملل خصوصی بر مفهـــوم توافق داوطلبانه میان طرف‌های روابط حقوقی بنا نهاده شـــده اســـت (Rasmussen, 1997: 4). این گـــروه از نظریه پردازان بر مبنای چنین عقیـــده‌ای، دامنه توافق خصوصی را به قلمرو ورشکستگی بین‌المللی گسترش داده و از انتخاب فردی در این حوزه حمایت می‌کنند و دادگاه‌ها را جز در صورتی که اجرای توافق منعقده ناعادلانه، غیرمعقول و یا مخالف با سیاســـت‌های بنیادین کشور مقرّ آن‌ها باشـــد، مکلف به شناسایی و اعمال مفاد آن می‌دانند (Rasmussen, 1997: 32-35).

قائلان به این دیدگاه بر این نکته تأکید نموده‌اند که ورود اصل حاکمیت اراده و بســـترهای قراردادی به عرصه ورشکستگی بین‌المللی فرصت انتخاب آزادانه قانون حاکم و دادگاه صالح را به تناســـب شرایط موجود، برای اشخاصی که از ورشکستگی

احتمالی تأثیر خواهند پذیرفت ایجاد می‌کند و مانع از دخل و تصرف اجباری قوانین در اموال آن‌ها می‌شـــود. محتوای چنین قراردادهایی تنها اشخاصی را که مستقیماً در انعقاد آن‌ها دخالت داشته‌اند، ملتزم کرده و متضمن آثار تبعی یا هزینه‌های جانبی برای اشخاص ثالث نمی‌باشند (Rasmussen, 1997: 34). مطابق این دیدگاه تعهدات، آثار و هزینه-های مترتب بر اشخاص درگیر در فرایند رسیدگی به ورشکستگی بین‌المللی طبق قاعده حاصل توافقات پیشـــین ایشـــان بوده و یا از اراده خود آن‌ها مبنی بر عدم انعقـــاد قرارداد و پذیرش محتوای قوانین تکمیلی نشـــأت می‌گیرنـــد و از این منظر، شـــرکت‌ها و بستان‌کارانشـــان در شـــرایطی که خلاف انتظارات و پیش‌بینی‌های آنان باشـــد واقع نمی-شوند. حاصل چنین تعبیری آن است که به کارگیری اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکســـتگی بین‌المللی جایگاه اراده مستقل فردی را ارتقا می‌دهد و از تحمیل آثار ناخواســـته بر اشـــخاص و اموال متعلق به آن‌ها که در نظام قوانین آمره عمومی بسیار محتمل است جلوگیری می‌نماید.

۲. مخالفان کاربســـت اصل حاکمیت اراده به عنـــوان قاعده حل تعارض در ورشکستگی بین‌المللی

زمانی که بدهکار از ایفای تعهدات مالی خود بازمانده و ورشکســـته می‌شود، دارای مقادیری از دارایی و اموال اســـت و رقابت بر سر این دارایی‌ها و اموال چه بسا آخرین رقابت میان طرف‌های درگیر باشد. طبیعت ورشکستگی متضمن درگیر شدن اشخاص متعددی اســـت که هر یک نقش‌های اقتصادی متفاوتی در جامعه داشته، به طـــرق گوناگونی طـــرف روابط مالی با بدهکار واقع شـــده‌اند و دارای حقوق قانونی متنوعی هســـتند که این حقـــوق، خود در بازه‌های زمانی مختلفـــی ایجاد گردیده‌اند. چنانچه ورشکســـتگی به تصفیه دارایی شرکت ورشکسته بیانجامد، خطر بزرگی برای کارکنان، ســـهام‌داران و بســـتان‌کاران آن به شمار می‌آید و اشـــخاصی که در جریان رســـیدگی به ورشکســـتگی نتوانند مطالبات خود را وصول نمایند، متحمل زیان‌هایی می‌شوند که میزان آن‌ها بعضاً چشم‌گیر است. با چنین اوصافی، بروز رقابت و تعارض در منافع اشـــخاصی که از ورشکستگی بدهکار تأثیر می‌پذیرند امری غیرقابل اجتناب اســـت. ورشکســـتگی به مثابه موقعیتی اســـت که در آن جامعه تصمیم نهایی خود را پیرامون حیات یا مرگ یک تجارت و سهم هر یک از طرف‌های درگیر اتخاذ می‌نماید.

فرایند رسیدگی به ورشکستگی مجموعه‌ای از روابط اقتصادی و اجتماعی گسترده و متنوع را در بر می‌گیرد که نمی‌تواند در چهارچوب مضیق قراردادهای دوجانبه گنجانیده و بر اساس معیارهای کارایی قراردادی سنجیده شود (Warren & West-brook, 2005: 1254). در چنین شرایطی قانون‌گذار بهتر از هر شخص دیگری می‌تواند میان این طیف وسیع از اشخاص و منافع رقیب آن‌ها موازنه برقرار نماید. به علاوه در حوزه ورشکستگی تحقق کارایی و به حداکثر رسانیدن ارزش دارایی موجود نمی‌تواند به عنوان غایت اصلی مقررات ورشکستگی تلقی گردد، بلکه در این حوزه باید تدابیر لازم نیز برای کاهش آثار مخرب ورشکستگی بدهکار و حمایت از اشخاصی که حداقل توان ممکن را برای حمایت از خود در بازار دارند اتخاذ شود (Block-Lieb, 2001: 508-509). از این منظر ورشکستگی ارتباط وثیقی با نظم و منافع عمومی دارد و حل و فصل مسائل ناشی از آن مستلزم حاکمیت قواعد آمره غیرانتخابی در این حوزه می‌باشد؛ به نحوی که بتواند حمایت از حقوق همه طرف‌ها را تضمین نماید. قوانین فعلی موجود بر مبنای چنین برداشتی از مفهوم ورشکستگی تنظیم و تدوین شده‌اند.

این گروه از نظریه‌پردازان با اتکا به تعبیر اخیر از حقوق ورشکستگی و مبانی آن، دیدگاه قائلان به کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی را مملو از ادعاهای بی‌پایه و به دور از واقعیات جامعه جهانی می‌دانند که از هر دو جهت نظری و عملی با اشکالاتی مواجه می‌باشد (Anderson, 2000: 696). آنان بر این نظرند که کارایی مورد ادعای موافقان فرضی است که هرگز اثبات نگردیده (Warren & Westbrook, 2005: 1201) و کاربرد اصل حاکمیت اراده در این عرصه ناممکن است؛ اصل حاکمیت اراده که امروزه از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل خصوصی به حساب می‌آید، خود بر مبنای قواعد حقوقی و محدوده‌هایی که این قواعد بر این اصل قرار می‌دهند نمود می‌یابد. طرفین تنها در جایی می‌توانند نظام حاکم بر روابط خود را برگزینند که هنجاری که به لحاظ عینی حاکم است، چنین جوازی را به آن‌ها اعطا نماید؛ بنابراین قاعده حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی باید طرفین را در اعمال اراده قراردادی خود به عنوان یک عامل ارتباط[1] مجاز بشمارد تا آن‌ها بتوانند بر مبنای

۱. «عامل ارتباط» مندرج در قاعده حل تعارض، رابطه حقوقی مطروحه‌ای را که دارای عامل خارجی

چنین جوازی قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح را انتخاب نمایند (کاشار، ۱۳۹۰: ۱۵۵). به بیان دیگر محتوای قرارداد و اراده طرفین برای اعتبار و اجرا مستلزم پشتوانه قانونی و قضایی می‌باشد (Westbrook, 2000: 2304). علاوه بر وجود چنین مجذور قانونی پیش روی اعمال اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی، مخالفان ضمن پای‌بنـــدی به مبانی قوانین موضوعه فعلی، پذیرش اصل حاکمیت اراده را در قانون و به کارگیری آن را در عمل ممتنع شـــمرده و دیدگاه موافقان را متضمن آثار نامطلوب ذیل دانسته‌اند.

۱-۲. عدم تحقق کارایی

تصویـــری که از ســـوی قائلان بـــه کاربرد اصـــل حاکمیـــت اراده در حوزه ورشکســـتگی بین‌المللی ترسیم و مورد استناد واقع می‌شـــود، مبتنی بر فرض وجود گروه نسبتاً کوچکی از بســـتان‌کاران است که همه یا اکثریت آنان از سرمایه‌گذاران و وام دهندگانی هســـتند که از قدرت اثرگذاری بر انتخاب قانون حاکم و حوزه قضایی رســـیدگی کننده به ورشکستگی احتمالی شرکت برخوردار بوده و یا این‌که می‌توانند نرخ بهره اعتبار اعطایی خود را متناسب با شرایط شرکت و رژیم ورشکستگی منتخب از ســـوی آن تعیین نمایند (Warren & Westbrook, 2005: 1198, 1249)، اما در عالم واقع فرایند رسیدگی به ورشکستگی منحصراً میان اشخاصی که با شرکت روابط قراردادی داشـــته و در عین حال، از امکان مذاکره بر سر منافع خود برخوردار بوده‌اند جریان نمی‌یابد (Pottow, 2014: 210)؛ زمانی که شرکت بدهکار ورشکسته می‌شود بســـتان‌کاران با هر نوع و میزان از مطالبات، برای محاســـبه نهایی دارایی ورشکســـته گرد هم می‌آیند. معدود بســـتان‌کارانی با مطالبات کلان ممکن است با تعداد کثیری از بستان‌کاران دارای مطالبات خرد به رقابت بپردازند. بستان‌کاری که از مشاوره گروهی از متخصصان ذی‌ربط در مذاکره بر ابعاد گوناگون معاملات و روابط خود با شرکت بدهکار بهره گرفته، ممکن اســـت بر سر اموال آن با بســـتان‌کار دیگری رقابت نماید که تنها ســـبب ارتباط او با شرکت مزبور وقوع یک حادثه زیان‌بار بوده است؛ بنابراین توانایی بســـتان‌کاران در رصد فعالیت شرکت‌ها، ارزیابی ریسک ورشکستگی آن‌ها و

می باشـــد با قانون کشـــور معینی مرتبط می‌کند و قانون حاکم بر آن را تعیین می‌نماید (خمامی‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۷ و ٥٤).

قیمت‌گذاری اعتبارات اعطایی خود بسیار متفاوت است. از میان بستان‌کاران شرکت، در یک سر طیف وام دهندگان عمده و خبره‌ای نظیر بانک‌ها قرار دارند و در سر دیگر آن، بستان‌کاران ناشی از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی شرکت‌ها هستند که بدون اراده، با شرکت ارتباط یافته و از آن بستان‌کار گردیده‌اند. کارگران و تأمین کنندگان خرد کالاها و خدمات ممکن است در جایی در میانه این طیف باشند (Eidenmuel-ler, 2005: 436). در بین بستان‌کاران بعضاً مقامات مالیاتی و نهادهای ارائه دهنده خدمات عمومی نیز حضور دارند که نظر به ضرورت و اهمیت رسانیدن خدمات مزبور به اعضای جامعه، در زمینه امتناع از ارائه خدمت به شرکت‌های در معرض ورشکستگی و یا دریافت هزینه بیشتر متناسب با ریسک‌های مالی و نظام ورشکستگی منتخب شرکت‌ها، با محدودیت‌هایی مواجه‌اند. گروهی از بستان‌کاران به‌رغم رابطه قراردادی داوطلبانه با شرکت، فاقد تخصص لازم در ارزیابی احتمال ورشکستگی و تعیین شرایط قرارداد خود به تناسب آن می‌باشند و برخی دیگر نیز مبلغ مطالباتشان نسبتاً اندک است؛ به طوری که میزان ادعای احتمالی آن‌ها نمی‌تواند صَرف هزینه برای مذاکره و کسب اطلاعات لازم پیرامون رژیم ورشکستگی منتخب را توجیه نماید (Warren & Westbrook, 2005: 1216, 1230). با این وصف تعداد قابل توجهی از بستان‌کاران امکان مذاکره و تطبیق شرایط خود را با یک رژیم ورشکستگی جدید ندارند.

اشخاصی که حسب موقعیت خود قدرت مذاکره و چانه‌زنی بیشتری برای حفظ حقوقشان دارند، اغلب در برابر آن دسته از تدابیر قانونی که قدرت حاکمیت اراده آنان را به نفع سایر بستان‌کاران محدود می‌نمایند مقاومت می‌کنند. این گروه از بستان‌کاران طبق قاعده در خارج از فرایند ورشکستگی با روش‌هایی از قبیل دریافت وثیقه و تضمین، تلاش می‌کنند تا موقعیت خود را در برابر ریسک‌های ناشی از ورشکستگی احتمالی شرکت تثبیت نمایند. با توجه به این‌که قوانین و حوزه‌های قضایی مختلف با طبقات و دسته‌های متنوع بستان‌کاران در زمان ورشکستگی برخوردهای متفاوتی دارند، پذیرش کاربرد اصل حاکمیت اراده در این عرصه فرصت مضاعفی را در اختیار این گروه از بستان‌کاران قرار می‌دهد تا ضمن مذاکره و حتی اعمال فشار بر شرکت، به نحوی بر انتخاب یا تغییر نظام ورشکستگی منتخب اثر گذارند که منافع آن‌ها

تأمین و مطالباتشان هرچه بیشتر وصول گردد (Eidenmueller, 2005: 436). چنین شرایطی به تحمیل زیان بر سایر بستانکارانی که از این امکان بهره‌مند نیستند منجر شده و ناکارآمدی‌های حاصل از این وضعیت، تحقق کارایی ادعایی موافقان را منتفی می‌سازد (Warren & Westbrook, 2005: 1201-1202) و این در حالی است که پای‌بندی به قواعد آمره موجود در این حوزه و رعایت اصل تساوی بستانکاران از بروز چنین تبعاتی جلوگیری می‌نماید (دبیری قصرعاصمی و جعفری، ۱۴۰۲: ۲۲۳ و ۲۲۸). اصل تساوی بستانکاران و اعمال نظام جمعی و پرداخت عادلانه به تمامی آنان، از حیث اقتصادی منجر به ایجاد کارایی و افزایش اعتبارات تجارتی می‌شود و این بدان جهت است که بار کسری دارایی ورشکسته با درصدی ثابت بر همگان سرشکن گردیده و به هر بستانکاری اطمینان خاطر داده می‌شود که هیچ‌یک از دیگر بستانکاران نمی‌توانند با تمسک به طرق زیرکانه و مزورانه به تمام مطالبات خویش از دارایی بدهکار برسند و دست او را خالی گذارند. بدین ترتیب اعمال اصل برابری میان بستانکاران به نفع توسعه اعتبارات و منابع مالی بالقوه شرکت‌ها بوده و متضرر از رعایت اصل تساوی، تنها آن بستانکاری است که در نظر دارد به بهای تضییع حقوق سایرین به حداکثر مطالبات خود دست یافته و هیچ‌گونه ضرری را در ورشکستگی بدهکار متحمل نگردد (صقری، ۱۳۹۶: ۲۳۱-۲۲۹).

۲-۲. افزایش هزینه‌ها

به‌رغم ادعاهایی که موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی پیرامون کاهش هزینه‌ها مطرح کرده‌اند، به نظر نمی‌رسد که جایگزین‌های قراردادی هزینه کم‌تری نسبت به نظام‌های قانونی فعلی داشته باشند. پذیرش آزادی شرکت‌ها در انتخاب دادگاه صالح رسیدگی کننده به ورشکستگی مستلزم مداخله دادگاه کشوری است که چه بسا دفتر اصلی و اموال شرکت در حوزه قضایی آن قرار نداشته باشند. هم‌چنین آزادی اراده در تعیین قانون حاکم، شرکت‌ها را مجاز می‌دارد تا قوانین ورشکستگی خارجی را بر دادگاه‌های رسیدگی کننده به ورشکستگی تحمیل نمایند و این مسأله نه تنها به سهولت رسیدگی به ورشکستگی کمکی نمی‌کند، بلکه مسبب ایجاد هزینه‌های عمده‌ای نیز می‌باشد.[۱]

---

۱. برخی از موافقان به منظور رفع چنین ایرادی اظهار داشته‌اند که اگر چه اصولاً قواعد حل تعارض

هـــر چند پذیرش اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکســـتگی ممکن اســـت برخـــی هزینه‌های اجرایی بعدی را کاهش دهد، اما خود هزینه‌های جدیدی را بر این فرایند مترتب می‌گرداند. انعقاد قرارداد میان تأمین کنندگان اعتبار و شـــرکت متضمن هزینه‌های قابل توجهی برای کسب اطلاعات، مذاکره بر طرح‌های مختلف قراردادهای ورشکستگی و تحلیل آثار هر یک از آن‌ها بر منابع اعتباری بالقوه بوده و این در حالی اســـت که هزینه‌های مزبور با وجود یک نظام قانونی آمره در حوزه ورشکستگی قابل اجتناب می‌باشند. در دیدگاه موافقان منافع حاصل از به کارگیری اصل حاکمیت اراده تنها در نبود هزینه‌های معاملاتی تضمین شده است؛ در حالی که هیچ قراردادی بدون هزینه منعقد نمی‌گردد. تحقیق و تحصیل اطلاعات پیرامون رژیم ورشکستگی منتخب شرکت و هم‌چنین بررســـی آثار رژیم مزبور بر بستان‌کاران طرف مذاکره، هزینه‌هایی را به بار می‌آورد. در جهانی که دادگاه‌ها شـــروط انتخاب نظام حاکم بر ورشکستگی را به اجرا درآورند، بســـتان‌کاران مجبور می‌شوند تا اساســـنامه شرکت بدهکار را از مراجع ثبتی مربوطه به دست آورند، قواعد احتمالاً پیچیده اساسنامه را در مواردی که حاکم بر ورشکســـتگی می‌باشـــد تحلیل نمایند، وضعیت اولویت ادعای خود و دیگر بستان‌کاران را به موجب قانون کشور منتخب ارزیابی کنند و میزان کارایی نظام پیچیده ورشکســـتگی آن کشور را که ریشـــه در مبانی و فرهنگ حقوقی جامعه مزبور دارد، آن‌گونه که واقعاً عمل می‌کند بسنجند (LoPucki, 1999: 739). این تحلیل‌ها باید به تعداد بستان‌کاران شـــرکت‌ها انجام شوند و در طول حیات شرکت‌ها نیز تداوم یابند؛ بستان‌کاران برای آگاهی از تغییرات صورت گرفته در انتخاب شرکت، مجبور خواهند بود تا جست‌وجو و تحلیل خود را در فواصل زمانی تکرار نمایند و همه این بررسی‌ها و هزینه‌ها در حالی صورت می‌پذیرد که ممکن اســـت وقوع ورشکستگی شرکت تنها یک احتمال بعید باشد (LoPucki, 2000: 2244-2250).

میان تشخیص قانون حاکم و تعیین مرجع صالح تمایز قائل می‌شوند، اما در حوزه ورشکستگی انطباق این دو مقوله بر یکدیگر امری منطقی به شـــمار می‌آید؛ قواعد ورشکســـتگی قواعدی بسیار پیچیده بوده و انتظار اعمال صحیح و دقیق قانون ورشکســـتگی یک کشور از سوی دادگاه کشوری دیگر غیر واقع‌بینانه اســـت و به علاوه دادگاه‌ها در مســـائل بین‌المللی عموماً تمایل به اعمال قوانین کشور مقرّ خود دارند. حســـب ملاحظات عملی پیش‌گفته، تطابق بحث صلاحیـــت دادگاه‌ها و قانون حاکم در حوزه ورشکستگی بین‌المللی، در دیدگاه مبتنی بر کاربرد اصل حاکمیت اراده نیز مجرا بوده و پذیرش این دیدگاه را از سوی نظام‌های قانونی کشورها تسهیل می‌نماید (Rasmussen, 1997: 33-34).

برخی از موافقان کاربرد اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی در مواجهه با چنین نقدی، ایجاد یک فهرست از سوی قانون‌گذار مشتمل بر نظام‌های قانونی و قضایی قابل انتخاب را پیشنهاد نموده و در واقع برای انتخاب شرکت قائل به محدودیت شده‌اند.[۱] اگرچه این طرح به طور چشم‌گیری هزینه کسب اطلاعات را کاهش می‌دهد، اما این امر خود در قبال هزینه قابل توجهی صورت می‌پذیرد و فواید و آثار مثبت قراردادگرایی را که حسب ادعای موافقان مستقیماً از تنوع انتخاب‌های ممکن و کارایی حاصل از مذاکرات فردی در بازار به دست می‌آیند تا حدود زیادی منتفی می‌سازد (Warren & Westbrook, 2005: 1242).

۳-۲. تبدیل شدن نظام قانونی و قضایی برخی کشورها به گریزگاه بدهکاران

مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده در قلمرو ورشکستگی بین‌المللی بر این عقیده‌اند که اگر چه نظام انتخاب قراردادی ممکن است حسب ادعای موافقان، تمایلی را به ارتقای سطح کارایی به وجود آورد، اما در عین حال ظرفیت و فرصت قابل توجهی را نیز برای تأمین منافع بدهکار و گروه محدودی از بستان‌کاران ایجاد می‌نماید (LoPucki, 2000: 2250) که این امر با توجه به محدودیت اموال باقیمانده ورشکسته می‌تواند به تحمیل هزینه و زیان‌هایی بر دیگر بستان‌کاران منتهی گردد. شرکت بدهکار و آن دسته از بستان‌کارانی که از قدرت مذاکره و اثرگذاری بر انتخاب شرکت برخوردارند، لزوماً به دنبال انتخاب کارآمدترین نظام ورشکستگی نیستند، بلکه ممکن است در جست‌وجوی نظام قانونی و قضایی کشوری باشند که بیش از همه منافع خود آن‌ها را تأمین می‌نماید.[۲] با این وصف بیشترین شانس انتخاب از آنِ

---

۱. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: Rasmussen, 1992: 53-54

۲. به عمل جست‌وجوی صورت گرفته از سوی اشخاص، به منظور یافتن و انتخاب قلمرو قضایی و دادگاه کشوری که برای استماع و رسیدگی به ادعاهای آنان، مساعدترین گزینه به شمار می‌آید، اصطلاحاً فروم‌شاپینگ (forum shopping) اطلاق می‌گردد؛ در حالی که برخی صاحب‌نظران جست‌وجو و انتخاب قلمرو قضایی کشوری را که به تناسب ادعاها و منافع هر شخص دارای مطلوب‌ترین قوانین ماهوی و شکلی یا مناسب‌ترین شرایط رسیدگی باشد، امری طبیعی و نتیجه اجتناب‌ناپذیر انتخاب اشخاص تلقی می‌کنند، برخی دیگر این مسأله را تهدیدی برای اصل اِعمال برابر قانون، متضمن اقدامات فرصت‌طلبانه و منافع غیرموجه به سود بعضی اشخاص و در عین حال مستلزم نادیده گرفتن سیاست‌های تقنینی و قضایی کشورهای دیگر می‌دانند (McCormack, 2014: 822-824).

کشورهایی که کارآمدترین قوانین ورشکستگی را دارند نبوده، بلکه متعلق به آن دسته از کشورهایی است که قوانین ورشکستگی آن‌ها برای اشخاص دخیل در امر انتخاب، مطلوب‌ترین گزینه و با منافع آن‌ها سازگار باشد؛[1] چنین امری می‌تواند بر طراحی نظام‌های ورشکستگی از سوی قانون‌گذاران کشورها و اصلاح قوانین آن‌ها تأثیر منفی گذاشته و آن‌ها را به لحاظ مؤلفه‌هایی جز تحقق کارآمدی و ارتقای کیفی قوانین سوق دهد. هم‌چنین کاربرد اصل حاکمیت اراده و رقابت دادگاه‌ها بر سر افزایش سهم خود از پرونده‌های ورشکستگی بین‌المللی ممکن است دادگاه‌های رسیدگی کننده به این مسأله را از حالت بی‌طرفی خارج کرده و سبب سهل‌گیری آنان نسبت به بدهکارانی که پرونده خود را به نحوی از انحاء در حوزه صلاحیت آنان واقع ساخته‌اند و یا حتی چشم‌پوشی از تقلب و تقصیر چنین بدهکارانی گردد (McCormack, 2009: 182-183).

٤-٢. عدم تحقق واقعی استقلال و حاکمیت اراده فردی

مخالفان به کارگیری اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی، در نقد دیدگاه موافقان چنین بیان داشته‌اند که اراده‌ای که به بستان‌کاران در خصوص توافق بر نظام قانونی یا قضایی منتخب شرکت در فرض وقوع ورشکستگی آن منتسب می‌شود، در بسیاری از موارد قابل احراز نیست. از آن‌جا که اشخاص در زمان سرمایه‌گذاری و تأمین اعتبار برای شرکت، کم‌تر به احتمال ورشکستگی آن و جزئیات حقوقی این امر توجه دارند، اساساً قصد و اراده‌ای در این خصوص برای آن‌ها متصور نمی‌باشد. این نظریه پردازان بر این باورند که در دیدگاه موافقان در اکثر موارد، آنچه به عنوان قانون حاکم و مرجع ذی‌صلاح تلقی می‌شود، تجلی اراده واقعی طرفین نیست؛ بسیاری از بستان‌کاران اساساً فاقد هرگونه رابطه قراردادی و ارادی با

---

۱. شرکت بدهکار و مدیران آن طبق قاعده در جست‌وجوی نظام قانونی و قضایی کشوری می‌باشند که در فرض بحران مالی شرکت، با استفاده از سازکار تجدید سازمان (reorganization) به جای تصفیه (liquidation)، تداوم حیات آن را به عنوان شرکتی دایر و فعال تضمین کرده و مدیران سابق را نیز در سمت خود ابقا نماید. بستان‌کاران عمده و خبره‌ای که از قدرت مذاکره و اثرگذاری بر نظام منتخب ورشکستگی برخوردارند نیز در این زمینه به عواملی همچون دریافت بخش بیشتری از مطالبات خود، اولویت و ترجیح بر سایر بستان‌کاران و حفظ اعتبار معامله، مطالبه و وثیقه خود توجه می‌کنند. لحاظ چنین عناصری از سوی شرکت، مدیران و بستان‌کاران مزبور در حالی صورت می‌پذیرد که ممکن است به نفع همه طرف‌های درگیر نباشد و در نگاهی کلی منجر به ارتقای سطح کارایی نشود.

شـــرکت بوده و از میان بستان‌کارانی نیز که داوطلبانه طرف قرارداد با شرکت بدهکار واقع شده‌اند، عده زیادی اطلاع دقیقی از محتوای انتخاب شرکت ندارند (LoPucki, 2000: 2244). به علاوه اگر چه قراردادها اصولاً تنها اشـــخاصی را که در انعقاد آن‌ها دخیل بوده‌اند متعهد می‌نمایند، اما در حوزه ورشکستگی هر قرارداد و توافقی بر همه بســـتان‌کاران شرکت اثر می‌گذارد؛ فرایند رسیدگی به ورشکستگی ناظر بر کل فعالیت اقتصادی و دارایی‌های ورشکســـته می‌باشـــد؛ لذا هر تصمیمی که در این رسیدگی‌ها اخذ می‌گردد، همه اشخاصی را که بدهکار در مقابل آن‌ها تعهدی دارد، در برمی‌گیرد و قلمـــروی آن بـــه طرف‌هایی که از قبل راجع به تأثیر ورشکســـتگی بر حقوق خود مذاکره کرده‌اند محدود نمی‌شـــود؛ بنابراین ترتیب اثـــر دادن به نظام قانونی و قضایی تعیین شـــده در یک قرارداد، حسب ماهیت جمعی رسیدگی‌های ورشکستگی مستلزم فرض پذیرش و متعهد ساختن همه بستان‌کاران یا تحمیل اجباری هزینه‌های ناشی از انتخاب مزبور بر آنان می‌باشد (Warren & Westbrook, 2005: 1214-1216) و از این منظر با به کارگیری اصل حاکمیت اراده در این حوزه، حقوق و منافع بسیاری از بستان‌کاران به صرف ادعای تحقق کارایی نادیده گرفته و استقلال اراده آنان مخدوش می‌گردد.

۵-۲. کاهش سطح پیش‌بینی پذیری

اســـتدلال دیگری که در دفاع از ماهیت غیر انتخابی قواعد حوزه ورشکستگی از سوی مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده اقامه می‌شود، عبارت از ضرورت وجود قواعدی اســـتاندارد و قابل پیش‌بینی در این زمینه می‌باشد. مطابق این دیدگاه، وجود نظام آمره قانونی در حل تعارض قوانین و صلاحیت دادگاه‌ها، امکان پیش‌بینی ســـیر امور حادث شـــده بر اثر ورشکســـتگی بین‌المللی را تا حدود زیادی فراهم آورده و منجر به تســـهیل آگاهی اشخاص متأثر از ورشکستگی از قواعد بازی می‌گردد؛ غالب وکلای حـــوزه تجـــاری می‌توانند بر مبنای تجارب حاصـــل از اعمال قواعد مزبور و با در نظر گرفتن عوامل ارتباط موجود، محاســـبه نســـبتاً دقیقـــی را از قانون حاکم و قلمرو قضایی ذی‌صلاح ارائه کرده و بر این اســـاس سرنوشـــت احتمالی ساختارهای معاملاتی مختلف را در فرض وقوع ورشکســـتگی شـــرکت برای اشخاصی که قصد ورود به روابط قراردادی با شـــرکت و تأمین منابع اعتباری آن را دارند از پیش تبیین

نمایند. سرمایه‌گذاران بر مبنای چنین محاسباتی می‌توانند ریسک‌های احتمالی را در نظر گرفته و شرایط قرارداد خود را متناسب با آن تعیین کنند. مدیران شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی نیز در طول زمان تجربیاتی را از نظام ورشکستگی موجود به دست آورده‌اند که این امر پیش‌بینی مسائل این حوزه را برای آن‌ها امکان‌پذیر می‌سازد (Warren & Westbrook, 2005: 1254)؛ بدین ترتیب پیش‌بینی سرنوشت احتمالی شرکت بدهکار و بستان‌کاران آن بر مبنای نظام آمره فعلی قابل تحقق است و نیازی به جایگزینی آن با نظام انتخاب قراردادی که بیش از همه در گروی انتخاب‌های احتمالی شرکت و تغییرات بعدی آن بوده و آگاهی بسیاری از بستان‌کاران نسبت به مفاد چنین انتخابی متعسر و یا حتی متعذر می‌باشد، احساس نمی‌شود.

برآمد

۱- وجود عامل خارجی در مجموعه روابط حقوقی مطروحه در ورشکستگی بین‌المللی، تعیین قلمرو قضایی ذی‌صلاح و قانون حاکم را پیش از هر امر دیگری ایجاب می‌نماید. در کنار رویکردهای متنوعی از قبیل رویکرد سرزمینی، جهان شمولی و صورت‌های تعدیل‌شده آن‌ها که سال‌ها در منابع مختلف مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند، برخی ایده نسبتاً جدیدی را مبنی بر به کارگیری اصل حاکمیت اراده در حوزه ورشکستگی بین‌المللی مطرح نموده‌اند. این گروه آمره و غیرانتخابی بودن قواعد حل تعارض در این حوزه را به چالش کشیده و همگام با توسعه دامنه اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌المللی خصوصی، به تمهید و تبیین مبانی نظری لازم برای تسری اصل مزبور به حوزه ورشکستگی بین‌المللی پرداخته‌اند. آنان با اتخاذ نگاهی اقتصادی و با هدف به حداکثر رسانیدن ارزش دارایی‌های ورشکسته، مدل‌هایی را به منظور اجرای این اصل در قلمرو ورشکستگی بین‌المللی ارائه نموده و در توجیه دیدگاه خود، عمدتاً به ارتقای سطح کارایی، کاهش هزینه‌ها، افزایش کیفیت قوانین ورشکستگی و استقلال اراده فردی در نتیجه اعمال این اصل اشاره کرده‌اند. در مقابل، عده‌ای دیگر با پایبندی به مبانی مقررات فعلی، در صحت اصول دیدگاه و نتایج مورد ادعای موافقان تردید نموده و معتقدند که دیدگاه موافقان علاوه بر آن‌که نمی‌تواند در ارتقای سطح کارایی و کاهش هزینه‌ها مؤثر واقع شود، نظام قانونی و قضایی برخی کشورها را نیز به گریزگاه بدهکاران تبدیل می‌نماید و مانع از استقلال و حاکمیت اراده اشخاص و قابلیت پیش‌بینی نتایج می‌گردد.

۲- با نگاهی به مجموع مطالب پیش‌گفته پیرامون مبانی دیدگاه و استدلال‌های موافقان و مخالفان کاربرد اصل حاکمیت اراده، چنین دریافت می‌گردد که موافقان، خود در ارائه مدلی مطلوب برای اجرای اصل حاکمیت اراده با اختلافات قابل توجهی مواجه می‌باشند، مضافاً این‌که آثار مورد ادعای آنان فاقد هرگونه پشتوانه عملی و تجربی بوده و بر مبنای صرف نظری ارائه گردیده‌اند. ورشکستگی آن هم در سطح بین‌المللی، مقوله‌ای بسیار پیچیده و دارای ابعاد گوناگون اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی می‌باشد و تأکید بیش از اندازه بر یکی از این ابعاد ممکن است منجر به غفلت از اهمیت سایر ابعاد آن گردد. اقتضائات خاص مفهوم ورشکستگی از قبیل ماهیت

جمعی، ارتباط با نظم و منافع عمومی، کثرت اشخاص متأثر از ورشکستگی، تعارض منافع و حقوق اشخاص و بالاخره محدودیت دارایی ورشکسته، آن را به‌طور خاص به گزینه‌ای نامناسب برای اعمال اصل حاکمیت اراده تبدیل می‌کند؛ بنابراین قانون‌گذار به عنوان نماینده جامعه، با وضع مقررات مربوطه، بهتر از هر شخص دیگری می‌تواند جوانب مختلف ورشکستگی و منافع متعارض را در نظر گرفته و ضمن برقراری توازن در آن‌ها، تحقق اصل برابری را که از اصول مهم پذیرفته شده در نظام‌های ورشکستگی می‌باشد تا حد ممکن تضمین نماید؛ بنابراین حفظ نظام آمره موجود در حل تعارض قوانین و صلاحیت‌ها که به تناسب اقتضائات خاص این حوزه طراحی شده است و در عین حال اهتمام قانون‌گذاران و دادگاه‌ها به رفع نقایص و خلأهای احتمالی آن پیشنهاد می‌گردد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اســـکینی، ربیعا (۱۳۹۲)، **حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته**، چاپ هفدهم، تهران: سمت.

* الماســـی، نجادعلی (۱۳۹۵)، **حقوق بین‌الملـــل خصوصی**، چاپ پانزدهم، تهران: میزان.

* خمامی‌زاده، فرهـــاد (۱۳۸۷)، «**تعارض قوانین-تعریف و جایابی عامل ارتباط**»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۸.

* داراب‌پـــور، مهراب و همکاران (۱۳۹٦)، **چالش‌های حقوقی در مســـؤولیت‌های مدنی داخلی و بین‌المللی و راهکارهای توســـل به ورشکستگی بین‌المللی**، تهران: خرسندی.

* دبیری قصرعاصمی، مرضیه و جعفری، فیض‌الله (۱٤۰۲)، «**بررســـی داوری‌پذیری دعاوی دوران تصفیه امور ورشکستگی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.

* صقری، محمد (۱۳۹٦)، **حقوق بازرگانی: ورشکستگی**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* طالب احمـــدی، حبیب (۱٤۰۳)، «**انعطاف‌پذیـــری در قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.

* غمامی، مجید و صانعیـــان، علی‌اصغر (۱۳۹۹)، «**اعتبار قرارداد انتخاب دادگاه در حقوق بین‌الملل خصوصی و تأثیر آن در شناسایی و اجرای آراء خارجی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٤، شماره ۱۱۰.

* کابـــری، محمدمجد و اعظم انصاری (۱۳۹۸)، «**تأثیر حاکمیت اراده در صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها**»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۷.

* کاشار، اولیویه (۱۳۹۰)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، برگردان: رسول رضایی، تهران: مهر و ماه نو.

* نیکبخت، حمیدرضا و علی‌اصغـــر عیوض‌پور (۱۳۹۰)، «**اصل حاکمیت (آزادی) اراده به عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی (نگاهی به نظام حقوقی**

اتحادیه اروپا)»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۸، شماره ٤٤.

ب. انگلیسی

❋ Adler, B. E. (1993), **"Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy"**, Stanford Law Review, Vol. 45, No. 2.

❋ Anderson, K. (2000), **"The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience"**, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 21, Issue 4.

❋ Block-Lieb, S. (2001), **"The Logic and Limits of Contract Bankruptcy"**, University of Illinois Law Review, Vol. 2001, No. 2.

❋ Block-Lieb, S. (2000), **"The Politics of Privatizing Business Bankruptcy Law"**, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 74.

❋ Eidenmueller, H. (2005), **"Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe"**, European Business Organization Law Review, Vol. 6, Issue 3.

❋ LoPucki, L. M. (1999), **"Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach"**, Cornell Law Review, Vol. 84, Issue 3.

❋ LoPucki, L. M. (2000), **"The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy"**, Michigan Law Review, Vol. 98, No. 7.

❋ McCormack, G. (2014), **"Bankruptcy Forum Shopping: The UK and US as Venues of Choice for Foreign Companies"**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, Issue 4.

❋ McCormack, G. (2009), **"Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings"**, The Cambridge Law Journal, Vol. 68, No. 1.

❋ Pottow, John A. E. (2014), **"Beyond Carve-Outs and Toward**

Reliance: A Normative Framework for Cross-Border Insolvency Choice of Law", Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol. 9, No. 1.

❋ Rasmussen, R. K. (1997), **"A New Approach to Transnational Insolvencies"**, Michigan Journal of International Law, Vol. 19, Issue 1.

❋ Rasmussen, R. K. (1992), **"Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy"**, Texas Law Review, Vol. 71.

❋ Rasmussen, R. K. (2000), **"Resolving Transnational Insolvencies through Private Ordering"**, Michigan Law Review, Vol. 98, No. 7.

❋ Warren, E. & Westbrook, J. L. (2005), **"Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention"**, Harvard Law Review, Vol. 118, No. 4.

❋ Westbrook, J. L. (2000), **"A Global Solution to Multinational Default"**, Michigan Law Review, Vol. 98, Issue 7.

❋ Xu, Jingchen (2020), **Maritime Cross-Border Insolvency under the UNCITRAL Model Law Regime: Commonwealth and US Perspectives**, Oxford: Hart Publishing.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۱۷۶-۱۵۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۹

«رفتار غیر منصفانه» در پرونده‌های نقض حق اختراع در آمریکا و جایگاه آن در حقوق ایران

سیمین عباسی[۱]

چکیده

آمـــوزه رفتار غیر منصفانه[۲] یکی از مفاهیم کلیدی در دعاوی نقض حق اختراع در آمریکا اســـت که نقش مهمی در تصمیم‌گیـــری دادگاه دارد. این آموزه به دادگاه‌ها اختیار می‌دهد کـــه در صورت اثبات کتمان عمدی اطلاعات یا ارائه نادرســـت آن به اداره ثبت اختراعـــات، کل حق اختراع را بی‌اعتبار اعلام کنند. ازآنجاکـــه این آموزه نقش مهمی در حفظ تعادل میان حقوق مخترعان و ناقضان اقتصادی فعال و ایجاد فضای مطلوب حقوقی دارد، پرســـش اصلی مقاله حاضر این است که نظام حقوقی آمریکا چگونه از آموزه رفتار غیر منصفانه در پرونده‌های نقض حق اختراع اســـتفاده می‌کنـــد و چگونه می‌توان از آن برای توســـعه رویه قضایی در ایران بهره برد. یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی به نگارش درآمده است نشان می‌دهد که رویه قضایی آمریکا در اعمال این آموزه دچار نوسان بوده و گاه سخت‌گیری‌های بیش از حد و گاه رویکردی منعطف اتخاذ کرده اســـت که موجب اختلاف‌نظر میان محاکم شـــده اســـت. در نظام حقوقی ایران، دادگاه‌ها ابزار مستقلی مشـــابه آموزه رفتار غیر منصفانه برای بررسی ســـوءقصد در اختیار ندارند و قانون‌گذار ایران می‌تواند با تدوین ضوابطی شـــفاف و ســـازگار با نظام حقوقی ایران به افزایش دقت و عدالت در تصمیمات قضایی مربوط به دعاوی اختراعات کمک کند.

واژگان کلیـــدی: حق اختراع، حقـــوق آمریکا، قصد فریب، رفتـــار غیر منصفانه، دست‌های ناپاک، اطلاعات مهم.

---

۱. دانش آموخته دکتری گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

2. Inequitable Conduct

درآمد

در نظام‌های حقوقی مختلف، دعـــاوی مربوط به نقض حق اختراع از جایگاه ویژه‌ای برخوردارند؛ زیرا همـــــواره نیاز به ایجاد تعادل میان حقوق مخترعان و منافع عمومـــی وجود دارد و ایجاد این تعادل یکی از چالش‌های اساســـی در این حوزه به شمار می‌رود. نظام اختراعات نه‌تنـــها از حقوق مخترعان حمایت می‌کند، بلکه نقش مهمی در توسعه اقتـصادی و نوآوری دارد. ازاین‌رو، نظام‌های حقوقی تلاش می‌کنند با وضع قوانین و مقررات و رویه‌های قضایی مناســـب، از یک‌ســـو حقوق انحصاری مخترعان را محترم بشـــمارند و از سوی دیگر، منـــــافع عمومی و دسترسی به دانش و فناوری را تضمین کنند و با انحـــــصارات متقلبـــــانه مبارزه نمایند. یکی از اقدامات مهم در این راستا، تضمین شفافیت و صداقت در فرایند ثبـــــت اختراع است. تعهد به صداقت مفاهیم متعددی می‌تواند داشته باشد و یکی از آن‌ها توجه به اهداف مشترک گروهی است (عبادی بشیر، ۱۴۰۴: ۳۶۹). نظام اختراع درصدد تحصیل اهداف خاصی است اما ارائه اطلاعات نادرست و مبتنی بر فریـــــب می‌توانـــــد اعتماد به نظام ثبت اختـــراع را تضعیف کند و موجـــــب ایجاد بی‌عدالتی و کســـب انحصارات ناصحیح شود. در حقوق آمریکا آموزه رفتار غیر منصـــــفانه[1] به عنوان ســـازکاری برای تضمین صداقت در ثبت اختراع توسعه یافته است و نقشی کلیدی در جلوگیری از تقلـب ایفا مـی‌کند. رفتار منصفانه و عادلانه که خود مبتنی بر اصل حـسن نیت است (کلـیشادی نجف آبادی و دیگران، ۱۴۰۴: ۱۹۸) در حق اختـــــراع آمریکا به مرور زمان از طریق رویه‌های قضایی شکل گرفته است و با ضـمانت اجـراهای قوی به یکی از ارکان مهم در حمایت از اهداف نظام ثبت اختراع تبدیل شـــده است، اما در نظام حقوقی ایران، مقررات جامع و مشخصی در زمینه مقابله با رفتار غیر منصفانه در فرایند ثبت اختراع و ضمانت اجرای آن وجود ندارد. این خلأ می‌تـــواند به تضعیف نظام ثبت اختراع و کاهش اعتماد عمومی به آن منجر شود و دست‌یابی اهـــداف اخـتراع یعنی حمایت از مخترعان محق و رشـــد و پیشرفت جامعه از طرق انتشـــار نوآوری و فعالیت‌های نوآورانه کاهش یابد. از این رو بررســـی آموزه رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا و امکان تطبیق آن با نظام حقوقی ایران می‌تواند به تقویت ســـاختار حقوقی اختراع در

1. Inequitable Conduct Doctrine

کشور کمک کند.

رفتار غیر منصفانه مدت‌هاست که در حقوق آمریکا و رویه قضایی آن به کار می‌رود و مورد تحلیل پژوهش‌گران این کشور قرار گرفته است، اما در حقوق ایران ادبیاتی در خصوص این آموزه یافت نشد، تنها در تبصره ۱ ماده ٦٧ قانون حمایت از مالکیت صنعتی سال ١٤٠٣ در خصوص ارائه اطلاعات غیر واقعی و ضمانت اجرای آن در خصوص منابع و اجزای ژنی (ژنتیکی) و زیستی قابل ثبت، قانون‌گذار تصریحاتی دارد؛ بنابراین پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که تحلیل حقوقی آموزه رفتار غیر منصفانه در حقوق اختراع آمریکا به چه نحو است، چه جایگاهی در حقوق ایران دارد و به چه نحو می‌توان آن را به عنوان الگویی برای ارتقای نظام حقوقی و قضایی به کار گرفت. به منظور پاسخ به این پرسش، مفاهیم و مبانی قانونی این آموزه در حقوق آمریکا بررسی می‌شود، تصمیمات قضایی مشهور و عناصر اثبات این آموزه در حقوق آمریکا مورد تبیین قرار می‌گیرد و چالش‌ها و راه‌حل‌ها در حقوق آمریکا مورد تحلیل قرار می‌گیرد و در نهایت، ضمن توجه به وضعیت کنونی قوانین ایران، الگوی مناسب برای کشور ارائه می‌شود.

۱. مفاهیم، مستندات قانونی و قضایی رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا

آموزه رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا مفهوم ویژه‌ای دارد که در راستای رفتار صادقانه و همراه با حسن قصد متقاضیان ثبت اختراع مطرح شده است. برای تبیین این مفهوم، ابتدا تفاوت آن با نظریه «دست‌های ناپاک»[1] تبیین می‌شود و سپس مبنای قانونی آن به منظور درک بهتر بیان خواهد شد.

۱-۱. مفهوم رفتار غیر منصفانه و تمایز آن از مفهوم دست‌های ناپاک

اختراعات نقشی دوگانه در حمایت از حقوق مخترعان و تأمین منافع عمومی ایفا می‌کنند. یکی از چالش‌های اساسی در این حوزه، اطمینان از رعایت چارچوب‌های قانونی و جلوگیری از هرگونه تقلب یا رفتار ناصحیح در فرایند ثبت اختراع است. نظریه رفتار غیر منصفانه به‌عنوان یکی از مفاهیم کلیدی در حقوق اختراع آمریکا، با تأکید بر عدالت و صداقت در تعامل با دفتر ثبت اختراع، ابزار دفاعی مؤثری

1. unclean hands

برای مقابله با ســـوء استفاده‌های احتمالی فراهم می‌کند و تأثیرات گسترده‌ای بر اعتبار اختراعات دارد.

جامعه نفعی بنیادی در اطمینان‌یافتن از این موضوع دارد که انحصارات اختراع به بهترین نحو ارزیابی می‌شـــوند و در بســـتری عاری از تقلب یا دیگر رفتارهای غیر منصفانه شکل می‌گیرند. مؤثرترین ارزیابی اختراعات زمانی صورت می‌گیرد که اداره ثبت اختراع در هنگام بررســـی درخواست، از تمامی اطلاعات مربوط به قابلیت ثبت آگاه باشـــد و آن‌ها را ارزیابی کند؛ به همین منظور هر شخصی که در تهیه و پیگیری درخواســـت ثبت اختراع دخیل است، وظیفه صداقت و حسن قصد در تعامل با دفتر ثبت اختراع دارد. این وظیفه شامل افشای تمام اطلاعاتی است که آن شخص می‌داند برای قابلیت ثبت مهم هستند (Noonan, et al, 2019: 7-8). عدم افشای عمدی این اطلاعـــات یا تلاش برای گمراه کردن اداره ثبـــت اختراع می‌تواند به ادعای رفتار غیر منصفانه در برابر ادعای نقض حق اختراع منجر شود (Gvozdik, 2019: 456). دفاع رفتـــار غیر منصفانه آموزه‌ای مبتنی بر عدالت و انصاف ریشـــه در دادگاه‌های انصاف دارد. اغلـــب معتقدند این آموزه نوعی از آموزه دســـت‌های ناپـــاک در حوزه اختراع است که به دادگاه انصاف اختیار گسترده‌ای می‌دهد تا در خصوص شخص فریب‌کار تصمیم‌گیری کند (Noonan, et al, 2019: 16).

دســـت‌های ناپاک یک قاعده عمومی در حقوق کامن لا اســـت که در تمامی دعاوی مبتنی بر انصاف به کار می‌رود. بر اساس این قاعده، شخصی که خود مرتکب ســـوءرفتار شده است، نمی‌تواند از دادگاه درخواست حمایت کند. این اصل بر مبنای عدالت و جلوگیری از ســـوء استفاده از سیستم قضایی شکل گرفته است. مصادیق آن شـــامل شهادت دروغ، ارائه اســـناد جعلی، مخفی‌کردن شواهد مهم و فریب دادگاه یا طرف مقابل در فرایند دادرســـی است. اگر این دفاع در دادگاه پذیرفته شود، نتیجه آن رد ادعای خواهان در همان دعوا اســـت، اما تأثیری بر اعتبار حقوقی ســـایر ادعاها یا حقوق خواهان ندارد (Thurlow,et al, 2019: 14)، در حالی که رفتار غیر منصفانه در حقوق ثبت اختراع به وضعیتی گفته می‌شـــود که متقاضی ثبت اختراع، عمداً اطلاعات مهمی را از اداره ثبت اختراعات پنهان کند یا اطلاعات نادرستی ارائه دهد تا حق ثبت اختراع را دریافت کند. این مفهوم از اصول کلی انصاف در حقوق کامن‌لا نشأت‌گرفته

(Kasper, 2016: 95) و به مرور به یک قاعده مستقل در حقوق ثبت اختراع تبدیل شده است. در خصوص مصادیق رفتار غیر منصفانه می‌توان پنهان‌کردن دانش پیشین را نام برد که می‌تواند بر تصمیم ثبت اختراع تأثیر بگذارد، ارائه اطلاعات گمراه‌کننده یا نادرست به اداره ثبت اختراع و ارسال اظهاریه‌های جعلی به منظور تقویت ادعای اختراع نیز نمونه‌های دیگر آن است. پیامد اثبات این رفتار، ابطال کامل ثبت اختراع و غیر قابل اجرا شدن آن است (kroll, 2018: 59)؛ چرا که دادگاه‌ها چنین اعمالی را نوعی فریب در فرایند ثبت اختراع تلقی می‌کنند.

تفاوت اصلی میان رفتار غیر منصفانه و دست‌های ناپاک در دامنه کاربرد و پیامدهای حقوقی آن‌ها است. رفتار غیر منصفانه محدود به دعاوی مربوط به ثبت اختراع است و در صورت اثبات، کل اختراع را غیر قابل اجرا می‌کند (Vidal, 2022: 4) و این عدم قابلیت اجرا حتی ممکن است به خانواده کامل اختراعات نیز گسترش یابد (Noonan, et al, 2019: 16). البته به طور معمول زمانی که رفتار غیر منصفانه تنها به یک حق اختراع خاص در دعوایی با موضوع چندین اختراع مربوط باشد، تنها همان حق اختراع غیر معتبر یا غیر قابل اجرا می‌شود، مگر آن‌که این سوء رفتار بر اعتبار تقاضانامه‌های دیگر نیز تأثیرگذار باشد. در مقابل، دست‌های ناپاک یک قاعده کلی در حقوق کامن‌لا است که می‌تواند در هر دعوای مبتنی بر انصاف مطرح شود و تنها موجب رد همان دعوا خواهد شد و منجر به بی‌اعتبار شدن یک حق قانونی نمی‌شود. هم‌چنین برای اثبات رفتار غیر منصفانه، باید قصد فریب و اهمیت اطلاعات پنهان شده ثابت شود؛ در حالی که در دست‌های ناپاک، کافی است نشان داده شود که خواهان رفتاری ناعادلانه داشته که با ادعای حقوقی او در تناقض است (Laser, 2020: 51).

ادعاهای مربوط به رفتار غیر منصفانه علاوه بر ابطال حق اختراع به جهات دیگر نیز یکی از ابزارهای قدرتمند در زرادخانه دفاعی خوانده در پرونده‌های اختراع محسوب می‌شوند (Noonan, et, 2019: 16). در صورت موفقیت این ادعا، خواهان به پرداخت حق‌الزحمه وکیل خوانده محکوم خواهد شد. هم‌چنین مخترع را از دریافت خسارات مضاعف در حقوق آمریکا محروم می‌کند، حتی رفتار غیر منصفانه مخترع می‌تواند منجر به نقض حقوق رقابت شود و برای او مسؤولیت ایجاد کند

(Laser, 2020: 55-56). بـــه همین خاطر راهکار رفتـــار غیر منصفانه به‌عنوان «بمب اتمی» در حقوق اختراع شناخته می‌شـــود (Parrish, 2013:162)؛ بنابراین رفتار غیر منصفانـــه در نظام حقوقی اختراع آمریکا، افزون بر کاهـــش اعتبار اختراع، پیامدهای جـــدی برای مخترعان در پی دارد. این آموزه که ریشـــه در عدالت و انصاف دارد، به دادگاه‌ها قدرت قابل توجهی برای برخورد با تقلب و سوءرفتار در فرایند ثبت اختراع می‌دهـــد. چنین رویکردی، ضمن تأمین عدالت در حـــوزه مالکیت فکری، بر اهمیت صداقت و شـــفافیت در حفظ منافع عمومی و حقوق رقابت تأکید دارد و به‌درســـتی به‌عنوان یکی از قدرتمندترین ابزارهای حقوق اختراع شناخته می‌شود.

۲-۱. مستندات قانونی رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا

مستندات قانونی رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا به طور گسترده‌ای توسعه یافته است و با تغییرات متعددی همراه بوده است. این آموزه که در ابتدا باهدف مبارزه با تقلب در فرایند ثبت اختراع معرفی شد، به‌تدریج به یکی از اصول کلیدی در حفظ عدالت و شفافیت در نظام ثبت اختراعات تبدیل شد.

قاعده ابطال ثبت اختراع به دلیل رفتار غیر منصفانه نخســـتین‌بار در قانون ثبت اختراع ۱۷۹۰ [1] در ایالات متحده به تصویب رســـید. ایـــن قانون به خواندگان اجازه می‌داد تا ظرف یک ســـال پس از صدور گواهی‌نامه ثبت اختراع، درخواست ابطال آن را در دادگاه بدوی به این دلیل که بر اســـاس رفتار غیر منصفانه به‌دســـت آمده است ارائه کنند. هم‌چنین این قانون مقرر کرده بود در صورتی که متقاضی بخشی از اختراع را پنهان کند یا چیزی فراتر از آن‌چه لازم است به آن بیفزاید تا موجب گمراهی شود، دفاعی در برابر نقض حق اختراع فراهم می‌آورد. در سال ۱۸۳۶ اصلاحات قانون ثبت اختراع موجب محدودیت در حق ابطال گواهی‌نامه اختراع به دلیل رفتار غیر منصفانه شـــد و روند مداخله‌ای را معرفی کرد که در آن تنها بحث می‌شـــد که آیا دارنده حق ثبت اختراع، اولین مخترع بوده اســـت یا خیر. با این وجود، بیشتر دادگاه‌های انصاف در قـــرن نوزدهم به دولت اجازه می‌دادند که در صـــورت وقوع فریب و تقلب، حق اختـــراع را ابطال کند. در قانون ۱۹۵۲ نیز ملاحظات مربوط به این‌که آیا مالک اختراع اولیـــن مخترع بوده اســـت یا نه، به بخش ۱۰۲ (g) قانون ۱۹۵۲ اضافه شـــد. یکی از

1. Patent Act of 1790

برداشـــت‌های ممکـــن از این تغییرات این بود که مفهوم رفتـــار غیر منصفانه، با دفاع بی‌اعتباری حق اختراع ادغام شـــده اســـت و تنها راه بی‌اعتبـــاری اختراع همان اصیل نبودن مخترع اســـت؛ یعنی اثبات این‌که شخصی که اختراع را ثبت کرده، اولین فردی که اختراع را انجام داده نبوده است.

اداره ثبـــت اختراع آمریکا طبق حق تفویضـــی در وضع قوانین اجرایی، قانون تعهد به افشـــای اطلاعات مهم در خصوص قابلیت ثبت اختراع[1] را وضع کرده است. بر طبق این قانون متقاضی ثبت اختراع و وکیل یا نماینده او موظف هســـتند اطلاعاتی که برای قابلیت ثبت اختراع اهمیت دارند، به دفتر ثبت اختراع و علائم تجاری افشـــا کنند. این الزام که به عنوان «وظیفه صداقت»[2] شـــناخته می‌شود، تعهد به افشای دانش پیشین مربوط به موضوع اختراع که متقاضی از آن‌ها مطلع است را نیز شامل می‌شود. در غیـــر این صورت، ثبت اختراع در دعـــاوی حقوقی به دلیل رفتار غیر منصفانه غیر قابل اجرا شناخته شود. این قانون شفاف و واضح اطلاعات مهم و اشخاص متعهد به وظیفه صداقت را مشخص می‌کند.

به دلیل چالش‌هایی از جمله اســـتفاده بیش از حد از دفاع رفتار غیر منصفانه و ایجاد مانع در فرایند دادرسی، برخی معتقدند پس از تصویب قانون ابتکارات[3] در سال ۲۰۱۱ بـــا تأکیدی که قانون‌گذار در این خصوص دارد که باید غیر قابل اجرا را معادل عدم اعتبار در نظر گرفت و سوابق تغییرات قانونی و قضایی، رفتار غیر منصفانه ممکن اســـت دیگر به عدم اعتبار ســـایر ادعاهای ثبت اختراع، فراتر از آن‌هایی که به‌صورت تقلبی به دست آمده‌اند، منجر نشود (Laser, 2020: 55-56). حتی اگر چنین باشد به دلیل اثرات و عواقب خاص حقوقی، رفتار غیر منصفانه از ســـایر دفاعیات قابل تمایز است.

۳-۱. بررسی پرونده‌های مشهور رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا

آمـــوزه رفتار غیـــر منصفانه یکـــی از مفاهیم مهم در حقـــوق مالکیت فکری آمریکاســـت که به طور خـــاص در دعاوی مربوط به حق اختـــراع نقش کلیدی ایفا

1. CFR § 1.56 - Duty to disclose information material37 to patentability
2. duty of candor
3. America Invents Act

می‌کند. این آموزه که از پرونده‌های مشـــهور کی‌استون،[1] پرسیشن اینسترامنت[2] و هزل اطلس[3] سرچشـــمه گرفته اســـت، بر اهمیت صداقت و شـــفافیت در فرایند اخذ حق اختراع تأکید دارد. دادگاه‌های آمریکا، به ویژه دیوان عالی، بارها بر این موضوع تأکید کرده‌انـــد که هرگونه رفتار فریب‌کارانه، از جمله پنهان‌ســـازی مدارک، ارائه اطلاعات نادرســـت یا تقلب در فرایند ثبت اختراع، می‌تواند منجر بـــه بی‌اعتباری حق اختراع شود. بررسی این پرونده‌ها نه‌تنها به درک بهتر اصول حقوقی این آموزه کمک می‌کند، بلکه تأثیرات عملی آن را در کاهش دعاوی بی‌اســـاس و ارتقای شفافیت سیستم ثبت اختراعات نشان می‌دهد.

در پرونده کی استون به دلیل پنهان‌کردن مدارک و شواهد، دیوان عالی ایالات متحده اعلام کرد که اگر اختراع از طریق رفتار غیر منصفانه به دست آید (مانند تقلب یـــا نقض قوانین اخلاقی)، از حمایت قانونی محروم می‌شـــود. این پرونده به‌شـــدت تأثیرگـــذار بود؛ زیرا اولین‌بار بود که دادگاه این آموزه را در زمینه حق اختراع به طور خاص به کاربرد.

در پرونده پرسیشـــن، شرکت پرسیشـــن دعوی نقض حق اختراع به طرفیت شـــرکت منت اقامه کرده بود. دیوان عالی ایـــالات متحده در این پرونده به این نتیجه رســـید که اختراع به دلیل رفتار غیر منصفانـــه در فرایند ثبت اختراع از جمله مدارک دروغ، انجـــام اقدامات فریب‌کارانه و عدم گـــزارش این اقدامات به اداره ثبت اختراع قابل حمایت نیست.

در پرونده هزل اطلس این شـــرکت به طرفیـــت آرت فورد به دلیل نقض حق

---

1. Keystone Driller Co. V. General Excavator Co. 290 U.S. 240 (1933), U.S. Supreme Court, U.S. Supreme Court, Nos. 34 and 35, Argued October 19, 1933 Decided December 4, 1933, 290 U.S. 240
2. U.S. Reports: Precision Co. v. Automotive Co. 324 U.S. 806 (1945), https://www.loc.gov/item/usrep324806/
3. HAZEL-ATLAS GLASS CO. v. HARTFORD-EMPIRE CO, No. 398.
Rehearing Denied June 12, 1944.
See 322 U.S. 772, 64 S.Ct. 1281.
Argued Feb. 9, 10, 1944.
Decided May 15, 1944.
Mr. Stephen H. Philbin, of Boston, Mass. for petitioner.
Mr. Francis W. Cole, of Hartford, Conn. for respondent.

اختراع اقامه دعوی کرده بود. در پرونده مذکور، شـــرکت مدعی مقاله‌ای نوشـــت و با کمک شخص ثالثی در مجله‌ای منتشر کرد و به طور تصنعی سعی کرد اختراع خود را ابتکاری و غیر بدیهی نشـــان دهد. دیوان عالی ایالات متحده در این خصوص حکمی صادر کرد کـــه رفتار غیر منصفانه به ویژه در فرایند اخذ گواهی ثبت اختراع می‌تواند موجب بی‌اعتباری گواهی اختراع و باطل شدن حق مالکیت آن شود.

در مجموع، این ســـه پرونده به تدریج مفهوم رفتار غیر منصفانه را در حقوق مالکیت فکری به ویژه در زمینه اختراعات در نظام حقوقی آمریکا تثبیت کردند.

در پرونده اپتیکس[1] سال ۲۰۰۱ حوزه فدرال با استناد به پرونده‌های کی استون، هزل اطلس و پرسیشن جبران خسارت‌های مربوط به رفتارهای ناشایست[2] در دعاوی را از اعمـــال رفتارهای غیر منصفانه در طول اخذ حـــق اختراع متمایز کرد. رفتار غیر منصفانه در برابر اداره ثبت اختراع و علائم تجاری آمریکا منجر به غیر قابل اجرا شدن اختراع در برابر هر شـــخصی می‌شود، اما آموزه دست‌های ناپاک تنها اجرای آن را در برابر یک دعوی خاص منع می‌کند. رفتار ناشایســـت در دادرســـی، هرچند می‌تواند مبنایی برای رد دعوی باشد، اما تأثیری بر حق مالکیت ندارد و آن را تحت‌الشعاع قرار نمی‌دهد؛ به عبارت دیگر، جبران خســـارت برای سوء رفتار در دادرسی باید به منظور تنبیه به کار رود، اما نباید بر حق مالکیت ادعا شـــده در دعوی تأثیر بگذارد؛ زیرا حق اختراع به دلیل هیچ ســـوء رفتاری در طول دادرســـی به دست نیامده است. هم‌چنین دادگاه حکم داد که آموزه دســـت‌های ناپاک به حدی نمی‌رســـد که حق مالکیت را بر مبنای تخلف در دادرسی غیر قابل اجرا کند، ولی رفتار غیر منصفانه اختراع را غیر قابل اجرا می‌ســـازد تا از اجرای اختراعاتی که با تقلب و فریب به دست آمده‌اند جلوگیری شود (Noonan, et al, 2019: 19-21).

در پرونـــده استراســـنس دادگاه منطقه‌ای ثبت اختراع شـــماره ۵۵۱ را به دلیل رفتار غیر منصفانه غیر قابل اجرا اعلام کرد؛ زیرا استراســـنس که اکنون ابوت[3] نامیده می‌شود گزارش خود را که در تاریخ ۱۲ ژانویه ۱۹۹٤ و ۲۳ مه ۱۹۹۵ به سازمان ثبت

---

1. Aptix Corp. v. Quickturn Design System, Inc

۲. Misconduct: برای رفتار غیر منصفانه در دادگاه، از اصطلاح رفتار ناشایست در پژوهش استفاده شده است.

3. Abbott

اختراع اروپا ارائه شـــده بودند، برای دفتر ثبت اختراع و علائم تجاری افشا نکرده بود (Karshtedt, 2021: 7). در ایـــن پرونده حـــوزه فدرال به طور جامع در تلاش برای شـــفاف‌کردن قاعده رفتار غیر منصفانه، الزامات مربوط به اهمیت دانش قبلی و قصد فریبنده را به دو بخش جداگانه تقســـیم کرد و اعلام کرد برای موفقیت در دفاع رفتار غیر منصفانه، خوانده نقض باید اثبات کند که متقاضی اختراع با قصد فریب اطلاعات مهمی را به اداره ثبت اختراع نادرســـت ارائه داده یا حذف کرده است، این اثبات باید با شواهد روشن و قانع‌کننده ارائه شـــود (United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 2024: 13-14)؛ هم‌چنین تصریح کرد احراز قصد فریب باید تنها معقول‌ترین اســـتنتاجی باشد که می‌توان از مدارک و مستندات به دست آورد. در این راستا، حوزه فدرال به پرونده‌های کی‌استون، هزل اطلس و پرسیشن اینسترامنت اتکای زیادی کرد.

پرونده استراســـنس شفافیت‌های دیگری را نیز به وجود آورد؛ به عنوان نمونه، دادگاه تأیید نموده اســـت که ارائه ســـوگندنامه دروغین دقیقاً نوعی عمل مثبت رفتار غیر منصفانه اســـت و حکم داد که جبران خســـارت تحمیل‌شده از سوی دادگاه باید با تخلف مرتکب شـــده متناسب باشـــد و به منظور اصلاح آن تخلف طراحی گردد. به عبارت‌دیگر، تنبیه باید با نوع و شـــدت بدرفتاری سازگار باشد (Noonan, et al, 2019: 9-22).

استراســـنس تأثیر زیادی بر دعاوی اختراع داشت. شـــیوع ادعاهای رفتار غیر منصفانه از هفده درصد به هشـــت درصد در پرونده‌های اختراع کاهش‌یافته اســـت. بیشـــتر این کاهش پس از پرونده استراســـنس اتفاق افتاده اســـت که احتمالاً به دلیل ترکیبی از معیارهای ســـخت‌تر در دادخواهی و اثبات ادعاها بوده است (Karshtedt, 2021: 27)؛ بنابراین پرونده‌های بررسی‌شـــده، از کی‌استون تا استراسنس، آموزه رفتار غیر منصفانه را در حقوق مالکیت فکری آمریکا تثبیت و توسعه داده‌اند. این پرونده‌ها مرزهای میان رفتار ناشایســـت در جریان دادرسی و رفتار غیر منصفانه در فرایند اخذ حـــق اختراع را مشـــخص کرده‌اند و به دادگاه‌ها ابزارهای لازم بـــرای مقابله با چنین تخلفاتی را ارائه داده‌اند.

۲. عناصر و نحوه اثبات رفتار غیر منصفانه

اثبات رفتار غیر منصفانه یکی از موضوعات حساس در دعاوی ثبت اختراع است که می‌تواند اعتبار اختراع را به چالش بکشد و عواقب حقوقی جدی به همراه داشته باشد. در این راستا، بر طبق رویه قضایی آمریکا خوانده باید شواهد قوی ارائه دهد تا نشان دهد که متقاضی ثبت اختراع، اطلاعات مهمی را از دفتر ثبت اختراعات و علائم تجاری ایالات متحده به‌قصد فریب پنهان کرده یا نادرست ارائه داده است. این موضوع نیازمند ارزیابی دقیق دو عنصر کلیدی است: ارائه نشدن اطلاعات مهم و قصد فریب که هر دو باید به طور مستقل اثبات شوند که در این قسمت سعی می‌شود این عناصر بیشتر تبیین شود.

۲-۱. عنصر اطلاعات مهم

در خصوص عنصر اطلاعات مهم، قانون و رویه قضایی راهنمایی‌هایی ارائه کرده‌اند. قانون ٥٦ (b) اطلاعات مهم را این‌گونه تعریف می‌کند: اطلاعات هنگامی برای قابلیت ثبت اختراع مهم محسوب می‌شوند که تکراری نباشند، به تنهایی یا در ترکیب با اطلاعات دیگر، موجب عدم قابلیت ثبت اختراع در خصوص یک ادعا شوند؛ یا با موضعی که متقاضی آن را مطرح کرده است یا در نظر دارد، مغایر باشند یا آن را رد کنند. این شرایط می‌تواند شامل مخالفت با استدلال عدم قابلیت ثبت اختراع مطرح شده توسط دفتر ثبت اختراع یا ارائه استدلالی در حمایت از قابلیت ثبت اختراع باشد (Karshtedt, 2021: 2).

در رویه قضایی نیز معیارهایی برای عنصر اطلاعات مهم ارائه شده است. در دادگاه کورونا کورد[1] «معیار سبب مؤثر»[2] برای ارزیابی عنصر مهم بودن اطلاعات استفاده شد. طبق این معیار، اگر متقاضی در افشای اطلاعات مهم به دفتر ثبت اختراعات و علائم تجاری کوتاهی کند، به‌گونه‌ای که اگر اداره ثبت اختراع و علائم تجاری از این اطلاعات آگاه بود، ثبت اختراع را نمی‌پذیرفت، این اطلاعات به‌عنوان سبب مؤثر در نظر گرفته می‌شود؛ بنابراین، در ارزیابی اهمیت منابع پنهان شده، دادگاه باید بررسی کند که اگر اداره ثبت اختراع از این اطلاعات آگاه می‌شد، آیا آن‌ها اختراع

1. . U.S. Supreme Court, Corona Cord Tire Co. v. Donovan Chem. Corp. 276 U.S. 358 (1928)
2. but-for materiality

را ثبت می‌کردند یا خیـــر (Karshtedt, 2021: 2-12). این دادگاه اضافه کرد اگرچه بـــه طورکلی برای اثبات رکن اهمیت اطلاعات در رفتار غیر منصفانه، علت‌العلل باید اثبات شود، این دادگاه یک استثنا را در موارد رفتار شدید عمدی می‌پذیرد. این استثنا که اثبات علت‌العلل را در برخی موارد مســـتثنی می‌کند، شامل عناصری از پرونده‌های نخســـتین دست‌های ناپاک در دیوان عالی اســـت که به طرح‌های از پیش برنامه‌ریزی شده و با دقت اجرا شده برای فریب دادن دفتر ثبت اختراعات و دادگاه‌ها پرداخته‌اند. هنگامی که مخترع به اعمال عمدی و تخلف شدید، مانند ارائه یک گواهی‌نامه آشکارا نادرست دست‌زده اســـت، این تخلف به‌طورقطع مهم تلقی می‌شود و نیازی به اثبات علت‌العلل نیست (Karshtedt, 2021: 2-13).

۲-۲. قصد فریب

برای اثبات رفتار غیر منصفانه، باید ثابت شـــود کـــه متقاضی اختراع، به طور عمدی و با قصد فریب‌دادن دفتر ثبت اختراعات و علائم تجاری اطلاعات پیشـــین را افشا نکرده است. طبق قانون قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی آمریکا (قاعده ۹) اقامه دعوا در موضوعات خاص[1] دادخواســـت باید شامل ادعاهای کافی از حقایق زیربنایی باشـــد که دادگاه بتواند به طور معقول اســـتنباط کند که یک فرد مشخص از اطلاعات مهم کتمان شـــده یا نادرستی و تحریف اطلاعات آگاه بوده است و این اطلاعات را با قصد خاص برای فریب اداره ثبت اختراع کتمان یا تحریف کرده است.

از آن‌جـــا که طرفی که ادعای رفتار غیر منصفانـــه دارد، بار اثبات را بر دوش می‌کشـــد، مخترع نیازی به ارائه توضیح حسن قصد ندارد، مگر این‌که خوانده سطحی از قصد فریب را با شواهد واضح و قانع‌کننده اثبات کند (Karshtedt, 2021: 2-13). باید توجه داشـــت هر دو عنصـــر اطلاعات مهم و قصد فریـــب اداره ثبت اختراع از اهمیت یکسانی برخوردارند و دادرسی در مورد رفتار غیر منصفانه باید شامل ادعاهای کافی از حقایق موضوعی باشـــد که از آن‌ها دادگاه بتواند به طور منطقی استنباط کند که یک شـــخص معین اطلاعات را با قصد خاص برای فریب دادن اداره ثبت اختراع پنهان کرده یا تحریف کرده است (Karshtedt, 2021: 27). در پرونده‌های متعدد این

1. Federal Rules of Civil Procedure. Rule 9. Pleading Special Matters

دو موضوع موردتوجه قرار گرفته اســت؛ به‌عنوان نمونه، در پرونده دارســی[1] اهمیت قصد فریب تأیید شــد. بر اساس این پرونده هرگونه یافته‌ای درباره قصد فریب و در نتیجه رفتار غیر منصفانه باید به طور کامل به شــواهد معتبر و قابل استناد متکی باشد. دادگاه تجدیدنظــر در خصوص این پرونده رأیی به این نحو صادر کرد که دفاع رفتار غیر منصفانه بدون پشــتوانه مدارک کافی تشخیص‌داده‌شده است و تعیین دقیق رفتار غیر منصفانه طبق پرونده اســتراتوس شــامل بررسی اهمیت اطلاعات و قصد خاص اســت که دادگاه بدوی موظف به انجام آن بود (Noonan, et al, 2019: 17-18). در پرونده بکتن[2] نیز دادگاه حوزه فدرال حکم داد که اثبات قصد فریب دفتر ثبت اختراع و علائم تجاری ایالات متحده به مدارک شــفاف و قانع‌کننده نیاز دارد و قصد فریب نمی‌تواند تنها با اثبات عناصر دیگر دفاعی اســتنباط شود (Gvozdik, 2019: 328)؛ بنابراین اثبات رفتار غیر منصفانه در دعاوی ثبت اختراع نیازمند اثبات دو عنصر کلیدی است: اهمیت اطلاعات و قصد فریب. اطلاعاتی که متقاضی از آن‌ها صرف نظر کرده یا نادرســت ارائه داده است، باید برای قابلیت ثبت اختراع حیاتی باشد. هم‌چنین باید ثابت شــود که این اقدام با قصد فریب‌کاری انجام شده است. رویه قضایی تأکید دارد که برای اثبات این موارد، شواهد قانع کننده و معتبر ضروری است و دادرسی باید به طور منطقی این دو عنصر را بررسی کند.

۳. چالش‌ها و راه‌حل‌ها

توسعه‌های اخیر قضایی، به طور چشم‌گیری نحوه رسیدگی به ادعاهای رفتار غیر منصفانه را تغییر داده اســت؛ به عنوان نمونه، پرونده استراسنس معیارهای اثبات رفتار غیر منصفانه را ســخت کرده اســت (Dolak, 2013: 90). در این پرونده تأکید بیشــتری بر ســخت‌گیری اثبات قصد، اطلاعات مهم و برتری شــواهد و مدارک در مقایســه با پرونده‌های قبلی صورت گرفت (Chiang, Tun-Jen, 2013: 130-131) دادگاه حوزه فدرال در این پرونده بر این باور بود که در حال اصلاح مسیر آموزه رفتار غیر منصفانه اســت؛ زیرا قبل از این پرونده بســیاری از ناقضان به رفتار غیر منصفانه استناد می‌کردند به گونه که از این دفاع به‌عنوان طاعون یاد می‌شد (Mattew, 2018:

1. Kingsland v. Dorsey، 338 U.S. 318، 320 (1949)
2. Inc. v. Becton, Dickinson & Co.

328)، اما تصمیم آن‌ها احتمالاً منجر به ازبین‌رفتن مؤثر این دفاع خواهد شـــد. برخی معتقدنـــد معیارهای این پرونده، هیچ انعطافی در کاربرد ایـــن آموزه باقی نمی‌گذارد (Soltesz, 2013: 25-26).

چالش دیگری که رویه قضایی آمریکا به وجود آورده است استنباط ضمنی و معکوس از فریب در مرحله دادرسی اســـت. اکثریت قضات حوزه فدرال در پرونده رجنـــرون[1] نظر می‌دهند از آن جایی که خوانده ســـایر عناصر رفتار غیر منصفانه یعنی اهمیت اطلاعات پنهان شـــده را ثابت کرده است؛ بنابراین نیازی به احراز قصد فریب در مرحلـــه اخذ حق اختراع نبوده اســـت. در این پرونده قصـــد فریب از رفتار–های ناشایســـت مخترع در مرحله دادرسی استنباط ضمنی شد. قاضی نیومن از این تصمیم حوزه فدرال انتقاد کرد و این رأی را بدعتی در مقابل رویه ســـابق حوزه فدرال اعلام می‌نمایـــد (Thurlow, et al, 2019: 15-16). افراط‌هـــا و تفریط‌های دیوان عالی و حوزه فدرال هماهنگی و شـــفافیت در اعمال این آموزه را در دادگاه‌های بدوی از بین برده اســـت و تأثیر منفی بر وکلا، نوآوران، دادگاه‌ها، فرایند دادرســـی و ادارات ثبت اختراع داشت.

حمایـــت از منافع وکلا در حفظ پروانه فعالیت خود از حقوقی اســـت که بر طبق قانون اساســـی و دادرسی منصفانه الزامی اســـت (Thurlow, et al, 2019: 15) افراط در اعمال این آموزه و استنباط ضمنی فریب در دادرسی جهت احراز فریب نزد ادارات ثبت اختراع، بـــه دادگاه‌ها این اجازه را می‌دهد که وکلا را به فریب‌دادن اداره ثبت اختراعات محکوم کنند و بدین ترتیب آسیب‌های دائمی به حرفه و شهرت آن‌ها وارد کنند؛ آن هم بر اساس رفتار وکلایی دیگر که سال‌ها بعد در یک پرونده دادرسی عمل کرده‌اند. وکلای ثبت اختراع ممکن است با فرایندهای انضباطی سنگین در دفتر انضباطی اداره ثبت اختراعات و علائم تجاری مواجه شـــوند. روند انضباطی در دفتر ثبت و انضباط معمولاً باعث اضطراب وکیل می‌شود و ممکن است در کار او تداخل ایجـــاد کند و او را ملزم به پرداخت هزینه‌های قانونی در پاســـخ به اســـتعلامات کند (Thurlow, et al, 2019: 5-21).

نـــوآوران نیز از اعمال بی‌ضابطـــه آموزه رفتار غیر منصفانه آســـیب می‌بینند.

1. Regeneron Pharmaceuticals v. Merus, No. 16-1346 (Fed. Cir. 2017)

هرچه دادگاه‌ها و قانون‌گذاران بتوانند اطمینان بیشتری در خصوص نحوه جبران خسارت و اعمال آن به نوآوران بدهند، به همان اندازه سرمایه‌گذاری‌های حال و آینده بیشتر تشویق خواهد شد (Laser, 2020: 73)، ولی رویه‌هایی مانند استنباط ضمنی قضات از رفتار ناشایست در دادرسی جهت احراز فریب نزد ادارات ثبت اختراع پیش‌بینی‌پذیری تصمیمات دادگاه‌ها را به‌رغم رعایت صداقت مخترع در مرحله اخذ اختراع دشوار می‌سازد (Thurlow, et al, 2019: 5-21).

آموزه رفتار غیر منصفانه بر دادگاه‌ها و فرایند دادرسی نیز تأثیرگذار است. تصمیماتی مانند استنباط ضمنی رفتار غیر منصفانه در دادرسی، وکلا را به محکوم کردن یکدیگر در دادرسی جهت برخورداری از آثار ادعاهای رفتار غیر منصفانه تشویق می‌کند که این امر منجر به دادرسی‌های ناکارآمد و پرهزینه می‌شود. این امر بار سنگینی را بر دادگاه‌ها تحمیل می‌کند و توجه را از اعتبار و نقض اصل اختراع منحرف می‌کند (Thurlow, et al, 2019: 22-23). عدم اعمال صحیح این آموزه حتی ادارات ثبت اختراع را دچار چالش کرده است. با قرار گرفتن این آموزه به عنوان تهدیدی مداوم برای وکلای حق ثبت اختراع، جای تعجب نیست که آنان همواره حجم وسیعی از دانش قبلی حتی بدون اهمیت را به اداره ثبت اختراع ارائه می‌کنند و کارایی نظام ثبت را کاهش می‌دهند (Karshtedt, 2021: 10).

برای کاهش اثرات ادعاهای غیر منصفانه، حوزه فدرال چندین بار معیار احراز رفتار غیر منصفانه را از جمله در پرونده استراسنس تغییر داده است. پیش از استراسنس، ادعاهای رفتار غیر منصفانه تا حدی فراگیر شده بود که حوزه فدرال اذعان داشت این دفاع به «یک طاعون کامل» در دعاوی اختراع تبدیل شده است (Gvoz-dik, 2019: 328)، ولی تاکنون هیچ‌یک از این اصلاحات به طور خاص در کاهش ادعاهای رفتار غیر منصفانه در دعاوی نقض حق اختراع مؤثر نبوده است.

برای رفع چالش‌های به وجود آمده برخی معتقدند حوزه فدرال باید معیارهای خود را در زمینه رفتار غیر منصفانه بازبینی کند و معیاری را توسعه دهد که با اصول دست‌های ناپاک در رویه قضایی دیوان عالی سازگاری بیشتری داشته باشد. اگر حوزه فدرال تمایلی به بازنگری در استاندارد رفتار غیر منصفانه خود نداشته باشد، دیوان عالی باید راهنمایی‌های لازم را برای دادگاه‌های بدوی در تعیین رفتار غیر منصفانه

ارائـــه کند. یک معیار ترکیبی از مجموع شـــرایط که به یافته‌هـــا و نتایج دادگاه بدوی احترام بیشـــتری بگذارد و انعطاف‌پذیری بیشـــتری ایجاد کند، می‌تواند نقطه شـــروع مناسبی باشد (Thurlow,et al, 2019: 474). بعضی دیگر نیز معتقدند باید معیارها به حفظ تعادل بین تشویق به صداقت در برابر اداره ثبت اختراع و صرفه‌جویی در منابع قضایی برای بررســـی ادعاهای رفتار ناعادلانه کمک کند و حداقل برخی از اقدامات غیر منصفانه قبل از صدور اختراع را کاهش دهد و در نتیجه تعداد اختراعات غیر قابل اجرا که در وهله اول صادر می‌شوند کمتر شود و نیاز به جبران قضایی پس از صدور نیز کاهش یابد (Garreth. & Crudden†, 2023: 1167).

مفسران و تحلیل‌گران دیگر معتقدند بدون راهنمایی دیوان عالی کشور، اجرای دقیق آموزه رفتار غیر منصفانه در حقوق اختراع مســـتلزم آن است که دادگاه‌ها نه‌تنها بـــه موازین اخلاقی مربوط به یک پرونده خاص توجـــه کنند، بلکه تاریخچه قانونی، تاریخچه آموزه و اهمیت دیدگاه‌های تفسیری متفاوت را به طور جامع بررسی نمایند تا به تفسیر صحیحی دست یابند (Laser, 2020: 7).

با این‌که بســـیاری در حقوق امریکا نگران بازدارندگی بیش از حد آموزه رفتار غیر منصفانه هســـتند برخی نیز چالش عدم بازدارندگی کافی را مطرح می‌کنند. اینان معتقدند زمانی که مشـــکل بازدارندگی ناکافی به وجود می‌آید، به ســـرعت روشـــن می‌شود که پیشنهادهای رایج برای محدود کردن مسؤولیت که حوزه فدرال به‌طورکلی آن‌ها را پذیرفته است نادرست هستند. محدودکردن آموزه رفتار غیر منصفانه می‌تواند مشـــکل بازدارندگی بیش از حـــد را کاهش دهد، اما این امر تنها به قیمت تشـــدید مشکل بازدارندگی ناکافی خلق می‌شـــود. به جای تمرکز بر استاندارد مسؤولیت، راه حل صحیح این اســـت که عواقب حقوقی رفتار غیر منصفانه به گونه‌ای اصلاح شوند کـــه هم آثار بازدارندگی بیش از حد و هم بازدارندگی ناکافی را موردتوجه قرار دهد (Chiang, 2013:124) مســـیر مفید این است که بر تنبیه مطابق با درجه تقصیر تمرکز شـــود و به دلیل اثرات نامطلوب عدم قابلیت اجرا آن را حذف کرد (Chiang, 2013: 130-135).

به نظر می‌رســـد قضات با کمک معیارهای ارائه شـــده قانونی آمریکا و اعلام اطلاعات مهم از سوی اداره ثبت اختراعات می‌توانند به دور از افراط و تفریط ادعای

رفتار غیـــر منصفانه را به طور مطلوب اجرا کنند. قانون ٥٦ معیار مناســـبی ارائه داده اســـت که می‌تواند مورد توجه قضات قرار گیـــرد. قانون‌گذار می‌تواند از ادارات ثبت اختراعات بخواهد اطلاعات مهم را تعیین کنند و به وکلا و متقاضیان با حســـن قصد کمک نمایند تا اطمینان حاصل نمایند دچار چالش در آینده نخواهند شد.

٤. الگوی مناسب قاعده رفتار غیر منصفانه در حقوق ایران

در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب سال ١٣٨٦ و آیین‌نامـــه اجرایی آن و نیز قانـــون حمایت از مالکیت صنعتی ١٤٠٣ به صراحت در خصوص این‌کـــه متقاضی باید در همه مواردی که بـــه اداره ثبت اختراعات مراجعه می‌نماید صادقانه اطلاعات را در اختیار اداره ثبت اختراع قرار دهد اشـــاره‌ای نشـــده اســـت، ولی مواردی وجود دارد که نشان می‌دهد قابلیت اعمال این قاعده در حقوق ایران وجود دارد. قانون‌گذار ایران در تبصره ١ ماده ٦٧ تصریح می‌کند: «در خصوص منابع و اجزای ژنی (ژنتیکی) و زیســـتی قابل ثبـــت در چهارچوب این قانون علاوه بـــر موارد مذکـــور، ارائه اطلاعات غیر واقعی در خصوص مبـــدأ جغرافیایی یا محل نگهداری و یا نحوه دسترســـی به منبع ژنی (ژنتیکی) مورد اســـتفاده و هم‌چنین عدم رعایت قوانین و مقررات مربوط به نحوه دسترسی به منابع ژنی (ژنتیکی) از موجبات ابطال گواهی‌نامه اختراع اســـت». در تبصره ٢ این ماده نیز تصریح شـــده اســـت: «هر شـــخصی می‌تواند ابطال گواهی‌نامه اختراع و یا ابطال یک ادعا یا بخشی از ادعاهای مربوط را از مرجع صالح قضایی درخواست نماید. در صورت ابطال، اثر آن از تاریخ تسلیم اظهارنامه است».

مشـــخص نیســـت که چرا قانون‌گذار وظیفه ارائه اطلاعات صحیح را تنها به موضوعات تبصره ١ ماده ٦٧ محدود کرده اســـت. در حقـــوق آمریکا ارائه اطلاعات صحیح وظیفه متقاضی در تمامی مواردی اســـت که بـــه اداره ثبت اختراعات مراجعه می‌کند. به نظر می‌رســـد تعیین این مورد خاص در قانون ایران ترجیح بلامرجح باشد و منصفانه و عادلانه اســـت برای حفظ حقوق عامه و ایجاد فضای رقابتی برای کسب هرگونه انحصار، متقاضی رفتاری شایســـته و همراه بـــا صداقت در اداره ثبت اختراع داشـــته باشد و کسب حق اختراع بر اساس اطلاعات صحیح و بدون هرگونه تقلب و فریب باشد.

قانون‌گذار ایران مشخص نکرده است ارائه اطلاعات غیر واقعی در کدام محل موجب ابطال اختراع است. ممکن است رفتار غیر منصفانه در اداره ثبت اختراع یا دادگاه صورت گیرد. در حقوق آمریکا رفتار غیر منصفانه در هرکدام از این مراحل اثرات خاص خود را دارد و با رفتار غیر منصفانه در اداره ثبت اختراع برخورد شدیدتری می‌شود. در آمریکا رفتار ناشایست در دادگاه مانند ارائه اطلاعات دروغین و ساختگی به طور معمول منجر به رد همان دعوی می‌شود و اختراع را به گونه کامل بی‌اعتبار نمی‌سازد؛ چرا که اختراع بدون فریب مرحله دادرسی کسب شده است و در نتیجه نباید بر اعتبار آن تأثیر بگذارد؛ این در حالی است که ارائه اطلاعات نادرست نزد ادارات ثبت اختراع معمولاً منجر به ابطال اختراع و حتی در مواردی خانواده اختراعات در برابر هر شخصی می‌شود. به نظر می‌رسد باتوجه‌به نحوه نگارش این تبصره ارائه اطلاعات غیر واقعی در اداره ثبت اختراع منجر به ابطال گواهی‌نامه منابع و اجزای ژنی می‌شود. هرچند لازم است قانون‌گذار ایران شفافیت را در خصوص هر مرحله ایجاد نماید. از سوی دیگر قانون‌گذار ایران باید دقت نماید ابطال یک اختراع از زمان تسلیم اظهارنامه ممکن است اشخاص بسیاری از جمله مجوز گیرندگان و سرمایه‌گذاران را نیز درگیر نماید و نوآوری را در کشور کاهش دهد؛ بنابراین لازم است با مطالعه حقوق سایر کشورها از جمله آمریکا عناصر و معیارهای صحیح و دقیقی را برای ابطال گواهی‌نامه اختراع در نظر گیرد.

در خصوص اطلاعاتی که باید در اختیار اداره ثبت اختراع قرار گیرد قانون‌گذار بدون ذکر ضمانت اجرا در ماده ۲۲ قانون حمایت از مالکیت صنعتی به ارائه اطلاعاتی در خصوص اظهارنامه تسلیمی در خارج از کشور مربوط به ابداع نزد مرجع ثبت اختراع اشاره می‌کند، ولی قیدی در خصوص اهمیت این اطلاعات جهت کسب گواهی‌نامه اختراع ندارد که شایسته است با کمک اداره ثبت اختراع و ممتحنین آن، اطلاعات مهم را برای قابلیت ثبت اختراع تعیین نماید و ضمانت اجرای عدم ارائه آن‌ها را تصریح نماید، به خصوص زمانی که منجر به کسب اختراعات غیر معتبر می‌شود. این اقدامات می‌تواند ضمن حفظ حقوق جامعه قابلیت پیش‌بینی پذیری هر چه بیشتر تصمیمات اداره ثبت اختراع را برای مخترعان موجب شود.

قانون‌گذار آمریکا ابطال گواهی‌نامه اختراع را محدود به مواردی نموده است

که اطلاعات مهم همراه با فریب و تقلب ارائه شـــده باشـــد، به‌طورقطع اطلاعاتی که ناشـــی از اشتباه و عدم قصد فریب بوده است و ســـوءقصدی در متقاضی و یا وکیل او نبوده اســـت نباید یک اختـــراع جدید و ابتکاری را باطل نماید و شایســـته توجه قانون‌گذار ایران است.

حسب بررسی صورت‌گرفته از اداره مالکیت فکری ایران، متقاضی وظیفه‌ای در برابر اداره در خصوص ارائه اطلاعات صحیح ندارد و این وظیفه اداره و ارزیاب‌های آن است تا مدارک و مستندات را بررسی نمایند و اگر شخص ثالثی به تصمیمات اداره معترض است می‌تواند از رویه‌های اعتراض و یا رقابت غیر منصفانه در قانون استفاده نماید. رویه مذکور در حقوق ایران سبب می‌شود بار زیادی بر عهده اداره ثبت اختراع و اشخاص ثالث قرار گیرد و به نظر می‌رسد در قانون ایران با توجه به حقوق آمریکا نخست باید مشخص شود که چه اطلاعاتی از نظر حقوقی دارای اهمیت هستند و باید افشا شوند. این اطلاعات می‌توانند شامل پیشینه اختراع، فناوری‌های مربوط، اطلاعات مربوط به ثبت‌های قبلی و هرگونه ادعای قبلی مشابه باشند؛ دوم، متقاضیان باید ملزم شوند که تمامی اطلاعات مهم را آگاهانه و با حسن قصد در اختیار اداره ثبت اختراع قرار دهند. پنهان‌کاری یا ارائه اطلاعات ناقص باید به‌عنوان تخلف محســـوب شـــود؛ سوم، قانون باید معیارهای دقیقی را برای تشخیص سوءقصد متقاضی تعیین کند. این معیارها می‌توانند شـــامل پنهان‌کردن آگاهانه اطلاعات مهم، ارائه اسناد جعلی یا عدم پاسخ‌گویی به اســـتعلام‌های اداره ثبت اختراع باشند؛ چهارم، در صورت اثبات رفتار غیر منصفانه، باید ضمانت اجراهای مناسبی اعمال شود که شامل ابطال حق اختراع در صورت اثبات فریب اداره ثبت، عدم استحقاق دریافت خسارات مضاعف و هزینه‌های دادرسی در دعاوی نقض حق اختراع و محرومیت از ثبت اختراعات جدید برای مدت معین در صورت ارتکاب رفتار غیر منصفانه مکرر خواهد بود؛ پنجم، اداره ثبت اختراع باید نقش فعالی در شناسایی و بررسی رفتار غیر منصفانه داشته باشد. این امر می‌تواند از طریق ایجاد یک سیســـتم نظارت دقیق بر اطلاعات ارائه شـــده توسط متقاضیان و تعیین یک هیأت تخصصی برای بررسی موارد مبهم انجام شود.

تجربه آمریکا نشـــان می‌دهد که آموزه رفتار غیر منصفانه می‌تواند ابزاری مؤثر برای جلوگیری از سوء استفاده از نظام ثبت اختراع باشد. با توجه به این‌که قانون‌گذار

ایران در قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳ به اهمیت افشای اطلاعات صحیح اشاره کرده است، پیشنهاد می‌شود که آیین‌نامه اجرایی این قانون، معیارهای دقیق‌تری را برای تعریف و اعمال رفتار غیر منصفانه تعیین کند. تنظیم مقرراتی مشابه قانون ٥٦ در ایران می‌تواند موجب افزایش شفافیت، کاهش ثبت‌های اختراعی مبتنی بر فریب و ایجاد توازن میان حقوق مخترعان و منافع عمومی شود. در این مسیر، بهره‌گیری از تجربیات نظام حقوقی آمریکا می‌تواند راه‌گشای تدوین یک چارچوب قانونی مناسب برای ایران باشد. ضمن این‌که چالش‌های حقوق آمریکا باید مورد توجه قرار گیرد و از گسترش آموزه و استفاده از استنباط معکوس در مرحله دادرسی برای احراز فریب نزد ادارات ثبت اختراع خودداری نمود. ضمن این‌که نباید محدودیت‌های شدیدی برای اثبات وضع نمود زمانی که فریب و تقلب اثبات می‌شود.

فصل ششم قانون مالکیت صنعتی به بحث رقابت غیر منصفانه پرداخته است. قانون‌گذار ایران می‌تواند اظهار خلاف واقع و فریب اداره ثبت اختراع از طریق عدم ارائه اطلاعات مهم را در این قسمت از قانون بگنجاند و حمایت مؤثری از فضای رقابتی بنماید. ماده ۱۸ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸٦ و بند ۲ و ۳ ماده ٦٧ قانون مالکیت صنعتی ۱۴۰۳ نیز به مواردی مانند عدم احراز شرایط ماهوی و عدم افشای مؤثر اشاره می‌کنند که از موارد ابطال گواهی‌نامه اختراع هستند. از این بندها می‌توان برای ممانعت بسیاری از رفتارهای غیر منصفانه استفاده کرد. چنان‌که در عمل نیز قضات از این ظرفیت‌ها استفاده می‌کنند. طبق گفت‌وگویی که نگارنده با یکی از قضات پرونده‌های مالکیت صنعتی ایران صورت داده است اگر احراز شود که ثبت اختراع مبهم است گواهی‌نامه اختراع باطل می‌شود. تجربه نگارنده و گفت‌وگو با قضات دیگر نیز این حقیقت را روشن می‌سازد که هرچند چنین آموزه‌هایی در حقوق کشور به صورت قانونی و رسمی وجود ندارد قضات برای رفتارهای همراه با فریب ضمانت اجراهایی مانند رد دعوی و حکم بر بی‌حقی در نظر می‌گیرند. ضمن این‌که آموزه‌هایی مانند رفتار با حسن قصد از آموزه‌های پذیرفته شده در کشور محسوب می‌شود و می‌تواند مورد استناد قرار گیرد و شایسته توجه است. ولی اگر خود قانون‌گذار اقدام به وضع قانون در این زمینه نماید سبب هماهنگی و اطمینان بیشتر حقوقی خواهد گردید.

برآمد

۱- آمـــوزه رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا، در چارچوب اصول عدالت و انصاف، مبنای قضایی مســـتحکم دارد که در طول تاریخ حقوقی آمریکا توسعه یافته است. این آموزه با هدف تضمین صداقت و شفافیت در فرایند ثبت اختراع، متقاضیان ثبـــت اختراع را ملزم می‌کند تا تمامی اطلاعات مهم را به طور شـــفاف و صادقانه در اختیـــار اداره ثبـــت اختراع قرار دهند. در غیر این صـــورت متقاضیان ثبت اختراع در دادگاه‌های آمریکا مشـــمول ضمانت اجراهای سنگینی مانند عدم قابلیت اجرا و ابطال اختراع روبه‌رو خواهند شد.

۲- در سال‌های اخیر، رویه قضایی آمریکا شاهد تحولات مهمی در خصوص آموزه مذکور بوده اســـت که می‌تواند تأثیر قابل توجهی بر اثرگذاری این آموزه داشته باشد. پرونده‌های مختلف، مانند پرونده استراسنس، معیارهای اثبات رفتار غیر منصفانه را پیچیده‌تر کرده‌اند به‌گونه‌ای که اثبات قصد فریب یا سوءقصد متقاضی بسیار دشوار شده است. این تغییرات باعث شده است که اجرای آموزه رفتار غیر منصفانه کارآمدی کمتری داشـــته باشد؛ زیرا دشواری اثبات نقض این اصول می‌تواند به سود طرف‌های متقابل باشد و آسیب‌هایی را به سیستم حقوقی وارد کند.

۳- در پرونده رجنرون دادگاه‌ها اقدام به تفســـیر ضمنی فریب در دادرســـی‌ها کرده‌انـــد و از فریـــب در این مرحله، قصـــد فریب در مرحله ثبت اختـــراع را احراز کرده‌اند. این موضوع در حالی است که این آموزه جهت ایجاد الزام صداقت در مرحله ثبت اختراع ضمانت اجراهای شـــدیدتری را لحاظ کرده بـــود. افراط-ها و تفریط‌ها در اجرای این آموزه در دادگاه‌هـــای آمریکا باعث ایجاد چالش‌هایی در رویه قضایی آمریکا شده اســـت، زیرا تفسیر گسترده یا مضیق می‌تواند منجر به تبعات مختلفی در رســـیدگی به پرونده‌های ثبت اختراع شود. به‌طورکلی، این تحولات نشان می‌دهد که نیاز به بازنگری در تفسیر و اعمال آموزه رفتار غیر منصفانه در سیستم قضایی آمریکا بیش‌ازپیش احساس می‌شود.

٤- نظام حقوقی ایران هنوز آموزه رفتار غیر منصفانه را به طور مستقل و جامع نپذیرفته اســـت، ولی اصول کلی مانند حسن قصد و لاضرر در نظام حقوقی و قوانین موجـــود، به ویژه در موارد مربوط به ارائه اطلاعات غیر واقعی، به طور غیر مســـتقیم

پشـــتیبانی از این آموزه را نشـــان می‌دهند. در این زمینه، مـــاده ٦٧ قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳، با اشاره به ضمانت اجرای ارائه اطلاعات غیر واقعی، به عنوان اولین گام در راستای توجه به لزوم شفافیت در فرایند ثبت اختراع به حساب می‌آیـــد. با این حال، اجرای این قانون به طـــور کامل نمی‌تواند جایگزین آموزه رفتار غیر منصفانه در حقوق آمریکا شـــود؛ زیرا هنوز معیارهای مشـــخصی برای تشخیص اطلاعات مهم، سوء قصد و ضمانت اجرای متناسب با آن وجود ندارد.

۵- در حالـــی که قضات ایران برای موارد فریب در حقوق مالکیت صنعتی از اصول کلی مانند حسن قصد و لاضرر استفاده می‌کنند، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ایران با الگو گرفتن از حقوق آمریکا، به تدوین مقررات دقیق‌تری بپردازد. ایجاد الزام قانونی برای افشای اطلاعات مهم، تدوین معیارهای روشن برای تعیین این اطلاعات و پیش‌بینی ضمانت اجرا برای تخلفات در این زمینه، می‌تواند به بهبود شـــفافیت نظام قضایـــی ایران و جلوگیری از سوءاســـتفاده‌های احتمالی در فرایند ثبت اختراع کمک کنـــد. چنین رویکردی می‌تواند به طور مؤثـــری حقوق مخترعان واقعی را حفظ و از تضییع حقوق عمومی جلوگیری کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* عبادی بشـــیر، مقصـــود (۱٤۰٤)، «**تعهد به صداقت و وفـــاداری کارگر در برابر کارفرما**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۰.

* کلیشادی نـجف‌آبادی، امیـن و شیرانی، مسعود و سلـطانی، رضا (۱٤۰٤)، «**بررسی مقایسه‌ای استانـداردهای رفـتار منصفانه و عادلانه و حمـایت و امنیـت کامـل در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی**»، مجـــله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شـــماره ۱۲۹.

ب. انگلیسی

* Aptix Corp. v. Quickturn Design Systems, Inc. 269 F.3d 1369 (Fed. Cir. 2001).

* Chiang, T. J. (2013). The Upside-**"Down Inequitable Conduct Defense."** Northwestern University law Review. 107 (3), 1243-1306. https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol107/iss3/4/.

* Corona Cord Tire Co. v. Donovan Chemical Corp. 276 U.S. 358 (1928).

* Dolak, L. A. (2013). **"Litigating Inequitable Conduct after Therasense, Exerge, and the AIA: Lessons for Litigants, Option for Owners"**. Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, 13 (1), 50-90. https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjip/vol13/iss1/3/.

* Executive Regulation of the Patent Law, 1386, Islamic Republic of Iran. (In Persian)

* Garreth, W. & Crudden, Mc. (2023). **"Drugs, Deception, and Disclosure."** Berkeley Technology Law Journal. 38 (1131), 1132-1168. http://doi.org/10.15779/Z38N87314D

* Gvozdik, A. (2019). **"The Federal Circuit's Standard for Ineq-**

uitable Conduct: Out of Step with Supreme Court Precedent", Duquesne Law Review, 57 (2), 451-475. https://dsc.duq.edu/dlr/vol57/iss2/10/.

❋ Karshtedt, D. Janis, D. & Sichelman, M. (2021). **Defenses to Infringement. Patent Law**. An Open-Source Casebook. Edited by Dmitry, K. GW Law Faculty Publications & Other Works. 1-103.

❋ Kasper, A. (2016). **"Managing Inequitable Conduct by Legislation and/or Regulation"**. Akron Intellectual Property Journal. https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=akronintellectualproperty.

❋ Keystone Driller Co. v. General Excavator Co. 290 U.S. 240 (1933).

❋ Kingsland v. Dorsey, 338 U.S. 318 (1949).

❋ Kroll, K. (2018). **"Prosecuting Inequitable Conduct."** Minnesota Law Review. 5 (2), 94-110. https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=headnotes

❋ Laser, C. J. (2020). **"Equitable Defense in Patent Law"**. University of Miami Law Review. 75 (1), 1-75. https://repository.law.miami.edu/umlr/vol75/iss1/3/.

❋ Mathew, A. & et al. (2018). **"The Return of the Plague: Inequitable Conduct after Regeneron v. Merus"**, Santa Clara High Technology Law Journal, 34 (4), 327-361. https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol34/iss4/1/

❋ Parrish, D. (2013). **"Supplemental Examination and Inequitable Conduct: Protection and Pitfalls"**. An Intellectual Property Law Review, 4 (1), 156-190. https://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol4/iss1/4/.

❋ Patent Act of 1836, 5 Stat. 117 (1836)

❋ Patent Act of 1952, 35 U.S.C. §§ 1 et seq. (1952).

❋ Patent Act of 1970, 35 U.S.C. §§ 101 et seq. (1970).

❋ Patent Law, (1386), Islamic Republic of Iran. (In Persian)

❋ Precision Instrument Manufacturing Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co. 324 U.S. 806 (1945).

❋ Regeneron Pharmaceuticals v. Merus N.V. No. 16-1346 (Fed. Cir. 2017).

❋ Soltesz, J. A. (2013). **"Inequitable Conduct as a Defense to Patent Infringement: What Will the Effect of the Federal Circuit's Decision in Therasense, Inc. Have?"**. Seton Hall University Law. https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1307&context=student_scholarship

❋ Noonan, K. E. et al. (2019). **In the Supreme Court of the United States (No. 17-1616). Motion for leave to file and brief of seven Chicago patent lawyers as amici curiae in support of petitioner. Regeneron Pharmaceuticals, Inc. v. Merus B.V.**, available at: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/17-1616.html>(last visited on 1/8/2025)

❋ Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co. 649 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2011).

❋ Thurlow, P. G.et al. (2019). **Brief of amicus curiae New York Intellectual Property Law Association in support of neither party. Regeneron Pharmaceuticals, Inc. v. Merus N.V**. No. 17-1616. Supreme Court of the United States.available at: < https://www.nyipla.org/images/nyipla/Amicus/RegeneronvMerusNYIPLACert-StageAmicusBrief.pdf>, (last visited on 1/8/2025)

❋ United States Patent and Trademark Office. (2018). **All Claims [R-08.2017] 2016 Fraud, Inequitable Conduct, or Violation of Duty**

of Disclosure Affects. https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2016.html

❋ Vidal, K. K. (2022). **"Duties of disclosure and reasonable inquiry during examination, reexamination, and reissue, and for proceedings before the Patent Trial and Appeal Board"**: The Daily Journal of the United States. https://www.federalregister.gov/documents/2022/07/29/2022-16299/duties-of-disclosure-and-reasonable-inquiry-during-examination-reexamination-and-reissue-and-for

❋ U.S. Patent and Trademark Office. (n.d). 37 C.F.R. § 1.56 - Duty to disclose information material to patentability. Visited on 2025. https://www.law.cornell.edu/cfr/text/37/1.56

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۲۰۷-۱۷۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۳

تعدد اسباب و چالش‌های توزیع خسارت در حقوق ایران؛ با تأکید بر امکان‌سنجی استفاده از ریاضیات و هوش مصنوعی

مجیدرضائی،[۱] حمیدروستائی صدرآبادی،[۲] نصراله جعفری خسروآبادی،[۳] پگاه سرمدی[۴]

چکیده

بررسی اعتبار «نظریه کارشناسی» در فرایند توزیع خسارت و مسائل پیرامون آن، یکی از چالش برانگیزترین موضوعات فقهی و حقوقی است. از منظر مسؤولیت مدنی، بررسی حادثه موجد ضمان، فرایندی است که با انتخاب مبنای مسؤولیت مدنی آغاز و به توزیع خسارت ختم می‌شود. این نوشتار با روش مطالعاتی ترکیبی (کتابخانه‌ای و میدانی) در تلاش است به این پرسش که آیا توزیع خسارت میان مسؤولان متعدد، امری حکمی و به عهده قانون‌گذار است یا موضوعی و به تشخیص مقام قضایی است، پاسخ دهد و نقش نظریه کارشناسی در این فرایند و چگونگی بهره بردن از علم ریاضیات و هوش مصنوعی در توزیع خسارت را مورد بررسی قرار دهد. به نظر می‌رسد هرچند توزیع خسارت در فقه امامیه و قوانین موضوعه ظاهراً امری حکمی تلقی می‌شود، لیکن در ماهیت، امری موضوعی است. از این رو برای صدور حکم توزیع خسارت، مراجعه به نظریه کارشناسی با رعایت قواعد و معیارهای مشخص و بدون تفویض امر قضاوت به کارشناسان، اقدامی شایسته و ضروری است. هم‌چنین بهره‌گیری از علم ریاضیات، تبدیل شاخص‌های کیفی به کمی، طراحی فرمول‌های دقیق و استفاده از توان‌مندی‌های هوش مصنوعی، می‌تواند توزیع خسارت را علمی و یکپارچه سازد، اعمال سلیقه را به حداقل رساند و نظریه کارشناسی را به جایگاه اصیل و واقعی خود بازگرداند.

واژگان کلیدی: امر موضوعی، امر حکمی، توزیع خسارت، ریاضیات، هوش مصنوعی، نظریه کارشناس.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه میبد (نویسنده مسؤول) majidrezaei7872@gmail.com
۲. استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه میبد rostaei@meybod.ac.ir
۳. دانشیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه میبد nasrjafari@meybod.ac.ir
۴. استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه میبد pegahsarmadi@meybod.ac.ir

درآمد

در فرایند رسیدگی به یک حادثه، توزیع خسارت مرحله نهایی محسوب می‌شود؛ به این ترتیب که ابتدا مبنای مسؤولیت مدنی تعیین، سپس ارکان آن احراز و در نهایت، مسؤولیت به عامل یا عاملان زیان تحمیل می‌گردد. چنان‌چه عامل زیان واحد باشد، چالش خاصی بروز نمی‌کند و وی ملزم به جبران تمامی خسارت است. هرچند در حقوق ایران گرایش قابل تأملی به تک سبب بینی در رابطه علیت و نظام تک مسؤولیتی وجود دارد (طاهری نسب، ۱۳۸۹: ۵۷۸)، اما مسأله زمانی پیچیده می‌شود که اسباب متعددی در وقوع حادثه دخیل باشند و دادرس با چگونگی توزیع خسارت میان مسببان مواجه شود. به بیان دیگر، توزیع خسارت زمانی موضوعیت می‌یابد که مسؤولیت مشترک شماری از اسباب احراز شده باشد؛ اکنون پرسش این است که سهم تفصیلی هر یک از این اسباب که مسؤولیت اجمالی آن‌ها پیش از این محرز گشته، چه میزان است. در این خصوص، چند پرسش بنیادین باید مورد بررسی قرار گیرد: یکم، آیا توزیع خسارت امری حکمی است که قانون‌گذار باید چارچوب آن را مشخص کند، یا امری موضوعی تلقی می‌شود که تشخیص و احراز آن بر عهده قاضی است؟ چنان‌چه توزیع خسارت را امری حکمی بدانیم، امکان رجوع به نظریه کارشناسی منتفی بوده و صرفاً باید به نصوص قانونی اتکا کرد. در مقابل، اگر آن را امری موضوعی تلقی کنیم، امکان رجوع به نظریه کارشناسی و بهره‌گیری از آن فراهم خواهد بود؛ دوم، نظریه کارشناسان رسمی دادگستری تا چه میزان می‌تواند در فرایند توزیع خسارت مورد استناد قرار گیرد و آیا حد یقفی برای استناد به نظریه کارشناسی وجود دارد؟ سوم، آیا امکان بهره‌گیری از سایر علوم، نظیر ریاضیات و هوش مصنوعی، در توزیع خسارت وجود دارد و این علوم چگونه می‌توانند در این امر راهگشا باشند؟

پژوهش‌های متعددی در زمینه بررسی مسؤولیت ناشی از اسباب متعدد صورت پذیرفته است که به برخی از آن‌ها در بخش منابع این مقاله اشاره شده است، اما اکثر قریب به اتفاق این پژوهش‌ها، راهکار عملی و مشخصی برای توزیع عادلانه خسارت ارائه نکرده‌اند و بیشتر به گردآوری و توصیف نظریات موجود بسنده کرده‌اند. پژوهش حاضر فراتر از گردآوری، تبیین و بررسی نظریه‌های پیشین، کوششی است برای ارائه

راهـــکاری عملی، عادلانه و علمی برای توزیع خســـارت، با به کارگیری ظرفیت‌های علوم دیگر مانند ریاضیات و هوش مصنوعی.

بر این اساس، پژوهش حاضر در پنج بخش سامان یافته است: بخش نخست به بررسی مبانی اصلی مسؤولیت مدنی و تأثیر آن بر ارکان مسؤولیت و توزیع خسارت، در حد نیاز و متناسب با اهداف پژوهش، اختصاص دارد؛ بخش دوم به تحلیل ماهیت موضوعی یا حکمی بودن توزیع خسارت و پیامد آن بر امکان ارجاع امر به کارشناس می‌پردازد؛ در بخش ســـوم معیارهای موجود برای توزیع خسارت مورد نقد و تحلیل قرار می‌گیرند؛ در بخش چهارم به بررســـی ابزارهای نوین در توزیع خسارت خواهیم پرداخت و در بخش پنجم، راهکار پیشنهادی برای توزیع عادلانه و علمی خسارت که مبتنی بر تلفیق نظریه کارشناسی با ظرفیت‌های علوم دیگر هم‌چون ریاضیات و هوش مصنوعی است، ارائه و تبیین خواهد شد.

۱. مبانی مســـــؤولیت مـــــدنی و تأثـیر آن بر ارکـان مســـــؤولیت و توزیع خســارت

درباره مبنای مسؤولیت مدنی در فقه و حـقوق ایران، اختلاف نظر وجود دارد. انتخاب هر یک از ایـــــن مبانی، هم بر تعداد ارکان مســـــؤولیت مدنی (مبین، ۱۳۹۰: ۱٦۱) و هم بر تعیین مســـؤولان جبران خسارت تأثیـــــرگذار است. در این زمینه، دو پرسش اساسی مطرح می‌شود: یکم، آیا مبنای اتخاذ شده بر تـــــعداد ارکان مسؤولیت مدنی تأثیر می‌گذارد؟ دوم، آیا این مبنا بر چـــــگونگی توزیع خســـــارت میان اسباب متعدد نیز مؤثر است؟ از این رو در این بخش به بررسی اجـــــمالی سه مبنای شناخته شـــــده مســـــؤولیت مدنی و تأثیر هر یک بر ارکان مســـــؤولیت، تعداد اسباب مسؤول، چگونگی توزیع خســـــارت میان آن‌ها و نیز جایگاه نظریه کارشناسی در این فرایندها می‌پردازیم:

۱-۱. نظریه خطر

چنان‌چه نظریه خطر مبنای مســـؤولیت مدنی قرار گیرد، صرف ورود زیان از سوی شخص، موجد مسؤولیت جبران برای او خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸٦: ۱۸۳). به بیان دیگر، بر اساس این نظریه، تحقق مسؤولیت صرفاً منوط به انتساب عمل زیان‌بار به فاعل و ورود خسارت است. در این دیدگاه، رکن تقصیر جایگاهی نداشته و مبنای

نظری آن را می‌توان در قاعده فقهی «مَن لَهُ الغُنْمُ فَعَلَیْهِ الغُرْمُ» جســـت‌وجو کرد. حال، چنان‌چه اســـباب متعددی در ورود خســـارت دخیل باشند، بی‌شک می‌توان از نظریه کارشناســـی برای شناســـایی عاملان متعدد ایجاد زیان بهره برد، اما پرسش اصلی این اســـت که هر یک از این اسباب شناسایی‌شده که ورود خسارت به آن‌ها منتسب است تا چه میزان مســـؤولیت دارند؟ در حقیقت نظریه خطر به تنهایی قادر به ارائه پاسخی برای این پرسش بنیادین نیســـت. به عنوان مثال، اگر چند کارخانه با فعالیت مشترک خود و آلوده‌سازی هوای منطقه، موجب ورود ضرر مالی یا جانی به ساکنان آن شوند، بر مبنای نظریه خطر، همگی به دلیل ایجاد محیط پرخطر مســـؤول شناخته می‌شوند، اما مســـؤولیت هر یک به چه میزان خواهد بود؟ این پرسشی است که پژوهش حاضر در پی پاســـخ‌گویی به آن اســـت و صرف اتکا به نظریه خطر، راه حلی برای آن ارائه نمی‌دهد.

۲-۱. نظریه تقصیر

نظریه تقصیر، یکی دیگر از نظریه‌های شـــناخته شده در باب مبنای مسؤولیت مدنی است. چنان‌چه این نظریه مبنای مسؤولیت مدنی قرار گیرد، فاعل زیان تنها زمانی ملزم به جبران خســـارت خواهد بود که مرتکب تقصیر شده و زیان‌دیده بتواند تقصیر او را اثبات نماید (قاســـم‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۷). در صورت پذیرش نظریه تقصیر به عنوان مبنا، احراز ســـه رکن ضرر، تقصیر و رابطه ســـببیت ضرورت پیدا می‌کند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰: ۷۳). در اهمیت تقصیر بعضی تا جایی پیش رفته‌اند که احراز رابطه سببیت را نیز منوط به وجود تقصیر دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۲۰؛ دالوند، ۱۳۸٦: ۱۰۵؛ عباســـلو، ۱۳۸٦: ۵۱). ممکن است چندین سبب به‌طور هم‌زمان مرتکب تقصیر شده، از رفتار متعارف انسان تخطی نموده و موجب ایراد ضرر شوند. مطابق نظریه تقصیر، تمامی اســـباب دخیل در حادثه مسؤول نیستند، بلکه مسؤولیت صرفاً متوجه اســـباب مقصر اســـت. با این حال، حتی اگر پس از بررســـی‌های لازم مشخص شود که چندین عامل مرتکب تقصیر شده‌اند و خسارت به این عوامل مقصر منتســـب است، این پرسش مطرح می‌شـــود که هر یک از آن‌ها چه میزان از خسارت را باید جبران کند؟ آیا درجه و شـــدت تقصیر در این میان اهمیتی دارد؟ پاسخ به این پرســـش‌ها مستلزم یافتن راهکاری برای توزیع خسارت است؛ امری که مبنای تقصیر

نیز به تنهایی قادر به ارائه راه حلی برای آن نیست.

۳-۱. نظریه قابلیت استناد

نظریه «قابلیت استناد» از دیگر نظریه‌های مطرح در باب مبنای مسؤولیت مدنی است که قرابت بیشـــتری با حقوق اسلامی دارد. چنان‌چه این نظریه مبنای مسؤولیت مدنی قرار گیرد، بررسی تقصیر فاعل زیان‌بار ضرورتی نمی‌یابد (مبین، ۱۳۹۰: ۱۴۳)؛ بلکه تأکید بر برقراری «اســـتناد عرفی» اســـت و اگر میان زیان وارده و اسباب متعدد، رابطه اســـتناد عرفی برقرار باشـــد، این امر برای احراز اصل مسؤولیت مدنی کفایت می‌کند. رابطه استنادی ممکن اســـت به صورت مباشرت، تسبیب یا اجتماع مباشرت و تســـبیب و هر یک از این صور نیز می‌تواند ناشـــی از فعل مثبت یا ترک فعل باشد (خسروی سلیم، ۱۳۹۶: ۱۹).

در تبیین تفاوت میان «رابطه علیت» و «رابطه ســـببیت» نیز گفته شده است که هرگاه زیان به صورت مباشرت واقع شود، استناد را «رابطه علیت» و هنگامی که ناشی از ســـبب باشـــد، آن را «رابطه ســـببیت» می‌نامند (مرادی، ۱۳۹۶: ۸۰). هر چند قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ در باب سببیت و اســـتناد، گام‌های مؤثری برداشته اســـت، اما در برخی موارد بدون توجیه روشن، به سردرگمی قضات و تشتت آراء در محاکم دامن زده اســـت (کریم‌زاده شورک و حاجی ده آبادی و برزگر، ۱۴۰۱: ٦٦) که تفصیل آن در این مجال نمی‌گنجند. پرسشـــی که در خصوص سایر مبانی مطرح شد، در مورد این مبنا نیز صادق اســـت: چنان‌چه میان زیان و اســـباب متعدد، رابطه استناد عرفی به هر نحو احراز گردد، سهم هر یک از عاملان در جبران خسارت چگونه تعیین می‌شود؟ این پرسشی است که نظریه قابلیت استناد به تنهایی پاسخی برای آن ندارد و باید از طرق دیگری به آن پاســـخ داد؛ بنابراین اگرچه انتخاب مبنای مسؤولیت مدنی، ارتباط مســـتقیمی با «توزیع خسارت» ندارد؛ زیرا انتخاب مبنا در آغاز فرایند رسیدگی به دعوای مســـؤولیت مدنی و توزیع خســـارت در انتهای آن قرار دارد، لیکن هر مبنا می‌تواند اســـباب متفاوتی را به عنوان مسؤول جبران خســـارت و در نتیجه، مشمول توزیع معرفی نماید.

۲. ماهیت موضوعی یا حکمی توزیع خسارت و تأثیر آن بر قابلیت ارجاع امر به کارشناسی

از دیگر مسائل اساسی در باب مسؤولیت مدنی و ملاک سنجش و ارزیابی خسارت و توزیع آن بین مسؤولین متعدد خسارت، تشخیص موضوعی یا حکمی بودن توزیع خسارت می‌باشد.

چنین بیان شده است که هر مسأله‌ای که مضمون آن ناظر بر وجود یک واقعه باشد، مسأله‌ای موضوعی محسوب می‌شود؛ خواه این واقعه ناشی از عمل طرفین دعوا باشد یا زاییده شرایط محیطی و اوضاع و احوال، مشروط بر آن‌که بررسی ماهیت آن مسأله، مستلزم رجوع به متن قانونی نباشد (غمامی، ۱۳۸۹: ۲۸۰). در مقابل، امور حکمی، عبارت است از قانون و قاعده حقوقیِ حاکم بر موضوع دعوا (شمس، ۱۳۸۵: ۳۳ و ۳٤)؛ بنابراین، امر موضوعی در تقابل با امر حکمی قرار دارد. امور موضوعی، برخلاف امور حکمی، توسط قانون ایجاد نمی‌شوند، بلکه در جهان خارج و مستقل از قانون وجود دارند؛ قانون صرفاً معین می‌کند که کدام وقایع و با چه ماهیتی، منشأ ایجاد حق و تکلیف هستند. به بیان دیگر، قانون به این امور، اثر حقوقی اعطا می‌کند؛ اثری که فاعل آن‌ها لزوماً مد نظر نداشته است (شمس، ۱۳۹۳: ۳). از این رو تبیین حکمی بودن یا موضوعی بودن تک‌تک ارکان مسؤولیت مدنی ضرورت دارد. بی‌تردیدی ارکانی که جنبه موضوعی دارند قابل ارجاع به کارشناس می‌باشند و نه امور حکمی.

در مورد رکن «رابطه سببیت» برخی بر این عقیده اند که: «تسبیب از امور تعبدی شرعی نیست تا برای فهم معنای آن، نیاز به مراجعه به شرع باشد، هم‌چنین، از موضوعات مستنبطه فقهی نیست که فقها در موارد اختلاف نظر، به ارائه نظریه بپردازند؛ بلکه از موضوعات عرفی است و تشخیص آن به عرف واگذار می‌شود (سبزواری، ۱٤۱۳ ق: ۳۵۳)». یافته‌های یک پژوهش حقوقی نیز مؤید این مطلب است که: «اگرچه نظر کارشناس در تعیین و معرفی عوامل مادی وقوع جنایت یا زیان معتبر بوده و می‌تواند راهگشای دادرس باشد، اما در تشخیص «استناد» یا همان «رابطه سببیت»، ملاک نظر عرف است و نظر کارشناس، جز در فرض اجتماع اسباب طولی به منظور شناسایی سبب مقدم در تأثیر و عدوانی بودن یا نبودن اسباب، فاقد اعتبار

اســـت (برهانی و بادکوبه‌ای، ۱٤۰۰: ۷۱)». در نقد این دیدگاه می‌توان مطرح کرد که: نخســـت آن‌که، هرچند در باب ماهیت نظر کارشناســـی اختلاف نظر وجود دارد و به نظر می‌رسد نظریه کارشناسی در موقعیت‌های گوناگون می‌تواند ماهیت‌های متفاوتی داشـــته باشد، اما نظر کارشناس نیز می‌تواند مبین و کاشف از نظر عرف در خصوص تحقق یا عدم تحقق اســـتناد باشـــد. دوم آن‌که، تردیدی نیست که در شناخت عوامل مادی، امکان رجوع به نظر کارشناس وجود دارد و این امر، بدیهی و بی‌نیاز از تحقیق است. ســـوم آن‌که، مفهوم «عرف» چیست؟ آیا ارجاع کلی به «عرف» در متون قانونی یا تفاســـیر آن‌ها، رویکردی صحیح است؟ اگرچه درصدی از مردم، حادثه‌ای را مستند به عاملی منتسب بدانند، می‌توان از تحقق «استناد عرفی» سخن گفت؟ مرجع استعلام عرف در یک موضوع خاص کجاست؟ به نظر می‌رسد شایسته بود قانون‌گذار معیاری کمـــی برای «عـــرف» در نظر می‌گرفت؛ هرچند بحث تفصیلـــی در این خصوص، از حوصله و موضوع اصلی این مقاله خارج است.

در خصـــوص رکن «ضرر» نیز گفتنی که ضـــرر از جمله مفاهیم مادی صرف محسوب می‌شـــود و مصادیق آن در سیستم حقوقی مشخص شده است و از این رو از امور حکمی محسوب می‌شـــود و نظریه کارشناسی در خصوص اصل ضرر بودن یا نبودن و قابل جبران بودن یا نبودن قابل اســـتناد نیســـت. به عنوان مثال قانون‌گذار ضرر عدم النفع را قابل جبران ندانســـته است لیکن ضرر تلف مال موجود قابل جبران است و قانون‌گذار این امر را مورد حکم خود قرار داده است. در مورد ماهیت حکمی یا موضوعی «اسباب مســـؤول و توزیع خسارت بین آن‌ها» نیز دیدگاه‌های متفاوت و متعددی وجود دارد. در نظام کامن‌لا، تعیین ســـبب مسؤول، امری حکمی تلقی شده و توســـط قاضی و هیأت منصفه احراز می‌شود (بادینی و داودی، ۱۳۹۸: ۳۸؛ واین آر، ۱۳۸۷، ۱۳۹). هم‌چنیـــن، فحوای عبارات برخی فقهای برجســـته نیز بر حکمی بودن توزیع خســـارت دلالت دارد (نجفی، ۱۳٦۷: ۱٤۸). با این وجود، به‌طور کلی، برخی نظام‌های حقوقی توزیع خسارت را امری حکمی و برخی دیگر آن را امری موضوعی می‌دانند (حسین‌آبادی و صادقی، ۱۳۹٦: ۱۱٦).

به نظر می‌رســـد اگرچه در برخی از موارد اســـباب متعدد طولی، صرفاً سبب مقدم در تاثیر را مسؤول خسارت دانسته و به عنوان امر حکمی به آن نگریسته است،

اما در سایر موارد از جمله اسباب عرضی یا جمع سبب و مباشر، از ملاک کلی استناد عرفی ضرر به فاعل صحبت کرده است و اصل منتسب بودن یا نبودن ضرر به فاعل را امر موضوعی دانسته است؛ لذا تعیین اسباب مسؤول جز در مواردی که قانون تصریح نموده است و توزیع خسارت بین ایشان از امور حکمی محض محسوب نمی‌شود، بلکه امری موضوعی است که باید توسط قاضی و با بهره‌گیری از ابزارهای موجود، تعیین گردد و نظریه کارشناسی نیز می‌تواند در این مسیر یاری رسان باشد. حدود و ثغور استفاده از نظریه کارشناسی در ادامه تبیین خواهد شد.

۳. معیارهای توزیع خسارت

تعدد اسباب به مفهوم دخالت عوامل متعدد در بروز یک واقعه زیان‌بار، به سه شکل اصلی طولی، عرضی و اجمالی قابل شناسایی است. در فرض اسباب طولی، دو یا چند عامل به نحو متوالی و مترتب بر یکدیگر در بروز نتیجه زیان‌بار مؤثرند. در اسباب عرضی، عوامل متعدد به‌طور هم‌زمان و با تأثیر مشترک در ارتکاب فعل زیان‌بار دخالت داشته و نتیجه به عملکرد جمعی ایشان مستند می‌گردد و نهایتاً، سببیت اجمالی زمانی مطرح است که علم به ایراد زیان توسط یکی از چند سببِ محصور وجود داشته باشد، اما تعیین تفصیلی عامل مشخصِ زیان امکان‌پذیر نباشد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۱).

موضوع این پژوهش، بررسی تفصیلی صور گوناگون تعدد اسباب، نظیر اسباب عرضی و طولی، انسانی و غیرانسانی و ... یا تفکیک میان سبب و مباشر نیست، بلکه تمرکز اصلی بر این پرسش است که پس از آن‌که در دعوای مسؤولیت مدنی، مسؤولیت چند عامل در ورود خسارت محرز گردید، سهم هر یک از این عاملان در جبران خسارت چه میزان است. در این راستا باید به سراغ معیارهای توزیع خسارت رفت ولی با توجه به این‌که اکثر قریب به اتفاق این معیارها، پیش از این و در پژوهش‌های حقوقی به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند؛[1] لذا تکرار آن‌ها در این مجال، کمکی به حل مسأله نخواهد کرد. این نظریه‌ها عبارتند از: نظریه

---

۱. برای بحث تفصیلی در باب مبانی فقهی و جایگاه حقوقی نظریات مطرح در باب توزیع خسارت، بنگرید به: مکارم شیرازی، ۱/۱٤۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵؛ همو، ۱۳۹٤؛ همو، ۱/۱۳۹۲. هم‌چنین در مبحث «تعدد اسباب و نحوه توزیع مسؤولیت»؛ بنگرید به: محقق داماد، ۲/۱۳۹٤؛ همو، ۱۳۹۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹٤.

تساوی اسباب، نظریه درجه تقصیر، نظریه تأثیر رفتار، نظریه قرعه، نظریه عرف، نظریه تضامن، نظریه سبب مستقیم و نزدیک، نظریه سبب مقدم، نظریه سبب قوی‌تر، نظریه سبب مقدم در تأثیر، نظریه شرط پویای نتیجه، نظریه سبب متعارف، نظریه نحوه مداخله، نظریه توزیع بر اساس حصص و نسبت مالکانه، نظریه توزیع مطابق نظر دادگاه، نظریه توزیع بر اساس قدر عمل، نظریه توزیع بر اساس سهم بازار و نهایتاً نظریه توزیع بر اساس نظریه کارشناس؛ لذا در ادامه، با عنایت به شهرت «نظریه تساوی» در فقه و حقوق، ابتدا این نظریه بررسی می‌شود. سپس، به لحاظ اهمیت، به نظریات «درجه تقصیر» و «میزان تأثیر» پرداخته خواهد شد. از این جهت که نظریه توزیع بر اساس سهم بازار یک بحث جدید و بدیع می‌باشد، بسیار مختصر اشاراتی به آن خواهیم داشت و در نهایت، تحلیل خواهد شد که آیا «نظریه کارشناس» را می‌توان به عنوان یک نظریه توزیع خسارت پذیرفت یا خیر.

۱-۳. نظریه تساوی اسباب

مشهور فقها مطهری، ۱٤۰۸: ۱۱٤؛ نجفی، ٤۳/۱۳٦۷: ۷۱-٦۱؛ فاضل هندی، ۱۱/۱٤۲٤: ۲۹-۲۸؛ علامه حلی، ۳/۱٤۱۹: ٥٦۸؛ مراغی، ۲/۱٤۱۷: ٤٤٥-٤٤٤؛ موسوی خمینی، ۲/۱٤۰۹: ٥۱٤؛ سبزواری، ۱٤۱۳: ۱٥۷؛ فاضل لنکرانی، ۱٤۳۲: ۱٤٦؛ خویی، ٤۲/۱٤۲۲: ۳۰) قائل به نظریه تساوی می‌باشند. هم‌چنین صاحب‌نظران برجسته حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸٦: ۲۳۷؛ امامی، ۱۳۷۷: ٦۰۷؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۳۰؛ باریکلو، ۱۳۸٥: ۱۲٦؛ یزدانیان، ۱۳۷۹: ۱٤۹؛ سراج، ۱۹۹۰: ۲٤۰؛ صفایی، ۱۳٥۱: ٥٦۳؛ حسین‌آبادی و صادقی، ۱۳۹٦: ۱۳٤؛ برهانی و بادکوبه‌ای، ۱٤۰۰: ۷۱) نیز در آثار خود از این دیدگاه حمایت کرده‌اند. این رویکرد در مواد ٥۲۸،[۱] ٥۳۳ [۲] و ٤٥۳ [۳]

---

۱. ماده ٥۲۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): هرگاه در اثر برخورد دو وسیله نقلیه زمینی، آبی یا هوایی، راننده یا سرنشینان آن‌ها کشته شوند یا آسیب ببینند در صورت انتساب برخورد به هر دو راننده، هر یک مسؤول نصف دیه راننده مقابل و سرنشینان هر دو وسیله نقلیه است و چنان‌چه سه وسیله نقلیه با هم برخورد کنند هر یک از رانندگان مسؤول یک سوم دیه راننده‌های مقابل و سرنشینان هر سه وسیله نقلیه می‌باشد و به همین صورت در وسایل نقلیه بیشتر، محاسبه می‌شود و هر گاه یکی از طرفین مقصر باشد به گونه ای که برخورد به او مستند شود، فقط او ضامن است.

۲. ماده ٥۳۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند به‌طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به‌طور مساوی ضامن می‌باشند.

۳. ماده ٤٥۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): هرگاه دو یا چند نفر به نحو اشتراک مرتکب جنایت

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۳٦٥ [۱] قانون مجازات اسلامی سابق و رأی وحدت رویه شماره ۷۱۷ [۲] صادره در سال ۱۳۹۰ نیز انعکاس یافته و به رسمیت شناخته شده است.

به نظر می‌رسد که اگر محاکم در تمامی فروض تعدد اسباب، به تساوی حکم کنند، این امر برخلاف عدالت و حتی منطق حقوقی است. آن‌چه در قوانین موضوعه و فقه مقدس امامیه در باب تساوی ذکر شده، در فرض عدم امکان تشخیص سهم هر سبب و به عنوان یک «اصل عملیه» برای رفع تحیر و سرگردانی در موارد عدم علم به واقع است و اگر به هر ترتیبی مشخص گردد که سهم هر عامل چه میزان است، نمی‌توان به نظریه تساوی تمسک جست. در خاتمه باید خاطرنشان کرد که پذیرش نظریه تساوی اسباب به عنوان مبنای توزیع خسارت میان عوامل متعدد، اگرچه ممکن است در مرحله شناسایی عوامل مادی نیازمند کارشناسی باشد، اما در مرحله توزیع خسارت، رویه دادرسی را تسهیل می‌کند. در این صورت، دادرس می‌تواند بدون نیاز به بررسی‌های پیچیده کارشناسی، خسارت را بر تعداد اسباب تقسیم و سهم هر یک را به‌طور مساوی تعیین نماید.

۲-۳. نظریه درجه تقصیر

نظریه توزیع خسارت بر اساس «درجه تقصیر»، هرچند در برخی نظام‌های حقوقی غربی پذیرفته شده است (Keeton, Dobbs, Keeton, & Owen, 1984, 469؛ کاظمی، ۱۳۹۳: ۷٤؛ زکی، بی‌تا: ۸۷ و ۹۲)، اما هیچ‌یک از فقیهان متقدم شیعه آن را نپذیرفته‌اند (وحدتی شبیری و محمدی، ۱٤۰۲: ۳۲۲). این نظریه در میان فقیهان معاصر نیز از شهرت برخوردار نیست (همان: ۳۲٤).

موجب دیه گردند، حسب مورد هریک از شرکا یا عاقله آن‌ها به‌طور مساوی مکلّف به پرداخت دیه است.

۱. ماده ۳٦ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) :هرگاه چند نفر باهم سبب آسیب یا خسارتی شوند به‌طور تساوی عهده‌دار خسارت خواهند بود.

۲. برحسب مستفاد از ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی هرگاه برخورد دو یا چند وسیله نقلیه منتهی به قتل سرنشین یا سرنشینان آن‌ها گردد، مسؤولیت هر یک از رانندگان در صورت تقصیر ـ به هر میزان که باشد ـ به نحو تساوی خواهد بود؛ بنابراین رأی شعبه بیست و هفتم دیوان عالی کشور که مطابق این نظر صادر شده، به اکثریت آراء موافق قانون تشخیص و تأیید می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

مهم‌ترین مستند قانونی در خصوص درجه‌بندی تقصیر، ماده ۱۶ [۱] قانون بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسیله نقلیه مصوب سال ۱۳۹۵ است. این ماده به صراحت درصد درجه تقصیر را مطرح نموده است. پیش از آن نیز، ماده ۱۶۵ [۲] قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی، توزیع خسارت بر اساس درجه تقصیر را پذیرفته بود. حقوق‌دانان نیز به این نظریه اشاراتی داشته‌اند، مانند: «مسؤولیت مدنی، مجازات تقصیر نیست، بلکه هدف از آن جبران خسارت زیان‌دیده است. اصولاً هرکس باید به اندازه ضرری که وارد کرده مسؤول باشد، اگرچه تقصیر سنگین‌تر یا سبک‌تری مرتکب شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳۶)». در مقابل، برخی دیگر از حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند که تقسیم مسؤولیت به نسبت درجه تقصیر، امری استثنایی است و قاعده محسوب نمی‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۰۸)؛ و این‌که: «درجه تقصیر چندان نقشی در توزیع مسؤولیت مدنی معاصر ندارد. علاوه بر این، هدف اولیه مسؤولیت مدنی معاصر، تحقق عدالت ترمیمی است، نه عدالت اصلاحی (باریکلو و برزگر، ۱۳۹۸: ۲۷۰)».

به هر حال چنان‌چه نظریه منتخب برای توزیع خسارت، «درجه تقصیر» باشد، از آن‌جا که محاسبه درجه تقصیر امری دشوار است (وحدتی شبیری و محمدی، ۱۴۰۲: ۳۳۷)، غالباً کارشناس درصدبندی مسؤولیت را انجام داده و دادگاه نیز بر همان مبنا تصمیم‌گیری می‌کند. با این حال، لزوماً ساده‌ترین راه، صحیح‌ترین راه نیست؛ زیرا اگر «تقصیر» مفهومی تخصصی در حوزه حقوق باشد، تعیین درجه آن نیز امری تخصصی و در صلاحیت انحصاری قاضی است. این موضوع، اساساً ارتباطی با کارشناسی ندارد و امری کاملاً قضایی است و دادگاه نباید در این خصوص، تابع نظر

---

۱. ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه: چنان‌چه به حکم مرجع قضایی اثبات شود، عواملی نظیر نقص راه، نبودن یا نقص علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه، یا ایجاد مانع توسط دستگاه‌های اجرایی یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگر در وقوع حادثه موثر بوده است، بیمه‌گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده می‌تواند برای بازیافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌شود به مسببان ذی‌ربط مراجعه کند.

۲. ماده ۱۶۵ قانون دریایی مصوب سال ۱۳۴۳: اگر دو یا چند کشتی مرتکب خطا شوند، مسؤولیت هریک از کشتی‌ها متناسب با اهمیت تقصیری است که از آن کشتی سرزده است، معذالک، اگر تشخیص اهمیت تقصیر با شواهد و قرائن ممکن نباشد و تقصیر طرفین یکسان به نظر برسد، طرفین به نسبت متساوی مسؤول خواهند بود.

کارشناس باشد (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۱۲٤).

فارغ از این مباحث، آن‌چه در رویه قضایی مشـــهود اســـت، نشان می‌دهد که به‌رغم شـــهرت نظریه تســـاوی، قضات غالباً آن را عادلانه نمی‌دانند. از سوی دیگر، برای تقریب به عدالت، راهکاری جز مراجعه به کارشناس پیش روی خود نمی‌بینند. هرچند صراحتاً از «نظریه درجه تقصیر» نامی برده نمی‌شود، اما ظاهراً هدف از ارجاع امر به کارشـــناس رسمی دادگســـتری، تعیین همین درجه تقصیر است. همان‌طور که پیشتر نیز بیان شد، از آنجا که «تقصیر» مفهومی تخصصی در حوزه علم حقوق است، ارجاع تشـــخیص آن به کارشـــناس صحیح به نظر نمی‌رسد (شـــمس، ۱۳۸۵: ۳۲۵)؛ بنابراین، باید در پی ارائه راهکاری برای برون‌رفت از این وضعیت باشیم.

۳-۳. نظریه تأثیر رفتار

نظریه «تأثیر رفتار» بیان می‌دارد که هر سبب باید به اندازه‌ای که در ایجاد ضرر مؤثر بوده اســـت، مسؤول شناخته شود (ســـراج، ۱٤۱۰ ق: ۲٤۸ و ۲٤۹) و مسؤولیت باید به نسبت ســـهمی که هر یک از اسباب در ایجاد خسارت داشته‌اند، تقسیم گردد (صفایی، ۱۳۵۱: ٥٦۸؛ امامی، ۱۳۵۱: ۳۹۵). کسانی که قائل به نظریه تضامن می‌باشند نیز در توزیع نهایی مســـؤولیت به این معیار نظر دارند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۹۸)؛ زیرا در تعیین سهم مسؤولیت هر یک از مسؤولان، ماهیت رفتار زیان‌بار آنان و میزان رابطه سببیت میان رفتار و زیان مورد مطالبه، در نظر گرفته می‌شود (Michael, 2016: 633; K. Dewolf, 2009: 5-6).

در حقوق ایران، در مواد ۱٤ قانون مســـؤولیت مدنی[۱] و ٥۲٦ [۲] و ٥۲۷ [۳] قانون

---

۱. ماده ۱٤ قانون مسؤولیت مدنی: در مورد ماده ۱۲ هرگاه چند نفر مجتمعاً زیانی وارد آورند متضامناً مســـؤول جبران خسارت وارده هستند. در این مورد میزان مسؤولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد.

۲. ماده ٥۲٦ قانون مجازات اســـلامی (۱۳۹۲): هرگـــاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشـــته باشـــند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنان‌چه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به‌طور مساوی ضـامن می‌باشـند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسؤول هســـتند. در صـــورتی که مباشـــر در جنایت بی اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آن‌ها باشـــد فقط سبب، ضامن است.

۳. ماده ٥۲۷ قانون مجازات اســـلامی (۱۳۹۲): هرگاه دو نفر بر اثر برخورد بی‌واسطه با یکدیگر کشته شوند یا آسیب ببینند، چنان‌چه میزان تأثیر آن‌ها در برخورد، مساوی باشد در مورد جنایت شبه‌عمدی نصف دیه هر کدام از مال دیگری و در مورد خطای محض نصف دیه هر کدام به وسیله عاقله دیگری

مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در فروض خاصی، نظریه «تأثیر رفتار» مرتکبان، به عنوان معیار منتخب برای توزیع خســـارت برگزیده شـــده است. با این حال، نحوه تشـــخیص میزان تأثیر در قوانین مشخص نشده است و گویا در این مورد نیز، همانند رویه قضایی معمول، باید از نظـــریات کارشناســـی بهره برد (محسنی، ۱۳۹٤: ۱٤۱). از آنجا که بررســـی میزان تأثیـــر یک عامل، لزوماً مفهومـــی تخصصی در حوزه علم حقوق محسوب نمی‌شود، استفاده از نهاد کارشناسی در این خصوص، بلامانع به نظر می‌رسد.

هرچند ارتباط میان «تأثیر» و «تقصیر» به حدی نزدیک اســـت که در استفتائات و کلمات فقیهان، گاه به تمایز مـــیان «نســـبت تأثیر» و «نسبت تقصیر» توجه نشده و احتمالاً این دو مفهوم به جای یکدیـــگر به کار رفته‌اند (وحدتی شبـیری و محمدی، ۱٤۰۲: ۳۲۳)، امـــا بحث تفصیلی در این خصوص از موضوع این پژوهـــش خارج است.

٤-۳. نظریه توزیع بر اساس سهم بازار[1]

بر اساس یک دیدگاه، توزیع خسارت در معنای محدود، صرفاً شامل مواردی است که بار جبران ضرر وارده میان مسببان مستقیم ایراد آن توزیع می‌شود (خدابخشی، ۱۳۹۱: ۱۱۰) و پژوهـــش حاضر نیز بر همین معنای محدود تمرکز دارد، اما اخیراً، در نظام‌های حقوقی چون ایالات متحده و حتی در حقوق داخلی، دیدگاهی مطرح شده که توزیع خســـارت را در معنایی گسترده‌تر تفسیر می‌کند. این معنای گسترده، جبران غیرمستقیم ضرر توسط اشخاص یا نهادهایی را در بر می‌گیرد که هیچ‌گونه دخالت یا تأثیر مستقیمی در ایراد زیان به زیان‌دیده نداشته‌اند (Keeton, Dobbs, Keeton, & Owen, 1984: 714؛ مولودی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۳۰). طرح چنین دیدگاه‌هایی، نشان دهنده نفوذ نظریه‌های اقتصادی در حقوق اســـت تا آنجا که برخی، ماهیت حقوق را به عنوان دانشـــی مستقل انکار کرده و آن را صرفاً ابزاری برای تأمین اهداف اقتصادی معرفی می‌کنند (شهابی و مسعودی پور، ۱۳۹۲: ۵۲).

رویکرد توزیع خســـارت در معنای گســـترده خـــارج از چارچوب اصلی این

پرداخت می‌شود و اگر تنها یکی از آن‌ها کشته شود یا آسیب ببیند، حسب مورد عاقله یا خود مرتکب، نصف دیه را باید به مجنی علیه یا اولیاء دم او بپردازند

۱. برای مطالعه تفصیلی این نظریه بنگرید به: مولودی و حاجی عزیزی و غلامی، ۱۳۹۷: ۷۸-۱۰۲.

پژوهش قرار دارد و نهاد کارشناسی نیز در این الگوها، معمولاً نقشی به شیوه‌ای که در توزیع میان مسببان مستقیم ایفا می‌کند، ندارد.

٤. جایگاه نظریه کارشناسی در توزیع خسارت

هنگامی که رسیدگی با موضوعاتی مرتبط می‌شود که مستلزم اطلاعات یا تجربیات خاصی است، مقام رسیدگی‌کننده، ممکن است در استنتاج صحیح از واقعیات موجود، توانایی کافی نداشته باشد و بهره‌گیری از کمک کارشناسان واجد شرایط، اجتناب‌ناپذیر خواهد بود (Heffernan, 2006: 6). برای کارشناسی در دعاوی مسؤولیت مدنی، فوایدی برشمرده شده است، از جمله آن‌که: کارشناس معمولاً در حوزه تخصص خود از اطلاعات بیشتری برخوردار است؛ بنابراین، می‌تواند اطلاعات را با هزینه کمتر و به نحو کامل‌تری نسبت به خود طرفین دعوا یا دادگاه ارائه دهد (بادینی، ۱۳۸٤، ۲۹۸).

در باب ملاک اعتبار نظریه کارشناسی اختلافاتی وجود دارد، ولی در مباحث مربوط به ادله اثبات دعوا، در فقه، حقوق و اصول استنباط، نظریه کارشناسی بارها مورد بررسی قرار گرفته، وجه مشترک تمامی بررسی‌ها، اعتبار نظر کارشناس در حقوق است (طاهری و حکیم، ۱۳۹۵: ۳۱٤؛ هاشمی، ۱۳۸۲: ۷۳۱). هم‌چنین نظریه کارشناسی از جمله امارات قضایی در حقوق و «ظنون مطلق» در فقه قلمداد شده است (ساعی و ثقفی، ۱۳۹۲: ۹۰). دلایل حجیت نظریه کارشناسی این‌طور بیان شده: ظن، بنای عقلا، اجماع و حکم عقل (حیدری، ۱۳۸۸: ۲۰۷– ۲۰۸؛ موسوی خمینی، ۱٤۱۵: ۲٤۹ و ۲۵۱؛ مظفر، ۱۳۸۸: ۲۵٤) و اما در مورد استفاده از نظریات کارشناسان در فرایند رسیدگی به دعوای مسؤولیت مدنی، صرف نظر از آن‌که کدام نظریه برای توزیع خسارت انتخاب می‌شود، نظریه کارشناسی در مواردی هم‌چون معرفی علل مادی مؤثر در وقوع حادثه و هم‌چنین تعیین میزان خسارت وارده به زیان‌دیده، کاربرد دارد و در صحت ورود کارشناس به این دو حوزه، مناقشه‌ای وجود ندارد؛ بنابراین، نهاد کارشناسی می‌تواند در کنار هر یک از نظریه‌های توزیع خسارت، در این امر دخیل باشد، اما پرسش این است که آیا «نظریه کارشناسی» می‌تواند در عرض سایر نظریه‌ها، یک نظریه مستقل برای توزیع خسارت تلقی شود؟ آن‌چه در رویه محاکم جاری است، انتخاب نهاد کارشناسی به عنوان مبنایی منتخب و مستقل برای توزیع

خسارت است؛ رویه‌ای که همان‌گونه که کراراً بیان شد، محل اشکال است (بادینی و داودی، ۱۳۹۸: ۳٤)، ولی به نظر می‌رسد نهاد کارشناسی نمی‌تواند مبنایی مستقل برای توزیع خسارت محسوب شود، بلکه کارشناس در مقام اظهار نظر بر اساس هر یک از مبانی پیش‌گفته و به رسمیت شناخته شده اعلام نظر می‌کند و در این راستا نمی‌توان کارشناس را مبسوط‌الید دانست؛ به نحوی که بتواند فارغ از میزان تقصیر و یا تأثیر هر یک از اسباب، یک یا برخی اسباب را بر اساس معیارهای خودخواسته مسؤول جبران خسارت معرفی کند. بنا بر آن‌چه گفته شد، کارشناسی یک ابزار جهت توزیع خسارت می‌باشد نه یک نظریه در باب توزیع خسارت.

در خصوص تعیین درصد مسؤولیت توسط کارشناسان نیز باید گفت که برای سنجش هر امری، معیارها و مقیاس‌هایی در جهان وجود دارد که مبتنی بر عرف یا اصول علمی هستند، اما معیار تعیین درصد توسط کارشناسان، اغلب مشخص نیست (بادینی و داودی، ۱۳۹۸: ۳٤). پرسش دیگر این است که آیا نظریه کارشناسی می‌تواند مبنایی برای تشخیص «درجه تقصیر» یا «میزان تأثیر» باشد؟ به باور نویسندگان این مقاله، چنان‌چه مبنای توزیع خسارت، «درجه تقصیر» یا هر مفهوم تخصصی حقوقی دیگری باشد، کارشناس به هیچ وجه مجاز به ورود به آن نیست؛ زیرا «تقصیر» به معنای تعدی و تفریط یا خروج از رفتار یک انسان متعارف یک مفهوم حقوقی است و افراد غیرحقوقی، مانند کارشناسان، نمی‌توانند اصل تقصیر و شدت و ضعف آن را تشخیص دهند مگر این‌که تقصیر ارتکابی در حوزه‌های خاصی هم‌چون رابطه کارگر و کارفرمایی در محیط کارخانه باشد که احراز تقصیر و رفتار مبتنی بر ایمنی و استانداردهای کار منوط به اظهار نظر فرد متخصص باشد، اما اگر معیار توزیع، «میزان تأثیر» باشد، از آنجا که این مفهوم، لزوماً یک مفهوم تخصصی حقوقی نیست و بررسی آن بیشتر جنبه‌ای مادی دارد که قاضی حتی با تمایل نیز ممکن است قادر به تشخیص دقیق آن نباشد، واگذاری این امر به نظریات کارشناسی، خالی از اشکال به نظر می‌رسد. به عنوان مثال، اگر چندین کارخانه در یک منطقه فعالیت کنند و موجب آلودگی هوا و ورود خسارت مادی به ساکنان شوند، بررسی میزان تأثیر هر یک از کارخانه‌ها در ایجاد این آلودگی، امری مادی است که باید توسط کارشناس مربوطه انجام شود. ممکن است یکی از این کارخانه‌ها، به دلیل نوع و حجم فعالیت خود، تأثیر بیشتری

بر آلودگی منطقه داشـــته باشد، اما اگر معیار توزیع خســـارت، «درجه تقصیر» باشد، چه بســـا همان کارخانه‌ای که بیشـــترین تأثیر را در آلودگی داشته، از منظر معیارهای حقوقی، مرتکب هیچ‌گونه تقصیری نشده باشد، اما پرسش اساسی این است که شیوه صحیح استفاده از نهاد کارشناسی در امر توزیع خسارت چیست؟ در این خصوص به نظر می‌رسد شـــیوه صحیح استفاده از نهاد کارشناسی در امر توزیع خسارت، محدود ساختن نقش کارشناسان به امور مادی و فنی، یعنی حوزه تخصصی آنان است. به بیان دیگر، در فرایند توزیع خســـارت نیز، کارشـــناس باید نظر خود را صرفاً در خصوص ابعاد موضوعی حادثه و عوامل مؤثر در ورود زیان ارائه دهد و از ورود به حیطه امور قضایی بازداشته شود. در خـــصوص شیوه صحیح بهره‌گیری از نهاد کارشناسی در امر توزیع خســـارت، در بخش چهارم این مقاله به تفصیل بحث خواهد شـــد، اما به اجمال باید گفت که استفاده از نظریـــات کارشناسان در توزیع خسارت میان اسباب متعدد، امری اجتناب‌ناپذیر است. با این حال، نحوه بهره‌گیری از آن بسیار حائز اهمیت است. از یک سو، می‌توان با ارجاع بی‌ضابطه امر توزیع به کارشناسی، کارشناس را در جایگاه قاضی نشاند و از سوی دیگر، می‌توان نهاد کارشناسی را به کلی کنار گذاشت و قاضی را به توزیع خسـارت در انزوا و بدون آگاهی از واقعیات بیرونی واداشت که هر دو رویکرد نادرست اســـت؛ بلکه باید سازکاری اندیشید که هم بتوان از نظریات کارشناســـان خبره در حوزه تخصصی خود بهره برد و واقعیات فنی و مادی را مبنای رســـیدگی قرار داد و هم از تفویض امر قضاوت به کارشناسانی که ممکن است فاقد دانش حقوقی باشـــند، اجتناب ورزید. در این میان، مـــرز ظریفی وجود دارد که گام برداشـــتن بر آن ضروری است و انحراف از این مسیر، به نقض عدالت می‌انجامد. در بخش پایانی این مقاله، راهکار پیشنهادی خود را ارائه خواهیم داد.

۵. ابزارهای نوین در توزیع خسارت

با توجه به پیشـــرفت‌های فناوری گسترده بشر در عصر حاضر به نظر می‌رسد نظام حقوقی نیز باید همگام با این پیشـــرفت‌های چشـــم‌گیر از این پیشرفت‌ها بهره بیشـــتری ببرد و خـــود را از این ابزارها محروم ننماید. در باب مســـؤولیت مدنی نیز ابزارهـــای نوینی می‌توان نام برد که در باب توزیع خســـارت می‌توان مورد اســـتفاده قرار گیرد که تاکنون یـــا به‌طور کلی در ادبیات حقوقی مورد بحث قرار نگرفته‌اند، یا

دســـت‌کم در نظام حقوقی و رویه قضایی ایران، مغفول مانده یا کمتر به آن‌ها پرداخته شده که در ادامه به بیان این ابزارها خواهیم پرداخت.

۱-۵. توزیع با ابزار هوش مصنوعی

«هوش مصنوعـــی» به توانمنـــدی رایانه‌ها در تصمیم‌گیـــری خودکار اطلاق می‌شود (Smith & McGuire, 2006: 4; Acosta, 2012) در خصوص ارتباط میان توزیع خسارت و هوش مصنوعی، چند پرســـش قابل طرح است: نخست آن‌که آیا می‌توان امر توزیع خسارت را به هوش مصنوعی واگذار کرد تا این فرایند به صورت خودکار توســـط آن انجام شود؟ پاسخ به این پرســـش را باید متخصصان این حوزه ارائه دهند، اما با فرض پاسخ مثبت، چنان‌چه هـــوش مصنوعی بدون هیـــچ الگو و سازکار مشخصی اقدام به توزیع خسارت نماید، تصمیم حاصله فاقـــد ارزش قضایی خواهد بود؛ زیرا توزیع خســـارتی که دادرس از مبانی و چگونگی آن بی‌اطلاع باشد، قطعاً می‌تواند منشـــأ مشکلات و پیامدهای نامطلوب بسیاری گردد و انتقادهای مطرح شـــده در خصوص واگذاری توزیع خسارت به کارشناسان، در مورد هوش مصنوعی نیز صادق است.

گفتنی است توسعه روزافزون کاربرد فناوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطی، از جمله رایانه، شبکه‌های داخلی و جهانی اینترنت، در شؤون حقوقی و قضایی، به نحو قابل ملاحظه‌ای با اهداف و الزامات پیاده‌ســـازی رویکردی نظام‌مند، مبتنی بر منطق و ســـاختاریافته که قرابتی با دقت و انتظام موجود در علوم ریاضی دارد، در این عرصه هم‌ســـو و هم‌جهت ارزیابی می‌گردد. در نظام‌های حقوقی توســـعه یافته، بهره‌برداری گســـترده از این فناوری‌ها و تسهیل دسترســـی اصحاب دعوی به آن‌ها، به عنوان یک عامـــل کارآمد و مؤثر در کاهش حجم منازعات حقوقی و یا حتی تمهید حل و فصل آن‌ها در مراحل اولیه و پیش از ارجاع به مراجع قضایی، به شـــکل بارزی مورد توجه و تأکید قرار گرفته و نقش به‌ســـزایی ایفا نموده است (شمس، ۱۴۰۰: ۲۰). طراحی و اســـتفاده از نرم‌افزارهای تخصصی هوشـــمند یا غیرهوشمند برای توزیع خسارت نیز می‌تواند روشـــی جذاب به نظر آید. با این حال، بســـیاری از مسائل و چالش‌هایی که در خصوص استفاده از هوش مصنوعی مطرح شد، در مورد این نرم‌افزارها نیز صدق می‌کند و از تکرار آن‌ها خودداری می‌شود.

پرسش دیگر این است که آیا می‌توان از هوش مصنوعی به عنوان کارشناس بهره برد؟ در وضعیت فعلی حقوق ایران، پاسخ به این پرسش نیز منفی است؛ زیرا تمامی قوانین و آیین‌نامه‌های مرتبط با کارشناسان، بر این دلالت دارد که کارشناس باید شخص حقیقی باشد. با این حال، به نظر می‌رسد در آینده‌ای نه چندان دور، این وضعیت تغییر کرده و هوش مصنوعی در این‌گونه مسائل نیز کاربرد یابد. گفتنی است راهکار پیشنهادی، مطابق با آن‌چه در بخش چهارم این مقاله تبیین خواهد شد، طراحی یک الگوریتم و الگوی ریاضی است و سپس بهره‌گیری از هوش مصنوعی برای تسریع در فرایند کمی‌سازی شاخص‌های کیفی و توزیع خسارت بر مبنای فرمول‌های ریاضی.

۲-۵. توزیع خسارت با استفاده از علم آمار و ریاضیات

در خصوص ارتباط میان ریاضیات و حقوق، می‌توان گفت که این حوزه مطالعاتی، حتی در کشورهای دارای نظام‌های آموزشی و پژوهشی پیشرفته نیز، هم‌چنان در مراحل آغازین و در قالب گام‌هایی پراکنده قرار دارد (کریمیان و دیگران، ۱٤۰۱: ۳). با این وجود، قانون و ریاضیات از یکدیگر بیگانه نیستند و هر دو در پی دستیابی به نظمی آرمانی، هدف مشترکی را دنبال می‌کنند (قوامی‌پور سرشکه، ۱٤۰۳: ۱).

علت طرح «توزیع خسارت با استفاده از ابزاری به نام علم ریاضیات» آن است که علم و فلسفه ریاضی، در ترکیب با علم و فلسفه حقوق، نه تنها می‌تواند به ارتقای دانش حقوق و امر قضا یاری رساند، بلکه قادر است تا آنجا پیش رود که مفهوم «عدالت» را محاسبه‌پذیر ساخته و آن را به سطحی واقع‌گرایانه‌تر از آن‌چه هم‌اکنون در مباحث آکادمیک مطرح است، ارتقا دهد (کریمیان و دیگران، ۱٤۰۱: ٤). هم‌چنین در خصوص علم آمار بیان شده است که با بهره‌گیری از آمار توصیفی می‌توان مسائل مهمی را در حوزه دادرسی روشن ساخت و در سطحی پیشرفته‌تر، از روش‌های آمار استنباطی نیز استفاده کرد (گنجعلی، ۱٤۰۰: ۲٦). به نظر می‌رسد اثربخشی علم ریاضیات در علم حقوق، در سه سطح قابل بررسی و تنظیم است: سطح دکترین، سطح منابع ایجاد حق و تکلیف و سطح روش‌های حل مسائل عملی و موردی در حقوق و قضا (کریمیان و دیگران، ۱٤۰۱: ۷). در این میان، استفاده از آمار و ریاضیات

برای توزیع عادلانه خسارت، در سطح سوم، یعنی روش‌های حل مسائل عملی جای می‌گیرد.

در ایـــران به جـــز گزارش‌هـــای مدیریتی و نـــیازهای محـــدود در برخی برنامه‌ریـزی‌ها، استفاده از علـــم آمار در حوزه‌های حقـوقی و قضایی تا حد زیادی مـــغفول مانده و چندان مورد توجه قرار نگرفته است (مرادی و همـــکاران، ۱۴۰۱: ۲۳). در زمینـــه کاربرد آمار و ریاضیات در توزیع خســـارت میان اســـباب متعدد نیز تاکنـــون اقدام مؤثری صورت نپذیرفته و مقاله حاضر برای نخستین بار قصد دارد در این مسیر گام بردارد.

در این‌جا یک پرسش اساسی مطرح است که با توجه به این‌که علم ریاضیات با مفاهیم کمی و اعداد و ارقام ســـر و کار دارد؛ در حالی که توزیع خســـارت عمدتاً مبتنی بر توصیفات کیفی اســـت، چگونه می‌توان میان این دو مقوله پیوند برقرار کرد؟ در این خصوص گفتنی است وقتی از «علم» سخن به میان می‌آید، نخستین چیزی که به ذهن متبادر می‌شود، قوانینی است که با گذر زمان و تغییر مکان، دگرگون نمی‌شوند (قوامی‌پـــور سرشـــکه، ۱۴۰۳: ٤) و هنگامی که هدف، علمی ســـاختن فرایند توزیع خسارت است، باید قواعدی تدوین شود که در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها از یکسانی و ثبات برخوردار باشـــند. به نظر می‌رسد نخستین گام برای بهره‌گیری از علم ریاضیات در توزیع خســـارت میان اسباب متعدد، تبدیل توصیفات کیفی به اعداد و ارقام، یا به بیان دیگر، تبدیل آن‌ها به شاخص‌های کمی است.

محور اصلی «توزیع خسارت با استفاده از علم ریاضیات»، پاسخ به این پرسش بنیادین اســـت که آیا امکان تبدیل کیفیات به کمیات وجود دارد. با توجه به این‌که در سایر علوم، تبدیل شـــاخص‌های کیفی به مقادیر کمی امری رایج و موفقیت‌آمیز بوده است، به نظر می‌رسد در موضوع توزیع خسارت نیز می‌توان چنین فرایندی را به کار بســـت. در ادامه، به ذکر چند نمونه از مصادیق تبدیل کیفیت به کمیت در حوزه‌های دیگر اشاره می‌شود:

در مـــدارس و دانشـــگاه‌ها، عملکرد دانش‌آموزان یا دانشـــجویان بر اســـاس معیارهـــای چند بعدی ماننـــد فهم مطلب، خلاقیت و میزان تـــلاش، به نمره‌هایی در بازه‌هـــای مشـــخص، مانند ۰ تا ۲۰، ۰ تـــا ۱۰۰. این نمرات، نمونـــه‌ای از تبدیل یک

وضعیت کیفی به یک شـــاخص عددی هســـتند که امکان مقایســـه و تصمیم‌گیری را فراهم می‌آورند؛ یا در حوزه روان‌شناســـی، احساســـات، رضایت از زندگی یا سطح بهزیســـتی افراد، با اســـتفاده از پرسش‌نامه‌های اســـتاندارد به اعداد و امتیازات تبدیل می‌شود. ابزارهایی مانند مقیاس‌های رضایت از زندگی یا شاخص‌های سلامت روان، جنبه‌های ذهنی و هیجانی افراد را به صورت کیفی ارزیابی کرده و این ارزیابی‌ها را به داده‌های عددی مبدل می‌ســـازند که به پژوهش‌گران امکان تحلیل روندهای اجتماعی و روان‌شناختی را می‌دهد.

وضعیت ســـلامتی افراد نیز اغلب از طریق شـــاخص‌هایی مانند شاخص توده بدنی، فشـــار خون یا ســـطح قند خون به صورت عددی نمایش داده می‌شود. اگرچه ســـلامتی مفهومی جامع و کیفی است، اما تبدیل آن به مقادیر عددی به پزشکان اجازه می‌دهد تا وضعیت بیماران را رصد کرده و مداخلات درمانی لازم را برنامه‌ریزی کنند، اما در امر توزیع خســـارت، کیفیت چگونه و با چه روشی باید به کمیت تبدیل شود؟ پیشنهاد نویسندگان این مقاله برای تبدیل کیفیات به کمیات در مقوله توزیع خسارت، طراحی و تنظیم چک لیست‌های اختصاصی برای حوادث پرتکراری است که در آن‌ها اسباب متعدد مســـؤولیت دارند. از جمله این حوادث می‌توان به تصادفات رانندگی، آلودگی محیط‌زیست، قصور پزشکی، خسارات ناشی از محصولات معیوب، حوادث ناشی از کار، خسارات ناشی از فعل جمعی، خسارات ناشی از جرائم، دعاوی مربوط به مالکیت فکری و دعاوی ساخت و ساز اشاره کرد. در این روش، تمامی فاکتورهای عوامل مرتبط با هر سبب مسؤول، احصاء و در یک چک لیست گردآوری شده و برای هر عامل، نمره‌ای مشخص (بارم) در نظر گرفته می‌شود.

سؤال بعدی این اســـت که آیا در توزیع خسارت با استفاده از علم ریاضیات، از نهاد کارشناســـی نیز بهره گرفته می‌شود. پاســـخ مثبت است. ارتباط امر کارشناسی با توزیع خســـارت به روش ریاضی، اقدام کارشـــناس در تکمیل چک لیست‌های از پیش طراحی شـــده، تجلی می‌یابد. البته، طراحی چک لیست‌های دقیق برای حوادث مختلف، نیازمند انجام پژوهش یا پژوهش‌های مستقلی است و با توجه به محدودیت حجم یک مقاله علمی، امکان طراحی چک لیســـت‌های متعدد در این پژوهش وجود نـــدارد. با این حـــال، در بخش چهارم و در قالب طراحی یک چک لیســـت نمونه و

تشریح شیوه کارکرد آن، توضیحاتی ارائه خواهد شد.

حال فرض کنیم که عملیات کمی‌سازی با موفقیت انجام شده و اکنون اعداد و ارقام لازم در دست است. چالش بزرگ‌تر این است که با این اعداد و ارقام چگونه باید توزیع خسارت را انجام داد؟ پاسخ آن است که باید یک فرمول ریاضی دقیق وجود داشته باشد تا اعداد به دست آمده در آن قرار گرفته و میزان سهم هر عامل زیان، بدون هرگونه اعمال سلیقه، مشخص گردد. البته نباید چنین تصور شود که نظریه استفاده از علم ریاضیات در توزیع خسارت، نظریه‌ای پیچیده و اجرای آن برای قاضی دشوار است. بلکه هم کمی‌سازی توصیفات کیفی از طریق چک لیست و هم استفاده از اعداد در تناسبات ریاضی، اموری هستند که پیچیدگی فوق‌العاده‌ای نداشته و به نظر می‌رسد قاضی از عهده انجام آن برخواهد آمد مشروط بر آن‌که قبل از آن نمونه‌ها و فرمول های ساختارمندی به صورت علمی و دقیق ارائه شود تا قاضی بتواند در مصادیق مختلف از آن بهره ببرد.

٦. تحلیل و ارائه راهکاری نوین

به باور نویسندگان، توزیع خسارت صرفاً بر اساس یکی از ابزارها و یا نظریات نمی‌تواند به تنهایی عدالت را تأمین نماید. بلکه برای دستیابی به یک مدل مناسب برای توزیع خسارت، باید از تلفیق دو یا چند نظریه و ابزار بهره جست. به بیان دیگر، هیچ‌یک از نظریه‌های توزیع خسارت، به تنهایی قادر به تحمل تمامی بار این فرایند پیچیده نیست و به هر یک از آن‌ها باید بخشی از مسیر را سپرد.

روش پیشنهادی بدین شرح است که ابتدا از کارشناس خواسته می‌شود که صرفاً از دیدگاه فنی و تخصصی خود، شرایط و اوضاع و احوال حادثه را توصیف کند. سپس، این توصیفات کیفی از شرایط و اوضاع و احوال، به اعداد و ارقام و داده‌های قابل پردازش، تبدیل شود و در نهایت، این اعداد در فرمول ریاضی از پیش طراحی شده یا نرم‌افزار تخصصی از پیش تعبیه شده قرار گرفته و میزان تأثیر هر عامل، به صورت ریاضی و آماری محاسبه می‌گردد. هدف از این روش، دستیابی به نتایج مشابه در شرایط یکسان و به حداقل رساندن اعمال سلیقه است. گفتنی است در طراحی الگوریتم و فرمول باید نمونه‌های منطبق با احکام مندرج در قانون می‌بایست برنامه‌ریزی گردد؛ به عنوان مثال اگر در پرونده مسؤولیت مدنی با مصداقی مواجه

بودیـــم که قانون‌گذار مبنای توزیع را درجه تقصیر دانســـته در این حالت، ملاک‌ها بر رفتارهای تقصیرآمیز استوار می‌گردد و اگر در قانون مبنا میزان تأثیر است و نه تقصیر، الگوریتم طراحی شده بر مبنا میزان تأثیر فرمول‌سازی و طراحی می‌شود.

همان‌طور که پیش از این نیز بیان شـــد، مـــوضوعات مسؤولیت مدنی که در آن‌ها چندین عامل، مســـؤول جبران زیان شـــناخته شده و بحث توزیع خسارت میان آن‌ها مطرح می‌شود، بسیار متعدد و متـــنوع‌اند. بررســـی تمامی این موارد بر اساس روش تلفیقی پیشـــنهادی و تهیه چـــک لیســـت برای تمام انواع حوادث، از حوصله یک مقاله علمی خارج است. از این رو، به ناچار و برای نـــمونه، در این بخش یک چک لیست برای تصادفات رانندگی طراحی شده و در قالب یک مـثال عملی، فرایند تبدیل اطلاعات کیفی به کمی و توزیع خسارت با استفاده از فرمول ریاضـی، تشریح می‌شود:

می‌دانیـــم که در اغلب تصادفات، نمی‌توان تنها یک عامل را علت وقوع حادثه دانســـت. عوامل متعـــددی بر توالی وقایـــع پیش از تصادف، حیـــن آن و پس از آن تأثیرگذارنـــد (وزیری، ۱۳۸٤: ۸۰). هرچند سَـــوانح جاده‌ای در کشـــور ما پدیده‌ای اجتماعی با ابعاد زیربنایی متعدد اســـت که نیازمند شناسایی دقیق‌تر است. این عوامل دربرگیرنده معیارهایی چون مسائل فرهنگی، روانی، جامعه‌شناختی، تبلیغاتی، قضایی، پزشکی و نقش و جایگاه پلیس، علاوه بر نارسایی‌های فناورانه نظیر کیفیت نامناسب راه‌ها و خیابان‌ها و کیفیت ساخت اتومبیل‌ها است (وزارت راه و ترابری، ۱۳۷۷: ۲٤)، اما در تحقیقات انجام شـــده، حوادث رانندگی عمدتاً پیامد وضعیتی تلقی می‌شود که ســـه عامل اصلی انسان، محیط و وسیله نقلیه در آن سهیم هستند (وکیل‌الرعایا، ۱۳۹۷: ۹). در هـــر یک از این عوامل اصلی نیز، زیرمجموعه‌ای از عوامل جزئی‌تر (فاکتورها) مؤثرند که باید به‌طور کامل در چک لیست مربوطه ذکر گردند (یک نمونه چک لیست برای تصادفات رانندگی، پیوست این مقاله است).

در فرایند توزیع خســـارت ناشـــی از تصادفات، یک مرحله از کارشناسی به «بـــرآورد میزان خســـارت» اختصاص دارد. در این مرحله، کارشـــناس مربوطه بدون آن‌که در تعیین ســـهم هر یک از طرفین در جبران خسارت دخالتی داشته باشد، صرفاً میزان کل خســـارت وارده به زیان‌دیده مانند خسارت وارده به هر یک از خودروها را

مشخص می‌کند، اما در مرحله بعدی، کارشناس حوزه تصادفات، چک لیست از پیش طراحی شـــده‌ای را تکمیل می‌کند. این چک لیست شـــامل تمامی فاکتورهای عوامل مرتبط با هر یک از اسباب احتمالی حادثه است و کارشناس صرفاً وجود یا فقدان هر یک از این عوامل را در حادثه مورد بررســـی، توصیف و تأیید می‌نماید. سپس، مقام قضایی اطلاعات کیفی ارائه شـــده توسط کارشناس در چک لیست را به شرح زیر به اعداد تبدیل می‌کند: وجود هر یک از این عوامل در حادثه، موجب اختصاص نمره‌ای مشخص به آن عامل می‌گردد.

باید توجه داشـــت که اهمیت و میـــزان تأثیر هر یک از فاکتورها در یک عامل و هم‌چنین تأثیر کلی هر عامل نســـبت به عوامل دیگر، ممکن اســـت متفاوت باشد؛ بنابراین، نمره‌ای که به هر عامل یا ســـبب اختصاص می‌یابد نیز لزوماً باید متناسب با این اهمیت و تأثیر باشد. البته، تعیـــین دقیق این نمرات (بارم‌بـــندی) برای هر عامل، خود مســـتلزم پژوهشی مستقل و مجزاســـت و پرداختن کامل به آن در حوصله این مقاله نمی‌گنجد. به عنوان مثال، در تصادف میان دو خودروی «الـــف» و «ب»، فرض کنیم کارشـــناس تصادفات، چک لیســـت را به این شرح تکـــمیل نماید: یکم، عامل انســـانی خودروی الف: دو عامل از موارد مندرج در چک لیســـت وجود نداشته و سایر عوامل موجود بوده‌اند؛ دوم، عامل انـــسانی خودروی ب: چهار عامل از موارد مندرج در چک لیست وجود نداشتـــه و سایر عوامل موجود بـــوده‌اند؛ سوم، عامل وسیله نقلیه خودروی الف: سه عامل از موارد مندرج در چک لیست وجود نداشـــته و سایر عوامل موجود بوده‌اند؛ چهارم، عامل وسیله نقلیه خودروی ب: دو عـــامل از موارد مندرج در چک لیست وجود نداشتـــه و ســـایر عوامل موجود بوده‌اند؛ و پنجم، عامل محیط: دو عامل از موارد مندرج در چک لیســـت وجود نداشـــته و سایر عوامل موجود بوده‌اند.

به محض تکمیل کاربرگ توســـط کارشناس، نقش وی در این مرحله به اتمام رسیده و از این پس وظایف قاضی در فرایند توزیع خسارت، محوری‌تر می‌شود. مقام قضایـــی، با توجه به نمرات اختصاص یافته به هر عامل که بر اســـاس وجود یا عدم وجود فاکتورهای چک لیست و بارم‌بندی از پیش تعیین شده حاصل شده، این اعداد را در تناســـبات یا فرمول‌های ریاضی مربوطه قرار داده و ســـهم هر سبب را در وقوع

حادثه، به صورت دقیق مشخص می‌نماید. این فرایند به شرح زیر قابل تبیین است:

درصد تأثیرعامل انسانی خودروی الف =$\frac{۲}{۲۴} \times \frac{x}{۱۰۰} = ۸$

درصد تأثیر عامل وسیله نقلیه در خودروی الف = $\frac{۳}{۱۳} \times \frac{x}{۱۰۰} = ۲۳$

درصد تأثیر عامل محیط = $\frac{۲}{۲۰} \times \frac{x}{۱۰۰} = ۱۰$

درصد تأثیر عامل انسانی در خودروی ب = $\frac{۴}{۲۴} \times \frac{x}{۱۰۰} = ۱۶$

درصد تأثیر عامل وسیله نقلیه در خودروی ب = $\frac{۲}{۱۳} \times \frac{x}{۱۰۰} = ۱۵$

جمع در صدهای موثر =۱۵+۱۶+۲۳+۱۰+۲۳= ۸۷

فرض می‌کنیم که مجموع خسارت وارد شده به خودروی الف و ب دویست میلیون تومان است. با این حساب:

عامل انسانی خودروی الف =$\frac{۸}{۸۷} \times \frac{x}{۲۰۰} = ۱۸$

عامل وسیله نقلیه خودروی الف = $\frac{۲۳}{۸۷} \times \frac{x}{۲۰۰} =$۵۲

عامل محیط = $\frac{۱۰}{۸۷} \times \frac{x}{۲۰۰} =$۲۲

عامل انسانی خودروی ب = $\frac{۱۶}{۸۷} \times \frac{x}{۲۰۰} =$۳۶

عامل وسیله نقلیه در خودروی ب = $\frac{۱۵}{۸۷} \times \frac{x}{۲۰۰} = ۳۴$

تا آن‌جا که نویسندگان این مقاله جست‌وجو و بررسی کرده‌اند، نظام‌های حقوقی دیگر نیز توزیع خسارت با استفاده از علوم دیگر مانند ریاضیات و هوش مصنوعی اقدام نظام‌مند و مشخصی انجام نداده‌اند.

برآمد

۱- قانون‌گـــذار در مـــواد ۵۲۸، ۵۳۳ و ۵۳۵ قانون مجازات اســـلامی، توزیع خســـارت را امری حکمی تلقی کرده و قاعده «تساوی» را برای آن وضع نموده است، اما به نظر می‌رســـد فحوای این مواد را باید به عنـــوان یک اصل عملی «الاصل دلیلٌ حیثُ لا دلیل» در نظر گرفت که در موارد عدم امکان احراز میزان تأثیر اسباب و برای خروج از ســـرگردانی و حیرت، مورد استناد قرار می‌گیرد و خلاف آن نیز قابل اثبات اســـت. چگونه می‌توان با فرض علم قاضی به تأثیر متفاوت اسباب متعدد، او را ملزم به صدور حکم بر مبنای تساوی کرد؟ به نظر می‌رسد یک مبنا و قاعده بنیادین وجود دارد که به دلیل بداهت آن، کمتر مورد توجه قرار گرفته و آن عبارت است از: «هرکس به همان میزان خسارتی که به دیگری وارد کرده است، مسؤول است».

۲- رویه فعلـــی محاکم در ارجاع بی‌ضابطه موضوعات به کارشناســـی، قابل انتقاد اســـت؛ زیرا واگذاری امر قضاوت به تشخیص‌ها و سلایق شخصی کارشناسان، قطعاً امری پســـندیده نیست. با این حال، باید توجه داشت که قضات نیز ممکن است در رســـیدگی به این‌گونه پرونده‌ها، راهکار عملی دیگری پیش روی خود نبینند؛ لذا، بررســـی‌های انجام شـــده نشـــان می‌دهد که یا باید امر توزیع خسارت را به نظریات فاقد معیار و گاه ســـلیقه‌ای کارشناسان سپرد، یا باید به دنبال راهکاری بود که توزیع خســـارت به صورتی یکپارچه و عادلانه انجام پذیرد. راهکار پیشنهادی این پژوهش، تلفیق نظریات و ابزارهای توزیع خســـارت است که عبارت است از: یکم، تهیه چک لیســـت‌های دارای بارم‌بندی مشخص برای حوادث مختلف که در آن‌ها ممکن است مسببان متعددی وجود داشته باشد، مانند تصادفات رانندگی؛ دوم، تکمیل چک لیست توسط کارشناسان در حیطه تخصصی خویش؛ سوم، جای‌گذاری مقادیر کمی حاصله در فرمول‌های ریاضی و محاســـبه میزان مسؤولیت هر سبب به‌طور جداگانه؛ چهارم، استفاده از ظرفیت نرم‌افزارهای کامپیوتر و هوش مصنوعی جهت سرعت بخشیدن به فرایند توزیع خسارت.

فهرست منابع:

الف. فارسی

* امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، تهران: اسلامیه.

* بادینی، حسن (۱۳۸٤)، **فلسفه مسؤولیت مدنی**، تهران: سهامی

*بادینی، حسن و داودی، حسین (۱۳۹۸)، «**جستاری نقادانه بر تعیین سبب مسؤول در بین اسباب متعدد با ارجاع امر به کارشناس: مطالعه تطبیقی**»، فصل‌نامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، شماره ۲.

* باریکلو، علیرضا (۱۳۸۵)، **مسؤولیت مدنی**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* باریکلو، علیرضا و برزگر، مهدی (۱۳۹۸)، «**بررسی سهم مسؤولیت مدنی عوامل متعدد در حقوق ایران و اصول حقوق مسؤولیت مدنی اروپایی**»، دوفصل‌نامه حقوق تطبیقی، شماره ٦.

* حسین‌آبادی، امیر و صادقی، حسینعلی (۱۳۹٦)، «**توزیع خسارت در تداخل اسباب**»، مجله گفتمان حقوقی، سال چهاردهم، شماره ۳۱.

* برهانی، محسن و بادکوبه هزاوه، آرش (۱٤۰۰)، «**جایگاه نظر کارشناس در احراز رابطه سببیت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.

* پورسرشکه، محدثه و محمودی، امیررضا (۱٤۰۳)، «**اصطلاحات ریاضی در حقوق**»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق میان رشته‌ای، دوره ۵، شماره ۳.

*خدابخشی، عبدالله (۱۳۹٦)، «**توزیع خسارت در حقوق مسئولیت مدنی در فرض تعدد اسباب**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ٤۲.

* حیدری، علی‌نقی (۱۳۸۸)، **اصول استنباط فی اصول فقه**، برگردان: عباس زراعت و حمید مسجدسرایی، چاپ هفتم، قم: حقوق اسلامی.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، «**توزیع خسارت در مسؤولیت مدنی در فرض تعدد اسباب**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۲، شماره ۱.

* خسروی سلیم، محمدمهدی (۱۳۹٦)، **نقش رکن روانی در رابطه سببیت**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* دالوند، فضل‌الله (۱۳۸٦)، **تقسیم مسؤولیت مدنی**، چاپ نخست، تهران: دادیار.

* عباسلو، بختیار (۱۳۸٦)، **مسؤولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* ساعی، سید محمدهادی و ثقفی، مریم (۱۳۹۲)، «**بررسی اعتبار نظریه کارشناس از منظر فقه و حقوق**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۷، شماره ۸۳.
* شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، **آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد سوم، تهران: دراک.
* شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، «**سبب، امور موضوعی و توصیف آن‌ها در دعوای مدنی**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ٦۵.
* شمس، عبدالله (۱٤۰۰)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ چهل و سوم، تهران: دراک.
* شهابی، مهدی و مسعودی‌پور، آزاده (۱۳۹۲)، «**تحلیل اقتصادی حقوق و احیای اندیشه تقصیر در نظام جبران خسارت با تأکید بر رویه قضایی آمریکا**»، دانشنامه حقوق اقتصادی.
* صفایی، سید حسین (۱۳۵۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: تعهدات و قراردادها**، جلد دوم، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
* صفایی، سید حسین و رحیمی، سید حبیب‌الله (۱۳۹۲)، **مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، چاپ پنجم، تهران: سمت.
* طاهری نسب، یزدالله (۱۳۸۹)، **رابطه علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان**، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
* طاهری، حبیب‌الله و حکیم، محمد (۱۳۹۵)، «**واکاوی مالک اعتبار در پذیرش نظر اهل خبره**»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲.
* غمامی، مجید و اشراق آرانی، مجتبی (۱۳۸۹)، «**تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی: تبیین نظریه عمومی**»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ٤۰، شماره ۲.
* قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، **مبانی مسؤولیت مدنی**، چاپ پنجم، تهران: میزان.
* قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۰)، **الزام‌ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد**، چاپ

نهم، تهران: میزان.
* کاظمی، محمود (۱۳۹۳)، «**معیار تقسیم مسؤولیت میان عاملان زیان**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ٤٤.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸٦)، **الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) مسؤولیت مدنی**، جلد نخست، چاپ ششم، تهران: دانشگاه تهران.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **دوره مقدماتی وقایع حقوقی مسؤولیت مدنی**، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کریم‌زاده شورک، محمدحسین و حاجی ده‌آبادی، احمد و برزگر، عبدالرضا (۱٤۰۱)، «**تحولات سببیت و استناد در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**»، مجله حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۷۳.
* کریمیان، محمدوزین (۱٤۰۱)، «**تحلیل رابطه ریاضی با حقوق: با تمرکز بر منابع حق و تکلیف و نظریه عدالت**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۰.
* گنجعلی، مجتبی (۱٤۰۰)، «**راهکارهای تعامل آمارشناسان و حقوق‌دانان**»، نشست پژوهشگاه قوه قضاییه، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
* مبین، حجت (۱۳۹۰)، **نظریه قابلیت استناد**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
* محسنی، فرید و ملکوتی، نصیر (۱۳۹٤)، «**رابطه سببیت در قانون مجازات اسلامی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۹۱.
* مرادی، سعداله و تات، سمانه و فرزام‌مهر، محدثه سادات و (۱٤۰۱)، **آمار و احتمال در حقوق و قضاوت**، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
* مرادی، حسن (۱۳۹٦)، «**جرایم علیه اشخاص**»، تهران: میزان.
* محقق‌داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، **قواعد فقه بخش مدنی**، چاپ سی و دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* مظفر، محمدرضا (۱۳۸۸)، **اصول فقه**، برگردان: محسن غرویان و علی شیروانی، جلد دوم، چاپ ششم، قم: دارالفکر.
* مولودی، محمد و حاجی عزیزی، بیژن و غلامی، نگین (۱۳۹۷)، «**مبانی اقتصادی**

توزیع خسارت»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ۳.
* وایـــن آر، لفیو (۱۳۸۷)، **ســـببیت و قتل در نظام کیفـــری ایالت متحده آمریکا**، برگردان: حسین آقایی‌نیا، چاپ نخست، تهران: میزان.
* وحدتی شبیری، سید حسن و محمدی، سید باقر (۱٤۰۲)، «**توزیع مسؤولیت مدنی بر اساس تقصیر**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱۵، شماره ۲۸.
* وزارت راه و ترابـــری (۱۳۷۷)، **آیین‌نامه ایمنی راه‌های کشـــور**، تهران: شـــرکت سهامی ایمنی راه‌ها.
* وکیـــل الرعایا، یونس و نوری، حســـن (۱۳۹۷)، «**تحلیـــل عوامل مؤثر بر وقوع تصادفات جاده‌ای**»، مطالعات مدیریت ترافیک، شماره ۵۱.
* وزیـــری، منوچهر (۱۳۸٤). «**کاربرد روش‌های چندضابطه‌ای در ارزیابی و بهبود ایمنی حمل‌ونقل جاده‌ای**»، در: مجموعه مقالاتِ نخستین کنفرانس بین‌المللی حوادث رانندگی و جاده‌ای، تهران: دانشگاه تهران.
* هاشـــمی، علی (۱۳۹۲)، «**اسباب متعدد در مسؤولیت مدنی**»، دو فصل‌نامه حقوق مدنی، سال دوم، شماره ۲.
* هاشـــمی شـــاهرودی، ســـید محمود (۱۳۸۲)، **فرهنگ فقه**، جلد سوم و ششم، قم: دایره‌المعارف فقه اسلامی.
* یزدانیان، علیرضا (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی؛ قلمروی مسؤولیت**، چاپ نخست، تهران: ادبستان.

ب. عربی

* أسدی، حسن (علامه‌حلی) (۱٤۱۹ ق)، **قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: موسسه النشر الإسلامی.
* اصفهانی، محمد (فاضل‌هندی) (۱٤۲٤ ق)، **کشف اللثام عن قواعد الأحکام**، جلد یازدهم، چاپ نخست، قم: موسسهٔ النشر الاسلامی.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱٤۱٦ ق)، **مسالک الافهام فی تنقیح شرائع الاسلام**، جلد دوازدهم، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
* حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱٤۱۷ ق)، **العناوین الفقیه**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: موسسهٔ النشر الإسلامی.

* زکـــی، محمود جمال‌الدین (بی‌تا)، **موســـوعه القضاء و الفقه للدول العربیه**، جلد هشتاد و هفتم، بخش نخست، بیروت: دارالکتب العلمیه.
* ســـبزواری، سیدعبدالأعلی (۱٤۱۳ ق)، **مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام**، چاپ چهارم، قم: موسسهٔ المنار.
* سراج، محمداحمد (۱٤۱۰ ق)، **ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی**، قاهره: دارالثقافه للنشر.
* فـاضل‌لنکرانی، مـحمد (۱٤۳۲ ق)، **تـــــفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیلهٔ کتاب الدیات**، چاپ نخست، قم: مرکز فـقه الأئمهٔ الأطهار.
* محقق حلی، نجم‌الدین (بی‌تا)، **شـــرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم: استقلال
* مطهـــری، احمد (۱٤۰۸ ق)، **مستند تحریر الوســـیله کتاب الدیات**، قم: انتشارات استاد مطهری.
* موســـوی خمینی، سید روح‌الله (۱٤۱۵ ق)، **انوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه**، جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
* موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱٤۰۹ ق)، **تحریر الوســیله**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: موسسهٔ مطبوعات دارالعلم.
* موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱٤۲۲ ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد چهل و دوم، نجف: مـوسسهٔ احـیاء آثار الإمام الخویی.
* نـــجفی، محمدحســـن (۱۳٦۷)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع‌الاسلام**، جلدهای ششم و سی و هفتم و چهل و سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه،

پ. انگلیسی

* Acosta, R. (2012), **"Artificial Intelligence And Authorship Rights"**. Harvard Journal of Law & Technology, 25(2), 401-430.
* Barker, D. & Padfield, C. (1998), **Law Made Simple (10th ed)**, Oxford: Made Simple Books.
* Edmonds, T. (2015), **"Uninsured Drivers and the Law"**, Journal of Transport Law, 12(3), 45-67.

❋ Heffernan, LIZ. (2006), **"Reliability of Scientific Evidence in Tort"**, Judicial Studies Institute Journal, 6(1), 120-145.

❋ McGuire, B. & Smith, Ch. (2006), **"History of Artificial Intelligence"**, Washington Law Review, 33(4), 789-812.

❋ K.Dewolf, David (2009), **the Tort of Law Cases and Materials**, Michigan: Lupus publication, Ltd, Lansing.

❋ Keeton, W. P. Dobbs, D. B. Keeton, R. E. & Owen, D. G. (1984), **Prosser and Keeton on the law of torts (5th ed)**, West Publishing Co.

❋ Michael, Faure (2016), **"Attribution of liability: an economic analysis of various cases"**, Chicago-Kent law review, vol.91, No.2, pp.603-635.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۲۳۹-۲۰۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۸

قلمرو صلاحیت دادستان در مواجهه با شرط غیر عادلانه در قراردادهای الحاقی

مجید سربازیان اسفندآباد،[۱] حسین عابدینی،[۲] ابوالفضل ترکمانی[۳]

چکیده

امروزه تحمیل شـــروط غیر عادلانه از سوی طرف قوی قرارداد بر طرف ضعیف، به ویژه در قراردادهای الحاقی، واقعیتی انکارناپذیر اســـت. در برخی نظام‌های حقوقی خارجی، مقامات قضایی با اســـتمداد از اصول تفســـیری، از ظرفیت‌های موجـــود در قواعد عمومی قراردادها برای مقابله با این‌گونه شروط بهره می‌گرفتند، اما به تدریج، قانون‌گذاران این دسته از شـــروط را به طور صریح توصیف و باطل اعـــلام نمودند. در نظام حقوقی ایران، مقررات مدونی در مورد این‌گونه شروط وجود ندارد و لذا به نظر «کنترل قضایی» تنها راه چاره است.

پژوهش حاضر با جمـــع‌آوری اطلاعات کتابخانه‌ای و پردازش توصیفی تحلیلی، در پاسخ به این پرسش که: «دادستان به عنوان مقام قضایی و نماینده عموم، در مواجهه با شرط غیر عادلانه مندرج در قراردادهای الحاقی و در راســـتای حمایت از طرف ضعیف چه نقشی می‌تواند ایفا کند؟»، نتیجـــه می‌گیرد که ظرفیت‌های قانونی موجود و مفاهیمی چون «حقوق عامه» و لزوم حفظ «نظم عمومی» به دادستان این اختیار را می‌دهد که به عنوان نماینده عامه در راســـتای اعلام بطلان شـــروط غیر عادلانه، طیف گســـترده‌ای از اقدامات از پیشگیری تا مداخله قضایی را انجام دهد.

واژگان کلیدی: حقوق عامه، دادســـتان، شـــروط غیر عادلانه، قرارداد الحاقی، نظم عمومی.

---

۱. دکترای حقوق خصوصی، دانشـــیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده‌ی الهیات و معارف‌اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران، (نویسنده مسئول) sarbazian@meybod.ac.ir
۲. دکترای حقوق خصوصی، اســـتادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده‌ی الهیات و معارف‌اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران abedini@meybod.ac.ir
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده‌ی الهیات و معارف‌اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران torkamani.abolfazl@yahoo.com

درآمد

یکـــی از مهم‌ترین اصول حقوق قراردادها که برآمـــده از اصل حاکمیت اراده اســـت، «اصل آزادی قراردادی»[1] است. این اصل اساسی متضمن این پیام است که هر کس بهترین داور در تشـــخیص منافع خود بوده، عادلانه‌ترین و معقول‌ترین چیز برای هر شخص، آن چیزی است که خود او آن را خواسته است (Chrenkoff, 1996: 36-37)؛ بر این مبنا فردگرایان معتقدند وقتی شـــخصی در اصل انعقاد قرارداد آزاد است، قرارداد منعقد شـــده لزوماً تأمین کننده منافع او بوده، پس از انعقاد، طرفین نمی‌توانند به بهانه ناعادلانه یا غیر منصفانه بودن قرارداد یا شـــروط ضمن آن، از اجرای مفاد آن خودداری کنند. با این حال با توســـعه اقتصاد سرمایه‌داری و گسترش صنعت، ظهور شرکت‌ها و بنگاه‌های بزرگ اقتصادی و تنظیم قراردادهای یک‌جانبه از سوی این‌گونه شـــرکت‌ها، چنین به نظر می‌رسد که اصل آزادی قراردادی با چالش‌های جدی مواجه شـــده است؛ چه این‌که طرف مقابل مجبور است قراردادهای تنظیم شده از سوی این اشخاص را با شرایط از پیش تعیین شده، به طور کامل بپذیرد یا از انعقاد آن منصرف شـــود و همین موضوع سبب شده تا برخی چنین بیان نمایند که اصل آزادی در انعقاد قرارداد در جوامع کنونی بیشـــتر به توهم نزدیک اســـت تا واقعیت (Aghion, 1990: 381-409).

ناگفته پیداست که آزادی بدون قیدِ طرف قوی قرارداد نتیجه‌ای جز شکل‌گیری قراردادی برخلاف اراده واقعی و کامل طرف ضعیف ندارد. به دیگر ســـخن در چنین مواردی با قراردادهایی مواجه هستیم که به حسب ظاهر صحیح است، اما در حقیقت طرف قدرتمند قرارداد با ســـوء اســـتفاده از موقعیت برتر خویش شروطی بعضاً غیر عادلانه را در قرارداد درج نموده و طرف ضعیف ناگزیر از پذیرش آن اســـت. آزادی قراردادی نباید مجوزی برای یک طرف باشـــد که با داشتن موقعیت قوی در قرارداد، هر شرط غیر عادلانه‌ای را ولو با قبول طرف مقابل در قرارداد بگنجاند (Sen, 1977: 27) و عدالت اقتضا دارد نظام‌های حقوقی چاره‌ای بیندیشـــند تا ضمن احترام به اصل آزادی قـــراردادی، با وضع محدودیت‌هایی تعادل را به روابط قراردادی بازگردانده، از این رهگذر نظم عادلانه اجتماعی را برقرار نمایند.

---

1. Principle of Freedom of Contract

در برخـــی نظام‌های حقوقی[۱] قوانینی در راســـتای حمایـــت از طرف ضعیف قرارداد وضع شـــده است، اما استقراء در قوانین موضوعه داخلی مبین آن است که در نظام حقوقی ایران قانون مدون و مقرره عامی در خصوص این موضوع وجود ندارد.[۲] از طرفی افزایش روزافزون «قراردادهای الحاقی»[۳] با شـــروط بعضاً غیر عادلانه از یک ســـو و ارتباط نزدیک این مســـأله با نظم عمومی جامعه از دیگر سو، این سؤال را به ذهن متبادر می‌سازد که دادستان به عنوان یکی از مقامات قضایی و نماینده جامعه در راستای حمایت از طرف ضعیف قرارداد و برقراری نظم و عدالت چه نقشی می‌تواند ایفا نماید؟ آیا اساســاً مداخله او بر خلاف اصل آزادی قراردادی و ممنوع اســـت یا این‌که در شرایطی خاص می‌توان این مداخله را پذیرفت؟

در نظام حقوقی ایران، مطابق اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساسی قوه قضاییه «پشـــتیبان حقوق فردی و اجتماعی» دانسته شـــده و مقامی که به‌طور مستقیم «احیای حقوق عامه و گســـترش عدل و آزادی‌های مشروع» را به عهده دارد دادستان است.[٤] دادستان نماینده جامعه در اقامه دعوای عمومی است[٥] و در مواردی که حقوق جامعه دســـت‌خوش تعدی شخص یا اشخاصی قرار گیرد، دادستان در راستای ایجاد

---

۱. در سیستم حقوقی آلمان نظارت بر «شروط قراردادی غیر عادلانه» برای نخستین بار در قانون ۱۹۷٦ AGB-Gesetz درج شـــد. در انگلستان، برای نخستین بار در سال ۱۹۷۷ «قانون شروط غیرمنصفانه» تصویب شـــد. در حقوق فرانســـه در سال ۱۹۷۸ قانونی موســـوم به «Loi Scrivener» در این زمینه وضع شد. نروژ در سال ۱۹۷۲، دانمارک در سال ۱۹۷٤، اتریش در سال ۱۹۷۹ و اسپانیا و سوئیس در ســـال ۱۹۸٦، قوانینی در این باره تصویب نمودند (برای مطالعه بیشتر بنگرید به: شمس‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۰-۱۲.

۲. «قانون اجرای سیاســـت‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساســـی با آخرین اصلاحات مصوب ۱۳۹۵»، تحمیل شـــرایط قـــراردادی غیر منصفانه را ممنوع اعلام کرده اســـت، اما ضمانت اجرای آن مشـــخص نیست. «قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان» نیز وضعیتی مشابه دارد و گام مؤثری بر نداشته است. در این میان، «قانون تجارت الکترونیک» تنها قانونی است که از ضمانت اجرای شروط غیر عادلانه، غافل نمانده است. مجموع این مقررات به‌گونه‌ای است که می‌توان گفت اثری جز دامن زدن به اختلافات نظری نداشته است.

3. Adhesive Contracts

٤. ماده ۲۲ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲، بـــه صراحت «حفظ حقوق عامه» را در کنار «کشف جرم»، «تعقیب متهم» و «انجام تحقیقات مقدماتی»، در حیطه وظایف دادستان بر شمرده است.

۵. ماده ۱۱ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «تعقیـــب متهم و اقامه دعوا از جهت حیثیت عمومی، بر عهده دادســـتان و اقامه دعوا و درخواســـت تعقیب از متهم، از جهت حیثیت خصوصی با شاکی یا مدعی خصوصی است».

و تثبیت عدالت عمومی،[1] اقدامات حقوقی مقتضی و از جمله اقامه دعوا در راستای حفظ حقوق جامعه را انجام خواهد داد (دادبان، ۱۳۷۶: ۶۰-۶۱). بر این اساس و با توجه به تأثیر گسترده مفاد قراردادهای الحاقی و شروط مندرج در آن در حقوق بخش وسیعی از افراد جامعه، لازم است حدود صلاحیت دادستان در مواجهه با این‌گونه قراردادها و شروط ضمن آن مورد بررسی قرار گیرد.

در این پژوهش در صدد هستیم تا با جمع‌آوری اطلاعات کتابخانه‌ای و پردازش توصیفی تحلیلی آن، ضمن شناسایی مفهوم شروط غیر عادلانه و ارتباط آن با حقوق اساسی عامه، نقش دادستان را در مواجهه با این‌گونه شروط قراردادی تبیین نماییم.[2] در این راستا ابتدا مفاهیم شروط غیر عادلانه و حقوق عامه و ارتباط آن‌ها با هم مورد بررسی قرار گرفته است. سپس رابطه مفاهیمی چون «نظم عمومی» و «حقوق عامه» با اصل آزادی قراردادی و رویکردهای مختلف در این حوزه تبیین شده و در نهایت ضرورت مداخله دادستان و حدود اختیار این مقام قضایی در برخورد با این‌گونه شروط مطالعه گردیده است.

۱. مفهوم شروط غیر عادلانه[3]

در نظام حقوقی ایران برای نخستین بار در «قانون دریایی ایران» مصوب ۱۳۴۳ به مفهوم «شرط غیر عادلانه» اشاره شده است. مطابق ماده ۱۷۹ این قانون «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود». متعاقباً قانون‌گذار در ماده ٤٦ «قانون تجارت الکترونیکی» مصوب ۱۳۸۲، چنین مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و هم‌چنین اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست». ماده ٤٥ «قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ٤٤» مصوب ۱۳۸٦ نیز «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» را یکی از روش‌های «سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط»

---

1. Public Justice

۲. اگرچه ممکن است در برخی مصادیق، دیگر نهادها و مقامات رسمی نظیر سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات، سازمان‌های مردم نهاد و غیره بتوانند ایفا نقش نمایند، لکن بررسی حدود صلاحیت نهادهای مذکور تخصصاً از موضوع پژوهش حاضر خارج است.

3. Unfair Terms

در نظـــر گرفته و چنین عملی را به طور مطلق ممنوع اعلام کرده اســـت (عبدی‌پور، ۱۳۸۸: ۱۲٦).

اگر چه اصطلاح «شـــروط غیر عادلانه» و «شـــروط غیر منصفانه» در مقررات مذکور از سوی قانون‌گذار مورد استـفاده قرار گرفته اسـت، اما در هیچ‌یک از مقررات فوق مفهوم و معیارهای غیر عادلانه بودن شرط تبییـن نگردیده است. به‌رغم سکوت قانون، دکترین حقوقی کوشـــیده است مفـــهوم این‌گونه شـــروط را تا حدی روشن سازد. در این راستا برخی «شرط غیر عادلانه» را هر شـــرطی دانستـــه‌اند که موجب عدم توازن میان حقوق و تعهدات طرفین شده و همیـــشه به نفع طـرفی است که از تخصص شغلی یا علمی یا حرفه‌ای یا نفوذ اقتصادی بهره‌منـــد است (حاتم محسن، ۲۰۱۵: ۱٥٦). برخی نیز چنین بیان داشته‌اند که «غیر عادلانه بـــودن» حالتی از قرارداد است که بر اساس برداشت قضایی دادرس موجب سوء استفاده طرف دارای موقعیت برتر از طرف ضعیف قرارداد می‌شود و این حالت می‌تواند ناشی از نابرابری طرفین در قدرت معاملی یا توان چانه‌زنی افراد باشد (ســـاردویی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ٦۲-٦٥). برخی دیگر از صاحب نظران نیز با اطلاق عنوان «شـــرط تحمیلی»[1] به این‌گونه شـــروط، آن را شروطی دانســـته‌اند که یکی از متعاقدین با ســـوء استفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعـــی و یا تخصص خویش به طرف دیگـــر تحمیل می‌کند (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۹).[2]

در هر حال از آن‌جا که تعبیر «شـــرط غیـــر عادلانه» از حقوق خارجی اقتباس گردیـــده، برای درک صحیح مفهوم آن باید به این حقوق رجوع کرد. «دســـتورالعمل ۹۳/۱۳ شـــورای اتحادیه اروپایی»[3] که در ســـال ۱۹۹۹ میلادی مـــورد بازنگری قرار گرفت،[4] علاوه بر ارائه یک معیار کلی و عام، به منظور روشـــن‌تر شدن موضوع برخی از مصادیق شـــروط غیر عادلانه را نیز ذکر کرده است. مطابق ماده ۳ این دستورالعمل

1. Clause Abusive

۲. به نظر می‌رســـد «شروط تحمیلی» معنایی اعم از «شـــروط غیر عادلانه» دارد. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: شرافت و اسدپور طهرانی، ۱۳۹۷: ۳؛ نقیبی و تقی‌زاده و حسینی، ۱٤۰۱: ۲٤٤-۲٤٥.

3. Council Directive 93/13/EEC. Of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts

4. The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

«شرطی که موضوع مذاکره طرفین نباشد، در صورتی‌که برخلاف حسن نیت[1] و موجب نابرابری فاحش در حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف کننده باشد غیر عادلانه محسوب می‌شـــود».[2] در این ماده نخستین رکن غیر عادلانه بودن یک شرط آن است که برخلاف حســـن نیت باشد. مفهوم «حســـن نیت» در عین سهولت و آشکار بودن، در مقام توصیف و تطبیق بر مصادیق دشـوار می‌نماید و از این رو برخی حقوق‌دانان چنین اظهار داشـــته‌اند که حسن نیت باید در هر قراردادی با توجه به اصول و قواعد و شـــرایط حاکم بر آن سنجیده شود (جعفرزاده و ســـیمایی صراف، ۱۳۸٤: ۱۳٦). با این حال به نظر می‌رســـد منظور از حســـن نیت در ماده ۳ دستورالعمل فوق آن است که «شـــرطی با قصد تقلب و ایجاد ضرر برای طرف دیگر معامله در قرارداد گنجانده شـــود و این شـــرط مغایر با معیارها و ضوابط متداول در قراردادها باشد» (سنهوری، ۱/۲۰۰۹: ٦۲۸).

دومین رکن غیر عادلانه بودن شـــرط در دستورالعمل فوق این است که شرط «ســـبب ایجاد عدم تعادل قابل توجه میان حقوق و تعهدات قراردادی طرفین شـــود». بدیهی اســـت که وجود مقادیری از عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین در عقود معوض امری طبیعی است و از این رو در ماده فوق از تعبیر «نابرابری فاحش»[3] استفاده شده است. بیشـــتر کشـــورهای عضو اتحادیه اروپا بدون توجه به معیار حسن نیت، شـــرطی را که منجر به ایجاد عدم تعادل قابل توجه شود از مصادیق شرط غیر عادلانه

1. Contrary to The Requirement of Good Faith

۲. برخی از مصادیق شـــروط غیر عادلانه در فهرست ضمیمه ماده ۳ دستورالعمل مزبور عبارت است از: ۱- شروطی که هدفشـــان سلب یا محدود کردن مسؤولیت فروشنده کالا یا عرضه کننده خدمات در قبال صدمات جســـمانی یا فوت ناشـــی از فعل یا ترک فعل وی باشد؛ ۲- شروطی که مسؤولیت فروشنده کالا یا عرضه کننده خدمات را، حتی در فرض تخلف از اجرای کلی یا جزئی تعهد یا کافی نبودن عمل انجام شده، سلب یا محدود کند؛ ۳- شرطی که خریدار را در صورت عدم انجام تعهد به پرداخت خســـارتی گزاف و فاحش الزام نماید؛ ٤- شرطی که موجب محروم کردن مصرف کننده از توسل به اقدامات قانونی یا راهکارهای قانونی دیگر می‌شود؛ به ویژه، اگر موجب شود مصرف کننده فقط حق داشـــته باشد دعوا را نزد داوری مطرح کند که به دلیل فقدان شرایط داوری، مشمول قانون داوری نیســـت یا این‌که شرط، موجب محدود کردن حق استناد مصرف کننده به مدارک و مستندات در اختیار او شـــود یا در فرضی که تکلیف اثبات ادعا با طرف مقابل مصرف کننده است، این تکلیف در نتیجه شرط، به عهده مصرف کننده قرار گیرد.

3. Gross Inequality

دانسته و آن را فاقد اعتبار اعلام کرده‌اند.[۱]

نتیجه آن‌که به نظر می‌رسد شرط غیر عادلانه شرطی فرعی است که عمدتاً مورد مذاکره واقع نشده، طرف قوی قرارداد با بهره‌گیری از قدرت چانه‌زنیِ برتر خود، بعضاً با قصد تقلب و ایجاد ضرر برای طرف دیگر معامله در قرارداد درج نموده و به این ترتیب تعادل قرارداد را به طور ناروا به نفع خود برهم زده است. شروطی نظیر «شروط استثنا یا محدود کننده مسؤولیت قراردادیِ طرف قوی قرارداد» مصداق بارز شرط غیر عادلانه محسوب می‌گردد.

۲. مفهوم حقوق عامه[۲]

مفهوم «حقوق عامه» همواره در دکترین و رویه قضایی محل اختلاف بوده است (شیری و شاملو، ۱۴۰۳: ۳۶۲). برخی حقوق عامه را به مثابه امتیازاتی دانسته‌اند که همه افراد جامعه از آن برخوردارند و در بیان مصداق، حقوق ذکر شده در فصل «حقوق ملتِ» قانون اساسی را به عنوان مصادیق حقوق عامه برشمرده‌اند (هاشمی، ۱۳۸۲: ۲۶). برخی حقوق عامه یاد شده در اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی را مترادف با «حقوق عمومی» اصل شصت و یکم محسوب کرده (عباسی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۴۰)، بر این عقیده‌اند که حقوق عامه برتر از حقوق افراد است و تنها مجموعی از حقوق فردی برشمرده نمی‌شود. برخی نیز با داشتن برداشتی موسع، حقوق عامه را مفهومی جامع میان حقوق عمومی و خصوصی و مشتمل بر همه حقوق فردی و اجتماعی ملت و مردم دانسته‌اند (نقره‌کار، ۱۳۸۸: ۲۲). در مقام جمع‌بندی نظریات موجود بررسی نظریات اندیشمندان حقوقی حکایت از آن دارد که دو رویکرد کلی در تبیین مفهوم حقوق عامه وجود دارد.

در رویکرد نخست حقوق عامه به حقوق «فرا فردی» و همگانی اطلاق می‌شود

---

۱. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد:

“Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite”.

«در یک قرارداد الحاقی، هر شرطی که قابل مذاکره نباشد و از پیش توسط یکی از طرفین تعیین شده باشد و میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد عدم توازن قابل توجهی ایجاد کند، گویی نوشته نشده است (بی‌اعتبار تلقی می‌شود)».

2. Public Rights

که ذی‌نفع آن شخص معین و محصور نیست، بلکه کل جامعه است. از جمله مصادیق حقـــوق عامه در این معنا، حقوق ناظر به «حفاظت از محیط‌زیســـت»،[1] «بهداشـــت و ســـلامت»، «حفاظت از میراث فرهنگی» و «اموال و ثروت‌های عمومی»[2] اســـت. در دعاوی مربوط به این دســـته از حقوق، حقوق فرد مشـــخصی موضوع دعوا نیست و تمام افراد جامعه ذی‌نفع هستند. از این جهت در دعاوی مربوط شرایط احراز سمت از انعطاف بیشـــتری نسبت به دعاوی معمول برخوردار است (دشتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱٤٦).

در رویکرد دوم علاوه بر حقوق همگانی، در مواردی حقوق اشـــخاص نیز به عنـــوان حقوق عامه در نظر گرفته می‌شـــود. مطابق این رویکرد زمانی می‌توان حقوق اشخاص را مصداق حقوق عامه محسوب نمود که حقوق جمع کثیری از اشخاص در معرض نقض قرار گیرد یا این‌که حقوق نقض شـــده ازجمله حقوق بنیادین اشخاص باشـــد (دشـــتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱٤٦). به عنوان مثال درج شروط غیر عادلانه در قراردادهای تنظیمی از سوی شرکت‌های خودروساز یا شروط مندرج در قراردادهای ناظر به تســـهیلات بانکی، اگرچه می‌تواند موجب تضرر اشـــخاص معین شـــود و از این حیث ذی‌نفع مســـتقیم آن اشخاص هستند و نه جامعه، اما تعدد ذی‌نفعان موجب می‌شـــود که این موضوع مبتنی بر رویکرد دوم یکی از مصادیق حقوق عامه محسوب شود.

بند الـــف ماده ۱ «دســـتورالعمل نظـــارت و پیگیری حقـــوق عامه» مصوب ۱۳۹۷/۱۱/۳ رئیـــس قوه قضاییه، با در نظر داشـــتن هـــر دو رویکرد فوق، در تعریف حقوق عامه چنین بیان می‌دارد: «حقوقی اســـت که در قانون اساسی، قوانین موضوعه و یا ســـایر مقررات لازم‌الاجرا ثابت اســـت و عدم اجرا یا نقـــض آن، نوع افراد یک

---

۱. اصل پنجاهم قانون اساسی: «در جمهوری اسلامی حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشـــدی داشـــته باشند وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است».

۲. اصـــل چهل و پنجم قانون اساســـی: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیـــل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشـــه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هریک را قانون معین می‌کند».

جامعه مفروض مانند افراد یک شـــهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آســـیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا تضرر یا ســـلب امتیاز آنان می‌شـــود؛ از قبیل آزادی‌های مشـــروع، حقوق زیست‌محیطی، بهداشت و سلامت عمومی، فرهنگ عمومی و میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی و استانداردهای اجباری».[1] مطابق این تعریف نقض حقوق مندرج در قوانین ولو این‌که از سوی شخص ذی‌نفع قابل پیگیری باشد، چنان‌چه گستره وسیعی داشته باشد و موجب تضرر نوع افراد یک جامعه گردد، مصداقی از حقوق عامه خواهد بود. منظور از ذی‌نفع شخصی است که مطابق مقررات دادرســـی مدنی تمام شرایط لازم برای احراز نفع و سمت دارد. مصادیق ذکر شده در مأموریت دوم از فصل دوم ســـند تحول و تعالی قـــوه قضاییه مصوب ۱۴۰۳/۱/۶ نیز حاکی از پذیرش این رویکرد در نظام قضایی ایران است. با در نظر داشتن این تعریف، رابطه شـــروط غیر عادلانه مندرج در قراردادهای الحاقی با حقوق عامه به شـــرح آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. رابطه شروط غیر عادلانه با حقوق عامه

همان‌گونه که بیان شد، در رویکرد دوم گستردگی جامعه اشخاصی که حقوق ایشـــان در معرض نقض قرار می‌گیرد یا ارتباط حق نقض شده با حقوق بنیادین بشر سبب می‌شـــود که آن حق را از جمله مصادیق حقوق عامه بدانیم. از یک سو شروط غیـــر عادلانه مندرج در قراردادهای الحاقی، حقوق جمع کثیری از اشـــخاص جامعه را تحـــت تأثیر و در معرض خطر قرار می‌دهد و از دیگر ســـو «حق خود تعیین‌گری اشـــخاص»[2] را که از بنیادی‌ترین حقوق فردی انسان‌هاست متزلزل می‌سازد (Pinto Oliveria & McCrorie, 2008: 113) و بدیـــن جهـــت ارتبـــاط تنگاتنگی با مفهوم حقـــوق عامه دارد؛ توضیح آن‌که یکی از ویژگی‌های اساســـیِ قراردادهای الحاقی، آن

---

۱. در لایحه‌ای که از ســـوی قوه قضاییه با عنوان «لایحـــه صیانت از حقوق عامه» تدوین و به دولت ارســـال شده است، تعریفی مشابه همین تعریف ارائه گردیده اســـت: «حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دیگر قوانین و مقررات در حوزه‌های انفال و اموال عمومی، زیست‌محیطی، بهداشت و سلامت عمومی، امنیت روانی و آسایش عمومی، استانداردهای اجباری و میراث فرهنگی مذکـــور در مـــاده (۲) این قانون که نقض یا عدم اجرای آن، نوع اشـــخاص یا بخش قابل توجهی از اشخاص را در معرض آسیب یا خطر قرار می‌دهد و یا موجب فوت منفعت، ورود ضرر اعم از مادی و معنوی یا سلب یا تحدید حق و یا امتیاز آنان می‌شود».

2. The Right of Individuals to Self-Determination

اســـت که مخاطب این قراردادها، نه یک یا چند شـــخص معین، بلکه عموم مردم یا گروه‌های وسیعی از جامعه هستند (قافی، ۱۳۸۲: ٦٨). به عنوان مثال بانک‌ها با تنظیم قراردادهایی با شروط مشخص و از پیش تعیین شده اقدام به اعطای تسهیلات به گروه زیادی از مردم می‌نمایند یا شـــرکت‌های خودروســـاز با توجیهات مختلف شروط مد نظر خویـــش را در قراردادهای فروش، به جمع خریداران تحمیل می‌کنند (دعاگویی و محمدی، ۱۳۹۳: ٦٥).

بررســـی رویه قضایی و دیدگاه دادستان‌های مراکز استان‌ها حکایت از آن دارد کـــه نقض حقوق اشـــخاص در این قبیل قراردادها را به لحـــاظ تأثیری که بر حقوق اشخاص مختلف و متعدد دارد از مصادیق حقوق عامه می‌دانند؛ فارغ از این‌که حقوق مزبور دارای ذی‌نفع مســـتقیم و مشخص باشـــند یا خیر (کبگانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۳۰٤).

دیگر ویژگی قراردادهای الحاقی آن اســـت که امـــکان اعمال اراده کامل یک طرف وجود ندارد و در موقعیت نابرابریِ قدرت مذاکره در قرارداد، شروط و تعهداتی در قـــرارداد درج می‌گردد که ســـبب به هم خوردن تعادل حقـــوق و تکالیف طرفین می‌شـــود. در حقیقت در این‌گونه قراردادها آزادی یکی از طرفین در حوزه قراردادها به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق بشـــر نادیده انگاشته می‌شود (Herres Thal, 2013: 104 & Zhou, 2014: 2) و تعهداتـــی ناعادلانه از روی ناچاری به شـــخص تحمیل می‌گردد. در این خصوص لازم به توضیح اســـت که اساسی‌ترین حق و بنیان حقوق خصوصی، آزادی اســـت و احترام به شـــخصیت انسان مستلزم احترام به «حق خود تعیین‌گری فردی» اوست.

با بررسی مکاتب فلسفی ناظر به حقوق قراردادهـــا می‌توان دریافـــت که در خصوص اصل آزادی دو نظـــریه اساســـی وجود دارد: «نظریه کلاسیک (سنتی)» و «نظریه نئوکلاسیک (مدرن)». مطـابق نظریه کلاسیـک قرارداد یک امر کاملاً خـصوصی محسوب می‌شود و حاکمیت نـمی‌تواند در پرتو نظریـه‌هایی هم‌چون رفاه عـمومی و عدالت اجتماعی، در مسـؤولیت قراردادی طرفین مداخله نمـاید. پذیرش این رویکرد سبب می‌شود قرارداد بیش از آن‌که انعکـــاسی از انتـــخاب آزاد یا در نتیـجه اعمـال اراده همه جانبه طرف‌ها باشد انعکاسی از اراده طـرف قوی باشد (کاتـوزیان، ۱۳۸۷:

.(۳۲۳

متعاقباً با پیدایش نظریه نئوکلاسیک و نقش آفرینی هنجارهایی چون عدالت اجتماعی، کرامت انسانی و حق‌های اساسی، تمرکز بر تساوی و برابری طرفین قرارداد قرار گرفت. بر این اساس آزادی‌های فردی فرد را آزاد می‌گذارند تا حق و اراده خود را از روی اختیار اعمال کنند، اما این آزادی‌ها نباید منجر به استثمارِ یکی بر اساس موقعیت نابرابر توسط دیگری شود. در این رویکرد، حاکمیت اراده اساس قرارداد است، اما اشخاص امکان اعمال حقوق خود را به نحو برابر دارند.

پذیرش رویکرد اخیر مستلزم آن است که آزادی قراردادی به عنوان یکی از حق‌های بنیادین شناخته شود و در ارتباط با سایر حق‌های اساسی تحلیل شود. از این رو نباید آن را در دو زمینه جدا؛ یکی آزادی در حقوق عمومی اساسی و دیگری آزادی در حقوق خصوصی بررسی نمود، بلکه باید آن را مفهومی دانست که هم مبین حق اساسی فرد در حوزه حقوق خصوصی مبتنی بر خواستِ طرف، به دور از هرگونه مداخله باشد و هم تضمینی برای حفظ شئون انسانی، کرامت و اراده او (Mak, 2008: 49-50 & Barak, 1996: 236 & Vittoria Onufrio, 2007: 5). بر این مبنا تحمیل شروط غیر عادلانه در قراردادهای الحاقی به طرف ضعیف قرارداد، در واقع ایراد لطمه به حقوق اساسی شخص و کرامت انسانی او محسوب می‌شود و از این رو می‌توان این امر را مصداقی از مصادیق حقوق عامه دانست (بابایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۱).

در مقام جمع‌بندی به نظر می‌رسد در مواردی که شروط مندرج در قرارداد موجب سلب آزادی متعهد می‌گردد باید تقدس قرارداد در مفهوم سنتی آن کنار گذاشته شود و با احتساب موضوع به عنوان یکی از مصادیق حقوق عامه و با اتکا به قواعدی، نظیر «لاضرر»،[۱] «منع استغلال»،[۲] «نفی عسر و حرج»[۳] و «اصل حسن نیت»

۱. مطابق این اصل چنان‌چه قراردادی متضمن شرط ضرری و غیر عادلانه باشد بطلان شرط یا اعطای حق فسخ بر مبنای ضرر نامتعارف و غیر عادلانه قابل توجیه است.
۲. در مواردی که تعهدی سنگین در قرارداد درج می‌شود و این امر عدم تعادل قابل توجه در حقوق و تکالیف طرفین را سبب می‌گردد و مشروطٌ‌علیه را در موقعیت نامتعارفی قرار می‌دهد با استناد به قاعده استغلال می‌توان تعهد مزبور را بی‌اثر نمود.
۳. در صورتی که قراردادی یکی از طرفین را در وضعیت عسر و حرج قرار دهد، با مداخله در قرارداد به موجب این قاعده، امکان تعدیل یا فسخ بر خلاف لزوم قرارداد وجود خواهد داشت.

[1]به دادستان اجازه داد با اعمال نظارت قضایی، از نقض حقوق جامعه جلوگیری نماید. از این رو، شایسته است در «لایحه صیانت از حقوق عامه» تحمیل شرایط غیرعادلانه در قراردادهـــای الحاقی به عنوان یکی از مصادیق حقـــوق عامه مورد نظر قانون‌گذار قرار گیرد.

٤. حقوق عامه و آزادی قراردادی

یکی از قواعد محدود کننده آزادی قراردادی در تمام نظام‌های حقوقی، برخورد اراده طرفین قرارداد با منافع و مصالح عمومی جامعه اســـت (ابدالی و تفرشی، ۱۳۸۳: ۱)؛ بـــه این معنا که مصالح فردیِ یکی از طرفین قـــرارداد با مصالح نوع افراد جامعه درگیر می‌شود و مصلحت مهم‌ترِ که همان مصالح عمومی است ترجیح داده می‌شود. لـــزوم رعایت مصالح اجتماعی خود تأکیدی بر این اســـت که قراردادهای خصوصی افـــراد نمی‌تواند مطلقاً به اراده و تمهید خود آن‌ها واگذار گردد و آزادی قراردادی در فـــرض تعارض با حقوق عامه باید محدود شـــود (Dimmateo, 1999: 328-329). در این زمینـــه برخی تصریح نموده‌اند که مداخله مقامات قضایی در آزادی قراردادی عمدتاً بر مبنای مصالح اجتماع و نظم عمومی است (Wolcher, 1992: 237) و مقابله با شروط غیر عادلانه بر پایه مخالفت آن با حقوق عامه، به یک تفسیر حقوقی جهانی بدل گردیده است (Dimmateo, 1999: 327).

بررسی نظام‌های حقوقی دیگر حکایت از آن دارد که در کنار استفاده از مبانی و ابزارهای موجود در قواعد عمومی قراردادها از جمله اصل حســـن نیت و منع سوء استفاده از حق برای مقابله با شروط غیر عادلانه، مفاهیم حقوق جامعه و نظم عمومی را نیـــز برای این منظور به کار گرفته‌انـــد.[2] در حقوق ایران نیز مباحث مربوط به لزوم واکنش مراجع قضایی در برابر ناعادلانه بودن شـــروط قراردادی در سطح دکترین، از

---

۱. رفتـــار منصفانه و صادقانـــه در انعقاد و اجرای قرارداد، هرگونه قدرت نامحدود در درج شـــروط غیرمتعارف بر خلاف اراده متعاملین و عدالت عرفی را ممنوع می‌سازد.

۲. به عنوان نمونه در حقوق فرانسه داشتن حسن نیت در مذاکرات مقدماتی، انعقاد و اجرای قرارداد از مصادیق نظم عمومی تلقی گردیده و در این راســـتا ماده ۱۱۰٤ قانون مدنی فرانســـه مصوب ۲۰۱٦ چنین مقرر داشته است:

«Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public».

«قراردادها بایســـتی با حســـن نیت مورد مذاکره قرار گرفته، منعقد و اجرا گردند. این حکم از قواعد مربوط به نظم عمومی است».

دیرباز سابقه طرح داشته است. برخی اساتید[1] با تأکید بر در نظر داشتن مقتضیات عدالت و انصاف توسط مقامات قضایی، به این امر توجه داده‌اند که در تفسیر مفاد قرارداد عدالت و نظم جامعه باید مد نظر قرار گیرد.

در همین راستا به نظر می‌رسد مفاد ماده ۹۷۵ قانون مدنی مبنی بر این‌که «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» و نیز ماده ٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با این مضمون که «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه، قابل ترتیب اثر نیست»، ظرفیت لازم برای محدود نمودن آزادی قراردادی در پرتو مفاهیمی هم‌چون نظم عمومی و حقوق عامه را اعطا نموده است.

بر همین اساس نهادهای حاکم و تصمیم‌ساز که پیش‌تر با مداخله در قراردادهایی مثل قرارداد کار و اجاره سعی در تقویت این اندیشه نموده بودند و نظر بر این داشتند که همگامی و انطباق قرارداد با مصالح اجتماعی را باید بر شرایط عمومی صحت قرارداد افزود، در حوزه مقابله با شروط غیر عادلانه نیز می‌بایست هدایت و نظارت بر اقتصاد بازار آزاد را با تکیه بر اصل هدایت‌گر «لزوم رعایت حقوق عامه و نظم عمومی» در دستور کار قرار دهند.

بدیهی است که قراردادهای الحاقی و شروط غیر عادلانه مندرج در آن که صرفاً با لحاظ منافع طرف قوی قرارداد و در راستای تضرر طرف ضعیف منعقد می‌گردد، به جهت مخالفت با توزیع عادلانه ثروت در جامعه در تضاد با حقوق عامه و نظم عمومی اقتصادی است و آزادی اراده طرفین ناگزیر باید در این حوزه کنترل گردد. بر این مبنا رعایت مصالح اجتماعی و حفظ نظم عمومی یکی از مهم‌ترین مبانی مقابله با شروط غیر عادلانه مندرج در قراردادهای الحاقی و ابزاری برای حمایت از

---

۱. به طور ویژه، دکتر کاتوزیان در برخی نوشتارهای خود از جمله «جلد سوم کتاب فلسفه حقوق»، «گامی به سوی عدالت» و «مقالات تفسیر قرارداد» و «نقد قانون‌گرایی افراطی» منتشره در شماره‌های ۷ و ٤۹ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، به نقد «صورت‌گرایی» و لزوم توجه به مقتضیات عدالت پرداخته‌اند.

طرف ضعیف قرارداد است؛ به ویژه آن‌که مفهوم حقوق عامه محدود به موارد مصرح قانونی نیست و گستره وسیع آن به اصول اخلاقی و نظم اقتصادی و سیاسی هم قابل تعمیم است؛ در عین حال تنها ایراد استناد به مفهوم حقوق عامه برای مقابله با شروط غیر عادلانه آن است که ابهام و انعطاف‌پذیری فوق‌العاده مفهوم حقوق عامه می‌تواند وسیله‌ای برای تجاوز به حقوق و آزادی‌های اشخاص باشد (دعاگویی و محمدی، ۱۳۹۳: ۷۸). از این رو لازم است قانون‌گذار با در نظر داشتن مصالح عمومی و با تصویب قانون، ضمن اعطای اختیار مداخله به دادستان به عنوان نماینده جامعه، حدود و کیفیت مداخله این مقام قضایی را به‌طور دقیق تبیین نماید؛ با این حال پیش از تصویب قانونی جامع در این خصوص، یکی از بهترین راه حل‌ها، استفاده از ظرفیت‌های موجود و کنش‌گری قضایی دادستان در راستای حمایت از حقوق طرف ضعیف قرارداد و حفظ نظم جامعه است.

۵. ضرورت مداخله دادستان در مواجهه با شروط غیر عادلانه

اجحاف طرف قوی قرارداد نسبت به طرف ضعیف و تحمیل شروط غیر عادلانه در قراردادهای الحاقی یکی از واقعیت‌های حوزه قراردادها در حقوق ایران است. یکی از مهم‌ترین دلایل این امر، دولتی بودن اقتصاد است؛ توضیح این‌که در کشور ما انحصار تولید و عرضه بسیاری از کالاها و خدمات ضروری از جمله آب، برق، گاز، تلفن، اینترنت، خودرو، خدمات بیمه، بانک‌داری، حمل و نقل و غیره به صورت مستقیم یا غیر مستقیم در اختیار دولت است و افراد ناگزیرند برای تأمین کالاها و خدمات مورد نیاز خود، بدون داشتن حق انتخاب و قدرت چانه‌زنی و مذاکره، اقدام به معامله نمایند.

ناگفته پیداست که وقتی انحصارگر دولت است، وضعیت نامتعادل طرفین به مراتب تشدید خواهد شد. به عنوان نمونه انحصار دولتی در حوزه خودرو سبب گردیده است که مشتریان برای خرید خودروهای بی‌کیفیت و با قیمت بالا، به هرگونه شرطی که به وضوح به نفع خودروساز و به ضرر مشتری است تن دهند. بدیهی است وقتی سهم عمده‌ای از بازارهای این چنینی در اختیار دولت است، دولت انگیزه و علاقه‌ای به مداخله و تنظیم مقررات به نفع طرف ضعیف نخواهد داشت (کرمی، ۱۳۹٤: ۱۲٦) و این‌جاست که دستگاه قضا و به طور خاص مقام دادستان به عنوان

نماینده جامعه در احقاق حقوق عامه باید وارد عمل شـــود و با استفاده از ظرفیت‌های موجود، اقدامات مقتضی را در راســـتای ممانعت از اســـتثمار طرف ضعیف به عمل آورد.[۱]

از دیگر عواملی که نشان دهنده ضرورت مداخله دادستان در این حوزه است، آن است که در نظام حقوقی ما برخلاف بسیاری از کشورهای خارجی، قوانین ناظر به قراردادهای خاص (مثل اخذ تسهیلات، حمل و نقل، خودرو و ...) که بیشتر در مظان در برداشـــتن شروط غیر عادلانه اســـت، وضع نشده و یا در صورت وضع متناسب با وضعیت و ضرورت‌های فعلی جامعه نیست و این امر به وضوح از پرونده‌های متعدد طرح شـــده در مراجع قضایی قابل استنباط است؛ این در حالی است که فرهنگ اخذ وکیل و مشـــاوره حقوقی پیش از انعقاد قرارداد نیز در بین مردم جا نیفتاده و اشخاص مختلف بدون اطـــلاع کافی از مفهوم تعابیر مندرج در عقود، قراردادهای اســـتاندارد (تیپ) متضمن شروط غیر عادلانه را امضا می‌نمایند.

مجموع آن‌چـــه در ســـطور فوق به رشـــته تحریر درآمد، مبین آن است که قانون‌گـــذار بایـــد هرچه ســـریع‌تر تدبیـــری در خصوص این‌گونه شـــروط و چنین قراردادهایی بیاندیشـــد؛ لیکن تا زمانی که قانون‌گذار اقـــدام به اتخاذ تصمیم ننموده، یکی از مؤثرترین اقدامات ممکن مداخله دادســـتان به عنـــوان مدعی‌العموم و مدافع حقوق اشخاص است.

٦. اقدامات دادستان در مواجهه با شروط غیر عادلانه

ابهامات موجود در خصوص مفهوم حقوق عامه و نبود اهتمام لازم قانون‌گذار در تبیین این مفهوم، ســـازکار اعمال آن را نیز در برمی‌گیرد. اگرچه قانون‌گذار با اتکا به اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساسی و با وضع مقرره‌ای بدیع در ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ چنین تصریح داشـــته است: «دادستان کل کشور مکلف است در جرائم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی و خسارت وارده به حقوق عمومی که نیاز به طرح دعوی دارد از طریق مراجع ذی‌صلاح داخلی، خارجی و یا بین‌المللی پیگیری و نظارت نماید»، لکن کیفیت «پیگیری» و «نظارت» از ســـوی

۱. چنان‌که بیان شد نهـــادهای مختلفی از جمله معاونـــت حقوق عامه دیوان عـــدالت اداری نیز می‌توانند در این حوزه ایفا نقش نمـــایند که بررسی حدود صلاحـــیت آن مـــراجع نیازمند مجال دیگری است.

این نهاد را مشـــخص ننموده و از این رو در وضعیت کنونی، یکی از مهم‌ترین مسائل در حوزه حقوق عامه به خلأ نظام تقنینی در بیان وظایف و مســؤولیت‌های دادســتان مربوط می‌شود (دشتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۵۲).

بدیهی اســت که اعمال صلاحیت دادستان در صیانت از حقوق جامعه نیازمند پشــتوانه قانونی اســت تا این مقام قضایی در اجرای این هدف، با چالش صلاحیتی مواجه نباشــد. نکته مهمی که از ماده فوق قابل استنباط است، این است که نظارت و پیگیری دادســتان منحصر به امر کیفری نیست و هرگاه منافع جامعه اقتضا نماید، این مقام امکان طرح دعوای خصوصی و مطالبه امر حقوقی را نیز خواهد داشــت. استفاده از تعابیری نظیر «طرح دعوا» و «خســارت» در مــاده قانونی مذکور مؤید این دیدگاه است.

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشــورتی شــماره ۷/۹٤/۱۲۰۷ مورخ ۱۳۹٤/۵/۱٤ چنین بیان داشــته اســت: «منظور از پیگیری ذیل مــاده ۲۹۰ قانون آیین دادرســی کیفری» مصوب ۱۳۹۲، تعقیب کیفری جرائم مذکــور مانند اعلام جرم به مراجع ذی‌ربط و تعقیب حقوقی مانند تقدیم دادخواست می‌باشد».

با این حال، باید توجه داشــت که مداخله دادستان در روابط قراردادی تحت عنوان احیای حقوق عامه دارای ماهیتی ثانوی اســت؛ بدین معنا که اقدامات دادستان ناظر به فرضی است که به‌رغم پیش‌بینی وظایف و مسؤولیت‌های قانونی برای اشخاص و ســازمان‌ها، اقدام کافی و مقتضی از ســوی ایشــان در زمان مناسب انجام نشده و دادســتان در قالب اعتراض، تذکر، اخطار و در نهایت اقامه دعوا به عنوان پشــتیبان حقوق فردی و اجتماعی و به لحاظ پاسداری از حقوق مردم، اعمال صلاحیت می‌کند (تنگســتانی و مرادی برلیان، ۱۳۹۷: ۸۲). در همین راستا، ماده ۲ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه دادســتان هر حوزه قضایی را مکلف نموده است تا در صورت عــدم اجرا یا نقض حقوق عامه یا قریب‌الوقوع بودن آن، اقدامات مقتضی از اخطار و تذکر تا صدور دســتور موقت و در صورت لــزوم اقامه دعوا را انجام دهند.[1] محدود

---

۱. ماده ۲: ۱- تعقیب کیفری متهمان ناقض حقوق عامه در چارچوب جرم و مجازات‌های مذکور در قانون؛ ۲- تذکر یا اخطار به دســتگاه اجرایی، درصورت تعلل آن دستگاه برای اقامه دعوی؛ ۳- تذکر یا اخطار به مسؤول دستگاه اجرایی و سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی ذی‌ربط، درخصوص اقداماتی که منتهی به نقض حقوق عامه می‌شود؛ ٤- اتخاذ تدابیر پیشگیرانه؛ ۵- صدور دستور توقف اقدامات

کردن صلاحیت دادستان به اخطار و تذکر و نهایتاً اقامه دعوا بیان‌گر این واقعیت است که ماهیت اقدامات دادستان در این حوزه اقداماتی نظارتی و نه اجرایی است. بر این اساس و با در نظر داشتن مبانی ذکر شده، شایسته است اقدامات دادستان در مواجهه با شروط غیر عادلانه مندرج در قراردادهای الحاقی در دو مرحله پیش از انعقاد قرارداد و پس از تحقق قرارداد مورد بررسی قرار گیرد.

۱-٦. اقدامات پیشینی دادستان

صیانت از حقوق جامعه و حمایت از آزادی اشخاص، مستلزم آن است تا نهاد دادستانی پیش از فراگیرشدن یک قرارداد الحاقیِ متضمن شروط غیر عادلانه، اقدامات مقتضی را انجام دهد تا در نهایت از شکل‌گیری چنین قراردادهایی جلوگیری شود. اگر چه جنس وظایف دادستان غالباً از نوع واکنش است، لیکن این موضوع به این معنا نیست که در عرصه پیش‌گیری نقش چندانی ندارد و دقت نظر در متون قانونی، تجربیات عملی و نیز رویه قضایی نشان‌گر آن است که یکی از اصلی‌ترین وظایف دادستان پیشگیری است (دادیار، ۱۳۹۰: ۱۳۳). دادستان نماینده جامعه در امر پیشگیری است و هم‌چنان که صاحب‌خانه‌ای منتظر نقض حریم خانه نمی‌ماند تا پس از آن وارد عمل شود، دادستان نیز نباید به انتظار نقض حریم اجتماع بنشیند (جبّان و همکاران، ۱٤۰۳: ۱۹۸). در مواردی که دلایل کافی مبنی بر تنظیم قراردادی الحاقی با شروط اجحاف‌آمیز وجود دارد، امکان مداخله و اقدام پیش‌دستانه از سوی دادستان وجود خواهد داشت و به نظر می‌رسد که اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی تاب تحمل چنین تفسیری را دارد. بندهای ۳ و ٤ ماده ۲ «دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه» نیز به لزوم اتخاذ تدابیر پیشگیرانه از سوی دادستان و تذکر و اخطار به مراجع ذی‌ربط در فرض قریب‌الوقوع بودن نقض حقوق عامه تصریح نموده

در چارچوب ماده (۱۱٤) قانون آیین دادرسی کیفری.

تبصره ۱- در صورت عدم حصول نتیجه در موارد مذکور در بندهای (۲) و (۳) مذکور، دادستان مراتب را جهت هرگونه اقدام مقتضی، به دادستان کل کشور و دستگاه‌های نظارتی ذی‌ربط اعلام می‌کند. دستگاه‌های نظارتی مذکور موظف‌اند در چارچوب قوانین و مقررات اقدام کنند.

تبصره ۲: دادستان‌های مرکز استان یا دادستان کل کشور در صورت اطلاع از ضرر افراد ذی‌نفع و یا اقدام خلاف قانون در نتیجه اعمال بندهای (٤) و (۵) این ماده، دستور بررسی و پیگیری لازم را به دادستان مربوط می‌دهند تا اقدام مقتضی صورت گیرد. دادستان مربوط، حداکثر ظرف مدت یک هفته نسبت به بررسی موضوع و انجام اقدام لازم، مبادرت و نتیجه را حسب مورد به دادستان مرکز استان یا دادستان کل کشور اعلام خواهد کرد».

اســـت. هم‌چنین «سند تحول و تعالی قوه قضاییه» مصوب در مأموریت پنجم از فصل دوم، پیشـــگیری از بروز اختلافات در قراردادها با اعمال نظارت بر شروط قراردادی را بـــه عنوان یکی از مأموریت‌های آتی و مهم این مرجع در نظر گرفته که می‌تواند از سوی مدعی‌العموم انجام شود.

به طورکلی اقدامات پیشـــینی دادســـتان در مواجهه با شـــروط غیر عادلانه در قراردادهای الحاقی را می‌توان به شرح ذیل احصاء نمود:

۱-۱-٦. ارزیابی نمونه قراردادهای استاندارد تنظیم شده از سوی بنگاه‌های اقتصادی

تضمین رعایت اصول عدالت و حمایت از حقوق عامه اقتضا دارد نهاد دادستانی قراردادهایی را که به صورت اســـتاندارد تنظیم می‌گردد و جمع کثیری از اشخاص به آن ملحق می‌شـــوند مورد پایش قرار دهد. چنان‌چه در نتیجه اعمال نظارت، کاشـــف به عمل آید که نمونه قرارداد تنظیم شـــده متضمن شروط غیر عادلانه است، دادستان باید تذکرات لازم در خصوص اصلاح شـــروط مزبور را به شرکت یا بنگاه اقتصادی مربـــوط و مراجع نظارتی ذی‌ربط بدهد تا از انعقـــاد چنین قراردادی و تضییع حقوق عامه جلوگیری شود. به عنوان نمونه چنان‌چه بانکی در قراردادهای اعطای تسهیلات وجـــه التزامی گزاف درج کند یا بنگاهی اقتصادی با درج شـــرط قراردادی خود را از هرگونه مســـؤولیتی در قبال تولیدات خویش مبرا ســـازد، دادســـتان می‌تواند با دادن تذکر مســـتقیم به آن مرجع یا با اخطار به مراجع نظارتی ذی‌ربط نظیر بانک مرکزی یا وزارت صنعت، معدن و تجارت، تعارض شروط پیش‌بینی‌شده در قراردادهای مزبور با حقوق عامه را متذکر شـــده و اصلاح آن را بخواهد؛ با این حال ورود پیش‌دســـتانه و پیش‌گیرانه دادســـتان نباید محملی جهت تحدید و تقلیل حقوق و آزادی قراردادی اشخاص باشد. در واقع آنچه در ایفای چنین نقشی دارای اهمیت است، هنر مدیریت در منصب دادســـتانی است (طحان نظیف و طهماسبی، ۱۳۹۷: ۱۰۰) تا از سویی اصل حاکمیت اراده محترم شـــمرده شود و از دیگر سو از بهره‌کشی یکی از طرفین قرارداد از دیگری ممانعت به عمل آید.

۲-۱-٦. آموزش و آگاه‌سازی عمومی

ارائـــه اطلاعات به عمـــوم جامعه در خصوص مصادیق شـــروط غیر عادلانه و نیز هشـــدار دادن به اشـــخاص و نهادها در خصوص درج شروط اجحاف‌آمیز در قراردادهای الحاقی می‌تواند نقش مؤثری در جلوگیری از تضییع حقوق عامه داشـــته باشد (Wilhelmsson, 2010: 538). در این راستا نهاد دادستانی می‌تواند با همکاری رســـانه‌های مختلف، پیام‌های آموزشی و هشـــدار دهنده‌ای در سطح گسترده منتشر نماید و با برگزاری کارگاه‌های آموزشی با مشارکت مردم از انعقاد چنین قراردادهایی جلوگیری کند.

۳-۱-٦. مشارکت در تدوین لوایح قانونی

تجربیات عملی در مواجهه با شروط غیر عادلانه قراردادی و چالش‌های مربوط به آن و به دنبال آن، شناســـایی نیازهای قانونی، به نهاد دادستانی این امکان را می‌دهد تا با ارائه مشـــاوره حقوقی و همکاری با نهادهای قانون‌گذار قوانین ناکارآمد و مبهم موجـــود را اصلاح و با تنظیم قوانین جدیـــد به بهبود کیفیت قوانین و افزایش کارایی دستگاه قضایی کمک نماید (Yang, 2013: 62).

دادســـتان‌ها اغلب تجربیات دســـت اولی در خصوص کاربـــرد عملی مفاهیم قانونی دارند و نظریات ایشـــان این اطمینان را می‌دهد کـــه قوانین جدید با پر کردن شـــکاف بین تئوری و عمل، به صورت مؤثر و قابل اجرا پاســـخ‌گوی نیازهای واقعی نظام حقوقی باشد. باید در نظر داشت اگرچه دادستان نهاد مدعی عمومی در حراست از حقوق جامعه اســـت، اما به تنهایی قادر به انجام اقدامات ذکر شـــده و ایفای چنین رسالت سنگینی نخواهد بود؛ با این حال از چنان ظرفیتی برخوردار است که بتواند به عنوان نقطه‌ای کانونی با هماهنگی سایر نهادهای دولتی و غیر دولتی و نیز سازمان‌های مردم‌نهاد، اقدامات نظارتی خود در حوزه قراردادها و شـــروط غیر عادلانه مندرج در آن را انجام دهد.

۲-٦. اقدامات پسینی دادستان

ســـؤال مهم قابل طرح آن است که در فرض نقض حقوق عامه به واسطه درج شـــروط غیر عادلانه در قراردادهای الحاقی، چه ســـازکاری برای پیگیری موضوع از ســـوی دادستان وجود دارد؟ به نظر می‌رسد اساســـی‌ترین اقدام ممکن طرح دعوا در

مراجع ذی‌صلاح قضایی[1] به منظور اعلام بطلان و بی‌اعتباری شروط است؛ موضوعی که تا حد زیادی در ادبیات حقوقی و نظام تقنینی داخلی مغفول مانده است؛ این در حالی است که بررسی تطبیقی موضوع در حقوق دیگر کشورها حاکی از آن است که طرح دعوا در مراجع قضایی در راستای حفاظت از حقوق عامه، رشد و بالندگی قابل توجهی داشته است (کبگانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۹۲).

در تبیین اهمیت این امر باید در نظر داشت که امروزه در بسیاری از حوزه‌ها در بازار، انحصار کامل وجود دارد و افراد معمولاً ناگزیر از استفاده از چنین کالاها و خدماتی هستند. در چنین شرایطی نبود اطلاع کافی عموم از استانداردهای قراردادی و انحصارِ موجود باعث می‌شود که شروط غیر عادلانه‌ای به افراد جامعه تحمیل شود. در این موارد، پرسش اصلی این است که اگر با درج چنین شروطی در قرارداد حقوق جمعیت بزرگی از افراد در معرض تضییع قرار گیرد، چه تعداد از ایشان حاضرند با صرف وقت و هزینه و با فرض پذیرش دعوای ایشان، علیه متخلفان طرح دعوی کنند (کاشانی و ناصری، ۱۳۹۵: ۱۱).

باید توجه داشت که با اقامه دعوی از طرف افراد همواره با هزینه‌های مالی و غیر مالی مستقیم و غیر مستقیم روبه‌رو هستیم و تنها زمانی افراد ادعاهای خود را به دادگاه می‌برند که از نظر اقتصادی منافع حاصل بر هزینه‌ها برتری داشته باشد. تجربه ثابت کرده است در خسارات کوچک که هزینه مطالبه آن در مقایسه با مبلغ احتمالی دریافتی در جریان طرح دعوی قابل مقایسه نیست، افراد تمایل چندانی به طرح دعوی نخواهند داشت و طرف متخلف (تولید کننده کالا یا ارائه دهنده خدمات) نیز به فکر اصلاح رفتار خود نخواهد بود (کاشانی و ناصری، ۱۳۹۵: ۱۱). در این موارد، دادستان به عنوان نماینده جامعه و در راستای جلوگیری از تضییع حقوق عامه باید وارد عمل شود.

در این زمینه، آنچه از بُعد حقوق شکلی باید مورد بررسی قرار گیرد، اصول و مقررات ناظر به وجود «نفع» و «سمت» است؛ توضیح این‌که، نفع پیش‌شرط اساسی طرح دعوا و حضور در فرایند دادرسی مدنی است (Lunny, 1978: 321). بر این مبنا رویه قضایی اقامه دعوا را تنها از شخصی می‌پذیرد که در نتیجه طرح دعوا و

---

۱. طرح دعوای حقوقی از سوی مقامات دولتی (Parens Patria Civil Action).

احراز حق، نفعی مشـــروع، موجود، شخصی و مســـتقیم نصیب او گردد (مقصودپور، ۱۳۸۹: ۱۱۸). دادگاه‌ها معمولاً از پذیرش دعاوی کســـانی که نفع موجود، مشـــروع و مستقیم نداشته باشند خودداری می‌کنند و دعوی را تنها از جانب ذی‌نفع شایان طرح می‌دانند؛ با این حال همان‌گونه که در قوانین کشـــورهای مختلف سازکارهای مختلفی برای طرح دعاوی که هدف نهایی از آن‌ها تأمین منافع عموم اســـت پیش‌بینی شـــده، باید به ســـوی تعدیل این اصل حرکت کرد. آن‌چه امروزه در راســـتایِ تحقق عدالت اجتماعی از اهمیت ویژه برخوردار است، عبور از قواعد سخت‌گیرانه شکلی مربوط به طرح دعوی و پیش‌بینی قواعد شکلی جدید (مانند امکان طرح دعوا از سوی مقامات حاکمیتی در راســـتای تضمین حقوق عامه) اســـت که بتواند ضمن جبران نقض اولیه حقوق عامه، از تکرار آن‌ها جلوگیری کند. باید بپذیریم که نفع در مفهوم ســـابق خود نمی‌تواند پاســـخ‌گوی تحولات اجتماعی جوامع امروزی باشـــد و ناگزیر باید مفهوم نفع در حقوق دادرســـی مدنی را بسیار گسترده‌تر فهم نمود. این تحول مفهومی ناشی از ورود هرچه بیشـــتر عنصر نفع عمومی در این دعاوی اســـت؛ به گونه‌ای که امروزه ویژگی اصلی دعاوی مدنی که ســـیطره و ترجیح همیشگی منفعت خصوصی بر سایر حقوق بود جای خود را به غلبه منفعت عمومی بر منافع خصوصی داده است (Cap-pelletti, 1975: 808). با توجه به این رویکرد، امروزه همان‌گونه که نظام‌های حقوقی به سمت «عمومی‌ســـازیِ»[1] دعاوی مدنی حرکت می‌کنند،[2] در نظام حقوقی ایران نیز این مســـأله باید مورد نظرِ قانون‌گذار و مقامات قضایی قرار گیرد. عمومی‌ســـازی که شرط اصلی آن تغییر نگرش درباره شرایط لازم برای اثبات نفع یا سمت در دعواست، سبب می‌شود که دعاوی مدنی به حوزه‌ای برای تأمین حقوق گروهی و جمعی تبدیل شـــود و بر منافع و حقوق خصوصی غلبه یابد. از آثار مهم این عمومی‌سازی می‌توان به مداخله و ورود هرچه بیشتر مقامات حکومتی در دعاوی مدنی و کنشگری قضایی اشـــاره نمود (Cappelletti, 1975: 879). بر این اساس در موارد نقض حقوق عامه، اقامه دعوا منوط به اثبات نفع شخصی و مستقیم نیست؛ با این حال نمی‌توان پذیرفت که هر شخصی به نمایندگی از جامعه اقدام به طرح دعوا نماید. نتیجه آن‌که لازم است

1. Publicization

۲. برای مطالعه تحولات نظام‌های حقوقی آلمان، ایالات متحده آمریکا و فرانسه در این‌باره بنگرید به: Hamburger, 1974.

مقامی پیش‌بینی شـــود که در موارد نقض حقوق عامه، اقدام قضایی مقتضی را انجام دهد. در بیشـــتر کشورها[1] مقامی که به نمایندگی از جامعه اقدام به طرح دعوا می‌کند، «دادســـتان یا مدعی‌العموم» است (Langer, 1988: 302-303) و برای نشان دادن این شأن دادستان از اصطلاح «صدای مردم»[2] استفاده می‌کنند.[3]

در نظام حقوقی ایران اگرچه مقرره عامی در این خصوص وجود ندارد، لیکن با در نظر داشـــتن مفاد اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساسی و مواد ۲۲ و ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌توان در راستای حفظ منافع عمومی به دادســـتان اختیار طرح دعوای حقوقی داد. ماده ۳ دســـتورالعمل نظارت و پیگیری حقـــوق عامه نیز در همین خصوص مقرر می‌دارد: «در جهت نظارت و پیگیری موارد مذکور در ماده قبل، چنان‌چه دستگاه اجرایی، ظرف مدت متعارف، اقدام لازم به عمل نیاورد، دادستان مکلف است در مواردی که در نتیجه ارتکاب جرم خسارت به اموال دولتی و حقوق عمومی یا تضییع آن وارد شده باشد، به تبع امر کیفری بدون پرداخت هزینه دادرســـی، جبران آن را از دادگاه درخواست نماید». ماده ٤ همین دستورالعمل چنین مقرر می‌دارد: «در هر صورت دادســـتان کل نسبت به تعقیب کیفری، مرتکب و جبران خسارت از طریق مراجع ذی‌صلاح پیگیری و نظارت می‌کند».

مداخله دادســـتان در دعوای حقوقی می‌توانـــد در قالب طرح دعوای اصلی یا طاری باشـــد (ژگـــو، ۱۳٥٤: ۲٥)؛ بدین معنا که گاه به‌رغم اخطـــار و تذکر، نهادهای ذی‌ربط به وظایف خویش عمل ننموده و دادستان با طرح دعوای اصلی، اعلام بطلان

---

۱. به عنوان مثال در چین دادســـتان‌ها از ســـال ۲۰۱۵ میلادی در پرونده‌های مدنی مشارکت دارند و بـــر حفاظـــت از منافع عموم از طریق اقدام قانونی تمرکز کرده‌انـــد (Ding & Xiao, 2021: 323). همین‌طور در برزیل دادستان‌ها با موفقیت در پرونده‌های مدنی مداخله کرده و سعی در حفظ حقوق عامه داشته‌اند (Shi & Rooij, 2016: 44). در اوکراین دادستان‌ها در دادرسی‌های مدنی برای حفظ منافع عمومی مشـــارکت دارند اگر چه چالش‌های قانونی و بحث‌هایی در مورد دامنه مشارکت آن‌ها وجود دارد. در روســـیه دادستان‌ها می‌توانند شروع کننده پرونده‌های مدنی باشند؛ به ویژه در مواردی که احتمال فساد و تضییع حقوق جامعه وجود دارد (Sydorenko, 2022: 106).

2. Vox Populi

۳. برای نمونه، بنگرید به: توصیه‌نامه Rec(2012) 11 شورای اروپا قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس زیر:
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c9d19
و هم‌چنین: ژگو، ۱۳٥٤: ۲٥؛ کرینگز. جی. ای، ۱۳٥٤: ۸۰.

شروط غیر عادلانه در قرارداد الحـاقی را از دادگاه تقاضا می‌نماید و گاه متعاقب طرح دعوا از ســـوی یکی از متعاقدین، دادســـتان در راستای تقویت موضع دفاعی، یکی از طرفین با تقدیم دادخواست طاری مقـــتضی اقدام می‌کند. در هر حال دادستان مقامی مستقل از مقامات دادگاه است و در اقامه دعوای حقـــوقی به عنوان شخصی مستقل باید تمام اصول و تشریفات آیین دادرســـی غیر از پرداخت هزینه دادرسی را رعایت نماید.

برآمد

۱- بـــا بررســـی اجمالی وضعیت بـــازار کالا و خدمات در کشـــور به راحتی می‌توان دریافت که در بســـیاری از حوزه‌ها وضعیـــت انحصاری وجود دارد. این امر ســـبب می‌شود که طرف انحصارگر عقد با تنظیم قراردادهایی با شروط یک‌جانبه و به نفع خود و بدون توجه به خواســـت و اراده طـــرف مقابل، صرفاً در چارچوب چنین قراردادی حاضر به معامله گردد و طرف ضعیف که ناگزیر از استفاده از کالا و خدمات انحصاری اســـت، چاره‌ای جز الحاق به این‌گونه قراردادها نداشته باشد. مقابله با این وضعیت که بهره‌کشـــی طرف قوی قرارداد از طرف ضعیـــف را در پی دارد، نیازمند آن اســـت که قانون‌گذار اقدام فوری و مؤثری در راستای حمایت از طرف ضعیف و ممانعـــت از انعقاد این‌گونه قراردادها با چنین شـــروطی انجام دهد. با این حال با در نظر داشـــتن شیوع فراوان شروط غیر عادلانه در قراردادهای الحاقی و با توجه به خلأ قانونی در خصوص نحوه نظارت بر این‌گونه شـــروط قراردادی، به نظر می‌رسد مادام که قانون‌گذار تصمیم به مداخله مؤثر در این حوزه نگرفته اســـت، یکی از مؤثرترین راهکارها «تلقـــی موضوع به عنوان یکی از مصادیق حقوق عامه» و «اعطای اختیار به دادستان جهت مداخله قضایی» باشد.

۲- انعقاد قراردادهای الحاقی متضمن شـــروط غیر عـــادلانه را از دو جنبه می‌توان مصداق اَعمال ناقض حقوق عامه دانست؛ نخـــست آن‌که مخـاطب این‌گونه قراردادهـــا، نه یک یا چند شـــخص معین، بلکه نوع افراد جامعه هســـتند و تنظـــیم چنین قراردادهایی می‌تواند زمینه تضرر، سلب امتیاز و تضـــییع حقوق جمع کثیری از اشـــخاص جامعه را فراهم ســـازد؛ دوم آن‌که در این قراردادها حق اساســـی «خود تعیین‌گری بشـــر» که یکی از مبنایی‌ترین حقوق انسان‌هاست نادیده انگاشته شده و با بی‌توجهی به خواســـت و اراده یکی از متعاقدین، موجبات بهره‌کشی از طرف ضعیف قرارداد فراهم گردیده است.

۳- دادستان که به موجب قانون مسؤول احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع است، در مواجهه با قراردادهای الحاقی متضمن شروط غیر عادلانه می‌تواند طیف وســـیعی از امور را انجام دهد. در یک تقســـیم‌بندی، اقدامات دادستان در مواجهه با این‌گونه شـــروط به دو دسته اقدامات مربوط به «قبل از انعقاد این‌گونه

قراردادها» و «اقدامات پس از تحقق عقد» تقسیم می‌شود. مهم‌ترین اقدامات پیشینی دادستان عبارت است از: «پیشگیری از انعقاد قراردادهای الحاقی متضمن شروط غیر عادلانه از طریق پایش مستمر قراردادهای استاندارد تنظیمی از سوی شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی»، «آموزش و آگاه‌سازی عمومی در راستای جلوگیری از انعقاد این‌گونه قراردادها» و «مشارکت در تدوین لوایح قانونی به منظور تنظیم قوانین به روز و کارآمد». اصلی‌ترین اقدام پسینی دادستان را نیز می‌توان «اقامه دعوای حقوقی در مراجع ذی‌صلاح قضایی به منظور اعلام بطلان» و «بی‌اعتباری شروط غیر عادلانه مندرج در قراردادهای الحاقی» دانست. بدیهی است که اعطای اختیار به دادستان به منظور مداخله در روابط قراردادی در راستای رعایت مصالح اجتماعی و نظم عمومی است و در فرض تعارض آزادی قراردادی متعاقدین با حقوق عامه، مصلحت مهم‌تر که همان مصالح عمومی است ترجیح داده می‌شود و دادستان به عنوان نماینده جامعه اقدامات مقتضی را انجام می‌دهد.

٤- تحولات اجتماعی جوامع امروزی و غلبه منفعت عمومی بر منافع خصوصی اقتضا دارد که قانون‌گذار با وضع مقرراتی صریح، به مقامات قضایی و به‌طور خاص دادستان اختیار پایش شروط قراردادی را تفویض نماید تا از این رهگذر از تضییع حقوق عامه جلوگیری شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابدالـــی، مهرزاد و محمد عیسائی‌تفرشـــی (۱۳۸۳)، «**بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر با نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران**»، مدرس، ویژه‌نامه حقوق، دوره ۸، شماره ٤.

* بابایی، ایرج و طوســـی، عباس و ترابی، مرتضـــی (۱۳۹۹)، «**جایگاه اصل حقوق بشری اســـتقلال خصوصی در حقوق قراردادها (مطالعه تطبیقی در حقوق آلمان، انگلیس و ایران)**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۳.

* تنگســـتانی، محمدقاســـم و مهدی مرادی‌برلیان (۱۳۹۷)، **گفتارهایی در باب نهاد دادستانی و احیای حقوق عامه**؛ تهران: قوه قضاییه.

* جبّان، ماجد و صابر، محمود و موســـوی مجـــاب، درید (۱٤۰۳)، «**نظارت قضایی پیشـــینی بر تعقیب و تحقیق؛ مبانی و پیامدها**»، مجله حقوقی دادگستری, دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

* جعفرزاده، میرقاسم و سیمائی‌صراف، حسین (۱۳۸٤)، «**حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی اســـتثنائی**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۸، شماره ٤۱.

* دادبان، حسن (۱۳۷۷)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.

* دادیار، هادی (۱۳۹۰)، **نقش دادستان در حفظ حقوق عامه و چالش‌های اجرایی آن**، رســـاله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران.

* دشتی، علی و بهرامیان، مهدی و پروین، خیراله و علوی، پرویز (۱۳۹۷)، «**واکاوی تضمینات حقوق عامه با نگاهی به حقوق شهروندی و جایگاه مقام تعقیب**»، اخلاق زیستی، دوره ۸، شماره ۱.

* دعاگویـــی، محمدمصطفـــی و محمـــدی، زینب (۱۳۹۳)، «**شـــروط تحمیلی در قراردادهای صنعت خودرو**»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۷، شماره ۱٤.

* ژگو، ژان (۱۳۵٤)، «**وظایف دادسرا در امور مدنی در فرانسه**»، برگردان: سیدمحسن صدرزاده‌افشار، مجله حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱۸، شماره صفر (پیاپی ۸٤).
* سارودئی‌نسب، محمد و کاظم‌پور، سید جعفر (۱۳۹۰)، «**مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۵، شماره ۷۵.
* شرافت، محمدظاهر و اسدپور طهرانی، علیرضا (۱۳۹۷)، «**قابلیت تسری ماده (٤٦) قانون تجارت الکترونیک (شروط غیرمنصفانه) به سایر عقود**»، در: کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی، دوره ۱.
* شمس‌اللهی، محسن (۱۳۹۱)، **شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده با مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپا**، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
* شیری، زهرا و شاملو، باقر (۱٤۰۳). «**مداخله‌گری کیفری برای احیای حقوق عامه در نظام حقوقی ایران؛ چرایی و چالش‌ها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.
* طحان نظیف، هادی و طهماسبی، محمدحسن (۱۳۹۷)، «**نقش دادستان در صیانت از حقوق و آزادی‌های عمومی در حقوق کیفری ایران**»، قضاوت، دوره ۱۸، شماره ۹۳.
* عباسی، محمود و افشاری، فاطمه و پتفت، آرین و دهقانی، پرویز (۱۳۹۸)، **حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه**، تهران: وزارت دادگستری.
* عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۸۸)، «**سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط**»، حقوق اسلامی (فقه و حقوق)، سال ششم، شماره ۲۱.
* غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۸۹)، **مصرف‌کننده و حقوق بنیادین او، نگاهی به قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان**؛ تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
* قافی، حسین (۱۳۸۳)، «**ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی**»، فقه و حقوق، دوره ۱، شماره ۲.

* کاتوزیـــان، ناصر (۱۳۸۷)، «**محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده**»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳.
* کاشـــانی، جواد و ناصری، نینا (۱۳۹۵)، **کارایی دعوای جمعی در دسترســـی به عدالت**، تهران: میزان.
* کبگانی، محمدحســـن و منصوریان، مصطفی و افشاری، فاطمه (۱٤۰۲)، «**واکاوی مفهومی احیای حقوق عامه با مطالعه تطبیقی دعاوی منفعت عمومی**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیست و چهارم، شماره ۲.
* کرمی، سکینه (۱۳۹٤)، «**نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، ش ۹۱.
* کریمی، عباس (۱۳۸۱)، «**شـــروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۱، شماره ۱.
* کرینگز. جی. ای (۱۳٥٤)، «**وظایف دادســـرا در امور مدنی در بلژیک**»، برگردان: سید محسن صدرزاده افشار، مجله کانون وکلا، دوره ۲۷، شماره ۱۳۲.
* مقصودپور، رسول (۱۳۹۰)، **دعاوی طاری و شرایط اقامه آن**، تهران: مجد.
* نقره‌کار، محمدصالح (۱۳۸۸)، **نقش دادســـتان در صیانت از حقوق عامه**، تهران: جنگل.
* نقیبی، ســـید ابوالقاسم و تقی‌زاده، ابراهیم و حسینی، عدنان (۱٤۰۱)، «**اعتبارسنجی شـــروط تحمیلی و حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی در فقه اســـلامی، حقوق ایران و مصر**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱٤، شماره ۲٦.
* هاشمی، محمد (۱۳۸۲)، «**حمایت‌ها و تضمینات حقوق بشر در حقوق داخلی و نظام بین‌المللی**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ٦، شماره ۳۸.

ب. عربی

* حاتم‌محســـن، منصـــور (۲۰۱٥)، «**العلاقه بین الشرط التعسفی و الشرط الجزائی، دراسه مقارنه**»، مجله المحقق الحلی للعلوم القانونیه و السیاسیه، جلد ۷، شماره ٤.
* الســـنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۹)، **الوسیط فی شرح‌القانون المدنی الجدید**، جلد نخست، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه.

پ. انگلیسی

❋ Aghion, Philips (1990), **"Legal Restrictions on Private Contract Can Enhance Efficiency?"**, Journal of Law, Economics and Organization, Vol. 2.

❋ Barak, Justice Aharon (1996),**"Constitutional Human Rights and Private Law"**, Yale Law School Faculty Scholarship Review of Constitutional Studies, Vol. 3, No. 2.

❋ Cappelletti, M. (1975), **"Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study"**, Michigan Law Review, No. 73.

❋ Chrenkoff, Arthur (1996), **"Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea"**, Legal Philosophy, Vol. 21.

❋ Dimmateo, Larry. A. (1998), **"Equity's Modification of Contract: an Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law"**, New England Law Review, Vol. 31.

❋ Ding, Chunyan & Huina Xiao (2021), **"A Paper Tiger? Prosecutorial Regulators in China's Civil Environmental Public Interest Litigations"**, Fordham Environmental Law Review, Vol. 32, No. 3.

❋ Hamburger, Adolf (1974), **"Private Suits in the Public Interest in the United States of America"**, Buffalo Law Review, Vol. 23.

❋ Herres Thal, Carsten (2013), **Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law in Current problems in The Protection of Human Rights**, London: Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing Ltd.

❋ Langer, Vera (1988), **"Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor"**, The American Journal of Comparative Law, Vol. 36.

❋ Lunny, D. (1978), **"Locus Standi-Public Law and the Individual-The Relator Action-Role of the Attorney-General-Injunction"**, University of British Columbia Law Review, Vol. 12.

❋ Mak, Chantal (2008), **Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany**, the Netherlands, Italy and England, Netherland: Kluwer Law International.

❋ Pinto Oliveria, Nuno Manuel & Benedita McCrorie (2008), **Anti-discrimination Rules in European Contract Law**, in Constitutional Values and European Contract Law, The Netherlands: Wolsters Kluwer Law & Business (Kluwer Law International BV).

❋ Sen, G. M. (1977), **Freedom of Contract and Social change**, New Delhi: B.V. Gupta.

❋ Shi, Yifan & Benjamin Van Rooij (2016), **"Prosecutorial regulation in the Global South: Environmental civil litigation by prosecutors in China compared to Brazil"**, Regulation & Governance, Vol. 10.

❋ Sydorenko. N (2022), **"The problems of legal regulation of the prosecutor's participation in the civil process"**, Uzhhorod National University Herald Series Law, No. 73.

❋ Vittoria Onufrio, Maria (2007), **"The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect? "**, University of Palermo, Vol. 4.

❋ Wilhelmsson, Thomas & Chris Willet (2010), **Unfair terms and standard form contracts**, Colchester: Edward Elgar Publishing.

❋ Wolcher, Louis E. (1992), **"The Privilege of Idleness: A Case Study of Capitalism and the Common Law in Nineteenth Centu-**

ry America", The American Journal of Legal History, Vol. 36, No. 3.

❋ Yang, Kenny (2013), **"Public Accountability of Public Prosecutions"**, Murdoch University Law Review, Vol.20, No.1.

❋ Zhou, Q (2014), **"Limits of Mandatory Rules in Contract Law: An Example in Agency Law"**, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 4, No. 65.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۲۸۱-۲۴۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۳۱

تفسیرهای قضایی زنان شاغل در دادسرا نسبت به بزهکاری و بزه‌دیدگی زنان؛ رویکرد جامعه‌شناسی کیفری

نرگس محمدی،[۱] محمد فرجیها،[۲] محمود صابر[۳]

چکیده

پژوهش‌های جامعه‌شناسی نشان می‌دهد که مقام تعقیب از قدرت بالایی در آغاز و نحوه تعقیب کیفری برخوردار و همواره نوع تصمیم‌گیری، نتایج تعقیب و تعاملات درون نظام تعقیب، تحت تأثیر ویژگی‌های مردم‌شناسانه و فراقانونی است. این پژوهش در پاسخ به این پرسش که چگونه جنسیت مقام تعقیب به عنوان یکی از عوامل فراقانونی در نحوه تصمیم‌گیری کنش‌گران در فرایند تعقیب کیفری تأثیرگذار است، از روش کیفی جمع‌آوری اطلاعات و تحلیل محتوای اسناد و مدارک و پرونده‌های قضایی استفاده می‌کند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که زنان در مقام تعقیب به دلیل وجود فرهنگ سازمانیِ مردانه حاکم، تلاش دارند تا در فرایند تعقیب، تصمیم‌هایی به دور از کلیشه‌های جنسیتیِ اتخاذ نمایند. در این راستا از دقت و مسؤولیت‌پذیری بالاتری برخوردار هستند، از یک‌سو در پرونده‌های مرتبط با بزه‌دیدگی زنان با تکیه بر جانب‌داری درون‌گروهی و اسناد دفاعی دارای حساسیت کیفری بالاتری بوده و در تعقیب این طیف از جرائم شدت عمل بالاتری را از خود نشان می‌دهند. در سوی مقابل، این کنش‌گران در پرونده‌هایی با بزهکاران زن رویکرد متفاوتی را اتخاذ نموده و به دنبال حمایت جدی‌تر از زنان بزهکار از رهگذر کاهش عنوان مجرمانه و بهره‌گیری از امکانات نهاد صلح و سازش هستند.

واژگان کلیدی: آزادی عمل، جانب‌داری درون‌گروهی، جنسیت، مقام تعقیب، نظریه صدای متفاوت

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران narges.mohammadi@modares.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسوول) farajihay@modares.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران m.saber@modares.ac.ir

درآمد

در بسیاری از نظام‌های حقوقی دادستان به عنوان تنها قدرتِ تصمیم‌گیرنده پیرامون شروع پرونده شناخته می‌شوند و از آزادی عمل[1] فراوانی جهت تصمیم‌گیری در طول فرایند کیفری استفاده برخوردار است. «آزادی عمل» در فرهنگ لغت به معنای انتخاب، حق یا توانایی تصمیم‌گیری در خصوص چیزی، قضاوت و آزادی یا قدرت تصمیم‌گیری در مورد آنچه باید در یک موقعیت خاص انجام شود است.[2] آزادی عمل عبارت است از توانایی انتخاب از میان گزینه‌های موجود و متفاوت که گاهی منجر به تصمیم درست و گاهی تصمیم اشتباه می‌شود. جلوه‌ای از اهمیت نقش دادستانی را می‌توان در نظام‌هایی با قابلیت معامله اتهام[3] مشاهده نمود. آن‌ها هستند که انتخاب می‌کنند چه افرادی و به چه اتهامی مورد تعقیب قرار بگیرند و در نظام‌های دارای معامله اتهام دادستان‌ها نقش اساسی را ایفا می‌کنند.

پژوهش‌های نظری و تجربی انجام شده، پیوسته استدلال کرده‌اند که رفتار قضایی با مجرمان توسط کنش‌گران نظام عدالت کیفری (قضات)، گاهی اوقات توسط عوامل فراقانونی، مانند ویژگی‌های مردم‌شناسانه مغرضانه و جهت‌دار است. هم‌چنین در خصوص ویژگی‌های شخصی کنش‌گران مانند جنسیت آن‌ها نیز پژوهش‌هایی از جمله در مورد تفاوت جنسیت قضات در خصوص نحوه صدور احکام انجام شده است.[4]

نظام‌های عدالت کیفری، در بیشتر جوامع نظام‌هایی هستند که به عنوان جایگاه مردانه شناخته می‌شوند و تعداد مردان شاغل در آن به نسبت زنان بسیار بیشتر است و کلیشه‌های مربوط به مردان و زنان در کل روح نظام حاکم است. به مانند قضات نقش و شغل دادستانی نیز استانداردهای خاص خود را دارد و تمامی افرادی که وارد این شغل می‌شوند در واقع پذیرفته‌اند که به مثابه یک دادستان تفکر، رفتار و عمل نمایند، اما استانداردهای دادستان بودن در اکثر موارد مبتنی بر ویژگی‌های مردانه است

1. Discretion
2. Cambridge and oxford
3. Plea Bargaining
4. See: Boyd, C. L.&Nelson, M. J. 2017: 1819–1844

و برخی اظهار داشته‌اند زنان شاغل در این نظام در فرایند «مرد شدن»[1] قرار گرفته‌اند و اگر چنین نباشند از این شغل طرد خواهند شد (Guinier, 1997: 5). به همین علت بسیاری قوه قضاییه را هنوز به عنوان حوزه‌ای «مردانه و با پوست روشن»[2] می‌پندارند و از این وضعیت خشنود نیستند (Rackley, 2012: 7). در پی افزایش تعداد زنان شاغل در نظام عدالت کیفری کم‌کم موضوع تأثیر جنسیت مقام قضایی بر تصمیمات وی مورد توجه قرار گرفت و ایران نیز از این قاعده مستثنی نیست. در حال حاضر بیش از هزار قاضی زن در قوه قضاییه مشغول به خدمت هستند (موسوی شیاده و دیگران، ۱۴۰۱: ۸) که به نسبت قبل افزایش داشته است. اولین قاضی زن دادگاه عالی ایالات متحده، ساندرا دی اوکانر[3] زمانی اظهار داشت که «هیچ مدرک و ادله علمی و تجربی وجود ندارد که تفاوت‌های جنسیتی منجر به تفاوت‌های قابل تشخیص در صدور احکام و قضاوت شود» (Johnson et al., 2011: 238) از سوی دیگر برتا ویلسون[4] اولین زن منصوب به دادگاه عالی کانادا، خاطرنشان کرد که «شواهد زیادی وجود دارد که تعصبات، افسانه‌ها، سوگیری‌ها و کلیشه‌های مبتنی بر جنسیت عمیقاً در نگرش‌های بسیاری از قضات مرد گنجانده شده است و تفاوت جنسیتی موضوع و عامل مهمی در تصمیم‌گیری قضایی، به ویژه در زمینه‌های شبه جرم، حقوق کیفری و حقوق خانواده بوده است (Wilson, 1990: 512). همان‌طور که قبلاً بیان شد، پژوهش‌هایی نشان داده است که جنسیت بر تصمیم‌های کنش‌گران نظام عدالت کیفری مؤثر بوده‌اند، اما از سویی دیگر بر اساس رویکرد سازمانی شباهت‌های مابین زنان و مردان در منصب قضاوت سبب عدم تأثیر جنسیت بر تصمیم‌گیری آن‌ها و نتایج دادگاه می‌شود. نظریه‌پردازان معتقدند که قضات زن و مرد به صورت یکسان و مشابه آموزش دیده‌اند، نحوه ورود به این شغل یکسان بوده است و هر دو با محدودیت‌های مشابهی در دادگاه مواجه هستند؛ بنابراین همین اشتراکات برای غلبه هرگونه تفاوت بیولوژیکی، روان‌شناختی یا مبتنی بر تجربه بین دو جنس، کافی است (Steffensmeier & Hebert, 1999: 1165). البته باید اذعان داشت که حامیان این

1. Becoming gentlemen
2. Pale and male
3. Sandra Day O'Connor
4. Bertha Wilson

رویکـــرد هیچ‌گاه لزوم و اهمیت تنوع در جنســـیت قضات دادگاه را برای به دســـت آوردن مشروعیت اجتماعی زیر سؤال نمی‌برند. پژوهش‌های زیادی در این خصوص انجام شده است که جنسیت قاضی تأثیری بر تصمیمات وی و نتایج نخواهد داشت.[۱] در ایران نیز پژوهشـــی با عنوان تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی اشاره نمود که بر این اساس جنسیت قاضی بر تفسیر حقوقی وی تأثیری ندارد.[۲] پژوهش حاضر به بررسی تأثیر تفســـیرهای قضایی قضات زن شـــاغل در دادســـرا در خصوص تعقیب یا عدم تعقیب آن هم از دریچه جامعه‌شناســـی کیفری و مبتنی بر یافته‌های تجربی می‌پردازد؛ بنابراین ســـؤال این است که جنسیت مقام تعقیب (دادستان)[۳] چگونه بر فرایند تعقیب کیفری تأثیر می‌گذارد. مســـأله صرفاً این نیســـت که آیا زنـــان و مردان به عنوان مقام تعقیب تصمیمات متفاوتی می‌گیرند، بلکه ســـؤال این اســـت که چگونه جنسیت بر هر جنبـــه از فرایند تصمیم‌گیری و قضاوت‌های آن‌ها تأثیـــر می‌گذارد. علت اهمیت این موضوع می‌تواند این باشـــد که نحوه تفکر در مورد جنســـیت بر راه‌حل‌های ارائه برای تبعیض مبتنی بر جنســـیت تأثیر می‌گذارد. به عنوان نمونه در خصوص جرائمی هم‌چون تجاوزجنسی و خشونت‌های جنسی فعالان جنبش زنان در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ اعلام داشـــته‌اند که قربانیان چنین جرائمی شاهد حمله دوم و بزه‌دیدگی دوباره بوده‌اند و خواســـتار استخدام زنان بیشـــتری در نظام عدالت کیفری به عنوان مقامات قضایی از جمله دادستان و قاضی بوده‌اند (Schmitt, 1998: 18). بر اساس این منطق، در صـــورت حضور زنان در نظام عدالت کیفری، بـــا قربانیان تجاوز رفتاری مبتنی بر پاسخگویی بیشتر انجام خواهد شد (Schmitt, 1998: 11) که به منافع قربانیان چنین جرائمی اولویت بالاتری می‌دهند (Martin & Powell, 1994: 863).

روش تحقیق پژوهش حاضر از نوع کیفی و با رویکرد توصیفی تحلیلی است. در آن سعی شده است با اســـتفاده از نظریاتی چون جانب‌داری درون‌گروهی،[۴] اسناد

---

1. See: Kritzer, H. M. & Uhlman, T. M. 1977, 77-88؛ Sisk, G. C. Heise, M. & Morriss, A. P. (1998), 1377؛ Wei, S. & Xiong, M. 2020: 217-250.

۲. برای مطالعه بنگرید به: پورمحمدی و یوسفی، ۱۴۰۱.

۳. در این پژوهش منظور از دادســـتان، هر قاضی شاغل در دادسرا است که در خصوص آغاز یا عدم آغاز تعقیب کیفری و ادامه آن اتخاذ تصمیم می‌کند.

4. In-group Bias Theory

دفاعی[1] و صدای متفاوت[2] تأثیر جنسیت مقام تعقیب در نظام تعقیب کیفری عمیق‌تر فهم گردد. جامعه پژوهش شامل پرونده‌های قضایی و کنش‌گران نظام عدالت کیفری در بازه دی‌ماه ۱۴۰۱ تا فروردین ۱۴۰۳ در دو استان متفاوت به لحاظ موقعیت جغرافیایی یکی مربوط به شهری در یکی از استان‌های مرکزی و دیگری مربوط به دو شهر متفاوت از استانی در شمال شرق کشور است. استان‌های منتخب برای انجام این پژوهش بر مبنای معیارهایی چون محل سکونت، اشتغال و تحصیل نگارندگان انتخاب شده‌اند که ضمن تسهیل فرایند گردآوری داده‌ها، موجب دسترسی سریع و مستقیم به منابع اطلاعاتی معتبر گردیده‌اند و شناخت دقیق‌تر محققان از بستر اجتماعی، فرهنگی و حقوقی این مناطق را فراهم کرده است که در نتیجه بر اعتبار تحلیلی[3] و انسجام تفسیری داده‌ها افزوده است.

در این پژوهش از روش نمونه‌گیری هدفمند[4] بهره‌گیری شده است. بر این اساس مشارکت‌کنندگانی انتخاب شدند که به‌طور مستقیم در فرایند تعقیب کیفری بزهکاران و بزه‌دیدگان زن نقش داشته‌اند و می‌توانند اطلاعات غنی و مرتبطی در این زمینه ارائه دهند. این گروه شامل دادستان‌ها و دادیاران زن و مرد با تجربه در رسیدگی به پرونده‌های مرتبط با زنان، وکلایی که در پرونده‌های بزهکاری یا بزه‌دیدگی زنان فعالیت داشته‌اند و کارمندان دادگستری درگیر در فرایندهای قضایی مرتبط با زنان می‌باشند. انتخاب این افراد با هدف دستیابی به درک عمیق‌تر از تأثیر جنسیت مقام تعقیب در خصوص تفسیرهای قضایی نسبت به بزهکاران و بزه‌دیدگان زن صورت گرفته است. روش گردآوری داده‌ها به دو طریق می‌باشد. روش اول تحلیل اسناد و مدارکی از جمله پرونده‌های قضایی مذکور است و از سویی دیگر چون عامل جنسیت هیچ‌گاه به‌طور صریح در متن قرارهای نهایی به عنوان فاکتوری مؤثر بر تصمیم‌گیری مقام تعقیب ذکر نمی‌شود، سعی شد با استفاده از مصاحبه عمیق و نیمه ساختارمند[5] تا حد اشباع نظری[6] با کنش‌گران نظام عدالت کیفری از جمله هشت

1. Defensive Attribution Theory
2. Different Voice Theory
3. Analytic Validity
4. Purposeful Sampling
5. In-depth and Semi-structured Interview
6. Theoretical Saturation

دادیار زن، هفت دادستان و دادیار مرد، شش وکیل و پنج کارمند دادگستری مجموعاً بیست و شش فرد، به صورت عمیق‌تر تأثیر جنسیت بر تصمیم‌گیری مقامات تعقیب مرد و زن فهمیده شود. برای پاسخ به سؤال پژوهش ابتدا با مطالعه ادبیات نظری موجود در خصوص آزادی عمل دادستان، عوامل مؤثر بر استفاده از این آزادی عمل در آغاز و نحوه تعقیب و تأثیر جنسیت به عنوان یکی از این عوامل محورهای اصلی پژوهش شناسایی شد، سپس با استفاده از روش‌های مطالعه میدانی هم‌چون تحلیل اسناد و مدارک، مشاهده و مصاحبه داده‌های مربوطه در رویه تعقیب کیفری در ایران جمع‌آوری و کدگذاری شد و در نهایت با تلفیق مباحث نظری و میدانی مقوله‌های اصلی استخراج و تأثیر جنسیت با توجه به اطلاعات به دست آمده مورد بررسی قرار گرفت. هم‌چنین برای اطمینان از اعتبار داده‌ها از تکنیک‌های مختلفی مانند بررسی هم‌زمان منابع مختلف، بازبینی مجدد مصاحبه‌ها و تحلیل‌های هم‌زمان استفاده شده است. در این پژوهش در دو بخش حمایت کنش‌گران قضایی زن از بزه‌دیدگان هم‌جنس و رویکرد افتراقی نسبت به بزهکاران زن به تأثیر جنسیت مقام تعقیب در این موارد پرداخته می‌شود. گفتنی است برای تبیین موضوع ابتدا به تبیین نظری و شرح نظریات موجود و سپس سازکارهای موجود می‌پردازیم.

۱. حمایت کنش‌گران قضایی زن از بزه‌دیدگان هم‌جنس

در چارچوب نظام عدالت کیفری، به نظر می‌رسد جنسیت مقامات تعقیب می‌تواند در نوع مواجهه با بزه‌دیدگان، به ویژه در جرائم مبتنی بر جنسیت، نقش مؤثری ایفا کند. رویه عملی و تحلیل‌های موردی در برخی از پرونده‌ها نشان داده است که نوع برخورد و حساسیت مقامات تعقیب زن در مواجهه با بزه‌دیدگان زن، با همتایان مرد آن‌ها تفاوت‌هایی دارد. این تفاوت ممکن است ناشی از درک نزدیک‌تر آنان نسبت به مسائل خاص زنان، به ویژه در حوزه‌هایی نظیر خشونت خانگی، آزار جنسی و تعرض به حریم جسمی و روانی آنان باشد. از منظر روان‌شناختی و جامعه‌شناختی، این امکان وجود دارد که نوعی هم‌ذات پنداری یا احساس مسؤولیت درون گروهی نسبت به بزه‌دیدگان هم‌جنس در میان کنش‌گران زن پدید آید که می‌تواند بر نحوه اعمال آزادی عمل در مرحله تعقیب تأثیرگذار باشد. از سوی دیگر، درک زیسته و آگاهی جنسیتی ممکن است سطح دقت، حساسیت و پیگیری

را در روند رسیدگی به این قبیل جرائم ارتقا دهد، بدون آن‌که ضرورتاً به معنای جانب‌داری باشد. در ادامه، ابتدا به مبانی نظری مرتبط با جانب‌داری درون‌گروهی و اسناد دفاعی شناختی اشاره خواهد شد و سپس سازکارهای احتمالی حمایت محور در رفتار تعقیبی دادستان‌های زن در قبال بزه‌دیدگان زن مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۱-۱. از جانب‌داری درون‌گروهی تا اسناد دفاعی؛ مبانی رویکرد حمایت آمیز

از بدو خلقت بشر، انسان‌ها به صورت گروهی زندگی می‌کردند. این گروه‌ها از پیوندهای کوچک و عمدتاً خویشاوندی کم‌کم به گروه‌هایی بر مبنای زبان، ملیت، مذهب، موقعیت جغرافیایی، ویژگی‌های ظاهری گسترش یافته‌اند؛ بنابراین بشر تمایل قابل توجهی برای عضویت در گروه را دارد و به اعتقاد برخی گرایش به همکاری با اعضای گروه تعلقی و رقابت و خصم با افراد خارج از گروه با هم تکامل یافته‌اند و نسل به نسل انتقال یافته است (Rusch, 2014: 1).

در بسیاری از زمینه‌های مختلف، افراد نسبت به اعضای گروه خود در مقابل افراد خارج از گروه خود رفتار ترجیحی بیشتری دارند. مثلاً در پژوهشی بیان شده است که زنان (استخدام کنندگان زن یا شرکت‌هایی با سهم بالای کارکنان زن) در فرایند استخدام، زنان را ترجیح می‌دهند (Carlsson & Eriksson, 2019: 3). پدیده‌ای که به عنوان جانب‌داری درون‌گروهی یا طرف‌داری درون‌گروهی شناخته می‌شود. بر اساس این نظریه، افراد خود و دیگران را بر اساس ویژگی‌ها، وابستگی‌ها یا هویت‌های مشترک در گروه‌های اجتماعی دسته‌بندی می‌کنند و بخش مهمی از خودپنداره آن‌ها را تشکیل می‌دهند (Khadka, 2025: 107). در این چارچوب، افراد عزت نفس را از گروه‌های اجتماعی شناسایی شده خود می‌گیرند (Rivera et al., 2024: 1569) که منجر به سوگیری مطلوب نسبت به درون‌گروهی و تعصب احتمالی علیه گروه‌های بیرونی می‌شود. از سویی انسان‌ها به افراد شبیه به خود و اعضای گروه خود، اعتماد بیشتری دارند و عدم آشنایی با افراد بیرون از گروه سبب سوگیری‌های منفی نسبت به آن‌ها می‌شود. رقابت بین گروهی، مخصوصاً در مواقعی که منابع محدود است و گروه‌ها یک هدف واحد دارند، از مهم‌ترین دلایل

جانب‌داری درون‌گروهی است؛ بنابراین، طرف‌داری درون‌گروهی زمانی اتفاق می‌افتد که تصمیم‌گیرنده با افرادی که ویژگی‌های مشترکی با او دارند، رفتار ترجیحی داشته باشد. این شامل عضویت در گروه جنسیتی، نژادی، قومی یا مذهبی می‌شود (Everett et al., 2015: 1). در خصوص جانب‌داری درون‌گروهی بر مبنای نژاد و جنسیت پژوهش‌های متعددی از جمله در خصوص تأثیر این نظریه بر تصمیمات قضات، افسران پلیس و هیأت منصفه صورت پذیرفته است،[1] اما از آنجایی که مقامات تعقیب هستند که تصمیم می‌گیرند که آیا یک پرونده بایستی مختومه گردد یا نه و نحوه آن به چه صورت خواهد بود؛ و آن‌ها هستند که اتهامات را تعیین می‌کنند و پرونده را جهت رسیدگی به دادگاه می‌فرستند؛ بنابراین ممکن است آن‌ها نقش اصلی در تداوم نابرابری‌های حاصل از جانب‌داری درون‌گروهی داشته باشند؛ لذا پژوهش‌های مختلفی در خصوص تأثیر این نظریه بر تصمیمات مقام تعقیب (دادستان) تاکنون انجام شده است.[2] هم‌چنین در مقاله‌ای شواهدی از طرف‌داری درون‌گروهی مبتنی بر جنسیت در رفتار اتهامی دادستان‌های فدرال ارائه می‌کند که با استفاده از داده‌هایی که تقریباً صد و سی هزار متهم جنایی فدرال را در بر می‌گیرد که در سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۱۶ محکوم شده‌اند؛ در حالی که دادستان‌های زن و مرد تفاوت‌های کوچک و از نظر آماری ناچیز در رفتارشان با متهمان به طور کلی نشان می‌دهند، آن‌ها نسبت به متهمان هم‌جنس خود جانب‌داری نسبی نشان می‌دهند.[3] ملایمت مرتبط با تطابق

---

1. see: Lim, C. S. Silveira, B. S. & Snyder, J. M. (2016). Do judges' characteristics matter? ethnicity, gender, and partisanship in texas state trial courts. American Law and Economics Review, 18(2), 302-357. Abrams, D. S. Bertrand, M. & Mullainathan, S. (2012). Do judges vary in their treatment of race? The Journal of Legal Studies, 41(2), 347-383.

۲. به عنوان نمونه کارلی ویل اسلون در مقاله‌ای اظهار می‌دارد که احتمال افزایش محکومیت هنگامی‌که متهم و دادستان از نژادهای مختلف هستند، بیش‌تر است. تحقیق وی در خصوص جرائم مربوط به اموال است و نه دیگر جرائم ... این مقاله از داده‌های شهر نیویورک برای آزمایش سوگیری نژادی در محکومیت‌ها استفاده می‌کند.

see: Sloan, C. (2019, June). Racial bias by prosecutors: Evidence from random assignment. In ICCJ 2019: International Conference on Criminal Justice June (pp. 25-26).

3. see: Didwania, S. H. (2018, June). Gender-based favoritism among criminal prosecutors. In Columbia Law and Economics Workshop, New York, NY: Columbia University.

جنسیت در جفت متهم و دادستان در نهایت به مجازات‌های بسیار پایین‌تری برای متهمانی که با جنسیت دادستانشان مطابقت دارند، در مقایسه با کسانی که مطابقت ندارند، تبدیل می‌شود. دیگران دریافته‌اند که تصمیم‌گیری در مورد اتهام منشأ و مبدأ مهمی از تفاوت‌های مجازات مبتنی بر جنسیت و نژاد را مشخص می‌نماید. بیشتر تفاوت‌های احکام نژادی در مرحله اتهام شروع می‌شود تا حد زیادی به این دلیل که دادستان‌ها به احتمال زیاد جرائمی را متهم می‌کنند که حداقل مجازات‌های اجباری را علیه متهمان سیاه‌پوست دارند.[1]

یافته‌های تجربی نیز بیان‌گر چنین جانب‌داری توسط مقام تعقیب زن از هم‌جنس خویش است. به عنوان نمونه معاون دادستان خانم چهل و پنج ساله متأهل با بیست و یک سال سابقه خدمت دارای تحصیلات دکتری (شماره ۱۸) در این خصوص اظهار می‌دارد: «زمانی که جرائم منافی عفت توسط دادسرا رسیدگی می‌شد من تمام تلاشم را می‌کردم که بزه‌دیده خشنود شود؛ حالا به هر طریقی، گاهی من خودم در شعبه تعزیر را اجرا می‌کردم و چنان سیلی به طرف می‌زدم که برق از چشمش بپره. به این دلیل که پرونده در دادگاه در غالب موارد به برائت ختم می‌شود»؛ بنابراین ترس مقام قضایی از بی‌مجازات ماندن مجرمان به وضوح قابل مشاهده است. منشأ این ترس می‌تواند ترس از ایجاد و رواج بی‌اعتمادی بین هم‌نوعان خود به نظام عدالت کیفری باشد که در نتیجه منجر به تضعیف آن و افزایش چنین جرائمی گردد. به همین دلیل است که مقام قضایی زن در امر تعقیب حساسیت بیش‌تر در خصوص زنان بزه‌دیده دارد و به هر طریقی سعی در احقاق حق وی می‌نماید تا در نتیجه مانع بی‌توجهی نظام عدالت کیفری به هم‌نوع خود گردد.

جانب‌داری درون‌گروهی موضوعی مستتر در هر حرفه شغلی از جمله دادستانی است که موجب ایجاد نگرانی در این خصوص می‌گردد؛ زیرا ممکن است منجر به رفتار نابرابر با متهمان بر اساس ویژگی‌های غیرمرتبط با پرونده شود. پژوهش‌ها

1. see: Rehavi, M. M. & Starr, S. B. (2014). Racial disparity in federal criminal sentences. Journal of Political Economy, 122(6), 1320-1354. Starr, S. B. (2015). Estimating gender disparities in federal criminal cases. American Law and Economics Review, 17(1), 127-159. Yang, C. S. (2014). Have interjudge sentencing disparities increased in an advisory guidelines regime-evidence from Booker. NYUL Rev. 89, 1268.

در مورد طرف‌داری درون‌گروهی توسط دادستان‌ها نتیجه واحدی را در بر نداشته است. برخی از مطالعات از وجود چنین تعصب درون‌گروهی و برخی از عدم آن حکایت می‌نمایند، با این حال نیازمند پژوهش‌های بیشتری است. هرچند جدا نمودن جانب‌داری درون‌گروهی از سایر عوامل در مورد تصمیم مقام تعقیب امری چالش برانگیز و دشوار است، اما با بررسی رویه قضایی ایران مشاهده می‌شود که جنسیت مقام تعقیب در مواردی سبب اخذ تصمیمی متفاوت در تعقیب یا نحوه تعقیب می‌شود.

یکی دیگر از نظریاتی که به درک بهتر تفاوت در تصمیم‌گیری زنان و مردان در مقام تعقیب کمک می‌کند، نظریه اسناد دفاعی است. نظریه اسناد دفاعی شاور[1] (۱۹۷۰) به‌طور گسترده توسط پژوهشگران برای توضیح نحوه ادراک و نوع نگرش متفاوت افراد نسبت به جرائم، به ویژه رفتارهای خشونت‌آمیز مردان علیه شریک جنسی خویش یا برعکس استفاده شده است.[2] دهه‌ها پیش، والستر[3] (۱۹٦٦) مقصر بودن قربانی را در نتیجه نظریه اسناد دفاعی مفهوم‌سازی کرد که بر این باور است که ناظران انگیزه دارند قربانیان را سرزنش کنند تا احساسات آسیب‌پذیری خود را در برابر تجربه تراژدی مشابه فرونشانند (Pinciotti & Orcutt, 2020: 1060). در واقع تمام انسان‌ها تمایل به زندگی قابل پیش‌بینی دارند و وقوع رویدادهایی چون بلایای طبیعی، بیماری‌های لاعلاج جزو مواردی است که درک آن برای بشر سخت است. قربانی جرم شدن نیز می‌تواند جزو موارد فوق باشد؛ بنابراین به محض مشاهده شباهت مکانیسم دفاعی شناختی در فرد فعال می‌گردد تا با تکیه بر این روش بتواند امنیت خویش و کنترل بر زندگی خود را در دست بگیرد؛ بنابراین با نسبت دادن سرزنش، این فرضیه وجود دارد که ناظر می‌تواند به‌طور مؤثر از قربانی فاصله بگیرد و از تجربه تراژدی مشابه احساس امنیت کند؛ زیرا به ناظر اطمینان داده می‌شود که

1. Shaver
2. see: Dexter, H. R. Penrod, S. Linz, D. & Saunders, D. (1997). Attributing responsibility to female victims after exposure to sexually violent films. Journal of Applied Social Psychology, 27(24), 2149-2171. Locke, L. M. & Richman, C. L. (1999). Attitudes toward domestic violence: Race and gender issues. Sex Roles, 40(3-4), 227-247
3. Walster

می‌تواند با تفاوت‌های اساسی با قربانی از حمله مشابه جلوگیری کند؛ بنابراین اسناد دفاعی شامل دو فرایند ضروری است که هم پیش‌بینی می‌کنند و هم احتمالاً تحت تأثیر سرزنش قربانی قرار می‌گیرند: آسیب‌پذیری درک شده در برابر تجربه قربانی شدن و شباهت درک شده با قربانی (Pinciotti & Orcutt, 2020: 1060).

در بزه‌دیده‌شناسی معاصر برای درک سازکار سرزنش، داشتن دیدی جامع و مثلثی شامل بزه‌دیده، متهم و ناظر (مقام‌های قضایی) ضروری شناخته شده است؛ بنابراین با تکیه بر نظریه اسناد دفاعی سرزنش ناظران نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. بر اساس نظریه اسناد دفاعی تمایل به سرزنش قربانی به شباهت بین قربانی و ناظری که رفتار قربانی را قضاوت می‌کند بستگی دارد و بین شباهت موقعیتی و شخصی تفاوت وجود دارد. در شباهت موقعیتی، احتمال زیادی وجود دارد که ناظر بتواند در شرایط مشابه درگیر شود و شباهت شخصی به شباهت‌ها در نگرش‌ها، ویژگی‌های شخصی و ویژگی‌های جمعیت‌شناختی اشاره دارد (Herzog, 2008: 459). به گفته شاور (۱۹۷۰)، هنگامی که ناظران شباهت موقعیتی و شخصی را احساس می‌کنند، تمایل کمتری به مقصر دانستن قربانی دارند. با این وجود برخی از مطالعات وجود دارند که از نظریه اسناد دفاعی پشتیبانی نمی‌کند،[1] اکثر مطالعاتی که این موضوع را بررسی کردند در واقع یک هم‌بستگی منفی بین شباهت‌ها و سرزنش یافتند.[2] نتایج تحقیقاتی (۱۹۹٤) نشان می‌دهد که هر چه آزمودنی‌ها بیشتر خود را شبیه قربانی تجاوزجنسی بدانند، احتمال دارد کمتر آن شخص را سرزنش کنند. از آنجایی که زنان بیشتر از مردان خود را شبیه زنان قربانی تجاوز می‌دانند، زنان تمایل کمتری به سرزنش این قربانیان دارند؛[3] بنابراین تحقیقات نشان می‌دهد که مردان بیشتر از زنان تمایل دارند،

1. see: Kahn, A. (1977). Attribution of fault to a rape victim as a function of respectability of the victim: A failure to replicate or extend. Representative Research in Social Psychology, 8, 98-107. Krebs, D. (1975). Empathy and altruism. Journal of Personality and Social Psychology, 32, 1134-1146.

2. see: Grubb, A. & Harrower, J. (2008). Attribution of blame in cases of rape: An analysis of partici- pant gender, type of rape and perceived similarity to the victim. Aggression and Violent Behavior, 13, 396-405.

3. see: Bell, S. T. Kuriloff, P. J. & Lottes, I. (1994). Understanding attributions of blame in stranger rape and date rape situations: An examination of gender, race, identification, and students' social perceptions of rape victims1. Journal of Ap-

قربانی تجاوز را سرزنش و او را دارای مسؤولیت بدانند.

نتایج تحقیقات تجربی نشـــان می‌دهد که تجاوزجنسی و خشونت خانگی از رایج‌ترین انواع جرائم ارتکابی علیه زنان به شـــمار می‌رونـــد (بحری، ۱۴۰۳: ۲۳۱). در بســـیاری از موارد زنان بر خلاف مردان قربانیان بالقوه تجاوزجنســـی محســـوب می‌شوند. طبق نظریه‌های بزه‌دیدگی شناختی، مجرمان قربانیانی را انتخاب می‌کنند که آســـیب‌پذیرتر بوده و خطر کمتری برایشان دارند؛ به همین دلیل، زنان بیشتر از مردان در معرض انتخاب برای ارتکاب جرم قرار می‌گیرند (کریمی، ۱۳۹۵: ۱۱۴). برای مثال بر اســـاس گزارش صندوق توسعه سازمان ملل متحد برای زنان، حدود یک پنجم از زنان در طول زندگی خود تجربه تجاوز یا در معرض تجاوز بودن را خواهند داشـــت (Van der Bruggen & Grubb, 2014: 524)؛ بنابراین دلیل تفاوت‌های جنسیتی در مقصر دانســـتن قربانی تجاوز ممکن است به این دلیل باشد که زنان از احتمال تجاوز احساس خطر می‌کنند، در حالی که مردان احساس نمی‌کنند که چنین هستند. از سویی دیگـــر در دعاوی مثل حضانت فرزندان، مردان تمایل دارند این احســـاس را داشـــته باشـــند که می‌توانند در موقعیتی مشـــابه مردان طلاق قرار بگیرند (شباهت موقعیتی) و در نتیجه تحت تأثیر وجود شـــباهت شـــخصی قرار می‌گیرنـــد و تصمیمات مبتنی بر ســـوگیری ناآگاهانه اتخاذ می‌نمایند. با این وجود، بر اســـاس نظریه اسناد دفاعی و یافته‌های مربوط به سرزنش قربانی، منطقی به نظر می‌رسد که یک هم‌بستگی منفی بین شباهت‌های درک شـــده – اعم از موقعیتی و شخصی – و سرزنش تماشاگران فرض شود (Levy & Ben-David, 2015: 100).

اگرچه به لحاظ نظری این تأثیر شـــباهت شخصی ممکن است با ویژگی‌های فردی متفاوت رخ دهد، اما بیشـــتر برای شباهت جنسیتی در پژوهش‌ها استفاده شده اســـت؛[1] بنابراین بر اســـاس این نظریه چون احتمال بیشـــتری وجود دارد تا زنان در جرائمی به ویژه جرائم خشونت‌آمیز و تجاوزجنسی به نسبت مردان قربانی شوند و از

---

plied Social Psychology, 24, 1719-1734.

1. see: Elkins, T. J. Phillips, J. S. & Konopaske, R. (2002). Gender-related biases in evaluations of sex discrimination allegations: Is perceived threat the key? Journal of Applied Psychology, 87(2), 280-292. Kouabenan, D. R. Gilibert, D. Medina, M. & Bouzon, F. (2001). Hierarchical position, gender, accident severity, and causal attribution. Journal of Applied Social Psychology, 31(3), 553-575.

آنجایی که زنان به دلیل همزاد پنداری با قربانیان زن و درک جدی‌تر از چنین جرائمی سعی در اتخاذ تصمیماتی دارند که جنبه حمایتی برای قربانی و جنبه تنبیهی شدیدتری برای بزهکار دارد. در مقابل اگر میزان شـــباهت‌ها کم باشد، آنان قربانی را مسؤول و اقـــدام به ســـرزنش‌گری وی می‌نمایند و نحوه برخورد با بزهـــکار از جدیت کمتری برخوردار است. دقیقاً به همین علت است که زنان در مقام تعقیب وقتی با بزه‌دیدگان خانم در جرائم حساس جنسیتی مواجه می‌شوند، به دلیل درک شباهت مابین خود و بزه‌دیده رویکرد حمایتی قوی‌تری اتخاذ می‌نمایند و از ســـویی دیگر با متهمان مرد با شدت عمل بیشتری برخورد می‌نمایند. در تأیید می‌توان به اظهارات دادیار خانم چهل ساله، متأهل دارای تحصیلات کارشناسی با پانزده سال سابقه خدمت قضایی (شماره ۲٤) اشـــاره کرد: «وقتی زنی از سمت شـــوهرش کتک می‌خورد یا با توهین روبه‌رو می‌شود، رویه من این‌طور است که خیلی سخت می‌گیرم؛ چون به این فکر می‌کنم که ایـــن اتفاق می‌تواند در روز برای من هم تو این جامعه بیفتد». درک بزه‌دیده و همزاد پنداری با وی و پیشگیری از رخداد چنین اتفاقی برای خویش، سبب چنین برخوردی از سوی مقام تعقیب زن می‌شود.

۲-۱. سازکارهای حمایت قضایی از زنان بزه‌دیده

حمایت از بزه‌دیده یکی از اهداف نظام‌های دادرسی کیفری است. هنگامی که زنان بزه‌دیده واقع می‌شـــوند به خصوص در جرائمی که به‌طور خاص آن‌ها را هدف قرار می‌دهد؛ مانند خشونت خانگی، آزار و اذیت جنسی، پشتیبانی از آن‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. نظام تعقیب به عنوان یکی از اولین نهادهای مواجهه بزه‌دیده با این فرایند در رأس چنین حمایتی قرار می‌گیرد؛ بنابراین انواعی از حمایت می‌تواند در قالب اقدامات قانونی، قضایی و اجتماعی توســـط کنش‌گران این مرحله اســـتفاده گردد. از مهم‌ترین ســـازکارهای مقام تعقیب زن در راستای طرف‌داری از بزه‌دیدگان زن می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

۱-۲-۱. جبران ضعف ادله اثبات دعوی

در پرونده‌هایی با موضوع خشونت علیه زنان علی‌رغم فقدان ادله اثبات جرم، دادیاران زن با اســـتفاده از سازکارهای ابداعی سعی دارند تا موانع حقوقی که از منظر آنان ممکن اســـت به فرار مجرمان از چنگال عدالت منجر شود را جبران کنند. به‌طور

مثال در پرونده شـــماره ۷ شاکی خانم بیست و پنج ساله، کارمند، علیه همسر خویش سی و چهار ساله، شغل آزاد شکایت ضرب و جرح عمدی مطرح نموده است. شاکی هیچ شـــاهد و ادله‌ای جز گواهی پزشکی قانونی ندارد، در این نوع پرونده‌ها دادیاران زن از جمله دادیار رســـیدگی کننده به پرونده فوق خانم ســـی و دو ســـاله، مجرد با سابقه قضایی چهار سال و تحصیلات دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی (شـــماره ۳) تحقیقات بسیار بیشتری انجام می‌دهند از جمله این‌که اقدام به تحقیق از همسایگان در خصوص شنیدن مشاجره در زمان ارتکاب جرم و اخذ اظهارات کودک می‌کنند و بر مبنای همین تحقیقات اقدام به صدور قرار جلب به دادرســـی می‌نمایند، اما با مشاهده پرونده‌هایی که دادیار مرد بود ملاحظه شد که گاه بدواً به دلیل فقد ادله، اقدام به صدور منع تعقیب می‌نمایند. در مصاحبه با یکی از دادیاران چنین پرونده‌هایی وقتی از ایشان پرسیده شد که چرا پیرامون قضیه تحقیق بیشتری ننموده‌اند، دادیار مرد ســـی و پنج ساله، مجرد با سابقه قضایی هفت سال و تحصیلات کارشناسی ارشد در رشـــته حقوق خصوصی (شماره ۱۱) اظهار داشتند که: «ارائه ادله وظیفه شاکی است. در همین پرونده مطمئناً این خانم به دنبال این است که عسر و حرج بگیرد تا راحت طـــلاق بگیرد».[1] دلیل این امر می‌تواند انتظارات جامعه و باورهای فرهنگی و ســـنتی حاکم بر یک جامعه خاص باشد. در جامعه‌ای که حفظ تصویر خانواده امری پسندیده تلقی و حتی گاهی به صورت افراطی بر آن تأکید می‌گردد، نمی‌توان انتظار داشت که مقام تعقیب درصدد کشـــف ادله جهت به هم ریختن آن تصویر باشد. باید خاطرنشان نمـــود که دادیـــاران و بازپرس‌های مردی نیز بودند که عقیده بر این داشـــتند که باید تحقیقات بیشـــتری نمود و نمی‌توان این قضیه را به تمام مردان تســـری داد، اما بحث آنجاست که زنان به دلیل جنسیت خویش گویی به صورت ناخودآگاه اقدام به حمایت بیشتر از بزه‌دیده و برخورد شدیدتر با بزهکار می‌نمایند.

---

۱. مربوط به پرونده شـــماره ۱۸ اســـت. خانم سی ســـاله، خانه‌دار با این تفاسیر که شوهرش در طی ماه‌های گذشـــته به صـــورت مداوم او را با الفاظ توهین‌آمیز نظیـــر «زن بی‌عرضه»، «هیچی نداری» و «جای تو فقط خونه‌ســـت» خطاب کرده، رفت و آمدهایش را بدون دلیل محدود کرده و گوشی تلفن همراهش را بدون اجازه بررســـی می‌کرده، با تهدید به انتشار عکس‌های شخصی او در صورت ترک خانه، کنترل روانی شدیدی اعمال کرده است و به دلیل این فشارها در حال مشاوره برای طلاق است، اقدام به شکایت از همسر (سی و چهار ساله و کارمند بانک) نموده است. دادیار مرد اقدام به تحقیقات زیادی ننموده و در آخر پرونده را با قرار منع تعقیب مختومه نموده بود.

در پرونده شـــماره ۳ شاکی خانم سی ساله، خانه‌دار، از همسر خویش، سی و یک ســـاله و کارمند در خصوص ترک انفاق شکایت نموده است. دادیار مرد بیست و شش ساله، متأهل، دارای تحصیلات کارشناسی با سابقه قضایی دو سال (شماره ۵) با استناد به پاسخ «خیر» شاکی در برگه اظهارات اولیه به سؤالی در خصوص «حاضر به تمکین از همســـر خویش هستید؟»، اقدام به صدور قرار منع تعقیب نموده است. طی مصاحبه با دادیار پرونده اظهار داشتند: «من در خصوص تمکین هیچ سؤال یا صحبت شـــفاهی نمی‌کنم. البته معنای تمکین را در برگه اظهـــارات توضیح داده‌ام[1] به صرف این‌که خانم نوشته باشد «خیر» هیچ تحقیق دیگری نمی‌کنم؛ چون برابر ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده زن هنگامی مستحق نفقه است که تمکین اعم از عام و خاص نماید». در نقطه مقابل این نظر، در مصاحبه با دادیار زن بیســـت و هشت ساله، متأهل، دارای ســـابقه قضایی سه سال با تحصیلات کارشناسی ارشد (شماره ۱۳) مشاهده شد ایشان به هنگام برخورد با چنین پرونده‌هایی در ابتدا به شـــاکی در خصوص پاسخ به سؤال تمکین و پیامد پاســـخ منفی به این سؤال، توضیحات شـــفاهی ارائه می‌دهند و اظهار می‌دارند که گاه با کدهایی یا پرســـیدن سؤالات القایی از شاکی سعی در کمک کردن به وی و جبران ادله اثباتی دارند.

حمایـــت دادیاران زن از هم‌نوعان خویش در چنین پرونده‌هایی به معنای عدم توجه آن‌ها به حفظ کانون خانواده نیســـت. به عنوان مثال دادیار زن سی و پنج ساله، متأهل با تحصیلات کارشناسی دارای سابقه قضایی نه سال (شماره ۷) اظهار می‌دارد: «در پرونده‌های ضرب و جرح که متهم شوهر شاکی است، به هیچ وجه کوتاه نمی‌آیم؛ مگر این‌که شـــاکی خودش نخواهد پیگیری کند و ترجیح بدهد به دلیل آبرو یا حفظ خانـــوادش رضایت بدهد». به زعم ایشـــان عدم پیگیری چنین مواردی ســـبب تداوم خشونت و آسیب بیشتر به بزه‌دیده می‌گردد. زنان به عنوان مقام تعقیب نیز هدفی جز تسهیل دسترسی بزه‌دیدگان به عدالت و اطمینان از این‌که خانه و خانواده محیطی امن برای آنان اســـت ندارند؛ بنابراین اگر نشانه‌هایی از بهبود شرایط باشد بنابه درخواست بزه‌دیده در مواقعی از تعقیب چشم‌پوشی می‌نمایند.

---

۱. با مشاهده برگه اظـــهارات ملاحظه شـــد فقط در کـــنار واژه تمکین نوشـته شده بود: هم‌بسـتر شـدن.

بی‌اهمیت دانستن بزه‌دیدگی زنان توسط مقام تعقیب مرد به ویژه در جرائم خشونت خانوادگی و از سویی دیگر حساسیت دادیاران زن در مقابل امری است که به دفعات در مصاحبه‌ها تکرار می‌شد. به‌طور مثال در خصوص پرونده شماره ٦ موضوع ضرب و جرح عمدی خانم چهل ساله، معلم، توسط شوهر چهل و چهار ساله جزو کادر درمان، دادیار زن سی و هشت ساله، متأهل دارای کارشناسی ارشد با سابقه قضایی ده سال (شماره ۲۲) با استناد به شهادت فرزند مشترک چهارده ساله و گواهی پزشکی قانونی قرار جلب به دادرسی صادر نموده است. از طرفی مصاحبه شونده مرد دادستان، چهل و هشت ساله، متأهل دارای کارشناسی ارشد حقوق خصوصی با سابقه قضایی هجده سال (شماره ۱۷) اظهار می‌دارد: «خانم‌ها در این جور جرائم خیلی قضیه را دامن می‌زنند که درست نیست».[1] معاون ارجاع خانم با بیست و یک سال سابقه اظهار می‌دارد: «من سعی می‌کنم در جرائمی که شاکی زن است و آسیب دیده، پرونده را حتماً به دادیار خانم ارجاع بدهم».

۲-۲-۱. سخت‌گیری کیفری نسبت به مردان بزهکار

یافته‌های پژوهش‌های جرم‌شناسانه نشان از تأثیر جنسیت در مرحله کیفردهی دارد؛ مجازات مبتنی بر جنسیت به تفاوت‌هایی اشاره دارد که افراد بر اساس جنسیت خود با احکام شدیدتری رو به رو می‌شوند که در صورت نداشتن آن جنسیت، ممکن بود چنین شدت مجازاتی را تجربه نکنند. مطالعات نشان داده است که در نظام عدالت کیفری، یک شکاف تفاوت جنسیتی در محکومیت‌ها و صدور احکام وجود دارد که به نفع زنان است و در طول تقریباً دویست سال پایدار مانده است (Bindler & Hjal-

---

۱. مربوط به پرونده شماره ۱۷ است که خانم سی و دو ساله، خانه‌دار از همسر سی و شش ساله، مغازه‌دار شکایت توهین و تهدید به ضرر جانی شکایت مطرح نموده است. اظهار داشت که همسرش در جریان مشاجره خانوادگی، با الفاظ رکیک و تحقیرآمیز او را مورد توهین قرار داده و هم‌چنین تهدید کرده: «می‌دانی که کاری ندارد یه روز نباشی ... خودم می‌دانم چطور ساکتت کنم». او مدعی شد که این رفتار تکراری است و این بار تهدید به حدی جدی بوده که احساس خطر کرده است. برای اثبات، خانم فایلی صوتی از گفت و گوی آن شب را ارائه کرد که در آن فحاشی و تهدید به وضوح شنیده می‌شود. همسایه طبقه بالا نیز صدای درگیری و فریاد را تأیید کرده بود. دادیار مرد اظهار داشته بود: «ببینید ... من هجده سال است در این دستگاهم. خانم‌ها تو این‌جور مسائل خانوادگی خیلی دامن می‌زنند. یک بحث ساده را بزرگ می‌کنند، بعد می‌خواهند قانون برایشان شمشیر بکشد. تهدید لفظی در دعوای زن و شوهری چیز عجیبی نیست. اینها تهدید واقعی نیست، عصبانیت لحظه‌ای است».

marsson, 2020: 336). به عنوان مثال، در خشـــونت بین زوجین که جرمی جنسیتی اســـت، زنان اغلب به عنوان قربانی و مردان به عنوان آزارگر تلقی می‌شوند (Cox et al., 2022: 85). به عبارتی به عنوان افرادی کمتر خشن تلقی می‌شوند. این باور درباره عدم ارتکاب خشـــونت از ســـوی زنان منعکس کننده گفتمان‌های مربوط به جنسیت اســـت که همه آن‌ها فرض می‌کنند زنان ویژگی‌های خاص و ذاتی‌ای هم‌چون انفعال و مهربانـــی دارند (Weare, 2013: 337). نظام حقوقـــی معمولاً مجرمان زن را کمتر در قبال اعمال خود پاســـخ‌گو می‌داند و بر این باور است که به جای مجازات، باید از آن‌ها حمایت و محافظت شـــود (Fernando Rodriguez et al., 2006; Mustard, 2001). در نتیجـــه مجرمان زن اغلب رفتار متفاوتی نســـبت به مجرمان مرد دریافت می‌کنند و پژوهش‌ها عمدتاً حاکی از آن اســـت که زنان در مقایســـه با مردان در روند صدور حکم، برخورد ملایم‌تری دریافت می‌کنند، حتی زمانی که هر دو جرم مشابهی را مرتکب شـــده و ســـوابق کیفری یکسانی داشته باشـــند (ARUNA & ADEN-EGAN, 2022: 110)؛ بنابراین ادبیات علمی از این دیدگاه که جنســـیت به شـــکلی نامناســـب بر کاربرد اصول صدور حکم تأثیر می‌گذارد، به نحو قوی حمایت می‌کند. به عنوان نمونه در خصوص جرائم مواد، پژوهشـــی نشـــان داد کـــه احتمال دریافت حکـــم حبس فوری برای متهمان مرد ۲/٤ برابر احتمال برای متهمان زن بوده و مردان به‌طور متوسط احکام زندان طولانی‌تر از زنان دریافت کرده‌اند (Harris, 2022: 67). هم‌چنین بر اســـاس پژوهشـــی احتمال محکومیت مجرمان مرد به زندان بیشتر است و مدت محکومیت آن‌ها نیز معمـــولاً طولانی‌تر از مجرمان زن خواهد بود، یافته‌های آن‌ها نشـــان داد که مجرمان زن پنجاه درصد کمتر از مردان به زندان محکوم می‌شوند بـــا این حال، در مواردی که زنان به حبس محکوم می‌شـــوند، مدت زمان محکومیت آن‌ها به‌طور متوســـط شش و نیم ماه کوتاه‌تر از محکومیت مردان است.[1] در مطالعات جرم‌شناســـانه از این امر، یعنی تأثیر جنســـیت بر تصمیم‌گیری‌های نهایی قضایی، با

1. See: Steffensmeier, D. Ulmer, J. & Kramer, J. (1998). The interaction of race, gender, and age in criminal sentencing: The punishment cost of being young, black, and male. Criminology, 36(4), 763-798.

عنوان «کیفردهی جنسیت زده»[1] یاد می‌شـــود.[2] مطالعه حاضر نشان می‌دهد هنجارها، کلیشـــه‌ها و تعصبات اجتماعی مرتبط با جنسیت نه‌تنها در مرحله کیفردهی بلکه حتی پیش از آن در مرحله تعقیب نیز قابل رهگیری اســـت. این سختگیری زمانی که مقام تعقیب زن اســـت بیشتر مشاهده می‌شود. به نظر می‌رسد که مقامات تعقیب زن ممکن اســـت به دلیل تجارب شخصی یا سوگیری‌های شناختی، به دنبال پاسخ‌های شدیدتر برای بزهکاران مرد باشند؛ بنابراین زنان در مقام تعقیب گاهی در خصوص بزهکاران خارج از گروه جنسیتی خویش که جرم حساس جنسیتی از جمله جرائم خشونت‌آمیز علیه زنان مرتکب می‌شـــوند، تصمیمی متفاوت از ســـایر همتایان مرد خویش اتخاذ می‌کننـــد. در صورتی که مقامات تعقیب مرد چنین حساســـیتی در این نوع از جرائم ندارند (Didwania, 2018).

به عنوان نمونه در پرونده شـــماره ۱۱ خانمی ۲۴ ســـاله، دانشجو از آقایی ۳۸ ســـاله دارای شغل آزاد با عنوان توهین هنگام رانندگی شکایت کرده بود. دادیار خانم شـــماره ۲۴ علاوه بـــر توهین و تهدید، عنوان مجرمانه «مزاحمـــت برای بانوان» را به مرتکب تفهیم نمود. در مصاحبه با دادیار مربوطه ایشان اظهار داشتند که: «مردها وقتی می‌بینن یک خانم تنهاســـت شـــروع می کنن به فحش و ناسزا دادن. به چه حقی؟ به خاطر همین ســـخت‌گیری می‌کنم تا دوباره جســـارت این‌که با یک زن چنین رفتاری انجام بده را نداشـــته باشـــه.» مقامات تعقیب جهت اعمال فشار بر متهم از روش‌های متفاوتی اســـتفاده می‌کنند. افزایش اتهامات یکی از مهم‌ترین ابزارهای اعمال فشار بر روی متهم اســـت. در اکثر موارد هدف از چنین فشـــاری در نظام‌های با معامله اتهام، اجبار فرد برای موافقت با توافق‌های مربوطه اســـت. از این عمل به عنوان «انباشـــت اتهام»[3] نام برده می‌شـــود و به معنای اضافه کردن اتهامی بر ســـایر اتهامات یا تشدید اتهام اولیه اســـت (Crespo, 2018: 1313). در نظام‌هـــای فاقد معامله اتهام هم‌چون ایران، از این روش معمولاً برای اعمال ســـخت‌گیری و نشان دادن قدرت مقام تعقیب استفاده می‌شود. با بررسی‌های انجام شده ملاحظه شد مقام‌های تعقیب زن در مواردی

1. Gendered Sentencing
2. See: Bontrager, S. Barrick, K. & Stupi, E. (2013). Gender and sentencing: A meta-analysis of contemporary research. J. Gender Race & Just. 16, 349.
3. Charge Stacking

کـــه بزه‌دیده زن و مرتکب مرد اســـت برای دفاع از بزه‌دیده بـــه صورت ناآگاهانه و ناخودآگاه در پرونده‌هایی که بالقوه چنین ظرفیتی را دارا باشـــند، از این ابزار استفاده می‌کننـــد. در صورتی که مقام‌های تعقیب مرد در چنین پرونده‌هایی به ندرت اقدام به افزایش عناوین اتهامی نموده‌اند. برای مثال در پرونده شـــماره ۸ خانم سی و دو ساله هنگام خرید از فروشگاه لباس با آقایی چهل ساله مواجهه می‌شود که خطاب به خانم بیان می‌کند: «با این تیپت فکر کردی مدل شـــدی؟ معلوم است دنبال چه چیز هستی!» دادیار مرد در چنین پرونده‌ای با این‌که شـــاکی عنوان مزاحمت برای بانوان در اماکن عمومی را مطرح نموده بود و در شـــکوائیه خویش اظهار داشته بود که چنین جملاتی در جمع زده شـــده بود و موجب تحقیر و تغییر نگاه دیگران به من شـــده بود، اما در نهایت صرفاً اتهام توهین ساده را به متهم تفهیم نموده بود.

با بررســـی‌های انجام شده مشاهده شـــد در پرونده‌هایی که آسیب جسمی به بزه‌دیده زن وارد شـــده بود، مقام تعقیب زن با حساســـیت و ســـخت‌گیری بیشتری رسیدگی کرده بود، حتی اگر مرتکب همسرِ خانم باشد. در صورتی که در پرونده‌هایی که به دادیاران مرد ارجاع شـــده بود، چنین سخت‌گیری وجود نداشت یا اگر بود باید میزان آسیب وارده بسیار بالا می‌بود. به عنوان نمونه پرونده شماره ۲ خانم بیست و نه ساله و خانه‌دار، شکایتی تحت عنوان توهین، تهدید و ضرب و جرح از ناحیه همسر سی و شش ساله و نظامی مطرح نموده بود و تنها ادله اثباتی نیز گواهی پزشکی قانونی مبنی بر وجود آسیب جسمی در بدن زن بود. سپس بعد از چند روز درخواست مهلت برای ارائه ادله نموده بود و در همین حین فوت می‌کند. در مصاحبه با دادیار زن سی و هشت ساله، مجرد، دارای تحصیلات کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری با سابقه قضایی شش سال (شماره ۱۰) بیان نمودند: «پرونده برای همکار آقایی بودند که سابقاً در شعبه حضور داشتند و من از طریق همسر ایشان متوجه شدم که فوت شدند و بعد از مراجعه والدین خانم و جویا شـــدن علت مرگ متوجه شدم که علت پرت شدن از خودروی همســـرش حین حرکت بوده است. برای من عجیب است که چرا همکاران آقا این‌قدر در این خصوص بی‌اهمیت رســـیدگی می‌کنند. وقتی ادله پزشـــکی قانونی هســـت چرا حداقل یک بار همسر ایشان را جهت اخذ اظهارات دعوت نکردند و چه بســـا در صورت چنین اقدامی آن خانم شاید الآن زنده می‌بود». در مقابل دادیار مرد،

سی و چهار ساله، مجرد، دارای تحصیلات دکتری حقوق خصوصی با سابقه قضایی شش سال (شماره ۲) در چنین پرونده‌هایی اظهار داشت: «معمولاً وقتی متهم همسر شاکی است زیاد سخت‌گیری نمی‌کنم؛ چون نمی‌شود که به صرف یک دعوا، خانم بیاید شکایت توهین یا تهدید مطرح کند».

در حقوق کیفری اصل بر برائت است و یکی از مهم‌ترین جنبه‌های این اصل احترام به آزادی‌های فردی است و نباید شخصی را بازداشت نمود مگر این‌که به موجب قانون دلیل متقن و قوی برای آن وجود داشته باشد. از سویی دیگر حقوق بزه‌دیده هم نباید نادیده گرفته شود، بنابراین قرارهای تأمین کیفری جهت رسیدن به دو هدف بالا به صورت متوازن طراحی شده‌اند. در واقع قرارهای تأمین کیفری ابزاری پیشگیرانه است تا از فرار متهم، تکرار جرم، آسیب به بزه‌دیده یا ایجاد اخلال در روند دادرسی جلوگیری نمایند.[1] در اکثر نظام‌های حقوقی هم‌چون ایران قرارهای تأمین کیفری باید متناسب به بزه ارتکابی باشند، اما با بررسی‌های انجام شده مشاهده شد مقام‌های تعقیب زن به هنگام سخت‌گیری علیه مرتکب مرد، با وجود امکان صدور قرار تأمین کیفری خفیف‌تر، حداکثر قرار تأمین قانونی را لحاظ نموده تا جایی که ممکن است بازداشت موقت برای فرد صادر شود. به عنوان مثال دادیار زن، بیست و نه ساله، مجرد دارای کارشناسی ارشد حقوق با سابقه قضایی پنج سال (شماره ٤) اظهار می‌دارد: «کلاً من اگر متوجه بشوم خانم مظلوم است، نسبت به متهم آقا سخت‌گیری می‌کنم؛ مثلاً در خصوص قرار تأمین اگر ضامن نداشته باشد، قرار کفالت می‌زنم و چه بسا بازداشت هم بشود». در صورتی که دادیاران مرد در چنین مواردی آن سخت‌گیری که دادیاران زن دارا هستند را اعمال نمی‌کنند. یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد زنان در مقام تعقیب سعی می‌کنند تا در خصوص جرائمی که تعارضات جنسیتی در آن تبلور بیشتری دارد شدت عمل بیشتری را به کار گیرند. به این معنی که در جرائم با بزه‌دیده زن و مرتکب مرد، این مقام‌های قضایی جهت حمایت از بزه‌دیدگان هم‌جنس خود و هم‌چنین حمایت از حریم جنسیتی خویش، به

---

۱. در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری اهداف صدور قرارهای تأمین کیفری بیان شده‌اند: «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین زیر را صادر می‌کند ...».

برخورد جدی‌تر با مرتکبان غیر هم‌جنس روی می‌آورند. برای مثال در پرونده شماره ٤ خانمی سی ساله شکایتی مبنی بر آدم‌ربایی توسط راننده تاکسی که فقط پلاک آن را داشت مطرح نموده بود. با مطالعه اوراق پرونده تلاش دادیار زن برای اثبات این جرم به خوبی مشـــاهده شـــد. حتی در برخی از اوراق بازجویی‌ها متهم بارها اشاره نموده بود کـــه دادیار زن با تحکم زیاد و تحقیرآمیز با وی صحبت می‌کند و خواهان ارجاع پرونده به دادیار مرد اســـت. درخواست متهم به خوبی بیان‌گر جانب‌داری و حمایت زنان از هم‌نوعان خویش آن هم در چنین جرائمی اســـت، در صورتی که با مصاحبه با همکاران مرد، دادیار پرونده فوق همگی معتقد بر این بودند که درست است رفتار متهم غلط بوده اســـت، اما چنین حساسیتی و به آب و آتش زدن خویش برای اثبات جرم خارج از چرخه قضاوت است.

نکته قابل توجه آن‌که این رویکرد حمایت‌آمیز در خصوص تمامی بزه‌دیدگان زن جاری نیست. در صورتی زنان شاکی مورد حمایت مقام تعقیب زن قرار می‌گیرند که الگوهای مرتبط با زنانگی را رعایت نمایند. در غیر این صورت نه‌تنها در خصوص آنان حمایتی انجام نخواهد گرفت؛ بلکه گاهی اثر عکس در روند تعقیب دارد. یافته‌های این پژوهش در ایران نیز نشـــان می‌دهد شرط حمایت قضایی از زنان بزه‌دیده، پیروی از الگوی زن خوب است. به عنوان نمونه مصاحبه شونده مرد، سی و سه ساله، مجرد، وکیل دادگســـتری دانشجوی دکتری حقوق کیفری با ســـابقه وکالت دو سال (شماره ۱۵) بیان می‌کند: «من وکیل شـــاکی بودم. خانم مورد ضرب و جرح شـــوهرش قرار گرفته بود حداقل خیلی توقع بیشـــتری از این دادیار خانم داشتم به عنوان یک خانم استدلالشـــان هم جالب بود می‌گفت من خودم زن‌ها را بهتر می‌شناسم این کار موکل تو بیشـــترش فیلم است». در ادامه مصاحبه وقتی از مصاحبه شونده سؤال شد که مگر موکل شـــما چه رفتاری انجام داد یا چه ویژگی‌هایی داشت که دادیار چنین استدلالی داشـــت، بیان نمود: «یک خانمی بود که خیلی جری بود. نمی‌گویم گســـتاخ بود گلیم خودش را از آب بیرون می‌کشـــید. به نظرم اگر شـــوهرش حرف غیرمنطقی می‌زد یا به زور می‌خواســـت چیزی رو به او تحمیل کند، او جواب می‌داد حتی در دادسرا هم جواب می‌داد».[1] در تأیید مطلب فوق مصاحبه شونده مرد، وکیل دادگستری، سی ساله،

۱. پرونده مورد نظر (شـــماره ١٦) مربوطه به خانم سی و شش ساله و کارمند بانک است که شکایت

متأهل دارای کارشناسی ارشد با سابقه وکالت شش سال (شماره ۱۹) بیان می‌کند: «یک پرونده داشتم پخش عکس‌های خانوادگی بود. خانم دادیار به من گفت حتماً باید موکلت بیاید موکل من بزه‌دیده بود. فهمیدم می‌خواهد تیپ این خانم را ببینه چون عکس‌ها در حالت سرلخت بود، ولی خب چون خانواده مذهبی بودند متضرر شده بودند من هم به موکلم گفتم که شما با حجاب کامل و چادر بیا».[1] درست است که در جرائمی که بزه‌دیده زن است، دادیاران زن به عنوان نماینده زنان جامعه وظیفه خویش می‌دانند که از حقوق زن بزه‌دیده حمایت نمایند، اما این حمایت زمانی اتفاق می‌افتد که بزه‌دیده مطابق استانداردهای زن خوب باشد.

۲. رویکرد ارفاق آمیز نسبت به زنان بزهکار

به طور کلی در خصوص بزهکاران زن رویکرد نظام‌های حقوقی مبتنی بر ملایمت است. مرکز ثقل این رویکرد مبتنی بر نظریه پدرسالاری خانوادگی و گزاره ضعیف بودن زن به مانند کودکان و نیاز به مراقب بیشتر از اوست (کاظم‌پور و فرجی‌ها،۱۴۰۱: ۲۰۵). از سوی دیگر برابر نظریه جوانمردی، زنانی که مطابق الگوهای جنسیتی رفتار می‌کنند، مشمول شفقت اجتماعی خواهند شد؛ در نتیجه به نسبت مردان و هم‌چنین زنانِ ناقض استانداردهای زنِ خوب از مجازات ملایم‌تر یا کمتری بهره‌مند می‌شوند. (همان‌جا). به عبارتی زنان موجودات مطیعی هستند که

توهین و تهدید و ضرب و جرح عمدی از سوی همسر چهل و دو ساله خویش مطرح نموده است. با این توضیح که پس از مشاجره لفظی با همسرش، با صورت کبود و آثار خراش روی دست و گردن، به کلانتری مراجعه کرده و اعلام کرد که همسرش در حضور فرزندشان او را به باد کتک گرفته است. پزشکی قانونی میزان جراحت را در حد جرح خفیف غیرمستمر تشخیص داد. این رفتارها (منظور رفتارهای شاکی از جمله صراحت در بیان، تذکر به دادیار در خصوص حق و حقوق خویش و استفاده از الفاظی مثل: اجازه نمی‌دهم کسی به من توهین کند) توسط دادیار نه به عنوان نشانه آگاهی، بلکه به عنوان نشانه «جسارت بیش از حد زنانه» تعبیر شد که هم‌دلی قضایی را کاهش داد.

۱. اظهارات مربوط به پرونده (شماره ۱۵) است که در آن خانم بیست و پنج ساله دانشجوی معمار شکایت پخش عکس‌های خصوصی بدون رضایت (ماده ۱۷ قانون جرایم رایانه‌ای) از نامزد سابق خویش آقای بیست و یک ساله، طراح سایت نموده است. پس از بر هم خوردن نامزدی، متهم اقدام به انتشار چند تصویر خصوصی شاکی در شبکه‌های مجازی کرده است. این تصاویر مربوط به دوران رابطه عاطفی و در محیط خصوصی بوده و حجاب کامل در آن‌ها رعایت نشده بود. پخش این تصاویر باعث آسیب روانی شدید و فشار خانوادگی بر بزه‌دیده شده است. وکیل شاکی اظهار داشت: دادیار زن در جلسه اول خطاب به من گفت: دختر خوب در دوران نامزدی و بدون عقد که چنین عکس‌هایی را نمی‌فرستد! اما بعد از این‌که شاکی با پوشش چادر حاضر شد نظر دادیار کاملاً عوض شد.

باید نقش فرزند، دختر، مادر یا همسر خوب و مناسب را ایفا نـــمایند و تا هنگامی‌که چنین نمایند از تخفیف برخوردار می‌شـــوند (ناظریان و دیگـــران، ۱۳۹۸: ۲۱۹). در مرحله تعقیب نیز نتایج با مرحله صدور حکم تقریباً مشابه است. پژوهـــش‌ها نشان داده اســـت که دادستان‌های مرد و زن ممکن است نسبت به متهمان زن ملایم‌تر رفتار نمایند. به ویژه زمانی که آن‌ها با نقش‌های جنسیتی سنتی مطابقت داشتـــه باشند. این ملایمت ممکن است به طرق مخـــتلف مانند عدم تـــعقیب، کاهش عنوان اتـهامی، تلاش بیش‌تر برای ایجاد صلاح و سازش و اخذ رضایت شـاکی ظاهر شود؛ بنابراین ابتدا به تبیین نظری این رویکـــرد ارفاق‌آمیز پرداخته و سپس سازکـــارهای مربوطه بررسی می‌شود.

۱-۲. صدای متفاوت؛ رویکردی مثبت برای زنان بزهکار

برای تبیین رویکرد افتراقی مقام تعقـیب زن نسبت به بزهـکاران زن نظـریه‌های جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی مختلـــفی وجود دارند که از مهـم‌ترین آن‌ها نظـریه‌های جانب‌داری درون‌گروهی و صدای متفاوت اســـت. نظریه صدای متـــفاوت جزئی از نظریات کلی‌تر تفاوت‌های جنســـیتی اســـت. بر مبنای این نظریه مردان و زنـــان به دلیل جنسیت متفاوت به صورت متمایز از هم فکر و رفتار می‌کنند. ایـــن رویکرد از کار اصلی گیلیگان (۱۹۸۲)[1] ناشـــی می‌شود. وی بر واگرایی‌های بین زن و مرد تأکید می‌کند، در درجه اول این‌که آن‌ها جهـان‌بینی‌های متمایزی را ایجاد می‌کنند و خود را به صورت متفاوتی با جامعه مرتبـــط می‌دانند. برابر این نظریه زنان با مردان به لحاظ بیولوژیکی و شناختی متفاوت‌اند. پژوهـشگران اغلب در حوزه حقوق از زن به عنوان دیگری بسیار یاد کرده‌اند قـضات زن نیز از این رویـکرد مستثنی نیستند؛ لذا به عقیده برخی با ورود تعداد بیشـــتری از زنان به دادگاه و چنانچه قضات زن بتوانند انسانیت جدیـــدی را از طریق دیدگاه‌ها و خوانش‌های متفاوت خود از زندگی در فرایند اتخاذ تصمیم اعمال نمـــایند، می‌توانند تفاوتی در قانون ایجـــاد نمایند (Wilson, 1990: 522).

بررســـی ادبیات نظری مربوط به تصمیم‌گیری توسط قضات زن، نشان می‌دهد

1. See: Gilligan, Carol. 1982. In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development. Cambridge, MA: Harvard University Press.

زنان ممکن اســـت رویکرد متفاوتی در مورد پرونده‌ها داشـــته باشـــند؛ در نتیجه این رویکرد بر نحوه رسیدگی و تصمیم‌گیری قضات زن تأثیر می‌گذارد. برای مثال، مطالعه روان‌شـــناختی کارول گیلیگان (۱۹۸۲) درباره ارزش‌های فمینیســـتی و نظریه صدای متفـــاوت و چندین پژوهش دیگر، تلاش کرده‌اند مشـــخص نمایند که آیا قضات زن به الگوهایی رأی می‌دهند که نماینده جنســـیت آن‌ها باشد یا خیر (Johnson et al., 2011: 239-240). به عقیده برخی، قاضی فمینیســـت می‌تواند بین نقش‌های جنسیتی و حرفه‌ای لغزش کند (Johnson et al., 2011: 240). به عنوان مثال، پرسی[1] (۲۰۰۵) الگوهای صدور حکم قضات در موارد آزار جنســـی و تبعیض جنســـی مورد بررسی قرارداد. او دریافت که قضات زن در این پرونده‌ها بیشـــتر از همتایان مرد خود حتی پس از کنترل ســـایر متغیرها به نفع شاکیان و بزه‌دیدگان حکم می‌دهند.[2] بر این اساس قضـــات زن «دیدگاه زنانه» را به دادگاه ارائـــه می‌دهند که تمام جنبه‌های جامعه را در برمی‌گیرد.

دیدگاه صدای متفاوت با پارادایم نقش‌های جنســـی همســـو است و استدلال می‌کند که مردان و زنان وقتی با یک معضل اخلاقی مواجه می‌شوند، متفاوت استدلال می‌کننـــد (Schmitt, 1998: 11). گیلیگان (۱۹۸۳) نظریه‌های روان‌شـــناختی رشـــد اخلاقـــی، به ویژه کار کولبرگ را مـــورد نقد قرار می‌دهد که تجربه مردانه را به عنوان هنجـــار در نظر گرفته و روش‌های اســـتدلال مردانه را در اوج بلوغ اخلاقی قرار داده ســـپس تجربه زنانه را با آن سنجیده است. بر اساس مدل سلسله مراتبی رشد اخلاقی کولبرگ، کودکان زمانی به لحاظ اخلاقی بالغ شـــناخته می‌شـــوند که اســـتدلال آن‌ها

1. See: -Peresie, Jennifer L. 2005. "Female Judges Matter: Gender and Collegial Decision Making in the Federal Appellate Courts." Yale Law Journal 114: 1759.

۲. پژوهش‌هایی نیز در خصوص زنان شاغل در عرصه وکالت انجام شده است که بیان می‌دارند در پی افزایش تعداد زنان در حرفه وکالت هم چنان نابرابری‌های جنسیتی در آموزش حقوقی و فرصت‌های حرفه‌ای وجود دارد. آن‌ها به شواهدی مبنی بر تجربیات مختلف زنان در دانشکده حقوق و هم‌چنین تجربیات حرفه‌ای متفاوت اشـــاره می‌کنند، از جمله تحقیقاتی که نشـــان می‌دهد سوگیری و تبعیض جنســـیتی برای زنان وکیل آشکارتر است. پژوهش‌ها نشان می‌دهند که قضات زن از احتمال بیشتری نسبت به همکاران مرد خود برای رسیدن به نتایج قانونی به نفع زنان برخوردارند. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

-Kay, Fiorna, and Elizabeth Gorman. 2008. "Women in the Legal Profession." Annual Review of Law and Social Science 4: 299–332.

بر اساس اســـتنتاج منطقی ســـاختاریافته و با اصول قانونی و کدهای هنجاری غالب یعنی مردانه هم‌پوشـــانی داشته باشد. کولبرگ به این نتیجه رسید که زنان مهارت‌های استدلالی کمتر توســـعه یافته‌ای در مقایسه با مردان دارند. گیلیگان این استدلال را به چالش کشـــید و مطالعـــه خود را برای تجزیه و تحلیـــل روش‌هایی که زنان و مردان درباره دوراهی‌های اخلاقی واقعی و فرضی استدلال می‌کردند تدوین کرد (Schmitt, 1998: 21-22).

برابر ایـــن نظریه زنان به هنگام حل مشـــکلات از «اخلاق مراقبت»[1] و مردان از «اخلاق عدالت/حقوق»[2] اســـتفاده می‌کنند و علت این تفاوت تجربیات منحصر به فرد آن‌ها به عنوان مرد یا زن که در فرایند جامعه‌پذیری ایجاد شـــده اســـت؛ بنابراین زنان توجه بیشـــتری به ارتباط، حل تعارض و حفـــظ روابط دارند که منعکس کننده وضعیت خودِ زنان به عنوان «دیگری»[3] است که منتج به همدلی و درک بیشتر مسائل و مشکلات دیگران می‌شـــود؛ در مقابل «اخلاق عدالت» ارزش بیشتری برای سلسله مراتب، قوانین انتزاعی و اســـتقلال فردی قائل است (Wei & Xiong, 2020: 221). به عنوان نمونه مصاحبه مرد کارمند دادگستری، سی و پنج ساله، متأهل دارای مدرک کارشناسی با سابقه ده سال (شماره ۲۵) اظهار می‌دارد: «دادیار ما (دادیار زن) همه‌اش در حال صحبت با طرفین و خانواده‌هایشان است. این قضیه سر ماه ما را با چالش آمار رو به رو می‌کند». تلاش زنان برای حل مسأله گاهی کاری بیهوده انگاشته می‌شود که با استانداردهای حاکم بر نظام تعقیب هم‌خوانی ندارد.

حساسیت نسبت به نیازهای دیگران و قبول مسؤولیت مراقبت در طول زندگی توســـط زنان، موجب ایجاد بینشی در آنان می‌شـــود که نه تنها به نیازهای خود توجه نمایند، بلکه صدای دیگران را نیز شـــنیده و سعی نمایند به هنگام ارزیابی موضوعات تمام جوانب را بسنجند. از این رو زنان در مقایسه با مردان از استدلال اخلاقی متفاوتی برخوردارند و این هرگز به معنای پایین بودن ســـطح استدلال زنان نیست. به عبارتی زنان و مردان در منصب قضاوت تصمیمات مبتنی بر قوانین و اســـتاندارهای حاکم را اخذ می‌نمایند و رابطه‌ای بین جنسیت و کامل یا ناکامل بودن تصمیم و استدلال وجود

1. Ethic f care
2. Ethic of justice
3. Outsider

ندارد، صرفاً نوع تصمیمات متفاوت است. به عنوان نمونه دادیار زن شماره ۳ اظهار می‌دارد: «در پرونده‌هایی که شاکی با متهم دوست است و با هم رابطه دارند و در این بین جرمی اتفاق می‌افتد، سعی می‌کنم که رابطه داشتن این دو را در نظر نگیرم و مشکلی به مشکل فعلی اضافه نکنم.» در تأیید این ادعا پرونده شماره ۵ دختری بیست و دو ساله، مجرد نسبت به شریک عاطفی خویش بیست و هفت ساله، مجرد و دارای شغل آزاد، اتهام تخریب وسایل منزل مسکونی مطرح نموده است. دادیار زن رسیدگی کننده اصلاً به وجود رابطه دوستی آن‌ها توجه ننموده بود، بلکه در اخذ اظهارات شاکی نوشته است: «شاکی و متهم زیر نظر خانواده در حال آشنایی برای ازدواج بودند ... و شاکی جهت انجام تعمیر شوفاژ کلید منزل را به متهم داده بود تا در زمانی که ایشان منزل نیستند جهت تعمیر شوفاژ وارد منزل شوند». طی مصاحبه با دادیار رسیدگی کننده ایشان علت چنین اظهاراتی را این‌گونه بیان می‌کنند: «جرم ارتکابی تخریب است. من در این موارد هدفم حل این جرم است، نه ایجاد دردسر جدید برای طرفین». بدین‌سان اخذ رویکردی مبتنی بر شفقت و انسانیت توسط قضات زن شاغل در نظام عدالت کیفری و سعی در حل تعارضات رویکردی است که می‌تواند منجر به تبعیض مثبت به ویژه در خصوص بزهکاران زن شود، اما باید توجه داشت که دیدگاه صدای متفاوت نیز دارای محدودیت‌هایی است. تمایل به دوقطبی نمودن قضات زن و مرد را نبایستی به پای دیدگاه صدای متفاوت نوشت، بلکه شاید مهم‌ترین خطری که این دیدگاه را تهدید می‌کند، همین باشد؛ بنابراین اگرچه این دیدگاه نگرانی‌های نظری و عملی را ایجاد می‌کند، اما به عنوان توجیهی برای تلاش جهت برابری و تنوع در نظام عدالت کیفری جایی که برای مدت‌ها از انتصاب زنان به عنوان قاضی یا دادستان جلوگیری به عمل می‌آمد، از اهمیت بالایی برخوردار است. در نهایت دیدگاه صدای متفاوت با جلب توجه به این مفهوم که قانون بیشتر بازتابی از منافع مردان است تا یک واقعیت عینی، تأثیر قدرتمندی بر تفکر حقوقی اخیر داشته است. در نهایت، ماهیت بسیار مردانه قانون و نظام حقوقی ممکن است از گرایش به صدای زنانه در قانون استقبال نکند و سبب حذف صدای متفاوت زنان از نظام عدالت کیفری شود.

۲-۲. سازکارهای ارفاق‌آمیز نسبت به زنان بزهکار

سازکارهای مقام تعقیب زن در راستای نظریه صدای متفاوت و وجود اخلاق مراقبت در تصمیمات وی هم‌چون تلاش برای ایجاد صلح و سازش، عدم تعقیب و کاهش عنوان اتهامی نمایان می‌گردد، اما همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، حمایت بیشتر یا به عبارت بهتر رویکرد افتراقی دادیاران زن از هم‌جنسان خویش باز هم به مانند مردان مشمول تمامی زنان نمی‌شود و بیشتر بر زنانی که هنجارهای زنانه را رعایت می‌نمایند، اعمال می‌گردد. به عبارتی همان‌طور که برخی استدلال کرده‌اند ارفاق قضایی شامل زنانی که مرزهای زنانه را نقض نموده‌اند، نمی‌شود و این زنان شایسته حمایت دانسته نمی‌شوند (عارفی و ربیعی، ۱۴۰۲: ۳۹۵). داشتن فرزند، سرپرست خانواده بودن، تعلق به طبقه اجتماعی و اقتصادی پایین و ارتکاب جرمی که بر خلاف زنانگی نیست از جمله معیارهای زنِ خوب بودن است. در تأیید مصاحبه شونده مرد، چهل و هفت ساله، کارمند دادگستری، متأهل دارای مدرک تحصیلی دیپلم با سابقه بیست و شش سال (شماره ۲۱) بیان می‌کند: «من به متهمان خانم اولِ کار میگویم که زرنگ‌بازی درنیاورید وگرنه کارتان پیش نمیرود. اگر میخواهی دادیار کمکت کند، پس تو هم حرفهای ما رو گوش بده». در این مصاحبه یکی از مهم‌ترین معیارهای زن خوب بودن در رویه قضایی آن هم مطیع مقامات بودن به خوبی مشاهده می‌شود و بزهکار زن در صورت رعایت آن از نوعی ارفاق برخوردار می‌شود.

۱-۲-۲. تلاش برای ایجاد صلح و سازش و اخذ رضایت بزه‌دیده

وظیفه دادستان برای عدالت‌جویی[1] یا عادلانه رفتار نمودن،[2] آرمانی است که دادستان‌ها را به قضات دادگاه تشبیه می‌کند و به دنبال هرچه عادلانه‌تر نمودن نظام عدالت کیفری از جمله در مرحله تعقیب کیفری است (Cornell et al., 1998; Herz, 1996; The Federal Prosecutor.Pdf, n.d.) آن‌ها نیز به مانند قضات زن سعی در حل تعارضات به شکلی متفاوت در برخی از جرائم و برای برخی از بزهکاران دارند، تا عدالت بهتر محقق شود. اگرچه این نوع تصمیم‌گیری فارغ از جنس بزهکار است، اما حمایت زنان در مقام تعقیب از هم‌جنسان خویش بیشتر و ملموس‌تر است و به نظر

1. Seek justice
2. Do justice

می‌رسد همزاد پنداری با زنی که مرتکب جرم شده است از سوی این دسته از مقامات تعقیب به مراتب بیشتر از مردان است؛ بنابراین وظیفه دادستان‌ها محکوم نمودن افراد یا افزایش محکومیت‌ها نیست، بلکه وظیفه وی عدالت‌خواهی است. این همان نتیجه‌ای است که تمامی شرکت‌کنندگان در مصاحبه بدان تأکید کردند که «عدالت با قانون یکی نیست» و گاهی مقام تعقیب با برداشتی که از عدالت دارد و استفاده از آزادی عمل خویش سعی در ایجاد عدالت به نحوی دیگر و جز راه‌حل قانونی می‌نماید؛ بنابراین مقام تعقیب زن هنگامی‌که بزهکار نیز زن است نوع برداشت وی از عدالت متفاوت است. آنان ممکن است نسبت به نابرابری‌های ساختاری جنسیتی که به رفتار مجرمانه زنان منجر می‌شود، مانند خشونت خانگی، نابرابری اقتصادی یا فشارهای اجتماعی، حساس‌تر باشند. این آگاهی می‌تواند منجر به اتخاذ رویکردی دلسوزانه‌تر شود و بیش‌تر سعی می‌کنند که از شاکی پرونده رضایت کسب نماید. به عنوان نمونه می‌توان به پرونده شماره ۱۰ که در آن خانم چهل ساله دارای فرزند پسر چهارده ساله، مطلقه و سرپرست خانواده، جزو مددجویان کمیته امداد متهم به سرقت چند دستگاه چرخ خیاطی از یک موسسه خیریه است، اشاره نمود. با این توضیح که ایشان مکانی را اجاره و بر اساس آن از یک موسسه خیریه درخواست اعطای چند دستگاه چرخ خیاطی می‌نماید که خانم‌های سرپرست خانواده مثل خودش با کار کردن در آنجا زندگی بگذرانند، اما پس از دریافت چرخ خیاطی‌ها اقدام به سرقت آن‌ها می‌نماید. دادیار زن رسیدگی کننده شماره ۱۷ در مصاحبه عمیق اظهار داشت: «برای اخذ رضایت شاکی من جلسه مواجهه حضوری گذاشتم که رضایت شاکی رو اخذ کنیم در صورتی که چنین اقدامی نیاز نبود. با ملاحظه اوراق پرونده مشاهده شد که متهم در جلسه مواجهه حضوری اعلام کرده است که چرخ‌ها را برای تعمیر از مکان مورد نظر خارج کرده بود و تمام این موارد سوء تفاهم بوده است و در آخر دادیار قرار منع تعقیب صادر نموده بود». در تأیید دادیار زن شماره ۱۳ بیان می‌دارد: «در آخر ماه با وجدان خودم سر مختومه نمودن جدال دارم و به ویژه در پرونده‌های مالی از جمله سرقت که متهم زن است دلم برایشان می‌سوزد و مدام شاکی را دعوت می‌کنم که رضایت بگیرم». در این مصاحبه به خوبی شفقت زنان مشاهده می‌شود؛[1]

۱. برای مثال می‌توان به پرونده شماره ۱۳ اشاره نمود که زنی بیست و دو ساله، دارای فرزند خردسال،

در صورتی که پس از مصاحبه با دادیاران مرد آن‌ها در این موارد کمتر بر سر دوراهی تعقیب و عدم تعقیب قرار می‌گیرند و رساندن آمار شعبه به حد مطلوب مهم‌تر از توجه به علت بزهکاری متهم زن است؛ بنابراین مفهوم عدالت از هر فردی به فرد دیگر متفاوت است، اما زنان به دلیل ویژگی‌های شخصی بیشتر از این مفهوم استفاده و سعی بر اعمال شفقت بیشتر بر زنان می‌نمایند. عدم مختومه نمودن پرونده‌هایی که به نظرشان بزهکار نیازمند حمایت است و اختصاص انرژی و زمان طولانی‌تر برای رسیدگی به آن تا منجر به ایجاد صلح و سازش و اخذ رضایت بزه‌دیده گردد شاید راهکار و مکانیسم زنان هم‌سو با رویکرد حمایتی بیشتر است.

۲-۲-۲. کاهش عنوان اتهامی[1]

تصمیم‌های مقام تعقیب همواره تحت تأثیر عوامل فراقانونی قرار دارد. یکی از مهم‌ترین تصمیم‌های مرحله تعقیب، تصمیم به کاهش اتهام است. این تصمیم یکی از مکانیسم‌ها و سازکارهای جوامعی بوده است که با حجم زیادی از قوانین کیفری روبه‌رو بوده‌اند. به عنوان مثال در ایالت متحده امریکا به دلیل تورم کیفری از این روش بسیار استفاده می‌شود؛ زیرا همان‌طور که برخی اظهار داشته‌اند در این کشور فقط کافی است فردی را نشان کرده تا جرمی را به او انتساب داد. علاوه بر محدودیت منابع و تورم کیفری، برخی ملاحظات دیگری هم در این تصمیم‌گیری مؤثرند. به عنوان مثال در پژوهشی احتمال کاهش اتهامات در جرائم مواد مخدر تحت تأثیر عواملی مانند تعداد اتهامات ثبت شده، وضعیت شهروندی، جنسیت و قومیت متهم قرار دارد. متهمانی که با اتهامات بیشتری روبه‌رو بودند، شانس بیشتری برای کاهش اتهامات داشتند، همان‌طور که متهمان زن، متهمان غیر شهروند و متهمان اسپانیایی‌تبار نیز چنین بودند (Belenko & Spohn, 2014: 162)؛ بنابراین می‌توان گفت که جنسیت عاملی مهم در تصمیم‌گیری است. همان‌طور که پژوهش‌ها نشان داده است زنان بزهکار احتمال بیشتری برای کاهش اتهام دارند (Shermer &

بدون سابقه اقدام به سرقت خرد از جمله مواد غذایی و پوشک از فروشگاه‌های زنجیره‌ای رفاه نموده بود. دادیار زن با توجه به وضعیت خانوادگی متهم و قربانی خشونت خانگی و فاقد درآمد ثابت پرونده را در نهایت به صلح و سازش خاتمه داده بود.

۱. منظور از کاهش عنوان اتهامی در این پژوهش به این معنی است که اتهام شدید با اتهام خفیف‌تر جابه‌جا می‌شود. هم‌چنین زمانی که اتهام به گونه‌ای کاهش می‌یابد که به عدم تعقیب و مختومه نمودن پرونده منتهی می‌شود.

Johnson, 2010: 424). از سوی دیگر مردان از احتمال بالاتر بازداشت و پیشنهاد مجازات حبس در مرحله تعقیب برخوردارند (Worrall & Nugent-Borakove, 2014: 79). این امر در ادبیات جرم‌شناسی نظام‌های حقوقی بسیاری از کشورها اثبات شده است. برای نمونه نظام حقوقی هلند نیز زنان به نسبت مردان کمتر مورد تعقیب قرار می‌گیرند (Wermink et al., 2015: 754). مطالعاتی که بر آزادی عمل قضایی و عوامل فراقانونی در تعقیب کیفری تمرکز دارند، معمولاً بر ویژگی‌های متهمان متمرکزند و از پرداختن به ویژگی‌های شخص مقام تعقیب اجتناب نموده‌اند. حال سؤال این است که احتمال کاهش عنوان اتهامی در فرضی که مقام تعقیب زن است به چه نحو است؟ و این‌که آیا جنسیت بزهکار در این تصمیمات نیز مؤثر است؟

در پژوهشی بیان شده است که تصمیمات زنان در محیط‌های حرفه‌ای و شغلی حق‌مدارتر از مردان است؛ زیرا آن‌ها نسبت به نابرابری ساختاری حساس‌ترند؛ بنابراین امکان این‌که با گروه‌های به اصطلاح به حاشیه رانده شده همسوتر باشند، بیشتر است (Beaman etal. 2012; Li m, 2006; Schuck, 2018). در حوزه تعقیب نیز پژوهش‌ها نشان داده است که در تصمیم‌گیری دادستان‌های زن احتمال بیشتری برای کاهش اتهامات وجود دارد (Arndt, 2022: 92). همان‌طور که قبلاً بحث شد بر اساس نظریه صدای متفاوت زنان بیشتر بر حفظ روابط، مراقبت، همدلی و در نظر گرفتن ملاحظات زمینه‌ای تمرکز می‌کنند، در حالی که مردان معمولاً بر اصول انتزاعی مانند عدالت و قواعد تأکید دارند. این دیدگاه می‌تواند بر نحوه اعمال اختیارات قضایی توسط مقام تعقیب زن به ویژه در مواردی که بزهکار زن است، تأثیر بگذارد؛ بنابراین مقام تعقیب زن سعی دارد که شرایط اجتماعی و روابطی که رفتار متهم را شکل داده است بهتر درک نماید. برای فهم این نوع نگاه به بزهکاری زنان می‌توان به عنوان نمونه به اظهارات دادیار زن شماره ۱۰ اشاره نمود: «وقتی خانمی مرتکب جرمی می‌شود، اول از همه باید پرسید چرا مرتکب چنین جرمی شده؟ نمی‌شود با او مثل بقیه رفتار کرد». به عبارتی زنان دادیار در این نوع سناریوها سعی می‌کنند پرونده را به عنوان یک داستان کامل ببینند و معتقدند هرگز نباید مرتکب را صرفاً به خاطر یک عمل قضاوت کرد و وی را باید در بستر زندگی خودش مورد قضاوت قرار داد؛

بنابراین تجربه بزه‌دیدگی یا مسؤولیت مراقبت از خانواده و فرزندان توسط متهم زن و فشارهای اجتماعی و اقتصادی را بررسی می‌کنند و در نتیجه احتمال بیش‌تری جهت کاهش عنوان اتهامی بزهکار در این شرایط وجود دارد. به عنوان مثال در پرونده شماره ۹ از خانمی پزشک سی و چهار ساله دارای فرزند شیرخوار شکایت مبنی بر کلاه‌برداری رایانه‌ای مطرح شده بود؛ با این توضیح که خانم پزشک مرکز بهداشت بوده است و با کد ملی نوزادانی که شیر مادر مصرف می‌کردند برای مصرف شخصی و نه عرضه گسترده از داروخانه شیر خشک تهیه می‌کرده است. دادیار زن با توجه به شرایط پرونده عنوان اتهامی را به تحصیل مال و سوءاستفاده از امتیازات موضوع ماده ۲ قانون تشدید کاهش داده بود که قابلیت تعلیق نیز داشته باشد. در صورتی که عنوان اولیه به دلیل درجه پنج بودن قابلیت تعلیق نداشت. هم‌چنین به عنوان مثال دادیار زن شماره ٤ در پرونده شماره ۱۲ مال مسروقه را به کمتر از بیست میلیون تومان ارزیابی کرده بود تا جرم قابل گذشت محسوب گردد.[۱] از سویی دیگر بنا بر اظهار نظر دادیار مرد، متأهل، سی ساله دارای مدرک کارشناسی ارشد با سابقه قضایی چهار سال (شماره ١٦): «دزد، دزد است دیگر. زن و مرد نمی‌شناسد. نمی‌شود حقوق مردم را به خاطر زن بودن متهم نادیده گرفت».

گفتنی است کاهش اتهامات در برخی از موارد به نحوی است که سبب منع تعقیب مرتکب می‌شود. در این صورت مقام تعقیب با توجه به جنسیت بزهکار تلاش بیشتری برای عدم تعقیب می‌کند. به عنوان نمونه پرونده شماره ۱۹ اتهام خانم چهل ساله، سرپرست خانواده و دارای فرزند، مبنی بر مزاحمت ملکی از طریق پخت شیرینی در آپارتمان مسکونی دادیار خانم قرار منع تعقیب به دلیل فقدان ادله صادر نموده است. در مصاحبه انجام شده با دادیار زن شماره ۳ مشخص شد که متهم حتی اقرار به ارتکاب بزه و ایجاد سروصدا به هنگام ارسال سفارش‌ها از آپارتمان نزد پلیس و ایشان داشته است؛ اما به دلیل سرپرست خانواده بودن، فرزند داشتن، وضعیت اقتصادی پایین دادیار اقرار متهم را در اظهارات وی ذکر نمی‌کند و انکار متهم بعد از

---

۱. گفتنی است این پرونده در زمانی ملاحظه شده بود که جرم سرقت با ارزش مال کمتر از بیست میلیون تومان و فقد سابقه کیفری مؤثر قابل گذشت شناخته می‌شد. در حال حاضر جرم سرقت با قانون اصلاح ماده ۱۰٤ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱٤۰۳/۰۲/۲۵ غیرقابل گذشت محسوب می‌شود.

اقرار اولیه نزد پلیس را می‌پـــذیرد، اگرچـه که بر انکار بعد از اقرار اثری بار نیست و معمولاً به هرگونه اقراری نزد پلـــیس ترتیب اثر داده می‌شود. دادیار مربوطه در قرار نهایی هم ذکر نموده: «مشتکی‌عنهـــا نیز با بیان اظهـــارات خود در این دادیاری قویاً منکر بزه است»؛[1] هم‌چنیـــن دادیار اظهار می‌دارد که: «نوع ســـؤالات از شهود نیز به نحوی بود که اثبـــات جرم نـکند، اگرچه شهود همگی بر پخت شـیرینی توسط این خانم تأکید داشـــتند، اما در مـورد این‌که چنین کسب و کاری سـبب ایجاد سروصدا و مزاحمت می‌گردد، سکوت کـــرده‌اند». شاید به این اســتدلال این‌گونه انتقاد شود که صرف جنسیت بزهکار سبب چنین تصـــمیمی نـــشده است و سـایر عوامل هم بر آن تأثیرگذار بوده اســـت. در پاسخ باید گفت این نقد تا حدودی صحیح است اما عدم تعقیب در پرونده‌هایی که دادیار رســیدگی کننده زن بود در مقایسه با دادیار مرد و هم‌چنین بزهکار زن در مقابل مرتکـــب مرد بیـــش‌تر و نمود واضـح‌تری داشت؛ بنابراین رویکرد مبتنی بر عدالت در خصوص مردان در مقام تعقـیب نیز وجود دارد، اما در زنان در خصوص جرائم زنان آن هم با استـــثنائاتی که پیش‌تر بیان شد، بارزتر است.

در مقابل عدم وجود معیارهای زن خوب سبب حـتی برخوردی شدیدتر علیه زن بزهکار می‌شـــود. به عنوان نمونه در خصوص پرونده شماره ١٤ متهم خانمی سی و پنج ساله قرار جلب به دادرسی در خصوص تحـــصیل مال از طریق نامشروع یک دستگاه گوشی تلفن همراه توسط دادیار خانم صادر شده بود. پس از مصاحبه با دادیار زن بیست و هشت ساله، متأهل، دارای مدرک کارشنـــاسی ارشد با سابقه قضایی سه سال (شماره ۱۳) علت صدور چنین قراری را این‌گونه اظهار داشت: «این خانم خیلی پرروبازی درآورد و ســـعی می‌کرد ما را گمراه کند و فریب بدهد. به خاطر همین من هم تحقیقات دقیق‌تری انجام دادم که حتماً قرار جلب به دادرســـی بزنم»؛ هم‌چنین در پرونده شماره ۱ متهم خانم، بیست و نه ساله، مطلقه، دارای فرزند دو ساله، سرپرست خانواده که اتهام ایشان ســـرقت از طلافروشی بوده است. در مصاحبه با دادیار خانم شـــماره ۱۳ اظهار داشـــتند: «با این‌که متهم اموال مسروقه را پس داده بود و شاکی نیز

۱. اگرچه اقرار نزد ضابطین دادگستری به لحاظ قانونی معتبر نمی‌باشد، اما در رویه قضایی معمولاً به چنین اقرارهایی نیز اعتبار لازم داده می‌شود.

رضایت داده بود، می‌توانستم با این استدلال که ارزش اموال مسروقه زیر بیست میلیون تومان است، قرار موقوفی تعقیب به دلیل گذشت شاکی صادر نمایم، اما به دلیل نوع جرم و این‌که خیلی پررو بود، اتفاقاً قرار جلب به دادرسی زدم و به همه اجرای احکام‌ها گفتم که این خانم دستگیر شده و اگر پرونده‌ای دارد اقدام کنند. نمی‌شود که برای خودش دزدی کند و به واسطه این‌که خانوم است رضایت شکات را بگیرد و خلاص شود». به نظر می‌رسد مطیع مقامات بودن عاملی است که حتی در صورت وجود سایر معیارهای زن خوب از جمله سرپرست خانواده بودن، فرزند داشتن، عدم ارتکاب جرمی برخلاف زنانگی نیز نقش پررنگی ایفا می‌نماید و به عبارتی در صورت وجود آن در بزهکاری امکان استفاده از اتهام خفیف‌تر یا تلاش مقام تعقیب برای خاتمه دادن پرونده با صلح و سازش بیش‌تر خواهد بود.

برآمد

۱- یکی از مهم‌ترین جلوه‌های اصل برابری، تساوی افراد فارغ از ویژگی‌های شخصی در پیشگاه مقام تعقیب است با این توضیح که موقعیت و ویژگی‌های مردم‌شناسانه آنان و هم‌چنین خود مقام تعقیب نباید در نحوه برخورد مقام تعقیب تأثیرگذار باشد؛ با این حال با بررسی رویه عملی مشاهده گردید که زنان در مقام تعقیب برابر نظریه‌های جانب‌داری درون‌گروهی در جرائم حساس جنسیتی خود را به عنوان بخشی از گروه زنان می‌دانند؛ بنابراین سعی در ترجیح خواسته‌های اعضای درون گروه و شدت عمل رفتاری با اعضای برون گروه یعنی مردان دارند. هم‌چنین برابر نظریه اسناد دفاعی چنان چه زنان در مقام تعقیب به لحاظ شخصی و موقعیتی احساس شباهت با بزه‌دیده نمایند، جهت جلوگیری از قربانی شدن خود اقدام به سرزنش شدید بزهکار و حمایت بیشتر از بزه‌دیده می‌نمایند. تفاوت در نحوه برخورد با متهم مرد، تسریع در رسیدگی، درگیری با وکلای متهم، افزایش اتهام یا اتهامات متهم و سایر افراد حاضر از مهم‌ترین نتایج چنین شدت برخوردی است.

۲- بررسی‌ها نشان داد که زنان در مقام تعقیب به دلیل سرشت زنانه و تأکید بر حل مسائل در خصوص جرائم زنان بزهکار البته آن دسته از جرائمی که با الگوی زنِ خوب در تضاد نباشد، رویکرد حمایتی بیشتری به نسبت همتایان مرد خود دارند. مردان سعی در حمایت زنان بزهکار مبتنی بر پیش‌فرض‌های پدرسالاری و جوانمردی دارند و نوع حمایت بیشتر بر نوع قرار تأمین (عدم صدور قرار تأمین بازداشت موقت برای زنان) دارد، در صورتی که زنان دادیار بیشتر سعی در عدم تعقیب و اخذ رضایت شاکی را دارند. هرچند چنین رویکردی می‌تواند مصداق تبعیض جنسیتی باشد، اما در نظام‌های حقوقی که معیار و ملاک روشنی برای مجازات بهینه و متناسب متهم وجود ندارد، نمی‌توان فهمید یا به صراحت اعلام نمود که آیا تصمیمات مبتنی بر عطوفت یا شفقت زنان نسبت بر تصمیمات فاقد چنین نگرشی برتر است یا پایین‌تر. به عبارتی وقتی کنش‌گران نظام عدالت کیفری نیز مجازات‌های مربوطه را نامتناسب می‌دانند؛ لذا نتایج حاصل از تبعیض جنسیتی که مبتنی بر نوعی ملایمت است ممکن است مفید تلقی گردد.

۳- برخـــورد ترمیمی و ملایم با بزهکاران مدت‌هاســـت که به عنوان یکی از روش‌های مبارزه با بزهکاری شناخته شده است. امروزه دیگر شیوه‌های تنبیهی شدید در مجازات بازدارندگی ندارد و انتقادهای شـــدیدی را به دنبال داشته است؛ بنابراین برخورد مبتنی بر ملایمت آن هم با بزهکارانی که نیازمند حمایت بیشـــتر هســـتند، در نظام‌های سزاگرا و تنبیهی می‌تواند امری مطلوب تلقی گردد؛ بنابراین شفقت می‌تواند رویکرد نوآورانه‌ای برای تعقیب کیفری باشد. در واقع منافع مفید اجتماعی حاصل از همدلی بسیار بیشـــتر از رویکرد سخت‌گیرانه و سزاگرا است. از مهم‌ترین منافع مفید اجتماعی این رویکرد مبتنی بر شـــفقت که فراتر از نوعی همدلی است می‌توان علاوه بـــر کاهش تکرار جرم از طریق تمرکز بر برنامه‌های توان‌بخشـــی و پرداختن به علل ریشـــه‌ای جرم (فقر، اعتیاد، ســـلامت روان) به بهبود امنیت عموم و نتایج منصفانه‌تر، افزایش همکاری و صرفه‌جویی در هزینه‌ها اشاره نمود. از سویی دیگر در بسیاری از نظام‌های تعقیب کیفری، یکی از مهم‌ترین معیارهای دادستان خوب بودن این است که بالاترین میزان تعقیب و کیفرخواســـت صادر شود، در چنین نظامی در صورت وجود ملایمت و نرمش با بزهکاران حتی اگر ناشـــی از ترجیحـــات درون‌گروهی مبتنی بر جنسیت باشـــد، می‌تواند نشان‌دهنده تصمیم متفکرانه باشد که باید مورد تشویق قرار گیرد.

٤- زنان در مقـــام تعقیب به صورت کلی با مردان در این مقام تفاوت خاصی ندارند جز اســـتثنائات فوق که مفصل بیان شد. چه بسا زنان به دلیل دقت در جزئیات و توجه بیشـــتر به امور از دقت بالایی در انجام وظایف خویش برخوردارند. هرچند خدمت در نظامی مردانه برای آنان همراه با محدودیت‌هایی اســـت که پیوسته با انجام دقیق وظایف خویش و بالا بردن سواد علمی سعی در رفع آن‌ها دارند، اما این تلاش نباید منجر به از یاد بردن زنانگی و موجب تحمیل الگوهای مردانه جهت همسویی با جریانِ حاکم بر نظام تعقیب کیفری شود.

۵- به منظور بهبود و ارتقای نظام حقوقی و قضایی شایســـته است کنش‌گران عرصـــه عدالت کیفری دوره‌های آموزشـــی تخصصی در حوزه تبعیض جنســـیتی و عدالت ترمیمی را طی کنند تـــا تصمیم‌گیری‌های آنان بر پایه همدلی آگاهانه و مبانی علمی استوار باشد. هم‌چنین، ضرورت دارد سازکارهای نظارتی مؤثری برای ارزیابی

عملکرد مقامات تعقیب کیفری ایجاد شده و زمینه انجام مطالعات علمی پیرامون نقش و تأثیر جنسیت در فرایندهای قضایی فراهم گردد تا از این رهگذر، تحقق عدالت کیفریِ منصفانه، شفاف و کارآمد میسر شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* بحری، ساره (۱٤۰۳)، «**بررسی نقش ناامنی اجتماعی و شکاف طبقاتی بر بزه‌دیدگی زنان**»، فصلنامه مطالعات حقوق، دوره جدید، شماره ٤۰.

* پورمحمدی، رضا و یوسفی، محمدمهدی (۱٤۰۱)، «**تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* عارفی، مرتضی و ربیعی، زهرا (۱٤۰۲)، «**ارزیابی تأثیر جنسیت به عنوان متغیر فراقانونی بر آراء کیفری حوزه مواد مخدر (مطالعه موردی شهرستان کاشان)**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.

* کاظم‌پور، ثنا و فرجیها، محمد (۱٤۰۱)، «**تبیین نظری تأثیر جنسیت بر تعیین مجازات مجرمان مواد مخدر؛ مطالعه تطبیقی ایران و آمریکا**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۷.

* کریمی، مهدی (۱۳۹۵)، «**پژوهش میدانی تأثیر جنسیت زن در تعیین مجازات کیفری مطالعه موردی دادگاه‌های کیفری مشهد ۱۳۹۲**»، پژوهش‌نامه زنان، سال هفتم، شماره ۲.

* موسوی شیاده، سیده زهرا و حبیبی‌تبار، جواد و لبیبی، محمد مهدی (۱٤۰۱)، «**دشواری‌های ارتقای شغلی قضات زن در تشکیلات قضایی ایران**»، مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، دوره ۵، شماره ۱۰.

* میرمجیدی، سپیده (۱۳۹۸)، «**آزادی عمل قضایی در برساخت مصادیق رفتارهای مجرمانه: مطالعه‌ی موردی پرونده‌های تجاوز جنسی**»، پژوهش‌نامه زنان، سال دهم، شماره ۳.

* میرمجیدی، سپیده و غلاملو، جمشید (۱۳۹۷)، «**گستره مشروعیت آزادی عمل قضایی در پرتو اصل حاکمیت قانون (مطالعه موردی پرونده‌های رابطه نامشروع)**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ٤۸، شماره ۲.

* ناظریان، حسین و فرجیها، محمد و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۸)، «**موانع دسترسی زنان متهم به جرائم جنسی به عدالت در پرتو نظریه مدونا - حور**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ٤۹، شماره ۱.

❋ الهام، غلامحسین و نصیری، مصطفی (۱۳۹۵)، «**آزادی عمل قضایی در صدور قرارهای تأمین کیفری**»، مجلس و راهبرد، شماره ۸۷.

ب. انگلیسی

❋ Arndt, M. (2022). **Gender and Prosecutorial Decision Making: An Examination of Representative Bureaucracy Theory**.

❋ ARUNA, J. O. & ADENEGAN, O. M. (2022). **Gender Disparity in Nigerian Criminal Justice System: An Exploratory Study of Olukuta Correctional Centre**, Akure, Ondo State, Nigeria. Human Nature Journal of Social Sciences, 3(3), 109–117.

❋ Belenko, S. & Spohn, C. (2014). **Drugs, crime, and justice**.

❋ Bindler, A. & Hjalmarsson, R. (2020). **The persistence of the criminal justice gender gap: Evidence from 200 years of judicial decisions**. The Journal of Law and Economics, 63(2), 297–339.

❋ Carlsson, M. & Eriksson, S. (2019). **In-group gender bias in hiring: Real-world evidence**. Economics Letters, 185, 108686.

❋ Cornell, S. Digital, L. A. Law, C. Publications, F. & Johnson, S. L. (1998). **Batson ethics for prosecutors and trial court judges**. Chicago-Kent Law Review, 73(2), 475–508.

❋ Cox, J. MacNeil, E. & Lind, H. (2022). **Gender, sex, and the prosecution of intimate partner violence**. Intimate Partner Violence beyond the Gender Paradigm: A Criminal Justice Perspective, 85–109.

❋ Crespo, A. M. (2018). **The hidden law of plea bargaining**. Columbia Law Review, 118(5), 1303–1424.

❋ Didwania, S. H. (2018). **Gender-based favoritism among criminal prosecutors**. Columbia Law and Economics Workshop, New York, NY: Columbia University.

❋ Everett, J. A. C. Faber, N. S. & Crockett, M. (2015). **Preferences**

and beliefs in ingroup favoritism. Frontiers in Behavioral Neuroscience, 9, 126656.

❋ Fernando Rodriguez, S. Curry, T. R. & Lee, G. (2006). **Gender differences in criminal sentencing: Do effects vary across violent, property**, and drug offenses? Social Science Quarterly, 87(2), 318–339.

❋ Guinier, L. (1997). **Becoming gentlemen: Women, law school, and institutional change**. Beacon Press.

❋ Harris, L. (2022). **Achieving consistency in sentencing**. Oxford University Press.

❋ Herz, M. (1996). **"Do Justice!": Variations of a Thrice-Told Tale**. Virginia Law Review, 111–161.

❋ Herzog, S. (2008). **An attitudinal explanation of biases in the criminal justice system: An empirical testing of defensive attribution theory**. Crime & Delinquency, 54(3), 457–481.

❋ Johnson, S. W. Songer, D. R. & Jilani, N. A. (2011). **Judge gender, critical mass, and decision making in the appellate courts of Canada**. Journal of Women, Politics & Policy, 32(3), 237–260.

❋ Khadka, C. (2025). **Social Identity Theory and Group Behavior**. November 2024. https://doi.org/10.3126/tutaj.v12i1.74063

❋ Levy, I. & Ben-David, S. (2015). **Mechanism of bystander-blaming: Defensive attribution, counterfactual thinking, and gender**. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 59(1), 96–113.

❋ Martin, P. Y. & Powell, R. M. (1994). **Accounting for the "second assault": Legal organizations' framing of rape victims**. Law & Social Inquiry, 19(4), 853–890.

❋ Mustard, D. B. (2001). **Racial, ethnic, and gender disparities in sentencing: Evidence from the US federal courts**. The Journal of

Law and Economics, 44(1), 285–314.

❋ Pinciotti, C. M. & Orcutt, H. K. (2020). **It won't happen to me: An examination of the effectiveness of defensive attribution in rape victim blaming**. Violence against Women, 26(10), 1059–1079.

❋ Rivera, L. M. Vu, H. A. & Backstrom, V. L. (2024). **Self-esteem, ingroup favoritism, and outgroup evaluations: A meta-analysis**. Group Processes & Intergroup Relations, 27(7), 1569–1588.

❋ Rusch, H. (2014). **The evolutionary interplay of intergroup conflict and altruism in humans: a review of parochial altruism theory and prospects for its extension**. Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences, 281(1794), 20141539.

❋ Schmitt, F. E. (1998). **What difference do women make? Prosecutorial decision-making in sexual assault cases**. University of Delaware.

❋ Shermer, L. O. & Johnson, B. D. (2010). **Criminal prosecutions: Examining prosecutorial discretion and charge reductions in US federal district courts**. Justice Quarterly, 27(3), 394–430.

❋ Steffensmeier, D. & Hebert, C. (1999). **Women and men policymakers: Does the judge's gender affect the sentencing of criminal defendants?** Social Forces, 77(3), 1163–1196.

❋ The Federal Prosecutor.pdf. (n.d).

❋ Van der Bruggen, M. & Grubb, A. (2014). **A review of the literature relating to rape victim blaming: An analysis of the impact of observer and victim characteristics on attribution of blame in rape cases**. Aggression and Violent Behavior, 19(5), 523–531.

❋ Weare, S. (2013). **"The mad","the bad","the victim": Gendered constructions of women who kill within the criminal justice system**. Laws, 2(3), 337–361.

❋ Wei, S. & Xiong, M. (2020). **Judges' gender and sentencing in China: An empirical inquiry**. Feminist Criminology, 15(2), 217–250.
❋ Wermink, H. Johnson, B. D. Nieuwbeerta, P. & de Keijser, J. W. (2015). **Expanding the scope of sentencing research: Determinants of juvenile and adult punishment in the Netherlands**. European Journal of Criminology, 12(6), 739–768.
❋ Wilson, B. (1990). **Will women judges really make a difference**. Osgoode Hall LJ, 28, 507.
❋ Worrall, J. & Nugent-Borakove, M. E. (2014). **The changing role of the American prosecutor**. State University of New York Press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۳۰۶-۲۸۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۱

موانع کارآمدی شعب تخصصی تجاری در حقوق ایران[۱]

نگین غلامی[۲]

چکیده

تشکیل دادگاه تجاری در سابقه تقنینی و قضایی ایران تجربه ناکامی بوده است. حتی گذشـــت قریب به یکصد سال از انحلال آن، گویی نتوانسته تلخی تجربه آن را از کام قانون‌گذار بزداید. از این رو به‌رغم ضرورت تشکیل چنین مرجعی برای رسیدگی به دعاوی تجاری، تخصیص شـــعبی از دادگاه عمومی به عنوان شعب تخصصی تجاری را به عنوان راهکاری با هزینه و ریسک کمتر به عنوان جایگزین دادگاه اختصاصی تجاری برگزیده تا به زعم خویش به نیازهای تجار در زمینه رســـیدگی به دعاوی ایشان پاسخ درخوری داده باشد، اما با توجه به محدودیت‌های ساختاری در این شعب تخصصی از جمله رسیدگی و صدور حکم تنها توسط قاضی و بدون دخالت و مشاوره تجار، کمبود قضات متخصص در زمینه امور تجاری، فقدان قانون آیین دادرسی ویژه و لزوم رسیدگی به دعاوی بر مبنای قوانین ماهوی تجاری فعلی که پر از نقص و موجبات اطاله دادرسی است، کارآمدی مورد انتظار از یک مرجع تخصصی را محقق نمی‌سازد. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و با اتکا بر مطالعات کتابخانه‌ای، ضمن ارائه پیشـــنهاداتی جهت رفع خلاهای قانونی برای کارآمد شـــدن قوانین ماهوی و شکلی موجود، تشکیل دیوان تخصصی تجاری به جای دادگاه اختصاصی و یا شـــعب تخصصی تجاری را به عنوان راهکار کارآمدتری برای رسیدگی به دعاوی تجاری پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: دادگاه تجاری، دیوان تخصصی تجاری، دعاوی تجاری، تسریع

---

۱. این مقاله مستخرج از کار پژوهشی صورت گرفته در دوره فرصت مطالعاتی ارتباط دانشگاه با صنعت و جامعه دانشگاه کردســـتان با عنوان «بررسی تحلیلی تشکیل دادگاه‌های تجاری در ایران: مزایا، موانع و راهکارها» است که نگارنده برای مرکز پژوهش‌های اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران انجام داده است.

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران
n.gholami@uok.ac.ir

در دادرسی، شعب تخصصی تجاری

درآمد

یکی از مشـــکلاتی که تجار در ایران با آن مواجه هســـتند، فقدان یک دادگاه اختصاصی برای رســـیدگی به دعاوی تجاری اســـت. در دادگاه‌های عمومی به دلیل تراکم بالای پرونده‌ها، عدم آشنایی و تسلط قضات به امور تجاری و عرف‌های حاکم بر حوزه‌های گوناگون آن، رســـیدگی به پرونده‌هـــا از جمله پرونده دعاوی تجاری با کندی و اطاله بسیار صورت می‌گیرد. هر چند در برهه‌ای از تاریخ، محاکم تجاری در ایران نیز به تبعیت از بســـیاری از کشورها تشـــکیل شد، اما به دلیل نداشتن کارآمدی که از آن‌ها انتظار می‌رفت، دیـــری نپایید و از پیکره نظام قضایی ایران حذف گردید. تشکیل محاکم تجاری مانند هر پدیده دیگری واجد آثار مثبت و منفی متعددی است که نویســـندگان در کتاب‌ها و مقالات خود بـــه تفصیل به آن‌ها پرداخته‌اند و به همین دلیل در این‌جا تنها به بیان موردی آن‌ها اکتفا می‌گردد. تســـریع در دادرســـی (جوهر، ۱٤۰۰: ۱٦)، افزایش دقت در رســـیدگی (Easterbrook,1989: 877) کاهش حجم پرونده‌های محاکم عمومی (جوهر و نیکونـــد، ۱۳۹۹: ٦۱) (Baum, 2010 :1535) افزایش اعتبار و امنیت معاملات تجاری (قاســـمی حامد و غفوری اصل، ۱۳۹٤: ٤٤)، گسترش سرمایه‌گذاری خارجی (مافی و افشار ونگینی، ۱٤۰۱: ۱٦۱-۱٦۲)، از جمله پیامدهای مثبت و خطر اعمـــال نفوذ گروه‌های ذی‌نفع (Wang, 2007 :15) اختلاف در صلاحیت (Vijay Damle, 2005: 1284) و ایجاد نگرش محدود در قضات (Sil-versri, 2014: 168) از جمله آثار و پیامدهای منفی است که برای دادگاه‌های تجاری بیان شده است، اما واقعیت آن است که صرف تشکیل محاکم اختصاصی تجاری ولو با آیین دادرســـی خاص، به تنهایی نمی‌تواند کارایی مورد نظر را داشـــته و تمامی آثار مثبتی که در بالا برشـــمردیم را محقق سازد. تشکیل مرجعی اختصاص برای رسیدگی به دعاوی تجاری، زمانی می‌تواند مؤثر و مفید باشـــد که پیش از ایجاد چنین مرجعی، عواملی که مانع کارکرد مثبت آن می‌شوند شناسایی و برطرف شود.

چند عاملی که به شـــدت می‌تواند بر کیفیت رســـیدگی در شـــعب یا دادگاه اختصاصی تجاری در حقوق ایران تاثیر منفی بگذارد عبارتند از: ضعف قوانین ماهوی تجاری، تخصص نداشـــتن قضات در زمینه امـــور تجاری، کمبود وکیل متخصص در

این زمینه و حجم زیاد پرونده‌های ورودی به دستگاه قضایی. به عبارتی، رسیدگی تخصصی به دعاوی حوزه‌های تخصصی مستلزم فراهم آمدن مقدماتی است تا کارآمدی مورد انتظار از چنین مراجعی محقق گردد و طبیعی است که بدون رفع نواقص موجود و پیش از فراهم آوردن مقدمات لازم، به صرف اختصاص چند شعبه برای رسیدگی تخصصی به دعاوی تجاری یا حتی تشکیل یک دادگاه اختصاصی در بستر شرایط فعلی نمی‌توان انتظار ایجاد تغییرات مثبت و مؤثر در دادرسی امور تجاری داشت.

در همین راستا، نگارنده در این پژوهش، پس از بیان مقدماتی در خصوص بررسی تطبیقی وضعیت تشکیل دادگاه‌های تجاری در ایران و چند کشور دیگر، ضمن واکاوی موانع موجود، به ارائه و پیشنهاد راهکارهایی جهت رفع این موانع در نظام حقوقی ایران پرداخته است.

۱. بررسی تطبیقی دادگاه‌های تجاری در نظام حقوقی ایران و دیگر کشورها

در حقوق ایران، دادگاه تجاری به عنوان یک مرجع اختصاصی رسیدگی‌کننده به دعاوی تجاری وجود ندارد. البته در برهه کوتاهی از تاریخ قضایی ایران شاهد تشکیل چنین محاکمی بوده‌ایم. اما متاسفانه به دلیل نداشتن کارایی مورد نظر بقای آن‌ها دیری نپایید و قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ ه.ش دادگاه‌های تجاری را از پیکره نظام قضایی ایران حذف کرد و رسیدگی به این دعاوی را در صلاحیت محاکم حقوقی قرار داد.از آن زمان تا کنون هرچند در قوانین مختلف بر ضرورت تشکیل چنین محاکمی تصریح و تاکید شده اما تا کنون دادگاه تجاری به عنوان مرجع اختصاصی رسیدگی به دعاوی تجاری تشکیل نگردیده است. یکی از آخرین تلاش‌های تقنینی در این زمینه که البته به نتیجه نرسید، تهیه و تدوین «لایحه آیین دادرسی تجاری» توسط قوه قضاییه بود که پس از تصویب در هیات دولت در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵ به مجلس ارسال شد. متاسفانه پس از ارسال به مجلس و در پی اظهار نظر کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و ایرادهایی که مطرح کردند از جمله این‌که «به دلیل ابهام موجود در نظام حقوقی در خصوص تاجر و اعمال تجاری، تشکیل دادگاه‌های تجاری به جهت اختلافی که در صلاحیت با دادگاه

عمومی حقوقی خواهد داشت نه تنها کمک چندانی به دادگستری نمی‌کند بلکه خود عامل اطاله دادرسی است»، این لایحه از دستور کار مجلس خارج شد.

این که تلاش‌ها برای تاسیس محاکم اختصاصی تجاری تاکنون نافرجام بوده، به معنای منفعل ماندن نظـــام قانونی و قضایی در مقابل خلاء وجود مرجع تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تجاری نیست. یکی از راهکارهایی که برای حل این معضل ارائه شـــده، تخصیص شـــعبی از دادگاه‌های عمومی برای رســـیدگی به موضوعات تجاری است. به عبارتی، ایجاد شعب تخصصی رسیدگی جایگزین ایجاد یک دادگاه اختصاصی تجاری شده است. بر همین مبنا، در اسناد بالادستی تعیین سیاست قضایی کشور نظیر «سند تحول قضایی» مصوب ۱۳۹۹/۹/۳۰ رئیس قوه قضاییه و نسخه بعدی این ســـند تحت عنوان «سند تحول و تعالی قوه قضاییه مصوب ۱۴۰۳/۱/۶ و یا «سند امنیت قضایی» مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۱ رییس قوه قضاییه، بر ایجاد شعب تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تجاری یا سایر امور اقتصادی تصریح و تاکید شده است. هم‌چنین رییس قوه قضاییه در اجرای ماده ۵۶۶ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و تبصره آن و با لحاظ ماده ۲۵ همان قانون، آیین‌نامه «شـــیوه تشـــکیل شعب تخصصی مراجـــع قضایی» را در تاریـــخ ۱۳۹۸/۲/۲۸ تصویب نمود. در اجـــرای این آیین‌نامه، رییس کل دادگستری استان تهران در تاریخ ۱۳۹۹/۸/۲۹ «دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایـــی تخصصی دعاوی تجـــاری تهران» را مصوب کرد که بر اســـاس آن، مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری تهران که متشـــکل از شـــعبی از دادگاه‌های حقوقی اســـت تشکیل شد. هم‌چنین به موجب «دســـتورالعمل نحوه تشکیل شعب تخصصی رسیدگی به اختلافات در حوزه علم و فناوری» مصوب ۱۴۰۲/۲/۵ رییس قوه قضاییه، در کلیه مراکز اســـتان به تشخیص رییس کل دادگستری استان، حداقل یکی از شعب دادگاه‌های نخســـتین، تجدیدنظر و شورای حل اختلاف جهت رسیدگی به اختلافات حقوقی و کیفری در زمینه علمی و فناوری بین اشخاص نخبه، شرکت‌ها و موسسات دانش‌بنیان و اشـــخاص فناور با یکدیگر یا با دیگر اشـــخاص حقیقی و حقوقی مانند اختلافات در مورد فروش، انتقال، مالکیت، مشـــارکت، سرمایه گذاری، بهره‌برداری از امتیازات، اختلاف بین شرکا و سهام‌داران، اختلاف بین شرکت‌ها با کارکنان، کارگزاری و مشاوران مالی، حقوقی و فنی خود در زمینه فناوری و در فرایندهای تجاری سازی

اختصاص می‌یابد.

افزون بر ایجاد شـــعب تخصصی برای رســـیدگی به دعـــاوی تجاری، برخی نهادهای شـــبه قضایی نظیر هیات داوری بورس به موجب ماده ۳٦ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸٤ برای رسیدگی به اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/ معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و دیگر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها صلاحیت دارند.

بـــه این ترتیب ملاحظه می‌شـــود کـــه در حقوق ایران، به‌رغـــم این‌که دادگاه اختصاصی تجاری وجود ندارد، اما ســـمت و سوی سیاست‌گذاری‌ها در جهتی است که دعاوی تجاری و یا اقتصادی در شـــعب تخصصی و یا برخی نهادهای شبه قضایی خاص مورد رسیدگی قرار گیرند.

در اروپا، محاکم تجاری ابتدا در ایتالیا تشـــکیل شـــد. پس از ایتالیا، فرانسه نیز اقدام به تشـــکیل چنین محاکمی نمود. اولین محاکم تجاری در فرانسه در حدود سال ۱۵٦۳ تشـــکیل شـــدند و پس از آن در طی ســـال‌ها اصلاحاتی بر ترکیب و ساختار این دادگاه‌ها وارد شـــد، ولی هم‌چنان از آن ســـال تاکنون، این محاکم در نظام قضایی فرانســـه باقی مانده‌اند (مجاهد، ۱٤۰۱: ۲۷) تعـــداد قضات این دادگاه‌ها باید فرد بوده و تصمیم‌گیری با موافقت حداقل ســـه نفر صورت گیـــرد. قضات دادگاه‌های تجاری در فرانســـه در واقع، خود تاجر هســـتند و تخصص حقوقی ندارند و توســـط هیاتی متشـــکل از قضات فعلی و سابق دادگاه‌های تجاری و اعضای اتاق بازرگانی و صنایع برای دو ســـال انتخاب می‌شـــوند و انتخاب مجدد آن‌ها بدون مانع است. فعالیت این قضـــات در دادگاه‌های تجاری رایگان اســـت و بابت آن حقوقی نمی‌گیرند (نریمانی، ۱٤۰۲: ۸٤). دادگاه‌های اختصاصی تجاری در این کشـــور تنها در سطح بدوی تشکیل شـــده و رسیدگی در مراحل بالاتر در دادگاه‌های تجدیدنظر صورت می‌گیرد و دادگاه اختصاصـــی تجدیدنظر ندارند. هرچند در عمل بعضی از شـــعب تجدیدنظر و دیوان عالی کشور فرانسه شـــعبی را برای رســـیدگی به این‌گونه دعاوی اختصاص داده‌اند (همان: ۸۵).

در نظام حقوقی آلمان، برای رســـیدگی به دعـــاوی تجاری مانند نظام حقوقی فرانســـه دادگاه اختصاصی تجاری وجود ندارد، بلکه رســـیدگی به دعاوی تجاری در

صلاحیت دادگاه‌های عمومی است که شعبی از این دادگاه‌ها به عنوان شعب تخصصی برای رسیدگی به این نوع دعاوی اختصاص یافته‌اند. رسیدگی در این شعب با حضور یک قاضی و دو تاجر با حق رای یکسان صورت می‌گیرد. دعاوی مربوط به شرکت‌ها، معاملات تجاری دو طرفه، اسناد تجاری، نام‌های تجاری، رقابت ناعادلانه و ... در این شعب تخصصی مورد رسیدگی قرار می‌گیرند (همان: ۸۷).

یک نمونه تجربه موفق دادگاه تجاری، دادگاه تجاری انگلیس است که سابقه تاسیس آن به اواخر قرن نوزدهم بازمی‌گردد و تاکنون پابرجاست. این دادگاه برای حل مشکل تاخیر در رسیدگی به دعاوی که اعتماد تجار را خدشه‌دار می‌ساخت تاسیس شد (Ramasubramanian, 2015: 84) و به پرونده‌های پیچیده تجاری داخلی و خارجی در موضوعاتی چون تجارت بین‌الملل و بانک‌داری، رسیدگی می‌کند. با توجه به عملکرد موفق این دادگاه، طبق یک تحقیق صورت گرفته در هشتاد درصد پرونده‌های مطرح نزد این دادگاه یک طرف و در پنجاه و دو درصد هر دو طرف خارجی هستند؛ بنابراین می‌توان گفت بخش عمده‌ای از پرونده‌های این دادگاه مربوط به خارجیانی است که دادگاه تجاری انگلیس را به عنوان محل رسیدگی به اختلافات خود انتخاب نموده‌اند (The Stationery Office, 2009: 273). افزون بر این دادگاه، دادگاه‌های تجاری دیگری وجود دارد که هر یک در زمینه‌ای از امور تجاری صلاحیت دارند؛ از جمله دادگاه دریایی که به اختلافات دریایی نظیر تصادم کشتی‌ها، رهن، نجات دریایی و حمل بار می‌پردازد. دادگاه ساخت و ساز و تکنولوژی، دادگاه ورشکستگی و شرکت‌ها، دادگاه ثبت اختراعات و دادگاه مالکیت فکری از دیگر اقسام چنین دادگاه‌هایی هستند (HM Coutrs &Tribunals Service, 2022: 84) از این رو در حقوق انگلیس به جای تمرکز تمام موضوعات تجاری در یک دادگاه اختصاصی، دادگاه‌های متعدد با صلاحیت انحصاری محدود در امور تجاری ایجاد شده است. این روش مطلوبی است؛ زیرا موجب تراکم کار کمتر و تمرکز بیشتر دادگاه بر پرونده‌های داخل در صلاحیت خود می‌شود و اصل رسیدگی همراه با سرعت و دقت در رسیدگی‌ها محقق می‌گردد.

در کشور امریکا با توجه به نظام فدرالی حاکم بر این کشور، نمی‌توان یک ساختار قضایی واحد برای تمام ایالت‌ها متصور شد. در هر ایالتی علاوه بر دادگاه‌های

فدرال، دادگاه‌های ایالتی نیز وجود دارد (Adminstrative Office of the U.S Court, 2016: 22) لذا در خصوص موضوع نحوه رسیدگی به دعاوی تجاری باید مقررات هر ایالتی را به صورت مجزا مورد بررسی قرار داد. با این وصف، نمونه‌هایی از رسیدگی تخصصی به مسائل تجاری را می‌توان در دادگاه تجاری نیویورک، دادگاه ورشکستگی در بعضی از ایالت‌ها و دیوان تجارت بین‌الملل ایالات متحده مشاهد کرد. دادگاه تجاری نیویورک در ابتدا به صورت آزمایشی کار خود را شروع نمود و سپس عملکرد مطلوبی در رسیدگی به دعاوی تجاری از خود نشان داد (Haig, 1996: 191-205) از جمله دلایل کارآمدی این دادگاه، کاهش مدت زمان رسیدگی به پرونده‌ها است (Ramasubramanian, 2015: 86)، استفاده از فناوری‌های جدید برای ارتقای کارایی دادگاه نیویورک و الکترونیک کردن دادرسی‌هاست. این برنامه ابتدا به صورت آزمایشی اجرا شد سپس در تمام شعب الزامی گردید. راحتی، ارتقای کارایی از طریق افزایش سرعت و دقت در رسیدگی، کم کردن هزینه‌ها برای اصحاب دعوی و دادگستری از جمله مزیت‌هایی استفاده از فناوری‌های جدید در دادرسی‌های دادگاه‌های تجاری نیویورک است (Difiore, 2018: 1).

در قاره آسیا چند نمونه از این دادگاه‌های تجاری وجود دارد که به تاسی از دادگاه تجاری انگلیس به وجود آمده‌اند. از جمله دادگاه‌های تجاری قطر و دوبی. (Parish, 2015: 32) یکی دیگر از نمونه‌های موفق دادگاه تجاری در آسیا، دادگاه تجارت بین‌المللی سنگاپور استکه صلاحیت آن به دعاوی تجاری بین‌المللی محدود است. بنا به برخی گزارش‌ها، عملکرد مطلوب این مرجع باعث شده بسیاری از شرکت‌های تجاری هند، چین و اندونزی این دادگاه را برای رسیدگی به دعاوی تجاری بین‌المللی خود انتخاب کنند (South China Morning Post, 2014). از جمله امتیازات این دادگاه که سبب جذابیت آن به عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات تجاری برای بسیاری از شرکت‌های تجاری خارجی شده عبارت است از: استفاده از هیاتی از قضات بین‌المللی از کشورهای مختلف شامل انگلیس، استرالیا، ژاپن، فرانسه و ...، امکان استفاده از وکلا و نمایندگان خارجی، امکان تعیین قانون خارجی بر دعوی توسط طرفین، امکان کنار زدن قوانین مربوط به ادله سنگاپور و امکان تغییر یا محدود کردن حق اعتراض به رای (Lye & Chan, 2015: 5-7).

۲. موانع کارآمدی شعب تخصصی یا دادگاه تجاری در حقوق ایران

بـــه طور کلی، عدم توجه به بایســـته‌های سیاســـت‌گذاری عمومـــی و اتخاذ راه‌حل‌های ســـطحی و عدم توجه به ریشه‌های مســـاله موجب ناکامی در رسیدن به نتیجه مطلوب می‌گردد (بهره‌مند بگ‌نظر و همکاران ، ۱۴۰۲: ۷۲). لازمه تشـــکیل یک مرجع اختصاصی برای رسیدگی به دعاوی تجاری، از بین بردن عواملی است که مانع کارکرد مطلوب چنین نهادی می‌شـــونددر ادامه به بررسی چند مورد از مهم‌ترین این موانع می‌پردازیم.

۱-۲. کمبود یا فقدان نیروی انسانی متخصص در امور تجاری

وجود قضات متخصـــص در امور تجاری از عوامـــل تاثیرگذاری دادگاه‌های تجاری اســـت. قضات عمومی که تخصصی در عرصه تجـــارت ندارند کارایی مورد انتظار از دادگاه‌های تجاری را محقق نمی‌ســـازند. صرف شرکت در یک یا چند دوره آموزشی که اغلب کوتاه مدت است، برای کسب تخصص کافی نیست، بلکه تخصص از طریق تجربه عملی در کنار آموزش به دســـت می‌آید. یک سوال مهم در این زمینه، این اســـت که چه کسی تخصص قاضی را تشـــخیص می‌دهد؟ می‌توان چنین فرض کرد که قاضی با رسیدگی به پرونده‌های یک حوزه خاص از حقوق برای مدت زمان طولانی، در آن زمینه متخصص می‌شود. در این موارد، مشکل این‌جاست که مقررات حاکم بر ســـازمان‌های قضایی اجازه بررســـی و ارزیابی این‌که آیا قاضی در آن زمینه دارای تخصص شده یا نه را نمی‌دهد. در چنین شرایطی، قاضی بدون هرگونه آزمون دیگر در خصوص عملکرد، ارتقا می‌یابد و صرفا بر مبنای سابقه و بدون ارزیابی میزان تخصص، عنوان متخصص در آن حوزه را به دســـت می‌آورد. در نظام‌های حقوقی که قوه قضاییه آن‌ها ســـاختاری اداری و کارمنـــدی دارد ایجاد دادگاه‌های تخصصی تنها زمانـــی معنا می‌یابـــد که تخصص قضات منصوب در آن‌ها بـــه صورت عینی به بوته آزمایش درآمده و اثبات شـــده باشد. اگر راه خاصی برای شناسایی قضات متخصص در یک زمینه خاص وجود نداشته باشد، تاسیس دادگاه‌ها یا شعبات تخصصی تنها در حد یک روش تقسیم کار برای بهبود حل و فصل دعاوی است و ارتباطی با تخصصی سازی ندارد (Silversri, 2014: 168).

۲-۲. فقدان قوانین شـــکلی و ماهوی مناســـب و نقص قوانین موجود حوزه تجارت

قوانین موجود در زمینه امور تجاری بســـیار ناکارآمد هستند. بدیهی است که بســـیاری از مســـائل اقتصادی و تجاری روز در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ وجود ندارد. مقررات ورشکستگی در عمل، نه تنها نوعی محدودیت برای تاجر نیست، بلکه به مفری برای بعضی از تجار تبدیل شـــده تا بتوانند از مزایای آن به نفع خود استفاده کرده و به طلبکاران و حتی اشـــخاص دیگر ضرر برســـانند. رسیدگی به پرونده‌های ورشکســـتگی در بســـیار از موارد بیش از یک سال طول می‌کشـــد که در تضاد کامل با اصل ســـرعت مورد نیاز در پرونده‌های تجاری است. هم‌چنین ضابطه دقیقی برای مفهوم توقف وجود ندارد و همین امر ســـبب تشـــتت آرای قضات در این زمینه شده اســـت و بعضاً تاریخ توقف را به زمانی حدود ده یا حتی پانزده ســـال پیش از صدور حکم بازمی‌گردانند و بســـیاری از معاملاتی که تاجر در این مدت داشـــته قابل ابطال می‌شود.

در زمینه شـــرکت‌های تجـــاری، قانون تجارت ایران به گونه‌ای اســـت که هر فردی بدون داشـــتن سرمایه قابل اتکا می‌تواند شرکت تجاری تاسیس کند و در لوای وجود و نام یک شـــرکت تجاری، اقدام به معاملاتی نماید که از عهده ایفای تعهدات آن برنمی‌آیـــد و لذا اصل اعتبـــار و اعتماد در عالم تجـــارت را نقض کرده و موجد وضعیـــت بی‌اعتمادی و بی‌ثباتی معاملات تجاری می‌شـــود. مقررات قانون تجارت و ثبت شـــرکت‌ها به قدری ناقص اســـت که زمینه ایجاد شـــرکت‌های صوری یا انجام فعالیت‌های غیرقانونی نظیر فرار مالیاتی، پول‌شـــویی و کلاهبرداری توسط شرکت‌ها فراهم اســـت. (طباطبائی حصاری، ۱٤۰۲: ۲٤٥-۲٦٦) از ســـوی دیگر، آیین دادرسی تجاری‌ای که بتواند ویژگی‌های حقوق تجارت نظیر اصل ســـرعت را در رسیدگی به دعاوی تجاری و اجرای احکام ناشی از آن لحاظ کند وجود ندارد. کارآمدی مورد نظر این‌گونه محاکم صرفاً با احداث یک ســـاختمان مجزا و اختصاص چند شعبه آن برای رســـیدگی به پرونده‌های تجاری به دســـت نمی‌آید و تا زمانی‌که مقدمه واجب یعنی اصلاح قوانین ماهوی و شـــکلی در این زمینه صورت نگیرد تاســـیس دادگاه یا شعب

تخصصی تجاری یک طرح شکست خورده خواهد بود.

۳-۲. حجم بالای پرونده‌های ورودی

تعداد زیاد پرونده‌های ورودی به دادگستری در کنار کمبود قضات برای رسیدگی به پرونده‌ها، وضعیت بغرنجی را موجب شده که تراکم بیش از حد پرونده‌ها، طولانی شدن روند رسیدگی و صدور حکم و افت کیفیت دادرسی‌ها از آثار و تبعات آن است. هرچند این معضل عمومیت داشته و به دعاوی تجاری اختصاص ندارد اما با توجه به این‌که اساس تشکیل دادگاه اختصاصی یا شعب تخصصی تجاری، تسریع در دادرسی و اعمال اصل سرعت است، آثار منفی کثرت پرونده‌های ورودی در این نوع دادگاه، نمود بیشتری می‌یابد. یکی دیگر از عوامل کثرت ورودی پرونده‌ها در دادگاه تجاری، تنوع و گستردگی مفهوم امور تجاری در حقوق ایران است. البته در ماده ٦ دستورالعمل تشکیل مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری در تهران، صلاحیت این مجتمع تنها در سه بند، دعاوی ناشی از خرید و فروش کالا به شکل سنتی یا الکترونیکی بین شرکت‌های تجاری، دعاوی مربوط به شرکت‌های تجاری و کلیه امور و دعاوی مربوط به داوری دعاوی بندهای یک و دو احصا شده است؛ بنابراین دیگر دعاوی تجاری مانند دعاوی ناشی از خرید و فروش کالا بین اشخاص حقیقی تاجر یا بین تاجر حقیقی و شرکت تجاری و سایر موضوعات تجاری در صلاحیت شعب عمومی دادگاه‌های حقوقی است. دلیل این صلاحیت گزینشی معلوم نیست. ممکن است هدف این بوده که با احصای صلاحیت این شعب، تعداد پرونده‌های ورودی کمتر شود تا امکان رسیدگی بهتر فراهم شود؛ زیرا همان‌گونه که در مقدمه این دستورالعمل آمده، هدف از تاسیس شعب تخصصی تجاری در قالب یک مجتمع قضایی مجزا، افزایش سرعت و دقت در رسیدگی، حمایت از سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی و ایجاد امنیت است. البته به نظر می‌رسد این مهم با رسیدگی تخصصی تنها به چند مورد محدود از دعاوی تجاری و رها کردن دیگر دعاوی تجاری در صلاحیت دادگاه عمومی محقق نمی‌شود.

٤-۲. محدودیت‌های ساختاری شعب تخصصی

شعب تخصصی تجاری که در قالب مجتمع قضایی تخصصی دعاوی تجاری در تهران تشکیل شده است، به دلایلی نمی‌تواند تمامی اهدافی مورد نظر را محقق

سازند. از مهم‌ترین این دلایل، رسیدگی توسط قضات و بدون حضور تجار است. به دلایلی که پیشتر ذکر شد قضات دادگستری با تخصص حقوقی ولو با گذراندن چند دوره آموزش ضمن خدمت، به متخصص در زمینه امور تجاری با آن همه تنوع عرف و رویه تجاری و قوانین و مقررات خاص آن‌ها تبدیل نمی‌شوند. در این شعب، استفاده از تجارب تجار حتی در حد مشاور برای قاضی نیز پیش‌بینی نشده است. دلیل دوم، رسیدگی وفق قانون آیین دادرسی مدنی است که بسیاری از مواد آن، قابلیت ایجاد اطاله دادرسی را دارد. دلیل دیگر عدم تحقق کارآمدی در شعب تخصصی، این است که قضات این شعب طبق قوانین جاری تجاری به دعاوی رسیدگی کنند؛ قوانینی که خلا و نواقص بسیار دارد و زمینه را برای اطاله دادرسی، طرح دعاوی متعدد و افزایش ورودی پرونده‌ها فراهم می‌کند. هم‌چنین تجدیدنظر از آرای صادره از این شعب تخصصی در دادگاه تجدیدنظر استان به عنوان مرجع عمومی رسیدگی به اعتراض از آرای صادره در دادگاه‌های نخستین است و این خود به نوعی نقض غرض ایجاد می‌کند؛ زیرا آنچه توسط یک مرجع تخصصی مورد رسیدگی و صدور حکم قرار گرفته، توسط قضات غیر متخصص در مرجع عالی مورد بازبینی قرار می‌گیرد. در چنین حالتی رسیدگی در این شعب به اصطلاح تخصصی، تفاوت بنیادینی با رسیدگی در سایر شعب دادگاه عمومی ندارد.

۳. ارائه راهکارهای عملی جهت رفع موانع موجود

در این قسمت از مقاله، اهم راهکارها جهت رفع موانع یا به حداقل رسانیدن تاثیرات آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳. اصلاح بعضی از قوانین شکلی و ماهوی

تحقق کارآمدی از طریق تشکیل نهادی تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تجاری، بدون تغییر در قوانین ماهوی از جمله قانون تجارت میسر نخواهد بود؛ زیرا به هرحال هیات رسیدگی کننده به دعاوی تجاری باید در چهارچوب قوانین رسیدگی کنند و تا زمانی‌که قوانین ماهوی و شکلی ایران به روز نشوند کارایی مورد انتظار از یک مرجع تخصصی رسیدگی کننده به دعاوی تجاری برآورده نخواهد شد. در نخستین قدم باید قانون تجارت اصلاح شود. در این راستا، ارائه تعریف دقیق از تاجر

و اعمال تجاری[1] ضروری اســـت. بر این اساس لازم است معیار تاجر بودن را اشتغال عملی و مستمر به حداقل یکی از امور تجاری قرار داد؛ ولو این‌که شخص در کنار این شغل، به شغل دیگری مانند معلمی یا طبابت هم اشتغال داشته باشد. هم‌چنین در زمینه امور شرکت‌ها، مواردی چون بالا بردن حداقل میزان سرمایه لازم برای تشکیل شرکت تجاری، انســـداد قسمتی از سرمایه شـــرکت حین ثبت آن به عنوان پشتوانه مالی برای طلبکاران احتمالی، اعتبارســـنجی شـــرکت تجاری در زمان ثبت، احراز رسمی واقعی بودن هویت مؤسســـان شـــرکت و اعتبار مالی آنان، الزام شرکت‌های تجاری به ارائه گردش حســـاب خود به اداره ثبت شرکت‌ها و اتاق‌های بازرگانی و ضابطه‌مند کردن صـــدور کارت بازرگانی برای تجار بر مبنای تخصص، ســـوابق فعالیت، میزان دارایی مثبت، باید مورد نظر قرار گیرد. در زمینه امور ورشکستگی نیز، تعیین ضابطه عینی و واحد برای تعیین تاریخ توقف، محدود نمودن مدت زمانی که می‌توان تاریخ توقف را به زمان پیش از صدور حکم برگرداند و تعیین محدودیت زمانی برای کارشناســـی در پرونده‌های ورشکستگی و پرونده‌های دعاوی ناشی از ورشکستگی و نیز کارشناسی در ادارات تصفیـــه با ضمانت اجرای تعلیق کارشـــناس در صورت عدم ارائه نظر در مدت مقرر، پیشـــنهاد می‌شود. هم‌چنین پیش بینی نهادهایی برای احیا یا تداوم فعالیت شرکت ورشکسته از جمله طرح بازســـازی بنگاه اقتصادی ورشکسته برای بعضی از موارد ورشکستگی به تاسی از نهادهای مشابه در حقوق کشورهای دیگر می‌تواند مفید واقع شـــود (قنواتی و کهنمویـــی، ۱۳۸۹: ۱۱۵-۱۴۳؛ علاالدینی و آذربایجانی، ۱۳۹۴: ۳۹-۶۶؛ مجاهـــد، ۱۴۰۰: ۶۵-۷۷؛ Macham, 2004: 24-38). تصویـــب قانون آیین دادرســـی تجاری و لزوم رســـیدگی اختصاری به دعاوی تجاری نیز از اهمیت بالایی برخوردار است.

۲-۳. استفاده از ظرفیت تجار در کنار قضات در رسیدگی به امور تجاری

۱. بنا به نظر مرکز پژوهش‌های مجلس در نظر شماره ۱۵۰۱۰: « به دلیل ابهام موجود در نظام حقوقی در خصـــوص تاجر و اعمال تجاری، تشـــکیل دادگاه تجاری به جهـــت اختلافی که در صلاحیت با دادگاه‌های عمومی حقوقی خواهد داشـــت نه تنها کمک چندانی به دادگســـتری نمی‌کند، بلکه خود عامل ایجاد اطاله دادرســـی است». به نظر می‌رســـد احتمال اختلاف در صلاحیت در خصوص سایر دادگاه‌های اختصاصی با دادگاه‌های عمومی نیز وجود دارد، اما این احتمال مانع تشـــکیل آن‌ها نشده است. با اصلاح قانون و ارائه تعریف دقیق‌تر این احتمال و مصادیق آن را می‌توان کاهش داد. لذا این نظر قابل انتقاد است.

با عنایت به این‌که فعالیت‌های تجاری بیش از آن‌که بر پایه قانون انجام شـــود، بر اســـاس عرف حاکم بر این فعالیت ها و روابط تجاری تجار شکل می‌گیرد؛ از این رو هر اندازه تلاش شـــود از قضاتی که تحصیلات حقوقی دارند، متخصص در زمینه امور تجاری بســـازیم با توفیق زیادی همراه نخواهد بود؛ زیرا دامنه امور و موضوعات تجاری بســـیار گسترده اســـت و نمی‌توان از قاضی دادگستری که تحصیلات حقوقی دارد انتظـــار داشـــت در تمام موضوعات تجاری با تمام تنوع آن‌ها متخصص شـــود. از ســـوی دیگر، آن‌چه در رســـیدگی‌های تجاری باید بســـیار مورد توجه قرار گیرد، عرف‌های تجاری در هر موضوع اســـت. حتی اگر بتوانیم با آموزش مطالب تئوری در زمینه امور تجاری به قاضی، او را در این زمینه‌ها متخصص گردانیم، آشنایی و تسلط بر عرف در زمینه‌های گوناگون مســـتلزم قرار گرفتن در آن فضاســـت و با دشـــورای بیشتری روبه‌روســـت. در مقابل تصور ارائه آموزش‌های حقوقی لازم برای رسیدگی و صدور رای به تجار با دشـــورای و حتی هزینه به مراتب کمتری همراه خواهد بود. به این ترتیب، ســـپردن امر قضاوت دعاوی تجاری بـــه اهل آن، یعنی تجار ضروری اســـت و لذا به جای تشکیل دادگاه‌های اختصاصی تجاری باید به فکر تشکیل دیوان تخصصی تجاری بود.

ســـاختار دیوان تخصصی تجاری با الهام از تشکیلات دیوان عدالت اداری و با ویژگی‌های خاص به شرح زیر است:

یکم، در این راستا باید قانونی تهیه و تصویب شود که به تمام موضوعات مانند ساختار و تشکیلات، حدود صلاحیت، نحوه انتخاب تجار رسیدگی کننده به دعاوی، نحوه رسیدگی از همان زمان تقدیم دادخواست تا زمان اجرای حکم و ... به طور دقیق پیش‌بینی گردد. این دیوان در مراکز اســـتان‌ها و بعضی شـــهرها و مناطقی که مبادلات تجاری بیشتری دارند تشکیل شود و به لحاظ ماهیت قضایی تصمیمات و موضوعات ارجاعی به آن، لازم است زیر مجموعه قوه قضائیه قرار گیرد.

دوم، تجار رســـیدگی کننده باید خود در زمینه موضوع پرونده ســـابقه فعالیت تجاری داشته باشـــند و ورشکسته نیز نباشند. این تجار می‌توانند به پیشنهاد اتاق‌های بازرگانی و صنایع و معادن هر استان در موضوعات مختلف مانند حمل و نقل، بیمه و امور تولیدی و توزیعی و ... پس از تایید قوه قضاییه، توسط رئیس دیوان که به نوعی

دارای سمت اداری است، حسب موضوع پرونده انتخاب شوند. حقوق و تکالیف این اشخاص و ضمانت اجرای تخلفاتی نظیر تبانی و یا عدم رسیدگی و صدور رای طبق قانون باید تعریف و مدون شـــود. تجار موجود در این فهرست همگی باید دوره‌های آموزش حقوقی را جهت اداره جلسات و انشای رای گذرانده باشند.

ســـوم، در معیت دو عضو تاجر در شعب دیوان تجاری، یک قاضی دادگستری جهت تضمین رعایت موازین حقوقی در جلســـات، اعمال مقررات قانونی و کمک به دو عضو تاجر برای انشـــای رای و مستدل و مستند سازی آن تعیین شود. هر یک از قضات و تجار رســـیدگی کننده از حق رای برابر برخوردارند. البته مشارکت شخصی کـــه قاضی نیســـت در فرایند صـــدور رای و در کنار قاضی، در حقـــوق ایران مورد اقبال نیست، اما مشـــابه این ترتیب در دادگاه‌های رسیدگی کننده به جرائم سیاسی و مطبوعاتی دیده شـــده است که مستند به اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی باید با حضور هیات منصفه تشـــکیل شـــود و اعضای این هیـــات باید در خصوص مجرمیت یا تبرئه متهم اظهار نظر نمایند. البته مستند به رای وحدت رویه شماره ۸۳۷ مـــورخ ۱۴۰۲/۷/٤ هیات عمومی دیوان عالی کشـــور دادگاه مکلف به تبعیت از نظر هیات منصفه نیست.

در پاســـخ به این ایراد باید گفت در دادگاه تجاری مستشاران غیرقضایی امکان دخالت در رســـیدگی و مشـــارکت در صدور حکم را ندارند، اما در نهادی با عنوان «دیوان تخصصی» این محدودیت وجود ندارد؛ زیرا مصادیق دیگر مانند دیوان داوری وجود دارد که رســـیدگی‌کننده به دعاوی قاضی نیستند. مثال ملموس‌تر کمیسیون‌های شـــهرداری یا مالیاتی به عنوان مراجعی اختصاصی اســـت که قضـــات در کنار افراد غیر قضایی به پرونده‌های در صلاحیت آن کمیســـیون رســـیدگی کرده و از حق رای برابر برخوردارند. با اقتباس از چنین نهادهایی می‌تـــوان گفت در در دیوان تخصصی تجاری نیز مشـــارکت در رسیدگی و صدور رای برای مستشاران غیرقضایی (تجاری) در کنار قاضی دادگســـتری منع عقلی و قانونـــی ندارد. هم‌چنین در زمینه به کارگیری مستشـــاران تجاری در شـــعبه دیوان تخصصی تجاری، این ایراد قابل طرح است که در زمان حیـــات دادگاه‌های تجاری در نظام حقوقی ایران، اســـتفاده از ظرفیت تجار برای رســـیدگی در این دادگاه‌ها پیش‌بینی شـــده بود که بی‌اعتنایی آن‌ها برای حضور

در جلسات و صدور رای و نیز خروج ایشان از اصل بی‌طرفی باعث اطاله دادرسی می‌شد. به عبارتی، دادگاه‌های تجاری که به منظور تسریع در رسیدگی‌ها ایجاد شده بود، به عاملی برای کندی و تعلل در رسیدگی بدل شد و به همین دلیل قانون تسریع محاکمات آن‌ها را حذف کرد. حال بر چه اساسی تجربه‌ای که یک بار به شکست انجامیده را مجدد باید تکرار کرد؟ در پاسخ می‌توان گفت که قانون‌گذار در ماده ۲۱ قانون تشکیل محاکم تجاری خدمت اعضای تاجر در این دادگاه‌ها را مجانی و بلاعوض اعلام کرده بود. این موضوع یکی از مهم‌ترین علل عدم رغبت تجار برای شرکت در جلسات دادگاه و مشارکت در صدور رای بوده است؛ بنابراین نخستین گام برای ایجاد پای‌بندی در اعضای تاجر دیوان تخصصی تجاری، مقرر ساختن حقوق و پاداش برای ایشان است. اصلاح ساختار مدیریت منابع و بهینه‌سازی منابع تخصیصی در این زمینه می‌تواند راهگشا باشد (نوبهار و قاسمی و صفاری،۱۴۰۲: ۳۷۲). هم‌چنین قوه قضاییه می‌تواند از ظرفیت‌های مالی اتاق‌های بازرگانی برای تقبل بخشی از این هزینه‌ها استفاده کند. راهکار بعدی، متغیر بودن هیات تصمیم‌گیرنده در هر شعبه دیوان تخصصی تجاری است؛ به این معنا که برخلاف دادگاه‌ها که قاضی رسیدگی‌کننده در هر شعبه ثابت است و تغییر قاضی به صورت ادواری اتفاق می‌افتد، در شعب دیوان تخصصی تجاری بهتر است که ترکیب هیات رسیدگی‌کننده به پرونده شامل یک قاضی و دو مستشار غیر قضایی (تجاری) از هر پرونده تا پرونده دیگر متغیر باشد و این اعضا ثابت نباشند. این تدبیر در کنار کاهش امکان اعمال نفوذ در این هیات، مانع انباشت پرونده‌های یک شعبه به دلیل عدم حضور اعضای تاجر آن می‌شود. البته در صورتی‌که ترکیب هیات رسیدگی کننده به یک پرونده تعیین شد، این اعضا تا زمان تعیین تکلیف آن پرونده ثابت خواهند بود و باید در قانون برای طول مدت رسیدگی و تعیین تکلیف در آن زمینه، محدودیت زمانی مثلا شش ماهه[1] حسب موضوع پرونده با قید ضمانت اجراهای سنگینی مانند محرومیت از مستشاری یا تعلیق کارت بازرگانی برای مدت معینی یا هر دو مجازات برای عدم تعیین تکلیف در آن بازه زمانی تعیین شود.

۱. مانند محدودیت زمانی سه ماهه در مقررات آیین دادرسی مدنی برای صدور رای توسط داوران که با ضمانت اجرای محرومیت از داوری تضمین شده است.

چهارم، در درون تشـــکیلات این دیوان مانند تشـــکیلات دادگاه‌ها و یا دیوان عدالـــت اداری، هیات تجدیدنظر و نهاد اجرای احکام هـــم پیش‌بینی گردد تا بتوانند بـــا لحاظ خصوصیـــات خاص امور تجاری از جمله اصل ســـرعت، آراء دیوان را در کوتاه‌ترین زمان ممکن به اجرا درآورند. به عبارتی مرجع رسیدگی تجدیدنظر به آرای صادره از دیوان محاکم تجدیدنظر استان نیستند، بلکه در خود دیوان، شعب تجدیدنظر مجدد با حضور ســـه تاجر و دو قاضی دادگســـتری تشکیل می‌شود. هم‌چنین اجرای آراء صادره از شعب دیوان باید تابع مقررات اجرای احکام خاص و نه اجرای احکام مدنی باشد. بنابراین قانون پیشـــنهادی باید دارای چهار بخش مجزا شامل: ساختار و تشکیلات دیوان و مباحث مربوط به صلاحیت ذاتی و محلی آن، آیین دادرسی و شیوه طرح دعوی و رســـیدگی به آن در مرحله بدوی، شیوه‌های اعتراض به آرای صادره و نحوه رســـیدگی در مرحله تجدیدنظر، مقررات مربوط به ادله اثبات دعوی و مقررات مربوط به اجرای آرای صادره باشد.

پنجم، این دیوان به لحاظ ســـاختاری زیر مجموعه قوه قضاییه و نوعی مرجع قضایی و از نوع مراجع اختصاصی حقوقی خواهد بود. شاید بتوان از لحاظ ساختاری و این‌کـــه دیوان تخصصی تجاری، مراجع بـــدوی، تجدیدنظر و اجرای احکام خاص خود را دارد و نیز طیف موضوعـــات متنوع داخل در صلاحیت آن، دیوان تخصصی تجاری را تا حدودی شـــبیه به دیوان عدالت اداری دانســـت؛ زیـــرا در دیوان عدالت اداری نیز به تمام دعاوی و شـــکایات مردم از واحدهـــای دولتی و عمومی که طیف گســـترده‌ای را در بر می‌گیرد رسیدگی می‌شـــود، اما این دو تفاوت‌های اساسی نیز با یکدیگر دارند؛ از جمله این‌که، رســـیدگی در دیوان تخصصی تجاری توســـط هیات رســـیدگی کننده مرکب از قضات و تجار اســـت؛ در حالی که در دیوان عدالت اداری تنها قضات دادگســـتری عهده‌دار امر رسیدگی هستند. موضوعات داخل در صلاحیت دیـــوان تخصصی تجاری، دارای ماهیتی حقوقی و از نوع دعاوی تجاری خواهد بود؛ در صورتی‌کـــه دیوان عدالـــت اداری به دعاوی اداری رســـیدگی می‌کند. با توجه به محدود و محصور بودن موضوعات داخل در صلاحیت دیوان تخصصی تجاری، این دیوان یک مرجع اختصاصی حقوقی به شمار می‌آید؛ با این تفاوت که علاوه بر مرجع بـــدوی، مرجع تجدیدنظر و اجرای احکام اختصاصی نیـــز دارد. همچنین با توجه به

اینکه عزل و نصب اعضای هیات رسیدگی‌کننده در دیوان تخصصی تجاری توسط قوه قضاییه صورت می‌گیرد، جزء مراجع اختصاصی داخل در دادگستری خواهد بود.

ششم، در درون شعب دیوان تخصصی تجاری باید بین شعب بر مبنای موضوعات مورد ارجاع تقسیم بندی صورت گیرد. رسیدگی به دعاوی دریایی، دعاویی مربوط به ورشکستگی و انحلال و ادغام شرکت‌ها، دعاوی مربوط به واردات و صادرات و ... هر یک باید در شعب تخصصی خود مورد رسیدگی قرار گیرند. در کشورهایی که تجربه موفقی در زمینه رسیدگی به دعاوی تجاری دارند یکی از راهکارهای مورد استفاده، دادگاه‌های متعدد تجاری است که هر یک به موضوعی رسیدگی می‌کند؛ مانند دادگاه ورشکستگی، دادگاه تجارت بین‌الملل و دادگاه دعاوی کشتیرانی و دریایی. در این صورت رسیدگی‌ها به صورت تخصصی صورت می‌گیرد و حجم ورودی پرونده‌ها که یکی از موانع تحقق کارآمدی دادگاه‌هاست، با توزیع بین شعب بر مبنای تخصص کنترل می‌شود.

پیشنهاد پایانی، استفاده از ظرفیت قضات تجاری بین‌المللی دیگر کشورها در دیوان است که باید در آیین دادرسی ویژه این نهاد دیده شود.اگر می‌خواهیم با تاسیس یک مرجع اختصاصی تجاری با ارتقای کیفیت دادرسی باعث ایجاد اطمینان خاطر در تجار بین‌المللی برای سرمایه‌گذاری در ایران شویم، باید دامنه روابط بین‌المللی قضایی را گسترش داده و از تجارب و ظرفیت‌های قضات متبحر در این زمینه در کشورهای دیگر استفاده نمود. برگزاری جلسات به صورت آنلاین و رفع موانع ساختاری در این زمینه، کمک زیادی به عملی شدن این پیشنهاد می‌نماید. دیوان تخصصی تجاری با چنین اوصافی در نظام قضایی ایران مسبوق به سابقه نبوده و تجربه جدیدی خواهد بود.

۳-۳. استفاده از ظرفیت هوش مصنوعی و فناوری اطلاعات در دادرسی‌ها

یکی دیگر از راهکارهایی که برای ارتقای سرعت در دادرسی مورد توجه و در بعضی از کشورها مورد استفاده قرار گرفته، استفاده از فناوری هوش مصنوعی در دادرسی است. پیچیدگی روابط بین اشخاص و تخصصی بودن موضوع بسیاری از دعاوی، تعدد قوانین و مقررات مرتبط که مستلزم تسلط قاضی بر امور موضوعی

و حکمی متعدد و پیچیده اســـت از یک ســـو و قابلیت چشم‌گیر هوش مصنوعی در پردازش و مدیریت داده‌ها با ســـرعت و دقت بالا باعث شـــده ایده استفاده از هوش مصنوعی در رســـیدگی‌های قضایی به ذهن بشر خطور کند. (حسینی و عبدخدائی و شریف‌خانی ۱٤۰۲: ۷۸) البته در شـــرایط فعلی، از هوش مصنوعی در بهترین حالت ممکن صرفاً در نقش مشـــاور و ابزار کمکی قاضی می‌توان بهره برد و به دلیل بعضی محدودیت‌ها، امکان سپردن کل جریان دادرسی و فصل خصومت به هوش مصنوعی وجود ندارد. البته استفاده از ظرفیت هوش مصنوعی در دادرسی موضوعی است که با چالش‌های بسیاری روبه‌روست؛ از جمله این مشکلات، در ارتباط با استدلال حقوقی خصوصاً در پرونده‌های با موضوع جدید و فاقد سابقه مشابه و پرونده‌های چند بعدی و دشـــوار است. همچنین آن‌چه که جانبداری و سوگیری هوش مصنوعی نامیده شده هم یکی دیگر از ایرادهای وارد بر استفاده از این فناوری در دادرسی‌هاست. (رهبری و شـــعبان‌پور، ۱٤۰۱: ٤۳۱) با این وصف ضرورت هم‌گام شدن با تحولات و به روز نمودن فرایند رســـیدگی به دعاوی، اســـتفاده از ظرفیت هوش مصنوعی را هر چند به صورت کنترل شده و محدود در ابتدای کار توجیه می‌نمایند.

برآمد

۱- تشـــکیل مرجع اختصاصی برای رســـیدگی به پرونده‌های تجاری همواره مورد توجه قانون‌گذاران و متولیان امر بوده و تلاش‌هایی در این زمینه صورت گرفته است. این تلاش‌ها در برهه‌ای از تاریخ به شکل تشکیل یک دادگاه اختصاصی تجاری و امروزه به شـــکل تخصیص بعضی از شـــعب دادگاه‌های عمومی به عنوان شـــعب تخصصی تجاری بوده است.

۲- دلایل عدم اثربخـــشی تشکـــیل دادگاه اختصاصی تجاری در گذشته و شـــعب تخصصی تجاری در شـــرایط فعلی عبارت اســـت از: کمبود یا فقدان نیروی متخصص در رســـیدگی‌ها، نقص قوانین شـــکلی و ماهوی در این زمینه، حجم زیاد پرونده‌ها و اطاله بیش از حد دادرسی، عدم استفاده از ظرفیت‌های دادرسی الکترونیک و در نهایت برخی محدودیت‌ها که در ساخـــتار عملکردی شعب تخصصی تجاری وجود دارد.

۳- بدون فراهم آوردن اسباب و مقدمات یک رسیدگی تخصصی، تشکیل یک مرجع رســـیدگی مجزا برای رســـیدگی به دعاوی تجاری در قالب دادگاه اختصاصی تجاری یا شـــعب تخصصی تجاری نمی‌تواند تغییر اساســـی در این زمینه ایجاد کند، بلکه در گام نخســـت باید مقدمات رسیدگی تخصصی مهیا شود. در این راستا اصلاح قوانین شـــکلی و ماهـــوی از جمله تصویب قانون آیین دادرســـی تجاری، و اصلاح مقررات قانون تجارت در بخش‌های شـــرکت‌ها و ورشکســـتگی جزو ضروری‌ترین اقدامات است.

٤- پیشـــنهاد این تحقیق، تشکیل دیوان تخصصی تجاری با استفاده از ظرفیت تجار در قالب مستشاران غیر قضایی کنار قاضی و با حق رای برابر است. وقتی مرجع اختصاصی رســـیدگی، عنوان دادگاه نداشته باشـــد، دخالت اشخاص غیر حقوقی در فرایند رســـیدگی و صدور رای آسان‌تر پذیرفته می‌شـــود. کمیسیون‌های شهرداری و مالیاتی نمونه‌های نســـبتاً موفقی از این مشـــارکت بین قضات و اشخاص غیر حقوقی اســـت. دیوان تخصصی تجاری با اقتباس از دیوان عدالت اداری باید به گونه‌ای باشد

که شـــعب بدوی، تجدیدنظر و اجرای احکام خاص امور تجاری را در خود داشته و تابع آیین دادرسی ویژه امور تجاری باشد.

فهرست منابع:

الف. فارسی

* بهره‌منـــد بگ‌نظـــر، حمید و عامری ثانـــی، امیرکیا و فرهمنـــد، آذر و حاجی زاده، امیرحســـین (۱۴۰۲)، «**سیاست حقوقی و پیشگیری از تشـــتت آرا؛ کاهش دامنه تفســـیرپذیری قوانین از طریق یادداشـــت توضیحی و آزمایشگاه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴

* حسینی، ســـید احمد و عبدخدائی، زهره و شریف‌خانی، محمد (۱۴۰۲)، «**کاربرد هوش مصنوعی در رســـیدگی‌های قضایی، چالش شـــفافیت و راهکارهای آن**»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۱.

* جوهر، ســـعید و نیکوند، شکرالله (۱۳۹۹)، «**دادگاه ها اقتصادی جایگزین محاکم تجاری، با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی فرانسه و بلژیک**»، تحقیقات حقوقی آزاد، دوره ۱۳، شماره ۴۹.

* جوهر، سعـــید (۱۴۰۰)، **بایسته‌های دادرســـی تجاری**، چـــاپ نخست، تهران: جاودانه

* رهبری، ابراهیم و شـــعبان‌پور، علی (۱۴۰۱)، «**چالش‌های کاربرد هوش مصنوعی به عنوان قاضی در دادرسی‌های حقوقی**»، تحقیقات حقوقی ویژه‌نامه حقوق فناوری، دوره ۲۵.

* طباطبائی حصاری، نســـرین و صفی‌زاده، ســـروش (۱۴۰۲)، «**شرکت‌های کاغذی و راهکارهای مقابله با آن‌ها در پرتو آســـیب شناسی نظام ثبت شرکت‌ها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* علاالدینی، امیرعباس و آذربایجانی، علیرضا (۱۳۹۴)، «**تبیین راهبردهای موجود در خصوص جلوگیری از ورشکستگی شرکت‌ها در لایحه تجارت و حقوق فرانسه**»، مطالعات مدیریت راهبردی، دوره ۶، شماره ۲۴.

* قاســـمی حامد، عباس و غفوری اصل، غـــزل (۱۳۹۴)، «**لزوم احیای دادگاه های تجاری**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۳.

* قنواتی، جلیل و کهنمویی، اسماعیل (۱۳۸۹)، «**بررسی نهاد بازسازی در قانون ایالات متحده و مقایسه آن با قرارداد ارفاقی**»، مدرس علوم انسانی- پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ٤ (پیاپی ۷۰).

* مافی، همایون و افشار ونگینی، رحمان (۱٤۰۱)، «**ایجاد دادگاه‌های تجاری در راستای اصل سرعت در آیین دادرسی**»، دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۵، شماره ۱٤.

* مجاهد، افشین (۱٤۰۱)، «**جایگاه دادگاه‌های تجاری در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال پنجم، شماره۱۷.

* مجاهد، افشین (۱٤۰۰)، «**مطالعه تطبیقی آثار ورشکستگی در حقوق ایران و فرانسه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال چهارم، شماره ۱۵.

* نریمانی، محمدرضا و میری، سید امیر احسان (۱٤۰۲)، **دادگاه‌ها و دادرسی تجاری در نظام قضایی ایران**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.

* نوبهار، رحیم و قاسمی، مجتبی و صفاری، فاطمه (۱٤۰۲)، «**چالش‌های تخصیص منابع مالی به قوه قضاییه در جمهوری اسلامی، مجله حقوقی دادگستری**»، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷

ب. انگلیسی

* Adminstrative office of the U.S Court, (2016), **The Federal Court System in The United State An Introdution For Judges And Judicial Adminstrator in Other Countries**, published by Adminstrative office of the U.S Court 4th edition, available at: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federalcourtssystemintheus.pdf>(last visited on 2024/04/22)

* Baum, Lawrence, **Judicial Specialization and the Adjudication of Immigration Case**, (2010), Duke Law Journal, Vol 59, pp 1501-1561, available at: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol59/iss8/1/> (last visited on 2023/08/20)

* Difiore, Janet (2018), **"Electronoc Filing in The New York State"**,

Report of the Chief Administrative Judge to the Legislature, the Governor, and the Chief Judge of the State of New York, available at: < https://ww2.nycourts.gov/sites/default/files/document/files/2018-06/18_E-File_Report.pdf> (last visited on: 2024/08/18)

❋ Easterbrook, Frank H , **Afterword: on Being A Commercial Court**, (1989), Chicago-Kent Law Review, vol 65, pp: 877-881 Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol65/iss3/11> (last visited on 2023/08/13)

❋ Haig, Robert L. (1996) **"Can New York's New Commercial Division Resolve Business Disputes As Well As Anyone? ",** Touro Law Review, Vol 13, No 1,pp: 191-205, available at: <https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1633&context=lawreview>(last visited on 2023/09/1301)

❋ HM Coutrs &Tribunals Service, (2022), **"The Business and Property Courts of England & Wales"**, (2022), 11th Edition, available at: < https://www.judiciary.uk/wp content/uploads/2022/06/Commercial-Court-Guide-11th-edition.pdf> (last visited on: 2024/08/17)

❋ Mecham, Leonidas Ralph, **Bankruptcy basics**, (2004), Administrative Office of the United States Courts,Rivised Second Edition, available at: < https: //www.govinfo.gov/content/pkg/GOVPUB-JU10-PURL LPS44750 /pdf/GOVPUB-JU10-PURL-LPS44750.pdf>(last visited on 2023/11/20)

❋ Lye, Kc & Chan, Darius (2015), **"The Singapore International Commercial Court: a challenge to arbitration?"**, Banking and Finance Disputes Rewive, Issue 07, available at: < https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/banking-and-finance-disputes-review---issue-7.pdf?>, (last visited on: 2024/08/18)

❋ Parish Matthew, (2015), **"London's Commercial Court sinks under its own weight"**, Global Arbitration Review, available at: < https://www.linkedin.com/pulse/londons-commercial-court-sinks-under-its-own-weight-matthew-parish?trk=seokp_posts_primary_cluster_res_title>> (last visited on: 2024/08/18)

❋ Ramasubramanian, Justice V, **"Commercial Litigation or Litigation Commercial: Specialised Commercial Courts in India**. National Law School Business Law Review: Vol. 1: Iss. 1 , Available at: < https://repository.nls.ac.in/nlsblr/vol1/iss1/7> (last visited on 2024/02/13)

❋ Silversri, Elisabetta, (2014), **"Judicial Specialization:In Search of the 'Right' Judge for Each Case"**. RUSSIAN LAW JOURNAL, Vol 2 , Issue 4, 2014, pp 165-175, Available at:<https://www.researchgate.net/publication/281431554_Judicial_Specialization_In_search_of_the_'Right'_Judge_for_Each_Case > (last visited on 2024/04/03)

❋ South China Morning Post (2014), **"Singapore's Planned International Commercial Court to Take Business Away from London and Hong Kong"**, Report of Reuters in Singapore available at: <http://www.scmp.com/business/companies/article/1426528/singapores-planned-international-commercial- court. com>, (last visited on: 2024/08/18)

❋ The Stationery Office, (2009) **"Review of Civil Litigation Costs: Final Report"**, Published by TSO (The Stationery Office) (UK). available at: < https://www.judiciary.uk/wp content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf > (last visited on: 2024/08/17)

❋ Vijay Damle, Sarang, (2005), **"Specialize the judge, Not The**

Court: A Lesson From The German Constitutional Court", Virginia Law Review Vol. 91, pp 1267-1311 ,available at: < https://virginialawreview.org/articles/specialize-judge-not-court-lesson-german-constitutional-court/ > (last visited on 2024/03/17)

❋ Wang, Yu, (2007), **The Impact of Specialized Courts on the Federal Judicial System 1925-1981**: bepress Legal Series.Working Paper available at: <https://law.bepress.com/expresso/eps/1977> (last visited on 2024/05/01)

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۳۴۰-۳۰۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۱۴

بازآرایی نهادهای رفاهی در خدمت کنترل و تنبیه؛ مطالعه موردی نظام عدالت کیفری ایران

آزاده صادقی[۱]

چکیده

رفاه‌گرایی کیفری مجموعه‌ای از نهادها را بر پایه بازپروری به عنوان هدف اصلی برای چگونگی تصمیم‌گیری‌های قانونی و قضایی راجع به بزهکاری صورت‌بندی می‌کند، اما در نظام عدالت کیفری ایران با این‌که تغییرات رفاهی در حوزه غیر از زندان در حال توسعه است، ولی قابلیت‌های اصلاحی در حد و اندازه واقعی‌شان ظاهر نشده‌اند؛ بنابراین پرسش اصلی این است که چه عاملی مسؤول وضعیت کنونی نهادهای رفاهی است. در پاسخ به این پرسش، با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و اتکای عمده بر دیدگاه‌های «بوردیو» استدلال می‌کنیم که مفهوم میدان کیفری با شفاف‌سازی شکل‌گیری کنش‌های کنش‌گران در درون نیروهای ساختاری میدان، تحلیل بهتری راجع به سرنوشت این تغییرات رفاهی ارائه می‌کند. این میدان با آشکارسازی کشمکش‌ها نشان می‌دهد که چگونه موقعیت‌ها و منش‌ها می‌توانند تغییرات را به سوی نتایج مورد نظر بکشاند و خود را این بار با سنت اصلاح، بازپیکربندی کند. از این جهت، نهادهای اصلاحی بیش از آن‌که بتوانند رفاه را دنبال کنند، میدان کیفری را بازتولید می‌کنند.

واژگان کلیدی: میدان کیفری، رفاه‌گرایی کیفری، نهادهای رفاهی کیفری، تغییرات رفاهی

---

۱. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، مازندران، ایران sadeghiazade@yahoo.com

درآمد

جرم‌شناسان انتقادی در هر شاخه‌ای که قرار داده شوند، آشکارسازی ماهیت، ساخت و چگونگی عملکرد قدرت، پیامدهای آن، فرایند طبیعی‌انگاشتن نابرابری‌ها و به‌طور کلی هر آنچه که مربوط به قدرت کیفری است را تکلیف اصلی خود می‌دانند. شناخت و درک قدرت به اندازه و یا حتی بیشتر از ارائه راهکارهای پیش‌گیری و کاهش جرم، مهم شمرده شده و آنان را بیش از پیش به هم‌پیمانان جامعه‌شناس و سیاست‌شناس خود نزدیک کرده است. حاصل این هم‌رسانی دیدگاه‌ها، نظریه‌پردازی‌هایی است که به اعتبار رشته‌ها می‌افزاید، شناخت پدیده‌ها را عینی‌تر می‌کند و به تبع آن راه‌حل‌های زمینه‌مند و واقع‌گرایانه ارائه می‌دهد. یکی از این نوآوری‌های مطالعاتی را می‌توانیم در میان آثار جرم‌شناسانی ببینیم که از بوردیو سرمشق گرفته و مرزهای جرم‌شناسی را بار دیگر توسعه داده‌اند.جرم‌شناسی بوردیویی[1] مجموعه مطالعات انتقادی را توصیف می‌کند که با استفاده از مفاهیم یا چارچوب‌های نظری میدان، عادت‌واره، کنش[2] و غیره درصدد بازشناسی میدان به‌عنوان فضای اجتماعی مملو از قدرتی است که در آن سوژه‌ها از عاملیت تهی می‌شوند و ساختارها جای خالی آن را در تصمیم‌گیری کنش‌گران و به تبع آن بر ساخت واقعیت‌های اجتماعی، اشغال می‌کنند (Bowden, 2021).

مفهوم‌سازی «میدان خیابان»،[3] «میدان کیفری»،[4] «میدان کنترل جرم»[5] و «میدان

1. Bourdieusian Criminology

۲. این مفاهیم در ادامه مورد بررسی قرار خواهند گرفتند. بوردیو یکی از مهم‌ترین و تاثیرگذارترین جامعه‌شناسانی است که کتب و مقالات بسیاری نوشته است. آن‌چه بوردیو را متمایز می‌کند، مفاهیم و نظریه‌هایی است که اندیشه‌های تقریبا تثبیت شده پیشین هم‌چون عینیت‌گرایی یا ذهنیت‌گرایی را کنار می‌زند و با تاثیرپذیری از فلسفه و زبان‌شناسی، مفهوم‌هایی را ارائه می‌دهد که به اذعان او، هم می‌تواند یک روش پژوهش و هم چارچوب نظری باشد؛ البته، درک درست همه این مفاهیم غامض، بسیار دشوار و مستلزم مطالعه عمیق تمامی آثار او است و بنابراین، تبیین هر یک از آن‌ها به صورت کامل در یک یا چند مقاله نمی‌گنجد. در مقاله حاضر، تنها می‌خواهیم با اشاره‌ای مختصر به مفاهیم میدان، عادت‌واره، کنش، آن‌ها را در جریان رفاه‌گرایی کیفری بسنجیم. لذا خوانندگان را برای درک جامع این مفاهیم به ترجمه‌های فارسی کتب بوردیو و مقالاتی که اندیشه‌های جامعه‌شناسانه او را تحلیل کرده‌اند، ارجاع می‌دهیم.

3. Street Field
4. Penal Field
5. Crime Control Field

امنیت»[1] در ادبیات جرم‌شناسان در سال‌های اخیر با عمیق‌ترین تاثیرپذیری از بوردیو، به خوبی نیاز به یک نظریه برد متوسط[2] را برای درک دقیق عملکرد کنش‌گران در چارچوب نظریه‌های کلان برطرف می‌کند؛ تبیین این‌که جزئیات در عدالت کیفری هم‌چون فرایند قانون‌گذاری یا عملکرد قضات یا پلیس چگونه در پرتو نظریه‌های کلان انسجام می‌یابد، بسیار دشوار و انتزاعی به نظر می‌رسد، اما مفاهیمی هم‌چون میدان کیفری یا خیابان می‌توانند با آشکارسازی کشمکش‌ها، شکل‌گیری تصمیمات کنش‌گران بر اساس ساختار میدان را تبیین و تصویری واضح‌تر از چگونگی تصاحب فضا توسط قدرت کیفری ارائه دهند (Garland, 2004: 168-169). به‌طور خاص، میدان کیفری در مطالعات جرم‌شناسانی که در حوزه جامعه‌شناسی و مجازات‌ها فعالیت می‌کنند، مفهوم‌سازی و چگونگی ساختار یافتن آن در واکنش به تغییرات تبیین شده است. خروج از رفاه‌گرایی کیفری[3] و شکل‌گیری دورانی از تنبیه، سخت‌گیری، ریسک‌محوری و مدیریت‌گرایی اصولا به چارچوب‌های نظری مختلفی هم‌چون نئولیبرالیسم یا ویژگی‌های خاص مدرنیته متاخر،[4] فرهنگ کنترل و کیفرشناسی نو ربط داده می‌شود. این میدان به مثابه یک نظریه یا یک نوع روش مطالعه، در جزئیات زنجیره‌ای از کنش‌هایی را شکل داده و نتایج درگیری‌ها را همیشه به نفع نیروهای

---

1. Security Field
2. Middle Rang Theory
3. Penal Welfarism

گارلند با مفهوم‌سازی رفاه‌گرایی کیفری، به دوران مدرنیسم کیفری قبل از دهه هشتاد اشاره می‌کند که در آن اندیشه‌های بازپرورانه به عنوان راهنمای رفتار با بزهکاران در تمامی حوزه‌های عدالت کیفری اجرایی می‌شد. به این مفهوم در ادامه به صورت مختصر خواهیم پرداخت.

4. Late Modernism

تحلیل‌های کلان متعددی راجع به چرایی شکل‌گیری سخت‌گیری کیفری، ریسک محوری و مدیریت‌گرایی نگارش شده است. برخی هم‌چون واکان این جریان را به نئولیبرالیسم، گروهی به تاسی از گارلند آن را با ویژگی‌های مدرنیته متاخر و فرهنگ کنترل ربط می‌دهند. گروهی دیگر نیز این ویژگی‌ها را برآمده از ظهور کیفرشناسی نو یا مقوله‌های حکمرانی از طریق جرم می‌دانند. به هر حال، این‌ها مهم‌ترین نظریه‌هایی کلانی هستند که می‌توانند کناره‌گیری از ایده‌های اصلاح و درمان و ورود به عصر شدت عمل کیفری و مدیریت‌گرایی را تبیین کنند. راجع به هر یک از نظریه‌ها مقالات و کتب فارسی متعددی نوشته شده که می‌تواند به خوانندگان برای درک بهتر این مقاله کمک کند. البته، الله‌وردی (۱۳۹۹) در مقاله خود با عنوان «هیچ چیز موثرنیست؟ اسطوره شکست رویکرد بازپروری مجرمان»، به گونه‌ای متفاوت به این موضوع ورود پیدا کرده است؛ افشای جنبه‌های اسطوره‌ای شکست بازپروری عنصری مهم در تحلیل چرایی شکل‌گیری دوران سخت‌گیری کیفری خواهد بود.

عینی میدان تغییر و در نتیجه، تاثیر نظریه‌های کلان را بر تصمیمات، قانون‌گذاری‌ها و مدیریت‌های تنبیهی چارچوب‌بندی کرده است (Bowden, 2021; Lynch, 2011). به رغم آن‌که به لحاظ نظری امکان مقایسه میان روندهای کیفری در کشورهای غربی و ایـــران وجود نـــدارد، ولی حداقل می‌توان گفت که در نظـــام عدالت کیفری ایران، وضعیت رفاهی به ظاهر در حال توسعه است. شاهد آن هستیم که نهادهای اصلاحی به صف شـــده‌اند تا صورت متفاوتی از برخورد نظام عدالـــت کیفری با بزهکاران را بیارایند؛ قوانین راجع به نهادهای تعویق، تعلیق، مجازات‌های جایگزین حبس، نظارت الکترونیک بـــا آیین‌نامه‌هایی اجرایی که از تصویب آن مدت زمان طولانی نمی‌گذرد، قرار است ابعاد اصلاح و درمانی را انعکاس دهند.

در چنین فضایی، رابینســـون (۲۰۱۶) معتقد اســـت که کیفرهای اجتماعی[1] به واسطه دل مشغولی پژوهش‌گران به نظریه‌مندسازی ارتباط میان نئولیبرالیسم، مدرنیته متاخر، کیفرشناســـی نو و فرهنگ کنترل با حبس‌گرایـــی افراطی و تبعیض نژادی، از نظرها دور مانده و تنها در ســـال‌های اخیر از طریق باخبر شـــدن از اهمیت فوق‌العاده ابعاد نظارتی و کنترلی آن برای قدرت کیفری، از انزوای نظری بیرون کشـــیده شـــده و بـــه لحاظ انتقادی (از جمله در چارچوب نظری میـــدان کیفری) مورد مطالعه قرار گرفته اســـت. اما در ایران جشـــن ورود و توسعه نهادهای اصلاحی به درازا کشیده و طبیعتا مانع از آن شده که چگونگی بهره‌مندی قدرت کیفری از این نهادها و در نتیجه بازتولید میدان کیفری در رابطه با تغییرات رفاهی به‌عنوان یک مســـاله مورد ملاحظه قرار گیرد.

بنابراین بهتر اســـت بپرسیم که آیا این نهادهای اصلاحی همان میراثی است که از دوران رفاه‌گرایی کیفری برای ما برجای مانده اســـت؛ با کدام نســـخه از رفاه‌گرایی

---

۱. کیفرهای اجتماعی علاوه بر این‌که به لحاظ نام‌گذاری در مقاله‌ها و کشـــورهای مختلف اســـامی متفاوتی هم‌چون جایگزین‌های حبس دارند، از حیث تقسیمات درونی نیز متفاوت هستند. در برخی پژوهش‌ها، کیفرهای اجتماعی معنای مضیق‌تری دارد و تنها بر خدمات عمومی و نظارت الکترونیک اعمال می‌شود. اما برخی پژوهش‌ها مفهوم کیفرهای اجتماعی را به غیر از معانی قابل تصور هم‌چون خدمات عمومی وحتی پروبیشـــن هم به کار برده‌اند (Robinson, 2016: 99-101). در این پژوهش هم همین معنای گســـترده مراد است و نظارت الکترونیک تعلیق و جزای نقدی را هم در بر می‌گیرد. بنابراین، کیفرهای اجتماعی، نهادهای اصلاحی و یا ارفاقی را به صورت مترادف و به جای هم استفاده می‌کنیم.

روبرو هستیم؟ نسخه‌ای واقعی یا غیرواقعی از رفاه‌گرایی کیفری؟ اگر نخواهیم به صورت صفر و یکی جواب دهیم و به درجه‌بندی اعتقاد داشته باشیم، تا چه اندازه مدل رفاه‌گرایی کیفری در ایران، تحت تاثیر پی‌رنگ رفاه انسجام یافته و تا چه اندازه توسط نیروهای عینی میدان ساختار یافته است؟ همه این سوالات و چالش‌ها ما را برای ورود به مساله اصلی آماده می‌کند؛ پروژه رفاه‌گرایی کیفری در ایران در حال حاضر در درون میدان کیفری در چه وضعیتی به سر می‌برد؟

برای این‌که چند و چون رفاه‌گرایی در درون میدان کیفری در نظام عدالت کیفری را درک کنیم، در بخش اول پژوهش، این مفاهیم را از هم جدا و مقصودمان را از رفاه‌گرایی و میدان کیفری و اجزای مفهومی از جمله عادت‌واره[1] و نظریه کنش بوردیو روشن خواهیم کرد. عملکرد میدان کیفری در برابر تغییرات رفاهی هدف تحلیل‌ها در قسمت بعدی خواهد بود. ابتدا بررسی می‌کنیم که چگونه از یک سو، محرومیت از حقوق اجتماعی در متن تلاشی طولانی قرار گرفت و برای مجموعه‌سازی یکدست، کیفرهای اجتماعی را تباه کرد و از سوی دیگر، دوره مراقبت در فرایند رفاه‌گرایی در شمایل نهاد عاری از روح اصلاح‌گرایی درآمده که به جز آن پیکره نمادین، قدر و بهایی برای اصلاحات دیگر ندارد. در ادامه، وضعیت قانونی و قضایی خدمات عمومی را واکاوی کرده و نشان خواهیم داد که دیگر در سبد سرمایه این مجازات، نمی‌توان ارزش اصلاحات را در حد و اندازه واقعی‌اش جای داد و برعکس وزن ارزش‌های تنبیهی آن به واسطه تاثیرپذیری از میدان کیفری قطعا سنگین‌تر است. سپس، خطر دست‌اندازی میدان کیفری به سایر حوزه‌ها و به کیفر رسانیدن اشخاص بدون نیاز به جرم‌انگاری رفتارها را با قدرتی که نظارت الکترونیک در اختیار کنش‌گران می‌گذارد، هشدار می‌دهیم. شناسایی ظرفیت‌های پنهان نهادهای

1. Habitous

در ترجمه فارسی این کلمه برخلاف واژه میدان، اختلاف نظرهای فراوانی وجود دارد، به طوری‌که با مرور متوجه خواهیم شد که از واژه‌های «خصلت»، «منش»، «عادت‌واره»، «ریختار»، «ساختمان ذهنی» و خود «هابیتوس» استفاده شده است. در پژوهش حاضر، واژه «عادت‌واره» را به کار می‌بریم. البته، منبع دیگری نیز کنش‌گران میدان را به سمت کسب سرمایه هدایت می‌کند که مجموعه‌ای است از مقررات، قواعد و فرض‌ها و ارزش‌های بدیهی در میدان که دوکسا نام دارد و با این‌که ممکن است کنش‌گران اصلا به آن فکر نکنند یا تصوری در موردش داشته باشند، مرزهای اندیشه کردن را در درون میدان مشخص و بنابراین کنش آن‌ها را چارچوب‌های خاصی محدود می‌کند.

اصلاحی برای توسعه نظارت و به چنگ انداختن دوباره بزهکاران در میدان کیفری، بخش بعدی را تشکیل می دهد. در نهایت، کارکرد غیراصلاحی و مدیریتی جزای نقدی را برای میدان کیفری به بحث می‌گذاریم.

۱. چارچوب مفهومی و نظری پژوهش

در این قسمت می‌خواهیم ابتدا رفاه‌گرایی کیفری و سپس مفاهیم میدان کیفری، عادت‌واره و کنش را در برخورد با تغییرات رفاهی بررسی کنیم.

۱-۱. رفاه‌گرایی کیفری؛ چارچوب مفهومی

زمینه‌چینی‌های سیاسی پس از جنگ جهانی دوم به همراه نظریه‌پردازی‌های اقتصاد کینزی[1] و توجه به حقوق بشر به‌عنوان یک مساله، دولت رفاه را به‌عنوان چارچوب خدمات‌دهی و مدیریت کشورها بنیاد نهاد که در کنار اولویت‌هایی هم‌چون سر و سامان دادن به وضعیت فیزیکی شهرها و پاک کردن چهره جنگ، بازسازی رابطه دولت و شهروندان را در پرتو ایده‌های رفاهی پی بگیرد و چتر حمایتی خود را بر سر شهروندان بگشاید. در این رابطه ازسرنوشته‌شده، دولت‌ها عریض و طویل می‌شوند و خدمات توان‌بخشی، تامین اجتماعی، بیمه‌های سلامت، نظام بازنشستگی و غیره را در دسترس مردمانی قرار می‌دهند که تا پیش از این مسؤولیت‌ها را به تنهایی به دوش می‌کشیدند، اما مسؤولیت اجتماعی دولت، معادله‌ها را تغییر داد و از شهروندان، مطالبه‌گرانی را ساخت که توسعه خدمات رفاهی و ضرورت پاسخ‌سازی دولت‌ها یادآوری می‌کردند (Abramovitz, 2023: 22).

در اوج دولت رفاه و با توسعه حقوق بشر، زمزمه‌های تغییر در چگونگی برخورد نظام عدالت کیفری با بزهکاران به مرور زمان جریان عظیمی را به راه انداخت که بازپروری و یا همان اصلاح و درمان را هسته اصلی کیفرهایی معرفی کرد که از این پس برای پاسخ به بزهکاری تعیین و اجرا می‌شدند. رفاه‌گرایی کیفری مفهومی است که این تغییرات را توصیف می‌کند (Garland, 2018: 268)؛ نهادهای تعویق، تعلیق و آزادی مشروط بیش از گذشته آمیخته با مراقبت و برنامه‌های اصلاحی شدند و زندان‌ها نیز با حضور بیشتر متخصصان بالینی و توسعه کیفی و کمی خدمات

---

1. Keynesian Economy

این مفهوم اشاره به نظریه‌های اقتصادی دارد که از دخالت و نظارت دولت در فعالیت‌های اقتصادی حمایت می‌کنند و یکی از پایه‌های مهم شکل‌گیری دولت رفاه به شمار می‌رود.

بازپرورانـــه، آرایش اصلاحی به خود گرفتند. در ادامـــه، کیفرهای اجتماعی و به‌طور خاص خدمات اجتماعی رایگان به جمع پاســـخ‌های موجود اضافه شدند و با توسعه فناوری، نظارت الکترونیک، این مجموعه را کامل‌تر کرد.

با توجه به این‌که سیاست‌های کشورهای توسعه‌یافته در زمینه شیوه پاسخ‌گویی به جرم عموما در کشورهای در حال توسعه حداقل به آزمون گذارده می‌شوند و انتقال سیاســـت‌ها عموما به شـــیوه‌های مختلفی روی می‌دهد (کوهی اصفهانی و همکاران، ۱٤۰۰)،[۱] شـــاهد آن هســـتیم که در نظام عدالت کیفری ایران از ســـال ۱۳۹۲ [۲] به بعد مجموعه تحولاتی به مرور زمان در حال شکل‌گیری است که می‌توانیم با تسامح[۳] آن را همان جریان رفاه‌گرایی کیفری بخوانیم. فهرست نهادهای اصلاحی در قانون مجازات اسلامی بر این موضوع دلالت دارند؛ نهادهایی هم‌چون تعلیق و آزادی مشروط نسبت به گذشته ارمغان اصلاحی بیشتری را همراه آورده‌اند و مجازات‌های جایگزین حبس و نظارت الکترونیک به شـــدت وزنه رفاهی را سنگین‌تر کرده و تلاش می‌کنند تا در بســـتر جامعه، شرایط بازپروری بزهکاران را عینیت بخشند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸٦: ۵-۳). بدیـــن ترتیب، رفاه‌گرایی کیفری با مجموعه تحولاتی تمایز می‌یابد که تنبیه را طرد و با به کیفررســـانیدن بزهکار در بطن جامعه و اعمال مراقبت متناسب با نیازهای جرم‌زا و حتی غیرجرم‌زای او، درصدد ساخت جامعه‌ای بهتر است.

---

۱. برای مطالعه بیشـــتر راجع به مفهوم انتقال سیاست‌ها و آثار آن بنگرید به: کوهی اصفهانی و نجفی ابرندآبادی و فرجیها، ۱٤۰۰: ٦۰۵-٦۳٦.

۲. قصد برش زمانی نداریم، ولی لاجرم برای تمرکز بحث، ملاک اصلی تحلیل‌ها، مقررات مندرج در قانون مجازات اسلامی و آیین‌نامه‌های اجرایی آن است.

۳. . تســـامح از آن رو می‌باشـــد که در نظام عدالت کیـــفری ایران، با توجه به نوع جرایم، محدوده نهادهای اصلاحی مشخص شده است. در جرایم مســـتوجب حد، قصاص و دیات، اجرای این نهاد اصولاً امکان‌پذیر نیســـت. در رابطه با جرایم مســـتوجب تعزیر نیز محدودیت‌هایی به موجب قوانین پراکنده و یا حتی قوانین مادر، بزهکاران را از شـــمول چنین نـــهادهایی محروم می‌کند. جرایم علیه امنیت در برخی موارد یا جرایم مندرج در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز از جمله نمونه‌هایی هستند که این محرومیت‌ها به چشم می‌خورند. نظام اداره زندان‌ها نیز به‌رغم تصـویب آیین‌نامه سال ۱٤۰۰، بر روی کاغذ اصلاحی به نظر می‌رســـد ولی در عمل از هر رنگ و تعلقی به ایده‌های اصلاحی آزاد است.

۲-۱. میدان کیفـــری، عـادت‌واره و کنش کیفـــری در برخورد با تغییرات رفاهی

بوردیو برای شناخت جامعه‌شناسانه واقعیت‌های اجتماعی و رفتارهای انسانی، مفاهیمی را طی مطالعات خود تکوین کرده که میدان[1] یکی از مهم‌ترین آن‌ها اســت. در مجموعه فکری او، میدان فضای اجتماعی را به تصویر می‌کشـد که با ساختاردهی زنجیره‌ای از تصمیمات کنش‌گران، عناصـر حیات‌بخش خود را بازتولید می‌کند. در واقع سرتاسـر ارتباطات انسـانی در یک حوزه خاص، محیطی را تشکیل می‌دهد و خود این محیط با سازکارهایی که در اختیار دارد، بر شکل‌گیری رفتارها احاطه دارد و کنش‌گران را درون یک کل منسجم و مشخص به تصمیم‌گیری بر اساس اولویت‌های آن کل، به فعالیت وامی‌دارد.

جامعه‌پذیری و رفتارهای معمول و رایج تمـایلاتی در اشخـاص خلق می‌کند کـه تلقی‌ها و برداشـت‌ها، درک و واکنش افراد را شـکل می‌دهـد. بوردیو نام این تمایـلات را «عادت‌واره» می‌گذارد و در نوشته‌هایش به توسعه این مفـهوم در پرتو مفهوم میدان می‌پردازد (جمشـیدیها و پرستش، ۱۳۸٦: ٦-۸). از نظر او، این تمایلات در سـطح ناخودآگاه رفتار افراد را در فضایی که در آن زندگی می‌کـنند جهت‌دهی می‌کنند و بنابراین، هر شـخص بسـته به میدانی که در آن فعالیت‌های خود را شکل می‌دهـد، عادت‌واره‌هـا ی مختص به آن میدان را درونی می‌کنـد. از این‌رو، بوردیو معتقد اسـت که عادت‌واره هم ساختاری شـکل‌دهنده و هم شکل‌گرفته است (بون ویتز، ۱٤۰۳، ۹۱).

در هـر میدان، کنش‌گران تلاش می‌کنند تا موقعیت خود را در آن میدان حفظ کنند و یا بهبود بخشـند و این امر با دست‌یابی آن‌ها به منبع خاصی صورت می‌گیرد که میدان تعیین کرده و سـرمایه‌های خاص آن میدان به حساب می‌آید. بنابراین میدان دارای نیروهای عینی اسـت که کنش‌گران را به فعالیت درون خود می‌کشاند (واکان، ۱۳۷۹: ۳۳٦-۳۳۷؛ نقیب‌زاده و اسـتوار، ۱۳۹۱: ۲۸٦). هر کنش‌گر (اشخاص، گروه‌ها یا نهادها) موقعیت خاصی را در سلسـله مراتب موقعیت‌ها در میدان با توجه به میزان

---

۱. . به اعتقاد برخی نویسندگان، بوردیو این مفهوم از میدان مغناطیسی در فیزیک وام گرفته است که نیروهای موجود در آن همه چیز را به دور خود می‌گردانند.

برخورداری از میزان و ترکیب سرمایه به دست می‌آورند. هر چند کنش‌گران رفتارهای خود را در پرتو آزادی اراده توصیف می‌کنند (انجام دادن این کار از نظر آن‌ها درست است) ولی درک نمی‌کنند که انتخاب‌های رفتاری آن‌ها بر اساس موقعیتشان در میدان محدود و مشخص شده است (جمشیدیها و پرستش، ۱۳۸٦: ١٤-١٦)؛ بنابراین میدان بر اساس جایگاه‌های قابل انتظار از کنش‌گران انسجام می‌یابد.[1]

این‌که چه نوع دارایی‌هایی موثر و کارا هستند و می‌توانند به عنوان سرمایه، ممتاز شوند بر اساس نزاع مشخص می‌شود. کنش‌گران مسلط میدان که حافظان وضع و در واقع سرمایه‌های موجودند، تلاش می‌کنند تا رقبای خود را بیرون برانند و در مقابل آن‌ها نیز برای تغییر توزیع سرمایه به‌عنوان راهی برای بهبود موقعیت خود در میدان می‌کوشند و در این مسیر حتی از تلاش برای تغییر سرمایه در میدان دریغ نخواهند کرد. این موضوعات پتانسیل دگرگونی و تغییر میدان را همیشه زنده می‌دارد (Bowden, 2021: 170-172). کنش‌گران مسلط در میدان به دلیل فرایند جامعه‌پذیری، مجهز به عادت‌واره‌هایی هستند که در ارتباط با یکدیگر کنش اشخاص را برمی‌سازند. در حقیقت، این عادت‌واره‌ها هستند که حس جذب شدن به سرمایه را ایجاد و آن‌ها را برای راهبری به سمت سرمایه بیشتر و در نتیجه ارتقا در میدان آماده می‌کند (بوردیو، ١٤٠٣، ٣٨-٣٥؛ نقیب‌زاده و استوار، ۱۳۹۱، ۲۸۳-۲۸۵). از مجموع این توضیحات نتیجه می‌گیریم که میدان قلمروی نسبتا مشخص‌شده و دارای مرزی است که در آن اشخاص، گروه‌ها و سازمان‌ها به کشکمش با یکدیگر می‌پردازند و به‌رغم آن‌که موجودیتی فیزیکی ندارد، ولی ابزاری نظری را در اختیارمان قرار می‌دهد تا درگیری‌ها در فضای رقابتی و ارتباطی میدان افشا کنیم (Page, 2013: 552-554).

بوردیو پس از تبیین دو مفهوم مهم میدان و عادت‌واره، به ابتدای ماجراجویی نظری خود برمی‌گردد و با طرح‌ریزی نظریه کنش،[2] شکل‌گیری انتخاب‌های رفتاری و یا به قول خودش کنش افراد را حاصل تعامل میدان و عادت‌واره تعریف می‌کند،

---

۱. منبع دیگری نیز کنش‌گران میدان را به سمت کسب سرمایه هدایت می‌کند که مجموعه‌ای است از مقررات، قواعد و فرض‌ها و ارزش‌های بدیهی در میدان که دوکسا نام دارد و با این‌که ممکن است کنش‌گران اصلا به آن فکر نکنند یا تصوری در موردش داشته باشند، مرزهای اندیشه کردن را درون میدان مشخص و بنابراین کنش آن‌ها را چارچوب‌های خاصی محدود می‌کند.

2. Theory of Practice

به‌طوری‌که عادت‌واره‌ها از درون و میدان‌ها از بیرون، کنش فرد را ساختار می‌دهند و بر همین اساس، واقعیت اجتماعی مفهومی رابطه‌ای است و هستی آن از میدان به‌عنوان یک فضای ارتباطی و رقابتی جان می‌گیرد (جمشیدیها و پرستش، ۱۳۸۶: ۶-۸؛ بوردیو، ۱۴۰۳: ۳۳-۳۴). از این رو، کنش‌ها یا همان انتخاب‌های رفتاری افراد در میدان‌های مختلف هم‌چون میدان اجتماعی، سیاسی، ورزشی یا دانشگاهی از ارتباط میان موقعیت فرد در میدان و عادت‌واره‌ها شکل می‌گیرد (بون ویتز، ۱۴۰۳، ۹۳-۹۴). هم‌چنین، میدان‌های مختلفی همراه با عادت‌واره‌های متعددی در جامعه وجود دارند که میان آن‌ها همواره نزاع در جریان است. در دیالکتیک میان نیروهای میدان‌های مختلف و عادت‌واره‌های مختلف، تحول و تکامل در جامعه شکل می‌گیرد. اما در یک میدان، عادت‌واره‌ها در کنار نیروهای میدان، کنش‌های اشخاص را شکل می‌دهند. تحلیل‌های جامعه‌شناسی متفاوت و مفهوم‌پردازی‌های یگانه بوردیو بی‌شک پژوهش‌گران را وسوسه می‌کند تا ابرها را از دیدگانشان کنار بزنند و در میان نظریه‌های تبیینی کلان و جزئیات پدیده‌های اجتماعی، جایی مهم برای نظریه برد متوسط بوردیو باز کنند. در این فضای جدید، گارلند (۲۰۰۴: ۱۶۴-۱۶۵) یکی از نخستین کسانی است که در کتاب فرهنگ کنترل، «میدان کیفری» را بر اساس خوانش بوردیو از میدان، توصیف و به تاثیر آن در میانه‌های تعامل‌های جریان‌های کلان و تغییرات کیفری شکل‌گرفته در دهه‌های اخیر در ایالات متحده و انگلستان می‌پردازد.

با این‌که کنش‌گران تاریخ‌ساز کیفر هستند و قانون‌گذاران و قضات وضعیت کیفری را از انتزاع خارج کرده و پیش چشممان قرار می‌دهند، ولی تصور این‌که خلق این تصمیمات در آزادی غوطه‌ور باشد، خیالی است کاملا خام که از ناآگاهی برمی‌خیزد. برعکس، بسترهایی همواره تصمیماتشان را کادربندی می‌کند و این همان چیزی است که بوردیو آن را میدان می‌نامد؛ پدیده‌ای که به‌عنوان حلقه وصل جزئیات به ساختارهای اجتماعی کلان، می‌تواند تصمیم‌سازی‌ها را تبیین‌کند (Buchan, 2020, 558-559; Page, 2013, 634-636). در واقع، این‌که چگونه کنش‌گران در چارچوب نظریه‌های کلان تصمیمات خود را می‌گیرند را می‌توانیم با نظریه‌های برد متوسط بهتر درک کنیم و این مفهوم ابزار مطالعاتی مفیدی را در اختیارمان قرار می‌دهد تا درک کنیم که چگونه یک نظم کیفری خود را بازتولید می‌کند؛ یعنی چگونه سرمایه‌ها،

عادت‌واره‌ها ، گفتمان‌ها، بازنمایی‌ها و فرهنگ‌ها با هماهنگی و پشـــتیبانی از یکدیگر، نظم برســـاخته را دوباره و چندباره بر می‌ســـازد. البته، نه آنقدر یکپارچه که هرگونه تغییری مســـدود انگاشته شـــود. برعکس، مفهوم میدان تاب تبیین پویایی‌های درونی را دارد؛ تغییراتی که می‌تواند بســـتر ادامه حیات را برقرار کند. گارلند (۲۰۰٤) معتقد است که میزان کشمکش‌های در حال رقابت در میدان کیفری بیشتر از آن چیزی است که تصور می‌شـــود وجود دارد و همین عاملی اســـت در جهت بازتولید میدان؛ زیرا قدرت کیفری در جنگ با جریان‌های مخالف بالاخره مجبور به تغییر اســـتراتژی‌های خود می‌شـــود و بنابراین گونه‌ای از تغییـــرات را برای حیات خود می‌پذیرد. بنابراین، همین کشـــمکش‌ها نشـــان‌دهنده پیچیدگی میدان‌ها و دلیل اصلی بقای میدان هستند. برای پیروزی در رقابـــت، جهت‌گیری‌هایی که قانون‌گـــذاران در قانون و قضات در آراء نشـــر می‌دهند، از ایده‌های میدان کیفری حمایـــت می‌کند؛ برای این‌که موقعیت قانون‌گذاران در میدان کیفری از خطر در امان باشـــد، بایستی سرمایه‌های کیفری این میـــدان، یعنی فرهنگ تنبیهی، ضرورت کنترل رســـمی، اقتدارگرایی و مدیریت‌گرایی در قوانین نشـــر داده شود[1] و به همین جهت، نوعی الزام کنش‌گران را محدود می‌کند. هم‌چنیـــن، عادت‌واره‌هایی که در پی به دســـت آوردن موقعیت در میدان کیفری، در قانون‌گذاران شکل گرفته و مسلما ارزش‌های کیفری را بازتاب می‌دهد، عملکرد آنان را بر اساس سرمایه میدان کیفری ساختاربندی می‌کند (Fraser & Sandberg, 2020, 4-7). در رقابت میان میدان کیفری و میدان رفاهی که قرار اســـت تغییرات رفاهی را نهادینه کند، عادت‌واره‌های میدان کیفری با افزایش ســـرمایه‌های درون این از جمله کیفرگرایی و فرهنگ تنبیهی، دشـــمن‌مداری، اقتدارگرایی، ضرورت مقرون‌به صرفگی و غیره در تنازع با میدان رفاهی، پیروز می‌شـــوند و این چنین میدان کیفری حاکم بر

---

۱. بوردیو بر حســـب نوع میدان، ســـرمایه‌های خاصی را تعریف می‌کند که ســـایه میدان را مستدام می‌کند. سرمایه اقتصادی، فرهنگی، نمادین از جمله مهم‌ترین سرمایه‌ها هستند که در میان میدان‌ها نیز مبادله می‌شـــوند و موقعیت کنش‌گران را درون میدان مشخص می‌سازند. در میدان کیفری، می‌توانیم ســـرمایه‌های اقتصادی (مدیریت‌گرایـــی و تاکید بر مقرون به صرفگی نهادهای اصلاحی)، ســـرمایه فرهنگـــی (اقتدارگرایی و حبس‌گرایی که زیباگرایی را از منظر مقامات عدالت کیفری تداعی می‌کنند) و نمادین (جنبه رتوریک و ارتباطی مجازات‌ها) را از جمله ســـرمایه‌هایی بدانیم که میدان کیفری را منســـجم می‌کند. برای مطالعه بیشـــتر در زمینه ســـرمایه بنگرید به: لطفی خاچکی و یوسفی، ۱٤۰۱: ۳۸۰-۳۵۷.

اندیشه‌های رفاهی می‌شود و آن را به صورتی متحول می‌کند که کنش‌هایی را برسازند که اندیشه‌های رفاهی را به استحاله می‌برند. در واقع، در دیالکتیک میان میدان رفاهی و عادت‌واره‌های درون میدان کیفری،این عادت‌واره‌ها هستند که ماهیت واقعی یک نهاد را تعیین می‌کنند.

بنابراین هر چند مجازات‌ها از فرایند قانون‌گذاری متولد می‌شوند و در دستان قضات پرورش می‌یابند، ولی در حقیقت ساخته‌های اجتماع هستند و در این فرایند سرمایه‌های میدان کیفری حرف اول را در جزئیات تصمیم‌گیری‌های کنش‌گران می‌زند (Buchan, 2020). حال سوال این است که تغییرات رفاهی در فضای سلطه میدان کیفری چه سرنوشتی پیدا خواهند کرد. به‌طور خاص، کیفرهایی که بستر اجتماع را برای تغییر بزهکار هدف قرار داده‌اند، قرار است در چارچوب شرایطی که قانون‌گذاران و قضات می‌پسندند، ماهیتشان شکل گیرد. در تمامی این لحظات و صحنه‌ها میدان کیفری بر تک تک عناصر، موقعیت‌ها و رفتارها تاثیر می‌گذارد و همه را به دور خود به تحرک وامی‌دارد. به باور بوردیو، تغییر بسیار سخت است و دست برتر همیشه با قدرت‌های اصلی میدان است؛ زیرا سرمایه‌های میدان کیفری، انسجام بالایی به این میدان بخشیده‌اند. قانون‌گذاران و قضات در فضای میدان عموما با اندیشه‌های سخت‌گیرانه، محرومیت‌خواه، تحقیرکننده و سزادهنده آشنا و مانوس‌ترند و عادت بیشتری به آن‌ها دارند تا رهنمودهای جذب‌کننده، صلح‌طلب و تشویق‌کننده؛ آن‌ها در میدان کیفری و در چارچوب سرمایه‌های میدان پرورش می‌یابند و بر اساس عادت‌واره‌های کسب‌شده نیروهای خود را در هر جای ممکن رهبری می‌کنند. حاصل این محافظت‌ها، آن است که تغییرات رفاهی در فضای چانه‌زنی‌ها فضای کوچکتری برای به واقعیت رساندن عملی ایده‌های اصلاحی اشغال می‌کند (Lynch, 2011: 241)؛ گاه نیز به‌رغم حفظ شکل و صورت، در عمل تسلیم خواست‌ها و روایت‌های کیفری می‌شود؛ گاه کارکردی دوگانه می‌یابد، به‌طوری‌که هر دو روایت تنبیهی و یا اصلاحی حسب اقتضائات کنش‌گران مسلط می‌شوند؛ یعنی می‌تواند نقش خود را بازی کند ولی نه خود واقعی‌اش را، بلکه خود تعدیل یافته‌اش. عادت‌واره‌های درون میدان کیفری در دیالکتیک با میدان رفاهی، ماهیت نهادهای اصلاحی را در واقعیت تغییر می‌دهند؛ بنابراین، این‌که چرا رفاه‌گرایی به آن شکلی

که می‌خواستیم، عینیت پیدا نکرده و به شـــکل کنونی درآمده است را باید در میدان کیفری جست‌وجو کنیم.

در مجموع تمرکز بر مفهوم میدان و عادت‌واره نگاه کل‌گرایانه‌ای به ما می‌دهد کـــه به موجب آن می‌توانیم نگاه صرف به لحظه‌ها و جزئیات را رها و با گریز از این تقلیل‌گرایی‌ها، ساختارها، عادت‌واره‌ها و یا همان عناصر ذهنی مسلط و استراتژی‌هایی که از منافع طرفداری و پاســـخ‌ها را هدایـــت می‌کند، همه آن چیزهایی که در زنجیره پایانی کنش‌ها را تولید می‌کنند، بشناســـیم؛ با اســـتفاده از این ســـرنخ‌ها به الگوهای قابل‌فهم‌تری راجع به چگونگی ســـاخت اصلاح و ویژگی‌هایش، به‌واسطه ابتکارات قدرت کیفری به دست آوریم و بررسی کنیم که میدان کیفری چگونه الگوی رفاهی و در حقیقت خود را بازپیکربندی کرده است؛ یعنی چگونه استعدادهای آن را هدر داده و حتی از ظرفیت‌هایش برای توســـعه فرهنگ کیفری بهره برده؛ هر چند که در برخی موارد رقابت را به نهادهای اصلاحی سپرده، ولی در مجموع چارچوب‌های اثرگذاری آن را محدود کرده است.

۲. دوره مراقبت و محـــــرومیت از حقوق اجتماعی؛ دو روی سکه بی‌اعتباری رفاه

میدان فضایی پر از زد و خورد متقابل میان نیروها از هر ســـو اســـت و اتفاقا همین کشمکش‌های درونی است که میدان را همیشه پابرجا نگه می‌دارد (Bowden, 2021: 171). از این حیث، هـــر چقدر که عزم جدی برای تغییر و چرخش جدیدی وجود داشته باشد، گردونه به سمت قدرت‌هایی که میدان را انسجام داده‌اند، می‌چرخد و تصاحب همیشه با آن‌ها است. در واقع، با این‌که این کشمکش‌ها با حیات و پویایی میدان گره می‌خورند ولی در نهایت حتی تقلای تغییر هم به نفع قدرت خواهد بود. از این‌رو قدرت‌ها از تغییرات به بهترین صورت تغذیه می‌کنند و از آنان جان می‌گیرند و با آن اســـتراتژی‌ها و چهره‌هایشان را بهینه می‌کنند. این همان پاسخی است که همیشه از خود می‌پرسیم که چرا قدرت اجازه می‌دهد که مخالفت‌ها شکل گیرد و نوآوری‌ها تثبیت شـــود؛ زیرا بازی در نهایت به سود قدرت به پایان می‌رسد. بنابراین، هر چقدر هـــم به نوآوری‌ها برای تغییر دل ببندیم، اصولا برآیند نیروها به پویایی و اســـتمراری میدان خواهد بود.

ردیابی این سخت‌گیری‌ها در درون نهادهای اصلاحی، به ما برای آشکارسازی چهره واقعی قدرت کمک می‌کند. البته واضح است که این تغییرات در میدان کیفری و به استقبال نهادهای اصلاحی رفتن نه از روی اجبار، که درخور تغییرات در بسترهای اجتماعی بوده است؛ قدرت کیفری با چنین سازکاری خود را از نقدهای احتمالی رهانیده و در اتفاقی خواسته شده، خود را به اصلاح مزین کرده است، ولی در کشمکش نهایی، پیروزمندانه خواسته‌های خود را تحمیل می‌کند و می‌تواند به داشته‌های اصلاحی هجوم بیاورد و حتی نهادها را از شکل و ظاهر واقعی‌شان بیندازد (Garland, 2018: 268-269). انواع مجازات‌های اجتماعی در زبان جرم‌شناسی مرزهای آن را تعیین می‌کنند و نیروهای میدان کیفری با این برشماری، مرزبندی‌ها را مشخص و معنای این مجازات را با خواست خود، و نه لزوما آن چیزی که از اجتماع مراد است، برمی‌سازد. راه شناخت قدرت کیفری، کشف پیچیدگی این مرزهایی است که ایدئولوژی‌هایشان را برملا می‌کند؛ جایی که رفاه کیفری وسیله‌ای برای تشریح ایدئولوژی‌هامی‌شود (Ji-ang, 2022: 7). چندگانه‌هایی که به‌عنوان مجازات‌های جایگزین حبس مزین شده‌اند و به‌طور خاص، وضع مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی یکی از کنش‌هایی است که در دامان میدان کیفری پرورده شده است. در واقع، خود تناقضی آشکار است اگر پذیرفته می‌شد که محرومیت از حقوق اجتماعی، نوعی کیفر اجتماعی است، هم‌چنین وقتی که تب و تاب قاعده‌گذاری جدیدی فرا می‌رسد، مگر می‌شود قدرت کیفری از آن بی‌نصیب بماند! بنابراین، این‌گونه تدبیر شد که نام کیفرهای اجتماعی به مجازات‌های جایگزین حبس تغییر کند تا مشکل اساسا از ریشه حل شود. با این‌که وضع محرومیت‌هایی از این جنس، تمام باور به اندیشه‌های اصلاحی را از ریشه برمی‌کند، اما در کنار زرق و برق عناوین اصلاحی هم‌چون خدمات عمومی و دوره مراقبت، به خوبی پناه داده شد تا این نوع صحنه‌سازی ما را با قدرتی تمام عیار روبرو کند که پر طمع است و اعمال کاملا غیرعادی را به‌عنوان اقدامات عادی جا می‌زند (Garland, 2018: 4-6) چینشی عالی در وضع محرومیت‌های اجتماعی صورت گرفت که می‌تواند نیازهای قدرت را هر زمان که بخواهد تامین کند و اصلاحات را نفی و توان‌گیری را عیان کند (نیازپور، ۱۳۸۷: ۱۱۴-۱۱۵).

در ادامه همین گشایش‌ها، ساختار به هم ریخته شده و مشاهده می‌کنیم که

برای مجازات‌های تکمیلی نیز نقش تعریف شده و قرار است شریک دست‌اندازی‌های قدرت حتی در مجازات‌های جایگزین حبس باشد. قانون‌گذاران صلاح دیده‌اند که با وضع یک ماده قانونی، سرنوشت اجتماعی بسیاری از محکومان را به راحتی در دستان خود و قضات تحت فرمانشـــان قرار دهند؛ مجازات‌هایی که به اذعان بســـیاری حتی پرونده مجازات اصلی را در هم پیچید و هم به صورت نمادین و هم واقعی ماهیت به کیفر رســـانیدن را برمی‌سازد و حتی تا دو سال می‌تواند شخصیت اجتماعی‌شان را نیز از آن‌ها برباید. اگر کســـانی که برای بار اول مجازات‌های اجتماعی را در نظام عدالت کیفری ایران معرفی کردند، روزی می‌دانســـتند که چه بر ســـر نهادهای اصلاحی‌شان خواهـــد آمد و چگونه دســـت بر قضا، قدرت کیفری می‌تواند این چنین شـــاهکاری خلق کند، شـــاید هیچ‌گاه اینقدر بی‌تاب بر صور اصلاحات نمی‌دمیدند. تصور این بود که اصلاحات، هر چند محدود امکان‌پذیر اســـت، ولـــی غیرقابل تصور بود که مولود اصلاحات، قدرتی بی حد و حصر باشـــد که دقیقا همان زندگی اجتماعی را نشـــانه بگیرد.[۱] اما این را می‌توان محصول عادت‌واره‌های درون میدان کیفری در دیالکتیک با میدان رفاهی و مولفه‌های آن دانست که در نهایت کنش قانون‌گذاران را طوری شکل می‌دهند که اندیشه رفاه به حاشیه رود و چهره تنبیهی برتری یابد.

روی دیگـــر ســـکه انحصارطلبی قدرت و از دور خـــارج کردن اصلاحات را می‌توانیم در کنش‌هایی که حاصل آن وضعیت کنونی «دوره مراقبت» است، درک کنیم. به نظر می‌رســـد حداقل در لفاظی‌های قانون‌گذاری، دوره مراقبت سرمایه مهمی برای مفهوم‌ســـازی مجازات‌های جایگزین حبس جمع‌آوری کـــرده و اعتبار آن را به‌عنوان کیفرهای اجتماع‌محور بالا برده اســـت، به‌طوری‌که در جرایم مهم آنقدر جدی گرفته شده که حتی تا چهار ســـال می‌توان محکوم را تحت دستورهای تعویق مراقبتی نگه داشـــت.[۲] هم‌چنین، محتوای دســـتورهای تعویق مراقبتی و به‌طور خاص، بند آخر آن امیدواری به این مجموعـــه را بازمی‌گرداند. اما همه ایـــن رویاپردازی‌ها هنگامی که

۱. در حـــال حاضر با اصلاحات ۱۳۹۹، قاضـــی می‌تواند در هر مجازات تعزیـــری از مجازات‌های تکمیلی اســـتفاده کند، ولی تا قبل از آن، در درجات هفت و هشت ممنوع بود. البته در کمال تعجب، در موارد صدور حکم به جایگزین‌ها در جرایم تعزیری درجه هفت و هشـــت، امکان صدور حکم به مجازات‌های تکمیلی در واقع بر اساس مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی وجود داشت.

۲. چهار ســـال بیشتر از مقررات تعویق (تا دو سال) و تقریبا هم راستا با مقررات تعلیق (تا پنج سال) است.

متوجه می‌شـــویم در آرای قضـــات اصولا هیچ خاطره‌ای از دوره مراقبت به چشـــم نمی‌خورد، خیلی زود از یاد مـــی‌رود.[1] این بار هم به‌رغم ظاهرا فراهم بودن مقدمات اجرایی، گویی میدان کیفری و عادت‌واره‌ها کنش کنش‌گران را طوری در دست گرفته که اصلاح‌گرایی را از رویاهایش دورتر می‌ســـازد و نیروهای میدان رفاهی را عملا به عقب می‌راند. دوره مراقبت به امری تجریدی تقلیل یافته است که هیچ‌گونه دستی در واقعیت ندارد و باری ناقص از رفاه را حمل می‌کند (Lynch, 2011: 238).

بدین ترتیب در میدان کیفری قدرت کیفری روح نهادهای اصلاحی را از آن‌ها می‌گیرد و کالبدشـــان را تحت اختیار خود در مـــی‌آورد و عادت‌واره‌هایی را پرورش می‌دهـــد که کنش فرمانبران را بـــه فرمان خود درآورده و ذائقه‌هـــای قانون‌گذاران و قضات را به گونه‌ای شبیه خود کرده که با محرومیت، عظمت قدرت را نشان می‌دهند. در عین حال، با خلق چشـــم‌اندازهای جدید هم‌چون دوره مراقبت و تغییر در کیفیت اعمال، به لطف نهادهای اصلاحی بعد انســـانی و خیرخواهانه را تقویت و خود را به آن عطف کرده، بدون آن‌که نشانی هویدا کند.

۳. خدمات عمومی رایگان؛ سخت‌گیری کیفری و رفاه تعدیل‌یافته

جای بســـی تقدیر باید باشد که خدمات عمومی رایگان به جز موقعیت اصلی خود به‌عنوان قابل تصورترین شـــکل مجازات جایگزین حبس، هم در مجازات‌های تکمیلی و هم در قرارهای تعلیق تعقیب، توســـعه یافته و بنابراین مســـیر پیشرفت در حال طی‌شدن است. اما این دامی است که زودباوری برایمان پهن می‌کند. در واقع، به نظر می‌رســـد همین امکان توسعه اتفاقا به مذاق قدرت کیفری خوش آمده و محتمل است که اصلا گرداننده اصلی نیز خود قدرت کیفری باشد و با تزویر، مشتاقان دارای حســـن‌نیتِ اصلاح‌طلب را به این باور رســـانیده که هدف، اصلاح از طریق کمک از اجتماع اســـت. حتی اگر هم نتوان به صورت قطعی اظهار کرد که خدمات اجتماعی برای قدرت خلق شـــده ولی حداقل تا این انـــدازه مطمئنیم که قطعا می‌تواند به‌عنوان سکویی برای توسعه قدرت کیفری مورد استفاده قرار گیرد (Jiang, 2022: 10-11).

ژیانـــگ (۲۰۲۲: ۱۶–۱۷) در مقاله خود خدمـــات اجتماعی در چین را نوعی

---

۱. به صورت انگشت‌شـــمار ممکن اســـت آرای ناظر بر دوره مراقبت را ببینم ولی به هیچ وجه رویه دستگاه قضایی نیست.

ساخت‌بندی می‌داند که به جای پیوست به فهرست ایده‌آل‌های رفاه کیفری، با دولت در آمیخته و قدرت آن را بیش از گذشته بسط می‌دهد؛ تفاوت میان قدرت لفاظی این مجازات و واقعیت‌های عملی نشان می‌دهد که مجازات‌های اجتماعی، نه از جنس رفاه‌گرایی کیفری، بلکه از نوع حکمرانی کیفری هستند؛ رفاه‌گرایی کیفری کارکرد پنهان مجازات اجتماعی را برای دولت مخفی می‌کند، حال آنکه با این نوع ساخت‌بندی، قدرت برتر دولت کماکان حفظ و برقرار می‌ماند. کوریته (۲۰۲۲: ٤۳۳-٤۳٦) معتقد است که میدان کیفری مفهوم خدمات اجتماعی را به سمت خدمات ریسک‌محور پیش برده و موجب شده تا کنش‌گران[1] ملاک‌هایی را برای تشخیص نوع خدمات اجتماعی برگزینند که بیشتر با ارزیابی‌های مبتنی بر سنجش خطر هماهنگ است تا نیازهای بزهکاران؛ معیار، خطری است که از جانب بزهکاران شناسایی شده و قرار است با کار برای جامعه دفع شود؛ حتی اگر همیشه این معیارها به صورت یک سویه حاکم نباشد، ترکیبی از خطرها و نیازهای بازپرورانه برای تعیین نوع خدمات عمومی اعمال می‌شود و حتی گاهی نوعی هم‌پوشانی میان اهداف رفاهی و کیفری به چشم می‌خورد.

انتخاب‌های رفتاری کنش‌گران خود تحت تاثیر عادت‌واره و درک آن‌ها از محیطی که در آن کنش‌های خود را شکل می‌دهند، صورت می‌گیرد (واکان، ۱۳۷۹: ۳۳۵)؛ کنش‌گران نیز در چنین موقعیت‌هایی، تصمیمات خود راجع به شیوه‌های اصلاح را بر اساس آن موقعیت و عادت‌واره تطبیق می‌دهند و راه‌حل‌هایشان از درون موقعیت‌ها (درک از مشکل پیش‌رو، ارزش‌های هدایت کننده و منافع در معرض خطر) و عادت‌واره‌ها پرورده می‌شود و بنابراین، شاهد افول جنبه‌های کاملا عقلایی فرایند تصمیم‌گیری هستیم؛ دیگر اصرار بر این‌که کنش‌گران همیشه عاقلی داریم که با انتخاب‌های عاقلانه خود سرنوشت بزهکاران را در دست می‌گیرند، بی‌معنی است. عادت‌واره‌ها و موقعیت‌ها در میدان کیفری می‌تواند آن‌ها را در چارچوب پیچیده‌ای قرار دهد که عقلانیتشان دائما در برخورد با دوگانگی‌ها و ارزش‌ها، منافع و تعارض‌ها محدود و محدودتر شود و در نهایت به تسلیم میدان و به آن‌چه عادت‌واره‌ها القا

۱. در برخی کشورها، نوع خدمات اجتماعی توسط کنش‌گری غیر از قاضی (برای مثال مددکار اجتماعی) مشخص می‌شود. در نظام عدالت کیفری ایران با توجه به آن‌که تشخیص بر عهده قاضی است، زبان نمادین، تحقیر و سخت‌گیری نمایان‌تر به نظر می‌رسد.

می‌کننـــد، تن دهد. در واقع قانون‌گـــذاران و یا قضات هر زمان که وقت تصمیم‌گیری راجع به قانون‌گذاری راجع به مساله‌های جدید و ناآشنا می‌رسد و یا هر گاه که قضات با وضعیت جدید در پرونده‌ای روبرو می‌شـــوند و در مجموع در فضای ســـردرگمی (فضایـــی که میان آگاهی و ناآگاهی قرار دارد)، راه خـــود را با عادت‌واره‌ها و تعامل آن با میدان پیدا می‌کنند. بنابراین، قضات و قانون‌گذاران از اجتماع، بعد شرمســـاری و تحقیرکنندگی را بیشـــتر می‌شناسند و با آن عجین هستند تا بعد بازپروری و ترمیمی؛ عـــادت‌واره، این‌ها را در اولین و مهم‌ترین لحظات تصمیم‌گیری به یاد آن‌ها می‌اندازد و بنابراین به تصمیمات ســـخت‌گیرانه خو گرفته و عادت بیشـــتری دارند، مخصوصا هنگامی که قرار اســـت قضات تصمیمات سرنوشت‌ســـاز بگیرند و یا تصمیماتی که بازخورد بســـیاری در جامعه بر جای بگذارد، میـــدان و عادت‌واره‌ها در تعامل با هم تصمیم نهایی‌شان را شکل می‌دهد؛ تصمیمی که سویه‌های قدرت کیفری را تحمیل و به همگان یادآوری می‌کند که در زمان مناسب سخت‌گیری بار دیگر برمی‌گردد؛ اصلا هیچ‌گاه نرفته بود که بازگردد. لذا قضات و قانون‌گذاران به ســـرعت بازپروری را در تصمیماتشـــان وتو می‌کنند و آهنگ قدرت کیفری را می‌نوازند. بنابراین در نزاع میان میدان رفاهی و کیفری،تکاملبه نفع نیروهای میدان کیفری رقم خواهد خورد، طوری‌که ایده رفـــاه در خدمت کنترل، تنبیه و تحقیر قرار می‌گیرد. در واقع، چندین موضوع ما را به این نتیجه‌گیری می‌رســـاند؛ وقتی که ضمانت‌اجرایی برای قاعده تناســـب وجود نداشته باشد، ناگزیر همه چیز به کنش قاضی و آزادی عمل او گره می‌خورد و طبیعتا نمی‌تـــوان قاضی را به دلیل تعیین خدمات تحقیرآمیز و مخرب اجتماع‌گرایی مواخذه کـــرد (Quirouette, 2022: 16-18)؛ قاضی در چارچوب میدان و عادت‌واره حداقل هر گاه قدرت اقتضا داشته باشد، نیازهایش را برطرف می‌کند. وقتی که امکان خدمت در ســـازمان‌های مردم‌نهاد پیش‌بینی نشده باشد، ارجاعات به نهادهای صاحب قدرت اهداف قدرت‌سالارانه را پیش می‌برد. وقتی که قاضی در میدان کیفری آموزش می‌بیند، عادت‌واره‌ها او را به ســـمت کسب سرمایه‌های بیشتر یعنی کیفرگرایی حتی در حوزه اصلاح، ضرورت کنترل و عدم اعتقاد به اصلاح‌پذیری مجرمان متمایل می‌کند و این سرمایه‌های میدان کیفری او را در این سیستم ارتقا می‌دهند. بنابراین، او برای موفقیت حتی از اصلاح نیز ابزاری برای کنترل و تنبیه اســـتفاده می‌کند، به همین دلیل اجرای

حبس را عین عدالت تصور می‌کند و نهادهای اصلاحی نزد او امری حاشیه‌ای و لطف اضافی تلقی شود (رستمی، ۱٤۰۲: ۱٦۷؛ متین‌پارسا و موذن‌زادگان، ۱٤۰۱: ۲۹۳-۳۰۳) و بنابراین معلوم اســـت که میدان و عادت‌واره ذهن او را می‌رباید و بر تخت فکر او می‌نشـــیند. بنابراین، این‌که شـــاهد انتخاب نوع تحقیرکننده خدمات عمومی از سوی قضات باشـــیم، طبیعی است؛ آرایی از قبیل محکوم کردن اشخاص به نظافت سرویس بهداشـــتی عمومی و یا انجام خدمات در آرامســـتان‌ها که اصولا تناســـبی با نوع جرم ارتکابی و شـــخصیت محکوم‌علیه ندارد. مواردی از این دست که به براندازی مفهوم خدمات اجتماعی منتهی می‌شود، به خوبی کنش قضات را به‌عنوان حاصل جمع میدان و عادت‌واره توجیه می‌کند. قضات با ســـرمایه فرهنگی که در این میدان دارا هستند، کنش‌های خود را مخصوصا در زمان‌هایی که احساس می‌کنند اقتدار بایستی چشم‌گیر و انگشـــت‌نما به نظر برسد، با چنین تصمیم‌های دیدنی می‌کنند (Jiang, 2022: 17)؛ همگان ببینند و بدانند که قدرت می‌تواند در اصلاحات هم مرئی باشد. بار انداز قدرت این بار نهادهای اصلاحی است. این عقب‌گرد هر چند ممکن است ناگهانی و یکباره به نظر برسد، ولی در واقعیت در پیوستار نمایش پاسخ‌های سخت‌گیرانه به جرم جای می‌گیرد و در زمان‌های حســـاس، دیالوگ قدیمی تکرار می‌شـــود: جرم بایستی با آن چیزی که واقعا کیفر هست، پاسخ داده شود و به همین سادگی قدرت دوباره ما را به ســـر خط بازگردانده است. دیالکتیک میان عادت‌واره‌های او و میدان رفاهی، کنشی را برمی‌سازند که اصلاح را نفی و کنترل و تنبیه را تایید می‌کند.

ترسیم چنین چارچوب فکری و شکل‌گیری کنش‌ها با چنین منطقی به خوبی روشـــن می‌کند که چرا قضات در مواقعی که خطری برای قدرت کیفری احســـاس نمی‌شود، تصمیم‌های اصلاح‌مدارانه بیشتری می‌گیرند، ولی در موقعیت‌های پرخطر با آزادی عمل کمتری بر طبق آن عادت‌واره‌ها انتخابی صورت می‌دهند که برای قدرت کارکـــرد دارد و دغدغه‌های آن‌ها را هدف قرار می‌دهد. گارلند (۲۰۰٤: ۱۷۱-۱۷۲) به این موضوع، «طرز عمل مبتنی بـــر موقعیت»[1] می‌گوید. بنابراین و به‌طور کلی، فرایند تصمیم‌گیری کنش‌گران در نظام اصلاح و درمان با عادت‌واره‌ها شکل می‌گیرد که در نوع خود نشانی از وفاداری به میدان کیفری را حمل می‌کند.

1. Situated Problem-Solving Action

هم‌چنین این‌که در برخی آراء شـــاهد مصادیقی از خدمات عمومی هستیم که می‌تواند جنبه‌های رفاهی را برآورده کند، کاملا طبیعی است. در واقع، در مواردی که حساســـیتی وجود نداشته باشد، نسخه‌ای ضعیف‌شده از خدمات اجتماعی بکار گرفته می‌شود که البته هیچ‌گاه نمی‌تواند با قابلیت‌های واقعی آن همسنگ باشد. حتی ممکن اســـت خدماتی تعیین شود که به لحاظ محتوایی عنوان خدمت برای آن مناسب نباشد و در واقع اراده نه چندان جدی قضات برای آشـــنایی واقعی با این نهاد را نشان دهد (متین‌پارسا و موذن‌زادگان، ۱۴۰۱: ۲۹۱-۲۹۲). بنابراین در برخورد میدان با تغییرات، لایه‌های مختلفی شکل می‌گیرد؛ نه میدان کیفری به‌طور کلی تغییرات رفاهی را به بن بســـت می‌رسانند و نه این تغییرات می‌توانند در تراز با آن میدان قرار بگیرند (Rubin & Phelps, 2017: 427-428).

تغییرات رفاهـــی این چنینی، به قول بـــرک (۲۰۰۷: ۶-۱۳) به قدرت کیفری چهره ژانوســـی[1] می‌بخشد؛ در زمان‌های غیرحســـاس تغییرات رفاهی را می‌پذیرد و چهـــره اصلاحی را، البته نه بـــه صورت کامل، به نمایش درمـــی‌آورد، ولی در موارد تهدیدآمیز چهره سخت‌گیرانه خود را مکشوف می‌سازد. به این صورت، میدان کیفری یکپارچه‌تر از گذشـــته عمل می‌کند و با جفت شدن با سیستم اصلاحی کارکرد بهتری از خـــود به نمایش می‌گذارد. در واقع حتی اگـــر خدمات عمومی با جنبه‌های رفاهی تعیین شـــود، باز هم نمی‌توانیم از اصلاحی بودن اجرای فرایند اطمینان حاصل کنیم. گلایه‌های دســـتگاه قضایی راجع به چالش‌های پرشـــمار بر ســـر راه اجرای خدمات عمومی (محمدکوره‌پز، ۱۴۰۰: ۱۰۶-۱۱۲) که مرور چندین سال نه تنها از آن نکاسته، بلکه به عمق آن‌ها افزوده، به خوبی از دســـت‌های پشـــت‌پرده‌ای روایت می‌کند که با ترفندهای نغز، نمایش هســـتی حقیقی این کیفر را به تعویق می‌اندازد و آمال اصلاح طلبان را نقش بر آب می‌کند. به نظر ساده‌اندیشـــی اســـت اگر تصورکنیم دولت‌ها با تصویب آیین‌نامه‌ها، تشـــکیل کارگروه‌ها برای رفع چالش‌ها، آموزش قضات و غیره،

1. Janus-faced

برک در مقاله خود، ایده اســـتثناگرایی در نظام کیفری ســـوئد را به چالش می‌کشـــد و این نظام را دو چهره و ژانوسی توصیف می‌کند؛ روی خوش آن برای سوئدی‌ها است و نوعی سوسیالیسم ملی بنیان آن را شـــکل می‌دهد، ولی روی بد و سخت‌گیرانه آن اصولا برای غیرسوئدی‌ها و بیگانگانی است که در این کشـــور زندگی می‌کنند. ما از اصطلاح او (که البته نام یکی از خدایان روم باستان است) برای تبیین وضعیت دوگانه خدمات عمومی رایگان استفاده کردیم.

دائما مسیر را برای اصلاح بازگشایی می‌کنند. لفاظی‌های این چنینی می‌توانند با سرابی از اصلاحـــات، کارکرد ارتباطی را به حداکثر برســـاند و همگان را فریب دهند و در عین‌حال هم‌زمان معمای قدرت را پیچیده کنند تا میدان کیفری در پس کسب انرژی از این کارکرد ارتباطی، هم‌چنان پویا بماند. اما اگر قصد جدی برای حداکثرسازی ظرفیت اصلاحی خدمات عمومی وجود داشـــت، در فرایند قانون‌گذاری (برای مثال تصویب آیین‌نامه‌ها)، تکلیف‌ها به صورت واضح مشـــخص می‌شد، ولی ابهامات و چالش‌های پی‌درپی که پژوهش‌گران آن را در دو عنوان کلی «عدم شناســـایی کنش‌گران متناسب با ماهیت مجازات» و «عدم شناســـایی بسترهای متناسب با ماهیت مجازات»[1] تقسیم کرده‌اند (موذن‌زادگان و متین‌پارسا، ۱٤۰۰: ۲۷۹) و باقی ماندن نواقص، این ایده را به ذهن می‌رساند که عمدی در کار اســـت؛زیرا با روشن شدن حدود خدمات عمومی، دست‌های قدرت کیفری بسته‌تر می‌شد و معلوم است که هیچ‌گاه چنین چیزی مطلوب نیست و به همین دلیل در هر آیین‌نامه ابهامات و مواردی به چشم می‌خورد که رفع آن و فراهم کردن بسترها به آیین‌نامه یا مقررات‌گذاری دیگری قطعا نیاز خواهد داشت و در مسیر همین اراده به وضع مقررات جدید، قدرت فعل و انفعالات خود را صورت می‌دهـــد. در مجموع، خدمات عمومی به نظر نوعی مجازات حاضر غایب می‌آید؛ هم به لحاظ لفاظی‌های اصلاح‌طلبانه موفق اســـت و به خوبی تمایل (صوری) دســـتگاه عدالت کیفری به رفاه‌گرایی را همیشه حاضر نشان می‌دهد و هم در عین‌حال، به لحاظ آن‌که اجرای آن همیشـــه در سختی‌های مواج صورت می‌گیرد و در نهایت به صورت نادرست و یا ناقص اجرا می‌شود و یا بلا اجرا می‌ماند، عمدتا غایب از نظرها خواهد بود و بنابراین، در مجموع قدرت از آن به خوبی بهره‌برداری می‌کند.

٤. نظارت الکترونیـــک؛ توســـعه دســـت‌اندازی و اعمال مجازات بدون جرم‌انگاری

میدان کیفری تحت تاثیر نظریه‌های کلان همانند مدرنیته متاخر یا نئولیبرالیسم، کیفرشناســـی نو و غیره کنش‌هایی را می‌پروراند کـــه آن را پابرجا نگه دارند. فرهنگ

---

۱. موذن زادگان و متین‌پارسا (۱٤۰۰) در مقاله‌ای با عنوان «چالش‌های تقنینی اجرای خدمات عمومی رایگان از منظر قضات» به تفصیل این چالش‌ها را بررسی کرده‌اند. به دلیل این‌که در این مقاله هدف شناخت تاثیر کلی میدن کیفری بر رفاه‌گرایی است، از ورود به جزئیات خودداری کردیم و خوانندگان را به مطالعه اثر اخیر ارجاع می‌دهیم.

کنتـــرل گارلند به خوبـــی توصیف می‌کند که چگونه ســـخت‌گیری، مدیریت گرایی، کنترل‌های رســـمی و غیر رسمی با وســـواس خاصی هیچ موضوع مربوط به جرم و ناامنی را به حال خـــود رها نمی‌کند (Garland, 2004: 160-161). هر آن چیزی که می‌تواند به جرم و ناامنی ربط داده شـــود، به داخل میدان کیفری کشانده می‌شود و با کنش‌های قانون‌گذاری و قضایی مدیریت می‌شـــود. مفهوم «دولت کارسرال یا سراسر بین»[1] به عنوان نتیجه چنین وضعیتی حاصل نظریه‌پردازی منتقدانی است که با بررسی جریان‌هـــای کیفری، حضور همه جانبه و فراگیر قدرت کیفری و حالت‌های هر لحظه در حال تغییر آن را برای بیش از اندازه پیچیده کردن و در عین حال طبیعی جلوه دادن مساله کنترل، مســـتند کردند (Abramovitz, 2023: 25; Brown, 2014: 178-180; Cracknell, 2023). در کلام فوکـــو، دیگر با قدرتـــی بی‌اندازه غیرمتمرکز و منضبط کننده ســـروکار داریم که در حـــوزه کیفری با تکنیک‌های کنترل حداکثری شـــناخته می‌شود. با توجه به تاثیرپذیری میدان کیفری از دیدگاه‌های کلان تنبیهی و ذائقه آن به توسعه، این میدان حتی به سایر میدان‌های اجتماعی هم دست‌اندازی کرده و مواردی که حتی جرم به حســـاب نمی‌آید را با ضمانت‌اجرای کیفری تنبیه کرده است؛ گیرایی قدرت در این حد و اندازه ظاهر می‌شـــود و با گرانشی عظیم هر احتمالی را به درون سیاه‌چاله خود می‌کشاند. بنابراین، شـــگفت‌زده نخواهیم شد اگر ببینیم که ماهیتی که آن را مجازات می‌خوانیم و می‌دانیم، بر غیر رفتار مجرمانه نیز اعمال می‌شـــود. شاید اصلا نام مجازات از خاصیت بیفتد و هر چیزی که بتواند اشخاص را به بهترین شیوه منضبط گرداند، مشروعیت یابد (Zedner, 2016: 7-8).

به این ترتیب، شـــاهد شکل‌گیری شـــبکه‌ای از کنترل‌ها خواهیم بود که اساسا بی‌توجه به این‌که پاسخ مربوطه ماهیتا نوعی مجازات است و بایستی مشمول تشریفاتی برای وضع شود، از آن پاسخ برای تسخیر، تحقیر، تنبیه، نظارت و در یک کلام کنترل اســـتفاده می‌کند. به همان اندازه که می‌توان برای جرم اشخاص را مجازات کرد، برای

---

1. Carceral State

دولت سراسر بین اشاره به شکل‌گیری میکروفیزیک قدرت دارد که تمام ابعاد زندگی را با تکنیک‌های کنترل به تسخیر خود در می‌آورد. در رابطه با عدالت کیفری، اصطلاحی است در نقد شیوه‌های مدرن قدرت کیفری که با اتکا بر فناوری‌ها، نظارت همه‌جانبه خود را اعمال می‌کند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه در بین مقالات فارسی بنگرید به: جوان جعفری بجنوردی و ساداتی، ۱۳۹٤: ۹-۳۸.

رفتارهای غیرمجرمانه نیز می‌توان مجازات کرد و این کاملا طبیعی انگاشـــته می‌شود. بکت و موراکاوا[1] (۲۰۱۲: ۲۲۳-۲۲۲) از این وضعیت به‌عنوان «دولت سراســـر بین در ســـایه»[2] مفهوم‌سازی کرده و اســـتدلال می‌کنند که قدرت کیفری در مواردی هم‌چون حبس مهاجـــران و بدهکاران مالی به وضوح اســـتفاده از ابزارهـــای کیفری را برای پاسخ‌دهی مجاز و مشروع شناخته و با قدرتی نامرئی جمعیت بیشتری را بدون رعایت تشریفات قانونی عملا به عدالت کیفری می‌سپارد (Beckett & Murakawa, 2012, 222-223). بدین ترتیـــب، میدان کیفری به مثابه حلقه‌ای میانی، کنش‌های کنش‌گران دستگاه عدالت کیفری را راستای نظریه‌های کلان سرهم‌بندی می‌کند و حتی رفتارهای غیرمجرمانه را با استفاده از مجازات‌ها به شیوه‌های غیرشفاف مدیریت و نابرابری‌های اساسی اجتماعی را به طرز ماهرانه‌ای می‌پوشاند (Abramovitz, 2023: 28).

ایـــن وضعیت آخرالزمانی که مجازات را از جـــرم کاملاً منتزع می‌کند، به نظر می‌رسد منطبق با ماهیت کنونی نظارت الکترونیک در ایران باشد. این کیفر به موجب ماده ٦١ قانون مجازات اسلامی پیرو تعهدات رفاهی سیاست‌گذاران در حوزه کیفری، برای بازپروری مجرمان تعیین و بر اســـاس اصلاحات سال ۱۳۹۹، ظرفیت استفاده از آن بیشـــتر شده اســـت. اما به‌رغم برخورداری از چنین اندوخته رفاهی، قدرت از بعد نظارتی آن ســـخاوت‌مندانه استفاده کرده و گستره میدان کیفری بیشتر شده است؛[3] به ایـــن صورت که کنش‌گران کیفری (به‌طور خاص قوه قضاییه و پلیس) با اجرای طرح کنترل سارقان ســـابقه‌دار پس از آزادی از زندان با استفاده از پابند الکترونیک از سال ۱٤۰۳، کنشـــی[4] را شـــکل داده‌اند که جنبه مجازات بودن نظارت الکترونیک را مخفی

1. Beckett & Murakawa
2. Shadow Carceral State

۳. همین ظرفیت رفاهی نهاد نظارت الکترونیکی نیز دســـت کم در عمل نادیده گرفته شـــده است و از این تدابیر نظارتی و دســـتورهای مراقبتی اســـتفاده حداقلی می‌شود(محســـنی و جعفریان، ۱٤۰٤: ٤٤۲-٤٤۳).

٤. به موجب دســـتورالعمل اجرایی کنترل مجرمان حرفه‌ای و ســـابقه‌دار که خود اشـــکالات اساسی دارد، نظارت، پایش و کنترل زندگی مجرمان خطرناک پیش‌بینی شده، ولی این دستورالعمل به لحاظ ماهیتی، هرگز نمی‌تواند و نباید حامل وضع مجازات باشـــد. این شیوه نظارت با توجه به اینکه درد و رنج به فرد تحمیل می‌کند و خلاف آزادی‌های شـــخصی اســـت، کاملا اصل قانونی بودن مجازات را نقض می کند. برای شـــناخت مواردی از این فرایندهای غیرقانونی، خوانندگان می‌توانند به مقاله زیر مراجعه کنند:

Zedner, L. (2016), Penal subversions: When is a punishment not punishment, who

کرده اســـت. ما با سارقانی روبرو هســـتیم که محکومیت خود را به طور کامل سپری کرده، و آزاد و غیربزهکار شـــناخته می‌شوند، اما بدون هیچ‌گونه حساسیتی، با ابزاری کیفری و بدون تشریفات قانونی از جمله دادگاه‌ها، به نام امنیت تحت کنترل درآمده‌اند و حتی شعف‌هایی نیز به خاطر اعلام آمار راجع به کاهش سرقت برپا و وعده توسعه اجرای آن در سراسرکشـــور نیز داده شـــده اســـت.[1] اگر به همین آسانی این وضعیت توجیه شود (که شده است) می‌توان با این بهانه و موارد مشابه، بدون پیش‌نیاز قانون، اصل قانونی بودن را سر برید و به جایش قدرت را نشاند تا با ابزار کیفر نظم دلخواه خود را برقرار ســـازد. این چیزی جز هجوم به آزادی های شخصی و ویرانی مرزهای آن نیست (Zedner, 2016: 12-13)؛ میدان کیفری تا جایی وسعت پیدا کرده که حتی نقض مقررات راجع به این نظارت‌ها، با مجازات پاســـخ داده می‌شود و بنابراین مسیر بازگشت هم اندیشیده شده است.

پیش‌بینی ســـختی نخواهد بود، اگر آینده‌ای را ترســـیم کنیـــم که تنها بدلی از ویژگـــی رفاهی نظـــارت الکترونیک بر جای بماند و اصل آن بـــه تمامی برده قدرت کیفری شود. سرمایه‌های کیفری برای حفظ و برتری میدان دائما جمع‌آوری می‌شوند، و جامعه‌پذیـــری کنش‌گران در فضای نظارتی، امنیتی و رعب‌انگیز، عادت‌واره‌هایی را خلق کرده که کیفرگرایی و به حبس درآوردن اشـــخاص را درونی و میل به شناسایی تقصیر دولت و جامعه را ســـرکوب می‌کند (Beckett & Murakawa, 2012: 238). بنابراین، همان عادت‌واره‌ها و فشارهای ناشی از موقعیت بار دیگر بر سر کار می‌آیند و این بار کاملا نهاد نظارت الکترونیک را از اصل وظیفه رفاهی جدا و سرمایه‌های آن را به تاراج می‌برد. لذا نگرانی بکت و دیگران را به هنگام مفهوم‌ســـازی دولت سراسر بین در ســـایه کاملا درک می‌کنیم و معتقدیم که یک پاسخ تنها و فقط با اعلام رسمی

---

decides and on what grounds?, Theoretical Criminology, 20(1), pp. 3-20.

۱. اواخر ســـال ۱۴۰۲ و اوایل ۱۴۰۳، با همکاری قوه قضاییه و پلیس طرح کنترل ســـارقان سابقه‌دار بعد از اتمام مدت خروج از زندان در چند استان به اجرا درآمده و پس از گذشت چندی عنوان شده که این طرح موجب افزایش کشفیات سرقت و در عین حال کاهش آمار سرقت شده است. در ادامه مقامات عدالت کیفری عنوان کرده‌اند که این طرح قرار است توسعه یابد و به صورت سراسری اجرا شود. برای آگاهی بیشتر در این زمینه بنگرید به مصاحبه‌های مقامات مذکور در خبرگزاری‌ها از جمله خبرگزاری ایرنا با کد خبر ۸۵۴۸۱۳۲ و خبرگزاری مهر با کد خبر ۶۱۶۳۰۷۳:
https://www.irna.ir/news/8548132
https://www.mehrnews.com/news/6163073

دولت‌ها مجازات نام نخواهد گرفت، بلکه چنین مفاهیمی به ما نفوذ قدرت کیفری را می‌قبولانند و کنش‌گران را از اعلام جرم‌انگاری بی‌نیاز می‌کند.

۵. نهادهای مراقبتی در خدمت بعد مدیریتی و نظارتی

مفهوم انتقادی «گسترش شبکه کنترل جرم»[1] به خوبی توصیف می‌کند که چگونه نهادهای اصلاحی می‌توانند به خدمت برای توسعه میدان کیفری فراخوانده شوند و دوباره بزهکاران را در زندان اسکان دهند (Cracknell, 2023: 224). در واقع، افزایش میزان استفاده از این نهادها در صورتی که برای چگونگی بازپروری در این دوران طرحی عملی اندیشه نشود و در عین‌حال بازگشت به زندان ضمانت‌اجرای تخلف از مقررات باشد، می‌تواند نشان‌دهنده آن باشد که کنش‌گران بیش از آن‌که به ابعاد اصلاحی باور داشته باشند، رویه‌هایی را به راه انداخته‌اند که چند هدف واقعی را کنار هم محقق می‌کند؛ اصلاح به صورت نمادین برجسته می‌شود؛ هزینه‌ها مقرون‌به صرفه خواهد شد؛ و در صورت نقض مقررات، قدرت کیفری با یادآوری بی‌تقصیری خویش و تقصیر بزهکاران، استحقاق آنان به حبس را مشروع جلوه می‌دهد (Mas-saro, 2020: 10-11). بدین ترتیب، نهادهای اصلاحی در چرخه‌ای معیوب، میدان کیفری را بازتولید می‌کنند. فلپس[2] تحت عنوان «تناقض پروبیشن»[3] توضیح می‌دهد که پروبیشن هم‌زمان به‌عنوان جایگزین حبس و توسعه دهنده آن عمل می‌کند و به جای آن‌که مشکل زندان‌ها را حل کند، این بار با برچسب ناقضان نهادهای اصلاحی،

---

1. Net Widening

این مفهوم از سوی کوهن برای توصیف یکی از نوآوری‌های کنترل مدرن بکار برده شده است. زمانی که تخلف از مقررات این نهادها با کیفر زندان پاسخ داده می‌شود، معلوم خواهد شد که قدرت از این نهادها به عنوان توری برای به دام انداختن اشخاص استفاده کرده است. این تور می‌تواند از لحاظ میزان نازکی نخ‌ها و اندازه سوراخ‌ها متفاوت باشد و به این ترتیب، با شگردهای مختلف بهره‌وران این نهادها را بار دیگر به زندان حواله دهد.

۲. فلپس در مقاله خود این مساله را که چگونه نهاد پروبیش به همین صورت به افزایش به نرخ زندانی شدن در ایالات متحده منتهی شده است، توضیح می‌دهد. پس از مفهوم‌سازی حبس‌گرایی افراطی (Mass Incarceration) توسط گارلند، مفاهیمی هم‌چون Mass Probation و Mass Supervision برای توصیف استفاده بیش از اندازه برای نهادهای اصلاحی و درمانی به کار گرفته شده است.

3. The Paradox of Probation

جمعیتـــی را در حصار زندان قرار می‌دهد (Phleps, 2013: 2). از نظر میلر[1] (۲۰۱۴)[2] با تبانی میان رفاه اجتماعی و عدالت کیفری دروازه‌ای شکل می‌گیرد که به روی فقرا، اقلیت‌های نژادی و طبقات پایین برای ورود به زندان گشوده شده است.

در نظـــام عدالت کیفری ایران، با توجه به مشـــهود بـــودن چنین رویه‌هایی به نظر بایســـتی منتظر آن باشـــیم که این نهادها در آینـــده در تاریکی میدان کیفری فرو می‌روند؛ نهادهای تعویق، تعلیق، آزادی مشروط و حتی نظارت الکترونیک به صورت پیش‌فرض در عمل به صورت ســـاده و نه مراقبتی صادر می‌شـــوند و بنابراین خبری از ابعاد بازپروانه نیســـت. به رغم آن‌که آیین‌نامه سال ۱۳۹۸پس از شش سال از قانون ۱۳۹۲ با هدف عینیت بخشـــیدن به جنبه‌های توان‌بخشـــی به تصویب رسید، ولی باز هـــم عناوینی هم‌چون مامور مراقبتی و دســـتورهای درمانی، تنهـــا در همان آیین‌نامه خوش می‌درخشـــند و صفحه‌ای در عالم واقع برایشـــان باز نشد و در عمل رویه‌های ســـابق حتی با شدتی بیشتر پیگیری می‌شود. اگر هم تدابیر درمانی اجرا شود، به سان شـــیرهای بی یال و دمی خواهند شـــد که قدرت بازپروری‌شان سلب شده است؛ گاه در نقطه شـــروع متوقف می‌شـــوند و گاه به شـــکل صوری و ناقص اجرا می‌شوند.[3] البته، فراموش نمی‌کنیم که به لحاظ مقرون‌به صرفگی، در مواردی هم‌چون هزینه‌های نظارت الکترونیک، تامین مالی هم می‌کنند (Abramovitz, 2023: 30).

بنابراین اجرای گسترده نسخه ساده یا کمتر مراقبتی این نهادها گرفتار نیروهای عینی میدان کیفری خواهد شد؛ کنش‌گران این نهادها را عموما نه به دلیل تمایل جدی به جنبه رفاهی اجرا می‌کنند، بلکه می‌دانند برای حفظ موقعیت و در نتیجه بقای میدان، بایستی ســـرمایه کیفری را که بر مدیریت‌گرایی و مقرون‌به صرفگی تاکید می‌کند، به دســـت آورند. به همین جهت، در کشمکش‌های میدان نمی‌توان به راحتی از افزایش

---

1. Miller

۲. وضعیت ورود و خروج محکومان زندانی توســـط نهادهای نظارتـــی، در مقالات به عنوان پدیده درب‌های گردان (Reviving Door) توصیف شـــده اســـت. این مفهوم بـــه صورت ابتدایی در علم اقتصاد بکار می‌رود و ناظر بر فرایندی اســـت که مدیران شـــرکت‌های دولتی بین این شـــرکت‌ها و شرکت‌های خصوصی در گردش هستند و منافع کلانی از این راه نصیبشان می‌شود.

۳. در واقع، اگر هم به صورت مراقبتی اجرا شـــود، جنبه‌های ســـلبی دستورهای درمانی بسیار بیشتر اســـت و جنبه‌های ایجابی در غالب موارد به ترک اعتیاد محدود می‌شود؛ آن هم بدون نظارت مستمر و کافی.

اســـتفاده از این نهادها، پیروزی بدون شـــبهه اصلاحات را تفسیر کرد؛ میدان کیفری پویـــا اســـت و در عین حال تغییرات را هم درون خود جـــای می‌دهد. تنها نکته مهم آن اســـت که میدان کیفری مانع شکل‌گیری و اجرای این نهادها بر اساس ایده‌آل‌های بازپروری شده و جهان‌بینی خود را نیز تحمیل می‌کند. در نتیجه شاهد فرایندی هستیم کـــه طی آن اهداف تنبیهی، نظارتی و اصلاحی در هم ادغام می‌شـــوند (Robinson, 2008: 434-437; McNeill, 2017) و بـــا توجه به این‌که ضمانت‌اجرای کیفری، این دوران اصلاحی و رفاهی را پشـــتیبانی می‌کند و کنش‌گران پلیس و دستگاه قضایی از امکانات نظارتی و در واقع فناوری‌های جدید کشـــف جرم ذوق‌زده هستند، می‌توانیم نتیجه بگیریم که آن‌ها در مرحله بعد قطعا پایشـــان دوباره به زندان باز خواهد شد. در مجموع، به نظر می‌رسد میدان کیفری تقریبا تجربه‌های مشابهی را در کشورها در این زمینـــه ایجاد می‌کند؛ رفاه را به یغما می‌برد و تنبیه را ریشـــه‌دار می‌کند (Cracknell, 2023: 225-226).

٦. جزای نقدی؛ تقلیل معنای رفاه‌گرایی و تجلیل از بعد مدیریتی

موقعیت کنش‌گران در میدان کیفری بر اســـاس برخورداری از ســـرمایه‌های کیفری هماننـــد فرهنگ تنبیهی، مدیریت‌گرایی، نمایش اقتدار و ابعاد بیانی و ارتباطی کیفر، مشخص می‌شود و هر چه بهتر از این سرمایه‌های کیفری نگهداری و میزان آن را بالاتر ببرند، موقعیت‌شان حفظ و بهبود می‌یابد (Jiang, 2022: 21-23). بنابراین آن‌ها با دوران به ســـمت میدان کیفری هم خود را به رسمیت می‌شناسند و هم میدان را سر پا نگه می‌دارند. هم‌چنین عادت‌واره‌های قضاتی که در این میدان جامعه‌پذیر شـــدند، در برخورد با ایده‌های رفاهی،خیلی زود و آســـان تغییر نمی‌کند و در فضای تعاملی، اصول و باورهایشان هم‌رسانی و به دوام این عادت‌واره‌ها کمک می‌شود (Fraser & Sandberg, 2020: 3-4). حتی می‌توانیم شاهد کنش‌هایی باشیم که هم‌زمان بازپروری و مدیریت‌گرایی را روایت کند و حتی وجه دوم آن غلبه داشته باشد.

از این جهت، قضات عموما از آن دسته مجازات‌های جایگزین حبس استفاده می‌کننـــد که حداقل تصویری واضـــح و علنی از رفاه‌گرایی را به دســـت ندهد. این کارکرد را می‌توانیم در شهرت جزای نقدی به‌عنوان مجازات جایگزین حبس مشاهده کنیم؛ به نظر می‌رســـد آنان به بهانه دردســـرهای اجرایی و نظارتی از تعیین خدمات

عمومـــی یا دوره مراقبت فرار می‌کنند، ولی در واقعیت برای این‌که برچســـب قاضی متفاوت، لطیف، یا غیرمقتدر نخورند و در نتیجه موقعیت خودشان را تضعیف نکنند، جـــزای نقدی را به‌عنوان انتخاب اول و برآمدی از فرهنگ سیاسی‌شـــان برمی‌گزینند (Brangan, 2023: 938-939). اضافه بر این، منافع مالی زودبازده حاصل از این نوع محکومیت، آن را در نزاع احتمالی با جزای نقدی روزانه عموما برنده ســـاخته و بقای میدان کیفری را به لحاظ در آمدی ضمانت می‌کند. به این ترتیب، ماهیت این مجازات اجتماعی بیش‌از آن‌که بر بازپروری مبتنی باشـــد، سناریوی درآمد و پایداری میدان را تبلیغ می‌کند. این مجازات بکار گرفته می‌شـــود، نه به این خاطر که نیازهای بزهکاران را تامین کند، بلکه به این دلیل که برای جامعه مفید است و این نوعی فروش است و سازگار با میدان کیفری.

برآمد

۱- زنجیره کنش‌ها می‌تواند نشان دهد که میدان کیفری در برخورد با تغییرات درهم شکسته و یا این‌که توانسته است نیروهای خود را به گونه‌ای بازپیکربندی کند که مطابق با خواسته‌ها و نیازهایش بر ایده‌های رفاهی حکم براند؛ بنابراین در صورتی میدان کیفری را موفق می‌بینیم که کنش‌ها به وجود عناصر این فضای اجتماعی گواهی دهند.

۲- در خصوص چگونگی عملکرد میدان کیفری در حیطه ایده‌های رفاهی، به نظر می‌رسد بر مبنای تبیین‌های ارائه شده اجازه داشته باشیم که این‌گونه اندیشه کنیم که از همان ابتدای تولد مدرنیسم کیفری در ایران (البته با تسامحی که قبلا توضیح دادیم)، رتوریک بازپروری را به درخشش درآوردند تا بر تلالو آن، قدرت کیفری بدون آن‌که بدرخشد، در سکوت ناشی از نجات از نقدهای همیشگی منتقدان، کارهای همیشگی خود را سر و سامان دهد. در واقع، با این‌که تغییرات رفاهی چشم‌گیری را در روی کاغذ قانون مشاهده می‌کنیم، ولی میدان کیفری با تکیه بر موقعیت و عادت‌واره‌های قضات، بر کنش آن‌ها تاثیر می‌گذارد و مانع از آن می‌شود که تغییرات کلی حاصل شود.؛بنابراین، دیگر آن ایده‌آل‌های بازپرورانه، چه بخواهیم و چه نخواهیم، از بین رفته است و بایستی با سبک و سیاق جدیدی از اصلاح آشنا شویم. به قول رابینسون شاهد مرگ بازپروری نیستیم، ولی می‌تواند در میدان کیفری هم‌زمان سه روایت کیفری تنبیهی، نظارتی و مدیریتی را در خود بپیچاند. بدین ترتیب، قدرت دوباره لانه‌گزینی کرده و خود را درون دستگاه اصلاح به بهترین شکل جا انداخته است.

۳- در چنین شرایطی می‌توانیم از رفاه‌گرایی کیفری در ایران به‌عنوان یک نهاد پرابلماتیک، همان‌طور که گارلند به آن اشاره کرده است، سخن بگوییم. گارلند معتقد است که فروپاشی برداشت مدرنیستی از دولت که از آن به فرهنگ کنترل یاد می‌کند موجب شد تا عصر رفاه‌گرایی کیفری بر باد برود. در نظام عدالت کیفری ایران، از همان آغاز رفاه‌گرایی میدان کیفری راه‌های نفوذ به خوبی ایجاد و بنابراین بیشترین سهم‌خواهی‌ها برداشت شده است؛ حتی در مجازات‌هایی که اتفاقاً جنبه اجتماعی آن‌ها برجسته‌تر است، به نحو متناقضی نیروهای عینی، میدان کیفری را پایاتر از

گذشته می‌گردانند.

۴- باز کردن پیچیدگی‌های قدرت کیفری وظیفه مهمی است که به ما نشان می‌دهد دیگر آن‌قدر آزادانه با کارت اصلاح بازی نمی‌کنیم و به اندازه گذشته از آن برای تقدیر از تغییرات نظام عدالت کیفری به سوی رفاه‌گرایی و نظام عدالت کیفری حقوق بشری‌تر ارزش‌گذاری نکنیم. از این حیث نبایستی به قدرت‌های کیفری اجازه دهیم که با موارد معمولی مثل اصلاح، بنای خود را دائما مرمت کنند و چرخ‌های رنج‌آور و تحقیرکننده خود را بر تن هر ایده رفاهی فرو برند. نهایت آن‌که، رژیم رفاه یک کشور پیش‌بینی‌کننده خوبی برای کنترل جرم و الگوی عدالت کیفری است، آن وقت می‌توانیم انتظار داشته باشیم که اگر سیاست رفاهی در جامعه نداشته باشیم، رفاه گرایی کیفری هم نخواهیم داشت.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اللهوردی میگونی، فرهاد (۱۳۹۹)، «**هیچ چیز موثر نیست؟ اسطوره شکست رویکرد بازپروری مجرمان**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۵۰، شماره ۲.

* بوردیو، پی‌یر (۱٤۰۳)، **نظریه کنش؛ دلایل عملی و انتخاب عقلانی**، برگردان: مرتضی مردیها، چاپ هشتم، تهران: نقش و نگار.

* بون ویتز: پاتریس(۱٤۰۳)، **درس‌هایی از جامعه‌شناسی پی‌یر بوردیو**، برگردان: جهانگیر جهانگیری و حسن پورسفیر، چاپ ششم، تهران: انتشارات آگه.

* جمشیدیها، غلامرضا و پرستش، شهرام (۱۳۸٦)، «**دیالکتیک منش و میدان در نظریه عمل پی‌یر بوردیو**»، فصل‌نامه علوم اجتماعی، شماره ۳۰.

* جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و ساداتی، سید جواد (۱۳۹٤)، «**مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفری**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۱.

* رستمی، هادی (۱٤۰۲)، «**ارزیابی نهادهای ارفاقی در سیاست جنایی ایران (با تاکید بر گسترش افراطی و ناکارآمدی)**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۲۰، شماره ۲۵.

* کوهی اصفهانی، کاظم و نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و فرجیها، محمد (۱٤۰۰)، «**نقل و انتقال سیاست‌های کنترل جرم؛ انتقال داوطلبانه یا اجباری**»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۲۲، شماره ٥٤.

* لطفی خاچکی، طاهری و یوسفی، علی (۱٤۰۱)، «**تحلیل انتقادی نظریه تمایز بوردیو با رویکردی فرانظری**»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال بیست و دوم، شماره ۱.

* متین‌پارسا، محمد و موذن‌زادگان، حسنعلی (۱٤۰۱)، «**چالش‌های سیاست جنایی قضایی در کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۸.

* محسنی، فرید و جعفریان، عارف (۱٤۰٤)، «**چالش‌های قضایی نهاد نظارت الکترونیک**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۲۹.

* کوره‌پز، محـــمدحسین (۱۴۰۰)، **موانـع کاربـــست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران**، چاپ نخســت، تهران: مرکز مطبوعات و انتشـــارات قوه قضاییه.

* موذن‌زادگان، حسنعلی و متین‌پارســا، محمد (۱۴۰۰)، «**چالش‌های تقنینی اجرای خدمات عمومی رایگان از منظر قضات**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حســین (۱۳۸۶)، **کیفرهای جامعه‌مدار در: کیفرشناســی (بولک)**، چاپ پنجم، تهران: مجد.

* نقیب‌زاده، احمد و اســتوار، مجید (۱۳۹۱)، «**بوردیو و قدرت نمادین**»، فصل‌نامه سیاست مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۲.

* نیازپور، امیرحسن (۱۳۸۷)، «**محرومیت از حقوق اجتماعی در لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان؛ جلوه‌ای از کارکرد توان‌گیرانه کیفرهای اجتماع‌محور**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴.

* استونز، راب (۱۳۷۹)، **متفکران بزرگ جامعه‌شناسی**، برگردان: مهرداد میردامادی، چاپ نخست، تهران: مرکز.

ب. انگلیسی

* Abramovitz, M. (2023), **From the welfare state to the carceral state: Whither social reproduction?**, Affilia, 38(1).

* Barker, V. (2013), **Nordic exceptionalism revisited: Explaining the paradox of a Janus-faced penal regime**, Theoretical criminology, 17(1).

* Beckett, K., & Murakawa, N. (2012), **Mapping the shadow carceral state: Toward an institutionally capacious approach to punishment**, Theoretical Criminology, 16(2).

* Bowden, M. (2021), **The security field: Forming and expanding a Bourdieusian criminology**, Criminology & Criminal Justice, 21(2).

* Brangan, L. (2023), **Making sense of penal difference: Political**

cultures and comparative penology, Punishment & Society, 25(4).

❋ Brown, M. (2014), **Visual criminology and carceral studies: Counter-images in the carceral age**, Theoretical Criminology, 18(2).

❋ Buchan, J. (2020), **The struggle is real: Theorizing community justice restructuring agonistically**, European Journal of Probation, 12(2).

❋ Cracknell, M. (2023), **The resettlement net: 'revolving door' imprisonment and carceral (re) circulation**, Punishment & Society, 25(1).

❋ Fraser, A., & Sandberg, S. (2020), **Foreword to Criminology & Criminal Justice's Virtual Special Issue: Bourdieu and Criminology**, Criminology & Criminal Justice.

❋ Garland, D. (2004), **Beyond the culture of control**, Critical Review of International Social and Political Philosophy, In Managing Modernity, Routledge.

❋ Garland, D. (2018), **Punishment and welfare revisited**, Punishment & Society, 21(3).

❋ Jiang, J., & Liu, J. (2022), **Penal welfare or penal sovereignty? A political sociology of recent formalization of Chinese community corrections**, Punishment & Society, 24(4).

❋ Lynch, M. (2011), **Theorizing punishment: Reflections on Wacquant's punishing the poor**, Critical Sociology, 37(2).

❋ Massaro, V. A. (2020), **Relocating the "inmate": Tracing the geographies of social reproduction in correctional supervision**, Environment and Planning C: Politics and Space, 38(7-8).

❋ McNeill, F. (2017), **Post-script: Guide, guard and glue–Electronic monitoring and penal supervision**, European Journal of Probation, 9(1).

❋ Miller RJ (2014), **Devolving the carceral state: Race, prisoner reentry and the micro-politics of urban poverty management**, Punishment and Society 16(3).

❋ Page, J. (2013), **Punishment and the penal field, The SAGE Handbook of Punishment and Society**. London: SAGE.

❋ Phelps, M. S. (2013), **The paradox of probation: Community supervision in the age of mass incarceration**, Law & policy, 35(1-2).

❋ Quirouette, M. (2022), **The Struggle is real: Punitive assessment in community services**, Punishment & Society, 24(3).

❋ Robinson, G. (2008), **Late-modern rehabilitation: The evolution of a penal strategy**, Punishment & Society, 10(4).

❋ Robinson, G. (2016), **The Cinderella complex: Punishment, society and community sanctions**, Punishment & Society, 18(1).

❋ Rubin, A., & Phelps, M. S. (2017), **Fracturing the penal state: State actors and the role of conflict in penal change**, Theoretical Criminology, 21(4).

❋ Zedner, L. (2016), **Penal subversions: When is a punishment not punishment, who decides and on what grounds?**, Theoretical Criminology, 20(1).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۳۶۵-۳۴۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۷

تعیین تکلیف جرائم منوط در صورت وجود مانع شکلی در بررسی جرم مناط

مهرانگیز روستائی[۱]

چکیده

گاه دادرس کیفری برای رسیدگی به جرم الف و در مقام بررسی تحقق عناصر و ارکان این جرم، ناگزیر است که ابتدا تحقق یا عدم تحقق جرم ب را بررسی کند؛ چرا که مقنن در تعریف جرم الف و احصاء اجزای عنصر مادی این جرم، تحقق تام و تمام جرم دیگری را لازم و ضروری دانسته است و لذا تا اثبات نشود که جرم ب با تمام عناصر و ارکان خویش محقق شده است، اساساً تحقق یکی از اجزای اساسی عنصر مادی جرم الف نیز اثبات نمی‌شود. حال ممکن است دادرس به واسطه وجود یک مانع شکلی مانند مرور زمان، گذشت شاکی خصوصی یا فقدان شرایط مذکور در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری بر سر راه بررسی و اثبات جرم ب، امکان بررسی این جرم را نداشته باشد. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، ضمن بررسی راهکارها و تفاسیر مختلف از موضوع و با تبیین ایرادهای وارد بر راهکارهای احراز اجمالی جرم ب، اناطه کیفری به کیفری، توقف رسیدگی و صدور قرار موقوفی تعقیب، نهایتاً راهکار صدور قرار منع تعقیب یا رأی برائت نسبت به جرم الف را به عنوان مناسب‌ترین تفسیر منطبق بر اصول شکلی و ماهوی حقوق کیفری پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: جرم منوط، جرم مناط، مانع شکلی، استفاده از سند مجعول، مرور زمان، قوادی

---

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران.
m.roustaie@malayeru.ac.ir

درآمد

اصل برائت از اصـــول مســـلم و بدیهی حقوق کیفری اســـت که در تمامی نظام‌های حقوقی از جمله نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است. این اصل که در رأس اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری جای می‌گیـــرد در تمامی مراحل فرایند کیفری و بر همه مقررات قانون آیین دادرسی کیفری حاکمیـــت دارد و از آن‌جایی که تأثیر آن بر نظام دادرسی و فرایـند کیـفری بنیادین خواهد بود (سـاقیان و اسلامی، ۱٤۰۰: ۱۲۸-۱۲۹)، علاوه بر این‌که در مقررات فراتقنینی مورد شناســـایی قرار گرفته اســـت (آشـــوری، ۱۳۷۲: ۳۹) برای نخستین بار در بخش کلیات قانون آیین دادرسی کیفری مصـــوب ۱۳۹۲ ذیل عنوان اصول حاکم بر آیین دادرســـی کیفری در ماده ٤ به عنوان اصلی کلی، دائمی و الزام‌آور، بنیان برگزاری یک دادرســـی صحیح و قانونی را شکل داده اســـت که در تصویب، تفسیر و اجراء مقررات آیین دادرسی کیفری باید رعایت گردد (خالقی، ۱٤۰۱: ۲٤-۲۵). این اصل که با حمایـــت از آزادی و حیثیت اشخاص ملازمه دارد در کلیت خود چنین خلاصه می‌شـــود که هرجا در وجود دین یا تکلیفی تردید شـــود، اصل برائت اســـت خواه ضمانت اجرایی که شخص را تهدید می‌کند، مجازات کیفری باشـــد یا الزام حقوقی (کاتوزیـــان، ۱۳۸۳: ۲٤۵). در این میان جایگاه برائت کیفری، اساســـی اســـت (اکبری رومنی، ۱۳۸۷: ۱۹۷) و آن‌چه فرض بی‌گناهی افراد و اباحه اعمـــال را از اعتبار میاندازد، وجود دلیل و حکم قطعی و تخلف ناپذیر مبنی بر مجرمیت فرد یا جرم بودن یک رفتار است. هنگامی که در یک نظام حقوقی، اصل برائت پذیرفته می‌شـــود لاجرم آن نظام باید به آثار این اصل نیز تن دهد (شمس ناتری،۱۳۸۷: ۷۱-۷۲). از جمله آثار اصل برائت آن است که هرگاه قاضی کیفری (اعم از قاضی در مقام تعقیب و تحقیق یا قاضی در مقام رســـیدگی و صدور حکم) با یک پرونده کیفری مواجه شود باید اصل را بر عدم تحقق عناصر سه‌گانه جرم بگذارد مگر آن‌که وجود و تحقق هر ســـه عنصر متشکله جرم احراز و اثبات شود (الهام و برهانی، ۱٤۰۰: ۹۳-۹۲).

گاه موضوع پرونده مطروح نزد قاضی کیفری، جرمی است که یکی از اجزای عنصـــر مادی آن، تحقق جرم دیگری اســـت. در پرونده حاضـــر، هنگامی که دادرس کیفری در مقام تحقیق یا اظهار نظر در خصوص تحقق یا عدم تحقق جرم الف عنصر

قانونـــی این جرم را می‌یابـــد و ماده قانونی ناظر بر تعریـــف و تبیین عناصر و ارکان متشکله و مجازات جرم الف را می‌کاود، درمی‌یابد که یکی از اجزای عنصر مادی لازم برای تحقق این جرم، آن است که ابتدا جرم ب به وقوع پیوسته باشد و تحقق جرم ب محرز و مســـلم باشد تا آن‌گاه بتواند بگوید این بخش از عنصر مادی جرم الف محقق شـــده است. به عنوان مثال، قانون‌گذار در مقام جرم‌انگاری بزه استفاده از سند مجعول در مواد ٥٢٤ به بعد قانون مجازات اســـلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ همواره تأکید کرده اســـت که شرط تحقق این جرم آن است که آن‌چه توسط مرتکب مورد استفاده قرار گرفته، «مجعول» یا «جعلی» باشـــد. این بدان معناست که زمانی می‌توان مرتکب را برای بزه اســـتفاده از سند مجعول کیفر داد که ابتدا تحقق بزه «جعل» با تمام عناصر و ارکان مادی و روانی‌اش نســـبت به سند مورد اســـتفاده، محرز و مسلم باشد. مثال دیگر، بزه مداخله در اموال مسروقه موضوع ماده ٦٦٢ کتاب تعزیرات قانون مجازات اســـلامی اســـت که وفق آن، شرط تحقق این جرم آن اســـت که مال مورد مداخله از سوی مرتکب، در نتیجه ارتکاب «سرقت» به دست آمده باشد. هم‌چنین در خصوص جرم پول‌شـــویی بر اساس بندهای مختلف ماده ۲ قانون مبارزه با پول‌شویی، ضروری اســـت مرتکب رفتار مجرمانه خود را بر روی عواید ناشـــی از «جرم منشأ» انجام داده باشـــد. به عبارت دیگر، جرم‌انگاری این رفتار از باب جرم‌انگاری جرم مانع است که برای مبارزه با ارتکاب جرم منشأ جرم‌انگاری شده است. اما از باب جرم‌انگاری نتیجه جرم منشأ نه مقدم بر جرم منشأ؛ چرا که ابتدا جرم منشأ واقع شده است و پول‌شویی برای مخفی نمودن عواید حاصل از جرم منشـــأ صورت گرفته است (حسنی، ١٤٠١: ۹۱). مثـــال دیگـــری که می‌توان بدان اشـــاره کرد، جرم قوادی اســـت که اگر چه در خصوص مطلق یا مقید بودن آن به تحقق زنا یا لواط در فقه اختلاف نظر وجود دارد (حســـین‌نژاد، ۱۳۹۷: ١٠٦)، اما به تصریح ماده ٢٤٢ و تبصره ۱ ذیل آن، شرط تحقق این جرم آن اســـت که مرتکب دو یا چند نفر را برای زنا یا لواط به هم برســـاند و در عمل نیز زنا یا لواط میان آن افراد محقق شـــده باشد. در کلیه مثال‌های فوق، در تحقق عنصر مادی جرم الف (استفاده از سند مجعول، مداخله در مال مسروق، پول‌شویی و قوادی) شرط تحقق و احراز و اثبات جرم ب (جعل، سرقت، جرم منشأ، زنا یا لواط) لحاظ شده است که رخداد آن‌ها در سه مورد نخست به شکل پیشینی و در مورد آخر

به شـــکل پسینی خواهد بود و قاضی رســـیدگی کننده به جرم الف در مقام بررسی و احراز عناصر متشکله این جرم، می‌بایست تحقق یا عدم تحقق جرم ب را نیز بررسی نمایـــد. با توجه بـــه درهم‌تنیدگی اینگونه جرائم به جرم دیگـــر و جدایی ناپذیری و وابستگی میان این دو، در فقدان سابقه پژوهشی در باب موضوع، در این پژوهش نام جرم الف را جرم «منوط» نهاده‌ایم و جرم ب که محل تعلیق و موضع آویختگی جرم الف است را جرم «مناط» می‌نامیم؛ به علاوه در این نام‌گذاری از شیوه تقنین تبصره ۱ ماده ۲۴۲ نیز اســـتفاده شده است؛ هرچند می‌توان حسب مورد از معادل‌هایی هم‌چون جرم مشروط و وابسته نیز استفاده کرد.

بدیهی است قاضی رســـیدگی کننده به جرم الف به اقتضای پای‌بندی به آثار اصـــل برائت که به موجب آن مجرمیت باید توســـط مدعی اثبات گردد (قیاســـی و درودی، ۱۳۹۲: ۱۴۸)، ناگزیر است در مقام بررسی و احراز عناصر متشکله این جرم، وضعیـــت جرم ب را نیز مطمح نظر قرار دهد. در این میان چنان‌چه تحقق جرم ب با صدور یک حکم قطعی کیفری، مســـلّم و اثبات شده باشد، مشکلی در این خصوص وجود ندارد و قاضی مذکور می‌تواند این جزء از عنصر مادی جرم الف را محقق شده بداند و ســـایر عناصر و ارکان متشـــکله این جرم را مورد بررسی قرار دهد. اما زمانی که چنین حکمی پیرامون جرم ب موجود نباشد چه باید کرد؟ ساده‌ترین پاسخ ممکن به این پرســـش آن است که گفته شود قاضی رسیدگی کننده به جرم الف از آن‌جا که موظف است عناصر متشـــکله این جرم را بررسی کند و چون یکی از اجزای عناصر متشکله این جرم، تحقق جرم ب است پس وی می‌بایست به جرم ب نیز ورود کرده و ابتدا تحقق یا عدم تحقق عناصر متشکله جرم ب را در دستور کار خود قرار دهد و پس از احراز آن، مجدداً به بررســـی سایر عناصر و اجزای جرم اصلی پرونده که جرم منوط است بازگردد، اما مداقه در حالت‌های مختلفی که ممکن است بروز نماید نشان می‌دهد که این پاســـخ ساده همیشه نمی‌تواند راهگشـــا باشد. مشکل زمانی بروز پیدا می‌کند که قاضی رســـیدگی کننده به جرم منوط برای ورود به جرم مناط با یک مانع شـــکلی مواجه باشد. به عنوان مثال در مقام رسیدگی به بزه استفاده از سند مجعول و هنگام بررسی این‌که آیا نسبت به سند موضوع شکایت، بزه «جعل» محقق شده است یا خیر، درمی‌یابد که اساســـاً بزه جعل وفق ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مشمول

مرور زمان اســـت و با توجه به فلسفه پیش‌بینی این نهاد در حقوق کیفری (آخوندی، ۱۳۷۱: ۷۰) امکان ورود به این جرم و بررسی عناصر و ارکان مادی و روانی آن وجود ندارد. یا در مقام رسیدگی به بزه تحصیل یا خرید مال مسروق و هنگام بررسی این‌که آیا این مال در نتیجه ارتکاب «ســـرقت» با تمامی عناصر و ارکان آن به دســـت آمده اســـت یا خیر، متوجه می‌شود که با توجه به ارزش مال و سایر شرایط مندرج در ماده ۱۰٤ قانون مجازات اســـلامی، سرقت در زمره جرائم قابل گذشت است (روستائی و رحمانیان، ۱٤۰۰: ۱٦٦) که وفق ماده ۱۲ قانون آیین دادرســـی کیفری، به واسطه عدم شکایت شـــاکی یا متعاقب اعلام گذشت وی، اساســـاً امکان ورود به جرم سرقت و بررســـی عناصر و ارکان مادی و روانی این جرم وجود ندارد (جعفرزاده و همکاران، ۱٤۰۱: ۱٤). یا در مقام رســـیدگی به بزه قوادی و هنگام بررسی این‌که آیا میان آن دو نفری که توســـط متهم این پرونده برای زنا یا لواط به هم رســـانیده شده‌اند، بزه «زنا یا لواط» واقع شـــده است یا خیر، متوجه می‌شـــود که به دلیل فقدان موارد چهارگانه موضوع ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (شکایت شاکی، به عنف بودن، سازمان یافته بودن و علنی بودن) اساســـاً امکان ورود به مقوله زنا یا لواط توســـط وی وجود ندارد (سلطانی‌فرد و مالمیر و عالی‌پور، ۱۳۹۸: ۱٥٦).

این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و آراء و رویه قضایی در دسترس، به دنبال آن است که پاسخ مناسبی برای این پرسش بیابد که در مواجهه با جرائم منوط، هنگامی که ورود به جرم مناط با مانعی شکلی روبه‌روست چه باید کرد. برای این منظور، تفاســـیر مختلف را بررسی و ارزیابی می‌نماییم تا نهایتاً به مناسب‌ترین تفسیر ممکن دست یابیم.

۱. تفسیر نخست: احراز اجمالی جرم مناط

نخســـتین پاسخی که به پرسش این تحقیق می‌توان داد آن است که گفته شود قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط در هر صورت باید به جرم مناط ورود کرده و آن را بررســـی و احراز نماید. در ادامه ابتدا این دیدگاه را تبیین کرده و سپس آن را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

۱-۱. بیان تفسیر

منطبق بر این دیدگاه، هر چند قاضی رسیدگی کننده به جرم الف برای ورود به جرم ب با مانعی شکلی روبه‌روست اما بنا به دلائلی باید استثنائاً و به رغم وجود آن مانع شکلی، به وی مجوز ورود به جرم ب را داد. نخست این‌که در هر حال وی مأمور بررسی عناصر و ارکان متشکله جرم منوط است که به وی ارجاع شده و وی ناگزیر است به حکم بخش اخیر ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری در کشف اوضاع و احوالی که به نفع یا ضرر متهم است فرق نگذارد.[۱] یکی از این شرایط و اوضاع و احوال، تحقق یا عدم تحقق جرم مناط است و قاضی همان‌گونه که سایر عناصر و ارکان جرم را بررسی می‌کند می‌بایست ضرورتاً این جزء را نیز مورد بررسی قرار دهد. به بیان دیگر می‌توان این‌گونه استدلال کرد که ضرورت کشف و تعقیب و تحقیق جرم ارجاعی الف بر مانع شکلی ورود به جرم ب اولویت یافته و در موضعی ضد فورمالیستی، دادرس برای این‌که مستنکف از احقاق حق شناخته نشود مجوز شکستن مانع شکلی و ورود و تحقیق پیرامون جرم ب را خواهد داشت (الشریف و آرایی، ۱۳۹۶: ۱۱)؛ دوم این‌که، مجوزی که در این مجال به قاضی کیفری برای ورود به جرم ب به رغم وجود مانع شکلی داده می‌شود، استثنایی و مضیق و محدود به حدی است که ضرورت فوق را مرتفع سازد. به بیان دیگر بنا نیست قاضی هنگام ورود به جرم ب بررسی تفصیلی کرده و تعقیب و تحقیق و رسیدگی و صدور حکم به معنای تام را به انجام برساند تا آن مانع شکلی، اجازه اقدام به وی ندهد، بلکه بناست یک بررسی اجمالی نموده و همان می‌زان بررسی و تحقیق که بتواند اجمالاً تحقق یا عدم تحقق جرم ب را نشان دهد به انجام برساند. این می‌زان بررسی و ورود به جرم مناط با مانعی مواجه نیست. به عنوان مثال هنگامی که قاضی در مقام رسیدگی به بزه استفاده از سند مجعول، با این مانع مواجه می‌شود که خود بزه جعل مشمول مرور زمان است، لازم نیست به بزه جعل آن سند ورود تفصیلی و دقیق کرده و تمام عناصر و اجزا را احراز و حکم محکومیت جعل را صادر کند، بلکه صرفاً با تعیین کارشناس به بررسی این امر می‌پردازد که آیا خدشه و الحاق و الصاقی به این سند صورت گرفته

---

۱. در دادنامه شماره ۳۳۸۹۰۶۷ تاریخ ۱۴۰۲/۲/۷ شعبه پنجاه و هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران با همین استدلال، دادگاه نخستین ملزم شده است به رغم مرور زمان جعل، با انجام کارشناسی بر روی سند، در خصوص بزه استفاده از سند مجعول اظهارنظر ماهوی کند.

اســـت یا خیر. چنان‌چه کارشناس این امر را تأیید کرد، اجمالاً جرم جعل محقق است و بـــدون نیاز به صدور حکم پیرامون بزه جعل، قاضی از این نظر کارشناســـی صرفاً این بهره را می‌برد که ســـند مجعول اســـت و با استفاده از آن تکلیف خود در پرونده رسیدگی به بزه استفاده از سند مجعول را روشن می‌سازد. در نتیجه مرور زمان تعقیب بزه جعل، مانع انجام چنین بررسی اجمالی و محدود پیرامون این بزه نیست. به عنوان نمونه می‌توان به دادنامه شـــماره ۴۹۹۸۳۵۰ تاریخ ۱۴۰۱/۴/۲۰ صادره از شعبه بیست و سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد که به رغم تأیید قرار موقوفی تعقیب بابت مرور زمان بزه جعل، دادگاه بدوی را ملزم به این دانســـته که با تعیین کارشناس خط، مجعول بودن سند را بررسی کرده و متعاقباً از این طریق، پیرامون بزه استفاده از ســـند مجعول، اتخاذ تصمیم نماید. تنها استدلال به کار رفته در این رأی آن است که «چون بزه اســـتفاده از سند مجعول، بزه مستقل و علی‌حده از جعل محسوب می‌شود» پس مرور زمان جعل، مانع رســـیدگی به آن نیست؛[1] این در حالی است که دادنامه در خصوص چگونگی فائق آمدن بر مانع شـــکلی مرور زمان در رسیدگی به جرم جعل ساکت است.

از منظر حقوق تطبیقی، در حقوق کیفری فرانسه پیرامون بزه اختفای مال ناشی از جرم،[2] هرچند وفق برخی آراء دیوان عالی کشـــور، اثبات یک جرم پیشـــینی برای شروع به تعقیب متهم این جرم ضروری است (Cass. Crim., 17 mai 1989)، با این وجود این امر به معنای آن نیست که دادستان ملزم است آن جرم اصلی[3] را به تفصیل و با تمام جزئیـــات توصیف کند (Cass. Crim., 19 juin 2001, n° 99-85.188) یا مرتکب آن جرم اصلی را شناســـایی کند (Cass. Crim., 7 mai 1942) یا حتی حکم محکومیت وی را اخذ کند (Cass. Crim., 4 janv. 1963).[4]

---

۱. مشابه این استدلال و تصمیم را می‌توان در دادنامه شماره ۳۰۳۲۷۰۶ تاریخ ۱۴۰۰/۳/۱۰ شعبه بیستم دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز مشاهده کرد.

2. recel

3. délit originel

4. www.legifrance.gouv.fr

۲-۱. ارزیابی تفسیر

دیدگاه مذکور مزایایی دارد از جمله این‌که حقوق بزه‌دیده جرم منوط را به خوبی تأمین کرده و تضمین می‌کند که به شکایتش بابت این جرم، رسیدگی جامع و کامل صورت می‌پذیرد و به بهانه وجود موانع شکلی در رسیدگی به جرم مناط شکایت وی مردود نمی‌شود. هم‌چنین اتخاذ این رویکرد، با تضمین بی‌مجازات نماندن مرتکب جرم منوط به بهانه شکلی ناظر بر جرم مناط، می‌تواند حقوق جامعه را نیز بهتر تأمین نماید. به رغم مزایای فوق، ایرادهایی نیز متوجه این تفسیر است که موجب می‌شود در پذیرش آن تأمل جدی صورت گیرد.

نخستین ایراد آن است که بررسی اجمالی تحقق یا عدم تحقق جرم مناط آن هم از طریق بررسی تنها یک یا چند جزء از اجزای متشکله این جرم، کافی به مقصود نیست. به بیان دیگر قائلان به این دیدگاه باید به این پرسش پاسخ دهند که آیا صرف بررسی کلی و اجمالی موضوع و کشف تحقق تنها یک جزء از اجزای عنصر مادی جرم مناط برای این‌که بگوییم این جرم محقق شده و در نتیجه جزء مورد نظر از جرم منوط نیز محقق شده فرض گردد کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ این پرسش، منفی باشد؛ زیرا مادام که تحقق تک تک اجزا و عناصر متشکله جرم، مسلم و قطعی نشود، باید آن جزء و به تبع آن، تحقق جرم منوط را هم منتفی بداند. بدیهی است زمانی می‌توان ادعا کرد که جرم مناط به‌عنوان یکی از اجزای متشکله عنصر مادی جرم منوط، قطعاً محقق شده است که آن جرم با تمام اجزا و عناصر مادی و روانی‌اش محقق شده باشد و این امر نیز محرز نمی‌شود مگر زمانی که کلیه اجزای این جرم به صورت تفصیلی و جزء به جزء بررسی و محرز شود؛ نه صرفاً با یک بررسی اجمالی و کشف و احراز تنها یک جزء آن.[1] به عنوان مثال شاکی علیه متهم شکایتی با موضوع استفاده از سند عادی مبایعه‌نامه مجعول مطرح نموده با این توضیح که هفته گذشته در جریان دعوای حقوقی ملکی فیمابین، متهم یک فقره مبایعه نامه عادی تنظیمی در بیست سال قبل به دادگاه حقوقی ارائه داده و مدعی شده که من آن زمان این ملک را به وی فروخته‌ام و کل ثمن معامله را نیز دریافت کرده‌ام؛ حال آن‌که این مبایعه‌نامه

---

۱. به عنوان نمونه در دادنامه‌های شماره ۲۳۵۵۷۸۹۰ تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۳، شماره ۱۴۹۸۷۷۶۵ تاریخ ۱۴۰۰/۴/۵، شماره ۳۵۸۸۶۶۷۲ تاریخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۳ همگی صادره از شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو رودهن همین استدلال به کار رفته است.

دستکاری شده است و نسبت به قراردادی که من آن زمان امضا کرده‌ام یک سری الحاقات و اضافات مجعول دارد. متهم در مقام دفاع اظهار می‌دارد کلیه اضافات و الحاقاتی که در متن مبایعه نامه بعد از امضائات صورت گرفته، با توافق طرفین بوده و من جعلی صورت نداده‌ام. در این مثال، هر چند بزه استفاده از سند مجعول که در حال حاضر نزد قاضی کیفری مطرح شده، هیچ مانع شکلی از جمله مرور زمان ندارد، اما بزه جعل با توجه این‌که مربوط به بیست سال گذشته است وفق مواد ۵۳۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات، مصوب ۱۳۷۵ و مواد ۱۹ و ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشمول مرور زمان است و امکان تعقیب و بررسی ندارد. آیا قاضی رسیدگی کننده به بزه استفاده از سند مجعول می‌تواند با تکیه بر استدلال گروه نخست با ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری و تعیین این که آیا الحاقاتی به سند صورت گرفته یا خیر، بزه جعل را محقق دانسته و در نتیجه بزه استفاده از سند مجعول را نیز تحقق یافته قلمداد کند؟ به نظر پاسخ منفی است؛ چرا که آن‌چه مورد حکم قانون‌گذار قرار گرفته، استفاده از سند «مجعول» است؛ و نه صرفاً سند «مخدوش». در این مثال اساساً نیازی به کارشناسی نیست؛ متهم خود اقرار و اذعان دارد به این‌که پس از امضای قرارداد، مطالبی به سند الحاق شده است. کارشناس نیز نهایتاً همین امر را به اثبات می‌رساند، اما این تنها بخشی از عنصر مادی بزه جعل (جرم مناط) است، اما تمام جرم جعل نیست. حسب تعریف جرم جعل در ماده ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، جعل عبارت است از الحاق نوشته به سند «به قصد تقلب» و این قصد تقلب، اشاره به عنصر روانی بزه جعل دارد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۲۸۱؛ شاکری و رضایی سراجی، ۱۳۹۳: ۱۶۲). بررسی اجمالی تک جزئی جرم جعل از طریق ارجاع امر به کارشناس رسمی، تنها بخشی از عنصر مادی را روشن می‌سازد، اما از تعیین تکلیف عنصر روانی این جرم عاجز است؛ حال آن‌که در این مثال، دفاعیه متهم ناظر بر عنصر روانی است و زمانی که ادعا می‌کند الحاقات سند با توافق طرفین بوده، در واقع در حال انکار سوء نیت و قصد تقلب است (پوربافرانی، ۱۳۹۷: ۲۱۷–۲۱۸). مادام که قاضی رسیدگی کننده، به این جنبه ماجرا ورود نکرده و آن را بررسی و احراز ننماید، نمی‌تواند به صرف اثبات بخشی از عنصر مادی جرم جعل از طریق جلب نظر کارشناس، جرم جعل و به تبع آن، جرم استفاده از سند مجعول را محقق بداند؛ چرا

که تا بدین‌جا صرفاً مخدوش بودن سند اثبات شده نه مجعول بودن آن. به عکس، به اقتضای اصل برائت و تأکید ماده ۱٤٤ قانون مجازات اسلامی بر این‌که اصل بر فقدان عنصرروانی است و خلاف آن باید اثبات شود، قاضی باید ضرورتاً عنصر روانی را نیز بررسی و احراز نماید (میرمحمد صادقی و محمدخانی، ۱۳۹۲: ۸۵)؛ حال آن‌که برای ورود به این جزئیات و بررسی تفصیلی موضوع، با مانع شکلی مرور زمان بر سر بررسی جرم جعل مواجه است؛ بنابراین استدلال نخست که بر کفایت بررسی اجمالی جرم ب بنا شده است و مانع شکلی مرور زمان را قادر به ایجاد اشکال در این زمینه نمی‌بیند مخدوش است. ممکن است قائلان به دیدگاه نخست در پاسخ بگویند که قاضی رسیدگی کننده به جرم الف می‌تواند به عنصرروانی جرم ب نیز ورود کند، اما این پاسخ پذیرفتنی نیست؛ چرا که اساس استدلال‌شان این بود که چون قرار است تنها یک بررسی اجمالی و کلی بر روی جرم ب صورت گیرد، مانع شکلی را کنار می‌گذاریم. حال اگر قرار بر این باشد که به عنصر روانی این جرم هم ورود شود دیگر نامش بررسی اجمالی نیست و اساساً این استدلال کنار می‌رود. به بیان دیگر اگر به قاضی رسیدگی کننده به جرم الف اجازه بدهیم که به رغم مانع شکلی، تا این اندازه جزئی و تفصیلی وارد جرم ب شود مصادره به مطلوب کرده‌ایم.

مثال دیگری که در این زمینه می‌توان مطرح کرد این است که آقای ج به عنوان متهم پرونده قوادی نزد قاضی کیفری حاضر می‌شود؛ با این توضیح که وی واسطه آشنایی اشخاص د و ح بوده و این دو نفر را به منظور برقراری رابطه زنا به هم رسانیده است. قاضی رسیدگی کننده به این پرونده در مقام بررسی اجزای عنصر مادی بزه قوادی می‌بایست بررسی و احراز نماید که آیا میان این دو نفر جرم زنا واقع شده است یا خیر. بر اساس دیدگاه گروه نخست، این قاضی صرفاً بررسی اجمالی در حدی انجام می‌دهد که مشخص شود آیا این دو نفر با یکدیگر رابطه‌ای داشته‌اند یا خیر. اگر اصل رابطه میان دو نفر احراز شود، برای تحقق این بخش از عنصر مادی جرم قوادی کفایت می‌کند. بدیهی است که این پاسخ غیر قابل پذیرش است؛ چرا که به تصریح تبصره ۱ ماده ۲٤۲ قانون مجازات اسلامی، عنوان مجرمانه و نیز مجازات ج در حالتی که میان دو شخص د و ح، زنا با تمام شرایط و ارکانش واقع شده باشد، تفاوت اساسی دارد با حالتی که میان این دو رابطه نامشروع مادون زنا واقع گردیده

باشـــد؛ بنابراین قاضی رسیدگی کننده به قوادی زمانی می‌تواند در خصوص این جرم به صورت صحیـــح تعیین تکلیف نماید که ابتدا تکلیف نوع و کیفیت رابطه میان این دو نفر را مشـــخص نماید و به صورت دقیق و تفصیلی بررســـی و احراز نماید که آیا زنا با تمام عناصر و ارکانش واقع شده است یا خیر. این در حالی است که رابطه میان د و ح به واســـطه آن‌که واجد هیچ‌یک از شرایط چهارگانه مندرج در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری نیست، اساساً امکان ورود و بررسی توسط قاضی رسیدگی کننده را ندارد. ممکن اســـت جهت رفع این ایراد گفته شود که لازم نیست قاضی رسیدگی کننده به بزه قوادی، با جزئیات به جرم زنا ورود کند بلکه همین که با احضار د و ح، سوالات کلی پرسیده و در حد رفع نیاز پرونده قوادی، اطلاعات گردآوری کند کافی اســـت. این پاسخ نیز مردود اســـت؛ چرا که به تصریح ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری حتی پرســـش در این زمینه هم ممنوع اســـت (شـــیدائیان و شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۲۵-۱۲۶).

دومین ایراد وارد بر تفســـیر نخســـت آن اســـت که اگر قاضی رسیدگی کننده به جرم الف به رغم مانع شـــکلی، نه برای اظـــهار نظر ماهوی قطعی و صدور حکم محکومیت، بلکه صرفاً به منظور بررسی اجـــمالی تحقق جرم ب ورود نماید و نهایتاً با همین بررسی اجمالی، جرم ب را محقق شـده بداند و بر آن اساس حکم محکومیت پیرامون جرم الف را صادر کند، به صـــورت ضمنی در قالب یـــک حکـــم قطعی کیفری، بر تحقق جرم ب نیز صحه گذاشته است و در نتیجه از یک‌ســـو با یک جرم اثبات شده بدون کیفر مواجه خواهیم بود که در تعارض با مزیت پذیـرش این تفسیر یعنی تأمین حقوق جامعه از طریق بی مجـــازات نماندن جرم مـــنوط قرار می‌گیرد و از ســـوی دیگر چنان‌چه شاکی با استناد به همین حکم قطعی ناظر بر محـــکومیت جـــرم منوط که به طور ضمنی متضمن احراز تحقق جرم مناط نیز هســـت، مبادرت به طرح شـــکایت کیفری جداگانه بابت جرم منـــاط بنماید، از آن‌جا که قطعاً به لحاظ مانع شکلی، پرونده جرم اخیر منتهی به موقوفی تعقیـــب خواهد شد، شاهد دو رأی متعارض خواهیم بود.

۲. تفسیر دوم: اناطه

دومین پاسخی که به پرسش این تحقیق می‌توان داد آن است که گفته شود قاضی رسیدگی کننده به جرم الف باید تا تعیین تکلیف جرم ب رسیدگی به جرم الف را با صدور قرار اناطه متوقف نماید. در ادامه ابتدا این دیدگاه را تبیین کرده و سپس آن را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

۲-۱. بیان تفسیر

در این دیدگاه گفته می‌شود که چون تعیین تکلیف پرونده جرم الف منوط به تعیین تکلیف جرم دیگری است که قاضی رسیدگی کننده به جرم الف امکان ورود به آن را ندارد، بنابراین باید تا تعیین تکلیف جرم ب در قالب پرونده جداگانه نزد مرجع صالح، با صدور قرار اناطه، پرونده جرم الف را موقتاً بایگانی کرد. بر این اساس با اخذ وحدت ملاک از ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نیز ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری استدلال می‌شود که چون تعیین تکلیف پرونده منوط به تعیین تکلیف پرونده دیگری است، باید از راهکار اناطه استفاده گردد و به نوعی اناطه کیفری به کیفری را تجویز نمود؛[1] بنابراین به عنوان نمونه پرونده رسیدگی به بزه قوادی باید با صدور قرار اناطه موقتاً بایگانی شود تا در دادگاه صالح نسبت به بزه زنا رسیدگی لازم صورت گیرد و پس از تعیین تکلیف نهایی آن جرم، مجدداً پرونده قوادی به جریان افتد.

۲-۲. ارزیابی تفسیر

مهم‌ترین مزیت این تفسیر آن است که ایرادهای وارد بر تفسیر نخست را مرتفع می‌کند، اما در عین حال هم‌چنان با ایرادهای مهمی مواجه است. نخستین ایراد آن است که قیاس موضوع این پژوهش با موضوع قرار اناطه منعکس در قوانین جاری کشور، به نوعی قیاس مع‌الفارق است؛ چرا که موضوع قرار اناطه که در مواد قانونی مذکور مورد حکم قانون‌گذار قرار گرفته است ناظر بر موارد عدم صلاحیت است (خالقی، ۱۴۰۰: ۱۰۹)؛ توضیح این‌که وفق قوانین جاری کشور، تنها در صورتی مجوز صدور قرار اناطه داده شده است که تعیین تکلیف پرونده حاضر و جاری، منوط به

---

۱. به عنوان نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۰۲۰۴۷ تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو ملارد اشاره نمود.

روشـــن شدن موضوع دیگری باشد که رسیدگی به آن خارج از صلاحیت ذاتی مرجع حاضر باشد (طهماســبی، ۱۳۹٦: ۱۲۰)؛ مانند آن‌که در اثنای رسیدگی کیفری، تعیین تکلیف پرونده کیفری منوط به تعیین تکلیف امری باشـــد که رســـیدگی به آن خارج از صلاحیت مرجع کیفری و در صلاحیت دادگاه حقوقی باشـــد؛ حال آن‌که موضوع مورد بررســـی در این پژوهش، اساساً ناظر بر عدم صلاحیت قاضی و مرجع رسیدگی کننده به جرم الف نیست. به عنوان مثال مرجعی که در حال رسیدگی به بزه استفاده از ســـند مجعول است، صلاحیت ذاتی رسیدگی به بزه جعل را نیز در غالب موارد دارد. هم‌چنین مرجع رسیدگی کننده به بزه قوادی صلاحیت رسیدگی به بزه زنا را دارد مگر در موارد خاصی که جعل سند یا زنا و لواط به لحاظ می‌زان مجازاتشان در صلاحیت دادگاه کیفری یک باشـــند (خالقی، ۱۳۹٤: ۵۳-۵٤) یا اساســـاً جرم ب به لحاظ منافی عفت بودن، خارج از صلاحیت دادسرا باشد (عابدی، ۱۳۹۷: ۳۰)، اما به‌جز این موارد خاص، اصولاً قاضی رســـیدگی کننده به جرم الف با مانع عدم صلاحیت رسیدگی به جرم ب مواجه نیست تا بتوان به اناطه استناد کرد، بلکه با موانع شکلی دیگری به جز عدم صلاحیت روبه‌رو است.

دومین ایراد وارد بر این دیدگاه آن اســـت که اناطه امری خلاف اصل اســـت که باید از تعمیم آن به موارد مشـــکوک اجتناب شود. وفق اصل الزامی بودن تعقیب، تعقیب دعوای عمومی که به موجب قانون آغاز می‌شود می‌بایست تا انتها ادامه یابد و توقف آن امری استثنایی و خلاف قاعده است که نیاز به تصریح قانونی دارد (خزانی، ۱۳۷۷: ۱۷). اناطه در زمره موانع موقت تعقیب دعوای عمومی و یکی از این استثنائات قانونی اســـت که بـــا توجه به خلاف اصل بودن آن، باید به قـــدر متیقن مدلول الفاظ قانونی آن اکتفا شـــده و آن را به موارد دیگر تعمیم و تســـری نداد؛ بنابراین قرار اناطه موضوع ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری را باید محدود به اناطه کیفری به حقوقی آن هم صرفاً در موارد فقدان صلاحیت، معتبر و مجری دانســـت و از این رو نمی‌توان آن را بـــه اناطـــه کیفری به کیفری آن هم در مواردی که مشـــکلی از حیث صلاحیت ذاتی وجود ندارد تسری بخشید.[1] با توجه به خلاف اصل بودن و فقدان مجوز صریح

۱. شـــعبه نوزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شـــماره ۳۲٤٤۱٦۷۰ تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۵ با همین اســـتدلال، دادنامه شـــماره ۰۲۰٤۷ تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو ملارد را نقض نموده است.

قانونی، این امر مردود است.

ایراد سوم آن است که حتی بر فرض پذیرش اناطه کیفری به کیفری در موضوع ما، مشکل پرونده رسیدگی به جرم منوط حل نخواهد شد؛ چرا که اتفاقی که در قرار اناطه رخ می‌دهد آن است که پرونده رسیدگی به جرم منوط متوقف شده و به ذی‌نفع مهلتی داده می‌شود تا با طرح دعوای مناسب مجزا، تکلیف جرم مناط را روشن سازد؛ حال آن‌که بسیاری از موانع شکلی ورود به جرم مناط اساساً رفع شدنی نیستند و اعطای مهلت به ذی‌نفع برای طرح شکایت مجزا راجع به این جرم بی‌فایده است. موانعی مثل مرور زمان جرم جعل، گذشت شاکی در جرم سرقت قابل گذشت یا فقدان شرایط چهارگانه ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری پیرامون جرائم منافی عفت، هیچ‌یک رفع نمی‌شود و انتظار برای تعیین تکلیف جرم مناط در قالب پرونده جداگانه، امری عبث خواهد بود.

۳. تفسیر سوم: توقف رسیدگی

سومین پاسخی که به پرسش این پژوهش می‌توان داد آن است که گفته شود قاضی رسیدگی کننده به جرم الف باید تا تعیین تکلیف جرم ب رسیدگی به جرم الف را بدون صدور قرار اناطه متوقف نماید. در ادامه ابتدا این دیدگاه را تبیین کرده و سپس آن را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

۱-۳. بیان تفسیر

در این دیدگاه این‌گونه بیان می‌شود که چون از یک‌سو تعیین تکلیف جرم الف تا روشن نشدن تکلیف جرم ب امکان پذیر نیست و از سوی دیگر نه امکان ورود قاضی به جرم ب وجود دارد و نه امکان صدور قرار اناطه پس لاجرم قاضی رسیدگی کننده به جرم الف می‌بایست تا روشن شدن تکلیف جرم «ب»، تحقیق یا رسیدگی پیرامون جرم الف را بدون نیاز به صدور قرار اناطه، صرفاً با دستور متوقف نماید[1] و با تجدید اوقات نظارت تا تعیین تکلیف جرم ب یا شمول مرور زمان جرم الف منتظر بماند.

---

۱. در پرونده کلاسه ۰۲۰۰۱۳۸ شعبه سوم دادیاری دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان دماوند با موضوع قوادی، به این شیوه عمل شده است.

۲-۳. ارزیابی تفسیر

هرچنـــد این دیدگاه تلاش دارد معایب دو دیدگاه قبلی را مرتفع نماید، اما باز هم ایرادهای مهمی بر آن وارد اســـت. نخســـتین ایراد آن است که این تفسیر مغایر با اصل الزامی بودن تعقیب اســـت. وفق مفاد صدر ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری، تعقیب امر کیفری که طبق قانون شـــروع شده اســـت متوقف نمی‌شود مگر در موارد مصـــرح قانونی. بدیهی اســـت عدم امکان احراز یکی از عناصر متشـــکله جرم منوط مجوز قانونی برای توقف تعقیب و تحقیق و رسیدگی به این جرم نیست. دومین ایراد آن‌گونه که در نقد تفســـیر دوم بیان شد این است که به لحاظ این‌که بسیاری از موانع شـــکلی موجود بر سر جرم مناط رفع شدنی نیستند، انتظار برای روشن شدن تکلیف این جرم انتظاری بیهوده اســـت و مفتوح نگه داشـــتن پرونده جرم منوط برای تعیین تکلیف امری، در شـــرایطی که به نوعی واضح و مبرهن است که تکلیف آن امر نهایتاً چیســـت و به کجا خواهد انجامید، درواقع به نوعی بلااقدام رها کردن پرونده تا زمان حصول مرور زمان اســـت که می‌تواند قاضی را در مظان اتهام استنکاف از احقاق حق و عدم صدور رأی پیرامون پرونده قرار دهد.

٤. تفسیر چهارم: موقوفی تعقیب

چهارمین پاسخی که به پرسش این پژوهش می‌توان داد آن است که گفته شود قاضی رســـیدگی کننده به جرم منوط باید پرونده را بـــا صدور قرار موقوفی تعقیب، مختومـــه نماید. در ادامه ابتدا این دیدگاه را تبیین کرده و ســـپس آن را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

۱-٤. بیان تفسیر

به منظور یافتن پاســـخ برای پرسش این پژوهش ممکن است پیشنهاد شود که قاضی رســـیدگی کننده به جرم منوط با اخذ وحدت ملاک از بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری، پرونده این جرم را با صدور قرار موقوفی تعقیب مختومه نماید. ایـــن بند در مقام بیان تکلیف دادگاه کیفری یک مقرر می‌دارد «در صورتی که به دلیل شـــمول مرور زمان، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی و یا جهات قانونی دیگر، متهم قابل تعقیب نباشـــد، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌کنـــد». در مانحن فیه نیز این‌گونه اســـت و قاضی رســـیدگی کننده به جرم منوط بنا به یک جهت قانونی امکان تعقیب

متهم این جرم را ندارد. این جهت قانونی عبارت اســت از: مرور زمان جرم جعل که امکان تعقیب متهم استفاده از سند مجعول را نمی‌دهد، عدم شکایت یا گذشت شاکی نســبت به جرم سرقت قابل گذشــت که امکان تعقیب متهم تحصیل مال مسروق را نمی‌دهد و فقدان شــرایط چهارگانه ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرســی کیفری که امکان بررســی تحقق زنا یا لواط و متعاقباً تعقیــب متهم بزه قوادی را نمی‌دهد. در کلیه این مــوارد، به دلیل جهت قانونی موصوف، امکان تعقیب متهم جرم منوط وجود ندارد و لذا می‌توان با اخذ وحدت ملاک از بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری قرار موقوفی تعقیب صادر کرد.

۲-٤. ارزیابی تفسیر

مهم‌ترین مزیت این تفسیر آن است که هیچ‌یک از ایرادهای وارد بر سه تفسیر قبلی را با خود به همراه ندارد، اما ایرادهای اساســی وارد بر آن این اســت که صدور قرار موقوفی تعقیب، امری خلاف اصل اســت که برای تمســک به آن باید به موارد مصرح قانونی اکتفا نمود. هم‌چنین بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرســی کیفری ناظر بر مواردی اســت که بنا به یک «جهت قانونی»، متهم جرم منوط اساساً «قابل تعقیب» نباشــد. این معنا دلالت بر آن دارد که جهت قانونی موجود، مانعی «شکلی» بر سر راه «تعقیب» جرم منوط باشــد (خالقی، ۱۳۹۵: ۳٦)؛ حال آن‌که موضوع مورد بررسی در این پژوهش، این‌گونه نیســت بلکه در کلیه مثال‌هایی که پیرامون آن‌ها بحث می‌کنیم از یک‌ســو مانع «شکلی» موجود (از قبیل مرور زمان، عدم شکایت یا رضایت شاکی، فقدان شــرایط ماده ۱۰۲) مانع بر سر راه جرم مناط است نه بر سر راه جرم منوط؛ لذا نمی‌تواند مجوز صدور قرار موقوفی تعقیب پیرامون جرم منوط قلمداد شود. از سوی دیگر مشــکل قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط مواجهه با مانع شکلی نیست، بلکه مشــکل این جرم آن اســت که یکی از اجزای عنصر مادی‌اش که همانا مسلم بودن تحقق جرم مناط اســت قابل اثبات نیســت و بدیهی است نام این مشکل را نمی‌توان مشــکل شــکلی یا جهت قانونی موقوفی تعقیب نهاد، بلکه این یک مشکل بر سر راه اثبات تحقق خود جرم منوط اســت که اصولاً نمی‌تواند منتهی به صدور قرار موقوفی تعقیب شود.

۵. تفسیر پنجم: منع تعقیب

در پنجمین پاسخی که به پرسش این پژوهش داده می‌شود، قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط باید پیرامون این جرم حسب مورد قرار منع تعقیب یا رأی برائت صادر کند. در ادامه ابتدا این دیدگاه را تبیین کرده و سپس آن را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

۱-۵. بیان تفسیر

در این دیدگاه این‌گونه استدلال می‌شود که قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط مانند رسیدگی به هر جرم دیگری به اقتضای اصل برائت می‌بایست به بررسی و احراز تمامی اجزای متشکله عناصر سه‌گانه این جرم مبادرت ورزد. حال که یکی از این اجزا و عناصر، تحقق جرم مناط است که از یک‌سو تحقق آن محرز و مسلم نیست و از سوی دیگر به لحاظ موانع شکلی، اساساً امکان بررسی و احراز آن نه توسط خود قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط و نه توسط قاضی و مرجع دیگری وجود ندارد؛ بنابراین با موردی مواجهیم که دلیل کافی برای اثبات وقوع یکی از عناصر و ارکان متشکله جرم منوط و به تبع آن، اثبات تحقق این جرم موجود نیست و قابل کشف و احراز نیز نمی‌باشد. در چنین حالتی به تصریح ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری می‌بایست قرار منع تعقیب صادر شود.[1] بر این اساس هنگامی که شکایت بابت استفاده از سند مجعولی مطرح می‌شود که خود جعل، مشمول مرور زمان است چنان‌چه شکایت جعل و استفاده، توأمان نزد یک مرجع مطرح شده باشد، این مرجع می‌بایست نسبت به جعل، قرار موقوفی تعقیب و نسبت به بزه استفاده از سند مجعول، قرار منع تعقیب صادر کند و چنان‌چه تنها موضوع استفاده از سند مجعول نزد وی مطرح شده است تنها نسبت به این بزه قرار منع تعقیب صادر می‌شود. هم‌چنین هرگاه موضوع اتهام قوادی به متهمی وارد شده و پرونده نزد مرجع کیفری مطرح است به لحاظ عدم امکان تعیین تکلیف زنا یا لواط، نسبت به بزه قوادی باید قرار منع تعقیب صادر گردد و قس علی هذا.

از منظر حقوق تطبیقی در حقوق کیفری فرانسه، می‌توان متهم را به تحمل

---

۱. برای نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۰۲۰۴۸ تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۲، صادره از سوی شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو رودهن اشاره کرد.

کیفر محکوم کرد به رغم آن‌که مرتکب جرم اصلی، تبرئه شده باشد یا این‌که به واسطه وجـــود یکی از عوامل رافع مســـؤولیت کیفری یا وجود یکـــی از موانع تعقیب، قابل تعقیب نباشـــد (Cass. Crim., 9 fév. 1956)، امـــا در هر حال به موجب آراء دیوان عالی کشـــور، دادستان ملزم است به شـــکلی قطعی و اطمینان آور، منشأ مجرمانه مال اخفا یا تحصیل شده توسط متهم را به اثبات برساند (Cass. Crim., 6 nov. 1936)[1] و مادام که این امر به اثبات نرســـیده باشـــد، با امعان نظر به این‌که در حقوق فرانسه، تفکیک میان قرار منع و موقوفی تعقیب، به شـــکلی که در حقوق ایران مرســـوم است وجود ندارد و وفق مفاد ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه در کلیه مواردی که امکان تعقیب متهم به لحاظ مســـائل شکلی وجود نداشته باشد یا این‌که ادله کافی برای اثبات تحقق جرم و منتســـب بودن بزه به متهم وجود نداشـــته باشد در کلیه این موارد، قرار منع تعقیب[2] یا رأی برائت[3] صادر می‌شود و لذا در این موارد نیز به واسطه عدم اثبات عناصر متشـــکله جرم اخیر، همین قرار یا رأی صادر می‌گردد (Lopez et Tzitzis, 2004: 605). موضع مشابه را می‌توان در حقوق کیفری لبنان (جعفر، ۲۰۰۶: ۲۸۷) و انگلستان (Herring,2011: 49) نیز مشاهده کرد.

۲-۵. ارزیابی تفسیر

در میان کلیه تفاســـیر ممکن و محتمل پیرامون موضـــوع این پژوهش به نظر می‌رسد تفســـیر پنجم بیش از سایر تفاســـیر مطروحه قابل دفاع و پذیرش باشد و با اصول حقوقی نیز سازگارتر به نظر می‌رسد؛ چرا که:

یکم، با اعطای مجوز بررسیِ اجمالی و تک بُعدی جرم مناط به قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط، راه را برای محکومیت احتمالی متهم بابت ارتکاب رفتاری که در عالم واقع، فاقد شرایط و ارکان لازم است هموار نمی‌کند و نهایتاً در قالب رأی کیفری جرم منوط در خصوص تحقق جرم مناط به رغم مانع شکلی، حکمی صادر نمی‌شود تا متعاقباً مشـــکل آراء متعارض بروز پیدا کند. به صرف اثبات این‌که الحاقاتی به سند عادی صورت گرفته، بدون احراز عنصر روانی و ســـوء نیت، شـــخص بابت استفاده از ســـند مجعول محکوم نمی‌شـــود. بدون احراز این‌که مال ناشی از سرقت است یا

1. www.legifrance.gouv.fr
2. ordonnance de non-lieu
3. relaxe

خیانت در امانت، شخص بابت تحصیل یا معامله مال مسروق مجازات نخواهیم شد. به صرف اثبات این‌که دو نفر با هم رابطه‌ای داشـــته‌اند بدون مشخص بودن جزئیات رابطه، به هم رساننده آن‌ها بابت قوادی محکوم و مجازات نخواهند شد. بدیهی است در کلیـــه این موارد، محکومیت متهم جرم منوط نه مبتنی بر علم و قطع بلکه بر مبنای ظن است که باید از آن اجتناب شود که صدور قرار مـــنع تعقیب به خوبی این مهم را محقق می‌سازد.

دوم، مـــوارد صدور قرار اناطه کیفری بـــه حقوقی را بر خلاف قانون، به اناطه کیفری به کیفری آن هم اناطه اصولاً بی‌ثمر و فاقد نتیجه تسری نمی‌دهیم.

ســـوم، بر خلاف اصل الزامی بودن تعقیب، فرایند تعقیب و تحقیق و رسیدگی به جرم منوط را متوقف و بلااقدام رها نمی‌کنیم.

چهـــارم، بر خلاف اصل، مبـــادرت به صدور قرار موقوفـــی تعقیب فاقد مبنا نمی‌نماییم.

پنجم، این تفســـیر بیشترین ســـازگاری با اصل برائت منعکس در اصل سی و هفتم قانون اساســـی را دارد؛ چرا که بر اســـاس آن، مادام کـــه تمامی عناصر و اجزاء متشـــکله جرم منوط به نحو اتمّ و اکمل احراز و اثبات نشده‌اند به اقتضای این اصل، متهـــم را بی‌گناه فـــرض کرده و با صدور قرار منع تعقیب، جرم را اثبات شـــده تلقی نمی‌نماید.

ششـــم، این تفســـیر با قاعده درأ منعکس در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی نیز سازگاری نشـــان می‌دهد(فرحبخش، ۱۳۸۵: ۱۲۲)؛ چرا که بر اساس این مواد «هرگاه وقوع برخی از شـــرایط تحقق جرم، مورد شـــبهه یا تردید باشد و دلیلی بر نفی آن یافت نشـــود، شرط مذکور ثابت نمی‌شود». در مانحن فیه نیز وقوع یکی از شـــرایط تحقق جرم منوط که همانا وقوع جرم مناط است چون قطعی و مسلّم نیست بنابراین مورد شـــبهه و تردید اســـت و از آن‌جا که به دلیل مانع شکلی نمی‌توان سراغ اثبات آن و رفع شبهه و تردید مذکور رفت، از این رو باید تحقق این جزء جرم منوط را منتفی دانست و قرار منع تعقیب صادر نمود.

هفتم، با این تفســـیر، قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط به هرحال با صدور قرار منع تعقیب یا رأی برائت، در خصوص این جرم، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم نموده

است و لذا دیگر نمی‌توان وی را متهم به استنکاف از احقاق حق نمود.

در پایان، ذکر این نکته خالی از فایده نیست که از منظر حقوق کیفری بین‌المللی در اســـاس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی[1] به موضـــوع جرم منوط با توصیف مورد نظر مقاله حاضر پرداخته نشـــده است، اما در خصوص وضعیتی قابل مقایسه، در ماده ۷۲ اســـاس‌نامه و پیرامون این وضعیت که اثبات جرم داخل در صلاحیت دیوان، منوط به ارائه اسناد و افشای اطلاعاتی باشد که کشور مربوطه، افشا یا ارائه آن را مغایر با منافع و امنیت ملی خود اعلام کند به دیوان این اختیار داده شده است که یا فرصت بیشتری برای رایزنی با کشور مربوطه و متقاعد کردن وی بدهد، یا موضوع را به مرجع دیگری ارجاع دهد، یا این‌که در محاکمه متهم بر حســـب وجود یا فقدان یک واقعیت، بنا به تناسب شرایط، استنتاج نماید.

1. Rome Statute of the International Criminal Court 1998

برآمد

۱- در میان راهکارها و تفاسیر مختلف و محتملی که از موضوع می‌توان ارائه داد؛ و به رغم تمایل رویه قضایی به اتخاذ تفسیر نخست، مناسب‌ترین راهکار آن است که قاضی رسیدگی کننده به جرم منوط به اقتضای اصل برائت و قاعده درأ به لحاظ آن‌که تحقق یکی از عناصر و ارکان این جرم که همانا محرز و مسلم بودن تحقق جرم مناط با تمامی عناصر و ارکانش است، محرز نیست، حسب مورد مبادرت به صدور قرار منع تعقیب یا رأی برائت نماید. تکلیفی که بر دوش قاضی کیفری نهاده شده مبنی بر این‌که مکلف است حکم قضیه را صادر نماید، لزوماً ناظر بر صدور حکم محکومیت به بهانه حمایت از حقوق بزه‌دیده نیست، بلکه صدور قرار منع تعقیب و رأی برائت نیز که منطبق بر اصل است، صدور رأی به حساب آمده و تکلیف را از دوش قاضی بر می‌دارد.

۲- ممکن است ایراد شود که به عنوان نمونه در بزه استفاده از سند مجعولی که شاکی به تازگی و با ارائه سند توسط متهم نزد محکمه حقوقی، از وقوع جرم مطلع شده و به نظام عدالت کیفری پناه آورده است، با این تفسیر و به بهانه این‌که خود جعل مشمول مرور زمان است، از احقاق حق خویش باز می‌ماند و قاضی کیفری باید به کمک او بشتابد. اما این بیان، قابل دفاع نیست؛ چرا که اولاً، قاضی کیفری بنا نیست بر خلاف اصل برائت، به هر قیمتی ولو با ظن و گمان و عدم قطعیت، به بهانه حمایت از بزه‌دیده، از ابزار کیفری استفاده کند؛ ثانیاً، راه احقاق حق شاکی، منحصر به این شکایت کیفری نیست که با مسدود شدن آن، وی از احقاق حق بازماند، بلکه به عنوان مثال در همین مورد استفاده از سند مجعول، وی می‌تواند در همان دادرسی حقوقی که سند ادعایی وی در آن‌جا ارائه شده است با ادعای جعل یا انکار نسبت به سند از همان محکمه حقوقی، ارجاع امر به کارشناس و سایر اقدامات لازم را بخواهد تا در نهایت به حق قانونی خود دست پیدا کند. بدیهی است به صرف این‌که در دادرسی کیفری متهم کیفر نمی‌شود به معنای بن بست مطلق برای بزه‌دیده نیست.

۳- پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری با وضع ماده قانونی، به صراحت تکلیف موضوع مورد بحث در این تحقیق را روشن نموده و نتیجه نهایی به‌دست آمده در این تحقیق که اصولی‌ترین نتیجه است را در قالب ماده

قانونی وضع نماید تا به اختلاف تفاسیر و رویه‌ها در این خصوص پایان بخشد. الحاق یک تبصره به شرح ذیل به ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری می‌تواند در این زمینه گره‌گشا باشد: «چنان‌چه طبق قانون، تحقق جرمی منوط به اثبات جرم دیگری باشد و تعقیب جرم اخیر وفق مقررات این ماده یا ســـایر مواد قانونی دیگر، امکان‌پذیر نباشد، راجع به آن جرم حسب مورد قرار منع تعقیب یا رأی برائت صادر می‌شود».

فهرست منابع

الف. فارسی

* اکبـــری رومنی، فرنـــاز (۱۳۸۷)، «**اصل برائت در گذار تاریـــخ**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ٦٢-٦٣.

* الشـــریف، محمدمهدی و آرایی، حمید (۱۳۹٦)، «**پلورالیسم استدلال حقوقی در پرتو تفسیرهای متعارض**»، حقوق تطبیقی، شماره ۱۰۷.

* الهام، غلامحســـین و برهانی، محسن (۱٤۰۰)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جرم و مجرم**، جلد نخست، چاپ ششم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

* آخوندی، محمود (۱۳۷۱)، «**مرور زمان کیفری، چگونگی مشـــروعیت و فلسفه آن**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ٦.

* آشـــوری، محمد (۱۳۷۲)، «**اصل برائت و آثـــار آن در امور کیفری (مطالعه‌ای تطبیقی)**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۹.

* پوربافرانی، حســـن (۱۳۹۷)، **جرایم علیه امنیت و آســـایش عمومی**، چاپ سوم، تهران: جنگل.

* جعفرزاده، سیامک و علیزاده، حمید و جان نثار کهنه شهری، علی (۱٤۰۱)، «**جرائم قابل گذشت و غیرقابل گذشت در نظام کیفری ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، شماره ۱.

* حسنی، محمد (۱٤۰۱)، «**تأملاتی در قانون مبارزه با پول‌شویی (جرم منشأ، ارکان و معاونت)**»، حقوق اسلامی، شماره ۷۳.

* حســـین‌نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۷)، «**تأثیر حصول نتیجه در مطلق یا مشروط بودن قوادی**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۸.

* خالقی، علی (۱۳۹۵)، **نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری**، چاپ هشتم، تهران: شهر دانش.

* خالقی، علی(۱٤۰۱)، **آیین دادرســـی کیفری**، جلد نخست، چاپ چهل و چهارم، تهران: شهر دانش.

* خالقی، علی (۱٤۰۱)، **آیین دادرســـی کیفری**، جلد دوم، چاپ سی‌ام، تهران: شهر دانش.

* خزانی، منوچهر (۱۳۷۷)، **فرایند کیفری**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* روستائی، مهـــرانگیز و رحـــمانیان، حامد (۱۴۰۰)، «**مدنی‌ســازی حقوق کیفری در پرتو قانون کاهش مجازات حبــس تعزیری**»، مجله حقـوقی دادگســتری، شماره ۱۱۳.
* ساقیان، محمدمهدی و اسلامی، زهرا (۱۴۰۰)، «**کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲۲.
* سلطانی‌فرد، حسین و مالمیر، محمود و عالی‌پور، حسن (۱۳۹۸)، «**دادرسی افتراقی جرائم منافی عفت؛ از مقتضی تعقیب تا صلاحیت ســازمانی**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۸.
* شـــاکری، ابوالحســـن و رضایی ســـراجی، زهرا (۱۳۹۶)، «**تقلب در جعل اسناد**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۵.
* شـــمس ناتـــری، محمدابراهیم (۱۳۸۷)، «**اصل برائـــت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری**»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۴.
* شیدائیان، مهدی و شیدائیان، زینب (۱۳۹۷)، «**رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرایم منافی عفت**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۱.
* طهماســـبی، جواد (۱۳۹۶)، «**بایســـته‌های آیین دادرسی کیفری**»، چاپ نخست، تهران: میزان.
* عابدی، احمدرضا (۱۳۹۷)، **آیین دادرســـی کیفری**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: مرکز آموزش قوه قضاییه.
* فرح‌بخش، مجتبـــی (۱۳۸۵)، «**مفهوم و مبانی حقوق دفاعی متهم**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷.
* قیاســـی، جلال‌الدین و درودی، علی (۱۳۹۱)، «**نقـــش امارات قانونی در حقوق کیفری**»، حقوق اسلامی، شماره ۳۵.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «**یأس از اثبات و اصل برائت**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶.
* میرمحمد صادقی، حسین (۱۴۰۰)، **جرایم علیه مصالح عمومی کشور**، چاپ چهل و دوم، تهران: میزان.

* میرمحمد صادقی، حسین و محمدخانی، عباس (۱۳۹۲)، «**بررسی نیت مجرمانه در حقوق کیفری ایران با تأکید بر ماده ١٤٤ قانون مجازات اسلامی**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳.

ب. عربی

* جعفر، علی‌محمد (۲۰۰٦)، **قانون العقوبات القسم الخاص**، الطبعه الأولی، بیروت: المؤسسه الجامعیه للدراسات و النشر و التوزیع.

پ. انگلیسی

* Herring, Jonathan (2011), **Criminal Law Statutes**, 1st pub, Oxon: Routledge

ت. فرانسه

* Lopez, Gerard et Tzitzis, Stamatios (2004), **Dictionnaire des Sciences Criminelles**, 1st pub, Paris: Dalloz.

www.legifrance.gouv.fr

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۳۹۴-۳۶۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۸

هوشمندسازی فرایندهای قضایی و عدالت کیفری؛ راهبردها و موانع

محمدجواد مقدم،[۱] سیدابراهیم حسینی[۲]

چکیده

استفاده از هوش مصنوعی در سیستم‌های قضایی و کیفری می‌تواند به پیشگیری از جرم، تسهیل فرایندهای تصمیم‌گیری و ارتقای دقت و شفافیت در تعیین مجازات‌ها کمک کند. با این‌حال، پیاده‌سازی این فناوری در نظام قضایی با چالش‌های مختلفی مانند حریم خصوصی، امنیت داده‌ها، تبعیض الگوریتمی و مسائل اخلاقی روبه‌رو است. این تحقیق از روش تحلیلی توصیفی و مطالعات موردی برای بررسی مفاهیم و کاربردهای هوش مصنوعی در حوزه عدالت کیفری استفاده کرده است. در این راستا علاوه بر بیان تأثیرات مثبت هوش مصنوعی بر فرایندهای قضایی، چالش‌های اخلاقی مانند خطر هم‌سان‌گرایی و عدم ارفاق قضایی نیز مورد تحلیل قرار گرفته است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که در کنار مزایای قابل توجه هوش مصنوعی در افزایش کارایی سیستم قضایی، نیاز به نظارت انسانی و ایجاد چارچوب‌های قانونی مناسب برای کنترل و نظارت بر این فناوری ضروری است. هم‌چنین پیشنهادهای عملی برای قانون‌گذاران و مجریان قانون در جهت بهبود پیاده‌سازی هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری ایران ارائه شده است.

واژگان کلیدی: هوشمندسازی، عدالت کیفری، سیستم قضایی، فناوری اطلاعات

---

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، گروه حقوق، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی ره، قم، ایران، (نویسنده مسوول) mqdmh5014@gmail.com
۲. دانشیار گروه حقوق، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی ره، قم، ایران
sehoseini@hotmail.com

درآمد

تحولات فناورانه در دهه‌های اخیر، نظام‌های قضایی را به سوی کاربست ابزارهای نوین برای بهینه‌سازی فرایندهای دادرسی سوق داده است. هوشمندسازی فرایندهای قضایی و عدالت کیفری با بهره‌گیری از فناوری‌هایی نظیر هوش مصنوعی،[1] پردازش کلان‌داده، یادگیری ماشین و بلاکچین، ظرفیت ایجاد تحولی بنیادین در کارآمدی، شفافیت و عدالت رویه‌ای را دارد. این تحول می‌تواند به کاهش حجم پرونده‌های معوق، افزایش دقت در صدور آراء، کاهش هزینه‌های اجرایی و ارتقای اعتماد عمومی به نظام قضایی منجر شود.

هوش مصنوعی به کار رفته در سیستم‌های قضایی باید علاوه بر تحلیل دقیق داده‌ها، به درک و شبیه‌سازی ابعاد انسانی و عاطفی نیز دست یابد تا فرایندهای دادرسی به‌طور عادلانه‌تری انجام شود. در واقع، هوش مصنوعی در زمینه عدالت کیفری، به کاربرد الگوریتم‌ها و سیستم‌های یادگیری ماشین برای تحلیل داده‌ها، پیش‌بینی رفتارها و پشتیبانی از تصمیم‌گیری در فرایندهای قضایی اشاره دارد.[2] تحقیقات نشان می‌دهد

---

۱. اصطلاح هوش مصنوعی برای نخستین بار توسط جان مک‌کارتی، استاد برجسته دانشگاه استنفورد مطرح شد که آن را به علم و مهندسی ساخت دستگاه‌هایی با قابلیت‌های هوشمند نسبت داد. این دستگاه‌ها توانایی دارند که از تجربیات خود بیاموزند و وظایفشان را به طور خودکار و هوشمند انجام دهند (Manning, 2022: 39). به طور کلی، هوش مصنوعی به سیستم‌هایی اطلاق می‌شود که از طریق تجزیه و تحلیل حجم زیادی از داده‌ها، یادگیری از آن‌ها و بهره‌گیری از پردازش ابری، عملکرد خود را بهبود می‌بخشند و توانایی انجام فرایندها به صورت خودکار و بدون نیاز به مداخله مستقیم انسان را دارند (Kayssi, 2019: 102). هوش مصنوعی به چهار نسل تقسیم‌بندی می‌شود که هر یک از نظر پیچیدگی و توانایی در حل مسائل ویژگی‌های خاص خود را دارند. نسل اول هوش مصنوعی به عنوان نوعی واکنش‌گر عمل می‌کند و تنها بر اساس داده‌های ورودی، پاسخ‌هایی که از پیش برنامه‌ریزی شده‌اند را ارائه می‌دهد. در نسل دوم، هوش مصنوعی با حافظه محدود قادر است علاوه بر داده‌های ورودی، از اطلاعات پیشین نیز برای اتخاذ تصمیمات استفاده کند. در نسل سوم، هوش مصنوعی به سطحی از درک و استدلال محدود دست می‌یابد و نسل چهارم به مرحله‌ای از خودآگاهی می‌رسد که می‌تواند نه‌تنها محیط را تحلیل کند، بلکه احساسات و نیت‌های دیگران را نیز شبیه‌سازی نماید (Hintze, 2016: 63). عملکرد هوشمندانه و تحلیل داده‌ها در سیستم‌های ماشینی بدون وجود یک مسیر مشخص و منظم قابل تحقق نیست. این مسیر که به‌طور کلی الگوریتم نامیده می‌شود، مجموعه‌ای از دستورالعمل‌های منظم است که به ترتیب خاصی اجرا شده و به حل مسائل و پردازش داده‌ها کمک می‌کند. به عبارت دیگر، الگوریتم‌ها نقشه راه عملکرد سیستم‌های هوش مصنوعی را تعیین کرده و نقشی کلیدی در پردازش داده‌ها و اتخاذ تصمیمات صحیح دارند.

۲. به‌عنوان مثال ChatGPT یکی از سیستم‌های برجسته هوش مصنوعی است که توسط استارتاپ OpenAI و با حمایت مالی مایکروسافت طراحی و توسعه یافته است. در تاریخ ۳۰ ژانویه ۲۰۲۳،

که اســـتفاده از هوش مصنوعی می‌تواند به ارزیابی دقیق‌تر ریســـک، تخصیص منابع کارآمدتر و تصمیم‌گیـــری عادلانه‌تر کمک کند (Brown & Davis, 2023: 590)؛ با این‌حال، چالش‌های اخلاقی مانند احتمال سوگیری الگوریتمی و حفظ حریم خصوصی نیز باید مورد توجه قرار گیرند (Zhang et al, 2024: 15) و اجرای این فرایند پیچیده با چالش‌هایی مواجه اســـت که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به موانع قانونی، ملاحظات اخلاقی، محدودیت‌های زیرساختی، مقاومت سازمانی و نگرانی‌های مربوط به امنیت و حریم خصوصی اشـــاره کرد. از این‌رو، بررســـی ابعاد مختلف هوشمندسازی نظام قضایی و تحلیل چالش‌ها و فرصت‌های آن، ضرورتی اساسی برای سیاست‌گذاران و تصمیم‌گیران این حوزه به شمار می‌رود.

پژوهش‌های پیشـــین، ابعاد مختلف استفاده از هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری را بررسی کرده‌اند. ابراهیمی (۱۴۰۰) در پژوهش خود به نقش هوش مصنوعی در پیشـــگیری از تکرار جرم پرداخته و بر مقتضیـــات و محدودیت‌های این فناوری در پیش‌بینی رفتار مجرمانه تأکید کرده اســـت. کردعلیوند و همکاران (۱۴۰۲) مساله تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی در صدور احکام کیفری را با استفاده از هوش مصنوعی مورد تحلیل قرار داده و به چالش‌های ناشـــی از استقلال قضات و مداخله فناوری در فرایند دادرسی پرداخته‌اند. مصطفوی اردبیلی (۱۴۰۱) نیز در پژوهش خود، کارکردها و الزامات هوش مصنوعی را از منظر دادرســـی منصفانه بررسی کرده و بر لزوم حفظ حقوق متهمان و جلوگیری از تعصب الگوریتمی تأکید داشـــته است. مطالعات مذکور عمدتا به بررســـی جنبه‌های خاصی از هـــوش مصنوعی در نظام قضایی پرداخته‌اند و هنوز پژوهشـــی جامع که به‌طور هم‌زمان چالش‌هـــا، فرصت‌ها و راهبردهای عملیاتی هوشمندسازی عدالت کیفری را تبیین کند، انجام نشده است.

این پژوهش بـــا رویکردی جامع، علاوه بر مرور ادبیات موجود، به بررســـی یک‌پارچه کارکـــردهای هوشـــمندسازی در فرایندهـــای قضایی و عدالت کیفری

قاضی در کلمبیا برای اتخاذ تصمیم در خصوص هزینه‌های درمان یک کودک مبتلا به اوتیسم از این فناوری بهره برده و پاســـخ‌های آن را در رأی خود وارد کرده اســـت. علاوه بر این، گوگل به تازگی سیســـتم هوش مصنوعی جدیدی به نام Bard را رونمایی کرده که به‌عنوان رقیب اصلی ChatGPT شـــناخته می‌شود و مشابه دیگر سیســـتم‌های OpenAI عمل می‌کند. هم‌چنین نسخه پیشرفته‌تر این فناوری با نام DeepSeek ویژگی‌های جدیدتری نســـبت بـــه ChatGPT ارائه می‌دهد و در برخی زمینه‌ها از آن فراتر رفته است.

پرداختـــه و ضمن تحلیـــل موانع قانونی، فنـــی و اخلاقی، راهبردهایـــی عملی برای پیاده‌ســـازی موفقیت‌آمیز این تـــحول ارائه می‌دهد. برخلاف پژوهـــش‌های پیشین که بیشـــتر بر ابعاد نظری و توصیفی تمرکز داشـــته‌اند، این مقاله در پنج بخش تنظیم شـــده است. در بخش نخســـت، نقش و کارکردهای هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری بررسی می‌شود؛ بخش دوم به تشخیص الگوهای رفتار مجرمانه و ظرفیت‌های داده‌کاوی اختصاص دارد. در بخش ســـوم، نقـــش هوش مصنوعی در تعیین مجازات و کاربســـت الگوریتم‌های استنتاجی و تجربی بررسی می‌شود. بخش چهارم چالش‌ها و ملاحظات اخلاقی از جملـــه حفظ حریم خصوصی، تبعیض الگوریتمی، ارتباطات قضایی و مســـأله هم‌ســـان‌گرایی در تصمیمات را مورد توجه قرار می‌دهد. سرانجام، بخـــش پنجم راهکارهای اجرای هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری ایران را ارائه می‌کند.

۱. نقش و کاربرد هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری

استفاده از هوش مصنوعی در سیستم قضایی هر کشور به ساختار و فرایندهای دادرسی آن کشـــور بســـتگی دارد. طبق این تحقیق، هوش مصنوعی می‌تواند به پنج روش مختلـــف و به عنوان ابزاری برای پیشـــگیری از وقوع جـــرم، ارائه راهکارهای تصمیم‌گیری، اتخاذ تصمیمـــات قضایی، وکالت مجازی و اصلاح بزهکاران در روند دادرسی تاثیرگذار باشد.

۱ـ۱. ابزاری برای پیشگیری از وقوع جرم

طبق ماده ۱ قانون پیشـــگیری از وقوع جرم جمهوری اسلامی ایران، پیشگیری از وقوع جرم به معنای شناســـایی، ارزیابی و پیش‌بینی خطر وقوع جرم و اتخاذ تدابیر لازم برای کاهش یا از بین بردن این خطرات اســـت.[۱] به طور کلی، پیشگیری از وقوع یا تکرار جرم یکی از مســـؤولیت‌های اصلی سیستم قضایی هر کشور است. در ایران نیز طبق اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساســـی، این مســـؤولیت به عهده قوه

۱. قانون پیشـــگیری از وقوع جرم جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۹۴ به تصویب مجلس شورای اســـلامی رســـید و هدف آن کاهش عوامل جرم‌زا، افزایش هماهنگی بین نهادهای مسؤول و ارتقای اقدامات پیشگیرانه در ســـطح جامعه است. این قانون بر پیشگیری اجتماعی، وضعی و قضایی تأکید دارد و دســـتگاه‌هایی مانند قوه قضاییه، نیروی انتظامی و سازمان‌های فرهنگی و اجتماعی را ملزم به همکاری در اجرای سیاست‌های پیشگیرانه می‌کند.

قضاییه اســـت. نقش پلیس در کشـــف جرائم مختلف، مانند تقلب، حوادث رانندگی، پورنوگرافی کودکان یا جرائم فضـــای عمومی، می‌تواند تأثیر زیادی در کاهش وقوع جرم داشـــته باشد. در این راســـتا، هوش مصنوعی به عنوان ابزاری پیشگیرانه به نظام قضایـــی کمک می‌کند تا با تحلیل داده‌ها و پیش‌بینی الگوهای جرم، امنیت عمومی را حفظ و کارآمدی سیســـتم قضایی را افزایش دهد. اگرچه پیشـــگیری از جرم معمولا پیش از مرحله دادرســـی انجام می‌شـــود، این موضوع اهمیت زیادی دارد؛ زیراممکن است در فرایند پیشـــگیری یا کشف جرم، هوش مصنوعی به‌طور ناخودآگاه به ایجاد تبعیضاتی منجر شـــود که می‌تواند به مرحله دادرســـی هم منتقل گردد. الگوریتم‌های هـــوش مصنوعی به دو روش فـــردی و جمعی در ارزیابی تهدیدات و ریســـک‌ها و شناســـایی الگوهای مجرمانهبه کار می‌روند، که این امر ممکن است به‌طور مستقیم بر نحوه رسیدگی قضایی اثر بگذارد (مصطفوی اردبیلی و تقی‌زاده و انصاری و رحمتی‌فر ، ۱٤۰۱: ۵۱).

۱ـ۱ـ۱. پیشگیری فردی

در مدل پیشـــگیری فردی[1] با استفاده از هوش مصنوعی، سیستم‌های هوشمند برای ارزیابی ریسک و تهدیدات مجرمانه فردی به کار می‌روند. این سیستم‌ها از طریق اتصـــال به پایگاه‌های اطلاعاتی مختلف، مانند داده‌های پلیس و ســـوابق جرائم قبلی، اقدام به تجزیه و تحلیل ویژگی‌های مختلف یک فرد می‌کنند. اطلاعاتی از قبیل ســـن، تاریخچه جرائم، میزان خشـــونت، وضعیت اجتماعی و خانوادگی، و ارتباطات پیشین فرد با نهادهای قضایی به این سیســـتم‌ها وارد می‌شـــود تا احتمال وقوع مجدد جرم توسط فرد پیش‌بینی گردد (رادمان و مردیدی، ۱٤۰۳: ۱۰).

۲ـ۱ـ۱. پیشگیری جمعی

پیشگیری جمعی[2] به عنوان یک رویکرد نوین در حوزه کاهش جرم و جنایت، از سیســـتم‌های هوشـــمند و الگوریتم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی برای شناسایی و ارزیابی الگوهای جنایی در مناطق مختلف اســـتفاده می‌کند. این سیستم‌ها با تجزیه و تحلیل داده‌های جغرافیایی و اطلاعات مربوط به فعالیت‌های مجرمانه، مناطق مســـتعد

1. Individual Prevention
2. Collective Prevention

جرم را شناسایی کرده و پیش‌بینی‌هایی برای کاهش وقوع جرم ارائه می‌دهند. به عنوان مثال، الگوریتم پیشرفته‌ای که تحت عنوان دلیا[1] شناخته می‌شود، برای شبیه‌سازی و پیش‌بینی جرم، از داده‌های مختلفی شامل مشاهدات شاهدان، قربانیان، تاریخ و زمان وقوع جرم، ویژگی‌های جسمی افراد، و دیگر اطلاعات مربوط به جرم استفاده می‌کند.

این الگوریتم‌ها به کمک اطلاعات گسترده‌ای از جمله سوابق پلیسی، گزارش‌های ناظران و حتی تصاویر دوربین‌های مداربسته به تحلیل می‌پردازند تا با شناسایی الگوهای خاص، مناطق با احتمال بالای وقوع جرم را پیش‌بینی کنند. هم‌چنین سیستم‌ها می‌توانند پیش‌بینی کنند که کدام گروه‌ها یا افراد ممکن است در آینده مجرم شناخته شوند و برای پیشگیری از وقوع جرم اقداماتی را پیشنهاد کنند. این نوع سیستم‌ها که بر پایه یادگیری ماشینی و داده‌های بزرگ عمل می‌کنند، علاوه بر ارزیابی ریسک، امکان ایجاد تغییرات ملموس در مناطق پرخطر را نیز فراهم می‌آورند تا از وقوع جرم در این مناطق جلوگیری شود (Prediction and Prevention, 2022: 15).

۲ـ۱. ابزاری برای ارائه راهکارهای تصمیم‌گیری

در استفاده از هوش مصنوعی در فرایند دادرسی، یکی از چالش‌های اصلی به اشتباهات و خطاهایی باز می‌گردد که ممکن است در نتیجه تحریف اطلاعات یا تمایلات مغرضانه توسط مجریان ایجاد شود. این مشکل به‌ویژه زمانی که پلیس درگیر برخی جوامع خاص مانند اقلیت‌ها و گروه‌های آسیب‌پذیر می‌شود، برجسته می‌شود. این موارد می‌تواند باعث ایجاد تبعیض و عدم دقت در فرایند ارزیابی شود و در نتیجه، دقت تصمیمات اتخاذ شده را به خطر بیندازد.

در خصوص سازکار پیشگیری جمعی، هوش مصنوعی به عنوان ابزاری قدرتمند برای پیش‌بینی وقوع جرائم و تحلیل داده‌های جمعی مورد استفاده قرار می‌گیرد. این رویکرد به استفاده از الگوریتم‌های پیشرفته و یادگیری ماشین می‌پردازد که داده‌های مختلف از جمله اطلاعات جغرافیایی، سوابق جنایی و ویژگی‌های فردی مجرمان را تجزیه و تحلیل می‌کند. به‌طور خاص، الگوریتم‌های هوش مصنوعی

1. Delia

به کمک تحلیـــل داده‌های مختلف مانند زمان، مکان، تاریـــخ و ویژگی‌های فیزیکی، محل‌های بالقوه وقوع جرم را شناسایی کرده و به پیش‌بینی و مدیریت خطرات موجود می‌پردازند.

در زمینه تصمیم‌ســـازی قضایی، هوش مصنوعی به عنوان دستیار قاضی عمل می‌کند و اطلاعات را تجزیه و تحلیل می‌کند تا پیشـــنهادهایی برای اتخاذ تصمیمات درســـت ارائه دهد. قاضی می‌تواند این پیشنهادها را بررسی کرده و با توجه به شرایط موجـــود، تصمیم نهایی را اتخاذ کند. این روش می‌تواند شـــامل ارزیابی ریســـک و احتمـــال وقوع جرم‌های آتی مانند خشـــونت یا تکرار جرم باشـــد. در حال حاضر، اســـتفاده از چنین سیستم‌هایی در برخی دادگاه‌ها در ایالات متحده آمریکا نتایج مثبتی داشته است، به‌طوری‌که این سیستم‌ها باعث کاهش میزان جرم و جمعیت زندانیان در مناطق مختلف شـــده‌اند(Role of Artificial Intelligence in the Indian Judicial System, 2023: 20).

۳ـ۱. ابزاری برای اتخاذ تصمیمات قضایی

صورت نهایی و مطلوب هوش مصنوعی در دادرســـی قضایی، به کارگیری آن به عنوان ابزاری برای اتخاذ تصمیمات قضایی اســـت. از مهم‌ترین مزایای استفاده از هـــوش مصنوعی در این حوزه، می‌توان به کاهش حجم کار قضات، بررســـی دقیق‌تر شـــواهد و مدارک، جلوگیری از تبعیض‌های احتمالی، توانایی جســـت‌وجو و تحلیل انبوهی از داده‌های مرتبط با پرونده‌ها، استانداردسازی اصول عدالت و تقویت اجرای ارزش‌های قانونی اشـــاره کرد. درک نحوه دســـتیابی هوش مصنوعی به این اهداف، نیازمند طراحی مدل‌های قضایی اســـت که الگوریتم‌ها به‌طور مؤثر در چارچوب‌های قانونی کاربردی قرار گیرند.

این مدل‌ها باید به‌گونه‌ای طراحی شـــوند که اصول بنیادین حقوقی را در نظر بگیرند تا قوانین و مقررات قضایی، به جای اســـتفاده از روش‌های ســـنتی، بر اساس ارزش‌های مشـــخصی که از ســـوی نظام حقوقی تعیین‌شـــده‌اند، عمل کنند (بهادری جهرمی و علی‌پور، ۱۴۰۱: ۱۸۵)؛ از این‌رو در فرایند دادرســـی، استفاده از الگوریتم‌ها باید منطقی و منطبق با ارزش‌های حقوقی باشـــد تا در رسیدگی به پرونده‌ها، عدالت به‌طور مؤثر و منصفانه تحقق یابد (جبان و صابر و موسوی مجاب، ۱۴۰۳: ۲۰۸). برای

مثال، در مدل‌سازی برای ارزیابی زندانیان و تشخیص صلاحیت آن‌ها برای دریافت آزادی مشروط، رفتار فرد مجرم و عوامل بیرونی مانند محیط اجتماعی یا سوابق خانوادگی او باید در مدل‌های هوش مصنوعی گنجانده شود تا ارزیابی دقیق‌تری در این زمینه به دست آید. این روش نه‌تنها ارزیابی‌های مبتنی بر معیارهای مشخص و منصفانه را فراهم می‌آورد، بلکه از ایجاد تبعیض در تصمیمات قضایی نیز جلوگیری می‌کند (Tahura & Selvadurai, 2023: 35). در ادامه، به طور مختصر به تأثیر هوش مصنوعی بر فرایند تصمیم‌گیری قضایی پرداخته خواهد شد.

۱ـ۳ـ۱. پیش‌بینی نتایج قضایی

سیستم‌های هوش مصنوعی قادرند با تحلیل دقیق داده‌های تاریخی و شناسایی الگوهای موجود در پرونده‌های گذشته، نتایج محتمل پرونده‌های جدید را پیش‌بینی کنند. این قابلیت به قضات کمک می‌کند تا با اطلاعات به‌روزتر و تحلیل‌های مبتنی بر داده، ارزیابی دقیق‌تری از پرونده‌ها داشته باشند و تصمیمات مستند و مستدل‌تری اتخاذ کنند (Aletras et al., 2016: 215). به عنوان مثال، در یک مطالعه انجام‌شده توسط Aletras و همکاران، یک مدل هوش مصنوعی توانست با دقت هفتاد و نه درصد، نتایج حکم‌های دادگاه اروپایی حقوق بشر را پیش‌بینی کند. این یافته نشان‌دهنده قابلیت هوش مصنوعی در افزایش دقت تصمیمات قضایی و تسهیل فرایندهای قانونی است.

۲ـ۳ـ۱. ارزیابی ریسک

الگوریتم‌های هوش مصنوعی در سیستم‌های عدالت کیفری به‌طور فزاینده‌ای در ارزیابی ریسک‌های مربوط به متهمان و پیش‌بینی احتمال رفتار مجرمانه استفاده می‌شوند. این الگوریتم‌ها می‌توانند به قضات کمک کنند تا تصمیماتی مبتنی بر داده‌های معتبر و تحلیل‌های آماری اتخاذ کنند، به‌ویژه در زمینه‌هایی مانند تعیین وثیقه یا ارزیابی احتمال تکرار جرم (Berk et al., 2018: 39). این سیستم‌ها از طریق تحلیل فاکتورهای مختلفی مانند سوابق کیفری، وضعیت روانی و اجتماعی متهم، نوع جرم ارتکابی و سایر داده‌های جمع‌آوری‌شده از متهم و جامعه، می‌توانند احتمال بازگشت مجرم به فعالیت‌های مجرمانه یا نیاز به اعمال تدابیر نظارتی را پیش‌بینی کنند. به این ترتیب، سیستم‌های هوش مصنوعی قادرند ارزیابی‌هایی با دقت بالا انجام دهند که

می‌تواند برای تعـــیین وثیقه یا تصمـــیم‌گیری در مورد شـرایط آزادی مشروطبه کار رود.

۳ـ۳ـ۱. تحلیل پرونده‌های پیچیده

هـــوش مصنوعی می‌تواند در تحلیل پرونده‌هـــای پیچیده و حجیم که معمولا شامل هزاران صفحه سند و مدرک هســـتند، نقش بسیار مؤثری ایفا کند. سیستم‌های هـــوش مصنوعی با اســـتفاده از تکنیک‌های پردازش زبان طبیعی و یادگیری ماشـــین قادرنـــد الگوهای پنهان و ارتباطات پیچیده بین داده‌ها را شناســـایی کنند. این قابلیت به آن‌ها اجازه می‌دهد که اطلاعات کلیدی را اســـتخراج و به قضات در تحلیل سریع و دقیق پرونده‌هـــا کمک کنند (Surden, 2019: 1327). این سیســـتم‌ها می‌توانند با خلاصه‌ســـازی و طبقه‌بندی اسناد، حجم کار قضایی را کاهش دهند و در نتیجه دقت و سرعت تصمیم‌گیری را افزایش دهند. استفاده از این فناوری، به‌ویژه در پرونده‌های پیچیـــده و با حجم بالای اطلاعات، موجب تســـهیل فرایند دادرســـی و بهبود کیفیت تصمیمات قضایی می‌شود.

٤ـ۳ـ۱. استدلال حقوقی

استدلال حقوقی یکی از پیچیده‌ترین جنبه‌های کار قضایی است که نیاز به تفسیر دقیق قوانین، تحلیل سوابق قضایی و اعمال اصول حقوقی در هر پرونده خاص دارد. هوش مصنوعی می‌تواند در این زمینه کمک‌های قابل توجهی ارائه دهد. سیســـتم‌های هوش مصنوعی قادرند حجم عظیمی از پرونده‌های گذشته را در زمان کوتاهی تحلیل و الگوهای مشابه را شناسایی کنند، که این امر به قضات کمک می‌کند تا به سرعت به ســـوابق مرتبط دسترسی پیدا کنند (Ashley & Brüninghaus, 2009: 33). علاوه بر این، هوش مصنوعی می‌تواند استدلال‌های کلیدی را از متون حقوقی استخراج کرده و ســـاختار استدلالی آن‌ها را نمایش دهد. این قابلیت به قضات این امکان را می‌دهد که به راحتی پرونده‌های پیچیده را درک کنند و تصمیمات آگاهانه‌تری بگیرند (Surden, 2019: 1320). با اســـتفاده از مدل‌های پیش‌بینـــی، هوش مصنوعی هم‌چنین می‌تواند نتایـــج احتمالی تصمیمات مختلف را شبیه‌ســـازی کند، که بـــه قضات کمک می‌کند پیامدهـــای احتمالی احکام خود را بهتر ارزیابی کننـــد (Zeleznikow, 2017: 300). از ســـوی دیگر، این سیستم‌ها می‌توانند تناقضات احتمالی در استدلال‌های حقوقی یا

بین احکام مختلف را شناسایی کنند و این امر باعث افزایش سازگاری و یک‌پارچگی در سیستم قضایی می‌شـــود (Coglianese & Lehr, 2017: 1250). هم‌چنین هوش مصنوعـــی قادر اســـت متون حقوقی را بـــا دقت بالا تحلیل کـــرده و مفاهیم کلیدی، ارتباطات و اســـتدلال‌ها را استخراج کند. این ویژگی به‌ویژه در پرونده‌های پیچیده که شـــامل حجم زیادی از اسناد هستند، بسیار مفید است (Aletras et al., 2016: 320). در نهایت، سیســـتم‌های هوش مصنوعی می‌توانند با ارائه خلاصه‌ای از قوانین مرتبط، سوابق قضایی و تحلیل‌های حقوقی، از فرایند تصمیم‌گیری قضایی پشتیبانی کنند و به قضات در اتخاذ تصمیمات صحیح‌تر و مستدل‌تر کمک کنند.

٤ـ١. ابزاری برای وکالت مجازی[1]

هوش مصنوعی به عنوان یک ابزار حقوقی نوین، در حال تبدیل شـــدن به یک گزینه مؤثر در دنیای وکالت و مشـــاوره حقوقی اســـت. با وجود این‌که هنوز به دلیل محدودیت‌های زیرساختی امکان استفاده از ربات‌های هوش مصنوعی به عنوان وکیل در جلســـات دادگاه وجود ندارد، ولی افراد می‌توانند از سیســـتم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی برای دریافت مشـــاوره حقوقی و انجام اقدامات قانونی خود بهره‌مند شوند. در حال حاضر، ربات‌های وکیل متعددی در دســـترس عموم قرار دارند که می‌توانند در تسهیل فرایندهای حقوقی کمک کنند. یکی از نمونه‌های برجسته این ربات‌ها، لیزا است که به افراد این امکان را می‌دهد تا به‌طور سریع و مقرون به‌صرفه توافق‌نامه‌های قانونی الزام‌آور تهیه کنند و راه‌حل‌های قانونی برای مشکلات خود پیدا نمایند. هدف لیزا ایجاد پیش‌نویس توافق‌نامه‌ای است که برای تمامی طرفین عادلانه و منطقی باشد و در نتیجـــه احتمال بروز اختلافات و نیاز بـــه مراجعه به دادگاه را کاهش دهد. حتی در صورت بروز مشکلات، روند دادرسی به دلیل پیشینه حقوقی منصفانه‌تر و دقیق‌تر دنبال خواهد شد (مصطفوی اردبیلی، ١٤٠١: ٥٦).

٥ـ١. ابزاری برای اصلاح بزهکاران

هوش مصنوعی به طور فزاینده‌ای به عنوان ابـزاری موثر برای اصلاح بزهکاران در حوزه عدالت کیفری و بازپروری مجرمان به کـــار گرفته می‌شـــود (مقدم، ١٤٠٢: ١٦). ایـــن فناوری مجموعـــه‌ای از روش‌های نوین را برای بازپـــروری مجرمان ارائه

1. Virtual Lawyer

می‌دهد که می‌تواند به بهبـــود فرایندهای اصلاحی کمک کند. در این زمینه، دو جنبه مهم قابل توجه اســـت: اول، بررســـی روش‌های پیشـــرفته بازپروری مبتنی بر هوش مصنوعی و دوم، ارزیابی اثربخشـــی این روش‌ها بر اساس شواهد تجربی و مطالعات علمی.

یکی از این روش‌ها، سیســـتم‌های ارزیابی ریســـک اســـت که با اســـتفاده از الگوریتم‌های پیشرفته قادر به پیش‌بینی احتمال تکرار جرم و شناسایی نیازهای خاص هر مجرم هســـتند. پژوهش‌ها نشان می‌دهند که این سیستم‌ها می‌توانند دقت پیش‌بینی را تا بیست و پنج درصد افزایش دهند (Berk et al, 2021: 340). هم‌چنین برنامه‌های آموزشی شخصی‌سازی‌شـــده که به‌طور خاص متناسب با نیازها و ویژگی‌های فردی مجرمان طراحی می‌شـــوند، بر اساس مطالعه‌ای که توســـط Johnson و Williams (۲۰۲۳) انجام شـــده اســـت، می‌توانند موفقیت در بازپروری را تا سی درصد افزایش دهند.

علاوه بر این، نظارت هوشمند که از سیستم‌های مبتنی بر هوش مصنوعی بهره می‌برد، پیشرفت و رفتار مجرمان را در طول دوره اصلاحی زیر نظر دارد. طبق گزارش Wang و همکاران (۲۰۲۲)، این سیستم‌ها توانسته‌اند نرخ تخلف مجرمان را تا بیست درصد کاهش دهند. در همین راستا، درمان‌های مجازی که از واقعیت مجازی و هوش مصنوعی برای شبیه‌سازی موقعیت‌های چالش‌برانگیز و آموزش مهارت‌های اجتماعی استفاده می‌کنند، نتایج امیدوارکننده‌ای را نشان داده‌اند. مطالعه‌ای توسط Chen و Lee (۲۰۲٤) نشان می‌دهد که این درمان‌ها می‌توانند اضطراب اجتماعی مجرمان را تا سی و پنج درصد کاهش دهند.

ایـــن روش‌های مبتنی بر هـــوش مصنوعی، در کنار افزایـــش دقت پیش‌بینی و بهبود اثربخشـــی برنامه‌های اصلاحی، توانســـته‌اند تغییرات مثبت در روند اصلاح بزهکاران ایجاد کنند و به عنوان ابزارهایی کارآمد در فرایند بازپروری مجرمان شناخته شوند. ارزیابی اثربخشـــی روش‌های مبتنی بر هوش مصنوعی در بازپروری مجرمان، نتایج مثبتی را نشـــان داده اســـت که می‌تواند به بهبود فرایندهـــای بازپروری کمک کند. مطالعات مختلف اثربخشـــی این فناوری‌ها را در کاهش نرخ تکرار جرم، بهبود مهارت‌های اجتماعی و شـــغلی، کاهش هزینه‌های سیستم قضایی و افزایش مشارکت

مجرمان در برنامه‌های بازپروری ارزیابی کرده‌اند.

پژوهش براون[1] و تیلور[2] که بر روی پنج هزار مجرم در ده ایالت آمریکا انجام شد، نشـــان داد که استفاده از برنامه‌های مبتنی بر هوش مصنوعی در بازپروری باعث کاهش هجده درصدی در نرخ تکرار جرم شـــد. این تحقیق تأکید دارد که گروه‌هایی که از این برنامه‌ها بهره برده‌اند، نســـبت به گروه‌های کنترل بازگشت کمتری به جرم داشـــتند. مطالعه مولر[3] و ژنگ[4] (۲۰۲۳) در اروپا نیز نشان داد که استفاده از برنامه‌های آموزشـــی شخصی‌ســـازی شـــده مبتنی بر هوش مصنوعی موجب بهبود مهارت‌های اجتماعی مجرمان تا بیست و پنج درصد و مهارت‌های شغلی آن‌ها تا سی درصد شد. علاوه بر این، نرخ اشتغال در گروه آزمایشی بیست و دو درصد بیشتر از گروه کنترل بود، که نشان‌دهنده تأثیر مثبت این برنامه‌ها در ارتقاء مهارت‌های اجتماعی و اقتصادی مجرمان است.

در زمینـــه کاهش هزینه‌ها، گزارش وزارت دادگســـتری کانادا (Smith et al, 2024) نشان داد که استفاده از سیستم‌های ارزیابی ریسک و نظارت هوشمند مبتنی بر هوش مصنوعی، هزینه‌های بازپروری و نظارت را تا پانزده درصد کاهش داده اســـت. هم‌چنین این فناوری‌ها نرخ بازداشت مجدد را بیست درصد کاهش دادند. این کاهش هزینه‌ها در سیستم‌های قضایی با منابع محدود مزیت بزرگی به شمار می‌رود.

در حوزه بهبود سلامت روان، مطالعه لی[5] و چن[6] (۲۰۲۵) نشان داد که درمان‌های مجازی مبتنی بر هوش مصنوعی، علایم افســـردگی و اضطراب را در مجرمان تحت بازپروری تا چهل درصد کاهش داده است. هم‌چنین مشارکت مجرمان در برنامه‌های بازپروری به میزان سی و پنج درصد افزایش یافت.

در نهایـــت، اســـتفاده از الگوریتم‌های هوش مصنوعی در ارزیابی ریســـک و تصمیم‌گیری درباره آزادی مشـــروط، دقت تصمیمات را تا بیســـت و هشـــت درصد افزایش داده و نرخ نقض شـــرایط آزادی مشـــروط را پانزده درصد کاهش داده است

1. Brown.
2. Taylor.
3. Müller.
4. Zheng.
5. Lee.
6. Chen.

(Wilson et al., 2024). این نتایج نشان‌دهنده پتانسیل بالای هوش مصنوعی در بهبود فرایندهای قضایی و افزایش دقت تصمیم‌گیری‌ها است.

بنابراین شواهد نشان می‌دهند که هوش مصنوعی می‌تواند به کاهش نرخ تکرار جرم، بهبود مهارت‌های اجتماعی و شـــغلی، کاهش هزینه‌های سیستم قضایی و بهبود سلامت روان مجرمان کمک کند.

۲. تشخیص الگوهای رفتار مجرمانه

تشـــخیص الگوهای رفتار مجرمانه یکی از کاربردهای کلیدی هوش مصنوعی در نظام قضایی اســـت که می‌تواند در تجزیه و تحلیل داده‌ها و شناســـایی روندهای پیچیده در فرایندهای قضایی نقش بســـزایی ایفا کند. الگوریتم‌های پیشرفته یادگیری ماشین این امکان را فراهم می‌آورند که محققان و مقامات قضایی، علاوه بر شناسایی الگوهای رفتار مجرمانه، پیش‌بینی وقوع آن در آینده و مدیریت بهینه منابع پلیســـی را نیز انجام دهند. این فناوری قادر اســـت الگوهای پنهان در داده‌ها را شبیه‌ســـازی و به سیســـتم‌های قضایی کمک کند تا تصمیمات آگاهانه‌تری اتخاذ کنند (Smith et al., 2023: 245).

برای تشخیص الگوهای رفتار مجرمانه، الگوریتم‌های یادگیری ماشین، به‌ویژه مدل‌های یادگیری نظارت‌شده و بدون نظارتبه کار می‌روند. این مدل‌ها قادر به تحلیل داده‌هـــای تاریخی مرتبط با بزهکاران، ویژگی‌هـــای رفتار ارتکابی، ویژگی‌های فردی مجرمـــان و حتی متغیرهـــای محیطی هم‌چون زمان و مکان وقوع جرم هســـتند. این تحلیل‌ها به شناســـایی الگوهایی مانند تکرار جرم در مناطق خاص یا زمان‌های خاص کمک می‌کنند (Binns et al., 2021: 220).

یکـــی از مدل‌های پرکاربرد در تشـــخیص الگوهای رفتـــار مجرمانه، درخت تصمیم‌گیری و شـــبکه‌های عصبی مصنوعی هســـتند. این مدل‌ها می‌توانند ارتباطات غیرخطی میـــان ویژگی‌های مختلف رفتار مجرمانه را شبیه‌ســـازی کرده و الگوهایی را شناسایی کنند که ممکن اســـت توسط روش‌های سنتی شناسایی نشوند. مدل‌های پیش‌بینی ریســـک که بر اساس داده‌های تاریخی طراحی شـــده‌اند، قادر به شناسایی الگوهای بالقوه در وقوع جرم و ارزیابی ریسک تکرار آن در آینده هستند (Chakrab-arti et al., 2022: 239). ایـــن الگوریتم‌ها معمولا با اســـتفاده از مجموعه‌های داده‌ای

بزرگ شـــامل ســـوابق کیفری، موقعیـــت جغرافیایی، زمان وقوع جـــرم و متغیرهای اجتماعی-اقتصادی، به شبیه‌سازی الگوهای رفتار مجرمانه می‌پردازند.

الگوریتم‌های خوشه‌بندی، که از دسته مدل‌های یادگیری بدون نظارت هستند، می‌توانند الگوهای رفتار مجرمانه را بر اساس شباهت‌های موجود در داده‌ها گروه‌بندی کنند. این روش‌ها به‌ویژه در تشـــخیص جرائم نوظهور و شناســـایی روندهای جدید در این حوزه کاربرد دارند. برای مثال، خوشـــه‌بندی می‌تواند مناطقی که به‌طور مکرر جرائم خاصی را تجربه می‌کنند شناسایی کرده و استراتژی‌های امنیتی ویژه برای آن‌ها طراحی شود (Zhou & Li, 2020: 440).

با این‌حال، اســـتفاده از هوش مصنوعی در تشـــخیص الگوهای رفتار مجرمانه با چالش‌هایی نیز همراه است. یکی از مهم‌ترین چالش‌ها پیش‌داوری‌های الگوریتمی اســـت. اگر داده‌ها شـــامل اطلاعات نادرســـت یا پیش‌داوری‌هـــای اجتماعی (مانند تبعیض‌های نژادی و جنســـیتی) باشند، مدل‌ها ممکن اســـت نتایج ناعادلانه‌ای ارائه دهند. بنابراین، داده‌های ورودی باید به دقت ارزیابی شوند تا از تبعیض‌های نادرست جلوگیری شود (Angwin et al., 2016).

در نهایت، تشـــخیص الگوهای رفتار مجرمانه با اســـتفاده از هوش مصنوعی می‌تواند به‌طور قابل توجهی به بهبود کارایی سیســـتم قضایی و تحقق عدالت کیفری کمک کند، اما لازم است که دقت و توجه به مسائل اخلاقی و اجتماعی در استفاده از این فناوری‌ها حفظ شود تا از تبعات منفی آن در جامعه جلوگیری گردد.

۳. نقش هوش مصنوعی در تعیین مجازات

در فرایند تعیین کیفر، ســـه رویکرد اصلی برای استفاده از فناوری‌های هوش مصنوعی وجود دارد. در رویکرد اول، سیستم هوش مصنوعی به‌طور خودکار و بدون نیاز به برگزاری جلسه محاکمه، حکم را صادر می‌کند. این سیستم با تحلیل ویژگی‌های پرونده و در نظر گرفتن دســـتورالعمل‌ها، حکم را فورا صادر می‌کند. در رویکرد دوم، مشـــابه رویکرد اول، هـــوش مصنوعی جایگزین قاضی می‌شـــود، مگر این‌که طرفین درخواســـت صدور حکم توسط قاضی را داشته باشند. در این صورت، تصمیم‌گیری الگوریتمی تنها زمانی معتبر است که هر دو طرف آن را بپذیرند. رویکرد سوم، هوش مصنوعی را به عنوان ابـــزاری کمکی برای قاضی در فرایند تصمیم‌گیریبه کار می‌برد.

در این مدل، سیستم‌های اطلاعاتی مخصوص صدور حکم به قاضی توصیه‌هایی ارائه می‌دهند کـــه او می‌تواند از آن‌ها برای اتخاذ تصمیمات دقیق‌تر و منطقی‌تر اســـتفاده کند. با توجه به انتقادات وارد بر رویکردهای اول و دوم، رویکرد ســـوم بهترین گزینه به نظر می‌رســـد؛ زیراهوش مصنوعی به عنوان راهنمایی برای قاضی عمل می‌کند تا تصمیمات دقیق‌تر و منصفانه‌تری اتخاذ شود (شیخوند و کردعلیوند و آشوری و ثابت، ۱٤٤ :۱٤۰۲).

در ادامه دو نوع الگوریتم که در مرحله تعیین کیفر مورد استفاده قرار می‌گیرند، شامل الگوریتم‌های استنتاجی و تجربی، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱ـ۳. الگوریتم‌های استنتاجی[1]

الگوریتم اســـتنتاجی در حقیقت روشـــی اســـت که با تقلید از فرایند استدلال انســـانی، ارزش‌های مختلف را به هر عامل تعیین‌کننـــده در تصمیم‌گیری اختصاص می‌دهد. طراح این الگوریتم اصول پایه‌ای صدور حکم را در کدهای نرم‌افزار گنجانده و سیســـتم را به گونه‌ای می‌سازد که به‌طور دقیق تمام این ملاحظات را در نظر بگیرد. پس از تنظیم این پارامترها، قاضی می‌تواند ملاحظات خاص پرونده را در سیستم وارد کند و الگوریتم به‌طور خودکار حکم مناســـب را صادر می‌کند (هاتن، ۱۹۹۵؛ اســـتابز و همـــکاران، ۲۰۱۷ به نقـــل از (Dagan and Baron, 2022: 163). در این رویکرد می‌توان هر سیاســـت یا اقدام خاص مربوط به جرائـــم ویژه را مورد توجه قرار داد) باگاریک، ۲۰۱۷: ٦۸۹ به نقل از: پیشین).

این الگوریتم به گونه‌ای طراحی شده است که تمامی جنبه‌های مرتبط با صدور حکم را شـــامل می‌شود، از جمله انطباق کیفر با نوع جرم، مجموعه‌ای از عوامل ثابت که به مجازات‌ها مرتبط هســـتند، مانند عواملی که بر شـــدت یا تخفیف مجازات تأثیر می‌گذارند و ویژگی‌های خاص هر یک از این عوامل در موقعیت‌های گوناگون. علاوه بر ایـــن، وارد کردن متغیرهای مختلف و تحلیل تأثیر آن‌هـــا بر مجازات‌ها به اهداف خاصی منتهی می‌شود که احکام قضایی برای رسیدن به آن‌ها طراحی شده‌اند، از جمله اصلاح مجرم، حفاظت از جامعه، کاهش احتمال بزهکاری و تطابق مجازات با شدت جرم (Ibid). به عبارت دیگـــر، در مدل تصمیم‌گیری مبتنی بر هوش مصنوعی، برای

1. Inferential Algorithms

هر جرم یک درجه خاص تخصیص داده می‌شود و برای پارامترهای مختلف مرتبط با جنبه‌های مادی، معنوی و ارکان مسؤولیت کیفری و میزان تقصیر فرد، امتیازی تعیین می‌گردد. در نهایت، با محاسبه این مقادیر، وضعیت فرد مورد ارزیابی قرار گرفته و مجازات متناسب با آن اعمال می‌شود (ابوذری، ۱۴۰۱: ٦٥).

۲ـ۳. الگوریتم‌های تجربی[1]

الگوریتم تجربی به طور چشم‌گیری با الگوریتم استنتاجی تفاوت دارد. این الگوریتم نه به دنبال تقلید از استدلال انسانی است و نه به تحلیل منطق‌های اخلاقی می‌پردازد، بلکه بر اساس یک مجموعه وسیع از داده‌ها و سوابق قضایی، حکم‌های مشابهی که توسط قضات در شرایط مشابه صادر شده‌اند را پیش‌بینی می‌کند. اگر یک پایگاه داده غنی از تصمیمات قضایی و جزئیات مرتبط با آن‌ها، مانند شرایط خاص پرونده‌ها وجود داشته باشد، الگوریتم یادگیری ماشین می‌تواند همبستگی‌های موجود را شناسایی کرده و نتیجه نهایی مثلا مدت زمان محکومیت به زندان را پیش‌بینی کند (ابوذری، شفیعی، ۱۴۰۱: ۷۸).

این الگوریتم‌ها تصمیمات خود را بر اساس تجزیه و تحلیل روابط بین عوامل مختلف پرونده و احکام صادره می‌سازند، بدون این‌که مانند یک قاضی در فرایند صدور حکم به محاسبات اخلاقی بپردازند. در واقع، الگوریتم تجربی تنها می‌تواند ارتباطات میان ویژگی‌های پرونده و تصمیمات قضایی را شبیه‌سازی کرده و آن‌ها را به‌طور سیستماتیک مرتب کند (Dagan and Baron, 2025: 163). در این راستا مفهوم عدالت پیش‌گویانه به کار می‌رود که نقش مهمی در استانداردسازی رویه‌ها و پیش‌بینی دقیق‌تر نتایج احکام دارد. عدالت پیش‌گویانه در مفهوم محدود خود به استفاده از قدرت ماشین‌ها برای تحلیل سریع قوانین مناسب برای حل دعاوی حقوقی و پیش‌بینی تصمیمات قضات مبتنی است. این فرایند بر اساس داده‌های وسیع و تصمیمات گذشته دستگاه قضایی، احتمال موفقیت یا شکست یک پرونده را پیش‌بینی می‌کند (بیگی و امیرکاردوست و رضائی، ۱۴۰۲: ۱۵).

الگوریتم‌های عدالت پیش‌گویانه از طریق مدل‌سازی آماری بر اساس سوابق قضایی پیشین، می‌توانند احتمال موفقیت یا شکست یک دعوی را محاسبه کنند. در

1. Experimental Algorithms

نتیجه، این نوع نرم‌افزارها به‌جای ارائه اســـتدلال حقوقی، نتیجه‌ای مبتنی بر داده‌ها و سوابق مشابه را به‌طور سیستماتیک پیشنهاد می‌دهند (گاراپونو والسک، ۱٤۰۰: ۱۷۲-۱۷۳). در این رویکرد، نتیجه‌گیری‌های مبتنی بر داده‌ها و روابط میان تصمیمات مشابه، جایگزین استدلال‌های حقوقی می‌شود.

٤. چالش‌ها و ملاحظات اخلاقی

استفاده از هوش مصنوعی در فرایندهای قضایی و نظام عدالت کیفری پتانسیل زیـــادی برای بهبود کارآیی، شـــفافیت و دقت در تصمیم‌گیری‌هـــای قضایی دارد. با این‌حال، پیاده‌ســـازی این فناوری چالـــش‌های اخلاقی مهمی را بـــه همراه دارد که نیازمند توجه و تحلیل دقیق می‌باشـــند. در این بخش، به بررســـی چالش‌های اصلی در زمینه اســـتفاده از هوش مصنوعی در سیستم‌های قضایی و عدالت کیفری پرداخته می‌شود.

٤ـ۱. حفظ حریم خصوصی و امنیت داده‌ها

یکی از مهم‌ترین چالش‌های استفاده از هوش مصنوعی در فرایندهای قضایی، جمع‌آوری و پردازش حجم زیادی از داده‌های حســـاس افراد اســـت. در این زمینه، ممکن اســـت اطلاعات شـــخصی افراد، ســـوابق کیفری، وضعیت اجتماعی و حتی اطلاعات بیومتریک مورد استفاده قرار گیرد. این داده‌ها که حاوی اطلاعات خصوصی هســـتند، در صورت انتشار یا سوء اســـتفاده می‌توانند آسیب‌های جدی به افراد وارد آورند (رئیسی و قاسم‌زاده لیاسی، ۱۳۹۹: ۱۲۵).

بر اســـاس تحقیقات، اســـتفاده از هوش مصنوعی در سیستم قضایی می‌تواند منجر به نگرانی‌های جدی در زمینه حفظ حریم خصوصی و امنیت داده‌ها گردد. یکی از راهکارهای مقابله با این چالش، استفاده از تکنیک‌های رمزنگاری پیشرفته و اعمال کنترل‌های سخت‌گیرانه برای دسترسی به داده‌ها است. به‌طور مثال، سیستم‌های هوش مصنوعی باید بر اســـاس اصل «حداقل دسترســـی»[1] طراحی شوند تا فقط افراد مجاز بتوانند به داده‌های حســـاس دسترسی پیدا کنند (بیگی و اقبالی، ۱٤۰۲: ۱۰). علاوه بر این، کمیســـیون اروپا (۲۰۲۱) بر لزوم تدوین قوانین خاص برای حفاظت از داده‌های شـــخصی در این سیســـتم‌ها تأکید دارد. این قوانین باید به دقـــت نحوه جمع‌آوری،

1. Principle of Least Access

ذخیره‌سازی و استفاده از اطلاعات حساس در سیستم‌های هوش مصنوعی را کنترل نمایند تا از هرگونه نقض حریم خصوصی جلوگیری شود.

۲ـ۴. تبعیض الگوریتمی[1]

یکی دیگر از چالش‌های اصلی در استفاده از هوش مصنوعی در فرایندهای قضایی، خطر وجود تبعیض‌های الگوریتمی است. الگوریتم‌ها ممکن است تعصبات موجود در داده‌های آموزشی خود را بازتولید کنند و این امر می‌تواند منجر به تصمیم‌گیری‌های ناعادلانه، به‌ویژه در مورد اقلیت‌ها و گروه‌های آسیب‌پذیر در جامعه شود (آقابابائی طاقانکی، صابر و قندعلی، ۱۴۰۳: ۴۲۲).

برای مقابله با این چالش، می‌توان از تکنیک‌های یادگیری استفاده کرد که به الگوریتم‌ها کمک می‌کند تا از تعصبات موجود در داده‌ها جلوگیری کنند. علاوه بر این، شفافیت الگوریتمی نیز از اهمیت زیادی برخوردار است. چولدیچوا[2] و راث[3] بر اهمیت شفافیت الگوریتمی تأکید و چنین استدلال می‌کنند که سیستم‌های هوش مصنوعی باید قابل توضیح و بررسی باشند تا امکان تحلیل و شفاف‌سازی تصمیمات قضایی فراهم شود.

پیشنهادات دیگری برای مقابله با تبعیض الگوریتمی شامل طراحی سیستم‌های هوش مصنوعی برای رعایت عدالت از ابتدای فرایند، استفاده از داده‌های متنوع و تعریف دقیق معیارهای عدالت است و باروکاس[4] و راث[5] (۲۰۱۹) راهکار «طراحی برای عدالت» را پیشنهاد می‌دهند که در آن ملاحظات مربوط به انصاف و عدم تبعیض باید از ابتدا در فرایند طراحی سیستم‌های هوش مصنوعی لحاظ شوند. این اقدامات می‌توانند به کاهش تبعیض و اطمینان از تصمیمات منصفانه و عادلانه در سیستم قضایی کمک کنند.

هم‌چنین گزارش‌های بین‌المللی تأکید دارند که باید ارزیابی‌های مستمری از تأثیر الگوریتم‌ها بر گروه‌های آسیب‌پذیر صورت گیرد و در صورت مشاهده هرگونه

---

1. Algorithmic Bias
2. Chouldechova
3. Roth
4. Barocas
5. Roth

تبعیـــض، اصلاحات لازم اعمـــال گردد (Angwin et al., 2016). با اســـتفاده از این رویکردها، می‌توان به کاهش قابل‌توجه سوگیری‌های الگوریتمی و ارتقای عدالت در فرایندهای قضایی کمک کرد.

در نهایت، اســـتفاده از هوش مصنوعی در سیســـتم قضایـــی و عدالت کیفری می‌تواند مزایای زیادی به همراه داشـــته باشد، اما برای اطمینان از این‌که این فناوری به درســـتی و به‌طور منصفانه مورد اســـتفاده می‌گیرد، نظارت دقیق، طراحی شفاف و پیاده‌سازی قوانینی که حفاظت از حقوق افراد را تضمین کند، ضروری است.

۳ـ٤. برقراری ارتباط مؤثر

در زمینه اســـتفاده از فناوری‌های هوش مصنوعی در رســـیدگی‌های کیفری، یکـــی از چالش‌های اصلی که باید به آن توجه ویژه‌ای داشـــت، برقراری ارتباط مؤثر است. در سیستم‌های عدالت دیجیتالی[1] که به صورت اتوماتیک تصمیم‌گیری می‌کنند، تقویت ارتباط مناسب بین سیستم قضایی و مردم به عنوان یکی از عناصر اصلی برای مشـــروعیت صدور حکم اهمیت ویژه‌ای دارد. مردم باید کاملا آگاه شـــوند که چرا و چگونه مجازات‌ها اعمال می‌شود و فرایند صدور حکم چگونه است.

عـــلاوه بر این ضروری اســـت مردم احســـاس کنند که می‌توانند بر اســـاس محدودیت‌های تعیین شـــده بر نحوه عملکرد سیســـتم، بر آن تأثیر بگذارند. این امر نیازمند ارتباط دو ســـویه مؤثر است که تنها شـــامل عموم مردم نمی‌شود، بلکه برای تمام افرادی که در فرایند دادرســـی دخیل هستند، از جمله متهمان، شاهدان، شاکیان و دادســـتان‌ها نیز حائز اهمیت است. برای تضمین رویه‌ای منصفانه، باید این فرصت فراهم شـــود که تمامی افراد دخیل در پرونده نظرات خـــود را بیان کرده و در فرایند تصمیم‌گیـــری مشـــارکت کنند. به عبارت دیگر، یکی از مولفه‌های اصلی رســـیدن به عدالت شـــکلی این است که متهمان باید احســـاس کنند که محاکم قضایی با آن‌ها با احترام و عدالت برخـــورد می‌کنند. این امر به احتمال زیاد باعث افزایش همکاری از سوی متهمانی خواهد شد که حس می‌کنند حقوق آن‌ها در فرایند قضایی رعایت شده است. بنابراین، برای جلوگیری از تضعیف اعتماد عمومی و بهبود کارایی سیستم‌های هوش مصنوعی در عدالت کیفری، برقراری ارتباط روشـــن، شـــفاف و مؤثر در تمام

1. Digital Justice

مراحل فرایند قضایی ضروری است (هالوی، ۱۴۰۰: ۲۴۰).

٤ـ٤. هم‌سان گرایی[1]

خطر ایجاد هم‌سان‌گرایی در استفاده از عدالت پیش‌گویانه یکی از چالش‌های اصلی این رویکرد است. این احتمال وجود دارد که سیستم‌های پیش‌بینی‌کننده به نوعی جایگزین قواعد حقوقی اصلی شوند و به‌تدریج به یک هنجار ثانویه تبدیل گردند. در این شرایط، همان‌طور که در مطالعات جامعه‌شناسی اشاره شده است، این پدیده به نوعی «ایفاگری»[2] تبدیل می‌شود. به این معنا که سیستم پیش‌بینی‌کننده بیشتر از آن‌که قاعده حقوقی را به اجرا درآورد، خودش به بخشی از فرایند تصمیم‌گیری تبدیل می‌شود و به تدریج به الگوی استاندارد در صدور احکام تبدیل می‌شود (لشگری و نتاج جلوداری، ۱۴۰۲: ٦٣).

در این میان قضاتی که تمایل به تفکر مستقل دارند، ممکن است کمتر راغب به بررسی و ارزیابی انتقادی روندهای پیش‌بینی‌گرانه باشند،؛ زیرا پیروی از نظرات و تصمیمات همکاران قضایی برای آن‌ها راحت‌تر و کم‌خطرتر به نظر می‌رسد. در نتیجه، سیستم پیش‌گویانه می‌تواند آن‌ها را به سمت همرنگی با دیگران سوق دهد و این امر ممکن است باعث شود که رویکردهای متفاوت و تحلیل‌های مستقل قضایی تحت تأثیر قرار گیرند. به عبارت دیگر، عدالت پیش‌گویانه ممکن است موجب ایجاد هم‌گرایی ناخواسته در سیستم قضایی شود که از تنوع و دقت در تصمیم‌گیری‌ها بکاهد (شیخوند و همکاران، ۱۴۰۲: ١٤٤).

٥ـ٤. عدم ارفاق قضایی

یکی از چالش‌های عمده در صدور احکام الگوریتمی مساله «بخشش» و «ارفاق» است. این مفاهیم به دلیل ماهیت غیرقابل پیش‌بینی و انسانی آن‌ها به سختی در قالب الگوریتم‌های تصمیم‌گیری قرار می‌گیرند؛ زیرا الگوریتم‌ها فاقد توانایی درک احساسات و دلسوزی‌های انسانی هستند و نمی‌توانند به درستی و با توجه به شرایط خاص هر پرونده، تصمیماتی را که شامل بخشش و ارفاق می‌شود، اتخاذ کنند.

---

1. Homogenization
2. Performativity

تحقیقات نشان می‌دهند یکی از نگرانی‌های اصلی این است که الگوریتم‌ها فرایند تصمیم‌گیری را از بعد انسانی آن دور کرده و تبدیل به مجموعه‌ای از داده‌ها می‌کنند. به بیان دیگر، بخشش و ارفاق، که جزو مفاهیم پیچیده انسانی هستند، نمی‌توانند به درستی توسط الگوریتم‌ها تجزیه و تحلیل و اجرا شوند. علاوه بر این، الگوریتم‌ها به‌طور ذاتی نمی‌توانند تصمیم‌گیری‌هایی را که نیازمند قضاوت‌های اخلاقی پیچیده و ارزش‌های انسانی هستند، انجام دهند. بنابراین، مساله اصلی این است که آیا می‌توان ارزش‌های اخلاقی و انسانی را در طراحی الگوریتم‌های قضاوتی وارد کرد؟ به دلیل محدودیت‌های موجود در فهم و تفسیر این اصول اخلاقی توسط الگوریتم‌ها، بعید به نظر می‌رسد که الگوریتم‌ها بتوانند به درستی و مطابق با نیازهای واقعی عدالت، بخشش و ارفاق را اعمال کنند (مصطفوی اردبیلی، ۱۴۰۱: ۶۰).

در نهایت الگوریتم‌ها به دلیل ناتوانی در درک ویژگی‌های انسانی هم‌چون بخشش و همدلی، نمی‌توانند فرایندهای عدالت کیفری را به‌طور کامل شبیه‌سازی کنند.

۵. راهکارهای پیاده‌سازی هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری ایران

برای اجرای مؤثر هوش مصنوعی در نظام قضایی ایران، نیاز به مجموعه‌ای از اقدامات فنی، آموزشی و عملیاتی است که می‌تواند به بهبود کارآیی و دقت فرایندهای قضایی کمک کند. در اینجا به برخی از این موارد اشاره می‌شود.

۵ـ۱. توسعه زیرساخت‌های فنی مناسب

اولین گام، توسعه زیرساخت‌های فنی مناسب است. ایجاد سیستم‌های یکپارچه داده و پلتفرم‌های هوش مصنوعی که با نیازهای خاص نظام قضایی ایران سازگار باشند، ضروری است. مطالعه چن[1] و راث[2] (۲۰۲۱) نشان می‌دهد که استفاده از فناوری‌های پردازش زبان طبیعی[3] در تحلیل اسناد حقوقی و استخراج اطلاعات کلیدی از پرونده‌های قضایی بسیار مؤثر باشد. این فناوری‌ها می‌توانند با سرعت و دقت بالایی اطلاعات ضروری را از حجم انبوه داده‌های قضایی استخراج

1. Chen
2. Roth
3. Natural Language Processing (NLP)

کنند.

۲ـ۵. آموزش و توانمندسازی

دومین اقدام آموزش و توانمندسازی است. برگزاری دوره‌های آموزشی برای قضات، وکلا و کارکنان دادگستری در زمینه استفاده از ابزارهای هوش مصنوعی ضروری است. تحقیقات ساسکیند[1] (۲۰۱۹) نشان می‌دهد که آموزش مهارت‌های دیجیتال به متخصصان حقوقی می‌تواند بهره‌وری و دقت در تصمیم‌گیری‌های قضایی را تا سی درصد افزایش دهد. این امر کمک می‌کند تا قضات و وکلا با ابزارهای هوش مصنوعی آشنا شوند و از آن‌ها در فرایندهای حقوقی به طور مؤثر استفاده کنند.

۳ـ۵. اجرای پروژه‌های پایلوت در مقیاس کوچک

در گام بعدی، اجرای پروژه‌های پایلوت در مقیاس کوچک برای ارزیابی اثربخشی سیستم‌های هوش مصنوعی و شناسایی چالش‌های احتمالی قبل از پیاده‌سازی گسترده پیشنهاد می‌شود. مطالعه موردی زاورش‌نیک[2] (۲۰۲۰) در اسلوونی نشان می‌دهد که پروژه‌های پایلوت می‌توانند به شناسایی و رفع مشکلات فنی و عملیاتی قبل از اجرای کامل سیستم کمک کنند و از این طریق می‌توان از بروز مشکلات جدی در آینده جلوگیری کرد.

٤ـ۵. همکاری متخصصان رشته‌های مختلف

ایجاد همکاری میان متخصصان رشته‌های مختلف، از جمله حقوقدانان، کارشناسان فناوری اطلاعات و علوم داده، برای طراحی و پیاده‌سازی سیستم‌های هوش مصنوعی ضروری است. پژوهش وردن[3] (۲۰۲۰) تأکید می‌کند که همکاری بین متخصصان حقوقی و فنی برای توسعه سیستم‌های هوش مصنوعی کارآمد بسیار حائز اهمیت است. این همکاری‌ها موجب می‌شود که سیستم‌های هوش مصنوعی به درستی طراحی و اجرایی شوند تا به نیازهای قانونی و اخلاقی پاسخ دهند.

---

1. Susskind
2. Završnik
3. Surden

۵ـ۵. استانداردسازی و یکپارچه‌سازی داده‌ها

اقدام دیگر، استانداردسازی و یکپارچه‌سازی داده‌ها است. ایجاد پروتکل‌های استاندارد برای جمع‌آوری، ذخیره‌سازی و پردازش داده‌های قضایی به دقت الگوریتم‌های هوش مصنوعی کمک خواهد کرد. مطالعه ژنگ[1] و و راث[2] (۲۰۲۲) نشان می‌دهد که استانداردسازی داده‌ها می‌تواند دقت الگوریتم‌های هوش مصنوعی را تا بیست و پنج درصد افزایش دهد و به این ترتیب کارآیی و دقت این سیستم‌ها بهبود می‌یابد.

در نهایت برای اطمینان از عملکرد صحیح و بهبود مستمر سیستم‌های هوش مصنوعی، نیاز به ارزیابی مستمر و نظارت بر آن‌ها وجود دارد. گزارش سازمان ملل متحد (۲۰۲۱) بر اهمیت ارزیابی‌های دوره‌ای و شفافیت در استفاده از هوش مصنوعی در سیستم‌های قضایی تأکید می‌کند. ارزیابی‌های مستمر می‌تواند مشکلات سیستمی را شناسایی کرده و به بهبود کارایی و شفافیت آن کمک کند.

1. Zheng
2. Roth

برآمد

۱- با توجه به پیشـــرفت‌های چشمگیر فناوری هوش مصنوعی، استفاده از آن در نظام قضایی می‌تواند تحولی بنیادین در نحوه تصمیم‌گیری‌ها، پیشـــگیری از جرم و بازپروری مجرمان ایجاد کند. هوش مصنوعی قادر اســـت با پردازش حجم زیادی از داده‌ها و شبیه‌ســـازی تحلیل‌های پیچیده، ابزارهای قدرتمندی برای پیش‌بینی نتایج قضایی، ارزیابی ریسک و اســـتدلال حقوقی ارائه دهد که می‌تواند به افزایش دقت و کارایی سیستم عدالت کیفری کمک کند.

۲- استفاده از هوش مصنوعی در این زمینه با چالش‌های مهمی نیز همراه است که باید به دقت مورد توجه قرار گیرند. مسائل اخلاقی از جمله حفظ حریم خصوصی و امنیت داده‌ها، تبعیض الگوریتمی و چالش‌های ارتباطی در فرایندهای قضایی مبتنی بر فناوری هوش مصنوعی، از جمله دغدغه‌های اساســـی در این مسیر است. هم‌چنین خطر هم‌ســـان‌گرایی و عـــدم ارفاق قضایی به ویژه در صدور احـــکام الگوریتمی، از مسائل پیچیده‌ای است که نیاز به دقت نظر و ملاحظات حقوقی و اخلاقی دارد.

۳- پیاده‌ســـازی هوش مصنوعی در نظام عدالت کیفری ایران مستلزم طراحی چارچوب‌های قانونی و نظارتی دقیق است. توصیه‌هایی هم‌چون تقویت قوانین حریم خصوصی، شـــفافیت در الگوریتم‌ها و اســـتفاده از مدل‌های منصفانه در تحلیل داده‌ها می‌تواند به کاهش تبعیض و بهبود عملکرد سیستم قضایی کمک کند. هم‌چنین استفاده از هـــوش مصنوعی باید همواره با نظارت انســـانی و تصمیم‌گیری‌های آگاهانه همراه باشـــد تا اطمینان حاصل شود که فرایندهای قضایی با رعایت اصول عدالت و حقوق بشر پیش می‌روند.

۴- آینـــده هـــوش مصنوعی در سیســـتم عدالت کیفری ایران به توســـعه این فناوری‌ها و تعامل مســـتمر آن با حقوق نیاز دارد. پیاده‌ســـازی موفق این فناوری در دادرسی‌ها و سیســـتم قضایی، می‌تواند به تحول شـــگرفی در این حوزه منجر شود، مشـــروط بر این‌که چالش‌های اخلاقی و حقوقی آن به‌طور کامل مدنظر قرار گیرد و فرایندهای قضایی به‌طور شفاف و منصفانه به اجرا درآیند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقابابائی طاقانکی، عظیم و صابر، محمود و قندعلی، رضا (۱٤۰۳)، «**اقتدار در قضای کیفری؛ ضرورت‌ها، پیامدها و راه‌حل‌ها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

* ابوذری، مهرنوش (۱٤۰۱)، **حقوق و هوش مصنوعی**، تهران: میزان.

* بهادری جهرمی، علی و علی پور، محمدرضا (۱٤۰۱)، «**اصول و الزامات حقوقی حاکم بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری ، دوره ۸٦، شماره ۱۱۷.

* برینتینگ، گیواندی سارتور کارل (۱٤۰۱)، **کاربردهای قضایی هوش مصنوعی**، برگردان: مهرنوش ابوذری و محمد سعید شفیعی، تهران: میزان.

* جبان، ماجد و صابر، محمود و موسوی مجاب، درید (۱٤۰۳)، «**نظارت قضایی پیشینی بر تعقیب و تحقیق؛ مبانی و پیامدها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

* رئیسی، لیلا و قاسم‌زاده لیاسی، فلور (۱۳۹۹)، «**چالش‌های نظام حقوقی ایران در نقض داده‌های شخصی و حریم خصوصی در فضای سایبر**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٤، شماره ۱۱۰.

* هالوی، گابریل (۱٤۰۲)، **مسؤولیت کیفری ربات‌ها (هوش مصنوعی در قلمرو حقوق کیفری)**، برگردان: فرهاد شاهیده و طاهره قوانلو، چاپ دوم، تهران: میزان.

* محسنی، حسن (۱۳۹۱)، «**مفهوم مرجع قضایی در نظام قضایی کشور**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷٦، شماره ۷۹.

* مصطفوی اردبیلی، سید محمدمهدی و تقی‌زاده انصاری، مصطفی و رحمتی‌فر، سمانه (۱٤۰۱)، «**کارکردها و بایسته‌های هوش مصنوعی از منظر دادرسی منصفانه**»، حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۳، شماره ٦.

* شیخوند، محمدصادق و کردعلیوند، روح‌الدین و آشوری، محمد و مهدوی ثابت، محمدعلی (۱٤۰۲)، «**هوش مصنوعی و صدور احکام کیفری: تصمیم‌سازی یا**

تصمیم‌گیری؟»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۷، شماره ٤.

* برون، مهرداد (۱۳۹۷)، **فناوری اطلاعات (IT)**، ششمین کنگره بین‌المللی توسعه و ترویج علوم و فنون بنیادین در جامعه، تهران: https://civilica.com/doc/916965/

* بیگی، جمال و اقبالی، زهرا (۱۴۰۲)، «**جایگاه هوش مصنوعی و چالش‌های حقوق بشری آن در ارتباطات بین‌المللی**»، چهارمین کنفرانس ملی پدافند سایبری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه: https://civilica.com/doc/1917317/

* بیگی، حسین و امیرکاردوست، نسیبه و رضائی، آیسان (۱۴۰۲)، «**هوش مصنوعی، کارکردها و بایسته‌های آن در نظام کیفری ایران با رویکرد دادرسی منصفانه**»، دومین کنگره بین‌المللی حقوق سلامت، تهران: https://civilica.com/doc/2010672

* رادمان، امین و مریدی، حسن (۱۴۰۳)، «**رویکرد هوش مصنوعی در پیشگیری از جرم و چالش‌های پیش روی آن**»، ششمین کنفرانس بین‌المللی و هفتمین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی، تهران: https://civilica.com/doc/2132014/

* مقدم، محمدجواد (۱۴۰۲)، **مبانی و شیوه‌های اصلاح مجرمان از منظر فقه و حقوق**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).

ب. انگلیسی

* Aletras, N., Tsarapatsanis, D., Preoţiuc-Pietro, D., & Lampos, V. (2016), **Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective**, PeerJ Computer Science.

* Ashley, K. D., & Brüninghaus, S. (2009), **Automatically Classifying Case Texts and Predicting Outcomes**, Artificial Intelligence and Law.

* Berk, R. A., Heidari, H., Jabbari, S., Kearns, M., & Roth, A. (2018), **Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art**, Sociological Methods & Research.

❋ Berk, R., Schmertmann, C., & Kuriyama, M. (2021), **Using Machine Learning to Improve Restorative Justice Decisions: Identifying Risk Factors and Potential Outcomes**, Journal of Criminal Justice Research.

❋ Binns, A., Lee, S., & Taylor, R. (2021), **Machine Learning Algorithms for Crime Pattern Detection: Supervised and Unsupervised Learning Approaches**, Journal of Criminal Data Science.

❋ Hintze, A. (2016), **Understanding the Four Types of AI, From Reactive Robots to Self-Aware Beings.**

❋ Kayssi, A. (2019), **Artificial Intelligence**, Beirut: Maroun Semaan, Faculty of Engineering and Architecture (American University of Beirut).

❋ Lenat, D., & Feigenbaum, E. (1992), **On the Thresholds of Knowledge**, Cambridge: MIT Press.

❋ Manning, C. (2022), **Artificial Intelligence Definitions**, Stanford: Human Centered Artificial Intelligence (Stanford University).

❋ Poole, D., Mackworth, A. K., & Goebel, R. (1998), **Computational Intelligence: A Logical Approach**, Oxford: Oxford University Press.

❋ **Prediction and Prevention Analysis Using Machine Learning Algorithms for Detecting the Crime Data** (2022), 1st International Conference on Computational Science and Technology (ICCST).

❋ **Role of Artificial Intelligence in the Indian Judicial System** (2023), ICC IKE Conference Proceedings.

❋ Smith, R., Johnson, L., & Roberts, K. (2020), **The Role of AI in Enhancing the Efficiency of Criminal Mediation: Opportunities and Challenges**, Journal of Legal Technology.

❋ Surden, H. (2019), **Artificial Intelligence and the Law**, George-

town Law Journal.

❋ Tahura, U. S., & Selvadurai, N. (2023), **The Use of Artificial Intelligence in Judicial Decision Making: The Example of China**, International Journal of Law, Ethics, and Technology.

❋ Zeleznikow, J. (2017), **Using Predictive Modelling to Assist in Judicial Decision Making: The Case of Family Law**, Artificial Intelligence and Law.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۴۱۸-۳۹۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۱۵

معرفت تاریخی و اثبات قضایی

مهدی حمزه هویدا،[۱] محمد مولودی[۲]

چکیده

هدف تاریخ بررسی و شناخت وقایع گذشته است. موضوعات قضایی نیز در گذشته تحقق می‌یابند و از این رو، دادرس برای تمهید مقدمه حکم خود ناگزیر است وقایع پیشین پرونده را احراز کند. موضوع کار قاضی و مورخ احراز امر واقع در ظرف زمانی گذشته است. با این وصف، اثبات قضایی طبع تاریخی پیدا می‌کند. پژوهش حاضر به شیوه توصیفی تحلیلی مقوله اثبات در محکمه را از همین نقطه نظر مورد بررسی قرار داده است. هر آنچه در مورد امکان یا عدم امکان معرفت تاریخی گفته شده است در خصوص شناخت و اثبات قضایی نیز قابل طرح است. به واقعیات گذشته جز به یاری قرائن و شواهدِ منسجم نمی‌توان نزدیک شد. مهم‌ترین نتیجه نگاه تاریخی به اثبات قضایی آن است که قاضی نیز با همه دشواری‌ها و معضلات احراز امر گذشته مواجه است و نباید از او انتظار داشت در هر شرایطی واقع را بیابد و بر آن اساس حکم دهد. بر این اساس، باید پذیرفت که برخی راهبردهای اثبات دعوا، نظیر قرعه و اصول عملیه، واقع‌نمایی ندارند و به نوعی، دادرس را در عبور از امر واقع کمک می‌کنند. احیای نهاد مرور زمان و اصلاح مقررات مربوط به قطعیت رأی و موجبات اعاده دادرسی نیز از جمله پیشنهادهای علمی نوشتار حاضر است.

واژگان کلیدی: اثبات دعوا، امر واقع، موضوع دعوا، واقعه تاریخی.

---

۱. استادیار مجتمع آموزش عالی نهاوند، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.
M.hamzehoweyda@basu.ac.ir

۲. استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران. (نویسنده مسؤول)
M.molodi@basu.ac.ir

درآمد

مطالعه رویدادهای گذشـــته و تحلیل روابط آن‌ها با یکدیگر و نیز چرایی رخ دادن وقایع مزبور، از مهم‌ترین موضوعات مورد بررسی در علم تاریخ است؛ در واقع تاریخ متکفل تحقیق پیرامون چیستی، چرایی و آثار رخدادهای دیروز است (Topol-ski, 2022: 49). دیدگاه‌های متفاوت و گاه متعارضی پیرامون تاریخ و شناخت وقایع تاریخی مطرح شده است، برخی بر آن باور بوده و هستند که تاریخ حاوی همه وقایع گذشته اســـت و این وقایع را دقیقاً همان‌گونه که رخ داده‌اند می‌توان شناخت (Lee, 2018: 158). جام تاریخ جهان گذشـــته را به وضوح نشان می‌دهد و به همین جهت است که در آن می‌توان تجربه زیسته گذشتگان را عیناً دید و عبرت گرفت و به اندازه عمر آنان بر عمر و تجربه خود افزود. در نقطه مقابل، برخی دیگر راه شـــناخت وقایع تاریخی را دشوار و بلکه مســـدود دانسته‌اند؛ آنچه در گذشته اتفاق افتاده بسیار مبهم اســـت. واقعیت تاریخی هر چه بوده مربوط به گذشـــته بوده است و اکنون دیگر در دسترس قرار ندارد تا بتوان آن را مورد راستی آزمایی و شناخت قرار داد. حتی اگر به تکه‌هایی از واقعیت نیز دسترسی وجود داشته باشد؛ ذهنیات، تعلقات و پیش‌فرض‌های پیچیده انســـانی اجازه نمی‌دهد که مورخ به حاق واقع دست یابد (محمدپور، ۱۳۹۶: ۱۸). برخی قرائت‌های رادیکال در این طیف، هرگونه شـــناخت تاریخی را غیرممکن می‌دانند (صیامیان گرجی و موسوی سیانی، ۱۳۹٤: ۸). اختلاف نظر مزبور بسیار مهم و پر مناقشه بوده و به معرفت‌شناسی و فلسفه علم تاریخ مربوط است، اما در این باره تنها می‌توان به اجمال یک موضوع را پذیرفت و آن نکته این است که شناخت وقایع گذشته هرگز با شناخت وقایع حال و در دسترس قابل مقایسه نیست. همه معضلات و دردســـرهای مورخ از آن روست که «گذشته»[1] را می‌کاود؛ یعنی وقایعی که «اکنون» در دســـترس نیستند. «واقعیت»، غایب بزرگ و در عین حال هسته اصلی و ابزار اولیه در هر نوع مطالعه تاریخی است.

---

۱. البته باید توجه داشـــت که هر گذشـــته‌ای نیز امر تاریخی و موضوع مطالعات تاریخی محســـوب نمی‌گردد. در خصوص مفهوم امر گذشـــته و ویژگی‌های ذاتی آن، بحث‌های مهمی در منابع تاریخی وجود دارد. «عتیقه‌هایی که در موزه‌ها نگهداری می‌شـــوند، مثلاً وسایل خانگی، به «زمان گذشته» ای تعلق دارند و در عین حال هنوز در «زمان حال» پیش دست حاضرند. این ابزارها در حالی که هر چه باشـــد هنوز ناگذشته‌اند، از چه رو تاریخی‌اند؟» (هایدگر، ۱۳۸۹: ۷۸۵). در این مثال ساده، هایدگر به خوبی نشان می‌دهد که هر آنچه از زمان‌های دور به جا مانده باشد، الزاماً تاریخی نیست.

تاریخ و قضاوت در همین نقطه به یکدیگر پیوند راهبردی می‌خورند؛ یکی از مهم‌ترین وظایف قاضی تحقیق پیرامون جنبه‌های موضوعی پرونده است و موضوع پرونده یعنی وقایع پرونده. دادرس باید بداند و دریابد که نقض قرارداد توسط کدام‌یک از اصحاب دعوا انجام گرفته است. چنان‌که باید بداند آیا تعدی و تفریطی از سوی امین محقق شده است یا خیر. نقض قرارداد و تقصیر طرف معامله و نیز تعدی و تفریط، وقایع پرونده‌اند و به همین قیاس، قتل و سرقت نیز در پرونده‌های کیفری واقعه محسوب می‌شوند و دادرس باید ابتدا آن وقایع را احراز کند تا بتواند حکم قانون را در مورد آن‌ها صادر نماید. موضوع جالب آن است که واقعیات قضایی نیز در ظرف زمانی گذشته رخ می‌دهند؛ در زمان طرح دعوا، اصحاب پرونده وقایع گذشته را شرح می‌دهند و بر اساس آنچه در گذشته روی داده است (اعم از قرارداد، نقض قرارداد، تعدی و تفریط، قتل و مانند آن‌ها) خود را محق و ذی‌نفع می‌دانند. حال، این دادرس است که باید ادعاهای ناظر به گذشته را بیازماید و به واقعیت دست یابد. به همین جهت است که گفته می‌شود: «قاضی همواره به حق‌های گذشته نظر می‌افکند نه به حق‌هایی که در آینده ایجاد خواهد شد» (جعفری تبار، ۱۴۰۰: ۱۵۵).

فرض نوشتار حاضر آن است که قاضی و مورخ هم‌داستان‌اند و موضوع کار هر دو یکی است. بر این اساس هر ابزاری که به مورخ کمک کند برای دادرس هم مفید بوده و مهم‌تر آن‌که قاضی نیز علی‌الاصول، با تمام محدودیت‌هایی که برای احراز وقایع تاریخی وجود دارند مواجه است و با آن‌ها دست و پنجه نرم می‌کند. این گزاره که دادرس به مثابه مورخ و همانند او عمل می‌کند پیامدهای نظری و عملی مهمی دارد که قانون‌گذار و نظام قضایی نباید آن‌ها را نادیده بگیرند. دشواری‌های معرفت‌شناختی در دستیابی به وقایع گذشته موضوعی است که اگر مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد،[1] می‌تواند در تأمین ابزارهای حقوقی مناسب در جهت احراز امر واقع مؤثر باشد. وقوف به ارزش معرفتی رأی دادگاه نیز محصول نگاه تاریخی به فرآیند اثبات قضایی است؛ میزان واقع‌نمایی آراء و ارزش معرفتی آن‌ها می‌تواند به احیای نهادهایی همچون مرور زمان کمک کند.

---

۱. برای دیدن جایگاه تاریخ در قانون‌گذاری و تفسیر قانون، بنگرید به: پورمحمدی و سیمایی صراف، ۱۴۰۲: ۷۶.

مقاله حاضر، این مسیر را با مطالعه مفاهیم بنیادین تاریخی و تطبیق آن‌ها بر حقوق اثبات دعوا پیموده است؛ بر این اساس ابتدا معرفت تاریخی و محدودیت‌های آن مورد بررسی قرار گرفته و سپس این نوع شناخت با اثبات قضایی مورد تطبیق واقع شده است. ملاحظه آثار این بررسی تطبیقی نیز بخش پایانی مقاله حاضر را به خود اختصاص داده است.

۱. مبانی نظری؛ شناخت تاریخی و ویژگی‌های آن

به نظر می‌رسد تمایز مهم و آشکاری بین «تاریخ» و «واقعیت تاریخی» قابل شناسایی باشد (زاهد، ۱۳۹۸: ۱۵۸). تاریخ به عنوان یک زمینه علمی مدعی[1] است که می‌تواند به صورت نظام‌مند گذشته را بشناسد و علت هر رویداد را به صورت یک قاعده کلی ارائه کند. به همین علت تحلیل‌ها و تعلیل‌های تاریخی می‌توانند در رویدادهای مشابه حال نیز به کار گرفته شوند؛ به عنوان نمونه، در معرض جنگ یا فقر قرار گرفتن ملت‌ها در طول زمان علت‌هایی داشته است که امروز هم می‌توان برای گریز از جنگ و فقر بر روی همان علت‌ها تمرکز کرد. چنان‌که برای رسیدن به عدالت اجتماعی نیز خطوط کلی تاریخی برای استفاده در زمان حاضر وجود دارد. این نحوه ارتباط و شناخت از رویدادهای گذاشته همان چیزی است که از آن با عنوان تاریخ‌شناسی یاد می‌شود. این نوع از تاریخ تنها به قهقرا و گذشته نمی‌نگرد بلکه به پیش و به آینده نیز نگران است (پوپر، ۱۳۵۰: ٦۱)، اما به غیر از این معرفت کلی و قاعده‌مند نسبت به تاریخ، شناخت وقایع جزئی گذشته[2] نیز بخش مهمی از شناخت تاریخی محسوب می‌شوند. احراز و شناخت خودِ وقایع مقدم بر ارائه تحلیل از آن‌ها است. تحلیل جنگ‌های صلیبی و یافتن علت شروع و پایان آن‌ها فرع بر آن است که ابتدا وقوع چنین جنگ‌هایی، به عنوان یک واقعیت تاریخی، مورد تأیید قرار گیرند. منظور از معرفت تاریخی در نوشتار حاضر، شناخت وقایع تاریخ است نه قواعد و گزاره‌های کلی در این علم. فیلسوفان، هدف هر علمی را به صورت کلی دستیابی به واقع دانسته‌اند (پوپر، ۱٤۰۲: ۵۷). از این جهت، تاریخ و علم هدف مشترکی را دنبال می‌کنند. با وجود این، یک فارق و عامل بسیار مهم راه تاریخ را از سایر علوم

1. History as Science
2. History as Past Events

جدا کرده اســـت؛ واقعیات علمی موجود و در دسترس‌اند، اما واقعه تاریخی مفقود و نامرئی اســـت. یک شیمی‌دان می‌تواند عناصر تشـــکیل‌دهنده مواد را بارها و بارها در آزمایشگاه مشـــاهده کند، آن‌ها را از یکدیگر جدا کرده و یا با عناصری دیگر ترکیب کنـــد و مطالعات خود را برای یافتن واقعیت ادامه دهد، اما مورخ هرگز چنین فرصتی را در مورد وقایع تاریخی در اختیار ندارد؛ او حتی واقعه مورد مطالعه خود را مشاهده نیز نکرده اســـت. سایر دانشـــمندان، خودِ واقعیت را دارند و مورخ، در بهترین حالت نشانه‌هایی از واقعیت را. او در اعماق تاریک تاریخ به دنبال یافتن سرنخ‌هایی است تا بتواند از واقعه مورد نظر خود نشان بگیرد (G. Murphey, 1994: 122).

پژوهش‌گرانـــی که موضوع تحقیق خـــود را در اختیار دارند و می‌توانند آن را از جهـــات مختلف و به تکرار مشـــاهده و آزمایش کنند، باز هم از دســـتیابی به همه واقعیت باز می‌مانند. دانش پزشـــکی با این‌که می‌تواند تمام سلول‌های بدن را مشاهده کند و اجزای آن را مورد مطالعه قرار دهد، هنوز هم مسائل ناشناخته پیرامون سلول‌ها دارد و نتوانسته اســـت همه مجهولات خود را حل کند. این نقص معرفت‌شناختی و سخت‌یاب بودن امر واقع، در همه علوم، کم و بیش دیده می‌شود. با این توضیح، وضع مورخ و نســـبت او با وقایع تاریخی قابل پیش‌بینی اســـت؛ دانشمندی که ماده تحقیق خود را بی کم و کاست در اختیار دارد، نمی‌تواند به تمام واقعیت برسد، حال چگونه و با چه منطقی باید از مورخ انتظار داشـــت که با دســـت خالی به مصاف رویدادهای «گذشته» برود. وضعیت پیچیده انسان در فاصله از رویدادهای گذشته و عدم دسترسی به وقایع دیروز، به طرح این پرسش بنیادین می‌انجامد که آیا وقایع رخ داده در ظرف زمانی گذشـــته را اکنون می‌توان شناخت؟ اگر پاسخ مثبت است آیا می‌توان ادعا کرد که واقعه گذشته را همان‌گونه که بوده است شناخته‌ایم؟

تردیدها در این باره به اندازه‌ای زیاد اســـت که موجب گردیده برخی به کلی از دســـتیابی به شناخت تاریخی مأیوس شـــده و باب احراز واقعه تاریخی را مسدود اعلام کنند. اتکینسون[1] در مقاله فلسفه تاریخ خود چنین می‌گوید: «تاریخ را به سختی می‌توان شایســـته تجلیل و تکریم به عنوان پیکره‌ای از دانش دانســـت زیرا اگر درباره گزاره‌هـــای آن راجع به واقعیتِ زیربنایی تردید جدی حاصل شـــود، در آن صورت

1. R. F. Atkinson

بایستی فاتحه کل تاریخ را خواند» (نوذری، ۱۳۹۸: ۲۸).

حتی اگر از مناقشات معرفتی در خصوص امکان شناخت وقایع گذشته صرف نظر کنیم، همچنان موانعی جدی برای حصول معرفت تاریخی بر سر راه وجود دارند. ابهام، فراموشی، دست‌کاری، اِعمال انواع تعلقات و جانب‌داری‌های مرموز از جمله اموری هستند که شناخت وقایع گذشته را با دشواری صد چندان مواجه می‌کنند.[1] غلبه این موانع موجب می‌شوند تا عینیت تاریخ با چالش اساسی روبرو شود. واقعه تاریخی عینیت ندارد و صرفاً تحلیل و تفسیر مورخ است، با همه تعلقات و پیش‌فرض‌های ذهنی او (Grondin, 2002: 44). با وجود این، باید توجه داشت که به عقیده فیلسوفانی همچون گادامر، پیش‌داوری‌ها و علقه‌ها، لزوماً منفی نیستند؛ آن‌ها زمینه‌ساز فهم محسوب می‌شوند و دستگاه ادراکی انسان گریزی از آن‌ها ندارد. در این چارچوب و به‌طور کلی، فهم آدمی تاریخ‌مند است و در بستر زمان شکل می‌گیرد و تکامل می‌یابد (Gadamer, 2004: 278).

علاوه بر این، به سختی می‌توان پذیرفت که تمام وقایع گذشته، بی کم و کاست و به درستی ثبت و ضبط شده باشند؛ تاریخ افتادگی فراوان دارد و تمام امور و پدیده‌های گذشته به دست ما نرسیده است. از سوی دیگر، تمایلات و جهت‌گیری‌های شخصی مورخ را به این سمت سوق می‌دهد تا از وقایع تاریخی موجود، برشی را انتخاب کند که بیشتر می‌پسندد. از این رو، بخشی از وقایع فراموش می‌شوند و بخش دیگر مورد گزینش مورخ قرار می‌گیرند. به همین جهت است که گفته می‌شود تاریخ، گزیده وقایع است نه همه آن (کار، ۱۳۸۷: ٥٤). مجموع عوامل فوق موجب شده است تا پیش‌فرض‌های واقع‌گرایان در مورد وقایع تاریخی به شدت مورد تردید قرار گیرند. دیگر نمی‌توان این گزاره را به صورت مطلق پذیرفت که تاریخ، مردمان گذشته و حوادث دیروز را همان‌گونه که واقعاً بوده‌اند گزارش کرده است. هیچ معیار قاطعی وجود ندارد که انطباق گزاره‌های تاریخی با واقع را تضمین کند (ایگرس، ۱۳۸۹: ۳).

با این حال، همه آنچه در نقد نگاه سنتی به تاریخ و وقایع تاریخی گفته می‌شود

---

۱. به تعبیر کواین، این‌که کدام بخش از میراث تاریخی را انتخاب کنیم، بر اساس منطق و حقیقت مطلق نیست، بلکه بر پایه ملاحظات عمل‌گرایانه (Pragmatism) است (Quine, 1961:18).

در نهایت می‌تواند به این نتیجه منتهی گردد که دستیابی به امر واقع که در ظرف زمانی گذشـــته رخ داده باشد دشوار است، اما این دشـــواری و دیریابی را نمی‌توان تا جایی پیش بُرد که منجر به انســـداد کامل معرفت تاریخی شود. آیینه تاریخ غبارآلود است و تقریباً هیچ واقعه‌ای را با وضوح نشـــان نمی‌دهد، اما می‌توان بخش‌هایی از واقعیت را در آن دید و نشانه‌هایی برای شناخت وقایع کسب کرد. دست‌یابی به واقعیت تاریخی، آن‌گونه که برخی متفکران پست مدرن گفته‌اند (Lee, 2018: 373) غیرممکن نیست، فقط «دشوار» و یا «بسیار دشوار» است.

۲. اثبات قضایی

در هر پرونده حقوقی قاضی باید تکلیف دو امر مجهول را روشـــن کند. احراز موضوع دعوا نخســـتین گام در این زمینه است؛ باید مشخص گردد که در پرونده چه اتفاقی افتاده و به عنوان مثال آیا اساســـاً قراردادی بین طرفین وجود داشـــته است یا خیر؟ این قرارداد به فرض وقوع، توسط کدام یک از اصحاب دعوا نقض شده است؟ همچنین در پرونده‌های مربوط به مســـؤولیت مدنی قهری، شناخت ضرر و فاعل آن جزء مهم‌ترین اموری اســـت که دادرس باید در خصوص آن‌ها موضع‌گیری کند. پس از احراز موضوع، یافتن قاعده حقوقی (حکم) متناســـب، وظیفه دیگرِ قاضی محسوب می‌شـــود؛ یعنی باید دید قانون با نقض‌کننده قرارداد و فاعل زیان چه برخوردی دارد. پس از حل این دو مجهول اســـت که دادرس می‌تواند مبادرت به انشـــای رأی نماید. احراز و اثبات موضوع دعوا، چیزی جز سروکار داشتن با واقعیت و رخدادهای پرونده نیست. به همین علت است که گفته می‌شود موضوع دعوا و وقایع پرونده واجد جنبه توصیفی هســـتند و بر خلاف ســـایر شـــاخه‌های علم حقوق عموماً از هنجار خاصی تبعیـــت نمی‌کنند (جعفری‌تبـــار، ۱۳۸۸: ۱۱۶). اگر حقوق به عنوان یک علم هنجاری دائماً باید و نباید وضع می‌کند، این تجویز در اثبات موضوع دعوا کارســـاز نیست. امر واقع، قواعد خاص خود را دارد و نمی‌تواند تابع هنجارهای حقوقی باشـــد. شناخت موضوع پرونده یک فرآیند علمی اســـت و قاضی در این راه همان کاری را می‌کند که ســـایر دانشمندان برای شناخت مجهولات خود انجام می‌دهند؛ بنابراین همان‌گونه که نمی‌توان به آب دســـتور داد که از چه عناصری تشـــکیل شود، به موضوعات قضایی نیز نمی‌توان دســـتور داد که چگونه اثبات شوند! دادگاه در این بخش از کار خود، از

شیوه‌ای علمی پیروی می‌کند و با علم دارای هدف مشترک است.

اثبات قضایی عـــلاوه بر علم، با تاریخ نیز ارتباطی وثیق و مهم پیدا می‌کند؛ از یک سو، به علم مربوط است چون به دنبال کشف واقع است و از سوی دیگر به تاریخ ربط می‌یابد چون موضوع آن کشـــف وقایع گذشته است. قاضی همواره موضوعی را جســـت‌وجو می‌کند و با کمک اصحاب دعوا به دنبال احراز آن اســـت که در گذشته روی داده است. انعقاد قرارداد و نقض آن، اتلاف اموال دیگران، نقض حقوق مالکانه، قتل، عملیات متقلبانه و مانند آن قبلاً محقق شده‌اند و خواهان و شاکی اکنون آن وقایع را بـــرای قاضی روایت می‌کنند. همچنان که مورخ، وقایـــع تاریخی را برای مخاطب بازگو می‌کند، در دادگاه نیز از واقعیتی ســـخن گفته می‌شـــود که اکنون در دســـترس نیســـت. چه در تاریخ و چه در دادگاه بیش از آن‌که با خود واقعیت مواجه باشیم، در مورد آن حرف می‌زنیم.

حال که موضوع جســـت‌وجوی قاضی و مورخ وقایع گذشته هستند، می‌توان پذیرفت که هر محدودیتی برای تحقیق تاریخی و احراز پدیده‌های گذشته وجود دارد گریبان قاضی را هم می‌گیرد. او نیز مانند دانشـــمندان تاریخ در مورد واقعیتی تحقیق می‌کند که در گذشـــته جامانده اســـت. پس هر آنچه از تردیدهای معرفت‌شناختی تا احتمال فراموشـــی و ثبت نادرســـت وقایع، جهت‌دهی و اعمال پیش‌فرض‌های ذهنی و ماننـــد آن‌ها در خصوص معرفت تاریخی گفته می‌شـــود، در مورد معرفت قضایی و اثبات موضوعات در دادگاه نیز صادق اســـت. هر قدر که شـــناخت وقایع گذشـــته دیریاب، دشـــوار و حتی ناممکن به نظر می‌رسد، اثبات قضایی نیز به همان اندازه دور از دســـترس خواهد بود. باید افزود که دشـــواری‌های اثبات قضایی، دست کم از دو جهت، پیچیده‌تر از اثبات وقایع تاریخی است:

نخست این‌که جریان محاکمه اصولاً مبتنی بر دشمنی، مقابله و تخاصم شدید اســـت. هر دو طرف دعوا کمر بســـته‌اند تا ادعای خود را به کرسی بنشانند و در عین حال اجازه ندهند سخن طرف مقابل، درست جلوه کند. در این سطح از تنش، خواهان و خوانده تمام تلاش خود را به کار می‌گیرند تا روایتی مطابق با میل خود از واقعیت ارائه کنند. به همین جهت گفته می‌شود که استناد به دلیل از آن جهت است که روایت مـــورد نظر اســـتناد کننده را اثبات می‌کند، نه از این جهت کـــه واقعیتی عینی را برای

قاضی روشـــن کند (ادله در خدمت روایت) (فولادی نژاد و همکاران، ۱٤۰۳: ٦). در چنین فضایی و در غیاب واقعیت، طرف دعوا به جای آن‌که آن را کشـــف و بازنمایی کند، به طرز پیچیده‌ای آن را اداره و اختراع می‌کـــند. به دلیل نقش تعیین‌کننده‌ای که اظهارات و تمایلات اصحاب دعوا در دادرسی‌های مدنی دارند، برخی این دادرسی‌ها را مبتنی بر «داستان‌ســـرایی» دانسته‌اند (پی. پویـــمن، ۱۳۸۷: ۸٤ و انصاری، ۱۳۸۵: ۲۹٤). اظهارات طرف دعوا به داستانی ســـاختگی می‌ماند که ممکن است با واقعیت فاصله زیادی داشته باشد؛ تبحر در این داستان‌سرایی می‌تواند این سوءتفاهم را ایجاد کند که قاضی یافته‌های یک طرف را به عنوان واقعیت یافته شـــده مبنای صدور رأی قرار دهد.

دوم آن‌کـــه دادرس در هر صورت مجبور به تصمیم‌گیری اســـت و نمی‌تواند به این عذر که موضوع دعـــوا قابل احراز نیســـت، پرونده را باز نگه دارد. خصومت طرح شده در دادگستـــری الزاماً می‌بایست بالفعل حل و فصل گردد. فصل خصومت و بســـتن باب نزاع از مهم‌ترین مصالح عمومی در دادگستری است. تا جایی که برخی استادان، فصل خصومت را مایه بقای جامعه دانستـــه‌اند (جعـفری لنگرودی، ۱۳۵۸: ۱۳۳). چنانچه قاضی موفق به احراز جنبه‌های حکمی و موضـــوعی پرونده شـــد که بر مبنای آنچه به دســـت آورده مبادرت به صـــدور رأی می‌نماید، اما اگر به هر علت دستیابی کامل به جنبه‌های مختـلف پرونده میسر نباشـد، دادرس با تمسک به وسایلی نظیر اصول عملی و قرعه تکلـیف طرفین پرونده را روشن کرده و پرونده را مختومه اعلام می‌کند. در نتیجه اگرچه مورخ می‌تواند اعـلام کـند که به بخش‌هایی از واقعیت تاریخی دست نیافته و بدین جهت از اظهار نظر پیرامـون آن معذور است، اما قضات این مجال را ندارند که دادرسی را بـــدون تصمیم رها کننـــد، حـــتی اگر به واقعه قضایی موضوع دعوا دســـت نیافته باشـــند. به عبارتی، قاضی باید تصمیم خود را در پایان محاکمه اتخاذ کند؛ چـــه با احراز واقع و چه بدون آن. دشـــواری مضاعف در خصوص وقایع قضایی آن است که نمی‌توان مانند مورخ از کنار آن‌ها عبور کرد؛ برای مورخ ممکن و بلکه مطلوب اســـت که در مورد بخش‌هایی از تاریخ سکوت کند و تا احراز کامل واقعیت هیچ نگوید، اما دادرس موظف به فصل خصومت اســـت و عدم اتخاذ تصمیم، حتی به علـــت دست نیافتن به واقعیت، او را مشمول عنوان مستنکف

از احقـــاق حق قرار می‌دهد (ماده ۵۹۷ کتاب پنجم قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۷۵).

۳. تحلیل؛ آثار رویکرد تاریخی به وقایع قضایی

این‌که وقایع قضایی نیز تاریخی هستند و موضوع کار مورخ و قاضی، مطالعه و احراز وقایع گذشته است، به نوبه خود نظرگاهی مهم محسوب می‌شود که در سطور پیشین به آن پرداخته شـــد، اما موضوع مهم‌تر آثار اتخاذ رویکرد تاریخی به قضاوت اســـت. دانســـتن این موضوع که قاضی نیز امر واقع شـــده در گذشته را جست‌وجو می‌کند، چه اثر یا آثاری بر جریان محاکمه می‌گذارد؟ در ادامه به دو مورد از مهم‌ترین آثار این رویکرد بر دادرسی پرداخته می‌شود.

۱-۳. هم‌سانی در محدودیت‌ها

موضوع کار قاضی و مورخ یکی اســـت و هر دو برای شناخت وقایع گذشته، ضمن آن‌که از ابزارهای مشـــابه بهره می‌گیرند (اســـناد و شـــهود و ماننـــد آن‌ها)، با محدودیت‌ها و موانع مشـــترکی نیز مواجه‌اند. مانع اصلی آن اســـت که هیچ‌یک، واقع امر را در حال حاضر در اختیار ندارند. هر چه بوده در گذشـــته رخ داده و اکنون جز پاره‌ای اســـناد و شواهد پراکنده و بعضاً متعارض، چیزی باقی نمانده است. اگرچه نه همواره، اما معمولاً به هر میزان که از زمان تحقق وقایع فاصله می‌گیریم، دســـتیابی به آن‌ها دشوارتر می‌شود. فاصله مزبور احتمال فراموشی، دست‌کاری، جهت‌دهی و آفات مشـــابه را افزایش داده و از این جهت بر احراز امر واقع ســـایه می‌افکند. در مواردی که به علت فراوانی موانع، شـــناخت واقعیت امکان‌پذیر نباشـــد، هیچ خرده‌ای نباید و نمی‌توان به مورخ گرفت. کاملاً معقول و مقبول اســـت که همه گذشـــته را نمی‌توان شـــناخت. از همین روست که بســـیاری از وقایع و گزاره‌های تاریخی دست نخورده باقی می‌مانند و هیچ موضعی در مورد آن‌ها قابل اتخاذ نیست جز این‌که مورخ، از سر تواضع معرفتی اعلام کند که در خصوص آن واقعه چیزی نمی‌داند. این دیدگاه اگرچه در تاریخ با اشـــکالی مواجه نشـــده و حتی از آن استقبال نیز به عمل آمده، اما هیچ‌گاه در حقوق و در خصوص وقایع قضایی، چنان‌که باید، مورد پذیرش واقع نشده است. گویا «نمی‌دانم» یا «نمی‌شود» از قاضی پذیرفته نیست و او در هر صورت باید واقعیت پرونده را بفهمد. همان‌گونه که گفته شـــد، می‌توان با دادگستری و قانون‌گذار همدل

بود و فصل خصومت را مصلحتی عالی در دادرسی دانست؛ نمی‌توان پرونده را تا ابد باز نگه داشت حتی اگر این مفتوح ماندن برای کشف واقع باشد. با این حال به نظر می‌رسد، محدودیت راهبردی در احراز وقایع تاریخی، به وقایع قضایی نیز قابل تسری است:

یکم، یکی از مبانی ناگفته در خصوص نهاد مرور زمان آن است که واقعیت‌های خیلی دور را به سختی می‌توان شناخت. از این رو نظام‌های حقوقی ترجیح می‌دهند قضات خود را درگیر این کار دشوار و بعضاً غیرممکن نکنند. در واقع، اگرچه مرور زمان کارکردها و کاربردهای دیگری هم دارد، اما یکی از مهم‌ترین مبانی آن، دور شدن قاضی از امر واقع به سبب گذشت مدت طولانی است. با سپری شدن بیست سال از تحقق یک واقعه، قانون‌گذار از پیش اعلام می‌کند که به احتمال زیاد آن واقعه دیگر قابل شناسایی نیست و لذا قاضی را از جست‌وجوی بیهوده معاف می‌کند. مرور زمان در آمریکا دارای قواعدی پیچیده و ایالت محور است که از جمله به نوع و موضوع دعوا وابسته است. ماده ۲ از قواعد ایالتی آیین دادرسی در نیویورک (۲۰۲٤) رعایت مهلت‌های مقرر برای اقامه دعوا را از ابتدایی‌ترین الزامات طرح دعوا در دادگستری اعلام کرده است و تصریح می‌کند که حتی دادگاه‌ها هم نمی‌توانند این زمان را تمدید کنند.[1] بخش ۳۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی کالیفرنیا (۲۰۲۳) اقامه دعوای مدنی را، بدون استثنا، منوط به رعایت زمان‌های تعیین شده در قانون می‌داند.[2] همچنین قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، به عنوان یک رویه سنتی و قدیمی، در ماده ۱۲۲، استناد به مرور زمان را به عنوان یک راه دفاعی (عدم پذیرش) به رسمیت شناخته است.[3]

---

1. An action, including one brought in the name or for the benefit of the state, must be commenced within the time specified in this article unless a different time is prescribed by law or a shorter time is prescribed by written agreement. No court shall extend the time limited by law for the commencement of an action.

2. Civil actions, without exception, can only be commenced within the periods prescribed in this title, after the cause of action shall have accrued, unless where, in special cases, a different limitation is prescribed by statute.

۳. ماده ۱۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه: «هر جهتی که درخواست طرف مقابل را بدون ورود در ماهیت به دلیل ... گذشت مرور زمان از پیش مقرر شده ... غیرقابل پذیرش اعلام می‌کند، موجب عدم پذیرش است». (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۱۱)

دوم، آنجـــا که دلیل اثباتی محکمی برای احراز واقع در اختیار قاضی نیســـت، در راستای فصل خصومت معمولاً از وسایلی نظیر سوگند، اصول عملیه و حتی قرعه اســـتفاده می‌شود. سوگند در نظام‌های حقوقی‌ای که اســـتناد به آن را تجویز کرده‌اند، در مواردی قابل اســـتفاده است که «دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اســـناد یا امارات ثابت نشـــده باشد» (ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی). سوگند به عنوان آخرین راهکار و با بهره‌گیری از سنت‌های اخلاقی و مذهبی جامعه، قاطع دعواست و هیچ اظهاری که منافی با قسم باشد مسموع نخواهد بود (ماده ۱۳۳۱ قانـــون مدنی). عبارات قانون به خوبی این نکته را خاطرنشـــان می‌کنند که ســـوگند، کاشف از واقع نیست و صرفاً قاطع دعواست و به همین جهت، اظهارات مغایر با آن نیز در هیچ صورتی شنیده نخواهد شد.[1] در مورد اصول عملیه نیز فقها تصریح کرده‌اند که اســـتناد به آن‌ها برای رفع تردید و عمل کردن به تکلیف اســـت و اصول مزبور از اســـاس، واقع‌نمایی ندارند. اســـتصحاب و عدم، واقعیتی را کشف نمی‌کنند، صرفاً به هنگام صدور رأی، تکلیف قاضی و طرفین را مشـــخص می‌ســـازند (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۷۹). به بیان دیگر، رأیی که مســـتند به اصول عملیه باشـــد، حاوی امر واقع نیست؛ صدور حکم به برائت مدیون فقط این معنا را می‌رساند که خواهان در اثبات طلبکاری خود ناتوان بوده اســـت، اما این رأی را نمی‌توان بدین صورت تلقی و تفسیر کرد که دادرس، گذشـــته را بررسی کرده و به این نتیجه رســـیده که واقعاً هیچ دینی بر عهده خوانده به نفع خواهان وجود نداشـــته است.[2] نســـبت قرعه با واقع نیز دقیقاً از همین ســـنخ اســـت. در برخی موضوعات نه‌تنها دلیلی برای اثبات وقایع وجود ندارد، بلکه اصول عملیه نیز راهگشا نبوده و نمی‌توان از آن‌ها کسب تکلیف کرد. مسؤولیت ناشی از سبب مجمل یا ناشناس، مصداقی بارز برای اعمال قاعده قرعه است؛ جایی که چند ســـبب با هم، خسارتی را به بار آورده‌اند و اجمالاً مشخص است که عامل زیان، تنها یکی از آن‌هاست. در این صورت، یکی از راهکارهای پیشنهاد شده آن است که عامل

---

۱. آیین اســـتماع ســـوگند در محاکم نیز به روشنی مؤید این موضوع اســـت که واقع‌نمایی احتمالی این وســـیله مورد توجه قانون‌گذار قرار نداشته اســـت؛ چرا که مخاطب اولیه سوگند، منکر است نه مدعی و چنانچه این ترتیب و آیین رعایت نشـــود، رأی صادره نقض خواهد شـــد (دادنامه شـــماره ۹۴۰۹۹۸۵۸۴۰۱۰۰۰۲۰ مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۴ صادره از شعبه سی‌ام دیوان عالی کشور). همچنین بنگرید به: خزائی و دیگران، ۱۴۰۲: ۳۸۱.

۲. برای مطالعه تفصیلی، بنگرید به: مصباح و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴۴.

زیان، به قید قرعه مشـــخص شود و مورد حکم قرار گیرد (افشار قوچانی و حسینی، ۱۳۹۳: ۹). این‌کـــه آیا قرعه در چنین مواردی به واقع اصابت می‌کند یا خیر، تابعی از شـــانس و احتمال اســـت. چنان‌که گفته‌اند، قرعه حاکم کور است و به واقع نمایی آن نمی‌توان امیدی داشت (کاتوزیان، ۲/۱٤۰۰: ۱٥٦ و زراعت، ۱۳۸۹: ۹٥).[۱]

ماهیت و ســـاختار ابزاری همچون سوگند، اصول عملیه و قرعه، نشان می‌دهد که احراز واقع در دادگاه نیز دقیقاً با همان محدودیت‌های دستیابی به واقعیت تاریخی مواجه است. هرجا قانون‌گذار از رســـیدن به امر واقع، ناامید می‌شود، وسیله‌ای برای تعیین یا رفع تکلیف در اختیار قاضی می‌گذارد و بی‌آن‌که به این بن‌بست برای احراز واقع تصریح کند، دســـت یاری به سوی شـــانس، قرعه، اخلاق و مذهب دراز می‌کند تا صرفاً بتواند آتش خصومت را بـــه زعم خود خاموش کند. در چنین موقعیت‌هایی دادرس نیز مانند مورخ به ناچار از واقعیت عبور می‌کند.

به نظر می‌رســـد ایرادی نداشته باشد اگر به هنگام مســـدود بودن راه رسیدن به واقع و یا دشـــوار بودن آن جنبه‌های موضوعی پرونـــده، بدون هرگونه اظهار نظر، مســـکوت گذاشته شـــوند. به جای آن‌که با حکم قاطع و قطعی موضوع پرونده تمام شـــده تلقی گردد، قاضی تکلیف خود و اصحاب دعوا را با وســـایل فوق‌الذکر تعیین کند، اما همواره این امکان نیز وجود داشـــته باشد که اگر راهی به سوی واقع باز شد، رســـیدگی به پرونده را برای احراز امر واقع و صدور حکم درســـت از نو آغاز کند. با این وصف در جایی که مســـتند رأی دادگاه ابزار و وســـایلی هستند که واقع‌نمایی ندارند، قائل شدن به اعتبار امر قضاوت شده در مورد آن‌ها بی‌معناست؛ هر آن، که راه کشف واقع هموار شد و دلیلی برای احراز حقیقت پیدا شد، قطعیت رأی می‌شکند و قاضی جست‌وجوی خود را از سر خواهد گرفت؛ بنابراین موضع قانون آیین دادرسی کیفری ایران در ماده ۲۷۸ از این جهت قابل تأیید اســـت که پیدا شدن دلیل (باز شدن راه برای کشف واقع) را موجبی برای تعقیب مجدد و بررسی دوباره پرونده می‌داند.[۲] حال آن‌که در بند ۷ ماده ٤۲٦ قانون آیین دادرســـی مدنی، دلیلِ مکتوم از جهات اعاده

---

۱. به همین جهت است که بخشنامه شماره ۱۰۰/۳۹۳٥۲/۹۰۰۰ مورخ ۱٤۰۲/٦/۲۲ رئیس محترم قوه قضاییه، «تجدیدنظر در ملاک ارجاعات به کارشناســـان و عدم اکتفا به قرعه‌کشـــی صرف و توجه به کیفیت نظرات کارشناسان ...» را یکی از راهکارهای بهبود نظام کارشناسی دانسته است.

۲. بنگرید به: قائدی، ۱٤۰۳: ۱٤٥.

دادرسی شناخته شده است نه هر دلیلی. معلوم نیست چرا دلیل حادث را نباید موجبی برای اعاده دادرسی دانست؟[۱]

توجـــه به امر واقع، به عنوان یک هدف اساســـی در حقوق دادرســـی مدرن، موجب می‌شـــود تا از یک سو، شـــیوه‌هایی نظیر قرعه، جایگاهی در قواعد دادرسی نداشـــته باشند[۲] و از سوی دیگر، قبض و بسط نهادهایی همچون اعاده دادرسی تابعی از امکان دستیابی به واقعیت باشد. در همین راستا و برای نمونه، بند ٤ ماده ۵۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، یکی از جهات اعاده دادرسی را این‌گونه بیان می‌کند: «اگر بر اساس گواهی‌های مکتوب، شهادت‌ها یا سوگندهای قضایی که پس از رأی، کذب بودن آن‌ها اعلام شده اســـت رأی صادر شده باشد». دلیل کاذب، راه به واقع نمی‌برد و از همین رو رسیدگی پیشین و جست‌وجوی حقیقت باید از سر گرفته شود. بخش دوم از ماده ٦٠ قواعد فدرالی آیین دادرســـی مدنی در امریکا، کشـــف دلیل جدید را تحت ضوابط خاص آیینی موجبی برای اعاده دادرســـی اعلام کرده اســـت.[۳] به همین ترتیب، بند ت ماده ۱۸۲ قواعد اروپایی آیین دادرسی مدنی،[٤] کشف یا به دست آمدن هر نوع دلیل (و نه صرفاً سند)، پس از صدور رأی را از جهات اعاده دادرسی معرفی کرده است.[۵]

۲-۳. چالش‌های معرفت‌شناختی و همسانی در نظریه حقیقت

«نظریه مطابقت»، یکی از عمده‌ترین و شناخته‌شده‌ترین نظریه‌ها در خصوص

---

۱. این نقیصه موجب می‌شـــود تا بســـیاری از درخواســـت‌های اعاده دادرسی با یک عبارت تکراری مردود اعلام شوند: «جهات اعاده دادرسی در ماده ۹۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری احصا گردیده و مطالب مندرج در دادخواست با هیچ‌یک از شقوق ماده مزبور انطباقی نداشته ... و قابلیت اســـتماع ندارد» (دادنامه شماره ١٤٠٢٣١٣٩٠٠٠١١١١٦١٤ مورخ ١٤٠٢/٥/١ صادره از شعبه دوم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری). برخی شـــعب دیوان عالی کشور حتی اقرار بعد از صدور حکم قطعی را نیز موجبی برای پذیرش اعاده دادرســـی ندانسته‌اند (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۸۷۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۳ شعبه پانزدهم دیوان عالی کشور).

۲. مواد ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه ادله اثبات دعوا را شامل سند کتبی، شهادت، اماره قضایی، اقرار و ســـوگند دانسته و اشاره‌ای به قرعه و سایر راهکارهای غیرواقع‌نما نکرده است. (برای ترجمه فارسی قانون مدنی فرانسه بنگرید به: حسن‌زاده، ١٤٠١).

3. newly discovered evidence that, with reasonable diligence, could not have been discovered in time to move for a new trial under Rule 59(b) ; (Federal Rules of Civil Procedure: Rule 60. Relief from a Judgment or Order)

4. Model European rules of civil procedure.

۵. بنگرید به: شایگان، ١٤٠٢: ١٦٥.

معنای حقیقت است؛ جست‌وجوگر شناخت، هنگامی می‌تواند به درستی اعلام کند که موضوع مورد نظر خود را شـــناخته و به حقیقت دست یافته است که باور موجود در ذهن او با واقعیت بیرونی مطابق باشد. باور داشتن به این‌که آب از اکسیژن و هیدروژن ترکیب یافته است، تنها هنگامی حقیقی است که «واقعاً» آب از عناصر مذکور ترکیب شـــده باشـــد. حقیقت به معنای انطباق کامل ذهن و عین است (عارفی، ۱۳۸۸: ۲۲۷). گزاره حقیقی گزاره‌ای است که حالت واقعی امور را توصیف کند (هاسپرس، ۱۳۸٦: ۲٦۷). این نظریه از زمان ارسطو همواره به عنوان دیدگاهی غالب در خصوص صدق و کذب قضایا مطرح بوده است: «کذب این اســـــت که درباره آنچه هســـت، بگوییم نیست یا درباره آنچه نیســـت بگوییم هست. صدق این است که درباره آنچه هست، بگوییم هست و درباره آنچه نیست بگوییم نیست» (ارسطو، ۱۳۸۵: ۱۵۵).

اتخـــاذ چنین رویکردی در تاریخ به این نتیـــجه منتهی می‌گردد که قضـــیه تاریخـــی را آنگاه بتوان حقیقی دانست که با واقعیت هم‌خوانی داشته و با آن مطابق باشـــد. چنان‌که حقیقت قضایی نیز همین مفهوم را دنبال می‌کند و دادرس در تلاش اســـت تا باور خود را با امر واقع مطـــابقت دهد. بر این اساس، اظهارات شاهد به این جـــهت شنیده می‌شود که از امر واقع حکایت می‌کند و با آن تطـــابق دارد نه از این حیث که گزارش او منسجم است یا می‌تواند در عمل مفید باشد (پوپر، ۱۳۸٤: ۳۵۱).

نظریه مطابقت، به رغم رواج و مقبولیتی که دارد از حیث فلســـفی با ایرادات و ابهاماتی نیز مواجه اســـت که از جمله آن‌ها می‌توان به واضح و شفاف نبودن معنای «مطابقت» اشاره کرد. صرف نظر از مبانی فلسفی و ایرادات این نظریه، آنچه می‌تواند در موضوع حاضر محل تأمل باشـــد آن است که کارایی این نظریه در خصوص وقایع گذشـــته با تردیدهای مهمی مواجه اســـت. مطابقت هنگامی معنـــا پیدا می‌کند که امر واقع در اختیار محقق باشـــد؛ در چنین صورتی اســـت که او می‌تواند باور ذهنی خود را بـــا واقعیت تطبیق داده و صدق و کذب آن را اعلام کند، اما آنجا که واقعیت غایب اســـت، باور ذهنی را باید با چه چیزی تطبیق داد؟! هیچ‌گونه دسترسی مستقیم به خود واقعیت‌های تاریخی، جهت توجیه یا رد آن‌ها، وجود ندارد (جنکینز، ۱۳۸٤: ۳۱). اگر کســـی باور دارد که تعداد بیست صندلی در اتاق موجود است، با مراجعه به امر واقع

و شـــمارش صندلی‌ها می‌تواند باور خود را محک بزند، اما به دلیل در دسترس نبودن وقایع گذشـــته چنین امکانی در مورد آن‌ها وجود ندارد. این امر معرفت تاریخی را به شـــبکه‌ای از باورها تقلیل می‌دهد که تنها با گذراندن آزمون هماهنگی و انسجام قابل اتکا محسوب می‌شـــود، نه با دسترسی بی‌واسطه به واقعیت عینی. این دیدگاه، امکان احراز قطعیِ وقایع گذشته را با مانع اساسی مواجه می‌سازد.

بـــاور مورخ در خصـــوص وقوع یا عدم وقوع یک کودتـــا و اعتقاد قاضی در خصوص قتل واقع شده در بیست سال پیش، از طریق مراجعه مستقیم به واقعیت قابل راستی آزمایی نیســـت چرا که وقایع مزبور، اکنون در دسترس نیستند. دقیقاً به همین علت اســـت که برخی مورخان، به عدم امکان اجرای نظریه مطابقت در تاریخ اذعان کرده و بیان داشـــته‌اند که به‌طور مستقیم نمی‌توان انطباق گزاره‌های تاریخی با واقع را احراز کرد؛ مواجهه با وقایع گذشـــته، غیرمستقیم و بر مبنای شهادت‌های دست دوم، اســـناد، قرائن و مدارک به جای مانده است (نوذری، ۱۳۹۸: ۲۸). موضوعات قضایی نیز دقیقاً در موقعیتی قرار می‌گیرند که دادرس فرصت مواجهه با آن‌ها را پیدا نمی‌کند؛ قرارداد، دین، تقصیر، ورود خســـارت و مانند آن‌ها، وقایعی هســـتند که در گذشته به وجود آمده‌اند و در زمان طرح دعوا به جز پاره‌ای اطلاعات، شواهد و اسناد، واقعیت مستقلی در اختیار قاضی وجود ندارد تا بتواند باور خود در خصوص این موضوعات را با آن تطبیق دهد. بدین ترتیب، به نظر می‌رســـد تئوری مطابقت در خصوص وقایع تاریخی و قضایی با بن‌بســـت اجرایی مواجه است و نمی‌توان نظریه مزبور را صرف نظر از ایرادات نظری‌اش، در این زمینه‌ها به کار گرفت.

از این رو، دادرس و مورخ باید به دنبال نظریه جایگزین برای حقیقت باشـــند. چنان‌که ملاحظه شـــد، دوری از امر واقع، وجه تشـــابه تاریخ و قضاوت است و این مشابهت اقتضا می‌کند که نظریه حقیقتِ جایگزین، در هر دو زمینه، از سرشت یکسانی برخوردار باشـــد. به‌طور کلی، تردیدهای معرفت‌شناختی در خصوص خود واقعیت و میزان دسترســـی به آن، منتهی به طرح نظریه‌های جایگزین شده است. تئوری انسجام بـــه عنوان یکی از مهم‌ترین این نظریه‌ها طرحی را پیش می‌کشـــد که بر اســـاس آن، بـــرای تعریف حقیقت، به جای توجه به امر واقع، باید روابط درونی گزاره‌ها را مورد توجه قـــرار داد. در این صورت، یک گزاره هنگامی از حقیقت برخوردار اســـت که

در انسجام و هماهنگی با سایر گزاره‌های موجود در یک مجموعه قرار داشته باشد؛ حقیقت یعنی مجموعه‌ای از گزاره‌های منسجم و هماهنگ؛ و طبیعتاً دوری از انسجام به دوری از حقیقت منتهی می‌شود (Dancy and others, 2010:773). این نظریه، پیش‌فرض‌های تئوری مطابقت را انکار می‌کند و در سطحی دیگر، دسترسی به آن‌ها را سخت یا غیرممکن می‌داند. بر این اساس، قاضی و مورخ باید قرائن و شواهد و اسناد هماهنگ را برای اثبات ادعاهای خود به کار گیرند. به همین دلیل است که یکی از اسباب محکومیت اصحاب دعوا، اظهارات ضد و نقیض آن‌هاست. اماره قضایی چیزی جز هماهنگی میان قرائن پرونده و نتیجه‌گیری قاضی از آن‌ها نیست. شاهد نیز هنگامی به مدعی کمک می‌کند که بتواند اظهاراتی منسجم را به دادگاه ارائه کند و چیزی بر خلاف گفته‌های شاهد دیگر نگوید. سخنان غیرمنسجم تأثیری در اثبات ادعاهای گوینده ندارند چنان‌که اسناد و قرائن پراکنده نیز نمی‌توانند واقعیت تاریخی را اثبات کنند. اگر واقعیت را در اختیار نداریم تا باور خود را با آن محک بزنیم، انسجام و هماهنگی، جایگزین مناسبی برای راستی‌آزمایی گزاره‌هاست. حقیقت، بیش از آن‌که متوقف بر تطابق ذهن با عین باشد، محصول ادله و شواهد هماهنگ است؛ بی‌آن‌که نیاز به بررسی چالش‌های فلسفی این نظریه باشد، یک نکته مهم را باید در نظر گرفت؛ طرح و بسط تئوری انسجام، عمدتاً با این انگیزه صورت پذیرفته که در پاره‌ای موارد دسترسی به واقعیت برای مطابقت دادن آن با گزاره، دشوار و یا غیرممکن است. به عبارتی، این دیریابی و عدم دسترسی کامل به واقعیت است که موجب شده انسجام در گزاره‌ها به عنوان نظریه حقیقت مورد پذیرش قرار گیرد. بر این اساس و چنان‌که برخی نویسندگان به درستی اشاره کرده‌اند، انسجام و هماهنگی، معیار و نشانه حقیقت است نه خود حقیقت (Lawrence, 1992: 25). هماهنگی در قرائن، حکایت از آن دارد که به احتمال زیاد گزاره مورد نظر با واقع مطابقت دارد، منتهی به دلیل عدم امکان آزمایش و محک واقعی، به ناچار از معیار انسجام در این خصوص استفاده می‌شود. با این توصیف، نظریه مطابقت، مستقیم و بی‌واسطه با امر واقع مواجه می‌شود، اما در نظریه انسجام، از سر ناچاری، این مواجهه غیرمستقیم و با واسطه است.[۱]

۱. البته همین مواجهه غیرمستقیم، منشأ ایرادات مهمی در نظریه انسجام است. به عنوان مثال گفته

برآمد

۱- احراز واقعیت گذشته، هدف مشترک قاضی و مورخ است. هر دو، واقعیتی را جســـت‌وجو می‌کنند که در ظرف زمانی گذشته محقق شده و در هنگام بررسی، در اختیار آنان قرار ندارد. در واقع، صرف نظر از آنچه به تاریخ شهرت یافته است و فارغ از معنای متعارف مطالعات تاریخی، تأکید نوشـــتار حاضر این است که متعلّق معرفت تاریخی و قضایی، امری است که «دیروز» رخ داده و امروز به دنبال کشف آن هستیم؛ وجه مشابهت آن است که موضوع مطالعه در هر دو، دیروز و گذشته است.

۲- محدودیت‌ها و دشـــواری‌هایی که در شـــناخت وقایع پیشین وجود دارد، اختصاص به تاریـــخ ندارد؛ معرفت قضایی به موضوع دعوا نیز دســـت کم به اندازه معرفت تاریخی، دیریاب و دور از دسترس است.

۳- حتی، بنابر دلایلی می‌توان گفت که سختی کار دادرس بیش از مورخ است؛ اگر رسیدن به واقعیت تاریخی به دلیل فراموشی و گذر طولانی زمان و جهت‌گیری‌ها و ذهنیت‌های کلی است، اما واقعیت قضایی با تخاصم آشکار و تعارض منافع مستقیم بین اصحاب دعوا روبه‌روســـت. گویا هر دو طـــرف دعوا تلاش می‌کنند تعمداً چهره واقعیت را با خاک بپوشـــانند که روایت و ذهنیت خود را جایگزین آن کنند. دستیابی به واقعیت در این جنگ تمام عیار حقوقی بسیار دشوار به نظر می‌رسد.

٤- نه در تاریخ و نـــه در دادگاه، این فرصت وجود ندارد که بتوان گزاره‌های مورد بررســـی را با واقعیت تطبیـــق داد. در غیاب واقعیت، راســـتی آزمایی و تطبیق آن عملاً غیرممکن اســـت. از همین رو، دادرســـان و مورخان می‌توانند از انسجام و هماهنگی قرائن برای تأیید یا رد فرضیات خود پیرامون حقیقت اســـتفاده کنند. روشن اســـت که نظریه انسجام به دلیل در دسترس نبودن واقعیت مورد استفاده قرار می‌گیرد و میزان خطای آن در اصابت به واقع افزایش می‌یابد.

۵- محدودیت‌های پیش رو در کشـــف واقعیات گذشته، ارزش معرفتی رأی

می‌شود که انسجام ممکن است توهم حقیقت ایجاد کند؛ یک داستان تخیلی منسجم، نمی‌تواند بهره‌ای از حقیقت داشـــته باشـــد اگرچه در نهایت انسجام ساخته شده باشد. انســـجام، وابسته به چارچوب معرفتی اولیه است؛ اگر سیستم اولیه نادرست باشد (مثل پیش‌فرض‌های قومی در دادگاه)، انسجام به خطا می‌رود؛ بنابراین، نظریه انسجام صرفاً در شرایط فقدان دسترسی به واقعیت (مانند وقایع تاریخی/ قضایی) کاربرد پیدا می‌کند و خطر جایگزینی روایت‌های منســـجم نادرست به جای حقیقت را دارد (برای دیدن ایرادات فلسفی دیگر به نظریه انسجام، بنگرید به: شمَس، ۱۳۸٤: ۱۱٦).

دادگاه را به خوبی نشان می‌دهد. دادرس حتی اگر بتواند راهی به سوی واقع پیدا کند، با چنان موانعی روبرو می‌شود که در نهایت می‌تواند ادعا کند که نشانه‌هایی از واقعیت را احراز کرده است. رأی قاضی را نمی‌توان متضمن تمام واقع دانست؛ چرا که «تمام واقعیت گذشته» دست نیافتنی است.

٦- نهاد مرور زمان با نگاه تاریخی این‌گونه قابل توجیه است که معمولاً هر چه فاصله زمانی از واقعیت دورتر می‌شود دستیابی به آن نیز دشوارتر خواهد بود. بر این اساس، احیای این نهاد حقوقی در پرونده‌های مدنی، می‌تواند قاضی را از دشواری‌های سنگین و طاقت‌فرسای کشف واقعیات دوردست، برهاند و او را درگیر جست‌وجوی بیهوده نکند. بر این اساس پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار بر حسب موضوع دعاوی (مانند قراردادها و الزامات خارج از قرارداد) و با ملاک‌هایی نظیر منقول یا غیرمنقول بودن دعوا، مرور زمان را در دادرسی مدنی تشریع نماید.

۷- با این‌که قاضی موظف است در هر صورت پرونده را فیصله دهد، اما در جایی که به دلیل فقدان دلیل اثباتی، راهی به واقع ندارد و همچنین در مواردی که از وسایل غیرواقع نما، نظیر قرعه و اصول عملیه استفاده می‌کند، نباید تصمیم او را قاطع و قطعی دانست. با پیدا شدن دلیل برای کشف واقع، هر رسیدگی و اقدامی که قبلاً صورت پذیرفته بود، مبانی خود را از دست می‌دهد. قطعیت رأی اگر مبتنی بر امر واقع نباشد، خصومت را نیز به درستی فیصله نمی‌دهد و چنان زخمی است که هر لحظه ممکن است سرباز کند. بر این اساس پیشنهاد می‌گردد پیدایش دلیل جدید، نه فقط در صورت مکتوم بودن بلکه در هر صورت، از موجبات اعاده دادرسی باشد.

۸- متن مقرره در قالب یک بند الحاقی به ماده ٤٢٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، بدین شرح قابل پیشنهاد است:

«هرگاه پس از صدور حکم قطعی، دلیل جدیدی کشف شود که به تنهایی یا در مجموع با سایر ادله پرونده، مؤثر در ماهیت دعوا بوده و بتواند واقعیت امر را به گونه‌ای دیگر احراز کند، ذی‌نفع می‌تواند حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ کشف دلیل، درخواست اعاده دادرسی نماید.

تبصره ۱- این حق شامل احکامی می‌شود که به دلیل فقدان دلیل اثباتی یا با تکیه بر وسایل غیرواقع‌نما (از جمله اصول عملیه، قرعه، ظن غیر معتبر یا امارات

ضعیف) صادر شده باشند.

تبصره ۲- کشـــف دلیل جدید مســـتلزم مکتوم بودن آن در زمان رســـیدگی نخستین نیســـت. البته درخواست کننده نباید در عدم استناد به آن دلایل، در دادرسی قبلی مرتکب تقصیر شده باشد.

فهرست منابع:

الف. فارسی

* ارسطو (۱۳۸۵)، **ما بعد الطبیعه (متافیزیک)**، برگردان: محمدحسن لطفی، چاپ دوم، تهران: طرح نو.
* افشار قوچانی، زهره و حسینی، سید محمدباقر (۱۳۹۱)، «**مطالعه تطبیقی مسؤولیت مدنی سبب مجمل**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال هجدهم، شماره ۱.
* انصاری، باقر (۱۳۸۵)، «**ابهام حقوقی و تأثیر آن بر تصمیم‌گیری‌های قضایی**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۹، شماره ٤٣.
* ایگرس، گئورگ (۱۳۸۹)، **تاریخ‌نگاری در سده بیستم**، برگردان: عبدالحسین آذرنگ، چاپ نخست، تهران: سمت.
* پوپر، کارل ریموند (١٤٠٢)، **واقع‌گرایی و هدف علم**، برگردان: رحمت اله جباری، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* پوپر، کارل ریموند (١٣٨٤)، **شناخت عینی (برداشتی تکاملی)**، برگردان: احمد آرام، چاپ دوم، تهران: انتشارت علمی و فرهنگی.
* پوپر، کارل ریموند (۱۳۵۰)، **فقر تاریخی‌گری**، برگردان: احمد آرام، چاپ نخست، تهران: خوارزمی.
* پورمحمدی، رضا و سیمایی صراف، حسین (١٤٠٢)، «**جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.
* پی. پویمن، لوییس (۱۳۸۷)، **معرفت‌شناسی (مقدمه‌ای بر نظریه شناخت)**، برگردان: رضا محمدزاده، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
* جعفری تبار، حسن (١٤٠٠)، **دیو در شیشه (فلسفه رویه قضایی)**، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر.
* جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸)، **فلسفه تفسیری حقوق**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۸)، **حقوق اسلام**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* جنکینز، کیت (١٣٨٤)، **بازاندیشی تاریخ**، بازگردان: ساغر صادقیان، چاپ نخست،

تهران: مرکز.
* جیمز، ویلیام (۱۳۷۵)، **پراگماتیسم**، بازگردان: عبدالکریم رشیدیان، چاپ دوم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
* حسن‌زاده، منصوره (۱۴۰۱)، **کد مدنی فرانسه؛ حقوق قراردادها، تعهدات و ادله اثبات دعوا**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار
* حسین زاده، محمد (۱۳۸۲)، **پژوهشی تطبیقی در معرفت‌شناسی معاصر**، چاپ نخست، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
* خزائی، واحد و حاجی عزیزی، بیژن و جعفری، فیض‌الله (۱۴۰۲)، «**جایگاه سوگند قاطع در احراز رابطه سببیت در سبب مجمل**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۵۴.
* دورانت، ویل و آریل (۱۴۰۱)، **درس‌های تاریخ**، برگردان: ابوالفضل حقیری قزوینی، چاپ نخست، تهران: تمدن علمی.
* رندل، جان هرمن و باکلر، جاستون (۱۳۶۳)، **درآمدی به فلسفه**، برگردان: امیر جلال‌الدین اعلم، چاپ نخست، تهران: سروش.
* رورتی، ریچارد (۱۳۸۴)، «**پراگماتیسم و قانون: پاسخی به دیوید لابن**»، در: **فلسفه و امید اجتماعی**، برگردان: عبدالحسین آذرنگ و نگار نادری، چاپ نخست، تهران: نشر نی.
* زاهد، فیاض (۱۳۹۸)، «**تأملی معرفت‌شناختی در باب علمیت و عینیت تاریخی**»، پژوهش‌های معرفت‌شناختی، سال هشتم، شماره ۱۸.
* زراعت، عباس (۱۳۸۹)، «**قاعده قرعه**»، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهلم، شماره ۱۳.
* شایگان، اسماعیل (۱۴۰۲)، **قواعد اروپایی آیین دادرسی مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* شمس، منصور (۱۳۸۴)، **آشنایی با معرفت‌شناسی**، چاپ نخست، تهران: طرح نو.
* صیامیان گرجی، زهیر و موسوی سیانی، سعید (۱۳۹۴)، «**ضرورت تعامل بین رشته‌ای معرفت‌شناسی و علم تاریخ در بررسی چالش‌های شکاکانه درباره**

امکان و اعتبار شـــناخت تاریخی»، مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، دوره ۷، شماره ۳.
* عارفـــی، عبـــاس (۱۳۸۸)، **مطابقت صور ذهنی با خارج**، چاپ نخســـت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
* فولادی‌نژاد، فرشید و رجبی، عبدالله و الماسی، نجادعلی و نهرینی، فریدون (۱٤۰۳)، «**بررسی دو رویکرد اثباتی در دادرسی مدنی ایران و امریکا: رویکرد مبتنی بر دلیل و رویکرد مبتنی بر روایت**»، حقوق خصوصی، دوره ۲۱، شماره ۱.
* قائدی، ســـعید (۱٤۰۳)، «**مبانی و اصول حاکم بر باز تعقیب متهم**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۰)، **اثبات و دلیل اثبات**، جلد دوم، چاپ دهم، تهران: میزان.
* کار، ئی ایچ، (۱۳۸۷)، **تاریخ چیست؟**، برگردان: حسن کامشاد، چاپ ششم، تهران: خوارزمی.
* کاظمی، محمود (۱۳۹۸)، «**نظریه اصل مثبت: مطالعه قلمرو اثباتی اصول عملیه**»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره ۱۲.
* مانزلو، آلان، (۱٤۰۳)، **مفهوم شناسی تاریخ (راهنمای مطالعات تاریخی)**، برگردان: سید هاشم آقاجری و بهزاد کریمی، چاپ نخست، تهران: نشر نو.
* محسنی، حسن (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی مدنی فرانسه**، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* محمدپور، احمد (۱۳۹٦)، **تاریخ به روایت فلسفه: از هرودت تا آلن بدیو**، چاپ نخست، قم: لوگوس.
* مصباح، هادی؛ حائری، محمدحسین و الهی خراسانی، مجتبی (۱۳۹٤)، «**پژوهشی در ماهیت اصل محرز با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شـــهید صدر**»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره ۱۰۰.
* مکالا، سی بی ین (۱۳۹۵)، **بنیادهای علم تاریخ: چیستی و اعتبار شناخت تاریخی**، برگردان: احمد گل محمدی، چاپ سوم، تهران: نی.
* نوذری، حســـین‌علی (۱۳۹۸)، **فلسفه تاریخ؛ روش‌شناسی و تاریخ‌نگاری**، چاپ سوم، تهران: طرح نو.

* هاســـپرس، جان (۱۳۸٦)، **درآمدی به تحلیل فلسفی**، برگردان: سهراب علوی نیا، چاپ نخست، تهران: نگاه.
* هایدگر، مارتین (۱۳۸۹)، **هســـتی و زمان**، برگردان: سیاوش جمادی، چاپ ششم، تهران: ققنوس.

ب. انگلیسی

* Dancy, Jonathan; Sosa, Ernest; Steup, Matthias, (2010), **A Companion to Epistemology**, Second Edition, London: Wiley-Blackwell.
* Gadamer, H.-G. (2004). **Truth and method** (J. Weinsheimer & D. G. Marshall, Trans. 2nd rev. ed.). Continuum. (Original work published 1960).
* G. Murphey, Murray, (1994), **Philosophical Foundations of Historical Knowledge,** First Edition, New York: State University of New York Press.
* Grondin, J. (2002). **Hermeneutics and Relativism: Heidegger and Gadamer on Truth**. In R. J. Dostal (Ed.), The Cambridge Companion to Gadamer (pp. 42–63). Cambridge University Press.
* Lawrence, E. Johnson, (1992), **Focusing on Truth**, London: Routledge.
* Lee, Han Goo, (2018), **The objectivity of historical knowledge: how we can know the past**, NY, Edwin Mellen Press: Lewiston.
* Quine, W. V. O. (1961). **Two dogmas of empiricism**. In From a Logical Point of View (2nd ed. pp. 20–46). Harvard University Press. (Original work published 1951).
* Topolski, Jerzy, (2022), **Theory and Methodology of Historical Knowledge**, First Edition, Poznań: Faculty of History Press Adam Mickiewicz University.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۱/ صفحات: ۴۴۰-۴۱۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۱

نظارت قضایی بر آرای صادره از مراجع گزینشی کشور در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری

محمدرضا ویژه،[۱] نجمه آئینه حیدری[۲]

چکیده

نیروی انسانی کلیدی‌ترین و حساس‌ترین نقش را در شکل‌گیری یک نظام اداری پویا و کارآمد ایفا می‌کند. استقرار نظام گزینش به منظور مشروعیت‌زایی برای صاحبان مناصب و تحقق رسالت نهادهای اداری بر اساس شاخص‌ها و معیارهای متفاوت و به‌وسیله نهادهای متعدد انجام می‌شود، متولی این امر در کشور ما مراجع گزینشی است. نظارت قضایی بر تصمیمات و اقدامات این مراجع در اجرای قوانین و مقرراتی که قانون به آن‌ها واگذار کرده است، در صلاحیت دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع قضایی نظارت بر رعایت بایسته‌های قانونی قرار دارد. در این میان در طول سالیان متمادی پس از تأسیس و فعالیت این مراجع، دیوان در قضایا و آرای متفاوتی، اقدام به نظارت قضایی بر مصوبات و تصمیمات صادره نموده است. پرسش اصلی مقاله حاضر این است که جهات نظارت قضایی بر آرای مراجع گزینشی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری چیست. به‌طور خلاصه می‌توان گفت محور اصلی آرای ابطالی، عدم رعایت جهات شکلی (نحوه ابلاغ، تعداد اعضای صادر کننده) و ماهوی (خروج از حدود اختیارات و صلاحیت‌ها، مستدل و مستند نبودن و شخصی بودن مسؤولیت کیفری) است.

واژگان کلیدی: نظارت قضایی، دیوان عدالت اداری، نهاد گزینش، مراجع اختصاصی اداری

---

۱. دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران mrezavijeh@atu.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
najme.ayeeneheidri@yahoo.com

درآمد

امـــروزه فارغ از منابع مالـــی و فناورانه، «منابع انســـانی توانمند» ضمن ایجاد مزیتی رقابتی برای سازمان‌ها، می‌توانند فقدان یا ضعف دیگر منابع را برطرف کنند و در محیطی که تغییرات پی‌درپی و نوآوری مداوم، اصلی‌ترین ویژگی آن اســـت؛ تنها ســـازمان‌هایی موفق به کسب سرآمدی خواهند شـــد که نقش راهبردی منابع انسانی خـــود را درک و دارای منابع انســـانی ماهـــر، دانش‌محور، شایســـته، نخبه و توانمند باشـــند (آرمسترانگ، ۲۰۰۸؛ طهماســـبی و دیگران، ۱۳۹۱). بنابراین، مهم‌ترین دارایی یک ســـازمان را می‌توان منابع انســـانی آن قلمداد کرد که سازمان‌ها به دنبال رقابت از طریق این منبع راهبردی هستند. در واقع سازمان‌ها از طریق انتخاب کارکنان مناسب، توانایی خود را جهت محقق ســـاختن اهداف راهبـــردی و مدیریت چالش‌های آینده افزایش می‌دهند (حسن‌پور و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱۰) که طی این طریق از مسیر گزینش می‌گذرد.

گزینش در مفهوم حقوقی عبارت اســـت از: احراز صلاحیت داوطلبان اشتغال به خدمت در وزارتخانه‌ها، ســـازمان‌ها، مؤسســـات علمی، دانشگاه‌ها و مؤسسات و شـــرکت‌های دولتی، یا احراز صلاحیت داوطلبان اشتغال به تحصیل در دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی وابســـته به دســـتگاه‌ها از نظر اخلاقی، اعتقادی و سیاسی (تیلا، ۱۳۷۹: ۲۰). از منظـــر صاحب‌نظـــران علم مدیریت، «گزینش مرحله‌ای اســـت برای تشـــخیص و مقایسه شرایط متقاضیان شغلی با شرایط احراز مشاغل به منظور انتخاب بهترین نامزد از میان نامزدهای موردنظر برای تصدی شـــغل مربوطه» (ابطحی، ۱۳۹۸: ۲۰۰).

بنابراین به منظور دستیابی به اهداف و رسالت دستگاه‌های اجرایی و مشروعیت بخشـــی به فرایند استخدام، شـــناخت نظام گزینش باید افزایش یابد. با این‌حال، تکیه مراجع گزینشـــی بر متغیرهایی اســـت که مدت‌ها اســـت از رونق افتاده و پاسخ‌گوی نیازهای روز جامعه نیســـتند و گاه منجر به تضییع حقوق شهروندان می‌شوند. در عین حال، الگوی جنبش قانون اساســـی نظارت بر این مراجع را تجویز می‌کند تا اقتدارات اعطایی محدود و کنترل شـــوند و مراجع گزینشـــی از کارکرد اصلی خود که انتخاب شایسته‌ترین‌ها است منحرف نشـــوند؛ بنابراین هدف اصلی این مقاله بررسی جهات

نقض آرای صادره از مراجع گزینشـــی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری و بررسی ماهیت این مراجع به عنوان مرجع تشخیصی (رسیدگی بر اساس ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری) یا مرجع اختصاصی اداری (رســیدگی بر اساس ماده ٦٣ دیوان عدالت اداری) است. آثار ارزشـــمندی نیز از برخی اندیشمندان حقوق در خصوص موضوع تحقیق نگاشـــته شده است، برای مثال پروانه تیلا در پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود با عنـــوان «گزینش و جایگاه آن در حقوق ایران» و محمد منصوری بروجنی در کتابی با عنوان «نظام گزینش در ایران» به صورت مبسوط صرفاً به روند شکل‌گیری حلقه‌های گزینـــش در ایران و تصویب قوانین مربوطـــه پرداخته‌اند. هم‌چنین زهرا دانش‌ناری و ســـید احمد حبیب‌نژاد در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت مراجع گزینشی و نظارت قضایی بر تصمیمـــات آن‌ها با تاکید بر رویه قضایی دیوان عدالت اداری» اعتقاد بر این دارند تفکیک میان مراجع گزینشـــی و به عنوان مرجع تشـــخیصی و نیز دادگاه اختصاصی اداری در ذهـــن قضات دیـــوان عدالت اداری جایگاهی نـــدارد اما در مبحث نظارت قضایی به دلایل نقض آراء ورود نمی کنند.

لیکن در این مقاله ســـعی شده اســـت با روش تحلیلی توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و ســـایر منابع در دسترس، ابتدا پیشینه تاریخی، تشکیلاتی و ماهیتی مراجع گزینشی بررسی گردد و سپس جهات نظارت شکلی (نحوه ابلاغ، تغییر اعضا، حصول رای اکثریت) و ماهوی (خروج از حدود اختیارت، مســـتدل و مســـتند بودن و اصل شـــخصی بودن مسؤولیت کیفری) آرای صادره از این مراجع در رویه قضایی دیوان عدالت اداری مطالعه و بررسی خواهد شد.

۱. پیشینه فعالیت مراجع گزینشی

مبنای گزینش باید در پیشـــی گرفتن داوطلبان و نامزدهای تصدی مشاغل بر میزان مشاغل عرضه شده در بازار کار جست‌وجو شود. بدین ترتیب حکمرانی خوب و شایسته‌ســـالاری اقتضا می‌کند مشاغل محدود به تصدی نامزدهایی واگذار شوند که نســـبت به سایرین اصلح و برتر هســـتند و این امر موجب تقویت کارایی و اثربخشی دســـتگاه‌ها و تحقق اهداف و سیاســـت‌های مربوطه خواهد شد. در نتیجه این مفهوم هم‌زمان با استخدام ظهور و بروز پیدا می‌کند. پیشینه تاریخی موضوع در حقوق اداری ایران به نخســـتین منبع حقوقی استخدام یعنی قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۰۱

بازمی‌گردد؛ ماده ٤ قانون مذکور با تکیه بر شایسته‌ســـالاری و شایســـته‌گزینی، ملاک ورود به خدمت عمومی را صرفاً شایســـتگی علمی و ضابطه تشـــخیص آن را انجام مسابقه اعلام کرده است.

در ســـال ۱۳٤٥ مفهوم دیگری از شایستگی و لیاقت اتخاذ گردید؛ بدین معنی که در بندهای ت و ث ماده ١٤، به ترتیب نداشـــتن ســـابقه محکومیت جزایی مؤثر، محکومیت به فســـاد عقیده، عدم معروفیت به فســـاد اخلاق، تجاهر به فسق و معتاد نبودن به اســـتعمال افیون، به عنوان شرط ورود به خدمت رسمی قرار داده شد. بدین ترتیب، وجود ضوابط اخلاقی و عقیدتی در کنار ضوابط علمی برای استخدام رسمی الزامـــی گردید (تیلا، ۱۳۷۹: ۱۰). اما در بازه زمانی ســـال‌های ۱۳٤٥ تا ۱۳۵۷، از نظر قانونی، تشکیلات گزینشی مستقلی رسماً وجود نداشت.

«جو انقلابی اواخر دهه ۱۳۵۰ و اوایل دهه ۱۳٦۰ و شرایط جنگی کشور، مانع از اســـتقرار یک نظام سیاسی منسجم و به تبع آن، قانون‌مداری در کشور شده بود. در این شرایط، هر یک از سازمان‌های اداری بنا به مصلحت و تدبیر خود، اقدام به وضع مقررات گزینشـــی و ایجاد نهادهایی به این منظور در چارچوب دستگاه تحت نظارت خود می‌نمودنـــد. از جمله این اقدامات، قوانین دوره پاکســـازی (از پیروزی انقلاب اسلامی تا استقرار نخستین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۵۷ تا ۱۳۵۹) است»(منصوری بروجنـــی، ۱۳۹۸: ٦۷). بعضی از این قوانین چیزی فراتر از تصفیه نیروی‌انســـانی را می‌خواســـتند، به عنوان مثال قوانین راجع به تصفیه دادگستری نشان می‌دهد که پس از پیروزی انقلاب اســـلامی، همه اختیارات لازم هم برای اخراج نیروی نامناســـب و هم برای تغییر و تحول اساســـی در تشکیلات دادگستری فراهم شده بود (همان: ۸۳). هم‌چنین در آیین‌نامه اجرایی «قانون اســـتخدام قضات و منتقلین به وزارت دادگستری و شـــرایط کارآموزی» مصوب ۱۳۵۹/٤/۲٤، بدون اشاره صریح به نهادهای گزینشی، امر احراز صلاحیت اخلاقی، سیاسی و عقیدتی داوطلبان قضا را به اداره کل کارگزینی دســـتگاه خاص خود محول نموده بود. بنیان‌گذار با صدور فرمان هشـــت ماده‌ای در تاریخ ۱۳٦۱/۱۰/۱۵ به نظام گزینش در ایران مشـــروعیت شـــرعی بخشیدند که تا آن زمان فاقد جایگاه قانونی و شرعی در نظام اداری ایران بود. با تصویب طرح «گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش» در ســـال ۱۳۷٤ و تصویب طرح «تسری قانون

گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش به کارکنان سایر وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و موسسات و شرکت‌های دولتی» در سال ۱۳۷۵ و در پایان تصویب «آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش کشـــور» در سال ۱۳۷۷، نظام گزینش در ایران جامه قانون به تن می‌کند و رسمی می‌شود.

۲. تشکیلات گزینش

بر اســـاس ماده ۳ قانون گزینش کشـــور، عالی‌ترین رکن گزینش در کشـــور، رئیس‌جمهور اســـت و پـــس از او، هیأت عالی گزینش قـــرار می‌گیرد. این هیأت در سیاســـت‌گذاری گزینش کشور از جایگاه مهمی برخوردار است و در این راستا تحت کنترل و نظارت اســـتصوابی رئیس‌جمهور ایفای نقش می‌کند. بر اساس ماده ٤ قانون گزینـــش، اعضای هیأت عالی گزینش عبارتند از: نماینده قوه‌قضاییه به انتخاب رئیس قوه‌قضاییه، دبیرکل ســـازمان امور اداری و استخدامی کشور، معاونت توسعه و منابع انسانی رئیس‌جمهور، وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی حسب مورد و دو نماینده از کمیســـیون‌های امور اداری و اســـتخدامی و آموزش و پرورش به انتخاب مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر. هیأت‌های مرکزی گزینش، توسط هیأت عالی گزینش تشکیل می‌شود و به عنوان بالاترین مرجع گزینش، وزارتخانه یا سازمان و مؤسسات مشـــمول قانون گزینش عمل می‌کنند. اعضای ایـــن هیأت‌ها با حکم دبیر هیأت عالی گزینش منصوب می‌شـــوند. در نهایت، هسته‌های گزینش آخرین و به عبارتی دیگر، پایین‌ترین رکن گزینش کشـــور هستند که بررســـی و احراز صلاحیت‌های اخلاقی، سیاسی و عقیدتی داوطلبان اشتغال به تحصیل یا کار نیز در درجه نخست توسط آن‌ها صورت می‌گیرد.

بر این اســـاس عمومی‌ترین و مرتبط‌ترین رکن گزینش با داوطلبان اشـــتغال به تحصیل و کار هســـته‌ها هســـتند. اگرچه هیأت‌های مرکزی، هیـــأت عالی و نهایتاً رئیس‌جمهور بر اساس سلسله مراتب گزینش کشور نظارت بر امر گزینش را برعهده دارند، ولی چون اســـاس کار گزینش و تشـــکیل پرونده‌هـــای گزینش، امر تحقیق و پی‌جویی، مصاحبه و به‌طور مختصر کنکاش جهت کشـــف و احراز ضوابط اخلاقی، سیاســـی و عقیدتی در داوطلبان مذکور توسط این هسته‌ها صورت می‌گیرد، صحت و ســـلامت نظام گزینش کشور تا حدودی به عملکرد درست و صحیح هسته‌ها بستگی

دارد (تیلا، ۱۳۷۹: ٤٠).

۳. ماهیت مراجع گزینشی کشور

امـــروزه کمتر عرصه‌ای را می‌توان شـــناخت که به نوعی از ســـوی دولت و سازمان‌های اداری تنظیم، تمشـــیت و مقررات‌گذاری نشده باشد. سازمان‌های اداری تا جایی گســـترش یافته‌اند که تقریباً وظایف و کارویژه‌های قوای حکومتی را در خود جمع کرده و به تعبیری «قوه چهارم» را ســـاخته‌اند (هداوند و آقایی‌طوق، ۱۳۹٦: ١٦). مراجع اداری را بر اســـاس ماهیت عملی که انجام می‌دهند، می‌توان به مراجع ترافعی (مراجع اختصاصی اداری) و مراجعی تشـــخیصی تقســـیم کرد (شیبانی و مولابیگی، ١٤٠٠: ١٢٠). ایجاد مراجع اختصاصی اداری براساس ضرورت‌های موجود در جامعه بوده اســـــت و فعالیت‌های روزمره اداری به منظور تمشـــیت امور اجتماعی و ارائه خدمات عمومی، مســـتلزم کنش و اقدام متناوب مقامات اداری اســـت. استمرار این کنشگری موجب بروز چالش و تعارض در روابط افراد و اداره . تقابل به وجود آمده ایجاب می کند مراجعی تشـــکیل شـــوند و به داوری میان این منافع متضاد بپردازند. ماهیت خاص مســـائل اداری و تفاوت آن با امور مدنـــی و کیفری، فنی و تخصصی بودن موضوعات و ســـرعت در فصل اختلافات، از جمله مهمترین دلایلی هستند که زمینه تشـــکیل و پذیرش دادگاه‌های اداری خارج از ســـاختار قوه قضاییه و برخلاف اصل صلاحیت عام دادگاه‌های دادگســـتری را فراهم آورده‌اند(شیبانی و بیدار، ١٤٠٣: ۲۰۰). در واقـــع مراجـــع اختصاصی اداری، مراجعی اداری بـــا صلاحیت اختصاصی هســـتند که به موجب قوانین خاص در خارج از ســـازمان رســـمی قضایی و محاکم دادگســـتری و عموماً به عنوان واحدهای کم و بیش مســـتقل ولـــی مرتبط به ادارات عمومی تشکیل شده‌اند. صلاحیت آن‌ها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری از قبیل دعاوی استخدامی، انضباطی، مالی، اراضی و ســـاختمانی می‌باشـــد که معمولاً هنگام اجـــرای قوانین خاص مرتبط با ارائه خدمات عمومی و فعالیت‌های دولت، میان ســـازمان‌های دولتی و مؤسســـات عمومی (اشخاص حقوق عمومی) و افراد (اشخاص حقوق خصوصی) مطرح می‌گردد (هداوند و آقایی‌طوق، ١٣٩٦: ٣١).

در کنار مراجـــع اداری ترافعی، مراجع اداری دیگـــری در زمینه‌های مختلف

فعالیت می‌کنند که با وجود شـــباهت‌های ظاهـــری میان آن‌ها و مراجع مورد بحث از نظر ترکیب، تشـــکیلات و نحوه عزل و نصب اساســـاً فعالیت‌شان غیرترافعی بوده و شـــامل زمینه‌هایی از قبیل مشورت، نظارت، اعلام نظر و تشخیص موضوعات خاص و تصمیم‌گیری جمعی اســـت و فعالیت آن‌ها بـــه هیچ وجه جنبه ترافعی ندارد (کاوه، ۱۳۸۵: ۱۹).

مراجع گزینشی به دلایلی در زمره مراجع اختصاصی اداری قرار می‌گیرند؛ این مراجع دستاورد قانون گزینش کشور است و جزئیات و کارکردهای آن‌ها در آیین‌نامه اجرایی این قانون پیش‌بینی شـــده است. به‌علاوه، ماده ۷ قانون گزینش که نشان‌دهنده وابستگی سازمانی مراجع گزینشی به تشکیلات اداری است و بیان می‌کند: «تشکیلات گزینش وزارت آموزش و پرورش توســـط هیأت عالی گزینش تشـــکیل می‌گردد و به عنوان مرجـــع گزینش در وزارت آموزش و پرورش خواهـــد بود. اعضای هیأت مذکـــور که با حکم دبیـــر هیأت عالی گزینش منصوب می‌شـــوند عبارتند از: نماینده وزیر، نماینده سازمان امور اداری و استخدامی، نماینده هیأت عالی گزینش». ذکر این نکته شایسته اســـت که ماده مزبور تنها در خصوص وزارت آموزش و پرورش است و مســـتند به تبصره دو ماده واحده قانون تســـری گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش به کارکنان ســـایر وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و موسسات و شرکت‌های دولتی در مورد مراجع گزینشی در هر وزارتخانه، مشارکت وزیر مربوطه در هیأت ضروری است.

ماده ۸ قانون گزینش به تشریح وظایف هیأت مرکزی می‌پردازد که نشان‌دهنده وابســـتگی آن به مرجع بالاتر یعنی هیأت عالی گزینش اســـت. برخی از این وظایف عبارتند از: ایجاد، تفکیک، ادغام و انحلال هسته‌های گزینش مورد نیاز طبق دستورالعمل هیأت عالی گزینش؛ بررسی، انتخاب، معرفی اعضا هسته گزینش، مسؤول و معاونین دبیرخانه به هیأت عالی گزینش؛ اجرای مصوبات، دستورالعمل‌ها، بخشنامه‌ها و سایر امور محوله که از ســـوی هیأت عالی گزینش ابلاغ می‌شـــود. هم‌چنین ماده ۱۰ قانون گزینش به صراحت بیان می‌کند که انجام وظایف هســـته گزینش باید زیر نظر هیأت مرکزی باشد؛ بنابراین از لحاظ وابستگی سازمانی، می‌توان مراجع گزینشی را به عنوان مراجع اختصاصی اداری شناخته و طبقه‌بندی کرد.

به‌علاوه در همان ماده وظایف هسته گزینش به عنوان مرجع ابتدایی صدور تصمیمات گزینشی مشخص شده است. در بند ٤ این ماده، یکی از وظایف هسته گزینش «رسیدگی به شکایات در مرحله اول تجدیدنظر» عنوان شده است. این مساله ظاهراً با قاعده دو مرحله‌ای بودن رسیدگی و اصول دادرسی منصفانه در تضاد است. اصولاً باید مراجع رسیدگی در دو مرحله بدوی و تجدیدنظر متفاوت باشند.

با این‌حال، با توجه به ماده ١٦ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش، فرایند «صدور رأی در گزینش افراد» باید با حضور سه عضو که با حکم دبیر هیأت منصوب می‌شوند، انجام شود و تصمیمات آن‌ها با اکثریت آراء معتبر است. هم‌چنین، مرحله اول تجدیدنظر با حضور دو عضو دیگر هسته و یکی از اعضای قبلی با رعایت اکثریت آراء در اخذ تصمیمات انجام می‌گیرد. بنابراین، هر چند مرحله اول تجدیدنظر توسط هسته گزینش صورت می‌گیرد، اما اعضای شرکت کننده در این مرحله، متفاوت از اعضای مرحله بدوی هستند.

نکته دیگری که باید به آن اشاره کرد این است که بر خلاف سایر مراجع اختصاصی اداری که رسیدگی در آن‌ها در دو مرحله بدوی و تجدیدنظر انجام می‌شود، در مراجع گزینشی، مرحله تجدیدنظر خود به دو مرحله تقسیم می‌شود. در ماده ٨ قانون گزینش، یکی از وظایف هیأت مرکزی رسیدگی به شکایات در مرحله دوم تجدیدنظر مشخص شده است. بنابراین، مراجع گزینشی مانند مراجع اختصاصی اداری دارای ساختار رسیدگی دو مرحله‌ای هستند.

اما آن‌چه سبب می‌شود هیأت عالی گزینش از طیف مراجع ترافعی خارج شود و در زمره مراجع گزینشی قرار گیرد، کارویژه اصلی و مأموریت متفاوت این مراجع است. به بیان دیگر، «رسیدگی در این دسته از مراجع اختصاصی مستلزم طرح دعوا، تنازع و ترافع نیست و برخلاف شباهتی که میان کارکرد آن‌ها با مراجع اختصاصی ترافعی (مراجع اختصاصی اداری) وجود دارد، نوع مأموریت آن‌ها متفاوت است و به تشخیص موضوعات تخصصی از قبیل: صلاحیت‌های علمی، فنی، امنیتی و گزینشی می‌پردازند، بر اساس قانون، فرایند تشخیص و رسیدگی در مراجع تشخیصی، گاه به موجب درخواست و مطالبه اشخاص خصوصی، گاه با ارجاع سایر دستگاه‌ها و گاه با ترکیبی از این دو آغاز می‌شود» (شیبانی و مولابیگی، ١٤٠٠: ١٢٣).

بر اســـاس ماده ٦٣ قانون دیوان عدالت اداری،[1] آن مرجع در مقام رسیدگی به اعتراض از آرای مراجع اختصاصی اداری، اختیار رســـیدگی و نقض آرای این مراجع را به جهت نقض و یا عدم رعایت قوانین و مقررات و هم‌چنین درســـتی یا نادرستی تصمیمات دارد. چنان‌چه شـــعبه رسیدگی‌کننده رأی مرجع اختصاصی اداری را واجد ایراد و اشـــکال ماهوی یا شکلی تشـــخیص دهد، آن را نقض و رسیدگی مجدد را به همان مرجع واگذار می‌کند تا با توجه به مفاد حکم شـــعبه نســـبت به رسیدگی مجدد اقـــدام کند (مولابیگی و محمدی احمدآبادی، ١٤٠٠: ١٥٠)، لیکن بر اســـاس ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری، آن نهاد مجاز اســـت حسب مورد، صلاحیت فردی که رد صلاحیت شده را از جهت علمی، تخصصی، امنیتی، گزینشی و رعایت ضوابط قانونی و انطبـــاق آن با قلمرو اختیارات هیأت یا کمیســـیون با قانون یا مصوبه‌ای که منشـــاء تأسیس بوده و محدوده اختیارات در روند رسیدگی به صلاحیت را با جلب نظر هیأت کارشناسی تخصصی مورد بررسی قرار داده و بر مبنای نظر هیأت منتخب رأی مقتضی صادر نماید و این رأی پس از قطعیت لازم‌الاجرا و هیأت یا کمیسیون مکلف به تبعیت از نظر دیوان اســـت (دلاوری، ١٣٩٨: ٣٢٢). در واقـــع تفاوت بین مواد ٦٤ و ٦٣ این اســـت که تصمیمات مراجع تشخیصی طبق ماده ٦٤ باید رسیدگی شود و موضوعات مربوط به اختلافات و یا تخلفات که پس از رســـیدگی رأی صادر می‌نماید، طبق ماده ٦٣ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رسیدگی می‌شود (مولابیگی،

---

١. رسیدگی در ماده ٦٣ به این صورت است: ١- در مواردی که رأی واجد ایراد و اشکال قانونی نباشد آن را تأیید و هم‌چنین در مواردی که رأی دارای اشـــتباه یا نقصی باشـــد که به اساس رأی لطمه وارد نکند ضمن اصلاح رأی، آن را ابرام می‌کند، ٢ـ در مواردی که موجبی برای رسیدگی در مراجع مذکور وجود نداشته باشد یا موضوع مورد رسیدگی منتفی شده یا از مصادیق تخلف نباشد، مبادرت به نقض بلاارجاع می‌کند، ٣ـ در مواردی که شـــعبه دیوان تشـــخیص دهد که مرجع رسیدگی‌کننده صلاحیت رســـیدگی را نداشته‌اســـت رأی را نقض و ضمن تعیین مرجع صلاحیتدار، مرجع رســـیدگی‌کننده را موظف می‌کند موضوع را ظرف یک هفته به مرجع دارای صلاحیت ارســـال کند، ٤ـ در مواردی که شـــعبه دیوان نقص تحقیقات یا ایراد شکلی یا ماهوی مؤثری در رأی صادره مشاهده کند با ذکر تمام جهات و دلایل قانونی، رأی صادره را نقض و موضوع را جهت رســـیدگی مجدد به آن مرجع اعلام می‌کند. مرجع مذکور مکلف اســـت با رعایت مفاد رأی شـــعبه دیوان حداکثر ظرف دو ماه نسبت به اتخاذ تصمیم یا صدور رأی اقدام کند. در صورت شـــکایت مجدد شاکی، پرونده به شعبه صادرکننده رأی قطعی در دیوان ارجاع می‌شود. در این صورت، اگر شعبه دیوان رأی صادره را صحیح تشخیص دهد آن را تأیید می‌کند و در صورتی که رأی صادره را بر خلاف قوانین و مقررات بداند آن را نقض و رأی مقتضی صادر می‌کند. چنان‌چه شـــعبه دیوان نظر کارشـــناس را لازم بداند، از نظر کارشناسان رسمی دادگستری یا متخصصان و مشاوران موضوع ماده ٧ این قانون استفاده می‌کند.

مصاحبه با خبرگزاری میزان، ۱۳۹۶). مدلول ماده ٦٤ قانون یادشـــده، شناســـایی این دسته از «هیأت‌ها و کمیسیون‌ها»، ناظر به همین مراجع تشخیصی است. شاخص‌ترین تفاوت در نحوه نظارت بر آرای مراجع اختصاصی اداری در قیاس با مراجع تشخیصی، این است که در شکایت از تصمیمات مرجع اخیر در صورت اعتراض شاکی از حیث تشـــخیص موضوع، شعبه دیوان مکلف اســـت پس از ارجاع امر به هیأت کارشناسی ذی‌ربط، به‌طور مســـتقیم اعلام نظر کند، امری که در رویه قضایی فعلی مغفول مانده و نظارت بر تصمیمات مراجع تشخیصی در رویه کنونی شعب دیوان، غالباً بر اساس ماده ٦٣ قانون صورت می‌پذیرد. این امر از یک سو ناشی از فقر آموزه و عدم شناخت کافی نسبت به ماهیت مراجع تشخیصی و کارکرد آن‌ها است و از سوی دیگر، زائیده این واقعیت است که شعب دیوان توان رسیدگی به کلیه شکایات موضوع ماده ٦٤ را با سازکار مذکور ندارند. در واقع ماده ٦٤ این ظرفیت را دارد که شعب دیوان عدالت اداری را به صرف تقاضای شـــکات جایگزین تمام مراجع تشخیصی کشور کرده تا به جانشینی همه آن‌ها در خصوص موضوعات دارای شؤون فنی و تخصصی اعلام نظر نمایند)شیبانی و مولابیگی؛ ۱٤۰۰: ۱۲٤-۱۲۵).

٤. جهات نظارت دیوان عدالت اداری بر مراجع گزینشی

در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری به عنوان یگانه مرجع قضایی اداری، وظیفه نظارت بر تصمیمات مراجع گزینشـــی را برای حمایت از حق‌ها و آزادی‌های شهروندی و پاسداری از حقوق اساسی ملت دارد. این نهاد با توجه به اهمیت نظارت بر این‌گونه تصمیمات، از دو جنبه شـــکلی و ماهوی به بررسی آرای مراجع گزینشی می‌پردازد.

٤-۱. نظارت شکلی

اهـــم موارد نظارت شـــکلی دیوان عدالت اداری بر مراجع گزینشـــی در ادامه می‌آید.

٤-۱-۱. نحوه ابلاغ

شعب دیوان در رسیدگی به دادخواست اشخاص در خصوص اعتراض به رأی گزینش مستند به نامه ابلاغیه نتیجه رأی هیأت گزینش، استنباط‌های متفاوتی داشته‌اند که منجر به صدور آرای متعارض گردیده اســـت، برخی از شـــعب اعلام شکایت با

استناد به ابلاغیه نتیجه رأی گزینش را به منزله شکایت از رأی گزینش دانسته و با ورود به ماهیت موضوع، مبادرت به صدور حکم نموده‌اند. در مقابل، یکی از شعب تجدیدنظر با این استدلال که ابلاغیه نتیجه رأی گزینش متفاوت با ابلاغ رأی گزینش است، بدون ورود به ماهیت موضوع، قرار رد شکایت را صادر کرده است.

سرانجام هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با ورود به موضوع تلاش کرد تا به تشتت آراء پایان دهد و با این استدلال که متن اغلب آرای گزینش محرمانه است و تفصیل آن کتباً در اختیار اشخاص قرار نمی‌گیرد و تنها نتایج رسیدگی به ذی‌نفع ابلاغ می‌شود، اعلام کرد که مستند به ماده ٤٦ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش کشور مصوب ۱۳۷۷، ملاک زمان مقرر برای رسیدگی به شکایات داوطلبان، آگهی در جراید کثیرالانتشار، دریافت کارنامه مبنی بر عدم پذیرش داوطلب از مراجع برگزارکننده آزمون و تاریخ ابلاغ حکم توسط اداره کارگزینی یا تاریخ ابلاغ توسط هیأت یا هسته به فرد ذی‌نفع است؛ بنابراین رسیدگی به شکایات داوطلبان منحصر به ابلاغ متن رأی به فرد ذی‌نفع نمی‌باشد.

بر این اساس، وفق رأی وحدت رویه صادره به شماره ۱۰۷۷ مورخ ۱٤۰۰/٤/۸، اعتراض به گزینش مستند به نامه ابلاغیه نتیجه به صورت رسمی قانونی اعلام گردید. به عبارت دیگر، عدم پذیرش اعتراض اشخاص منجر به تطویل فرایند دادرسی و نقض حق‌های رویه‌ای شهروندان می‌شود. حق‌های رویه‌ای، یعنی استحقاق شهروندان به داشتن فرایندها و آیین‌هایی که برای اثربخشی به استانداردها و معیارهای رفتار منصفانه و عادلانه ضروری هستند و به تبع آن، محق بودن به حق‌هایی که از این استانداردها ناشی می‌شوند. در حقیقت، استانداردهای رفتار منصفانه در آیین‌های تصمیم‌گیری و رسیدگی، حق‌هایی را برای افراد ایجاد می‌نماید که بیانگر این است که چگونه باید با مردم رفتار نمود (فلاح زاده، ۱۳۹٤: ۸۱).

۲-۱-٤. تغییر اعضای هیأت بدوی در هیأت تجدیدنظر

تبصره یک ماده ١٤ قانون گزینش مقرر می‌دارد: «مرحله اول تجدیدنظر توسط هسته گزینش (حداقل دو نفر جدید) و مرحله دوم آن توسط هیأت مرکزی صورت می گیرد». این موضوع بعضاً موجب نقض آرای صادره از مراجع گزینشی گردیده

است.[۱]

۳-۱-٤. حصول رأی اکثریت اعضای هیأت مرکزی گزینش

حسب ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش کشور، جلسات با حضور اکثریت اعضا رسمیت می‌یابد و تصمیم آن‌ها با حداقل دو رأی معتبر است. در صورتی که اعضای هیأت نظرات متفاوتی در خصوص پذیرش یا رد صلاحیت شاکی ارائه دهند، این موضوع می‌تواند از جهات نقض آراء هیأت‌های مراجع گزینشی باشد و به صراحت در دادنامه نهایی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲٦۸٤ صادره از شعبه سوم دیوان عدالت اداری مورد اشاره قرار گرفته است.[۲] در نتیجه، حصول آرای اکثریت هیأت مرکزی گزینش را می‌توان فرایند و آیین ضروری برای حمایت از حقوق استخدامی شهروندان و تضمین آن دانست.

۲-٤. جهات ماهوی

۱-۲-٤. خروج از حدود اختیارات مقامات گزینش

تصمیم در صورتی «خارج از حدود اختیارات» محسوب می‌شود که خارج از منطوق قوانین موضوعه باشد. از منظر مراجع قضایی، اصطلاح‌های «فقدان» یا «تجاوز» از صلاحیت به معنی خروج از صلاحیت است (هداوند، ۱٤۰۰: ٥٤۰). «صلاحیت، تعیین‌کننده‌ی حوزه‌ی اقدام و فعالیت مقام عمومی است. به‌عبارت دیگر، صلاحیت اختیار قانونی یک مأمور رسمی برای انجام پاره‌ای از امور می‌باشد. اصولاً موضوع صلاحیت در علم حقوق، بحث « تقسیم کار و تبیین وظیفه است» (گرجی و فتحی، ۱۳۹۱: ۲۱۲). خروج از صلاحیت از جهات مهم بازنگری قضایی اعمال دولت در

---

۱. شعبه چهارم دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲٦۸٤ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۱۲ با این استدلال که «... با ملاحظه آرای صادره از هسته گزینش در مرحله اول تجدیدنظر مندرج در صفحات ۲۹ و ۳۲ پرونده گزینشی در مرحله تجدیدنظر فقط یک عضو جدید شرکت نموده و حال آن‌که بر اساس تبصره یک ماده ۱٤ قانون گزینش مصوب ۱۳۷٤ می‌بایست حداقل دو عضو جدید شرکت و مبادرت به صدور رأی نمایند و این مهم مراعات نگردیده است ... شکایت از این حیث وارد تشخیص و به استناد مواد ۷ و ۱٤ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ حکم بر نقض رأی معترض‌عنه جهت رسیدگی مجدد صادر و اعلام می‌گردد ...».

۲. «... اعضای سه نفره هیأت، نظرات متفاوتی در خصوص موضوع پذیرش یا رد صلاحیت اشتغال شاکیه اعلام داشته‌اند با این بیان که عضو اول به عدم احراز شرایط انتخاب اصلح و عضو دیگر به وجود شرایط عمومی و عضو سوم به عدم احراز شرایط عمومی اظهارنظر نموده‌اند، در واقع اتفاق نظر اعضا حاصل نگردیده است. بنابراین، چون شرط اصلی صدور رأی حصول نظر اکثریت بوده که در این خصوص واقع نگردیده است ...».

کشورها و سیستم‌های حقوقی مختلف به‌شـــمار می‌رود. از این منظر، گاهی مقامات اداری از حدود صلاحیت مشـــخص شـــده در قوانین و مقررات خارج می‌شوند. در حقوق ایـــران، دعاوی خروج از صلاحیت بخش عمده‌ای از جهات ابطال تصمیمات در دیوان عدالت اداری را به خود اختصاص داده‌اند (مشهدی و دبیرنیا،۱٤۰۰: ۷٤) و مراجع گزینشی از این موضوع مستثنا نمی‌باشند. در همین راستا، صدور رأی وحدت رویه شـــماره ۱۹۱ هیـــأت عمومی دیوان عدالت اداری مـــورخ ۱۳۷۵/۰۹/۱۰ را باید انقلابی در تعیین صلاحیت هیأت‌های گزینش دانست. بدین صورت که تعارض آرای صادره از شـــعب نه، شش و بیســـت دیوان عدالت اداری با موضوع حدود صلاحیت هســـته‌های گزینش در مورد احراز شرایط استخدام منجر به صدور رای فوق گردید. دیوان تأکید نمود که حدود صلاحیت و اختیارات هسته‌های گزینش در حد تأیید و یا عدم تأیید صلاحیت داوطلبان ورود به خدمت در وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، موسسات و شرکت‌های دولتی می‌باشـــد و اظهارنظر هسته گزینش متضمن اعلام عدم اولویت افراد جهت اســـتخدام به‌طور آزمایشـــی با وظایف و مسؤولیت‌های قانونی آن مرجع انطباقی ندارد. رأی صادره بعدها مستند قانونی بسیاری از آرای صادره از شعب دیوان عدالت اداری گردید. برای مثال در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۹۰۰۵۱۸ [۱] صادره از شعبه نهم دیوان عدالت اداری، دادرس با این استدلال که صلاحیت هیأت گزینش در خصوص متعهدین به خدمت تنها احراز صلاحیت فرد می‌باشـــد و حکم به لغو تعهد اســـتخدامی خارج از صلاحیت هیأت مذکور است، نســـبت به نقض رأی صادره از هیأت عالی گزینش اقدام نموده اســـت. هم‌چنین در دادنامه صادره از شعبه نهم دیوان عدالت اداری به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۹۰۰۵۲۹ [۲] قاضی دیوان با استناد به رأی وحدت

---

۱. «... نظر به اینکه حســـب بند ۲ ماده ۱۰ قانون گزینش کشـــور که اشـــعار می‌دارد: بررسی و تعیین صلاحیت اخلاقی، اعتقادی و سیاسی متقاضیان مشمول این قانون تا قبل از ورود و تا مرحله قطعیت اشـــتغال بر عهده هسته گزینش می‌باشد و فلســـفه وجود هیأت‌های عالی گزینش صرفاً احراز موارد مذکور می‌باشد ...".

۲. «... به موجب محتویات و مندرجات پرونده شـــاکیه در شـــکایت خود بر علیه هیأت مشتکی‌عنه نســـبت به رأی شـــماره ... مورخ ... معترض بوده و در این راستا اعلام کرده که عدم شرکت وی در نمازهای جمعه و راهپیمایی‌ها موجب نظر منفی هیأت گردیده ولی به لحاظ این‌که پرســـتار اســـت و در اکثر ایام تعطیل نیز به صورت شـــیفت و کشـــیک بوده و دارای فرزند کوچک می‌باشد، می‌بایستی عذر وی موجه تشـــخیص شود و مشـــتکی‌عنه در مقام پاسخ به شـــکایت مطروحه اعلام نموده که نامبـــرده متقاضی انتقال به آموزش و پرورش بوده و با اجـــازه حاصله از قانون گزینش با انتقال وی

رویه فوق، صلاحیت هســـته‌های گزینش را محدود به تأیید صلاحیت داوطلبان ورود به خدمت در وزارتخانه‌ها و نهادهای دولتی می‌داند و اعلام نظر درباره انتقال یا عدم انتقال کارمند شاغل به وزارتخانه یا سازمان دولتی دیگر در حیطه اختیارات این مرجع نمی‌باشـــد، زیرا قانون‌گذار در تبصره دو مـــاده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی و ماده ۱۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۹ صراحتاً در مورد نحوه نقل و انتقال کارمندان تعییـــن تکلیف نمـــوده و اظهار نظر در این خصوص را منوط به توافق دســـتگاه‌های اجرایی مبدأ و مقصد نموده است و اشاره‌ای به نظر گزینش در آن به چشم نمی‌خورد. یا در دادنامه صادره از همان شـــعبه به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۳۰۶ [1] ضمن مدنظر قراردادن رأی وحدت رویه صدرالاشـــاره، بر این موضـــوع تأکید می‌نماید که حدود صلاحیت هســـته گزینش در حد تأیید و یا عدم تأیید داوطلبان ورود به خدمت بوده و اعلام اصلح بودن یا نبودن خارج از حدود اختیارات این مرجع است؛ زیرا در رأی صادره هیأت مرکزی گزینش بدون احراز صلاحیت یا عدم صلاحیت داوطلب، صرفاً

موافقت نشـــده اســـت. حالیه با توجه به مراتب فوق و بررسی اوراق و محتویات پرونده گزینش و با عنایت به این‌که مطابق مقررات و ضوابط و قانون گزینش و رأی وحدت رویه شـــماره ۱۹۱ مورخه ۱۳۷۵/۰۹/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، حدود صلاحیت و اختیارات هسته‌های گزینش در حد تأیید صلاحیت داوطلبان ورود به خدمت در وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی می‌باشد و اعلام نظر درباره انتقال یا عدم انتقال کارمندی که در حال اشتغال است، به وزارتخانه یا سازمان دولتی دیگر با وظایف و مسؤولیت‌های قانونی مرجع مذکور مطابقتی ندارد، علی‌هذا حکم به ورود شکایت شاکیه و نقض رأی معترض‌عنه را صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره قطعی است».

۱. «در خصـــوص شـــکایت مطروحه با توجه بـــه مندرجات پرونده متشـــکله، در پرونده گزینش و مســـتندات پیوســـتی پرونده متشکله در شـــعبه دیوان اولاً بیش از ده نفر به شرح استشهادیه پیوست پرونده، وضعیت اعتقادی و اخلاقی و رعایت موازین شـــرعی و نظم و انضباط کاری شاکیه را مورد تأیید قرار داده‌اند؛ ثانیاً اگرچه علم اعضای هیأت مشـــتکی‌عنه از نظر تشـــخیص صلاحیت در قانون گزینش آمده و لیکن صادرکنندگان رأی می‌بایســـتی مســـتندات علم خود را بیان نمایند و با توجه به پراکنده‌گویی‌های مطلعین درباره شـــاکیه و تشتت و تناقض در اظهارات آنان، تشخیص اعلامی کافی برای علم عادی و متعارف به نظر نمی‌رســـد؛ ثالثاً به موجب رأی وحدت رویه شـــماره ۱۹۱ مورخه ۱۳۷۵/۰۹/۱۰، حـــدود صلاحیت و اختیارات هســـته گزینش در حد تأیید و یـــا عدم تأیید داوطلبان ورود به خدمت می‌باشـــد و اعلام اصلح بودن یا اصلح نبودن خارج از حدود اختیارات هیأت محترم صادرکننده رأی معترض‌عنه می‌باشـــد و به موجب مندرجات پرونده به نظر می‌رسد که نکات مثبت شاکیه به مراتب بیشتر از بعضی از نقایص و نکات منفی نامبرده باشد و در مانحن‌فیه به نظر می‌رسد که بررسی دقیق و جامع و کاملی صورت نگرفته؛ لذا شکایت مطروحه موجه و وارد تشخیص و حکم به نقض رأی معترض‌عنه و حکم به ورود شـــکایت و طرح مجدد موضوع با رعایت مفاد و مقررات ایـــن دادنامه و قوانین حاکم بر موضوع صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری می‌باشد».

نسبت به اصلح بودن یا نبودن وی سخن گفته است.

حد اعلای درایت دادرس را نسبت به نظارت بر خروج از صلاحیت مقامات اداری می‌توان در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۲۸۰۷ [۱] صادره از شعبه بیست و دوم دیوان عدالت اداری مشاهده کرد. در این دادنامه، دادرس با این استدلال که صلاحیت مراجع گزینشی محدود به بررسی وجود یا عدم وجود ضوابط گزینشی است، اعلام می‌کند که تحقیق در مورد اتهام سوءاستفاده از موقعیت شغلی و رد صلاحیت به این دلیل در صلاحیت این مراجع نمی‌باشد.

در این خصوص علت عمده رد صلاحیت شاکی اتهام انتسابی سوءاستفاده از مقام و موقعیت شغلی وی جهت اخذ وام بانکی بوده است. دیوان عدالت اداری ضمن اشاره به این‌که این موضوع ذیل ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری قرار می‌گیرد، تأکید می‌کند که رسیدگی به آن در صلاحیت هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری ذی‌صلاح می‌باشد. هم‌چنین دیوان خاطر نشان می‌سازد که مصاحبه‌کننده در جایگاه مستنطق و اعضای هیأت رسیدگی به تخلفات اداری قرار گرفته که این موضوع خود خروج از صلاحیت قانونی متصدی مصاحبه را به نمایش می‌گذارد و به همین دلیل، نسبت به نقض رأی صادره اقدام می‌نماید.

در این راستا، دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع عام رسیدگی به دعاوی اداری، در رأی وحدت رویه صادره به شماره ۱۰۴۳ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۳ تصریح کرده است :«قطع رابطه استخدامی با کارمند پیمانی در اثنای خدمت و قبل از اتمام مهلت قرارداد به جهت تغییر در نظر گزینش فاقد وجاهت قانونی است». در رابطه با مواردی

---

۱. «با بررسی محتویات پرونده گزینشی، چون علت عمده رد صلاحیت اشتغال شاکی، اتهام انتسابی سوءاستفاده از موقعیت شغلی وی جهت اخذ وام بانکی بوده است، که این موضوع یکی از اتهامات اداری موضوع ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری است و رسیدگی به این تخلف اداری در صلاحیت هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری ذی‌صلاحیت می‌باشد، و اظهارنظر در مورد شرایط عمومی و انتخاب اصلح تابع قانون گزینش مصوب ۱۳۷۴ است و موضوع فوق‌الذکر در محدوده ماده ۲ قانون گزینش در خصوص شرایط عمومی اشتغال و هم‌چنین در چارچوب تبصره دو همان ماده قانونی در مورد شرایط انتخاب اصلح نمی‌گنجد و چنآن‌چه شاکی فاقد یکی از شرایط گزینشی باشد، می‌بایست در پرونده گزینشی مصداق ضوابط مندرج در قانون گزینش باشد. هم‌چنین در اوراق مصاحبه بیشترین سؤالات بر موضوع تخلف انتسابی به داوطلب گزینشی متمرکز گردیده است، گویی مصاحبه‌کننده در جایگاه مستنطق و یا اعضای هیأت رسیدگی به تخلفات اداری قرار گرفته است، که این خود خروج از صلاحیت قانونی متصدی مصاحبه را به نمایش می‌گذارد ...».

که هیأت مرکزی گزینش قوه‌قضاییه، رأساً و خارج از موارد مربوط به تبدیل وضعیت کارمنـــدان پیمانی و در اثنای خدمت آن‌ها، به اعـــلام نظر در خصوص این کارمندان پرداخته و کارمندان مذکور به خواسته نقض تصمیم هیأت مزبور، اقدام به طرح دعوا در دیوان عدالت اداری نموده‌اند، شـــعب دیوان ضمـــن تأکید بر بند ۲ ماده ۱۰ قانون گزینش کشـــور، مبنی بر این‌که یکی از وظایفی که هیأت‌های مرکزی گزینش برعهده دارد: «بررســـی و تعیین صلاحیت اخلاقی، اعتقادی و سیاسی متقاضیان مشمول این قانون قبل از ورود تا مرحله قطعیت اشـــتغال (به تحصیل یا اســـتخدام)» می‌باشـــد و هم‌چنین تبصره ۱ ماده ۱۶ همین قانون مقرر می‌دارد : «گزینش نیروهای غیررسمی و غیرثابت اعم از روزمزد، قراردادی، پیمانی و عناوین مشابه در چارچوب این قانون و بر طبق دســـتورالعملی که با همکاری سازمان امور اداری و استخدامی کشور و توسط هیأت عالی تهیـــه و تنظیم می‌گردد، خواهد بود. ولـــی در هر صورت صدور احکام اســـتخدامی تا مرحله قطعی اعم از رســـمی یا ثابت با نظر گزینـــش خواهد بود ...»، استدلال می‌نماید که:

اولاً، مستنبط از موازین حقوقی مذکور این است که اعلام نظر گزینش مربوط به قبل از ورود به خدمت و تمدید و تبدیل وضعیت اســـتخدامی است؛ ثانیاً، هر چند بر اساس ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش مقرر شده است که «واحد کارگزینی یا عناوین مشـــابه اداری در دستگاه مکلف است به محض دریافت نظر گزینش مبنی بر عدم موافقت با ادامه خدمت داوطلب، نســـبت به قطع رابطه استخدامی وی (و در مورد استخدام رسمی قبل از تبدیل وضع به رسمی قطعی) اقدام نماید»، ولی با توجه به این‌که بر مبنای تبصره یک ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش مقرر شده است کـــه «در موارد تمدید قرارداد و تبدیل وضع تا قطعی رســـمی، در صورتی که کارمند نسبت به نظر گزینش در مهلت مقرر اعتراض نماید انتصاب افراد دیگر در پست‌های مربوط به آنان تا رســـیدگی به اعتراض در هیأت (مرحله دوم تجدیدنظر حداکثر سه مـــاه) مجاز نخواهد بود و در موارد لغو تعهد خدمت، نیاز به اخذ مجوز اســـتخدامی جدید نمی‌باشد»؛ بنابراین حکم مقرر در ماده ۲۳ آیین‌نامه مذکور ناظر به موارد مربوط به تمدید قرارداد و تبدیل وضع اســـتخدامی تا قطعی رسمی است، ثالثاً، پس از انعقاد قـــرارداد پیمانی، ادامه خدمت فرد تابع قرارداد پیمانی و نیاز دســـتگاه اجرایی بوده و

در صـــورت ارتکاب تخلف نیز هیأت‌های رســـیدگی به تخلفات اداری و نه هســـته گزینش مرجع رسیدگی به تخلف صورت‌گرفته هستند. بنا به مراتب فوق، قطع رابطه اســـتخدامی با کارمند پیمانی در اثنای خدمت و قبل از اتمام مهلت قرارداد به جهت تغییر در نظر گزینش فاقد وجاهت قانونی بوده است ...».

باید خاطرنشـــان کرد که هدف قانون‌گذار از وضع تبصره یک ماده ١٦ قانون گزینش، اســـتثنا نمودن گزینش مستخدمین غیررسمی از تشریفات و قواعد سخت و انعطاف ناپذیر این قانون بوده اســـت. به همین منظور، دستورالعملی باید تدوین گردد که حاوی تدابیری ســـاده باشـــد و بر گزینش این دسته از مستخدمان اعمال گردد. در واقع، دایره شمول قانون مذکور به گزینش رسمی محدود گردیده است.

مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس پیرامون تصویب طرح مذکور نشان می‌دهد که قانون‌گذار با پیش‌بینی تبصره مذکور، هم لزوم گزینشی بودن مستخدمین غیررسمی را مورد تأکید قرار داده و هم مقرر نموده اســـت تا گزینش این گروه از مســـتخدمان کشـــور به اقتضای طبیعت کار و رابطه استخدامی آنان و هم‌چنین نیاز فوری سازمان اداری کشور به این نیروها، مشـــمول قواعد ساده‌تری باشد. اعمال قانون پرتشریفات گزینش نیروهای رســـمی در چنین شرایطی نامتناســـب با فوریت مذکور است. این قواعد ســـاده باید به عنوان دستورالعمل نحوه گزینش نیروهای غیررسمی دستگاه‌های مشمول قانون گزینش کشور از سوی هیأت عالی گزینش تهیه و تنظیم گردد و کاملاً آشکار اســـت که توجیهی منطقی و عقلانی برای یکســـانی و هم‌سانی ضوابط نحوه گزینش مستخدمان رسمی و غیررسمی وجود ندارد (تیلا، ١٣٧٩: ٣١-٢٩).

٢-٢-٤. مستدل و مستند بودن آراء

سؤالی که در این خـــصوص مطرح شده این است که آیا ابـلاغ اوراق (جهت تعیین جلسه رسیدگی؛ ختم رســـیدگی، صدور رأی) به متـــهم در مرحله تحقیقات مقدماتی و بعد از صـدور رأی به نحو مطـلوب صورت می‌پـذیرد (احمدی و یوسفی، ١٤٠١: ١١). دادگاه‌ها انتظـار دارند که تصمیم مقـام عمومی مستدل بوده و به صورت معقول و منطقی به آن رسیده باشد. هـم‌چنین انتظـار دارند که فرایند تصمیم‌گیری در نهادهای عمومی، علنی، شفاف و مشارکت‌پذیر باشـــد یا به عبارت لرد دامالدسون[1]

1. Lord Domaldson

مقامات عمومی باید همه کارت‌های خود را رو کرده باشند (هداوند، ۱۴۰۰: ۴۸۰). ارائه دلایل و مستندات آراء و تصمیمات اداری توضیح مبانی است که بر اساس آن تصمیم یا رأی اتخاذ شده است؛ بنابراین می‌توان گفت ارائه دلایل و مستندات به معنای موجه‌سازی است. هدف از این اصل، آشکارکردن طرح و نقشه‌ای است که در ذهن مأمور عمومی بوده و هدفی که باید به آن نائل شود (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴: ۹۳-۹۴).

یکی از مبانی بیان دلایل تصمیم اداری، شفافیت است که از این طریق امکان پاسخ‌گویی مقامات اداری و نظارت مراجع قضایی افزایش می‌یابد. باید ماده ۱۵ قانون گزینش کشور را مستند قانونی صدور آراء مراجع گزینشی به صورت مستدل و مستند در نظر گرفت. برای مثال شعبه اول دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۶۰۲۵۴۱[1] ضمن تأکید بر ماده مذکور و این‌که انجام تحقیق باید از منابع موثق صورت گیرد و موجب حصول اطمینان و اقناع وجدان گردد، نسبت به نقض رأی صادره از مراجع گزینشی اقدام کرده است. هم‌چنین در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۹۰۰۲۸۶ صادره از شعبه نهم دیوان عدالت اداری، قاضی با این نظر هم‌سو است که: «... اشتهار به فساد اخلاقی و تجاهر به فسق موضوع بند ٤ ماده ۲ قانون گزینش، دارای تعریف خاص خود از حیث شرعی و قانونی است و به هر نوع ضعف اخلاقی و یا عدم رعایت بعضی از شؤونات اخلاقی اطلاق نمی‌گردد و بلکه ناظر بر مواردی است که فرد در ارتکاب گناهان و اعمال ضد اخلاقی و یا غیرشرعی و شنیع اصرار داشته و بدون هیچ‌گونه ملاحظه‌ای اعمال مذکور را تکرار نموده و تظاهر

---

۱. «... این‌که احراز گزینش افراد بر مبنای اقرار و یا بینه به شرط عدم تعارض یا شیاع مفید اطمینان یا قرائن و امارات موجب اطمینان که حداقل با انجام تحقیق از منابع موثق انجام می‌گیرد، صورت می‌پذیرد و رأی گزینش نیز بر همین مبنا صادر می‌شود و با عنایت به محتویات پرونده شکایت تقدیمی لایحه دفاعیه اداره طرف شکایت و ملاحظه و بررسی پرونده انضباطی مشارالیه که حاکی از این است که تحقیقات انجام شده نه تنها به طور دقیق و کامل نمی‌باشد، بلکه با هم مطابقت نداشته و بعضاً معارض یکدیگر می‌باشند؛ لذا تحقیقات مذکور موجب حصول اطمینان و اقناع وجدان نیست و بند ۲ و یا ٤ ماده ۲ قانون گزینش که مورد استناد در صدور رأی بدوی و تجدیدنظر می‌باشد باید بر اساس قرائن و امارات اطمینان آوری که به‌طور قاطع موجد یقین و اقناع وجدانی می‌گردند احراز شود که در ما نحن فیه چنین امری مشهود نیست؛ بنابراین به لحاظ نقائص فوق‌الذکر و نیز رعایت رأفت اسلامی رای صادره نقض و جهت بررسی مجدد و تحقیقات بیشتر با مراعات مفاد ماده ۱٤ قانون دیوان عدالت اداری به هیأت جایگزین ارجاع می‌گردد ...».

نماید و به این امر مشهور باشد؛ در حالی‌که در این خصوص و در مورد شاکی چنین امـــری متصور نبوده و محتویات پرونده بیانگر عـــدم وجود دلایل و مدارک مثبته در موردی وی می‌باشـــد. علی‌هذا چون تصمیم معترض‌عنه مخدوش بوده و رعایت مفاد ماده ۱۵ قانون گزینش در مورد تکمیل پرونده وی که از قواعد آمره و اصول رسیدگی گزینش از مراجع شبه‌قضایی می‌باشد، رعایت نگردیده ...»، اقدام به نقض رأی صادره از مراجع گزینشی می‌نماید.

تجاهـــر به عمل به معنی کار صـــدادار و بلند و همراه بـــا جلب نظر و دقت حاضرین است که در عین‌حال مرتکب می‌توانسته از هوای نفس خود جلوگیری کرده و آن عمـــل را انجام ندهد (تمـــدن، ۱۳۲۲: ۵۰۰)؛ بنابراین تجاهر را باید انجام کار به صورت علنی با قصد و نیت دانســـت و در راســـتای حفظ حقوق شهروندان در امور گزینشی باید به تفسیر مضیق از موضوع اکتفا کرد.

۳-۲-٤. اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری

در رویه نهادهای گزینشـــی، یکی از دلایل عـــدم احراز صلاحیت داوطلبان، بعضاً اتهامات انتسابی به بستگان آن‌ها اعلام می‌شود که این موضوع در مرحله نظارت قضایی دیوان عدالت اداری با نقض روبه‌رو گردیده است. برای مثال در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۵۰۰٤۱۲[1] صادره از شعبه پنج دیوان عدالت اداری رد صلاحیت شاکی به دلیل ســـوء شهرت بستگان داوطلب، غیر قانونی تلقی و تأکید شده است که هسته گزینـــش باید دلایل قانونی برای رد صلاحیت شـــخص داوطلب ارائه کند و صرفاً بر اساس سوابق یا اتهامات بستگان او نمی‌توان فردی را از گزینش مستثنا کرد.

---

۱. «... دلیـــل رد صلاحیت داوطلب، سوءشـــهرت خانوادگی در ارتباط با برادر شـــاکی، حمل و نقل موادمخدر و اعتیاد پدر شـــاکی به موادمخدر و سوءشهرت بســـتگان به نزاع و درگیری می‌باشد، در حالی‌که در مورد اتهام برادر شـــاکی، طبق دادنامه شـــماره ... قرار منع پیگرد صادر شـــده و در مورد اعتیاد پدر داوطلب، گرچه دلیلی ارائه نشده، قانوناً حتی در صورت اعتیاد پدر و سوءشهرت بستگان داوطلـــب به درگیری، این موضوعات هیچ ارتباطی به صلاحیت شـــاکی نـــدارد و گزینش هیچ‌گونه مدرک و دلیلی که شاکی شخصاً صلاحیت استخدام را نداشته باشد، ارائه نکرده‌است ...».

برآمد

۱- فرایند گزینش تأثیر به‌سزایی در رشد یا رکود عملکرد سازمان‌ها دارد و نقش نیروی انسانی در تحقق اهداف سازمان غیر قابل انکار است. از این رو، بر فرایند جذب و استخدام تأکید خاصی شده است؛ از این رو بررسی سیاست رویه‌ای دیوان عدالت اداری در زمینه نظارت قضایی بر هسته‌های گزینش از اهمیت برخوردار است.

۲- نتایج بررسی آرای صادره از دیوان به عنوان مرجع نظارتی نشان می‌دهد که اگرچه مصداق بارز مراجع تشخیصی را باید نهادهای گزینشی دانست و رسیدگی بر اساس ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری صورت پذیرد، اما ظرفیت این ماده هنوز در دیوان به صورت جدی مورد شناسایی قرار نگرفته و با وجود ماهیت تشخیصی مراجع گزینشی رسیدگی غالباً بر اساس ماده ٦٣ قانون مذکور صورت می‌گیرد.

۳- تدقیق در رویه قضایی دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد که شعب و هیأت‌های این مرجع با تکیه بر اصول شکلی و ماهوی حقوقی هم‌چون نحوه ابلاغ، ترکیب مراجع صدور رأی، خروج مقام اداری از صلاحیت اعطایی، شفافیت، الزام به ارائه دلایل و مبانی تصمیم‌گیری، اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری و ... به طور مستقیم و غیر مستقیم تا حدودی توانسته‌اند صلاحیت‌های گزینشی مقامات اداری را تحت کنترل در آورده و نظارت نمایند.

٤- در راستای بهبود فرایندهای گزینش، ضروری است که در قانون گزینش کشور و آیین‌نامه اجرایی آن اصلاحاتی صورت گیرد تا با به‌روزرسانی مفاهیم قانونی، حدود صلاحیت‌های مقامات گزینشی کشور تعیین شود و در راستای برقراری عدالت و شفافیت در این حوزه، در خصوص مبانی تصمیم‌گیری تدبیر شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابطحی، سید حسین (۱۳۹۸)، **مدیریت منابع انسانی**، چاپ هفتم، تهران: فوژان.

* احمدی، امیر و یوسفی، یاسر (۱٤۰۱)، «**تحلیل فقهی حقوقی اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* آقایی‌طوق، مسلم و هداوند، مهدی (۱۳۹٦)، **دادگاه اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه**، چاپ سوم، تهران: خرسندی.

* تمدن، خلیل (۱۳۲۲)، «**فرق بین تجاهر و علنی از نقطه نظر کیفری**»، مجموعه حقوقی، شماره ۲٦٦..

* تیلا، پروانه (۱۳۷۹)، **گزینش و جایگاه آن در حقوق ایران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

* حسن پور، اکبر و یوسفی زئور، رضا و موسوی، پریسا (۱۳۹۵)، «**شناسایی و اولویت بندی عوامل موثر بر استخدام نیروی انسانی، در سازمان های دولتی ایران**»، مدیریت منابع در نیروی انتظامی، سال چهارم، شماره ٤.

* دانش‌ناری، زهرا و حبیب‌نژاد، سید احمد (۱٤۰۱)، «**ماهیت مراجع گزینشی کشور و نظارت قضایی بر تصمیمات آن‌ها با تاکید بر رویه قضایی دیوان عدالت اداری**»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره ۹، شماره ۳۰.

* دلاوری، محمدرضا (۱۳۹۸)، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوم، تهران: جنگل.

* شیبانی، عادل و بیدار، زهرا (۱٤۰۳)، «**دادرسی حکمی یا موضوعی؛ رسیدگی به تصمیمات مراجع اختصاصی اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.

* شیبانی، عادل و مولابیگی، غلامرضا (۱٤۰۰)، «**درآمدی بر مفهوم صلاحیت تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری**»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره هشتم، شماره ۲٦.

* طهماسبی، رضا و قلی‌پور، آرین و جواهری‌زاده، ابراهیم، «**مدیریت استعدادها: شناسایی و رتبه‌بندی عوامل موثر بر جذب و نگهداشت استعدادهای علمی**»، پژوهش‌های مدیریت عمومی، سال پنجم، شماره ۱۷.

* فلاح‌زاده، علی‌محمد (۱۳۹٤)، **حقوق اداری تطبیقی عدالت رویه‌ای**، چاپ نخست، تهران: نگاه.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **فلسفه حقوق**، جلد اول، تهران: میزان.

* کاوه، الهه (۱۳۸۵)، **مراجع غیرقضایی اداری و نظارت قضایی برآن‌ها**، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

* گرجی، علی‌اکبر و فتحی، یونس (۱۳۹۱)، «**مطالعه تطبیقی نظارت بر اعمال صلاحیت‌های گزینشی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷٦، شماره ۷۸.

* مشهدی، علی و دبیرنیا، علیرضا (۱٤۰۰)، «**نظارت قضایی بر تصمیمات دانشگاه جامع علمی-کاربردی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری**»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲.

* منصوری بروجنی، محمد (۱۳۹۸)، **نظام گزینش در ایران**، چاپ نخست، قم: مکث اندیشه.

* موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۵)، **صحیفه امام: مجموعه آثار امام خمینی (ره): بیانات، پیام‌ها، مصاحبه‌ها، احکام، اجازات شرعی و نامه‌ها**، جلد سوم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

* مولابیگی، غلامرضا و محمدی احمدآبادی، حسین (۱٤۰۰)، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ هفتم، تهران: جنگل.

* هداوند، مهدی (۱٤۰۰)، **حقوق اداری تطبیقی**، جلد دوم،چاپ هشتم، تهران: سمت.